

**CEZA  
MUHAKEMESİ  
HUKUKU  
DERS KİTABI**

**FERİDUN YENİSEY / AYŞE NUHOĞLU**



**BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI**

## Ceza Muhakemesi Hukuku

**Yayımlayan:**

Uğur Yayın Üretim  
Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları

**Genel Müdür:**

Lokman DURAK

**Dizgi:**

Selma AYDIN TOTUŞ, Merve ÇAKIR

**Kapak Tasarım:**

Merve ÇAKIR

**Yayınevi Adresi:**

Uğur Yayın Üretim  
EGS Business Park Blokları Yeşilköy Mah. Atatürk Cad.  
No: 12 B2 Blok K:2 D:133 Yeşilköy, Bakırköy / İstanbul  
Tel: (0212) 660 58 41 Faks: (0212) 660 58 42  
www.uguryayincilik.com.tr • info@uguryayincilik.com.tr.  
Ücretsiz Danışma Hattı: 0800 219 80 18

**Bahçeşehir Üniversitesi**

Çırağan Cad. Osmanpaşa Mektebi Sk. No: 4-6  
Beşiktaş / İstanbul  
Tel: (0212) 381 05 60 Faks: (0212) 381 05 50  
www.bahcesehir.edu.tr • e-mail: info@bahcesehir.edu.tr

**Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları No: 111**

**Basım Yeri:**

Bilgi Matbaa Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Atatürk Bulvarı Deposite İş Merkezi A5 Blok Kat 4 No: 405  
İkitelli OSB Başakşehir / İkitelli / İSTANBUL  
Tel: (0212) 407 04 20/21 Fax: (0212) 407 05 52

**Basım Tarihi:**

Ekim / 2014

**ISBN Numarası:** 978-605-5461-??-?

**Sertifika No:** 30584

Bu kitabın her hakkı saklıdır ve Uğur Yayın Üretim A.Ş.'ye aittir.  
Kısmen de olsa alıntı yapılamaz, çoğaltılamaz. Metin ve sorular aynen veya değiştirilerek  
yayımlanamaz.

## ÖN SÖZ

Avrupa Ceza Muhakemesi Hukuku, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında ihlal edildiği fark edilen insan haklarını korumak amacı ile İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar yönünde, fakat sistemsiz bir şekilde geliyor.

Türkiye’de de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aleyhimize verdiği kararların tekarlanmaması amacı ile ve bazen de siyasi iktidarın kendisi için tehdit olarak algıladığı normların ortadan kaldırılması için, sistemsiz değişiklikler yapıyor. Kanunların hangi torbadan çıkan hüküm ile ne amaçla değiştiğini takip etmek, artık imkansız hale geldi.

Birkaç sene kanunlarda hiç bir değişiklik yapılmaması ve halen mevcut bulunan kanunların *hukuk* haline getirilmesi için çalışılması gerekiyor.

Ceza Hukuku mevzuatının sistemsiz bir şekilde değiştirilmesini eleştirmekle birlikte, yapılan bazı önemli yenilikleri de kutlamak isteriz. Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi ile birlikte, terör ağır ceza mahkemelerinin kaldırılması ve teröre ilişkin ayrıık muhakeme hukuku düzenlemelerinin hemen hemen tamamının kaldırılması, ileri bir adımdır.

Ancak terör olgusunun beraberinde getirdiği büyük tehdit ve tehlikeyi yok farz ederek yapılan bu değişiklik ile birlikte yeni hukuk garantilerinin getirilmesi beklenirdi. Sakıncalı görülen bir hukuk kurumu kaldırılırken, onu gerekli kılmış olan sebebin de Hukuk Devleti garantileri sağlanarak etkisiz hale getirilmesi gerekir.

Bu konuda ikinci örnek, CMK 153 de yapılan değişikliktir. Müdafinin soruşturma dosyasının incelemesi açısından, evvelce öngörülmüş bulunan kısıtlama kararı ani bir şekilde kaldırıldı. İlk bakışta savunma haklarını genişlettiği izlenimi veren bu değişiklik *gizli dosya* uygulamasını yaratarak, savunma haklarını daha da kısıtladı. Zira bu değişiklik örgüt suçları ile terör suçlarının soruşturma evresinde, belli bilgilerin soruşturmanın gizliliği kapsamında şüpheliden gizlenmesi ihtiyacı karşılanmadan yapılmıştı. Şimdi TBMM de bulunduğunu duyduğumuz yeni bir değişiklik ile kaldırılan düzenlemenin tekrar canlandırılacağı söyleniyor. *Mooren–Almanya* kararı ile benzer bir sıkıntı yaşayan Federal Almanya ise “tutuklama kararı verilirken kullanılacak olan bilgi ve belgelerin müdafii tarafından incelenmesine izin veren “bir yasa değişikliği yaparak sorunu çözmüştü.

Sistemsiz değişikliklere üçüncü örnek, asıl ceza davasının soruşturma evresini başlatan, onu yürüten ve kamu davasının açılmasını sağlayan “şüphenin kuvvet dereceleri” ile doğuracağı sonuçlar öngörülmeden oynanmasıdır. Kanunda basit başlangıç şüphesi ile (*suç işlendiği izlenimi veren hal*) soruşturmanın başlayacağı (CMK 160/1), soruşturma evresi sonunda toplanan *deliller*, *suçun işlendiği*

*hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa iddianame düzenleneceği (CMK 170/2) ve kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller varsa tutuklama kararı verileceği (CMK 100/1) öngörölmüş iken, tali ceza davası niteliğinde olan arama kararı verilirken, somut delile dayanan kuvvetli şüphenin mevcudiyetinin yasal zorunluluk haline getirilmesi (CMK 116), benzer şekilde, iletişimin denetlenmesi gibi gizli soruşturma yöntemlerine karar verirken ise aramadan farklı bir şekilde, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığından bahsedilmesi (CMK 135), sistematik açıklamalar yapmaya çabalayan biz bilim insanlarımızı ve bilhassa uygulamacıları halen düşündürmektedir.*

Yukarıda belirtilen konular ile son zamanlarda yapılan değişiklikler, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabımızın* ikinci baskısında ele alınmıştır. Bu baskıyı da mümkün olan en az sayıda bastırarak, değişiklikleri sistem içindeki yerlerini analiz ederek, üçüncü basıda okurlarımıza kısa bir süre sonra sunmak istiyoruz.

Değerli Bilim adamı *Prof. Dr. Nurullah Kunter*'den devraldığımız *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* kitabının 18 inci basısı, 2010 yılında yayınlandı. Hocamızın yıllar önceki isteğini yerine getirerek, bu hacimli kitabı Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu şekline çevirdik ve CMK 156 ya kadar olan maddeleri birinci cilt olarak, 2013 Ağustosunda yayınladık. Bu kapsamlı çalışmaya devam ederken hazırladığımız özetler, elinizdeki kitabın temelini oluşturdu. Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunundaki madde açıklamalarını kullandığımız için, kitabın bazı yerlerinde benzer bilgiler göreceksiniz. Aynı konunun değişik bakış açılarından ele alınması niteliğini taşıyan bu bölümler, daha ayrıntılı bilgi vermek amacı ile kullanılmıştır. Neticede ana kitabı özetlemek isterken, yayın bin sayfayı geçti.

İkinci basının yayıma hazırlanmasında emeği geçen Selma Aydın Totuş'a, kitabın Üniversite yayınları arasındaki yerini sürdüren Rektörlüğümüze teşekkür ediyoruz.

Beşiktaş, 2 Ekim 2014  
Prof.Dr. Feridun Yenisey

Prof.Dr. Ayşe Nuhoglu

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **CEZA MUHALEMESİNİN TEMEL İLKELERİ**

<b>§1- CEZA MUHALEMESİNİN GAYESİ.....</b>	<b>71</b>
I- Ceza Muhakemesinin gayesinin geçirdiği aşamalar. ....	71
1) Ceza muhakemesinin gayesi. ....	71
2) Suçlunun cezalandırılması gayesi. ....	72
3) Sanığın korunması gayesi. ....	73
4) Maddi gerçeğin araştırılması gayesi. ....	74
5) Maddi gerçeğin insan haklarına saygılı bir şekilde araştırılması. ....	76
II- Hem maddi gerçeğin araştırılması, hem de toplum ile sanığın korunması. ....	76
1) Anayasal ilkeler.....	76
2) Menfaatlerin dengelenmesi. ....	77
<b>§2- CEZA MUHALEMESİNİN TEMEL İLKELERİ .....</b>	<b>79</b>
I- Ceza Muhakemesinin temel ilkeleri. ....	79
II- Adil yargılanma hakkı.....	79
III- Ceza muhakemesinin temel prensipleri. ....	80
1) Kendisi aleyhine delil vermeme hakkı (nemo tenetur).....	80
2) Kamu davasının mecburiliği ilkesi. ....	80
3) Davasız yargılama olmaz ilkesi. ....	80
4) Araştırma mecburiyeti ilkesi ve kamu davasının mecburiliği. ....	81
5) Maddi gerçeğin re'sen araştırılması ilkesi. ....	81
6) Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi. ....	81
7) Vicdani delil sistemi.....	81
8) Şüpheden sanık faydalanır ilkesi. ....	82
9) Sözlülük ilkesi.....	82
10) Duruşmanın açıklığı ilkesi (alenyet).....	82
11) Makul sürede yargılanma hakkı (duruşmaya ara vermeme ilkesi).....	82
12) Bağımsız hakim güvencesi. ....	83
13) Ne bis in idem ilkesi. ....	83
14) Hakların kötüye kullanılmaması ilkesi. ....	83
15) Çabukluk ve ucuzluk, ilkesi.....	83
16) Toplumsal barışı sağlamak ve toplumu eğitmek amaçları.....	84
IV- Ceza Muhakemesinin Etkinliği.....	85

## İKİNCİ BÖLÜM

### CEZA MUHALEMESİNİN YAPISI

<b>§3- YARGILANACAK UYUŞMAZLIK.....</b>	<b>86</b>
I- Yargılanacak uyuşmazlığın nitelikleri.....	86
1) Yargılanacak uyuşmazlığın sınırlarının belirtilmesi.....	86
2) Yargılama yapılabilmesi için “yeterli şüphe” bulunması.....	87
3) Yargılanacak uyuşmazlığın somut olması.....	88
4) Yargılanacak uyuşmazlığın sorumluluğu gerektirishi.....	89
II- Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesinin sonuçları.....	90
III- Uyuşmazlıklar arasında bağlantı.....	92
1) Bağlantı kavramı.....	92
2) Dar manada bağlantı.....	92
3) Geniş manada bağlantı.....	93
4) Bağlantının sonuçları.....	93
5) Diğer kanunlardaki bağlantı kuralları.....	94
IV- Muhakemelerin birleştirilmesi.....	95
1) Birleştirme kavramı.....	95
2) Birleştirmenin sonuçları.....	95
3) Birleştirme mecburiyeti veya ihtiyarı.....	96
4) Görülmekte olan davaların birleştirilmesi.....	97
a) Genel usulde.....	97
b) Çocukların davalarında.....	98
5) Birleştirilen davaların ayrılması.....	99
V- Nisbi muhakeme (CMK 218/1, cü.2).....	99
1) Nisbi muhakeme kavramı.....	99
2) Yaş tespiti (CMK 218/2).....	103
VI- Bekletici mesele (CMK 218/1, cü.2).....	103
<b>§4- SÜJELER.....</b>	<b>105</b>
I- Cumhuriyet Başsavcılığı (toplumsal iddia makamı).....	106
1) Cumhuriyet Başsavcılığının görev ve yetkileri.....	106
2) Sulh ceza hakimliği.....	107
a) Sulh ceza hakimliğinin kuruluş ve görevleri.....	107
b) Sulh ceza hakimliğinin soruşturma evresindeki görevleri.....	110

c) Soruşturma evresinde sulh ceza hakimliğinden karar alınması gereken haller.....	110
ç) Soruşturma evresinde ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermesi gereken tedbirler .....	111
3) Soruşturmanın sulh ceza hakimi tarafından yapılması.....	112
4) Soruşturmada görev alan sulh ceza hakiminin kovuşturmadan yasaklanması.....	113
II– Adli kolluk. ....	113
1) Kolluk.....	113
2) Adli kolluğun yapısı.....	114
a) Adli kolluk personeli.....	114
b) Adli kolluk görevlileri .....	114
c) Adli kolluk sorumlusu.....	115
ç) Adli görevi bulunmayan üst.....	115
d) En üst dereceli kolluk amiri .....	115
3) Adli kolluk personelinin görevlendirilmesi .....	116
4) Cumhuriyet savcılarının adli kolluğa emir vermesinin usulü.....	116
5) Adli kolluk personelinin görev ve yetkileri.....	117
6) Adli kolluğun eğitimi ve ihtisaslaşma .....	117
7) Denetleme ve değerlendirme raporu düzenleme .....	118
a) Denetleme .....	118
b) Değerlendirme raporu.....	118
8) Adli kolluğun olay yerinde aldığı tedbirler.....	119
III– Suçun mağduru ve suçtan zarar gören (ferdi iddia makamı).....	119
1) Suçtan zarar gören ve suçun mağduru ile şikayetçinin süjeliği (CMK 233).....	119
2) Mağdur” ve “suçtan zarar gören ferdin” tayini. ....	121
3) Suçun mağduru. ....	122
a) Mağdur ile şikâyetçinin soruşturma evresindeki hakları (CMK 234/1–a).....	122
b) Mağdur ile şikâyetçinin kovuşturma evresindeki hakları (CMK 234/1–b) .....	122
c) Mağdurun avukatı (vekil) ve katılanın diğer hakları.....	122
ç) Mağdur ile şikayetçinin çağırılması ve dinlenmesi (CMK 236, 237) .....	123
d) Mağdur vekili.....	124

4) Şikayetçi .....	126
5) Malen sorumlu .....	127
6) Katılan (CMK 237).....	127
a) Katılma hakkında genel açıklamalar.....	127
b) Kamu davasına katılmanın koşulları .....	130
c) Katılma davasının açılacağı zaman .....	132
ç) Katılma istemi ve kararı.....	135
d) Kamu davasına katılmada savcının durumu.....	138
e) Katılanın ödev ve yetkileri.....	139
f) Kamu davasına katılma davasının sona ermesi .....	140
g) Katılma tali davasının açılma zamanı (CMK 238/1, cü 1) .....	141
h) Katılma isteminin kabulü kararı (CMK 238/3).....	142
i) İstem üzerine mağdur veya suçtan zarar görene Baro tarafından vekil görevlendirilmesi CMK 239/1) .....	143
j) Mağdur veya suçtan zarar görene zorunlu vekil görevlendirilmesi (CMK 239/2) .....	143
k) Katılma nedeni ile durma kararı verilemez (CMK 240/1).....	144
l) Katılmadan önceki kararların tebliğ edilmemesi (CMK 242/2) ....	144
m) Kanun yolu süresi (CMK 241/2).....	144
n) Katılanın müstakil kanun yolu hakkı (CMK 242/1) .....	145
o) Bozmadan sonraki muhakemede iddia hakkı (CMK 242/2).....	146
p) Vazgeçme nedeniyle katılmanın hükümsüz kalması (CMK 243) ...	146
r) Katılanın ölmesi nedeniyle hükümsüz kalma ve mirasçıların davaya katılma hakkı. ....	148
IV– Şüpheli ve sanık (ferdi savunma makamı). ....	148
1) Ferdî savunma makamı: bizzat yapılan ferdi savunma. ....	148
2) “Suç işlediği tahmin edilen kişi”, “düzeni bozan kişi”, “şüpheli”, “sanık”, “ceza davalısı sanık” ayrımları. ....	149
a) “Suç işlediği tahmin edilen kişi” .....	149
b) Düzeni bozan kişi. ....	150
c) Şüpheli. ....	150
ç) Sanık. ....	151
d) Ceza davalısı. ....	151
3) Şüpheli veya sanığın temsilcileri. ....	151
a) Kanunî temsilci. ....	152
b) Sanığın eşi.....	152
c) Vekil. ....	152



4) Şüpheli veya sanığın belli olması şartı. ....	153
5) Sanıklık ehliyeti: akıl hastalığı. ....	153
6) Ceza muhakemesinin aktif süjesi olan sanığın hakları.....	153
7) Tüzel kişinin sanık statüsüne girmesi. ....	154
V– Müdafii (toplumsal savunma makamı). ....	155
1) Savunma görevi ve savunma makamı hakkında genel bilgiler. ....	155
a) Savunmanın önemi. ....	155
b) Savunmanın “kamusal bir görev”, müdafiiin “bağımsız bir adalet organı” olması. ....	157
c) Müdafiiin hürriyeti.....	159
2) Müdafii olmak için aranan koşullar. ....	160
a) Avukat olmak. ....	161
b) Avukatlık yasağı bulunmamak.....	161
c) Aynı muhakemede tanık olmamak.....	161
ç) Aynı muhakemede sanık durumunda olmamak.....	161
d) Menfaatlerde uygunluk olmak.....	162
e) Aynı işe hakim, hakem, savcı veya memur sıfatı ile elkoymuş bulunmamak.....	162
3) Sanık ile müdafii arasındaki ilişki. ....	162
4) Müdafiiin ödevleri.....	163
a) Müdafii kabul ettiği müdafaa görevini yapmak mecburiyetindedir..	163
b) Müdafii kabul ettiği müdafaa görevini dürüstlikle yapmak mecburiyetindedir. ....	164
c) Müdafiiin sır saklamak mecburiyeti. ....	164
5) Avukatın “müdafii” olarak görevlendirilmesi.....	165
a) Sanığın veya kanunî temsilcisinin “müdafii” seçmesi. ....	165
b) Vekaletname ibrazı sorunu.....	165
c) Adli yardım (malî yardım amacı ile istek üzerine müdafii tayini) ...	167
ç) Müdafiiin görevlendirilmesi usulü (CMK 156).....	169
d) Müdafii sayısı. ....	169
e) Birden fazla şüpheli veya sanığın savunulması.....	170
6) Zorunlu müdafiiilik. ....	171
a) Zorunlu müdafiiilik sisteminin gelişme süreci. ....	171
b) Zorunlu müdafiiin görevini yerine getirmekten kaçınması halinde yapılacak işlem (CMK 151/1) ....	173
7) Müdafiiin yaptığı hukuki yardım (CMK 149/1, 3).....	179
a) Müdafiiin yaptığı hukuki yardımın kapsamı. ....	179

b) Müdafiiin dosyayı incelemesi (CMK 153).....	180
c) Müdafiiin şüpheli ile yalnız görüşme hakkı (CMK 154) .....	183
ç) Müdafiiin tutuklu sanıkla yazışması (CMK 126).....	185
d) Savunma bağışıklığı. ....	185
e) Müdafie ayrıca bildirme. ....	186
f) Müdafiiinin “karşılıklı sual sorma”da tanıklara ve bilirkişilere sual sorma yetkisi. ....	186
g) Müdafiiin hazır bulunma yetkisi. ....	187
h) Müdafiiin kanun yolu davası açma yetkisi.....	188
i) Gizli soruşturma yöntemlerinde müdafaa sorunu. ....	189
j) “Modern müdafiiin” gelişmiş yetkileri.....	189
8) Müdafilik görevinin sona ermesi .....	190
a) Baronun görevlendirdiği müdafie yerine başka müdafie seçilmesi ....	190
b) Zorunlu müdafiiin görevini yapmaması .....	190
c) Müdafiiin görevden yasaklanması .....	191
9) Zorunlu müdafie veya vekile ödenen ücret .....	192
VI- Medeni sorumlu, ek ceza sorumlusu .....	193
VII- Bilirkişi ve uzman .....	193
1) Bilirkişinin hukuki statüsü ve vasıfları (CMK 62) .....	193
2) Bilirkişi-uzman farkı. ....	195
3) Bilirkişiye başvurulabilen haller. ....	195
4) Bilirkişilik yapabilenler ve görevlendirme kararı.....	195
a) Bilirkişi olarak atanabilecekler (CMK 64) .....	195
b) Görevlendirme kararı (CMK 63).....	200
c) Bilirkişinin reddi (CMK 69) .....	203
ç) Bilirkişilikten çekinme, bilirkişi olarak dinlenemeyenler (CMK 70) .....	203
5) Bilirkişi incelemesinin yapılması.....	204
a) İnceleme usulü .....	204
b) Delillerin değerlendirilmesine yardım.....	206
c) Bilirkişi mütalaası delil değildir. ....	206
ç) Hakim bilirkişi mütalaası ile bağlı değildir .....	207
6) Bilirkişinin görevi kabul etmesi, yükümlülük ve yetkileri.....	207
a) Bilirkişiliği kabul. ....	207
b) Bilirkişinin yükümlülükleri .....	207
c) Bilirkişinin yetkileri.....	208
ç) Görevini yapmayan bilirkişi hakkındaki işlem (CMK 71).....	209

7) Raporun bildirilmesi ve değerlendirilmesi .....	210
a) Bilirkişi raporu (CMK 67).....	210
b) Raporun değerlendirilmesi .....	210
c) Duruşmada bilirkişinin açıklaması (CMK 68) .....	211
8) Güvenlik tedbiri muhakemesinde bilirkişilik .....	212
9) Uzman görüşü (CMK 67/2).....	213
10) Bilirkişi ücreti (CMK 72) .....	215
11) Sahte para üzerinde incelemeler (CMK 73).....	215
<b>§5– YARGILAMA MAKAMI.....</b>	<b>216</b>
I– Hâkim bağımsızlığı .....	216
1) Hakimin bağımsızlığı.....	217
2) Hâkimin bağımsızlığının yasama organına karşı korunması.....	219
3) Hâkim bağımsızlığının yürütme organına karşı korunması.....	219
4) Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu .....	221
5) Hâkim bağımsızlığının yargılama organına karşı korunması .....	226
6) Hâkim bağımsızlığının ortama karşı korunması.....	227
II– Hâkimin tarafsızlığı.....	228
1) Tarafsızlık.....	228
2) Hakimin objektifliği .....	229
3) Hâkimin kişiliğinden sıyrılması.....	230
4) Yargılama yasağına aykırılığın yaptırımı.....	231
5) İlk derece hakiminin, kanun yolu muhakemesine katılamaması.....	231
6) Soruşturma evresinde görev yapan hakimin kovuşturmadan yasaklanması .....	231
7) Önceki yargılamada görev alan hakimin yargılamanın yenilenmesinden yasaklanması .....	232
8) Hakimin reddi .....	232
a) Hakimin reddi sebepleri.....	232
b) Ret davasının açılması.....	232
c) Davanın açılması zamanı.....	233
ç) Esas davaya bakma hakkında karar verilmesi.....	234
d) Hakimin oturumda ret edilmesi.....	238
e) Hakimin reddi isteminin geri çevrilmesi.....	239
III– Mahkemelerin görevi .....	240
1) Görev yönünden yetkinin niteliği ve çeşitleri.....	240
2) Soruşturma evresinde görevli yargılama makamı: sulh ceza hakimliği .....	241

3) Kovuşturma evresindeki yargılama makamlarının görevleri.....	244
4) Sulh ceza mahkemeleri 2014-6545 sK ile kaldırılmıştır .....	244
5) Sulh ceza mahkemeleri 2014-6545 sK ile kaldırılmıştır .....	245
6) Ağır ceza mahkemelerinin görevi.....	245
7) Askeri mahkemelerin görevi.....	246
8) Askeri mahkemelerin görevi.....	247
9) Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatı ile baktığı davalar.....	247
10) Naip hakimlik.....	248
11) Görevsizlik kararı.....	249
12) Görev uyuşmazlığı.....	251
13) Görevsizlik kararına karşı kanun yolu.....	251
14) Üst görevli mahkemenin görev kazanması (CMK 6).....	252
15) Görevli olmayan mahkemece yapılan işlemlerin yenilenmesi (CMK 7).....	253
IV- Muhakemelerin yer bakımından yetkisi .....	254
1) Yetki .....	254
2) Yetkiyi belirlemede ana kıstas .....	256
3) Basın suçlarında istisna.....	257
4) İnternet yoluyla işlenen suçlarda istisna. ....	257
5) Çek suçlarında istisnalar .....	258
6) Çocuk suçlarındaki istisna .....	259
7) Askeri suçlardaki istisna .....	259
8) Yedek kıstaslar .....	259
a) Yakalanma veya tutuklanma yeri.....	259
b) Şüpheli veya sanığın yerleşim yeri.....	259
c) Şüpheli veya sanığın Türkiye'de (en) son adresinin bulunduğu yer .....	260
ç) İlk usul işleminin yapıldığı yer. ....	260
9) Yabancı memleketlerde işlenen suçlarda yetki (CMK 14).....	260
10) Kovuşturmanın aktarılması.....	260
11) Yabancı ülkedeki Türk diplomatlar.....	261
12) Nakil vasıtalarında işlenen suçlar (CMK 15) .....	261
13) Çevre suçları .....	262
14) Bağlantılı suçlarda yetki (CMK 16). ....	262
15) Birleştirilmiş muhakemelerin ayrılması.....	263
16) Olumlu veya olumsuz yetki uyuşmazlığı (CMK 17) .....	263

17) Yetkisizlik iddiasının zamanı (CMK 18).....	264
18) Kanun yolu.....	265
19) Muhakemenin nakli (CMK 19).....	266
20) Yer yönünden yetkisiz hakim'in işlemleri (CMK 20) .....	268
<b>§6– CEZA MUHALEMESİ NORNRLARI .....</b>	<b>269</b>
I– Normların Görevi.....	269
1) Hukuk normları ve hukuk düzeni. ....	269
2) Hukukî değerlendirme (tavsif).....	271
3) Hukukî değer hükmünün verilışı .....	272
4) Hukuk normlarının yansıttığı değer.....	273
5) Muhakeme hukuku normları.....	275
6) Ceza muhakemesi hukuku normu ve suç hukuku normu arasındaki fark.....	276
II– Normların kaynakları .....	278
1) Yazılı hukuk: Mevzuat .....	278
a) Kanunlar.....	278
b) Muhakeme normlarına aykırılığın yaptırımı .....	279
c) Ceza muhakemesi normlarının “kanunîliği” .....	280
2) Norm kaynağı idarî işlemler (yönetmelik vs).....	281
3) Yazılı olmayan hukuk .....	284
4) Hakimlerin yarattığı hukuk. ....	284
5) Bilimsel Hukuk .....	286
III– Normların uygulanabilirliği .....	287
1) Yürürlük.....	287
2) Geçerlik.....	289
3) Normun Anayasaya aykırılığının müeyyidesi: Butlan.....	289
IV– Normların zaman bakımından uygulanması .....	292
1) Zaman bakımından uygulanma.....	292
2) Muhakeme–dışı kanunların zaman bakımından uygulanırılığı .....	293
3) Muhakeme kanunlarının zaman bakımından uygulanırılığı. ....	294
4) Derhal uygulanırılık kaidesinin istisnası.....	296
V– Yer bakımından uygulanırılık.....	297
VI– Normun yorumlanması .....	299
<b>§7– DELİLLER .....</b>	<b>302</b>
I– İspat kavramı ve deliller .....	302

1) İspat kavramı.....	302
a) İspat açısından delillerin rolü .....	302
b) İspatın nispiyeti.....	304
c) Şüpheden sanığın faydalanması.....	306
2) İspat konusu .....	307
a) İspat edilmesi gereken olay.....	307
b) İspatına ihtiyaç olmayan hususlar ve istisnaları.....	308
3) Kimin neyi ispat edeceği meselesi.....	309
a) Mahkemenin delilleri kendiliğinden araştırması kuralı.....	309
b) İspat külfeti.....	309
4) Delillerin özellikleri .....	310
a) Delil gerçek olayı temsil edici olmalıdır .....	310
b) Mantık kurallarına uygun olmalıdır.....	310
c) Vicdani delil sistemi kabul edilmiştir .....	312
ç) Konu ile ilgili olmalıdır.....	312
d) Delil hukuka uygun olmalıdır.....	312
e) Deliller müşterek olmalıdır .....	313
f) Bilimsel deliller .....	314
5) Delillerin sınıflandırılması .....	315
II- Tanık.....	317
1) Tanık beyanı.....	317
2) Tanığın gelme yükümü.....	319
3) Tanığın zorla getirilmesi.....	320
4) Tanıklıktan çekinme.....	321
a) Kendisi ve yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme: “nemo tenetur” kuralı (CMK 48).....	321
b) Akrabalık.....	323
c) Meslek sebebiyle tanıklıktan çekinme (CMK 46).....	324
ç) Devlet sırrı ile ilgili tanıklık (CMK 47) .....	326
d) Tanıklıktan çekinme sebebinin bildirilmesi (CMK 49).....	327
e) Tanıklıktan çekinebilecek kimsenin çekinmemesi (CMK 51) .....	328
f) Tanıklıktan sebepsiz çekinme (CMK 60).....	329
5) Tanığa yemin verilmesi.....	329
a) Yemin verilmeyen tanıklar (CMK 50).....	329
b) Tanığa yemin verilmesi (CMK 54) .....	331
6) Tanıkların dinlenmesi.....	333
a) Tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi kuralı.....	333

b) Tanığa görevinin önemini anlatma (CMK 53) .....	333
c) Tanığın kimliğinin tespiti .....	333
ç) Tanığın güvenilirliğinin denetlenmesi .....	333
d) Tanığa sorulan anlattırıcı sorular (CMK 59) .....	333
e) Çapraz sorgu .....	333
7) Yüzleştirme .....	335
8) Tanık dinlemede görüntü ve ses kaydı .....	335
9) Tanığın tekrar dinlemesi (CMK 57) .....	337
10) Tanığın korunması .....	338
11) Tanığa verilecek tazminat ve giderler (CMK 61) .....	347
III– Belirti delilleri .....	348
IV– Belirti delilleri .....	349
1) Delil olabilen belgeler: vesika, senet, belge .....	349
2) Belgenin sağlamlığı .....	350
3) Yazılı belge .....	351
4) Şekil tesbit eden belge .....	351
5) Ses ve görüntü tesbit eden belge .....	352
6) Bilişim verisi şeklindeki belgeler .....	352
<b>§8– CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİ .....</b>	<b>353</b>
I– Hukukî işlem, muhakeme işlemi ve ceza muhakemesi işlemi .....	353
II– Muhakeme işlemleri .....	354
III– Hukukî değer .....	354
IV– Hukukî işlemin ruhî ve maddî unsurları .....	355
V– İşlemin dil şartı .....	356
VI– İşlemin süre şartı ve eski hale getirme .....	356
1) İşlemin yapılması bakımından süreler .....	356
2) Tayin eden bakımından süreler .....	356
3) Sürelerin uzaması .....	358
4) Süreye riayet .....	359
5) Eski hale getirme kavramı .....	361
6) Yoklukta yapılan duruşmadan sonra eski hale getirme .....	362
7) Eski hale getirme dilekçesi .....	362
8) Eski hale getirme istemi üzerine verilen karar .....	364
VII– Sözlü ve yazılı işlemler .....	364
VIII– Elektronik işlemler .....	367

1) UYAP Sistemi.....	367
2) SEGBİS sorgusu.....	369
IX– Dosya.....	369
X– Hareketli işlemler.....	370
XI– Açık işlemler .....	371
XII– Gizli işlemler.....	373
XIII– Muhakeme Hukuku müeyyidelerinin çeşitleri.....	374
1) Hukuk bakımından yokluk .....	374
2) Hakdüşümü.....	377
3) Butlan.....	378
4) Kabul edilmezlik.....	379
XIV– Aykırılıkların giderilmesinin çeşitleri.....	380
1) Geçer sayma.....	381
2) Değişirme.....	381
3) Aykırılık kaldırmak suretile işlemin muhafazası.....	381
4) Gerialma.....	382
5) Bozma veya iptal.....	383
6) Islâh.....	383
7) Yenileme.....	383
XV– Sorgu hakkı.....	383
XVI– Araştırma, soruşturma ve koruma işlemlerine ait tutanaklar .....	385
1) Tutanak kavramı.....	385
2) Savcı tutanakları.....	386
3) Soruşturma evresinin gizliliği ve tutanak.....	386
4) İfade ve sorgu tutanakları.....	387
5) Adli kolluk işlemlerinin tutanakları .....	387
6) Adli kolluğun fezleke düzenlemesi sorunu .....	387
7) Sair muhakeme işlemlerine ait tutanaklar .....	388
a) Fikrî işlemler .....	388
b) Fiilî işlemler .....	388
c) Sözle yapılan işlem .....	389
8) Duruşma tutanağı.....	389
<b>§9–</b>	<b>CEZA MUHAKEMESİ ŞARTLARI</b>
I– Ceza muhakemesi şartı kavramı.....	390
II– Ceza muhakemesi şart ve engelleri .....	391



1)	Şikayet şartı.....	391
a)	Şikayet kavramı .....	391
b)	Şekil şartı.....	392
c)	Şikayetin soruşturma evresindeki rolü .....	392
ç)	Şikayetin gayesi.....	393
d)	Şikayetin belli bir formülü.yazılı	394
e)	Fiil şikayet edilir.....	394
f)	Yazılı şekil şartı.....	394
g)	Failin gösterilmesi gerekmeyen	394
h)	Şikayet süresi.....	397
ı)	Şikayet hakkından vazgeçme .....	398
i)	Şikayetin uzlaşma ile ilişkisi .....	400
j)	Şikayetin kaldırılan “müracaat” ile ilişkisi .....	400
2)	Yazılı başvuru şartı.....	401
3)	İstem. (talep). şartı.....	401
4)	Mütalaa şartı.....	404
5)	İzin şartı.....	406
6)	Kamu yararı şartı.....	408
7)	Diplomatlık dokunulmazlığının kalkması şartı	408
8)	Yasama dokunulmazlığı.....	409
9)	Kamu görevlisi dokunulmazlığının kalkması şartı	411
a)	Memur dokunulmazlığı .....	411
b)	Hakimlik dokunulmazlığı .....	412
c)	Savcılık dokunulmazlığı.....	413
d)	Avukatlık dokunulmazlığı.....	413
e)	Askerlik dokunulmazlığının kalkması şartı .....	413
f)	Seçim dokunulmazlığının kalkması şartı .....	415
g)	Karşılıklılık şartı .....	415
10)	Şüphelinin hayatta olması şartı.....	416
11)	Sanığın akıl hastası veya çocuk olmaması şartı .....	416
12)	Yaş küçüklüğü.....	417
13)	Duruşma ehliyeti bulunması şartı .....	417
14)	Kabahatüstü (suçüstü) yakalanma şartı.....	417
15)	Ceza muhakemesi şartı olarak görev .....	417
16)	“İddianamenin” ve “iddianamenin kabulü kararının” hukuken geçerli olması şartı .....	418
17)	Uzlaşma veya önödeme teklif edilmesi şartı .....	418

a) Uzlaşma teklif edilmesi.....	418
b) Önödeme usulünün denemesi.....	418
18) Asıl ceza davasının süresinde açılması şartı.....	419
19) Dava zaman aşımının dolmuş olmaması şartı .....	419
20) Bekletici meselenin çözülmesi şartı.....	419
21) Sanığın Türkiye’de bulunması şartı.....	420
22) Gaipliğin kalkması şartı .....	420
23) Durma sebebinin kalkması şartı.....	420
24) Aynı davaya bakılmakta olmaması şartı .....	421
25) Yargı bulunmaması şartı (Ne bis in idem).....	421
26) Yeni delil veya yeni olay meydana çıkması şartı .....	422
27) Ceza muhakemesi şartı sayılmayan haller.....	423

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM KORUMA TEDBİRLERİ

### §10–

### KORUMA TEDBİRLERİ GENEL T

#### I–

#### Koruma tedbirlerinin m

tehlike.tedbirlerinden.farkı..... 424

1) Tehlike.tedbiri.kavramı..... 424

2) Tehlike.tedbiri.ile.koruma.tedbiri.ar..... 424

3) Koruma.tedbirlerinin.türleri..... 424

#### II–

#### Koruma.tedbirlerinin.özellikleri..... 427

1) Vasıta.oluş..... 427

2) Geçici.oluş..... 427

3) Koruma.tedbirinin.önşartları..... 427

a) Gecikmede tehlike..... 428

b) Haklı görünüş..... 429

c) Ölçülülük..... 430

### §11– YAKALAMA ..... 431

I– Yakalama kavramı..... 431

II– Önleme Yakalaması ve muhafaza altına alma..... 433

1) Toplum için tehlike teşkil eden hallerin önlenmesi için yakalama ..... 433

2) Muhafaza altına alma, sınır dışı etmek üzere idari yakalama ve idari gözetim ..... 433

3) Tehlikenin önlenmesi.....	436
4) Önleme yakalamasından sonra hakimden karar alma sorunu .....	437
5) Muhafaza altına alınan kişinin durumu .....	437
6) Polis Hukukunun öngördüğü yakalama yetkileri .....	438
III– Adli yakalama .....	440
1) Suçüstünde yakalama.....	440
2) Suçüstü yakalamanın şekli.....	443
3) Tutuklama yakalaması.....	445
4) Tutuklama yasakları bulunan hallerdeki yakalama.....	446
5) “Yakalama emri” üzerine yakalama.....	447
6) “Yakalama emri” türleri.....	448
7) Gıyabi tutuklama kararı üzerine yakalama (CMK 248/5, 112).....	450
8) Kesinleşmiş hapis cezasının infazı için yakalama: Elegeçirme.....	451
IV– Yakalamanın icrası.....	453
1) Yakalama işleminin gerçekleştirilmesi.....	453
a) Yakalamanın yeri ve zamanı.....	453
b) Tehlikenin önlenmesi için silah araması yapmak.....	453
c) Kişiyi yakalandığının açıklanması.....	454
ç) Yakalama sebebinin bildirilmesi.....	454
d) Yakalanan kişiyi haklarının bildirilmesi.....	454
e) Yakalama tutanağı.....	458
2) Yakalamada kolluğun zor kullanma yetkisi.....	459
3) Savcıya “hemen bilgi verme” (CMK 90/5).....	461
4) Konsolosluğa veya kanunî yakınlarla haber verme.....	463
5) Yakalamanın şikayet hakkı olan ilgililere bildirilmesi.....	463
V– Özel muhakeme usullerine tâbi olan kişilerin yakalanması.....	464
1) Diplomatlık dokunulmazlığı.....	464
2) Milletvekili dokunulmazlığı.....	464
3) Kamu görevlilerinin yakalanması.....	465
4) Suça sürüklenen çocukların yakalanması.....	465
5) Şikayete bağlı suçlarda yakalama.....	466
6) Basın yolu ile işlenen suçlar.....	466
7) Tutuklama yasağı olan suçlarda yakalama.....	466
8) Terör suçlarında yakalama.....	466
9) Geriverme yakalaması.....	466
10) Avukatların yakalanması.....	467

VI- Gözaltına alma. ....	468
1) Gözaltı kararı (CMK 91/1, 91/2). ....	468
2) Gözaltı süreleri. ....	469
a) Bireysel suçlardaki gözaltı süresi (CMK 91/1) ....	469
b) Toplu işlenen suçlardaki gözaltı süreleri (CMK 91/3). ....	470
c) Yakalama emri üzerine yakalanan kişilerin gözaltı süresi (CMK 94). ....	471
ç) Bireysel suçlardaki gözaltı süresi (CMK 91/1) ....	471
d) İade yakalamasında süre. ....	472
3) Yakalamaya karşı sulh ceza hakimliğine başvuru (CMK 91/4). ....	473
4) Gözaltı birimine getirme. ....	473
5) Kendi isteği ile karakola gelen kişilerin yakalanması. ....	473
6) Yakalama dışında hürriyet kısıtlaması. ....	474
7) Nezarethane ve gözaltı etme usulü. ....	474
8) Hakların bildirilmesi. ....	475
9) Yakalama sebebinin ve iddiaların bildirilmesi. ....	475
10) Gözaltına alma kararı ve nezarethaneye kabul. ....	476
11) Nezarethane defterine kayıt. ....	476
12) Nezarethaneye alınacak kişinin üstünün aranması. ....	476
13) Nezarethaneye alınacak kişinin üstünün aranması. ....	476
14) Gözaltı sırasında yapılan diğer işlemlerin Cumhuriyet savcısına bildirilmesi. ....	476
15) Doktora götürme. ....	478
16) Müdafinin nezarethaneye gelmesi, dosyayı incelemesi ve şüpheli ile görüşmesi. ....	478
17) Gözaltına alınan sanığın ifadesinin alınması. ....	479
18) Nezarethanede geçen saatler. ....	479
19) Gözaltı durumunun sona ermesi. ....	480
20) Gözaltı işlemlerinin denetimi. ....	480
VII- Şüphelinin sulh ceza hakimliğine çıkarılması. ....	480
1) Sorgu. ....	481
2) Sulh ceza hakiminin kararı ....	481
3) Yakalama emri üzerine yakalanan kişi ....	481
a) Yakalama emri üzerine, yetkili hakim tarafından verilen karara itiraz ve tutukluluk durumunun incelenmesi sorunu. ....	482
<b>§12- TUTUKLAMA.....</b>	<b>483</b>
I- Koruma tedbiri olarak tutuklama. ....	483

1) Koruma tedbiri genel teorisi. ....	483
2) Tutuklamanın insan hakları boyutu. ....	484
3) Cezadan mahsup. ....	485
4) Tutuklamanın hukuki niteliği. ....	486
5) Tutuklama ve suçsuzluk karanesi. ....	486
6) Tutuklamanın ihtiyarîliği. ....	487
II– Tutuklama şartları .....	488
1) “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller” bulunması. ....	488
2) Tutuklama nedeni bulunması. ....	489
3) Ölçülülük: adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmesi. ....	489
4) Diğer koşullar. ....	490
a) Muhakeme şartı gerçekleşmelidir. ....	490
b) Dava kamu davası olmalıdır. ....	490
c) CMK 246 uyarınca sanığa güvence belgesi verilmemiş olmalıdır. ..	490
ç) Tutuklama son çare olmalıdır. ....	491
III– Tutuklama nedenleri (CMK 100/2). ....	491
1) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması. ....	491
2) Kaçma şüphesini uyandıran olgular bulunması. ....	491
3) Delil karartma kuvvetli şüphesi. ....	491
4) Tanık vs. üzerinde baskı girişimi kuvvetli şüphesi. ....	492
5) Tekrar suç işleme tehlikesi: “önleme tutuklaması”. ....	492
6) Duruşma tutuklaması. ....	493
IV– Tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar (CMK 100/3). ....	493
1) Ağır suçlarda tutuklama kararı verilmesi. ....	493
2) TCK daki liste suçları. ....	494
3) Diğer kanunlardaki liste suçları. ....	494
V– Tutuklama yasakları (100/4). ....	494
1) Hapis cezasının üst sınırı (CMK 100/4). ....	494
2) Suça sürüklenen çocuklarda tutuklama yasağı (ÇKK 21). ....	495
3) Tutuklama kararı ikincil bir karardır (CMK 101/1). ....	495
4) Akıl hastaları. ....	495
VI– Tutuklunun tabi olduğu rejim. ....	496
1) Taban Kurallar. ....	496

2) İnfaz Kanunundaki düzenleme. ....	496
VII- Özel tutuklama halleri. ....	497
1) Özel tutuklama kavramı. ....	497
2) Mal beyanında bulunmama. ....	498
3) Duruşma düzenin bozulması. ....	498
4) Disiplin ve zorlama hapsi. ....	498
5) Geriverme tutuklaması. ....	499
6) Sevk Tutuklaması. ....	500
VIII- Tutuklama kararı verilmesi istemi ve tutuklama kararının muhtevası. ....	500
1) Tutuklama kararı verilmesi istemi. ....	500
2) Tutuklama kararının verilmesi. ....	502
3) Tutuklama oturumu öncesinde müdafin savunma hazırlaması. ....	503
4) Tutuklama oturumu. ....	504
5) Tutuklama kararının içeriği. ....	506
6) Tutuklama kararının gerekçesi. ....	506
7) Tutuklanının yakınlarına haber verme. ....	506
IX- Tutuklama kararına itiraz. ....	508
X- Hukuka aykırı tutuklama kararı veren hakimin hukuki ve cezai sorumluluğu. ....	509
1) Hukuka aykırı tutuklama kararı veren hakimin hukuki sorumluluğu meselesi. ....	509
2) Hukuka aykırı tutuklama kararı veren hakimin cezai sorumluluğu. ..	510
XI- Tutukluluğun azami süresi. ....	511
1) Ağır cezalı olmayan suçlardaki üst süre (CMK 102/1). ....	511
2) Ağır cezalı suçlardaki üst süre. ....	511
3) Terörle Mücadele Kanunundaki süre uzaması istisnası kaldırılmıştır. ....	511
4) Tutukluluk süresinin hesaplanması. ....	512
XII- Tutukluluk durumunun incelenmesi ve verilen karar. ....	513
1) İnceleme. ....	513
2) Tutukluluk durumunun devamı kararının verilmesi. ....	515
3) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tutukluluk süresi hakkındaki görüşleri. ....	515
XIII- Tutuklu şüphelinin adli kontrol altına alınması. ....	518

XIV– Tutuklunun salıverilmesi.....	518
1) Cumhuriyet savcısının tutukluyu kendiliğinden serbest bırakması.....	518
2) Tutuklunun salıverilme istemi (CMK 104/1) .....	519
3) Yargıtay tarafından salıverilme.....	519
4) Sağlık nedenlerinin salıverme sebebi olup olmadığı sorunu.....	520
5) Salıverme usulü.....	520
6) Salıverilenin yükümlülükleri.....	521
XV– Adli kontrol tedbiri uygulanabilen haller.....	522
1) Tutuklama kararına alternatif olarak uygulanan adli kontrol tedbiri (CMK 109/1, 105).....	522
2) Tutuklama yasağı olan hallerde uygulanan adli kontrol tedbiri (CMK 109/2).....	523
3) Tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle uygulanan adli kontrol tedbiri (CMK 100/7).....	523
4) Suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanan adli kontrol tedbiri (ÇKK 20).....	523
XVI– Adli kontrol kararının konusu: yükümlülükler (CMK 109/3).....	523
1) Yurt dışına çıkamamak (CMK 109/3–a).....	523
2) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak (CMK 109/3–b).....	526
3) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak (CMK 109/3–c).....	526
4) Her türlü taşıtı veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek (CMK 109/3–d).....	527
5) Tedavi veya muayene tedbirine uymak (CMK 109/3–e).....	527
6) Güvence yatırmak (CMK 109/3–f).....	527
a) “Güvence” kavramı.....	527
b) CMK daki “güvence” türleri.....	528
c) Güvencenin konusu.....	529
ç) Güvence yükümüne uymamanın sonuçları.....	529
d) Mağdurun haklarını veya nafaka borcunu önceden ödetme (CMK 114).....	530
e) Güvencenin geri verilmesi (CMK 115).....	530

7) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak (CMK 109/3–g). .....	531
8) Suç mağdurunun haklarını güvence altına almak (CMK 109/3–h).....	531
9) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek (CMK 109/3–i).....	531
10) Konutunu terk etmemek (CMK 109/3–j). .....	531
11) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek (CMK 109/3–k, ÇKK 20/1–a). .....	532
12) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek ya da ancak bazı yerlere gidebilmek (CMK 109/3–l, ÇKK 20/1–b).....	532
13) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak (ÇKK 20/1–c).....	532
XVII– Adli kontrol kararı verilmesi (CMK 110/1).....	532
XVIII–Adli kontrol kararının uygulanması (CMK 110/2).....	533
XIX–Adli kontrol tedbirini kaldırma kararı (CMK 111/1).....	533
<b>§13– ARAMA.....</b>	<b>534</b>
I– Adli arama.....	534
1) Adli arama kararı verilmesinin ön şartı: “aranan kişi veya şeyin, aranılacak yerde bulunduğuna ilişkin somut delillere dayalı kuvvetli şüphe”. .....	534
a) Aranılan kişi veya şeyin bulunabileceği hakkında somut delile dayanan kuvvetli şüphe kavramı. ....	534
b) Aramanın ikincil bir tedbir olması. ....	
c) Aranılan kişinin orada bulunduğunu gösteren ve somut delile dayanan “kuvvetli” şüphe, şüphelinin işlediği sanılan suç bakımından ise “basit” suç şüphesi söz konusu olur.....	536
ç) İhbar, “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” sayılabilir. ....	538
d) Kolluğun “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüpheliyi” takdir etme yetkisi.....	540
2) Şüpheli veya sanık ile ilgili arama (CMK 116).....	540
3) Adli aramanın türleri.....	542
II– Diğer kanunlardaki arama ve elkoyma türleri. ....	542
1) Kaçakçılık suçlarında arama ve elkoyma (5607 sK m. 9).....	542
2) Orman suçlarında arama (OK 88).....	542
3) Avukatın üzerinde önleme araması, bürosunda ve konutunda adli arama.....	543



a) Avukatın üzerinde yapılan önleme araması (PVSK 9).....	543
b) Avukatın bürosunda adli arama (CMK 130).....	544
c) Avukatın bürosunda adli arama (CMK 130)..	545
4) Şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK 133) .....	545
5) Vergi Hukukunda arama ve elkoyma.....	545
III– Şüpheli dışındaki diğer kişilerle ilgili arama (CMK 117).....	545
IV– Gece yapılan arama (CMK 118).....	546
V– Arama kararı (CMK 119).....	547
VI– Yazılı arama emri.....	550
VII– Aramada hazır bulunabilecekler (CMK 120).....	552
VIII– Arama sonunda verilen belge (CMK 121).....	553
IX– Belge ve kağıtları inceleme yetkisi (CMK 122).....	554
<b>§14– ELKOYMA ve MUHAFAZA ALTINA ALMA.....</b>	<b>555</b>
I– Elkoyma (CMK 123).....	555
II– Muhafaza Altına Alma.....	556
III– Eşyayı vermeyenler hakkında yapılan işlem (CMK 124).....	557
IV– Devlet sırrı içeren belgenin incelenmesi (CMK 125).....	557
V– Elkonulamayacak mektup ve belgeler (CMK 126).....	558
VI– Elkoyma kararı ve emri (CMK 127).....	559
1) Elkoyma kararı.....	559
2) Elkoyma emri.....	559
3) Elkoyma emrinin onaylanması.....	560
VII– Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (CMK 128).....	560
1) Elkonabilecek olan taşınmazlar, hak ve alacaklar.....	561
2) Karar vermeden önce rapor alma yükümü.....	561
3) Karar verme yetkisi.....	561
4) Hak ve alacak elkoymasına konu teşkil edebilecek olan suçlar.....	562
5) Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymanın şartları.....	562
6) Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma kararının uygulanması.....	563
7) Elkoyma kararının gereklerine aykırılığın müeyyidesi.....	564
8) Birleşmiş Milletler kararı üzerine malvarlığının dondurulması.....	564
VIII– Postada elkoyma (CMK 129)..	570
1) Haberleşmenin gizliliği.....	570
2) Postada elkoyma hakkındaki düzenlemeler.....	570

3) Elkoyma konusu gönderiler. ....	571
4) Elkoyma yetkisi.....	571
5) Eşyayı tetkik yetkisi. ....	571
6) İlgilisine haber verme. ....	572
7) İlgilisine haber verme. ....	572
IX– Elkonulan eşyanın iadesi (CMK 131).....	572
X– Elkonulan eşyanın muhafazası (CMK 132).....	573
<b>§15– ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ (CMK 133) .....</b>	<b>574</b>
I– Kayyım tayininin koşulları. ....	574
II– Karar verme yetkisi.....	575
III– Kayyım tayini tedbirinin uygulanabileceği suçlar. ....	575
IV– İtiraz. ....	576
V– Kayyımın ücreti.....	576
<b>§16– BİLGİSAYARLARDA ARAMA (CMK 134).....</b>	<b>576</b>
I– Bilgisayarda arama hakkında genel bilgiler.....	576
1) Bilgisayar verisi. ....	576
2) Ceza muhakemesi hukukunda bilgisayarlarda arama.....	578
3) Siber Suç (Sanal Ortamda İşlenen Suçlar) Sözleşmesindeki Düzenlemeler.....	584
4) Bilgisayarlardan Elektronik Delil Elde Etme Yöntemi. ....	584
II– Şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ve cep telefonunda arama yapılması. ....	585
1) Bilgisayarda arama yapmanın koşulları.....	585
a) Somut deillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunduğu için, soruşturma evresinin başlamış olması, fakat kovuşturmaya geçilmemiş olması koşulu. ....	585
b) En son çare olma koşulu.....	586
c) Hakim kararı .....	586
2) “Şüphelinin kullandığı” bilgisayar ve bilgisayar programı ile bilgisayar kütüklerinde “arama” yapma yöntemi. ....	587
3) Bilgisayarın hafızasındaki e-mailler. ....	589
4) Şüphelinin cep telefonunda arama yapılması. ....	590
5) Özel kişiler tarafından bilgisayarda inceleme yapılması olasılığı. ....	591
6) Karar türleri.....	591
III– Bilgisayara elkoyma ve bilgisayarın müsadere edilmesi.....	592

IV– Arama sonunda elde edilen bilgisayar verisinin delil olma özelliği.....	594
V– Bilirkişi incelemesi yaptırma mecburiyeti.....	595
1) Sağlık denetimi..	595
2) Bilgisayar verisinin delil olmasının 11 koşulu.....	596
3) Türk Hukuku.....	597
VI– Adli bilişim.....	598
VII– Otomatik olarak üretilen veriler.....	601
VIII– “Online–Durchsuchung” şeklinde, bilgisayara uzaktan erişimle yapılan arama.....	601
IX– “Bilişim verisi” şeklindeki ses ve görüntü tesbit eden belge.....	603
1) Ses ve görüntü kaydı yapılması.....	603
2) Bilişim verisi şeklindeki belgeler.....	604
X– Bilgisayarlardaki verilerin trol ağı metodu ile incelenmesi.....	604
1) Bilgi isteme yetkisi.....	604
2) Bilgisayar verilerini tarayarak yapılan inceleme.....	605
3) Olması gereken hukuk: “Trol ağı metodu”.....	605
4) Olması gereken hukuk: “Trol ağı metodu”.....	608
<b>§17– İLETİŞİMİN DENETLENMESİ (CMK 135).....</b>	<b>609</b>
I– İletişimin adli amaçla denetlenmesi kavramı.....	609
1) İletişimin denetlenmesi kararı verilmesinin koşulları (CMK 135/1)....	609
a) Ceza soruşturmasının başlaması koşulu.....	609
b) “Somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin” varlığı koşulu.....	610
c) İletişim denetlemenin istisnai ve “son çare” olarak kullanılması koşulu.....	612
ç) Başka kanunlarda düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbirleri....	612
2) “İletişim” ve “denetleme” kavramları (CMK 135/1). ....	612
a) “Genel yetki” ile Cumhuriyet savcısının yaptığı araştırma, iletişimin denetlenmesi kapsamına girmez.....	612
b) “Telekomünikasyon yolu ile iletişim” kavramı.....	615
c) İletişimin “dinlenmesi”.....	615
ç) İletişimin “kayda alınması”. ....	616
d) İletişimin “tespiti”.....	616
e) “Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi”.....	618
3) Mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti (CMK 135/5). ....	619

4) İletişimi denetlenebilen ve denetlenemeyen kişiler (CMK 135/1, 135/8).....	620
a) Yasal düzenleme.....	620
b) İletişimi denetlenebilen kişiler.....	620
c) İletişimi denetlenebilen kişiler.....	622
5) Dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri uygulanabilen “katalog suçlar” (CMK 135/7). ....	626
a) CMK 135/7 listesinde yer alan suçlar.....	626
b) Listede yer almayan suçların durumu. ....	627
c) Listeden çıkartılan suçların durumu sorunu. ....	628
6) “Kesintisiz” denetleme sorunu.....	629
7) İletişimin denetlenmesi kararının içeriği, denetlemenin süresi (CMK 135/4) ve gizlilik (CMK 135/6). ....	630
a) Hakim kararının veya savcı emrinin muhtevası. ....	630
b) Yetkili yargılama makamı.....	633
c) Gerekçe gösterme mecburiyeti. ....	634
ç) Ağır ceza mahkemesinin iletişimin denetlenmesi kararına itiraz... ..	634
d) Cumhuriyet savcısının emri ile yapılan iletişim denetleme (CMK 135/1). ....	635
e) Karar alınmadan, hat sahibinin rızası ile yapılan iletişim denetleme.....	636
f) Tedbirin süresi (CMK 135/4). ....	636
g) Kararın gizliliği (CMK 135/6). ....	639
h) Kararın dosyada bulundurulması mecburiyeti. ....	639
8) Müdafinin dosyayı incelemesi sırasında iletişimin denetlenmesine ilişkin verilerin gizli tutulup tutulmayacağı sorunu.....	640
II– İletişimin Denetlenmesinden elde edilen delillerin niteliği.....	641
1) Denetlemeden elde edilen delillerin niteliği.....	641
2) Katalogda yer almayan bir suçta; dinleme, kayda alma sinyal bilgisinin değerlendirilmesi, kanuna aykırıdır; iletişimin tespiti yapılabilir.....	643
3) Delilin soruşturmaya bağlılığı ilkesi.....	644
4) Özel hayatın gizliliğinin korunması.....	644
5) İnsan kulağı ile yapılan gizli dinlemeden veya radyo ile yapılan konuşmaların dinlenmesinden elde edilen deliller.....	646
6) Hat sahibinin rızası sorunu. ....	647
7) Hakim kararının “hukuka aykırı” olduğu durumlarda, dinlenmeden elde edilen bilginin değerlendirilmesi sorunu.....	648
8) Müdafinin iletişiminin denetlenmesinden elde edilen deliller.....	648

9) Telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesinden elde edilen bilginin “hukuka uygun delil” olarak hüküm verirken kullanılması. ....	649
10) Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişinin suça iştirak eden kişi konumunda olduğu durumlar. ....	649
III– İletişimin denetlenmesi kararlarının yerine getirilmesi (CMK 137/1)..	649
1) İletişimin denetlenmesi yöntemi. ....	649
a) İletişimin denetlenmesinin gerçekleştirilmesi. ....	649
b) Denetlemenin yapılacağı yer. ....	650
2) Telekomünikasyon hizmetlerini veren kurumların durumu.....	651
3) Kayıtların metin haline getirilmesi (CMK 137/2). ....	651
IV– İletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesi ve kayıtların imha edilmesi (CMK 137/3). ....	652
1) İletişimin denetlenmesi tedbirine son verme. ....	652
a) Hakimin Cumhuriyet savcısının emrini onaylamaması ....	652
b) İletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesi. ....	652
c) Kayıtların imha edilmesi.....	653
V– İletişimi denetlenen kişiye bilgi verilmesi (CMK 137/4). ....	653
VI– Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bilgiler. ....	654
1) İletişimin denetlenmesi yöntemlerinden tesadüfen elde edilen delil, sadece CMK 135/6 kapsamındaki suçlarda kullanılabilir. ....	654
2) Mülga 4422 dönemine ait tesadüfi delillerin durumu.....	655
3) Tesadüfen elde edilen suç şüphesinin, “soruşturma başlatmak için kullanılması” sorunu. ....	655
<b>§18– GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ</b>	
<b>(CMK 139) .....</b>	<b>657</b>
I– Gizli soruşturmacı kavramı. ....	657
1) Gizli soruşturmacı. ....	657
2) Gizli soruşturmacının statüsü.....	658
3) X muhbir . ....	658
II– Gizli soruşturmacının görevlendirilme koşulları. ....	658
1) Somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması. ....	658
2) Başka surette delil elde edilememesi. ....	659
3) Ağır ceza mahkemesinin kararı. ....	659

III– Soruşturucunun kimliğinin değiştirilmesi (CMK 139/2).....	660
IV– Gizli soruşturmacı görevlendirme kararı. ....	660
1) Gizli soruşturmacının araştırmakla görevlendirilebileceği suçlar (CMK 139/7).....	660
2) Kararın verilmesi.....	661
3) Kararın saklanması (CMK 139/3).....	661
V– Gizli soruşturmacının delil toplama yetkisi (CMK 139/4).....	661
VI– Soruşturmacının suç işlememesi kuralı (CMK 139/5). ....	661
VII– Delilin soruşturmaya bağlılığı ilkesi ve tesadüfi delil yasağı.....	661
VIII– Alman Hukukundaki gizli soruşturmacı. ....	662
<b>§19– TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME (CMK 140).....</b>	<b>664</b>
I– Teknik araçlarla izleme kararı verilmesinin koşulları (CMK 140/1)...	664
1) Kavram.....	664
2) Soruşturma başlatılması mecburiyeti.....	665
3) Somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunması koşulu. ....	665
4) Başka suretli delil elde edilememesi koşulu.....	665
II– Teknik araçlarla izlemenin kapsamı (CMK 140/1). ....	666
1) Kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerin izlenmesi (CMK 140/1) ve konutta uygulama yasağı (CMK 140/5). ....	666
2) Kolluk görevlileri tarafından ses ve görüntü kaydı alınması.....	667
3) Özel kişiler tarafından yapılan ses ve görüntü kayıtları. ....	667
a) Karşılıklı konuşmaların gizlice kayıt edilmesi. ....	667
b) Özel kişilerin yaptığı video kayıtları. ....	667
c) Eşler arasında yapılan gizli band kayıtları.....	668
ç) Resmi makamlar tarafından yapılan, teknik takip dışındaki gizli kayıtlar. ....	669
d) İnsan kulağı ile yapılan gizli dinlemeden veya radyo ile yapılan konuşmaların dinlenmesinden elde edilen deliller. ....	670
4) Katalog suçlar.....	671
III– Teknik araçlarla izleme kararının verilmesi (CMK 140/2). ....	671
1) C. savcısının istemi. ....	671
2) Ağır ceza mahkemesinin kararının içeriği.....	672
IV– Teknik araçlarla izleme kararının süresi (CMK 140/3) ve uygulanması. ....	672
1) Süre. ....	673

2) Teknik araçlarla izleme kararının uygulanması.....	673
V– Delilin soruşturmaya bağlılığı kuralı ve tesadüfi delil sorunu (CMK 140/4).....	673
VI– İnternet ortamında erişimin engellenmesi.....	674
VII– Mukayeseli hukuk.....	674
<b>§20– KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT.....</b>	<b>675</b>
I– Genel bilgiler.....	675
1) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat.....	675
2) Maddi ve manevi tazminat, avukatlık ücreti.....	675
a) Maddi ve manevi tazminat, avukatlık ücreti.....	675
b) Manevi tazminat (CMK 141/1).....	676
c) Avukatlık ücreti.....	676
II– Tazminat istemi.....	676
1) Kanunda belirtilen koşullar dışında yakalama ve tutuklama (CMK 141/1).....	677
a) Yakalama (CMK 141/1–a).....	677
b) Tutuklama (CMK 141/1–a).....	677
c) Tutukluluğun devamına karar verme (CMK 141/1–a).....	677
2) Gözaltı süresi içinde hakim önüne çıkarılmama (CMK 141/1–b).....	679
3) Kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlanma isteği yerine getirilmeden tutuklama (CMK 141/1–c).....	679
4) Tutuklanan kişinin makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmaması ve makul sürede hakkında hüküm verilmemesi (CMK 141/1–d).....	679
5) Yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra hakkında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi (CMK 141/1–e).....	680
6) Mahkum olan kişinin gözaltı veya tutukluluk süresinin hükümlülük süresinden fazla olması veya sadece adli para cezasını gerektiren suçtan dolayı yakalanan veya tutuklanan kişi (CMK 141/1–f).....	680
7) Yakalama veya tutuklama nedeninin veya suçlamanın bildirilmemesi (CMK 141/1–g).....	681
8) Yakalandığı veya tutuklandığının yakınlarına bildirilmemesi (CMK 141/1–h).....	681
9) Arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi (CMK 141/1–i) ...	681
10) Kanuna aykırı elkoyma işlemleri (CMK 141/1–j).....	681

III– Tazminat isteyemeyenler (CMK 144).....	681
IV– Tazminat isteme hakkını bildirme mecburiyeti (CMK 141/2). ....	682
V– Tazminat isteminin koşulları.....	682
1) Tazminat isteme hakkını bildirme mecburiyeti (CMK 141/2). ....	682
2) Süre koşulu (CMK 142/1).....	682
3) Başvurulacak mahkeme (CMK 142/2). ....	683
4) İstem dilekçesi (CMK 142/3). ....	684
5) İstemin kabul açısından reddi (CMK 142/4). ....	684
VI– Tazminat muhakemesi (CMK 142).....	684
1) Dava hakkı. ....	684
2) İstemin kabulü (CMK 142/5).....	685
3) İstemin değerlendirilmesi (CMK 142/6).....	685
4) Mahkemenin karar verme usulü (CMK 142/7). ....	685
VII– Kanun yolu: istinaf (CMK 142/8).....	685
VIII– Tazminatın geri alınması ve rücu (CMK 143).....	686
1) Yargılamanın yenilenmesi durumunda geri alma. ....	686
2) Kamu görevlisine rücu (CMK 143/2).....	686
3) Müfteriye rücu (CMK 143/2) ....	686

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **CEZA MUHAKEMESİNİN YÜRÜYÜŞÜ**

<b>§21– MORFOLOJİK PRENSİPLER.....</b>	<b>687</b>
I– Olması gereken ceza muhakemesinin evreleri ve morfolojik prensipleri.....	687
1) Muhakemenin morfolojisi.....	687
a) Organiklik prensibi. ....	687
b) Dereceler. ....	688
c) Evreler. ....	688
ç) Aşama.....	690
d) Bölümler ....	690
e) Hadiseler. ....	690
2) Gelişme prensibi. ....	690
II– Türk ceza muhakemesinin evreleri.....	692
1) Soruşturma ve kovuşturma evreleri. ....	692



2) Suça ilişkin araştırma işlemleri.....	693
3) Kısa soruşturma.....	693
4) Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar. ....	695
5) Ara soruşturma: iddianamenin kabul veya iadesi aşaması. ....	695
6) Kovuşturma evresi. ....	699
a) Kovuşturma evresinin başlaması. ....	699
b) Kovuşturmadan önce etkin pişmanlıktan dolayı ceza indirimi. ....	701
c) Duruşma. ....	701
ç) Kovuşturma evresinin sona ermesi.....	702
<b>§22– ÖN ALAN ARAŞTIRMALARI VE SUÇ İŞLENMESİNİ</b>	
<b>    ÖNLEYİCİ İDARİ TEDBİRLER .....</b>	<b>702</b>
I– Ön alan araştırmaları.....	702
II– İstihbarat amaçlı iletişim denetleme (MİTK 6). ....	706
1) Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri. ....	707
2) Milli İstihbarat Teşkilatının yetkileri. ....	707
3) Yıllık güvenlik ve istihbarat raporu. ....	710
III– İletişimin suçu önlemek amacı ile denetlenmesi	
(PVSK Ek 7 ve JK 5).....	710
1) Haberleşmenin gizliliği.....	710
2) PVSK Ek Madde 7 (1985–3233 ile eklenen ve 2005–5397 ile	
değişen metin). ....	711
3) Jandarma Kanunu Ek 5. ....	713
4) Suç önleme amaçlı iletişim denetlemesine tabi suçlar.....	715
5) Suç önleme denetlemesi kararı. ....	717
6) İletişimin denetlemesi işleminin gerçekleştirilmesi.....	717
7) Özel iş yerlerindeki iletişim denetleme. ....	718
8) Ceza infaz kurumunda iletişim denetleme.....	718
9) Polisin diğer suçları önlemek için iletişim denetleme	
yetkisi yoktur.....	718
10) Delil yasağı. ....	719
IV– Önleme araması (PVSK 9). ....	719
1) Tehlikenin önlenmesi. ....	719
2) Hakim kararı veya yazılı emir. ....	720
3) Önleme araması kararı istemi: “makul sebep” kavramı. ....	720
4) Önleme araması kararı veya yazılı emri. ....	720
a) Önleme araması kararı. ....	720

b) Mülki amirin yazılı emri.....	721
5) Önleme araması kararına itiraz sorunu. ....	721
6) Önleme araması kararının kapsadığı yerler. ....	721
7) Önleme araması kararının uygulanması. ....	722
8) Önleme araması kararı almadan yapılabilen işlemler.....	723
9) Arama Yönetmeliğinde gösterilen istisnalar.....	724
10) Yönetmelikle “arama” sayılmayan denetlemeler.....	725
11) Kaçakçılığın önlenmesi.....	726
12) İnfaz kurumlarında yapılan önleme kontrolleri. ....	726
13) Okullarda yapılan önleme kontrolleri. ....	727
14) Memurlarla ilgili özel kontrol durumları. ....	728
15) Genel arama–taramalar. ....	729
V– Durdurma (PYSK 4A). ....	729
1) Durdurma kavramı. ....	729
2) Durdurma ve yakalama farkı. ....	731
3) Durdurmanın “makul” sebepleri.....	731
a) Suç veya kabahatin işlenmesini önleme.....	732
b) Yakalama amaçlı durdurma. ....	732
c) Tehlikeyi önleme amaçlı durdurma. ....	733
ç) Hakim kararının yerine getirilmesi amaçlı durdurma. ....	733
4) Durdurma yetkisinin kullanılması.....	733
<b>§23– SORUŞTURMA EVRESİ.....</b>	<b>735</b>
I– Ceza soruşturmanın başlaması.....	735
1) Ceza soruşturması. ....	735
2) Makul sebep ve makul şüphe kavramları. ....	736
3) Şüphenin kuvvet dereceleri.....	736
II– Asıl ceza davasında şüphenin kuvvet dereceleri. ....	737
1) Soruşturma evresinin başlaması “Suç işlendiği izlenimi veren hal”: başlangıç şüphesi (CMK 160/1). ....	737
2) Kovuşturma evresine geçilmesi: yeterli şüphe (CMK 170/2). ....	738
3) Tutuklama kararı verilmesi: kuvvetli şüphe (CMK 100/1). ....	738
4) Mahkumiyet kararı verilmesi: suçun sabit olması (CMK 223/5).....	738
III– Tali ceza davalarındaki şüphenin kuvvet dereceleri. ....	738
1) Koruma tedbiri kararı verilirken aranan şüphe türleri. ....	738
2) Arama kararı verilmesi: (CMK 116) “Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe”.....	739

3) Hak ve alacaklara elkoyma, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik takip kararı verilmesi: (CMK 128, 135, 139, 140) “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin varlığı” .....	740
4) Tutuklama nedeni (CMK 100/2): “Kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgu” veya “delil yok etme veya tanıklara baskı konusunda kuvvetli şüphe uyandıran davranışlar” .....	740
5) Koruma tedbiri kararı verilirken aranan şüphe derecelerinin toplu olarak değerlendirilmesi. ....	740
IV– Araştırma mecburiyeti.....	741
1) Araştırma mecburiyeti kavramı. ....	741
2) Adli görevlerin başlaması. ....	742
V– Soruşturma evresinin organları. ....	742
VI– Suçun işlendiğinden bilgi edinme.....	743
1) Suçun öğrenilmesi ve soruşturmaya başlama. ....	743
2) Araştırma yaparak kendiliğinden öğrenme.....	743
3) Şikayet ve benzeri kurumlar .....	744
4) İhbar.....	745
5) Gizli haber verme.....	745
6) Suç duyurucu rapor. ....	746
7) Şüpheli ölümün ihbarı (CMK 159).....	746
VII– Adli araştırmalar ve koruma tedbirleri. ....	747
VIII– Soruşturmanın gizliliği.....	748
1) Soruşturmanın gizliliği konusundaki yasal düzenleme. ....	748
2) Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu.....	750
IX– Medya’nın suç haberi toplaması ve sanık hakları. ....	751
<b>§24– SORUŞTURMA İŞLEMLERİ.....</b>	<b>752</b>
I– Suçu araştırma yetkisi. ....	752
1) Genel yetki ve özel yetki. ....	753
2) Doğrudan araştırma ve dolayısıyla araştırma. ....	754
3) Adli görev ile parmak izi tespiti ve kaydı alınması.....	754
4) Re’sen delil araştırma.....	754
II– İfade veya sorgu için çağrı (CMK 145).....	755
1) İfade alma ve sorgu kavramları. ....	755
2) İfadesi alınacak kişinin davetiye ile çağırılması (CMK 145).....	756
3) Kolluğun davet etme yetkisi. ....	757

4) Zorla getirme (CMK 146).....	758
5) Tanığın zorla getirilmesi. ....	763
6) Bilirkişinin zorla getirilmesi. ....	764
III- İfade alma ve sorgu (CMK 147).....	765
1) “İfade alma” kavramı.....	765
a) İfade alma. ....	765
b) “İfadesine başvurulmuş kişi”.....	766
c) “Davetiye ile çağrı üzerine gelen” kişinin ifadesinin alınması (CMK 145). ....	766
ç) İfade vermek üzere adresten ayrılmama yükümü.....	766
2) “Yakalamaksızın ve yakaladıktan sonra ifade alma” ve “gözaltında tutulan şüphelinin” ifadesinin alınması.....	767
3) “İfade alma” sayılan ve sayılmayan sorular. ....	767
4) İfade alma, sorgu farkı. ....	770
5) Kimlik tespiti (CMK 147/1-a).....	770
6) Suçlamanın bildirilmesi (CMK 147/1-b). ....	771
7) Müdafî seçme ve baro tarafından görevlendirilmesini isteme, hukuki yardımdan yararlanma hakları ve bunların bildirilmesi (CMK 147/1-c).....	771
8) Hakların bildirilmesi ve hakları kullanmaktan vazgeçme sorunu. ....	774
a) Hakların bildirilmesi. ....	774
b) Hakları kullanmaktan vazgeçme sorunu. ....	775
9) Yakınlarına haber verme mecburiyeti (CMK 147/1-d).....	776
10) Susma hakkının söylenmesi (CMK 147/1-e). ....	777
11) Lehe delil toplanmasını isteme (CMK 147/1-f).....	777
12) Susma hakkı. ....	777
a) Susma hakkı pasif haklardandır. ....	777
b) Soruşturma makamının maddi gerçeği araştırmak yükümü vardır..	778
c) Susma hakkının bilinip bilinmemesi sorunu. ....	778
ç) Müdafînin konumu.....	779
d) Susma hakkının bildirilmesi. ....	780
e) Hakların kullanılmasından vazgeçme. ....	780
f) Susma hakkı bildirilmesinin istisnası yoktur. ....	781
g) Bazı tali ceza davalarında susma hakkı bildirilmesi gerekmez.....	781
13) İfadenin sesli ve görüntülü olarak kaydedilmesi mecburiyeti (CMK 147/1-h).....	782
14) İfade alma veya sorgu oturumu. ....	782

15) İfade veya sorgu tutanağı (CMK 147/1-i).....	782
16) CMK 147'ye aykırı olarak alınan ifade delil olarak kullanılamaz. ....	782
17) İddianame düzenlenmeden önce şüphelinin ifadesinin alınması mecburiyeti sorunu.....	784
IV– Şüphelinin beyanının özgür iradesine dayanması (CMK 148/1) .....	784
1) İfade alma ve sorguda yasak usuller. ....	784
a) Kötü davranma.....	785
b) İşkence .....	785
c) İlaç verme. ....	785
ç) Yorma.....	785
d) Aldatma.....	786
e) Cebir veya tehditte bulunma.....	786
f) Bazı araçları kullanma.....	786
g) Kanuna aykırı yarar vaat etme .....	786
2) Yasak usuller “mutlak delil yasağı” oluşturur (CMK 148/3). ....	786
3) Müdafî hazır bulunmaksızın alınan kolluk ifadesi (CMK 148/4) .....	786
4) Kolluğun ikinci kez ifade alması yasaktır (CMK 148/5) .....	786
V– Keşif. ....	787
1) Keşif ilk derece mahkemesi tarafından yapılır. ....	787
2) Soruşturma evresindeki “teftiş” ile “keşif” farklı işlemlerdir.....	788
3) Keşfin yapılacağı yer.....	788
4) Keşif kararı ve keşfin yapılması. ....	788
5) Keşifte hazır bulunabilenler. ....	790
VI– Yer gösterme. ....	791
1) Oluşumu. ....	791
2) Kendisini suçlamama hakkı .....	791
3) Yer göstermenin yapılması.....	792
4) Hükümlü ve tutukluya yer gösterme işlemi yaptırılması. ....	792
VII– Teşhis.....	793
1) Sıraya dizme usulü.....	793
2) Müdafîin konumu.....	795
3) Resimden teşhis.....	796
4) Teşhis–Yüzleştirme Farkı .....	796
VIII– Adli tıp ile ilgili araştırmalar.....	796
1) Gözlem altına alınma (CMK 74). ....	796
2) Şüphelinin iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (CMK 75).....	798

a) Beden muayenesi tedbirinin amacı, delil elde etmektir (CMK 75/1).....	798
b) İç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması.....	801
c) Karar verme yetkisi, karara itiraz ve kullanılamayan deliller.....	802
ç) Hakim kararı alınmasına rağmen ilgilinin muayeneye rıza göstermemesi.....	803
d) Sağlık için zararlı olmama koşulu (CMK 75/2).....	805
e) İşlemi yapabilen kişiler (CMK 75/3).....	806
f) Cezanın ağırlığı koşulu (CMK 75/5).....	807
3) Alkol Muayenesi (CMK 75/7).....	807
a) Kandaki alkol miktarının belirlenmesi.....	807
b) Bedendeki alkol yoğunluğunun Ceza Hukuku yönünden önem arzettiği haller.....	808
c) Beden muayenesi ile farklar.....	809
ç) Kan örneğinin alınması ve incelenmesi.....	810
d) Kandaki alkol yoğunluğunu ölçme usulü.....	811
e) Nefesteki alkol yoğunluğunun ölçülmesi.....	811
f) Danıştay'ın görüşü.....	812
4) Mağdurun iç ve dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (CMK 76/1).....	814
5) Çocuğun soybağının tespiti için karar (CMK 76/3).....	816
6) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınma (CMK 76/4).....	817
7) Kadının muayenesi (CMK 77).....	819
8) Moleküler genetik incelemeler ve DNA veri tabanları (CMK 78).....	819
9) Fizik kimliğin tespiti (CMK 81).....	824
a) Kavram.....	824
b) Fizik kimlik bilgilerinin yok edilmesi.....	824
c) Teşhise yarayan kayıtlar.....	825
10) Parmak izinin kayda alınması (PVSK 5).....	825
a) Kavram.....	825
b) Parmak izleri kayıt altına alınabilen kişiler.....	825
c) Sistemde yer alan parmak izi kayıtlarının kullanılması.....	827
ç) Sisteme kayıtlı olan parmak izlerinin ve fotoğrafların silinmesi....	828
d) Fotoğrafların polis hukukuna göre kayda alınması.....	828
e) Polis hukuku amaçlı kayıtlar ile ceza muhakemesi amaçlı kayıtlar arasındaki fark.....	828
11) Ölünün kimliğini belirleme.....	831

12) Otopsi (CMK 89).....	831
13) Yeni doğanın cesedinin adli muayenesi (CMK 88).....	832
14) Zehirlenme şüphesi (CMK 89). ....	832
<b>§25– KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR</b>	
<b>KARAR ve İTİRAZ.....</b>	<b>833</b>
I– Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar. ....	833
1) Soruşturmasının sona ermesi. ....	833
2) Maddi mesele bakımından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar. ....	833
3) Hukuki mesele bakımından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar. ....	834
4) Takdirilik sistemi kapsamında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar. ....	834
5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesi sonrasında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar. ....	834
6) Uzlaşma gerçekleşince verilen “kovuşturmaya yer olamadığına dair karar”.....	834
7) Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın bildirilmesi.....	835
8) Kararın kesin hüküm etkisi. ....	835
II– “Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara” itiraz.....	835
1) Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına itiraz. ....	835
2) Suçtan zarar görenin itiraz yetkisi. ....	837
3) Şüphelinin itiraz etme yetkisi sorunu. ....	837
4) Şüphelinin hukuki konumu. ....	838
5) İtiraz yöntemi (CMK 173/2).....	838
6) İncelemenin yapılması (CMK 173/3).....	838
7) Verilebilen kararlar. ....	838
8) Takdirilik sistemi (CMK 173/5).....	839
III– Muhakemenin dirilmesi. ....	839
1) Kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sona eren muhakemenin dirilmesi (CMK 172/2).....	839
2) Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazın sulh ceza hakimliğince incelenmesi ile sona eren muhakemenin dirilmesi (CMK 173/6).....	840
3) Etkin soruşturma yapılmaması üzerine yeniden soruşturma açılması (CMK 172/3).....	841
<b>§26– KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİRİLİK SİSTEMİ .....</b>	<b>841</b>
I– Kamu davası açmada mecburilik ve takdirilik sistemleri.....	841

II– Cumhuriyet savcısının kamu davası açmada takdir yetkisi (CMK 171/1).....	842
1) Kovuşturma mecburiyetinin istisnaları.....	842
2) Kamu yararı şartı (maslahata uygunluk).....	842
3) CMK 171/1 kapsamında savcının takdir yetkisi.....	844
III– Kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/2). ....	845
1) CMK 171/2 kapsamındaki takdir yetkisi.....	845
2) Yeterli şüphenin varlığı koşulu. ....	845
3) Uzlaşmanın önceliği.....	845
4) CMK 171/3 deki koşullar.....	845
5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına itiraz.....	845
6) Deneme süresinde verilen kararlar.....	846
<b>§27– KAMU DAVASI.....</b>	<b>847</b>
I– Kamu davası kavramı. ....	847
II– Kamu davasının mecburiliği sistemi.....	848
1) Kamu davası açma mecburiyeti.....	848
2) Araştırma mecburiyeti.....	849
3) Mecburilik sisteminin uygulanma koşulu.....	850
4) Kamu davasının mecburiliği ilkesinin yarar ve zararları.....	851
III– Kamu davasının kendiliğindenliği ve devamlılığı. ....	852
IV– İddianamenin içeriği. ....	852
1) Delillerin yeterli şüphe oluşturması.....	852
2) Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenme.....	852
3) İddianamede yer alması gereken diğer hususlar. ....	852
V– İddianamenin iadesi ve ara soruşturma kavramı. ....	852
1) Morfolojik gelişme prensibi bakımından “ara soruşturmanın” yeri. ....	855
2) CMK 170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenen iddianame. ....	855
3) Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delilin toplanmamış olması. ....	856
4) Önödeme veya uzlaşma usulünün uygulanmaması. ....	856
a) Önödeme uygulanmaması.....	856
b) Uzlaşma teklif edilmemesi.....	857
5) Yargıtay’a göre iddianamenin iadesi sebebi oluşturan ve oluşturmayan diğer haller.....	857
a) Sevk maddesindeki değişiklik iddianamenin iadesi sebebi değildir. ....	858



b) Kimlik bilgileri.....	858
c) Sağlık raporu.....	858
ç) İfade almadan iddianame düzenlenmesi.....	859
d) Görevsizlik kararı.....	859
e) Eksik soruşturma.....	859
f) Delillerin olayla ilişkilendirilmesi.....	860
6) Hukuki nitelendirme dolayısı ile iddianamenin iade edilememesi (CMK 174/2).....	860
7) Otomatik kabul (CMK 174/3).....	861
8) İade sonrası savcılık işlemleri.....	861
9) İddianamenin iadesi yolunun kapanması.....	861
10) İddianamenin iadesi kararına karşı kanun yolu.....	862

## **BEŞİNCİ BÖLÜM**

### **KOVUŞTURMA EVRESİ**

<b>§28– DURUŞMA HAZIRLIĞI .....</b>	<b>863</b>
I– İddianamenin kabulü kararı; kamu davasının “açılmış olması”.....	863
1) İddianamenin kabulü kararı.....	863
2) Ara soruşturmanın sona ermesi.....	864
3) İddianamenin kabulünden sonra yapılan işlemler.....	864
II– Kovuşturma evresinin başlaması.. ..	865
1) Kovuşturma işlemleri.....	865
2) Kovuşturma evresinin aşamaları.....	866
3) Kovuşturma evresinin özellikleri.....	866
4) Ceza Muhakemesi şartları.....	867
5) Görev.....	867
6) Yetki .....	868
III– Duruşma gününün belirlenmesi (CMK 175/2).....	869
IV– Duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin çağırılması (CMK 175/2).....	869
1) Çağrı kavramı.....	869
2) Hazır bulunması gereken kişilerin çağırılması.....	870
3) Çağrıyı yapma yetkisi mahkemeye aittir.....	871
4) Mahkemenin re’sen tanık veya bilirkişi çağırma yetkisi düzenlenmemiştir.....	871

5) Mahkemenin re'sen tanık veya bilirkişi çağırma yetkisi düzenlenmemiştir .....	871
VI- İddianamenin tebliği (CMK 176/1). .....	871
1) Kabul edilen iddianamenin tebliği. ....	871
2) Taslak iddianamenin tebliği sorunu. ....	872
VI- Duruşma için zorla getirme (CMK 176/2). ....	873
VII- Savunma hazırlama süresi (CMK 176/4). ....	874
1) Koruyucu süre. ....	874
2) Süreye uymamanın yaptırımı. ....	874
3) Savunmayı hazırlamak için verilen sürenin, "yeterli" olması gerekir. ....	874
VIII- Sanığın tanık veya bilirkişi davet ettirmek, savunma delili toplanmasını istemesi (CMK 177/1). ....	876
1) Duruşma hazırlığında savunma. ....	876
2) Duruşma hazırlığının delil toplama bölümü. ....	876
3) Tanığın duruşmaya çağırılması. ....	877
4) Bilirkişi veya uzmanın davet edilmesini istemek. ....	877
IX- Duruşma hazırlığında yapılan diğer işlemler. ....	879
1) Duruşma hazırlığında yapılan diğer işlemler. ....	879
2) Cumhuriyet savcısına bildirim (CMK 177/3). ....	879
3) Tanığı doğrudan getirme (CMK 178). ....	879
4) Savunma tanıklarının iddia makamına bildirilmesi (CMK 179/1). ....	880
5) İddia tanıklarının savunma makamına bildirilmesi (CMK 179/2). ....	880
6) İstinabe (CMK 180). ....	880
7) Naiple veya istinabe yoluyla tanık veya bilirkişi dinlenmesi (CMK 180/1, 180/2). ....	880
a) Hastalık veya malüllük nedeniyle naiple veya istinabe yoluyla dinleme (CMK 180/1). ....	880
b) Konutunun yargı çevresi dışında olması nedeniyle naiple veya istinabe yoluyla dinleme (CMK 180/2). ....	883
c) Davayı gören mahkemenin büyükşehir belediye sınırları içinde naiple veya istinabe yoluyla dinleyememesi (CMK 180/3). ....	884
ç) İstinabe olunan mahkemenin büyükşehir belediye sınırı içindeki istinabeyi yapma mecburiyeti (CMK 180/4). ....	884
8) Görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılarak tanık veya bilirkişi dinlenmesi (CMK 180/5). ....	884
9) Tanık veya bilirkişilerin dinleneceği günün bildirilmesi (CMK 181/1). ....	885

10) Duruşma hazırlığında yapılan keşif ve muayene (CMK 181/2).....	886
11) Tutuklu sanığın durumu (CMK 181/3).....	887
<b>§29– MAHKEMENİN YER BAKIMINDAN YETKİSİ .....</b>	<b>887</b>
I– Duruşmanın açıklığı (CMK 182/1).....	887
1) Muhakeme hukuku işlemlerinin açıklığı. ....	887
2) Duruşmanın açık olarak yapılması ve basın özgürlüğü.....	888
3) Duruşmanın kapalı yapılması kararı (CMK 182/2).....	890
4) Duruşmanın açıklığı ilkesinin ihlalinin yaptırımı.....	890
5) Gizli yapılan işlemler. ....	890
6) Duruşmanın kapalı yapılması .....	890
7) Duruşmanın kapalı yapılması kararının ve soruşturmanın gizliliğinin ihlali.....	892
8) Ses ve görüntü alıcı alet kullanma yasağı (CMK 183).....	893
9) Basın yolu ile oluşan “dolaylı aleniyetin” engellenmesi.....	893
10) Kimlik bilgilerinin gizliliği. ....	894
11) Açıklığın kaldırılması kararı (CMK 184).....	895
12) Zorunlu kapalılık kararı (CMK 185). ....	895
13) Kapalılık kararının gerekçesi (CMK 186).....	896
14) Kapalı duruşmada hazır bulunma izni (CMK 187/1).....	896
15) Kapalı duruşmanın içeriğini yayımlama yasağı (CMK 187/2).....	896
16) Açık duruşmanın içeriğinin yayımlanmasının yasaklanabilmesi (CMK 187/3).....	896
II– Duruşmada hazır bulunan süjeler (CMK 188). ....	897
1) Hakimin duruşmada hazır bulunması. ....	897
2) Yedek üye bulundurma (CMK 188/3).....	898
3) Cumhuriyet savcısının duruşmada hazır bulunması.....	898
4) Birden çok savcı veya müdafî (CMK 189).....	899
5) Müdafîin duruşmada hazır bulunması.....	900
a) Müdafîin duruşmada hazır bulunma yükümü.....	900
b) “Duruşmaya gelmeyerek savunma” girişimleri. ....	901
6) Sanığın duruşmada hazır bulunması. ....	902
7) Zabıt katibinin duruşmada hazır bulunması. ....	902
III– Duruşmaya ara vermeme kuralı (CMK 190/1).....	902
1) Duruşmanın kesiksizliği.....	902
2) Duruşmaya ara verilebilen istisnai haller.....	903
3) Ara verilmesini isteme hakkının sanığa bildirilmesi mecburiyeti.....	904
4) Ek savunma için süre verilmesi. ....	904

<b>§30- DURUŞMANIN DİSİPLİNİ.....</b>	<b>905</b>
I- Duruşmanın düzeninin sağlanması (CMK 203/1).....	905
II- Salondan çıkarma yetkisi ve disiplin hapsi (CMK 203/2).....	905
III- Sanığın dışarı çıkarılması ve duruşmanın yokluğunda sürdürülmesi (CMK 204/1, cü 2).....	905
IV- Zorunlu müdafî görevlendirilmesi (CMK 204/1, cü 3).....	906
V- Duruşma sırasında işlenen suç (CMK 205).....	906
VI- Duruşma sırasında işlenen suçtan dolayı tutuklama (CMK 205/1, cü 2).....	908
<b>§31- DURUŞMANIN YÜRÜYÜŞÜ.....</b>	<b>908</b>
I- Duruşmanın başlatılması (CMK 191/1).....	908
1) Duruşmanın başında yapılan işlemler.....	908
2) Sanığın ve diğer süjelerin hazır bulunduğuunun saptanması.....	909
3) Tanıkların, bilirkişilerin ve uzmanın yoklaması.....	910
4) Duruşmaya başlama kararı: iddianamenin kabulü kararının okunması.....	911
5) Sanığın duruşma salonuna alınması.....	911
II- Duruşmada yapılan ilk işlemler (CMK 191/3).....	912
1) Kimlik tespiti.....	912
2) İddianamenin veya iddianame yerine geçen belgenin okunması.....	912
3) İddianame yerine geçen belge.....	913
4) Yetkisizlik kararının okunması.....	914
5) Önödemenin veya uzlaşmanın hatırlatılması.....	915
6) İlk talî davaların açılması.....	915
7) Hakların bildirilmesi.....	915
8) Duruşmada yapılan sorgu.....	916
III- Mahkeme başkanı veya hakimin görevleri (CMK 192/1).....	918
1) Şekil bakımından idare işlemleri.....	918
2) Sanığın sorgusu.....	918
3) Delillerin ortaya konması.....	918
4) Duruşmada disiplinin sağlanması.....	919
5) Başkan işlemlerine karşı yapılan “kabul edilemezlik iddiası” hakkında mahkemenin karar vermesi (CMK 192/2).....	919
IV- Sanığın duruşmada hazır bulunma mecburiyeti ve istisnaları.....	920
1) Duruşmada hazır bulunma.....	920

2) Sanık hakkında zorla getirme kararı verilmesi (CMK 193/1).....	920
3) Sorgu yapmadan davanın gıyapta bitirilebileceği haller (CMK 193/2).....	921
4) Sanığın duruşmanın devamı süresince hazır bulunması için alınan tedbirler (CMK 194/1). ....	921
5) Davanın sanığın yokluğunda bitirilebileceği haller (CMK 194/2).....	922
6) Yoklukta duruşma. ....	922
V– Duruşmada hazır bulunmaktan başışık tutulma. ....	922
1) Sanığın duruşmada hazır bulunması temel ilkedir.....	922
2) Müdafii yetkili kılınmış olması gerekir.....	923
3) Başışık tutulan sanığın zorla getirilmesi. ....	923
4) Sanığın istinabe suretiyle sorgusu (CMK 196/2).....	923
5) Görüntülü ve sesli iletişim tekniği ile sorgu (CMK 196/4).....	924
6) Tutuklu sanıkların durumu (CMK 196/5).....	925
7) Yurt dışında bulunan sanıkların durumu.....	925
8) Sanık hazır bulunmasa da, müdafii hazır bulunmaya yetkilidir. ....	925
9) Sanığın temsil edilmesi.....	926
10) Sanık hazır bulunmaksızın yapılan duruşmalarda eski hale getirme (CMK 198/1).....	926
11) Duruşmadan başışık tutulan veya temsil edilen sanık eski hale getirme isteyemez.....	927
VI– Sanığı duruşmaya getirmek için yakalama emri verilmesi.....	927
VII– Sanığın duruşma salonundan çıkarılması kararı. ....	928
VIII– Tercüman bulundurulacak haller (CMK 202).....	928
1) Muhakemenin dili. ....	928
2) Tercümanın görevlendirilmesi (CMK 202/1). ....	929
3) Engelli sanıkların tercümanı (CMK 202/2). ....	929
4) Tercümana ödenen ücret (CMK 202/3). ....	929
5) Sanığın istemi üzerine görevlendirilen yardımcı tercüman (CMK 202/4).....	930
6) Tercüman listeleri (CMK 202/5).....	930
<b>§32– DELİLLERİN ORTAYA KONULMASI ..... 930</b>	
I– Delillerin ortaya konulması.....	930
1) “Delillerin ortaya konması” ve delil ikamesi istemi.....	930
2) Ceza muhakemesinde re’sen araştırma ilkesinin korunup korunmadığı sorunu. ....	930

3) Ortaya konulması istenilen delilin reddi sebepleri: kanuna aykırı olarak elde edilme (CMK 206/2-a).....	932
4) İspata elverişli olmayan bir delilin ortaya konmasının reddi (CMK 206/2-b).....	933
5) Sadece muhakemeyi uzatmak için ikame edilen delilin ortaya konmasının reddi (CMK 206/2-c).....	936
6) Delilin ortaya konmasının reddi kararının gerekçesinin yazılması mecburiyeti.....	936
7) Delilin ortaya konmasından vazgeçilmesi (CMK 206/3).....	937
8) Delil veya olayın geç bildirilmesi red sebebi olmaz (CMK 207).....	937
9) Mazeretsiz gelmeyen sanığın yokluğunda ortaya konulan deliller (CMK 206/1, cü 2).....	938
10) Tanığın duruşma salonundan ayrılması (CMK 208).....	938
II- Duruşmada okunması zorunlu olan belgeler (CMK 209/1).....	939
1) Duruşmada delil ortaya koyma ve belge okuma konusunda genel bilgiler.....	939
2) Delilin sağlamlığı.....	940
3) Naip veya istinabe yolu ile yapılan sorgu tutanağı.....	940
4) Naip veya istinabe yolu ile dinlenen tanık ifadesinin tutanağı.....	940
5) Muayene tutanakları.....	940
6) Keşif tutanakları.....	940
7) Delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar.....	940
8) Adli sicil özetleri.....	941
9) Sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgeler.....	941
10) Kişisel verilerin yer aldığı belgelerin kapalı oturumda okunması kararı (CMK 209/2).....	941
III- Tanığın duruşmada dinlenmesi mecburiyeti ve istisnaları.....	941
1) Tanığın duruşmada dinlenmesi mecburiyeti.....	941
2) Tanıklıktan çekinen tanığın “önceki ifadesinin” okunması yasağı (CMK 210/2).....	941
3) Tanığın duruşmada dinlenmesi kuralının istisnaları.....	942
a) Ölüm, akıl hastalığı veya bulunduğu yerin öğrenilememesi halinde, duruşmada okunabilen tanık veya sanığın suç ortağının önceki ifadesinin tutanağı veya yazdığı yazı (CMK 211/1-a).....	942
b) Tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunmalarına olanak olmayan haller (CMK 211/1-b).....	944

c) Tanığın ifadesinin önem derecesi itibariyle, duruşmada hazır bulunmasının gerekli görülmemesi (CMK 211/1-c).....	945
ç) Süjelerin birlikte tutanak okunmasına rıza göstermeleri (CMK 211/2).....	945
d) Tanığa, önceki ifadesinin hatırlayamadığı kısmının okunması (CMK 212/1). ....	945
e) Tanığın önceki ifadesi ile çelişki bulunması halinde, tutanağın tamamının okunması (CMK 212/2).....	947
f) Soruşturma ve kovuşturmada yapılan sanık beyanı arasında çelişki bulunması halinde önceki beyanın okunması (CMK 213).....	948
g) Belgede imzası bulunan kişinin açıklamada bulunmak üzere duruşmaya çağrılabilmesi (CMK 214/1).....	949
<b>§33– DOĞRUDAN SORU YÖNELTME, ANLATTIRICI SORU ve ÇAPRAZ SORU.....</b>	<b>950</b>
I– Doğrudan soru, anlattırıcı soru ve çapraz sorgu kavramları.....	950
1) Hakimi aracı kılmadan, doğrudan soru yöneltme sistemi. ....	950
2) Anlattırıcı soru sorma sistemi. ....	951
3) Çapraz sorgu. ....	953
4) Anglo Amerikan Hukukundaki “direct and cross examination”. ....	954
a) Çapraz sorgunun amacı.....	954
b) Hear–say yasağı ve istisnaları. ....	955
c) Susma hakkı. ....	955
ç) Çapraz sorgu becerileri: doğrudan soru ve çapraz sorgu. ....	956
d) Çapraz sorguda yapılmaması gereken hatalar. ....	956
II– Yöneltilen soruya itiraz.....	957
III– Tanık dinleme veya belge okumadan sonra sanığa diyeceğinin sorulması. ....	957
IV– Kimliği gizli tutulan tanığa soru sorma yöntemleri.....	958
<b>§34– DELİLLERİN TARTIŞILMASI ve TAKDİRİ .....</b>	<b>959</b>
I– Esas hakkında mütalaalar (CMK 216/1).....	959
1) Soruşturma evresinde tarafların görüşlerinin alınması. ....	959
2) Kovuşturma evresinde verilen kararlar öncesinde görüş alma.....	960
II– Tarafların mütalaalarına cevaplar (CMK 216/2).....	960
1) Duruşmanın tartışma bölümünün niteliği. ....	960
2) Esas hakkındaki mütalaa.....	960
3) Tartışmada söz alma sırası. ....	961

4) Müdafie söz verme yükümü.....	961
5) Tartışmanın içeriği. ....	961
6) Cevap verme hakkı. ....	962
III– Sanığın son söz hakkı. ....	962
IV– Hakimın kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırma mecburiyeti. ....	963
1) Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi.....	963
2) Şüpheden sanık faydalanır ilkesi. ....	963
3) Sözlülük ilkesi.....	964
IV– Delillerin hakimın vicdani kanaati ile serbestçe takdir edilmesi.....	964
1) Vicdani delil sistemi.....	964
2) Delillerin değerlendirilmesi (takdiri). ....	965
a) Delillerin sağlamlık bakımından değerlendirilmesi. ....	965
b) Delillerin “hukuka uygunluk” bakımından değerlendirilmesi. ....	965
3) Sübut konusunda hüküm faaliyeti.....	965
4) Tecrübe kaidesi ile ilgili faaliyet.....	966
5) Karine.....	967
VI– Hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispat.....	968
1) Kanuna aykırı elde edilen delili yasaklamanın amacı. ....	968
2) Terminoloji. ....	968
3) Kanuna aykırı olarak elde edilen deliller konusundaki yerleşik görüşler. ....	968
a) “Hüküm verirken kullanılması yasaklanan deliller” görüşü. ....	969
b) Konusu bakımından yasaklanmış olan deliller.....	969
c) Özel hayatın korunması amacı ile yasaklanan deliller. ....	970
ç) Elde edilmesinde uygulanan metod dolayısıyla yasaklanan deliller.....	970
d) “Korunan hak ve hukuki menfaat” görüşü. ....	970
4) “Kanuna aykırılık”, “hukuka aykırılık” ve “hukuka uygunluk”.....	972
5) Yetki sınırı aşılarak elde edilen delil.....	974
6) Adil yargılama hakkı ve bunun delil elde etme yetkisi ile ilişkisi. ....	974
7) Sanık hakları teorisi. ....	976
8) İstisnai hallerde kullanılabilen kanuna aykırı yöntemle elde edilen deliller.....	977
9) Hukuka uygun olarak elde edilen delilin, başka bir davada kullanılamaması kuralı. ....	978
10) Tesadüfen elde edilen deliller.....	978



11) Yabancı ülkede Türk Kanunlarına aykırı yöntemlerle elde edilen deliller açısından istisnalar. ....	978
12) Delil yasaklarının uzak etkileri sorunu. ....	979
13) Delilin dosyadan çıkartılması sorunu. ....	980
14) Kanaatimiz. ....	982
VII- Hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillere örnekler. ....	984
1) Kanuna aykırı olarak durdurma. ....	984
a) Durdurma yetkisi. ....	985
b) Terry v. Ohio. ....	985
c) United States v. Chadwick. ....	985
ç) Aleni yerlerdeki özel hayat. ....	986
d) MOBESE kameraları. ....	986
2) Arama ve elkoyma işlemindeki kanuna aykırılıklar. ....	987
a) Çıplak gözle görme. ....	987
b) Suçüstü hali. ....	987
c) Takip etmek. ....	988
ç) Yakup kararı: CGK 29.11.2005, K.144/150. ....	988
d) Pazarcı Saadettin ve Çelebi kararı: 989 CGK 15.3.2005, E. 10-15, K. 29. ....	989
e) Yakalama araması. ....	992
f) Hakimın verdiği arama kararındaki kanuna aykırılık. ....	992
g) Aramadan elde edilen tesadüfi delil. ....	993
h) Türk Hukukunda olmayan, “ilgilinin aramaya rıza göstermesi”. ....	993
i) Önleme aramasında elkoyma. ....	994
3) “Teknik araçlarla izleme” ile ilgili kanuna aykırılıklar. ....	994
4) İletişimin denetlenmesinin koşulları açısından kanuna aykırılık. ....	995
a) İletişimin denetlenmesi tedbiri istisnadır. ....	995
b) İletişimin denetlenmesinin konusunu teşkil eden suçlar açısından kanuna aykırılık. ....	996
c) İletişimin tespitinden elde edilen kanuna uygun deliller. ....	997
ç) “Dinlemeden” elde edilen bilgi. ....	998
d) Mobil telefonun yerinin tespiti. ....	998
e) Tanıklıktan çekinme yetkisine sahip kişilerin dinlenmesi. ....	998
f) Delilin soruşturmaya bağlılığı ilkesi. ....	999
g) Özel hayatın gizliliğinin korunması ve banda yapılan kayıtların delil olması sorunu. ....	999
h) Malone v. UK (2 Ağustos 1984). ....	1000
i) Kruslin v. Fransa (24 Nisan 1990). ....	1000

j) Schenck v. İsviçre (12 Temmuz 1988).....	1000
k) Hat sahibinin rızası sorunu.....	1002
l) İlk verildiği sırada “kanuna aykırı” olan hakim kararı.....	1002
m) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bilgiler.....	1003
n) İletişimin denetlenmesinden elde edilen delilin duruşmada ikame edilme yöntemi.....	1005
5) Özel kişiler tarafından elde edilen deliller.....	1006
6) Özel hayatı koruyan kuralların ihlali nedeniyle, delilin “kanuna aykırı” hale gelmesi.....	1007
a) Özel hayat hakkı.....	1007
b) Karşılıklı yapılan konuşmaların gizlice kayıt edilmesi sorunu... ..	1008
7) Susma hakkını kullanan şüphelinin konuşmasının gizlice kayıt edilmesi ve küçük tanıkların beyanlarının özel kişiler tarafından uzman hazır bulunmaksızın kayıt edilmesi.....	1010
8) Radyo üzerinden yayınlanan konuşmaların kayıt edilmesi.....	1013
a) Bykov v. Rusya kararı.....	1014
b) Allan v. UK.....	1015
c) Heglas v. Çek Cumhuriyeti.....	1015
9) Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinden elde edilen kanuna aykırı deliller.....	1015
10) Yakalama ile ilgili kuralların ihlali nedeniyle, “kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen delil” haline gelen deliller.....	1016
a) 4. CD, 05.11.2003; 2002/28544–2003/10778 .....	1016
b) CGK 30.3.2010 K. 66.....	1017
c) Yakalanan kişinin haklarını öğrenme hakkı’nın ihlali.....	1019
ç) Yakalanan kişinin susma hakkının ihlali.....	1020
d) Yakalanan kişinin isnadı öğrenme hakkının ihlali.....	1020
e) Yakalanan kişinin yakalandığının istediği kanuni yakınlarına haber verme hakkının ihlali.....	1021
f) Yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılma ve sorguya çekilme hakkının ihlali.....	1021
11) İfade alma ilgili kurallara aykırılık.....	1021
a) İfade alma veya sorgu sırasında müdafin hazır bulunmaması... ..	1021
b) Müdafin şüpheli ile görüştürülmemesi.....	1021
c) “Yasak sorgu yöntemlerinin uygulanmamasını talep etme” hakkı. .	1022
ç) “İfade alma sayılmayan” konuşmaların akıbeti.....	1022
d) Hakların kullanılmamasının sonucu.....	1023

e) Kolluğun “ikinci defa ifade alma” yasağı. ....	1024
12) Beden Muayenesi ve kanuna aykırı yöntemle elde edilen deliller. ..	1025
a) Beden muayenesi ve genetik incelemeler.....	1025
b) Shahid v. Yeni Zelanda kararı.....	1026
c) Esrarlı sigara: 10. CD 15.5.2007, K. 2007/5708 .....	1026
ç) Kar maskeli soyguncular: 6. CD 28.5.2008, K. 2008/11766 .....	1027
13) Teşhis ve yüzleştirmenin kanunda öngörülen usule uygun olarak yapılmaması hali. ....	1029
a) Teşhis. ....	1029
b) Duruşmada yüzleştirme ve teşhis hakkında. ....	1032
14) Keşif ile ilgili hukuka aykırılıklar.....	1033
15) Suçun işlendiği sırada bir başka yerde bulunma savunması (alibi). ....	1033
16) Duruşmada gizli tanık dinlenmesi sırasındaki hukuka aykırılıklar. ....	1034
VIII– Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki hukuka aykırı deliller. ..	1035
<b>§35– DURUŞMA TUTANAĞI .....</b>	<b>1036</b>
I– Duruşma tutanağı. ....	1036
II– Duruşma tutanağının imzalanması.....	1037
III– Duruşmanın teknik araçlarla kayıt edilmesi. ....	1037
IV– Duruşma tutanağının başlığı ve içeriği. ....	1038
V– İstem üzerine duruşma tutanağına geçirilebilen hususlar. ....	1039
VI– Duruşma tutanağının ispat gücü. ....	1039
<b>§36– DURUŞMANIN SONA ERMESİ VE HÜKÜM.....</b>	<b>1041</b>
I– Hüküm kavramı.....	1041
1) Psikolojik bakımdan hüküm. ....	1041
2) Hükmün unsurları. ....	1042
3) Hüküm fıkrası. ....	1042
4) Son karar–hüküm ilişkisi. ....	1043
5) Gereçekli karar ve kısa karar. ....	1043
6) Hüküm vermenin kollektif oluşu. ....	1043
7) Çelişme.....	1044
8) Mütalaa niteliğinde hüküm. ....	1045
9) Karar niteliğinde hüküm. ....	1046
10) Kesin hüküm. ....	1046
11) Hükmün unsurları. ....	1047
12) Maddi ve hukuki mesele. ....	1047
a) Mesele. ....	1047

b) Meselenin açıklanması. ....	1048
c) Gerekçe. ....	1049
ç) Kararın “sonuç” kısmı. ....	1049
13) Hükümün mecburiliği meselesi. ....	1050
14) Karşı görüş bildirme imkanının verilmesi mecburiyeti. ....	1050
II– Beraat kararı. ....	1051
1) Beraat kararı hakkında genel bilgiler. ....	1051
2) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması (CMK 223/2–a). ....	1052
3) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması (CMK 223/2–b). ....	1052
4) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması (CMK 223/2–c). ....	1052
5) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması (CMK 223/2–d). ....	1052
6) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması (CMK 253/2–e). ....	1053
III– Kusur bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı. ....	1054
1) Genel bilgiler. ....	1054
2) Kusur bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK 223/3) verilen haller. ....	1055
a) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı (TCK 31, 32, 33; CMK 223/3–a). ...	1055
b) Diğer haller. ....	1055
IV– Ceza verilmesine yer olmadığı kararı. ....	1056
V– Mahkumiyet hükmü. ....	1057
VI– Güvenlik tedbiri hükmü. ....	1057
VII– Kesin hüküm nedeni ile davanın reddi kararı. ....	1058
1) Yargının otoritesi. ....	1058
2) Ne bis in idem. ....	1059
3) Maddi ve hukuki meseleler bakımından kesin hüküm. ....	1060
4) Maddi mesele bakımından kesin hüküm. ....	1061
5) Ceza Mahkemesince verilen ve kesinleşen hükmün hukuk mahkemesi hakimini bağlayıp bağlamayacağı konusu. ....	1062
6) Milletlerarası ceza hukukundaki durum. ....	1062

VIII– Düşme kararı.....	1064
1) Davayı düşüren sebepler.....	1064
2) Düşme kararı, uyuşmazlığı dolayısı ile yargılar.....	1064
3) Düşme kararının verileceği zaman.....	1065
IX– Durma kararı.....	1067
X– Derhal beraat kararı verilebilen durumlar.....	1068
XI– Görevsizlik kararı.....	1069
XII – Kararlarda oybirliği veya oy çokluğu.....	1069
1) Kararların oylanması.....	1069
2) Karşı oy ve gerekçesi.....	1071
XIII– Hükümün konusu.....	1071
1) Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesi.....	1071
2) Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesinin sonuçları.....	1073
3) Fiili nitelendirmede mahkemenin serbest olması.....	1073
4) Tavsif değişikliği.....	1074
5) Bildirimlerin hem sanığa, hem de müdafie yapılması.....	1076
XIV– Hüküm vermek için müzakere.....	1077
1) Duruşmadan sonuç çıkarma müzakeresi.....	1077
2) Müzakerenin yönetimi ve oyların toplanması.....	1079
XV– Gerekçe kavramı, tutuklama kararının ve hükümün gerekçesi.....	1080
1) Gerekçe kavramı.....	1080
a) Psikolojik anlamda hükümün gerekçesi.....	1080
b) Gerekçenin yararları.....	1081
c) Gerekçelerin zararları.....	1081
ç) Yazılı hukuk ve AİHM kararlarındaki durum.....	1081
2) Gerekçede bulunması gereken noktalar.....	1082
3) Kararların gerekçeli olması (CMK 34).....	1083
4) Tutuklama kararının gerekçesi.....	1091
5) Hükümün gerekçesi.....	1094
a) Mahkumiyet kararının gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar (CMK 230/1).....	1094
b) Beraat kararının gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar (CMK 230/2).....	1095
c) Ceza verilmesine yer olmadığı kararının gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar (CMK 230/3).....	1095

XVI- Hükümün gerekçesi ve hüküm fıkrası (CMK 232).	1095
1) Hükümün “Türk Milleti adına” verilmesi (CMK 232/1).	1095
2) Hükümün başında yazılacak noktalar (CMK 232/2).	1095
3) Hükümün gerekçesinin en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulması (CMK 232/3).	1095
4) Karar ve hükümler bunlara katılan hâkimler tarafından imzalanması (CMK 232/4).	1096
5) Hâkimlerden biri hükmü imza edemeyecek hâle gelmesi (CMK 232/5).	1096
6) Hüküm fıkrasında gösterilmesi gereken noktalar (CMK 232/6).	1096
7) Hükümlerin imzalanması ve mühürlenmesi (CMK 232/7).	1096
<b>§37- KARARLARIN AÇIKLANMASI VE TEBLİĞİ</b>	<b>1096</b>
I- Kararların doğrudan doğruya bildirilmesi (CMK 35).	1096
1) Tefhim.	1096
2) Tevdi.	1097
3) “Sair doğrudan doğruya bildirmeler”.	1097
II- Vasıtalı bildirme.	1097
1) Tebliğ.	1097
a) “Tevdi suretiyle tebliğ”.	1097
b) “Gösterme suretiyle tebliğ”.	1098
c) “Sözle tebliğ”.	1098
ç) “Asma suretiyle bildirme”.	1099
d) “İlan suretiyle tebliğ”.	1099
2) Telefon, elektronik posta ile yapılan çağrı.	1100
3) Bildirimdeki hukuka aykırılıklar.	1100
III- Mahkeme başkanının yaptığı ve C. başsavcılığına yapılan tebligat.	1100
<b>§38- HÜKMÜN AÇIKLANMASI VE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI</b>	<b>1102</b>
I- Hüküm fıkrasının okunması ve hükümün açıklanması.	1102
1) Duruşmanın sona ermesi.	1102
2) Hükümün açıklanması.	1102
3) Hükümün tefhimi.	1103
II- Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kavramı ve koşulları.	1103
1) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kavramı.	1103
2) Uzlaşmanın önceliği ve uzlaşma uygulanan hallerde verilen HAGB.	1104
3) Mahkumiyet hükmü verilmesi koşulu.	1104

4) Sonuç cezaya ilişkin koşullar (CMK 231/5).....	1105
5) Sanığın kabul etmesi koşulu. ....	1107
6) Özel koşullar (CMK 231/6). ....	1107
a) Sanığın daha önce “kasıtlı” bir suçtan mahkum olmamış bulunması (CMK 231/6). ....	1107
b) Mahkemece sanığın yeniden suç işlemeyeceği konusunda kanaata varılması. ....	1109
c) Zararın giderilmesi.....	1109
ç) Manevi zararın tazmini sorunu. ....	1110
d) Zararın belirlenmesi.....	1110
7) Seçenek yaptırımlara çevirememe (CMK 231/7).....	1111
8) Denetimli serbestlik uygulama mecburiyeti (CMK 231/8).....	1111
a) Denetimli serbestlik. ....	1111
b) Zamanaşımının durması. ....	1111
9) Zararın giderilemediği hallerde verilebilen HAGB kararı (CMK 231/9).....	1111
10) Davanın düşmesi kararı (CMK 231/10). ....	1111
11) Açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması veya yeni bir mahkumiyet hükmü kurulması (CMK 231/11). ....	1111
12) HAGB kararına itiraz (CMK 231/12).....	1112
13) Mahkumiyet kararının istinaf veya temyiz edilmesi sorunu. ....	1113
14) HAGB kararının sisteme kayıt edilmesi (CMK 231/13). ....	1113
15) HAGB kararı verilmesi kabul edilmeyen haller (CMK 231/14).....	1113
16) Çocuk ceza hukukundaki HAGB.....	1113
17) Ceza Genel Kurulunun 2009/13 sayılı Kararla Yarattığı Hukuk.....	1113
a) Kesinleşmiş hükümlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün müdür?.....	1116
b) Kesinleşmiş hükümlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi dosya üzerinde yapılacak inceleme ile mi, yoksa duruşma açılarak mı gerçekleştirilmelidir?.....	1118
c) Birden fazla suçtan mahkûmiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde, toplam ceza miktarı mı, yoksa her bir suç için verilen ceza miktarı mı nazara alınmalıdır?.....	1118
ç) Seçenek yaptırımlar konusu. Kesinleşen hükümde 647 sayılı Yasanın 4 ve 6 veya 5237 sayılı TCY’nın 50 ve 51. maddelerinin uygulanmış ya da uygulanmamış olması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda değerlendirme yapmaya veya uygulamaya engel midir?..	1119
d) Giderilecek zararın kapsamı. ....	1119

## ALTINCI BÖLÜM

### ÖZEL YARGILAMA USULLERİ

#### §39– GAİP ve KAÇAKLARIN YARGILANMASI .....1121

- I– Gaipilerin ceza muhakemesindeki durumu (CMK 244/1).....1121
  - 1) Gaibin tanımı.....1121
  - 2) Gaip hakkında duruşma açma yasağı (CMK 244/2). ....1122
  - 3) Gaip hakkında delil toplama ve koruma tedbirleri (CMK 244/2). ....1122
  - 4) Naip hakim ve istinabe olunan mahkeme (CMK 244/3).....1122
  - 5) Gaip ile ilgili işlemlerde hazır bulunma yetkisi (CMK 244/4). ....1123
  - 6) Gaip hakkında müdafî görevlendirilmesi (CMK 244/4).....1123
  - 7) Güvence belgesi (CMK 246). ....1123
- II– Kaçakların yargılanması (CMK 247).....1124
  - 1) “Kaçak” tanımı (CMK 247/1).....1124
  - 2) “Kaçak” kararı verilmesi (CMK 247/2). ....1124
  - 3) “Kaçak” hakkında kovuşturma yapılması, mahkumiyet kararı verilememesi (CMK 247/3). ....1125
  - 4) “Kaçak” için zorunlu müdafî görevlendirilmesi (CMK 247/4). ....1125
  - 5) Kaçak sanığın mal, hak ve alacaklarına elkoyma kararı (CMK 248/1).....1125
  - 6) Kaçağın mal, hak ve alacaklarına elkoyma kararının kapsamı (CMK 248/2).....1126
  - 7) Kaçağın elkonulan mal, hak ve alacaklarının korunması (CMK 248/3).....1126
  - 8) Elkoyma kararının kaldırılması (CMK 248/4). ....1127
  - 9) Tutuklama kararının, kaçağın yokluğunda verilebilmesi (CMK 248/5).....1127
  - 10) Kaçağın bakmakla yükümlü olduğu yakınlarına yardım kararı (CMK 248/6).....1128
  - 11) Kaçağa tutuklanmama güvencesi verilmesi (CMK 248/7).....1128
  - 12) Kaçağın mal, hak ve alacaklarına elkonulması ile ilgili kararlara itiraz (CMK 248/8).....1129
  - 13) Kaçak hakkında eski hale getirme. ....1129

#### §40– TÜZEL KİŞİNİN TEMSİLİ .....1129

- I– Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturma (CMK 249/1).....1129



1) Ceza sorumluluğu bulunan tüzel kişiler.....	1129
2) Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru.....	1130
3) Tüzel kişi ile uzlaşma.....	1130
4) Tüzel kişinin cezalandırılması sorunu ve sanığın gerçek kişi olması şartı.....	1133
5) Koruma tedbirleri.....	1133
6) Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasası.....	1133
7) Ruhsat iptali.....	1136
II- Tüzel kişinin organ veya temsilcisinin duruşmaya kabul edilmesi (CMK 249/1).....	1139
<b>§41- UZLAŞMA.....</b>	<b>1139</b>
I- Uzlaşma ve “uyuşmazlığın saptırılması”.....	1139
1) Uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle halledilmesi.....	1139
2) CMK daki uzlaşma.....	1139
II- Ceza Muhakemesi Kanununun “uzlaşma” sistemi.....	1140
1) Uzlaşma, “yaptırım benzeri” olan ve “davayı düşürücü” bir kurumdur.....	1140
2) Şikayet şartının gerçekleşmesi koşulu.....	1142
3) Suça ilişkin araştırma yapılması ve yeterli şüphe.....	1142
4) Uzlaşma teklifinin yapılması.....	1142
5) Şüphelinin uzlaşmadaki hakları.....	1143
6) Mağdurun uzlaşmadaki hakları.....	1144
III- Uzlaşmaya tabi olan ve olmayan suçlar.....	1144
1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar, uzlaşmaya tabidir.....	1144
2) Şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, CMK 253/1-b de sayılan suçlar, uzlaşmaya tabidir.....	1147
3) Diğer Kanunlardaki “şikayete bağlı olmayan” suçlarda uzlaşma için, açık hüküm bulunması gerekir.....	1147
a) Diğer Kanunlardaki “soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan” suçlar:.....	1147
b) Diğer Kanunlardaki “re’sen kovuşturulan” suçlar:.....	1148
c) Çek suçlarında uzlaşma:.....	1148
4) Uzlaşma uygulanamayan etkin pişmanlık suçları.....	1149
5) Uzlaşma uygulanamayan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar.....	1149
6) Uzlaşma uygulanamayan bağlantılı suçlar.....	1149

7) Uzlaşma uygulanamayan önödeme tabi suçlar. ....	1149
8) Uzlaşma uygulanamayan, mağduru kamu tüzel kişisi olan suçlar. ....	1150
IV– Uzlaştırmacı olabilenler: C. savcısı, avukat veya hukukçu. ....	1150
1) C. Savcısının uzlaştırmayı kendisinin gerçekleştirmesi. ....	1150
2) Baro tarafından uzlaştırmacı olarak görevlendirilen avukat. ....	1150
3) Hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirilmesi. ....	1151
V– Uzlaştırma işlemlerinin yürüyüşü. ....	1152
1) Kolluk tarafından yapılan soruşturma işlemleri. ....	1152
2) Savcılık tarafından yapılan soruşturma işlemleri. ....	1153
3) Baro tarafından yapılması gereken hususlar. ....	1153
4) Uzlaştırmacıya ödenen ücret. ....	1154
5) Uzlaştırma ilkeleri. ....	1154
6) Süreler. ....	1154
7) Uzlaşma oturumu öncesi yapılan hazırlık evresi. ....	1154
VI– Uzlaştırma müzakereleri aşaması. ....	1155
1) Tanışma ve uzlaştırmacının giriş konuşması. ....	1155
2) Bilgi toplama aşaması (doğrudan soru ve çapraz sorgu). ....	1156
3) Halledilmesi gereken problemleri sınırlama ve daraltma evresi. ....	1156
4) Ayrı yerlerde toplanma (caucus). ....	1157
5) Tarafların tekliflerini belirleme evresi. ....	1157
6) Müzakere aşaması (negotiation). ....	1157
7) Uzlaşma sureti ve edim. ....	1158
a) Uzlaşma ve edimin belirlenmesi aşamasında dikkat edilecek hususlar ....	1158
b) Edim. ....	1158
8) Raporun düzenlenmesi aşaması (closure). ....	1159
9) Haricen uzlaşma. ....	1159
10) Üzerinde uzlaşılan edimin ifa edilmesi ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi. ....	1159
11) Uzlaşmama durumunda veya uzlaşmaya rağmen, edimin ifa edilmemesi halinde, hukuk davası açılması ve hukuk davası açmak için zamanaşımı sorunu. ....	1160
12) Mahkeme tarafından uzlaştırma. ....	1160
VII– Çocuk hukukunda uzlaşma. ....	1163
VIII– Birden çok fail bulunması halinde uzlaşma (CMK 255). ....	1163

<b>§42– MÜSADERE MUHALEMESİ .....</b>	<b>1163</b>
I– Müsadere tali davası (CMK 256)1 .....	1163
II– Müsadere duruşması ve karar (CMK 257).777 .....	1165
III– Kanun yolu (CMK 258).....	1166
IV– Suç konusu olmayan eşyanın müsaderesi (CMK 259).....	1166

## **YEDİNCİ BÖLÜM**

### **OLAĞAN KANUN YOLLARI**

<b>§43– KANUN YOLLARINA BAŞVURMA HAKKI .....</b>	<b>1167</b>
I– Kanun yolu muhakemesinin gayesi ve görevi.....	1167
1) Kararda hata ihtimali.....	1167
2) Denetim muhakemesi.....	1168
3) Başka makam bakar. ....	1168
4) Kanun yolunda “yargılama makamı kararları” incelenir. ....	1169
5) Kanun yoluna başvurmak insan hakkıdır: İHAS 7 No’lu Protokol...1169	
6) Kanun yollarının çeşitleri.....	1171
II– Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı.....	1172
III– Kanun yolu davasının açılması. ....	1173
1) Kanun yoluna başvurma hakkının öğretilmesi. ....	1173
2) İstek koşulu. ....	1173
3) Kanun yoluna başvuru harcı. ....	1174
4) Otomatik açılma.....	1175
5) Başvurulacak makam. ....	1175
6) Karardan zarar görmek şartı. ....	1176
7) Beraat dışındaki kararlardan zarar görme sorunu.....	1178
8) Karardan önce kanun yolu davası açılmaz. ....	1178
9) Başvuru süresi. ....	1178
10) Davanın kabulü kararı.....	1179
11) Vazgeçme, gerilme. ....	1179
IV– Kanun yolu davasının açılmasının sonuçları. ....	1180
1) Muhakemeye devam olunması. ....	1180
2) Yargılaşmaya engel olması. ....	1180
3) Ceza infazının geri bırakılması veya durması. ....	1181
4) Mahkûmiyetten gayri kararlarda yerine getirmenin mümkün olması. ....	1181

5) Yargılamanın istekle bağlı olması.....	1182
6) Verilecek kararın kesin olması.....	1182
7) Verilecek kararın kanun yolu davası açmayanlara tesir etmemesi....	1183
8) Sanık aleyhindeki kanun yolu davasında verilecek kararın sanık lehine olabilmesi.....	1183
9) Aleyhe değiştirmeme mecburiyeti doğması: Reformatio in peius....	1183
V– Kanun yoluna başvurabilenler (CMK 260/1) .....	1184
1) Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurma yetkisi (CMK 260/2).....	1184
2) Katılan ve katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanlar. ....	1186
3) Şüpheli ve sanığın kanun yolu davası açması.. ....	1188
4) Avukatın başvurma hakkı (CMK 261).....	1189
5) Yasal temsilci ve eşin dava hakkı. ....	1191
6) Medenî bakımdan sorumlunun kanun yolu davası.....	1193
7) Üçüncü şahısların kanun yolu davası açması. ....	1193
8) Olağanüstü kanun yolu dâvası açabilenler: Yargılamanın yenilenmesi davası. ....	1194
9) Yargıtay C. Başsavcısının itirazı davası açabilenler.....	1194
10) Kanun yararına bozma davası açabilenler. ....	1195
11) Tutuklunun kanun yoluna başvurması (CMK 263).....	1195
VI– Kanun yolunun belirlenmesinde hata (CMK 264). ....	1196
VII– Başvurudan vazgeçme (CMK 266).....	1196
<b>§44– İTİRAZ.....</b>	<b>1200</b>
I– İtiraz yolunun niteliği.....	1200
a) Hâkimlik makamı kararları. ....	1200
b) Mahkeme makamı kararlarına, kaide olarak, itiraz olunamaz. ....	1200
II– İtiraz olunabilen kararlar.....	1201
1) Kanunun itirazı kabul ettiği haller. ....	1201
2) İtiraz olunabilen mahkeme kararları kanunda gösterilmiştir. ....	1201
III– İtiraz olunamayan kararlar.....	1201
1) Savcılık işlemleri.....	1201
2) İtiraz edilemeyen hakimlik kararları.....	1202
3) Mahkeme kararları.....	1202
4) Yargıtay kararları.....	1203

5) İtiraza müsait olmayan kararlar.....	1203
IV– İtiraz yolunda yargılama makamı. ....	1203
1) İtiraz için başvurulacak makam. ....	1203
2) İtirazı inceleyen makam. ....	1203
V– İtiraz dâvasının açılması ve sonuçları.....	1205
1) İtiraz davası açılmasının genel sonuçları.....	1205
2) İddia hakkı.....	1205
3) İtiraz süresi. ....	1205
4) Davanın açılması.....	1205
5) Kararı veren makamın itiraz edilen kendi kararını düzeltme yetkisi (CMK 268/2).....	1206
6) İtiraza mahsus diğer sonuçlar.....	1206
7) İtirazın yerine getirmeye etkisi (CMK 269). ....	1208
8) İtirazın karşı tarafa bildirilebilmesi (CMK 270/1 cü. 1).....	1208
9) İtirazda maddi meselenin incelenmesi (CMK 270/1 cü. 2).....	1208
VI– İtiraz üzerine verilen karar (CMK 271).....	1209
VII– Tutuklama kararına (veya yakalama emrine) itiraz. ....	1209
1) Tutuklama kararına itiraz. ....	1210
2) Tutuklu şüphelinin salıverilme istemleri hakkındaki kararlara itiraz.....	1210
3) Yargılama makamı tarafından verilen yakalama emrine karşı itiraz.....	1211
<b>§45– İSTİNAF.....</b>	<b>1212</b>
I– İstinaf hakkında genel bilgiler.....	1212
1) İstinaf kanun yolunun hukuki niteliği.....	1212
2) İstinafın leh ve aleyhindeki bazı görüşler. ....	1213
3) CMK'nın kabul ettiği istinaf sisteminin özü.....	1214
II– İstinafta yargılama makamı.....	1216
III– İstinaf edilebilen ve edilemeyen hükümler. ....	1216
1) İstinaf edilebilen hükümler. ....	1216
2) İstinaf edilemeyen adli para cezasına mahkumiyet hükümleri.....	1217
3) İstinaf edilemeyen beraat hükümleri.....	1217
4) Kesin olarak verilen istinaf ve temyiz edilemeyen kararlar. ....	1217

5) İstinaf ve temyiz edilemeyen durma kararları. ....	1218
6) Aykırılık çok az önemli olsa dahi istinaf veya temyiz edilebilen hükümler. ....	1218
7) Aykırılık çok az önemli olsa dahi istinaf veya temyiz edilebilen hükümler. ....	1218
8) Kovuşturma evresinde verilen arakararlar. ....	1219
9) Soruşturma evresinde verilen kararlar. ....	1219
10) Yargıtayın istinaf edilememe kriteri. ....	1220
11) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının istinaf ve temyiz edilmesi sorunu. ....	1220
IV– İstinaf muhakemesinde savunma makamı. ....	1221
V– İstinaf davasının açılması. ....	1221
1) İstem şartı. ....	1221
2) İstinaf isteminin yapılma yöntemi (CMK 273/1). ....	1222
3) İstinaf isteminin yapılma süresi (CMK 273/1). ....	1222
4) Katılanın başvuru nedenlerini göstermesi kuralının istisnası (CMK 273/4). ....	1222
5) Cumhuriyet savcısının istinaf nedenlerini gerekçeleri ile birlikte gösterme mecburiyeti (CMK 273/5). ....	1222
6) İlgililerin cevaplarını bildirmeleri. ....	1223
7) İstinafta eski hale getirme (CMK 274). ....	1223
8) Hükümün kesinleşmesinin önlenmesi (CMK 275). ....	1224
VI– İstinaf isteminin ilk derece mahkemesi tarafından incelenmesi (CMK 276/1). ....	1224
1) Kabul edilebilirlik incelemesi. ....	1224
2) İstinaf isteminin ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesine karşı bölge adliye mahkemesinin karar vermesini isteme (CMK 276/2). ....	1225
3) İstinaf dilekçesinin tebliği (CMK 277/1). ....	1226
4) Dosyanın BAM C. Başsavcılığına gönderilmesi (CMK 277/2 cü. 2). ....	1226
VII– İstinaf mahkemesinde yapılan inceleme ve verilen kararlar. ....	1226
1) Dosya üzerinden ön inceleme (CMK 279). ....	
2) Hükümdeki hukuka aykırılıkları kaldırma yöntemleri (CMK 280). ....	1227
a) Bozma veya iptal. ....	1227

b) Islâh.....	1227
c) Geri alma.....	1227
ç) Yenileme.....	1228
3) İstinaf başvurusunun esaslan reddi kararı (CMK 280/1-a).....	1229
4) İlk derece mahkemesinin kararının bozulması kararı (CMK 280/1-b).....	1229
5) İlk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararı (CMK 280/2) .....	
6) Duruşma hazırlığı (CMK 281).....	1229
7) İstinaf duruşması (CMK 282).....	1230
8) Bölge adliye mahkemesinin duruşma yaparak verdiği yeni hüküm. ..	1231
9) Aleyhe değiştirme yasağı (CMK 283).....	1231
VIII- Direnme yasağı (CMK 284) .....	1231
IX- Temyize ilişkin hükümler (CMK 285).....	1233
<b>§46- TEMYİZ.....</b>	<b>1233</b>
I- Temyiz kanun yolu hakkında genel açıklamalar.....	1233
1) Temyiz kanun yolunun gayesi ve görevi. ....	1233
2) Temyiz kanun yolundaki mahkeme: Yargıtay.....	1235
3) İçtihat yaratma ve birleştirme. ....	1236
4) Mukayeseli Hukuktaki gelişmeler.....	1237
II- Temyiz edilebilen hüküm ve kararlar.....	1238
1) CMK uyarınca temyiz edilebilen hükümler (CMK 286/1). ....	1238
a) Bölge Adliye Mahkemesinin temyiz edilebilen hükümleri. ....	1238
b) Hükümden önceki kararların temyizi. ....	1239
c) Tali ceza muhakemesinde verilen kararların temyiz edilmesi sorunu. ....	1239
2) TCK 18/4 uyarınca temyiz edilebilen geri verme hakkındaki karar. ..	1240
III- Temyiz edilemeyen hükümler. ....	1240
1) İstinaf incelemesi sırasında verilen “ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararı”.....	1240
2) Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen hükme karşı temyiz yolunun kapalı olduğu haller. ....	1241
a) İstinaf mahkemesinin bozma kararı.....	1241
b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esaslan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları.....	1241

c) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları.....	1242
ç) İlk derece mahkemelerinden verilen ve kanundaki üst sınırı iki yılıkadar (iki yıl dahil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına dair bölge adliye mahkemesi kararları.....	1243
d) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin suç niteliğini değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları .	1243
e) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarını değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları.....	1244
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 esaslan reddine dair kararları (CMK 286/2-f). ....	1244
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. ....	1245
h) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları.....	1246
III– Temyiz nedeni: hukuka aykırılık. ....	1246
1) Temyiz nedeni. ....	1246
2) Temyiz nedeninin hukuki niteliği. ....	1248
3) Temyiz nedeni–hukuka aykırılık ilişkisi. ....	1249
4) Temyiz nedeni olan hukuka aykırılık türleri.....	1251
a) Yazılı Hukuka aykırılık.....	1251
b) Yazılı olmayan hukuka aykırılıklar.....	1252
c) İctihadî Hukuka aykırılıklar. ....	1252
ç) İlmî hukuka aykırılıklar. ....	1252
d) Maruf ve meşhur olan şahsî bilgide hatalar.....	1252
e) Tecrübe kaidesine aykırılıklar. ....	1253
5) Bozma sebebi sayılmıyan temyiz nedeni.....	1253
a) Hükme tesirsiz hukuka aykırılıklar. ....	1253



b) Cezanın artırılmıyacağı hallerde sadece cezayı artırmaya yol açacak aykırılıklar (aleyhe değiştirme yasağı). .....	1254
c) Sadece sanık lehine konulmuş olan normlara, sanık aleyhine bozma sonucu doğurabilecek aykırılıklar. ....	1255
ç) Ayrı bir talî dâva açılması ile giderilecek aykırılıklar. ....	1256
6) Hukuka aykırı deliller açısından hukuka aykırılık (CMK 217/2). ...	1256
IV– Hukuka kesin aykırılık halleri.....	1257
V– Temyiz davasının açılması. ....	1258
1) Temyiz istemi ve süresi.....	1258
2) Temyizde eski hale getirme. ....	1260
3) Hükümün kesinleşmesinin engellenmesi. ....	1260
4) Temyiz sebebinin gösterilmesi mecburiyeti.....	1261
5) Hukuki meselenin denetlenmesi. ....	1262
6) Temyizde gerekçe gösterme.....	1263
VII– Temyiz isteminin bölge adliye veya ilk derece mahkemesi tarafından reddi sebepleri.....	1265
1) Temyiz süresinin geçmesi. ....	1265
2) Temyiz edilemeyecek hüküm olması.....	1265
3) Temyiz edenin buna hakkı olmaması.....	1266
4) Temyiz gerekçesinin gösterilmemesi.....	1266
5) Görüş bildirme hakkı. ....	1266
VIII– Açılan temyiz davası üzerine Yargıtayda yapılan işlemler ve verilen kararlar. ....	1268
1) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesi.....	1268
2) Temyiz davasının kabule şayan olup olmadığı kararı. ....	1269
3) Duruşmalı inceleme. ....	1271
4) Duruşmada usul.....	1273
5) Temyiz muhakemesinde yargılama konusu. ....	1273
6) Usule ilişkin noksanlardan kaynaklanan temyiz isteminde imrenilecek hususlar.....	1275
7) Temyiz isteminin esastan reddi kararı (onama). ....	1276
8) Bozma kararı. ....	1276
a) CMK ya göre verilen “bozma kararı”. ....	1276
b) Bozma sebebi olan ve olmayan hukuka aykırılıkların ilamda gösterilmesi.....	1278
c) Hükme esas teşkil eden işlemlerin bozulması. ....	1279

ç) Kısmi kesinleşme ve aleyhe değiştirme yasağı. ....	1279
9) Düşme kararı. ....	1279
10) Yargıtayın esas hakkında karar vermesi: ıslâh kararı. ....	1280
a) Genel bilgiler.....	1280
b) Beraat, düşme, sabit cezaya hükmetme halleri. ....	1281
c) Cezanın en alt derecesinin uygulanması durumunda. ....	1282
ç) Kanunun madde numarasının yanlış yazılması. ....	1282
d) Sonradan yürürlüğe giren kanun. ....	1282
e) Yaş küçüklüğü.....	1282
f) Cezada artırım veya indirim hatası. ....	1282
g) TCK 61 deki sırada hata.....	1282
h) Yargılama gideri.....	1282
11) Hükümün onanması veya ıslah kararı verildiği durumlarda gönderileceği makam. ....	1283
IX– Bozma kararı verilmesinden sonraki durum. ....	1285
1) Hükümün bozulmasının diğer sanıklara etkisi. ....	1285
2) Yargıtayın bozma kararına karşı direnme hakkı. ....	1287
3) Uyuma veya direnme kararı verme duruşması. ....	1288
4) Direnme kararını temyiz etme yetkisi.....	1289
5) Direnme istisnadır. ....	1289
6) Direnmenin yararları. ....	1290
X– Bozmaya uyma halindeki işlem ve kararlar.....	1290
1) Bozmaya uyma.....	1290
2) Bozmaya uymadan sonraki muhakemenin özellikleri.....	1290
3) Serbestlik kuralı. ....	1292
4) Hukukî durumdaki değişikliğe uygun karar verilmesi. ....	1292
5) Hatanın düzeltilmesi. ....	1292
a) Bozulan noktalarda hata. ....	1293
b) Bozulmayan noktalarda hata. ....	1294
6) Sadece sanık lehindeki kanun yolu davası üzerine daha ağır cevz verilmemesi (CMK 307/4). ....	1294
7) Sanık lehine bozmadan sonra sonucun ağırlaştırılmaması. ....	1296
8) Sanık aleyhine temyiz edilişte de aleyhte temyizcinin çizdiği tavanın aşılammaması. ....	1296
9) Cezanın artırılmıyacağı hallerde sadece cezayı arttırmaya yol açacak aykırılıklar.....	1297
10) Uymadan sonra verilen hükme karşı kanun yolu. ....	1297

## SEKİZİNCİ BÖLÜM OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLLARI

<b>§47– YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZ YETKİSİ ve KARAR DÜZELTME.....</b>	<b>1299</b>
I– Olağanüstü kanun yolları. ....	1299
II– Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı. ....	1299
III– Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi (CMK 308).....	1300
1) Başsavcının itirazı olağan üstüdür. ....	1300
2) Başsavcının itirazı kaldırılmalıdır. ....	1301
3) Başsavcının itirazının şartları.....	1301
4) Başsavcının itirazının sebepleri. ....	1302
5) Başsavcılığın itiraz davasını açması. ....	1302
6) Başsavcının itirazı davasının görülmesi. ....	1303
IV– Karar düzeltme. ....	1303
<b>§48– KANUN YARARINA BOZMA.....</b>	<b>1304</b>
I– Kanun yararına bozma kavramı (CMK 309). ....	1304
II– Kanun yararına bozma yolunun niteliği. ....	1304
III– İctihat birliğinin sağlanması sorunu.....	1305
IV– Kanun yararına bozmanın şartları.....	1306
1) Karar istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmelidir.....	1306
2) Bu yol sanık aleyhine sonuç vermemelidir. ....	1307
3) İstisnalar. ....	1308
V– Kanun yararına bozma davasının açılması. ....	1309
VI– Kanun yararına bozma muhakemesi.....	1309
VII– Kesinleşen kararın durumu. ....	1311
1) Davanın esasını çözmeyen karar.....	1311
2) Mahkumiyet hükmünün davanın esasını çözmeyen yönüne ilişkin bozma kararı.....	1311
3) Davanın esasını çözen ve mahkumiyet kararı olmayan hüküm. ....	1312
4) Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiren bozma nedeni. ....	1312
a) Genel olarak.....	1312
b) Uyuşmazlığın esasını çözen kararlar açısından.....	1312
c) Uyuşmazlığın esasını çözmeyen kararlar açısından. ....	1313

ç) Bozmanın aleyhe sonuç doğurmaması meselesi. ....	1312
VIII– Yargıtay C. Başsavcısının başvurusu. ....	1314
<b>§49– YARGILAMANIN YENİLENMESİ.....</b>	<b>1315</b>
I– Kesin hüküm yargının değeri ve kesin hükmün kaldırılması. ....	1315
1) Hükümün kesinliği. ....	1315
2) Müeyyidenin kesinliği.....	1316
3) Hukuki değer. ....	1317
4) Aynı suçtan ikinci kez yargılanmama ilkesi (ne bis in idem).....	1318
5) “Aynı dava” kavramı.....	1319
a) Maddi ve hukuki meseleler bakımından kesin hüküm. ....	1320
b) Maddi mesele bakımından kesin hüküm. ....	1321
c) Ceza Mahkemesince verilen ve kesinleşen hükmün hukuk mahkemesi hakimini bağlayıp bağlamayacağı konusu. ....	1322
6) İkinci kararın akibeti. ....	1322
7) Avrupa Birliği hukukundaki durum. ....	1322
8) Uluslararası Ceza Divanındaki durum. ....	1322
9) Tekrar dava açmama ilkesi.....	1322
10) Kovuşturmanın aktarılması. ....	1322
II– Kararın kesinleşmesi ve yargılamanın yenilenmesi.....	1323
1) Kararın kesinleşmesi. ....	1323
2) Yeni delil veya yeni olay nedeniyle yargılamanın yenilenmesi. ....	1324
3) Yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun niteliği. ....	1325
4) Kesin hükmün ortadan kaldırılması. ....	1326
5) Yargılamanın yenilenmesi davasının açılması. ....	1328
III– Yargılamanın hükümlü lehine yenilenmesi sebepleri. ....	1330
1) Kesinleşmiş olan ilk hükümde önemli bir hata olması.....	1330
2) Sahte belge. ....	1330
3) Yalancı tanık.....	1330
4) Suçlu hakim.....	1331
5) Hukuk mahkemesinin hükmü. ....	1331
6) Yeni deliller veya yeni olaylar ileri sürülmesi. ....	1331
7) Yeni delil olarak bilirkişi raporu. ....	1332
8) AİHM’nin Sözleşmeye aykırılık tesbit eden kararı. ....	1334
9) AİHM’nin etkin soruşturma yapılmadığını tesbit eden kararı. ....	1337
IV– Hükümlünün veya sanığın aleyhine yenileme sebepleri. ....	1337
1) Sahte belge. ....	1338

2) Suçlu hakim.....	1338
3) Beraat sonrası hakim önünde ikrar. ....	1338
VI– Yargılamanın yenilenmesi muhakemesinin evreleri ve başvurulacak makam.....	1340
1) Genel bilgiler.....	1340
2) Delillerin toplanması.....	1341
3) Yargılamanın yenilenmesi kararı. ....	1341
4) Yargılamanın yenilenmemesi kararı. ....	1342
5) Önceki yargılamada görev alan hakimin aynı işte görev alamaması.....	1345
VII– Kanun yolu.....	1346
VIII– Muhakemenin dirilmesi yolu. ....	1346
IX– Muhakemenin tekrarlanması yolu davası ve muhakemesi. ....	1350
X– İnfazın durması veya geri bırakılması (CMK 312). ....	1351
XI– İnfazın durması. ....	1354

## **DOKUZUNCU BÖLÜM**

### **YARGILAMA GİDERLERİ**

<b>§50– YARGILAMA GİDERLERİ.....</b>	<b>1356</b>
I– Yargılama giderleri (CMK 324).....	1356
II– Yargılama giderleri konusunda karar verilmesi.....	1357
III– Cezaya mahkumiyette yargılama giderleri (CMK 325) .....	1357
1) Sanığın mahkum olması.....	1357
2) Birden fazla sanığın aynı suçtan mahkum olması halinde yargılama giderleri. ....	1358
3) Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazda yargılama giderleri..	1358
4) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde. ....	1358
5) Hüküm kesinleşmeden sanığın ölmesi halinde yargılama giderleri.	1358
6) Aynı sanığın birleştirilen davalarında yargılama gideri (CMK 326). ....	1359
7) İştirak halinde işlenen suçlarda yargılama gideri. ....	1359
IV– Beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararında yargılama giderleri (CMK 327).....	1359
V– Diğer bazı haller.....	1360

VI– Karşılıklı hakaret halinde gider (CMK 328).....	1360
VII– Kanun yolu davasında gider (CMK 330). ....	1361
<b>§51– ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER .....</b>	<b>1362</b>
I– Adli Tatil (CMK 331). ....	1362
II– Bilgi isteme (CMK 332) .....	1363
Kaynaklar .....	1366

# CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU DERS KİTABI

2 inci BASI, İstanbul 28 Ağustos 2014

Prof. Dr. Feridun Yenisey / Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu  
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## BİRİNCİ BÖLÜM CEZA MUHAKEMESİNİN TEMEL İLKELERİ

### § 1– CEZA MUHAKEMESİNİN GAYESİ

#### **I– Ceza Muhakemesinin tarihçesi ve gaye açısından geçirdiği safhalar.**

*1) Ceza muhakemesinin gayesi.*

Toplum düzenini bozan bir fiil olan suç işlendikten sonra, faili bulup, adil bir şekilde yargıladıktan sonra, hak ettiği cezaya çarptırılması için yapılan kollektif faaliyete ceza muhakemesi denilir.

Ceza Muhakemesi Hukukunda gaye ve dolayısıyla normlar, zamanla fakat yavaş olarak değişmektedir. Yavaşlığın sebebi bu hukukun da toplumun hukuk şuuruna dayanması ve bu temelin yavaş değişmesidir.

Bütün dünyadaki gelişme 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: suçlunun cezalandırılması safhası, sanığın korunması safhası, hakikatın araştırılması safhası. İkincil nitelikte olmak üzere, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gayesi vardır.

“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 kuralla bağlar. Ceza Muhakemesi, suç fiilinin nasıl gerçekteşmiş olduğunu olgulara dayanarak belirler ve Maddi Ceza Hukuku açısından doğru bir karar verilmesini sağlar.

Ceza muhakemesinin diğer bir gayesi, “demokratik hukuk devleti ilkelerinin yerine getirilmesinin” sağlanmasıdır. Devlet hiç kimse hakkında “ölçüsüz” bir şekilde erk kullanamaz: Devlet yetkileri kötüye kullanılamaz.

Ceza Muhakemesinin sonunda verilecek olan kesin hüküm ile uyumsuzluk çözümlür. Herkes için bağlayıcı olan bu karar ile “hukuk barışı” sağlanır.

Aşağıda ceza muhakemesinin geçmişte uğradığı değişim yansıtılacak ve günümüzdeki durumu ortaya konulacaktır.

## 2) Suçlunun cezalandırılması gayesi.

Suçluyu cezalandırmanın gaye olduğu ilk safha, Batı Avrupa’da 18 inci 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 tesbiti 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 inci yüzyıla kadar ceza muhakemesi konusundaki yayınların 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 tabî 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, suçu kimin işlediği anlaşılamadığı 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.

Memleketimizde yüzyıllar boyunca şer’î mahkemelerde uygulanan İslâm Hukuku da, o zamanki diğer hukuk sistemleri gibi, ceza muhakemesini suçlunun cezalandırılması gayesine göre düzenlemiştir. Onun içindir ki İslâm Hukukunda delillere büyük önem verilmiş ve belli suçların belli delillerle ispatı lüzumu kabul edilmiştir.

### 3) Sanığın korunması gayesi.

“Hukukî vesayet” diye de adlandırılan, sanığın korunması safhası, 18 inci yüzyılın ikinci yarısında, zamanın felsefi 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.

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) gibi Avrupa Konseyinin 1950 de kabul ettiği, kısa adı “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi” (İHAS) olan “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme” de bu ilkeye yer vermiştir.

İnsan Hakları Sözleşmesine Türkiye de taraf olmasına rağmen, insan hakları ve hürriyet kavramları toplumun hukuk şuuruna tam olarak yerleşmiş olmadığından, Yazılı Hukukun insan hakları ve hürriyetle ilgili normları çok defa uygulanamamaktadır. Toplumumuzun ikinci safhaya geçtiğini hattâ 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 Őuurunda yerleŐtiđi zaman, milletçe biz de ikinci safhaya geđmiŐ olacağız.

4) *Maddi gerđeđin araştırılması gayesi.*

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, barıŐ içinde, korku duymadan ve insanca yaŐamak ve daha iyi bir hayat sağlamak için, haklarından ve hürriyetlerinden bazı fedakrlıklar pahasına da olsa, toplum halinde yaŐarlar. Toplum hayatında düzen olmadıkça ne fertlerin hakları sağlanabilir ne de toplumun menfaati korunabilir.

Şu halde toplum hayatını düzenleyen normlar demek olan Hukukun gayesi, hem fertlerin haklarını teminat altına almak, hem de toplumun düzenini korumaktır. Bu iki gaye çelişik gibi gözükür. 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 lzım 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, bađdaŐtırmak lzımdır. Gaye bakımından üçüncü safha, işte bu düŐüncelerle ortaya ıktır.

Ceza Muhakemesi Hukuku, bir Hukuk dalı olarak, sanığın hak ve menfaatlerini elbet koruyacaktır. Fakat bu koruma, ceza muhakemesinin yegane gayesi olamaz. Ceza dvası dolayısı ile doğan hukuk ilişkilerin sanıktan gayri süjeleri 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 iğnememek de yine toplumun menfaati icabıdır. Suçlunun cezası da hakettiği kadar olmalıdır. Suçlunun hakettiği cezadan daha fazlası ile cezalandırılmaması da yine toplumun menfaati icabıdır.

Hem fertlerin hem toplumun menfaatlerini korumak, gerçeğe uygunluk demek olan hakikati araştırmakla m¼mk¼n olur. ř¼phesiz en iyi ceza muhakemesi, gerçeği %100 aksettiren bir hakikati araştırandır. Ancak bir taraftan madd¼ imk¼nsızlık, ¼b¼r taraftan uyuşmazlıkları kesip atma zorunluğu, objektif veya mutlak denilen bellilikten vazgeçilip, tarih¼ veya pratik de denilen nisb¼ bellilikle yetinilmesine sebep olmuştur. Buradaki nisbiliğin sadece obje bakımından olduğu gözden kaçırmamalıdır. Bu demektir ki objektif bakımdan mutlak hakikate varılmış olmayabilir, fakat s¼je madd¼ hakikati bulduğuna inanmalıdır. Aynı zorunluklar y¼z¼nden, bazı kararların kesin olması, bazılarının da belli kanun yollarından sonra, kesin hale gelmesi kabul edilmiştir. Belli s¼relerin geçmesi ile bazı hakların d¼řmesinin kabul edilmesinin sebebi de budur. Zorunlu bazı sınırlamalar kabul edilmiş olmasına rağmen gaye yine madd¼ hakikatin araştırılmasıdır.

Meden¼ Muhakeme Hukuku da hakikati araştırır. Fakat orada hakikatin maddesine (yani ¼z¼ne) değil, maddenin dış g¼r¼n¼ř¼ demek olan şekline bakılır. Onun için oradaki hakikate “řekl¼ hakikat” denilir. Meden¼ Muhakeme Hukuku, hakikati şekillerden, yani dış g¼r¼n¼řten ¼đrenmekle yetinir. H¼kimler hakikatin ¼z¼n¼ araştırmazlar. şekillerin belirttiği hakikate g¼re karar verirler. H¼kimlerin eli kolu, tarafların ileri s¼rd¼kleri olaylar, hukuk¼ ve madd¼ meselenin ç¼z¼lmesinde kullanılacak vasıtalar (yani normlar ve deliller) ve isteklerle bağlıdır.

Buna karşılık ceza muhakemesi hakikatin dışına değil, içine bakar. Yani şeklini değil, maddesini araştırır. Onun için bu hakikate “madd¼ hakikat” denir. Bunun içindir ki ceza h¼kimi, tarafların ileri s¼rd¼kleri delillerle yetinmediği gibi delil diye ileri s¼r¼lenlerin hakikaten delil değeri olup olmadığını da araştırır.

G¼r¼l¼yor 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 s¼ylenebilecektir. Bu gayeye varıncaya kadar sanık hakkında, icabında tutuklamaya kadar varan tedbirler alınabilecektir. Sanığı masum sayarsak bu tedbirleri alışımızı izah edemeyiz. Sanığı ¼nceden suçlu sayamadığımız gibi masum da saya-

mayız. Sanık ne masumdur, ne suçludur. Sanık, suçlu sanılan bir kimsedir, bir kelime ile sanıktır.

Bu nedenle, klasikleşmiş formülde “masum sayılır” denildiği halde Anayasamızda “suçlu sayılmaz” denilmiş olmasını (Any. 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.

#### 5) Maddi gerçeğin insan haklarına saygılı bir şekilde araştırılması.

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 hedefte birlikte varılmaya çalışılmak gerektiği haklı olarak söylenebilir: hakikatin araştırılması, insanlık onuruna saygı gösterilmesi, masumları cezalandırma riskinin azaltılması. Hukuka aykırı delillerin hüküm verilirken kullanılmaması, bu nedenle kabul edilmiştir.

## II– Hem maddi gerçeğin araştırılması, hem de toplum ile sanığın korunması.

### 1) 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 Beyannamesi (İHEB 29/2), hak ve hürriyetlerin hangi kamusal menfaatlerle kayıtlılabileceğini göstermektedir: “Herkes, hak ve özgürlüklerini kullanırken, ancak başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ile demokratik bir toplumdaki ahlak, kamu düzeni ve genel refahın adil gereklerinin karşılanması amacıyla, yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olabilir”.

Anayasa, temel hak ve hürriyetlerin olağan hallerde sınırlanmasını ve olağan-dışı diyebileceğimiz hallerde de kullanılmalarının durdurulmasına cevaz verir. 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 (Any. 13).

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması da yasaklanmış, bu tür davranışların yaptırımları kanuna bırakılmıştır (Any. 14). Bizim olağan-dışı haller adı altında topladığımız “savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde” ise milletlerarası hukuktan doğan mecburiyetler 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 (Any. 15/1).

Anayasa bu kuralın 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. Suçluluğu mahkeme kararı ile sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılmaz (Any. 15/2).

## 2) *Menfaatlerin dengelenmesi.*

Gayesi gereği gerçeği 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 hattâ sanığın ikrarının doğru olup olmadığının mahkemelerce araştırılması ve şüpheden sanığın faydalanması gerektiğini hatırlatması bakımından bu ilke bugün de değerini koruduğundan, İnsan Hakları Sözleşmelerinde olduğu gibi fakat ufak bir farkla Anayasamızda da yer almıştır: “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılmaz” (Any. 38/4).

İnsan Haklarını belirleyen milletlerarası belgeler dâvanın “tam bir eşitlikle, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından nesafetle 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 dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” (Any. 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 korunmasını sağlamak da sınırlandırmanın gayelerinden ve tabîî sonuçlarındandır. Örneğin 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 istibdatır” denilmiş ve “şeklin hukukî emniyeti sağladığı” söylenmiştir. Ceza Muhakemesi Hukuku “suçlunun cezasız kalmaması” şeklinde ifade edebileceğimiz toplumun menfaati ile “masumların hiç bir şekilde, suçluların ise hakettiklerinden fazla cezalandırılmamaları, sanıkların da zaruret sınırı dışında hak ve hürriyetlerinden mahrum edilmemeleri” şeklinde özetleyebileceğimiz ferdin menfaatlerini uzlaştırmakta, fakat bu iki menfaatin nisbeti, siyasî rejime göre değişmektedir. Demokratik rejimde fertlere kıymet verildiğinden, şahsiyete saygı gösterildiğinden fertlerin hakkı daha fazla korunur. Totaliter rejimde ise fertlere kıymet verilmeyip hemen sadece toplumun menfaati nazara alınır. Bunun içindir ki sanığın haklarına kıymet verildiği nisbette bir memlekette demokrasi vardır demekte mübalâğa yoktur.

Ceza hukukunda failin kişiliğinin önemi büyüktür. Klasik Okul, Pozitif Okul ve Üçüncü Okul’un ardından, “Yeni Sosyal Savunma” Okulu meydana gelmiştir. Bu düşünce hareketi 1948 yılında Birleşmiş Milletler

Sosyal Savunma Seksiyonunun oluşturulması ile uluslararası bir nitelik kazanmıştır.

Taban Kurallar şeklinde kabul edilen ilkeler şunlardır: suçlulukla mücadele suç öncesi ve suç sonrası ayrımı yapılmalıdır. Ceza Hukuku insanileştirilmelidir. Ceza hukuku bilimselleştirilmelidir. Yaptırımlar suçlunun topluma yeniden kazandırılmasına yarayan “sosyal savunma tedbirleri sistemine” dönüştürülmelidir. Tretman düşüncesine dayanan bu yeni sistemin altmışlı yıllarda artan suçluluk karşısında tam olarak uygulanamadığı, fakat buna rağmen terkedilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.

## § 2- CEZA MUHAKEMESİNİN TEMEL İLKELERİ

### I- Ceza Muhakemesinin temel ilkeleri.

Bir Devletin “Demokratik Hukuk Devleti” olabilmesi için, muhakemenin belli kurallar çerçevesinde yürütülmesi şarttır.

Bu kuralların en başında, “kanun uyarınca yargılama yapan”, “görev ve yetkileri belli”, “bağımsız” ve “tarafsız” bir mahkeme ve hakim önünde yargılanma hakkı gelir (Any. 138, 141, 142).

Muhakeme yürütülürken, şüpheli veya sanığın temel insan haklarına saygı gösterilmesi şarttır. şüpheli bir “obje” olmayıp, Ceza Muhakemesi Hukukundan kaynaklanan, müstakil usul hukuku haklarına sahip bir “süjedir”.

şüpheli veya sanığın hukuki durumunu olumsuz yönde etkileyebilecek herhangi bir karar verilmezden evvel, görüş bildirme hakkı (CMK 147) vardır.

Suçun aydınlatılması ve maddi gerçeğe ulaşılması temel bir ilke olmakla birlikte, bu amaçla şüphelinin iradesi üzerine baskı kurucu bir etki yapılması yasaktır (CMK 148).

Mahkumiyet kararı verilebilmesi için, suç fiilinin “vicdani kanaate ulaşılarak” ispat edilmiş olması gereklidir.

### II- Adil yargılanma hakkı.

Ceza muhakemesi, Anayasanın 38 inci maddesine 2001 yılında 4709 numaralı Kanun ile eklenen “adil yargılanma hakkı” doğrultusunda şekil-

lenmektedir. Adil yargılanma hakkı, Anayasanın mahkemelerin bağımsızlığını ve ceza hukuku ile ilgili diğer ilkeleri düzenleyen maddelerinde saklıdır. Buna, “usul hukuku açısından adil yargılanma hakkı” denilir.

Adil yargılanma hakkının bir de “maddi ceza hukukunu ilgilendiren yönü” vardır: suç ve cezada kanunilik ilkesi uygulanır; Devlet temel hakları kısıtlarken, Anayasada gösterilen sebeplerle bağlıdır (Any. 13).

Devletin hayat, özgürlük veya mülkiyet ile ilgili bir temel hakkı kısıtlayabilmesi için, “dürüst” yargılama yapması şarttır.

### **III- Ceza muhakemesinin temel prensipleri.**

#### *1) Kendisi aleyhine delil vermeme hakkı (nemo tenetur).*

Anayasanın 38 nci maddesine göre hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Başka bir deyişle kendisi aleyhine delil vermeye mecbur tutulamaz. Buradaki mecburiyet “aktif” bir davranışla kendisinin suçlanmasına yardımcı olmasının yasaklanmış olması demektir.

#### *2) Kamu davasının mecburiliği ilkesi.*

Kamu davasının mecburiliği prensibi, dava açma ve yürütme görevinin sadece Devlete ait olduğunu ifade eder. 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 şikayet veya izne bağlı suçlarda olduğu gibi istisnaları vardır.

Önemli bir istisnayı oluşturan şahsi dava (CMUK 344) 2005 yılında kaldırılmıştır.

#### *3) Davasız yargılama olmaz ilkesi.*

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



4) Araştırma mecburiyeti ilkesi ve kamu davasının mecburiliği.

“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 tecrube kurallarına göre, kovuşturulabilir nitelikte olan bir suç fiilinin mevcut bulunduğu ihtimalini” ortaya koyması gerekir.

5) Maddi gerçeğin re’sen araştırılması ilkesi.

Ceza muhakemesinde maddi gerçek aranır, araştırılır. Buna karşılık medeni muhakemede řeklđ gerçek ile yetinilir. Yargıç uyuşmazlığa ilişkin her delili, her belirtiyi maddi gerçeği aydınlatıp aydınlatmaması bakımından değerlendirir.

Cumhuriyet savcılığı ve mahkemeler, maddi gerçeği kendiliğinden araştırarak olayı aydınlatırlar. Tarafların talepleri ile bağlı değerdirler (CMK 225/2). Medeni Muhakeme ile Ceza Muhakemesinin en önemli farkı budur.

6) Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi.

Mahkeme hüküm verirken kullanacağı delilleri “duruşmada bizzat öğrenir”: “hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakimın vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir (CMK 217/1). Mahkemenin; yargılayacağı olay, olayın tanıkları, sanık ve tüm deliller ile doğrudan doğruya temasa geçmesi gerekir. Suç fiili hakkında doğrudan algıladığı bilgileri olan kişiler (tanıklar) duruşmada bizzat dinlenirler, daha önce alınmış olan ifadelerinin okunması kabul edilemez (CMK 210/1). Ancak bu kuralın geniş kapsamlı istisnaları da vardır (CMK 209, 211, 212, 213, 214).

7) Vicdani delil sistemi.

Mahkeme delilleri, “vicdani kanaatine göre” değerlendirir (CMK 217/1, c. 2). Bu nedenle, ne sanığın ikrarı ile ne bilirkişi raporu ile ve ne de belli “ispat kuralları” ile bağlı değerdir.

8) *Şüpheden sanık faydalanır ilkesi.*

Mahkeme, Muhakeme Hukuku açısından kullanılmasına izin verilen bütün delilleri dinlediği halde, maddi mesele hakkındaki şüphesini yene-  
mezse, suç fiilini sanığın lehine olacak Şekilde karara bağlar. Avrupa  
İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/2 maddesindeki “suçsuzluk karinesi”, őüp-  
heden sanığın faydalanmasını gerektirir.

Şüpheden sanığın faydalanması ilkesi, “maddi mesele” bakımından, ku-  
surun ve yaptırımın tayini konularında uygulanır. “Hukuki mesele” bakı-  
mından bu ilke uygulanamaz.

Muhakeme Hukuku bakımından hata yapılıp yapılmadığı konusunda  
őüphede varsa, yorum metodları uygulanır.

9) *Sözlülük ilkesi.*

Duruşmada ortaya konarak tartışılmayan bir delil, hüküm verilirken kul-  
lanılamaz (CMK 217/1). Böylece dosya üzerinden hüküm verilmesinin  
ntne geçilmiş, bütün delillerin sözlü duruşmada tartışılması sağlanmıştır.

Delilin kendisi bir “belge” olsa dahi, bu belgenin duruşmada okunması  
ve taraflara diyeceklerinin sorulması gerekir (CMK 215). Bir yabancıнын  
anladığı dilde yapılan işlemlerle yargılanması, insan hakları arasında yer  
alan, temel haklardan biridir (İHAS 6).

10) *Duruşmanın açıklığı ilkesi (aleniyet).*

Gerek İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde (m. 10) gerek İnsan Hakları  
Avrupa Sözleşmesinde (m. 6/1) ve gerekse Anayasamızda (m. 141/1), du-  
ruŐmanın alenliği bir hak olarak düzenlenmiştir.

Duruşma herkese açıktır (CMK 182/1). Esas hakkındaki hükmü veren  
mahkeme önündeki duruşma, hükmün ve diğer mahkeme kararlarının tef-  
himi, alenidir. Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun  
yoluna başvurulabilecek hakim ve mahkeme kararları, hazır bulunmayan  
ilgisine tebliğ olunur (CMK “2005-5353” 35, İHAS 6).

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

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde yer alan “makul  
sürede yargılanma hakkı” ve Anayasanın 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.

*12) Bağımsız hâkim güvencesi.*

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

*13) Ne bis in idem ilkesi.*

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 kişi hakkında ikinci bir ceza dâvası da açılmaz.

Bu ilke muhakeme hukukunun temel prensiplerinden olup, Ceza Muhakemesi Kanununda da yer almıştır (CMK 223/7).

*14) Hakların kötüye kullanılmaması ilkesi.*

Ceza Muhakemesi Kanunumuz, temel ilkelere göre şekillendirilen muhakeme açısından, bu hakların kötüye kullanılmasını önleyici prensip ve kurallara da yer vermiştir.

Örneğin duruşma sırasında soru sorma hakkının suistimal edilmesinin önlenmesi amacı ile delil ikamesi talebinin reddi kabul edilmiştir (CMK 206/2). Aynı ilke kanun yoluna başvurma hakkı bakımından da geçerlidir.

*15) Çabukluk ve ucuzluk, ilkesi.*

Cezanın yararlı olabilmesi, suç işlendikten kısa bir zaman sonra uygulanmasına bağlıdır. “Ceza Hukuku”nun bu temel ilkesi, Ceza Muhakemesi Hukukunda “çabukluk aranması” şeklinde kendisini gösterir. Çabukluğun ceza muhakemesinde çeşitli faydaları vardır. Örneğin zamanın delilleri yıpratmasını, hattâ yoketmesini önler, masum sanığı biran 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.

Duruşma başlamalı ve bir celsede tamamlanmalıdır. Zaruret olmadıkça, duruşmaya ara verilemez.

Ceza muhakemesi normlarının sadeleştirilmesi de uygulamayı kolaylaştıracığından, uzlaşma da (CMK 253) çabukluk sağlayan çarelerden biridir. Ancak muhakemelerin çabuklaştırılması sadece kanun sorunu değildir. Tarafları, avukatları, savcılarını ve hâkimlerini ile insan sorunudur. Dâvalar uzuyorsa, itiraf edelim ki, onu bir ölçüde bizler uzatıyoruz. Diğer taraftan, ceza muhakemesinin çabuk sonuçlanması” ne kadar gerekli ise “hakikâtın araştırılması” da o kadar, hattâ asıl gaye olduğuna göre daha çok gereklidir. Çabukluk uğruna, hakikatin araştırılmasından fedakârlık edilemez. En iyi ceza muhakemesi bu ikisini bağdaştırabilendir. Çabuk değil, “mâkul bir süre içinde yargılanma”nın 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 (Any. 141/1), hakikati arama yönünden de imkâna bakılacağına belirtilmesi bakımından isabetli olmuştur.

Ucuzluk bakımından da durum aynıdır. Ceza muhakemesinin ucuz olması, ister vatandaşlar bakımından, ister Devlet bakımından anlaşılın, faydalıdır. Ancak bu da, çabukluk gibi, ceza muhakemesinin asıl gayesine zarar vermemek şartı ile kabul olunmalıdır. Anayasada (Any. 141/4) dâvaların en az giderle sonuçlandırılmasından da söz edilmiştir.

#### *16) Toplumsal barışı sağlamak ve toplumu eğitmek amaçları.*

Adil yargılanma ve maddi gerçeğin araştırılması ilkelerinin yanı sıra, toplumsal barışı sağlamak (uzlaşma) ve sùjeler arasında aktif bir iletişim gerçekleştirilmesi yolu ile yapılan muhakemelerin öğretici olması gayeleri de vardır.

**IV- Ceza muhakemesinin etkinliği.**

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

Türkiye 2001'den bu yana hızlı bir uyum süreci yaşamaktadır. Yürürlüğe giren, fakat eksik kurumlar nedeniyle tam olarak uygulanmayan 5237 sayılı Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı İnfaz Kanunu yeni bir Ceza Adalet Sistemi oluşturmuştur. 2014 Ağustos ayı itibariyle artık yeni değişiklik yapılmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Hukukun üstünlüğünün sağlanması için, sürekli Kanun değişikliği yapılmamalıdır. Yargıda istikrar olmalıdır.

## İKİNCİ BÖLÜM

### CEZA MUHAKEMESİNİN YAPISI

Ceza muhakemesi, kendisini oluşturan unsurlar olan yapı ve somut bir olayda bir ceza muhakemesinin başlayıp, sona ermesini ifade eden yürüyüő açılarından inceleyebilir.

Biz aşağıda önce ceza muhakemesinin yapısını, yani hükmün konusunu oluşturan yargılanacak uyuşmazlık (§ 3), hüküm vermeye katılan taraflar, yani süjeler (§ 4), hüküm vermede kullanılan vasıta olan normlar (§ 5) ve deliller (§ 5) ile hüküm verilirken yapılan işlemleri (§ 7) inceleyeceğiz.

Böylece ceza muhakemesinin yapısını gördükten sonra, ceza muhakemesinin yürüyüőünü ele alacağız.

#### § 3– YARGILANACAK UYUŞMAZLIK

##### I– Yargılanacak uyuşmazlığın nitelikleri.

###### 1) Yargılanacak uyuşmazlığın sınırlarının belirtilmesi.

Uyuşmazlığın sınırlarının belirtilmesi demek, uyuşmazlık konusu olayın başka olaylardan ayırt edilebilecek şekilde belli edilmesi, bunun için de sınırlandırılması demektir. Bir olayın hukukî durumu bakımından çıkan uyuşmazlık, dava açılarak, çözölmek üzere yargılama makamı önüne getirildiğine göre, dava konusu olan “olay”ın dava konusu olmayan “olaylar” dan ayırt edilmesi gerekir. Bu da, dava açılırken, “olayın sınırlandırılması” ile sağlanır. Hukukî durum hakkında hüküm vermede yargılama makamı serbest olduğa, uyuşmazlığın belli olması için hukukî sebebin belirtilmesi şart değildir.

Olayın sınırlandırılmasında iki sistem düşünölebilir. Olay ya doğrudan doğruya yahut dolaylı olarak sınırlandırılır. Dolaylı sınırlandırma, hukukî ilişkinin veya hukukî sebebin gösterilmesi ile olayın da sınırlanmış sayılmasının kabul edilmesidir. Dolaylı gösterme çok müphem olduğundan, sanığa teminat sağlamak kaygısı ile ceza muhakemesinde kabul edilemez. Medenî muhakemede de kabul edilmediği vardır. Gerçekten “ferdfleştirme” denilen teori tam olmayan sınırlama ile yetindiği halde, “olaylara dayanđırma” teorisi tam bir sınırlandırma istemektedir. Ancak, tam sınırlandır-

ma arayan sistem, sınırda ufak tefek değişikliklere engel olmayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Şu halde ceza muhakemesinde uyuşmazlık konusunun iddianamede “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 imkansızdır. 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 5271 sayılı Kanuna alınmaması, önemli bir eksiklikler.

Doğrudan 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. Hüküm ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve fail hakkında verilir. Mahkeme fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir (CMK 225).

## 2) Yargılama yapılabilmesi için, “yeterli şüphe” bulunması.

Ceza muhakemesi basit, fakat makul bir şüphe ile (CMK 160/1) başlar, yapılan araştırmalar hukuka uygun ve sağlam delillere dayanılarak yüzde ellibir mahkumiyet olasılığı ortaya koyarsa, yeterli şüphe bulunduğu kabul edilerek iddianame düzenlenebilir (CMK 170).

Yargılanacak her uyuşmazlıkta üç özellik vardır. Bunlardan biri şüpheliliktir. Zira her muhakeme, bir şüpheliyi yener. Bu şüphelilik, yargılama makamı bakımındandır. Tarafların şüphe duymaması, olayın sübutu ve hukukî durumu hakkında kesin bir hükme sahip olmaları mümkündür. Ceza muhakemesinde davacı durumunda olan savcı davayı açtığında, olayı bütün çıplaklığı ile bilmemektedir. Bilse de bilgisi tek taraflı olduğundan, onu hakikatin ifadesi olarak kabul edemez.

Bunun içindir ki savcının ilk isteği, muhakeme yapıp gerçeğin araştırılmasından, şüphenin yenilmesinden ibarettir. Yine bunun içindir ki; savcının dava açması için, failin suçlu olduğuna kanaat getirmesi aranmamış, yapılacak soruşturmanın kamu davasının açılmasını haklı göstermesi ile yetinilmiştir (CMK 170/1).

Savcı sanığın mahkûmiyetini ancak kovuşturma evresinin sonunda muhakeme sona ererken isteyebilecektir. Zira ancak o zaman, o vakte kadar üç taraftan tutulmuş olan projektorlerin ışığı altında olayı tamamen görmüş ve sanığın hakikaten suçlu olduğuna kanaat getirmiş olabilir.

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 hükmün şüpheyi taraflar bakımından da yok ettiği kabul olunur.

Ceza davası 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 ve kısaca “şüpheli” diyeceğimiz kişi hakkında kamu davası açmaya mahal olup olmadığına karar vermek üzere savcının hakikati araştırması, hafif bir şüphe ile yola çıktığını ve şüphesini kuvvetlendirmek için yapacağı soruşturmanın sonucuna göre işlem yapacağını göstermektedir.

Muhakeme ilerledikçe, yani hakikat araştırıldıkça şüphe azalır ve ihtimal nispeti çoğalır. Muhakeme sonunda kural olarak şüphe kalmaz ve ihtimal’in yerini bellilik alır.

Mahkûmiyet kararında bu kuralın istisnası yoktur. Yani bir kimseyi mahkûm etmek için şüphenin kalmaması gerekir. Beraat kararında istisna kabul edilmekte, şüphe ortadan kalkmasa da, kalkmış sayılmaktadır.

### 3) Yargılanacak uyuşmazlığın somut olması.

Yargılanacak uyuşmazlığın ikinci vasfı da somut oluşudur. Hakime sunulan uyuşmazlık, olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusundadır. Uyuşmazlığın “somut” olması demek, olayın somut olması demektir. Bir diğer söyleyişle olay, yaşanmış gerçekleşmiş olmalıdır. Bir ihtimale, bir hipoteze dayanan “mücerret” bir olayın hukuk normları karşısında-



ki durumundan çıkan uyuşmazlık, çözülmek üzere hakim önüne getirilemez.

Muhakeme sonunda iki meselenin halli gerekmektedir. Birincisi, olayın lüzumlu bütün ayrıntısı ile öğrenilmesi meselesidir ki buna maddî mesele veya sübut meselesi denilmektedir. İkincisi normların kural denilen kısmında gösterilen tiplerden hangisinin söz konusu olabileceğini tayin meselesidir ki, buna da hukukî mesele adı verilmektedir. Olayı iyice öğrendikten ve suç tipleri hakkında bir kanaate vardıktan sonra, ceza mahkemesi karşılaştırmayı yapacak ve sonunda somut olayın bu tiplerden ya hiç birine girmediğini söyleyecek veya birine girdiğini belirtecek ve bu girişin sonuçlarını çıkaracaktır.

#### *4) Yargılanacak uyuşmazlığın sorumluluğu gerektirişii.*

Uyuşmazlığın çözülmesi, sadece somut olay ile normların kural kısmının karşılaştırılması demek değildir. Normların biri kural, diğeri sonuç veya yaptırım denilen iki kısmı vardır. 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 meselesinin halli manasına gelir. Görülüyor ki yargılanacak her uyuşmazlık, mutlaka sorumluluk meselesinin de hallini gerektirecektir.

Fiilin cezalandırılabilen fiil olmasına rağmen, faile, üstsoy, altsoy, eş veya kardeş gibi belli vasıfları haiz olması (mesela TCK 167, 273) yahut sonraki belli tutum (mesela TCK 274) veya önödeme yapması 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. Davaya zamanaşımı, genel af, önödeme gibi bu çeşit sebeplerle davanın düşmesine karar verilmesi, ancak bir dava açılması hallerinde mümkündür.

Cezaî uyuşmazlık, cezaî sonuç bakımından bahis konusu olduğundan, ceza davası, 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 hallerde dava açılmaz. Hatta sorumsuzluk daha önce belli ise kovuşturma da, soruşturma da yapılamaz. Dava açılmışsa, sorumsuzluk sebebi muhakemenin devamına engel olanlardansa “düşme kararı”, değilse ve diğer sebeplerle beraat kararı verilmiyorsa “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilecektir.

Dava 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 özölmesi için gerekli faaliyete devamın manası kalmayacağından, iş kovuşturma evresinde ise “beraat kararı”, soruşturma evresinde, kovuşturmaya yer olmadığına karar derhal verilir.

## **II- Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesinin sonuçları.**

Yargılanacak uyuşmazlığın, dava açılırken Cumhuriyet savcısı tarafından belirtilmesinin, bir diğer söyleyişle sınırlandırılmasının ve realitedeki diğer olaylardan ayırt edilmesinin başlıca sonuçları şunlardır:

1) Yargılama makamının yetkisi, belirtilen olaya göre tayin edilir.

2) Yargılama makamı ancak sınır içinde kalan olaya ilişkin uyuşmazlıkları çözebilir. Bu demektir ki, davada sanık olarak gösterilen kimseden başkası hakkında hüküm veremeyeceği gibi, sanığın suç olması ihtimali belirtilen olayından başka olaylar hakkında da hüküm veremez.

Ceza Muhakemesi Kanununda bu husus, “hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir” şeklinde (CMK 225/1) ifade edilmiştir. Mülga Kanunda “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) denmişti.

3) Mahkeme, iddianamede, belirtilen olayın hukukî tavsifini serbestçe yapabilir (CMK 225/2). Gösterilen vasıf kabul edilmezse bu vasıf hakkında ayrı, kabul edilen vasıf hakkında ayrı karar verilemez. Mesela birinden beraat ettirilip diğerinden mahkûm edilemez.

4) Hukukî tavsifin değişmesi, bazen olayın sınırlarında ufak tefek değişiklik yapılmasını gerektirebilir. Hukukî tipler, çok defa farklı olayları nazara aldığından, hukukî tipin değişmesi, olayın da değişmesini gerektirir. Örneğin bir olay güveni kötüye kullanmak diye vasıflandırılarak dava açılmış ise dolandırıcılık sayılmadığından hile olayı dava dışında bırakılmış olabilir. Bu takdirde muhakeme sonunda sanığın eylemini dolandırıcılık olarak tavsif edebilmek için, dava açılırken belirtilmiş olan sınırın aşılması zaruridir.

Eğer yepyeni bir olay durumu hasıl olmuyorsa, yeni tasvibe uyacak şekilde olayın teferruatını yani hal ve şartlarını tespitinde mahkeme serbesttir. Kanundaki “fiilin nitelendirilmesinde mahkeme, iddia ve savunmalarla bağlı değildir” (CMK 225/2) cümlesini bu manada almak lazımdır.

Kanun ilk defa duruşmada ortaya konulan ve cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren hallerin, sanığa müdafaa imkanı verilmek şartıyla, kararda dikkate alınabileceğini kabul etmiştir (CMK 226/2).

Durumda değişiklik olunca, iddia ve müdafaanın ona göre hazırlanması imkanı vardır (CMK 226/3). 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 bulunmamalarını da göz önünde tutarak”, 6 ncı maddenin ihlali olarak görmüştür.

Tavsifin lehe değiştirildiği ve sanıkların ek savunma haklarını kullanmak istemediklerini beyan etmeleri nazara alınmamıştır. AİHM, 25.3.1999 tarihli, Pelissier ve Sassi-Fransa davasında “başvurucular esas mahkemesi önünde hileli iflas ile suçlandıkları halde, savcının temyizi üzerine, Yargıtay “hileli iflas suçuna yardım ve yataklık ettikleri” gerekçesi ile hükmü bozmuştu. Bozma kararı verilirken, başvurularda Yargıtay tarafından, “yardım ve yataklık etmedikleri” konusunda görüş bildirme imkanı verilmemiştir; müdafaa hakkının, “gerçekten, etkin ve hazırlanmaya fırsat bırakacak şekilde” verilmemiş olması ihlal sayılmıştır.

5) Yargılanacak uyuşmazlık ile yargılanmış uyuşmazlığın aynı olması gerektiğinden, yargılanmış uyuşmazlığın tesirleri de yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesinin sonuçları arasında sayılabilir.

### III- Uyuşmazlıklar arasında bağlantı.

#### 1) Bağlantı kavramı.

Birden fazla şeyden meydana gelen şey, tek ve bölünmez gibi gözükabilir, fakat bileşiktir. Bileşik bir şeyi meydana getiren şeyler, yani parçalar, birbirine bağlantılıdır. Bileşik bir şeyin parçaları arasındaki bağa da bağlantı denilir. Bileşiklik kavramı, dıştan tek gibi gözükenein içten tek olmadığını ifade eder. Bağlantılılık ise apayrı şeyler gibi gözükenein bileşik bir şeyin parçaları olduğunu belirtir.

Bağlantı kavramı çok genişir ve muhakeme realitesinin her sahasında uygulanabilir. Realitenin bir parçası olan muhakeme ile geri kalan parçalar arasındaki bağlantı araştırıldığında, neyin muhakeme olduğu, neyin muhakeme olmadığı anlaşılır. Buna “muhakeme-dışı bağlantı” denir.

“Muhakeme-içi bağlantı” da mümkündür. Bu da muhakeme ilişkilerinin objeleri veya süjeleri arasındaki bağlantıdır. Görülüyor ki bağlantı sorunu genellikle madde ve yer itibariyle yetki kaideleri bakımından nazara alınmasına rağmen, çok daha geniş bir sorundur.

Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantı subjektif ve objektif bağlantı dışında çeşitli bakımlardan şöyle sınıflandırılabilir:

Muhakeme hukukunda bağlantı, muhakeme ilişkisinin objeleri veya süjeleri bakımından söz konusu olabilir. Objeler bakımından bağlantıya objektif bağlantı, süjeler bakımından bağlantıya sübjektif bağlantı denilir.

Uyuşmazlıkların hepsinin cezaî olup olmaması yönünden karışık bağlantı ve tek çeşit bağlantı diye iki sınıf kabul olunabilir. Bağlantılı uyuşmazlıklardan biri cezaî olur, diğerisi olmazsa, bu hale “karışık bağlantı” denilir. Örneğin 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 bağlantı”dır. Bizi en fazla ilgilendiren de budur.

#### 2) Dar manada bağlantı.

Dar manada bağlantı Kanuna göre (CMK 8/1) iki halde söz konusu olur: a) Bir kimsenin birden fazla suçtan sanık olması, b) Bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunması. Kanundaki suç tâbiri, suç

teşkil eden olay olarak anlaşılmalıdır. Dikkat edilmelidir ki, kanun burada sanıkların suçortağı olmasını aramamıştır.

### 3) *Geniş manada bağlantı.*

CMK'da dar anlamda bağlantı kavramı 8. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmişken, geniş anlamda bağlantı 8. maddenin 2. fıkrası ile 11. maddede düzenlenmiştir. Geniş anlamda bağlantıya örnek olarak, suçların birden fazla kişi tarafından birbiri aleyhine işlenmiş olması hali, suçlardan birinin bir unsuru veya cezasına tesir eden bir sebebin ispatının, diğerinin unsurunun veya cezasına tesir eden bir sebebin ispatına etki etmesi hali gösterilebilir. 8 inci maddenin 2 inci fıkrasında düzenlenen geniş anlamda bağlantıya örnek olarak ise bir suçun diğerini gizlemek, işlemek veya ondan fayda sağlamak için veya birinin diğeri vasıtasıyla işlenmesi hali gösterilebilir.

Şu hallerde de önemli bağlantı bulunduğunu söyleyebiliriz: i) Bileşik suçlarda, suçlar birden ziyade birleşmiş şahıslar tarafından aynı zamanda işlenmişse, ii) Suçlar birden fazla şahıslar tarafından birbiri aleyhine işlenmiş ise iii) Suçlardan biri diğerini gizlemek, işlemek veya ondan fayda sağlamak için veya biri diğeri vesilesi ile işlenmişse (TCK 42), iv) Suçlardan birinin bir unsurunun veya cezasına tesir eden bir sebebin ispatı, diğerinin unsurunun veya cezasına tesir eden bir sebebin ispatına tesir ediyorsa.

### 4) *Bağlantının sonuçları.*

Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantının birtakım sonuçları vardır. Her açılan dâva üzerine ayrı ve devamlı bir muhakeme yapılır. Kural budur. Ancak dâvaların konusu olan uyuşmazlıklar arasında bağlantı olduğu zaman, bağlantının özelliği yüzünden bu kuraldan ayrılınabilmektedir.

Kuraldan ayrılış şu üç şekilde olmaktadır: a) Muhakemelerin birleştirilmesi, b) Nisbi muhakeme. Bir muhakemeyi sonuçlandırmak için diğer uyuşmazlığın lüzum nisbetinde çözülmesi, yani nishî muhakeme yapılması mümkündür. c) Bekletici mesele. Bir başka uyuşmazlığın başka mahkemede önceden yargılanması için muhakemenin durdurulması. Buna, bağlantılı uyuşmazlığın bekletici mesele sayılması denilmektedir.

*5) Diğer kanunlardaki bağlantı kuralları.*

Bağlantıya ilişkin kurallara diğer kanunlarda da yer verilmiştir. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Gevlilerinin Yargılanması hakkında Kanunun 10 uncu maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamındaki suçların iştirak halinde işlenmesi durumunda memur olmayan memur olanla, ast memur st memurla aynı mahkemede yargılanır.

Suça sürüklenen çocuklara ilişkin davalar ocuk Ağır Ceza Mahkemelerinde grlr (KK 26/2). KK 17 uyarınca, çocuklarla yetişkinlerin birlikte suç işlemesi halinde, soruşturma ve kovuşturma ayrı yrtlr. Ancak mahkeme lüzum gördüğü takdirde ocuk hakkındaki yargılamayı genel mahkemedeki davanın sonucuna kadar bekletebilir. ocuk ve yetişkin hakkında açılan davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi halinde, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir. Bu takdirde birleştirilen davalar genel mahkemelerde grlr.

Askeri mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından müştereken işlenen suçlarda ise suçun hangi kanunda düzenlendiğine bakılarak birleştirme kararı veriliyordu. Eğer suç Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise sanıklar askeri mahkemede; suç Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı olmayan bir suç ise sanıklar adliye mahkemesinde yargılanıyordu (AsCMK 12). Bu düzenleme, sivilin askerle birlikte suç işlemesi halinde askeri mahkemede yargılanması sonucunu doğurabileceği için, sakıncalı idi. Ceza Muhakemesi Kanununun 3 üncü maddesine 26.6.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile eklenen (2) nci fıkra ile asker olmayan kişilerin asker kişilerle birlikte işledikleri suçlar yönünden adli yargı mahkemelerinde yargılanacakları hükmü getirildi. CMK daki bu değişikliğe rağmen, 353 sayılı Kanunun 12 inci maddesinde gerekli uyarılamanın yapılmaması, kanunların iyi anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. 353 sayılı Kanunun 12 inci maddesindeki "... eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı bir suç ise sanıkların yargılanmaları askeri mahkemelere;" bölümü Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarihli, 2011/80 esas, 2012/122 sayılı kararıyla iptal edilmiş olup, bu iptal nedeniyle uygulama olanağı kalmayan maddenin kalan bölümü de iptal edilmiştir.

**IV- Muhakemelerin birleştirilmesi.***1) Birleştirme kavramı.*

Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantı sıkı ise muhakemelerin birleştirilerek yapılmasında fayda vardır. Böylece muhakeme faaliyeti sırasında başvurulan vasıtaların 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.

Farklı mahkemelerdeki davaların birleştirilmesi halinde, birleştirme yüksek görevli mahkemede yapılır. Eşit mahkemelerdeki birleştirmede ise davalardan hangisi önce açılmış ise o mahkemede birleştirmek gerekir. Davalar birleştirildikten sonra, gerektiği takdirde ayrılmasına da karar verilebilir.

Kanunda ve doktrinde buna dâvaların birleştirilmesi denmektedir. Fakat sadece dâvaların değil, dâvaların görölmesinin, yani muhakemelerin birleştirildiği açıktır.

Davaların birleştirildiği durumlarda, iki mahkemeden davayı diğer mahkemeye devreden mahkemenin bu konuda bir karar vermesi gerekir (6. CD 4.10.2010, K. 8073-15898).

Muhakemelerin birleştirilmesi, hakikate daha iyi varılmasını sağlayacak, çelişik kararlar verilmesini önleyecektir. Buna karşılıklı, birleştirmenin zararlı tarafları da olabilir. Bunların başında kısa sürecek bir muhakemenin birleştirme yüzünden uzaması gelir.

Her olayda iyi ve kötü taraflar karşılaştırılıp hangisinin ağır bastığına bakılmalıdır. Faydalının sečilmesi gerekeceğinden, “lüzum”dan da bahsolunabilecek ve lüzumlu göröldüğünde muhakemelerin birleştirileceği söylenebilecektir. İhtiyarî birleştirme, bu lüzum şartının tâyininin hâkime bırakıldığını ifade eder.

*2) Birleştirmenin sonuçları.*

Birleştirilen muhakemelerde dâvalar, her bakımdan ve bu arada “görevli” mahkemede görölüyormuşcasına o mahkemenin muhakeme normlarına göre çözülr. Zaten birleştirilerek muhakemeyi nisbî mahkemeden ayıran da budur. Bunun içindir ki verilen kararın yargı otoritesi vardır.

Tek muhakeme gibi oluş kaidesinin çeşitli sonuçları vardır:

a) eşitli bakımlardan yetki kurallarından ayrılma gerekebilir. Örneğin asliye ceza mahkemesinde yapılması gereken bir muhakeme bağlantı do-layısı ile ağır ceza mahkemesinde yapılabilir.

b) Birleştirilenler ceza muhakemeleri ise kural gereği hepsinde ceza muhakemesi normlarının uygulanacağı açıktır. Ancak farklı ise yüksek mahkemeninki üstün tutulur (CMK 9, 10/2).

c) Bir sanığın temyizi, temyiz etmeyen sanıklara da istisna olarak bazı şartlarla tesir eder.

) Suç ortaklarından biri şikyetsiz kovuşturulabiliyorsa, diğer ortaklar hakkında da doğrudan doğruya kovuşturma yapılabilmesi gerekir.

d) Birleştirilen muhakemelerde verilen hükümlere karşı, varsa ve farklı değil ise kanunyollarının da birleştirilmesi gerekir.

### 3) Birleştirme mecburiyeti veya ihtiyarı.

Muhakemelerin birleştirilmesi, fayda düşüncesine dayandığından, fayda varsa birleştirilmeli, yoksa birleştirilmemelidir. Kanun da bu yolu tutmuş, faydanın bulunup bulunmadığının her olayda araştırılmasını, kural olarak, hkime bırakmuştır. İstisna olarak muhakemelerin birleştirilip birleştiril-meyeceğini kendisinin tyin ettiği de vardır.

Grldği gibi, muhakemelerin birleştirilmesi konusunda  şekil dş- nlebilir: a) Birleştirme mecburiyeti b) Birleştirmeme mecburiyeti c) Birleştirme ihtiyarı yahut ihtiyar birleştirme.

Birleştirme için maddi imkna da ihtiyaç olduğu açıktır. Bu bakımdan birleştirilecek muhakemeler aynı derecede, aynı evrede olmalıdır. Örneğin 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, birleşti- rilmiş muhakemelerin ayrılması yoluna gidilmesi tabiğdir.

Birleştirmeyi gerektiren sebepler, hepsi aynı evrede olmak şartı ile muhakemenin evreleri bakımından fark gözetilmesini haklı göstermez. Bu itibarla, Kanunda birleştirme kararını mahkemenin vereceği bildirilmiştir (CMK 10). Soruşturma evresinde suçlar arasında bağlantı gören savcının,



bunların herbirinin 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 oynarlar.

Aynı mahkemede yapılmakta olan muhakemeler arasında bağlantı bulunması halinde birleştirme ihtiyarîdir (CMK 8/2). Bu kuralın KK 17 ve 4483 sK da görülen istisnaları vardır. Bunun gibi İİK’da birleştirmeme mecburiyeti getirilmiştir. İİK’nun 346/1. maddesine göre, icra tetkik merciinin yetkisine giren ceza davasıyla diğer mahkemelerin yetkisine giren davalar birleştirilemez.

Kaçakçılık suçlarına ilişkin davalar da diğer davalarla birleştirilemiyordu (4926 s. Kanun m. 30/1, CGK 22.05.2007, K. 109). 2007–5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununu birleştirme yasağını düzenlemedi ve yürürlükten kaldırıldı. Ancak CGK arka arkaya verdiği iki kararda (CGK 22.5.2007, K. 2007–109 ve CGK 5.6.2007, K. 2007–130) kaçakçılık mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olmasından (m.17) hareketle, diğer suçların yargılanmasının kaçakçılık suçu ile birleştirilmesini reddetmektedir.

Yargıtay cinsel istismar suçunun, uyuşturucu madde temin etmek suçu ile birlikte görülemeyeceği içtihadında (5 CD 30.10.2006, K.8153) idi. Ancak, 2008–5728 sayılı “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Kanunu” adlı 580 maddelik Kanunun 578 nci maddesi ile 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Kanununun 27 nci maddesi yürürlükten kaldırıldı ve bu birleştirme yasağı da kalktı.

Bağlantılı suçlardan her biri değişik mahkemelerin görevine giriyorsa, bunlar hakkında birleştirilmek suretiyle yüksek görevli mahkemede dava açılabilir (CMK 9).

Özel mahkemelerle genel mahkemeler arasında görev bakımından aşağılık–yukarılık ilişkisi olmadığından, özel mahkemede görülen bir dva ile genel mahkemede görülen bir dva da birleştirilemeyecektir.

#### 4) Grlmekte olan davaların birleştirilmesi.

##### a) Genel usulde.

Grlmekte 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).

Muhakemeler ya dva açılırken birleştirilir ve dvalar birlikte açılır, yahut açılmış olan diğeri ile birleştirilmek üzere dva açılır, yahut dvalar ayrı ayrı açıldıkları halde muhakemeler sonradan birleştirilir:

Dvaların birlikte açılması suretiyle muhakemeleri birleştirme yetkisi savcındır. Savcı tek ise mesele yoktur. Savcılar birden fazla ise yani görev meselesine bir de yer yönünden yetki meselesi karışıyorsa, savcıların anlaşması gerekir (CMK 16/2). Örneğin İstanbul’da asliyelik bir suç ile İzmir’de ağır cezalı bir suç arasında bağlantı varsa, iki savcı anlaşabildikleri takdirde ağır ceza mahkemesi yüksek yetkili olduğundan dvaları İzmir savcısı birleştirerek açar. Savcıların birleştirmesi mahkemeyi bağlamaz. Mahkeme birleştirmeyi uygun bulmuyorsa, ayırma imknına daima sahiptir. Genel usulde uyuşma sağlanması sadece yer itibariyle yetki konusunda gerekli iken (CMK 16/2), ocuk yargılamasında uygun bulma şartı (KK 17/3) görev açısından aranmıştır.

Dvanın biri açılmış ve muhakeme devam etmekte iken, savcı o dva ile bağlantılı olan fakat aşağı mahkemenin yetkisine giren bir suç hakkında da dva aacaksa, birleştirmeyi uygun buluyorsa, dvayı yüksek mahkemede açabilir. Savcılar farklı iseler, yine anlaşmaları lzımdır.

Dvalar 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 dvaları görenlerin yükseğidir. Birleştirme için talı bir ceza dvası açılabileceği gibi, mahkeme de kendiliğinden karar verebilir.

#### *b) ocukların davalarında.*

Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemeleri halinde, soruşturma ve kovuşturma, prensip olarak, ayrı yrtlr (KK 17/1). ocuk mahkemesi bu gibi durumlarda bekletici mesele yaparak, genel mahkemede görülen davanın sonucunu bekleyebilir (KK 17/2). Ancak, davaların birlikte yürütülmesi zorunlu grlrse, ocuk hakkındaki dava ile yetişkin hakkında-

ki dava genel mahkemede birleştirilir (ÇKK 17/3) (1 CD 12.5.2008, E. 2007/3930, K. 2008/3916).

Fakat birleştirmenin genel mahkemede yapılabilmesi için, bunun hem çocuk mahkemesi, hem de genel mahkeme tarafından uygun görülmesi lazımdır. Mahkemelerden biri muvaffakat vermezse, uygun bulma şartı gerçekteşmediği için, hukuka aykırılık oluşur ve hüküm bozulur (2. CD 20.1.2010, 42568/602).

#### *5) Birleştirilen davaların ayrılması.*

Bağlantı dolayısı ile birleştirilen dâvaların ayrılmasına karar verilebilir (CMK 10). Muhakemeler yüksek mahkemede birleşmiş olduğundan ayırma kararını da bu mahkeme verecektir. Ayırma kararı işin esasına girildikten sonra verilmişse, ayırdığı davaya kendisinin bakması gerekir. Esasa girmeden ayırma kararı vermişse davayı görevli mahkemeye gönderecektir. İddianamenin kabulünden sonra davanın esasına girilmiş olmaktadır. Sadece iddianame kabul edilmiş, başka bir usuli işlem yapılmamışsa, esasa girilip girilmediği konusu tartışmalıdır. Şayet iddianamenin kabulüyle birlikte mağdur, tanık ve sanıkların duruşmaya çağrılmalarına karar verilmişse esasa girilmiş olduğu kabul edilmelidir.

Sanıkların iki ayrı ağır ceza mahkemesinde görülmekte olan ceza davası bulunur ve her iki muhakeme de birleştirme istemini red edere, “olumsuz birleştirme uyuşmazlığı” çıkmış olur. Bu uyuşmazlık Yargıtayda çözülür (5 CD. 16.10.2009, K. 2009–11606). İlk derece mahkemesi ile Yargıtayın ilgili dairesi arasındaki “olumlu birleştirme uyuşmazlığı”, Ceza Genel Kurulu tarafından çözülür (CGK 15.4.2003, K. 108–120).

### **V– Nisbi muhakeme (CMK 218/1, cü. 1).**

#### *1) Nisbi muhakeme kavramı.*

Uyuşmazlıklar arasında bağlantı olduğu takdirde muhakemelerin birleştirilmesi en uygun yoldur. Fakat muhakemelerin birleştirilmesinin uygun bulunmaması da mümkündür. Bu takdirde 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 diğerı üzerinde etkili olacağından muhakemelerden biri, diğerı sona

erinceye kadar durdurulacak, ötekinin sonucu beklenecektir, b) Yahut asıl davanın muhakemesi yapılırken, bağlantılı davanın muhakemesinin de birleştirmeden birlikte yapılması kabul edilecektir. Biz nisbî muhakeme demeyi tercih ediyoruz.

Nisbî muhakemede, asıl davaya bakan mahkeme, bağlantılı dava hakkında tam bir muhakeme yapıp, yargı otoritesi olan veya olacak bir karar verecek değildir. Başka mahkeme çözüseydi bekletici mesele teşkil edecek olan uyuşmazlığı, sadece kendi kararı bakımından muteber olmak üzere ve kendisine lazım olduğu nisbette kendisi çözecektir.

Hakim, kendisine arzedilen bir uyuşmazlığı çözmek ve bir hükme varmak için, bu hükme mantıken varmasını gerektiren bütün hususları bilmeye mecburdur. Bu hususta hakime 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 yargılanmasının yani esasının çözülmesinin başka mahkemeye ait olması bir engel teşkil etmez, çünkü o mahkeme yerine geçerek yargı otoritesini kazanacak bir karar verecek değildir.

Örneğin hukuktaki yeminin yalan ve sanığın borçlu olduğu sadece ceza davası bakımından çözülecek yahut bir idarî karar veya bir tüzük iptal edilmeyip sadece o ceza davası bakımından yok sayılacaktır. Zaten o mahkeme yerine geçmediği, eğer o mahkeme ceza mahkemesi değilse, o mahkemede ki muhakeme normlarına göre değil, ceza muhakemesi normlarına göre muhakeme yapmasında da kendini gösterecektir.

Asıl uyuşmazlık ile bağlantılı diğer uyuşmazlığın nisbî muhakeme yapılarak, yani birleştirmeden, yargılanması halinde, bu ikinci konu için ayrı bir kanunyolu ve mercii düşünülemez. Asıl davaya bakan olay mahkemesi gibi, asıl dava dolayısı ile kabul edilmiş olan kanunyolu makamları da bağlantılı bu diğer uyuşmazlığın çözümünü yine nisbî muhakeme yaparak denetleyeceklerdir.

Nisbî muhakemenin faydası, sür'ati sağlaması ve tam hakikatı meydana çıkarmasıdır. Zira asıl yetkili makamca çözülmesi beklenmemekte, cezadaki delil serbestliğinden faydalanılmaktadır. Buna karşılık, nisbî muhakemenin sakıncası da yok değildir. Nisbî muhakeme ile çözülen mesele,

sonradan esaslı olarak diğer mahkemede özöldüğü zaman veya daha önce çözölmüş ise birincisinden farklı sonuca varmak mümkün olabilecektir. Bu farklı sonuç ihtimali, nisbî muhakeme ile özölen meselenin mahiyetine göre değişir. Keza farklı sonucun ağırlık derecesi meselenin mahiyeti ile ilgilidir. Farklı sonucun ihtimal ve ağırlık derecesi az olduğu nisbette, nisbî muhakeme fayda verir.

Nisbî muhakeme de, muhakemelerin birleştirilmesinde olduğu gibi fayda düşüncesine dayandığından kanunkoyucu iki şekilde hareket edebilecektir: a) Ya faydayı veya faydasızlığı kendi görecek yani nispi muhakeme yapmayı veya yapmamayı mecburî kılacak, b) Yahut faydanın her seferinde araştırılmasını yargılama makamlarından isteyecektir. Görölüyor ki, muhakemenin birleştirilmesinde olduğu gibi, burada da “nispi muhakeme yapma mecburiyeti”, “nispi muhakeme yapmama mecburiyeti” ve “nispi muhakeme ihtiyarı” söz konusu olacaktır.

Bazen kanun hakime esas davanın özölmesi için gerektiği nispette ve o dava bakımından muteber olmak üzere bir meseleyi çözme mecburiyetini yükler. Bu mecburiyet, tabiî, muhakemelerin birleştirilmesinin ve bekletici mesele sayılmasının kabul edilmediği hallerde söz konusu olur. Bağlantılı uyumsuzluk bir ceza davasına konu olacaksa ve muhakeme şartları olmadığı için dava açılmayacaksa bu yola gidilmesi zorunludur.

Nispi muhakeme yapma mecburiyetine bazı örnekler verelim:

a) Kovuşturma evresi sırasında suçtan zarar görenlerle sanıkların yaşlarında ceza hükümleri bakımından lüzumlu görölen 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.

b) Hakarete isnat edilen ve suç oluşturulan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnatın 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 muha-

keme 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.

c) Suç tipinde ceza dışında bir hukuka ait bir erk veya ödev unsur olarak yer alıyorsa, bu unsurun araştırılması dolayısı ile ceza hakiminin o erk veya ödevin mevcudiyeti hakkında “nispi muhakeme” yapması zarurî ve mecburîdir. Örneğın bir memurun görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterdiği 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 hakimi sanığın terbiye hakkına sahip olup olmadığı gibi, medeni hukuka ait bir meseleyi nispi olarak çözmeye mecburdur.

ç) Hukuk mahkemelerinin senetlerin sahteliği iddiasını tetkik etmeleri kabul edilmiştir.

Bir meselenin bekletici mesele sayılmasında veya birleştirilerek muhakemenin mecburî olmasında, nispi muhakemenin yapılamayacağı sonucuna varmak zarurîdir.

Bazen nispi muhakemede fayda olup olmadığının araştırılması ödevini kanun hakime verir. Birleştirme veya bekletici mesele sayma bakımından mecburiyet kabul olunmayan hallerde durum böyledir.

Bağlantılı meselenin henüz çözülmemiş olması halinde, öteki mahkemede ayrı bir dava açıldığı zaman farklı bir sonuca varmak ihtimali fazla oldukça bu yola gidilmemelidir. Kanunumuza göre, bir 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 gerçeği araştırdığı için, ceza mahkemesi evvelce bağlantılı meselede hatta bir ceza mahkemesinden verilmiş kararla bağlı tutulamaz. Kaldı ki öteki yargıda herhan-

gi bir değişiklik yapılacak değildir. Sadece eski olay hakkında yeni olay bakımından gerektiği nisbette bir hüküm verilecektir. Mahkemenin eski kararlarla bağlı olmaması, her halde, nispi muhakeme yapmasını gerektirmez. Eskisine rağmen nispi de olsa yeni bir yargılama yapmak için öteki yargının yanlışığı hakkında ciddi bir şüphe olmalıdır. Aksi takdirde öteki yargı olduğu gibi kabul edilmelidir.

## 2) Yaş tespiti (CMK 218/2).

Ceza mahkemelerinin, mağdurla sanıkların yaşlarında ceza hükümleri bakımından değişikliğe ihtiyaç duymaları halinde yaş düzeltme davalarını nispi muhakeme yaparak görmeleri kabul edilmiştir (CMK 218/2). Bu demektir ki ceza mahkemesi, ceza hükümleri bakımından lüzumlu gördüğu ölçüde yani nispi muhakeme yaparak yaş düzeltmek mecburiyetindedir. Bağlantılı meselenin henüz çözülmemiş olması halinde, öteki mahkemede ayrı bir dava açıldığı zaman farklı bir sonuca varmak ihtimali fazla oldukça bu yola gidilmemelidir. Bu takdirde ceza mahkemesi bu meseleyi, bir ceza meselesi gibi, yani “ceza mahkemesindeki usullere ve delil kaidelerine göre” çözecektir (CMK 218/2).

Sanığın yaşı nüfus kaydına göre belirlenir. Ayı ve günü belli değilse 1 Temmuzda doğmuş kabul edilir. Sadece günü belli değilse ay başında doğmuş sayılır (Nüfus Hizmetleri K. 39). Gerekliyorsa nispi muhakeme yapılarak gerçek yaş bulunur (CMK 218). Yaşın ancak bir kere düzeltilmesini öngören Nüfus Kanunu (m. 36/1-b) ceza mahkemesini bağlamaz.

## VI- Bekletici mesele (CMK 218/1, cü. 2).

Bir ceza davasının görülmesi bazen o ceza mahkemesinin yetkisinin dışında kalan bir meselenin çözülmesine bağlı olabilir. Bekletici mesele (bekletici sorun) veya ön mesele denilen bu mesele bağlantının bir sonucudur. Bekletici sorun sayma hallerinde ve özellikle “soruşturma ve kovuşturma yapılmasının izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi 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).

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 hakim tarafından toplu bir şekilde ele alınmasının faydalarından mahrumiyete sebep olmasıdır. Medenî muhakemede delillerin serbest olmaması bir sakınca doğurmaz, zira bekletici meselede hukuk hakiminin verdiği karar ceza hakimini kural olarak ve nispi muhakeme yapılabildiği ölçüde bağlamaz. Sadece bekletici meselenin mecburî olduğu hallerde, nispi muhakeme yapılamadığından, ceza hakimi diğer hakim kararını ile bağlıdır. Ceza yargısı da ceza-dışı yargılama makamlarını belli ölçüde de olsa bağladığı için, 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 ihlal etmemekte, sadece bağlantılı davanın açılmasını önlemekte veya açılmış davayı, daha doğrusu onun muhakemesini durdurmaktadır. Bağlantılı uyuşmazlığı bekletici mesele saymanın bir sonucu da zamanaşımının durmasıdır (TCK 67). Bekletici mesele de bir fayda düşüncesine dayanır. Bu faydayı takdir bakımından burada da üç ihtimal akla gelebilir:

Bekletici mesele sayma mecburiyeti ihtimaline göre kanunkoyucu faydayı kendisi görmüştür. Örneğin Anayasa, kanunların Anayasaya aykırılığı konusunu bekletici mesele sayma mecburiyetini koymuştur (Any. 152). Vatandaşlık uyuşmazlıkları da mecburî bekletici mesele sayılmıştır. Bu mecburiyet her zaman açık değildir. Buna rağmen bir çok hallerde mecburîlik olduğunu kabul etmek de zarurîdir. Örneğin iftira suçunda (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 davada, bu ceza



davasının sonucu beklenmelidir. Aynı şekilde, hukuk mahkemesinde sahtelik iddia edilmişse, sahte olmadığı orada sabit olursa ceza davası açılmayacağından, açılmışsa durdurulmalı ve sonuç beklenmelidir.

Bağlantılı davanın nispi muhakemesinin veya birleştirilerek muhakemenin mecburî olduğu hallerde, bekletici mesele saymama mecburiyeti var demektir. Bekletmemenin açıklandığı da vardır. Örneğin memurların disiplin muhakemesi, ceza muhakemesi yüzünden bekletilemez (1965–657 numaralı Devlet Memurları K 131/1).

Kural bekletici mesele saymama ihtiyarıdır. Bir meselenin bekletici mesele sayılmasına lüzum olup olmadığını her seferinde ilgililer araştıracaktır. Bir olayın suç olup olmadığı ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren sorunun 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).

Hakkı olmayan yere tecavüz suçunda da (TCK 154) girilen yer uyumsuzluk konusu olmuş ve hukuk mahkemesine dava açılmış ise bunun neticesi beklenmektedir.

Bunun dışında da başka bir mahkemenin daha önce karar vermesi için muhakemenin durdurulduğu uygulamada çok görülmektedir.

İhtiyarî olan hallerde bekletici meseleden dolayı dava açılmamış ise dava açması için ilgiliye bir süre verilebilir. Bunun manası “açarsan netice ile kendimi bağlı saymak kaydı ile beklerim, açmazsan ben nispi muhakeme ile çözeceğim” demektir.

#### **§ 4– SÜJELER**

Ceza muhakemesinin görevi olan, hükmü vermeye katılan, suçu işlediği sanılan şüpheli, onun suçu işlediğini ileri süren Cumhuriyet savcılığı ve bu iddia ile savunmayı araştırarak sonuca bağlayan mahkeme gibi süjeler, aşağıda incelenecektir.

**I- Cumhuriyet Başsavcılığı (toplumsal iddia makamı).***1) Cumhuriyet Başsavcılığının görev ve yetkileri.*

Cumhuriyet Başsavcılığı makamında Cumhuriyet savcıları görev yaparlar.

Cumhuriyet savcıları Başsavcılık makamı tarafından görevlendirilerek, araştırma ve soruşturma görevlerini yerine getirirler. İtham görevi, yani kamu davasını açmak üzere iddianame düzenlemek görevi ise Başsavcılık makamına aittir.

Bir suç işlendiği izlenimi bulunduğunu öğrenen Cumhuriyet savcısının araştırma yapmak mecburiyeti vardır; Cumhuriyet savcısı, her türlü araştırmalarını, doğrudan doğruya yapabileceği gibi, adli kolluk amir veya memurlarının aracılığıyla da yaptırabilir (CMK 161/1).

Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinde, bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgileri isteyebilir. Kendilerinden istenilen bilgileri vermeyen görevlilerin, cezai sorumlulukları vardır (CMK 332).

Cumhuriyet savcıları, yargı çevreleri dışında bir adli işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, o yer Cumhuriyet savcısına sözkonusu işlemi yapması için yazılı veya sözlü “talimat” yazarak, işlemi yaptırabilir. Yargı çevresinin dışına çıkarak, o yere gitmek suretiyle işlemi bizzat yapması olanaksızdır.

CMK 161/2, adli kolluk güçlerinin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Adli kolluk amir ve memurlarının; el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri Cumhuriyet savcısına derhal bildirmeleri gerekir. Bildirmekte gecikmeleri halinde adli görevi savsama suçundan sorumlu tutulabilirler. Ayrıca kolluk amir ve memurları Cumhuriyet savcılarının adliyeye ilişkin bütün emirlerini yerine getirmek zorundadırlar. Kolluk amir ve memurları idari açıdan vali ve kaymakama bağlı ise de adli yönden de Cumhuriyet savcısına bağlıdır.

Cumhuriyet savcılarının emirlerini yazılı olarak vermesi gerekir. İvedi durumlarda ayırık olarak sözlü emir vermeleri de mümkündür. İvediliğinin takdiri Cumhuriyet savcısına aittir.

Kolluk amir veya memurları, a) Olaylara elkoyup, yakaladıkları kişi ve aldıkları önlemleri hemen Cumhuriyet savcısına bildirmek, b) Yakaladıkları

kişileri, şüpheliyi ve tanıkları istenilen gün ve saatte bulundurmak, c) Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü emrini yerine getirmek ve öbür memurlar gibi kendilerinden istenilen bilgileri vermek, d) Yapılan işlemlere ilişkin evrakı da hazır bulundurmakla görevlidirler.

Adli kolluk görevlileri dışındaki görevliler de, Cumhuriyet savcısına yardım etmek zorundadır. Yrtlmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeden temin etmekle yükümlüdürler.

Kanunda Cumhuriyet savcılarının yer itibarıyla yetkisi konusunda bir düzenleme bulunmadığı için, CMK'nun 161 inci maddesine 31.3.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanunun 21 inci maddesi ile yedinci fıkra eklendi. Bu fıkra uyarınca, yetkisizlik kararı ile gelen bir soruşturmada Cumhuriyet savcısı, kendisinin de yetkisiz olduğu kanaatine varırsa yetkisizlik kararı vererek, soruşturma dosyasını yetkili savcılığın belirlenmesi için, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine gönderir. Mahkemenin yetki konusunda verdiği karar kesindir.

Değişikliğe ilişkin 6217 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin gerekçesinde de, Cumhuriyet başsavcılıkları arasında meydana gelen yetki uyuşmazlıklarının çözüm merciinin belirlenmesi amacıyla fıkra eklendiği, soruşturma evrakının Cumhuriyet başsavcılıkları arasında yetkisizlik kararları verilmek suretiyle sürüncemede kalmasının ve gereksiz şekilde yargılama sürecinin uzamasının önlenmesi amacıyla yetki uyuşmazlığına ilişkin kararın en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı ya da görevlendireceği ye tarafından verilmesi hüküm altına alındığı belirtilmektedir.

2) *Sulh ceza hakimliği.*

a) *Sulh ceza hakimliğinin kuruluş ve görevleri.*

Soruşturma evresinin organları arasında belli işlemler bakımından sulh ceza hakimliği vardır. 2014–6545 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, soruşturma evresinde hakim kararlarını vermek ve diğer bazı görevleri yerine getirmek üzere üzere sulh ceza hakimliği makamı oluşturulmuştur.

Sulh ceza hkimliği yrtlen soruşturmalarda hkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemekle görevlidir. Ancak, iletişimin denetlenmesinde ağır ceza

mahkemesinin oybirliği ile karar vermesinde (CMK 135/1) olduğu gibi, Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklıdır.

Mülga TMK 10 ile görevli mahkemeler için, koruma tedbiri kararlarını vermek ve bunlara itirazları incelemek üzere 2012 yılında ayrı hakimlik makamları oluşturulmuştı. Bu madde yürürlükten kaldırıldıktan sonra, 2014-6545 sayılı Kanun ile oluşturulan sulh ceza hakimlikleri soruşturmalarda hakim tarafından verilmesi gereken aynı tür kararları vererek uzmanlaşacakları için, bu değişikliği yerinde buluyoruz.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla sulh ceza hâkimliği kurulabilir. Bu durumda sulh ceza hâkimlikleri numaralandırılır. Müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Sulh ceza hâkimliğinde bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel bulunur.

Sulh ceza hâkimliği, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

Sulh ceza hâkimliği buldukları il veya ilçenin adı ile anılır.

Sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır.

Ağır ceza mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir sulh ceza hâkimliğinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, ancak hakim tarafından yapılabilecek bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hakimine bildirir. Sulh ceza hakimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve

gereğini yerine getirir (CMK 162).

Burada dikkat edilmesi gereken husus, Cumhuriyet savcısının “işlemin yapılacağı yerin” sulh ceza hakimine başvurmasıdır. Mesela dinlenecek tanık başka bir yerde ise oradaki sulh ceza hakimliğine başvurulacaktır.

2014–6545 sayılı Kanunun 71 inci maddesi ile CMK 173 ün birinci fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine” ibaresi “ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine” şeklinde; üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde; dördüncü fıkrasında yer alan “Mahkeme” ibaresi “Sulh ceza hâkimliği” şeklinde ve altıncı fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesinin” ibaresi “sulh ceza hâkimliğinin” şeklinde değiştirildiği için, kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına yapılan itirazların da sulh ceza hakemlikleri tarafından incelenmesi gerekmektedir.

Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir (CMK “2014–6545” 173/3).

Kabahatlere ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvuru yolu sulh ceza mahkemesine yöneltiliyordu (KK 27/1). 2014–6545 sK ile yapılan değişiklikle, kanunlarda bu mahkemelere yapılan atıflar sulh ceza hakimliğine yapılmış sayılacağı için, sulh ceza hakimliklerinin idari yaptırım kararlarını incelemek görevi doğmuştur.

Mahkemenin (2014-6545 sonrasında sulh ceza hakimliğinin) verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır (KK 29/1).

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 bulun-

duğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir (CMK “2014-6545” 268/3-a).

Suç konusu olmayıp, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturduğu için eşya, sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın (TCK 54/4) müsaderesine, müstakil müsadere tali davası açılarak karar verilir. Bu karar açısından Sulh ceza hakimliği görevli ve yetkilidir (CMK 259). Karar duruşma yapılmaksızın karar verilir.

Buna karşılık, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesi ile suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda verilen müsadere kararını (TCK 54/1), asıl davayı bakan mahkeme, duruşma yaparak verir (CMK 257/1).

*b) Sulh ceza hakimliğinin soruşturma evresindeki görevleri.*

Sadece hakim tarafından yapılabilen işlemler için kaide, sulh ceza hakimliğinin yetkili olması ve savcının talep etmesidir (CMK 162). Hakim soruşturma evresinde kendiliğinden araştırma yapamaz.

Burada dikkat edilmesi gereken husus Cumhuriyet savcısının “işlemin yapılacağı yerin” sulh ceza hakimliğine başvurmasıdır. Örneğin dinlenecek tanık başka bir yerde ise oradaki sulh hakimliğine başvurulacaktır.

Kişi hak ve özgürlüklerine önemli bir müdahale teşkil eden koruma tedbirlerini C. savcısı kendiliğinde uygulayamaz. Savcı böyle bir koruma tedbirinin uygulanmasını gerekli gördüğu durumlarda sulh ceza hakiminden bir talepte bulunması gerekir.

Başka yargı çevresindeki sulh ceza hakimi, istenilen kararı vermek üzere yaptığı incelemede sadece, hukuka uygunluk noktasını inceler. Tedbirin amaca uygun olup olmadığını denetleyemez (StPO 162/3).

*c) Soruşturma evresinde sulh ceza hakimliğinden karar alınması gereken haller.*

CMK 74 uyarınca, soruşturma evresinde şüphelinin gözlem altına alın-

ması gerekiyorsa, C. savcısının bu kararı hakimden talep etmesi gerekir.

CMK 75 uyarınca, soruşturma evresinde şüphelinin beden muayenesi gerekiyorsa, C. savcısının bu kararı hakimden talep etmesi gerekir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde bu kararı C. savcısı da verebilir.

CMK 76 uyarınca, soruşturma evresinde şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişilerin beden muayenesi gerekiyorsa, C. savcısının bu kararı hakimden talep etmesi gerekir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde bu kararı C. savcısı da verebilir.

CMK 79 uyarınca, soruşturma evresinde moleküler genetik inceleme yapılması gerekiyorsa, C. savcısının bu kararı hakimden talep etmesi gerekir.

CMK 83 uyarınca, soruşturma evresinde keşif yapılması gerekiyorsa, kural olarak hakim tarafından yapılır. Gecikmesinde sakınca olan hallerde bu kararı C. savcısı tarafından da yapılabilir.

CMK 100 uyarınca, tutuklama kararı sadece hakim tarafından verilebilir.

CMK 109 uyarınca, adli kontrol kararı sadece hakim tarafından verilebilir.

CMK 116 uyarınca, arama kararı kural olarak hakim tarafından verilebilir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde bu kuralın istisnaları mevcuttur.

CMK 127 uyarınca, elkoyma kararı kural olarak hakim tarafından verilir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde bu kuralın istisnaları mevcuttur.

CMK 129 uyarınca, postada elkoyma kural olarak hakim kararı ile gerçekleştirilir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde istisnası mevcuttur.

CMK 259 uyarınca, suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabi eşyanın müsaderesine, sulh ceza hakimliği tarafından karar verilir.

*ç) Soruşturma evresinde ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermesi gereken tedbirler.*

CMK 128 uyarınca, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirine sadece ağır ceza mahkemesi oybirliği ile karar verebilir;

CMK 134 uyarınca, bilgisayarlarda, bilgisayar kütüklerinde ve programlarında arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine sadece ağır ceza mahkemesi oybirliği ile karar verebilir;

CMK 135 uyarınca, iletişimin denetlenmesi tedbirine ağır ceza mahkemesi oybirliği ile karar verebilir; (gecikmesinde sakınca olan hallerde bu kararı C. savcısı da verebilir)

CMK 139 uyarınca, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ağır ceza mahkemesi oybirliği ile karar verebilir; (gecikmesinde sakınca olan hallerde bu kararı C. savcısı da verebilir)

CMK 140 uyarınca, teknik araçlarla izleme tedbirine ağır ceza mahkemesi oybirliği ile karar verebilir; (gecikmesinde sakınca olan hallerde bu kararı C. savcısı da verebilir).

### 3) Soruşturmanın sulh ceza hakimi tarafından yapılması.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve suçüstü halinde, Cumhuriyet savcısına erişilemeyen durumlarda veya olay genişliği itibariyle Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hakiminin de bütün soruşturma işlemlerini yapma yetkisi vardır (CMK 163/1). Bu gibi hallerde sulh ceza hakiminin “zorunlu savcılık” yaptığı söylenir.

Sulh ceza hakimi tarafından emredilen tedbirler ve araştırmalar kolluk amir ve memurları tarafından yerine getirilir (CMK 163/2).

Bir soruşturma işleminin hakim tarafından yapılması, elde edilen delilin ileride mahkeme önünde kullanılmasına yardımcı olur. Bu nedenle Alman hukukunda, şüphelinin soruşturma evresinde hakim önünde verdiği ikrarın tutanağının duruşmada delil olarak okunması kabul edilmiştir (StPO 254). Bu nedenle, suçunu ikrar eden şüphelinin hemen hakime çıkartılarak ikrarını hakim önünde tutanağa bağlamak, yararlı olur.

Bir soruşturma işleminin hakim tarafından yapılması, elde edilen delilin ileride mahkeme önünde kullanılmasına yardımcı olur. Bu nedenle, suçunu ikrar eden şüphelinin hemen hakime çıkartılarak ikrarını hakim önünde tutanağa bağlamak, yararlı olur.

Suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, C. savcına ulaşamıyorsa veya olay genişliği itibariyle C. savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabileceği için, sulh ceza hakimi adli kolluğa gerekli araştırma işlemlerinin yapılmasını emreder (CMK 163, AKY 6/5). Yine kanun, istisna olarak, henüz kamu davası açılmadan sulh hakimlerine bazı hakim muamelelerini re’sen yapmak



yetkisini vermiştir (CMK 163). Bu hallerde, talî ceza davası açıldığı ve bir uyuşmazlığın çıktığı farz ve kabul olunmuştur.

4) *Soruşturmada görev alan sulh ceza hakiminin kovuşturmadan yasaklanması.*

Ceza Muhakemesi Kanununun, 2005 yılında yürürlüğe giren ilk şeklinde, soruşturma evresinde görev yapan hakim, kovuşturma evresinde görev yapmasını yasaklanmıştı (CMK 23/2). Böylece tutuklama kararı veren hakim esas hakkındaki hükmü vermesinin yolu kapatılmıştı.

Ancak, bir “hukuk labirenti” şeklinde yapılan düzenleme ile (2005–5320, m. 11), bu hükmün CMK 163 dışında uygulanmayacağı istisnası getirildi.

Bu duruma göre, sadece, C. savcısına ulaşamayan hallerde görev yapan hakim, ileriki aşamalarda muhakeme işlemi yapamayacaktır. Örneğin CMK 163 kapsamında herhangi bir muhakeme hukuku işlemi yapan veya herhangi bir karar veren sulh ceza hakimi, artık o işin kovuşturma evresine katılamayacaktır.

Donay (2009, 35) bu hükmün sadece hakimlik makamı işlemlerini kapsadığı, Sulh Ceza Hakiminin 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 Hakimi kolluğa emir vererek araştırma işlemi yaptırmış, tedbir aldırılmışsa, önyargı oluşturacak şekilde olayı öğrenmiş olabilir. Bu gibi hallerde kovuşturma evresinde görev alması yasaklanmalıdır.

## **II– Adli kolluk.**

### *1) Kolluk.*

İç güvenlik hizmetlerini yerine getiren teşkilata kolluk adı verilir. Suç işlenmesi üzerine olaya elkoyan ve suçun olay yerindeki iz ve delillerini teknik metodlar uygulayarak tespit eden, soruşturmayı yürüterek, “şüpheli” ile suç delillerini adlî mercilere gönderen polise “adlî kolluk” denilir (CMK 164). Bu anlamda ele alındığında, polis tüm birimleri ‘adlî kolluk’ niteliğindedir.

Kolluğun kollama denilen görevi iki çeşittir: 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.

Kamu düzenini koruma görevi çerçevesinde, kamu düzeni ve emniyetini tehlikeye düşüren veya ihlâl eden bir olay meydana geldiğinde, polis normal durumu yeniden yaratabilmek için her şeyi yapmak mecburiyetindedir. Ancak bu görevini yerine getirirken kurallarla bağlıdır. Jandarma ve polis tedbir alırken, kişilerin Anayasa teminatı altında bulunan hayat, vücut bütünlüğu, özgürlük, konut dokunulmazlığu gibi haklarını, yasalara uygun olarak sınırlandırabilir.

### 2) Adli kolluğun yapısı.

Bir suç işlendikten sonra bunun izlerinin araştırılması uzmanlık gerektirir. Bu uzmanlara adli kolluk denilir. Ceza Muhakemesi Kanunu adli kolluk müessesesini Ceza Muhakemesi Kanunu içerisine görev itibariyle yerleştirmiş, fakat hangi kolluk görevlilerinin adli kolluk sayılacağını Yönetmeliğe bırakmıştır (CMK 167).

#### a) Adli kolluk personeli.

Kolluğun bağlı bulunduğu makam tarafından soruşturma yapmak üzere, mevcut imkanlar ölçüsünde yeterince “adli kolluk personeli” görevlendirilir (AKY 4). Yönetmelikteki “adli kolluk personeli” teriminin “adli kolluk görevlisini” ve “adli kolluk sorumlusu” kapsayacak şekilde genel anlamda kullanıldığı anlaşılmaktadır.

#### b) Adli kolluk görevlileri.

“Adli kolluk görevlisi” üst kavram olup, soruşturma işlemi yapmak üzere, tabi bulunduğu atama usulüne göre görevlendirilmiş olan komutan, amir memur ve diğer görevliyi ifade eder (AKY 3).

CMK 164 ve Adli Kolluk Yönetmeliğinde, hangi Kanunların adli kolluğa soruşturma işlemi yapma yetkisi verdiği sayılmıştır: Ceza Muhakemesi Kanunu, Emniyet Teşkilat Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, Jandarma

Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 nci maddesi, Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4 ncü maddesi ve Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği (AKY 3).

*c) Adli kolluk sorumlusu.*

Adli kolluğun amiri vardır. Yönetmelik, adli kolluk amir veya komutanına, “adli kolluk sorumlusu” adını vermiştir. “Adli kolluk sorumlusunun”, İçişleri Bakanlığına bağlı kendi makamı (Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Sahil Güvenlik Komutanlığı veya Gümrük Müsteşarlığı) tarafından, kendi usulüne göre atanmış ve görevlendirilmiş olması gerekir (AKY 3).

*ç) Adli görevi bulunmayan üst.*

Adli kolluk personelinin idari açıdan bağlı bulunduğu üstünün, kural olarak adli görevi yoktur. Ceza Muhakemesi Kanunu “soruşturmanın gizliliği” ilkesini kabul etmiş (CMK 157), TCK 285 de bunun alenen ihlalinin yeni bir suç oluşturacağını belirtmiştir. Bu nedenle, yasa ile izin verilen haller dışında, adli kolluk personelinin yürütmekte bulunduğu soruşturma konusunda, “adli görevi olmayan üstüne” bilgi vermesi, yasaklanmıştır. Kolluğun suç işlendikten sonra da, suçu önleme görevleri doğduğu dikkate alınarak, adli görev ile ilgili ayrıntıların adli görevi olmayan üstlere bildirilmemesi gerekir.

*d) En üst dereceli kolluk amiri.*

“En üst dereceli kolluk amirleri hakkında, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır (CMK “2005–5353” 161/5). Cumhuriyet savcısının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen diğer kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.

Ceza Muhakemesi Kanunundaki bu düzenleme karşısında, “en üst dereceli kolluk amiri” kavramının içeriği büyük bir önem kazanmıştır.

Bizce, en üst dereceli kolluk amiri, Cumhuriyet savcısının yer bakımından yetkisi (MTK 21) ile bağlantılı olarak, her yargı çevresi bakımından, ayrı ayrı ele alınmalıdır. Kanun burada “C. savcısının bulunduğu il mer-

kezi veya ilçenin idari sınırları” ölçütünü kabul ettiği için, yerine getirilmeyen emri veren C. savcısına göre, “o il” veya “o ilçenin” en üst derece- li kolluk amiri belirlenecektir.

### 3) Adli kolluk personelinin görevlendirilmesi.

C. savcısının emri altında “soruşturma yapmak” üzere, adli kolluk personeli görevlendirilir. Görevlendirme Emniyet Genel Müdürlüğünce, Jandarma Genel Komutanlığınca, Sahil Güvenlik Komutanlığınca ve Gümrük Muhafaza Genel Müdürlüğünce yapılır. Tam teşekküllü bir polis veya jandarma karakolu, sahil güvenli bot komutanlığı veya gümrük muhafaza müdürlüğü ile müstakil bölge ve kısım amirliklerinin bulunduğu yerlerde, ilgili makamlar tarafından mevcut imkanlar ölçüsünde yeterince adli kolluk personeli görevlendirilmesi öngörülmüştür (AKY 4).

Adli kolluk, bağlı bulunduğu kolluk teşkilatının bir parçası olup, öncelikli görevi, karşılaştığı suçun işlenmesini önlemek olup (AKY 5/2), adli görevlerin haricindeki hizmetlerde üstlerinin emrindedir (AKY 5/4) ve kadrolarında yer aldıkları birimlere mevzuatla verilmiş ve adli görev kapsamı dışında kalan diğer görev ve hizmetleri de yerine getirirler (AKY 5/6). Adli kolluk görevlilerinin özlük hakları, bağlı oldukları teşkilat tarafından yürütülür (AKY 5/7).

### 4) Cumhuriyet savcılarının adli kolluğa emir vermesinin usulü.

Adli kolluk görevlilerine, adli görevi bulunmayan üstleri tarafından, yürütülen soruşturma ile ilgili emir ve talimat verilemez. C. savcısının talebi halinde adli kolluk görevinin diğer kolluk birimleri tarafından yerine getirildiği durumlarda (AKY 7), adli görevi bulunmayan üst de adli kolluk görevlisine emir verebilir (AKY 5/5).

Cumhuriyet savcıları, adli görevlere ilişkin emir ve talimatlarını “adli kolluk sorumlularına” veya “adli kolluk görevi ifa eden diğer birim amirlerine” verir (AKY 5/1). Adli görev ile ilgili emir ve talimat verilirken, kolluk birimlerinin aralarındaki işbölümü ile kolluk teşkilatlarının görev ve yetki alanları gözetilir (AKY 5/3).

Meydana gelen olayın özelliğine göre, kolluk amiri, soruşturma esnasında o konuda ihtisaslaşmış personeli görevlendirir (AKY 12/3).

5) *Adli kolluk personelinin görev ve yetkileri.*

Adli kolluk görevlilerinin “kendiliğinden” suç araştırması yapma yetkileri yoktur (CMK 161). Bu nedenle, adli kolluk görevlileri Cumhuriyet savcısından emir almadan araştırma yapamazlar. Kendilerine yapılan bir suça ilişkin ihbar veya şikayeti, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri “derhal Cumhuriyet savcısına bildirirler” ve “Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruştırma işlemlerine başlarlar (AKY 6/2).

Suçuştü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına ulaşılamıyorsa veya olay genişliği itibariyle Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hakimi de bütün soruştırma işlemlerini yapabileceği için, sulh ceza hakimi adli kolluğa gerekli araştırma işlemlerinin yapılmasını emreder (CMK 163, AKY 6/5).

Adli kolluğa verilen “soruştırma emri” yazılı olur (CMK 161/3, AKY 6/4). Acele hallerde sözle verilen emir, en kısa sürede yazılı hale dönüştürülür. Kolluk emri, yazılı hale getirilmesini beklemeden ifa eder.

Adli kolluk görevlileri tüm delilleri toplar ve muhafaza altına alırlar. Delil toplarken kanunda öngörülen hususlara uymak zorundadırlar.

Toplanan deliller Cumhuriyet savcısına bir “fezleke” ile sunulur. Hukuka aykırı delil elde edildiğinin tespiti halinde, fezleke bu hususa da yer verilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu ve Adli Kolluk Yönetmeliği, soruşturmanın Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılmasını emrettiği için, Cumhuriyet savcısı adli kolluğa “genel bir soruştırma emri” veremez. Her bir soruştırma işlemi için “tek tek emir” vermesi gerekir. Bu nedenle, eskiden alıştığımız fezleke tipi ortadan kalkmıştır. Adli Kolluk Yönetmeliğinde sözü geçen “fezleke”, işlem raporu olarak anlaşılmalıdır. Adli kolluk her işlem için Cumhuriyet savcısından ayrı bir emir alacak ve bu emri yerine getirip, “fezleke” ile Cumhuriyet savcına teslim edecektir. Sonraki işlem için tekrar emir alacak, gene bunun “fezlekesini” hazırlayarak Cumhuriyet savcısına verecektir.

6) *Adli kolluğun eğitimi ve ihtisaslaşma.*

Adli Kolluk Yönetmeliği, adli kolluk görevlisi olacak kolluk memurla-

rında bazı özellikler bulunmasını arzu ettiği için, yükleyeceği görevin gerektirdiği bilgi ve vasıfları taşıyan kişilerin adli kolluk olarak görevlendirilmesini (AKY 8), hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim uygulanmasını (AKY 9) ve adli kolluk eğitimini başarı ile tamamlayan personele “sertifika” verilmesini öngörmüştür (AKY 10).

Adli kolluk birimlerinde görev yapacak personel, mümkün olduğunca aynı görevde çalıştırılır ve uzmanlaşması sağlanır (AKY 12). Bu mümkün olmadığı durumlarda benzer görevlerde çalıştırılırlar. Meslek içi kurslara katılarak da, belli branşlarda ihtisaslaşma sağlanır (AKY 12/2).

#### 7) Denetleme ve değerlendirme raporu düzenleme.

##### a) Denetleme.

Cumhuriyet başsavcılarını ve Cumhuriyet savcılarını, adli kolluk görevlilerince ifa edilen adli işlemleri her zaman denetlerler (AKY 13/1). Bu denetleme, gerektiğinde, adli kolluk birimlerinde yapılır. Evrakın ve ilgili kişilerin celbi suretiyle de, “denetim” yapılabilir.

Denetim yetkisi gözaltına alınan kişileri de kapsar. Cumhuriyet savcısı nezarethaneleri, ifade alma odalarını, gözaltı işlemleri ile ilgili kayıtları inceler ve sonuçlarını nezarethane defterine kayıt eder (AKY 13/2).

##### b) Değerlendirme raporu.

“Adli kolluk sorumluları” hakkında, Cumhuriyet başsavcılarını yıllık değerlendirme raporu düzenlerler (AKY 11). Her Cumhuriyet başsavcısı, kendi yargı çevresindeki “adli kolluk sorumlusu” hakkında rapor düzenler. Birden fazla yetki çevresinde faaliyet gösteren “adli kolluk sorumlusu” hakkındaki raporu, diğer yer Cumhuriyet başsavcılıklarının da görüşünü aldıktan sonra, adli kolluk biriminin merkezinin bulunduğu yer Cumhuriyet başsavcısı düzenler (AKY 11/3).

Değerlendirme raporu düzenlenirken, adli kolluk sorumlusunun emrindeki “adli kolluk görevlilerinin” soruşturma ve kovuşturma işlemlerindeki ehliyeti, çalışkanlık, disiplin, iş disiplini ve başarı ölçütleri kullanılır (AKY 11/2). Değerlendirme raporları ilgilinin sicilinin düzenlenmesinde dikkate alınır.

Adli kolluğun Cumhuriyet savcılığına bağlı olması gerektiğini savunanlar, kolluğun bu uzman branşının meslekte ilerlemesi için, Cumhuriyet savcısından sicil notu almasını isterler. Bu talep doğrultusunda CMK 166 oluşturulmuş ve aslında kendi teşkilatına bağlı olan adli kolluk görevlilerinin, Cumhuriyet savcısından da sicil almaları kuralı öngörölmüştür.

CMK 166 askeri ceza muhakemesinde uygulanmaz: Askeri usulde “Katılma yolu ile dava” 353 sayılı Kanun’un 257’nci maddesinde düzenlenmiş, fakat madde 29.6.2006 tarihli ve 5530 sayılı Kanunla kaldırılmış, Kanun’un Ek-1’inci maddesiyle de Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 109 ila 115, 166, 272 ila 285’inci maddeleri hükümleri hariç olmak üzere, diğer hükümlerinin askeri yargıda da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

#### 8) Adli kolluğun olay yerinde aldığı tedbirler.

Olay yerinde suç ile ilgili ilk çalışmaları yapan kolluk görevlisi genellikle önleyici kolluk hizmetlerinde çalışan memurlardır. Olay yerini korumakla görevli olan memurlara engel olanları yakalayıp gözaltına alma yetkisi veren CMUK daki düzenleme, CMK ya alınmamıştır; sadece zor kullanarak engelleme yetkisi verilmiştir.

Kolluğun olay yerinde tedbir alması PVSK Ek 6. madde ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 2007 yılında yürürlüğe giren bu madde, kolluğa suç araştırma yetkisi vermeksizin, sadece olay yerinde suç delillerinin kaybolmaması için tedbir alma yetkisi verir.

Olay yerinde keşif, arama gibi bir işlem yapan memur, yetkisi içinde olan tedbirleri alabilir (CMK 168). Bu tedbirlerin orada hazır bulunanlara “bildirilmesi” lâzımdır. Keza celse esnasında, müteakip celsenin gün ve saati avukatlara veya sıfatları tesbit edilen kâtiplerine ve stajyerlerine “bildirilir” (TebK 37).

Olay yerinde kolluğa sadece tedbir alma yetkisi verilmişken, özel güvenlikçilere yakalama yetkisinin verilmiş olması, yanlışlıkla yapılmış bir düzenleme olsa gerekir.

### III– Suçun mağduru ve suçtan zarar gören (ferdi iddia makamı).

#### 1) Suçtan zarar gören ve suçun mağduru ile şikayetçinin süjeliği (CMK 233).

Suçtan zarar gören kişinin hak ve yetkileri yeterince düzenlenmemiştir.

Son yıllarda bu konuda gerek mukayeseli hukukta ve gerekse Türk Hukukunda önemli gelişmeler olmuştur.

Birleşmiş Milletler'in 29 Kasım 1985 tarihli Deklarasyonu (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power) (A/RES-40/34) mağdurun korunması ile ilgili ilkeleri belirler. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (77) 27 sayılı Tavsiye Kararı: Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi konusunu düzenler. 24 Kasım 1983 tarihli "Şiddet Suçlarında Mağdurların Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" vardır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi; Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuksal Durumunun İyileştirilmesine İlişkin Tavsiye Kararını (R (85)11) kabul etmiştir. 15 Mart 2001 tarih ve 2001/220/JI sayılı Çerçeve Kararı (Mağdurun Statüsü) (sadece gerçek kişiler, tüzel kişilere mağdurluk statüsü tanınmadı), Avrupa Konseyinin 29 Nisan 2004 tarihli Yönergesi: Suç Mağdurlarının Zararının Giderilmesi (2004/80/EG) konularını ilgilendiren belgelerdir. Uluslararası Ceza Divanı Statüsü m. 85 mağdurun hukuk durumu düzenlemiştir. Tüzel kişilerin de mağdur olabileceği kabul edilmiştir. Yıldız (2008, 22), mağdur sıfatının sadece gerçek kişilere ait olduğunu, tüzel kişilerin mağdur statüsüne girmediğini belirtir. İşlenen suçta "Devletin mağdur" olması görüşünü kabul etmeyen yazarlara (Ünver 2003, 141; Özgenç 2007, 207) katılan Yıldız (2008, 24), "Devleti hak süjesi olarak kabul etmenin, faşizm ve nazizm düşüncelerinin hukuka yansması olduğunu" ileri sürmektedir.

İşlenen suçtan bir "zarar" meydana geldiği durumlarda, "zarar gören" ve "zarar veren" sùjelerin durumları ortaya çıkar. Zarar görenin durumu ile zarar verenin durumu birbirleri ile yakından ilişkilidir: zarar gören veya zarar veren yoksa, zarar da yoktur. Ceza Muhakemesi Kanunu, 234 ve sonraki maddelerinde suçun mağduru, şikayetçisi, malen sorumlu olan ve katılanın yetki ve haklarını, yeni bir kitap halinde düzenlenmiştir. .

Şikayetçi ise re'sen kovuşturulan suçlar dahil, mağduru veya suçtan zarar göreni olduğu bir suçu devletin soruşturma veya kovuşturma makamlarına duyuran kişi olarak anlaşılmalıdır. Şikayetçi kelimesini dar anlamda anlayıp sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarla sınırlı tutmak CMK 234 ile tanınan birçok hakkı şikayetçiden alma sonucunu doğurabilir.



## 2) Mağdur” ve “suçtan zarar gören ferdin” tâyini.

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 kanunkoyucunun farklı ölçü ile hareket etmesi mümkündür. Faraza şikâyet hakkı tâyin edilirken başka, kamu dâvasına katılma hakkı tâyin edilirken başka ölçü tutulmuş olabilir.

Bize göre de en uygun yol budur ve “suçtan zarar gören” terimi ihtiyaca göre yorumlanmalıdır. Örneğin 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.

“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.

Zarar gören fert tarafı (yani zarar gören şahıs) ile suç kurbanı veya mağdur (yani aleyhine suç işlenen kimse) her zaman aynı şahıs değildir. Örneğin öldürülen kimse suç kurbanıdır ve “mağdurdur”, fakat suçtan zarar görenler, bu ölümden zarar görenlerdir.

Suç konusu şahıs, yani üzerinde suç işlenen şahıs ile zarar gören şahıs da her zaman aynı değildir. Örneğin alıkoymada alıkonan küçük, suç konusudur, fakat zarar gören velisidir, çünkü onun rızası hilâfına suç işlendiği kabul olunmaktadır.

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). Yeni Kanun tüzel kişilerin katılma yetkisini açıkça benimsemiştir (CMK 237/1).

## 3) Suçun mağduru.

Suçun mağduru, aleyhinde suç işlenen kimse, yani suç kurbanıdır. Suçtan doğrudan zarar gören mağdurdur. Ancak işlenen bir suçtan mağdur dışındaki kişiler de zarar görebilirler. Bunlara “suçtan zarar gören kişi” adı verilir.

## a) Mağdur ile şikâyetçinin soruşturma evresindeki hakları (CMK 234/1-a).

İşlendiği iddia edilen fiil ile bir hakkı, hukuki bir menfaati veya hukuken korunan bir yararı ihlal edilmiş olan kişi, “mağdurdur”. “Suçtan zarar gören” ise suçun neticelerinden doğrudan etkilenmiş olan kişidir. Mağdur daha geniş bir kapsamı sahiptir.

Soruşturma evresinde şüpheli için kabul edilen delil toplanmasını isteme hakkı (CMK 147), mağdur için de benimsenmiştir.

Soruşturma evresinde şüphelinin müdafii dosyayı inceleyebilir ve belgelerden örnek alabilir (CMK 153). Mağdura ise Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme hakkı tanınmıştır.

Şüpheliye tanınan müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkının karşılığı olarak, mağdura da bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı tanınmıştır.

Mağdur vekilinin de soruşturma dosyasını inceleme hakkı vardır.

Mağdurun isteği aksine Cumhuriyet savcılığı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verirse, buna itiraz yolu açıktır.

## b) Mağdur ile şikâyetçinin kovuşturma evresindeki hakları (CMK 234/1-b).

Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olan süjelerin duruşma gününden haberdar edilmesi gerekeceğinden, mağdur ve şikâyetçi de bu konuda bilgilendirilir.

Mağdur kamu davasına katılabilir, tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteyebilir. Tanıkların davetini isteyebilir. Baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir. Davayı soruçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurabilir.

## c) 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).

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, kovuşturmaya 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 malül olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir. Zorunlu müdafii 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.

ç) *Mağdur ile şikayetçinin çağırılması ve dinlenmesi (CMK 236, 237).*

Ceza Muhakemesi Kanunu, suçun mağduru ile şikayetçinin haklarını, dördüncü kitabın birinci kısmı olarak düzenlemiştir (CMK 233 vd). Suç mağduru ile şikayetçinin; dosyayı incelemek, avukat olan bir vekilin hukuki yardımından yararlanmak gibi, özel “muhakeme hukuku hakları” vardır (CMK 234).

Kanun mağdur ve Şikayetçinin dinlenmesini mecburi hale getirmiştir (CMK 233/1). Soruşturma evresinde C. savcısının mağdur veya Şikayetçiyi dinlemeden iddianame düzenlemesi, (CMK 174/1-b) kıyasen uygulanarak, iddianamenin iadesi sebebi sayılmalıdır.

Kovuşturma evresinde mağdurun; duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanaklardan örnek isteme, tanık davet ettirme, Baro tarafından vekil tayinini isteme ve “davaya katılmış olma” koşulu ile davayı sonuÇlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurmak hakları vardır (CMK 234/1-b). Bu hakların mağdura öğretilmesi gerekir (CMK 234/3).

Kanunda suçun mağduru ve suçtan zarar görenin hangi işlemleri yapabileceği sistematik bir Şekilde açıklanmış değildir. Bizce ceza muhakemesinde bir suje sıfatı kazanarak işlem yapma yetkisi verilmesi istisnai bir durumdur. Bu nedenle prensip olarak, sanık haklarını kısıtlama sonucu doğuran hallerde işlem yapma yetkisinde hasis davranılmalıdır. Sanığın haklarını kısıtlamayan alanlarda ise işlem yapma yetkisi daha geniş olarak kabul edilebilir.

Suç teşkil eden haksız rekabet fiili ile haksız bir Şekilde o Şirketin pazar payının önemli ölçüde azalmasına sebep olan diğer Şirketin suç teşkil eden fiili sebebiyle açılacak ceza davasında, ilgili Şirketin hukuki durumu, mağdur olmayıp, suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilir. Bu gibi durumlarda CMK 234 ıncı madde ile düzenlenmiş olan ve sadece mağdur ile Şikayetçiye tanınmış olan haklardan “suçtan zarar görenin” istifade edememesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bizce Şikayeti geniş manada almalı ve sadece Şikayete bağlı suçlarda değil, re’sen kovuşturulan suçlarda da suçtan dolaylı da olsa zarar gören kişinin yaptığı başvuru “Şikayet” olarak nitelendirilmeli ve katılma hakkı da kabul edilmelidir (CMK 237).

Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır.

İŞlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması aşıından zorunluluk arz eden haller saklıdır.

Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır.

*d) Mağdur vekili.*

Suçun mağduru ile şikayetçi, soruşturma (CMK 234/1-a, 3) ve kovuşturma (CMK 234/1-b, 5) evrelerinde vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir. Bu düzenleme, istem üzerine zorunlu müdafiliği düzenleyen CMK 150/1 nin karşılığını oluşturmaktadır.

Eğer mağdur 18 yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir (CMK 234/2). Bu düzenleme de kanun gereği zorunlu müdafiliği içeren CMK 150/2 nin karşılığıdır.

Mağdur vekili (kanun suçtan zarar görenin vekili diyor) CMK 153/5 uyarınca soruşturma dosyasını incelemek hakkını haiz olduğu gibi, müdafiden de fazla olarak, muhafaza altına alınan eşyayı da inceleyebilir (CMK 234/1-a, 4).

Görüldüğu gibi zorunlu mağdur vekili iki türüdür:

i) İstem üzerine zorunlu mağdur vekilliği: Kendisi tarafından görevlendirilmiş bir vekili yoksa cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası olan suçlarda, mağdurun istemi üzerine, baro tarafından zorunlu mağdur vekili görevlendirilir (CMK 234/1-a-3) (CMK 234/1-b-5).

ii) İstem aranmaksızın, kanun gereği zorunlu mağdur vekili görevlendirme (CMK 234/2): Vekili bulunmayan mağdur 18 yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da malul ise baro tarafından zorunlu mağdur vekili görevlendirilir.

Zorunlu mağdur vekili isteme (veya görevlendirme) hakkı ve diğer 234 hakları, mağdur ile şikayetçiye anlatılıp, açıklanır ve bu husus tutanağa yazılır (CMK 234/3).

Yaşı 15 den küçük olan, TCK 103 ve 109 madde suçlarının mağduru, sanıktan şikayetçi olmadığını ve davaya katılmak istemediğini açıklamış

iken, zorunlu vekil katılma iradesi beyan etmiştir. CMK 266/2 kıyasen uygulanarak, zorunlu vekilin iradesine üstünlük tanınarak, CMK 234 uyarınca katılma isteminin kabulü kararı verilmemesi, bozmayı gerektirmiştir (CGK 3.6.2008, K. 156).

#### 4) Şikayetçi.

Şikayetçi, re'sen kovuşturulan suçlar dahil, mağduru veya suçtan zarar göreni olduğu bir suçu devletin soruşturma veya kovuşturma makamlarına duyuran kişi olarak anlaşılmalıdır.

Şikayetçi kelimesini dar anlamda anlayıp sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarla sınırlı tutmak CMK 234 ile tanınan birçok hakkı şikayetçiden alma sonucunu doğurabilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, suçun mağduru ile şikayetçinin haklarını, dördüncü kitabın birinci kısmı olarak düzenlemiştir (CMK 233 vd). Suç mağduru ile şikayetçinin; dosyayı incelemek, avukat olan bir vekilin hukuki yardımından yararlanmak gibi, özel “muhakeme hukuku hakları” vardır (CMK 234).

Kanun mağdur ve şikayetçinin dinlenmesini mecburi hale getirmiştir (CMK 233/1). Soruşturma evresinde C. savcısının mağdur veya şikayetçiyi dinlemeden iddianame düzenlemesi, (CMK 174/1-b) kıyasen uygulanarak, iddianamenin iadesi sebebi sayılmalıdır.

Kovuşturma evresinde mağdurun; duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanaklardan örnek isteme, tanık davet ettirme, Baro tarafından vekil tayinini isteme ve “davaya katılmış olma” koşulu ile davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurmak hakları vardır (CMK 234/1-b).

Bu hakların mağdura öğretilmesi gerekir (CMK 234/3).

Kanunda suçun mağduru ve suçtan zarar görenin hangi işlemleri yapabileceği sistematik bir şekilde açıklanmış değildir. Bizce ceza muhakemesinde bir suje sıfatı kazanarak işlem yapma yetkisi verilmesi istisnai bir durumdur. Bu nedenle prensip olarak, sanık haklarını kısıtlama sonucu doğuran hallerde işlem yapma yetkisinde hasis davranılmalıdır. Sanığın haklarını kısıtlamayan alanlarda ise işlem yapma yetkisi daha geniş olarak kabul edilebilir. Suç teşkil eden haksız rekabet fiili ile haksız bir şekilde o

şirketin pazar payının önemli ölçüde azalmasına sebep olan diğer şirketin suç teşkil eden fiili sebebiyle açılacak ceza davasında, hukuki durumu mağdur olmayıp, suçtan zarar olarak nitelendirilebilir. Bu gibi durumlarda CMK 234 ıncı madde ile düzenlenmiş olan ve sadece mağdur ile şikayetçiye tanınmiş olan haklardan “suçtan zarar görenin” istifade edememesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bizce şikayet geniş manada alınmalı ve sadece şikayete bağlı suçlarda değil, re’sen kovuşturulan suçlarda da suçtan dolaylı da olsa zarar gören kişinin yaptığı başvuru “şikayet” olarak nitelendirilmeli ve katılma hakkı da kabul edilmelidir (CMK 237).

Yargıtay ölen nişanlısından bebek bekleyen kişinin suçtan zarar gören olduğunu kabul etmiştir.

#### *5) Malen sorumlu.*

Malen sorumlu ise kendisi görülmekte olan davada suje sıfatı taşımamakla birlikte, verilecek karardan yapacağı ödemelerle, yani malı ile sorumlu olabilecek kişilerdir. Kanunda dördüncü kitap başlığında adı geçen malen sorumlu kavramının açıklığa kavuşturulmamış olması ilginçtir.

2005 Ceza Hukuku Reformu ile birlikte, şahsi dava ve ceza kararnamesi kaldırılmış, buna mukabil uzlaşma kabul edilmiş ve mağdurun hakları soruşturma evresini de kapsayacak şekilde genişletilerek düzenlenmiştir.

#### *6) Katılan (CMK 237).*

##### *a) Katılma hakkında genel açıklamalar.*

Suçtan fertlerin de zarar görmüş olması, ferdin de kovuşturma görevinde bir rol alabilmesini mümkün kılar. Her ne kadar kovuşturmayı, hukuken teşkilâtlanmış toplum olan Devletin mahsus makamları ile yapması kabul edilmiş ise de, Devletin makamlarının kovuşturmasının yeter görülememesi mümkündür. İddia makamını savcı ile birlikte ferdin de işgal etmesi, kamu dâvasına suçtan zarar gören ferdin katılması demektir (CMK 237).

Kamu dâvasına katılmada, diğer katılmalarda olduğu gibi, birden fazla asıl ceza dâvası var gibi gözükmesine rağmen, asıl ceza dâvası tektir. Katılma durumunda ortada tek asıl ceza dâvası olması, katılma isteğinin talî bir dâva olmasına engel değildir. Zira katılma isteğinin kabul veya reddi, yargılama makamının kararını gerektirdiğinden, elbet bir dâvadır, fakat

talî dâvadır.

Dâvaya katılmanın bir çeşidi olan “kamu dâvasına katılmayı” kanun, asıl ceza dâvasını gözönünde tutarak düzenlemiş, güvenlik tedbiri dâvasına katılma meselesini açık bırakmıştır. Bu dâvanın özelliği itibariyle katılmanın kabul edilmemesi mümkündür. Keza kanun, genel muhakemeyi düzenlemiştir.

Güvenlik tedbirleri Muhakemesi veya hükümleri özel olduğu için, özel muhakemelerde duruma göre, kamu dâvasına katılma kabul edilmeyebilir. Örneğin çocuk mahkemelerinde veya duruşmasız yapılan küçüklerin muhakemesinde katılma isabetli olmaz. Fakat bizde, istisnalar arasında gösterilmediğinden, genel kanuna yollama (ÇKK 42) ve birleştirilen davaların genel mahkemelerde görülmesi kuralı (ÇKK 17/3) dolayısıyla çocuk mahkemelerinde katılma kabul edilmiştir.

Kanun, müdafaa makamını işgal etmek üzere medenî sorumlunun ve ek ceza sorumlusunun kamu dâvasına katılmasını düzenlemiştir (CMK 237).

Mukayeseli hukukta, örneğin Amerikan Hukukunda, ceza dâvasına katılma genellikle kabul edilmemiştir. Ceza dâvasının açılması ve yürütülmesi Devlete düşen bir iş olduğu için, kanunlar da genellikle bu yolu tutmuşlar ve suçtan zarar görene ancak şahsî hakları bakımından kamu dâvasına katılma hakkını tanımışlardır. Fransız ve İtalyan kanunlarındaki durum budur.

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu ise bütün suçlarda katılmayı kabul etmiş ve bunu mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanları kapsayacak şekilde, genişleterek düzenlemiştir (CMK 237).

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. 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 dâvayı açarken hakikatte suçlunun cezalandırılmasını değil, yargılama yapılmasını ister. Sanığın suçlu olduğu yolundaki



sanısını gerektiği zaman değiştirir, sonunda sanığın beraatini ister. Halbuki katılanın durumu böyle değildir. Ceza Muhakemesi Kanunu katılma da “şahsi hak” istemi yolunu da kapattığı için, katılan sadece “cezalandırma” isteyebilir.

Bizce katılma sınırlandırılmalı ve sadece belli suçlarda kabul edilmelidir. Oysa 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 aşağıda açıklanacağı gibi, Kanundaki “suçtan zarar gören” tbirinin dar bir şekilde yorumlanması, “dolayısı ile zarar görenin” bu tbirin dışında kalması ve ancak sadece ekonomik bakımdan da olsa, suçtan doğrudan doğruya zarar görenlerin kamu dvasına katılabilmesi görüşünde yiz.

“Kamu dvasına katılan” kişi, ceza muhakemesi ilişkisinin sjelerinden biridir. Ancak katılan suçtan zarar gören fert tarafıdır. Bu bakımdan da şahıs itibariyle süjedir. Bu sebeple, kamu dvasına katılma dvası açmak için, suçtan zarar gören şahıs olmak ve zarar gören fert ehliyetini haiz bulunmak şartları aranır.

Katılanlık sıfatı, kamu dvasına katılma talı dvası açmakla başlar. Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeye göre, kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar kamu davasına katılma mümkündür (CMK 237).

Kamu dvası açılmadan, açılma şartına bağlı olarak katılma istenmişse, bu sıfat, şartın gerçekleştiği anda başlar. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu, “mağdur hakları” adlı dördüncü kitabında, soruşturma evresinde kullanılabilen haklar düzenlediği (CMK 234/1–a), uzlaşma gibi, geniş kapsamlı mağdur zararını gidermeye yönelik hükümler kabul ettiği için, artık soruşturma evresinde de katılma isteminde bulunabileceği görüşünde yiz.

Katılanlık sıfatı, kamu dvası yargı halini alan bir kararla sona erinceye kadar devam eder. Meğer ki muhakemenin dirilmesi veya yenilenmesi gibi, onu tekrarlatan bir sebep ortaya çıksın. Bu durumda eski muhakeme-

de olduğu gibi katılanı da bulunduğu halde tekrarlanmalı yani bu sebepler katılana da sona eren sıfatını tekrar kazandırmalıdır.

*b) Kamu davasına katılmanın koşulları.*

Kamu davasına katılma için, CMK 237 de öngörülen üç koşulun bir arada bulunması gerekir:

(i) Suçtan zarar görmek, yani ya suçun mağduru olmak (suçtan doğrudan doğruya etkilenen kişi olmak), veya suçtan zarar gören kişi (suçtan dolaylı olarak zarar görmek, mesela mağdur küçüğün babası olmak) veyahutta suçtan malen sorumlu olmak (mesela taksirle yaralama suçunda sanığın kullandığı aracın sahibi olmak);

(ii) Kovuşturma evresinde, hüküm verilinceye kadar katılma iradesini açıklamak;

(iii) Kamu davasına katılma hakkına sahip olmak ve bu hakkı kaybetmemiş olmak.

Mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlunun ortak özellikleri, işlenmiş bulunan bir suçtan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak zarar görmüş olmalarıdır. Ancak kamu davasına katılma yetkisinin mevcut bulunduğunu kabul etmek için, ilgilinin işlenen suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş olması gerekir.

“Katılma” istisnai bir yol olduğu için, mümkün olduğu kadar dar tutulmalı, “suçtan zarar görme” kavramı, “doğrudan” ve “gerçek” zararlar için kabul edilmeli, dolaylı veya varsayılan zararlar için kapanmalıdır. Yargıtay ölen nişanlısından bebek bekleyen kişinin suçtan zarar gören olduğunu kabul etmiştir.

“Mağdur” kavramı esasen suçtan doğrudan zarar görmeyi ifade eder. “Suçtan zarar gören” kavramı da, Yargıtay kararları ile “suçtan doğrudan zarar görme” olarak yorumlanmıştır. Örneğin kamunun sağlığına yönelik suçlardan dolayı açılan ceza davalarına, bireyler katılamazlar. Bu kişiler ancak, uyuşturucu veya uyarıcı maddeden yaralama suçundan dolayı açılan davaya katılabilirler.

İleride doğması “muhtemel olan bir zarar”, doğrudan doğruya olacaksa, katılma yolu bu takdirde kabul edilmelidir. Gerçekten korku, kaygı ve panik yaratacak şekilde silahla ateş etme veya patlayıcı madde kullanma

suçunda (TCK 170/1-c) mala zarar verme suçuna da işlenmişse, bunun bu suç içinde eriyebileceği kabul edilmekte ve mala zarar verme suçundan açılan davaya katılma olanaklı bulunmaktadır; kaygı duyan kişilerin mağduriyeti de söz konusu olabileceğinden, bu suçta katılma da kabul edilmiştir.<sup>1</sup>

Bazı özel kanunlarda ise zarar görmeyen doğrudan olup olmadığına bakılmaksızın, belli kuruluşlara otomatik olarak katılan sıfatı tanındığı da görülmektedir. Örneğin Defterdarlığın ihbarı ile Vergi Usul Kanununa aykırılıktan açılan davalarda, Hazine otomatik olarak katılan sıfatını alır.

Suçtan doğrudan zarar görmeyen bir kişi, açılmış olan kamu davasına katılma hakkına sahip olmadığı gibi, verilen hükmü temyiz etme hakkına da sahip değildir. Yargıtay kanun yararına bozma istemlerinde, hükmün kesinleşmiş olup olmadığını ilk işlem olarak incelemektedir. Bu hususta, esas mahkemesi önünde görülen dava sırasında önemli bir hukuka aykırılık yapılmış olduğunu tespit ettiği durumlarda, hükmün kesinleşmiş olmadığına ve kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceğine karar vermektedir. Bunun gibi, katılma hakkına sahip olmayan bir kişinin temyiz başvurusu üzerine temyiz incelemesi yapılmış ise temyiz istek koşulunun yerine gelmemiş olması nedeni ile temyiz incelemesi yapılamayacağına karar vermektedir.<sup>2</sup> Dolaylı zararlar nedeniyle kamu davasına katılmak olanaksız olduğundan, suçtan doğrudan zarar görmeyen şikayetçinin kanun yollarına başvurma hak ve yetkisi yoktur.

---

<sup>1</sup> CGK 26.12.2006, K. 319; bu kararda, suçun mülga TCK daki karşılığı olan 264/7 maddedeki hükmü açısından önceki Ceza Genel Kurul kararları ve Özel Daire kararlarında katılma kabul edilmediği saptanmaktadır.

<sup>2</sup> CGK 14.2.2006, 9-9/19: Olağan kanun yollarından olan temyiz incelemesinin yapılabilmesi için, süre ve istek koşulunun yerine gelmiş olması gerekir. *Davasız yargılama olmaz* ilkesine uygun olarak, hak ve yetkisi olan kişilerce yapılmış bir istek bulunması gerekir. CMUK 305/1 de yer alan, 15 yıl ve üstü hapis cezasına mahkumiyetlerde istek koşulu aranmaması hükmü, bu kuralın istisnasıdır. Bunun dışında kalan hallerde süre ve istek koşuluna uygun bir temyiz davası açılmamışsa, hükmün Yargıtay'ca incelenmesi olanaksızdır. Bu itibarla, usuli işlem tarihinde hükmü temyize hak ve yetkisi bulunmayan yakınının temyiz inceleme istemi üzerine, adı geçeni temyiz davası açmaya hak sahibi sayan Özel Daire bozma hükmü bu yönüyle isabetsiz olup, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

## c) Katılma davasının açılacağı zaman.

Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar, şikayetçi olduklarını bildirerek, kamu davasına katılabilirler (CMK 237/1).

Ancak katılma isteği ile bu isteğin hüküm ifade etmesi ve isteğin kabul veya reddi farklı şeylerdir. Soruşturma evresinde katılma kabul edilmiştir. Buna rağmen bir istem varsa, kural olarak, yapılamayacak olan katılma isteğinin kabulü veya reddi konusunda bir karar verilmesi yerine, ileride açılacak kamu dâvasına 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.

Kamu davasına katılma, Kanuna göre “ilk derece mahkemesinde kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar mümkündür” (CMK 237/1).

Katılma usulü 238 nci maddede düzenlenmiş olup, “kamu davasının açılmasından sonra” mahkemeye dilekçe verilmesi veya tutanağa geçirilerek sözle başvurma yolu ile gerçekleştirilebilir.

Katılma isteminin kabulü konusundaki karar Cumhuriyet savcısının sanık ve varsa müdafinin dinlenmesinden sonra verilir (CMK 238/3). Bu kararın verilmesi, katılma isteyeninin duruşmaya gelmesi şartına bağlanmıştır.

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 kanunyoluna gidebilmesi de göstermektedir ki, bu sıfatı dâva açmakla almıştır ve red kararına rağmen bu sıfatı kanunyolu 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.

Kararı verecek “merci”, kovuşturma evresinde görevli olan mercidir. İstek başka bir yargılama makamına yapılmışsa, örneğin soruşturma evre-

sinde 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.

Mahkemelerin verdikleri kabule şayan bulmama kararlarına karşı uygulamada temyiz yolu kabul edilmektedir. Biz katılanın, üçüncü şahsa benzetilerek (CMUK 298), itiraz yoluna gidilebilmesini uygun görmekteyiz. Bizce mahkemenin verdiği zımnî olması da bazen kabul edilen “kabule şayan bulma kararı” ise hükme esas teşkil ettiğinden hükümle birlikte temyiz olunabilir.

Kanundaki düzenlemeye göre, hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanunyolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da, hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilecektir (CMK 272).

Hüküm Yargıtayca bozulursa, bozmadan sonraki muhakemede yeni bir duruşma yapılacağı için, bu aşamada katılma istenmesi olanaklıdır. Bu hakkın mağdur veya suçtan zarar görene bildirilmesi gerekir.<sup>3</sup>

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 237/1), mülga CMUK gibi, henüz soruşturma evresinde iken, katılmayı kabul etmemiştir (Kanun “kovuşturma evresinin her aşamasında” kelimelerini kullanmıştır). Bununla birlikte, kanun yoluna başvurma hakkı düzenlenirken, “katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar görmüş bulunanlar” da sayılmıştır (CMK 260/1). Tereddüt uyandıran bu hükme rağmen, CMK’nın soruşturma evresinde katılmayı kabul ettiği söylenemez. Bu hüküm, örneğin soruşturma evresinde savcının tutuklama istemi ile Sulh Ceza Hakiminden talepte bulunmasına rağmen, hakimın tutuklamama kararı verdiği durumlarda suç mağduruna itiraz etme hakkı verir.

Gerçekten, savcının kovuşturmaya yer görmesi ile birlikte hemen kamu dâvasını açması halinde, yani soruşturma evresinin sadece başlangıç soruşturmasından ibaret olması durumunda, mesele yoktur. Zaten kanun, kamu dâvasına katılma tâbirini kullanırken sadece bu ihtimali gözönünde tutmuş olabilir. Ancak kovuşturmaya yer görüldükten yani bir kimseye suç isnat edildikten sonra hemen kamu dâvası açılmaması da mümkündür.

---

<sup>3</sup> CGK 21.3.2006, K. 50.

Katılma için kamu dâvasının açılması beklenirse, çok defa iş işten geçmiş, deliller karartılmış olacağından, katılanın savcıya yardımcılığı ve soruşturmada özellikle delil olabilecek şeylerin de elde edilmesindeki rolü sifıra indirilmiş ve katılma pratik bakımdan faydasız hale getirilmiş olur. Bunun için, soruşturması yapılırken dahi, ihtiyaç hasıl oldukça ve ortada bir sanık bulunmadıkça, suçtan zarar görene katılma imkânı tanınmalıdır. Bu kabulün tam yararlı olması için, suçtan zarar görenin hazır bulunabileceği işlemlerin sayısı artırılmalı ve ancak hâkim tarafından yapılabilecek bütün işlemler gözönünde tutulmalıdır. Bu da yetmez. Suçtan zarar görenin avukatının ve varsa, uzmanının sağlanmasıdır. Bu da ona taraf sıfatını vermekle, yani ilerde açılacak kamu dâvasına önceden katılabilmesini düzenlemekle mümkün olabilecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu suçun mağduruna ve şikayetçiye yeni haklar tanımıştır (CMK 233 vd); delil toplanmasını isteme ve belge örneği isteme hakları verildiğine göre, açılacak davaya katılma da düzenlenebilirdi.

Kanunun dâvacı 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 yapılmaktadır ki savcı iştirak etsin ve onun gibi katılanın iştiraki de söz konusu olabilsin. Katılanın çağırıp dinlenmesi konusunda karar verme yetkisini de savcıya vermek ise savcıya zaten yersiz olarak verilmiş olan hâkim yetkilerini arttırmak olur ki bu da doğru değildir.

Savcının açtığı istinaf davası kabul edilirse, CMK 234/1-b de düzenlenen kovuşturma evresine ait duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma gibi haklar gündeme gelir.<sup>4</sup>

Kanun ilk derece yargılamasında kamu davasına katılmayan suçtan zarar gören kişilerin “kanun yolu muhakemesinde katılma isteğinde bulunmasını“ kabul etmemiştir (CMK 237/2). Bu nedenle ilk defa istinaf aşamasında katılma mümkün gözükmemektedir. Ancak istinafta esas mahkemesi önündeki dava devam ettiği için, ayrı bir özellik vardır. Nitekim Alman Hukukunda sadece bir taraf istinaf davası açmışsa, süre sona ermiş olmasına rağmen, açmamış olana da istinaf yoluna başvurma imkânı,

<sup>4</sup> Öztürk 2009, 582.

“istinaf dâvasına katılma” (Anschlussberufung) yolu ile sağlanmıştır.

Kovuşturma evresinde katılma isteminde bulunulmamasına rağmen, hükmün verilmesinden sonra, ilk defa kanunyolu davası açarak katılma istemi de kabul edilmelidir. CMK 260 da yer alan “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenlere”, kanun yoluna başvurma hakkı tanıyan hüküm, bizce böyle anlaşılmalıdır.<sup>5</sup> Mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu da, ilk defa kanun yoluna giderek katılma yolunu kabul etmiştir (StPO 395/III). Bu görüşümüzü benimsemeyen Yargıtay, esas mahkeme önünde dava görülmekte iken en azından cezalandırma iradesini ortaya koyan bir talepte bulunulmuş olmasını, mesela tanık dinletilmesi konusunda dilekçe verilmiş olmasını aramaktadır.<sup>6</sup>

Kanunyoluna başvurmakla katılma istenmesini kanun kabul etmemiş ise de, CMK 260 daki “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.

Bozmadan sonra iş esas mahkemeye gelir ve mahkeme de uyarıya, temyiz yoluna sadece sanık gitmiş olsa dahi, katılma istenebilir. Aynı şekilde, yargılamanın yenilenmesi veya dirilmesi ile kamu dâvası tekrar başlayınca katılma istenebilir. İlk muhakemedeki katılan ise yenileme ve dirilme hallerinde katılma isteğini tekrarlamak zorunda kalmamalıdır.

#### ç) Katılma istemi ve kararı.

Katılma dâvası açılması için istek aranması kuraldır. Bununla birlikte resmî makamların katılmasının kanunlarda özel surette düzenlendiği vardır.

Katılma isteğinde ceza dâvasına katılmayı gösteren bir tâbir kullanılması yeter. Katılma dilekçe ile veya zabıt kâtibine beyan ile istenebilir (CMK 238/1). Duruşmadaki beyan da kabul olunmalıdır.

<sup>5</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu aksi görüştedir: CGK 11.7.2006, K. 183 sayılı kararda belirtildiği gibi, CMK 260 daki bu hüküm, CMK 238 kapsamında bulunup da, duruşmadan veya kamu davasından haberdar edilmemiş ya da haberdar olmamış, suçtan zarar görmüş kişileri kapsamaktadır. Buna karşılık, bizim fikrimize yakın olan diğer bir Genel Kurul kararında (CGK 6.11.2007, K. 226), maktûlün annesi ve eşinin gerekçeli kararı tebellüğ ettikten sonra temyiz haklarını kullanabilecekleri zımnen kabul edilmiştir.

<sup>6</sup> 6. CD 4.3.2008, K. 3991.

Katılma isteği dâva açma isteği olup tek taraflı irade beyanıdır. Belli formülü olmayan bu istekle katılma dâvası açılır ve o kimse dâvacı, daha doğrusu katılan sıfatını alır. Nitekim temyiz isteği sonradan kabule şayan görülme de temyiz dâvası istek anında açılır ve tesirlerini göstermeye başlar.

Kamu davasına katılma isteminin esas mahkemesinde ileri sürülmüş olması gerekir. Kovuşturma evresinde davaya katılma hususunda usulüne uygun bir başvuruda bulunmayan veya davaya katılma yolunda bir irade açıklamayan şikayetçinin, verilen hükmü temyiz etme yetkisi yoktur.

Kamu davasının açılmasından sonra esas mahkemesine verilen dilekçelerle, sanığın cezalandırılmasını temin etmek amacı ile verilen dilekçelerle sanığın cezalandırılması, soruşturmanın genişletilmesinin istenmesi, sanık aleyhinde sonuçlara götürmeye yönelik talepler ileri sürülmesi, tanık gösterilmesi veya soruşturmanın genişletilmesinin talep edilmesi, kamu davasına katılma isteme niteliğindedir.<sup>7</sup>

Mahkemeye verilen dilekçelerin “katılma istemi” olarak kabul edilebilmesi için, suçtan zarar görenlerin, davanın kendileri tarafından takip iradesini ortaya koymaları yeterlidir. Buna karşılık, “aynı saatte başka mahkemede duruşmasının bulunması gibi mesleki mazereti nedeniyle duruşmaya katılamayacağını bildirmesi” veya sadece sanıklardan şikayetçi olduğunun bildirilmiş olması,<sup>8</sup> katılma istemi niteliğinde sayılmaz.<sup>9</sup>

Duruşma sırasında şikayeti belirten ifade kullanılması üzerine, suçtan zarar görene ‘katılmak isteyip istemediğinin’ sorulması zorunludur.

CMK 238/2 de yer alan bu kurala uyulmaması bozma nedenidir. Ancak somut olayda “katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan mağdur olanların” (maktulün annesi ve eşi), tebliğe çıkarılan gerekçeli kararı tebellüğ etmelerine rağmen, temyiz etme hakkını kullanmamış olmaları karşısında, “açılmış bir temyiz davası bulunmaması” nedeni ile bozma kararı verilmiştir.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> CGK 21.11.2006, K. 247.

<sup>8</sup> CGK 21.3.2006, K. 50.

<sup>9</sup> 10. CD 26.9.2006, K. 10584.

<sup>10</sup> CGK 6.11.2007, K. 226.



Beraat kararı ile sonuçlanan başka bir olayda, elektrik hırsızlığı suçunu nedeni ile mülga CMUK hükümlerine göre şikayet dilekçesi veren Kurum vekilinin, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, CMK 238/2 uyarınca davet edilerek “davaya katılmak isteyip istemediğinin” sorulmaması da bozma sebebi sayılmamıştır.<sup>11</sup>

Ancak müştekinin “şikayeti içeren bir beyanı” yoksa kamu davasına katılmak isteyip istemediği, buna rağmen ayrıca sorulmaz.<sup>12</sup>

Kanun katılma konusunu çok geniş olarak düzenlemiş ve bütün suçlarda katılmayı kabul etmiştir. Ayrıca suçtan etkilenme kavramı da, mağdur, zarar gören ve malen sorumluyu kapsayacak şekilde genişletilmiştir. İstisnai bir yol olan katılmanın (kural Devlet kovuşturmasıdır!), daraltılması ve sadece belli suçlarda kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak daraltma taraftarı olmakla birlikte, hak kaybını önlemek amacı ile hüküm verildikten sonra, ilk defa kanunyolu davası açarak katılma istenebilmesini de benimsiyoruz. CMK 260/1 deki ...”katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenlere”... kanun yoluna başvurma hakkı veren hükmün, bu imkanı sağlaması gerektiği görüşüdeyiz.

Mahkemenin katılma istemi konusunda, bunun uygun olup olmadığı konusunda bir karar vermesi gerekir (CMK 238/3). Böyle bir karar verilmemişse, davaya katılma isteminde bulunmayan şikayetçi vekilleri hakkında tutanaklara yanlışlıkla “müdahil vekili geldi” biçiminde ibareler yazılması, şikayetçiye katılan sıfatını vermez.<sup>13</sup>

Yürürlükten kaldırılan CMUK 365 müdahile şahsi haklarının hüküm altına alınmasını isteme hakkını veriyordu. 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).

<sup>11</sup> 3. CD 27.9.2007, K. 12139.

<sup>12</sup> 11. CD. 1.11.2007, K. 7416.

<sup>13</sup> CGK 21.3.2006, K. 50.

Bunların önceden ödetilmesi de hakim, 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.

*d) Kamu davasına katılmada savcının durumu.*

Kamu dâvası, 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. Katılan reşit ve mümeyyiz olmalıdır. Kanunî temsilci varsa onun katılması gerekir. Devletten gayri, tüzel kişiliği 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 dâvasına 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 dâvasını durdurmaz (CMK 240/1). Katılma davası, kamu dâvasına katıldığı noktadan başlar. Önce verilmiş kararlar katılana tebliğ edilmez ve katılan ancak savcının süresi geçmemişse o süre içinde kanun yoluna gidebilir (CMK 241).

Ceza muhakemesinde iddia makamında savcı yanında yer alan katılanlar taraftırlar ve savcıdan da birbirlerinden de farklı olarak isteklerde bulunabilirler. Örneğin kanun yollarına gidebilirler.

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 hal-lerde malen sorumlunun menfaati sanığın beraat etmesini gerektirebilir.

*e) Katılanın ödev ve yetkileri.*

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).

Katılan da savcının yetkilerine sahiptir. Ondan farklı olarak hazır bulunmadığı duruşmada kendisini temsil de ettirmeyebilir. Bu takdirde hükmün kendisine tebliğı 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 vekilliğı (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 değişikliğı 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 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 tesbitine ve katılma talebinin, yani dâvasının kabulüne bağlıdır (CMK 238/3). Duruşmadan önce verilen katılmanın kabulü kararı duruşmada mahkemeyi bağlamaktadır.

Temyiz muhakemesinde Yargıtay kabul veya red kararlarını da denetle-

mekte, 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 kanunyoluna başvurabilir (CMK 241/2).

İster soruşturma evresinde olsun ister kovuşturma evresinde olsun, savcıya tebliği gereken kararların, katılana da tebliğ edilmesi lâzım gelir. Katılan savcının yetkilerini kural olarak haiz olduğundan, soruşturmada savcının hazır bulunmaya yetkili olduğu işlemlerde katılan da hazır bulunabilir.

Katılan savcıya bağlı olmadan kanunyollarına başvurabilir (CMK 242/1). Bu sıfatını tanımayan, yani katılma isteğini reddeden mahkeme kararına karşı da, “katılan” sıfatı ile temyiz yoluna gidebilir. Zira bu red kararı hükümden önce verilen ve ona esas teşkil eden bir karar olup hükümle birlikte temyiz olunabilen bir karardır (CMK 237).

Katılan, red kararından fazla olarak hükmün de bozulmasını isteyebilir. 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 Kanunun 237/2 inci maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, katılan sıfatının ne zaman alındığına ilişkin tartışmaların devam edeceği anlaşılacaktır. Zira 237/2 madde hükmü “kovuşturma evresinden” bahsederek, soruşturma evresinde henüz açılmamış olan davaya katılma yolunu kapatmıştır.

Katılan katılma dâvasını geri alabilir (CMK 243).

*f) Kamu dâvasına katılma dâvasının sona ermesi.*

Birleştirilerek grldğu asıl dâva, yani kamu dâvası, her ne şekilde olursa olsun sona erince, katılma dâvası da sona erer. Fakat bu sona erişin,

muhakemeninkinden farklı olması için sebep yoktur. Muhakeme dirildiğinde veya yenilendiğinde, katılma da onunla birlikte dirilmeli veya yenilenmelidir.

Ölüm durumunu kanun düzenlemiştir. Dâva açıldıktan sonra katılanın ölümü halinde ise katılmanın hükümsüz kalacağı, mirasçıların katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabileceği hüküm altına alınmıştır (CMK 243). Suçtan zarar görenin dâva açmadan ölmesi halinde, mirasçılara sırf bu sıfatları ile katılma imkânı tanınmamalıdır.

*g) Katılma tali davasının açılma zamanı (CMK 238/1, cü. 1).*

Kamu davasına katılma ancak açılmış ve görülmekte olan bir dava sırasında mümkündür. Soruşturma evresinde dava bulunmadığı için, olmayan bir davaya katılma da söz konusu olmaz.

Kamu davası açıldıktan sonra da, ilk derece mahkemesi hükmünü verinceye kadar katılma mümkündür. Kanun yoluna giderek katılmayı bizim CMK kabul etmemiştir.

Katılma tali davasının açılması için bütün davalardaki gibi, istek aranması kaidedir. Davasız yargılama olmaz ilkesi bunu gerektirir. Bu nedenle, katılma, mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle olur (CMK 238/1).

Resmî makamların katılmasının kanunlarda özel surette düzenlendiği vardır (Örneğin Sermaye Piyasası Kanunu). Katılma isteğinde ceza dâvasına katılmayı gösteren bir tâbir kullanılması yeter. Katılma dilekçe ile veya zabıt kâtibine beyan ile istenebilir (CMK 238/1). Duruşmadaki beyan da kabul olunmalıdır.

Katılma isteği dâva açma isteği olup tek taraflı irade beyanıdır. Belli formülü olmayan bu istekle katılma dâvası açılır ve o kimse dâvacı, daha doğrusu katılan sıfatını alır. Nitekim temyiz isteği sonradan kabule şayan görülme de temyiz dâvası istek anında açılır ve tesirlerini göstermeğe başlar.

Araştırma, soruşturma ve koruma işlemlerinden gayrı muhakeme işlemleri tutanak ile belgelenir. Kanunda genel norm yoksa mevcut normlar kıyas yolu ile uygulanır ve resmî sıfatı olmayan ceza muhakemesi süjelle-

rinin dilekçe ile yapabilecekleri her işlemi, zabıt kâtibine yapacakları sözlü müracaatın tutanağa geçirilmesi yöntemi ile yapmaları mümkündür. Bu tutanak dilekçe yerine geçer.

Kanunda bu husus bazı hallerde belirtilmiştir. Örneğin kamu dâvasına katılmada (CMK 238), muhakemenin yenilenmesinde (CMK 317), temyiz dâvasında (CMK 291), tutuk sanığın kanunyolu dâvasında (CMK 263) sarahat vardır. Kanun tutanağın başkan veya hâkim tarafından imzalanacağını belirtmektedir (CMK 291).

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.

Duruşma sırasında şikayeti belirten ifade kullanılması üzerine, suçtan zarar görene ‘katılmak isteyip istemediğinin’ sorulması zorunludur. CMK 238/2 de yer alan bu kurala riayet edilmemesi bozma nedenidir. Ancak somut olayda “katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan mağdur olanların” (maktulün annesi ve eşi), tebliğ çıkarılan gerekçeli kararı tebellüğ etmelerine rağmen, temyiz etme hakkını kullanmamış olmaları karşısında, “açılmış bir temyiz davası bulunmaması” nedeni ile bozma kararı verilmemiştir.<sup>14</sup>

#### *h) Katılma isteminin kabulü kararı (CMK 238/3).*

Katılma isteği varsa bu konudaki kararı evvelce “başkan” veriyordu (mülga CMUK 366). Ceza Muhakemesi Kanunu bu yetkiyi “mahkemeye” devretti (CMK 238/1).

Katılma istemi açık olabileceği gibi, zımnî de olabilir: kamu davasının açılmasından sonra, yerel mahkemeye verilen dilekçelerle soruşturmanın genişletilmesi yolunda istemde bulunmak, davaya katılma (müdahale) niteliğindedir.

İsteğin kabule şayan olup olmadığı savcı, sanık ve müdafî dinlenerek, karara bağlanır (CMK 238). Bu kararın verilmesi, katılma isteyeninin duruşmaya gelmesi şartına bağlanmıştır.

<sup>14</sup> CGK 6.11.2007, K. 226.

Katılma isteminin kabulü konusundaki karar (sulh ceza mahkemeleri hariç) C. savcısının sanık ve varsa müdafinin dinlenmesinden sonra verilir (CMK 238/3).

*i) İstem üzerine mağdur veya suçtan zarar görene Baro tarafından vekil görevlendirilmesi CMK 239/1).*

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).<sup>15</sup>

*j) Mağdur veya suçtan zarar görene zorunlu vekil görevlendirilmesi (CMK 239/2).*

Kamu davasına katılma konusunda Kanun katılma ehliyetinden sözetmemiştir. 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.

Görüldüğü gibi, Kanun “zorunlu” müdafiliği kabul ettiği gibi (CMK 150), suçun mağduru ile şikayetçisine, 18 yaşını doldurmamış veya malul ise (CMK 234/2) zorunlu vekil atanmasını kabul etmiştir. Zorunlu vekil liğin dar tutulmuş olmasına dikkat edilmelidir.

<sup>15</sup> 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 usuli 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*).

Sanık mahkum olursa zorunlu müdafiiin önce Devlet tarafından ödenen ücreti, ödeme gücü varsa, mahkuma yüklenir. Katılanın zorunlu giderlerini de sanık ödemeli, ancak bunlar arasında vekâlet ücreti olmamalıdır, zira ceza dâvasında savcı ve zorunlu vekil (CMK 239) varken katılanın avukat tutması zorunlu değildir.

*k) Katılma nedeni ile durma kararı verilemez (CMK 240/1).*

Suçtan zarar görenler birden fazla ise her birinin müdahale hakkı vardır. Kovuşturmanın bütünlüğü prensibinin bir sonucu olarak, katılma kamu dâvasını durdurmaz (CMK 240/1).

Katılma davası, kamu dâvasına katıldığı noktadan başlar (CMK 240/2). Önce verilmiş kararlar katılana tebliğ edilmez ve katılan ancak savcının süresi geçmemişse o süre içinde kanunyoluna gidebilir (CMK 241).

Katılma dâvasından önce, bir işlem için gün tâyin edilmişse ve katılanın çağırılmasına vakit yoksa ona haber vermeden de işlem yapılabilir (CMK 240/2).

*l) Katılmadan önceki kararların tebliğ edilmemesi (CMK 241/1).*

Katılan bir ceza muhakemesi süjesi olduğu için, prensip olarak muhakeme sırasında verilmiş olan hakimlik kararlarına itiraz edebilir. Ancak bu hakka katılmasının kabul edildiği andan itibaren sahiptir. Bununla birlikte, katılmasının kabul edilmesinden önce verilmiş olan kararlara da itiraz edebilirse de, katılmadan önceki kararlara sınırlı bir şekilde itiraz etme hakkı vardır (CMK 241/1). Önceki kararlar sonradan katılan sıfatını kazanan kişiye tebliğ edilmediği gibi, savcı için tanınan kanun yolu süresinin de sona ermiş olmaması gerekir.

*m) Kanunyolu süresi (CMK 241/2).*

Katılanın katılmadan önce verilmiş olan kararlara karşı kanun yoluna başvurabilmesi için Cumhuriyet savcısı için öngörülen sürenin geçmemiş olması gerekir, süre geçmişse katılan da başvuru hakkını kaybeder.

Bu düzenleme, katılanın Cumhuriyet savcısının sahip bulunduğu yetkilere sahip olduğunu gösteren bir maddedir.



*n) Katılanın müstakil kanun yolu hakkı (CMK 242/1).*

Katılan savcıya bağlı olmadan kanunyollarına başvurabilir (CMK 242/1). Bu sıfatını tanımayan, yani katılma isteğini reddeden mahkeme kararına karđı da, “katılan” sıfatı ile temyiz yoluna gidebilir. Zira bu red kararı hükmünden önce verilen ve ona esas teşkil eden bir karar olup hükmle birlikte temyiz olunabilen bir karardır (CMK 237). Katılan, red kararından fazla olarak hükmün de bozulmasını isteyecektir.

Kanun (CMK 234/1–b) davaya katılmış olma “koşuluyla”, katılanın sadece davayı sonuçlandıran kararlara karđı 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 anlaşılacaktır. Zira, 237/2 maddede hükmü “kovuşturma evresinden” bahsederek, soruşturma evresinde henüz açılmamış olan davaya katılma yolunu kapatmıştır.

Katılan sadece, sadece kendi katıldığı suça ilişkin olarak verilen karar hakkında kanun yolu davası açabilir.

Kamu dâvasına katılan sıfatını almış, yani katılması kabul edilmese de katılma dilekçesi vermiş olan kişi de, katılma isteği karara bağlanmamış, reddolunmuş olsa bile, savcı gibi, ona bağlı olmadan taraflarından olduğu muhakemelerde verilen kararlara karđı kanun yolu dâvası açabilir (CMK 242/1; 260/1).

CMK ayrıca, katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunun kişilere de, kanun yollarına başvurma hakkı tanınmıştır (CMK 260/1). Suçtan doğrudan doğruya zarar gören şikayetçinin vekili sanığın cezalandırılmasını istemini içeren dilekçe vermişse, katılan sıfatını kazanmadığı gerekçesi ile temyiz talebinin reddi, Yargıtay tarafından hatalı bulunmuştur.<sup>16</sup>

Beş yaşındaki mağdur, hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmış, babası ise kollukta sürücüden şikayetçi olmadığını beyan etmiştir. Duruşmada

<sup>16</sup> 11. CD 30.6.2008, 6249/7069 ve benzer kararlar (2. CD 7.4.2008, 46/6507) için bakınız; Ünver/Hakeri 2012, 829.

mağdur çocuk için zorunlu vekil görevlendirilmiş (CMK 234/2), mağdur vekili de, hazırlıktaki şikayetten vazgeçmeye bir diyeceğinin olmadığını bildirmiştir. Daha sonra zorunlu mağdur vekilinin temyiz istemi rededilmiştir: “Katılan sıfatını alacak şekilde suçtan zarar görme (CMK 260/1) hükmü, CMK 238 kapsamında olup da, duruşmadan veya kamu davasından haberdar edilmemiş, ya da haberdar olmamış, suçtan zarar görmüş kişileri kapsar”.<sup>17</sup>

Katılan sebep göstermemişse, dâvasının ceza dâvası bakımından olduğu ve sanık aleyhine hareket ettiği kabul olunur. Ceza muhakemesinde iddia bağımsız olduğundan, kanun yoluna gidilen kararlar katılanın ihlâl edilmiş bir hakkı olup olmadığı aranmaz. Keza menfaati olmayan katılanın kanun yoluna gitmesi abes olacağı için kanun şahsî menfaat şartını varsaydığından, şahsî menfaati ispat etmesi de şart değildir.

*o) Bozmadan sonraki muhakemede iddia hakkı (CMK 242/2).*

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. Bunu tesbit 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 kabulü şayan olmadığına karar verecektir.

Katılan vazgeçerse, katılma hükümsüz kalacağı için (CMK 243/1), şikayeti bağlı suçlarda, şikayetten vazgeçme de aynı sonucu doğurur ve katılan sıfatı sona ereceği için, kanun yoluna başvurma hakkı yoktur.<sup>18</sup>

*p) Vazgeçme nedeniyle katılmanın hükümsüz kalması (CMK 243).*

Katılma hakkı olan kimse katılmaya mecbur değildir. Bunun içindir ki katılma hakkını kullanmaktan hattâ kamu dâvası açılmadan önce vazgeçmek de bizce mümkündür. Kanun bunu sağlamak üzere şikayet hakkını

<sup>17</sup> CGK 11.7.2006, K. 183.

<sup>18</sup> CGK 7.12.2010, K. 2010-245 (Ünver/Hakeri 2012, 829'den naklen).

kullanana katılıp katılmayacağıının sorulmasını öngörmüştür (CMK 238/2). Vazgeçmekle katılma hakkı düşer. Şikâyet ile katılma farklı olduklarından, aksi istendiği anlaşılmadıkça, şikâyet hakkı düşmez. Buna karşılık şikayetten vazgeçmek veya yapılmış şikayeti gerialmak katılma hakkını düşürür.

Hak sahibi hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. Özgür iradeye dayanan bir vazgeçme kamu davasına katılma yolunu kapatır. Bu konuda, soruşturma evresinde veya duruşmada şikayetten vazgeçme arasında bazı farklar vardır.

Soruşturma evresinde henüz kamu davası açılmış olmadığı için, bu evredeki “şikayetten vazgeçme”, ileride açılacak olan davaya “katılmayı” engellemez. Ancak “vazgeçme” kovuşturma evresinde hukuken geçerli bir şekilde gerçekleşmişse, daha önce verilmiş olan katılma kararı da hükümsüz kalır.<sup>19</sup>

Katılan dâvayı açmaya mecbur olmadığı gibi yürütmeye de mecbur değildir. Yürütme mecburiyeti olmamasının neticesi, katılma dâvasını gerialabilmesidir. Katılmanın gerialınması kamu dâvasına tesir etmez, meğer ki, kovuşturması şikâyete bağlı bir suç söz konusu olsun ve gerialma ile şikâyet de gerialınmış olsun. Bu takdirde kamu dâvası düşer. Gerialma, hakkı düşürdüğünden bir daha katılma istenemez.

Katılmanın gerialınması sarih olmalıdır (CMK 243). Katılanın duruşmaya gelmemesi, zımnî gerialma sayılmamalı ve hüküm hazır bulunmayan katılana tebliğ olunmalıdır.

Katılan vazgeçerse, katılma hükümsüz kalacağı için (CMK 243/1), şikayeti bağlı suçlarda, şikayetten vazgeçme de aynı sonucu doğurur ve katılan sıfatı sona ereceği için, kanun yoluna başvurma hakkı yoktur.<sup>20</sup>

Vazgeçmekle katılma hakkı düşer. Şikâyet ile katılma farklı olduklarından, aksi istendiği anlaşılmadıkça, şikâyet hakkı düşmez. Buna karşılık, şikayetten vazgeçmek veya yapılmış şikayeti gerialmak katılma hakkını düşürür.

---

<sup>19</sup> Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı CMK, sh. 1058.

<sup>20</sup> CGK 7.12.2010, K. 2010-245.

*r) Katılanın ölmesi nedeniyle hükümsüz kalma ve mirasçılarının davaya katılma hakkı.*

Dâva 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 dâva açmadan ölmesi halinde, mirasçılara sırf bu sıfatları ile katılma imkânı tanınmamalıdır.<sup>21</sup>

#### **IV– Şüpheli ve sanık (ferdi savunma makamı).**

Sanık ferdi savunma makamını işgal eder. Müdafî ise toplumsal savunma makamı olarak ifade edilir. Suç işlediği hususunda somut olgular bulunan bir kişi, somut olgunun ortaya koyduğu şüphenin kuvvet derecesine göre farklı hukuk durumlarına girer. Şüphe basit ise ve sadece “suç işlediği izlenimini veren hal” varsa, Kanun bu kişiye “şüpheli” demektedir (CMK 160/1). Eğer şüphe iddianame düzenlemeye “yeterli” ise ve iddianame mahkeme tarafından kabul edilirse, “sanık” adını vermektedir (CMK 175).

*1) Ferdî savunma makamı: bizzat yapılan ferdi savunma.*

Sanık yargılanacak uyuşmazlığın tarafı olup, suçtan cezaen sorumlu fert tarafını teşkil ettiği için, ferdi müdafaa makamını işgal edebilir, Buna ferdi müdafaa makamı sùjeliği denilir. Gerçekten sanık kendini isterse müdafaa eder, istemezse etmez. Fakat müdafaa ettiği zaman ferdî müdafaa görevini yapar ve bu sıfatla ferdî müdafaa makamını işgal eder. Bunun içindir ki sanık, şahıs itibariyle taraf oluşundan fazla olarak, ferdî müdafaa makamı dolayısı ile de sùje olur ve bu bakımdan da ödevlerinden ve yetkilerinden bahsolunabilir.

Sanık aynı zamanda, koruma tedbirleri ve delil sùjesidir, Buna delil sùjeliği denilir. Örneğin üstünün aranması, zorla getirilmesi hallerinde, şüpheli veya sanığın sùjelik durumu şüpheli veya sanıklık durumundan ayrıdır. Zira sanık olmayanın da üstü aranabilir, sanık olmayan da zorla getirilebilir.

<sup>21</sup> Vazgeçme ve ölüm durumunda katıma talebi hükümsüz kalır (Özbek 2005, 916).

Ferdî savunma, sanığın bizzat veya bir temsilci marifetiyle kendi yararına olarak, 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 haller şunlardır:

i) Sanık gaip iken, gaip olmasa da, hazır bulunmadan duruşma yine istisna olarak yapılabilir. Bu hallerde sanığın kendisini temsil ettirmemesi, duruşma yapılmasına engel değildir.

ii) Sadece hukukî bakımdan yapılan dolayısı ile teknik nitelikteki teyiz 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 müdafii bulunabilir (CMK 299/1). Bulunmaması da mümkündür.

Şüpheli veya sanık yargılanacak uyuşmazlığın taraflarındandır: buna şahıs itibariyle taraf süjeliği denilir. Şüpheli veya 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.

2) “Suç işlediği tahmin edilen kişi”, “düzeni bozan kişi”, “şüpheli”, “sanık”, “ceza davalısı sanık” ayrımları.

Ceza Muhakemesi Kanunu sadece şüpheli ve sanık ayrımını yapmıştır. Oysa mukayeseli hukukta daha ayrıntılı düzenlemeler vardır. Aşağıda bunlara değinilecektir.

a) ‘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 konuları 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. Burada suçun iz ve eserleri ortada olmadığı için, işlenip işlenmediği henüz belli değildir, sadece bir tahmin vardır.

Fiilî tutamak noktalarına dayanılarak varılan sonuçlara veya kriminalistik biliminden edinilmiş olan tecrübe veya görüşler doğrultusunda ortaya çıkan basit şüpheye, ‘tahmin’ denilir. 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. Olgudan yola çıkılarak ulaşılan tahmine dayalı basit şüphe, soruşturma evresinin başlatılması için yeterli değilse de, ceza muhakemesi hukukunda sadece ‘arama’ türünden bazı koruma tedbirleri açısından önem kazanır. Suç işlediği tahmin edilen kişi, henüz ‘şüpheli’ statüsünde değildir.

Bu nedenle, bir kişi hakkında soruşturma evresine başlayıp başlamamayı belirlemek amacı ile bilgi toplama sırasında sorulan sorular sırasında, ilgiliye CMK 147 deki ‘hakların öğretilmesi’ mecburiyeti yoktur. Ancak, daha sonra bu kişi ‘şüpheli’ sıfatı aldığı takdirde, bilgi toplama sırasında yaptığı açıklamalar, ileride ifade vermektan kaçınsa bile, hüküm verilirken delil olarak değerlendirilebilir.

*b) Düzeni bozan kişi.*

Kişi suç işlerken ele geçirilmişse, toplumsal barışı bozmuş olan bir şahıstır. Bu aşamada iş çoğunlukla polisin 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.

*c) 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 bel-

lilik, kesinlik geldiğinde sona erer. Bu bakımdan Şüphenin varlığı veya yokluğu ile ‘kuvvet derecesi’, sanıklık statüsü bakımından büyük önem taşır. 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. CMK buna “suç işlendiği izlenimini veren hal” (CMK 160) adını vermiştir.

Basit şüphe (suçun işlendiği izlenimini veren hal) (CMK 160/1), somut olaylarla ortaya konmuş bulunan ve suçu araştırma bilimi olan kriminalistik biliminin verilerine göre, kovuşturulabilir bir suçun varlığı saptandığı için, mevcudiyeti kabul edilen bir şüphedir. Olaylara dayanmayan ve sadece basit bir tahminden ibaret olan şüphe, soruşturma evresinin başlatılması için yeterli değildir.

#### *ç) Sanık.*

Ceza Muhakemesi Kanunu, ‘sanıklık’ hukuk durumunun, iddianamenin düzenlenip mahkemeye verilmesi (CMK 170) anında değil, “iddianamenin kabulü” anında doğmasını benimsemiştir (CMK 175/2). Bizce sanık, aleyhinde asıl ceza dâvası açılmış veya henüz açılmadan önce kendisine sanık sıfatını veren bir işlem yapılmış olan kişidir.

#### *d) Ceza dâvalısı.*

Şüphenin yoğunlaşması ile o kişi hakkında kovuşturma evresine geçildiğinde kullanılması gereken terim, budur. Bizim Kanun iddianamenin kabul edilmesi ile hem kamu dâvasının, hem de sorsoruşturmanın açılmasını (iddianamenin kabulü) kabul etmiş olduğu için, bu derecede kuvvetli şüpheyi, ‘toplanan deliller kamu dâvasının açılmasına yeterli ise’ şeklinde ifade etmiştir (CMK 170, 175).

#### *3) Şüpheli veya sanığın temsilcileri.*

Şüpheli veya sanığın temsilcisine yaptırdığı savunma ferdi savunmadır. Halbuki müdafii ile savunma, kamusal savunmadır. Temsilcilerin savunması, şüpheli veya sanığın şahsı namına ve sadece onun yararınadır. Bazı kimselerin şüpheli ve sanık namına hareket ederek, onu savunmalarını

mümkün kılmak lâzımdır. Nitekim kanunlar bu arada kanunumuz bu imkânı kural olarak vermektedir.

Kanunumuza göre şüpheli veya sanığı, temsilci olarak müdafaa edebilecek kimseler: kanunî temsilci, sanığın eşi ve vekildir.

*a) Kanunî temsilci.*

Şüpheli veya sanığın temsilcisine yaptırdığı savunma ferdi savunmadır. Kanuna göre şüpheli veya sanığı, temsilci olarak müdafaa edebilecek kimseler: kanunî temsilci, sanığın eşi ve vekildir.

Kanunî temsilci; veli, vasi ve kayımdır. Belli bir iş için kayyım tayin olduğuna göre, (MK 353) bir dâva için de kayyım tayin edilebilir. 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) Kanunyoluna müracaat edebilir (CMK 262). ç) Muhakemenin yenilenmesini isteyebilir (CMK 317).

*b) 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) Kanunyoluna müracaat edebilir (CMK 262), c) Muhakemenin yenilenmesini isteyebilir (CMK 317), fakat ondan farklı olarak müdafî seçemez.

*c) Vekil.*

Kanuna göre, sanık hazır bulunmadan yapılan duruşmalara sanığın müdafî gönderme yetkisi vardır (CMK 197). Bu müdafî aynı zamanda sanığın temsilcisidir.

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).

Müdafî temyiz duruşmasında sanığı temsil eder (CMK 300).



Müdafinin temsilciliği, sanığın hazır olmadığı hallerde hazırmış gibi sayılmasını sağlar. Örneğin sanık, kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya müdafii aracılığı ile temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa, artık eski hale getirme isteyemez (CMK 198/2). Karar temsilci müdafie bildirilmişse, sanığa ayrıca tebliğ gerekmez.

4) *Şüpheli veya sanığın belli olması şartı.*

Sanığın belli olması demek meçhul olmaması demektir. Meçhul olmak da, sanığın kimliğinin bilenememesi değil, fert olarak bilinmemesidir. Gerçekten sanığın fert olarak öğrenilmesi başka şey kimliğin öğrenilmesi başka şeydir. Aradaki fark kim ve hangisi soruları farkıdır. Fert olarak öğrenme, hangisi sorusuna cevap verebilmektir. Örneğin yüzlerce kişiden hangisinin fail olduğu söylenebiliyorsa, fail şu veya bu fert diye gösterilebiliyorsa fert olarak öğrenme şartı yerine gelmiştir. Artık o fert aleyhine bir suç isnat edilebilir. Hattâ otomobilde bulunan iki kişiden hangisinin kullandığu 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 suçlanan hangisi olduğunun bilinmesi yani bellilik şartının tam olarak yerine gelmesi şarttır.

5) *Sanıklık ehliyeti: akıl hastalığı.*

Suçun işlendiği sıradaki akıl hastalığı failin sanık sıfatının almasına tesir etmez. Suç işlendiği sıradaki akıl hastalığı, failer hakkında emniyet tedbiri veya ceza uygulanması kabul edildiğine göre, emniyet tedbiri veya dar manada ceza dâvası açılmasına, yani o kimselerin sanık sıfatı almasına ve kovuşturma evresine geçilmesine tesir etmez.

Benzer şekilde, failin suçu işledikten sonra akıl hastası olması, savunmaya engel olup, muhakeme ehliyetini ortadan kaldırdığı için sadece kovuşturma yapılmasına engel olur.

6) *Ceza muhakemesinin aktif süjesi olan sanığın hakları.*

Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi süjesi olarak en önemli hakkı

Ceza Muhakemesi Kanununun “savunma hakkı” adını verdiği “müdafaa hakkı”dır. Sanığın bütün hakları bir tek “müdafaa hakkı” terimi içinde toplanabilir. Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması, muhakemelerin açık yapılması da hep sanığın savunması ile ilgilidir. Keyfi tutuklanmama hakkı da, netice itibariyle keyfî tutuklamalara karşı müdafaa hakkının sağlanması demektir. Örneğin, işkenceye tâbi olmama hakkı da dolayısı ile savunma hakkı demektir, zira işkence müdafaaya mâni olur.

Savunma hakkı hem İnsan Hakları Beyannameleri ile hem Anayasa ile korunmuştur. Savunma hakkı temel haklardandır (Any. 36/1). Savunma hakkı ile dolayısıyla ilgili hükümler de vardır. Örneğin: “Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar” (Any. 138). “Muhakemelerde duruşmalar herkese açıktır” (Any. 141/1). “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” (Any. 141/3).

#### 7) Tüzel kişinin sanık statüsüne girmesi.

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. Ceza sorumluluğunun sübjektifliği prensibi, 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.

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 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).

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. Fransız Hukukunda tüzel kişilerin suç faili olmaları kabul edildiği için sanık statüsü de kabul edilmektedir. Bunların her ne kadar sübjektif iradeleri mevcut değilse de, özgürlük kısıtlamasını gerektirmeyen para cezası veya müsadere gibi cezalar açısından sanık durumuna girmeleri kabul edilmektedir.<sup>22</sup>

Kanunlarda tüzel kişilerin cezalandırıldığı haller vardır ve bu hallerde tüzel kişiler sanık durumuna girmekte, fakat hâkimin karşısında sanık olarak yine gerçek bir kişi çıkmakta ve tüzel kişi olmakta, fakat ceza aynı zamanda tüzel kişiye de verilmektedir.

Tüzel kişinin cezalandırılması, sonuç olarak, gerçek kişilerin cezalandırılması demek olduğundan, doğrudan doğruya sorumlu olmayan kimsele-  
rin “dolayısı ile sorumlu sanık” olmaları ile izah edilebilir. Gerçekten, sonunda, tüzel kişi cezalandırılınca, o topluluk üyeleri arasındaki bağ dolayısıyla gruptan diğer fertler de cezalandırılmakta ve sorumlu sayılmaktadır.

Türk Ceza Kanununa göre, tüzel kişilerin sanık olması, güvenlik tedbiri sorumluluğu açısından (TCK 60). Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmemiştir.

#### **V- Müdafî (toplumsal savunma makamı).**

*1) Savunma görevi ve savunma makamı hakkında genel bilgiler.*

*a) Savunmanın önemi.*

Savunma hem suçlanan kişi, hem de Devlet bakımından önemlidir. Savunma neticede kararın doğru olmasını sağlar. Bu da ceza adaletinin hakkiyle 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 tâyin olunurken Devletin sorumluluğu da nazara alınmaktadır. Görülüyor ki, sanıkla beraber Devlet de muhakeme edilmektedir. Savunma bu sebeple Devlet bakımından önemlidir.

<sup>22</sup> Soyaslan 2010, 198.

Fert ve Devlet diyalektiği, savunma makamının da iddia makamında olduğu gibi, iki çeşidi olmasını gerektirir: 1) Ferdî savunma makamı (şüpheli veya sanığın bizzat kendisini savunması), 2) Kamusal savunma makamı (müdafî). Bir diğer söyleyişle savunma, bir yönden fert tarafından, diğer yönden kamu adına Devlet tarafından yapılacaktır.

“Karar niteliğindeki hüküm”, yani karar bir şüpheyi yener. Şüphe ise en az iki ihtimali gerektirir. Muhakeme hukukunda iddianın görevi bu ihtimallerden birini ileri sürmektir 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. Savunma, karar için zarurî olan şüphenin yenilmesini kolaylaştırmaya yarar. Asıl ceza muhakemesinde iddia, başlangıçta isnattır, yani bir kimsenin bir eyleminin suç teşkil ettiğini iddia etmektir. Buna karşı savunma kural 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. Lâtincesi exceptio olan bu yeni iddiaya karşı-iddia adını vereceğiz. Karşı-iddia şeklindeki savunma aslında esas hakkındadır. Fakat talî dâvalar açmak suretiyle de savunma mümkündür.

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. Bunun içindir ki, savunma görevi, bağımsız bir makam olan savunma makamının, müdafîin görevi olmalıdır.

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” denilegelmektedir.

Araştırma, isnad, savunma ve yargılama fonksiyonlarından oluşan muhakemenin temel unsurlarından biri savunmadır. Ceza davasında müdafî

adını alan avukatlığın kaynağı Roma Hukukuna kadar uzanır.<sup>23</sup> Ortaçağ İslam mahkemelerinde de dava vekilliği vardı. Modern Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda avukatlık tanzimat döneminden sonra kabul edilmiştir.

Halen Avrupada uygulanan ceza muhakemesi hukuku sistemi klasik tahkik sisteminden (engizisyon) türetilmiştir. Eski engizisyon muhakemesi de kendi çağı açısından bir reform idi. Dini delil sistemi kaldırılmış, yemin ederek suçlamadan kurtulma usulü ilga edilmiş ve düello yöntemi kaldırılmıştı. Orta çağın tahkik sisteminde uygulanan muhakemede sanık yok, soruşturulan kişi (inquisit) vardı. Soruşturan (inquirent) şüphe üzerine kendiliğinden harekete geçer, maddi gerçeği araştırır ve ulaştığı neticeye göre ya kendisi karar verir veya işi dosya üzerinden karar verecek bir başka mahkemeye gönderirdi. Müdafii bulunması kabul edilen hallerde de şekli bazı işlemler yapması kabul edilmişti.

Fransız İhtilali ile ortaya çıkan işbirliği sisteminde, sadece soruşturmacının elinde toplanmış olan iddia, savunma ve yargılama erkleri, kuvvetler ayrılığı prensibi dahilinde, ilgili sűjeler arasında paylaştırıldı, aleni ve sözlü bir duruşma usulü benimsendi ve savcılık makamı yaratıldı. İşte savcılık makamının ortaya çıkması ile bu makamın karşısında dengeyi sağlayacak bir savunma makamı olarak müdafii doğdu. Sanık artık muhakemenin objesi değil, sűjesi olarak kabul edildi. Sanığın bir muhakeme hukuku sűjesi olarak kendisine tanınan hakları kullanabilmesi için, bağımsız bir adalet organı olarak görev yapan müdafii kurumu ortaya çıkmış oldu.

Savunma makamının görevi, maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde araştırılıp araştırılmadığını denetlemektir. Müdafii bu görevini yerine getirebilmesi için araştırma ve kovuşturma organlarının yaptıkları işlemleri bilmesi (ama sanığa açıklamaması), kontrol edebilmesi ve bu işlemleri yönlendirebilmesi gereklidir.

*b) Savunmanın “kamusal bir görev”, müdafii “bağımsız bir adalet organı” olması.*

Savunma görevinin Devlet bakımından önemi, “kamusal savunma” için ayrı bir makam gerektirmiştir. Bu da müdafilik makamıdır.

<sup>23</sup> Soyaslan, 2010, 182.

Sanığın bir kamu görevi yapan 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 sebebinin 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.

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.

Müdafîin 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, müdafîin durumu biraz da sanığın ferdî savunması niteliğindedir.

Sanığın gaip olması, hattâ soruşturma evresinde müdafîin (kanuni temsilci ve eşin) kabulüne mani değildir (CMK 244/4). Bu hüküm de kamusal savunmaya verilen önemi göstermektedir. Müdafîilik makamının görevi, maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde araştırılıp araştırılmadığını denetlemektir. Müdafîin bu görevini yerine getirebilmesi için araştırma ve kovuşturma organlarının yaptıkları işlemleri bilmesi (ama kural olarak sanığa açıklamaması), kontrol edebilmesi ve bu işlemleri yönlendirebilmesi gereklidir. Hakkaniyete, adalete uygun, dürüst bir yargılama yapılması için, müdafîin yukarıda sayılan görevlerle donatılması ve bu yetkilerini bilfiil kullanabilmesi gereklidir.

Ferdi savunma makamında bizzat sanığın kendisi bulunur. Müdafî ise savunma makamında toplumsal savunma yapmak üzere bulunur. Bu nedenle, müdafîin sùjeliđi, hakim ve savcınınki gibi, “makam itibariyle sùjeliktir”. Müdafî şùpheliye hukuki yardımda bulunan bağımsız bir adalet organı olduğu için işgal ettiği makamı dolayısı ile sùje olur, şùpheliye hukuki yardımda bulunan müdafî, onun yardımcısı durumundadır.

Müdafiiin “şüpheliye hukuki yardımda bulunan bağımsız bir adalet organı olduğu görüşü” kabul edilince, buna bağlanan bazı sonuçlar doğar: müdafii hukukla ve kanunlarla bağılıdır. Bu nedenle müdafii şüphelinin haklarını, sadece hukukun kabul ettiği, yasal menfaatlerini, hukukun kabul ettiği araçları kullanarak korur. Bu nedenle bir müdafiiin, hukukun tanıdığı savunma hakkını, savunma amacı dışındaki amaçlar doğrultusunda kullanması hukuka aykırı olur.

Müdafii bağımsız bir adalet organı olduğu için, şüphelinin haklarını korurken uyguladığı yöntem C. savcılığı veya mahkemeler tarafından denetlenemez.

*c) Müdafiiin hürriyeti.*

Müdafiiin yetkilerinin başında hürriyeti gelir. Gerçekten müdafii görevini yaparken hür olmalıdır. Hür olmayan bir müdafii, şeklen müdafii olup hakikatte müdafii değildir. Müdafiiin hürriyeti çeşitli bakımlardan söz konusu olur.

Müdafii yürütme ve yargılama kuvvetlerine karşı hür olmalıdır. Bir diğer söyleyişle bu kuvvetler, ne şekilde müdafii yapacağı hakkında müdafii talimat verememeli, müdafiiin müdafii görevini yapmasına tesir edememelidir. Duruşmanın idaresi ve disiplini hakkındaki başkanın yetkileri müdafiiin hürlüğüne mâni olmamalıdır. Hâkimin disiplin bakımından tutuklama ve hattâ cezalandırma yetkisi bu nedenle müdafii teşmil edilmiştir.

Müdafii sanığa karşı da hür olmalıdır. Müdafii sanık seçse ve icabında azledebilse de müdafii müdafiiasını tâyinde tamamen serbest olmalıdır. Sanık ferdî müdafiiasında, kendisine müdafii tarafından tavsiye olunan yolu tutmayabilir. Fakat müdafii de sanığın tutumu ile kendini bağılı hissetmez. Müdafii bakımından böylece iki yol tutulmuş olması mümkündür. Bu takdirde mahkeme her iki tutumu da nazara alır. Fakat iki tutum birbirine zıtsa bazılarına göre sanığın, bazılarına göre müdafiiin tutumunun, bazılarına göre de sanığın lehinde olan tutumun tercih edilmesi uygun olur. Biz bu sonuncu görüşe katılıyoruz. Kanunumuz ise birincisini kabul etmiştir.

Müdafi üçüncü şahıslara karşı da hür olmalıdır. Duruşma sırasında dinleyiciler müdafi 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 iftiralarına karşı koruyarak bağımsızlıklarını sağlamaktadır.

Müdafi basın 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. Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi tâbiri içinde müdafiin görevinin yerine getirilmesi de vardır, çünkü müdâfi görevini yapamazsa, yargılama makamları da görevlerini hakkiyle yapamazlar.

Müdafi Baroya karşı da hür olmalıdır. Meslek kuruluşu olan Baro müdafaayı şöyle veya böyle yapması yolunda emir, talimat verememelidir.

Avukat kendisine teklif olunan işi hiç bir sebep beyanına mecbur olmaksızın reddedebilir (AvK 37). Müdafie bu hürriyeti sağlamak, kendi düşüncesi aleyhinde bir müdafaaya yapmaya onu mecbur etmemek içindir. Avukat kendisine yapılan teklifi haksız veya yolsuz bulursa reddetmeye mecburdur (AvK 38a). Bundan sanığın suçlu olduğunu anlarsa, müdafaasını kabul etmeyecek manası çıkarılmamalıdır. Suçlunun da kanunun gösterdiği cezadan daha fazlasına çarptırılmaması ve muhakeme esnasında haklarının korunması için müdafaaya ihtiyaç vardır ve bu müdafaaya toplumun da yararınadır.

Müdafie sır saklama yetkisi, hattâ ödevi verildiğine göre, müdafi sanığın aleyhindeki hususları bildirmeye, aleyhteki delilleri vermeye de mecbur değildir. Müdafi sanığın suçlu olmadığını sanıktan öğrenmişse, sanık istemese de bunun delillerini ileri sürebilir. Eğer müdafi bu bilgiyi görevi dışında öğrenmişse tanıklığı tercih etmelidir.

## 2) Müdafi olmak için aranan koşullar.

Müdafi toplumsal müdafaaya makamını işgal ettiğinden, makam yönün-



den süjedir, ancak her avukat otomatik olarak “müdafî” hukuk durumuna girmez. Soruşturma evresinin gizliliği kuralı bulunduğu için, kanun sadece sanık veya Baro tarafından görevlendirilerek “müdafî” olan bir avukatın dosyayı inceleme yetkisi bulunduğunu kabul etmiştir (CMK 153).

Makam yönünden süje olabilmek için, müdafide bulunması gereken koşullar aşağıda belirtilmiştir.

*a) Avukat olmak.*

Herkesin müdafî olabilmesi kabul edilmemiştir. Ancak avukatlık yapmaya yetkili olanlar müdafî olabilirler (CMK 2/1-c). İstisna olarak askerî mahkemenin bulunduğu yerde avukat yoksa subaylar da bazı şartlarla müdafilik yapabilirler (AsMK 86/2).

Avukatlıktan doğan yetkilerin kullanılabilmesi için Baroya kayıt olmak şarttır. Bu şartları yerine getirmeden avukatlık yetkilerinin kullanılması suçtur (AvK 63).

*b) 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 (Örneğin milletvekilleri, belediye meclisi üyeleri) belli tüzel kişiler aleyhine iş alamaz (AvK 12, TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işler hakkında 3069 numaralı K. m. 3), c) Terör suçlarıyla TCK 220 ve 314 de sayılan suçların tutuklu ve hükümlülerinin müdafî veya vekil olup hakkında sayılan bu suçlar nedeniyle kovuşturma açılan yasaklanmış müdafî (CMK 151/3).

*c) Aynı muhakemede tanık olmamak.*

Tanık taraflar dışında bir kimse olmalıdır. Müdafî makam yönünden süje olarak müdafaa tarafına geçtiğinden tanıklık görevini yapamaz. Tanığın yerine başkası konamadığından, müdafilik görevini başkası da yapabileceğinden, müdafîin tanıklığı tercih etmesi gerekir.

*ç) Aynı muhakemede sanık durumunda olmamak.*

Sanığın bizzat müdafaası ferdi müdafaadır. Avukat olan sanık kendini müdafî sıfatı ile değil, fakat sanık sıfatı ile müdafaa edecektir. Sanıklık ile

müdafilik bir arada bulunmayacağından birleştirilerek görülen muhakemelerin birinin sanığı diğerinde müdafilik yapamaz.

*d) Menfaatlerde uygunluk olmak.*

Birden fazla sanığın menfaatleri birbirine uygunsa bir kişi hepsinin müdafiliğini yapabilir (CMK 152). Menfaatler çatışıyorsa, Örneğin suçu 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).

*e) 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).

*3) Sanık ile müdafii arasındaki ilişki.*

Sanık ile müdafii arasındaki ilişki konusunda görüşler ayrılmaktadır. Bazılarına göre müdafii sanığın temsilcisidir, bazılarına göre de yardımcısıdır. Bir diğer görüşe göre de müdafiiin bağımsız bir adalet organı olma durumu vardır. Bazılarına göre de bu durum fikrî bir hizmet aktidir. Nihayet bazılarına göre ayrı yetkileri ve ödevleri olan kanunî bir temsilcilik söz konusudur.

Kanaatimizce müdafii ile sanık aynı durumda değildir. Müdafii her zaman sanığın temsilcisi, hattâ yardımcısı da değildir. Bağımsız bir adalet organı olma durumu vardır. Müdafilik ayrı yetkileri ve ayrı ödevleri olan bir makamdır. Sanık ile müdafii arasındaki ilişkinin iki yönü vardır. Birincisi bu ikisi arasındaki Özel Hukuk bakımından ilişkidir. Ferdî savunma gözönünde tutulursa “vekâlet” (BK 502), toplumsal savunma gözönünde tutulursa “hizmet” (BK 393) söz konusudur. Gerçekten kamusal savunma yapan müdafii savunmayı serbestçe düzenlemeli, talimat ile bağlanmamalıdır.

Bu ilişkinin bir de Kamu Hukukundan olan Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından bir yönü vardır ki, burada müdafiiin ceza muhakemesinde savunma görevini ifa ederken sanığın iradesi ile bağlı olup olmadığı, yetki ve ödevlerinin neler olacağı meseleleri söz konusudur. Bu ilişki kanaati-

mizce Özel Hukuk kurumları ile açıklanamaz. Ceza muhakemesinde müdafî yerine vekil denilmesi sadece terim hatası olarak kalmamakta, örneğin tebligat bakımından hatalı sonuçlar doğurmaktadır.

Bu ilişki, bizce, bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olan müdafîlik ile açıklanabilir.

Müdafî ancak belli durumlarda sanığın temsilcisidir. Bu durumlarda müdafî sanık yerine geçer, onu aratmaz. Görülüyor ki müdafiler temsilci olan ve olmayan diye ikiye ayrılabilir. Bu ayrım vekâletnameli ve vekâletnamesiz ayrımından farklıdır. Zira vekâletnameli müdafî her zaman temsilci değildir. Vekâletnamesiz olması da temsilciliğine engel değildir. 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 müdafî vekil denilmekte ve gerçek bir müdafî gibi davranılmaktadır. Oysa Kanunda böyle bir fark yoktur. İster atanmış olsun isterse şüpheli tarafından vekaletname verilerek görevlendirilmiş olsun müdafîin 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 katılanın avukatı onun müdafîi değil, vekilidir. Diğer muhakeme hukuku dallarında hattâ savunma makamındaki dâvalının avukatı da müdafî olmayıp vekildir (HMK 52, 71).

#### 4) Müdafîin ödevleri.

Müdafî bazı ilişkilerde pasif süje durumundadır, yani ödevleri vardır. Bu ödevler ilişkinin farklı aktif süjelerine karşıdır. Aktif süje çok defa sanıktır.

##### a) Müdafî kabul ettiği müdafîa 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 yapmaya mecburdur. Duruşmada hazır bulunmazsa, vakitsiz olarak duruşmadan çekilirse veya görevini ifadan kaçınırsa, başkan veya hâkim derhal diğer bir müdafî tâyin edebilir. Bu takdirde duruş-

maya ara verilmesine karar verilebilir. Görevlerini ifa etmeyen müdafî hakkında disiplin cezası uygulanır (AvK 134).

Müdafîin hukuki yardım görevi, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. Bozmadan sonraki duruşmanın müdafîe de tebliğ edilmesi gerekir (CGK 23.2.1987, K.75). Müdafîin hukuki yardımının temyiz aşamasında da devam etmesi gerekir; beş sene hapse mahkum olan sanığın temyiz aşamasında müdafîinin bulunmaması, Sözleşmenin 6/1-c maddesine aykırıdır.<sup>24</sup>

*b) Müdafî kabul ettiği müdafaa görevini dürüstlikle yapmak mecburiyetindedir.*

Müdafî, teklif olunan işi kabule mecbur değildir. Fakat kabul edince dürüstlikle yapmaya mecburdur. Müdafîin görevi, muhakemede diyalektiği sağlamak, iddianın tezine müdafaanın karşı-tezini ileri sürüp hâkimin karar vermesini kolaylaştırmaktır. Avukatlık Kanunundaki (m. 2) adalet hizmeti tâbirini bu mânada anlamak lâzımdır. 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 dürüstlikle yapmamış olur. Müdafîlik ve hukuk müşavirliği başka başka şeylerdir.

Müdafî müstakil bir adalet organı olarak müdafaa görevini yerine getirdiği için yalan söylememek, gerçeği söylemek mecburiyetindedir.

*c) Müdafîin sır saklamak mecburiyeti.*

Sanık hekime olduğu gibi, avukatına da serbestçe açılabilmelidir ki müdafî görevini lâıyıkı ile yapabilsin. Eğer müdafîin sır saklama mecburiyeti kabul edilmezse, sanık müdafîine karşı da gerçeği gizlemek mecburiyetini duyar ve bundan müdafaa müessesesi zarar görür. Bunun içindir ki müdafîlerin sır saklama mecburiyeti kabul edilmiş, bunu sağlayacak tedbirler alınmıştır:

Müdafîler bu sıfatları dolayısı ile vâkıf oldukları sırlar hakkında tanıklığa mecbur olmayıp (CMK 46), tersine, sırları saklamaya mecburdurlar (AvK 36). Bu sırrın açıklanması bir suç teşkil eder. Sır sahibi muvafakat etse dahi avukat tanıklıktan çekinebilir (AvK 36/2).

<sup>24</sup> AİHM Maxwell 28.10.1994; Boner-İngiltere 28.10.1994; Quaranta-İsviçre 24.5.1991.

5) Avukatın “müdafî” olarak görevlendirilmesi.

a) Sanığın veya kanunî temsilcisinin “müdafî” seçmesi.

Şüpheli, sanık veya kanunî temsilcisi kanuna göre, müdafî seçip seçmemekte serbest olduğu gibi, müdafî seçecekse, istediği kimseyi seçmekte de serbesttir. Elverir ki bu kimse kanunun aradığı şartları da haiz olsun. İfade almada sanığa müdafî seçebileceğinin bildirilmesi mecburidir (CMK 147). Sanık müdafî olarak istediği avukatı seçebilir. Bu hak kanuni temsilciye de verilmiştir (CMK 149/I).

Müdafî vasıtası ile savunma kanuna göre ihtiyarî olduğundan sanığın bundan vazgeçmesi de mümkündür. Ancak sanık kendi seçtiği müdafîin savunmasından vazgeçebilir; zorunlu müdafî olarak görevlendirilen müdafîin hukuki yardımından vazgeçemez. Kanuni temsilcinin seçtiği müdafîi de azledemez, meğer ki o tarihte kanunî temsilcilik sıfatı kalmasın, örneğin küçük artık reşit olsun. Kanunî temsilcinin seçtiği müdafîin görevi azledilmedikçe devam eder.

b) Vekaletname ibrazı sorunu.

Seçilen müdafîin seçildiğini vekâletname ile ispat etmesi şart olmadığı mülga CMUK 135/3. fıkrada açıkça belirtilmişken, CMK da böyle açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Sanığın mahkemeyi herhangi bir suretle haberdar etmesi kâfidir. Sanık gaip ise vekâletname gösterilmesine ihtiyaç vardı (CMUK 269–270). Ayrıca Yargıtay hazır bulunmayan sanığı temsil edebilecek müdafîin de bu sıfatını ispat için vekâletname göstermesi gerektiğini içtihat etmişti. Kanaatimizce Kanunun müdafiden vekaletname istediği haller çok sınırlı tutulmuş olduğu için, yasada gösterilen bu haller dışında herhangi bir işlem için müdafiden vekaletname istenmemesi gerekir. Ancak şüpheli veya sanığın mahkemeyi herhangi bir şekilde haberdar etmesi yeterlidir. Hazır bulunmayan kaçak veya bağışık tutulmuş olan sanığı temsil edecek müdafîin de bu sıfatını ispat için vekaletname göstermesi gerekir.

Müdafîin soruşturma evrakını inceleyebilmesi için vekaletname isteyen Cumhuriyet Başsavcılığı Kalem Yönetmeliğinin sonradan değiştirilen 45 inci maddesi Kanunun ruhuna uygun değildi. Yeni metinde bundan söz

edilmemesi yerinde olmuştur. Müdafî şüpheli ile vekaletname aramadan görüştüren Kanun (CMK 154), görüşmeden önce dosyayı incelemesi gereken müdafîin de vekaletnamesini aramaz.

Her avukat “müdafî” değildir. Müdafî Ceza Muhakemesi Hukuku yetkileri kullanan bir avukat olduğu için, bir avukat ya şüpheli, sanık veya bunun kanuni temsilcileri tarafından seçilerek veya Baro tarafından görevlendirilerek “müdafî” hukuk durumuna girer.

Ceza Muhakemesindeki soruşturma dosyası ile adliyelerdeki diğer dosyalar arasında da fark vardır. Ceza soruşturması gizli (CMK 157) olduğu için ancak müdafî hukuk durumuna girmiş olan bir avukat soruşturma dosyasını inceleyebilir.

Avukatlık Kanunundaki genel hükme dayanılarak, her avukatın ceza soruşturma dosyasını incelemesi kabul edilemez. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu da hukuk davaları açısından olmak üzere, avukatın açtığı davalarda ve takip ettiği işlerde noter tarafından onaylanan vekaletname ibraz ibraz etmesini zorunlu tutmuştur (HMK 76/1).

Ceza muhakemesinde müdafî hukuk durumuna girmiş olan avukatın soruşturma dosyasını inceleme hakkı vardır (CMK 153).

Bu nedenle önce bir avukatın şüpheli veya sanık tarafından seçilerek veya Baro tarafından görevlendirilerek müdafî olup olmadığı tespit edilmelidir.

Müdafîin seçim ile görevlendirilmesi için, vekaletname verilmesi gerekmez. Şüpheli veya sanık tarafından seçilen müdafîin görevlendirilmesi açısından kanunda özel bir şekil şartı öngörülmemiş, vekaletname göstermesi şart koşulmamıştır.

Müdafîin vekaletnamesi aranmaz. Özellikle yakalanan kişinin dosyasını inceleyecek olan avukattan vekaletname istenmesi, müdafiden beklenen hukuki yardımı engeller niteliktedir. Zira, ifade alma öncesinde yapılan görüşme için vekaletname koşulu yoktur (CMK 154).

Mülga Kanunda vekaletname sadece gaip sanık için aranıyordu (CMUK 273). 2004 Kanunkoyucusu gaiplikle ilgili maddeleri azaltırken bunu da kaldırdı. Kaçaklarla ilgili düzenleme yapan kanunkoyucu 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 öngördüğu iki hal tespit edebildik: Birincisi kanunyoluna başvurudan vazgeçebilmek için müdafiiin bu konuda vekaletnamede özel yetkili kılınmış olması gerekir (CMK 266/2), ikincisi sanığın duruşmadan bağışık tutulmasını talep eden müdafiiin vekaletnamesinde bu konuda yetkili kılınığına 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 müdafin vekaletname ibraz etmesi aranmaz ve aranmamalıdır.

*c) Adli yardım (malî yardım amacı ile istek üzerine müdafî tayini).*

Sanığın müdafî seçmek istediği halde malî kudreti bulunmayabilir. Bu takdirde sanık hazır bulunsa dahi “iyi bir adalet dağıtımı gerektiriyorsa” tayin edilecek müdafiden yararlanma hakkı insan haklarındanadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksiz yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olan kimselerin adli yardımdan yararlanmalarına olanak sağlamış, fakat bunu “görünüşte haklı olma” koşuluna bağlamıştır (HMK 334).

Bu hak Ceza Muhakemesi Hukukunda şöyle düzenlenmiştir: İfade almadı ve hakim tarafından sorguya çekilmede, bireyin mahkum 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).

Baro tarafından tayin edilen müdafie, görevin ifasından doğan masraflar hariç, avukatlık ücret tarifesinden ayrıık olarak ücret ödenir. İleride yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan müdafie ödenen ücreti ödeye-

bilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliğinin rücu hakkı vardı (CMK Yürürlük Kanunu, 13). Bu hüküm 2006 yılında değiştirilerek, müdafie ödenen ücretin Barolar Birliğinin de 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.

Bizce yapılan bu yeni 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. Diğer taraftan uygulamada görüldüğü gibi ücretlerin düşük tahakkuk ettirilmesi ve hatta zaman zaman bazı yerlerde hiç ödenmemesi, uzun süre ödenmemesi zorunlu müdafiliği angarya haline getirmiş ve önemli aksamalara sebebiyet vermiştir. Nihayet Kanunla getirilmiş (CMK 150) bir zorunluluğun neticesi olan zorunlu müdafie ödenen ücretin “yargılama gideri” olarak mahkum olan sanıktan geri alınacak olması da hukuka aykırıdır. Bizce zaten masraflı bir hizmet olan adalet hizmetlerini düzenleyen Devletin zorunlu müdafie ödenen ücreti nasıl hakim, savcın, yakalamayı yapan polisin maaşını hükümlüden geri istemiyorsa, burada da istememesi zorunlu müdafiliğin 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 müdafiliğin suçtan sorumlu olan Devletin de savunulması niteliği taşıdığı görüşümüzü tekrarlayarak cevap vermek isteriz.

Adli yardım sistemine göre, sanık isterse, kendisine adlî yardım mekanizması işletilerek, parasız müdafî tayin edilir. Bu tayin, Avukatlık Kanunu (AvK 176) ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK 334–340) hükümlerine göre cereyan eder. Bu hususta mahkemeye müracaat edilebileceği, gibi Baro’ya da başvurabilir. Adlî yardım amacıyla tayin edilen müdafii ücreti, sanık mahkûm olsa da (CMK 324, 325) ona yükletilmemelidir ki sanık kendisine bu yolla müdafî tayinini istemekten çekinmesin.



*ç) Müdafinin görevlendirilmesi usulü (CMK 156).*

Her avukat “müdafî” değildir. Müdafî, Ceza Muhakemesi Hukuku yetkileri kullanan bir avukat olduğu için, bir avukat ya şüpheli, sanık veya bunun kanuni temsilcileri tarafından seçilerek veya Baro tarafından görevlendirilerek “müdafî” hukuk durumuna girer.

Bir kimsenin müdafî olarak görevlendirilmesi, muhakemenin her evresinde mümkündür ve iki suretle olur: Ya sanık veya kanunî temsilci seçer, ya mahkeme veya yetkili merci, Örneğin Baro tayin eder. Buna kısaca tayin diyebiliriz.

Tayinin de biri “adli yardım” (biz mali yardım diyoruz) amacı ile istek üzerine, diğeri muhakeme gerekleriyle ve kanun zoru ile yani mecbur olarak yapılan iki çeşidi vardır.

Zorunlu müdafî atanan hallerde, bu atamadan şüpheli veya sanığın haberdar edilmemesi, atamayla yoklukla malul kılar.<sup>25</sup>

*d) Müdafî sayısı.*

Ceza Muhakemesi Kanunu müdafî sayısını genel olarak sınırlandırmamıştır: Soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin hukuki yardımda bulunmasını (CMK 149/2) ve bu evrelerin her aşamasında onunla görüşme, ifade alma ve sorgu süresince yanında olma hakkını (CMK 149/3) kabul etmiştir.

Kanunun bu düzenlemesi de, Mevaz Kanundan farklıdır. Alman Kanunu duruşma dahil, en fazla üç müdafîe izin verir. Etkin bir savunmanın yapılması için bu yeterlidir. Daha fazla sayıda müdafîin işlemlere katılmaları, işlemin usulüne uygun bir şekilde yapılmasını engeller. Kanun değiştirilmelidir.

Kanunda (CMK 150/1) şüpheli veya sanıktan kendisine “bir” müdafî seçmesi istenir, ifadesi yazılı ise de buradaki ‘bir’ kelimesinin sayıyı belirtmek için kullanıldığı kanaatinde değiliz. Ancak terörle mücadelede görev alan istihbarat ve kolluk görevlilerinin, bu görevlerinden doğduğu iddia edilen suçların soruşturma ve kovuşturmalarında müdafî olarak

<sup>25</sup> 5. CD 5.2.2009, K. 1209, CGK 17.11.2009, K. 269; CGK 18.3.2008, K. 56, CGK 7.4.2009, K. 90; CGK 16.6.2009, K. 168; CGK 24.11. 2009, K. 275; CGK 22.6.2010, K. 156; CGK 12.10. 2010, K. 193.

belirlediği en fazla üç avukatın ücreti, bütçeden ödenir (TMK 15). Bu düzenlemenin müdafii sayısını kısıtlamadığı, fakat yapılacak ödemelerde sınır getirdiği belirtilmelidir.

Müdafii sayısını sınırlandırmayan Kanun, soruşturma evresinde yapılan ifade alma işlemi açısından üst sınır (üç avukat) kabul etmiş, fakat soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında şüpheli veya sanığın adedi birden fazla olmakla birlikte, en çok kaç müdafii hukuki yardımından yararlanabileceğini açıkça belirtmemiştir (CMK 149/1). Yasadaki bu düzenleme iki şekilde yorumlanabilir: Birincisi sadece ifade alma bakımından kısıtlama getirilmiştir, ifade alma dışındaki diğer soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde sayı sınırlaması yoktur, denilebilir. İkinci yorum tarzı ise ifade almada öngörülen sınırlamanın soruşturma evresindeki diğer işlemleri de kapsadığı yolunda olabilir. Biz hakların kanunla kısıtlanabileceği hükmün sevkeden Anayasa'nın 13 üncü maddesi doğrultusunda yasal kısıtlamanın sadece ifade alma bakımından olduğu görüşüdeyiz. Ancak olması gereken hukuk bakımından soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tümü bakımından üçten fazla müdafii olmaması gerektiği mütalaasındayız. Sayının belirtilmemesinin suistimallere yol açtığı görüldüğünden, savunmanın prestiji, muhakemelerin süratle yapılabilmesi ve duruşmaların ciddiyeti bakımlarından sayı üçten fazla olmamalıdır.

İfade alma sırasındaki sayı sınırlaması, bozma sebebi teşkil edecek veya Anayasaya aykırı düşecek biçimde “savunma hakkının sınırlanması” anlamına gelmez. Zira müdafileri bu sayının altında olan sanıkların savunmalarının gereği gibi yapılamadığı elbet söylenemez.

Müdafii birden fazla olması halinde, bildirmelerin bunlardan birine yapılması yetmekte, birden fazlasına bildirilmişse ilkinin tarihine bakılmaktadır (TebK “1985-3220” 11/1).

*e) Birden fazla şüpheli veya sanığın savunulması.*

Şüpheli veya sanıkların birden fazla olması halinde, savunmalarının aynı müdafiiye verilebilmesi için çıkarlarının çatışmaması gerekmektedir. Avukatlık Kanunu'nun 38 inci maddesinin b bendine göre, avukat, aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa işi reddetmek zorundadır.

Yargılanan sanık veya şüphelilerin suçı birbirinin üstüne atması halinde aralarında çıkar çatışması var demektir. Bu durumdaki sanık veya şüphelilere farklı müdafiler atanmalıdır.

Şüpheliler arasında çıkar çatışması olup olmadığının tespitini Cumhuriyet savcısı, sanıklar arasında çıkar çatışması olup olmadığının tespitini ise hakim veya mahkeme yapacaktır. Müdafii de bu hususu ileri sürmesi mümkündür.

Aynı müdafii birden fazla şüpheliyi/sanığı savunması özellikle örgüt suçlarında sakıncalar ortaya koyduğundan mehz kanunda aynı suçı işlediği iddia edilen birden fazla sanığın bir müdafii tarafından müdafaa edilmesi yasaklanmıştır.

Adam öldürme suçundan mahkum olan İbrahim ile aynı suçtan beraat eden Selim ve Mevlüt'ü aynı müdafii savunmuştur. CMK 152, "yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığı aynı müdafii savunabilir" derken, menfaat zıtlığına dikkat çekmiştir. Bir sanığın savunması, diğer sanığın suçlanmasını gerektiriyorsa, menfaat zıtlığı doğar. Diğer taraftan, AvK 38/1-b ile Avukatlık Meslek Kurallarınının 35 nci maddesi de, "avukatın, menfaat zıtlığı olan işi, reddetme zorunda olduğunu" düzenlemektedir.<sup>26</sup>

#### 6) Zorunlu müdafilik.

##### a) Zorunlu müdafilik sisteminin gelişme süreci.

Ceza Muhakemesi Kanunu bazı hallerde zorunlu müdafilik sistemini kabul etmiştir. Sanığın müdafii yoksa yargılama makamının, kısaca hâkimin kendiliğinden müdafii tayin edip etmeyeceği hususunda farklı görüşler vardır. Bazıları hâkime böyle bir mecburiyet yüklemek istemezler. Bunlar müdafii vasıtası ile savunmayı, şahsî bakımdan savunma sayanlardır. Bazıları kamu namına savunma esasından hareket ederek, sanık müdafii seçmemiş ise kamu namına müdafii tayinin mecburî olmasını isterler. Bazıları da orta bir yol tutarak bazı dâvalarda mecburiliği kabul ederler.

Biz müdafii, kamu adına savunma yaptığı kanaatinde olduğumuzdan mecburîlik sistemine taraftarız. Bu demektir ki, seçtiği müdafii olmayan sanığa Devlet müdafii tayin etmelidir.

<sup>26</sup> CGK 20.10.2009, K. 242.

1929 tarihinde ilga olunan ‘‘Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu’’ ağır cezalı suçlarda mecburîlik sistemini kabul etmişti. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa örnek aldığımız Alman Kanunu da önemli üç halde, seçilmiş müdafii olmayan sanık için müdafî tayinini mecburî kılmıştı. 1985 yılında değiştirilen Mevaz Kanun, sekiz halde mecburi müdafî öngörmektedir (StPO 140). Mülga Kanunumuz 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 dimaği malûliyete müptelâ olması. 1973 de birinci halde daha doğrusu Mülga TCK 46, 47, 404 ve 573 deki müeyyidelerin uygulanması için mecburiyet kabul edildi (CMUK 74/2). Diğer iki halde de ihtiyarîlik (CMUK 138) mecburîliğe çevrilmişti.

1992 yılında yapılan değişiklikle, yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş veya sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafii 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. 1992 yılında yapılan değişiklikle, adi suçlarda müdafî tayin etme yetkisi Baro’ya verilmişti (CMUK ‘‘1992-3842’’ 140). Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda hakim müdafî tayin edilebiliyordu (mülga CMUK 138). Sorsoruşturmada 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 müdafii görevi sona ediyordu (mülga CMUK 139). Tayin olunan müdafî duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini ifadan kaçınırsa başkan derhal bir diğer müdafî tayin ediyordu (mülga CMUK 141).

2005 Reformunda, CMK 150 ve diğer bazı maddeleri ile “zorunlu müdafiliği” kabul edildi. CMK nın yeni kabul ettiği sistemde, şüpheli ve sanığın müdafii yoksa yargılama makamının kendiliğinden yani sanığın isteği olup olmadığına bakılmaksızın müdafii görevlendirilmesine, “mecburi müdafilik” denilmektedir.

Savunma, toplumun da suçtan sorumlu olması nedeniyle, muhakemenin vazgeçilmez bir unsuru olduğu için, en azından ağır suçlarda müdafii bulunmasını gerektirir. 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).

Soruşturma evresinde; ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hakim, kovuşturma evresinde ise mahkemenin istemi üzerine, müdafii görevlendirme yetkisi yer bakımından yetkili yerdeki Baroya verilmiştir (CMK 156). Bizce mecburi müdafilik ayrı bir makam tarafından yönetilmesi, Baro ve mahkemeler ayrı olmalıdır. Ağır suç işleyen her sanığa duruşma için ayrı bir müdafii atanmalı, bu avukat kişiyi takip etmelidir.

Kendi içinde tutarlı olan bu sistemi, hakimin yetkisinin korunması gerekçesi ile eleştiriyoruz. Tayin etme görevi de, Mevaz Kanunda olduğu gibi, yargılama makamında kalmalı idi.

*b) Zorunlu müdafii görevini yerine getirmekten kaçınması halinde yapılacak işlem (CMK 151/1).*

CMK'nun 150 nci maddesinde zorunlu müdafilik hallerinin bir kısmı sayılmıştır. Buna göre, müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilecektir. Ayrıca alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada da müdafii görevlendirilmelidir. Üçüncü fıkrada “üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada, şüpheli veya sanığın müdafisinin bulunmaması halinde istemi aranmaksızın kendisine müdafii atanacağı hüküm altına alınmış iken, 19.12.2006 günlü Resmi Gazetede yayımlanan 5560 sayılı Yasanın 21. maddesi ile bu fıkrada değişiklik yapılarak, zorunlu müdafii atanması,

alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar olarak belirlenmiştir. Bu şekilde daha önce üst sınırı en az 5 yıl hapis cezası gerektiren suçlar için öngörülen zorunlu müdafii atanması sistemi, alt sınırı 5 yıldan daha fazla hapis cezası gerektiren suçlar için öngörülmüştür. Zorunlu müdafii atanması gereken suçların kapsamı daraltmıştır.

CMK 150 hükümlerine göre görevlendirilen müdafii, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hakim veya mahkeme derhal başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Maddede savunma görevinin gereğince yerine getirilmesinin sağlanmasına ilişkin düzenleme yer almaktadır. 150 inci madde uyarınca atanan müdafii görevini hakkıyla yerine getirememesi hali, savunma hakkına zarar verecektir. Madde uyarınca müdafii görevini yerine getirip getirmediği hususunu hakim veya mahkeme denetleyecektir. Madde duruşmada veya kovuşturma evresinde müdafii görevini yerine getirmemesi halini ve sonuçlarını düzenlemektedir. Soruşturma evresinde müdafii görevini yerine getirmemesi halinde ne yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Şüpheli veya sanık “kendi seçtiği müdafii” savunmasından vazgeçebilir. Bu durumda şüpheli veya sanık tarafından seçilen müdafii görevi, vekaletten azil ile sona erer. Şüpheli veya sanık, muhakemenin her aşamasında bunu gerçekleştirebilir. Bu nedenle şüpheli veya sanığın veya kanunî temsilcinin seçtiği müdafii görevi, seçen kişi tarafından azledilmedikçe, devam eder. Ancak, sanık, kanuni temsilcisinin seçtiği müdafii azledemez, meğer ki o tarihte kanunî temsilcilik sıfatı kalmasın, örneğin küçük artık reşit olsun.

Sanığın, “müdafii olarak seçtiği avukat” ile ilişkisi, Borçlar Kanununun 502 nci maddesinde düzenlenmiş olan “vekalet sözleşmesi” dir. Avukatlık Kanunu 163 üncü maddesinde de, “Avukatlık Sözleşmesi” düzenlenmiştir. Avukatlık Sözleşmesi, genel olarak istifa, azil, ölüm gibi sebeplerle sona erer. Bu şekilde sona erdirilmeyen bir hukuk ilişkisi, ceza davasında hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. Olağanüstü kanunyolları bu sürece dahil değildir. Sanığın vekaletname ile görevlendirdiği müdafii varsa ve bu müdafii azledildiğine veya istifa ettiğine dair bir bilgi dosya-

da yoksa mahkemenin istemi üzerine (CMK 151), sanığa Baro tarafından bir başka avukat, müdafî olarak görevlendirilemez.<sup>27</sup>

Müdafîlik ilişkisinin sona erdiği diğer hal, müdafîin davadan çekilmesi halidir. Ancak, etik kurallar uyarınca müdafîin böyle bir davranışı, duruşmadan kısa bir süre önce, davayı uzatmak amacıyla yapmaması gerekir.

Baro tarafından görevlendirilen müdafîin görevi ise şüpheli veya sanığın kendisine bir müdafî seçmesi ile sona erer (CMK 156/3). Müdafî vasıtası ile savunmanın kanuna göre ihtiyarî olduğu durumlarda, yani zorunlu müdafîlik sisteminin kabul edilmediği hallerde, şüpheli veya sanığın bundan vazgeçmesi de mümkündür.

Sanığın istemi üzerine müdafî olarak görevlendirilen avukat (CMK 150/1), bir kez mazeret dilekçesi vermek ve bir oturuma katılmaktan başka, sanığın savunmasına ilişkin herhangi bir işlem yapmadığı için, “görevini yerine getirmekten açıkça kaçındığı” gerekçesi ile mahkemece CMK 151 uyarınca işlem yapılmaması, savunma hakkını kısıtlar ve bozma nedenidir.<sup>28</sup>

Baro tarafından CMK 150/2 uyarınca suçta sürüklenen çocuklar için zorunlu müdafî olarak görevlendirilen avukatların duruşmalara gelmemesi durumunda, mahkeme CMK 151/1 uyarınca yeni müdafî atanması için gerekli işlemi yapar. Görevini yapmayan avukat hakkında AvK 62 yollaması ile TCK 257 uyarınca suç duyurusu yapılırken, yeni avukat görevlendirmesi yapmayan Baro yönetimi hakkında, “yeterli şüpheli” bulunduğu için, iddianame düzenlenmesi gerekir. Kovuşturmaya yer omadığı kararı, itiraz üzerine Ağır Ceza Mahkemesi kararı ile kesinleşmiş ve kanun yararına bozma yolu ile bozulmuştur<sup>29</sup>.

Ceza Genel Kurulunun 29.3.2011 tarih ve 2011/25 sayılı içtihadında belirtildiği gibi, şüpheli veya sanığın savunması için seçtiği bir müdafî varsa, kendisine baro tarafından zorunlu müdafî görevlendirilemez. Baro tarafından görevlendirme yapılabilmesi için, şüpheli veya sanığın seçtiği müdafîin bulunmaması gerekir. Buna rağmen görevlendirme yapılırsa, bu görevlendirmenin yasal dayanağı yoktur.

<sup>27</sup> CGK 29.3.2011, K. 25.

<sup>28</sup> CGK 10.6. 2008, K. 169.

<sup>29</sup> 4. CD 9.2.2011, K. 1333.

Ŗüpheli veya sanığın 6l6m6 m6dafilik iliŖkisini sona erdirmez. Bu husus zorunlu m6dafilik açısından da geçerlidir.

M6dafilik hukuk durumunu sona erdiren diğer bir hal; CMK 150 kapsamında g6revlendirilen zorunlu m6dafii; duruŖmada hazır bulunmaması veya vakitsiz olarak duruŖmadan çekilmesi veya g6revini yerine getirmekten kaçınması durumudur. Bu gibi hallerde, hakim veya mahkeme, derhal baŖka bir m6dafii g6revlendirilmesi için gerekli iŖlemi yapar (CMK 151/1). Yeni m6dafii savunma hazırlamak için zaman isterse, oturum ertelenir (CMK 151/2).

Ceza Genel Kurulu, 10 Haziran 2008 tarih ve 2008/169 karar numaralı içtihadında; sanığın istemi 6zerine g6revlendirilen zorunlu m6dafii: duruŖmada bazı savunma iŖlemleri yaptıktan sonra, m6teakip celselere gelmemesi, tebliğ edilen h6km6 temyiz etmemesi, sanığın temyizi 6zerine verilen bozma kararından sonra da duruŖmaya gelmemesi 6zerine, g6revini yerine getirmekten açıkça kaındığına karar vermiŖ ve avukat ile sanık arasında CMK anlamında hukuken geçerli bir m6dafilik iliŖkisi kalmadığını içtihat etmiŖtir.

G6r6ld6đ6 gibi, Yargıtay, zorunlu m6dafii davaya ilgisiz kalmasını, CMK 151/1 anlamında g6revi yerine getirmekten kaçınma olarak tavsif etmektedir.

CMK'nun 188 inci maddesinde duruŖmada bulunması zorunlu kiŖiler arasında 'zorunlu m6dafii' de sayılmaktadır. Zorunlu m6dafii duruŖmada hazır bulunmaz ise hakimin baŖka bir m6dafii g6revlendirilmesi için gerekli iŖlemleri yapması gerekir. Zorunlu m6dafii bulunmaksızın yapılan duruŖma yok h6km6dedir. Benzer Ŗekilde zorunlu m6dafii olmadan alınan ifade h6kme esas alınamayacaktır. Zorunlu m6dafii duruŖmaya katılmazsa bu husus CMK'nun 188 inci maddesine aykırı olacağı gibi baŖka bir m6dafii g6revlendirilmesi gerekecektir. Bunun gibi zorunlu m6dafii vakitsiz olarak duruŖmadan çekinirse veya g6revini yerine getirmese, baŖka bir m6dafii g6revlendirilmesi için gereken iŖlem yapılmalıdır.

Zorunlu m6dafiliğe tabi suçlarda, zorunlu m6dafii hazır bulundurulmadan (CMK 188/1) veya CMK 151 uyarınca yeni bir m6dafii g6revlendirilmeden h6k6m verilemez.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> 6. CD 16.2.2009, K. 2903; 1. CD 28.9.2009, K. 5300.



Ancak, zorunlu müdafii atanan hallerde, bu atamadan şüpheli veya sanığın haberdar edilmemesi, atamayı yoklukla makul kılar.<sup>31</sup>

Şüpheliye yakalama sırasında ve ifade alma öncesinde müdafii hukuki yardımından yararlanabileceği bildirilir. Şüpheli küçük değilse veya suçun cezası zorunlu müdafii gerektirmiyorsa, “istem üzerine zorunlu müdafii” kurumu işler: şüpheli veya sanık müdafii istiyorsa, ya kendisi bir avukatı müdafii olarak görevlendirir veya barodan bir avukat görevlendirilir (CMK 150/1). Durumu müsait değilse, bu avukatın ücreti adli yardımdan karşılanır. Durumu müsait ise mahkum olduğunda, kendisine yüklenir.

Kendisine “bipolar bozukluk” tanısı konmuş olan ve isnad olunan fiilin anlam ve sonuçlarını algılamasının ve bu fiile ilişkin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olduğu saptanan sanığın, zorunlu müdafii olmadan, sorgusunun yapılması ve hüküm kurulması, bozmayı gerektirir.<sup>32</sup>

Hükümün tefhim edildiği oturumda zorunlu müdafii bulunmaması, bozma nedenidir.<sup>33</sup> Suçun cezasının ağırlığı nedeniyle zorunlu müdafii (CMK 150/3) kesinleşmiş hükümlü için yapılan uyarılama muhakemesi için de geçerlidir.<sup>34</sup> Hükümlüler için de CMK 150 uyarınca “zorunlu savunmanın” atanması gerekir.<sup>35</sup>

Lehe bozmadan sonra, bozmaya karşı diyeceklerinin saptanması, “teknik anlarda sorgu” sayılmaz. Bu işlem sırasında zorunlu müdafii bulunmaması, bozma nedeni olmaz.<sup>36</sup>

Cezanın ağırlığına göre zorunlu müdafii CMK ile yürürlüğe girdiği sırada “üst sınırı beş yıl” hapis cezasını gerektiren suçlardan kabul edilmiş ve tatbik alanı geniş iken, uygulamada Baro tarafından sağlanan “ucuz hukuki yardımın, gerçek avukatlığı yok ettiği” şikayetleri ortaya çıktı.

<sup>31</sup> 5. CD 5.2.2009, K. 1209, CGK 17.11.2009, K. 269; CGK 18.3.2008, K. 56, CGK 7.4.2009, K. 90; CGK 16.6.2009, K. 168; CGK 24.11. 2009, K. 275; CGK 22.6.2010, K. 156; CGK 12.10.2010, K. 193.

<sup>32</sup> 11. CD 22.10.2010, K. 11664.

<sup>33</sup> 6. CD 28.6.2011, K. 9135.

<sup>34</sup> CGK 13.5.2008, K. 105 ile atf yapılan özel daire kararı.

<sup>35</sup> 6 CD 23.6.2011, K. 9735.

<sup>36</sup> CMK 307/1; CMUK 326/1) (CGK 3.6. 2008, K. 159.

CMK avukatlarına Barolarca ödenen ücret de istismar konusu oldu. Bunun üzerinde, 2006–5560 sK ile CMK 150/3 değiştirildi ve hapis cezasının “alt sınırı” 5 yıl olan suçlara indirildi. Bu kısıtlamanın savunma özgürlüğünü zedelediği iddiası ile Anayasa Mahkemesine iptal davası açıldı. Anayasa Mahkemesi, 12.3.2009 tarih ve K. 2009–48 ve K. 2009–49 sayılı iki kararı ile değişikliği hukuka uygun buldu; “kişinin bizzat savunma yapması veya istediği bir avukat yardımından yararlanma hakkı elinden alınmış değildir”.

Daha önce zorunlu müdafilik kapsamında iken, davanın görüldüğü sırada yapılan kanun değişikliği ile suç zorunlu müdafilik kapsamından çıkarılırsa, derhal uygulanma kuralı gereğince, müdafii olmadan duruşma yapılabilir.<sup>37</sup> Bozmadan sonraki muhakeme sırasında cezanın “üst” sınırının beş yıl olması nedeni ile zorunlu müdafilik kapsamından çıkan bir suç için, daha önce zorunlu olsa bile, hükmün verildiği sırada yürürlükte olan norm derhal uygulanacağı için müdafii zorunlu değildir.<sup>38</sup>

Yeni yasal düzenlemelerin daha lehe sonuç doğurup doğurmadığını saptamak için yapılan “uyarlama muhakemesinde”, olay yargılaması yapılmamasına rağmen alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suç hükümlüsünün talimatla alınan ifadesinde de zorunlu müdafii bulunması gerekir.<sup>39</sup>

Kanunun öngördüğü hallerde (CMK 147/1–c), Baro tarafından tayin edilen avukat, “müdafii” olur. CMK hizmeti olarak soruşturma evresinde hukuki yardım yapan avukatın başka makam tarafından görevlendirilmesi hukuka aykırıdır.

Şüphelinin tutuklanması oturumu için müdafii görevlendirilmesi gerekir. Bu müdafiiin dosyanın tutuklama kararı verilmesinde kullanılabilecek bilgilerini incelemiş olması gerekir.

Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir ve sorgusu yapılmış ise mahkumiyet kararı da verilebilir. Duruşma yapılan hallerde kaçak sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini ister (CMK 247/4).

<sup>37</sup> CGK 26.12.2006, K. 319.

<sup>38</sup> CGK 3.6.2008, K.159.

<sup>39</sup> 1. CD 3.11. 2010, K. 7192.

Gözlem altına alınması istenen şüpheli veya sanığın müdafii yoksa, hakim veya mahkemenin istemi üzerine baro tarafında bir müdafii görevlendirilir (CMK 74/2).

7) *Müdafii yaptığı hukuki yardım (CMK 149/1, 3).*

a) *Müdafii yaptığı hukuki yardımın kapsamı.*

Soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında, müdafii, şüpheli veya sanığa hukuki yardımında bulunabilir (CMK 149/1) ve şüpheli veya sanıkla görüşebilir, ifade alma veya sorgu süresince yanında bulunabilir (CMK 149/3).

Müdafiiin dâva dosyasını (kanunun tâbiri ile dosya içeriğini) tetkike (CMK 153) ve şüpheli veya sanık ile her zaman görüşme (CMK 154) hakkı vardır. Bu hususlar aşağıda ayrıca incelenecektir.

Şüpheli veya sanığın ifadesi alındığı, sorgusunun yapıldığı sürece, müdafii de hazır bulunma yetkisini haizdir. Bu hazır bulunma sırasında hukuki yardım yapmaya devam edeceği için, şüpheli veya sanık ile her zaman başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşmeyi isteyebilir.

Hakkında arama yapılan kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz (CMK 120/3).

Avukat bürolarında yapılan aramalarda Cumhuriyet savcısının ve baro başkanının bizzat hazır bulunması öngörülmüştür. Baro başkanı onu temsil eden bir avukatı hazır bulundurabilir (CMK 130/1).

Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilir (CMK 84/1).

Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafii de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir (CMK 85/2).

Kanunda (PYSK Ek 6) açıkça müdafiiin adı geçmediği için, uygulamada teşhis sırasında müdafiiin hazır bulunması zorunlu görülmemektedir. Bizce müdafiiin teşhise katılması, hataları öneleyebileceği için, zorunlu olmalıdır (Yargıtay aksi görüştedir: CGK 15.4.2008).

Kanun otopsi sırasında müdafii veya vekil tarafından getirilen bir hekimin de otopside hazır bulunabilmesine izin vermiştir (CMK 87/1). Bu nedenle, müdafiiin de otopsinin yapıldığı binada hazır bulunması mümkündür.

Ŗüpheli ve sanığın pasif hakları vardır. Gizli soruŖturma yöntemlerindeki bu haklardan yukarıda bahsedilmiŖtir.

*b) Múdafii dosyayı incelemesi (CMK 153).*

Múdafii, soruŖturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir (CMK 153/1).

Múdafii soruŖturma evresinde, soruŖturma 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 soruŖturma dosyasının múdafii tarafından incelenebilmesi için, “yetkili cumhuriyet savcısının yazılı emrini” gerekli gören ve DanıŖtay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 15.12.2005 tarih ve 2005/762 sayılı Kararı ile iptal edilen Yakalama Yönetmeliği (m. 22) uygulamada tartıŖma yaratmıŖtır.

Dosyayı inceleme hakkı 2014 yılında yapılan deđiŖiklik ile genişletilmiŖ ve tüm kısıtlamalar kaldırılmıŖtır.<sup>40</sup>

Dosyayı inceleme hakkı, múdafii tanınmıŖ olan bir haktır. Ceza soruŖturması gizli (CMK 157) olduğu için, ancak múdafii hukuk durumuna girmiŖ olan bir avukat soruŖturma dosyasını inceleyebilir.

Ancak kovuŖturma evresinde bu hak sanığa da tanınmalıdır. Dosyadan belge yok edeceğinden korkuluyorsa, fotokopi alınmasına izin verilmelidir. Bu hak, dosya tetkik ettirmemenin mahzurlarını önleyip, múdafaayı kolaylaŖtıracadıđı için, soruŖturma evresinde múdafii olmayan sanığa da tanınmalıdır. Tanınmaması Öcalan–Türkiye kararında eleŖtirilmiŖtir.

SoruŖturmanın gizliliği prensibi (CMK 157), soruŖturmanın ilerleme yönünü Ŗüphelinin bilmemesini gerektirir. Ŗüpheli bunu bilirse, toplanabilecek olan delilleri ortadan kaldırma gayreti içine girebilir. Bu durum hem bir tutuklama nedeni (CMK 100/2) oluŖturur, hem de soruŖturmanın sela-

<sup>40</sup> DeđiŖiklik öncesinde múdafii, “soruŖturma evresinde” müsadesez üç belge inceleyebiliyordu: a) yakalanan kiŖinin veya Ŗüphelinin ifadesini içeren tutanak (múlga CMUK 143 “sorgu tutanağı” diyordu), b) bilirkiŖi raporları ve c) adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer “adli” iŖlemlere iliŖkin tutanaklar. Múdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, “soruŖturmanın amacını tehlikeye düŖürebilecek ise”, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yekisi kısıtlanabiliyordu (CMK 153/2).

metini olumsuz yönde etkileyebilir. Ayrıca şüphelinin dosyadaki belgeleri tahrip etmesinden de korkulmuştur.

Ancak, günümüzde fotokopi imkanı geliştiği için, bu gerekçe ortadan kalkmıştır. Delil karartma gerekçesi açısından ise CMK 153/2 uyarınca gizlilik kararı verilerek, belli belgelere kısıtlama getirilmesi yolu ile şüphelinin kendisini bizzat savunması sağlanabilir.

Şüpheli veya sanık tarafından seçilen müdafinin görevlendirilmesi açısından, kanunda özel bir şekil şartı öngörülmemiş, vekaletname göstermesi şart koşulmamıştır. 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 müdafii 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 Yönetmeliğinin 22. maddesi uygulamada tartışma yaratmıştı.

Kalem Yönetmeliğinin 45. maddesi 24.12.2010 tarih ve 27795 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklik ile değiştirilerek, 2. fıkrasına “şüpheli ya da müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir” hükmü getirilmiştir. Yapılan değişiklikle vekaletname veya barodan görevlendirme yazısı olmaksızın müdafiiine dosyayı inceleme yetkisi tanınmıştır.

Bir an için belirtilen hükmün aksi yönde yorumlanması gerektiği ileri sürülebilse dahi, Anayasanın 90. maddesi bu yorumu engelleyecektir. Zira Anayasa’nın 90. maddesi gereğince, yorum AHİS’e uygun olmalıdır.

Ceza Muhakemesi Hukuku “müdafii yetkilendirme” ile “temsilci yetkilendirme” arasında ayırım yapar. Buna ek olarak, “bir avukatın başka bir avukata vekalet vermesi” şeklinde görevlendirme de sözkonusu olur.

Seçilmiş müdafiiin yetki belgesinin mutlaka yazılı olması gerekmez. Müdafiiin hak ve yetkilerini kullanabilmesi için bir vekaletname sunması sözkonusu değildir.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Vay LAR 86, 249.

Bir avukatın bir şüpheli ile müdafilik ilişkisi bulunduğunu ispat etmesi açısından, bu konuda şüphelinin bir bildirimde bulunması veya müdafii bunu bizzat kendisinin açıklaması yeterlidir.<sup>42</sup>

Özellikle, şüpheli veya sanığın yanında gelen bir avukatın müdahil olduğunu ayrıca ispat etmesi gerekmez.<sup>43</sup> Bu gibi hallerde avukatın şüpheli veya sanık tarafından müdafii olarak yetkilendirildiği karinesi vardır.

Eğer müdafii olduğunu söyleyen bir avukat geliyor ve şüpheli veya sanık adına bir muhakeme hukuku işlemi yapmak istiyorsa, onun müdafii olarak görevlendirilmiş olduğu kabul edilir.<sup>44</sup>

Ancak, somut bir olayda bir avukatın müdafii olarak yetkilendirilip yetkilendirilmediği konusunda şüpheyi gerektirecek belirtiler varsa, sadece o zaman bir vekaletname ibrazı istenebilir.<sup>45</sup>

Şüpheli veya sanığı “temsil” edebilen müdafii durumu özellik gösterir. Müdafiiin “vekil” olarak görevlendirilebildiği hallerde, durum farklıdır. Bazı hallerde müdafiiin “ceza muhakemesindeki müdafilik görevi” dışında, sanığı temsil etmesi de sözkonusu olabilir. Bu gibi hallerde, müdafiiin “temsilcilik” yapmak üzere bir vekaletnameye ihtiyacı vardır.

Örneğin şüpheli veya sanığın hazır bulunmadığı bir duruşma celsesinde müdafiiin sanığı temsil etmesi için vekaletname ibrazı istenebilir. Bu gibi hallerde genel vekaletname ile ilgili özel vekaletname verilmiş olması da aranmaktadır.<sup>46</sup>

Bir avukatın başka bir avukata vekalet vermesi. Şüpheli veya sanık tarafından seçilerek görevlendirilen müdafii, Baro tarafından görevlendirilen müdafiiin aksine, başka bir avukatı müdafii olarak görevlendirebilir. Ancak bunu yapabilmesi için şüpheli ve sanığın kendisine bu konuda yetki vermiş olması gerekir. Bu gibi durumlarda, şüpheli veya sanık tarafından müdafie bir vekaletname verilmesi ve vekaletnamede de özel ola-

<sup>42</sup> Lutz Meyer-Gossner 2009 s. 611; Vor 137, 9.

<sup>43</sup> BGH, NSTZ RR 98 18; § 145a, no 9’a da bakınız.

<sup>44</sup> Bay 80, 69 = MDR 81161; DAR86, 249 (R); LG BLremen aaO; LG Hagen StV 83, 145; Kaiser NJW 82 1368; Weiss NJW 83, 90.

<sup>45</sup> HammAnwBl 81, 31; München StV 08, 127, 128\$ LG Hagen aaO.

<sup>46</sup> (§ 234 2, 3, 329 I, 350 II, 387 I, 411 II cümle 1.

rak bu konunun belirtilmiş olması gerekir.<sup>47</sup>

Bununla birlikte, süreye bağlı kanun yollarına başvurulabilmesi için, müdafii bizzat imkan bulamadığı hallerde başka bir avukattan, kendisi adına böyle bir başvuru yapmasını istemesi, özel vekaletname olmaksızın kabul edilmektedir.<sup>48</sup> Bu gibi hallerde dahi (yani şüpheli ve sanık tarafından seçilen müdafii tarafından görevlendirilen müdafii açısından bile), işlem yapabilmek için, vekaletname talep edilmemektedir.<sup>49</sup>

Müdafii, “soruşturma evresinde” müstesna üç belge inceleyebilir: a) yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak (mülga CMUK 143 “sorgu tutanağı” diyordu), b) bilirkişi raporları, ve c) adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer “adli” işlemlere ilişkin tutanaklar (mülga CMUK 143 “sanık hazır iken yapılan işlemlerin tutanakları” diyordu).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1989 yılında verdiği Lamy/Belçika kararında Başvurucunun müdafinin tutuklamayı izleyen 30 gün boyunca dosyayı inceleyememesini İHAS 5/4. fıkraya aykırı bulmuş, iddia makamının dosya içeriğini bilmesine karşın, savunmanın bilmemesi, silahların eşitliği ve çekiişmeli yargılama ilkelerine aykırı olduğunu belirtmiştir. Müdafinin dosyayı inceleyememesi tutuklamaya itiraz hakkının etkili bir biçimde kullanılması engellenmiştir. Öte yandan şüpheli veya müdafii tutukluluğa itiraz edebilmesi için soruşturma dosyasının içeriğini öğrenmesi gerekir. Silahların eşitliği ilkesi de bunu gerektirir. C. Savcısı gibi müdafii de tüm delilleri öğrenmeli, iddia makamı ile eşit durumda olmalıdır. Soruşturmanın selameti nedeniyle gizlilik kararı alınması halinde desilahların eşitliği ilkesine dikkat edilmelidir.

*c) Müdafii şüpheli ile görüşme hakkı (CMK 154).*

Şüpheli veya sanık, müdafii ile her zaman görüşebilir (CMK 154). Müdafii gözaltındaki sanıkla görüşmesi serbesttir. Bu görüşme başkalarının duyamayacağı bir ortamda gerçekteşir.

Müdafii, tutuk sanık ile her zaman serbestçe yazışabilir (CMK 154).

<sup>47</sup> BGH StraFo 06, 454.

<sup>48</sup> KG JR 81, 168.

<sup>49</sup> Düsseldorf StraFo 98, 227; Hamm NJW 63, 1783; Köln VRS 60, 441.

Ceza Muhakemesi Kanunu tutuklu kişinin hukuk durumunu düzenlemiş, 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 esası 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 gönderildiği 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.

Türk Hukuku bu noktaya gelmek için uzun bir gelişme süreci yaşamıştır. Yakalanarak gözaltına alınan bir şüphelinin, müdafii ile dört gün süre ile hiç görüştürülmemesi Avrupa Sözleşmesine aykırı idi. Hukuka uygun olması için, soruşturmanın amacını tehlikeye düşüren sebeplerin mevcudiyeti aranmalı idi.

Ancak sınırsız hak olmaz. Bu görüşmenin sınırlarının tayin edilmesi gerekir. Batı hukuklarında bu sınır çizilmiş ve yasayla düzenlenmiştir (StPO 148, 148a).

1984 tarihli İngiliz Adli Polis ve Deliller Kanununun c sayılı yönetmeliğinin 6 ncı maddesine göre yakalanan ve polis nezaretine alınan kişilerin



avukatlarıyla şahsen, yazıyla veya haberleşme hakları vardır. Müdafî dışındaki kişiler ile yapılan telefon konuşmaları ve diğer haberleşme ise gizli değildir ve ilgili memurlar tarafından dinlenirler ve mahkemede delil olarak kullanılabilirler (m. 5.7). Yakalanan ve gözaltına alınan şahsın ücretsiz olarak hukuki yardım alma hakkı vardır. Bizde olduğunun aksine, daha sonra müdafîe ödenecek bu ücretten sorumlu değildir.

Türk hukukundaki düzenleme ile müdafîin yakalanan sanık ile hiç bir denetime tabi olmayan sınırsız bir görüşme hakkı kabul edilmiş olmasına karşılık, İngiliz hukukunda hukuki yardım hakkının kullanılmasında istisnalar da öngörölmüştür: Müdafîin ifade alma sırasında hazır bulunmasının doğuracağı gecikmenin kişilere ve mallara karşı ciddi bir zarar riski doğurduğu veya yakalanan tarafından adı bildirilen veya listeden seçtiği müdafî ile temas kurulamaması veya kurulduğu halde gelmeyi reddettiği hallerde, terör eylemlerinin soruşturmasında soruşturmayı yürüten müfettiş makul bir şüphe duyarsa, sanığa hukuki yardım yaptırmayabilir (madde 6.6).

Zabıtaca ifade alınırken müdafîin ifade alınmasını engelleyici bir tavır takınması halinde, ifadeyi yürüten memur müdafîin odadan çıkmasını emredebilir (m. 6.9). Bu müdafîin hazır bulunması ile ifadenin devam edemeyeceği kanaati oluşursa sanığın başka bir müdafîe danışma imkanı tanınır (m. 6.10) ve müdafîin bu engelleyici davranışı baroya rapor edilir (m. 6.11).

#### *ç) Müdafîin tutuklu sanıkla yazışması (CMK 126).*

Sanık ile müdafîin birbirlerine yazdıkları şeylere, müdafî yanında buldukça elkonulamaz (CMK 126).

Tutuk sanık ile müdafîin birbirlerine yazdıkları şeylere, nerede olursa olsun, elkonulamaz.

Bu hükmün istisnası 2006–5532 sK ile değişen TMK 10/1–e maddesinde öngörölmüştü. Bu istisna 2012–6352 sK ile yeniden düzenlenen TMK 10 da tekrarlanmayarak, kaldırıldı.

#### *d) Savunma bağışıklığı.*

Müdafî, müdafaası sırasında acaba sözlerim suç teşkil edecek mi diye düşünürse, yine serbestçe müdafaada bulunamaz. Bunun içindir ki sanık gibi müdafîe de “savunma bağışıklığı” tanınmıştır.

Savunma bağışıklığı, müdafaa hakkının kullanılması bakımından tanındığından, hele kanunumuz sadece hakaret suçlarında kabul ettiğinden, müdafaa hakkının kötüye kullanılması demek olan suç tasnii, iftira, tanıkları yalan beyana teşvik gibi suçlarda bağışıklık söz konusu değildir.

Savunmanın önemi, iddia bağışıklığı gibi savunma bağışıklığının kabulünü gerektirir. “İddia ve savunma bağışıklığı”nda 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, hattâ bazen belli şartlarla kabul edilmiştir. Bütün bu şartlar, bağışıklığın sınırlandırılması, hattâ bazen büsbütün yok edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

5237 sayılı Ceza Kanunu 128 inci maddesi ile bu bağışıklığı hakaret suçları açısından kabul etmiş, isnad ve değerlendirmelerin uyumsuzlıkla bağlantılı olmasını aramıştır.

*e) Müdafie ayrıca bildirme.*

Müdafî, medenî muhakemedeki vekilden farklıdır ve müstakil bir durumu vardır. Bu sebeple sanığa bildirme müdafie bildirme yerine geçmediği gibi müdafie bildirme de müdafî sanığın temsilcisi olmadıkça, sanığa bildirme yerine geçmez ve sanık ile müdafie ayrı ayrı bildirme gerekir (TebK “1985-3220” 11/1). Bu bildirme, doğrudan doğruya olabildiği gibi, tebliğ şeklinde yani vasıtalı da olabilir.

Müdafîin 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.

*f) Müdafîinin “karşılıklı soru sorma”da tanıklara ve bilirkişilere soru sorma yetkisi.*

Kanun, tanıklara “doğrudan soru” ve “karşılıklı soru sorma” yetkisini

müdafie tanımış bulunmaktadır (CMK 201, 215). Mülga CMUK 232/1 “C. savcısı ve sanığın müttefikan talep etmeleri” şartı ile tanığa doğrudan soru sorma hakkını veriyordu. 5271 sayılı Kanun bu koşulu kaldırmıştır.

*g) Müdafii hazır bulunma yetkisi.*

Müdafii, sanığın hazır bulunduğu işlemlerde hazır bulunabilir. Sanık gaip de olsa, hazır olmasa da (CMK 197/1), müdafii duruşmada bulunma hakkı vardır.

Müdafii 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, müdafii ifade alma sırasında hazır bulunması kabul edilmiyordu. Türkiye’de 1992 de yaşanan gelişme, Amerika Birleşik Devletlerinde 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 red edildi. Supreme Court, ceza davasında adil yargılanma hakkının garanti edilebilmesi için, sanığın hukuki yardım alması gerektiğine hükmederek temel bir kural yerleştirdi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, kollukta ifade alınırken müdafii tayin edilmemesini, müdafaa hakkının kısıtlanması niteliğinde görerek 6/1 ve 6/3-e madde ihlali olarak değerlendirmiştir.

Zorunlu müdafilik hallerinde müdafii sorguda hazır bulunması mecburidir. Tutuklanması istenen şüphelinin hakim tarafından sorgusu yapılırken zorunlu müdafilik öngörülmüştür (CMK 101/3). Diğer hallerde ise şüpheli veya sanık isterse, hakim tarafından yapılan sorguda müdafii hazır bulunur.

Müdafii ifade alma sırasında hazır bulunma hakkı güçlendirilmiş (CMK 147/1-c) ve bir “isteğe bağlı müdafilik” hali yaratılmıştır. Düzenleme isabetlidir. Türk Hukuku bu noktada Alman Hukukundan farklıdır. CMK 147’ye göre, şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alındığı sırada müdafii hazır bulunması bir hak olarak kabul edilmiştir. Ancak, müdafii bulunmamasına rağmen, gönüllü olarak ifade veren bir şüphelinin beyanı delil olarak kullanılabilir.

Duruşma gününün müdafie bildirilmesi gerekir. Eğer bildirme yapılmazsa, temyiz süresi işlemeye başlamaz. Müdafii savunma görevini yerine getirmezse, müdafilik ilişkisinin bulunduğu söylenemez (CGK 29.1.2008, K. 8).

*h) Müdafiiin kanunyolu dâvası açma yetkisi.*

Müdafii vekâletnameli olsun veya olmasın müdafaa görevi dolayısı ile yargılama makamlarının verdikleri kararlara karşı kanunyolu davası açabilmelidir. Müdafii ancak sanık lehine kanunyoluna gidebilir.

Kanunumuz, sanığın açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla müdafie bu yetkiyi vermiştir (CMK 261). Ancak suçta sürüklenen çocuk ile müdafiiin iradeleri uyuşmadığı vakit, müdafiiin iradesine üstünlük tanınmalıdır; çocuk temyizden vazgeçme iradesini bildirmiş olsa da, müdafii hükmü temyiz edebilir (CMK 266/3).<sup>50</sup>

Savcı, sanığın arzusuna aykırı olsa da, sanık lehine kanunyoluna gidebildiğine göre, müdafii bu yetkiden yoksun bırakmanın manası yoktur. Müdafiiin yaptığı müdafaa toplum adına olduğundan, müdafiiin sanığa karşı hür olması da gerektiğinden, müdafiiin bu yetkisinin sanık iradesi ile sınırlandırılması bizce doğru değildir.

Kolluk tarafından yapılan ifade alma sırasında en fazla üç müdafii bulunabilecektir. Müdafiiin yakalanan kişi ve sanıkla görüşmesinin engelenmeyeceği kuralı getirilmiştir. İfade alma sırasında veya sorguda her zaman yanında bulunabileceği kuralı getirilmiştir.

Getirilen yenilik kural olarak yerindedir. Ancak istisnasının gösterilmesi hatalıdır. Tahkikatın amacının tehlikeye düşeceği hallerde sanığın veya ifadesi alınanın hiç kimseyle görüştürülmemesi gerekir. Bu istisnanın Anayasa'dan kaynaklandığını (Any. 19) yukarıda belirttik.

Belli hallerde müdafiiin görevden yasaklanması sözkonusudur. Bu husus uluslararası hukukta düzenlenmiştir. Sanık haklarını kuvvetlendirirken toplumun ve devletin korunmasını sağlamak amacıyla mehz kanunda olduğu gibi, devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda ve diğer hallerde müdafiiin görevden yasaklanması bizde de düzenlenmelidir (StPO 138a, 138b, 138c, 138d).

<sup>50</sup> CGK 30.5.2006, K. 146.

*i) Gizli soruşturma yöntemlerinde müdafaa sorunu.*

İletişimin denetlenmesi veya gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi gizli araştırma yöntemlerinin uygulanması için hakim kararı bulunması gerektiği bilinen bir gerçektir. Ancak hakim tarafından verilen bu kararlar gizlidir. Diğer bir ifade ile “şüpheli” hakkında dinleme kararı verildiğini bilmemekte, belki tahmin dahi etmemektedir. Fakat Devletin hakimi verdiği kararla bireyin özel hayat hakkını sınırlandırmaktadır. Bu gibi hallerde de şüphelinin savunma hakkı vardır.

Hakkında gizli araştırmalar yrtlen bir kişinin adil yargılanma hakkını önemli surette etkileyecek olan bilgilerin toplanması sırasında korunması amacıyla mukayeseli hukukta bazı tedbirler alındığı grlmektedir. İngiltere’de terör suçu işlemeden evvel özgürlüğün kısıtlanmasına imkan tanınmakta, fakat hakimin 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 hakim 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.

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, hakim kararına itirazın pratik bir sonucu olmadığı, dinlemeyi engellemediği için itiraz edilmemesi gerektiği düşünülmelidir; Zira dinleme yapıldıktan sonra itiraz üzerine dinleme kararının hukuka aykırı olduğu tespit edilecek olursa, dinlemeden elde edilen kayıtların ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacağı açıktır.

*j) “Modern müdafiiin” gelişmiş yetkileri.*

Müdafiiin yapabileceği muhakeme hukuku işlemleri, yani yetkileri, 21 inci yüzyılda yeni bir ivme kazanmıştır: Klasik müdafii tipi yerini modern anlamda müdafaaya bırakmıştır.

Modern müdafiiin, şüpheli veya sanığın rızası dahilinde olmak koşulu ile “araştırma yapmak” yetkisi vardır. Ancak, müdafii yaptığı araştırmalar neticesinde şüpheli veya sanık aleyhinde bulgular elde ederse, tanıklıktan çekilme yetkisine sahip bulunduğu için, bunları açıklamak mecburiyetinde değildir.

Etkin pişmanlık suçlarında, sanığın suçunu kabul etmesi veya uzlaşmaya tabi suçlarda, şüpheli veya sanığın uzlaşmayı kabul etmesinde görölen, ”sanığın Devletle veya mağdurla uzlaşmasına” dayanan “alternatif muhakeme modelleri” (ADR) geliştikçe, “modern müdafilik” daha da belirgin hale gelmektedir. Bu gelişme, müdafiiin daha fazla “araştırıcı” bir konuma girmesine neden olmuştur. Adalet sistemi içinde “bağımsız bir organ” durumu kazanmış olan müdafii, şüpheli veya sanığa nazaran engin bir uzmanlık bilgisine sahip bulunduğu için, “yeni bir savunma stratejisi” geliştirme hak ve görevi de kazanmıştır.

Yeni müdafii tipi, savunma görevini çok ciddi olarak ele alan, işine dört elle sarılan ve konusunun uzmanı, dosyanın her bir noktasını çok iyi bilen, muhakeme hukukunun bütün inceliklerine hakim olan ve yapılan hukuki hatalara hiç tahammöl göstermeyen, mücadeleci bir müdafii tipidir. Müdafii, sanığın suçlu olduğunu bilse dahi, onun yasal menfaatlerini korumak ile yükümlüdür. Bu nedenle, adalet sisteminin ve yasaların bütün boşluklarından yararlanarak, sanığın en yararına olacak sonuca ulaşmak üzere etkin savunma stratejileri geliştirmek, modern müdafiiin en tabii görevidir.

8) *Müdafilik görevinin sona ermesi.*

a) *Baronun görevlendirdiđi müdafii yerine bařka müdafii sečilmesi.*

Baro tarafından, istem üzerine (CMK 150/1) görevlendirilen avukatın müdafilik görevi, sanığın kendisine başka bir avukatı müdafii olarak sečilmesi ile sona erer (CMK 156/3). Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinin görevi biten, baroca atanan müdafie değil, vekaletname ile seçilen müdafie tebliğ edilmesi gerekir (CGK 2.3.2010, K. 41).

b) *Zorunlu müdafiiin görevini yapmaması (CMK 151/1).*

Ceza Muhakemesi Kanununun 150 nci maddesi hükmüne göre görev-

lendirilen müdafii, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemleri yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir (CMK 151/1). Eğer yeni müdafii savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını açıklarsa oturum ertelenir (CMK 151/2).

*c) Müdafiiin görevden yasaklanması (CMK 151/3 ila 6).*

Maddenin 3 üncü fıkrasından itibaren müdafiiin yasaklılık hali düzenlenmiştir. Müdafiiin sıfatını elde etmenin koşullarından biri avukat olmaktır. İkinci bir olumsuz koşul ise ‘avukatlık yasağı bulunmamak’tır. CMK’nun 151. maddesinin 3. fıkrasında avukatlık yasağı hali düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Yasası’nın 151. maddesinin ilk şeklinde madde başlığı “müdafiiin görevini yerine getirmediğinde yapılacak işlem” iken, 5553 sayılı Kanun’un 22. maddesi ile “müdafiiin görevini yerine getirmediğinde yapılacak işlem ve müdafiiinlik görevinden yasaklanma” olarak değiştirilmiştir. Sözkonusu değişiklikle maddeye 3, 4, 5 ve 6. fıkralar eklenmiştir.

1412 sayılı CMUK da müdafiiin görevden yasaklanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu halde Avukatlık Kanununun 135, 136 ve 153. maddeleri uyarınca yasaklanma sözkonusu olmaktadır.

CMK’nun 151. maddesinin 3, 4, 5 ve 6. fıkralarına göre müdafiiin yasaklanabilmesinin koşulları şunlardır:

i) Seçilen veya atanan müdafiiin olmalıdır.

ii) Türk Ceza Kanununun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafiiinlik veya vekilliği görevini üstlenmiş olmalıdır. Görüleceği üzere müdafiiinlik görevden yasaklanabilmesi için şüpheli veya sanığın tutuklu olması veya bu suçlardan hükümlü olanların vekilliğini üstlenmiş olması gerekir.

iii) Avukat (müdafiiin veya vekil) hakkında bu fıkrada sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılmış olmalıdır. Müdafiiin sadece TCK 220 ve 314. maddeleri ile terör suçlarından dolayı yargılanabilecek ve sadece bu suçların sözkonusu olduğu halde görevden yasaklanabilecektir. Müdafiiin hakkında sayılan suçlar sebebiyle kovuşturma başlatılması halinde, bu

evrede yasaklanabilecek, müdafî hakkında sadece soruşturmanın başlatılması yasaklanması için yeterli olmayacaktır.

Müdafî hakkında yasaklama kararını müdafî hakkında açılan davaya bakan mahkeme karar verir ve bir yıl süre ile yasaklanmasına karar verir. Bir yıllık süre kovuşturmanın niteliği itibariyle altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Yasaklama hali azami iki yıl devam edebilecektir.

Hakkında yasaklama kararı bulunan müdafîin, o sanığı, başka davalarda da savunup savunamayacağı konusunda fıkrada açıklık bulunmamaktadır. Ancak maddenin son fıkrasında “müdafî veya vekilin görevden yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafîliğini veya vekilliğini üstlendiği kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemeyeceği” hüküm altına alınmıştır. Bu fıkradan yasaklı müdafîin, başka suçlardan dolayı, diğer sanıkların müdafîliğini üstlenebileceğini, ancak onları cezaevi veya tutukevinde ziyaret edemeyeceği anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtilen koşulların varlığı halinde, müdafîin görevden yasaklanması mecburi olmayıp, yasaklama kararını verecek merciin takdirine bağlıdır. Kanundaki “yasaklanabilir” terimi bunu belirtmektedir.

Müdafî hakkındaki kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilirse, bu kararın kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar.

Maddenin 5 inci fıkrasında savunma hakkının kısıtlanmaması için görevden yasaklama kararının, tutuklu veya hükümlü ile yeni bir müdafî görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirileceği belirtilmiştir.

Müdafîin görevden yasaklanma kararına itiraz edilebilir. Bu karar bir mahkeme kararı olmasına rağmen, Kanunda açıkça belirtildiği için bu mahkeme kararına itiraz edilebilir.

#### 9) Zorunlu müdafî veya vekile ödenen ücret.

Zorunlu müdafîden yararlanan sanık, mahkum olduğu takdirde, müdafîe ödenen ücret muhakeme masrafı olarak sanığa yüklenir (CMK 325). Ancak, İHAS 6/3-c hükmü, Anayasa'nın 90/son maddesi gereği kanun gibi uygulanır ve dosyadaki bilgilerden, “mali olanaklardan yoksun olduğu



anlaşılan“ sanığa, zorunlu müdafie ödenen ücret, yargılama gideri olarak yüklenemez.<sup>51</sup>

Soruşturma evresinde Şikayetçi olmayan, fakat duruşmada Şikayeti belirten ifade kullanan suçtan zarar görenden, davaya katılmak isteyip istemediği sorulur (CMK 238/2). Sorulmaması usuli bir eksikliktir. Somut olayda Şikayetçi hükme karşı kanun yoluna başvurmadığı için, bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.<sup>52</sup>

Zorunlu mdafilere ödenen ücretin, AvK 164/4 deki; “avukatlık ücret tarifesi altında vekalet creti kararlaştırılamayacağı kuralına” aykırı, düşük ve yetersiz olduğu savı ile açılan iptal davasını, Danıştay, istisnanın kanuna dayandığı (CMUK 146) ve kamu yararı bulunduğu gerekçeleri ile reddetmiştir.<sup>53</sup>

Terörle mücadelede görev alan istihbarat veya kolluk görevlilerinin görevlerinden doğduğu iddia edilen suçlarının soruşturma ve kovuşturması için seçtiği en fazla üç mdafiin creti, hazine tarafından ödenir (TMK 15).

#### **VI- Medeni sorumlu, ek ceza sorumlusu.**

Kanun, Drdc Kitabın başlığı “mağdur, Şikayetçi, malen sorumlu, katılan” olmasına rağmen, meden sorumlu ile ek ceza sorumlusunun ferd savunma makamını işgal etmek ve sanığı desteklemek üzere ceza dvasına katılmalarını düzenlememiştir. Halbuki sanığın mahkm olmaması bunları çok yakından ilgilendirir. Meden sorumlu ve sanık durumuna geçirilmemişse ek ceza sorumlusu, ceza dvasına katılma suretiyle sanığı destekleyebilmelidir. Kanunlarda açıkça öngörülen hallerde, Cumhuriyet savcısı hukuk davası da açabileceği veya açılmış hukuk davalarında taraf olarak yer alabildiğine göre (HMK 70/1), kamu dvasına katılan da, hukuk mahkemesinde görülen davaya müdahale edebilmelidir.

#### **VII- Bilirkişi ve uzman.**

*1) Bilirkişinin hukuki statüsü ve vasıfları (CMK 62).*

Bilirkişi, zm uzmanlık bilgisi, teknik bilgi veya özel bilgiyi gerek-

<sup>51</sup> 2. CD 16.6. 2011, K. 13291.

<sup>52</sup> CGK 11.7.2006, K. 183.

<sup>53</sup> Dan. 8. D. 22.10. 2010, K. 5412.

tiren hallerde, maddi meseleyi inceleyip, görüş bildiren uzmandır.

Suç fiilini beş duyusu ile algılayıp olay bilgisi vermediği için bilirkişi “tanık” değildir, ancak bilirkişi hakkında tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanır (CMK 62). Örneğin bilirkişi yaptırımlar bakımından da artık tanıklara benzetildiğinden davet üzerine gelmemenin kanunî sonuçlarının bu çağrı kağıdında gösterilmesi gerekir. Aksi halde bu sonuçların uygulanmaması gerekir.

Bilirkişinin belli vasıfları olmalıdır. Bunların başında aranılan sahada ihtisas 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 yardımcıısı sıfatıyla, onun gibi objektif de olmalıdır. Bu vasfı sağlamak için bilirkişinin, hâkim gibi, aynı sebeplerle reddi ve çekinmesi kabul edilmiştir (CMK 69, 70). Reddi kabul edilen bilirkişi mütalâa bildirmeyecek, bildirmişse nazara alınmayacaktır.

Kamu hizmetlerinden yasaklılık veya belli bir meslek ve sanatı icranın tatili cezasına mahkûm olanlar, bu süre içinde bilirkişilik edemezler. Keza tanık olmağa mâni hal de bulunmamalıdır (CMK 45, 46, 48).

Bilirkişi “kanaat” (opinion) açıklar. Bu kanaatin bilimsel gerçeklere dayanıp dayanmadığı, duruşmada denetlenir. Supreme Court “Daubert” kararında, hakimin 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 metodlar bilim çevrelerinde genel olarak kabul edilen (general acceptance) bir metod mudur?

Bilirkişinin seçimi, Amerikan sisteminde davanın taraflarına aittir. Dava taraf bilirkişilerinin mücadelesi şeklinde cereyan eder. Hakim tarafından seçilen “objektif bilirkişi” seçimi usulü giderek yaygınlaşmaktadır.

2) *Bilirkişi–uzman farkı.*

“Bilirkişi” mahkeme, hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından re’sen veya tarafların istemi üzerine tâyin edilir (CMK 63).

Yeni Kanunun “uzman” adını verdiği (CMK 67/6), tarafların seçtikleri bilirkişi ise bir tür “teknik müşavirdir”. Kanunumuza göre bunlar da bilirkişilerdir. Fakat hâkimin tâyin ettiği bilirkişiden farklı tarafları vardır. Kovuşturma evresinde taraflar uzman statüsündeki teknik müşvirlerini “doğrudan doğruya davet” ettirebilirler (CMK 68/3). Sanık duruşma devresinde, uzmanını, davet için müracaat etmeden de 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.

3) *Bilirkişiye başvurulabilen haller.*

Bilirkişiye hangi hallerde başvurulacağını kanun göstermiştir: “çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin rey ve müta-lâasının alınmasına karar verilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı olan konularda bilirkişi dinlenemez” (CMK 63/1).

Hakim belli bir bilim ve tekniğe ilişkin özel bilgiyi gerektiren her halde o konuda bilgili olsa dahi, bilirkişiye başvurmalıdır. 2004 kanun koyucusu mülga CMUK 66/1’deki “bilirkişiye başvurma mecburiyetini”, yerinde bir şekilde, terketmiş ve görevlendirilmesini takdire bırakmıştır.

Ancak, 63’ncü madde dışında, belli bazı konularda bilirkişiye başvurma mecburiyetini ayrıca düzenlemiştir: 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) ve 6) Zehirlenme şüphesi üzerine inceleme (CMK 89) konularında bilirkişi görüşü alınması mecburidir.

4) *Bilirkişilik yapabilenler ve görevlendirme kararı.*

a) *Bilirkişi olarak atanabilecekler (CMK 64).*

Bilirkişi daima uzmanlığı belgelenmiş gerçek bir şahıs olmalıdır. Bilirkişinin şahsının istisna olarak kanunlarla belirtildiği vardır. Belli hususlar-

da mütalâa beyanı ile kanun tarafından görevlendirilmiş olanlara resmî bilirkişi denilmektedir. Resmi bilirkişilik görevi içinde görev yapan gerçek kişi, bilirkişidir. Mahkemede raporu sunacak olan da odur, tüzel kişi adına gayrimuayyen bir kişi değil.

Resmî bilirkişi kabul edilmişse, görevini yapmasını engelleyen özel sebepler olmadıkça, bu “öncelikle” atanır, yerine başkası tâyin edilemez (CMK 64/3). Resmî bilirkişilerin görevlerini yapmasını engelleyen özel sebepler varsa, yerlerine başkaları seçilebilir (CMK 64/3).

Yüksek Sağlık Şurası (YSS), Türk Sağlık Hukukunda bilirkişilik yapma konusunda yetkilendirilmiş resmi bir kuruluştur. Yüksek Sağlık Şurası Sağlık Bakanlığının sürekli bir kuruluşu olup, 1219 sayılı Kanun 1593 numaralı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevlerine Dair Kanun hükümlerine göre bilirkişilik görevi yapmaktadır.

Yüksek Sağlık Şurası, sağlık mensuplarının kusur oranlarını tespit etmektedir. Şura üyeleri bilim adamları arasından seçilen üyelerle, sağlık Bakanlığı müsteşarı danışma ve inceleme kurulu başkanı, temel sağlık ve yataklı tedavi genel müdürlerinden oluşmaktadır. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının Kuruluşu Hakkındaki KHK'nın 31 inci maddesine göre, 11 üyeli yüksek sağlık şurası önemli sağlık ve sosyal yardım konularında görüş bildirmek ve tababet şubeleri sanatlarını ifadan doğan adli konularda görüş vermek görevine sahiptir.

Yukarıda belirtildiği gibi, Yüksek Sağlık Şurası doktorların kusur durumlarını tayine yetkilidir. Buna karşılık, mağdurdaki arazın niteliğini tayin etme yetkisi, Adli Tıp Kurumuna verilmiştir. Yüksek Sağlık Şurası tedavi ile ilgili genel ilkeler de belirlemektedir.

Mahkemeler tıp mesleklerinin uygulanmasından doğan suçlarda bilirkişiye başvurmada serbest bulunmakla birlikte, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 75 nci maddesine göre, raporlarıyla bağlı olmamak koşulu ile Yüksek Sağlık Şurasının görüşünün alınması mecburi tutulmuştu. Anayasa Mahkemesi bu maddeyi 3.6.2010 tarih ve 2010-79 sayılı kararı ile iptal etti.

Bu yasanın düzenlemesi sadece ceza mahkemelerinden bahsettiği için

diğer mahkemelerin ve adli makamların yüksek sağlık şurasından bilirkişi görüşü almak mecburiyetleri olmadığı kabul edilmektedir.

Yüksek Sağlık şurası yılda bir kez toplanır bunun adaletin gecikmesine neden olduğu iddia edilmektedir. İş yükünün çok olduğu ve dosya üzerinden inceleme yapıldığı ve bu nedenle de ilgililerin muayenesi ve dinlemesinin yapılmadığı bilinmektedir.

Bilirkişinin belli vasıfları olmalıdır. Bunların başında aranılan sahada ihtisas 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.

İncelemeyi yapacak bilirkişilerin sayısının ve şahsının tayini, kural olarak, bu kararı verme yetkisi olan makama aittir. 1985 den beri bilirkişi sayısı üç ile sınırlanmişken, Ceza Muhakemesi Kanunu bu sınırlamayı kaldırmıştır. Bu kuralın şahsa ve sayıya ilişkin istisnaları vardır: Bilirkişinin şahsının istisna olarak kanunlarla belirtildiği vardır. Belli hususlarda mütalâa beyanı ile kanun tarafından görevlendirilmiş olanlara resmî bilirkişi denilmektedir. Resmî bilirkişi kabul edilmişse, görevini yapmasını engelleyen özel sebepler olmadıkça, yerine başkası tayin edilemez. Resmî bilirkişilerin görevlerini yapmasını engelleyen özel sebepler varsa, yerlerine başkaları seçilebilir.

Resmî bilirkişilerin başlıcaları şunlardır: a) Adlî Tabipler, b) Adlî 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) Adlî 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 adlî tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmeye mecburdur (1982-2659 numaralı Adlî Tıp Kurumu K. 2), ç) Tababet ve şuabatı sanatlarını ifadan mütevellit adlî meselelerde Yüksek Sağlık şurası ekspertiz ile mükelleftir (Umumî Hıfzıssıhha Kanunu, m. 10). d)

İlâç fiyatlarındaki ihtikârı 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 Korumaya 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 64/3) bir istisnasını oluşturmaktadır, zira bu bilirkişileri kanun değil, kanunun gösterdiği makam seçmektedir.

CMK belli bilirkişiler için çekinme mecburiyeti öngörmüştür: Bu bakımdan kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar, meslek sırrı gerektirdikçe müdafiler, hekimler, ebeler ve belli koşullarda devlet sırları gerektirdikçe, Devlet memurları çekinme mecburiyetindedir.

Bilirkişi kabul ettiği görevi dürüstlükle yapmak mecburiyetindedir. Mütalâa beyanı ile mükellef olan bilirkişi için, gelince, mütalâasını söylemeden veya raporunu vermeden önce yemin etmek mecburiyeti vardır. Kanun bilirkişilerin listeye kaydedilirken İl Adli Yargı Adalet Komisyonları huzurunda CMK’nun 64/5 inci fıkrasında öngörülen sözlerin tekrarlanması suretiyle yemin edeceğini, listeye kaydedilen bilirkişilerin görevlendirildikleri her işte yeniden yemin verilmesi sözkonusu olmadığını kabul etmiştir. Sadece listede yer almamış bir bilirkişi görevlendirildiğinde kendisini atayan merci huzurunda yemin edecek ve bu tutanağa bağlanacaktır.

Yemin 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.

CMK’nun 64. maddesinde bilirkişinin görevini tarafsızlıkla yerine getireceğine dair yemin edeceği düzenlenerek, bilirkişinin tarafsız, objektif olması hususu vurgulanmıştır. Dosyada mevcut bilirkişi yemin ve teslim

tutanağında bilirkişi, “şikayetçi ile temasa geçeceği ve tam olarak tüm bilgileri aldıktan sonra inceleme yapacağını” belirtmiştir. Bilirkişinin hakim, mahkeme veya C. savcısının kararı olmaksızın şikayetçi ile temasa geçmesi, tarafsızlığı ve objektifliği ile bağdaşmaz. CMK’nun 66/4. fıkrasında, bilirkişi, görevini yerine getirmek amacıyla bilgi edinmek için şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir. Bilirkişi, uzmanlık alanına girmeyen bir sorun bakımından aydınlatılmasını isteyecek olursa; hakim, mahkeme veya C. savcısı, nitelikli ve konusunda bilgiyle tanınmış kişilerle biraraya gelmesine izin verebilir. Aynı maddenin 6. fıkrasında gerekli olması halinde, bilirkişinin, mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabileceği hususu dzenlenmiştir. Görüleceği üzere bilirkişinin kendiliğinden, özellikle olaya ilişkin tüm bilgileri almak üzere şikayetçi ile temasa geçmesi CMK sistemine aykırıdır. Çünkü şikayetçi olaya ilişkin tüm bilgileri tarafsızlıkla anlatamaz, kendi bakış açısıyla anlatır. Üstelik bilirkişinin kendisine sorulan sorulara, uzmanlığına ihtiyaç duyulan teknik ve uzmanlık sorularına cevap vermesi gerekli ve yeterlidir. Aksi takdirde bilirkişi, hakim ve/veya mahkeme yerine geçmiş, kararı veren kişi konumuna gelir. Bu bakımdan bilirkişinin dosyayı incelemeyen, raporunu yazmadan önce, hakim, mahkeme, Cumhuriyet savcısının izni olmaksızın şikayetçi ile görüşmesi hukuka aykırıdır. Bilirkişi, elindeki bilgi, belgeleri inceledikten sonra, ek inceleme yapılmasına gerek görürse, bunu bildirerek ve gerekli kararı alarak ek inceleme yapabilir. Dava konusu olayda bilirkişiler hiçbir şey incelemeyen (CD’lerin boş olması, belgelerin yabancı dilde olması sebebiyle inceleyemeyen) ek inceleme yapmak istemesi gene bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile bağdaşmaz.

Bilirkişiler için bilirkişilik yapmayı kabul mecburiyeti kural olarak yoktur. İstisna olarak, resmî bilirkişiler, incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatla iştigali meslek edinenler veya meslek edinmeye mezun olanlar ile incelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar kabule mecburdur (CMK 65).

Bilirkişiliği kabul eden bilirkişi, çekinmesi kabul edilmedikçe, tayin

edilen süre içinde yazılı mütalâasını bildirmeye mecburdur. Bu süre işin niteliğine göre en fazla üç ay olabilir. Özel sebeplerin zorunlu kılması halinde bilirkişinin talebi ve atayan makamın gerekçeli kararıyla en fazla üç daha uzatılabilir. Süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi hakkında 66/2. madde uygulanır. 64. maddede öngörülen listelerden çıkarılabilir, gecikme dolayısıyla uğranılan zararların ödetilmesine karar verilebilir.

Hakim bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verirken, incelemenin konusunu tayin etmek, cevaplandırılmasını istediği soruları hazırlamak mecburiyetindedir. Uygulamada ise soruların açık, net olmaması muhakemelerin uzamasına sebep olmaktadır.

Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, tanıkları dinlemek ve sanığı sorguya çekmek yetkisini de haizdir.

Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, dosyayı tetkik etme, tanıkların dinlenmesinde ve sanığın sorguya çekilmesinde hazır bulunma ve bunlara soru sorma yetkilerine maliktir.

Asıl inceleme safhasında bilirkişinin görevini, kendisini atamış olan merci ile ilişki içinde yerine getireceği, gerekirse gelişmeler hakkında bilgi vereceği 66/3. fıkrada hüküm altına alınmıştır. İnceleme sırasında hâkimin huzuru şart değildir. İnceleme aynı zamanda keşif suretiyle oluyorsa, keşifte hazır bulunma yetkisi ve ödevi olanların, inceleme safhasında da hazır bulunma yetki ve ödevi vardır. Bilirkişinin keşif sırasındaki istekleri kabul edilmezse, ret kararı gerekçeli olarak tutanağa geçirilmelidir.

İnceleme safhasından sonra mütalâanın oluşması safhası gelir. Bilirkişinin mütalâasını oluşturabilmesi için bazı deneyler yapması, kitap karıştırması gerekebilir. Bu safhada taraflar hazır bulunmazlar. Birden fazla bilirkişinin yapmaya mecbur oldukları müzakerede de tarafların hazır bulunma yetkisi yoktur.

*b) Görevlendirme kararı (CMK 63).*

Bilirkişiyeye hangi hallerde başvurulacağını mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu göstermemiştir. İtalya’da olduğu gibi (CPPI 314), belli bir bilim ve tekniğe ilişkin özel bilgiyi gerektiren hallerde ve sadece maddî mesele bakımından bilirkişiyeye başvurulacağı bizce açıktı. Uygulamada yanlışlar yapıldığı için olacak ki kanun “çözümü özel veya teknik bir bil-



giyi 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.

Belli bir bilim ve tekniğe ilişkin özel bilgiyi gerektiren herhalde, hele herhangi bir muhakeme makamı ihtiyaç duyduğunda hâkim o konuda bilgili olsa dahi, bilirkişiyeye başvurmalıdır. Zira hâkimin özel teknik bilgisi ile delil muhtevasını öğrenmesi, delillerin müşterekliği prensibine ters düştüğü gibi tecrübe kaidesini tayin etmesi ve uygulaması da tarafların mütalâa bildirmelerine ve hâkimin özel bilgisini tartışmalarına imkân vermez. Özellikle, bilgisayarlarda yer alan dataların, yani verilerin bilirkişi incelemesinden geçtikten sonra “delil” olarak kullanılması mümkündür. Burada da bilirkişiyeye başvurmanın zorunlu olduğu düşüncesindeyiz.

2004 kanun koyucusu mülga CMUK 66/1’deki “bilirkişiyi başvurma mecburiyetini”, yerinde bir şekilde, prensip olarak terk etmiş ve görevlendirilmesini takdire bırakmış, fakat aşağıda gösterilen bazı hallerde istisnai olarak mecburiyet öngörmüştür.

CMK’nun 63. maddesi dışında belli bazı konularda bilirkişiyeye başvurma hususu ayrıca belirtilmiştir: Gözlem altına alınma (CMK 74), beden muayenesi (CMK 75), moleküler genetik incelemeler (CMK 78), ölünün adli muayenesi (CMK 86), otopsi (CMK 87), zehirlenme şüphesi üzerine inceleme (CMK 89).

Diğer kanunlarda da mecburiliğin belirtildiği vardır. Bu belirtmenin içtihatla yapıldığına da rastlanmaktadır. Örneğin iyonlaştırıcı radyasyonlarla yürütölen çalışmalarla ilgili olarak idare mahkemelerinde açılan davalarda mahkemelerce seçölen bilirkişöilerin Türkiye Atom Enerjisi Kurumundan seçöilmesi Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 8.10.1998 tarihli Genelgesi ile duyurulmuştu.

Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülebölen konularda bilirkişi dinlenemez (CMK 63/1).

Karar verme yetkisi. Bilirkişiyeye başvurma yetkisi, kural olarak, mahkeme ve hâkimlik makamlarına verilmiştir. Kanun kısaca hâkim demektedir. Bu makamlar soruşturma evresinde sulh hâkimliği, duruşma hazırlığında mahkeme başkanlığı ve duruşma mahkemesidir.

Mülga Kanun ilk şeklinden beri, gecikmede tehlike varsa, yani istisna olarak, savcılığa da bilirkişi incelemesi yaptırma yetkisi vermişti (CMUK 66/2). Ceza Muhakemesi Kanunu ise istisnayı kural haline getirmiş ve “soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının bilirkişi atamasını düzenlenmiştir (CMK 63/3). Bu atama yetkisi hâkimin yetkisine elbet tesir etmez. Bu istisna, inceleme resmî bilirkişilerde yapıldığında sakıncalı değildir. Gerçekten hâkim de yaptırarsa aynı resmî bilirkişiye başvuracaktır. Keza yemin söz konusu olmadığında da sakınca yoktur. Savcının taraf olarak bilirkişi incelemesi yaptırması, hatta o kişiyi duruşmaya getirebilmesi mümkündür (CMK 179/2).

Bilirkişilik belli alanlarda uzman olmayı gerektirdiği için, ceza muhakemesi hukuku açısından da bilirkişilik alanları özellikler gösterir: Ruh ve beden sağlığı, Akıl hastalığı, Çocuğun ceza sorumluluğu, Sahtecilik, Uyuşturucu, Kandaki alkol, Gıda maddeleri, Trafik, İlliyet bağı, Malpraktis, Dijital deliller.

Bilirkişiye başvurma yetkisi, kural olarak, mahkeme ve hâkimlik makamlarına verilmiştir (CMK 63/2). Bu makamlar hazırlık soruşturmasında sulh hâkimliği, duruşmada hazırlığında mahkeme başkanlığı ve duruşma mahkemedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu “soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının bilirkişi atamasını düzenlenmiştir (CMK 63/3). Bu istisna, inceleme resmî bilirkişilerde yapıldığında sakıncalı değildir. Gerçekten, hâkim de yaptırarsa, aynı resmî bilirkişiye başvuracaktır. Keza, yemin söz konusu olmadığında da sakınca yoktur. Savcının taraf olarak bilirkişi incelemesi yaptırması, hattâ o kişiyi duruşmaya getirebilmesi mümkündür. Bu uzman, savcı yemin verdirememelidir. Nitekim sanık da taraf olarak seçtiği bilirkişisine yemin verdiremez.

Makamınca görevlendirme kararı (CMK 63) verilmemişse, teknik konuyu derinlemesine bilen kişi, “bilirkişi” sıfatını kazanmaz. Bilirkişi incelemesi yaptırılması kararı, tarafların isteği üzerine verilebileceği gibi re’sen de verilebilir. 5271 sayılı Kanun bilirkişi sayısı konusunda bir sınırlandırma yapmamıştır. Ancak, bilirkişinin sayısını istisna olarak Kanunun tâyin ettiği vardır. Örneğin otopsi bir hekim tarafından yapılır (CMK 86/3).

*c) Bilirkişinin reddi (CMK 69).*

Bilirkişi hâkimin yardımcısı sıfatıyla, onun gibi, objektif olmalıdır. Bu vasfı sağlamak için, bilirkişinin, hâkim gibi, aynı sebeplerle reddi ve çekilmesi kabul edilmiştir (CMK 69, 70). Tanıklık ve bilirkişilik bağdaşmadığından, kişinin tanıklık yapması gerekir.

CMK'nun 22 ve 25. maddelerinde belirtilen durumlar mevcutsa, bilirkişi reddedilebilir. Hakim veya mahkeme atananan bilirkişinin kimlik bilgilerini, ret hakkına sahip olanlara bildirmelidir. Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli ve sanık, müdafii, kanuni temsilci bilirkişiyi reddedebilecektir.

Asıl davaya bakan makam, ret davasına da bakar. Ret sebebi ispat edilmelidir. Reddi kabul edilen bilirkişi mütalâa bildirmeyecek, bildirmişse nazara alınmayacaktır. Ret istemi için kanun herhangi bir süre öngörmemiştir. Bilirkişi dinlendikten sonra da reddedilebilir.

Ret isteğinin kabul veya reddine ilişkin kararlara itiraz edilebilir. Red konusundaki ara karar, temyiz veya istinaf incelemesinde denetlenir.

*ç) Bilirkişilikten çekinme, bilirkişi olarak dinlenemeyenler (CMK 70).*

Bilirkişinin çekinme yetkisi de vardır. Bilirkişinin objektif olması gerektiğinden, objektif kalamayacağından korkan bilirkişi çekinebilmelidir. Bilirkişi tanıkların çekinme sebeplerine veya makbul diğer sebeplere dayanarak mütalâa beyanından çekinebilir. Sebebin makbul olup olmadığını, soruşturma evresinde C. savcısı, kovuşturma evresinde hakim takdir edecektir. Bu karara karşı itiraz edilebileceği gibi, hükümle birlikte temyiz veya istinaf muhakemesinde de incelenmesi mümkündür.

CMK'da düzenlenmeyen diğer bir husus, tanığın bilirkişi olmasına ilişkindir. Mülga Kanunda tanıklık ile bilirkişilik aynı hususa taallûk ediyorsa, tanıklık tercih edileceği (CMUK 68/3) hükmü mevcuttu. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 70 inci maddesi sadece tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepleri düzenlemiştir.

Maddedeki "bilirkişi geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir" hükmü nedeniyle, bilirkişilikten çekinmenin, tanıklıktan çekinmeye nazaran daha geniş tutulduğu söylenebilecektir. Madde gerekçesin-

de de belirtildiği üzere, ideolojik görüş, duygusal yaklaşımlar nedeniyle bilirkişilikten çekinmek mümkündür.

Bilirkişiliği kabule yükümlü olmayanların bilirkişilikten çekinmesi de sözkonusu olmaz. Zira bunların hiçbir gerekçe göstermeden, görüş bildir-memeleri imkanı vardır. Çekinme ancak bilirkişiliği kabule yükümlü olanlar (CMK 65) için sözkonusu olur. Kanunun 64/3. fıkrasında, bilirki-şiler için bir çekinme hali düzenlenmiştir. Madde uyarınca, kamu görevli-leri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişisi olarak atanamaz-lar. Atanmışlarsa, kendileri çekinebilecekleri gibi, ret hakkı olanlar da bu bilirkişiyi reddedebilirler.

#### 5) Bilirkişisi incelemesinin yapılması.

##### a) İnceleme usulü.

Ceza Muhakemesi Kanunu, “bilirkişisi incelemesi” başlığı altında “bilir-kişisi” (CMK 62) ve “uzman” (CMK 67/6) adını verdiği taraf bilirkiőisinin hukuki konumunu yeniden düzenledi (CMK 62–73).

Bilirkişisi incelemesi, teknik konuda uzman olmayan hakim için, bazı hallerde maddi gerçeği ortaya çıkarmada önemli bir vasıta, bazı hallerde ise büyük bir hata kaynağıdır. Hakiminin hüküm verirken bilirkiőisinin yön-lendirmelerinden kurtulabilmek ve “silahlarda eşitliği sağlamak” üzere, taraf bilirkişisi olan uzman görüşüne de itibar etmesi yerinde olur.

Ancak bilirkiőisinin bilirkişisi hakim kendisidir. Hakim davada konu olan teknik hususu bilemez. Ancak, dava sırasında, bu konuyu, bilirkişisi ve uzmanın görüşleri doğrultusunda derinlemesine araştırarak “öğrenmek”, hakim görevidir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeği ortaya çıkarmak zorunda olan hakim, dava konusu teknik konunun bütün ayrıntılı teknik tartıőmalarını da araőtırırsa, bilirkişisi raporunda ileri sürülen görüşleri daha iyi değerlendirir.

“Bilirkişisi incelemesi” Şu safhalardan geçerek yapılır:

Bilirkişisi incelemesi yapılmasına karar verildikten sonra, bilirkiőisiye davetiye çıkarılır (CMK 62), davet üzerine gelmemenin kanunî sonuçları-nın bu davetiyede gösterilmesi gerekir (CMK 43).

Gelen bilirkişisi, inceleme konusu hakkında aydınlatılır, inceleme yapıp

mütalâasını rapor halinde bildirmesi için süre tâyin edilir. Bu süre, duruma göre değişir fakat üç ayı geçemez (CMK 66/1).

CMK 66/3, bilirkişinin görevini, kendisini atamış olan merci ile ilişki içinde yerine getireceğini, gerekirse gelişmeler hakkında bilgi vereceğini hüküm altına almıştır. İnceleme sırasında hâkimin huzuru şart değildir.

Bilirkişi görevini yerine getirirken, tıbbi operasyonlar yapabilir, mesela, bedenden kan örneği almak gibi tıbbi müdahalelerde bulunur. Bilirkişi tecrübe kaidesinin içeriği konusunda ve yaptığı araştırmaların neticeleri hakkında hakime uzmanlık bilgisini verir. Bilirkişi mesela, ölen kişinin vücudunda zehir bulunup bulunmadığı gibi konularda, bulgu tespiti yapar. Bilirkişi sahip bulunduğu uzmanlık bilgisi sayesinde, belli olguları tespit eder, yani olgu değerlendirmesi yapar. Bilirkişinin en çok uyguladığı yöntem budur. Yabancı hukuk kuralları hakkında bilgi vermek. Bilirkişi istisnai olarak ve büyük ölçüde yabancı hukukla sınırlı olmak üzere, hakime hukuki bilgi verir.

Bilirkişinin inceleme konusunu oluşturan olgular, kendisine kural olarak mahkeme tarafından bildirilir. Bilirkişi incelemesi sırasında “olgu” tespit edebilir. Bilirkişinin yaptığı inceleme sırasında, kendi uzmanlık bilgisine dayanarak tespit ettiği olgular, bilirkişi raporu içeriği sayesinde duruşmada delil olarak kullanılırlar.

Bilirkişi incelemesini yaparken, daha evvel yaptığı incelemelerden veya özel bir hekim olarak yaptığı tedavilerden öğrenmiş bulunduğu olguları da raporunda zikrederse, duruşmada bu olgular da ikame edilebilir.

Ek olgular: Ceza kovuşturmasını yapan organların kendiliklerinden ve özel bir uzmanlık bilgisine sahip olmadan belirleyebilecekleri olgulara ise ek olgular adı verilir. Bu tür ek olgular, bilirkişinin tanık sıfatıyla dinlenmesi yolu ile duruşmada ikame edilirler.

Bilirkişinin inceleme sırasında algıladığı hususlar. Bilirkişi kendi algılamalarını da değerlendirebilir. Zira bilirkişi raporunu hazırlamak için yaptığı inceleme sırasında bazı kokular duyabilir. Bazı şeyler hissedebilir. Bilirkişinin bilirkişiye başvurusu. Bilirkişi yaptığı inceleme sırasında başka uzmanların bilgisini sorup bunları da kullanabilir.

*b) Delillerin değerlendirilmesine yardım.*

Hakim delilleri vicdani kanaatiyle serbestçe değerlendirir ve ispat konusunda hüküm verir (CMK 217/1), ama hakimın teknik konularda bilgi almaya ihtiyacı vardır.

Hakim hüküm verirken, tasım yolu ile kk ve büyük önermeleri kullanır. Büyük önermeyi teşkil eden ‘‘tecrübe kaidesi’’, bilimsel ve teknik bilgileri gerektirir. Kk önermeyi teşkil eden ‘‘delil muhtevasının öğrenilmesi’’ de, özel ve teknik bilgiyi gerektirebilir. Bilirkişi bu konuda, ‘‘hakimin yardımcısıdır’’.

Bilirkişi bazen hakime sadece ‘‘tecrübe kaidesini’’ bildirmekle yetinir ve sonuç çıkarma yapmaz. Örneğin yabancı hukuk hakkında bilgi aktarması veya belli bir yöredeki ticari örf ve adeti açıklaması, muhasebede defter tutma yöntemlerini açıklaması, bu tür bir bilirkişiliktir.

Hkimlerin teknik sahalarda uzman olmalarına imkn yoktur. Hkim, teknik bilgiye sahip olsa da onu kullanmamalıdır. Buna ‘‘hkimin teknik konudaki şahs bilgisini kullanamaması prensibi’’ denilir. Hakim hüküm vereceği konudaki teknik ayrıntıları bilse bile, bu bilgiyi tartışma imknı olmadığı için, teknik bilgisini kullanamaz ve bir bilirkişi görüşü alır. Bilirkişinin raporu duruşmada ortaya konacak ve taraflarca tartışılacaktır. Bu nedenle, bilirkişiden sadece hkim değil, kollektif hükme katılan her süje yararlanmalıdır. Uzman görüşe alınması, bunun için kabul edilmiştir.

Teknik sahada bilgi alma, bilirkişi veya uzmana başvurarak gerçekleştirilir.

*c) Bilirkişi mütalaası delil değildir.*

Bilirkişi raporu delilleri değerlendirme aracıdır ve günümüz ceza muhakemesinde görülen davaların konularının karmaşık bir hal alması nedeniyle önemi giderek artmıştır. Bilirkişi müstakil davranarak ve sadece bilirkişilerin bağlı buldukları inceleme kuralları çerçevesinde araştırmalar yaparak, elde ettiği bilgileri mahkemeye vermek mecburiyetindedir.

Bilirkişi mtalası, bir delil değil, delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. İsbat vasıtası olan delil, parmak izi veya belge gibi, muhtevasının öğrenilmesi kk önermeyi teşkil eden şeydir. İsbat konusunda hüküm

verebilmek için, hem delil muhtevasının öğrenilmesi, hem de büyük önermeyi teşkil edecek tecrübe kaidesinin bilinmesi gerekebilir.

*ç) Hakim bilirkişi mütalaası ile bağlı değildir.*

Bilirkişi, hüküm verenin müşaviri olduğundan, istişarenin mahiyeti icabı olarak, hüküm verenler, özellikle hâkimler, bilirkişinin mütalâaları ile Adı Tıp Genelkurulunun teknik ihtisas alanındaki kararları istisnası dışında, bağlı tutulamazlar.

Bilirkişinin de yanılması mümkündür. Böyle bir şüpheye düşen hâkim, bir başka bilirkişiye inceleme yaptırmalıdır. Hâkim, bilirkişinin mütalâasını kabule mecbur olmamakla beraber, niçin kabul etmediğini bilimsel olarak izah etmeye mecburdur.

*6) Bilirkişinin görevi kabul etmesi, yükümlülük ve yetkileri.*

*a) Bilirkişiliği kabul.*

Bilirkişiler için kabul mecburiyeti kaide olarak yoktur. İstisna olarak, şu kimseler kabule mecburdurlar (CMK 65): Resmî bilirkişiler, incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatla işigali meslek edinenler veya meslek edinmeğe mezun olanlar, incelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.

*b) Bilirkişinin yükümlülükleri.*

Belli bilirkişiler için çekinme mecburiyeti vardır: Kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar (CMK 64/3), Meslek sırrı gerektirdikçe müdafiler, hekimler, diş hekimleri ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler (CMK 46), hapis cezasının alt sınırı beş yıldan daha az olan suçlarla ilgili olarak, belli koşullarda devlet sırları gerektirdikçe, Devlet memurları (CMK 47).

Bilirkişi soruşturma veya kovuşturma evresinde adli bir işlem yapmakla görevlendirildiği için, incelemesi yaparken öğrendiklerini gizli tutmak zorundadır, yani sır saklama mecburiyeti vardır.

Bilirkişi kabul ettiği görevi dürüstlükle yapmak mecburiyetindedir.

Kasten hakikat hilâfına mütalâa beyan etmek suçtur (TCK 276).

“Mütalâa beyanı ile mükellef olan” (CMK 71), yani görevi isteyerek veya mecburiyet dolayısı ile kabul eden bilirkişi için kabulden sonra usulü dairesinde davet edilince gelmek mecburiyeti vardır. Gelmezse, tanıklar gibi zorla getirilir.

Mütalâa beyanı ile mükellef olan bilirkişi için, gelince, mütalâasını söylemeden veya raporunu vermeden önce, yemin etmek mecburiyeti vardır (CMK 64/5). Savcıların bilirkişi tâyin yetkisinin istisna olarak kabul edildiği hallerde de bu mecburiyet vardır. Yemin, bilirkişilerin taraf tutmadan, tamamen ilim ve tekniğe uygun olarak mütalâa beyan etmeleri için kabul edilmiş bir tedbirdir. O neviden mütalâa beyan etmek üzere evvelce genel olarak yemin etmiş kimselere yeniden yemin verilmeyip bunlar eski yeminlerine göre mütalâa beyan ederler (CMK 64/5).

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, 60/1).

Bilirkişiliği kabul eden bilirkişi, çekinmesi kabul edilmedikçe, 3 ayı geçmeyecek şekilde tâyin edilen (CMK 66/1) süre içinde yazılı mütalâasını bildirmeğe mecburdur. Süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi hakkında 66/2. madde uygulanır ve 64. maddede öngörülen listelerden çıkarılabilir, gecikme dolayısıyla uğranılan zararların ödetilmesine karar verilebilir.

### c) *Bilirkişinin yetkileri.*

Bilirkişinin yetkileri şunlardır:

Çekinme yetkisi. Bilirkişinin çekinme yetkisi vardır. Bilirkişi tanıkların çekinme sebeplerine, veya makbul diğer sebeplere dayanarak mütalâa beyanından çekinebilir (CMK 70). Sebebin makbul olup olmadığını hâkim takdir edecektir.

Sanığa soru sormak. Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin bilgisine başvurmak, tanıkları dinlemek ve sanığı (mahkeme başkanı hakim veya Cumhuriyet Savcısı aracılığı ile) sorguya çekmek yetkisi’ni de haizdir (CMK 66/4).



Dosyayı inceleme. Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, dosyayı tetkik etme, tanıkların dinlenmesinde ve sanığın sorguya çekilmesinde hazır bulunma ve bunlara soru sorma yetkileri'ne maliktir (CMK 66/6). Başkan, hakim veya C. savcısı bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir (CMK 66/6). Muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi ise zorunlu saydığı soruları izin almadan doğrudan sorabilir.

Tazminat. Bilirkişi, kaybettiği vakit için bir "tazminat" ile inceleme ve seyahat masraflarını ve çalışması ile uygun bir "ücret alma hakkı"na haizdir (CMK 72).

*ç) Görevini yapmayan bilirkişi hakkındaki işlem (CMK 71).*

Mütalâa beyanı ile yükümlü olan (CMK 71), yani görevi isteyerek veya mecburiyet dolayısı ile kabul eden bilirkişi için kabulden sonra usulü dairesinde davet edilince gelmek mecburiyeti vardır.

Gelmezse, tanıklar gibi zorla getirilir ve bu hareketinin sebebiyet verdiği masrafları ödemekle beraber üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilir (CMK 71, 60/1). Ancak bunun için usulüne uygun çağrılmış olmaları gerekir.

Gelmek mecburiyetinden kurtulmak için asılsız sebep ileri sürmek mülga TCK'nun 282. maddesinde ayrıca suç olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK da bağımsız suç olarak düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, belirtilen eylem, diğer unsurlarında varlığı koşuluyla, TCK'nun 257 inci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarını oluşturabilir. Bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor vermesi hali TCK'nun 276 inci maddesinde suç olarak düzenlenmiştir.

Yemin etmektan çekinen bilirkişi hakkında tanıklara ilişkin hüküm uygulanır (CMK 71), yani bundan doğan masraflar ödettirilir, ayrıca üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilir (CMK 60).

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 üncü maddede öngörülen listelerden çıkarılabilir, gecikme dolayısıyla uğranılan zararların ödetilmesine karar verilebilir ve disiplin hapsi uygulanabilir. Ancak bilirkişi yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde derhal salıverilir.

## 7) Raporun bildirilmesi ve değerlendirilmesi.

## a) Bilirkişi raporu (CMK 67).

Bilirkişi yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan raporu ilgili mercie verecek, mütalâasını bildirecektir. “Ancak hemen mütalâa verilmesi mümkün işlerde sözlü mütalâa ile yetinilebileceği ve bu mütalâanın tutanağa geçirilerek imza ettirilebileceğine ilişkin CMUK 75/1 hükmü Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır. Bilirkişilerin görüşlerini yazılı olarak bildirdikleri raporun her sayfasını imzalamalıdır. Birden çok bilirkişinin varlığı halinde, aralarında farklı görüşü olanlar varsa, gerekçesiyle birlikte rapora yazılması gerekir.

Bilirkişi raporunda hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmeler yapılmamalıdır. Örneğin bilirkişi dosyayı inceleyerek, dolandırıcılık konusu paranın miktarını belirlemeli, ancak bu eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu şekilde hukuki bir nitelendirme yapmamalıdır.

Bilirkişi raporunda noksanlıklar gören hakim, aynı bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi, atayacağı başka bilirkişilerden yeni bir rapor da alabilir. Her iki bilirkişi raporu birbirini tamamlamakta ise üçüncü bir rapor almaya gerek yoktur. Ancak iki bilirkişi raporu arasında çelişki varsa, çelişkiyi gidermek üzere üçüncü rapor alınmalıdır.

## b) Raporun değerlendirilmesi,

Bilirkişi yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan raporu ilgili mercie verir (CMK 67/1). Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında, sözlülük kaide olduğundan, rapor vermiş olan bilirkişinin dinlenmesi de kaideyi oluşturur. Ancak, dinlemeye ihtiyaç yoksa raporun okunması ile yetinilebilir.

Bilirkişi raporunun mahkeme tarafından değerlendirilmesi. Mahkeme bilirkişi tarafından hazırlanan raporu kendisi de denetlemek zorundadır. Hiç bir denetim yapmadan bilirkişi görüşleri hükme yansıtılamaz. Mahkeme bilirkişinin vardığı hükmün doğruluğuna kanaat getirmeli ve bu kanaatinin gerekçesini de yazarak hükme öyle yansıtmalıdır.

Hâkim, mütalâayı kanaat husulü ile yeter görmezse, başka inceleme yaptırabilir. Adlî Tıp Kurumu İhtisas Kurulları ve İhtisas Daireleri mütalâa-

lâaları kanaat verici görülmezse, Adli Tıp Genel Kurulunun mütalâası da istenebilir.

Hakim bilirkişinin raporunda ileri sürdüğü görüşleri kabul etmediği takdirde Bunun da gerekçesini yazmak mecburiyetindedir. Hakimin bilirkişi görüşünü kabul etmediği konusunda gerekçe göstermesi, Yargıtay denetiminin sağlanması açısından zorunludur. Bu nedenle, bilirkişinin raporunu düzenlerken, mahkemenin bunu tek başına değerlendirebileceği şekilde, bir hukukçu için anlaşılabilir kelimelerle ifade etmesi yerinde olur. Bilirkişi tanık değildir. Zira yerine bir başkası ikame edilebilir. Bir kişinin tanık mı yoksa bilirkişi mi olduğu şekli olarak kendisine gönderilen çağırır kağıdına göre değil, sonuç olarak mahkemede verdiği bilginin içeriğine dayanılarak tespit edilir.

Raporun verilmesinden sonra yapılan işlemler. Rapor üzerine bazı noktalarda izahat alınmaya lüzum görülürse, bilirkişilerin sözlü veya yazılı olarak bu noktalar hakkında mütalâaları alınır. Kanununun 68. maddesinde, mahkemenin her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği, ilgililerden birinin istemesi halinde de bilirkişinin duruşmaya çağırılabilen hâkim altına alınmıştır.

Dinlenme suretiyle sözlü olarak mütalâanın bildirilmesinden sonra taraflar bu mütalâaya karşı diyeceklerini diyebilirler ve bilirkişiye sual sorabilirler (CMK 215). Bilirkişi mütalâalarının tartışılması, hâkimin bir kanaatta varması hususunda çok faydalıdır.

*c) Duruşmada bilirkişinin açıklaması (CMK 68).*

Bilirkişi raporunu, verdikten sonra bazı noktalarda açıklamaya ihtiyaç duyulursa, bilirkişilerin sözlü veya yazılı olarak bu noktalar hakkında görüşleri alınır. Kovuşturma evresinde sözlülük ilkesi hakim olduğundan duruşmaya çağırılabilirler. Bilirkişilerin duruşmaya çağırılmaları gerekip gerekmediği konusunda hakim veya mahkeme karar verir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 68 inci maddesinde, mahkemenin her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği, ilgililerden birinin istemesi halinde de bilirkişinin duruşmaya çağırılabilen hâkim altına alınmıştır. Dinlenme suretiyle sözlü olarak mütalâanın bildirilmesinden sonra taraflar bu mütalâaya karşı diyeceklerini diyebilirler ve

bilirkişiye sual sorabilirler (CMK 215). Bilirkişi mütalâalarının tartışılması, hâkimin bir kanaate varması hususunda çok faydalıdır. Hâkim mütalâyayı yeterli görmezse başka inceleme yaptırabilir.

Adlî Tıp Kurumu İhtisas Kurulları ve İhtisas Daireleri mütalâaları kanaat verici görülmezse, Adlî Tıp Genel Kurulunun mütalâası da istenebilir.

Kovuşturma evresinde taraflar uzmanlarını “doğrudan doğruya davet” ettirebilirler (CMK 68/3). Doğrudan doğruya davet edilen kimse, tazminatı celpname ile birlikte verilirse veya mahkeme kalemine yatırıldığı bildirilirse, hazır bulunmaya mecburdur. Bu bilirkişinin mütalâası, hâdisenin tenvirine yararsa, bu tazminatı Devlet öder (CMK 177). Sanık duruşma aşamasında, uzmanını, davet için müracaat etmeden de 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 müşahadeleri bizzat yapabilmek imkânının sağlanmasıdır. Sanık hakkındaki bu norm, uzmanını duruşmaya getirtebilen savcı ve müdahile de uygulanır. Uzman doğrudan doğruya davet ettirilebildiği gibi duruşma hükümlerine kıyasla, birlikte de getirilebilir. Uzman isterse, kural olarak, müşahadeleri tutanağa geçirilmelidir.

Kanunda bilirkişinin raporunu imzalaması gerektiğine dair açıklık bulunmasına rağmen, duruşmaya çağrılan bilirkişinin duruşmadaki açıklamalarına ilişkin tutanağı imzalamasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

#### 8) Güvenlik tedbiri muhakemesinde bilirkişilik.

Fiili işlediği sırada yaş küçüklüğu veya akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğu olmayan kişiye ceza verilemez, güvenlik tedbiri uygulanır.

Güvenlik tedbiri de bir yaptırımdır. Bu yaptırımın kişiye uygulanabilmesi için bir muhakeme yapılması gerekir. Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi (TCK 57) veya 12 yaşını doldurmamış olan çocuklarla (TCK 31/1), 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olanların “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olan çocuklar (TCK 31/2) hakkında hükmedilecek güvenlik tedbirinden önce, failin gerçekten bu durumda olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu husustaki tespit bilirkişi incelemesini gerektirir (CMK 74). Akıl hastalığının kişinin davranışları üzerindeki etkisinin saptanması için resmi bir sağlık kurumunda üç haftayı geçmemek üzere, “gözlem” altına alınmasına karar verilebilir.

9) *Uzman görüşü (CMK 67/2).*

Kanunun “uzman” adlı bir teknik müşavirden bilimsel mütalaa almayı ayrıca düzenlediği görülmektedir (CMK 67/6). Kanunun “uzman” adını verdiği suje, hâkimin tâyin ettiği bilirkişiden farklıdır; mesela Cumhuriyet savcısı bu uzmana yemin verdiremez. Sanık da taraf olarak seçtiği uzmana yemin verdiremez. 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 bilirkişi tâyinindeki gecikmenin tehlikesi haklı gösterebilir. Yemin listede yer almamış bilirkişilere görevlendirildiklerinde verdirildiğine göre (CMK 64/6), yemin bakımından gecikmede tehlike söz konusu olamamak gerekir.

Kanun kollektif hüküm verilmesinde rolü olan taraflara da bilirkişi seçmek yetkisini vererek, onların da teknik istişareden faydalanabilmesini kabul etmiş ve bunu düzenlemiştir. Kanunumuza göre bunlar da bilirkişilerdir. Fakat hâkimin tâyin ettiği bilirkişiden farklı tarafları vardır. Onun için ayrı bir ad taşımaları uygun olacaktır. Biz “bilirkişi” tâbirini re’sen tâyin edilenlere hasredip, tarafların seçtiklerini “uzman” adı altında inceleyeceğiz. Bizce taraflara bilimsel konularda mütalaa veren uzmana “teknik müşavir” denilmeli idi. Ancak kanun “uzman” terimini benimsemiştir. 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.

Kovuşturma evresinde taraflar uzmanlarını “doğrudan doğruya davet” ettirebilirler (CMK 68/3). Doğrudan doğruya davet edilen kimse, tazminatı celpname ile birlikte verilirse veya mahkeme kalemine yatırıldığı bildirilirse, hazır bulunmaya mecburdur. Uzmanlar hakkında muhakemenin her safhasında sadece beraberinde getirme sistemi uygulanmalıdır. Masrafını vermek suretiyle bir kimseyi uzman olarak mecbur edip getirmekte ne zorunluk ne de uygunluk vardır. Bu bilirkişinin mütalâası, hâdisenin tenvirine yararsa, bu tazminatı Devlet öder (CMK 177). Sanık duruşma aşamasında, uzmanını, davet için müracaat etmeden de 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, bilirkişinininkilerden 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 müşahadeleri bizzat yapabilmek imkânının sağlanmasıdır. Sanık hakkındaki bu norm, uzmanını duruşmaya getirtebilen savcı ve müdahile de uygulanır. Uzman doğrudan doğruya davet ettirilebildiği gibi, duruşma hükümlerine kıyasla, birlikte de getirilebilir. Uzman isterse, kural olarak, müşahadeleri tutanağa geçirilmelidir.

Kanunun “uzman” adını verdiği süje (CMK 67/6), hâkimin tayin ettiği bilirkişiden farklıdır; örneğin Cumhuriyet savcısı bu uzmana yemin verdiremez. Sanık da taraf olarak seçtiği uzmanına yemin verdiremez. 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 unutul-

mamalıdır. Bu istisnayı ancak bilirkişinin tayinindeki gecikmenin tehlikesi haklı gösterebilir. Yemin listede yeralmamış bilirkişilere görevlendirildiklerinde verildiğine göre (CMK 64/6), yemin bakımından gecikmede tehlike söz konusu olamamak gerekir.

Uzmanın bilimsel mütalaa istemek yetkisi katılan, vekiline, şüpheli, sanık, müdafı veya kanuni temsilciye verilmiştir. CMK'nun 67/6. fıkrasında Cumhuriyet savcısının da uzmanından bilimsel mütalaa alabilmesi imkanı 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.

#### *10) Bilirkişi ücreti (CMK 72).*

Maddede bilirkişinin kaybettiği vakit için bir tazminat ile inceleme ve seyahat masraflarını ve çalışması ile uygun bir ücret alma hakkını haiz olduğu düzenlenmiştir. Bu giderler hükümlülük halinde bilirkişiliğe konu suçtan mahkum edilen sanığa yükletilir, diğer hallerde ise Hazine üzerinde kalır.

#### *11) Sahte para üzerinde incelemeler (CMK 73).*

Madde para ve Devlet tarafından çıkarılan tahvil ve Hazine bonusu gibi

değerler üzerinde işlenen sahtecilik suçlarında, elkonulan para ve değerlerin bunların asıllarını çıkararak makamlarca incelenmesini öngörmektedir. Kanunun ifadesinden madde kapsamına giren hallerde bilirkişiyeye başvurma zorunluluğu anlaşılmaktadır.

Para, tahvil ve Hazine bonusu gibi değerler, Merkez Bankası ve Darphane tarafından basıldığından, bilirkişi olarak da bu makamların atanması gerekmektedir. Madde uyarınca bilirkişi yaptırılması para, Devlet tarafından çıkarılan tahvil ve hazine bonusu gibi değerlerle sınırlı değildir. Bunlar gibi değerler üzerinde de 73 üncü madde uyarınca bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Hangi konularda bilirkişi incelemesi yaptırılacağı madde gerekçesinde belirtilmiştir. Gerekçeye göre, incelenen değerlerin sahte olup olmadığı ve nasıl bir sahtecilik yapıldığı, sahteciliğin sonuçlarının neler olduğu konularında inceleme yapılacaktır.

Emniyet Genel Müdürlüğü veya Jandarma Genel Komutanlığına bağlı kriminal daire başkanlıklarında adıgeçen değerlerin sahtecilik incelettirilmesi yaptırılması mümkün değildir.

## § 5– YARGILAMA MAKAMI

### I– Hâkim bağımsızlığı.

Ceza muhakemesinde kollektif olarak verilen hükmü, iddia makamı iddiası ile hazırlar, savunma makamı karşı görüşler verir, yargılama makamı ise bunları göz önünde tutup, kendisi de maddi gerçeği araştırarak, oluşturur.

Muhakemenin soruşturma evresinde hakimlik makamı, kovuşturma evresinin sonunda mahkeme makamı esas hakkındaki kararı verir. Ancak, gerek hakimlik makamında, gerekse mahkeme makamında bir hakim vardır. Hâkimi diğer memurlardan ayıran en belirgin özellik, onun bağımsız ve tarafsız 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.



*1) Hakimin bağımsızlığı.*

Hâkimlerin bağımsızlığı, kararlarını verirken hür olmaları, hiç bir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar, yapabilmesi ihtimali de hâkimlerin bağımsızlığını zedeler.

Hâkimlerin bağımsız olması, yaptıkları yargılama görevinin o kadar tabii bir icabıdır ki, totaliter rejimler bile çok defa bağımsızlığı inkâr edememişlerdir. 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 (Any. 138) ilkesini ele almış, hattâ onu ana hatları ile düzenlemiştir. Ancak mahkemeler her zaman tek hâkimli olmadıklarından, bazı üyelerin bağımsızlığı da mahkemenin bağımsızlığı sonucunu muhakkak doğurmayacağından, “mahkeme bağımsızlığı”, kavramına da ihtiyaç vardır. Nitekim Anayasa mahkemelerinin bağımsızlığından da söz etmiştir (Any. 9).

Hâkim, dâvada çatışan menfaatler arasında adalet denilen dengeyi bulacaktır. Adalet dağıtma da denilen “yargılama”nın 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 bağımsızlığı”dır. Bu bağımsızlık Anayasasının şu normu ile genel olarak sağlanmıştır: “Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak, vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiç bir organ, makam, merci veya kişi yargılama yetkisinin kullanılmasında mahkemelere, hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz” (Any. 138/1 ve 2). Kanun bunlara “Hâkimler, mahkeme bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar” formüllerini de eklemiştir (HSK 4).

Hâkimlerin görevlerinin yargılama ve idare görevleri diye ikiye ayrılması ve idare görevleri bakımından Adalet Bakanlığına bağlı tutulmaları (HSK 5/4), hâkimlerin bağımsızlığı ile bağdaşamaz.

Bağımsızlık, hâkimlerin görevlerini tam ve hakkıyla 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, savcıların 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, hattâ idarece ceza verilmesi bir zorunluk olmuştur. Anayasa bunun sakıncalarını önleyecek çareyi bulmuştur: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı(lama) yolu açıktır” (Any. 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.

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 çökmeye mahkûmdur”.

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. Sağlamaya yetiyorlarsa, az da olsalar, mesele yoktur.

Hâkimlerin bağımsızlığı çeşitli tesirlerden korunmalıdır. Hâkimlerin bağımsızlığını zedeleyebilecek tesirler farklı olduklarından, farklı teminatları gerektireceği açıktır.

Biz çeşitli tesirlerden korunmayı, tesirlerin kaynaklarına karşı korunma olarak dört grupta toplayarak açıklayacağız: aşığıda (b) Yasama organına karşı korunma, (c) Yürütme organına karşı korunma, (ç) Yargılama organına karşı korunma, (d) Ortama karşı korunma.

2) *Hâkimin bağımsızlığının yasama organına karşı korunması.*

Anayasa gereğince hiç bir organ hâkimlere emir veremeyeceğine göre, kanunla dahi emir verilemez. Kanunların emrediciliği ile mecburîliği farklı şeylerdir.

Görölmekte olan bir dâva hakkında yasama meclislerinde yargılama yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz (Any. 138/3).

Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargılama yetkisine sahip olağanüstü mahkemeler kurulamaz (Any. 37/2).

Bunun dışında görölmekte olan belli bir davanın belli bir şekilde sonuçlanması amacıyla yasama organının kanun yapması da hakim bağımsızlığı ile bağdaşmaz.

3) *Hâkim bağımsızlığının yürütme organına karşı korunması.*

Hâkimlerin yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlayan tedbirlerin başında “Hâkimlik teminatı” gelir. Bizde savcıların da yararlanması için bu teminat “hâkimlik ve savcılık teminatı”na dönüőtürölmüőtür (Any. 139, HSK 44). 1982 Anayasası bir yandan bu teminatı savcılığa da tanımakla, bir yandan da “Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler” demekle (Any. 140/7, HSK 4), hâkimlik teminatı ile bağımsızlık arasındaki bağı koparmıő 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 (Any. 139, HSK 44):

i) 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, “azil”den maksat, memurluktan çıkarmadır. Bu da Anayasada istisnalar koyarak (Any. 139/2) ve kanunda “görevin sona ermesi” başlıklı madde ile (HSK 53) düzenlendiğine göre, bu teminat çeşidi fazla bir şey ifade etmemektedir.

ii) Yaş teminatı vardır. Hâkim ve savcılar, kendileri istemedikçe, Anayasada gösterilen yaştan (yani 140. maddeye göre 65 yaşını bitirmeden) önce emekliye ayrılamazlar.

iii) Özlük hakları korunmuştur. Hâkim ve savcılar, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamazlar.

iv) Coğrafi teminat. Eskiden, hâkimlik teminatının bir dördüncü çeşidi daha vardı. Coğrafi teminat veya yer teminatı denilen bu çeşit, “hâkimin (savcının değil) muvafakatı 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 tanımıyordu. 1972 de Hâkimler Kanunu değiştirilerek coğrafi teminat kaldırıldı ve yerine Yüksek Hâkimler Kurulunun bölgeler tesbit ederek münavebe ile belli sürelerle yer değiştirilebilmesi sistemi getirildi. 1982 Anayasası da coğrafi teminatı hâkimlik teminatı arasında göstermedi. 1983–2802 numaralı “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).

Bölge sisteminin faydası yok değildir. Ancak zararları bizce faydasından fazladır. Hâkimliğin çekici yönünün kalmaması, hâkim kadrolarında boşlukların artması sebeplerini biraz da burada aramak gerekir. Yeni kanuna göre hâkimlik ve savcılık eşit sayıldığından, adlî yargılama hâkiminin adlî yargılama savcılığına muvafakatı 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 nâkâdilememelerinde büyük yarar vardır. Kaldı ki Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da, savcılarla hâkimler bir tutulduğundan beri, ilk defa kurulmuş olan Yüksek Hâkimlerin Kurulundan çok farklı bir yapıya sahiptir.

#### 4) *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu.*

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu. 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 Kurulu”na terketti ve 1982 Anayasasına da bu adla girdi (Any. 159). Görülüyor ki bu kurul artık hakimlerin 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 (Any. 140/5).

Adalet Bakanının başkanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarının tabii üyesi olduğu Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Anayasa’nın “2010–5982” ile değişen 159 uncu maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“(1) *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.*

(2) *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır.*

(3) *Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk, (...) dallarında görev yapan öğretim üyeleri, (...) ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılarını arasından adli yargı hâkim ve savcılarınıca, üç asıl ve*

iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılarını arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.

(4) Kurul üyeliği seçimi, üyelerin görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde yapılır. Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerin görev süreleri dolmadan Kurul üyeliğinin boşalması durumunda, boşalmayı takip eden altmış gün içinde, yeni üyelerin seçimi yapılır. Diğer üyeliklerin boşalması halinde, asıl üyenin yedeği tarafından kalan süre tamamlanır.

(5) Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının; (...) oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir. Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır.

(6) Kurulun, Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı dışındaki asıl üyeleri, görevlerinin devamı süresince; kanunda belirlenenler dışında başka bir görev alamazlar veya Kurul tarafından başka bir göreve atanamaz ve seçilemezler.

(7) Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekiline devredebilir.

(8) Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

(9) Hâkim ve savcılarını görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sıra-

sında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.

(10) Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

(11) Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulumu. Genel Sekreter, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir.

(12) Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

(13) Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.”

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu 2010 yılında Anayasa değişikliğinden sonra 6087 numaralı kanun olarak yeniden yürürlüğe konuldu ve en son 2014 yılında 6524 sayılı Kanun ile değiştirildi. Kurulun görevlerini düzenleyen 4 üncü maddesi şöyledir:

*Kurulun görevleri*

**Madde 4-** (1) Kurulun görevleri şunlardır:

a) Bakanlığın, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlamak.

b) Hâkim ve savcılarla ilgili olarak;

1) Mesleğe kabul etme,

2) Atama ve nakletme,

- 3) Geçici yetki verme,
  - 4) Her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayırma,
  - 5) Kadro dağıtma,
  - 6) Meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme,
  - 7) Disiplin cezası verme,
  - 8) Görevden uzaklaştırma,
- işlemlerini yapmak.

c) Aşağıdaki alt bentlerde belirtilen hâkim ve savcılar hariç olmak üzere, hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetlemek; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırmak ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerini yürütmek.

1) Bakanlık merkez, bağlı ve ilgili kuruluşları ile uluslararası mahkemeler veya kuruluşlarda görev yapan hâkim ve savcılar.

2) Geçici yetki veya görevlendirme ile başka bir kurum, kurul veya kuruluşta çalışan hâkim ve savcılar.

3) İdarî görevleri yönünden savcılar.

4) Komisyon işlerine yönelik görevleri yönünden adalet komisyonu başkan ve üyeleri.

ç) (Değişik:15/2/2014-6524/22 md.) Adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma ile hâkim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması konularına münhasır olmak üzere genelge düzenlemek.

d) Yargıtay ve Danıştaya üye seçmek.

e) Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

(2) Kanunlarda açıkça Bakanlığa verilenler dışında, hâkim ve savcılarının tüm özlük işleri, Kurul tarafından yerine getirilir.”

2010-6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda 2014-6524 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sırasında bazı siyasi



amaçlarla, bir kısmı Anayasa Mahkemesi tarafından E. 2014/57 sayılı karar ile hemen iptal edilen, birkaç geçici madde eklendi:

**Geçici Madde 4–** (Ek:15/2/2014–6524/39 md.)

Bu maddenin 1, 2, 3, 4 ve 5. fıkraları Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2014 tarihli ve E. 2014/57, K. 2014/81 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.<sup>54</sup>

(6) Kurul tarafından çıkarılan;

a) Genelgelerin tümü bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükten kalkar.

b) Yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(7) Kurul idari personeli için yapılacak atamalarda 2014 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununda yer alan sınırlamalar uygulanmaz.

(8) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl içinde, adli ve idari yargı hâkim ve savcılar arasında yapılacak Kurul üyeliği seçimlerinde, adayların hâkimlik ve savcılık mesleğinde yirmi yıl çalışmış olmaları şartı aranır.

**Geçici Madde 5–** (Ek: 15/2/2014–6524/39 md.)

(1) Bu Kanunla Kurul üyelik seçimlerine ilişkin yapılan değişiklik, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yapılacak seçimlerde uygulanır.”

<sup>54</sup> Geçici 4 üncü maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen fıkraları şöyle idi:

“Geçici Madde 4– (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Kurulda görev yapan Genel Sekreter, genel sekreter yardımcıları, Teftiş Kurulu Başkanı, Teftiş Kurulu başkan yardımcıları, Kurul müfettişleri, tetkik hâkimleri ve idari personelin Kuruldaki görevleri sona erer.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde;

a) Başkan tarafından Teftiş Kurulu Başkanı, Teftiş Kurulu başkan yardımcıları ve genel sekreter yardımcıları atanır.

b) Genel Kurul tarafından, bu Kanunla öngörülen usule göre Genel Sekreter adayları belirlenir.

(3) Genel Sekreter adayları belirlendikten sonraki üç gün içinde Başkan tarafından Genel Sekreter atanır.

(4) Kuruldaki görevleri sona eren Genel Sekreter, genel sekreter yardımcıları, Teftiş Kurulu Başkanı, Teftiş Kurulu başkan yardımcıları, Kurul müfettişleri ve tetkik hâkimleri müktesepeleri dikkate alınarak uygun görülecek bir göreve atanırlar.

(5) Kuruldaki görevleri sona eren idari personel Adalet Bakanlığınca, Bakanlığın merkez veya taşra teşkilatında müktesepelerine uygun kadrolara atanırlar.”

Görüldüğü gibi, hakim bağımsızlığı ile yakından bağlantılı olduğu için, HSYK'nın yapısı ve görevleri ile ilgili çok değişiklik yapılmıştır. Konu halen tartışılmaktadır. Kurulda Adalet Bakanının ve müsteşarının bulunması “kuvvetler ayrılığı prensibinin kesin bir ayırım olmadığı, erklerin birbirlerini dengelemesi gerektiği” düşüncesiyle bir ölçüde tevil edilebilir-se de, bizce hakimler hakkına yapılan soruşturma, kovuşturma ve denetim işlemlerinin Adalet Bakanlığı tarafından yapılması hakim bağımsızlığının en büyük tehlikesini oluşturmakta idi. 2010 değişikliği ile hakim ve savcılarının denetlenmesi, araştırma, inceleme ve soruşturulmaları, ilgili dairenin teklifi ve Adalet Bakanının (kurul başkanının) oluru ile kurul müfettişleri tarafından yapılması esası benimsenmiştir (Any. “2010-5982” 159/9). Yeni yapılanma ile hakim ve savcılarının soruşturulmalarının Adalet Bakanlığında alınıp, Kurula verilmiş olması ilerleme sayılabilirse de, kurul başkanının Adalet Bakanı olması, “görünüşte bağımsızlık” ilkesini zedelemektedir.

Cumhurbaşkanının başkanlığını yapacağı bağımsız bir Hâkimler ve Savcılar Kurulunun kabulü ile “hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına gerçek anlamda bir çözüm” sağlanabileceği yolundaki Yargıtayın görüşüne, savcılarının bağımsız olmayışlarının gerektirdiği düzenlemelere de yer verileceğini umarak biz de katılmıştık.

Ancak, sorunun temelini, hakimlik ve savcılık mesleklerinin ayrı ele alınması gerektiği ve coğrafi teminatla bağlantılı olduğunun da farkındayız. Bizce, a) hakimlere kendisi istemedikçe yeri değiştirilmemek üzere coğrafi teminat, b) görev yeri değiştirdiği takdirde, bakmakta olduğu davaları belli bir süre zarfında bitirdikten sonra yeni göreve başlamak gibi görev teminatı, c) en az yedi yıl gibi bir görev süresi teminatı ve ç) suç ve disiplin soruşturmalarına Adalet Bakanlığının etkisinin ortadan kaldırılması sağlanırsa, kurulun yapısı ikincil bir sorun olacaktır.

##### 5) 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.

Örneğin yüksek hâkim, kanunyolu muhakemesinin kabul edildiği sınırlar içinde aşığı hâkimin bir kararını bozabilir veya onu bağlayacak bir karar verebilir. Fakat yüksek hâkimlerin önceden, genel nitelikte emir ve talimat vermeleri, hâkimlerin belli bir dâvada serbestçe karar vermesi demek olan bağımsızlığa ters düşer. Zira hâkimin elindeki adalet terazisinin bir kefesini ağır bastırarak niteliktedir. Bizde İçtihat Birleştirme Kararlarının mahkemeleri bağlayıcılığı, bu bakımdan hâkimlerin bağımsızlığına ve Anayasaya aykırıdır.

6) *Hâkim bağımsızlığının ortama karşı korunması.*

Hâkim'in karar verme özgürlüğünü, içinde bulunduğu ortam da etkileyebilir. Bunu önlemek için çeşitli çarelere başvurulmuştur. Örneğin hâkimler kanunda belirlenenlerden başka genel veya özel hiç bir görev alamazlar (Any. 140/6).

Hâkimlerin hakem olması da kabul edilmemiştir.<sup>55</sup> Bir hâkimin eşi veya yakını olan avukat, o hâkimin baktığı işte avukatlık yapamaz ve belli kamu görevi yapanlar, belli tüzel kişiler aleyhinde iş alamazlar (AvK. 12, 13). Duruşmanın disiplini koruyan normların bir amacı da dinleyicilerin muhtemel tesirini önlemektir. Müzakereler gizlidir. Ortamın karar üzerinde baskısı ağırlaşınca kamu emniyeti nedenine dayanılarak muhakemenin nakli yoluna gidilebilir. Bu da yetmezse yarı askerî veya askerî mahkemelere başvurulduğu vardır.

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 Anayasa yargılama görevinin gereğine uygun olarak

<sup>55</sup> İBK: 13/5/64 RG 8/7/65.

yerine getirilmesi için basın hürriyetinin sınırlanabileceğini kabul etmiş (Any. 26/2 ve 28/3), 2012-6352 sayılı kanunu ile yürürlükten kaldırılmadan önce, Basın Kanununun 19 uncu maddesi de basına sınırlama getirmişti. Madde başlığında “yargıyı etkileme” kelimeleri yer almakta ise de madde içeriğinde bu unsura yer verilmemişti.

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, 2005 yılında yürürlüğe giren 5395 numaralı Çocuk Koruma Kanunu bu konuyu düzenlemedi. Sadece temel ilkeleri düzenleyen maddesinde, çocuğun haklarının korunması amacıyla, çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik önlemlerin alınması ilkesini kabul etti (ÇKK 4/1-1).

## II- Hâkimin tarafsızlığı.

### 1) Tarafsızlık.

Hâkimler görevlerini yapmaya mecburdurlar. Her mahkeme yetkisi içinde olan dâvalara bakmak zorundadır. Ancak hâkimleri her dâvaya bakmaya zorlamanın da sakıncaları vardır. Bu nedenle muhakeme kanunları, hâkimlerin yargılamama mecburiyetini, çekinmelerini ve tarafların ret isteyebilmelerini mümkün kılmakla, hâkimlerin objektifliğini temine çalışırlar. Hattâ aynı sebeple, yargılama görevini yapmada tutanak düzenlemek suretiyle hâkimlerin yardımcıları olan zabıt kâtiplerinin de görev yapmaması ve reddi istenmesi kabul olunmuştur (CMK 30).

Hâkimin iyi bir hâkim olması için objektif olması arandığına göre bunu sağlamak gerekir. Bunun çarelerinden biri, hâkimin objektifliğini tehlikeye sokan hallerde ona hâkimlik yaptırmamaktadır. Hâkimin dâvaya bakamayacağı haller sınırlayıcı ve istisnâ olduklarından dar yorumlanmalı, yani yorum ile genişletilmemeli ve sayıları artırılmamalıdır.

Kanun bu halleri iki grupta toplamıştır: 1) Hâkimin, istinabe üzerine de

olsa hiç bir yargılama işlemi yapamayacağı haller, 2) Hâkimin belli işlemleri yapamayacağı haller.

Hâkimin hiç bir yargılama işlemi yapamayacağı haller objektifliği kendisi veya taraflar bakımından sağlamalarına göre (CMK 22) iki eşitir:

a) Kendisi bakımından objektifliği için kabul edilen şu hallerde hâkim hiçbir yargılama işlemi yapamaz: 1) Suçtan kendisi zarar grmuşe, 2) Aynı dâvada savcılık veya adlî zabıta memurluğu görevini yahut sanık veya şuğheli müdafiliği veya mağdur avukatlığını yapmışsa, 3) Aynı dâvada tanık veya bilirkişi sıfatı ile dinlenmişe.

b) Taraflar bakımından objektifliği için kabul edilen şu hallerde de hâkim hiç bir yargılama işlemi yapamaz: 1) Sonradan kalksa bile şuğheli sanık veya mağdur ile aralarında evlilik veya vesayet veya kayyımlik bağı bulunmusa, 2) Sanık şuğheli veya mağdur ile aralarında yakın hısımlık veya evlât edinme bağı varsa.

Yargılamama mecburiyetinin özel kanunlarla düzenlendiği vardır. (rneğin Seçimlerin Temel Hükümleri Kanunu, m. 177).

### 2) *Hakimin objektifliği.*

Hâkimin elindeki terazinin tam tartmasının ikinci şartı da hâkimin muhakeme ii etkilerden korunmasıdır. Buna “hâkimlerin objektifliği” diyeceğiz. Kanunda, objektiflik yerine, yanlışlıkla “tarafsızlık” denilmiştir. Halbuki tarafsızlık, objektifliğin sadece bir yönüdür. İkinci yönü “kişiliksiz” de denilebilecek olan “kişilikten sıyrılma”dır.

Hâkimin taraflar bakımından objektif olmasına, yani taraflar bakımından sübjektif davranmamasına “hâkimin tarafsızlığı” denilir. Bu tarafsızlık, taraf makamlarında aynı durumda başkaları da olsa, aynı kararın verilmesini sağlar. Anayasa “herkes... kanun önünde eşitir” (m. 121/I) derken, bunu kasdetmektedir. 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.

Hâkimlerin tarafsızlığı, taraflarla arasında herhangi bir menfaat bağı, durum benzerliği olmamasını gerektirirse de bunun % 100 gerçekleşmesi

imkânsızdır. Hâkim taraflardan biri ile aynı dinden veya sosyal gruptan olabilir. Böyle genel ve ikinci derecede durum benzerliklerinin hâkimin tarafsızlığını zedelemeyeceği kabul olunabilir. Buna karşılık örneğin 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.

### 3) 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, d) hâkimlerin sorumluluğu. Gerçekten kararı hâkimin değil, makamın verdiği kabul edildiğine göre hâkimin kişisel sorumluluğu söz konusu olamamalıdır. Kasden veya ağır kusur ile hareket etmesi halinde doğrudan hakime dava açılmasına imkan veren mülga HUMK 573-576. maddeler, HMK’na alınmamıştır. HMK’nun 46 ve devamı maddelerine göre, ‘hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı maddede belirtilen sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. 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’. Görülüyor ki hâkim kişiliğinden sıyrılmadığı hallerde sorumlu tutulmaktadır.

4) *Yargılama yasağına aykırılığın yaptırımı.*

Hâkim, yargılamama mecburiyetine rağmen bir işlem yaparsa, bir karar verirse, bu bir “hukuka kesin aykırılık hali” oluşturur. Kanunda sadece “temyiz sebebi” olacağına dair açıklık vardır (CMK 289/1-b). Bu hüküm sadece aleyhinde temyiz yolu açık olan kararlara taallûk etmektedir. Biz temyiz yolu hakkındaki bu hükmü itiraz yoluna da teşmil ederek diyeceğiz ki, kararlar aleyhinde bu hallerde olağan kanunyollarına gidilir. Kanunyolu kaçırılmışsa, kararlar geçerlidir. Kanunyolu yoksa veya karardan başka bir muamele sözkonusu ise hukuken yok saymak doğru olur. En iyisi kanunun açık bir hüküm sevketmesidir.

Kanunen yasak olduğu (CMK 22, 23), reddedildiği (CMK 24) veya çekindiği için (CMK 30) bir davadan el çeken hakim o dava ile ilgili herhangi başka bir yargısal işlem de yapamaz.<sup>56</sup>

5) *İlk derece hakiminin, kanunyolu muhakemesine katılamaması.*

CMK'nun 23 üncü maddesi ile hakimlerin belli işlemlerde yasaklılık halleri düzenlenmiştir. Hâkimin belli yargılama işlemlerini yapamayacağı haller de vardır. Hakimin esas hakkında edinmiş olduğu kişisel bilgiden sıyrılmamasını sağlamak için, hakimin hakkaniyete uygun davranmadığı şüphesini dahi uyandırmamak amacıyla “bir karar veya hükme katılan hakimin yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılması” kabul edilmemiştir (CMK 23/1).

6) *Soruşturma evresinde görev yapan hakimin kovuşturmadan yasaklanması.*

Ceza Muhakemesi Kanunu 2005 yılında yürürlüğe giren ilk şeklinde soruşturma evresinde görev yapan hakimin, kovuşturma evresinde görev yapmasını yasaklamıştı (CMK 23/2). Böylece tutuklama kararı veren hakimin esas hakkındaki hükmü vermesi yasaklanmış bulunmakta idi. “Hukuk Labirenti” şeklinde yapılan düzenleme ile 2005-5320 sayılı Kanunun 11 inci maddesi ile bu hükmün CMK 163 dışında uygulanmayacağı istisnasını getirdi. Bu duruma göre, sadece, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde görev yapan hakim, ileriki aşamalarda muhakeme işlemi yapamayacaktır.

<sup>56</sup> CGK 21.03.1988; K. 377.

7) *Önceki yargılamada görev alan hakimin yargılamanın yenilenmesinden yasaklanması.*

Önceki hukukumuzda olmayan diğer bir yenilik de, olağanüstü kanun-yolu aşamasında kabul edilmiştir. Buna göre, “yargılamanın yenilenmesi” halinde, önceki yargılamada görev yapan hakim aynı işte görev alamaz (CMK 23/3).

8) *Hakimin reddi.*

a) *Hakimin reddi sebepleri.*

Hâkimin reddi dâvası yargılamanın hâkimlerce objektif olarak yapılmasını sağlayan çarelerden biridir. Hâkimin tarafsız kalamayacağı veya kişiliğinden sıyrılamayacağı halleri ya kanunkoyucu önceden görür yahut bu halleri hâkimin takdirine bırakır. Birinci ihtimal “yargılamama mecburiyeti” hallerinde karşımıza çıkar. İkinci ihtimal ise “şüphe 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 başvurmaya “hâkimin reddi dâvası” denilir.

b) *Ret davasının açılması.*

Hakimin yargılamaya katılmasının yasak olduğu, yani “davaya bakamayacağı” haller (CMK 23) ile “tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden” dolayı hakimin reddi istenebilir (CMK 24).

Mülga Kanunda (CMUK 24/1) “tarafsızlık şüphesi” şeklinde gösterilen hatalı düzenleme, Ceza Muhakemesi Kanununda “tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler” şeklinde düzeltilmiştir (CMK 24/1). Buradaki maksat, hakimin objektif hareket etmeyeceğinden korkulmasıdır. Kanun bu sebepleri saymamıştır.

Tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı bir hakimin reddolunması için, hakimin 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. Beyan açık olmalıdır.



Ret davasını; Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya bunların müdafii; katılan veya vekili açabilir (CMK 24/2).

*c) Davanın açılması zamanı.*

Ret davasının açılma zamanı ret sebebine göre değişir:

a) Yargılamaya katılamayacak hakimın (CMK 23) reddi davası bakımından zaman sınırlaması yoktur. şu kadar ki dava reddolunacak hakimın elinden çıkmamış olmalıdır.

b) Haklı şüphesine dayanılıyorsa, zaman bakımından sınırlama vardır:

i) Kovuşturma evresinde hakimın reddi, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayınca; duruşmalı işlerde Bölge Adliye Mahkemelerinde inceleme raporu açıklanınca kadar istenebilir (CMK 25/1).

ii) Temyiz yolu davasında duruşma yapılıyorsa, Yargıtay'ca görevlendirilen üye veya tetkik hakimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanınca kadar red davası açılmalıdır (CMK 25/1).

iii) Diğer hallerde Kanun zaman kayıtlaması yapmadığından, hakim yargılama faaliyetini yaptığı müddetçe ret davası açılabilir (CMK 25/1 son cümle).

Süre kabul edilen hallerde ilgililer, şüphesini süre geçtikten sonra öğrenseler de yeni CMK sistemi uyarınca dava açabilirler. Meğer ki sebep sonradan ortaya çıksın: CMK şüphesinin sonradan öğrenilmesi halinde dava açılabilirliğini öngörmüştür. Sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerle duruşma veya inceleme bitinceye kadar da hakimın reddi istenebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu bu istemin ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren 7 gün içinde yapılması koşulunu öngörmüştür (CMK 25/2).

Her davada önce kabul edilebilirlik sorunu çözümlenir. Kanunun “geri çevirme” adını verdiği (CMK 31) ve soruşturma evresinde verilen “kabul kararı” şöyle düzenlenmiştir:

Ret istemi süresinde yapılmamışsa, ret sebebi ve (inandırıcı) delil gösterilmemişse, ret isteminin duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa, mahkeme istemi geri çevirir (CMK 31/1). Bu hallerde ret istemi, toplu mahkemelerde reddedilen hakimın müzakereye katılması ile tek hakimli mahkemelerde de, reddedilen hakimın kendisi tarafından geri çevrilir.

Mahkeme reddi istenen hakimden ret sebebi hakkında izahat isteyebilir. Hakim görüşlerini yazılı olarak bildirir (CMK 26/3). Hakim ret sebebinin doğru olduğunu kabul ederse, sabit görülen sebebin hakim reddini gerektirip gerektirmediği hususunda bir karar verilir. Görülüyor ki, sebebin hakim tarafından kabulü davanın kabule şayan görülmesi kararı yerine geçmektedir.

Kabule şayan görmeme (ret isteminin geri çevrilmesi kararı), mahkeme tarafından verildiği halde, “itiraz” edilebilen kararlardandır (CMK 31/3).

*ç) Esas davaya bakma hakkında karar verilmesi.*

Hakimin reddi davası kabul edildikten sonra (yani istemin geri çevrilmediği durumlarda), hakim esas davaya bakıp bakamayacağına dair bir karar verilir. Hakimin reddi istemine mensup olduğu mahkemece karar verilir.

Ancak, reddi istenen hakim, müzakereye katılamaz. Bu nedenle mahkeme teşekkül edemezse;

1) Reddi istenen hakim asliye ceza mahkemesine mensup ise bu mahkemenin yargı çevresi içerisinde bulunan ağır ceza mahkemesine,

2) Reddi istenen hakim 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) Ret istemi sulh ceza hakimine karşı ise yargı çevresi içinde bulunduğu asliye ceza mahkemesi ve tek hakime karşı ise yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi karar verir (CMK 27/2).

4) Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesinin 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. Ret davası, reddi istenilenler katılmaksızın ilgili daire veya genel kurulca kesin karara bağlanır. Daire ve kurullarının toplanmalarını engelleyen toplu ret davaları dinlenmez (YK 39/3).

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. 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.

Ret davasını açan kişi, ret sebebini ispatla yükümlüdür. 2004 kanunkoyucusu ret 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 hakim 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 hükümle birlikte incelenir (CMK 28).

Ret isteminin kabulü halinde, davaya bakmakla bir başka hakim veya mahkeme görevlendirilir (CMK 27/4). 2004 kanunkoyucusu dosya elinde olan mercie, davaya bakacak olan hakimi veya mahkemeyi görevlendirme yetkisini vererek, işlerin Yargıtay'a kadar giderek, uzamasını önlemiştir. Hakimin reddinde de (CMK 30/3), çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hakim veya mahkeme merci tarafından görevlendirilmektedir.

Mülga CMUK 26/3 de yer alan, red sebebinin varit olmadığı halde hükmedilen hafif para cezası, 5271 sayılı Kanuna alınmamıştır.

Hakimin reddi davasının açılması zamanı, ret sebebine göre değişir:

a) Yargılamaya katılamayacak hakimin (CMK 23) reddi davası bakımından zaman sınırlaması yoktur. Şu kadar ki, dava ret olunacak hakimin elinden çıkmamış olmalıdır.

b) Ret sebebi olarak haklı şüphe sebebine dayanılıyorsa, zaman bakımından sınırlama vardır: Kovuşturma evresinde hakimin reddi, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayıncaya; duruşmalı işlerde Bölge

Adliye Mahkemelerinde inceleme raporu açıklanıncaya kadar istenebilir (CMK 25/1).

Temyiz yolu davasında duruşma yapılıyorsa, Yargıtay'ca görevlendirilen üye veya tetkik hakimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanıncaya kadar ret davası açılmalıdır (CMK 25/1).

Diğer hallerde Kanun zaman kayıtlaması yapmadığından, hakim yargılama faaliyetini yaptığı müddetçe ret davası açılabilir (CMK 25/1 son cümle).

Süre kabul edilen hallerde ilgililer, şüphe sebebini süre geçtikten sonra öğrenseler de CMK sistemi uyarınca dava açabilirler. Meğer ki, sebep sonradan ortaya çıksın: CMK şüphe sebebini sonradan öğrenilmesi halinde dava açılabilirliğini öngörmüştür. Sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerle duruşma veya inceleme bitinceye kadar da hakim reddi istenebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu, bu istemin ret sebebini öğrenilmesinden itibaren 7 gün içinde yapılması koşulunu öngörmüştür (CMK 25/2).

Tarafsızlığından şüphe duyulması nedeniyle hakim reddi usulünde herhangi bir şekil şartı öngörülmemektedir. Bu istem hakim mensup olduğu mahkemeye verilecek bir dilekçe veya zabıt katibine tutanak düzenlemesi için yapılacak sözlü beyan şeklinde gerçekleştirilebilir. Duruşmada sözlü beyan zapta geçtiğinden, red davası açılmış sayılmalıdır. Beyan açık olmalıdır. Hâkimin reddi dâvası" tali ceza davalarından biridir.

Reddi istenen hakim, tarafların ileri sürdüğü ret sebepleri ile ilgili görüşünü yazılı olarak mercie bildirir. CMK 26/2 hakim reddi sebepleri ile ilgili görüşünü yazılı olarak bildirmesi esasını kabul etmiştir. Hakim reddi sebebini doğru olduğunu kabul ederse, sabit görülen sebebin hakim reddini gerektirip gerektirmediği hususunda bir karar verilir (CMK 27/2 ve 3). Görülüyor ki, sebebin hakim tarafından kabulü, davanın kabule şayan görülmesi kararı yerine geçmektedir.

Ret davasını açan kişi, ret sebebini ispatla yükümlüdür. 2004 kanunkoyucusu ret 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 mülka CMUK 25/2 hükmü, CMK'na alınmamıştır.

Reddi istenen hakim, ret sebebi hakkında izahat verir. Hakim görüşlerini yazılı olarak bildirir (CMK 26/3). Hakim ret sebebinin doğru olduğunu kabul ederse, sabit görülen sebebin hakim reddini gerektirip gerektirmediği hususunda bir karar verilir. Görülüyor ki, sebebin hakim tarafından kabulü, “davanın kabule şayan görülmesi kararı” yerine geçmektedir.

Ret isteminin kabulü halinde, davaya bakmakla bir başka hakim veya mahkeme görevlendirilir (CMK 27/4). 2004 kanunkoyucusu dosya elinde olan mercie, davaya bakacak olan hakimi veya mahkemeyi görevlendirme yetkisini vererek, işlerin Yargıtay’a kadar giderek, uzamasını önlemiştir.

Hakimin reddi kararını inceleyen merci, istemin geri çevrilmesi nedenleri (CMK 31) yoksa, istemin kabulüne veya reddine karar verir.

Ret isteminin esastan kabulüne ilişkin kararlar kesindir. Bu durumda reddedilen hakim davaya bakamaz. Mercie davaya bakmakla görevli hakimi belirler. Bu kararlara karşı herhangi bir olağan kanunyoluna başvurulamaz. Ancak CMK 309 kapsamında kanun yararına bozma yoluna gidilebilir.

Esasın reddi kararı aleyhine itiraz yolu açılmıştır. İtiraz üzerine verilen ret kararı hükümlerle birlikte incelenir.

Ret istemi reddedilirse ve karar kesinleşirse, reddedilen hakim davaya bakmaya devam eder.

Ret istemi reddedildikten sonra, aynı içerikte yeni bir talepte bulunulamaz. Ancak yeni ret sebeplerinin ortaya çıkması ya da yeni olguların elde edilmesi halinde tekrar talepte bulunulabilir.

Reddi istenilen veya çekinen hâkim, ret hakkında bir karar verilmeye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapar (CMK 29/1, 30/3). Gecikmesinde sakınca bulunan hal, başka bir hakim görev başlangıcına kadar bekletilemeyecek olan işlemlerde sözkonusu olur. Reddedilen hakim o işlemi yapmaz ise işlemin yapılmasının imkansız veya çok zor olması hali gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak kabul edilir. Örneğin dil kanseri olan bir hasta tanığın dinlenmesinde olduğu gibi, başka bir hakim görev başlangıcının beklenmesi halinde, tanığın konuşma yeteneğini tamamen veya büyük ölçüde kaybetmesi ihtimalinin bulunması varsayımında, reddedilen hakim bu tanığı dinleyebileceğinin kabul edil-

mesi gerekir. Ancak bu halde tanık beyanına ilişkin tutanakta gecikmede sakınca olması sebebiyle tanığın dinlendiği belirtilmelidir.

*d) Hakimin oturumda ret edilmesi.*

Hakimin oturum sırasında reddedilmesi halinde, bu konuda bir karar verilebilmesi için oturuma ara vermek gerekse bile ara vermeksizin devam olunur.

Şu kadar ki, 216 ıncı madde uyarınca tarafların iddia ve sözlerinin dinlenilmesine geçilemez ve ret konusunda bir karar verilmeden, reddedilen hakim tarafından veya onun katılımıyla bir sonraki oturuma başlanamaz (CMK 29/2).

Ret isteminin kabulüne karar verildiğinde, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşma tekrarlanır (CMK 29/3). Bu halde ret isteminin kabulüne dair kararın kesinleşmesi anına kadar yapılan işlemlerin tekrarlanmasına gerek bulunmamaktadır

Ret davası reddolunursa, gecikebilecek bir işlemi yapmış olan hakimin yetkili olduğu anlaşılacağından bir sorun çıkmaz. Fakat gecikebilecek işlemi yapan hakimin reddi gerçekleşirse ve dava yeni hakim tarafından görülecekse, bu yeni hakim istek üzerine veya resen o işlemi ortadan kaldırıp yeniden yapmak zorundadır: Hüküm veren hakimin delilleri doğrudan doğruya öğrenmesi gerekir.

Hakim “yasaklılığı” gerektiren sebeplere (CMK 22, 23) dayanarak çekindiğinde; merci bir başka hakimi veya mahkemeyi davaya bakmakla görevlendirir (CMK 30/1).

Hakim tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler (CMK 24) ileri sürülerek çekindiğinde merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verir (CMK 30/2). Çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hakim veya mahkeme görevlendirilir.

Hakimin çekinmesi, ret dâvasını kendisinin açmasıdır. 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.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılan işlemler geçerlidir. Bunların dışında kalanlar açısından duruşma tekrarlanır (CMK 30/3).

*e) Hakimin reddi isteminin geri çevrilmesi.*

Hakimin reddi davası üzerine mahkeme kovuşturma evresinde ileri sürülen istemi, süresinde yapılmamışsa, ret sebebi veya delil gösterilmemişse, istemin duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkca anlaşılıyorsa, geri çevirir (CMK 31/1).

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, tabîi sonkararla birlikte bozmuş<sup>57</sup>, mahkemenin hatalı kararı ve böyle bozma kararlarına dahi uymamanın kabul edilmesindeki isabetsizlik duruşmanın çok yersiz bir şekilde ve korkulduğundan fazla uzamasına yol açmıştır.

Her davada önce kabul edilebilirlik sorunu çözümlür. Süre, sebep ve delil gösterme ile duruşmayı uzatma amacının tespitini, ret davasına bakmakla yetkili olan mahkeme, yani reddedilen hakimin mensup olduğu mahkeme yapar (CMK 31/2). Bu hallerde ret istemi, toplu mahkemelerde reddedilen hakimin müzakereye katılması ile tek hakimli mahkemelerde de, reddedilen hakimin kendisi tarafından geri çevrilir.

Ret isteminin geri çevrilmesi kararı, mahkeme tarafından verildiği halde, “itiraz” edilebilen kararlardandır (CMK 31/3).

Hâkimin reddi dâvasının reddi kararının yargı halini alması, aynı sebepten dolayı ikinci bir ret dâvasının reddedilmesini gerektirir. Bu ret kararını, dâvanın açıldığı makam, yani hâkimin reddi istenen makam verecektir. Bir olayda altıncı ret dâvasında, başka gerekçe ile de olsa, bu sonuca varılabılmıştır.

Muhakemenin yürüyüşü için gerekli en önemli süjelerden biri de, zabıt katibidir. Kanun hakimin reddi ve davaya bakamaması sebeplerinin zabıt katibi için de geçerli olduğunu belirtmiştir (CMK 32).

Duruşmada zabıt katibinin de bulunması lâzımdır. Duruşma sırasında

<sup>57</sup> CGK, 9.7.1984, K. 1575.

zabıt kâtibı deđiřebilir. Bu takdirde her biri kendisinin tuttuđu zaptı imzalayacaktır. Duruřma hakkındaki hűkűmlere riayet edilip edilmediđi ancak duruřma tutanađı ile ispat olunabileceđinden ve bu kısımlara karřı ancak sahtelik iddiası yapılabileceđinden (CMK 222), ceza muhakemesinde ifade sahiplerinin imzaları alınmadıđından, tutanađın ve dolayısı ile zabıt kâtibinin rolű bűyűktűr.

Bunun içindir ki zabıt kâtibinin de hâkim gibi tarafsız olabilmesi lâzımdır ve yine bunun içindir ki zabıt kâtibinin de hâkim için belirlenen hallerde gűrev yapamaması ve reddinin istenebilmesi kabul edilmiştir.

### III- Mahkemelerin gűrevi.

Kovuřturma evresinde gűrevli muhakeme hukuku sűjesi mahkemedir. Bu nedenle kovuřturma evresini incelerken űnce mahkemelerin gűrev ve yetkisini ele alacađız.

#### 1) Gűrev yűnűnden yetkinin niteliđi ve eřitleri.

Tűrk ceza yargılaması makamlarının madde ve yer yűnűnden yetkisini tâyin etmeden űnce, ilk iř olarak, yargılama yetkisinin adlű yargılama makamlarına mı, adliye dıřı yargılama makamlarına mı ait olduđu arařtırılmalıdır. Adlű makamlara ait ise hukuk, ceza, ticaret mahkemelerinden hangi mahkemenin yetkisine girdiđi meselesi űzűlecektir. Ceza mahkemelerinin yetkili olduđu anlařıldıktan sonradır ki, evvelâ madde, sonra yer, daha sonra da kiři yűnűnden yetki meselesine sıra gelecektir.

Hâkimler arasındaki yetki bűlűřűmű; millet, madde, yer ve kiři yűnlerinin yanı sıra, bir de “geniř manada gűrev itibariyle yetki” řeklinde ayrılır. Zira, madde, yer ve kiři yűnűnden yetkinin tâyin edilmesinden sonra da yapılacak iřler vardır. CMK ise bu kavramı dar anlamda ele almıř ve sadece mahkemelerin yargılayabileceđi suçları “gűrev” diye adlandırmıřtır.

Yargılama, çeřitli hâkimlerin faaliyetini gerektirir. Bu faaliyetler de yargılama makamları arasında gűrev yűnűnden yetki bűlűřűlmesini gerektirir. Őrneđin, bir hâkim sadece soruřturma evresinde karar verebilir, bazı hâkimlere ise kanunyolu dâvalarını gűrme yetkisi verilmiřtir.

Millet, madde, yer ve kiři yűnűnden bűlűřmeler dıřında kalan bu tűr yetki bűlűřmeleri çeřitli sebeplere dayanır. Adlű yargılama makamları



içindeki bölüşmeler ise işbölümü icapları ile olduğu kadar, ihtisaslaşma ve fertlere teminat tanıma ve suçluların kayırılmasını önleme gayeleri ile de yapılmıştır.

Görüldüğü gibi, görev yönünden bölüşmenin altı çeşidi vardır:

1) Yargılama makamının adlî veya idari olup olmaması (ve kaza yetkisini haiz makamlar) bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi.

2) Adlî yargılama makamları içinde, mahkemenin ceza mahkemesi olup olmaması bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi.

3) Adlî ceza yargılaması makamları arasında genel olup olmamak bakımından ve suçun ağırlığına göre madde itibariyle yetki (görev) bölüşülmesi.

4) Adlî cezaî yargılama makamları arasında daire bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi.

5) Adlî cezaî yargılama makamları arasında derece, kanunyolu ve dar mânâda talî muhakeme bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi.

6) Adlî cezaî yargılama makamları arasında evre ve aşama bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi.

2) *Soruşturma evresinde görevli yargılama makamu: sulh ceza hakimliği.*

5235 sayılı Kanunun, 2014–6545 sayılı Kanunun 48 inci maddesi ile değiştirilen 10 uncu maddesi, sulh ceza hakimliğini ihdas etmiştir.

Sulh ceza hâkimliği yürütölen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemekle görevlidir. Ancak, iletişimin denetlenmesinde ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermesinde (CMK 135/1) olduğu gibi, Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklıdır.

Mülga TMK 10 ile görevli mahkemeler için, koruma tedbiri kararlarını vermek ve bunlara itirazları incelemek üzere 2012 yılında ayrı hakimlik makamları oluşturulmuştu. Bu madde yürürlükten kaldırıldıktan sonra, 2014–6545 sayılı Kanun ile oluşturulan sulh ceza hakimlikleri soruşturmalarda hakim tarafından verilmesi gereken aynı tür kararları vererek uzmanlaşacakları için, bu değişikliği yerinde buluyoruz.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla sulh ceza hâkimliği kurulabilir. Bu durumda sulh ceza hâkimlikleri numaralandırılır. Müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet

komisyonlarınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Sulh ceza hâkimliğinde bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel bulunur.

Sulh ceza hâkimliği, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

Sulh ceza hâkimliği buldukları il veya ilçenin adı ile anılır.

Sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır.

Ağır ceza mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir sulh ceza hâkimliğinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, ancak hakim tarafından yapılabilecek bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hakimine bildirir. Sulh ceza hakimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir (CMK 162).

Burada dikkat edilmesi gereken husus, Cumhuriyet savcısının “işlemin yapılacağı yerin” sulh ceza hakimine başvurmasıdır. Mesela dinlenecek tanık başka bir yerde ise oradaki sulh ceza hakimliğine başvurulacaktır.

2014-6545 sayılı Kanunun 71 inci maddesi ile CMK 173 ün birinci fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine” ibaresi “ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine” şeklinde; üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde; dördüncü fıkrasında yer alan “Mahkeme” ibaresi “Sulh ceza hâkimliği” şeklinde ve altıncı fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesinin” ibaresi “sulh ceza hâkimliğinin” şeklinde değiştirildiği için, kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına yapılan

itirazların da sulh ceza hakemlikleri tarafından incelenmesi gerekmektedir.

Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir (CMK “2014–6545” 173/3).

Kabahatlere ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvuru yolu sulh ceza mahkemesine yöneltiliyordu (KK 27/1). 2014–6545 sK ile yapılan değişiklikle, kanunlarda bu mahkemelere yapılan atıflar sulh ceza hakimliğine yapılmış sayılacağı için, sulh ceza hakimliklerinin idari yaptırım kararlarını incelemek görevi doğmuştur.

Mahkemenin (2014-6545 sonrasında sulh ceza hakimliğinin) verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır (KK 29/1).

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 (CMK “2014–6545” 268/3–a).

Suç konusu olmayıp, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşıınması, alım ve satımı suç oluşturduğu için eşya, sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın (TCK 54/4) müsaderesine, müstakil müsadere tali davası açılarak karar verilir. Bu karar açısından Sulh ceza hakimliği görevli ve yetkilidir (CMK 259). Karar duruşma yapılmaksızın karar verilir.

Buna karşılık, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesi ile suçun işlenmesinde kul-

lanılmak üzere hazırlanan eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda verilen müsadere kararını (TCK 54/1), asıl davayı bakan mahkeme, duruşma yaparak verir (CMK 257/1).

### 3) Kovuşturma evresindeki yargılama makamlarının görevleri.

Kovuşturma evresinin aşamaları açısından görevli yargılama makamı farklıdır. Duruşma hazırlığında, yargılama görevi yapma yetkisi kaide olarak başkanlık makamındadır. Bununla birlikte, bu aşamada mahkeme makamının yetkili olduğu işler de vardır.

Duruşmada, yetki kaide olarak mahkeme makamına verilmiştir. İstisna olarak başkanlığa ve nâip hâkimliğe verilen yetkiler de vardır.

Duruşmadan sonuç çıkarmada, yetkili makam sadece mahkemedir.

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş; Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, ilk derece mahkemelerini, asliye ceza (m. 11) ve ağır ceza (m. 12) olarak ikiye ayırmıştır. Sulh ceza mahkemeleri 2014–6545 sK ile kaldırılmıştır.

Kanun, özel kanunlarla kurulan “diğer ceza mahkemelerini” de kabul etmiştir (m. 13). 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile kurulan çocuk mahkemeleri ve çocuk ağır ceza mahkemeleri (m. 25) “diğer mahkemele-re” örnektir.

### 4) Sulh ceza mahkemeleri 2014–6545 sK ile kaldırılmıştır.

Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adlî para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adlî para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içinde idi (5235 sK nun 10 uncu maddesinin ilk şekli).

2014–6545 sayılı Kanununun 48 inci maddesi ile yapılan değişiklik ile sulh ceza hakimliği makamı oluşturuldu ve sulh ceza mahkemeleri kaldırıldı.

Geçiş dönemini düzenleyen 5320 sayılı CMK nın Yürürlük Kanununun 2014–6545 sK ile eklenen geçici 6 inci maddesi şöyledir:

“**Geçici Madde 6–** (Ek:18/06/2014–6545/84 md.) (1) *Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır.*

(2) *Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yirmi gün içinde sulh ceza hâkimlikleri kurulur.*

(3) *Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan dava dosyaları bir ay içinde yetkili asliye ceza mahkemelerine devredilir.*

(4) *Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, kaldırılan sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan işlerden, sulh ceza hâkimliğince bakılması gerekenler, sulh ceza hâkimliklerinin kurulmasından itibaren on beş gün içinde yetkili sulh ceza hâkimliğine devredilir.*

(5) *Kaldırılan sulh ceza mahkemelerinde görev yapan hâkimler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, sulh ceza hâkimliklerinin kurulmasından itibaren on beş gün içinde müktesepleri dikkate alınarak uygun görülecek bir göreve atanır veya yetkilendirilirler.*

(6) *Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, sulh ceza mahkemelerince verilen kararlardan Yargıtay incelemesinde olanlar hakkında sadece görev nedeniyle bozma kararı verilemez.*

(7) *Sulh ceza hâkimlikleri faaliyete geçirilinceye kadar, sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren her türlü kararı vermeye kaldırılan sulh ceza mahkemeleri yetkilidir. Kaldırılan mahkemelerde bulunan ve kesinleşen dosyalara ait arşiv ve emanetler ile diğer evrak ve dokümanlar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek mahkeme veya mahkemelere ya da hâkimliklere devredilir ve müteakip işlem ve talepler bu mahkemelerce veya hâkimliklerce yerine getirilir veya karara bağlanır.”*

5) *Asliye ceza mahkemelerinin görevi.*

Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.

6) *Ağır ceza mahkemelerinin görevi.*

Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belge-

de sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır (5235 sK “2014–6526” 12).

Görüldüğü gibi, Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi ile kurulan özel yetkili terör mahkemeleri 2014 yılında yürürlükten kaldırılırken, ağır ceza mahkemelerinin görev alanı terör suçlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiş ve bölgesel yetki kaldırılmıştır.

Bunun dışında, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (2007–6507) kapsamındaki kabahatlerde idari para cezasını Cumhuriyet savcısı verir (KaçK 17/1). Kanunun 14 üncü maddesi kapsamındaki mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı sulh ceza mahkemesinde; suçlar HSYK tarafından belirlenen asliye ceza mahkemesinde (KaçK 17/2); bu suçlarla bağlantılı resmi belgede sahtecilik suçları, görevli ağır ceza mahkemesinde görülür (KaçK 17/2).

#### 7) Askeri mahkemelerin görevi.

Anayasa Mahkemesinin 20.09.2012 tarih, E. 2012/45, K. 2012/125 sayılı ve 27.12.2012 tarih E. 2012/117, K. 2012/204 sayılı kararları ve Anayasa'nın 145 ve 148. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde askeri yargının sınırlarının aşağıdaki şekilde çizilmesi gerekir: Bir davanın askeri mahkemede görülebilmesi için; Asker kişinin askeri bir suçunun olması, Asker kişinin, asker kişi aleyhine suç işlemesi, Asker kişinin, askerlik hizmet ve görevi ile ilgili bir suç işlemesi gerekir.

Burada Anayasa'nın 148. maddesindeki düzenleme de belirtilmelidir. 148. maddeye 12.09.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla getirilen ek fıkraya göre; “Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları

ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar”.

Görüleceği üzere Anayasanın 145. maddesi ve 353 sayılı Kanunun 9. maddesi askeri mahkemelerin görevini tespit ederken hem sanığın sıfatını hem de suçun niteliğini ve mağdurun sıfatını esas almaktadır.

Siviller askeri mahkemede yargılanamaz. Ceza mevzuatımızda bunu sağlayıcı bir dizi değişiklik yapılmıştır. Bu kapsamda olmak üzere, CMK 3/2 fıkra yürürlüğe konmuş ve askerlerle birlikte suç işleyen sivillerin soruşturma ve kovuşturması adliye mahkemelerine bırakılmıştır (ancak, 5918 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesinde, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun daha etkin bir şekilde soruşturulması ve kovuşturulması amacından bahsedilmesi, ilginçtir). Bununla birlikte, AsCMK asker kişinin sivil kişi ile birlikte işledikleri suçların askeri mahkemede birleştirilmesini öngörmektedir. Askeri mahkemelerin görevi 1963–353 numaralı Kanun ile düzenlenmiştir:

*8) Çocuk mahkemelerinin görevi.*

Çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar. Çocuk ağır ceza mahkemesi, çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar.

Yetişkin ile çocuk birlikte suç işlerse, birleştirme genel mahkemede yapılır. Fakat çocuklar tarafından işlendiği iddia edilen terör suçları, çocuk ağır ceza mahkemesinde yargılanır (5235 sK “2014–6526” 12).

*9) Yargıtay’ın ve Anayasa Mahkemesi’nin ilk derece mahkemesi sıfatı ile baktığı davalar.*

Kişi bakımından yetki kuralları gereğince, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesine ilk derece yargılama yetkisi de verilmiştir.

Yargıtayın kişi yönünden yetki dolayısı ile esas mahkeme olarak görev yapması da mümkündür. 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).

İcra ve iflâs işlerine bakan 12. Hukuk Dairesi kısmen ceza dairesi sayılır. Zira bu daire icra tetkik mercilerinin cezaî kararlarını da tetkik eder.

Yargıtay dairelerinin hepsi, Yargıtay olarak, esas mahkemelerden verilen hükümler temyiz edildiği zaman yargılama yetkisini haizdirler. Aralarında aşağılık, yukarılık durumu yoktur.

Yargıtay Kanunu 2014-6545 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve daireler arasındaki görev itibariyle yetki bölüşmesi yeniden düzenlenmiştir (YK “2014-6545” 5, 10 ve 14).

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).

#### 10) Naip hakimlik.

Görev yönünden yetki kaidelerinden ayrılma hali olan, yani istisnaî bir durum olarak gözükten niyabet'ten kanunumuzda doğrudan doğruya değil, fakat dolayısı ile bahsedilmiştir. Bir çok 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 vasitasızlığı kaidesinin istisnası olduğu için niyabet duruşma aşamasında ancak zaruret hallerinde kabul edilmelidir. Kanunun kabul ettiği haller, istinabe için kabul edilenlerin, bir istisna ile aynıdır. Duruşmadan “bağışık” (vareste) tutulan (CMK 196) sanığın sorgusu için istinabe kabul olunduğu 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 çekebilmelidir. Meselâ



duruşma tarihinde orada bulunamayacaksa veya uzunca bir hastalığa yakalanmışsa, mahkeme veya naip hâkimin sanığı hattâ duruşma hazırlığında dinleyememesi için hiçbir sebep yoktur.

### *11) Görevsizlik kararı.*

Bir hâkim ancak işgal ettiği mahkeme makamının görevine (madde yönünden yetkisine) giren dâvalara bakabilir. Bunlar dışında kalanlara bakamaz, zira görevi yoktur, görevsizdir.

Her mahkemenin ancak görevli olduğu dâvalara bakabilmesi insan haklarını ve kamu düzenini ilgilendirir. Adil yargılanma hakkı kanuni mahkeme önünde yargılanmayı gerektirir (İHAS 6/1).

İlgililerin görevsizlik dâvası açmaları, yani böyle bir iddiada bulunup bu hususta karar verilmesini istemeleri mümkün olduğu gibi mahkeme de kendiliğinden karar verebilir. Görevsizlik dâvası asıl dâvayı gören mahkemede, sözlü veya yazılı bir talep ile açılır. Bu talî dâvaya aynı mahkeme bakar.

Her mahkemenin ancak madde yönünden yetkili olduğu davalara bakabilmesi, kamu düzenini ilgilendirir. İlgililerin madde yönünden yetkisizlik davası açmaları, yani böyle bir iddiada bulunup bu hususta karar verilmesini istemeleri mümkün olduğu gibi mahkeme de kendiliğinden karar verebilir. Madde yönünden yetkisizlik davası, asıl davayı gören mahkemede, sözlü veya yazılı bir talep ile açılır.

Madde yönünden yetkisizlik kararı, davacının veya davalının tavsifine dayanamaz. Hakimin 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. 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).

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). Bu tutarsızlık üzerine yasa değiştirildi ve “duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez” hükmü kabul edildi (CMK “2006–5560” 6).

CMK’nun 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” 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 hakim ilkesine” uygun olan mahkemenin kararı, sırf bu yüzden bozulmamalıdır.

Mahkeme ve hakimlerin görevlerinin 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. Bu demektir ki kaide olarak zaman bakımından bir sınırlama yoktur. İşin mahkemenin görevini aşması halinde, iddianamenin kabulünden sonra, kovuşturmanın her evresinde görevsizlik kararı verir (CMK 5).

Görevsizlik kararı “kovuşturma evresinde” verilebileceğine göre iddianamenin kabul edilmiş olması (CMK 175) şarttır. CMK 4 ilk yürürlüğe girdiği sırada “yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle” görevsizlik kararı “iddianamenin kabulünden sonra” verilememekte idi (CMK 6). Bu tutarsızlık üzerine yasa değiştirildi ve “duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez” hükmü kabul edildi (CMK “2006–5560” 6).

CMK’nun görevle ilgili hükümlerine göre (CMK 4, 5, 6), mahkeme iddianameyi aldığı sırada “kovuşturma evresi” başlamış olduğu 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). Görüldüğu gibi, 2006–5560 sK ile değişen CMK 6 da bu “genel sorunu” çözebilmiş değildir.

### *12) Görev uyumuşmazlığı.*

“Ortak yüksek yetkili mahkeme”nin de söz konusu olduğu haller vardır. Aynı asliye ceza mahkemesi çevresindeki sulh ceza mahkemeleri için ortak yüksek yetkili mahkeme, o asliye ceza mahkemesidir. Sulh ceza mahkemeleri aynı asliye mahkemesi çevresinde değillerse, çevresi içinde buldukları ağır ceza mahkemesi ortak yüksek yetkili mahkemedir. Bunlar aynı ağır ceza çevresi içinde de değillerse, ortak yüksek yetkili mahkemenin Yargıtay olduğu kabul edilir. Diğer esas mahkemeleri için ortak yüksek yetkili mahkeme de bu usulle tâyin edilir. Mahkemelerden biri Yargıtayın bir ceza dairesi ise ortak yüksek mahkeme Ceza Genel Kuruludur.

Cumhuriyet Başsavcılığı ise idari yaptırım kararı vermekle yetkili kılınmışsa da “yargısal işlem özelliği taşımayan ve salt idari yaptırım kararı vermekle sınırlı bulunan bu yetki Cumhuriyet savcılığını kaza yetkisini haiz bir makam olarak kabul etme sonucunu doğurmaz”.

### *13) Görevsizlik kararına karşı kanun yolu.*

Adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından verilen görevsizlik ka-

rarlarına karşı itiraz edebilir (CMK 5/2). İtiraz merciinin kararı kesindir (CMK 271). Asliye ceza mahkemesi ile ağır ceza mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlığı Yargıtay'da çözülür (Yargıtay Kanunu m. 14). Yargıtay kararına karşı ısrar hakkı yoktur (İBK., 07.06.1935, 32-14).

Mahkemelerin adli yargı dışındaki yargı mercilerine yönelik görevsizlik kararları ise temyiz kanun yoluna tabidir (CMK 223/10).

Kanun yolu bakımından şu özelliğe de dikkat edilmelidir: Görev uyuşmazlığı adli, idari ve askeri mahkemeler arasında çıkarsa, ihtilaf Uyuşmazlık Mahkemesinde çözülür.

Adli yargı mahkemeleri ile “kaza salahiyetini haiz sair makamlar” arasındaki görev uyuşmazlıkları ise Yargıtay Ceza Genel Kurulunda çözülür (CGK, 20.11.2007, K. 2007/241).

#### 14) Üst görevli mahkemenin görev kazanması (CMK 6).

“Çoğu yapanın azı da yapabilmesi” nedeniyle daha garantili olan üst görevli mahkeme, duruşmada suçun hukukî niteliğinin değiştüğinden bahisle görevsizlik kararı vererek, dosyayı alt dereceli mahkemeye gönderemez (CMK 6).

Bu hükümden anlaşıldığı gibi duruşmaya kadar alt görevli mahkemeye göndermek mümkündür.

CMK'nun 4 ve 5. maddeleri gereğince, görev kuralları kamu düzeninden olup suçun mahkemenin görevini aştığı ya da dışında kaldığı takdirde mahkeme her aşamada kendiliğinden görevsizlik kararı vermek zorundadır. Ancak 6. madde ile bu kurala bir istisna getirilerek üst görevli mahkemenin alt görevli mahkemenin işine de bakması ilkesi kabul edilmiştir.

Bu nedenle yüksek yetkili mahkeme “yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu”, yani “madde yönünden yetkisinin altında kaldığı kabul edilen işlere” istisna olarak şu hallerde bakabilir: a) Duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştüğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez (CMK “2006-5560” 6). b) Bağlantılı davaların yüksek yetkili mahkemede birleştirilmesi mümkündür.

5560 sayılı Kanunla yapılan değişlikle görevsizlik kararı verilerek dosyanın alt dereceli bir mahkemeye gönderilebileceği süre biraz daha uzatılmıştır. Görevsizlik kararı verilebilecek sürenin sona ermesi bakımın-

dan bir değişiklik yapılarak daha önce mahkemenin açılan davanın görev alanına girip girmediğini inceleyerek görevsizlik kararı verebileceği süre iddianamenin kabulü ile sona ermekte idi. Kovuşturma evresinden önceki bir aşamada görevsizlik kararı verilemeyeceğine göre ve kovuşturma evresi iddianamenin kabulü ile başlayacağına göre 6. madde uyarınca görevsizlik kararı verilmesi imkansızdı.

CMK'nun 4. maddesinin 1. fıkrasında, 6. maddenin saklı olduğu belirtilmektedir. Bu fıkra ile anlatılmak istenen yargılamada belli bir aşamaya gelindikten sonra görevsizlik kararı verilememesidir.

Bir mahkeme iddianameyi kabul ettikten sonra üst dereceli mahkemenin görevli olduğu gerekçesiyle CMK 5. madde uyarınca görevsizlik kararı verdiğinde, üst dereceli mahkemenin görevsizlik kararı vermek suretiyle görev uyuzmazlığı çıkarması artık mümkün değildir.

5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle görevsizlik kararı verme sebebi de değiştirilmiştir. Değişiklikten önce mahkeme iddianamenin kabulünden sonra 'yargılamanın görev alanına girmediğinden' bahisle görevsizlik kararı verememekteydi. Değişiklikle mahkemenin "sadece duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle' görevsizlik kararı verememesi hali düzenlendi. Bir diğer ifade ile suçun hukuki niteliğinde bir değişiklik yoksa ve dava görev alanına girmiyorsa mahkeme, görevsizlik kararı vererek dosyayı alt dereceli mahkemeye gönderebilecektir. Maddenin mehfumu muhalifinden mahkemenin diğer sebeplerle görevsizlik kararı vererek dosyayı alt dereceli mahkemeye gönderebileceği sonucu çıkmaktadır.

Bağlantılı suçlar değişik mahkemelerin görevine giriyorsa bunların davaları birleştirilerek yüksek görevli mahkemede açılabilir (CMK 9). Böylece aslında görevsiz olan üst yetkili mahkeme davaya bakabilir.

#### *15) Görevli olmayan mahkemece yapılan işlemlerin yenilenmesi (CMK 7).*

Maddeye göre görevli mahkemenin, dosya kendisine geldiğinde görevsiz mahkemece yapılan işlemleri yenilemesi gerekecektir. Çünkü görevli mahkeme hükümsüz olan işlemlere dayanarak hüküm kuramaz.

Görevli olmayan hakim veya mahkemenin yapmış olduğu işlemler yenilenmesi mümkün olan işlemler ise hükümsüzdür.

Biz işlemin “yenilenmesi mümkün olan ve mümkün olmayan” ayrımından ziyade, işlemin görev kavramına, yani asıl ceza davasının kovuşturma evresi bakımından yargılama yetkisinin bölüşülmesine sıkı sıkıya bağlı olup olmamasına göre bir ayrım yapılmasını öneriyoruz. Birinciler ancak görevli hakim ve mahkemece yapılabilecek işlemlerdir. Bunlar görevli sayılan ikinci mahkemece mümkünse yeniden yapılabilmesi, bunun için onların ortadan kaldırılmasına (iptaline) ihtiyaç duyulmamalı, yani kural olarak yaptırım, hukuk bakımından yok sayılma olmalıdır.

Bu kurala (mesela birinci mahkemece dinlenmiş olan tanığın ölmesinde olduğu gibi) yeniden yapmanın mümkün olmaması veya (birinci mahkemece dinlenmiş olan tanığın istinabe ile dinlenmiş tanık gibi sayılabilmemesinde olduğu gibi) yeniden yapmaya ihtiyaç duyulmaması hallerinde gerektiğince diğer hallerde istisnalar elbet kabul edilebilecektir.

Keza işlemin bir başka makam tarafından ortadan kaldırılması için kanun yolu tanınmış olan hallerde, yokluk yaptırımının söz konusu olamayacağı da açıktır. Bu da kuralın bir istinasını oluşturacaktır. Buna karşılık (mesela tali bir davanın çözülmesinde olduğu gibi) görev kavramının da dışında kalan ikinci grupta işlemlerin sırf mahkeme görevli değil diye, yeniden yapılması elbet gerekmez.

Bu nedenle örneğin birinci mahkemenin verdiği tutuklama veya ihtiyati tedbir kararı, soruşturma evresinde verilen tutuklama kararının kovuşturma evresinde de hükmünü sürdürmesinde olduğu gibi geçerliğini korumalıdır.

Bunun gibi yenilenmesinde hiçbir yarar bulunmayan işlemlerin de yenilenmesine gerek olmamalıdır. Örneğin görevsiz mahkemece resmi bilirkişilerden alınan görüşler, Adli Tıp Kurumundan alınan raporlar geçerliğini korumalıdır.

#### **IV– Mahkemelerin yer bakımından yetkisi.**

##### *1) Yetki.*

Yer yönünden yetki asıl ceza muhakemesinde yargılama yetkisinin olay 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 görev yönünden yetkisi eş olan mahkemeler arasında ülkenin bölüşülmesi, çevrelere ayrılması gerekmiştir.

Yer yönünden yetki sadece kovuşturma değil soruşturma evresinde de sözkonusu olmaktadır. Özellikle Cumhuriyet savcıları arasında da yer yönünden yetki anlaşmazlıkları çıkmaktadır. Bu anlaşmazlıklar da bu madde uyarınca çözümlenecektir. Bu anlaşmazlıkların çözümünde bu madde yanında CMK'nun 161. maddesine 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanunla eklenen 7. fıkranın da gözönünde bulundurulması gerekir. CMK'nun 161/7. fıkrasına göre, yetkisizlik kararı ile gelen bir dosyada Cumhuriyet savcısı kendisinin de yetkisiz olduğu kanaatine varırsa yetkisizlik kararı vererek soruşturma dosyasını yetkili savcılığın belirlenmesi amacıyla yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine gönderecektir. Ağır ceza mahkemesinin bu konuda vereceği karar kesindir.

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 tâyin olunduğundan idarî teşkilâta uymayabilir. Bu çevreyi HSYK tâyin etmektedir. Mahkemelerin yargılama çevrelerinde bir değişiklik yapılması, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun uygun görmesine bağlıdır (HSYKK "83-2835", m. 4).

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.

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 mehzadan 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. 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.

Kanun yer yönünden yetkiyi düzenlerken suçları 1) Türkiye’de işlenenler 2) Yabancı memleketlerde işlenenler 3) Türk deniz ve hava nakil vasıtalarında veya bu vasıtalarla işlenenler olmak üzere üçe ayırmıştır.

### 2) Yetkiyi belirlemede ana kıstas.

Kanun Türkiye’de işlenen suçlar grubunda ana kıstas olarak suçun işlendiği yeri kabul etmiştir (CMK 12/1).

CMK, TCK’daki düzenlemeye uygun bir biçimde teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve “zincirleme” suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olmasını kabul etmiştir (CMK 12/2). Kanunun suçun işlendiği yeri gösteren hükümleri bundan ibarettir. Bu hükümler bir çok hallerde yetmediğinden öğreti ve yargı kararları boşlukları doldurmaya çalışmaktadır.

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.

Neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda, isabet de hareket de Türkiye’de olmak şartıyla, harekete bakılmalıdır. 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 çözüldür. Hareket ve neticeden veya hareket ve isabetten biri suçun Türkiye’de işlenmiş sayılmasına yetince, Türkiye’de işleme yerini tâyin için de sadece ona bakılması gerekir. Nitekim Ceza Kanunu “fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suçun Türkiye’de işlenmiş sayılacağını” açıkça kabul etmiştir (TCK 8/1).

İhmalî suçlar hareket nerede yapılmalı idiye orada işlenmiş sayılmalıdır.

### 3) Basın suçlarında istisna.

Suç ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir (CMK 12/3).

Bir diğer istisna hakaret suçunda kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanununun sövme ile hakareti birleştirdiği için (TCK 125), soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan hakaret suçunda eser “mağdurun” yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa o yer mahkemesi de yetkilidir (CMK 12/4). “Mağdur !!”, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir.

### 4) İnternet yoluyla işlenen suçlarda istisna.

Görsel veya işitsel yayınlarda da bu hüküm uygulanır (CMK 12/5). Görsel veya işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir. Görsel ve işitsel yayınlarda CMK 12/3 uygulanacağı için internet gazetesi şeklindeki yayınlarda bu hüküm belirleyicidir. Fakat diğer internet yolu ile işlenen suçlarda mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse, o yer mahkemesi de yetkilidir (CMK 12/5).

İnternet Ortamında İşlenen Suçlar Kanunu (2007-5651, m. 8) erişimin engellenmesi kararı verme yetkisini “yeterli şüpheye” bağlamış ve yer bakımından yetkiye değinmeden, soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde mahkeme karar verir, demekle yetinmiştir.

5) *Çek suçlarında istisna.*

3167 numaralı Çek Kanununda 2003-4814 sayılı Kanun ile yapılan değişlikle 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 kılınmiştı.

2009 yılında yürürlüğe giren yeni Çek Kanununun 5/1 inci maddesi Ceza sorumluluğu, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağını yeniden düzenlemiştir: “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 adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adlî 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 görölür.”

Madde 31 Ocak 2012 tarihinde 6273 sayılı Kanun ile değiştirilerek, madde başlığı “Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı” olarak değiştirildi ve 1 inci fıkra şu şekilde kaleme alındı: “Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması hâlinde, altı ay içinde hamilin talepte bulunması üzerine, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi hakkında, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da çek hesabı sahibinin yahut talepte bulunanın yerleşim yeri Cumhuriyet savcısı tarafından, her bir çekle ilgili olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilir. Bu fıkra hükmüne göre çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı, karşılıksızdır işlemine tabi tutulan çekin düzenlenmesi suretiyle dolandırıcılık, belgede sahtecilik veya başka bir suçun işlenmesi hâlinde de verilir.”

Aynı değişiklik, maddenin 10 uncu fıkrasını da kapsadı: çek düzenleme

ve çek hesabı açma yasağı kararına karşı yapılacak başvuru ve itirazlar hakkında Kabahatler Kanununu itiraza ilişkin hükümlerinin uygulanması benimsendi.

6) Çocuk suçlarındaki istisnalar.

Çocuk mahkemelerinin yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir (ÇKK 27).

7) Askeri suçlardaki istisna.

Askeri mahkemeler de adli teşkilat dışında ordunun ihtiyaçlarına göre kuruldukları için suçun işlendiği yer dışındaki askeri mahkemede yargılama yapılması olanağı vardır.

8) Yedek kıstaslar.

Madde ile Türkiye’de işlenen suçlarda yedek kıstaslar öngörülmektedir. 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.

a) Yakalanma veya tutuklanma yeri.

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 kısıtlanması anlamındadır. Gıyabi tutuklama kararı ile tutuklama da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğinden ve yakalama ile tutuklama ayrı şeyler olduğundan kanunda ayrı gösterilmelidir. Sonradan sanığın kaçması belirlenen yetkiyi değiştirmez.

b) Şüpheli veya sanığın yerleşim yeri.

Sanık yakalanmamış veya tutuklanmamışsa yerleşim yeri kıstasına sıra gelir. Yerleşmek niyetiyle oturulan yer olan (MK 19 “yerleşim yeri” demiştir) ikametgâhın, dâva açıldığı sıradaki yerleşim yerinin sonradan değişmesi yetkiye tesir etmez.

c) *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.

ç) *İlk usul işleminin yapıldığı yer.*

İlk üç yedek kıstasla yetkili mahkeme tâyin edilemediği takdirde, kanunun tâbiri ile “ilk usul işlemin” yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır. Bu bakımdan şikayet dilekçesinin verildiği yer veya şüphelinin ifadesinin alındığı yer yetkili olacaktır.

9) *Yabancı memleketlerde işlenen suçlarda yetki (CMK 14).*

Yabancı memlekette işlenen ve kanun hükümleri uyarınca Türkiye’de soruşturulması ve koğuşturulması gereken suçlarda yetki sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri, yerleşim yeri yoksa en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi olarak (CMK 13/1, 2), “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). Mülga CMUK’da bulunmayan bu hüküm sanık lehine bir kolaylık olarak düşünülmüş ve yasaya eklenmiştir.

CMK 14/1-3 madde hükümlerinin yurt dışında işlenip de yargılanmamış olan suçları kapsadığına dikkat edilmelidir. Eğer yurt dışında işlenen suç orada yargılanmış ve kesin hüküm de verilmişse, Türkiye’de ikinci bir yargılama yapılamayacağından (TCK 11/1), 3002 sayılı Kanun hükümleri uygulanacak ve Ankara mahkemelerinde bir “uyarlama muhakemesi” yapılacaktır: Fiil sabit sayılarak Türk hukukuna uygun bir yaptırım belirlenecektir.

10) *Kovuşturmanın aktarılması.*

Yabancı memlekette işlenip TCK 11–13 dışında kalan suçların da Türkiye’de kovuşturulabilmesi “Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi” gereğince sözleşen Devletlerden birinin koğuşturmayı Türkiye’den istemesi ile mümkündür (CKAAS 2).

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).

Uluslararası Ceza Divanının yetkisinin kabul edileceği Anayasa'dan anlaşılmaktadır (Anayasa m. 38/son). Bu gerçekteştiği takdirde yer itibarıyla Türkiye'nin herhangi bir ilçesinde işlenen suçun Uluslararası Ceza Divanında yargılanması söz konusu olacaktır.

### *11) Yabancı ülkedeki Türk diplomatlar.*

Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bir suç işleyen kimse bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş bulursa bile Türkiye'de yeniden yargılanır (TCK 10).

Sanık yabancı memlekette diplomatik bağışıklıktan faydalanan Türk kamu görevlisi ise yetkili mahkeme Ankara mahkemesidir (CMK 14/4). Diplomatik dokunulmazlığı bulunanlar; Büyükelçiler, elçiler, maslahatgözar, elçilik müsteşarı, elçilik katipleri ve yardımcıları, sayılanların eş, çocuk ve diğer aile bireyleridir. Bunlar dışında hükümet tarafından atanıp elçilik kadrosunda bulunan sefaret doktoru, sefaret hukuk müşaviri, memurları ve bunların, eşleri, çocukları ve aile bireyleridir.

Görev suçlarında ise elçiler hakkında Yargıtay, diğer memurlar hakkında Ankara mahkemeleri yetkilidir (Memurların Yargılanması Hakkında Kanun m. 13).

### *12) Nakil vasıtalarında işlenen suçlar (CMK 15).*

Türk deniz veya hava nakil vasıtalarında veya bu vasıtalarla işlenen suçlarda yetki, yurt dışı ve yurt içinde olmak üzere iki türdür:

Türkiye'de işlenmiş sayılan yurt dışı suçlar: Maddede vasıtaların Türk bayrağını taşıyıp taşımasına göre bir ayırma yapıldığına bakılırsa (CMK 15/1), maksat herhalde İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi (CPI 4/2), Türkiye dışında işlenen bu suçları Türkiye'de işlenmiş saymak olacaktır. Bu husus kanunda açıklansa çok iyi olurdu.

Türk havaları dışında uçarken Türk uçağında işlenen suçlarda da Türkiye yetkili olduğundan, yer yönünden yetkili mahkeme yine 15. maddeye göre belirlenecektir.

Türk hava sahasında işlenen suçlar: CMK ülke içerisinde deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığı yer mahkemesini de yetkili kalmıştır (CMK 15/3). CMK 15/3 yeni bir düzenlemedir. Mülga CMUK 11, sadece yurt dışındaki deniz ve hava nakil araçlarını kapsadığı için yurt içinde havada işlenen suçlarda boşluk vardı ve yorum yolu ile dolduruluyordu. Maddeye “demiryolu” da eklenerek uygulama alanı genişletilmiştir.

CMK taşıtın ilk ulaştığı yer mahkemesinin yetkili olduğunu kabul etmiştir. (CMK 15/3). İlâve edelim ki Türk karasularındaki hallerde 15. maddenin uygulanabilmesi için gemideki suçla karanın ilgisi olmamalıdır.

### 13) Çevre suçları.

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 ve “evrensellik ilkesini” kabul eden bu düzenleme eksik olmakla birlikte, önemli bir ilerlemedir.

### 14) Bağlantılı suçlarda yetki (CMK 16).

Yer yönünden yetkisi farklı mahkemeler tarafından yargılanacak cezaî uyuşmazlıklar arasında bağlantı varsa “muhakemelerin birleştirilmesi” 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 Cumhuriyet Savcılarının istemlerine uymak koşuluyla, mahkemeler arasında oluşacak uyuşma üzerine, bu davaların hepsi veya bir kısmı bu mahkemelerin birinde birleştirilebilir (CMK 16/2).

Uyuşmazsa Cumhuriyet 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

vardır. Bu haller hakkında, birleştirme konusunda yapılan açıklamaya bakınız.

Maddenin 2 nci fıkrası uyarınca bağlantılı muhakemeler: a) savcılar uyuşabilirse dâvaların birlikte açılması ile b) yine savcılar uyuşabilirse grlmekte olan dava ile birleştirilmek üzere ikinci davanın açılması ile c) davalar açılmışsa hem savcıların, hem mahkemelerin uyuşmaları ile (CMK 16/2) birleştirilir.

Bu son halde, savcılar uyuştuğu halde mahkemeler uyuşmazsa savcı veya sanık isterse, müşterek mahkeme bu hususta karar verir (CMK 16/3). Bu karara uyulması mecburdir.

#### *15) Birleştirilmiş muhakemelerin ayrılması.*

Birleştirmenin ihtiyar olduğu hallerde ayırma da ihtiyardir. Savcıların hattâ mahkemelerin uyuşması gerekmez. Birleşik dâvalara bakan mahkeme tek başına karar verebilir. Ancak, birleştirmeye yüksek mahkeme karar vermişse ayırmaya da o karar verir (CMK 16/4).

#### *16) Olumlu veya olumsuz yetki uyuşmazlığı (CMK 17).*

Yer yönünden yetki konusundaki uyuşmazlıklar, madde itibariyle yetkide (görev) olduğu gibi iki eşitir. Kanun bunlara “olumlu veya olumsuz yetki uyuşmazlığı” demiştir (CMK 17).

Yer yönünden yetki konusunda bazen hakimlerin hepsi kendilerini yer itibariyle yetkili sayarlar. Buna “yetkililik uyuşmazlığı” veya “olumlu yetki uyuşmazlığı” adı verilir. Bazen de hakimlerin hepsi kendisini yer yönünden yetkisiz sayar. Buna da “olumsuz yetki uyuşmazlığı” denir.

Yer itibariyle yetkide birkaç hakim veya mahkeme arasında olumlu veya olumsuz yetki uyuşmazlığı çıkarırsa ortak yüksek görevli mahkeme yetkili hakim veya mahkemeyi belirler (CMK 17). Ortak yüksek görevli mahkeme kavramı CMK 4/2 madde de kullanılmıştır. CMK 19/1 ise yüksek görevli mahkeme terimini kullanmıştır.

Henüz hakimleri atanmamış olan Bölge Adliye Mahkemelerinin Ceza Dairelerine “ortak yüksek görevli mahkeme” sıfatı ile yer yönünden yetki uyuşmazlıklarını zmeğ görevi de verilmiştir (AdlMK 37/2).

Bir uyuşmazlıktan bahsolunabilmek için verilmiş olan kararlar kesin

olmalıdır. Yetkisizlik uyuşmazlığı söz konusu olabilmek için asıl yetkili mahkemenin de yetkisizlik kararı vermiş olması gerekir.

Yer itibariyle yetkililik uyuşmazlığını ortak yüksek görevli mahkeme çözer. Bu mahkemenin kararı kesindir. Bu mahkeme yetkili yargılama makamının hangisi olduğunu da gösterecektir. Fakat bu gösterme uyuşmazlığa düşenler arasında hakikî yetkili mahkemenin de bulunması halinde olabilecektir. Aksi takdirde ortada uyuşmazlık yoktur ve merci, asıl yetkili mahkemeyi göstermeye mecbur değildir.

Reddedilen yetkisizlik iddiası temyiz aşamasında incelenebilir. Bu halde Yargıtay reddin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığını, süresinde yapılıp yapılmadığını inceleyerek, iddiayı yerinde bulunması halinde kararı bozacaktır. Ancak yetkisizlik iddiası itiraz yolu ile (CMK 18/3) ya da ortak yüksek görevli mahkeme tarafından (CMK 17) çözüme kavuşturulmuş ise Yargıtay CMK 289/1-d madde hükmüne dayanarak, bunu bozma nedeni yapamaz.

#### *17) Yetkisizlik iddiasının zamanı (CMK 18).*

Yer yönünden yetki bölüşülmesi maslahata uygunluğa dayanır. Ceza dâvalarının belli bir yerde görölmesi kolaylık sağlamak içindir. Fazla kolaylık nerede sağlanacaksa oranın mahkemesi baksın denir. Madde yönünden yetkiden (görev) farklı olarak sanığa teminat tanımak kaygısı burada yoktur. Ağır ceza mahkemesi sulh mahkemesine nazaran daha teminatlı olduğu için kanun sanık razı olsa bile madde itibariyle yetki kaidelerinden ayrılmayı kabul etmez. Buna karşılık, faraza İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi ile Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi teminat bakımından farksız olduğundan yer itibariyle yetkisizlik dâvalarının açılması zaman bakımından kayıtlanmıştır.

Sanığın yetkisizlik iddiasını ilk derece mahkemelerinde duruşmada sorgusundan, bölge adliye mahkemelerinde incelemenin başlamasından ve duruşmalı işlerde inceleme raporunun okunmasından önce bildirmesi öngörölmüştür. Zamanı geçince artık yer yönünden yetkisizlik ileri sürülemez ve dâva aslında yetkisiz olduğu halde tarafların zımnen yetkiyi kabul etmeleri yüzünden yer yönünden yetkili kılınmış olan mahkemede görülebilir.



Yer yönünden yetkisizlik iddia etmek bir “hâdise dâvası”dır ve asıl ceza dâvasına nazaran talî bir ceza dâvasıdır. 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 ilgilendirmediği için yer yönünden yetkisizlik dâvası muhakemenin her anında bahis konusu olamaz.

Kanunda sadece sanıktan söz edilmekte ise de savcının da yer yönünden yetkisizlik davası açabileceği şüphesizdir. Savcı eline yeni deliller geçtiği ve başka yer mahkemesinin yetkili bulunduğu görüşüne sonradan varmış ise mahkemenin re’sen nazara alabildiği bir hususu savcının ileri sürmesi için sebep yoktur. Savcının iddianame okunmadan önce yer yönünden yetkisizlik iddiasında bulunması nâdir bir ihtimaldir, fakat mümkündür. 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. 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 itibariyle yetkisiz olduğu için iddianamenin iadesi kararı verebilecek midir? Mahkeme karar verme yetkisini iddianameyi kabul ettikten sonra kazanmaktadır. Kanun düzeltilmelidir.

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, bu mahkeme de bu hususta re’sen karar veremez. Bu noktada mülga CMUK 17 nci maddede açıklık olmamasına karşın CMK nın açık düzenleme yapması yerinde olmuştur. Bu süre geçirilmişse artık o da yetkili sayıldığından davaya bakacaktır.

### *18) Kanun yolu.*

Yetkisizlik kararlarına karşı itiraz yolu açık tutulmuştur (CMK 18/3). Burada da bir yenilik yapıldığı görülmektedir. Mülga CMUK sisteminde

mahkeme kararlarına karşı itiraz kabul edilmediği için (CMUK 298) İç-tihadı Birleştirme Kararı (İBK 28/3/1946, 33/6) ile itiraz yolu tanınmıştı. CMK yeni hüküm sevk ederek itiraz yolunu açmıştır.

*19) Muhakemenin nakli (CMK 19).*

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 mahkemenin nakli adını veriyoruz. Kanun ise “davanın nakli” demektedir.

Muhakeme (kanunun tâbiri ile dava) nakledilince aslında yer itibariyle yetkisiz mahkeme yetkili olacaktır. 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 (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.

Mahkemelerin daireleri hakkında söylediklerimiz aynı mahkemede birden fazla hâkim bulunması halinde öncelikle uygulanmalıdır. Hâkimin reddi istenince yardımcı veya aynı yetkide başka hâkim varsa yargılama görevi yapılabilir demektir. O halde muhakemenin nakline başvurmak da gerekmez.

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. Örneğin 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. maddenin değil, hâkimin çekinmesini düzenleyen 30. maddenin uygulanması gerekli olup mercilerde de fark vardır.

Fiilî sebepler arasında örneğin hâkimin ölmesi vardır. Âfetler fiilî sebepler arasında değildir, zira ayrıca düzenlenmişlerdir.

İkinci grup sebepler kamu emniyeti düşüncelerine dayanır. Bu demektir ki muhakemenin yer yönünden asıl yetkili makamlarda yapılması kamu emniyeti için tehlikeli olmalıdır. Örneğin orada kargaşa çıkacağından korkulur. Hâkimlerin, müdafilerin, tanıkların ciddî 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. Birinci grup sebepler varsa mahkeme de kendiliğinden buna lüzum gösterebilir, yani dâva açılmış sayılır.

Davanın nakli tali dava üzerine verilen bir karardır. Hukuki veya fiili sebeplerle nakil taraflarca istenir ve yüksek görevli mahkeme tarafından karara bağlanır (CMK 19/1). Mercî ancak kendi çevresindeki bir diğer yargılama makamına nakle karar verebilir. O çevrede madde yönünden yetkili başka makam yoksa başka çevredeki makama nakle, daha yüksek mahkeme karar verecektir.

Kamu güvenliği için tehlike nedeniyle nakil Adalet Bakanı tarafından istenir ve Yargıtay’ca karara bağlanır (CMK 19/2). Yüksek mahkemenin Yargıtay olması halinde mercî 3 ncü Ceza Dairesidir (YK 14). Kamu güvenliği bakımından nakle ancak Yargıtay karar verir. Çünkü böyle hallerde mahkemelerin yargılama çevreleri ile bağlı olmaksızın nakledilebilmek imkânı ancak Yargıtay için bahis konusudur.

Mercî nakil kararını, nakil sebebi kalksa dahi geri alamaz.

Davanın nakli konusundaki karar mercîini yasalarımız mükerrer düzenlemiştir. Bölge Adliye Mahkemelerinin Ceza dairelerine de aynı görev verilmiştir (AdlYMK 33/2). Bu mahkemeler kurulursa, Yargıtay mı, yoksa Bölge Ceza Mahkemesi mi yetkili olacaktır?

Naklolunan şey muhakeme olduğuna göre “muhakemenin bütünü mü

naklolunmalıdır”, bir diğer söyleyişle “muhakemenin bir kısmının nakli mümkün müdür”. Bizce kaide bütünü ile nakil olmakla beraber, istisna olarak bir kısım işlerin nakli mümkündür, hattâ bazı hallerde mantık bunu kabule bizi zorlar. Örneğin bir itirazı tetkik edecek veya yetki uyuşmazlığını çözecek veya muhakemeyi nakledecek veya hâkimin reddî dâvasına bakacak hâkim bakımından muhakemenin nakli sebepleri söz konusu olursa elbet muhakemenin bütün değil, sadece belli işlem ile ilgili muhakeme faaliyetleri naklolunacaktır.

Merciin kararı bu mahkeme kararına karşı itiraz yolu açılmadığı için “kesin” olduğundan, muhakeme kendisine naklolunan makam ona uymaya mecburdur. Muhakeme kendisine naklolunan makam, nakil sebebi ortadan kalksa dahi sebep kalktı diye muhakemeyi geldiği yere gönderemez.

Uyma mecburiyeti olması için, muteber bir nakil kararı bulunmalıdır. Yüksek mahkeme yerine aynı mahkeme karar vermişse, bu aykırılık hukuk bakımından yokluk şeklinde bir yaptırımı gerektirir ve hüküm ifade etmeyen zarar, muhakemenin gönderildiği mahkemeyi bağlamaz. Keza nakle karar veren başka mahkeme de olsa yetkili değilse, yine uyma mecburiyeti yoktur.

#### 20) Yer yönünden yetkisiz hakim işlemleri (CMK 20).

Yer yönünden yetkili olmayan hakim tarafından yapılan işlemler hükümsüz sayılmaz. Ancak yetkili mahkeme yetkisiz olduğu halde kendisini yetkili sanan hakimın yaptığı işlemlerin hepsini veya bir kısmını tekrar yapabilir.

Yer yönünden yetkisiz hakim, yetkisizliğini bile bile dahi bazı işlemleri yapabilir (CMK 21). Bunlar gecikmesinde zarar olacağından korkulan işlemler ile diğer koruma tedbirleridir. Yani ölmek üzere olan tanığın dinlenmesi veya sanığın tutuklanması gibi koruma tedbirleridir.

Yer bakımından yetkisiz mahkeme ile madde bakımından yetkisiz (görevsiz) mahkeme tarafından yapılan işlemler arasında önemli bir fark bulunduğu dikkat edilmelidir. Görevini aşarak işlem yapan mahkemenin kararı yokluk ile maluldür, sadece yenilenmesi mümkün olmayan işlemleri geçerlidir (CMK 7). Oysa yer itibarıyla yetkide işlem ilke olarak geçerlidir ve hatta gecikmesinde sakınca varsa işlemin yapılması gerekir (CMK 21).

Hakim veya mahkeme yetkisiz olduğu durumlarda yetkisizlik kararı vererek dosyayı yetkili mahkemeye gönderir. Ancak hakim veya mahkeme yetkisiz olduğunu bilmesine rağmen, gecikmede sakınca bulunan hallerde bazı işlemleri yapabilecektir. Gecikmede sakınca bulunan hal fiili ya da hukuki nedenlerden kaynaklanabilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal Arama Yönetmeliği'nin 4. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan hal “derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve hakimden karar almak için vakit bulunamaması”dır.

Gecikmede sakınca bulunup bulunmadığını sözkonusu yetkisiz hakim veya mahkemenin kendisi tayin edecektir. Bu halde işlem re'sen yapılabileceği gibi C. savcısının talebi üzerine de yapılabilir.

Ölmek üzere olan bir tanığın ifadesini almak yetkisiz hakim bakımından yapılması gerekli işlem olarak kabul edilebilir.

## § 6- CEZA MUHAKEMESİ NORMLARI

Bizde ceza muhakemesini düzenleyen ilk kanun, 1879 (1296) tarihli “Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı”dır. İkinci kanun, 1929 tarihli ve “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu” adlı olup, 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu örnek tutularak hazırlanmıştır. 1997 yılında Dönmezer Başkanlığında kurulan komisyonun hazırladığı tasarı halen yürürlükte olan 2004-5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanununu doğurmuştur.

Aşağıda ceza muhakemesinde hüküm verilirken kullanılan normların özellikleri açıklanacaktır.

### I- Normların Görevi.

#### 1) Hukuk normları ve hukuk düzeni.

Hukuk normu, normların bir çeşididir. Normlar ise birbirimize ilişkilimizde nasıl davranacağımızı, aksi takdirde hangi yaptırımlarla karşılaşacağımızı gösterirler. Hukukî, ahlâki, dinî gibi çeşitleri vardır. Normların

davranışı gösteren parçası “kural”ı oluşturur. Bir kuralın hukuk kuralı olması, hukukun ona bir yaptırım bağlamış olmasını da gerekli kıldığından, biz, kuralı ve yaptırımını birlikte ifade eden normun kural diye türkçeleştirilmesini doğru bulmuyoruz ve kural terimini normun sadece “pre-cetto, disposition” anlamına gelen parçasını karşılamada kullanıyoruz.

Hukukî düzen, hukukî değer ölçüleri olan normlardan oluşur. Tabii ilimlerde değerlendirme yoktur. Faraza bir adamın öldürülmesi olayı, tabii bakımdan, sadece ölüm neticesinin tesbiti demektir. Fakat Hukuk insanların eylemlerini değerlendirir. Bir diğer hükmü vermek için, değer ölçülerine ihtiyaç vardır. Bunlar ya ferdin, ya toplumun ölçüleridir ve her zaman birbirini tutmazlar. Örneğin kan gütme yüzünden öldürme bazı fertler bakımından iyi görüldüğü halde toplum bakımından fena görülür. Buna karşılık toplumun da adam öldürmeyi, harp zamanı düşmanın öldürülmesinde olduğu gibi, iyi gördüğü vardır.

Hukukî düzen 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. Örneğin, herhangi bir insanın öldürülmesi fena görülmekte ve cezalandırılmaktadır (TCK 81), fakat karı veya kocanın (TCK 82) veya Cumhurbaşkanının (TCK 310) öldürülmesi daha fena görülmüştür. Buna karşılık mülga Türk Ceza Kanununda namus kurtarmak için yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinde ferdin ölçüleri ağır basmış ve bu fiil hafif bir suç sayılmıştı (mülga TCK 453). Meşru savunma halinde öldürme ise hiç suç sayılmamıştır (TCK 25).

Görülüyor ki her toplum belli bir andaki şartlara göre, ferdin ve toplumun değer ölçülerini belli bir şekilde bağdaştırmakta ve bu değerlerin bütünü “hukukî düzen”i meydana getirmektedir. 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.

Hukukî düzen onu meydana getiren hukuk normları gibi zamanla değişir. Hukuk normları, insanlar arasındaki ilişkileri duyulan ihtiyaca göre düzenler. İhtiyaçlar değiştiğinden hiç bir 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.

## 2) Hukukî değerlendirme (tavsif).

Ceza muhakemesi makamları, özellikle ceza yargılaması makamları, bütün yargılama makamları gibi, olayların hukuk normları karşısındaki durumunu açıklamak olan görevlerini yapmak için bazı vasıtaların (âletlerin) yardımına başvurmak zorundadırlar. Bu vasitalardan biri “normlar” dır. Yargılanacak her uyuşmazlık somut olup biri maddî, diğerı hukukî olmak üzere iki meseleden oluşur. İşte hukuk normları, somut hukukî meseleyi çözmekte “kullanılan” vasitalardır.

Hukuk normlarının “uygulama” da denilen “kullanılma”ları suretiyle hukuk bakımından değer hükmü vermeye “hukukî değerlendirme” denir. Buna “hukukî tavsif” de denilmektedir. Hâkimler, tarafların mütalâaları ile bağlı 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 bağlı tutulamazlar. Bu nedenlerle hâkimlerin kendi kararlarının dayanağını oluştıran hukukî değerlendirmeyi kendilerinin yapmaları gerekir.

Hâkimlerin yaptıkları tavsif ya kesindir, ya geçicidir. Kesinlik “sanığın eylemi falan falan suç tipine giriyor” veya “hiç birine 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 derecesine göre “imkan” veya “ihtimal”den söz edilir. “Mümkün” sıfatı aksinin imkânsız olmadığını gösterir. “Muhtemel” ise aksinin imkânsız olmadığını daha kuvvetle ifade eder. Şüphe, mümkünsede daha fazla, muhtemelde daha azdır. Bazı kararlarda, istisna olarak, ihtimal aranır.

Örneğin iddianamenin kabulü kararında, ilerde mahkemenin şu veya bu

suç diye tavsif etmesi muhtemel görülmeli idi. Kural ise imkân ile yetinme yolundadır. Yetkisizlik kararının gerekçesinde belli bir suç olarak tavsifin mümkün görülmesi yetmektedir. Hâkim örneğin 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.

### 3) Hukukî değer hükmünün verilişi.

Olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusunda verilen her değer hükmünde, akıl yürütmenin çeşitlerinden biri olan “tasım”da olduğu gibi, üç önerme vardır: Küçük önerme: Olay, Büyük önerme: Hukuk normu ve Sonuç: Hukukî değer hükmü.

Bu önermelerle ilgili olarak hukukî konuda bir hükme varmak için üç işlem yapılır: 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.

İkinci iş olayla karşılaştıracığımız hukuk normunun hukuk düzeni içinde aranıp bulunması ve olayla karşılaştırılmasıdır. Gerçekten hukukî mesele, olayın hukuk normları, bir kelime ile Hukuk karşısındaki durumunun tesbiti demektir. Bir diğer söyleyişle olayın hangi tipe uyduğu tâyin edilir. Hukuk karşısındaki durumdan maksat kanun karşısındaki durum olmayıp, Hukuk düzeni karşısındaki durumdur.

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 arzettiği, 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 tesbiti, hukukî durumun da tesbiti demek olduğu gibi, hukukî durumun tesbiti de maddî durumun tesbiti demektir.

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 hakikatta hem maddi hem hukukî meseleye taallûk eder, daha doğrusu ikisi arasındaki ilişkiyi belirtir. 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 tesbiti, hem hukukî, hem maddî bakımdan hüküm verilmesidir.

Maddî ve hukukî durumların tesbiti arasındaki fark, sadece tesbitte kullanılan vasıtada kendini gösterir. Gerçekten maddî durumları Hukuk-dışı tecrübelerimizle yani Hukuk-dışı bilgilerimizin bütünü ile karşılaştırarak, örneğin fizikten, kimyadan faydalanarak, tesbit ederiz. Hukukî durumu tesbitte 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.

#### 4) Hukuk normlarının yansıttığı değer.

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 tesbiti ile yetinilir. Örneğin akitler veya suçlar için tipler kabul edilir. Fakat somut olaylar çok defa bu tiplere aynen uymazlar. Onlara az çok yaklaşan şekiller arzederler. Hattâ bazen bir olay birden fazla tipe girebilecek şekilde olur. Bir olayın hukukî durumunu belirtmek, bir diğer söyleyişle onu hukuken tavsif etmek, hangi tipe girdiğini tesbit eylemek demektir. Hukukî düşünce tiplere göre düşünmektir, yani her olayı yalnız bir tipe sokabilmektir. Mahkemece bir hu-

kukî meselenin çözülmesi de böylece tarafların ileri sürdükleri, fazla olarak hâkimin düşünebildiği tiplerden hangisinin en uygun olacağını tâyinden ibaret olmaktadır.

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 adalete hizmet edeceği unutulmamalıdır. Kanun, hâkimin elinde terazi gibi bir vasıtasıdır. Hâkim elinde tuttuğu kanunu somut hukukî değer hükmünde ölçme vasıtası olarak kullanır.

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 düzeni”ne 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 tâyin eder. Fakat her halde kanunî tavsif, mümkün oldukça kararlarda çok defa açıklanmayan ve bazen vicdanî diye vasıflandırılan, yazılı olmayan hukukun normlarından yani değer ölçülerinden çıkarılan sebeplere dayanır. Bu sebepler, açıklandıkları zaman “hüsniyet” ve “hakkanîyet” (nesafet, insaf, équit ) kavramlarına başvurulur. Kararlarda çok defa açıklanmayan bu sebepler “hukuk ve adalet hissi”dir. Anayasa buna “Hukuk” demiş ve hâkimlerin Anayasaya, Kanuna ve hukuka göre hüküm vereceklerini belirtmiştir (Any. 138).

Ceza Muhakemesi Hukukunda yazılı olmayan hukukun değer ölçülerinin rolü büyüktür. Hâkimler bazen daha lehte bir tavsif bulmaya çalışırlar. Bazen cürmî kast yok diye cezalandırmama yolunu tutarlar. Bazen da

hukukî Őuurlarına göre cezalandırılmasını doğru buldukları bir olayı cezalandırmak için kanun metinlerini zorlarlar. Bütün bu psikolojik hakikatler gösteriyor ki, kanunlik hükmünden önce bir hukuk değer hükmü verilmekte ve buna uygun kanun tavsif araştırılmaktadır.

Ceza hkimleri kanun tavsifi yapmadan önce hukuk bir değer hükmü vermek için cezayı düŐünürler. Suçunun cezaya lyık olup olmadığını, lyık ise ne kadar cezaya lyık olduğunu kendi kendilerine sorarlar. Bu cevapları verirken hukuk ve adalet hissine, hak anlayıŐına göre hareket ederler. Bu safhada kişisel görüşlerin payı büyüktür. Bir hkimin sert, diğerinin gevŐek olması bu yüzdedir.

Hatt kişisel hislerin de burada rolü olabilir. Ancak meslekten hkimler meslek ve teknik itiyatları dolayısı ile kişisel hislerini mümkün olduğu nisbette bir kenara bırakmak ve adalet hissini esas tutmak imknına meslekten olmayan hkimlere nazaran daha fazla maliktirler. Meslekten hkimlerin de kiŐiliklerinden sıyrılabilmesi, yani verdikleri hükümlerin mümkün olduğu kadar az kişisel olması için de çareler ngrlmŐtr.

##### *5) Muhakeme hukuku normları.*

Muhakeme Hukuku normları somut olay hakkında kollektif hüküm verme faaliyetinde ölçü olarak kabul edilen normlardır. Bunlar da muhakeme-dışı normlar gibi, yol göstericidir. Nasıl bir usta eline ilk geçen leti değer, işine yarayanı kullanırsa, hkim de somut olayda en iyi Şekilde muhakeme yapabilmek için normları değerlendirir ve en uygun normu araştırıp kullanır.

Muhakeme normları hkimler bakımından mecbur veya ihtiyar olabilirler, fakat hkimlere emir vermezler. Emredicilik ile mecburlik farklı Şeylerdir. Bunun içindir ki hkim bakımından emirden de menf emir olan yasaktan da bahsedilmemelidir. Muhakeme Hukuku normlarının da hkim bakımından emredici olmadıkları ve muhakemede bir vasıttan ibaret buldukları, bunların uygulanmaları halinde bir emre riayetsizlik durumu görülmeyip “muhakeme yapmada hata”, kanunun tbiri ile “usul hata” (usule ilişkin noksan: CMK 301) mevcut olduğunun kabul edilmesinden hkimin sorumlu tutulmamasından açıkça anlaşılmaktadır. Hata

kanunyolları ile giderilebilir. Kararlar kesin hale gelince artık hataya da bakılmaz.

Hukuk ile kanun aynı şeyler olmadıklarından hukuk normları sadece kanun normları değildir. Hukukî düzen manası ile “Hukuk” teşkilânmış toplum halinde yaşayan insanların birbirleri ile ilişkilerini düzenleyen hukuk normlarının bütünüdür. Kanun normları hukuk normlarının bir kısmını teşkil eder.

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 yaptırımı belirtmektir. 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.

*6) Ceza muhakemesi hukuku normu ve suç hukuku normu arasındaki fark.*

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 kaidesinin pek çok istisnası vardır. Ceza Kanunumuzda da Muhakeme normları mevcuttur. Diğer taraftan bilhassa özel kanunlarda suça ve muhakemeye ait normlar çok defa birlikte bulunurlar.

Bir hukuk normunun Suç Hukukuna mı, Muhakeme Hukukuna mı ait olduğunu anlamak için genellikle 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 sebebinin burada aramak lâzımdır. Örneğin şikâyeti bazıları Suç Hukuku, bazıları Ceza Muhakemesi Hukuku kurumu sayar-

lar. 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 hükümdede ölçü ise Muhakeme dışı Hukuk normudur, hüküm vermek üzere yapılan faaliyette ölçü ise Muhakeme Hukuku normudur. Bununla beraber bu ölçünün de tereddüdü yenmek için fiilin cezalandırılabilmesi ile failin cezalandırılabilmesi konularının Suç Hukukuna ait olduğu hatırlanmalıdır. Böylece fiilin 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.

Suç Hukuku normları ile Ceza Muhakemesi normlarının ayırđedilmesindeki faydaların başında bu iki hukuk dalının bilim olarak gelişmesindeki yardımı gelmektedir. Bazı kurumların niteliği hakkındaki tereddütleri yenme faydası da vardır.

Bu teorik faydalardan başka pratik faydalar da vardır. Zira Kanunların daha sistemli bir şekilde düzenlenmesi imkânı sağlanır, kanunkoyucuya yol gösterilir. Suç Hukuk normları ile Ceza Muhakemesi Hukuku normlarının yorumu arasında farklar vardır. Suç Hukuku normları ile Ceza Muhakemesi Hukuku normlarının zaman bakımından uygulanması farklıdır. Suç Hukuku normları ile Ceza Muhakemesi Hukuku normlarının yer itibariyle uygulanması arasında farklar vardır. Bazı kanunlar zamanaşımını cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesinden başlatabilir. Suç Hukukuna ait olan cezalandırılabilme şartının, Muhakeme Hukukuna ait olan muhakeme şartlarından ayırđedilmesindeki 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. Yabancı Ceza Hukuku normunun doğrudan doğruya veya dolayısı ile uygulandığı vardır. Yabancı Muhakeme Hukuku normu uygulanmadığından ayırma bu bakımdan da faydalıdır.

## II- Normların kaynakları.

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.

### 1) Yazılı hukuk: 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. 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.

### a) Kanunlar.

Yazılı Hukuku oluşturan belgeler çeşitli düzeydedirler. En üstte “Anayasa” vardır. Dar manada “kanunlar” Anayasanın altında yer alırlar. Onların altında da “idarî mevzuat” denilegelen “idarî işlemler” vardır.

Yazılı Hukuk maddelerden, maddeler fıkralardan, fıkralar da bentlerden oluşur.

Bazı muhakeme işlemlerinde hiç bir 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 mücadelede doğan konularda uyum sağlanması

adı altında müşterek bir hukuk yaratıldığı da görülmektedir. Bu konuda diğer bir örnek Avrupa Konseyidir. Üyeleri arasında daha sıkı bir işbirliğini amaçlayan Avrupa Konseyinin hazırladığı sözleşmelerle bir Avrupa Hukuku oluşturduğu ve bu sözleşmelerin sayısı az da olsa bazı muhakeme işlemlerini düzenlediği görülmektedir. Örneğin Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesi, yabancı bir mahkemeye örneğin bir tanığın çağırılabilmesini mümkün kılmakta, fakat çağırılıya uymayanlar hakkında hiç bir yaptırım uygulanamayacağını da belirtmektedir (CİKİYAS 8).

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 (Any. 90). Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklikle temel hakların düzenlendiği sözleşmelere üstünlük tanınmıştır.

Görülüyor ki Muhakeme Hukuku normları arasında milletlerarası belgeleri de saymak gerekmektedir. Milletlerarası belgede yeralan kuralın iç hukukta doğrudan doğruya uygulanabilecek nitelikte açık ve net bir kural, hüküm koyduğu hallerde Anayasa'nın 90. maddesi gereğince hakim 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 gözönünde tutulması gerekecektir.

#### *b) Muhakeme normlarına aykırılığın yaptırımı.*

Kanunî normlar, biri kural, diğeri yaptırım 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 vasıtasıdırlar.

Yazılı Hukuk normları bazen mahiyeti itibariyle sınırlayıcıdır. Örneğin 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. Hattâ bazen Yaşayan Hukuka göre cezalan-

dırılması gereken eylemlerin cezalandırılmaması pahasına da uygulanan bu prensip, fertlerin hürriyetlerini korumak için kabul edilmiştir.

Ceza muhakemesi kanunî normlarının kural kısmına aykırılığın yaptırımları çeşitlidir:

1) Yerine getirici yaptırımlar. Normun ihtiva ettiği emrin gereği yapılmazsa, bazen zorla yaptırılır. Çağırıldığında gelmeyenin zorla getirilmesinde olduğu gibi.

2) İdarî yaptırımlar. Bunlar disiplin yaptırımlarıdır.

3) Cezaî yaptırımlar. Ceza muhakemesi kurallarına aykırılık bazen suç teşkil edebilir.

4) Muhakeme Hukuku yaptırımları. Bunlar elde edilen delilin kullanılmaması, bir hakkın düşmesi, butlan gibi muhakeme işlemlerini ilgilendiren yaptırımlardır.

Normları koruyan hukukî işlemlerde de aykırılık olabilir. Bunun da yaptırımları 1) yokluk, 2) butlandır. Normun geçerliğine tesir eden bu yaptırımların birincisinde, genel olarak o işlem (örneğin kanun veya tüzük), sadece belli bir olayda yok sayılır. İkincisinde işlem iptal edilir, yani genel olarak ortadan kaldırılır.

*c) Ceza muhakemesi normlarının “kanunîliği”.*

Yazılı Hukuk sisteminde, fertlerin hak ve hürriyetlerini sınırlandıran normlardan olan “Ceza Muhakemesi Normları”nın dar manada “kanun”da yazılı olması kabul edilmiştir. Buna ceza muhakemesi normlarının kanunîliği ilkesi denilir. Anayasamız da bir çok hususlarda bunu açıklamıştır. Örneğin mahkemelerin kuruluşu, görevi, yetkisi, işleyişi ve yargılama usulleri kanunlarla düzenlenir (Any. 142). Kişi dokunulmazlığının ve hürriyetinin kayıtlanması da, ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde, sadece usulüne göre verilmiş hâkim kararı ile mümkündür (Any. “2001-4709” 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 (Any. “2004-5170” 90).

Muhakeme Hukuku normlarına Anayasada da rastlamaktayız. Anayasa, mahiyeti itibariyle bir kanun olduğundan, Anayasada Muhakeme Hukuku



normları bulunabilir. Mesele Anayasada yer alacak muhakeme normlarının tâyininde 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 ettiğiinden, muhakeme kanunu olarak ele alındığında özel kanun sayılır. Askerî Ceza Muhakemesi Kanununun da özelliğinde tereddüt etmiyoruz. Bu ayırma özel muhakemenin genel muhakemeye nazaran anormal bir muhakeme olduğunu ifade etmez. Örneğin muhakeme değişik şartlara uygun bir bünye arzeder.

Kanunların özel ve genel diye ayrılmasının çeşitli faydaları vardır. Örneğin 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 (Any. 90/son) Milletlerarası Andlaşmalar ve Sözleşmeler de Ceza Muhakemesi Hukukunun kanun kaynakları arasında yer alırlar.

## 2) *Norm kaynağı idarî işlemler (yönetmelik vs).*

Bazı idarî işlemler (muameleler, tasarruflar) vardır ki şeklen kanun olmamakla beraber kanun niteliğindedir. Bunlar üç grupta toplanabilir:

“Saltanat devrinde neşrolunan muvakkat–kanunlar ve nizamnamler. 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.

“1961 den önceki kanun kuvvetinde kararnameler” (KKK). 1924 Ana-

yasası yürürlükte iken kanunlara dayanılarak çıkarılmış kanun kuvvetinde kararnameler vardır. Kanun hükmündeki kararnamelerden farklı olarak bunlar geçici değillerdir, yani sonradan 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.

1961 ve 1982 Anayasaları yasama yetkisinin devrini yasakladıklarından 1961'den sonra Hükûmete kanun kuvvetinde kararname çıkarma yetkisinin verilmemesi, verilse de bunların çıkarılamaması, veren kanunla çıkarılan kararnamelerin Anayasa aykırı olduklarının kabul edilmesi gerekir.

“Kanun hükmünde kararnameler” (KHK). 1961 Anayasası (m. 5) gibi 1982 Anayasası da (Any. 7) yasama yetkisinin devredilmesini 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 değişmesiyle Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin belli konularda kanunla verilebilmesi kabul olunmuştur. 1982 Anayasası da bu yolda yürümüştür (Any. 91).

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 kanunlaştırırrsa KHK, yerine kanun geçtiğinden, yine ortadan kalkar (Any. 91/9).

Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanacak Bakanlar Kuruluna da Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır (Any. 121/3, 122/2).

Tüzük ve yönetmelikler hem hükümde hem de hüküm vermede kullanılan normların kaynaklarıdır. Hüküm vermede, yani muhakemede kullanılabilmeleri için bu normların, örneğın mahkeme kuruluğu, yargılama usulü gibi, Anayasanın sadece kanunların bıraktığı sahaları düzenlenmesi gerekir:

Bakanlar Kurulu kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunun em-

rettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak şartıyla, Danıştayın incelemesinden geçirerek, tüzükler çıkarılabilir. Bunlar Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayınlanır (Any. 115).

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 (Any. 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.

Hangi yönetmeliğin Resmi 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 yayınlanmış 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 görülmektedir. 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 Adalat Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün yayınladığı genelgeler hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

Bununla birlikte CMK da yönetmeliği yapılabileceği dahi öngörölmüş 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.<sup>58</sup>

### 3) Yazılı olmayan hukuk.

Hukuk normlarının doğrudan doğruya kaynaklarının ikincisi de “yazılı olmayan Hukuk”tur.

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.

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. Ferdin ve toplumun değer hükümlerini telif eden “Yaşayan Hukuk”, bazen “Hukukun genel prensipleri” diye adlandırılır.

### 4) Hakimlerin yarattığı hukuk.

İçtihadî Hukuk, benzer müşahhas olaylarda verilmiş kararlardan çıkarılan ve yeni bir hükümde veya hüküm vermede hukukî değer ölçüsü olarak

<sup>58</sup> Danıştay 10. Dairesi, 22.2.2010, E. 2007/2795, K. 2010/1399.

kullanılan normların bütünüdür.

Hakimlerin yarattığı İçtihadî Hukuk, bir norm kaynağıdır. 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” manasına da geldiğinden, haklılığını yani bütün hukuk normları bakımından yaptıkları değerlendirmenin isabetini, meslektaşlarının verdikleri hükümlere, yani içtihatlara uygunluğu ile kontrol ederler.

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.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve Mahkemesinin bağlayıcı yetkisini kabul eden ülkeler açısından AİHM kararları “içtihadî hukuk” kaynağıdır. Hakim iç hukuku uygularken bunları da gözönünde 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 keyfiliğine 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 kanunyolu mahkemesi olması, hem de sadece hukukî meselelerle uğraşmakla görevlendirilmiş bulunması sebebiyle, içtihadî hukuk yaratmada önderlik eder ve içtihatlarda birlik sağlar.

Ancak yetkiler daireler arasında bölüşüldüğünden 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. 1953 de yapılan değişiklik, 1973 ve 1983 tarihli Yargıtay Kanunlarına da geçmiş ve artık İçtihat Birleştirme Kararları kanundan da üstün olmuşlardır.

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 belirtemediklerinden içtihatların değişmesi çok güçleşmiştir.

Bizce hukukun kalıplaşmaması ve değişen ihtiyaçlara uydurulabilmesi için aykırı içtihatları her rastlandığında birleştirmeye gidilmemeli, en iyisi, mümkün olduğunda, sadece bizde bulunan “İçtihat birleştirme” kurumu, yerini “İçtihat değiştirme” kurumuna terketmelidir.

##### 5) *Bilimsel 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 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. Halbukî hâkimler bakımından hiç bir hukuk

normu emredici değildir. Emredicilikle karıştırılmaması gereken mecburîlik ise sadece kanunî normlar bakımından söz konusu olabilir. Hakim 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 dolayısıyla kaynak sayılmasının sebebi budur.

### III- Normların uygulanabilirliği.

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 uygulanırlık, 4) yer bakımından uygulanırlık yorum açılarından yapılır.

#### 1) Yürürlük.

Bir normun uygulanabilmesi için ilk değerlendirme, “yürürlük” (mer’iyet) 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.

Kanunlar, metinde yürürlük için gösterilmiş olan tarihte yürürlüğe girerler. Bu tarihin yayım tarihinden önce olmaması mantıkça zorunludur. Bilinmeyen şey kullanılabilir mi? Kanunda yayımdan önceki bir tarihte yürürlüğe girmeden söz edilmişse, yürürlük ile zaman bakımından uygulanırlığın 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.

Geçici olanları müstesna, kanunlar yürürlükten kalkacakları tarihleri metinlerinde göstermezler. Bu sebeptendir ki bir kanunun yürürlükten kalkış tarihi, kural olarak, onu ilga eden bir başka bir kanunun yürürlüğe girmesi tarihidir. Anayasa da bir kanun olduğundan, bir konuyu “açıkça” düzenlemişse, aynı konuyu düzelemiş olan kanunları zımnen ilga eder. “Açıkça düzenleme” yoksa Kanun yürürlükte kalır.

Yürürlükten kalkış, kanunun bütünü veya madde veya fıkrası şeklinde bir parçası bakımından olabildiği gibi başka bir kanunla ilga da açık veya “üstü kapalı” (zımnî) 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 diğerini istisna kabul etmek mantık zorunluğudur.

şu halde 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.



## 2) Geçerlik.

Yazılı hukuk normunun uygulanabilmesi için “yürür” olması yetmez, “geçer” olması da aranır. Bu da “geçerlik” (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’e de “sahih” denilmektedir. Geçerliğe “değerlilik” de diyebiliriz. Zira bir normun hukukî değerı norm olarak kullanılabilmesidir. Kullanılmıyorsa, değerı yok demektir. Sonuç şu oluyor ki, geçerlik (veya sağlamlık veya değerlilik), yürürlükten farklı bir kavram olup bir işlemin yapılmasını düzenleyen normlara aykırılığın o işlemi sakat veya değersiz saydıracak bir yaptırım gerektirmediğini ifade eder. Yazılı Hukuk normlarının geçerliğine tesir eden yaptırımlar, bu normların sevkini düzenleyen normlarda yer alır. Bunlar 1) yokluk, 2) butlan yaptırımlarıdır. Yokluk, sadece belli bir dâva bakımından yok saymadır. Butlan yaptırımı, normu belirten hukukî işlemin (Örneğin kanunun) iptal edilmesi, yani genel olarak ortadan kaldırılması demektir. Bunun içindir ki butlan ayrı bir muhakemeyi gerektirdiği halde yokluk, nisbî muhakeme ile kabul edilebilir.

Anayasa Mahkemesinin görevi, Anayasaya uygunluğu denetleme (Any. 148/1) ve gerekirse, yaptırım uygulamadır. Yasama yetkisi Meclise verildiğine göre (Any. 7), Anayasa Mahkemesi, kanunkoyucu yerine geçip kanun yapamaz.

Anayasa Mahkemesi kanun yapamadığı gibi, kanunkoyucunun kanun kabul etmekle açıkladığı siyasî düşünce yerine kendi siyasî 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. Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir (Any. 153/1).

## 3) Normun Anayasaya aykırılığının müeyyidesi: Butlan.

Dar manada kanunlar bakımından bugün tek yaptırım vardır. O da “butlan” dır.

Anayasa kanunların nasıl yapılacağını açıklamış (Any. 88-90), Anayasaya aykırı kanun olamayacağını belirtmiş (Any. 11/2), bu kuralların yaptırımını da bir karar ile iptal edilme, yani butlan olarak göstermiştir (Any. 153/1). Bu butlan, nisbîdir, zira ilgililerin Anayasa Mahkemesinde dâva açmaları gerekmektedir.

Anayasaya aykırılık, kanunun gerek koyduğu norm, gereke yapılışı bakımından olabilir. Örneğin Anayasanın aradığı yeter sayı olmadan Meclislerin toplanıp karar vermesinde Anayasaya aykırılık vardır.

“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 tesbit eden, bir diğer söyleyişle onu iptal eden bir karar verilmesi için yargılama makamına başvurular yani dâvalar iki çeşittir:

a) “Doğrudan doğruya iptal dâvası”, bir kanun normunun iptal edilmesi için, yapılmakta olan bir muhakeme ile ilgili olmaksızın, Anayasa Mahkemesine başvurulmasıdır (Any. 150). Bu dâvanın belli bir süre içinde açılması lâzımdır (Any. 151). Bu süre, kaide olarak yayımdan itibaren 60 gündür.

b) “Dolayısıyla iptal dâvası”, yapılmakta olan bir muhakemede uygulanacak bir kanun normunun iptal edilmesi için dâvaya bakan yargılama makamınca açılır. Başka bir muhakeme ile ilgili olan dolayısıyla iptal dâvası iki şekilde açılır:

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 varırsa Anayasa Mahkemesince bu konuda verilecek karara kadar muhakemeyi durdurur (Any. 152/1) ve dosyayı Anayasa Mahkemesine gönderir.

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 (Any. 152/1, AnyMK 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 (Any. 148/2).

Anayasa Mahkemesi işin kendisine geliŐinden itibaren 5 ay içinde karar verip yayımlamazsa, mahkeme, dâvayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararı asıl dâva hakkındaki son karar yargı halini alıncaya kadar gelirse mahkemeler ona uymaya mecburdurlar (Any. 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. 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.

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 (Any. 153/5).

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 gözüken kanunun var olmadığının genel olarak yani herkes tarafından belirlenmesini Anayasamız kabul etmediğinden, Anayasa Mahkemesi bu durumlarda, Anayasaya aykırılık kavramını genişleterek iptal kararı vermemelidir. 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 yeralan 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 yardımından meccanen faydalanma hakkı doğrudan uygulanabilen bir haktır, İç hukukta farklı bir düzenleme de olsa hakim bu ayrıntılı hükmü doğrudan doğruya uygulaması gerekir.

#### **IV- Normların zaman bakımından uygulanması.**

##### *1) Zaman bakımından uygulanma.*

Bir normun uygulanabilmesi için yürürlük ve geçerlik açılarından değerlendirme yetmez. Zaman bakımından uygulanırlık da aranır. Zira yürürlük ile zaman bakımından uygulanırlık farklı şeylerdir. Uygulanırlık yürürlük süresi, yürürlük öncesi ve yürürlük sonrası diye zaman bakımından üç bölümde ele alındığında bu farklar iyice görülür:

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. Örneğin Millî Korunma Kanunu bu durumdadır. Yürürlükten kaldırılmamıştı, fakat uygulanmamaktadır. Çün-

kü uygulamadan kaldırılmış bir daha da konmamıştır. Kural yürürlüğe giren kanunun derhal uygulanmağa başlaması ve yürürlükten kalkıncaya kadar uygulanır olmasıdır. Derhal uygulanırlık (*immediata applicabilità*, *application immediate*), derhal yani yürürlüğe girer girmez ortaya çıkan olaylara uygulanabilmesidir. Bu olay, işlenecek bir suç olabildiği gibi, yapılacak bir işlem, örneğin muhakeme işlemi de olabilir.

Yürürlük normun yürürlükte olduğu süre içindeki olaylara uygulanması demek olduğu halde, normun yürürlükten önceki olaylara uygulandığı da vardır. Buna geçmişe uygulanırlık (*makable şumul*), *retroattivita* denilir. Buna yürürlük öncesine uygulanırlık da denilebilir. Örneğin ceza verildiği sırada yürürlükte olan kanun suç tarihindeki kanuna göre lehte ise yeni kanun yürürlükte olmadığı sırada işlenmiş olan suçta da uygulanır (TCK 7).

Nihayet yürürlükten kaldırılan normun yine de uygulandığına rastlanmaktadır. Örneğin lehte olan eski kanuna göre ceza verilmesinde (TCK 7) durum böyledir. Buna da yürürlük sonrası uygulanırlık (*ultraattivita*) denilir. Bu uygulama unutulmamalıdır ki, yine yürürlükteki norm sayesinde ve yenisi ile karşılaştırmadan eskisini uygulamak imkânsızdır.

Zaman itibariyle uygulanırlık meselesi, muhakeme-dışı kanunlarda ve muhakeme kanunlarında farklı şekillerde çözülür.

## 2) *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.

Diğer taraftan, bir muhakeme kanununda muhakeme-dışı normların da bulunabileceği ve bunların genellikle, *temyiz edilemeyen mahkûmiyet 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.

Muhakeme-dışı normların zaman bakımından uygulanırlığı konusunda

önemli nokta, Yeni Ceza Kanunumuzun 7 inci maddesinde düzenlenen “yürürlük öncesine uygulanırlık” ile “yürürlük sonrası uygulanırlık” hal-lerinde ya eski ya da yeni kanunun uygulanacağıdır. Bir diğer söyleyişle suçun hangi kanuna göre cezalandırılacağıdır. İki kanunun lehte noktala-rını toplayıp ceza verme bu nedenle kanuna aykırıdır.

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 yaratma-sı olurdu. İki Almanya’nın birleşmesinden sonra eski Dođu Alman Hu-kuku ile yeni Federal Almanya Hukukunun lehe hükümlerinin belirlenme-sinde önce bizdekine benzer karma uygulama yapıldı. Sonra mesele Yar-gıtay tarafından çözüldü: Hukuk sisteminin bir bütün olarak karşılaştırıl-ması yapılır; eski hukuk ile şimdi yürürlükte olan hukukun karşılaştırması toplam olarak yapılır. Bir Kanundan lehe ceza, diğerinden lehe er- teleme veya lehe şartla salıverilme alınamaz.

### 3) Muhakeme kanunlarının zaman bakımından uygulanırlığı.

Muhakeme kanunlarının geçmişe uygulandığı kanaati oldukça yaygın-dır. Muhakeme normlarında geçmişe uygulanma yoktur. Zira bunlar suça değil, muhakeme işlemlerine uygulanır. 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. Meğer ki kanunda aksine sarahat olsun. Bu takdirde de söz konusu olan, eski kanun bakımından “yürürlük sonrası uygulanırlık”dır.

Görülüyor ki, muhakeme kanunları derhal uygulanır kanunlardır. Mu-hakeme henüz kesin olarak bitmemişse, nerede kalmış olursa olsun, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren yapılacak muhakeme işlemlerin-de kaide olarak yeni kanun uygulanmağa başlar. İşte bu hakikatın anlaşıl-ması üzerinedir ki muhakeme kanunları bakımından geçmişe uygulanırlık

tâbiri yerine son zamanlarda, derhal uygulanırlık tâbiri kullanılmaktadır.

Muhakeme kanunlarının eskiden işlenen suçların muhakemesinde de derhal uygulanmaya başlanmasının sebebi, bazılarınca, yeni kanunun eskisinden daha mükemmel olması, bazılarınca da aynı anda bir memlekette iki muhakeme kanununun birden uygulanmamasıdır. Bunun sebebi, bizce, kanunların yürürlükte buldukları süre içinde, düzenledikleri sahalarda uygulanacağı yolundaki prensiptir. Kaldı ki, iyi diye yeni kanun uygulanacak olsaydı, eski işlemlerin de yenilenmesi gerekirdi.

Derhal uygulanırlığın bir sonucu olarak, eski kanun zamanında yapılmış işlemlerin tekrarlanmaması, bazılarınca kazanılmış (müktesep) hak ile 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. Örneğin yeni kanun kolluğa sözle başvurmayı kabul etse de yazılı şikâyet arayan eski kanun zamanında süresi içinde yapılmış yazılı şikâyet yoksa, süreden sonra kolluğa başvurma yazılı şikâyet yerine geçmez. 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 suça ait olsun, bütün şikâyetlerin yazılı olması gerekecektir. Keza yeni kanun temyiz yolunu kapamışsa, eskiden verilen hüküm için de temyiz yolu söz konusu olmayacaktır.

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 gayrı yapacak bir şey yoktur. Eğer muhakeme böylece sona ermemişse yeni yapılacak işlemleri yeni kanun gösterecektir. Eski kararın yargılaşmış olup olmaması eski kanuna göre tâyin edilecektir. Yeni kanunun yürürlüğe girdiğinde karar kesin idiyse, yeni kanun, kanunyolu 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 başlatmak 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 kabul edildiği vardır.

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 suça da uygulanacaktır. Şikâyet süresi geçmiş ise eski kanuna göre muhakeme yapılamayacaktır ki yeni kanuna göre yapılması da sözkonusu olabilsin.

Mahkemelerin çeşitli bakımlardan yetkilerinin 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. Örneğın yeni CMK kollukta (Savcı emri ile) müdafı olmadan alınan ifade, mahkemede sanık tarafından kabul edilmezse, tutanağın duruşmada okunmasını yasaklamıştır (CMK 213).

#### 4) Derhal uygulanırlık kaidesinin istisnası.

Muhakeme Hukukunda kabul edildiğini gördüğümüz “derhal uygulanırlık kaidesi”nin “yürürlük sonrası uygulanma” biçiminde istisnaları da vardır. Bir iki örnek verelim:

Örneğın sırf yüksek mahkemenin işlerini azaltmak için kabul olunan yetki normlarının, yüksek mahkemede açılmış dâvalarda, hattâ duruşma başlamadan da olsa derhal uygulanmaması, yani yürürlükten kalkan nor-



mun uygulanmasına devam edilmesi, devamlı olmayacağı ve yetkisizlik kararları ile işler uzayacağı için geçici maddelerle kabul olunabilir.

Keza derhal uygulama bazen haksızlıklara yol açabilir. Örneğin 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.

Örneğin 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 geçici hükümlerle düzenlenmesidir. Hele yeni kanunda aynı kanun yolu tanınmamış ise nasıl hareket edileceğini ancak kanunkoyucu tâyin edebilir.

#### **V- Yer bakımından uygulanırlık.**

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 uygulanırlığı, millet yönünden yetki meselesidir. Millet yönünden yargılama yetkisi hangi Devletin ise sanık yabancı da olsa 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 çıkar-

ran Devlet ÷lkesinde dahi uygulanmadığı, buna karşılık bir Devletin başka ÷lkelerde yapılmış muhakeme işlemlerine hukukî değer tanıdığı biçiminde özetleyebileceğimiz istisnaları da vardır.

Ceza Muhakemesi kanunlarının mülkîliği kaidesinin istisnaları iki grupta toplanabilir:

Kanunların, neşreden Devlet ÷lkesinde uygulanacağı şekilde ifade edilebilen müsbet yönünün istisnaları dokunulmazlık halleridir. Örneğin dokunulmazlığı kalkmadıkça milletvekili aleyhinde bazı muhakeme işlemleri yapılamamaktadır. Diplomatik dokunulmazlığın, yabancı asker dokunulmazlığı da müsbet yönün istisnaları arasındadır.

Ceza muhakemesi kanunlarının onu neşretmeyen Devlet ÷lkelerinde uygulanamayacağı ve sonuç olarak, başka Devlet ÷lkelerinde 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, örneğin 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 yapılmışçasına geçer sayılması cereyanını kuvvetlendirmektedir. Bu yönde olmak üzere Avrupa Birliği içerisinde Avrupa Yakalama Emri Direktifi yayınlanmış ve Birliğe dahil bir ÷lkede verilen tutuklama kararının diğer AB ÷lkesinde doğrudan uygulanmasının yolu açılmıştır. Devletler arasında iade prosedürünü ortadan kaldıran bu gelişme delillerin müşterekliği konusunda da gör÷lmüştür. AB Direktifine göre bir devlette toplanan deliller diğer AB devletinde toplanmışçasına geçerli kabul edilmektedir. Muhakeme makamlarına bizimkiler kadar güvenebileceğimiz Devletlerin muhakeme işlemlerini ve bu arada yargılarını, bizimkilerle eşdeğerli saymamak için sebep yoktur.

İstisnaların başlıcaları şunlardır:

1) Türkiye'de yapılan bir muhakemeye ait bazı işlemlerin başka Devlet ÷lkesinde yapılmasına gerek görülürse, bunlar o Devletin memurları tara-

findan kendi kanunlarına göre yapılır.

Örneğin yabancı memleketteki bir tanığın istinabe ile dinlenmesi, o memlekette tanık dinlemeye yetkili makamlar tarafından kendi muhakeme kanunlarına 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.

Devletlerin Muhakeme Hukuk alanında birbirlerine yardım etmesi, her birinin ve milletlerarası topluluğun menfaati icabıdır. Bu yardımlaşmalar için “adlı yardımlaşma sözleşmeleri” akdedilir. İstenen sanıkların ve hükümlülerin iadesini düzenleyen “Suçluların Geriverilmesi Sözleşmeleri” da bu arada sayılmalıdır. Önceden yapılmış bir anlaşma olmadan da Devletlerin adlı 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 değeri tanınabilir.

3) Ceza koğuşturmalarının, en iyi yapabilecek Devlete aktarılmasında, bir Devlette yapılmış işlemler koğuşturmaya devam eden diğerinde eşdeğerli sayılmaktadır.

4) Türkiye’de yabancı Devlet mahkemesinin faaliyette bulunduğu hal-lerde, yabancı muhakeme kanunları istisna olarak uygulanır.

## **VI- Normun yorumlanması.**

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 bütünlü karşılaştırılması, tefsir demektir. Böylece, lâfza bakmak veya kanunkoyucunun iradesini belirtmek gibi esaslar tek başlarına kabul edilemeyecektir. Ayrı ayrı veya bir arada olmak üzere çeşitli vasıtalarla, bir bütün olarak Hukuk Düzeni içinde normun manası tâyin edilmelidir. Diğer bir söyleyişle, yazılı hukukun Hak veya Adalet de denilen yazılı olmayan Hukuka dayanması gerektiğinden, kanunlar hak ve

adaleti sağlayacak şekilde yorulanmalıdır. Bu arada hukukun duyulan ihtiyaca göre ilişkileri düzenlediği, ihtiyaçlar değiştikçe normların başka türlü anlaşılabilceği unutulmamalıdır. Kanunların yanlışlıklarından veya yeni ihtiyaçlara cevap veremeyişlerinden doğan sakıncalar ancak böyle önlenabilir.

Yorum konusunda gözetilmesi gereken bir nokta vardır. O da kural-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 uyusacaklardır. 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, kuralın bir istisnasının sözkonusu olmasıdır. Gerçekten aykırılık olmadığı açık olan hallerde birbirine aykırı gibi gözükten normlar arasında kural-istisna ilişkisi olduğunda tereddüt edilmemelidir. Örneğin 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, diğersinin istisna olduğunu kabul etmek mantık yönünden zorunludur.

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 manası genişletilmekle kalınmaz, norm, benzer durumda da uygulanır ve boşluklar doldurulur. Bu sebeple kıyası yorum şekli saymayanlar da vardır.

Suç Hukukunda şahsî hürriyetin korunması kaygısıyla kıyas kabul edil-

mez. Kıyas ceza koyan veya cezayı ağırlatan metinlerde caiz değildir. Bu yasağın sınırına girmediği için, Muhakeme Hukukunda kıyasın mümkün olduğu genellikle kabul edilmiştir.

“İstisnaî 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 istisnaî veya sınırlayıcı olup olmadiğına bakmalıdır. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanununun boşluğunu doldurmak için kişi özgürlüğünü kısıtlayan tutuklama hakkındaki hükümler kıyas yolu ile genişletilemez.

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 manasını bulup çıkarmaktır. Kanunun manası ise mantıken tek olmak icap eder. Kanuna verilen mana ya doğrudur; bu takdirde sanığın lehinde de olsa, aleyhinde de olsa uygulanmak lzımdır. Yahut bu mana doğru değildir; bu takdirde sanığın lehinde de olsa nazara alınmak icap eder. Yumuşak ve sert diye bir yorum çeşidi yoktur, yumuşak veya sert olan bizzat kanundur.

Sanık lehine yorumlamak diye bir yorum metodu olmamakla beraber, “şüpheden sanık faydalanır” kuralı, “yorumda şüphe” halinde kabul edilebilir. 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” kuralına norm bakımından da başvurulacaktır.

## § 7- DELİLLER

### I- İspat kavramı ve deliller.

#### 1) İspat kavramı.

##### a) İspat açısından delillerin rolü.

Muhakeme makamlarının ve özellikle yargılama makamlarının görevlerini yaparken kullandıkları bir diğer vasıta (veya âlet) de “delil”dir. Deliller olayın belirlenmesine yararlar.

Bu makamlar, kollektif bir hüküm ile çözdükleri uyuşmazlığın maddî ve hukukî iki kısmından birincisi olan maddî meseleyi çözebilmek için, hakikatı araştıracaklardır. Yargılama makamının bir çeşidi olan mahkeme adlı makamı 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 edilmemesi”dir. Gerçekten eğer hâkim maddî meseleyle ilgili belli bir iddia veya müdafaanın hâkikate uygun veya aykırı olduğu hükümüne varmışsa, taraflar iddia veya müdafaalarını ispat etmiş veya edememiş olmaktadır. Hâkimin hükme varması o husus bakımından ele alındığında, o hususun “sübut bulduğu veya bulmadığu” söylenir.

Delil tâbirinin, hatalı olarak delil muhtevasının öğrenilmesi ve değerlendirilmesi vasıtalarını, örneğin bilirkişi incelemelerini ve keşfi de içine alacak şekilde kullanıldığı vardır.

Hâkim muhakeme sonunda maddî meseleyi çözmek için bir tarihçi gibi eski olayı yeniden yaşatacak, geçmişin bulutları arasından hakikatı, görmeye çalışacaktır. Gerçekten hâkim geçmişte ne olduğunu, nasıl olduğunu bilmeye 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 çözme, 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.

Ceza muhakemesinde maddî hakikat arandığı için, şeklî hakikâtı 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. Ceza muhakemesinde herşey 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 kaniya (kanaate) vararak vermelidir.

“Vicdanî delil sistemi” tâbiri ile ifade edilmek istenen hem delil serbestliği hem de delillerin değerlendirilmesi serbestliği dir.

Bu serbestlikler hâkimlerin keyfî hareket edebileceği manasına gelmez. Delillerin değeri mücerret olarak önceden tayin edilemediği içindir ki kanunkoyucunun değerlendirmesinden vazgeçilmiş ve her olayda hâkimin değerlendirmesi istenmiştir. Delillerin bugünkü akılcı anlayışına göre hâkimin “kanaati”, ispat edilmesi istenen olayların tahlilî bir tetkiki ile lehte ve aleyhte bütün şartların tenkidi bir değerlendirilmesinin mahsulü olmak gerekir.

Bugün medenî memleketler, ceza muhakemesinde vicdanî delil sistemini benimsemişlerdir. Delil hukuku dört safhadan geçmiştir: İlkel safha: akıl dışı deliller, “ordel” dini deliller (jüri), kanuni deliller ve vicdani delil sistemi. İnsanlar vicdanî delil sisteminden önce, uzun müddet, “kanunî delil sistemi”ni uygulamışlardır.

Kanunî delil sistemi, belli hususların kanunlarda gösterilen belli delillerle ve hâkimi bağlayacak şekilde ispat edilmesi demektir. Bu sistemle hâkimlerin akıl dışı delillere başvurması önlenilmek istenmiştir.

Ancak bu sistem de daha önceki “dinî delil sistemi” gibi, tam hakikata varmayı mümkün kılamamıştır. Uydurma kanunî delillere başvurulduğu, özellikle yalancı tanık tedarik edildiği çok görölmüştür. İlk önceleri, hakların kaybolmaması için hâkimler bunlara göz yummuşlar, fakat sonraları suistimaller almış yürümüştür. Bunun içindir ki kanunî delil sistemi yerini vicdanî delil sistemine bırakmak zorunda kalmıştır.

*b) İspatın nispileği.*

Hâkim bugüne dayanarak dünü 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 manasına olup, ceza sahasında süje 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 hiç bir 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. İki uç çok aralıklı iken iki batış hissettiğimiz halde uçlar birbirine yaklaşp 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 olmadığının 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 her hangi bir ipotez manasına değildir ve ancak mevcut delillere dayanan bir şüphe imkân olarak kabul edilecektir. 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. İki batışı bir batış olarak hissettiğimizi ve inanış noktasının herkeste aynı olmadığını gözden uzak tutmamalıyız. Bunun içindir ki hemen her işte lehte ve aleyhte de deliller vardır ve aynı işte bir hâkim kanaat getirdiği halde, bir diğeri getirmeyebilir. Yine unutmamalıyız ki insanlar, ellerindeki imkânlarla, yani mevcut delillere göre geçmişte-ki 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. İmkânların azlığı ve ispatın nisbiliği yüzündendir ki her beyanı kabul olunmayan tanık, yalan beyandan cezalandırılmaz. Yine bunun içindir ki hâkimin bu kaanati Yargıtayın denetimine tâbi tutulmamıştır. Muhakemenin yenilenmesinin sınırlı olarak kabul edilmesi de bunun içindir. Bir kelime ile ispatın gayesinin hakikat değil, hakikat konusundaki kanaat oluşunun nedeni budur.

Kanaatın meydana gelişi, delillerin tek tek değerlendirilişi kadar hep birlikte değerlendirilmesinin mahsulü olup irade ve muhakemenin yanında bir inanış meselesidir. Kanaat denmesinin sebebi budur. Ancak bu kanaat toplumsal ihtiyaçları da karşılamalıdır. Zira delilin toplumsal amacı da vardır. Hâkimin vardığı kanaat toplumca da kabul edilmelidir. Samimi de olsa her çeşit vasıta ile böyle bir inanışa varmak toplumsal ihtiyaçları karşılamaz. Faraza fala inanan bir hâkimin tereddüt halinde fala bakarak vardığı kanaat toplumu tatmin etmez. Muhakeme Hukukunda makbul ve muteber olan kanaat, toplumsal ihtiyaçlara cevap veren kanaattır.

Bunun için de bazı çarelere başvurulur: a) Delillerin münâşakasına imkân verilmesi, ferdî kanaatın kollektif kanaat haline getirilmesini sağlar. b) Toplu hâkim sistemi, çoğunlukla karar verme usulü yine bunun için kabul edilmiştir. c) Derece sistemi de bunu sağlar. ç) Hakimin şahsî bilgisinin kullanmasının kabul edilmemesinin sebebi de kanaatı ferdî olmaktan çıkarmaktır. d) Keyfiliğe mani olacak şu tedbirler alınmıştır: aa) Mahkemelerin kararları gerekçeli olacaktır. bb) Hükümlerin gerekçeli olması 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 arzedilmeyen delillere dayanarak karar verilmesini önlemektir.

*c) Şüpheden sanığın faydalanması.*

Hâkim sübut bakımından bir kanaata 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.

Doktrinde çoğunlukla olan 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. 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 beraate karar verilmesi prensibi, şüpheden sanığın faydalanması şeklinde ifade edilmektedir. Bu prensibin kabulüne sebep bir suçlunun cezasız kalmasının bir mâsumun mahkûm olmasına tercih edilmesi ve suçluluğu sabit oluncaya kadar sanığın mâsum 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 tespiti hükümde belirtmesi, beraat eden sanığın “tam anlamıyla mı” beraat ettiğini, yoksa isnad edilen suçun ispat edilememesi nedeniyle mi beraat ettiğini ortaya koyacaktır. Bu tespit temyiz hakkı açısından önem taşıyabilir. İsnad edilen suçun sabit olmaması nedeniyle beraat etmek, hala toplum nazarında kuşku bırakabilecek niteliktedir.

Ŗüpheden sanığın faydalanması prensibi sadece beraat kararı verilmesine münhasır değildir. Örneğin gece ağırlatıcı sebebi sabit olmazsa suç gündüz iŖlenmiŖ sayılır.

Bu prensip daima sanık lehinedir. Zira bu prensip, sanığın ancak ispat edilen hususlardan sorumlu tutulabileceği manasındadır.

2) *İspat konusu.*

a) *İspat edilmesi gereken olay.*

İsbat konusu meselesi neyin ispat edileceği, neyin ispata ihtiyacı olmadığı meselesidir.

Ceza muhakemesinin gayesi bir olaya iliŖkin hakikatın araŖtırılmasıdır. Hattâ bir hukuk normunun mevcudiyetini ispat da bahis konusu olsa, yine mevcudiyet “olay”ı ispat edilmektedir.

Medenî muhakemede sadece tarafların uyuŖmadıkları olaylar ispata konu teŖkil ettiği halde ceza muhakemesinde tarafların uyuŖtukları hususlar da ispata konu teŖkil edebilirler.

Belli bir dâvada ispat konusuna iliŖkin olmayan delillerle hâkimler uđraŖtırılmamalıdır. Karara tesiri olmayan olaylara ait delillerin reddedilebilmesi (CMK 206/2-b) bunun içindir.

İspat edilmesi gereken olay Ŗüpheli olaydır. Besbellilik (bedahet, evindanza, évidence) ispata muhtaç değildir. Örneğin bir adam konuŖuyorsa canlı olduğunu ispat lüzumsuzdur. Besbelli (bedihî, aŖikâr) olan hususlarda hâkimin delilleri takdir hakkı yoktur. Hâkimin takdir hakkı Ŗüpheli hususlardadır. Bunun içindir ki besbelliliğin nazara alınmaması Yargıtay tarafından kontrol edilebilir.

“İddianın sabit olması”. İddianın sabit olması Muhakeme Hukukunun prensiplerindedir. Ceza Muhakemesinde de bu prensip carîdir. Bulunabilen delillerin bütünü sanığın mahkûm olması için gerekli Ŗartların bulunduğu kanaatını hâkime verirse, hâkim sanığı mahkûm eder. Sanığın beraat etmesi için gerekli Ŗartların bulunduğunun sabit olması mümkündür, fakat beraat için Ŗart değildir. Sanığın mahkûm olması için gerekli Ŗartların bulunmadığı kanaatına vardığı takdirde dahi hâkim sanığı beraat ettirecektir. Görülüyor ki, müdafaanın sabit olması Ŗart değildir. Zaten suçsuzluğun

ispatı, her olumsuz olayda olduğu gibi, “alibi” (suç anında başka yerde olmaklık) gibi pek nadir istisnalar hariç, mümkün de değildir.

Müdafaanın ispata ihtiyacı olmaması prensibinin istisnası vardır: Sanık aleyhine kabul edilmiş kanunî karine varsa, beraat için bu karine çürüme-  
li, yani müdafaa sabit olmalıdır.

*b) İspatına ihtiyaç olmayan hususlar ve istisnaları.*

Daha önce ispat edilmiş bir hususun ispatına da kural olarak ihtiyaç ol-  
mamak gerekir. Bu gerekiş yargı otoritesinin sonuçlarından biridir. Fakat  
bazı istisnalar da gerekebilir:

Diğer mahkeme ceza mahkemesi değilse, bir istisna gerekir. Gerçekten  
şeklî hakikat ile yetinen bir muhakeme (örneğin medenî muhakeme) so-  
nunda verilen kararın olayı, maddî hakikat arayan ceza hâkimi gibi belir-  
lemiş olacağı muhakkak değildir. Zaten ceza muhakemesi, diğer mahke-  
mece belirlenecek olay hakkında, kaide olarak, nisbî muhakeme yapmak-  
ta, cezadaki kaidelere göre olayı belirlemede, istisna olarak birleştirerek  
muhakeme cihetine gitmektedir.

Şu halde daha önce verilmiş kararda da aynı şekilde hareket eder. Hukuk  
veya idare mahkemesinin olayı tam belirlediğine kanaat getirirse artık o  
konunun ceza mahkemesinde ispatına ihtiyaç duymaz. Meğer ki daha  
önce karar verilmemiş olsaydı, birleştirme mecburiyeti olan bir muhake-  
me 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 hakiminin ceza-dışı hakim  
kararı ile bağlı olması istenilmiş demektir.

Diğer mahkeme ceza mahkemesi de olsa sabit olan durum sanık aleyhi-  
ne 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.

Daha önce sabit görülmemiş hususun ispata ihtiyacı olmaması kuralı  
aynı mahkeme ve aynı dâva bakımından da söz konusu olabilir. Bu de-

mektir ki, mahkeme bir hususu sabit görmüşse geri kalan ve önemini kaybeden delillere başvurmayabilecektir.

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.

3) *Kimin neyi ispat edeceği meselesi.*

a) *Mahkemenin delilleri kendiliğinden araştırması kuralı.*

Ceza muhakemesinin gayesi maddi hakikatin araştırılması olduğu için hakim tarafların delilleriyle bağlı tutulamaz.<sup>59</sup> Kanun soruşturma evresinde hakime delil araştırma ödevini vermiştir (CMK 163). Ancak kovuşturma aşamasında mahkemeye re'sen delil toplama hakkını vermemiştir (CMK 206). CMUK 237/son fıkra mahkemenin re'sen delil toplaması hususunu düzenlemişken bu fıkra CMK'na alınmamıştır. Savcı da 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 olması değil, iddia görevini tam olarak yapabilmesidir. Gerçekten savcının kamu dâvasını açmaya lüzum gördükten ve ceza dâvasını açtıktan sonra mütalâa mahiyetinde hükümleri ile sentezin gerçekleşmesine çalışması için lehte ve aleyhte bütün delilleri toplaması lâzımdır.

b) *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. İspat külfeti meselesi, tarafların ikame ettikleri delillerle eli kolu bağlı bir hâkimin mevcudiyeti halinde söz konu-

<sup>59</sup> Ancak Özbek'e göre, Yeni CMK sistemimizde halen hakim re'sen delil araştırabilmektedir. Bu bakımdan, anglosakson sisteminden farklıdır (Özbek 2005, 752).

su olabilir. Bu sebeple ve hâkim delil araştırabildiği için ceza muhakemesinde “ispat külfeti” diye bir mesele yoktur.

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. Örneğin 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. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görülen kötü muamele davaları açısından da ispat külfeti öngörölmüştür. Kötü muamele gördüğünü iddia edenlerin kolluğun kendilerin yaptığı kötü muameleyi ispat etme yükümlölüğü vardır. Ancak bu kişinin kötü muamele gördüğu konusunda bir emare mevcutsa, bu takdirde ispat külfetinin yer değiştirdiği kabul edilmekte ve Devletin kötü muamele yapılmadığını ispat etme yükümü ortaya çıkmaktadır.

#### 4) Delillerin özellikleri.

Ceza muhakemesinde maddê hakikat ve serbest kanaat arandığından, hâkime hakikatı, yani gerçeğe uygun olanı gösterecek her şey delil olabilir. Ancak bu da sınırsız değildir.

Bugünün Ceza Muhakemesi Hukuku delillerde, daha doğrusu delil olabilecek şeylerde aşağıdaki özellikleri aramaktadır.

#### a) Delil gerçek olayı temsil edici olmalıdır.

Delil olabilecek şey, iç dünyamızın değil, elle tutulabilen dış dünyamızın bir kelime ile gerçeğin (realitenin) bir parçasını oluşturmalı ve böylece beş duyumuzla öğrenilebilmelidir. 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. Belirtilerin yarılanacak uyuşmazlık konusu olaydan daha fazla olarak daha başka olayları da temsil etmesi kısaca, genel nitelikte olması, sadece onların değer-

lendirilmelerinin farklı olmasını gerektirir, yoksa delil olmalarına engel olmaz. Kaldı ki beyan ve belge delilleri de değerlendirmeden geçirilir ve gerekirse delil olarak kabul edilmezler. Grlyor ki bir Şeyin delil olabilmesi ile delil olarak kabul edilmeleri farklı Şeylerdir.

*b) Mantık kurallarına uygun olmalıdır.*

Hâkime hâkikatı gösterebilecek mahiyette Şeylerin delil olabilmesi demek, ispat bir hüküm olduğuna veya hakikatı araştırması yolunu mantık gösterdiğine göre, ancak hakikatı akla uygun olarak ifade edebilecek Şeylerin delil olabilmesi demektir.

Bu itibarla delil olabilecek Şeylerin akılcı (rasyonel) olmaları, bilimce kabul edilmeleri zarurîdir. Örneğin hâkim kanaatini bir falcının kehanetine dayandıramaz. Keza Şeklî deliller, ancak Şeklî hakikatı gösterdiklerinden maddî hakikatı 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).

Delillerin akılcı olmaları aranınca yeminin delil olamayacağı sonucuna varmak gerekir. 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.

İspat vasıtalarının hiç bir düzene bağlanmadığı “ilkel safha”dan sonra gelen “dinî delil safhası”nda, hukuk ve din henüz ayrılmadığından, dinlerin gösterdiği delillere başvurulmuştur. Bu delillerin başında “ilâhi imtihanlar” gelir. İlâhların mâsumu kurtaracağı inanışı ile sanıklar kaynar su, kızgın demir, ateş, zehir gibi öldürücü maddelerle imtihana tâbi tutulmuşlardır. Örneğin kızgın demir sanığın elini yakarsa, onun suçlu olduğu sonucuna varılmıştır. İtham edenle sanık düello ettirilmiş, kazananın haklı olduğu, zira ilâhlar tarafından korunduğu söylenmiştir. “Halkın sesi,

Hakkın sesidir” denilerek “jüri” vasıtası ile suçluluğun tesbit ettirilmesi de bu safhanın başvurduğu dinî mahiyette bir tedbirdir.

*c) Vicdani delil sistemi kabul edilmiştir.*

Daha sonraları din ve hukuk ayrıldığından delilleri dinler değil, kanunlar tâyin etmiş ve böylece “kanunî delil safhası”na geçilmiştir. Bu safha da yerini “vicdanî delil safhası”na terketmiştir.

*ç) Konu ile ilgili 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 kastedilen de bu husus idi. Temsil edici olmanın ilk şartı delilin sağlam yani güvenilir olmasıdır. Kural olarak, bunu hâkim araştırır, sağlam görmediğini kabul etmez. Fakat kanunkoyucu da güvenilemeyeceğini kestirebildiği şeylerin delil olmayacağını önceden belirtebilir. Örneğin, iyi hal belgelerine mülga kanunkoyucu güvenmemişti (CMUK 249). Ancak 5271 sayılı Kanun adli sicil özetleri ve diğer belgelerin duruşmada okunacağını kabul etmiştir (CMK 209). Elde edilmesinin imkânsız olmasına ilişkin düzenleme (CMUK 238’e) 5271 sayılı Kanuna alınmamıştır.

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).

*d) Delil 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.

Bunların çeşitleri vardır: a) Bazıları konu bakımından yasaklanmıştır. Örneğin 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. Örneğin 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.

Kanunlar, temsil edici de olsa, bazı delillerin kullanılmasını çeşitli nedenlerle istemezler. Örneğin çekinme hakkı olan tanık bu hakkını sonradan kullanırsa beyanı delil olamaz (CMK 210/2). Delilin hukuka aykırı olarak elde edilişü yüzünden ortaya konulmaması ihtimali varoldukça, CMK 148/3 ve 217/2’de olduğu gibi kanunla düzenleme yapmalı, insan hakları çiğnenerek elde edilmiş olanlar ise bu çiğnenmenin tekrarlanmasını önlemek için, hattâ içtihatla yok sayılmalıdır.

*e) Deliller müşterek olmalıdır.*

Delil muhtevasını sadece hâkimin öğrenmesi yetmez. Taraflar da öğrenmeli ve mütalâa niteliğindeki hükümleri ile kollektif hüküm verme faaliyetine katılabilmelidir.

Delillerin müşterekliği prensibi ile 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. “Hakimin 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 hâkimlikten çekinmeli, tanık olmamalıdır. Kanun kanaatin duruşmadan edinilmiş olması ve delillerin ortaya konulması şartlarını aramakla (CMK 217) bu iki prensibi dile getirmiştir. Oysa CMK 47/2 maddede, devlet sırrına ilişkin tanıklıkta, tanığın sadece mahkeme hakimi veya heyet tarafından, zabıt katibi

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 bilinmeyen hususlara ait bilgilerdir. Herkesçe bilinen, maruf ve meşhur şeylere ilişkin bilgilerini hâkim şu iki şartla nazara alabilir: 1) Bilginin mefruz hüküm ve soyut kaide olmayıp somut olması, 2) Hâkikat olduğunun tartışılmayacağını yerleşmiş, yayılmış bulunması. Bunları Yargıtay hâkimleri de bilebileceklerinden, kontrol mümkündür.

*f) Bilimsel deliller.*

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 keyfî 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, örneğin lâboratuvar 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. Örneğin kan tahlillerinin menfî netice vermesi bilimce bir mana 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, bilirkişii incelemesinden geçirildikten sonra ceza muhakemesinde kullanılması mukayeseli hukukun kabul ettiği zorunluluklardandır.

##### *5) Delillerin sınıflandırılması.*

Delillerin çeşidi çoktur ve bunlar doktrinde farklı şekillerde sınıflandırılmışlardır. Biz bütün delillerin ispat edilecek hususu temsil ettiklerini kabul ediyoruz ve bu sebeple delilleri “temsilî olan ve olmayan” diye ikiye ayıran görüşe katılmayanlarıdır. Temsil bakımından deliller: 1) Somut olaya münhasır temsilî deliller, 2) Genel mahiyette temsilî deliller diye ikiye ayrılır.

Somut olaya münhasır temsilî deliller, ancak ispat olunacak olayı doğrudan doğruya ispat eden delillerdir. Bunlara “tarihî deliller” de denilir. 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 daimi olayın gıyabında olur. Bu takdirde olay hakkında bilgileri ihtiva eden beyan delili vardır. Örneğin 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 temsilî 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 araştırmak lâzımdır. Bunun içindir ki bu delillere “tenkidî deliller” de denilir. Bunlar belirti (emare) ler olup tabî ve sun’i diye ikiye ayrılırlar.

Belirti, gerçek (realite) dediğimiz dış dünyada varlığı olan bir olaydır ve mahkemeler dva konusu olayı belirlemede bunlardan da yararlanabilirler, bir diğer söyleyişle onları vasıta olarak kullanabilirler. Bu nedenledir ki belirtinin bir delil çeşidi olduğunda tereddüt edilmemelidir. Mahkmiyet hükmünde suçun unsurlarını oluşturan olaylardan başka olaylara delil olarak dayanabilmesinin, mülga kanunun tbiri ile delilin başka olaylardan (vakialardan) ıkarılmasının (istinta edilmesinin) kabul edilmiş olması (CMUK 260/1) bunu açıkça göstermektedir. Mahkemeler belirtilerin muhtevalarının doğruluğunu önceden “ok 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 ayrılagelemişlerdir. Bir kısmına “dar mnda delil” veya “doğrudan doğruya delil” denilmiştir. Bunlar tek başlarına bir hususu ispat edebilecek kuvvette sayılmışlardır. Çünkü ispat edilecek olayı doğrudan doğruya gösterirler. Örneğin tanık olayı anlatır. Bir kısım delillere de “dolayısıyla delil” veya “belirti” (emare) adı verilmiştir. Bunlar ispat edilecek olayı dolayısıyla gösterirler. Örneğin 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 hkimi bağlayacağını kabul ettiği ispat vasıtaları delil sayılmakta, bunların haricinde kalanlara emare denilmekte ve bunlar ancak birbirlerini takviye ettikleri takdirde, hepsi birlikte kanun delil mahiyetini almakta idi.

Örneğin İslm Hukukunda belirti tek başına hüküm sebebi, yani delil değildir. Ancak haddi yakın”e vasıl olan belirti, “karine-i katıa” adı altında delil sayılıyordu (Mecelle 1741). Vicdan delil sistemi kabul edildikten sonra bu sınıflandırmanın kıymeti azalmıştır. Bugün tanık beyanı delili de eski manadaki belirtiler gibidir. Hkim 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, örneğin 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. Bir hususun delil 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.

Bütün ispat vasıtaları “delil”dir ve delillerin üç çeşidi vardır: 1) Beyan, 2) Belirti, 3) Belge. Bunlardan “beyan” ve “belge” çeşitleri, “somut olaya münhasır delil”lerdir.

Doktrinde bazen “attestazione”, bazen “geniş manada tanık” beyanı manasına “testimonianza” diye tarif edilen beyan delilini de üçe ayıracağız: 1) “Tanık beyanı”, 2) “Sanık beyanı”, 3) “Sanıktan gayri tarafların beyanı”. Belgeleri de 1) “Yazılı belgeler” 2) “Şekil tesbit teden belgeler” 3) “Ses tesbit eden belgeler” olarak üçe ayıracağız. Delillerin üçüncü çeşidini oluşturan “belirti”ler ise “genel nitelikte temsilî delil”lerdir. Bunlar da ikiye ayrılır: 1) Tabîî belirtiler, 2) Sunî belirtiler.

Aşağıda tanık beyanı delili incelenecektir.

## **II- Tanık.**

### *1) Tanık beyanı.*

Ceza muhakemesinde yargılanan uyuşmazlığın objesi olan fiili doğrudan doğruya beş duyusu ile algılamış olan kişinin hafızasında kalan hususları kovuşturma evresinde mahkemede anlatmasına tanıklık denilir (CMK 43).

İspat konusunda karar vermede tek yetkili olan mahkemenin bu kararı vermede kullandığı vasıtaların üç çeşidinden biri olan ve somut olayı temsil eden beyan delilinin birinci çeşidi de tanık beyanıdır.

Tanık beyanı, taraflardan olmayan 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 dinlemeye 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” bahseder (CMK 52). Maksat okunanı değil, konuşulana dinlemektir. Bu sebeple tanık yazdıklarını okuyamaz. Ancak olayın mahiyetine ve tanığın vasıflarına göre, hatırlamasına yardım etmek üzere notlarına bakmasına müsaade edilmelidir.

Sözlü beyanın istisnası dilsizler hakkındadır. Dilsiz tanık yazabiliyorsa, yazarak ve imzalayarak, yazamıyorsa, işaretinden anlayan biri vasıtası ile beyanda bulunur.

Tanık beyanı ile hâkimi bağlamayan çağdaş hukuk, tanıklar için ehliyet şartını aramamaktadır.

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, huzurunda beyanda bulunulan makam, ispat konusundaki kararı verecek olan mahkeme veya onun yerine geçme hususunda yetkili kılınan bir organ (örneğin 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 tuta-nağa geçince “belge” delilini oluşturur.

Soruşturma evresinde hatta ara soruşturmada, erken dinleme dışında, savcıya 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 değildirler. Bu nedendir ki mahkemenin kovuşturma evresinde “tanık beyanı” deliline dayanabilmesi için, soruşturma evresinde, yeminle ifade vermiş olan kişinin mahkemeye gelip beyanda bulunması, bir kelime ile tanıklık etmesi gerekir. Bu kişinin örneğin 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.

Mahkemede bile beyandan çekinme yetkisi olan tanığın, polise ve sav-

cıya da ifade vermeme yetkisi olacağı açıktır. Bu nedenle bu kişilere bu yetkileri, mahkemede olduğu gibi hatırlatılmalıdır.

## 2) Tanığın gelme yükümü.

Tanık usulünce çağrılınca soruşturmada ve kovuşturmada gelmek mecburiyetindedir. Bu mecburiyet kamu yararına kabul edilmiştir. Tanıklıktan çekinme yetkisi olmak gelmek mecburiyetini ortadan kaldırmaz.

Tanığın da (sanık gibi) “haklarını öğrenme hakkı” vardır: Kanun (CMK 43/1) sadece “gelmemenin sonuçlarının” bildirileceğini hüküm altına almış, bunların ne olduğunu açıklamamıştır. Oysa tanığın bir muhakeme hukuku süjesi olarak, kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkından başka, küçük düşürücü sorulara muhatap olmama hakkı, özel hayatına ilişkin sorular sorulurken genel ahlakın kesin olarak gerekli kıldığı durumlarda kapalı duruşma yapılabileceği (CMK 182/1), sanığın yüzüne karşı gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilen hallerde, sanığın mahkeme salonundan çıkarılabileceği (CMK 58/3), dinlenmesi sırasında görüntü ve ses kaydı yapılabileceği (CMK 52/3) veya örgüt suçları ile (CMK 58/5) diğer suçlarda (Tanık Koruma Kanunu) koruma altına alınabileceği, tanığa açıklanmalıdır. Bu kadar detaylı ve karmaşık hükümlerin tanığa bir avukat tarafından açıklanması yerinde olduğu için Alman Hukuku “tanık danışmanı” tayin edilmesini düzenlemiştir (StPO 48/1).

Tanığın gelme mecburiyetinin yaptırımları şunlardır: a) Gelmeyen tanık zorla getirilir, b) Gelmemenin sebep olduğu masraflar tanığa ödettilir. Tanığın mazereti kabul olunursa, aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır (CMK 44/1).

Bu yaptırımları 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 gelmeye mecburdur, zira ifade vermek için çağrılanın gelmemesi bir suçtu (mülga TCK 526). Gelmemesini izah için asılsız 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 çağırılmaları güç olan tanık, mahkeme kararı ile naip hâkim veya istinabe olunan mahkeme veya onun naibi tarafından, gerektiğinde bulunduğu yere gidilerek dinlenir (CMK 180).

Tanığın zorla getirilmesi istisnadır. Tanık tanıklık etmek veya ilerde tanıklığı sırasında diyecekleri hususunda ifade vermek üzere çağrı kağıdı ile çağırılır.

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 kağıdı ile gelen tanıklar hakkındaki işlem uygulanır.

Çağrının telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılması kabul edilmişse de, çağrı kağıdına bağlanan zorla getirme kararı verilmesi sonucu, bu tür çağırılarda uygulanmaz.

### 3) Tanığın zorla getirilmesi.

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 kağıdında gösterilmesi gerekir (CMK 44).

Tanığın zorla getirilmesi, tutuklu işler dışında, önceden usulüne uygun olarak çağırılıp, mazeretini bildirmediği takdirde olanaklıdır. Zorla getirme hakim kararı ile olur.

Savcının durumuna gelince, kural olarak, gelmemenin yaptırımı olan zorla getirme yetkisi ancak hâkimlere tanınmıştı, savcılar bu konuda yetkili değildi. Ancak 2006 yılında 5560 sayılı kanunla yapılan 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 zorla getirtebilir. Tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirtme kararı verilebilir. Bunun dışında usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar da zorla getirilir (CMK 44/1).<sup>60</sup>

Mazereti kabul olunarak yeniden çağrı kağıdı ile çağırılan tanığa masraf hükmolunamaz. Zorla getirtilen 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 gerialınır.

Fiili hizmette bulunan askerlerin tanık olarak adliye mahkemelerinde dinlenmeleri gerektiğinde, genel hükümler uyarınca (CMK 43) çağrı kağıdı ile çağrı yapılır. Zorla getirme kararı verilirse, kararı askeri makamlar infaz eder (CMK 44/2). Bu hüküm, arama ile paralellik göstermektedir (CMK 116). Askeri yerlerde yapılan aramada olduğu gibi, asker tanığın zorla getirilmesinde de askeri mahallerde işlem yapma yetkisi askeri makamlara bırakılmıştır.

#### 4) Tanıklıktan çekinme.

Kanun, değişik birkaç tür tanıklıktan çekinme hakkı düzenlemiştir: İlk kategori, yakın akrabalar arasındadır; ikinci kategori meslek sırrı ile ilgilidir (CMK 46); Devlet sırrının korunması (CMK 47) ve kendisi veya bir yakınını suçlamama hakkı nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı (CMK 48) türleri de vardır.

#### a) Kendisi ve yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme: “nemo tenetur” kuralı (CMK 48).

Ceza muhakemesi hukukunun evrensel kurallarından biri olan “nemo

<sup>60</sup> Yukarıda belirtilenlerin dışında, mülga TMK 10 ile 2012 yılında yapılan düzenleme öncesinde, örgüt suçlarındaki tanıklar zorla getirilebiliyordu. Bazı suçlara ilişkin muhakeme kapsamına giren suçların (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 hakimin emriyle belirlenen gün, saat ve yer de hazır bulundurmaya mecburdu (CMK 251/6). Böylece mülga DGMK 14 ve CMUK 394/c deki yetki, Ceza Muhakemesi Kanununa da aktarılmıştı. 2014 yılında tamamen kaldırılan TMK 10, 2012 yılında yeniden düzenlenirken, bu yetki kanuna alınmadı ve yerinde bir şekilde ortadan kaldırıldı.

tenetur” ilkesi gereğince, tanık aktif süje olarak beyandan çekinme yetkisini haizdir.

Tanıklıktan çekinme hakkının dördüncü kategorisi, Anayasa'nın 38 inci maddesinde, hiç kimse kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı şeklinde düzenlenmiştir.

Türk ceza muhakemesi sisteminde tanık sorulara cevap vermek mecburiyetindedir, üstelik doğru cevap vermek mecburiyetindedir. Şayet tanık sorulara verdiği cevaplarla kendisini veya nişanlısını, evlilik bağı kalmasa bile eşini, kan veya kayın hısımlığından üst veya alt soyunu, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte ise cevap vermeyebilecektir.

CMK 48, tanığın cevap vermeme hakkının doğması için sorulara vereceği cevapların kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratacak nitelikte olması gereğini aramaktadır. Bu sorulara verilen cevaplar, belirtilen kişileri ceza kovuşturmasına değil de ceza soruşturmasına uğratacak nitelikte ise yani o kişilerin suçluluğu konusunda yeterli şüphe değil de, basit şüphe oluşturmakta ise yine de cevap vermeme hakkı olacak mıdır? Kanun lafzına bakıldığında, sadece ceza kovuşturmasına uğratma ihtimalinde tanığa bu hakkın tanındığı, ceza soruşturmasına uğratma ihtimalinde ise bu hakkın tanınmadığı sonucu çıkmaktadır. Bu yorum, Anayasa'ya aykırı bir yorumdur. Bu bakımdan, CMK 48 hükmünü; ceza soruşturması ve kovuşturmasına uğratabilecek olması halini kapsar şekilde yorumlamak gerekir.

Şayet tanığın sorulara cevap vermeme hakkı mevcut ise bu hakkın tanığa soru sorulmadan önce bildirilmesi gerekir. Aksi halde hukuka aykırı delil sözkonusu olur.

Türk Ceza Kanununun 278 inci maddesinde düzenlenen suçu bildirmeme suçu hakkında, kardeş sanıklar hakkında mağdurun annesi olan kişinin CMK 48 den yararlanması gerektiği ve maddenin Anayasaya aykırı olduğu iddiası, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. TCK 278 in 30.6.2011 tarihli 2011/113 sayılı kararla iptal edilmesinden sonra. TCK 278 2012-6352 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiştir: “Tanıklıktan

çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçun önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır” (TCK 278/4).

*b) Akrabalık.*

Kanun, maddi gerçeğin araştırılması menfaati ile aile birliğinin korunması menfaatini tartarak, aile birliği lehine bir düzenleme yapmış ve yalan söylemeleri ihtimalinin kuvvetli olduğunu düşünerek, bunu önlemek için, şu kimselere tanıklıktan çekinme yetkisini tanımıştır:

Şüpheli veya sanığın nişanlısı.

Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.

Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu.

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 (CMK 48). Beyandan çekinme yetkisi, hâkim tarafından tanığa bildirilir (CMK 45/3). Tanık, isterse, yetkisini kullanmayabilir. 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.

Tanıklıktan çekinme yetkisi, sanık/şüpheli ile maddede belirtilen ilişkinin muhakeme boyunca devam etmesi gerekir. Hüküm kesinleşmeden

önce bu ilişkiler (evlilik hariç) herhangi bir şekilde son bulmuşsa çekinme hakkı da olmayacaktır. Tanıklıktan çekinme hakkı konusunda nişanlılığın tespitinde bir takım zorlukların bulunacağı açıktır. Bu halde gerçekte nişanlılık ilişkisinin varolup olmadığı gerçekte denetlenemez. Ayrıca tanıklıktan çekinmek isteyen nişanlının yaşının küçük olması halinde bu yetkinin tek başına kullanıp kullanamayacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıca özellikle fuhşa teşvik suçlarında, tanıklık yapacak olan kadınla onu teşvik eden sanık/şüpheli erkeğin aniden nişanlanmasında bu nişanlanmanın ne kadar gerçek olduğu tespit edilemez ve en önemli tanıklardan bir tanıklıktan çekinme hakkını elde etmiş olur.

Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiye, bu hakkın dinlenmeden önce bildirilmesi gerekir. Ancak, bu kişiler, ilk başta kullanmasalar bile, tanıklıkları bitinceye kadar bu hakkı kullanabilirler. Duruşmada tanıklık gerçekleştikten sonra, tanıklıktan çekinme olmaz.

*c) Meslek sebebiyle tanıklıktan çekinme (CMK 46).*

CMK nun 46 ıncı maddesinde düzenlenen ikinci kategori tanıklıktan çekinme mecburiyeti meslek sırrının gizliliği esasına dayanır. İcra edilmeleri özel bir güven ilişkisinin gerektiren meslekleri korumak amacıyla bu çekinme yetkisi tanınmıştır. Avukatlar bu sıfatları dolayısıyla öğrendikleri bilgileri ilgilinin rızası olsa dahi açıklayamazlar. Kanunda “tanıklıktan çekinebilecekler” ibaresi ihtiyarı 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 müdafii terimini değil, “avukat” kelimesini kullandı. Dönmezer Tasarısındaki “avukat” terimleri “müdafie” çevrilirken, bu maddedekinin unutulduğu anlaşılmaktadır.

Hekimler, diğ hekimleri, eczacılar, ebeler, tıp meslek ve sanatları mensupları, mali müşavirler ve noterler tanıklıktan çekinmek mecburiyetindedirler. Ancak ilgili rıza gösterirse tanıklık yapabilirler.

Türk Ceza Kanunu’nun 280 inci maddesi ile tüm sağlık mesleği mensuplarına suç bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Maddede suç konusunda da herhangi bir farklılaştırma yapılmamış, hangi suç olursa olsun, hangi sağlık mesleği mensubu olursa olsun, suçun işlendiği yönünde bir be-

lirti ile karşılaşıldığında yetkili makamlara bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Ceza Kanunu'nun 280 inci maddesinin CMK nun 46/1-b maddesi ile bağdaştırılıp bağdaştırılamayacağı açık değildir. Ceza Kanunu'nun 280 inci maddesi hakkındaki Adalet Komisyonunda yapılan tartışmalarda, "suç vakıasına ilişkin olarak tanıklıktan çekinmenin sözkonusu olamayacağı, tanıklıktan çekinme hakkının suç oluşturmayan vakıalar bakımından geçerli olduğu, suçlarla ilgili konularda geçerli olmadığı, aksi halde hukuk düzeninde ciddi suiistimler olacağı, polisle, askerle çatışan kişilerin bazı yerlerde tedavi edilmesi ile sonuçlanacağını, bu bakımdan konulması gerektiği, suç vakıasının bildirilmesi gerektiği" ifade edilmiştir. Bu gerekçe, avukatın tanıklıktan çekinme hakkı konusunda yasal düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde, savunma hakkının, suçluların cezalandırılmasına ilişkin toplumsal menfaatin, sağlık hakkından daha üstün tutulduğu görülecektir. Bu ise kabul edilemez.

Ancak her iki hüküm bağdaştırılarak, şöyle bir yorum yapılabilir: Önce sağlık mesleği mensubunun suç duyurusunda bulunduğu konu ile tanıklıktan çekineceği konunun birbirinden farklı olduğu kabul edilmelidir. Bıçakla yaralanan kişiye hekim müdahale ettikten sonra, bildirim yükümlülüğünün yerine getirecektir. Ancak tıbbi müdahale vesilesiyle kişi hakkında öğrendikleri konusunda, örneğin bu kişinin aynı zamanda AIDS hastası olduğu, bıçakla yaralandığında, kimlerle hastaneye geldiği gibi konularda, tanıklıktan çekinebileceğini kabul etmek gerecektir.

CMK da noterlere de meslekleri dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Noterlik mesleğinin icra edilmesi özel bir güven ilişkisini gerektirmediği için, Alman hukukunda noterlerin tanıklıktan çekinme yetkisi kabul edilmemektedir.<sup>61</sup>

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 CMK'da düzenlenmemiştir. 5187 sayılı Basın Kanununun 12. maddesinde; süreli yayın sahibi, sorum-

---

<sup>61</sup> Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2007, k. No: 817

lu 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.

Avrupa Birliği'nin 2001/97 numaralı Yönergesinden sonra, tanıklıktan çekinme hakkı olanların sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Kara para aklama davalarında belirli meslek mensuplarına müşterilerinin sadece isimlerini verme değil, onların belgelerini de saklama yükümlülüğü öngörmüştür.

Tanıklık yapma mecburiyetinin istisnası olarak tanığın korunması ihtiyacından kaynaklanan benzer kurumlar da vardır. Mesela tanığı korumak amacı ile kimliğinin gizlenmesi veya diğer koruma tedbirlerinin alınması söz konusu olabilir. Hükümet tasarısında yer alan “kolluk mensubunun, suçu ihbar eder kişi hakkında tanıklıktan çekinme yetkisi” CMK'ya alınmamıştır.

*ç) Devlet sırrı ile ilgili tanıklık (CMK 47).*

Tanıklıktan çekinme hakkının üçüncü kategorisi Devlet sırrı ile ilgilidir. Ancak memurların devlet sırrını açıklayamayacakları konusunda, mülga CMUK 49 ve Alman Kanununda yer alan kural, terkedilmiştir: Ceza Muhakemesi Kanunu “hapis cezasının alt sınırı beş yıldan fazla olan suçlara” ilişkin bilgilerin devlet sırrı olarak mahkemeden gizlenmesini yasaklamıştır.

CMK 47 inci 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 hakimi veya heyeti tarafından zabıt katibi olmadan dinlenmesine ve sadece suçu açıklığa kavuşturabilecek bilgilerin sonradan tutanağa kaydettirilmesine ilişkin bir düzenleme kabul edilmiştir.

Madde, Cumhurbaşkanına sırrın niteliği ve mahkemeye bildirilmesi hususunda takdir yetkisi vermiştir.

Susurluk davasının etkisi altında hazırlanan bu madde, Mevaz Kanundaki sistemi (StPO 54 ve CMUK 49) terk ederken, önemli sorunların doğmasına neden olmuştur. Bu ihtiyaçla “Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı” hazırlanmıştır.

Maddenin düzenleniş biçimi, savunma hakkını zedeler niteliktedir; sanığın aleyhinde beyanda bulunan tanıklara doğrudan soru sorma veya sorudurabilme hakkı gözetilmemiştir. Savunma hakkını ihlal etmemek için mahkeme hakimi veya heyetine veya işlemi yapacak olan başkana müdafii dinleme sırasında soru sorabileceği veya sorması gereken sorular vermesi şeklindeki bir uygulamanın yerleştirilmesi yerinde olacaktır.

Savunma hakkı dışında, maddedeki düzenleme, delillerin müşterekliği ilkesine de uymamaktadır. CMK nun 217 inci maddesinde hakimin kararını, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği belirtilmiştir. Devlet sırrı konusundaki 47 inci maddedeki düzenlemede delilin tartışılması sözkonusu olamayacaktır. Bu bakımdan, bu düzenleme CMK’nun sistemine aykırı olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine de aykırıdır.

İtalyan Kanunu (CPPI 450), meslek sırrına dayanmamakla beraber, hâkimlerin, savcılarının, zabıt kâtiplerinin bu görevleri dolayısı ile öğrendikleri husus hakkında tanık olarak beyanda bulunmalarını yasaklamıştır.

*d) Tanıklıktan çekinme sebebinin bildirilmesi (CMK 49).*

CMK nun 49 uncu maddesinde, tanıklıktan çekinen tanığa, çekinme sebeplerini söylemek mecburiyeti ve bunu yeminle destekletmek konusunda bir “takdir yetkisi” düzenlenmiştir.

Beyandan çekinme yetkisi, hâkim tarafından tanığa bildirilir. Tanık isterse yetkisini kullanmayabilir. Beyana başladıktan sonra da yetkisini kullanabilir. Tanık tanıklıktan her zaman çekinebilir. Tanıklıktan çekinen kişi duruşmada hazır bulunmak için zorlanamaz.

Hakim tanığa, tanıklıktan çekinme hakkını bildirdiğinde, tanığın, tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirmesi durumunda, yemin verdirilir. CMK yemin verdirilmesini mecburiyet şeklinde düzenlememiştir. Hakim gerekli görürse, tanıklıktan çekinmenin dayanağını oluşturan olguların doğruluğu konusunda yemin verdirebilecektir. Yine

gerek görölürse, çekinmenin sebebini açıklaması istenebilir. CMK 49 ile düzenlenen “yemin” ile CMK 54 ve 55’teki “yemin” farklıdır: Orada beyanın içeriğini doğrulama söz konusu iken, burada çekinme sebebini doğruluğu onaylanmaktadır. Tanıklıktan çekinme halleri CMK’nun 45, 46 ve 48. maddesinde düzenlenen hallerdir.

Duruşmadan önce dinlenip de duruşmada çekinme yetkisini kullanan tanığın daha önceki beyanını veya ifadesini ihtiva eden tutanaklar da duruşmada okunamaz. İfade vermesinden önce veya hiçbir zaman çekinme yetkisi öğretilmemiş olan tanığın verdiği beyanın hiçbir hukuki değeri yoktur. Bununla birlikte, Alman Yüksek Mahkemesi çekinme hakkının tanık beyanından sonra, hakim tarafından tanığa öğretilmesi halinde, tanığın da kabul etmesi koşuluyla, beyanın delil değeri olduğunu kabul etmiştir.<sup>62</sup> Beyandan çekinme yetkisi olan tanığın, yeminden de çekinme yetkisi vardır.

*e) Tanıklıktan çekinebilecek kimsenin çekinmemesi (CMK 51).*

Tanıklıktan çekinme hakkı olan tanığın tanıklık yapması halinde, yeminsiz dinlenmesi mümkündür. Bu halde tanık yeminsiz dinlenmeyi talep edebilir. Hakim veya mahkeme de sanığın yeminsiz dinlenmesine karar verebilir.

Maddede Cumhuriyet savcısının yeminsiz dinlemesinden sözedilmemiştir. Cumhuriyet savcılarının tanıklara yemin verdirmesi 54 üncü madde ile kabul edilmiş ise de 51 inci madde uyarınca yeminsiz tanık dinleyebileceklerinin de kabul edilmemesi yerindedir, zira tanığın esas hakkında hüküm verecek olan hakim bizzat dinlemesi gerekir. Bu nedenle CMK 54’teki istisnanın genişletilmemesi yerindedir.

Tanığın yemin ettirilip ettirilmeyeceği konusunda hakim ve mahkemenin takdir hakkı bulunmaktadır. Bu halde tanığa yeminsiz dinlenme hakkı olduğu hatırlatılmalıdır. Aksi halde elde edilen delil hukuka aykırı delil niteliğinde olacak ve hüküm verilirken kullanılamayacaktır.

Kişinin tanıklıktan çekinme hakkını kullanması, kendisinin veya şüpheli veya sanığın aleyhinde bir sonuç doğurmamalıdır.

<sup>62</sup> BGH, NJW, 2000, 596.



*f) Tanıklıktan sebepsiz çekinme (CMK 60).*

Maddede yasal bir neden olmaksızın yeminden veya tanıklıktan çekinen tanık hakkında yaptırım uygulanması kabul edilmektedir. Yemin mecburiyetinin yaptırımları; bundan doğan masrafların ödettirilmesi ve yemine zorlanmak üzere üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsidir.

Bu yaptırımlar ancak mahkeme ve hâkimler (istinabe olunan hâkim, nâip hâkim ve sulh hâkimi) tarafından uygulanabilir. Bir tanık hakkında aynı muhakemede veya aynı işe ait diğer bir muhakemede bu tedbirler tekrar edilemez (CMK 60/3).

“Yeminden” çekinmek için “asılsız sebep” gösterilmesi hali 5237 sayılı TCK da suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak 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 verilinceye ve her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir.

Beyanda bulunmak istemeyen tanık hakkında uygulanabilecek tedbirler bunlardan ibarettir. Cebir, hile gibi metodlar kullanılması kanuna aykırıdır. Bu yollarla elde edilen beyanlar, irade unsurunun mevcut olmadığı sebebine dayanılarak hukuk bakımından yok sayılmalıdır.

Yemin mecburiyetinin istisnaların olduğu gibi beyan mecburiyetinin de istisnaları Kanunda düzenlenmiştir.

*5) Tanığa yemin verilmesi.**a) Yemin verilmeyen tanıklar (CMK 50).*

Tanıklık bir kamusal görev olduğu için, suça tanık olan bir kişinin bazı yükümlülükleri vardır: Çağrılınca gelmek, beyanda bulunmak ve yemin etmek.

Kanun bazı hallerde yemin etmeyi mecburi olarak düzenlemiş, bazen yemin ettirmeme mecburiyeti kabul etmiş (CMK 50), bazen de yemin

ettirip ettirmemeyi hakimnin takdirine bırakmıştır. Yemin edip etmemek, bazen de tanığın takdirine bırakılmıştır (CMK 45 uyarınca tanıklıktan çekinebilenler).

Sanık ise yeminsiz dinlenir. Bununla birlikte, soruşturma evresinde dinlenen kişinin hukuki statüsü belli değil ise yemin verilerek dinlenmesi gerekir. Soruşturma evresinde ifadesi alınan şüphelinin hakkında kamu davası açılmışsa, bu kişinin kovuşturmada tanık olarak dinlenmesinde de ona yemin verilmiyordu (Tutuklanmaları ve sorgularının yapılması istenmeyen, önödeme teklif edilmeyen ve haklarında takipsizlik kararı verilen kişilerin, son soruşturma aşamasında tanık olarak dinlenirken yeminlerinin yaptırılması gerekir: CGK, 14.03.1988, K. 86). CMK 51/1-c açık bir düzenleme yaptı ve “soruşturma veya kovuşturma” evrelerini de yasa da belirtti. Bu nedenle, soruşturma evresinde şüpheli sıfatı ile ifadesi alınan fakat hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen kişinin duruşmada tanık olarak dinlenmesinde, yeminsiz dinlenmesi gerekir.<sup>63</sup>

Aşağıda yeminsiz dinleme mecburiyeti ele alınacaktır:

CMK'nun 50 inci maddesinde yemin mecburiyetinin istisnaları düzenlenmiştir. Buna göre, tanık, a) 15 yaşını bitirmemişse (CMK 50, 51), b) Aklî melekelerinin gelişmemesi dolayısı (ayırıt etme gücüne sahip olmaları nedeni) ile yeminin mahiyeti ve ehemmiyeti hakkında kâfi fikir sahibi değilse, c) Soruşturma veya kovuşturma konusu olan olaylara iştirahten 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.

CMK'nun 50. maddesi dışında 236. maddesinde de mağdur tanığın yeminsiz dinleneceği hükme bağlanmıştır.

Tanıklıktan çekinme hakkı olduğu halde beyanda bulunan kimseye yemin verilip verilmeyeceğini hâkim takdir eder. Diğer hallerde hâkim istese de yemin veremez. Tanığın yeminli mi, yeminsiz mi dinlendiği konusu duruşma tutanağında belirtilmelidir.

Tanık soruşturmanın ve kovuşturmanın her safhasında kimliği hakkın-

<sup>63</sup> CGK 1.2.2011, K. 352.

daki 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).

*b) Tanığa yemin verilmesi (CMK 54).*

Tanığın doğru söylemesini sağlamak üzere yemin etmesinde fayda umulmuş ve yemin mecburiyeti konulmuştur. Türk hukukundaki yemin ettirme mecburiyeti mehzaz kanunda yoktur. Orada yemin ettirmek istisnadır ve dinleme sonrasında, beyanın özel bir önem taşıdığı, delil olarak kullanılabilceği anlaşıldığı takdirde yemin ettirilmektedir (StPO 59/1). Soruşturma evresinde dinlenen tanıklara ise prensip olarak yemin verilmez (StPO 62). İstinabe olunan hakimin yemin ettirmesi, sadece istem varsa söz konusu olur (StPO 63).

Tanık, beyandan önce yemin edecektir. Ancak icabında ve hele bir kimsenin tanık sıfatı ile dinlenmesi caiz olup olmadığında tereddüt edilirse yemin beyandan sonraya bırakılabilir. Tanıklar ayrı ayrı yemin ederler. Yemin ile tanığın güvenilir olduğu ve tanıklığın gerçeğe uygunluğu doğrulanmış olur.

Tanığa yemin, aslında kovuşturma evresindeki dinlenmesi sırasında verilir.

Soruşturma evresinde erken dinlenmenin kabulü, gecikme tehlikesinden korunma zorunluluğu ile açıklanabilir. Bunun dışındaki hallerde, hele savcının yemin verdirmesinin kabulü, gördüğu fonksiyonun yüceliği gözönünde tutularak ancak hakimlere 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 kural haline getirilmesi bizce isabetsiz olmuştur. Kolluğun yemin verme yetkisi yoktur.

Yemin ettirmenin tanık beyanı öncesinde olmasının istisnaları vardır: “Gerektiğinde veya bir kimsenin tanık sıfatıyla dinlenmesinin uygun olup

olmadığında tereddüt varsa”, yemin, tanıklık sonrasına bırakılabilir. Yemin ettirerek tanıklık edildiğinde, buna cezai sonuçlar bağlandığı için, tanıklık öncesi mecburi yemin vermek istisna olmalıdır. Yeminin her halde ifade sonrasında ettirilmesi daha doğru olacaktır.

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 söyle-diğime) namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim biçiminde olur. Yemin edilirken herkes ayağa kalkar. Tanık yemini yüksek sesle tekrar ederek veya okuyarak eder. Türkçe bilmeyen tanık yemini, tercüman aracılığıyla yaptırılır (CMK 55).

Yalan söyleyen tanık TCK’nun 272. maddesinde düzenlenen suçtan sorumlu olur.

Yemin edilirken hakim de ayağa kalkmakta, fakat Millet Adına verilen Hüküm tefhim edilirken, salondaki herkesi ayağa kaldırıp, kendisi otur-maktadır. Bizce hükümün tefhimi sırasında da millete saygı dolayısıyla hakim de ayağa kalkması yerinde olur. Kanun “hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir” (CMK 231/4) derken “herkes” kelimesini kul-lanmış, yemini düzenlediği 55/2. maddede de “yemin edilirken herkes ayağa kalkar demiştir”.<sup>64</sup>

Tanık yemini yüksek sesle tekrar ederek veya okuyarak eder (CMK 56). Sağır ve dilsizler okuma yazma bilmiyorsa, işaret dilinden anlayan bir tercüman kullanılır.

Okuma yazma bilen sağır ve dilsizler ise yemin biçimini yazarak ve imzalarını koyarak yemin ederler.

Yemin tercüman aracılığıyla yapılmışsa, tercümanın ad ve soyadının duruşma tutanağına yazılması gerekir (CMK 221). Bu tercümanın ücreti yargılama gideri sayılmayıp Devlet hazinesinden ödenir (CMK 324/5).

<sup>64</sup> 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.

6) *Tanıkların dinlenmesi.*

a) *Tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi kuralı.*

Tanıklar ayrı ayrı ve birbirinin yanında bulunmaksızın dinlenirler (CMK 52).

b) *Tanığa görevinin önemini anlatma (CMK 53).*

Tanığa ifasına davet olunduğu görevin önemi münasip bir lisanla anlatılır. 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. Tanığa görevinin önemini anlatma, artık mecburiyettir. Mülga kanunda takdire bağlı idi (CMUK 55). Bu anlatım yapılmadan tanık dinlenirse, elde edilen delil hukuka aykırı delil olacaktır.

c) *Tanığın kimliğinin tespiti.*

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.

ç) *Tanığın güvenilirliğinin denetlenmesi.*

İkinci olarak, gerekiyorsa beyanına ne dereceye kadar itimat edilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak hallere taallûk eden, özellikle sanık veya mağdurla olan münasebetlerine dair sualler sorulur.

d) *Tanığa sorulan anlattırıcı sorular (CMK 59).*

Hakim, tanığa tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak bilgi verir, hazır olan sanık tanığa gösterilir, sanık hazır değil ise kimliği açıklanır (CMK 59/1).

Tanık, “anlattırıcı sorular” sorularak bildiklerini söylemeye davet olunur. Tanık bildiklerini anlatır. Tanığın sözü kesilmez (CMK 59/1).

e) *Çapraz sorgu.*

Hâkim tarafından beyana davet edildikten sonra, tanıkların sözleri kesilmeden konuşmaları ve ondan sonra sual sorulması, Kara Avrupası'nın

tercih ettiği bir sistemdir. Bunun da sebebi, sualin tanığı tesir altında bırakacağından korkulması, tanığın tesir altında kalmadan beyanda bulunmasının istenmesidir. Tanıkların önceden kendilerine öğretilenleri söyledikleri ise çok görölmüştür. Samimi beyan, çok defa, onun hazırlanmadığı sahada sorulan bir soru üzerine derhal verdiği cevaptır.

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 değildir, meğer ki objektif bilgi ile sübjektif intibayı ayırmaya imkân olmasın.

Tanığın sözü kesilmeden 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).

Ceza Muhakemesi Kanunu hem doğrudan soru yöneltme sistemini kabul etmiş (CMK 59/1, 201), hem de tanıklık ederken söz kesmeme kuralını koymuştur (CMK 59/1). Bundan, kanunkoyucunun doğrudan soru ve çapraz sorgu sistemini tam olarak oturtmadığı anlaşılmaktadır.

Kanun, “çapraz sorgu” niteliğini verdiği CMK 215 ile katılana, vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafiiine “karşı soru” sorma hakkını tanımuştur. Muhakemenin kolektifliğine ters düşen CMUK nun 250 inci maddesinin değiştirilmesi yerinde olmuştur. Bu maddenin değiştirilmesi, savcıya, varsa katılana ve müdafie de sorulmasını diğer eserimizde önermiştik. CMK 215 kolektifliği sağlar biçimde katılana ve C. savcısına

da sormayı düzenlemiştir. Ancak diyeceğini söylemek ile “bizzat soru sormak“ farklı şeylerdir.

Bütün bu mahsurlarına rağmen, Cumhuriyet savcısı ile müdafinin ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukatın tanıklara doğrudan soru yöneltmeleri faydalıdır ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasında önemli bir katkıda bulunabilecektir (CMK 201/1).

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).

Tanıklar bazı defa istemeyerek hataya düşerler. İyi hatırlayamadıklarını hayallerinden uydururlar ve buna kendileri de inanırlar. Yahut duyuları hatalıdır. Örneğin yanlış işitmiştir, kendi işittiği şekilde söylendiğine samimî olarak inanır. Tanık bazı defa da çevrenin tesiri altında kalarak gerçekte görmediği, işitmediği şeyleri, gördüğünü, işittiğini sanır. Tanık istemeyerek hataya, bazı defa da sual 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).

### 7) *Yüzleştirme.*

Hakikatin daha iyi meydana çıkması için kovuşturma evresinde tanıkların yüzleştirebilmesi kabul edilmiştir. Soruşturmada evresinde de, gecikmede tehlike varsa veya kimliğin anlaşılması için gerekli ise istisna olarak, tanıklar birbirleri ile veya sanıkla yüzleşebilir (CMK 52/2).

### 8) *Tanık dinlemede görüntü ve ses kaydı.*

Maddede tanıkların dinlenmesi sırasında görüntü ve seslerin kayda alınması kabul edilmiş, özellikle mağdur çocuklara ilişkin özel düzenleme getirilmiştir. 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 (CMK 52/4).

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 uzmanın (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, mahkeme heyeti tarafından mağdurun verdiği beyan değerlendirilirken, uzman, 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 tek başına ifade alınmasına da izin vermemesi gerekirdi. Suça sürüklenen şüpheli çocuğun



ifadesinin uzman polisler tarafından, psikolog, pedagog, müdafii ve yakınları bulundurulması da kabul etmelidir. Fakat eğer bugünkü 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.

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 bilirkişisi olarak çağırıldığı ve beyanda bulunduğu görülmektedir.

Böyle bir uygulamanın sanığın adil yargılanma hakkı açısından sakıncalı olduğu, yani duruşmada kendisini suçlayan mağdura doğrudan veya müdafii aracılığıyla sorular sorma veya sordurma hakkını sınırladığı bir gerçektir. Ancak menfaatlerin dengelenmesinden oluşan hukuk sisteminde somut olaya ilişkin olarak hakimin çocuğun üstün menfaati ile sanığın müdafaa hakkını karşılıklı olarak tarttıktan sonra, o olaya özgü olarak karar vermesi yöntemi, bizde de uygulanabilir.

#### 9) Tanığın tekrar dinlemesi (CMK 57).

Madde ile hakim veya Cumhuriyet savcısına tanığa eski yeminini hatırlatmak yetkisi verilmiştir. Maddeye göre hatırlatılacak yemin aynı soruşturma veya kovuşturmada önceden verilen yemindir. Soruşturma evresinde verilen yemin ancak bu evrede tekrar ifade alınırken hatırlatılacak, kovuşturmada eski yeminin hatırlatılması için bu evrede verilmiş bir yemin bulunacak yani yemin verdiren merciler aynı olacaktır.

Soruşturma evresinde verdirilen yeminin kovuşturma evresinde hatırlatılması mümkün değildir. Bunun gibi yargılamanın yenilenmesi halinde, tanığın tekrar dinlenmesi gerektiğinde yeniden yemini yaptırılır. Zira bu halde kesinleşmiş bir hükümden sonra, tanığın tekrar dinlenmesi sözkonusu olmaktadır.

Aynı oturumda tanığın tekrar dinlenmesi, 57. madde anlamında tekrar dinleme olarak kabul edilemeyeceğinden, tekrar yemin verme veya yemi-

ni hatırlatmaya gerek yoktur.

Yemini hatırlatma konusunda hakim ve Cumhuriyet savcısının takdir hakkı vardır. Evvelce yaptırılan yemini hatırlatabileceği gibi yeniden yemin de verdirebilir.

Kanun yemin etmiş olan tanığın tekrar dinlenmesi sırasında yeminin hatırlatılmasını kabul etmiş ise de (CMK 57), şüpheli veya sanığın ifade veya sorgusunda önceki hak bildirimini hatırlatılması ile yetinmemiştir. Şüpheliye her yeni işlem sırasında haklarının tam olarak tekrar bildirilmesi gerekir.

#### 10) Tanığın korunması.

Tanık işlenen suçun taraflarından biri olmamakla birlikte, suç olgusuna ilişkin doğrudan bilgi sahibi olan kişidir. Olayı bir başkasından duymuş olan kişi, prensip olarak tanık olamaz. Başkasından duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığı, istisna olarak kabul edilebilirse de, ikinci derece önem taşır.

Gizli kaynaklardan bilgi edinen kişilerin edindikleri bilgileri bir kolluk görevlisine anlatmaları, bu kolluk görevlisinin de öğrendiklerini adli mercilere bildirmesi veya dolaylı tanığı dinlemiş olan kişinin tanıklığı, uygulamacılar tarafından tercih edilen, fakat adil yargılanma hakkını tehlikeye sokan bir yöntemdir. Kollukta alınan bir ifadenin duruşmada okunması, fakat sanığın ifadeyi veren kişiye, duruşmada soru sorma hakkına sahip olmaması, adil yargılanma hakkını ihlal eder.

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. Bazı özel durumlarda tanıkların genellikle intikam duygularına hedef olduğunu ve bilhassa örgüt suçlarında örgütün bu tür tanıkları ortadan kaldırdığını, hayat tecrübesi 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 böyle bir beyanda bulunmaya ve gerçekleri tahrif etmeye yönlendirilmiş olabilir. Bazen de sadece maddi 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.

Tanığın korunması için, gerçek bir tehlike bulunmalıdır. Hakimin tanığın kimliğini gizli tutma veya diğer tanık koruma tedbirlerine karar vermeden önce bu tehlikenin somut olup olmadığını incelemesi ve kararında bu tehlikeyi gerekçe olarak kullanması gerekir.

Türk Hukukunda tanık koruma Terörle Mücadele Kanunu'nun 20 inci 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). Yasa 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 vermiş (TMK 20/2), tedbirlerin uygulanması için de İçişleri Bakanlığı ile diğer kurum ve kuruluşlar çıkartılacak yönetmelik çerçevesinde gizlilik kurallarına uymakla yükümlendirilmişlerdir (TMK 20/3).

Bununla birlikte terör suçlarının soruşturulması sırasında tanık ifadesi alan kolluk memurlarının zaruret görülmesi halinde, duruşmada tanık olarak, gizli celsede dinlenmelerine izin veren TMK 12 nin ikinci cümlesi, 1992 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

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 hakimin tanığı, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinleyebilmesi de kabul edil-

miştir (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 maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından tehlike oluşturması koşulları aranmış, ayrıca tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntü aktarma yapılması mecburiyeti getirilmiştir. Ses ve görüntünün tanınmayacak şekilde değiştirilmesinden bahsetmeyen bu düzenlemede, tanık duruşma salonunda bulunmamakta, 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 hayati, beden bütünlüğü veya malvarlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunması zorunlu olan kişiler hakkında alınacak koruma tedbirlerini düzenlemektedir. Görüldüğü gibi, TKK'nın 1 inci maddesi, tanık korumayı örgüt suçu ile sınırlı tutmamıştır. Mağdurları da, tanık sıfatıyla dinlendikleri takdirde korumaya alan bu kanun, tanığın yakınları hakkında da koruma tedbiri alınmasına izin vermektedir (TKK 2).

Tanığın korunmayı hak etmesi açısından cezanın ağırlığı kriteri öngörölmüş ve a) ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar, b) örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ve c) terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların tümünün tanıkları için, koruma yolu açılmıştır (TKK 3).

Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile CMK 236 ıncı 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 inci derece dahil kan veya 2 inci 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 olmasıdır (TKK 4/2). Bununla birlikte, Kanunun tanımlar maddesinde tehlikenin ne olduğu, ağır ve ciddi tehlikenin anlamı, açıklanmış değildir.

“Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun” (1988-3419) 1995 yılında tekrar uzatılmış ve tanık koruma ile ilgili hükümlere yer vermişti.

1999-4422 sayılı bu Kanun tanık koruma ile ilgili kalıcı düzenlemeler içermiştir (m. 7). Bu Kanunun yönetmeliğinin 5 inci maddesinde de; 4422 sayılı kanunun öngördüğü tanık koruma tedbirlerinin TMK kapsamına giren suçlarla Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Kanunu ile mülga TCK nın teşekkül halinde işlenen uyuşturucu suçlarında da uygulanacağı hükmüne yer verilmişti.

“Kaçak olaylarını ihbar edenlerin hüviyetleri rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz”, şeklindeki hüküm (mülga 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu m. 2) hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulmuştu. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

Suçun mağduru olayı yaşayan bir kişi olarak en iyi bilenlerdendir. Bu nedenle vereceği bilgiler ceza muhakemesi açısından büyük önem taşır ve mağdur “tanık” olarak yeminsiz dinlenebilir (CMK 236). Mağdurun duruşmada yapacağı açıklamalar, delil olarak kullanılabilir, ama “tanık beyanı” olarak isimlendirilmezler. Sanığın duruşmada mağdura, yani işlediği iddia edilen suçun neticeleri üzerinde gerçekleşmiş olan kişiye soru sormak hakkı vardır. “Mağdurun” duruşmadaki konumu, bu açıdan “tanık” gibidir.

“Katılan” ise mağdur veya suçtan zarar gören kişi olabilir. Suçtan zarar gören kişinin, yargılama konusu olgu ile doğrudan bilgisi bulunmayabilir. Bu gibi hallerde, suçtan zarar görenin tanık gibi dinlenmesine gerek yoktur, zira olay hakkındaki bilgisi, duydukları ile sınırlıdır. Bir görüşe naza-

ran, mevzuatta katılanın tanık olarak dinlenmesine engel bir hüküm bulunmadığı için, duruşmada tanık gibi dinlenmesi mümkündür.

Tehlikede olduğu için kimliği gizli tutulan tanık hakkındaki tedbirler, kolluk tedbirleri ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin tedbirler olmak üzere ikiye ayrılır.

Tehlikenin önlenmesi kolluğun temel görevi olduğu için, tanığın korunması da kolluk görevlerindedir. Fizik koruma sağlanması, kimliğin gizli tutulması için belgelerin değiştirilmesi, geçimini sağlaması için maddi yardım sağlanması ve diğer tedbirler, bu kapsamdadır.

Tanığı koruyan ceza muhakemesi hukuku tedbirleri, soruşturma evresinde alınanlar ve kovuşturma evresinde alınanlar diye ikiye ayrılabilir.

Soruşturma evresinde; ileride tanık olacak kişi ifade verirken, kimlik ve ikamet bilgilerinin gizlenmesi, şüphelinin hazır bulundurulmaması, dinleme sırasında ses ve görüntü kaydı yapılması, müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanması tedbirleri alınabilir.

Kovuşturma evresinde ise dolaylı tedbirler alınarak tanığın korunması mümkündür. Örneğin duruşmanın kamuya kapalı yapılması, sanığın tanık dinlenirken duruşma salonundan uzaklaştırılması, müdafinin duruşma salonundan uzaklaştırılması, tanığın duruşma disiplini tedbirleri alınarak korunması, duruşmanın organizasyonu tanığın korunması, davanın nakli, şüpheli veya sanığın tutuklanması yolu ile tanığın korunması düşünülebilir. Bunların dışında, doğrudan doğruya tanık korumaya yönelik usul tedbirleri de vardır: tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması (CMK 58), tanığın ses ve görüntü nakli yöntemi ile dinlenmesi, tanığın tanınmasını engelleyecek şekilde ses ve görüntüsünün değiştirilmesi veya görülmesinin engellenmesi.

“Tanık koruma tedbiri” olarak, CMK 58 de de yer alan; “kimlik bilgilerinin gizli tutulması” dışında, “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 öngörölmüştür (TKK 5).

Tanık koruma tedbiri kararı soruşturma evresinde Cumhuriyet 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) öngörölmüştür.

Tanık koruma tedbiri kararında korunan kişinin açık kimlik ve adres bilgileri, tanıklığın konusu olan olay ve diğer yasada öngörölen 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 kaldırılabilereği 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 mahkum olması, önceki kimlik bilgileri hakkında yanlış beyanda bulunması ve koruma sebebinin ortadan kalkması gibi durumlarda, tedbir kaldırılmaktadır.

Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda tanıkların korunması için idari bir karar alınması söz konusudur. İdari bir makam maddi gerçeğin araştırılmasında gerekçelerini ortaya koyarak, en az zarar verecek basamağı seçebilir.

Tanık koruma tedbiri kararı isteminde mutlaka gerekçe gösterilir ve karara dayanak teşkil edebilecek hukuki ve fiili nedenlere yer verilir (TKK 6/4-b, Yönetmelik m. 9).

Tanık Koruma Kanununa göre (TKK 4/2), tanık koruma tedbirlerinden birinin uygulanabilmesi için, ağır ve ciddi bir tehlikenin varlığı ve korumanın zorunlu olması gerekir. CMK 58/2 ise sadece ağır bir tehlike ile yetinmiştir.

Ağır ve ciddi tehlikenin hayat, beden bütönlüğü veya mal varlığı bakımından ele alındığı görölmektedir. Mal varlığına yönelik ağır ve ciddi bir tehlike, tanığın kimliğinin gizlenmesi için her zaman yeterli sayılmayabilir. Bu gibi hallerde tanık koruma ağısından uygulanabilen kolluk tedbir-

lerinin (fiziki koruma gibi) öncelikle uygulanması önerilmektedir.

Tanık koruma tedbiri olarak öngörülen muhakeme hukuku tedbirleri ile kolluk tedbirlerinin (TKK 5) uygulanmasında, en hafif tedbirin seçilmesi kuralı vardır (TKK 5/2).

Ceza Muhakemesi Kanunu doğrudan soru (CMK 201) ve çapraz soruguyu (CMK 215) kabul etmekle, duruşmada müdafinin ve C. savcısının tanıklara bizzat soru sormalarının yolunu açmıştır. Ancak kimliği gizli tutularak korunan tanıklara soru sorulması söz konusu olduğunda, bu soruların eski sistemdeki gibi, önce hakime yöneltilmesi, hakimin de bu soruları gizli tanığa sorması uygulaması yapılacaktır (TKK 9/5).

Kanun koruma altındaki tanığa sorulan soruların, duruşmada hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olduğunu varsaymıştır (TKK 9/7). Haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde öngörülen usuller, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz (TKK 9/10).

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 tenkid ettiğimiz husus giderilmiştir. Bu gibi durumlarda tanığın verdiği beyan duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır (TKK 9/4). Bu yönetime "Mainz Modeli" denilmektedir. "İngiliz Modeli" ise hakimin duruşma salonundan ifade almasıdır.

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.

Kimliği gizlenen tanığa sorulan soruların tanık hakkında uygulanan tedbirle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Hakim sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken tanığın kimliğini ortaya çıkartacak soruların sorulmasına izin vermez (TKK 9/5).



Kimliği gizli tutularak sanığı intikam hislerine karşı korunan tanığın verdiği bilgilerin duruşmanın sonunda hşkşm verirken kullanılmasına karşı; dolaylı delillerin gşvenilmez olması, savunma hakkının kısıtlanması gibi çeşitli noktalardan itiraz edilmiştir.

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 gşrşntşsş değiştirilerek şzel ortamda dinlenmişse (TKK 5/1-b), bu takdirde tanığın verdiği beyan tek başına hşkme esas teşkil etmez (TKK 9/8). Bu hşkşm 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 hakimin ayrı bir değerlendirme yapması gerekir. Sanığın savunma hakkı, aleyhindeki tanığı gşrmek ve ona sorular sormak, sordurmak hakkı kutsaldır, fakat tanığın yaşama hakkı da kutsaldır. Hakimin çatışan menfaatleri dengeleyici bir karar vermesi gerekecektir. Ancak savunma hakkının şzşne hiç bir şekilde dokunmaması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Van Michelen/Hollanda kararından esinlendiği anlaşılan yasal dşenleme doğru uygulandığı takdirde yerindedir: Kimliği gizli tutulan ve kendisi duruşma salonunda bulunmayan sadece sesi duyulan tanığın verdiği beyanı, sadece bu delile dayanılarak hşkşm kurulamayacağı açıkça dşenlenmiştir. Ancak hakimin ayrıca beyanda bulunan bu korunan tanığın beyanının gşvenilir olup olmadığını da ayrıca değerlendirmesi gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, korunan tanıkların tanıklık yapmalarında maddi gerçeiği saptırmak amacı da mevcut bulunabilir.

Kimliği gizlenen tanık tarafından verilen bilgilerin duruşmada hşkşm verirken kullanılması konusunda AİHM tarafından geliştirilen kriterler şyle şzetlenebilir:

Delillerin ikamesi ve kabul edilebilirliği konusunda karar vermek ağısından takdir yetkisi, ulusal ilk derece mahkemelerine aittir. AİHM tanık

kavramını otonom bir kavram olarak anlar ve suç mağdurunu da tanık olarak kabul eder. AİHM muhakemenin tümü bakımından, Sözleşmenin 6/1 maddesindeki genel adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini inceler: AİHM Sözleşmenin 6/3 maddesindeki özel muhakeme hukuku garantilerini, 6/1 maddedeki genel adil yargılanma hakkı açısından değerlendirir.

Delillerin duruşmada, savunma ve iddia makamlarının hazır buldukları bir oturumda, sözlülük ve doğrudan doğruyalık kurallarına uygun bir şekilde, vicahi olarak ortaya konması gerekir. Ancak esas hakkındaki kararı verecek olan hakimin huzurunda alınmış olmayan bir beyan da, istisnai hallerde delil olarak kullanılabilir. Bunun için, daha önce alınan ifade sırasında, (aleyhe beyanda bulunan tanığa soru sormak veya sordurmak gibi) savunma haklarına ölçülü bir oranda riayet edilmiş olması gerekir. Eğer savunmanın hakları daha önceki dinleme sırasında garanti altına alınmış ise kolluk, savcı veya başka bir hakim tarafından alınmış olan ifadenin tutanağının duruşmada esas hakkındaki kararı verecek olan hakimin önünde delil olarak okunması Sözleşmenin 6/3-d ve 6/1 maddelerine aykırı değildir.

Kimliği gizli tutulan tanığın korunmasındaki yarar ile kendisi aleyhine ifade veren tanığa, sanığın soru sormasındaki yarar yarıştığı için, kimliği gizli tutulan tanığın verdiği bilgilerin sanık aleyhine delil olarak kullanılabilmesi için, önemli ve yeterli bir neden mevcut bulunmalıdır. Bu neden, somut bir tehlikedir. Tanık veya yakınları, tanığın verdiği bilgiler nedeni ile hayat, vücut bütünlüğü, özgürlük veya özel hayat veya aile hayatı açısından tehlike içine girmiş olmalıdır. Soyut tehlike iddaları yeterli değildir. Ancak, doğmuş bulunan bu tehlikenin, sanığın savunma haklarının kısıtlanması ile orantılı olması da gerekir (ölçülülük !!!).

Tanık bakımından doğmuş bulunan tehlikenin bağımsız bir merci (hakim) tarafından saptanmış olması ve bu somut tehlikenin gerekçelendirilmiş olması gerekir. AİHM Doorson ve Kok kararlarında tehlikenin hakim tarafından gerekçeli bir şekilde saptanmış olmasını, Devlet lehine nazara almıştır.

Gizli tanığın gerçek kimliğinin hakim tarafından bilinmesi gerekir.

Kolluk memurlarının veya kamu görevlisi olan gizli soruşturmacıların, duruşma haricinde, gizli tanık olarak dinlenmesi gerektiğinde, sanığın savunma haklarını korumak üzere daha katı kurallar uygulanmalıdır. Savcı ile adli kolluk arasında emir verme ve emir alma şeklinde hiyerarşik mesleki bir ilişki bulunduğu ve kolluk memurlarının duruşmada tanık olarak ifade vermek yúklümlükleri olduğu için, adı geçenlerin gizli tanıklık statüsüne girmeleri, daha da istisnai olmalıdır. Kolluk görevlilerinin gizli tanıklığı, sadece işlenmiş olan suçun ağırlığına veya örgütlü suçta misilleme yapılabileceği gibi, genel gerekçelere dayandırılmaz.

Sanığın, kimliği gizlenen tanıkla yüz yüze gelerek ona soru sorma hakkı tehlike ile orantılı bir şekilde sınırlandırılabilirse de, bu kısıtlama gerektiğinden fazla olmamalıdır. Birden fazla tedbir uygulamak söz konusu ise savunma hakkını en az kısıtlayan tedbir uygulanmalıdır.

Tanığın kimliği gizli tutulmuşsa, verdiği bilgilerin hüküm verirken kullanılabilmesi için, muhakemenin herhangi bir evre veya bölümünde, sanığın tanığa soru sormak veya sordurmak hakkı sağlanmış olmalıdır. Gizli tanığın müdafii huzurunda dinlenmiş olması çok yerindedir ve bireysel başvurunun reddi sebebi olabilir.

Sanık hakkında verilen mahkumiyet kararında gizli tanığın beyanı tek ve yegane delil olmamalı, gizli tanıktan alınan bilgiler dışında hüküm kurulurken dayanılan başka deliller de mevcut bulunmalıdır. Ancak başka deliller mevcut olsa bile, gizli tanığın verdiği bilgi, mahkumiyet hükmünün oluşmasında belirleyici bir rol oynamış ise bu da adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açar.

Kanun koruma altındaki tanığa sorulan soruların duruşmada hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olduğunu varsaymıştır (TKK 9/7).

### *11) Tanığa verilecek tazminat ve giderler (CMK 61).*

Tanıklık yapmak, zaman kaybına ve birtakım harcamalara sebep olmaktadır. Bu nedenle maddede tanığın tazminat alma hakkı düzenlenerek, tanıklık yapılmasının önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır. Bu tazminat hem kaybedilen vakit için hem de tanığın yol ve ikamet masraflarını karşılamak içindir. Bu tazminatı Devlet öder. Tanığa ödenecek tazminat ve giderlerden hiçbir vergi, resim ve harç alınmaz.

Sanık tanığını duruşmaya getirebilir (CMK 213). Mülga Kanun uyarınca sanık, doğrudan doğruya davet ettireceği kimselerin tazminatını mahkeme kalemine önceden yatırırđı. Bu tanıkların beyanı olayın 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 5271 sayılı Kanuna alınmamıştır.

### III- Belirti delilleri.

Belirti (emare) nin bir çeşidi olan tabiî belirti bir olayın parçalarından biridir. Bu parça, suçu işleyenin iradesi dışında, hattâ ona rağmen o olayı tabiî bir şekilde temsil eder. Bir diğer söyleyişle o parçanın bütünü temsil etmesi, göstermesi, eşyanın tabiatı icabıdır, sun'î değildir. Tabiî 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, tabiî belirti, genel mahiyette temsilî delildir. Bunun içindir ki somut olayı da temsil edip etmediği hususunda çok dikkatli bir araştırmaya ihtiyaç vardır.

Örneğin olay yerinde bulunan parmak izi, suçtan evvel veya sonra da meydana gelmiş olabilir. Yine bunun içindir ki tabiî belirti adı verilen delillerin tek başına ispat kuvveti yoktur.

Tabiî belirtilerin temsil değerini suçlular da bildiklerinden, onları yok etmeye çalışırlar. Bu çalışma dahi bir belirtidir.

Tabiî belirtiler çok çeşitlidir. Genellikle bunlar “eşyaya ait belirtiler” ve “şahsa ait belirtiler” diye iki grupta toplanır. Eşyaya ait tabiî 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 tabiî belirtiler, şahıslara taallük edenlerdir. Sanığın kan grubu, parmak izi, suçtan önceki veya sonraki, hattâ sorgusu sırasındaki ruhsal

durumu bunlar arasındadır.

İletişimin denetlenmesinde elde edilen ses kayıtları veya teknik araçlarla izlemede kaydedilen görüntüler de “belirti delili” niteliğindedir.<sup>65</sup>

Tabiî 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 (hakikîliği) 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 tesbiti, olay yerinin krokisinin yapılması ve fotoğrafının çekilmesi, eşyaya ait belirtilere elkonulması, belirtilerin değişmesine mani olan Őarelerdendir.

Sun’î belirti, bir olayı, tabiî olarak değil, fakat sun’î olarak, bir anlaşma ile temsil eden, insan yapısı işarettir, alâmettir. Tabiî belirti ispat gayesi ile meydana getirilmediği halde sun’î belirtide gaye ispattır. Örneğin bir biletin zımbalanması, kullanıldığını göstermek içindir.

Sun’î belirtiler de şahıslara ve eşyalara ait olduğuna göre ikiye ayrılabilir. Örneğin giyilen üniforma, takılan nişan, taşınan ad şahsa ait sun’î belirtilerlerdir. Eşya üzerindeki “alêmati 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.

Belirtiler bilirkişi incelemesi ile anlam kazanır. Bunun için, aşağıda bilirkişi kurumu ele alınacaktır.

#### IV– Belge delilleri

##### 1) Delil olabilen belgeler: vesika, senet, belge.

Somut olaya özđu temsilî delillerden ikincisi belgelerdir. Bunlara Mu-

<sup>65</sup> Öztürk (2009, 300), usulüne uygun olarak doldurulmuş ve muhafaza edilmiş ses ve görüntü kayıtlarının tek başına mahkumiyet kararı verilmesine yetmeyeceğini, net bir Şekilde ifade etmekte ve bu konuda Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 5.10.1984 tarihli içtihadı ile mukayeseli hukuktaki Alman, Avusturya ve İsviçre örneklerine dayanmaktadır. Fransa’da ise vak’a tahmini veya belirti sayıldığını da açıklamaktadır.

hakeme Hukukunda “vesika” da denilir. Medenî Kanunla Medenî Muhakeme Kanununda “senet” tâbiri 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 zarureti ni duymakta ve belge’yi tercih etmekteyiz. Kanun belge terimini kullanmaktadır (CMK 125/1, 209, 215, 221).

### 2) Belgenin sağlamlığı.

Belge, somut bir olayı temsil eden, insan yapısı bir ispat vasıtasıdır. 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; meğer ki, yazının sanığa ait olduğu anlaşıl s n. 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.

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 bulunduğundan, belgelerin de, yazılıdan gayri çeşitleri meydana çıkmış ve yine belge adı altında kabul edilmiştir.

Bugün belgeler: 1) Yazılı belge, 2) Şekil tesbit eden belge, 3) Ses tesbit eden belge ve 4) Bilişim verisi şeklindeki belge olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

### 3) 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 tesbit eden tutanaklardır.

Her delil gibi, belgeler de önce sağlamlık, bir diğere söyleyişle doğruluk veya güvenilirlik anlamında muteberlik bakımından değerlendirilir. Bu değerlendirme, tecrübe kaidelerini bulup onunla muhtevanın karşılaştırılmasını gerektirir. Bazen daha iyi bir tecrübe kaidelerini bulmak ve dolayısı ile daha iyi bir sonuca varmak mümkün olmaz. O zaman, “çok defa böyle olur” denilir, yani karine kabul edilir. Bu karineyi hâkim gibi, mümkünse, kanunkoyucu da kabul edebilir.

Delilin çürük olması da mümkündür. Çürük belgeye sahte de denilir. Fakat sahtenin biri hem muhtevaya, hem şekle, diğere sadece muhtevaya ait iki şekli olduğu, birincisine maddî bakımdan sahte, ikincisine fikrî bakımdan sahte denile geldiği halde, karine kabul edilirken sahte tâbiri sadece maddî bakımdan sahteyi ifadede kullanılmıştır.

### 4) Şekil tesbit eden belge.

Belli bir olayı temsil etmek üzere şeklin tesbit edildiği de vardır. Şekli tesbit eden vasıtalar çeşitlidir. Örneğin fotoğraf çekilmekte görülen, hattâ görülmeyen şekil, film veya kâğıt üzerinde tesbit edilmektedir. Bir diğere vasıta da resim yapılmasıdır. Ancak ressamın muhayyilesi de işe karıştırdığından resmin gerçeği temsil kabiliyeti çok şüphelidir. Kroki, plân gibi şekil tesbit eden belgeler de kullanılmaktadır.

Heykel de resim gibi, sanatkârın özelliği icabı fazla itimada lâıyk 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 tesbit eden belgeler görme suretiyle tetkik olunur. Örneğin fotoğraflara, heykelere bakılır, film perdeye aksettirilir.

Şekil tesbit eden belge, örneğin fotoğraf da hileli olabileceğinden, diğere belgelerde olduğu gibi, sahtelik iddia edilebilir.

5) *Ses ve görüntü tesbit eden belge.*

Ses alınması ve video kaydı yapılması yolu ile oluşturulan belgelere ses ve görüntü tespit eden belge adı verilir. Bu tür kayıtları belge yapan husus, sujenin ses veya görüntü kaydı yapılacağı konusunda bilgilendirilmesi ve bundan sonra kaydın yapılması durumunda “irade açıklamalarının tespit edildiği bir 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. Örneğın, ifade alma sırasında şüpheli bilgilendirildikten sonra yapılan band kaydı belge niteliğindedir.

Seslerin tesbitini mümkün kılan vasıtalar icat olunduktan sonra, bir de ses tesbit eden belge çeşidi ortaya çıkmıştır. Önceleri sadece gramafon plâkları vardı. Bugün sesler, ses alma makineleri sayesinde kolaylıkla banda alınmakta 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.

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 bir kaç yerde kabul etmiş, fakat soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında yetkisiz kişilerce ses ve görüntülerin kayda alınmasını veya nakledilmesini suç olarak düzenlemiştir (TCK 286).

6) *Bilişim verisi şeklindeki belgeler.*

Bilişim sisteminde yeralan elektrik yükleri cihazlarla okunarak anlamlandırılabilir. Bilişim teknolojisi içerisinde irade 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 sujenin bilgisayarda yer alan bütün belgeleri incelemesi özel hayatın gizli alanına müdahale teşkil edeceğinden bilgisayarlarda arama yasalarla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.<sup>66</sup>

## § 8- CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİ

### I- Hukukî işlem, muhakeme işlemi ve ceza muhakemesi işlemi.

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 beşeri olaya hukukî eylem (hukukî fiil) denir.

Eylem (fiil), her beşerî olay gibi, hareket, sebebiyet alâkası ve netice unsurlarından meydana gelir. Eylem denilmesi, tabîî olaylarda olduğu gibi, netice unsurunun ağır bastığını gösterir. Hareket unsurunun birinci plâna alındığı belirtilmek istenirse işlem tâbiri kullanılır ve hukukî eylem yerine hukukî işlem denilir.

Hukukî işlem veya eylem de, hukuka uygun, bir diğer söyleyişle haklı olup olmadığına göre ikiye ayrılır. Haksız ise haksız eylem 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 yaratmaya lüzum duyulmamış ve hukukî işlem terimi sadece bunları ifade için kullanılmıştır. Görülüyor ki hukukî işlem, hukuka uygun hukukî işlem demektir.

---

<sup>66</sup> Bilgisayarda arama: Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations, [www.Usdoj.gov/criminal](http://www.Usdoj.gov/criminal) (erişim tarihi 29.07.2009).

Tabiî olaylar da Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından sonuçlar doğururlar. Örneğin 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, tabiî bir olay sayılmak lâzım gelir. Fakat Ceza Muhakemesi Hukukunda en önemli olaylar, beşerî olaylardır ve bunlardaki hareket unsuru daima iradîdir.

## II- Muhakeme işlemleri.

Her türlü muhakemedeki ilişkilerin süjeleri, bu muhakemeler dolayısı ile bir takım faaliyetlerde bulunurlar. Belli hukukî sonuçları meydana getirmek amacı ile yapılan bu faaliyetlere “muhakeme işlemleri” denilir. Muhakeme çeşitleri bakımından bir ayırım yapılmaksızın her türlü muhakemede yapılan işlemlerin ortak yanlarının bir araya getirilerek mücerret ve sistemli bir biçimde incelenmesi, “muhakeme işlemi genel teorisi”ni oluşturur. Her türlü ceza muhakemesindeki işlemler de “ceza muhakemesi işlemi genel teorisi”nde 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 süjesi terimini dar manada almadığımızdan, bize göre ceza muhakemesi süjeleri dışında bir süjenin faaliyeti söz konusu değildir.

Ceza Muhakemesi Hukuku, ceza muhakemesi işlemi adını verdiği bu faaliyetleri, sistemli bir şekilde inceler ve çeşitli faaliyetlerin ortak vasıtalarını, mücerret ve umumî olan “ceza muhakemesi işlemi teorisi” içinde belirtmeye çalışır. Ceza Muhakemesi Hukuku ve Muhakeme Hukuku İşlemi Teorisi geliştikçe, kanunlar daha mükemmelleşir.

## III- Hukukî değer.

Hukukî değer, bizce, hukukî bir işlemin amacına erişmek ve sonuç doğurmak hukukî imkânlarıdır. Bu iki imkânın gerçekleşmesi 1) Yerine getirme ve 2) Gözönünde tutma biçiminde olur. O halde değer de 1) Yerine getirme değeri (veya yerinegetirebilme) ve 2) Gözönünde tutulma değeri (veya gözönünde tutulabilme) olarak iki çeşittir. Yerine getirme, birinci imkânın gerçekleşmesidir, yani amaca erişilmesidir. Gözönünde

tutmada ise sonuç doğurma imkânı gerçekleşmektedir.

Hukukî bir işlemin hukukî değeri olmaması, alışılagelmiş, tâbirle hûkûmsüz olmasıdır. Burada hukuka aykırılık çok ağır olduğundan hukuk, müeyyide olarak, onu yok sayar. Buna hukuk bakımından yokluk denilir. Bazen da işlem var kabul edilir ve sonra ortadan kaldırılmak suretiyle varlığına son verilir, yani artık yerine getirilemez ve gözönünde tutulamaz hale getirilir. Ortadan kaldırmaya iptal ve bu müeyyideye de butlan adı verilir. İşlemdeki hukuka aykırılığın ve dolayısı ile müeyyidenin çok hafif olması da mümkündür. Bu çok hafif müeyyideye kabuledilmezlik denilir. Herhangi bir sebeple işlem ilgililerce bir kere kabul edildi mi artık bu aykırılık ileri sürülemez olur, bir diğer söyleyişle aykırılığın kalmadığı kabul olunur.

#### **IV- Hukukî işlemin ruhî ve maddî unsurları.**

Ceza muhakemesi işlemleri, hukukî eylem olmak itibariyle, insan eseridir. 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 tâyin etmesinin bir sebebi de budur. Belli bir Şekle riayet edilmesinden, işlemin istenilerek yapıldığı sonucunu kanun böylece çıkarabilmektedir.

İrade, kayıtsız ve Őartsız olmalıdır. Kayıtlı ve Şartlı irade, kaide olarak, makbul ve muteber bir irade sayılmaz. Örneğin Şikâyet Şartlı olamaz. İstisna olarak, gerekiyor ve işlemin niteliği de imkân veriyorsa, Şart koşulabilir. Örneğin cezanın ertelenmesi kararı, zararın ödenmesi Şartına bağlı tutulabilir (TCK 51/2).

Maddî unsur, hareket ve netice Şeklinde tecelli eder. Eğer bunlar birbirinden ayrı ise aralarındaki sebebiyet alâkası da maddî unsurun unsurlarındandır. Görölüyor ki işlem için irade kâfi olmayıp iradenin haricî bir faaliyet Şeklinde açıklanması da lâzımdır.

Faaliyetin müsbet Şekilde olması Şarttır. Hareketsizlik Şeklinde, yani menfî faaliyet olamaz. Buna karşılık, faaliyetin yapılması lâzım gelen hareketin yapılmaması, yani ihmal Şeklinde tecelli etmesi mümkündür. Süresi içinde bir işlemi kasden yapmamak gibi.

Kanun, bazı muhakeme işlemleri için, iradeyi ve onun haricî bir faaliyet ile izharını kâfi görmez, ayrıca bu faaliyetin şeklini de tâyin 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.

### **V- İşlemin dil şartı.**

Maddî unsurun şekle ait genel şartlarından biri de dile ilişkindir. Muhakeme işlemlerinde Türkçe kullanılması mecburîdir, zira resmî dil Türkçedir (Any. 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). Tabîdir ki sanık tercüman marifetiyle sorguya çekilecektir. Diğer işlemler konusunda da tercüme zarureti kendini gösterebilecektir. Türkçe bilmeyen tanıklar, metnin tekrarı suretiyle yemin edileceğine göre (CMK 56), tercümanın hazırlayacağı metni tekrar etmelidirler. Tercümanın da türçüme doğru yapacağı yolunda yemin etmesi gerekecektir. Fakat CMK'da bu hususlarda hüküm mevcut değildir. Kanunun boşluğu, tercümanın bilirkişiye benzetilmesi ile doldurulmaktadır.

### **VI- İşlemin süre şartı ve eski hale getirme.**

#### *1) İşlemin yapılması bakımından süreler.*

Muhakeme işlemlerinde şekil şartlarından biri de süredir. Muhakeme süjelerinden herhangi birinin, belli bir muhakeme hukuku işlemi yapması ihtiyarı veya mecburiyeti için belirlenen zaman aralığına “süre” denilir. Kanun bazen belli bir işlemin belli bir süre içinde yapılmasını veya yapılmamasını ister.

Muhakeme Hukuku süreleri birkaç bakımdan sınıflandırılabilir.

Kanun bazen bir işlemin yapılabilmesi zamanı göstermek için sürenin

yukarı haddini tayin eder. Örneğin temyiz yoluna başvurulabilmek için, hükmün tefhiminden itibaren bir haftalık bir süre kabul olunmuştur (CMK 291). Bu süre geçirilince temyiz yoluna gitmek hakkı düşer. Keza süresinde şikâyet etmemekle şikâyet hakkı, süre varsa ve riayet edilmemişse belli bir ceza davası açma hakkı düşer. Süre, hakkın doğması ile değil, düşmesiyle ilgilidir. “Tebliğden başlayarak bir hafta içinde temyiz edilebilir” denilmişse, bunu “tebliğden önce temyiz edilemez” diye değil, “tebliğden başlayan hafta geçtikten sonra artık temyiz edilemez” diye anlamalıdır.

Kanun bazen bir işlemin yapılamayacağı zamanı göstermek için sürenin aşağı haddini belirtir. Daha önce bu işlem yapılamaz. Örneğin çağrı kağıdının tebliği ile duruşma gününün arasında en az bir hafta geçmelidir (CMK 176, 190).

Adlî tatil süresi de (her yıl Temmuzun yirmisinden, Ağustosun otuzbirine kadar (CMK “2013-6494” 331/1) belli işlemler bakımından koruyucu süre sayılabilir. Zira soruşturma ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmaların ve ivedi sayılacak diğer hususlar dışında kalan işlemler bu süre içinde yapılamaz (CMK 331/2). Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay, adli tatil süresince yalnız tutuklu işlerin incelemelerini yaparlar (CMK 331/3). Adli tatile rastlayan süreler işlemez, bu süreler tatilin bittiği günden itibaren üç gün uzamış sayılır (CMK 331/4).

Kanun bazen belli bir muamelenin yapılması veya yapılmaması için müeyyidesi olmayan bir süre tayin eder. Gaye, taraflardan başkalarının ihmallerine engel olmak, muhakemeyi uzatmamaktır. Örneğin itirazda hâkimin en çok 3 gün içinde dosyayı merciine göndereceği hükmü kabul edilmiştir (CMK 268/2).

## 2) Tayin eden bakımından süreler.

Kanunkoyucunun tayin ettiği süre, kanuni süredir. Temyiz yoluna başvurmada bir haftalık süre böyle bir süredir. Kanunî süreleri hâkim kendiliğinden uzatamaz. Bunlar ancak kanunî sebeplerle uzayabilir.

Bazen süreyi tayin yetkisi hâkime bırakılmıştır.

Eski hale getirmeye imkân veren ve vermeyen süreler olarak ikiye ayrılabilir.

Süreler saat, gün, hafta, ay ve sene olarak tayin edilebilir. Hesaplamaları da ona göre değişir.

Kanun, 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. Örneğin şikâyet süresi hakkında eski hale getirme bakımından böyle bir istisna kabul edilmelidir.

Süre saatle tayin edildiğinde, Örneğin 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. Süre, Örneğin bildirmenin yapıldığı günün ertesi gününden itibaren işlemeye 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. Özellikle milletlerarası metinlerde sürenin “tam gün” olarak gösterildiği vardır. Örneğin “bildirmeden itibaren tam üç gün” denilmişse, bildirme günü gibi, işlemin yapılacağı gün de hesaba katılamaz. Ayın birinde bildirilmişse işlem beşinde yapılabilir. Böylece süre tam denilmekle bize göre bir gün uzamış oluyor.

Süre hafta veya ay olarak tayin edilmişse, işlemeye başladığı günün son haftada isim ve son ayda sayı itibariyle karşılığı olan günün tatil saatinde sona erer. O sayıda gün yoksa, o ayın son gününde sona erer. Süre yıl olarak gösterilmişse, kıyas yolu ile son yılda ay ve sayı itibariyle mukabili olan günün tatil saatinde sona erer.

### 3) Sürelerin uzaması.

Süreler ancak şu hallerde uzayabilir:

1) Sürenin son günü tatile rastlarsa, süre tatilin ertesi günü, örneğin pazara rastlarsa pazartesi günü biter (CMK 39/4). Yarım iş günleri tatil günü olmadığından, sürenin sonu böyle bir güne rastlarsa, süre normal olarak hesaplanacak, yani dairelerin tatil saatinde bitecektir (İBK 13/11/36).

2) Mülga CMUK’da yer alan ve kendisine süre verilen kimsenin ikametgahının muamelenin yapılacağı yerden uzak olması durumunda sürenin uzatılmasına ilişkin hüküm, 5271 sayılı Kanuna alınmamıştır. Mülga Ka-

nun 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.

3) Mahkemelerde adli tatilde yapılabilecek işlemler bakımından süreler, normal seyrini takip eder. Yaz tatilinde yapılması caiz olmayan işlemler için, sürenin tatilden önce işlemeye başlayıp başlamadığına bakmalıdır. Süre işlemeğe başlamış ise ve 5 Eylülünden önce bitiyorsa, yaz tatilinin bittiği günden itibaren 3 gün uzatılmış sayılır (CMK 331/4).

Süre henüz işlemeye başlamamış ise ve sürenin başlamasını gerektiren olay adli tatili içinde olmuşsa, süre yaz tatilinin bittiği günden itibaren işlemeğe başlar.

4) 1943-4473 numaralı Kanuna göre (m. 43) yangın, deprem gibi sebeplerle dosyaların yenilenmesi için 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 davasını reddetmesinden sonra Uyuşmazlık Mahkemesine gidildiğinin mahkemeye bildirilmesinden başlayıp işin yeniden incelenmesine kadar geçen durma zamanı içinde muhakeme süreleri de durur.

6) Sürenin içine mahkemelerin yaz tatilinden başka resmî tatil günlerinin girmesini yazılı Hukukun nazara almamış olması, sürenin kısa, tatilin kurban bayramında 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) Kanunyoluna gitmemiş tarafa, karşı tarafın gitmesi üzerine, bu yola gidebilmek için, cevap süresi içinde yeni bir imkân tanınmalı, cevap süresi bir çeşit ek süre sayılmalıdır.

#### 4) 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 bakılmadır. Çünkü sürenin başlaması süjeye göre değişebilir. Bunun nedeni de süreyi başlatacak olan olayın süjelere göre farklı olabilmesidir. Bunun en açık örneğine işlemlerin bildirilmesinde rastlarız. Örneğin temyiz kanun-yoluna başvurma süresi hükmün ilgililere bildirilmesinden başlayacağı için, aynı hükmün ilgililere farklı zamanda bildirilmesi durumunda, sürelerde farklı zamanda işlemeye başlayacaktır. Müdafie 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) Kural davanın taraf makamlarında bulunan süjelerin her birine yapılan ayrı ayrı bildirmelere göre süreyi her biri için ayrı hesaplamak ve sanığa bildirilse de müdafie ayrıca bildirmektir.

3) İstisnalar. Bu kaidenin üç istisnası vardır: a) Birinci istisna, bir süjenin diğerini temsil etmesidir. Temsil gereği, temsilciye yapılan bildirme, temsil edilene yapılmış gibi sayıldığından, bu sonuncuya ayrıca bildirme gerekmez. Bildirilmiş ise bu fazladan bildirme ayrı bir süre başlamasına neden olmaz.

b) İkinci istisna, sanık ve müdafisine ayrı bildirmenin yapılması gerektiği hallerde, müdafaayı zorlaştırmamak için, süreyi son bildirmeden başlatmaktır. Hatırlanmalıdır ki vekil ile sadece ceza muhakemesi hukukunda rastlanılan müdafii arasında fark vardır. Müdafii, vekâletname ibraz etse de, ceza muhakemesinde her zaman sanığın temsil etmediğinden vekil ve dolayısı ile temsilci değildir. Kanun müdafie ancak pek istisnâ hallerde sanığa temsil yetkisini vermiştir. Buna karşılık sanığın kanunî temsilcileri de sanığın müdafii değildir. Görülüyor ki, sanığın temsilcisi olduğu istisnâ haller dışında müdafii ile sanığın süjelik durumları farklıdır ve bu nedenle bildirmeler kural olarak ayrı ayrı yapılmalıdır.

c) Üçüncü istisna, müdafilerin birden fazla olması halinde, birden fazla bildirme yapılmışsa, önce yapılmış olanı bakılmadır.



5) *Eski hale getirme kavramı.*

Bir kişinin iradesi dışında meydana gelen bir durumun meydana gelmemiş sayılarak değişiklikten önceki duruma dđnülmesine “eski hale getirme” denilir. Bu yđnđ ile ele alındığında, “eski hale getirme”, “olağanüstü kanun yolu” etkisine sahiptir; zira kesinleşmiş bir işlem vardır, fakat bu kaldırılmaktadır. Ancak Yargıtay’dan geçerek kesinleşen hđkđmler bakımından “eski hale getirme” değil, koşulları varsa yargılamanın yenilenmesi yolu kabul edilmiştir.

Eski hale getirme yolu, süjenin mahkemeye başvurma hakkını garanti altına alan bir olağanüstü yol olduğu için, insan hakları ile de ilgilidir. Bu nedenle, uygulanmasını zorlaştıracak şekilde dar yorumlanmamalıdır.<sup>67</sup> Mesela Almanya’da uzlaşma ile sonuçlanan soruşturmalarda eski hale getirme yolu ile işin tekrar mahkeme önüne gelmesinin yolu, yorum ile açılmaktadır.<sup>68</sup>

Muhakeme Hukuku, eski hale getirmenin iki çeşidini düzenler: 1) Ya süre geğirilmiştir, geğirilmemiş sayılır, 2) Ya bir kişinin yokluğunda bir karar verilmiştir, karar ortadan kaldırılır.

Eski hale getirme için, süreyi kaçıran ilgili bir talepte bulunmalı, yani tali bir dava açmalıdır. İlgililer arasında savcı da vardır.

Eski hale getirmenin birinci çeşidi, süre geğmesiyle dđřmüř olan hakkın dđřmemiř sayılmasını sağlar. En çok rastlanan bu çeşittir. Süre şartının riayet edilmemesi bazen mücbir sebep, bazen beklenmeyen ve sakınılması kabil olmayan olay veya müdafinin hatası yüzünden olabilir. Bu hallerde ilgilinin kusuru olmadığından, sürenin geçirilmiş olmasından doğan sonuçların kaldırılması imkânının tanınmaması haksızlık olurdu.

Eski hale getirme, muhakeme hukukunun hak dđřürücü süreleri bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple şikâyet süresi de eski hale getirmeye konu olabilecek ise de, şikâyetin özelliği bir istisna kabulünü haklı göstermektedir. Yargıtay ise şikayette de eski hale getirmenin mümkün olduğu görüşündedir.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> BVerfG NJW 1991, 2277.

<sup>68</sup> Pfeiffer 2005, 66; BGH 45, 227, NJW 2000, 526.

<sup>69</sup> 8 CD 2.10.1987, K. 87/8270.

6) *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). Savcı da dar manada kanun yolunda olduğu gibi sanık lehine eski hale getirme isteyebilmelidir.

Süresinde dar manada kanun yoluna da, örneğin istinafa (CMK 274) gidilmişse gerekli işlemler eski hale getirme dâvası hakkında karar verilmeye 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 gerilaniş eski hale getirme dâvasının reddine karar verilemez.

2) Eski hale getirmenin uygulanabildiği diğer bir hal kaçaklarla ilgilidir. Kaçak durumunda olan kişi hakkında yapılan işlemden 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 giyabi tutuklama kararı verilmesi de istisnai bir şekilde kabul edilmiştir (CMK 248/5). Görüldüğü gibi kaçaklar hakkında da eski hale getirme uygulanabilmektedir.

7) *Eski hale getirme dilekçesi.*

Eski hale getirme istemi, bir tali ceza davası açılması demektir. Muhakemede süje sıfatı kazanmış olan bütün aktörlerin bu davayı açma yetkileri vardır. Müdafî (vekaletname aranmaksızın, CMK 261) veya bir tanık

veya bilirkişi de, kendisi hakkında bir işlem yapılmışsa, eski hale getirme davası açabilir.

Eski hale getirme, bir sürenin geçirilmiş olmasına dayanıyorsa, ilgilinin “kusuru olmaması” gerekir (CMK 40/1).

Eski hale getirme davasının açılabilmesi için  Ő 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. Mesela kaza, hastalık, tabiat olayları hatta intihar girişimi<sup>70</sup> eşinin doğum yapması<sup>71</sup> “kusuru olmadan süre geçirmek” kabul edilirken, “unutmak” kusurludur. Ancak eski hale getirme yolu “mahkemeye başvuru hakkı” niteliğinde bir “insan hakkı” olduğu için, “kusur” dar yorumlanmalıdır.

Böylece, sanığın yokluğunda yapılan kovuşturmada uygulanan Taban Kuralların 1 ve 6. sının aradığı “ağırıldığını” ve “hakkında verilen hükmü” gerçekten renme Şartları bizde gerçekleşebilmektedir.

2) Eski hale getirme dilekçesinin engelin kalkmasından itibaren yedi gün içerisinde verilmesi ve sürenin geçmesinde kusur olmadığına ilişkin olgu veya belgelerin de eklenmesi gerekmektedir. Örneğin sürenin geçirilmesinin sebebi hastalık ise eski hale getirme dilekçesine, ilgilinin hastanede yattığına ilişkin belge, doktor raporu vs. belgelerin de eklenmesi gerekmektedir.

Burada söz konusu olan ispat türü, suç veya ceza açısından CMK 217’de aranan “kesin kurallara bağlı bir ispat” değil, bir hususun ortaya konması biçiminde, hakimin reddi istemindeki türden bir ispattır: İhtimalin ortaya konmasını sağlayacak Şekilde olgu veya belge sunmaktır. İlgilinin sözlü açıklamaları yeterli sayılmamıştır.

3) Dilekçenin verildiği anda vaktinde yapılmamış olan işlem yapılmalıdır. Örneğin temyiz dilekçesi verilmemiş ise verilmelidir.

<sup>70</sup> OLG Hamburg MDR 1983, 152.

<sup>71</sup> OLG Celle, MDR, 1966, 949; Pfeiffer 2005, 68.

8) *Eski hale getirme istemi üzerine verilen karar.*

Eski hale getirme davası, bir tali ceza davasıdır. Kanundaki düzenleme CMUK da iki madde halindeki hükümlerin tek maddeye indirilmesi şeklinde yapılmış, fakat esaslı bir değişiklik getirilmemiştir.

Eski hale getirme istemi, süreye riayet halinde işlem hangi mercide yapılacak idiyse, o mercie yapılarak dava açılır. Örneğin 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 tabiri ile bunu ifade etmek istemiştir.

Merci, tetkikatını duruşmasız yapar.

Lehe olan hak doğurucu kararlar aleyhine kanun yoluna gidilemeyeceği için, kabul kararı kesindir. Yargıtay, kabul kararındaki aykırılığın, hüküm ile birlikte dahi temyiz edilemeyeceği görüşündedir.<sup>72</sup>

Ret kararına karşı itiraz yolu vardır fakat temyiz edilemez. Ancak merci Yargıtay idiyse, Yargıtay kararlarına karşı olağan itiraz yolu kabul edilmediğinden, verilen ret kararı da kesindir.

Eski hale getirme davasının açılması, kararın yerine getirilmesini geciktirmez. Ancak merci, kendiliğinden veya talep üzerine, yerine getirilmeminin durdurulmasına karar verebilir.

**VII– Sözlü ve yazılı işlemler.**

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 kuralı teşkil eder.

Bu prensip sözle söylenenlerin yazılı olarak da verilmesine engel değildir. Fakat yazılı olarak vermek sözlülük prensibinin ihlâline sebep olmamalı, yani sözlerin söylenmesinden veya dinlenmesinden bu sebeple vazgeçilmemelidir. Diğer taraftan, sözle söylenenlerin yazılı şekilde sokulma-

<sup>72</sup> CGK 4.4.1983, K. 9154.

sında fayda vardır. Bunun içindir ki kanunlar, çok defa, tutanak ile tesbitte olduğu gibi, sözle yapılan işlemlerin yazılı şekle sokulmasını isterler.

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 biçimde 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 mümkündür. 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. Ancak işlem hâkim veya savcı huzurunda yapılmış ise hâkimin veya savcının bu şekilde atılan imzayı tasdik etmesi kâfi sayılmalıdır. Nitekim noterin tasdiki kâfi sayılmıştır (Noter K 75). İmzalaması gereken şahıs imza etmekten çekinirse, bu hal, olayın tesbiti hükümleri dairesinde bir tutanak ile tesbit olunur. Örneğin duruşma tutanağında olduğu gibi (CMK 219) birden fazla sahife varsa, her biri son sahife gibi imzalanmalıdır.

Tutanaklarda olduğu gibi açıkça aransa da aranmasa da, yazılı işlemde tarih şarttır. Bir işlemin birden fazla tarihi olamaz. Açıkça aranmadıkça veya gerekmedikçe saatin yazılması şart değildir, fakat iyi olur.

Yazılarda silinti, kazıntı olmamalı, düzeltmeler imzalanmalıdır. Yazılı işlemlerin ispat gücünü artırmak için mühür arandığı da vardır.

Muhakeme muamelesine ait yazıların asılları dosyada bulunacaktır. Zareuret halinde tasdikli olmak şartı ile fotokopileri veya suretleri bulunabilir.

Yazılı bir işlemin yapılmış sayılması için, yapanın elinde olan hususları kanunun aradığı şekil ve şartlara riayet ederek yapması yeter.

Elinde olmayan işlerin yapılmamasından onu sorumlu tutamayız. Savunduğumuz bu ilkeyi benimseyen 6/2/1984 tarihli İçtihat Birleştirme Kararına göre, dâva dilekçesini hâkim alıp kaleme havale edince, eğer harç ödenmeyecekse dâvacının yapacağı iş kalmadığından dâva bu havale tarihinde açılmıştır. Ancak, hâkimin bu durumda dilekçeyi dâvacıya geri vermeyip bir memurla kaleme göndermesi ve deftere kaydını sağlaması gerekir.

Memurun deftere geç kaydetmesinden dâvacı sorumlu tutulamaz. Hâkim hatalı olarak dilekçeyi geri vermiş ve deftere onun kaydettirmesini istemişse, dâvacı bu işi de aynı gün yapmalıdır. Başka gün götürürse ve bu durum kalemde dâvacıya da imzalatılacak bir tutanakla belgelenirse, dâva, davacının yapacağı işlerin artık bittiğini gösterecek olan bu belge tarihinde açılmış kabul edilir. Harca tâbi dâvalarda dâvacının yapacağı iş kural olarak harcı ödemekle bitecektir. Vezne teşkilâtı olan yerlerde, dilekçe ödemediği sonra yine dâvacıya verilmemeli ve bir memurla aynı gün kaleme gönderilip deftere kaydedilmeli ve gecikme olsa da bundan savcı zarar görmemelidir. Harç Maliyeye yatırılacaksa, dâvacının yapacağı iş bitmemiş demektir ve Maliyeden alacağı makbuzu mahkeme kalemine getirmesi de lâzımdır. Eğer harcın yatırıldığı gün makbuz getirilmezse ve bu da kalemde belgelenirse, dâva belge tarihinde açılmış sayılacaktır. Medenî muhakemede dâva dilekçesi bakımından verilmiş olan bu İçtihat Birleştirme Kararının, Muhakeme Hukukunun her dalındaki her yazılı işlemde yol göstereceği şüphesizdir.

Kanunun aradığı şekil ve şartların başında çok defa yetkili makama vermek gelir. Yetkili makam mahkeme ise kalem sayılmamakta, tek hâkimlilerde hâkimin, toplularda başkanın havalesi aranmaktadır. Ondan sonra dâvacının yapacağı iş çok defa biter, çünkü hâkim kaide olarak dilekçeyi dâvacıya geri vermeyecek, memurla kaleme gönderip nereye kaydı gerekiyorsa yaptıracaktır. İBK'nın esası budur. Havaleden sonraki kayıt işi kaide olarak mahkemenin iç sorunudur ve dâvacının sıfatına tesir etmeyecektir. Ceza Muhakemesi Hukukunda yetkili makama vermek ile yetinildiğinden, içtihadî hukuk da havaleyi aradığından temyiz defterine kayıt tarihine bakılmayacaktır. Bu nedenle hâkimin havalesindeki aykırılığın

sonradan düzeltilmesi, elinde olanları yapmış olan dâvacının hakkına tesir etmeyecektir.

6/2/84 tarihli bu İBK, harcın sonradan ödenip ödenmeyeceği sorununu çözmüş değildir. Bu nedenle işlemin harca tâbi olduğu halde ödenmesi istenmeden dilekçenin kabul edildiği sonradan anlaşılırsa, ödemedeki bu gecikmenin sorumluluğu dilekçe sahibine yüklenmemeli, işlem yapılmış, Örneğin dâva açılmış sayılmalıdır. Bizce harç sonradan alınabilir. Bu durumlarda, idarî muhakemede olduğu gibi, harcın ödenmesi için tebliğat yapılmalı, verilen sürede ödenmezse dilekçe işleminden kaldırılmalı, belli bir süre içinde yeniden işleme konulması istenmezse, dâvanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir (İYK 6).

Adlî muhakemelerde de, bir dilekçe yetkili makamın dilekçeyi kabul ile yetkili memuruna verildiğinde, idarî muhakemedeki benzer bir düzenlemeden yararlanılarak (İYK 6), kayıt tarih ve numarasının dilekçe üzerine yazılması, işlemlerin tamamlanarak dilekçenin alındığını belirten imzalı, mühürlü bir belgenin verilmesi ilgili için büyük bir teminat olacaktır.

### **VIII– Elektronik işlemler.**

#### *1) UYAP Sistemi.*

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kurulduğundan beri uzun yıllar geçmesine rağmen bu sistemin yasal dayanağı yoktu. 2012–6352 sayılı Kanun, 95 inci maddesi ile elektronik işlemleri düzenlemeyen 38A maddeyi yürürlüğe koydu. Güvenli elektronik imza kullanılarak her türlü ceza muhakemesi işlemi yapılmasının yolu açılmıştır (CMK 38A/2). 2004–5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu hükümlerinin genişletildiği görülmektedir.

Ceza muhakemesi hukukunda sözlü işlemlerin önce, steno ve video gibi çeşitli yollarla tesbit edilmesi ve sonra yazılı hale getirilmesi imkânı da tanınmıştır. Örneğin CMUK, duruşma tutanağı bakımından böyle bir imkânı ilk defa 1985 de tanıdı. Ceza Muhakemesi Kanunu duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde bu kayıtların vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağa dönüştürülerek mahkeme başkanı veya hakimi ile zabıt katibi tarafından imzalanmasını mecburi hale getir-

miştir (CMK 219). Tanık dinlemede de benzer düzenlemeler vardır (CMK 236/2).

CMK 38A madde hükmü şöyledir:

(1) Her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kullanılır. Bu işlemlere ilişkin her türlü veri, bilgi, belge ve karar, UYAP vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır.

(2) Kanunlarda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, dosyalar güvenli elektronik imza kullanılarak UYAP'tan incelenebilir ve her türlü ceza muhakemesi işlemleri yapılabilir.

(3) Bu Kanun kapsamında fiziki olarak hazırlanması öngörülen her türlü belge ve karar elektronik ortamda düzenlenebilir, işlenebilir, saklanabilir ve güvenli elektronik imza ile imzalanabilir.

(4) Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlar diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanarak gönderilen belge veya kararlar, gerekmedikçe fiziki olarak ayrıca düzenlenmez ve ilgili kurum ve kişilere gönderilmez.

(5) Elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belge geçerli kabul edilir.

(6) Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlarda, mühürleme işlemleri ile kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesini öngören hükümler uygulanmaz.

(7) Zorunlu nedenlerle fiziki olarak düzenlenmiş belge veya kararlar, yetkili kişilerce taranarak UYAP'a aktarılır ve gerektiğinde ilgili birimlere elektronik ortamda gönderilir.

(8) Elektronik ortamdan fiziki örnek çıkartılması gereken hallerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim, Cumhuriyet savcısı veya görevlendirilen yetkili kişi tarafından imzalanır ve mühürlenir.

(9) Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.

(10) Yargı birimlerinin ihtiyaç duyduğu nüfus, tapu, adlî sicil kaydı gibi dış bilişim sistemlerinden UYAP vasıtasıyla temin edilen bilgi, belge ve kayıtlar, zorunlu olmadıkça ayrıca fiziki olarak istenilmez. UYAP'tan dış bilişim sistemlerine gönderilen bilgi ve belgeler ayrıca zorunlu olmadıkça fiziki ortamda gönderilmez.



(11) Ceza muhakemesi işlemlerinin UYAP'ta yapılmasına dair usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Kişiye ilişkin verilerin elektronik ortamda saklanması, kişisel veri toplamak demektir. Anayasının 20 inci maddesinde yapılan değişiklik ile kişisel veriler üzerinde Anayasal hak bulunduğu kabul edilmiştir.

Bu nedenle, Anayasa'nın 13 üncü maddesi doğrultusunda bir düzenleme yapmak ihtiyacı doğmuştur.

2012 yılında yaratılan CMK 38A madde bu açıdan yerinde bir düzenleme ise de, Alman Ceza Muhakemesi Kanununun maddeleri incelendiğinde görüleceği gibi, yetersizdir.

## 2) SEGBİS sorgusu.

Yol tutuklamasını kaldırmak amacı ile CMK 94 değiştirildi ve yakalama emri (CMK 98) üzerine yakalanan şüphelilerin en yakın adliyedeki SEGBİS sisteminden video konferans yöntemi ile yetkili hakim tarafından sorguya çekilmesi sistemi getirildi (CMK “2014-6526” 94). Böylece, sesli ve görüntülü sanal sorgu sistemi Türk hukuk sisteminde yer etmiy bulunmaktadır.

## IX– Dosya.

Yazılı muamelelerin çeşitlerini iki grupta toplamak mümkündür: 1) Ya muamele temyiz dilekçesi gibi, doğrudan doğruya yazılı şekilde yapılır. 2) Yahut muamele tutunaklarda olduğu gibi, sözle veya hareketle yapıldıktan sonra yazılı olarak bir tutanak ile tesbit edilir.

Doğrudan doğruya yazılı olarak yapılan muameleler, bir belgenin tanzimi şeklinde tecelli eder. Bu belgeler muhtevalarına göre çeşitli isimler alırlar. Örneğin savcının tanzim ettiği belgelerin başlıcaları talepname, iddianame, itiraz veya temyiz istidası (dilekçesi), temyiz lâyhası, tebliğname, ihbarname, itiraznamedir.

Sanığın tanzim ettiği ve resmî makamlara verdiği belgeler dilekçe (istida) adını alır. İtiraz veya temyiz dilekçesi gibi. Hususî muhtevasına göre hususî isim alanlar da vardır. Temyiz lâyhasında 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, örneğin 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. Son zamanlarda “davetiye” denilmektedir (Örneğin CMUK “73-1696” 45; “85-3206” 208). CMK bu yazılara “çağrı kağıdı” (CMK 43/1, 176/1) veya “davetiye” (CMK 145) demektedir.

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. İddia ve müdafaa makamlarının da kendileri için ayrı ve tam bir dosya tutmaları muhakemeleri çabuklaştıracaktır.

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 hazırlık soruşturmasının gizliliği sırasında hakim kararı ile müdafinin inceleme kapsamı dışında tutulan belgelerin böyle bir dosyada tutulması gereklidir.

### **X- Hareketli işlemler.**

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. Örneğin sanığın ve maddî sübut vasıtalarının elde edilmesi için yapılan “arama”, hareketle

yapılan bir işlemdir. Bunun gibi bir eşyanın emniyet altına alınması için yapılan “elkoyma”, hakikatın araştırılması için beş duyu vasıtası ile yapılan araştırma demek olan “keşif” de hareketle yapılan işlemlerdir.

Hareketli işlemler ekseriya yazılı işlemleri takip ederler. Örneğin tutuklama işlemi tutuklama müzekkeresi üzerine yapılır. Örneğin keşif işleminde önce keşif kararı verilir ve bu karar tutanağa geçirildiği için yazılı bir işlem halini alır. Sözlü işleme dayananlar da vardır. Örneğin (gecikemeyen hallerde) kolluk savcının sözlü emrini yerine getirir.

### **XI– Açık işlemler.**

Muhakeme işlemlerinin açık (alenî) olması, işlem için bulunması gerekli şahıslardan gayrisinin hazır bulunması imkânının sağlanması demektir. Bu kimselerin bilfiil hazır bulunmaları aranmaz. Örneğin hiç bir 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 prensiplerindendir. Bu prensip her işlemin açık olmasını da gerektirmez. Anayasamız “mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır” demekle (Any. 141/1) açıklığı duruşma bakımından aramıştır. Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, dâvanın açık görülmesini bir hak olarak kabul etmiştir (İHEB 10). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, bunlara hükmün açıklığını da eklemiştir (İHAS 6/1).

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. Nitekim Anayasa “basın hürdür”

derken (Any. 28) bunu ifade etmiştir. Ancak bu hürriyetin Anayasada belirtilen gayelerle kanun tarafından sınırlandırılabilmesi de kabul edilmiştir. Bu gayeler arasında “yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi” de vardır. Bunun içindir ki Basın Kanunu, (mülga. 19) soruşturmanın başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğinin yayımlanmasını ve görülmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hakim ve mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlanmasını yasaklamıştı. Hâkimleri tesir altında bırakmamak için konulan bu yasak, duruşmada olan bitenin hikâye edilmesini yasaklamadığından açıklık prensibine aykırı değildi.

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 sınırlanmayı kabul etmiştir (Any. “2001–4709” 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 yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık olarak tefhim eder (CMK 182).

b) Basın Kanununa göre; intihar olaylarının okuyanları etkileyecek biçimde yayımlanması ile evlenmeleri yasaklanmış kişiler arasındaki cinsî münasebetlere dair haber ve yazılar ile umumî adap ve aile nizamı aleyhindeki belirli cürümlere ait haber ve yazıların yayımlanmasında mağdurların kimliklerini açıklayan bilgi ve resimlerin, 18 yaşını doldurmamış suç fail ve mağdurlarının kimliklerinin açıklanması ve resimlerinin yayımlanması suç oluşturmaktadır (BasK 20, 21).

Açıklık, isteyenlerden bazılarının hazır bulunmasına belli kayıt ve şartlar-

la müsaade etmemeğe mâni değildir. Örneğin 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.

## **XII– Gizli işlemler.**

Soruşturmanın selâmeti bakımından, bazı işlemlerin gizli yapılması gerekebilir. Soruşturmanın gizliliği kaidesinin (CMK 157) kabul edilmesinin sebebi budur. Telefon dinleme kararı ve mülga çıkar amaçlı örgüt suçları ile ilgili tedbir kararları gizlidir. Gizlilik “tedbir süresince” uygulanır (CMK 135/5). kovuşturmada hâkimlerin müzakerelerinin gizli olması da bu yüzdendir.

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 (Any. 141/1, CMK 182). Gizlilik kararı talep yani dâva üzerine verilebildiği gibi, re’sen de verilebilir. Hâdise dâvası mahiyetinde olan bu tâli dâva 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 (Any. 141/2). Nitekim, 18 yaşını henüz bitirmemiş olanlara ait duruşmalar mutlaka gizli yapılır, hattâ hüküm dahi gizli tefhim edilir (CMK 185, ÇKK 4/1, 22).

Duruşmadaki gizlilik sebepleri İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uygundur. Hattâ 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 bulun-

malarına mahkeme müsaade edebilir. Gizliliği gerektiren hususların açıklanmaması ve dolayısı ile neşrolunmaması gizliliğin sonucudur. Ancak, 5271 sayılı CMK’da yaptırım öngörülmemiştir.

Gizlilik, işlemde hazır bulunması gereken şahıslardan gayrılarını bakımındandır. Örneğin duruşmada bulunacak olan kişiler gizli duruşmada da bulunabilir. Bir de daha sıkı gizlilik arandığı vardır. İstisnayı teşkil eden bu hallerde kimlerin hazır bulunabileceğini kanun tahdidi bir surette gösterir. Örneğin soruşturma evresinde yapılan işlemlerde, tanık sorguya çekilirken, tanık ve bilirkişi dinlenirken veya bir keşif ve muayene yapılırken savcı veya sulh hâkiminin yanında sadece zabıt kâtabi 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 süreye göre değişebilir. Örneğin müdafinin, üç çeşit belgeyi incelemesi kısıtlanamaz (CMK 153). Müdafinin hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve suret alma hakkına sahiptir. Savcı için hakim tarafından düzenlenen belgeler konusunda hiç bir sınırlama yoktur.

### **XIII– Muhakeme Hukuku müeyyidelerinin çeşitleri.**

Ceza muhakemesi işlemlerinin Muhakeme Hukuku müeyyidelerinin neler olduğu meselesi doktrinde çok tartışmalıdır. Kanunlar da hemen her memlekette bu sahada çok yetersizdir.

Biz ceza muhakemesi işlemlerinin Muhakeme Hukuku bakımından müeyyidelerini dört çeşit olarak kabul etmekteyiz: 1) Hukuk bakımından yokluk, 2) Hakdüşümü, 3) Butlan, 4) Kabul edilmezlik.

Bu müeyyideler muhakeme işlemlerinden başka hukukî işlemlerde de uygulanabilir. Örneğin normları belirten kanun ve tüzük gibi hukukî işlemlerde de butlan veya yokluk söz konusudur.

#### *1) Hukuk bakımından yokluk.*

Muhakeme Hukuku işlemlerinin müeyyidelerinden biri “hukuk bakımından yokluk” 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.

Yokluk müeyyidesinin neticesi, işlemin yapılmamış olduğunu bir başka süjenin farz ve kabul etmesidir. 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. Örneğin imza, mahkeme kararının veya iddianamenin, temyiz dilekçesinin ve şikâyetin tamamlanması için şarttır. Yukarıda belirtildiği gibi madde veya görev itibarıyla yetkisiz olduğu kabul edilen hâkimin yaptığı işlem de eğer, yeniden yapılması mümkünse, yapılmamış addolunmalıdır.

Bazı hallerde savcının emrettiği bir işlemin hakim tasdikine bağlı olması kabul edilmiştir. İşlem savcı emriyle yapıldığı ilk anda hükümsüz değildir. Fakat hakim 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 hakime tasdik ettirileceğini öngören hükmü maddeye koymayı unutmuştur (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.

Kanun birçok kanun gibi “yokluk” konusunu ve sebeplerini ele almamıştı. 2001 yılında Anayasa’nın 21 inci maddesinde elkoyma konusunda bir hüküm konuldu ve hakim el koymadan itibaren 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, hakim 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, hakim 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 ıncı maddesi uyarınca kanunyolu öğretilmesi mecburiyeti getirildiği halde, mahkemenin hükmünde başvurulacak kanunyollarının gösterilmesi halinde, hükmün yoklukla malul olduğunu ve bu nedenle CMK 310 uyarınca kanun yararına bozma değil, olağan temyiz yolunun uygulanması gerektiğini de içtihat etmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununun birçok 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, kovuşturmayaya 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 kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi hallerinde yok edilecektir.

Aynı konuda biri doğru, diğeri yanlış iki karar aynı zamanda verilmişse, yanlış yok sayılmalıdır. Örneğin aynı eylem hakkında bir tavsiften kamu davası açılmış, diğerk tavsiften açılmamışsa, hatalı ikincisini ortadan kaldırmak için vakit kaybedilmemelidir.

Buna karşılık, ortada tek karar varsa, temyiz kanun yolunda aykırı karar bozma ile ortadan kaldırılacağından, bu da onun önceden var olduğunu kabul manasına geldiğinden, Yargıtay “yokluk”tan söz edememelidir. Yargıtay yokluk müeyyidesini ancak dolaylı olarak, yani karardaki huku-



ka 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. Meğer ki bu arada genel nitelikteki işlem, örneğin 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. Örneğin savcının emrettiği elkoyma işlemini 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 geriverilir. Kanunda “hükümsüzdür” yerine “hüküm kaybeder” denilmeliydi. Görüldüğü gibi kanunun verdiği yetkiye dayanarak savcının ilk başta verdiği elkoyma veya iletişimin denetlenmesi, benden örnek alma işlemleri o sırada hukuken geçerlidir, fakat hakim onaylamadığı takdirde hükmünü kaybetmektedir. Burada yokluk müeyyidesi ile hükümsüz kalmanın içiçe geçtiği görülmektedir.

## 2) *Hakdüşümü.*

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 mü-

eyyidesi söz konusudur. Ancak hakdüşümü her zaman süreye riayetsizliğin müeyyidesi değildir. Bazen bir hakkın, Örneğin şikâyet hakkının veya kanunyolu hakkının kullanılmasından “vazgeçme”nin istenilen sonucudur.

Hakkın düşmesi, aykırılığa kanunun bağladığı bir sonuçtur. Tarafların muvafakatı, hakkın düşmesine mâni olamaz.

Kanunlar hangi sürelerle aykırılığın hakdüşümü sonucunu doğuracağını açıklamalıdır. Doktrin ve İctihatlar da kanunların boşluğunu doldurmalı, terminoloji yanlışlıklarını düzeltmelidir. Örneğin temyiz yolunda süre çok önemlidir. O halde süre geçti diye temyiz dilekçesinin reddine (CMK 296), hakdüşümünün sebep olduğu kabul edilmeli ve örneğin farkına varılmayarak temyiz yargılaması yapılmışsa, varsa olağanüstü kanunyoluna bu sebeple gidilebilmelidir.

Şikâyet için Ceza Kanununun kabul ettiği altı aylık süreye riayetsizliğin müeyyidesi de, şikâyet hakkının düşmesidir. Keza yer itibariyle yetkisizlik iddiasını zamanında yapmayan kimse, böyle bir iddiada bulunma hakkını kaybeder. Bunun içindir ki bunu ileride temyiz yolunda da ileri süremez.

Hak düşümünün sonucu, belli bir işlem yapmak hakkının kaybedilmesidir. Bu hakkın bazı hallerde tekrar elde edilmesi mümkündür. Bunu sağlayan müessese, “eski hale getirme”dir.

### 3) Butlan.

Aykırılığa rağmen yokluk müeyyidesi kabul olunmamışsa, işlem kanun nazarında var demektir. Bu varoluş onun batıl olduğunun tesbitine mâni değildir. Zaten bu tesbit hâkim kararı ile yapılmadıkça yani iptal edilmedikçe, işlemin batıl olduğu belli değildir ve bu sebeple varolan işlem, iptal edilinceye kadar hüküm ifade edecek, bir diğer söyleyişle hukukî değere sahip olacaktır ve iptal, var olanı yoketme yani ortadan kaldırma sonucunu doğuracaktır. Butlanın iki çeşidi vardır:

a) Mutlak butlan. Butlan hâkim tarafından da re’sen nazara alınabilirse, “mutlak butlan”dan bahsolunur. Kanunlar hangi aykırılıkların mutlak butlanı gerektireceğini açıklamalıdır. Kanunumuz mutlak butlanı düzenlemiştir.

b) Nisbi butlan. Var olduğu kabul edilen ve bu itibarla hüküm ifade eden

bir işlemin batıl olduğunun tesbiti bazen sadece ilgililer tarafından istenebilir. Hâkimlerin re’sen nazara alamadıkları bu butlana nisbî butlan denilir. Mecburî bir iptal söz konusu olmadığından, bu çeşit butlana “iptal edilebilirlik” denildiği vardır.

Kanunlar hangi hallerde nisbî butlan durumu gördüklerini göstermelidirler. Kanun nisbî butlandan ve sebeplerinden bahsetmemiştir. Fakat bazı aykırılıkların bu şekilde batıl olduğü ve ancak ilgililerin isteği üzerine nazara alındığı ve gerekiyorsa çaresinin arandığı vardır. Örneğin çağrı kağıdının tebliği ile duruşma arasında en az bir hafta geçmesi hakkındaki hükme riayet edilmemesi böyle nisbi 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 kanunyolu kabul edilmiştir. Bu haktan vazgeçilmesi, o aykırılıkların ilgililerce kabul edilmesi demektir ve bu aykırılıkların giderilmesi sonucunu doğurur.

#### 4) Kabul edilmezlik.

İşlemlerin muhakeme hukuku müeyyidelerinden biri de “kabul edilmezlik” dir. 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.

Bu müeyyide bir karar ile tesbit 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.

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 müeyyidelerinin diğer çeşitlerinde yani hakedüşümü, 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 “reddedilmesi”dir (CMK 319). Reddedilmemişse artık bir daha nazara alınmamalı, yani burada kabule değer görülmemek tâbiri ile kabul edilmezlik kastedildiği sonucuna varılmalıdır.

Kanunda sarahat olmayan hususlarda da bu şekilde hareket edilmelidir. Örneğin eski hale getirme dilekçesinde (CMK 41), süreye riayet edilmemesinin 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, hâkdüşümü, yokluk veya butlan söz konusu ise yine reddolunacaktır. Bir reddoluş veya kabul edilmeyiş 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.

#### **XIV– Aykırılıkların giderilmesinin çeşitleri.**

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 doktirinde “aykırılıkların giderilmesi çareleri” adı verilmektedir. Bu giderme aykırılığı yapan süje tarafından yapılabileceği gibi, başka bir süje tarafından da yapılabilir.

Giderme çarelerini, hastalıklara karşı tıbbın kullandığı metotlara benzebiliriz. Çeşitli olan bu metotları iki grupta inceleyeyeceğiz:

Ya işlem yapılmıştır. Bu takdirde mevcut aykırılıkların giderilmesi bahis konusudur.

Ya işlem henüz yapılmamıştır. Aykırılık işlemin yapılmaması şeklinde tecelli etmektedir.

Bu ikinci halde giderme çaresi, “eski hale getirme”dir. Birinci haldeki giderme çareleri de üç alt grupta toplanabilir: 1) Bir kısımda aykırılık

kaldırılmadan kaldırılmış sayılarak, işlem olduğu gibi muhafaza olunur, 2) Bir kısmında aykırılıklar kaldırılarak işlem muhafaza olunur, 3) Nihayet bir kısmında da aykırılığı kaldırmak için işlem de ortadan kaldırılır.

*1) Geçer sayma.*

Kabul edilmezlik müeyyidesini gerektiren aykırılık işlemin kabulü halinde giderilmiş sayılır. Keza nisbî butlan hallerinde aykırılığa ilgili tarafından zımnen veya açıkça muvafakat edilmesi mümkündür. Bu takdirde aykırılık giderilmiş sayılmakta ve işlem de olduğu gibi muhafaza edilmiş olmaktadır. Örneğin 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. Bazı şartların gerçekleşmesi de geçer sayma sebebi sayılabilir. Örneğin, ilgili öğrenmişse, hukuka aykırı tebligat geçer sayılmıştır (Teb K. 32).

*2) Değiştirme.*

Bazen de işlem olduğu gibi muhafaza edilmekle beraber, izhar edilen iradeye uygun olarak, başka süje tarafından başka işlem imiş gibi kabul olunur. Örneğin itiraz yolu açık bir karara karşı ilgili şahıs temyiz yoluna gitmiş ise dilekçe itiraz dilekçesi sayılır ve merciine gönderilir, yahut itiraz dilekçesi, mahiyetine uygun olarak, eski hale getirme dilekçesi olarak kabul edilir. Bunun gibi Yargıtay, “hüküm” mahiyetinde olmadığını belirttiği “duruşmanın durması” kararlarını eğer bu karar Örneğin beraat mahiyetinde ise beraat hükmü telâkki ederek, temyiz tetkikatına tâbi tutmaktadır. Diğer taraftan, bazen o kadar garip ve aykırı kararlar verilir ki bunları kanunyoluna başvurup gidermek için “değiştirme” zorunlu olur.

*3) Aykırılık kaldırmak suretile işlemin muhafazası.*

Bu şekilde aykırılık giderme, düzeltme (tashih) şeklinde tecelli eder. Düzeltme ancak süjenin kendi işlemi bakımından söz konusudur. Örneğin sanık, dinlenmesini istediği tanığın adresini yanlış vermişse düzeltir.

Örneğin hâkim adi itirazı kabil kararlarını kendiliğinden veya itiraz üzerine düzeltilebilir.

Son karar kesinleşse de isim hatası gibi maddî hataların mahkemece düzeltilebileceği kabul olunmaktadır. Hâkimin unuttuğu imzasını sonradan atması da bir düzeltmedir.

Mülga Kanunumuz Yargıtay dairelerinin ve Genel Kurulunun da kendi kararlarını düzeltmesi için “karar düzeltme” denilen bir kanunyolu 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.

#### 4) *Gerialma.*

Bir süjenin aykırı bulduğu kendi işlemini, yerine yenisini koymadan ortadan kaldırmasıdır. Süje yaptığı zaman onu haklı göstermiş olan sebebin artık kalmadığını gördüğünde de işlemi gerialabilir (rücu). Tutuklama kararının gerialınmasında 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 hakiminden isteyebilir. Hakkında tutuklama kararı verilmiş şüpheli ve müdafii de aynı istemde bulunabilirler. Bu halde sulh ceza hakimi, 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 gerialmaları kabul olunmamıştır. İtiraz yoluna başvurulduğu hal-

lerde kararı veren makamın düzeltmesi kabul olunmuşsa da, burada da kendiliğinden değil, itiraz üzerine düzeltme sözkonusu olmakta ve bu nedenle bunun bir tür geri alma olduğuna dikkat edilmelidir.

#### 5) Bozma veya iptal.

Bir başka süjenin aykırı bulduğu işlemini ortadan kaldırmasına bozma veya iptal denilir. Yargıtayın verdiği karar ile bölge adliye mahkemelerinin istinaf davasını esaslan incelediği durumlarda, CMK 289 da belirtilen hukuka kesin aykırılık halleri sözkonusu olduğunda “hükmün bozulmasına”, diğer hallerde ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar vermektedir (CMK 280/I).

#### 6) Islâh.

Başka bir süjenin eskisinin yerine geçecek yeni bir karar vererek aykırılığın gidermesine ıslâh denir. Örneğin Yargıtay bazen esas mahkemenin hükümlerini bozup “ıslâh” eder, yani kendisi dâvanın esasına karar verir (CMK 303). Bölge adliye mahkemeleri istinaf kanunyolu 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 ıslâh ederler.

#### 7) Yenileme.

Bir süjenin kendi işlemini kaldırıp onun yerine yenisini koymasídır. Bazen aykırılıklarla malûl olan işlemin mümkünse yenilenmesi cihetine gidilir. Örneğin bir mahkeme, 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 hakdüşürücü süre geçmişse, yenilemeye yine imkân olmayacaktır.

### **XV– Sorgu hakkı.**

CMK 33. madde ceza muhakemesi tarafı olan süjelerin görüşlerini açıklamalarına fırsat tanıyan, “sorgu hakkı” denilen savunma ve iddia hakları-

nın garantisini oluşturan temel h k mlerdendir. Bir davada taraflar dinlenmeden, mahkeme hüküm veremez.

Yargılama makamı olan mahkeme, tez ve antitezi inceleyerek senteze ulaşacaktır. Tez Cumhuriyet savcısı tarafından antitez sanı ve müdafii tarafından ileri sürülecek, diğer bir ifade ile iddia görevi Cumhuriyet savcısı, müdafaa görevi sanık ve müdafii tarafından yerine getirilecektir. Duruşmada Cumhuriyet savcısı, duruşmada hazır bulunan müdafii, vekil ve diğer ilgililer dinlendikten sonra karar verilecektir. Duruşma dışındaki kararlar ise Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra verilecektir.

Resm  görevi taraf olarak kollektif muhakemeye katılmak olduğundan savcı m tal a beyanına mecburdur. Savcı soruşturma evresini içeren zengin muhakeme şemasında, bu m tal asını ilk önce d va açarken açıklar ve iddianame düzenler. Kovuşturma evresinde duruşma dışında savcının m tal asına başvurulması mecbur  olan halleri Ceza Muhakemesi Kanunu birer birer göstermiştir. Kovuşturmada, kanunda aksine sarahat olmadıkça, karar verilmeden önce taraflar, bu arada savcı dinlenir (CMK 33).

Kanunda bu mecburiyetler her ne kadar h kim bakımından ifade edilmişse de, resm  görevi itibariyle savcının m tal a beyanı mecbur  olmak gerektiğinden, savcılar “mahkemenin takdirine bırakıyorum” diyemezler.

Bu mecburiyet Cumhuriyet Başsavcısı için de vardır. Kaldı ki, savcının esas hakkındaki görüşleri gerekçeli kararda bulunması zorunlu hususlardandır (CMK 230/2).

İddia makamında bulunan katılan da savcı gibidir. Mahkemenin takdirine bırakıyorum, diyerek m tal a beyanından çekinirse, görevini yapmamış olur. Ancak bu yapmayışın müeyyidesi olmadığından, bu görev onlara Devlet görevi olarak verilmediğinden, m tal a beyanı mecbur   dev şeklinde kabul edilmemiştir. Burada ihtiyar  bir  dev vardır.

Muhakeme sırasında verilen kararlar, mahkeme ve hakimlik kararları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hakimlik kararları duruşmasız ve evrak üzerinden verilen kararlardır. Hakimlik kararlarında Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü alınmakta, diğer tarafların ise görüşü alınmaktadır. Mahkeme kararları ise mahkemenin duruşma esnasında veya



duruşma sonunda verediği kararlardır. Bu kararlar ilgili tım tarafların görüşü alındıktan sonra verilir.

Mahkeme kararları ile hakimlik kararları arasındaki diğer bir fark kanunyolu bakımındandır. CMK'nun 267. maddesi uyarınca hakimlik kararlarına karşı itiraz kanunyoluna başvurulabilirken, mahkeme kararlarına karşı temyiz veya istinaf kanunyoluna başvurulabilir. Ancak CMK'nun 267. maddesi uyarınca ancak kanunda açıklık bulunması halinde mahkeme kararlarına karşı da itiraz kanunyoluna başvurulabilir. Bu bakımdan rneğin, CMK'nun 75. maddesi uyarınca beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına, 100. maddesi uyarınca tutuklama kararlarına, 104. madde uyarınca salıverme taleplerinin reddine, 5. madde uyarınca görevsizlik kararları, 18. madde uyarınca yetkisizlik kararlarına ilişkin mahkeme kararına karşı itiraz edilebilecektir.

#### **XVI– Araştırma, soruşturma ve koruma işlemlerine ait tutanaklar.**

##### *1) Tutanak kavramı.*

Bazı işlemlerin yapıldığını belgelemek için, tayin 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 bu tutanakları iki grupta ele alınır. Birinci grubu teşkil eden “araştırma, soruşturma ve koruma işlemlerine ait tutanaklar” da çeşitlidir:

Başkan, sulh hakimi, naip hakim, istinabe olunan hakim de, hakimlik makamını işgal ederek soruşturma ve koruma işlemleri yapabilirler. Bunlar da yaptıkları işlemleri tutanakla belgeler ve zabıt katibi ile birlikte imzalarlar.

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 katibi bulunur. Müdafii veya vekil sıfatıyla hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanakta avukatın isim ve imzasına da yer verilir. Adli kolluk görevlisi bulunuyorsa onun da imzası alınır.

Tanıklar soruşturma evresinde dinlenirken taraflar bulunamaz (CMK 169). Keşifte, zabıt katibi de bulundurulur. Soruşturmada acele hallerde, hariçten bir kimse de zabıt katipliği yapabilir (CMK 169).

Keşif sonunda bir tutanak düzenlenir (CMK 169) ve tutanakda mevcut olan hal ve vaziyet ile olayın özel mahiyetine göre bulunması düşünölen eser ve izlerden hangilerinin mevcut bulunmadığı yazılır (CMK 83/2). Tutanak, keşifte hazır bulunan sair kimselerce de imzalanır (CMK 169).

### 2) Savcı tutanakları.

Savcıların soruşturma evresinde yaptıkları işlemler hakkında tutanak düzenlemeleri öngörölmüştür. şüphelinin ifadesinin alınması, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya bir keşif ve muayene sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakiminin yanında bir zabıt katibi bulunur. Her soruşturma işlemleri tutanağa bağlanır.

Tutanak adli kolluk görevlisi Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakimi ile hazır bulunan zabıt katibi tarafından imza edilir. Müdafii 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. İşlemlerde 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).

### 3) Soruşturma evresinin gizliliği ve tutanak.

Soruşturma evresi gizli (CMK 157) olduğu için, işlemlerde hazır bulunması gereken şahıslardan başkaları hazır bulunamazlar. İstisnayı teşkil eden bu hallerde, kimlerin hazır bulunabileceğini kanun sınırlı bir surette gösterir. Mesela soruşturma evresinde yapılan işlemlerde, tanık sorguya çekilirken, tanık ve bilirkişi dinlenirken veya bir keşif ve muayene yapılırken savcı veya sulh hakiminin yanında sadece zabıt katibi bulunur (CMK 169/1). Ancak, duruşmada bulunacak olan kimseler, gizli duruşmada da bulunabilir.

*4) İfade ve sorgu tutanakları.*

İfade veya sorgu 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, 147 nci maddede 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).

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.

*5) Adli kolluk işlemlerinin tutanakları.*

Ceza Muhakemesi Kanunu kollukça düzenlenecek tutanakları düzenlememiştir. Sadece ifade alma bakımından 147 nci maddede dolaylı bir düzenleme yer almaktadır (CMK 147/1–i). Bunun dışında, CMK 169 soruşturma evresinde yapılan işlemleri tutanağa bağlanmasını düzenleyen, tutanağın adli kolluk görevlisi tarafından da imzalanacağını (CMK 169/2) emretmiştir.

Bu düzenleme gereğince, adli kolluk kendiliğinden hiç bir soruşturma işlemi yapamaz, bütün soruşturma işlemleri savcının huzurunda, savcı ile birlikte yapılır ve adli kolluk görevlisi de tutanağı imzalar.

*6) Adli kolluğun fezleke düzenlemesi sorunu.*

Kolluk tarafından yapılan “araştırma işlemlerini özetleyen fezleke” hukuk hayatımızdan çıkmış bulunmaktadır. 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.

Bu rapor savcı bakımından bir suç duyurusu sayılır. Polisin bu duyurusundan ve yaptığı işlemlerden sonra ne yapacağına savcı karar verecektir. Polisin araştırmadan çıkardığı sonucu ve vardığı kanaati de fezlekesinde

bildirilmesi 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.

Mülga Kanun zamanında fezleke denilince “hazırlık soruşturmasında yapılan araştırmaların sonucu” konusunda hazırlanan bir rapor anlaşılmaktaydı. Eski sisteme göre bu raporu, yani fezlekeyi Cumhuriyet 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 savcıların iddianameyi düzenlemeden evvel Başsavcılığa “fezleke” adı altında araştırma Sonuçlarını içeren bir rapor sundukları ve Başsavcılığın onaylaması üzerine de iddianameyi düzenledikleri görülmektedir.

#### 7) Sair muhakeme işlemlerine ait tutanaklar.

Hakimler bütün işlemlerini yaparlarken, kaide olarak, yanlarında zabıt katibi bulundurmaya mecburdurlar (CMK 169/1). Biz hakimin yaptığı işlemleri fikri ve fiili işlemler olmak üzere ikiye ayıracağız:

##### a) Fikrî işlemler.

Bunlar “muhakeme hukuku kararları” şeklinde tecelli eder. Hakim muhtelif ihtimallerden bir tanesini seçer. Bu seçim, “karar mahiyetinde hüküm” yani “karar” vermedir.

##### b) Fiilî işlemler.

“Fiilî işlemler”, kararlardan gayri olan ve maddî hareket şeklinde tecelli eden işlemlerdir. Örneğin keşif yaparken hakim duyu organları ile dış alemi tanımaya çalışır. Duruşmanın idaresi de fiilî bir işlemdir. Bazı fiilî işlemleri hakim bizzat yapmaya mecburdur. Keşif ve sanığın sorgusu böyle muamelelerdir. Bazılarını ise başkasına yaptırabilir. Arama fiilî muamelesini hakim bizzat yapabileceği gibi zabıta memurlarına da yaptı-

rabilir. CMK 85/3 uyarınca yer gösterme işlemi, her soruşturma işlemi gibi tutanağa bağlanacaktır. Bu tutanak CMK 169. maddesi hükmüne uygun bir şekilde düzenlenmelidir.

*c) Sözle yapılan işlem.*

Araştırma, soruşturma ve koruma işlemlerinden gayrı muhakeme işlemleri de tutanak ile belgelenir. Kanunda genel norm yoksa da mevcut normları kıyas yolu ile genelleştirerek diyebiliriz ki, resmî sıfatı olmayan ceza muhakemesi süjelerinin dilekçe ile yapabilecekleri her işlemde zabıt katibine yapacakları sözlü müracaatın tutanağa geçirilmesi mümkündür ve bu tutanak dilekçe yerine geçer. Kanunda bu husus mahdut hallerde belirtilmiştir.

Örneğin kamu davasına katılmada (CMK 238), muhakemenin yenilenmesinde (CMK 317), temyiz davasında (CMK 291), tutuk sanığın kanun yolu davasında (CMK 263) sarahat vardır. Kanun tutanağın başkan veya hakim tarafından imzalanacağını belirtmektedir (CMK 291). 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. Oysa CMUK da, CMK 263 ve 238. maddelerinin karşılığı olan maddelerde (CMUK 292, 366) hakimin tasdiki öngörölmüştü.

Belli bir süre içinde yapılması gereken işlemlerin süre içinde yapılmış sayılması için kanunun aradığı şartların yerine getirilmesi lazım olduğundan, dava dilekçesi yerine geçen sözlü beyan üzerine süre içinde zabıt varakasının tutulması ve gerekiyorsa başkana imzalatılması lazımdır. Bu hususta mülga kanunumuzda sadece kanunyolu bahsinde (CMK 292/2) sarahat varsa da normun genel mahiyette olduğundan şüphe edilemez.

5271 sayılı Kanun 263/4. fıkrasında, zabıt katibi veya kurum müdürü tarafından işlem yapılmadığında kanun yolları için belirlenen sürelerin kesilmiş sayılacağını belirtmektedir.

*8) Duruşma tutanağı.*

Duruşmada da bir zabıt varakası tutulur. Duruşma zaptının önceden

bastırılarak matbu hazırlanması bozma sebebidir. Duruşma tutanağı denilen bu tutanak da başkan ve zabıt katibi tarafından imzalanır (CMK 219). Birden fazla sahife varsa hepsi imzalanmalıdır. Başkanın bir engeli bulunursa, en kıdemli üye onun yerine imzalar.

## § 9- CEZA MUHAKEMESİ ŞARTLARI.

### I- Ceza muhakemesi şartı kavramı.

Muhakeme faaliyetinin yapılabilmesi için bazı şartlar koşulduğu vardır. Ceza muhakemesinde bu şartlara ceza muhakemesi şartı denilir. Mahkeme muhakeme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini “re’sen araştırır”, talep edilmesine gerek yoktur.

Burada söz konusu olan “şart”, “olmazsa olmaz” (sine qua non) anlamındaki şarttır. Yani şartın bulunmaması muhakemeye engel olur, fakat bulunması muhakemeyi gerektirmez.

Muhakeme şartları gerçekleşmezse, iddiası, müdafaası ve yargılaması ile birlikte muhakeme faaliyeti yapılır ve sanık cezalandırılmaz. Mahkeme şartlarının kabul edilmesi demek, bu şartlar gerçekleşmeden işlenmiş suç hakkında ceza muhakemesi yapılmasının ve sonunda sanığın cezalandırılmasının istenmemesi demektir. Maksat muhakeme yapılamamasıdır. Ama muhakeme yapılmadan sanığın lehinde bir karar verilebilecekse buna hiç bir engel yoktur.

Ceza muhakemesinde, muhakeme faaliyeti bakımından kabul edilmiş olan bu şartlara “kovuşturma şartları” veya “takip şartı” da denilmektedir. Bu şartlar muhakeme faaliyetinin ifası şartları olduğuna ve muhakeme faaliyeti de sadece kovuşturma faaliyetinden ibaret olmadığına göre, doğrusu “muhakeme şartı” demektir.

CMK bu şartların bazısına “soruşturma ve kovuşturma şartları” diyerek önemli bir değişiklik yapmıştır. Kanun üç ayrı hal öngörölmüştür. Bazen soruşturmayı izne bağlamış (Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun), bazen soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlamış, bazen de cezalandırılması şikayete bağlı tutmuştur (TCK 116).

Muhakeme şartları gerçekleşmeleri bakımından muhakeme için şart, gerekleşmemeleri bakımından da bir engeldir. Gerçekten muhakeme şartlarının olumlu tesiri muhakemeye imkan vermeleridir. Gerekleşmeme halinde kendisini gösteren olumsuz tesiri ise muhakemeye engel olmalıdır. Biz olumlu 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 muhakemenin içinde ve onun ilerlemesi konusunda verilen kararlar muhakeme şartı veya engeli sayılamazlar.

Ceza muhakemesi şartları ceza muhakemesi faaliyetinin yapılabilmesi için kabul edilmiş şartlar olduğundan, bu şartlar gerçekleşince ceza muhakemesi faaliyeti yapılabilir demektir. Bu şartların gerçekleşmemesinin sonucu da ceza muhakemesinin yapılamaması olacaktır. Bunun gibi savcı, asıl ceza davası açmadan önce sanığın tutuklanması kararı vermesi için sulh hakimine başvuramaz, yani teknik adı tutuklama davası olan talı ceza davasını da açamaz. nkn bu da bir kimseye suç isnat etmek demektir. Aynı Şekilde sanık sıfatı ile sorguyu çekilmesi için sulh hakimliğine mraaat edemez, hatta istisna olarak yetkili ise kendisi de sorguya çekemez. Meğer ki belli bir şartta istisna kabul edilmiş olsun.

## **II- Ceza muhakemesi şart ve engelleri.**

### *1) Şikayet şartı.*

#### *a) Şikayet 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 Şikayet (CMK 73) adı verilmiştir. Suçtan zarar gören “soruşturma ve kovuşturma yapılmasında sakınca görmüyorum” derse veya bu anlama gelen bir tabir kullanırsa, bir kelime ile Şikayet ederse engel kalkacaktır.

Şikayete bağlı bir suçtan zarar gören, kamu davası açılmasında sakınca

görmediğini ilgili makamlara belirtmesiyle de şikayet şartını gerçekleştirmektedir. Sakınca görmediğini belirtme ya çok defa olduğu gibi, bu suçların işlendiğini bildirmek ya da o makamların sorması üzerine cevap vermek şeklinde olur.

*b) Şekil şartı.*

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

*c) Şikayetin soruşturma evresindeki rolü.*

Şikayet çok defa sanıldığı gibi aksine, sadece dava açılması için aranan şart olmayıp, dava açıldıktan sonra da gerçekleşebilen dar manada ceza muhakemesi şartı olup, gerçekleşmemesi her türlü muhakeme faaliyetine engel olur. Şikayet şartı gerçekleşmemişse kamu davası açılmaz. Savcının şikayet gerektirmeyen bir suç olarak tavsif etmesi yüzünden kamu davası açması halinde, yargılama makamının eylemi şikayeti gerektiren bir suç olarak tavsif etmesi üzerine, muhakeme faaliyetine devam edebilmek için, şartın gerçekleşebilip gerçekleşmeyeceğine bakılır. Gerçekleşmeyecekse dava düşürülür, gerçekleşebilecekse süre sonuna kadar beklenir, yani muhakeme durdurulur.

Görülüyor ki şikayet kamu davası açılmasından sonra da söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle bir eylemden zarar gören kişi, kamu davasının yürütülmesini istiyorsa, bu davanın açılmış olmasına güvenmeyip, mahkemenin şikayeti gerektiren bir suç olarak tavsifi ihtimaline karşı süresinde şikayetçi olduğunu bildirmelidir.

Güvenlik tedbiri muhakemesinde genellikle şikayet aranmaz. Örneğin mülga Çocuk Mahkemesi Kanunu, bu mahkemelerde görülecek davalara şikayet geri alınsa da bakılacağını, ancak suç sabit görüldüğünde ceza verilemeyeceğini, emniyet tedbiri uygulanabileceğini açıklamıştı (ÇMK 24).



5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu bu konuda hüküm içermemektedir.

ç) *Şikayetin gayesi.*

Şikayetin 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, dava açmakla suçtan zarar görenin daha fazla zarar görmesine sebep olabiliriz. Hakarete uğrayan kimsenin zararı dava açıldığı zaman bu hususların herkes tarafından öğrenilmesi yüzünden artabilir. Onun içindir ki kanun, böyle suçlarda ceza davası açılmasında sakınca görüp görmediğini, bir diğer söyleyişle, dava açılmasını isteyip istemediğini suçtan zarar gören şahıstan sorar. Bu şahıs “görmüyorum” veya “istiyorum” derse, şikayet etmiş demektir ve dava açılacaktır. Anayasaya göre, şikayet bir haktır (Any. 74/1) ve her suçta mümkündür. Fakat her suçun muhakemesi için şart koşulmamıştır.

TCK “şikayet” hakkını düzenlerken, soruşturulması ve kovuşturulması ve cezalandırılması şikayete bağlı suçlar olmak üzere, üç ayrı kategori oluşturmuştur. Soruşturma ve kovuşturma birlikte “muhakemeyi” oluştururlar. Bu nedenle “muhakemesi şikayete bağlı suç” terimi, soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olan suçları karşılamaktadır. Ayrıca belirtilen bazı suçlarda ise sadece “kovuşturma” şikayete bağlı tutulmuştur. Bu suçlarda araştırma ve soruşturma yapılabilmesi için, şikayete gerek yoktur.

Muhakemesi şikayete bağlı tutulan suçlar istisnayı teşkil ettikleri için, kanunlarda birer birer gösterilmişlerdir. Bu suçlarda suçtan zarar görenin mütemmim zarara uğramamasındaki toplumsal fayda, suçlunun cezalandırılmasındaki toplumsal faydadan üstündür. Suçlunun cezalandırılmasındaki toplumsal fayda daha fazla olursa muhakeme şikayete bağlanmaz.

Şikayetin bazı suçlarda muhakeme şartı olarak kabulünü başka türlü anlayanlar da vardır. Bazıları şikayeti, suçtan zarar görenin şahsî zararının, suçtan doğan kamu zararından fazla olması ile bazıları da bu suçların daha çok aleyhlerine suç işlenen şahısları alakadar etmesi ile izah ederler. Bu görüşler, suçların kamu suçları ve özel suçlar diye ikiye ayrıldığı eski

devirlerin kalıntılarıdır. Bugün bütün suçlar kamu suçlarıdır. Bugün her suçtan toplumun zarar gördüğü kabul olunmaktadır. Ancak ferdin suçtan gördüğü zarar da muhakeme yüzünden arttırılmamalıdır. Şikayet şartı ancak bu suretle haklı bir şekilde izah olunabilir.

Şikayet şartı suç bakımından aranmakla beraber, suçluya bakıldığı da vardır. Örneğin hırsızlık suçu genel olarak şikayete bağlı bir suç değildir. Ancak hırsız aynı konutta yaşamayan kardeş ise şikayet şartı aranmaktadır (TCK 167).

*d) Şikayetin belli bir formülü yoktur.*

Şikayet suç teşkil eden eylemden zarar görenin bu eylemden dolayı kamu davası açılmasına ve ceza muhakemesi yapılmasına muvafakat etmesi demek olduğuna göre “şikayetçiyim”, “davacıyım”, “cezalandırılmamını isterim” gibi herhangi bir tabir kullanılabilir. Bu nedenle kamu davasına katılınması aynı zamanda şikayet anlamına gelir. Hatta “ihbar ediyorum” denilmesi yeter, zira yetkili mercilere ihbar, ceza davasının açılması gayesi ile yapılır.

*e) Fiil şikayet edilir.*

Şikayetin konusu muvafakat edilen kamu davasının 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 şikayetçidir. Olayın hukukî adını koymak ona değil yargılama makamlarına düşer.

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

*f) Yazılı şekil şartı.*

Şikayet yazılı değilse tutanağa geçirilerek yazılı hale getirilir. Şikayet yazılı olarak yapılır. Kural budur.

Şikayetin yazılı olması demek, bir dilekçe verilmesi demektir. Ceza Mu-

hakemesi Kanunu ile valilik, kaymakamlık, elçilik ve konsolosluklar ile belli koşullarla kurum ve kuruluşların da sözlü şikayeti tutanağa geçirilmesi kabul edilmiştir (CMK 158/5).

Kolluk mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununun uygulandığı hallerde istisna olarak sözlü şikayetleri de kabul etmekte idi (1936–3005 m. 2 ve 4). Ancak CMK 160 kolluğun Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmadan “adli işlem” yapmasını yasakladığı için, 2005 sonrasında uygulamada tereddütler ortaya çıktı. Kolluk kendisine başvuran şikayetçileri yerinde olarak, C. Başsavcılıklarına yönlendirmeye başlayınca, bu durum savcıların iş yükünü artırdı. Bunun üzerine, PVSK da 2007 yılında yapılan değişlikle içi tekrar doldurulan Ek 6 ncı madde, “Adli görev ve yetkiler” başlığı altında “bir suça ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikayetleri ve görevi sırasında öğrendiği suça ilişkin bilgileri yazılı hale getirmekle” de görevlendirildi (PVSK “2007–5681” Ek m. 6/2).

Mahkeme makamına sözle şikayet mümkün olduğuna göre duruşma sırasında sözle yapılan ve duruşma tutanağına geçirilen şikayeti makbul saymayan İçtihat Birleştirme Kararı (15/7/1942, 17–20) hatalıydı. Nitekim CMK 158/2 mahkemeye yapılan şikayetin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderileceğini hüküm altına alarak, bu içtihadı kaldırdı.

Yazılı şikayet yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına ve elçiliklerine de verilebilmeli idi. Nitekim CMK 158 ile bu yetki de kabul edilmiştir.

*g) Failin gösterilmesi gerekmez; şikayet sirayet eder.*

Şikayet belli bir olaydan dolayı ceza davası açılmasını istemek işin mahkemeye götürülmesinde şahsî sakınca olmadığını belirtmek olduğuna göre, failin gösterilmesine lüzum yoktur.

Keza sanıklardan biri hakkındaki şikayetin diğerlerine sarî olmasının kabul edilmesi de bu sebeptir. Gerçekten “belli bir suçun faillerinden biri hakkında şikayet ediyorum, diğerleri hakkında etmiyorum” demek, şikayetin niteliğine aykırı düşer. Bir kısmı hakkında şikayetten vazgeçme değerlerine de sirayet eder.

Aynı sebeple şikayete bağlı hırsızlık suçunda da ortaklar arasında ayırma yapılamaz. Keza birden fazla ortak varsa her biri hakkında ayrı ayrı

şikayete lüzum yoktur, çünkü şikayet sarfidir.

“Şikayet hakkı” Kanunda açıkça düzenlenmemiş, fakat “şikayetten vazgeçme hakkı” suçtan zarar gören (gerçek veya tüzel) kişiye tanınmıştır (TCK 73/4, 7). Bu düzenleme tersinden okunduğunda şikayet hakkının suçtan zarar gören kişiye tanındığı, fakat suçun mağduruna tanınmadığı intibai ortaya çıkmaktadır. Oysa suçtan doğrudan doğruya zarar gören mağdurun şikayet hakkından mahrum olması, fakat dolaylı zararı da kapsayan suçtan zarar gören kişinin şikayet hakkına sahip kılınması şikayet kurumunun niteliğine aykırıdır. Bu nedenle, mağdurun da şikayet hakkına sahip bulunduğu kabul edilmelidir. “Suç mağdurunun” şikayet hakkı açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, “uzlaşmayı” kabul etme hakkı vardır (CMK “2006–5560” 253/1).

“Suçtan zarar gören kişi” terimi suç mağdurunu kapsamakla birlikte, burada savcının kendiliğinden hareket kaidesinin istisnası söz konusu olduğundan, gene de dar yorumlanmalı ve doğrudan doğruya zarar varlığı aranmalıdır. Örneğin mirasçılar, suçtan doğrudan doğruya zarar görmediklerinden şikayet edemezler. Bu kuralın istisnasına hakaret ve sövme suçlarında rastlanmaktadır (TCK 131/2).

Suçtan zarar gören şahıs birden fazla ise şikayetin niteliğine göre, suçtan zarar görenlerin hepsinin şikayet etmesi lazımdır. Birinin veya bazılarının şikayetini kovuşturma için yeter görmek diğerlerinin şikayet hakkını hiç saymak olur ki, bu da o suçta kovuşturmanın şikayete bağlı tutulmasına ve şikayetin bugünkü anlaşılışına ters düşer. Uygulamada suçtan zarar görenlerden herhangi birinin şikayetin yeterli görüldüğü de bir gerçektir.

Suçtan zarar gören ferdin şikayet hakkını, onun yerine sadece avukatı, vekil sıfatı ile kullanabilir (AvK 35). Kanunî temsilci ise temsil ettiği kişinin mümeyyiz olmaması veya 15 yaşını bitirmediği için mümeyyiz sayılamaması sebebi ile bizzat şikayet edememesi halinde onun yerine şikayet edebilir. Kanuni temsilci veya zorunlu vekilin şikayet 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 hakiminin karar vermesi yerinde olur.

*h) Şikayet süresi.*

Şikayet hakkının kullanılması için bir süre konulmuştur. Bu süre Şikayet hakkı olan kimsenin fiilden ve failin kim olduğundan haberdar olmasından itibaren 6 aydır (TCK 73/1).

Bu süre hak düşürücü sürelerdendir. Zamanaşımı süresi olmadığı için zamanaşımını durduran veya kesen sebepler burada uygulanmaz. Ancak o suç hakkındaki zamanaşımı süresi dolmuş olmamalıdır (TCK 73/2).

Şikayet süresi suçun işlenmesinden çok sonra da işlemeye başlayabilir. Ancak suç henüz işlenmeden Şikayet edilemeyeceğinden, sürenin de başlaması mümkün değildir. Kanun suçtan zarar göreni de korumak için süreyi, suçun işlenmesinden, hatta tamamlanmasından başlatmamış, onun suçu ve suçluyu öğrenmesini başlangıç olarak kabul etmiştir.

Kanunkoyucu suçtan zarar görene tanıdığı Şikayet hakkını süreye tabi tutmakta toplumsal fayda görmüştür. Aksi takdirde suçtan zarar gören şahsın eline, kötüye kullanılabileceğı çok kuvvetli bir silah verilmiş olurdu. Biz bu nedenle hak düşürücü bir süre olan Şikayet süresinin, eski hale getirme yolu ile uzatılmasına karşıyız.

Şikayet süresini fiili öğrenmeden 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 bulunduğunu öğrenmeden itibaren süreyi hesaplamak lazımdır. Aksi takdirde suç işlenmeye devam ettiği halde Şikayet edememek gibi mantıksız ve haksız bir durum hasıl olacaktır. Aynı şekilde, kesintisizlik (temadi) ve zincirleme işleme (teselsül) söz konusu olmadığı halde, suçun tamamlanması anı daha sonra kabul edildiğinde, süre tamamlanmadan başlatılmalı, fakat bu başlatma Şikayet hakkının daha önce doğduğunun kabulüne engel olmamalıdır.

Başka bir tavsif üzerine kamu davası açılmışsa, buna güvenerek Şikayet etmemiş olan kimsenin sonradan vasıf değişince, süre geçti diye Şikayet edememesi haksızlığı, önlenmelidir. Böyle bir halde yani “yürütölen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun Şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdurun açıkça Şikayetten vazgeçmediğı takdirde, yargılamaya devam olunacağı”, CMK 158/6 ile hüküm altına alınmıştır.

Aldatılarak, mesela “ben Őikayet etmeyeceğim, sen de etme” denilerek Őikayet hakkı dűŐürűlműŐ olan kiŐinin uğradığı haksızlığın ۆnlenmesi ve bu halde istisna olarak vazgeçmenin veya geri almanın geri alınması yahut süresinde yapılmayan iŐlemin yapılması için kısa bir ek süre tanınması uygun olacaktır.

1) Şikayet hakkından vazgeçme.

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

Hakkı hiç kullanmamak Őeklindeki vazgeçme ya ačík veya kapalı olur. Hiç kullanmamak Őeklindeki vazgeçme hakkı dűŐürdűđünden, süre dolmamıŐ olsa bile artık Őikayet edilemez.

Hiç kullanmamak Şeklindeki vazgeçmenin re’sen kovuşturulan bir suçtan yapılacak kovuşturmayı da engellediği vardır.

Suç işlendikten sonra yapılan ve Şikayet hakkı ile bađdaŐamayan fiiller bu haktan vazgeçildiğini zımnen gösterir. Kanun 6 ay olarak kabul ettiği süre içinde Şikayetin yapılmamasını, kullanmak istememenin zımnî ifadesi saymıştır.

Şikayet sarî olduğu gibi Şikayet hakkından hiç kullanmamak Şeklindeki vazgeçme de sarîdir.

Şikayet hakkını hiç kullanmamak Şeklindeki vazgeçme tek taraflı irade beyanı olup, kabule bağlı değildir.

SoruŐturulması ve kovuŐturulması Őikayete bağlı bir suçta Őikayet hakkı kullanılmayarak dava yolunun kapatılması bazı hallerde kamu yararına aykırı olabilir. Vazgeçme biçiminde davanın engellenmesi Alman hukukunda savcıya özel bir yetki verilerek ۆnlenmiŐtir. Alman hukukunda soruŐturulması ve kovuŐturulması Őikayete bağlı bir suçta savcı kovuŐturmada kamu yararı görüyorsa re’sen harekete geçebilir ve davayı ačabilir.

Bir de yapılmış olan Şikayetin geri alınması vardır. Şikayetin suçtan

zarar göreni koruma gayesi yapılmış olan şikayetin iş aleniyete döküldükten, yani duruşma başladıktan sonra geri alınmasını (Kanunun “vazgeçme” dediği) haklı göstermez. Bu evrede şikayetin geri alınabilmesi kabul edilemez, zira bu takdirde şikayet hakkının gayesi, failin cezalandırılmasını ferde bırakmak şeklinde kabul edilmiş olur.

Kanun, şikayetin geri alınabileceğini kabul etmekle şikayetin gayesi hakkındaki hatalı ve eski devirlerin artığı bir görüşe de yer vermiş olmaktadır; mahkûmiyet kararı kesinleşinceye kadar şikayet geri alınırsa (vazgeçilirse) dava düşer (TCK 73/4).

Kanun şikayetin sirayeti gibi “vazgeçme” dediği geri almanın da sirayetini kabul etmiştir (TCK 73/5).

Geri alma da açık veya kapalı olabilir. şikayetin geri alınması, tereddütlere meydan vermeyecek biçimde olmalıdır. şikayet 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 şikayeti geri almış sayması ile mümkündür. Mesela kanun şikayetçinin ölümünü geri alma saymıştır (mülga TCK. 444).

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

Geri alma kabule bağlı olduğundan, bazı sanıklar kabul edip, bazıları etmezse, hepsi etmiş sayılmalı, birinin kabulü diğerlerine sirayet etmelidir. Diğer taraftan, iştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkında şikayetin geri alınması (vazgeçme), diğerlerini de kapsar (TCK 73/5).

Geri almanın kabule bağlı olması kaidesinin istisnaları olabileceği kabul edilmiştir (TCK 73/6).

Geri alma ile şikayet hakkı düşmüş olduğundan aynı olay hakkında tekrar şikayet mümkün olmamalıdır.

Şikayetin geri alınması sırasında, suçtan zarar gören kişi “şahsi haklarından” da vazgeçtiğini “ayrıca” açıklamış ise ve kamu davasının düşmesi, “suçtan zarar gören kişinin şikayetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ise” şikayetçi hukuk mahkemesinde de dava açamaz (TCK 73/7).

*i) Şikayetin uzlaşma ile ilişkisi.*

Yeni Kanunlardaki düzenlemeler önemli değişiklikler getirmiştir. Öncelikle “şahsi hak davası” kaldırıldığı için, ceza mahkemesi hüküm ile birlikte suçtan doğan zarar hakkında bir karar verme imkanını kaybetmişlerdir. Bunun sebebinin zararı giderecek yeni kurumların (uzlaşma, adli kontrol vb) kabul edilmiş olduğu bilinmektedir. “Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan” bir suçtan zarar gören kişi, şikayet hakkını kullandıktan sonra ve “uzlaşma” yolunu da kabul etmişse, uzlaşma sağlanırsa, soruşturma konusu suç nedeniyle, artık tazminat davası açamaz. Açılmış bir tazminat davası varsa, “uzlaşma” sağlandığı takdirde, bu davadan “feragat etmiş” sayılır (CMK “2006–5560” 253/19). Bununla birlikte cinsel suçlarda olduğu gibi suç şikayete bağlı fakat uzlaşma kapsamında değilse, şikayetten vazgeçme sırasında şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklanmış ise o zaman hukuk mahkemesinde dava açılmayacaktır. Buna karşılık vazgeçme sırasında suskun kalan zarar gören hukuk davası açabilecektir.

Görüldüğü gibi, yeni sistem, “şikayet hakkından geri alma şeklinde vazgeçme” ile “şikayet hakkını kullandıktan sonra uzlaşma” arasında bir fark yaratmıştır: ilkinde hukuk davası açma imkanı çok genişletilmiş, ikincisinde ise tamamen kapatılmıştır. Bu zıt gelişmenin, planlanmış bir “suç siyasetinin” ürünü olmaktan ziyade sistemsiz kanun yapmanın bir sonucu olduğu söylenebilir.

*j) Şikayetin kaldırılan “müracaat” ile ilişkisi.*

Mülga TCK da bulunan müracaat, belli suçlarda, savcılığı dava açmaya mecbur bırakmayacak surette Devletin mahsus makamları vasıtası ile yaptığı bir şikayetti. Müracaatı yabancı Devletler de yapabiliyordu. Nitekim mülga Ceza Kanununun 164 ve 165. maddelerinde takibi müracaata bağlı suçlar tabirine rastlanılmakta idi. Bu suçlar, aslında ya şikayete bağlı suç-



lardı, bu takdirde Şikayeti yabancı Hükümet yapmakta idi. Yahut dost Devlet sancağını tezlil suçunda olduğu gibi, dava açılmasında dost Devletin sakınca görüp görmediğini bildirmesi arzu edilen suçlardı. Bu bildirme de niteliği itibariyle Şikayet idi. Nitekim 5237 sayılı TCK’da belirtilen suçların soruşturma ve kovuşturmasının ilgili Devletin Şikayetine bağlı olduğu belirtilmiştir (TCK 340, 341, 342)

### 2) Yazılı başvuru Şartı.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (m. 115) ile Bankacılık Kanunu (m. 162), hukuki niteliği ceza muhakemesi Şartı olan bir “yazılı başvuru Şartı” öngörmüştür. “Yazılı başvuru” adı verilen bu ceza muhakemesi Şartı uyarınca, Sermaye Piyasası Kanunu 115 nci maddede yazılı suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Sermaye Piyasası Kurulunun yazılı başvurusuna, Bankacılık Kanunu 162 nci madde uyarınca da, Bankacılık Kanununda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon’un Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlıdır. Uygulamada SP Kanunu kapsamında değil de TCK kapsamında bir suç isnadı sözkonusu olsa dahi, eğer eylem sermaye piyasası araçları ile işlenmişse, hatalı olarak SP Kurulu’nun yazılı başvuru Şartı arandığı görölmektedir.

Muhakemenin yapılabilmesinin başvuru koşuluna bağlı tutulmasının amacı, piyasaya olan güvenin sağlanmasıdır. 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.<sup>73</sup> Manipölasyon suçu açısından da, soruşturma yapılarak, milli ekonomiye ikinci ve daha ağır bir zarar verilmesi engellenmek istenmiştir.<sup>74</sup>

Şikayette, “suÇtan zarar gören kişi” Şikayetçi olmaktadır. Şikayetçi suçun işlenmesi ile gördüğu zararı ve suçun aleniyete çıkması ile uğrayabi-

<sup>73</sup> Dursun 2010, 148.

<sup>74</sup> Serim, Tuğhan, İceriden Öğrenme Suçu, İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamıŐ doktora tezi, İstanbul 2005, sh. 174; Bayındır 2011, 133’den naklen.

leceği ikinci zararı mukayese ederek, ikincisi daha ağır ise şikayette bulunur. İkinci zararın daha ağır olması, kamunun da zararına olduğu için, şikayet bir ceza muhakemesi şartı olarak kabul edilmiştir.

Oysa yazılı başvuruyu yapan Kurul, Kurum veya Fon, suçtan doğrudan zarar gören kişi olmayıp, kamunun gördüğü zararın soruşturma veya kovuşturma yapılması yolu ile daha da büyümesini engelleyen bir değerlendirme yapmaktadır. Bu nedenle, kendisine yazılı başvuru yapma yetkisi tanınan kuruluş, “soruşturma veya kovuşturma yapılmasında kamu yararı bulunup bulunmadığını” takdir edecektir.

Diğer taraftan, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda, bu husus kanunda açıkça belirtilir. Bazı suçlar ise yazılı başvuru şartına bağlanmış, fakat şikayete tabi tutulmamıştır. Bu nedenle, Bankacılık Kanunu veya SerPK 115 de düzenlenen suçun bağlı bulunduğu koşulun şikayet olmadığı ancak, şikayete benzeyen özellikler taşıdığı açıktır.<sup>75</sup> Mesela, manipülasyon suçunda, Kurul mağdur olmadığı halde, suçun milli ekonomiye verdiği zarar ile suçun soruşturulması durumunda milli ekonomiye verebileceği ikinci zarar, uzman bir kuruluş tarafından değerlendirilip, denetlenmekte ve ikinci zarar daha ağır değilse, “soruşturmada kamu yararı var” denilerek, yazılı başvuru yapılmaktadır.

Görüldüğü gibi, yazılı başvuru, “şikayet” değil ise de, şikayete benzeyen yönleri de vardır. Türk Ceza Kanunu müracaat koşulunu kaldırdı ve müracaata bağlı suçları şikayete bağlı hale getirdi. Bu nedenle yazılı başvuru, “şikayet” nitelik ve özelliklerini taşıyan bir kurum haline gelmiştir.

“Talep” koşulu gerçekleştirildiğinde, C. savcısı kamu davasının mecburiliği prensibi gereğince, iddianame düzenlemek zorundadır. Yazılı başvuru şartında ise yazılı başvuru yapılsa bile, savcı kamu davası açmayabilir.

Kunter, 6 ncı basıda (sh. 66) yazılı başvuruyu “talep” niteliğinde görüyordu. Erman da, yazılı başvurunun talep şartı niteliğinde olduğunu kabul etmişti.<sup>76</sup> Yargıtay da, yazılı başvuru şartının talep niteliğinde olduğunu içtihat etmişti.<sup>77</sup> Ancak, Kunter kitabının 9 uncu basısında (sh. 94) görüş

<sup>75</sup> Bayındır 2011, 133.

<sup>76</sup> Erman, Sahir, Şirketler Ceza Hukuku, sh. 148.

<sup>77</sup> 7. CD, 18.9.1995, K. 6925, nakleden; Bayındır, sh. 133.

değiştirerek, yazılı başvurunun, (artık kaldırılmış olan) “müracaat” özelliklerini taşıdığını belirtmişti. Biz de aynı görüşü paylaşıyoruz.

“Yazılı başvuru” soruşturma’nın (veya kovuşturmanın) başlatılabilmesi için bir ön koşul olarak düzenlenmiştir (BankacılıkK 162). C. savcısı iddianame düzenlemeyip kovuşturmaya yer olmadığı kararı verirse, Kurum ve Fon, yazılı başvuru tarihi itibarıyla muhakeme süjesi olarak Kanunen kabul edildikleri için, bu karara karşı en yakın ağır ceza mahkemesine “kovuşturma davası” açabilirler (BankacılıkK 163). Aynı düzenleme, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 115 inci maddesinde de yer almaktadır.

İzin alınması gereken suçlarda, Cumhuriyet savcılığı, CMK 160 da düzenlenen “suç işlendiği izlenimi veren bir hal” varsa kendiliğinden soruşturma başlatmakta ve CMK 170 deki “yeterli şüphenin” mevcudiyeti halinde, iddianame düzenlemek üzere “izin” istemektedir.

“Yazılı başvuruya” bağlı suçlarda ise soruşturmanın başlatılması için bir ön koşul olarak, uzman makamdan, bu suçun soruşturulmasının daha büyük zarara neden olup olamayacağı konusunda bir değerlendirme yapması beklenmektedir. Makam değerlendirmesini yaptıktan sonra, yazılı başvuruda bulunduğunda, Cumhuriyet savcısı soruşturma yapmakta ve durumu ceza muhakemesi hukuku açısından irdeleyerek, yeterli şüphenin bulunup bulunmadığını araştırmaktadır. Eğer yeterli şüphe varsa, iddianame düzenlemektedir. Yani, izinde Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlemeye mecbur iken, yazılı başvuruda buna mecbur değildir.

Bankacılık Kanunundaki düzenleme artık şikayet özelliklerini taşıyan bir “soruşturma ve kovuşturma şartı” niteliğinde olduğu için, açılan dava nedeni ile kamunun uğrayacağı zararın daha büyük olacağı kovuşturma evresinde anlaşıldığında, yetkili makamın kovuşturmada kamu yararı kalmadığını görerek, şikayetini (yazılı başvuruyu) geri alması mümkün olmalıdır. Türk Ceza Kanunu ile yapılan yeni düzenleme ile müracaat koşulu kaldırılıp, şikayet kavramı içine alındığı ve Bankacılık Kanununda soruşturma ve kovuşturma şartı olarak düzenleme yapıldığı için, 2013 yılı itibarıyla, yazılı başvurunun “şikayet” nitelik ve özelliklerini taşıyan bir kurum haline geldiği görülmektedir. Diğer taraftan 2005 yılında yürürlüğe giren CMK da, kamu davasının açılmasında takdirilik kurumunu ilk defa

düzenleyerek, Cumhuriyet savcısına sınırlı bir takdir yetkisi tanımış (CMK 171) ve kamu davasının geri alınamayacağı ilkesini yumuşatmıştır. Bu gelişmeler nedeniyle, başvurunun geri alınamayacağı yolundaki görüş artık geçerli değildir.

Ceza muhakemesi şartlarını genişleterek, özel kanunlarla yeni soruşturma ve kovuşturma şart veya engelleri yaratılmasını gereksiz ve hatta yargı yetkisinin kullanılmasında idari bir makamın değerlendirmesi söz konusu olduğu için, Anayasa'nın 138/2 maddesine aykırı bulan görüşler vardır.<sup>78</sup>

Bizce suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının doğurabileceği ikinci ve daha büyük bir kamusal zararın önlenmesi amacı ile soruşturma yapılmaması ve kamu davası açılmaması fikri yerinde ve doğru bir yaklaşımdır. Fakat bu konudaki değerlendirmenin farklı makam ve kuruluşlara dağıtılması doğru değildir. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda (StPO 153a vd maddeler) yapıldığı gibi, kamu davasının mecburiliği prensibini yumuşatan takdirilik unsurları tek tek yasa ile düzenlenerek, savcıya belli konularda kriterleri belli takdir yetkisi tanımak daha yerinde olur.

### 3) İstem (talep) şartı.

Belli suçlarda Devletin, savcılığı dava açmaya mecbur bırakacak surette mahsus makamları vasıtası ile yaptığı şikayete, istem veya talep denilir. Muhakemesi isteme bağlı suçlar kanunlarda belirtilmiştir: Kanun bu kurum için bir yerde istem (TCK 12/1), hemen arkasından da talep (TCK 13/3) kelimelerini kullanmıştır.

İstem resmî bir makamın şikayetidir. Bu makam kural olarak Adalet Bakanındır (daha önce Adalet Bakanlığı idi).

İstem ile şikayet arasında makam farkından başka farklar da vardır: 1) Şikayet üzerine savcı dava açmaya mecbur değilken istem üzerine mecburdur. 2) Şikayette belli bir süre konmuştur. İstem için süre yoktur. 3) Şikayet geri alınabildiği halde, istem geri alınamaz.

### 4) Mütalaa şartı.

Bazı suçlarda savcıların dava açarken, yargılama makamlarının uyumsuzlukları çözmede aydınlanmaları için yetkili makam ve memurlardan

<sup>78</sup> Bayındır, 136.

“mütalaa” alınmasının arandığı vardır.

Bunun bir örneğine Vergi Usul Kanununda rastlamaktayız: Yaptıkları vergi incelemeleri sırasında belli kaçakçılık suçlarını tespit edenler, eğer maliye müfettişı, hesap uzmanı veya gelirler kontrolörü değillerse, keyfiyeti onlar gibi savcılığa doğrudan doğruyu bildiremezler, defterdarlığın veya gelirler bölge müdürlüğünün mütalaası ile bildirmek mecburiyetinde idiler (VUK “1998-4369” 367/1). Madde 2008 yılında 5728 numaralı Kanun ile değişerek şu hale gelmiştir: “yaptıkları inceleme sırasında 359. maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu vergi dairesi başkanlığının veya defterdarlığın mütalaasıyla, keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir”.

Görüldüğu gibi uzman yardımcısı ve stajyerlere de yetki verilmenin dışında diğer memurların da bağlı bulunduğu vergi dairesi başkanlığının veya defterdarlığın mütalaasıyla Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmeleri mecburiyet getirilmiştir.

Bu kaçakçılık suçlarını başka yollardan öğrenen savcılık da, hemen ilgili vergi dairesine haber verecek ve inceleme yapılmasını isteyecektir. Kamu davasının açılması, bu inceleme neticesinin savcılığa bildirilmesine talik olunacaktır (VUK “1980-2365” 367/2 ve 3). Savcılığa doğrudan doğruya bildirmeleri kabul edilenler de elbet raporlarında mütalaalarını açıklayacaklardır.

Savcılığın istemesi üzerine yapılacak inceleme neticesi de aynı şekilde mütalaa ihtiva edeceğinden “mütalaa alınması” böylece bir dava ve dolayısı ile muhakeme şartlı olarak kabul edilmiş olmaktadır.

Sözü geöen kanunda açıklık olmadığından ve savcıların kamu davasını açmada serbest olmaları kaideyi oluşturduğundan, biz mesela izin ve talepteki istisnasının genişletilmemesi için, burada dar bir yorumdan yanayız.

İnceleme yapanların savcılığa bildirmesi ortada bir suç bulunduğu mütalaasına varmaları halinde mümkün olacaktır. Ancak savcı bizce bu mütala-

laa ile bağı tutulamaz. “Mütalaa”nın niteliği buna imkan vermez. Savcının bağlanması istenilse idi, Kanunda başka bir terim kullanılırdı diye düşünüyoruz. Diğer taraftan dava bu mütalaa alınmadan açılmışsa, yargılama makamı da, şart yerine getirilmemiş olduğundan, uyuşmazlığı çözmeye demek olan yargılama işlemlerini yapamaz. Bunun asıl nedeni bizce yetkili makamın veya memurun mütalaa ile yargılama makamının aydınlatılmamasıdır. Şart sadece mütalaa alınmasıdır. Mütalaa olumlu veya olumsuz olması, yani ortada bir suç bulunduğu yolunda olması veya olmaması mümkündür. Maliyecilerin mütalaa ile yargılama makamı elbet bağlanamaz. Bundan çıkardığımız sonuç şudur ki, mütalaa şartı, sırf dava açılması bakımından savcılığın, dava açılmışsa yargılama makamının aydınlatılması için aranmaktadır.

Mütalaa olumsuz da olsa dava açılabilir. Malî suç olup olmadığını maliyeciler hakimden daha iyi bilir denilemeyeceğine göre, mahkeme olumsuz mütalaa rağmen sanığı mahkûm edebilir.

##### 5) İzin şartı.

Kanunlarımız muhakeme için, bazen “izin”, bazen “karar” adlı bir şart koşmuşlardır. Nitelikleri ve sonuçları aynı oldukça bu şartlar izin terimi altında toplanmalıdır.

İzin, Devlet iddia makamının sorması üzerine, bir diğer Devlet makamınca müşahhas olayda dava açılmasında kamu menfaati (yani maslahata uygunluk) görüldüğünde, belli suçlar bakımından kanunun koymuş olduğu engelin kaldırılmasıdır.

İzin tam serbest değerlendirme yetkisine dayanan idarî işlem olup, ceza davasının açılmasındaki mecburilik prensibini yumuşatan bir çaredir.

Kanun koyucu bazı suçlardan dolayı dava açılmasının uygunluğu bakımından tereddüde düşmüş ve tereddüt yenilinceye kadar dava açılmasını demiştir. İzin bu bakımdan isteme benzerse de ondan farklıdır. İstem geri alınmadığı halde izin geri alınabilir. 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 değişebileceğine göre,

evvelce izin verilmesinde mahzur görölmeyen bir suç için sonradan mahzur görölebileceğini kabul etmek gerekir.

İzin bahis konusu olabilmek için, ortada dava açılması bakımından konmuş bir engel olmalı ve izin, bu engeli kaldırmalıdır (1999-4483 m.1).

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 dava açılmasını önlediği söylenmektedir. 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. 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 şu suçlar gösterilebilir: Türk Ceza Kanununun 299/3, 301/4, 305/3, 306/5 maddelerinde yazılı suçlardan dolayı muhakeme Adalet Bakanı iznine bağlıdır. Askerî yargılamaya giren işlerde Adalet Bakanı yerine Millî Savunma Bakanı izin verir (AsCK 48 B).

Memurların yargılanması bakımından kanunda “izin” şartı aranmaktadır (1999-4483 m.1). Ancak burada “izin” denmesine rağmen, aslında “memurluk dokunulmazlığı” söz konusudur, zira “aktif” bir hukuk durumu vardır.

Dava süresinde açılmış ve izin şartının gerektiği sonradan anlaşılmışsa, dava süresinde açıldığından düşme değil, izni beklemek üzere durma kararı verilmelidir.

6) *Kamu yararı şartı.*

Hukukta maslahat, kamu yararı demektir. Bu nedenle maslahata uygunluk şartına “kamu yararı şartı” da diyebiliriz. Kamu davasının açılmasındaki mecburilik sisteminin karşısı olan kamu yararı sisteminde, kamu davasının açılması için kamu yararı aranmaktadır. Kamu yararı kamu davasının görülmesi için de aranabilir. Bu uygunluk, kanunilik de denilen mecburilik sistemi içinde de istisna olarak aranabilir. Kamu yararını elbet savcı takdir edecektir.

CMK ilk yürürlüğe girdiği sırada, kamu yararı istisnai olarak “etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık 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 fıkra değiştirildi ve “Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir,” şekline çevrildi (CMK “2006–5560” 171/1).

2006 değişikliği, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” yetkisinin kullanılabilmesi için, birlikte gerçekleşmesini öngördüğü koşullar arasında “kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması” koşulunu (CMK “2006–5560” 171/3) araması ile Türk Hukukuna “kamu yararı bulunması” ceza muhakemesi şartı açıkça girmiştir.

Mahkemenin Cumhuriyet savcısının bu takdir yetkisini kendiliğinden denetlemesi ise bizde kabul edilmemiştir. 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 (örneğin StPO 153 d).

7) *Diplomatlık dokunulmazlığının kalkması şartı.*

Diplomatik görevin serbestçe yapılabilmesi için Devletler Hukukunca tanınmış olan “diplomatlık dokunulmazlığı”, kanaatimizce, fiilin suç teşkil etmesine veya failin Türk Ceza Kanununa tabi olarak cezalandırılma-



sına değil, fail hakkında T¼rkiye’de muhakeme yapılmasına engel olan bir haldir.

Kimlerin ve ne nispette bu dokunulmazlıktan faydalanacağı, Devletler Hukukunca d¼zenlenmiř olup, Bakanlar Kurulunun bir kararnamesinde kısmen g¼sterilmiřtir. Milletlerarası anlaşmalar da bazı şahıslara diplomatlık dokunulmazlığı tanımaktadır (Birleşmiş Milletler Andlaşmasında bu yolda bir h¼k¼m vardır: m. 105). Keza Avrupa Konseyi de imtiyaz ve muafiyetlere m¼teallik bir anlaşma yapmıştır. Konsolosluk işleri hakkındaki Viyana S¼zleřmesi de konsolosluk memurlarından kimlerin bu dokunulmazlıktan yararlanacağını g¼stermekte, fakat gelenekler de s¼rmektedir.

Diplomatlık dokunulmazlığın kalkması bu dokunulmazlığı gerektiren sıfatın kalmaması ile olur. Diplomat b¼yle bir dokunulmazlığı gerektiren bir g¼revi olmadan tekrar memlekete gelirse, engel kalkmış olduğundan, dava ağılabilecek ve duran muhakeme devam edebilecektir.

#### 8) *Yasama dokunulmazlığı.*

Yasama dokunulmazlığı bireysel olarak milletvekilini korumaz; Meclis bir b¼t¼n olarak korunur: H¼k¼metin iktidarını kullanarak yasama meclisinde çoğunluğu elde etmek i¼in azınlık ¼yelerini meclisten uzak bulundurmasına veya su¼ isnat ederek tutuklama ve cezalandırma tehdidi ile manev¼ bir baskı yaparak onların oylarına tesir etmesine engel olmak amacını g¼den yasama dokunulmazlığının kalkması da muhakemenin yapılabilmesi i¼in bir şarttır.

Yasama organı ¼yeleri hakkında ¼ng¼r¼len bu engel, ¼zel olarak d¼zenlenmiř ve dokunulmazlık kalkmadıkça nelerin yapılamayacağı bir bir g¼sterilmiřtir. Gerçekten, Anayasaya g¼re: “Se¼imden ¼nce veya sonra bir su¼ işlediği ileri s¼r¼len bir milletvekili Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren su¼¼st¼ hali ve se¼imlerden ¼nce soruşturmasına başlanmış olmak kaydı ile Anayasanın 14 nc¼ maddesindeki durumlar bu h¼km¼n dışındadır. Ancak bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya T¼rkiye B¼y¼k Millet Meclisi’ne bildirmek zorundadır (Any. 83/2).

Maddedeki yargılanamaz tabirinden maksat, asıl ceza muhakemesinde,

Yargıtay dahil hiçbir yargılama makamınca yargılama yapılamamasıdır. Ceza verilmesi yargılamayı gerektirdiğinden, ceza kararnamesi ile ceza verilebiliyordu. Ancak kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması ve idari yaptırımını gerektirmesi sebebiyle, artık Kabahatler Kanunu gereğince idari yaptırımlar uygulanabileceği savunulabilir.

Soruşturma evresi sırasında bazı muhakeme muameleleri yapılabilecek demektir. Anayasa bunlar bakımından da istisnalar koymuştur. Yapılamayacak muhakeme muameleleri: 1) sorgu, 2) yakalama (maddedeki hatalı tabirle tutma) ve 3) tutuklamadır. Bunlardan “sorgu”, yargılama kavramından ayrı düşünölemeyeceğinden, “yakalama” ve “tutuklama” da, kişi hürriyetini kısıtlayarak yasama görevinin yapılmasına tesir edebileceğinden, bu istisnalar yerindedir. İstisnalar dışında kaldığı için dava açılabilir, hele belli süre sonunda açılmayacaksa, süresinde muhakkak açılmalıdır. Ancak yargılama yapılamayacağından, dokunulmazlık kabule de engel olmadığından, davanın reddi değil, muhakemenin durması kararı verilme-lidir (CMK 223/8).

Dokunulmazlığın kaldırılması kararı üyenin o sıradaki üyeliğı bakımındandır. Dokunulmazlığı kaldıran milletvekili tekrar seçilirse (Any. 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 işlediğı ileri sürölen bir milletvekili sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılamamaz. Bunların yapılabilmesi için meclisin karar vermesi gerekir. Milletvekili dokunulmazlığının sorgu, tutuklama ve yargılama engeli oluşturmamasının iki istisnası vardır. Birinci istisna, ağır cezayı gerektiren suçüstü halidir. İkinci istisna ise Anayasa'nın 14 ncü maddesinde düzenlenmiş olan durumlara ilişkin olarak seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olan suçlar bu kapsama girerler.

Anayasa bakanlar arasında milletvekili olup olmamak bakımından ayırım yapmış, olmayanların da yasama dokunulmazlığına sahip olduklarını söylemiştir (Any. 112/4). Biz bakanların bu dokunulmazlığına, milletvekili olmayan bakanlar bakımından söz konusu olduğundan, yasama doku-

nulmazlığı denmesini doğru bulmamakta ve bakanlık dokunulmazlığı adını vermekteyiz.

Bakanlık dokunulmazlığının kalkması da yasama dokunulmazlığında olduğu gibi, bir muhakeme şartıdır. Ancak ondan farklı olarak, bu dokunulmazlığın kalkması için ayrı bir mekanizmaya ihtiyaç yoktur. Bakanlıktan dűşme kararı, otomatik olarak, bakanlık dokunulmazlığının da kalkması sonucunu doğuracaktır. Dűşen bakan aynı zamanda milletvekili ise yasama dokunulmazlığı devam edeceğinden bir kararla kaldırılması gerekecektir.

Bu konuda, bakanın Yűce Divanda gűrűlecek gűrev suçları bakımından Anayasanın soruřturmayı özel olarak dűzenlediđi hatırlanmalıdır.

1982 Anayasamızda Cumhurbaşkanının dokunulmazlığı dűzenlenmemiřtir. Tűrk Doktrini milletvekili dokunulmazlığının Cumhurbaşkanı açısından kıyas yolu ile kabul edilmesi gerektiği dűşüncesindedir.

Milletlerarası Hukuk ise Devlet Başkanının dokunulmazlığı bulunduğunu, temsil ettikleri Devlete ve kişiliklerine saygı nedeniyle oluşmuş bulunan “jus cogens” normu olarak, örf ve adet hukuku olarak kabul etmiştir.

Ancak Devlet başkanının Devleti temsil etmeyen bir fiili söz konusu olduğu durumlarda, bağışıklık veya dokunulmazlık kabul edilmemektedir.

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.

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.

9) *Kamu gűrevlisi dokunulmazlığının kalkması şartı.*

a) *Memur dokunulmazlığı.*

Kamu gűrevlilerinin bazı gűrev suçlarından dolayı kovuřturulmaları műsaade veya muvafakata bađlanmıřtır. Kamu gűrevlilerinin kamu gűrev-

lerini serbestçe görebilmeleri için himaye edilmeleri lüzumu ile izah edilen ve umumiyetle idarî teminat adı verilen bu kurum da gereksiz bir muhakeme engelidir ve bu engelin kalkması bir muhakeme şartıdır.

Memurların Yargılanması Hakkında Kanun (1999-4483), görev suçlarından dolayı dava açılabilmesi için, “izin” şartı getirmiştir. Bu şart gerçekleşmedikçe savcılık “ifade” dahi alamayacaktır. Suç isnadı yapılamayacağına göre, meşhut suçlar hariç, bu suç grubunda yakalama da mümkün değildir.

Fakat bu kuralın bir istisnası vardır: Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununun (1990-3628) 19 ncu maddesinde, Cumhuriyeti savcısının bu Kanunda yazılı suçlarla irtikap, 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 de, kovuşturma izninden bahsedilmemiştir.

*b) Hakimlik dokunulmazlığı.*

Hakimlik görevinin serbestçe yapılabilmesi için hakimler hakkındaki kovuşturmalar ve dolayısı ile muhakemeler, isabetsiz olarak “izin” diye adlandırılan bir şarta bağlanmış, yani bu göreve bir çeşit dokunulmazlık tanınarak, bunun kaldırılması yolu tutulmuştur.

Birinci sınıf dışındaki adlî ve idarî hakimlerin görev suçlarında soruşturma yapılması kaide olarak izne bağlıdır. Bu izni Adalet Bakanlığı vermektedir.

Hakimler ve Savcılar Kanununun 82 nci maddesinde “soruşturma evresi” sözü geçmemekte, “inceleme ve soruşturma”nın izne bağlı olduğu belirtilmektedir. İnceleme hakkında kanunda bir açıklama da yoktur. Soruşturmayı savcılık yapmakta fakat sonucu savcı değil, Bakanlık çıkarılmaktadır (HSK 87).

Gerçekten soruşturma evrakı Bakanlığa gelince, Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün mütalaası ile Bakanlık kovuşturma yapılmasına gerek olup olmadığına karar verecektir. Kovuşturma yapılmasına gerek görüldüğünde,

savcı mecburen bir iddianame ile ağır ceza mahkemesine başvuracak, mahkeme de soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verecektir.

Bu ağır ceza mahkemesinin ve gerektiğinde başkanın yaptıklarının 92 nci maddenin başlığında ilksoruşturma denmesine rağmen, onun sadece sonuç çıkarma bölümü olduğu görölmektedir.

Soruşturma açılması kararını ağır ceza mahkemesi vereceğine göre, bakanlığın kovuşturma yapılmasını gerekli bulan kararı, adeta yargılama makamlarının soruşturma yapmasına da izin vermesine benzemektedir. Nitekim Avukatlık Kanunu buna açıkça izin demiştir (AvK 59).

*c) Savcılık dokunulmazlığı.*

Hakimler ve Savcılar Kanununda adlî ve idarî savcılar hakkındaki izin de hakimlerde olduğu gibi düzenlenmiştir (HSK 82, 87, 89).

*ç) Avukatlık dokunulmazlığı.*

Avukatlar hakkında görev suçlarından dolayı soruşturma, kural olarak Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır (AvK “2001-4667” 58). Hakimler Kanununda olduğu gibi, burada da soruşturma sözcüğü, “soruşturma evresi” anlamına kullanılmıştır. Soruşturma evraki üzerine Bakanlık kovuşturması yapılmasını gerekli görürse, kovuşturma izni de vermektedir. Bu izin üzerine savcı iddianame hazırlayarak ağır ceza mahkemesine verir (AvK 59). Bu mahkeme soruşturma açılmasını veya açılmamasını kararlaştırır.

*d) Noterlik dokunulmazlığı.*

Noterlerin görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı kovuşturulabilmeleri için de Adalet Bakanının “izin” vermesi şart koşulmuştur, yani tanınan görev dokunulmazlığının kaldırılmasına izin adı verilmiştir (Noterlik K. 153).

*e) Askerlik dokunulmazlığının kalkması şartı.*

Askerler bakımından da bir çeşit muhakeme dokunulmazlığı vardır. Türk askerleri bakımından, 1963-353 numaralı Askerî Mahkemeler Kanunu, belli asker kişilerin belli suçları hakkında askerlik hizmetini adlî hatta askerî yargılama makamları bakımından bir muhakeme engeli saymıştır (AsMK 20). Böylece bu engelin kalkması, yani askerlik hizmetinin

bitmesi bir muhakeme şartı olmaktadır. Kanundaki “geri bırakma” tabirinden maksat “muhakemenin durması”dır.

Yabancı askerler bakımından. Bir ülke içinde yabancı askerlerin işledikleri bazı suçlardan dolayı o ülke kanunlarına göre muhakeme yapılmasının kabul edildiği de olabilir.

Mesela 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 tabidir. Mahallî yargılama makamları ile yabancı yargılama makamları çatıştığında yabancı asker, üstün tutulan yargılama makamlarına tabi olacaktır. Mesela 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 ile işlenen suçlarda gönderen Devlet yargılama makamları üstün tutulmuştur. Görülüyor ki bu hallerde Türk yargılama makamları bakımından bir engel, bir nevi dokunulmazlık vardır. Bu dokunulmazlığın kalkması mümkündür. Üstünlüğü tanınan Devlet yargılama yetkisini kullanmamaya 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 yakınının 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 uyruğu 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 Cumhuriyet Başsavcılığı kimlik bilgilerini faksla Adalet Bakanlığına bildirecektir. Bakanlık Genelkurmay Başkanlığı Adli Müşavirliğinden durumu araştırarak, sonucu Cumhuriyet 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.

*f) Seçim dokunulmazlığının kalkması şartı.*

Seçimlerin gereği gibi yapılabilmesi ve seçim hürriyetinin korunması için bir çeşit muhakeme dokunulmazlığı kabul edilmiştir. Gerçekten, seçimlerin temel hükümleri ve seçmen kütükleri hakkındaki 1961-298 numaralı Kanun, gösterdiği istisnalar hariç, seçim zamanını muhakeme engeli olarak kabul etmiştir. Bu engel otomatik olarak, yani oy verme süresinin bitmesi ile ortadan kalkmaktadır.

*g) Karşılıklılık şartı.*

Bazı suçlardan dolayı kovuşturma ve dolayısı ile muhakeme yapılması karşılıklılık (mütekabiliyet) şartına bağlı tutulmuştur. Mesela 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.

*10) 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).

*11) Sanığın akıl hastası veya çocuk olmaması şartı.*

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. Kovuşturmanın duruşma hazırlığı aşamasında sanığın akıl hastası olduğu anlaşılırsa, yine “muhakemenin durması kararı” verilmelidir.

Akıl hastalığının duruşma ve sorgu engeli olması için duruşma ve sorgu yapılmasını imkansız kılacak, yani sanığın kendini makul şekilde müdafaa edemeyecek derecede olması lazımdır.

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 suç işlediğinin sabit olması halinde güvenlik tedbirine hükmolunur (CMK 223/6) Bu kararın soruşturma evresinde sulh hakimi 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, kanaatimizce zaruridir. Suç anındaki TCK 32/2 anlamındaki (yarı) akıl hastalığı müdafaaaya mani olacak derecede ise suçtan sonraki akıl hastalığı normları uygulanmalıdır.

#### *12) Yaş küçüklüğü.*

Suç işlediği sırada 12 yaşını doldurmeyen kişinin ceza sorumluluğu bulunmadığı için bu yaş ceza muhakemesi şartıdır.

#### *13) Duruşma ehliyeti bulunması şartı.*

Şüphelinin ileride açılacak duruşma sırasında hakkında yürütölen muhakemeyi anlayacak akli melekelerle sahip olması gerekir.

#### *14) Kabahatüstü (suçüstü) yakalanma şartı.*

Kabahatler Kanununun 25 nci 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 “kabahatüstü” görölmenin, bir muhakeme şartı olduğu söylenebilir.

#### *15) Ceza muhakemesi şartı olarak 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.

*16) “İddianamenin” ve “iddianamenin kabulü kararının” hukuken geçerli olması şartı.*

İddianamenin CMK 170 de aranan koşullara uygun olarak düzenlenmesi bir yeni muhakeme engeli (CMK 174) olarak kabul edilmiştir. 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, bizce yeni ceza muhakemesi şartıdır. Ancak, iddianamedeki veya iddianamenin kabulü kararındaki hataların, duruşma sırasında giderilmesinin mümkün olduğuna dikkat edilmelidir.

*17) Uzlaşma veya önödeme teklif edilmesi şartı.*

*a) Uzlaşma teklif edilmesi.*

Soruşturması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarda, şikayet şartı gerçekleşse bile, uzlaşma yolu (CMK 253) denenmeden kamu davası açılmaz (CMK 174/1-c).

CMK'nun 174. maddesine göre uzlaşmaya tabi olan suçlarda uzlaşma teklif edilmeden ve bunun neticesi alınmadan iddianame düzenlenmesi iddianamenin iadesi sebebidir. Bu nedenle hukukumuzda yeni bir ceza muhakemesi şartı olarak uzlaşma teklif edilmesinin girdiğini kabul edenlere<sup>79</sup> katılmaktayız.

*b) Önödeme usulünün denetlenmesi.*

Önödeme tabi olan suçlarda (TCK 75), önödeme yolu denenmeden iddianame düzenlendiği hallerde iddianame iade edilir. Bu nedenle, önö-

<sup>79</sup> Şahin -I- 2013, 76.

deme yönteminin uygulanmaması sınırlı bir ceza muhakemesi şartıdır: kovuşturma evresinde işin önödeme usulüne tabi olduğu anlaşıldığında mahkeme önödemeye uygulayarak düşme kararı vereceği için, soruşturma evresi bakımından bir ceza muhakemesi şartı söz konusu olur.<sup>80</sup>

*18) Asıl ceza davasının süresinde açılması şartı.*

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

2004–5187 numaralı yeni Basın Kanununun 26. maddesi günlük süreli yayınlarda dört ay, diğer basılmış eserlerde altı ay içinde ceza davası açılması zorunludur. Süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar (m. 26).

Asıl ceza davası bakımından süre şartına, bir yıl olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki suçlarda, (1951–6846 m. 75/3) iki yıl olarak seçim suçlarında, rastlamaktadır.

Dava süreleri kaide olarak suçun işlendiği tarihten başlamakla beraber, suçun kovuşturulması şikayete bağlı ise hangi kanunda olursa olsun, Basın Kanunundaki hüküm kıyas yolu ile uygulanmalı, yani süre şikayet hakkının başlaması tarihinden başlatılmalı, dava açılması izin alınmasına bağlı ise süre en çok 1 ay durmalıdır.

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

*19) Dava zaman aşımının dolmuş olmaması şartı.*

Dava zaman aşımı dolmuş ise (TCK 66) Devletin ceza verme hakkı ortadan kalktığı için artık dava açılmaz.

*20) Bekletici meselenin çözülmesi şartı.*

Muhakeme ceza mahkemesinin yetkisi dışında kalan bir meselenin çözülmesine bağlı olabilir. Önceden çözülmesi gerektiği için ön mesele adı verilen bu talî meseleler ya nisbî muhakeme yahut bekletici mesele sayma suretiyle çözülecektir. Bekletici mesele iki şekilde kendini göstere-

<sup>80</sup> Şahin -I- 2013, 75.

bilir. Ya davanın açılmasında söz konusu olur, bu takdirde ceza davasının açılmasına engel olur; yahut dava açıldıktan sonra bahis konusu olur, bu takdirde muhakemenin devamına engel teşkil eder. Birinci halde, davanın açılması için engelin kalkması beklenir. İkinci halde, engelin kalkma ihtimali olduğundan “muhakemenin durması kararı” verilir. Görülüyor ki bekletici mesele yerine durdurucu mesele de denilebilir.

### 21) Sanığın Türkiye’de bulunması şartı.

Yabancı memleketlerde işlenen bazı suçlardan dolayı Türkiye’de muhakeme yapılabilmesi için sanığın Türkiye’de bulunması şart koşulmuştur. Mesela Ceza Kanununun 11 inci ve 12 inci maddelerinde bu şarta rastlamaktayız.

Bu şart doktrinde baskın görüşe göre cezalandırılabilme şartıdır. Biz azınlıkla birlikte, bunun bir muhakeme şartı olduğu fikrindeyiz. 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.

### 22) Gaipliğin kalkması şartı.

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): a) Bulunduğu yer bilinmeyen. 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, gaiplikten çıkar.

### 23) Durma sebebinin kalkması şartı.

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. Ceza davası henüz açılmamışsa bu sebepler davanın açılmasını önler. 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 ortadan kalkmasının muhakeme şartı olması demektir.

*24) Aynı davaya bakılmakta olmaması şartı.*

Aynı kişi hakkında, aynı fiil nedeniyle, aynı konuda verilmiş bir kesin hüküm veya açılmış bir dava varsa, aynı konuda ikinci bir dava daha açılmaz. Sonradan açılan davanın reddine karar verilir (CMK 223/7). Görülmekte olan dava, aynı konuda, aynı fiilden dolayı, aynı kişi hakkında ikinci bir dava açılmasını engeller. Türk Hukukunda “kamu davası”, mahkeme tarafından verilen iddianamenin kabulü kararı (CMK 175) ile açılmış sayılmaktadır.

Ceza davası, Devletin suçluların cezalandırma görevinin yerine getirilmesi için açıldığına ve dava üzerine muhakeme denilen kolektif bir çalışma sonunda müşterek bir hükme varıldığına göre, bir eylemden dolayı bir kimse aleyhine bir ceza davası açıldıktan sonra o davanın muhakemesi sona ermeden de aynı eylemden dolayı aynı kişi hakkında ikinci bir ceza davası açılmaz. Bu itibarla “aynı davaya bakılmakta olması” ikinci veya daha fazla defa aynı davanın açılmasına ve muhakemenin tekrarlanmasına engeldir.

*25) Yargı bulunmaması şartı (Ne bis in idem).*

Bir ceza muhakemesinin bir yargı ile sona ermesinin otorite diye adlandırılan özelliklerinden biri yargının değerliliğidir. Bu da yargının yerine getirilebilmesi ve gözönünde tutulabilmesidir. Gözönünde tutma, amacı gerçekleştirme olmayıp sonuçlar çıkarmadır. Bu sonuçların bir çeşidi de aynı suçtan dolayı aynı sanık aleyhine tekrar ceza davası açılmamasıdır.

Yargının değerlilik otoritesinin bir çeşidi olarak “ne bis in idem” diye Latince ifade edilen bu kural, Muhakeme Hukukunun ana ilkelerindedir.

26) *Yeni delil veya yeni olay meydana çıkması şartı.*

Yargı bulunmaması muhakeme yapılması için olumsuz şarttır. 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 imkan olumlu bir şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şart da “yeni delil veya yeni olayın meydana çıkması”dır.

Kanunun, 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 türkeleştirdiği “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 dava konusu olayı belirlerken yani sübut konusunda hükmü verirlerken kullandıkları vasıtalar olup, o olayı temsil ederler, bir diğer söyleyişle aksettirirler. Hakimler olayları deliller sayesinde öğrenirler.

Yeni delil veya yeni olay meydana çıkması soruşturma evresinde hem kovuşturma evresinde yargı ile sona ermiş muhakeme bakımından, bir diğer söyleyişle muhakemenin hem dirilmesi hem yenilenmesi için arandığından, aynı ceza davasının muhakemesinin ikinci veya daha fazla defa yapılmasının şartıdır.

Kanun yeni delil veya yeni olayı tarif etmemiştir. Yeni delil veya yeni olayı, yargılaşan kararın verildiği tarihte hakim bilmediği delil veya olay diye tarif edebiliriz.

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 sanki lehine veya aleyhine olmasına göre farklı olarak düzenlenebilir.

Kanun sadece kovuşturma evresindeki yargılardan sonra yeni delil veya olay çıkmasını düzenlemiş ve bu olağanüstü kanun yoluna “muhakemenin yenilenmesi (iadesi)” adını vermiştir. nsoruşturmadaki yargılardan (CMK 173/6) sonra yeni delil veya olay meydana çıkması ngrlmş, fakat ne yapılacağı gösterilmemiştir. Biz bunu “muhakemenin dirilmesi” dediğimiz bir kanun yolu olarak düzenlemeğe çalıştık.

*27) Ceza muhakemesi şartı sayılmayan haller.*

“Davanın uzun sürmesinin”, muhakeme engeli sayılması görüşü kabul görmemiştir. “Ajan provokatrlk” de muhakeme engeli sayılmamakta cezanın tayini sırasında göz önünde tutulması kabul edilmektedir. Sanığın ömrünün kısa olacağı konusundaki bir tahmin de muhakeme engeli olarak kabul edilmemiştir.

Alman hukukunda işkence yapılarak elde edilen hukuka aykırı delilin varlığı halinde, diğer hukuka uygun delillere dayanılarak yargılamanın sürdürülemeyeceği konusunda içtihat bulunmaktadır. Bu içtihadın genel-leştirilmesi ve “işkence ile elde edilen delil üzerine” açılan davalarda dş-me kararı verilmesi gerektiğini ileri süren bireysel başvurucunu görüşü AİHM tarafından kabul görmemiştir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM KORUMA TEDBİRLERİ

### § 10– KORUMA TEDBİRLERİ GENEL TEORİSİ

#### I– Koruma tedbirlerinin muhakeme hukuku bakımından görevi ve tehlike tedbirlerinden farkı.

##### 1) Tehlike tedbiri kavramı.

Koruma tedbiri, Hukukun diğer dallarında da rastlanılan bir müessese olup “tehlike tedbiri”nin bir çeşididir. Tehlike dediğimiz ve korktuğumuz “zarar ihtimali”ne karşı aldığımız tedbirlere “tehlike tedbiri” adını veriyoruz. Bunlar iki çeşittir. Bir çeşidi uzak tehlikeyi önlemeye çalışır. Bunlara “önleme tedbiri” denilir.

Uzak veya yakın bir tehlike ortaya çıktığında, bunu gösteren makul sebep varsa bu tehlikeyi önlemek veya ortadan kaldırmak üzere, tehlike tedbirleri uygulanabilir. Türk Hukukunda iletişimin önleme amacı ile denetlenmesi (§ 10–II), önleme araması (§ 10–III), durdurma (§ 10–IV) ve vardır.

##### 2) Tehlike tedbiri ile koruma tedbiri arasındaki farklar.

Hüküm makamlarının ve özellikle yargılama makamlarının görevlerini yapmada, yani hüküm vermede kullandıkları üçüncü vasıta da “koruma tedbiri” dir. Tehlike yakınsa ve önlemek için çok geçse, kendimizi ancak tehlikeli sonuçtan koruyabiliriz. Bunlara “koruma tedbiri” denir.

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.

Önleme tedbirleri, rehin, kefalet ve hacizde olduğu gibi, daha çok para ile ifade edilebilen, üzerinde uyuşulmuş veya yargı ile belirtilmiş, bir



diğer söyleyişle uyuşmazlık konusu olmayan haklar söz konusu olduğu zaman “sağlama (teminat) tedbiri” adını alır.

Önleme tedbirlerinin suçla ilgili olanları da vardır. Örneğin polis in henüz suç işlenmeden yani suçu 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 tedbidir. TCK bunlara güvenlik tedbiri demiştir.

Yakın tehlike yüzünden gecikmeden tedbir almak zorunluğu muhakeme de kendini gösterebilir. Gerçekten olay anındaki durumu mümkün olduğu kadar muhafaza edip geçmişteki olayı hüküm zamanında aynen yaşatabilmek ve hükmü yerine getirebilmek için çeşitli vasıtalar 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 tedbirin”nin “koruma tedbiri” çeşidinden başka bir şey değildir.

Önce ihtiyaçların zoru ile içtihatla, sonraları yasalarla düzenlenen “koruma tedbiri”, hukukun her dalında söz konusu olabilir. Örneğin İdarî Muhakemede “yerine getirmenin durdurulması tedbiri”, Medenî muhakemede “ihtiyatî tedbirler” ve “delil tesbiti işlemleri” de koruma tedbirleridir. Seçim muhakemesinde “propaganda konuşmalarında yasaklamalar” da aynı niteliktedir. Milletlerarası Muhakeme Hukukunda “interim measure” (geçici tedbir) adı verilen de koruma tedbidir.

### 3) Koruma tedbirlerinin türleri.

Koruma tedbiri iki çeşittir: a) “Tutucu koruma tedbiri” değişikliğe engel olmak suretiyle eski durumu yaşatmağa çalışır, b) “Önceleyici koruma tedbiri” ilerde gerçekleşecek durumu önceleyerek (daha önce gerçekleşecek duruma getirerek) belli bir işlemin tatbikî bir değeri olmasını sağlar. Eğer bu tedbirlere başvurulmazsa, o işlemin pratik bir değeri olmayacak, mücer-

ret bir beyandan ibaret kalabilecektir. Bu iki çeşidi geçmişe yönelik koruma tedbiri ve geleceğe yönelik koruma tedbiri olarak da adlandırabiliriz.

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 olabildiği nisbette 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”, ikincisine “kararın geçmişe uygulanırlığı” 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 tedbiri”dir. 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 tedbiri”dir. 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) başlamamamışsa ve yerine getirmeme yakın tehlikesi çıkarmışsa elbet koruma tedbirine başvurulacaktır.

Korunması gereken durumlar çok çeşitli olduğundan, bunların önceden görülemeyeceği ileri sürülerek, koruma tedbirleri çeşitlerinin kanunda gösterilmesi gerekmediği söylenmiştir. Kanunumuz bir eşyanın emniyet altına alınması tedbirini kabul etmekle beraber bunun nev'inin tâyinini hâkime bırakmıştır.

Ancak hürriyeti kısıtlayan tedbirlerin kanunlarda gösterilmesi büyük bir teminat olarak, kanunlar hattâ Anayasalar tarafından kabul edilmiş, hattâ bunların bazıları Anayasalar tarafından düzenlenmiştir.

## II- Koruma tedbirlerinin özellikleri.

Koruma tedbirlerinin muhakeme hukuku bakımından iki özelliği vardır:

### 1) Vasıta oluş.

Koruma tedbiri kendi başına bir mana ifade etmeyen, muhakeme boyunca eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirilebilirliğini sağlamak için kullanılan bir vasıta dır. Muhakemenin bütünü bakımından olan bu vasıtalık bazı defa doğrudan doğruya, bazı defa dolayısı ile dır. Dolayısı ile vasıta oluş başka bir vasıtanın vasıtası oluşturur. Örneğin yakalama, tutuklama bakımından bir vasıta dır.

Vasıta oluş muhakeme bütünü bakımındandır. Bu sebeple, koruma tedbirleri kesin bir şekilde sınıflandırılmamakta, sınıflandırmalar hâkim vasıflara göre yapılmaktadır. Aynı sebeple bu tedbirlerin değiştirilebilmesi, birinden diğerine geçilebilmesi, bir kaçının bir arada uygulanabilmesi mümkündür.

### 2) Geçici oluş.

Koruma tedbirlerinin geçici oluşu, bazı defa sadece zamanla sınırlama manasındadır. Örneğin yakalama, en yakın mahkemeye götürölmek için gerekli süre hariç, suçuna göre 48 saatten veya 4 günden fazla sürmeyecek (Any. “2001-4709” 19/5, CMK 94), sanığın gözlem altına alınması uzatmalarla en çok üç ay devam edebilecektir (CMK 74). 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, örneğin beraat hükmü verilince geçici olan “tutuklama” tedbiri de sona erer.

Geçici oluş bir koruma tedbirinin sadece geri alınabilmesini gerektirmez. Tedbirî haklı gösteren tehlikenin çoğalması veya çok defa rastlandığı üzere azalması ile de orantılılık ilkesi gereği, yerini daha ağır veya daha hafif başka bir koruma tedbirine bırakır.

### 3) Koruma tedbirinin önşartları.

İnsan hak ve hürriyetlerini kısıtlayan koruma tedbirlerinin haklı göröle-

bilmesi, temel şart da denilebilecek olan şu üç önşartın gerçekleşmesine bağlıdır: a) Gecikmede tehlike b) Haklı görünüş c) Orantılılık.

*a) Gecikmede tehlike.*

Kanunlar bu önşartları çok defa koruma tedbirinin çeşitlerine göre farklı şartlar öngörerek açıkça ararlar. Fakat bunların açıkça öngörülmediği koruma tedbirlerine rastlamak da mümkündür. Bu durum tedbirlere bu önşartlar aranmadan başvurulabileceğini göstermez. Zira gözükmeler de bunlar koruma tedbirlerinin hukukî temelinde yatmaktadır. Tedbir sadece kanuna değil, hukuka da uygun olmalı, bir diğer söyleyişle haklı olmalıdırlar.

Her koruma tedbiri az veya çok da olsa hak ve hürriyetleri sınırlandırır. Muhakeme hukukundaki koruma tedbirleri de uyuşmazlığın esasını inceleyip çözmeye henüz vakit olmadan başvuru tedbirler olduğundan bu sınırlama, hak ve hürriyetlerden bu fedakârlık, koruma tedbirinin bedeli olarak kabul edilir. Bu bedel ise “tedbire gecikmeden başvurma zorunluluğu” (zarureti) veya kısaca gecikmezlik 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.

Gecikmezlik için tehlikenin mümkün olması yetmez, muhtemel olmasıdır. Her hangi 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.

Ceza Muhakemesi Kanunu, a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesi uyandıran somut olgular varsa 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 ağırlığına veya suçun meşhurluğuna bakıldığı da olur.

CMK “suçun ağırlığı” ölçütünü kendisi takdir ederek ağır suçları katalog

halinde listelemiş (CMK 100/3) ve bu suçlarda sadece “suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin” varlığı halinde, tutuklama nedeninin var sayılabilmesini kabul etmiştir. Yakalama için de “kişiyeye suç işlerken rastlanması” ve “suçüstü fiilden dolayı izlenen kişinin, kaçma olasılığı bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunması” ölçüt olarak alınmıştır (CMK 90).

Fakat gecikmede tehlikeden ayrı olarak 1936 tâdilinden sonra suçun meşhut olması halinde yakalamaya cevaz verilmesi isabetsizdi. Gerçekten gecikmede tehlike yoksa suç meşhut da olsa, koruma tedbirini haklı gösterecek sebep yok demektir.

Gecikmede tehlike tâbiri sanıldığı kadar geniş değildir. Zira hem tehlikenin yakın olması şarttır, hem hangi koruma tedbiri için söz konusu ise gecikme ve tehlikesi ona göre hesaplanacaktır.

Koruma tedbirleri gecikemez olduğundan yetki bakımından çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi elbet beklenemez. Bu nedenle bu tedbirlere, yetki konusunda son kararı alan yargılama makamının başvurabilmesi kabul olunmuştur (UMK 23).

*b) 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 yetinme zorunludur. Bunun içindir ki örneğin ihtiyatî hacze karar verilirken hakka değil haklı görünüşe bakılır. Muhakeme Hukukunda da durum aynıdır. 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 tesbit etmek değildir. Ancak koruma tedbirine başvurabilmesi için tedbirin korumak istediği durumun ileride gerçekleşeceğinin sadece mümkün olması yetmez muhtemel görülmesi de lâ-

zımdır. Gerçekten muhakeme bir Őüphede ve tereddüt safhasıdır. Şüpheden belliliğe gidilmesi, Şüphenin yenilmesi, uyuşmazlığın doğrudan doğruya çözümlenmesi demektir. Hükümden önce alınan koruma tedbirleri bu sebeple isnat olunan suç konusunda belliliğe dayanacak değildir. Ancak herhangi bir Őüphede de “imkân” olarak kaldıkça, hak ve hürriyetleri kısacak olan koruma tedbirlerinin alınmasını haklı göstermeyecektir. Bu tedbirlerin alınması için imkân değil, daha fazla birşey olan “ihtimal” aranacaktır.

*c) Ölçölülük.*

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 bütün tehlike tedbirlerinde olduğu gibi riski mümkün olduğunca azaltmak, bunun için de amaç ile kullanılacak araç arasında bir denge, karşılıklı bir uygunluk aramak veya Anayasamızın 13 üncü maddesine 2001 yılına 4709 sayılı Kanunla giren “ölçölülük” 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.

Ceza Muhakemesi Kanunu da sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklamanın yasaklanmasını (CMK 100/4), adli kontrolü kabul etti (CMK 109) ve ayrıca ölçölülük ilkesine 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 görü-

nüfle yetinerek Őphe sebeplerine baktığımızdan, bu sebeplerin kuvveti ile de bir orantı aranmalı, Őphe 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 deđiŐeceđinden, uygunluk konusunda her karar alıŐta bu iki değişken temelin iyice belirlenmesi gerekmektedir.

Biz bu nedenlerle, artık koruma tedbirlerinin üçüncü önŐartı olarak açıkça gösterdiğimiz “orantılılık”ı “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 gidiŐi Şüpheli veya sanık lehine geliŐir ve koruma tedbirinin alınmasını gerektiren ihtimalin derecesi ile muhtemel zararın ağırlık derecesi gereken orantılılığın altına düşerse ya tedbir kararı gerilenecek yahut az zarara uygun daha az ağır bir tedbire başvurulacaktır. Muhakemenin gidiŐi Şüpheli veya sanık aleyhine gerçekteŐtiđinde de daha önce uygun bulunmuş olan koruma tedbiri yerini daha ağırına bırakacaktır.

AŞağıda koruma tedbirleri incelenecektir.

## § 11– YAKALAMA

### I– Yakalama kavramı.

Yakalama bir kişinin hakim kararı alınmış olmamasına rağmen geçici bir süre için özgürlüğünün kısıtlanması demektir.

Avrupa Sözleşmesine (İHAS 5) göre, “her ferdin hürriyet ve güvenlik hakkı” mevcut olup, Sözleşmede gösterilen istisnalar dışında hiç kimse hürriyetinden mahrum edilemez. Sözleşmenin 5 inci maddesi kişi özgür-

lüğünün 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.

1982 Anayasası “kişi hürriyeti ve güvenliğini” 19 uncu maddesinde 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 yetkililerdir: “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti” bulunan kişiler, kaçma veya delil karartma şüphesi ile yakalanabilirler.

Anayasa yakalanan kişilerin haklarını da düzenlemiştir (Any. 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 hakim önüne çıkarma mecburiyeti getirilmiş (CMK bu süreyi 24 saate indirmiştir: m. 91/1), 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.

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” 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.

Hukuka aykırı yakalama suçtur. Yargıtay hırsızlık suçundan aranan bir başka şüphelinin yakalanabilmesi için, gece saat 4.00 de, aranan kişinin yakınlarının kapısına giderek sordukları, sonra kardeşinin evine giderek arama yaptıkları ve kardeşini polis aracına alıp karakolda yarım saat beklettikleri anlaşılan polislerin, konut dokunulmazlığı bozma ve özgürlüğü



kısıtlama suçlarını işlediklerini kabul etmiştir (4 CD. 19.4.2006, K. 9696).

## **II- Önleme Yakalaması ve muhafaza altına alma.**

### *1) Toplum için tehlike teşkil eden hallerin önlenmesi için yakalama.*

Küçüğün korunması veya toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastasının doğurduğu tehlikenin önlenmesinde olduğu gibi (Any. 19/2), kamu emniyeti ve kamu düzeninin korunması için gerekli olan hallerde, suç işlenmiş olmasa bile, jandarma veya polis, muhafaza altına alma gibi kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte tedbirler alabilir.

Jandarma veya polisin 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 tür önleme yakalaması suç ile ilgili değildir. Jandarma veya polis bir kişiyi gözaltına, muhafaza altına alabilir veya zorla getirebilir.

Jandarma veya polisin 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.

CMK’nun 99 uncu maddesinin gereği olarak 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

### *2) Muhafaza altına alma, sınır dışı etmek üzere idari yakalama ve idari gözetim.*

“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 (Yakalama Y 5i) ve usulüne aykırı şekilde ülkeye girenler ile geri verilecek kişiler (TCK 18) de yakalanarak, muhafaza altına alınabilir (YakalamaY 5j).

Sınırdışı edilecek olan kişilerin idari yakalanmaları konusunda yasal düzenleme yapılmamış olması Sözleşmenin 5/1 maddesine aykırıdır. Yasadışı yollardan ülkeye giren kişiler hakkında ayrıntılı yakalama tutanağı düzenlenmemesi de AİHM'in 5/1 ihlali kararı vermesine neden olmuştur (Tehrani vd.–Türkiye 13.4.2010).

Bu gelişmeler üzerine 2013 yılında 6458 numaralı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yürürlüğe konmuştur. Bu Kanunun sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve süresi başlıklı 57. maddesine göre, “54 üncü madde kapsamındaki yabancılar, kolluk tarafından yakalanmaları hâlinde, haklarında karar verilmek üzere derhâl valiliğe bildirilir. Bu kişilerden, sınır dışı etme kararı alınması gerektiği değerlendirilenler hakkında, sınır dışı etme kararı valilik tarafından alınır. Değerlendirme ve karar süresi kırk sekiz saati geçemez”. Aynı maddenin 2 inci fıkrasında, Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınacağı, hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürüleceği hüküm altına alınmıştır. 3 üncü fıkrada, Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemeyeceği, ancak bu sürenin, sınır dışı etme işlemlerinin yabancıнын iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde, en fazla altı ay daha uzatılabileceği düzenlenmiştir. 4. fıkra uyarınca, İdari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı,

valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirilir. Gerek görüldüğünde, otuz günlük süre beklenilmez. İdari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetim derhâl sonlandırılır. Bu yabancılar, belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir. 5. fıkra gereğince, İdari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirmelerin sonuçları, gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Aynı zamanda, idari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa, kendisi veya yasal temsilcisi kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir. 6. fıkroda bu karara karşı kanunyolu düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca, İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Dilekçenin idareye verilmesi hâlinde, dilekçe yetkili sulh ceza hâkimine derhâl ulaştırılır. Sulh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sulh ceza hâkiminin kararı kesindir. İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştığı iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvurabilir.

Kanunun 58. Maddesinde “geri gönderme merkezleri” düzenlenmiştir. 58/1. fıkra uyarınca, İdari gözetime alınan yabancılar, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar.

Kanunun 59 uncu maddesinde, “geri gönderme merkezinde sağlanacak hizmetler” düzenlenmiştir. Bu madde göre geri gönderme merkezlerinde, a) Yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri ücretsiz verilir, b) Yabancıya; yakınlarına, notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilme, ayrıca telefon hizmetlerine erişme imkânı sağlanır, c) Yabancıya; ziyaretçileri, vatandaşı olduğu ülke konsolosluk yetkilisi, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği görevlisiyle görüşebilme imkânı sağlanır, ç) Çocukların yüksek yararları gözetilir, aileler ve refakatsiz çocuklar ayrı yerlerde barındırılır, d) Çocukların eğitim ve öğretimden yararlandırılmaları hususunda, Millî Eğitim Bakanlığınca gerekli tedbirler alınır.

Sınır dışı etme kararının yerine getirilmesi başlıklı 60. maddeye göre, Geri gönderme merkezlerindeki yabancılar, kolluk birimi tarafından sınır kapılarına götürülür. Geri gönderme merkezlerine sevk edilmesine gerek kalmadan sınır dışı edilecek olan yabancılar, Genel Müdürlük taşra teşkilatının koordinesinde kolluk birimlerince sınır kapılarına götürülür. Sınır dışı edilecek yabancıların seyahat masrafları kendilerince karşılanır. Bunun mümkün olmaması hâlinde, masrafların eksik kalan kısmı veya tamamı Genel Müdürlük bütçesinden ödenir. Masraflar geri ödenmediği sürece, yabancıların Türkiye'ye girişine izin verilmeyebilir. Yabancıların pasaportları veya diğer belgeleri, sınır dışı edilinceye kadar tutulabilir ve sınır dışı işlemlerinde kullanılmak üzere biletleri paraya çevrilebilir. Gerçek veya tüzel kişiler, kalışlarını veya dönüşlerini garanti ettikleri yabancıların sınır dışı edilme masraflarını ödemekle yükümlüdür. Yabancıyı izinsiz çalıştıran işveren veya işveren vekillerinin, yabancıların sınır dışı edilme işlemleri konusundaki yükümlülükleri hakkında 4817 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır.

### 3) Tehlikenin önlenmesi.

Kişinin emniyetinin sağlanması için özgürlüğü kısıtlandığında 'önleme yakalaması'ndan bahsedilir. Basamak teorisi içinde yakalama öncesinde "durdurma" gelir. Polis mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla kişileri ve araçları durdurabilir (PVSK 4A/1). Kimliği belirlenmezse gözaltına alınabilir (PVSK 4A/9). Kişinin vücudu veya hayatı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması için gerekli ise özellikle o kişinin iradesine sahip olmadığı veya yardıma muhtaç bir durumda bulunduğu anlaşılıyorsa veya tedbirin uygulanması, işlenmek üzere bulunan veya işlenmekte olan bir suçun doğurduğu tehlikenin önlenmesi için kaçınılmaz bir tedbir olarak ortaya çıkıyorsa, jandarma veya polisin bir kişiyi muhafaza veya gözaltına alması kabul edilir.

Diğer taraftan bir küçük kendisi üzerinde gözetim yetkisine sahip bulunan kişiden kaçmış ise o kişiye geri verilmek üzere jandarma veya polisin 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, jandarma veya polis tarafından yakalanarak, kontrol altına alınır ve hakkında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekiyorsa “ilgili kurum yetkililerine teslim edilirler” (PVSK “2002-4771” 13).

Önleme amacıyla jandarma veya polis tarafından gözaltına veya korumaya alınan kişi sebep ortadan kalktığı anda geciktirilmeksizin serbest bırakılır.

Yukarıda açıklanan özel durumlarda, mesela rezalet çıkaracak şekilde sarhoş olan, sarhoşken saldıran kişinin, akıl hastasının veya küçüğün korunması amaçlı muhafaza altına alma yetkisi verilmişse de “suçun önlenmesi için yakalama” yetkisi Türk Polisine verilmemiştir. Görüldüğü gibi polisin “tehlikeyi önleme yakalaması yetkisi” maalesef yoktur. PVSK 4A/1-ç ile 2007 yılında “tehlikeyi önlemek için durdurma” yetkisi verilmişse de bu kişilerin kimlik bilgileri tamsa yakalama yetkisi yoktur.

#### 4) Önleme yakalamasından sonra hakimden karar alma sorunu.

Yakın tehlikeyi önlemek amaçlı yakalama yetkisi bizde mevcut bulunmamakla birlikte, diğer muhafaza altına alma hallerinde jandarma veya polisin önleme amaçlı gözaltına alma yetkisi her memur tarafından kullanılabilen, yani özel bir emre ihtiyaç göstermeyen bir yetkidir. Bununla birlikte gözaltına alınan kişinin bu durumunun kısa sürmeyeceği anlaşılırsa, jandarma veya polisin, geciktirmeksizin özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğu ve devamı konusunda hâkimden bir karar almak mecburiyeti Anayasadan kaynaklanır (Any. 19) ve kanunla düzenlenmelidir.

Ancak hâkimden alınacak kararın serbest bırakma işleminden önce elde edilemeyeceği anlaşılırsa, bir başka deyişle hâkimden karar alınıncaya kadar kişinin serbest bırakılmasını gerektiren şartlar oluşursa kişi serbest bırakılır.

Tehlikenin önlenmesi amacı ile yapılan muhafaza altına alma işleminin hukuka uygun olup olmadığı konusundaki kararı muhafaza altına alınan kişinin bulunduğu yerdeki sulh hâkimliği vermelidir.

#### 5) Muhafaza altına alınan kişinin durumu.

Jandarma veya polisin 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 kısıtlamasının amacını tehlikeye düşürecek olsa bile yakınlarına haber vermek mecburiyeti vardır (PVSK “2002-4771” 13/5).

Bu mecburiyet ile ‘maksadı aşan bir düzenleme’ yapıldığını düşünüyöruz. 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.

Özgürlüğü kısıtlanan kişi bu hakkı kullanabilecek durumda değilse veya küçük ise veli, vasi veya ilgisine; yabancı ise konsolosluğuna (YakalamaY Sanık Hakları Formu, RG. 1.6.2005) herhalde haber verilmelidir.

Özgürlük kısıtlaması hâkim tarafından yapıldığında haber verme mecburiyeti farklı düzenlenmiştir.

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.

#### 6) Polis Hukukunun öngördüğü yakalama yetkileri.

“Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu”na 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).

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) Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları,

c) 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) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları,

e) Polisin kanunlarına uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri,

f) 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).

h) Aile içi şiddet uygulanması tehlikesi ortaya çıktığında, mülki amirin konuttan uzaklaşma emri verme ve muhtemel mağduru koruma altına alma yetkisi tanınmıştır. 48 saatlik bu yetki hakim tarafından onaylanarak kullanılır. 2012-6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” un 3 üncü maddesi ile düzenlenen bu yetki acil durumlarda ilk anda kolluk tarafından verilen emre uymama halinde, PVSK 17 deki adliyeye götürme yetkisini tetikler. Bu durumun da bir tür önleme yakalaması olduğuna dikkat çekmek isteriz.

ı) Sınır dışı edilecek kişilerin idari yakalaması ve idari gözetim konusunda yukarıdaki açıklamalara bakınız (n. 2).

i) Kolluğun verdiği emirlere uymayan, direnen kişileri ‘karakola götürme’, yani yakalama yetkisi (PVSK “2007-5681” 17/1) vardır. Bu yetki

araştırma işlemlerini engelleyen “men edilmesini” (PVSK “2007–5681” Ek 6/6) tamamlar niteliktedir. Men edilen kişi davranışlarını sürdürürse, polis onu karakola götürebilir. Mülga Kanunda mevcut bulunan bu “yakalama” yetkisi (CMUK 157), CMK ya alınmamıştı. 2007 değişikliği ile Polis Kanununa eklendiği görülmektedir. CMK’nın eksikliklerini PVSK ile gidermeye 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).

PVSK 17 inci madde jandarma veya polise kanun ve usul dairesinde verdiği emre uymayanlarla, başvurduğu tedbirlere riayet etmeyenler ve görevini yaptığı sırada mukavemette bulunan veya vazifesinden alıkoyarak maksadıyla zorla karşı koyan ve yakalanmadıkları takdirde hareketlerine devam edecekleri anlaşılabilir kişilerle, kimliği bulunmayan kişileri “karakola götürme”, yani yakalama yetkisi vermiştir.

j) PVSK 4/A maddeye göre, durdurulan ve kimliği sorulan kişinin kimliğini ibraz etmemesi durumunda “tutma“ yetkisi doğar.

k) 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).

### III– Adli yakalama.

Suç işlediği iddiası ile bir kişinin yakalanmasının bazı türleri vardır: suç üstü yakalaması; tutuklama koşulları olduğu halde hakime başvurma zamanı bulunmayan hallerdeki tutuklama yakalaması; yakalama emri üzerine yakalama gibi.

#### 1) Suçüstünde yakalama.

Kişi hürriyetinin hâkim kararı olmadan sınırlanması demek olan yakalama ancak zorunlu hallerde haklı görülebilir. Geçici mahiyette olması da bunun içindir. Tutuklamanın mümkün kılınması gayesi ile ve henüz bir tutuklama kararı ve dolayısı ile müzekkeresi verilmeden önce sanığın kişi hürriyetinin kaldırılmasına, “adli yakalama” denir.

Kişinin fiilen denetim altına alındığı an, yakalama anıdır. Kısa süreli



durdurmalar ve trafik kontrolü için durdurmalar “yakalama“ sayılmaz. Kısa süreli durdurma sırasında soru sorulabilir. Ancak ısrarlı bir şekilde soru sorulmaması gerekir; yakalama sırasında yaralanan şüpheli, cankurtaran ile hastaneye götürüldüğü sırada tedavi edilirken, kısa sorular sorulabilir.

Yakalamanın ilk şartı işlenenin “suç” olmasıdır: “kabahatte” yakalama değil “durdurma” (PVSK 4A) veya “tutma” yetkisi vardır.

Durdurmada kimliği belli olmayan kabahat failinin tutuklanması da gündeme gelebilir. Bu düzenlemenin “ölçülü” olmadığı belirtilmelidir. Buna karşılık, yakalamada, kişi fiilen denetim altına alınır. “Yakalama” anında kişinin İHAS 5 ve Any. 19 dan kaynaklanan insan hakları doğar.

Yakalama’nın “ne zaman” ve “hangi anda meydana geldiğini” bilmek önemlidir. Yakalamayı tespit etmek üzere kullanılan ilk kriter “objektif” ölçüttür: Makul ve orta zekalı bir kişi kendisini serbest hissetmiyorsa ve “fiili denetim altına alınmışsa” yapılan işlem “yakalamadır”. Kişinin yakalanmış olup olmadığını belirleyen ikinci ölçüt “tüm olayların birlikte değerlendirilmesi” kriteridir.

Olayın bir bütün olarak değerlendirmesi yapılırken 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).

Yakalama suç haberinin alınması üzerine yapılan araştırmalar sırasında “ilk işlem“ olarak uygulanamaz. Sadece suçüstü hallerinde yakalamanın ilk işlem olarak yapılması mümkündür.

2014–6526 değişikliğinden beri, yakalama yetkisinin doğması için, “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller” (CMK 100/1)

ile “kişinin bir suç u işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı” (CMK 92/2), gerekir.

Suç u işlerken rastlanan, yani “suçüstü” yakalanan faili herkesin “geçici olarak” yakalama yetkisi vardır (CMK 90/1). Özel kişilerin geçici yakalama yapma hakları mevcut bulunmakla birlikte, bu bir görev değildir. “Herkes”, kavramına; suçtan zarar gören veya sıfatı ne olursa olsun, diğer kişiler, görevli olduğu yer dışında da olsa, jandarma ve polis memurları dahildir.

“Suçüstü” sırasında rastlanan faili jandarma ve polis de “geçici olarak” yakalayabilir. Yakalama, ‘suçüstü hali’ ile sıkı bir şekilde bağlıdır. Geçici yakalama “hâkim kararı” veya yetkili bir merci tarafından verilen bir “emir” olmaksızın, mülga kanunun ifadesi ile ‘tutuklama müzekkeresi’ olmaksızın yapılır.

Herhangi bir kişinin yakalama yetkisini kullanabilmesi için olayda aşadaki şartların gerçekleşmiş olması aranmalıdır.

i) Suçun tanıklar önünde işlenen bir suç olması ve failin yakalanması şartı. Suç kişi tarafından işlenilirken rastlanılan bir suç olmalıdır. Yani suç henüz işlenmiş olup fail cürmün işlenmesinden sonra kovalanmalı veya ilgili suç işlediğini gösteren eşya ve izlerle yakalanmalıdır. 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 takirle işlenmiş olması önemli değildir; sadece kovuşturulabilir olması yeterlidir.

İşlenmekte olan bir suç a rastlayan bir sivil şahıs, faili bir süre takip ettikten sonra takip etme işini ‘hırsız u yakalayın’ diyerek başka bir kişiye devredebilir.

ii) Kaçma şüphesinin mevcut bulunması şartı. Yakalanan kişinin, o anda ele geçirilmediği takdirde kaçmasından korkulmalı (CMK 90/1–b) veya hemen kimliğini belirlemek mümkün olmamalıdır. CMK kaçma şüphesini

var kabul ettiği ağır suçları saymıştır (CMK 100/3).

Suç işlerken yakalanan veya takip edilen kişinin kaçarak cezaî müeyyidelerden kurtulmak istediği izlenimini doğuran davranışları varsa kaçma şüphesi gerçekleşmiştir. Kural olarak bütün ağır suçlarda ve gizli işlenen suçlarda bu şüphe mevcuttur. Bununla birlikte CMUK 104. maddenin düzenlediği anlamdaki kadar ‘kuvvetli kaçma şüphesi uyandıracak vakıaların’ yani, “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların” (CMK 100/1) mevcut bulunması şart değildir.

“Kaçma şüphesi” tutuklama kararı ve “kaçaklık kararı” verilmesi için aranan unsurlardan biridir.

iii) Hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması şartı. Suç işlerken rastlanan kimse yanında taşıdığı resimli bir belgeyi göstererek kimliğini kanıtlarsa artık “hemen kimliğini belirleme mümkün olmadığı” gerekçesi ile yakalanamaz. Şahsın yakalanması yerine kimlik belgelerine elkonulabilir veya tespit yapıldıktan sonra, belge ona iade edilebilir.

Ancak bu ihtimal sadece “kimlik tespiti amacı ile yakalama” (mülga CMUK 127 ve PVSK ‘2007–5681’ 4A/9) seçeneğinde geçerlidir. Kaçma şüphesi ile yakalanan kişi kimlik gösterse bile serbest bırakılmaz.

Suç işlerken rastlanan kişi adını soyadını söyler, fakat kimlik ibraz edemezse, kimliği saptanmış sayılamaz ve yakalama şartı oluşur.

iv) Şikâyet şartı. Eğer fiil soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç ise Ceza Muhakemesi Kanununa göre, “şikâyet şartı gerçekleşmiş” olmalıdır.

## 2) Suçüstü yakalamanın şekli.

Suçüstü halinde herkesin sahip bulunduğu yakalama yetkisinin “şekli” konusu yasada düzenlenmemiştir. 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.

Yakalama sırasında ve yakalananın gözaltında tutulması esnasında arama ve doğrudan doğruya zor kullanma yetkisi sadece jandarma veya polise tanınmış bir yetkidir. Özel kişiler faili yakalarken (CMK 90/1, 4), zor

kullanabilir ama bunun makul bir oranı aşmaması gerekir, silah kullanamaz. Bu oranı aşan zor ve silah kullanılamaz.

Arama ve elkoyma da, CMK 90. maddenin 2. fıkrasında veya CMK 116. madde ile kişiye verilmiş bir yetki olmadığı için, arama veya elkoyma işlemleri özel kişilerce yapılamaz. Olayda meşru savunma veya zorunluluk halinin şartları gerçekleşmişse (TCK 25), yukarıda söylenen kurala istisna tanınabilir.

Özel kişiler tarafından yakalanan bir kişi geciktirilmeksizin jandarma veya polise teslim edilir (CMK 90/3). Kolluk kendisine teslim edilen bu kişiyi “yakalayabilir” ama “gözaltına” alamaz ve kendiliğinden serbest bırakamaz: durumu Cumhuriyet savcısına bildirir ve emir bekler. Cumhuriyet savcısı ya gözaltına alma emri verir veya serbest bırakır. Bu nedenle kolluğun kendiliğinden bırakma yetkisi artık yoktur. Herkes tarafından yapılabilen yakalama öncesinde de “makul şüphenin” doğmuş olması gerekir. Sebepsiz yere, bir vatandaş tarafından “yakalanan” kişinin, polis tarafından serbest bırakılmayıp, Cumhuriyet savcısının emrini beklemek kişi haklarını koruyan bir yaklaşım değildir.

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 müzekkeresi kesilmesini gerektiren bir hal” bulunmalı ve özellikle gözaltına alma tedbirinin soruşturma yönünden zorunlu olması ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı (CMK 91/2) aranmalıdır. Bu şartlar yoksa yakalanan kişi Cumhuriyet savcısının kararı ile serbest bırakılır.

“Herkes” (CMK 90/1) tabirine kolluk memurlarının da girdiğinde kuşku yoktur. Bu kolluk memurları hem önleyici hizmetler yapan kolluk memurları, hem de “adli kolluk” memurlarıdır.

Kanun “geçici yakalama” yetkisini verirken önce kişiye suçu 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).

Suçun işlenmesinden sonra “izlenen kişi”. Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin herkes tarafından yakalanması için ise seçenekli olarak iki

koşul öngörölmüştür: Kaçan kişinin yakalanması için ya “kaçma olasılığının bulunması” veya “hemen kimliğini belirleme olanağını bulunmaması” şart koşulmuştur (CMK 90/1).

### 3) Tutuklama yakalaması.

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):

Birinci koşul tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir hal gerçekteşmiş bulunmalıdır. Bu birinci koşulun gerçekteleştiği durumlarda, buna ek olarak “gecikmesinde sakınca bulunan bir hal” sözkonusu olmalı ve birlikte gerçekteşmesi gereken üçüncü koşul ise kolluk görevlisinin o an Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağının bulunmaması koşuludur.

Bu üç şartın bir arada bulunduğu durumlarda, kolluk görevlilerinin “suçüstü fiiller dışında da” kendiliğinden (re’sen) yakalama yetkisi doğmaktadır (CMK 90/2).

Göröldüğu gibi suçüstü hallerine ek olarak, savcının ve kolluğun yakalama yetkileri (CMK 90/2) herkesinkine oranla daha geniştir. Ayrıca ‘özel yakalama’ halleri de vardır. Olayda tutuklama kararı verilmesini gerektiren haller, özellikle “kuvvetli Őüphede” şartı (CMK 100) gerçekteşmişse ve aynı zamanda gecikmede tehlike varsa, ayrıca kolluk memurunun, savcıya veya amirlerine hemen başvurma imkânı da yoksa kolluk memuru aleni yerlerde yakalama işlemini yapabilir (CMK 90/2). Evde konutta yakalama yapılması “arama” olup ayrı kurallara tabidir.

Savcıların, kolluk âmir ve memurlarının herkesten fazla olarak meşhut suç dışında da yakalama yetkisini haiz olmaları için gereken şartlar Şunlardır (CMK 90/2):

i) Şüphelinin o suçta işlediğine dair “kuvvetli belirtiler” ortaya koyan ve bu şekilde tutuklama kararı verilmesini gerektiren bir durum olmalıdır.

ii) Gecikmede tehlike olmalıdır.

iii) Kolluk memuru âmirlerine derhal müracaat edememelidir.

Jandarma veya polisin “tutuklama yakalaması” yoluna başvurabilmesi için işlendiğinden makul sebeplere dayanarak şüphelendiği suçun, ‘tutuklanabilir bir suç’ olması gereklidir. Zira yukarıda gördüğümüz gibi 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.

Yakalamanın temel şartları gözaltı kararına göre belirlenir (CMK 91/2): gözaltına alma soruşturma yönünden zorunlu olmalı ve kişinin suç işlediği şüphesini gösteren somut deliller bulunmalıdır.

Bu tür somut deillere dayanan şüpheye “makul şüphe” denilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 inci maddesine göre de kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için “makul şüphe” bulunmalıdır. Divana göre, şüphenin makul sayılabilmesi için “ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün bulunduğu hususunda objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli vakıa ve bilgilerin mevcudiyeti” şarttır.

Bu kanaat “somut olaya has şartlar değerlendirilerek oluşturulmalıdır. Suç işlediğini gösteren makul ve kuvvetli sebep ve belirtiler mevcut olmadıkça kimse yakalanamaz.

Şahıstan bilgi almak amacı ile yakalama Sözleşmeye aykırıdır.

#### 4) Tutuklama yasakları bulunan hallerdeki yakalama.

Kanunlarımızda “tutuklama yasakları” vardır. Ancak, bu gibi hallerde de suç işlediği şüphesi altında bulunan bir kişinin yakalanması mümkündür.

Kanun “sadece adli para cezasını gerektiren suçlarla”, “hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda”, tutuklama kararı verilmesini yasaklamıştır (CMK “2005–5353” “2012–6352” 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 failer için tutuklama yolu açıktır.

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).

Polis Kanunu da (PVSK 4A/9), kimlik tespit amaçlı yakalama yetkisi vermiştir. Kabahatlerde de (KK 40/2) aşağıda açıklanan “kimlik tespiti yakalaması” uygulanır ve kişinin kimliği tespit edildikten sonra, adli işlemlerin tutuksuz yürütölmek üzere ilgili serbest bırakılır.

Buradaki yakalamanın amacı ilgilinin kimliğini ‘tespit’ etmekten ibarettir. Kişi “tutulunca” kimlik bilgileri tespit edilip, “adli kayıtlara geçirildikten sonra”, serbest bırakılacak; “gözaltına alınırsa”, 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 Adliyeyi işlemez 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 gözaltına alınması ve hatta tutuklanması kabul edildi (PVSK ‘2005–5681’ 4A/9). Tutuklama yetkisinin uzun sürebilecek kimlik tespiti işlemleri dolayısı ile gözaltına alınan kişiye bir hukuk garantisi olarak verildiği anlaşılmaktadır ve yerindedir.

Durdurulan kişinin kimliği sorulduğunda, belgesinin bulunmaması nedeniyle kimliği belirlenemezse kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet 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.

##### 5) “Yakalama emri” üzerine yakalama.

Yakalama emri CMK 98 ile sınırları çok açık ve dar bir şekilde çizilen fakat kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir yetkidir. Yakalanan kişi 2014-6526 sayılı Kanun ile değişen CMK 94 uyarınca SEGBİS sorgusuna tabi tutulur.<sup>81</sup> Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine

<sup>81</sup> CMK 94 ün 2014 değişikliği öncesindeki durumu uyarınca, hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişinin, en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılması zorunlu idi. Kişi yakalama emri üzerine yakalandığında ilgili hakim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıyor ve serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanıyordu. Geniş yetkili ağır ceza mahkeme-

soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır (CMK 94).

Yakalama emrinin kullanım alanları Kanunda çok net bir şekilde gösterildiği halde, uygulamacılar tarafından kaldırılmış bulunan gıyabi tutuklama kararı yerine kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Hazırlanan yakalama emirlerinde tutuklama kararı verilmesinin ön koşullarını yazan hakimler vardır. Yakalama emri ile zorla getirme kararı da (CMK 146) iç içe girmiş bulunmaktadır (4. CD 11.10.2006, K. 15110).

CMK 98 ile yakalama emri veya tutuklama kararı verilmiş olan veya verilebilen hallerde kolluğun kendiliğinden kullandığı yakalama yetkisi düzenlenmiştir: hakim veya savcı tarafından verilmiş olan bir yakalama emrinin (CMK 98) yerine getirilmesi yolu ile kolluk kendiliğinden yakalama işlemi yapabilir. Yakalama emrinde kişinin eşgali, biliniyorsa kimliği, yüklenen suç ve yakalanınca nereye gönderileceği yazılır (CMK 98/4).

Yakalama emri uyarınca kişi yakalanırsa veya emre konu teşkil eden işlem yapılırsa, “yakalama emri kolluktan geri alınır.” Mahkeme, hakim veya C. savcısı bunun iadesini kolluktan ister (CMK 90/6).

#### 6) “Yakalama emri” türleri.

CMK dört türlü “yakalama emri” öngörmüştür:

Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir.

Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminin reddine karar verildiğinde, şüpheli serbest kalmakta ve kaçtığı durumlarda ele geçirilmesinde zorluk-

---

lerinin ve bunlara bağlı C. savcılarının CMK 250. madde de sayılan suçlar bakımından, geniş yetkili ağır ceza mahkemesi veya başkanı, cumhuriyet savcısı, mahkeme naibi veya istinabe olunan hakim kolluğa, soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheliyi, sanığı, tanığı bilirkişiyi ve suçtan zarar gören şahsı belirtilen gün saat ve yerde hazır bulundurma emri verebiliyordu (mülga CMK 251/6). TMK 10 da 2012 de yapılan düzenleme ile bu yetki kaldırıldı.



la karşılaşılmakta idi. Cumhuriyet savcısı, isteminin reddi kararı verildiğinde, bu karara itiraz etme yetkisi bulunduğundan, itiraz üzerine düzenlenen yakalama emri tipi doğdu (CMK 98/1 cü. 2).

Kovuşturma evresinde sanık “kaçak” (CMK 247) ise mahkeme veya hakim resen veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine yakalama emri düzenleyebilir (CMK 98/3). Bu karar da kaldırılan gıyabi tutuklama kararı gibidir.

Ancak kovuşturma evresinde CMK 199/1’e göre verilen yakalama emri söz konusu olduğunda uygulamada istinabe ile savunmanın alınması mümkün suçlar bakımından sorun kolaylıkla aşılmakta, mülga CMUK 223 maddesine benzer işleme, sanık doğrudan emsal mahkemeye sevk edilmekte ve savunması alınmakta böylece yol tutuklamasına gerek kalmamaktadır.

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 elzendir. Yoksa da tamamlatılması gerekir.

Soruşturma evresinde CMK 98/1 madde hükmüne göre sulh ceza hakimi ya da tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Soruşturma evresinde sulh ceza hakimince verilen yakalama emri üzerine, yakalan kişinin üzerine atılı suçun alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektirip gerektirmediği değerlendirildikten sonra istinabe için mahallindeki Cumhuriyet 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 hakiminin serbest bırakma yetkisi yoktur. Yakalama emrindeki kimlik bilgilerinin tespitinden sonra tutuklama kararı verilmesi gerekir.

Yakalanmış iken kolluk görevlilerinin elinden kaçan şüpheli veya sanık hakkında veya tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcısı ve kolluk kuvvetleri “yakalama

emri” düzenleyebilir (CMK 98/2).

Bu yakalama emri türü çok sınırlı bir alanı kapsar: yakalandıktan sonra kaçan şüpheli veya tutukevi veya ceza evinden kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında düzenlenebilir. Örneğin Cumhuriyet savcısı ifadesi alınacak bir şüpheli için CMK 98’e dayanarak yakalama emri veremez. Hürriyet kısıtlaması sonucu doğuran bu kararın hakim tarafından verilmesi gerekir (4. CD 11.10.2009, K. 15110).

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 savcıları 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.

Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca tutuklama isteminin reddi kararına karşı itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir (CMK ‘2005–5353’ 98/1).

Yakalanan kişi kolluğun elinden kaçarsa kolluğun verebileceği “yakalama emri” (CMK 98/2) (buna yakalama genel müzekkeresi demek daha doğru olur) ile tekrar yakalanması sağlanır ve tekrar yakalanan kişi (mülga Kanundaki tutuklama müzekkeresi ile tutuklanan gibi) hâkim önüne çıkarılır ve gerekiyorsa salıverilir; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hakim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır (CMK ‘2005–5353’ 94).

CMK 251/6 madde hükmüne dayanan ve özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlarda uygulanan bir tür yakalama türü daha vardı. Ceza Muhakemesi Hukukunun genel prensiplerine aykırı olduğu açık olan bu yetki, 2012–6352 sayılı kanun ile değişen TMK 10 da düzenlenmeyerek, ortadan kaldırıldı.

#### 7) Gıyabi tutuklama kararı üzerine yakalama (CMK 248/5, 112).

Ceza Muhakemesi Kanunu gıyabi tutuklama kararını prensip olarak kaldırmıştır. Bununla birlikte, istisnai olarak, gıyabi tutuklama kararı gibi

işlev yapan kararlar da sistemde mevcuttur. Bu nedenle, tutuklama kararının verildiği diğer durumlarda, sanığın oturumda hazır olması sözkonusu olacaktır. Sanık hazır değil ise tutuklama kararı verilememektedir.

Mesela tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir (CMK ‘2005–5353’ 98/1). Bu karar hakim kararı olduğundan, kaldırılan gıyabi tutuklama kararı gibi işlev yapar.

Kanun 2012–6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlardaki” adli kontrol kararı verilmesi yasağı kaldırıldığı için, artık bütün suçlarda tutuklama yerine adli kontrol altına alınma kararı verilmesi mümkündür (CMK 109/1). Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir (CMK 112). Bu şekilde adli kontrol hükümlerine uymayanlar bakımından “gıyabi tutuklama kararı üzerine yakalama” (yani “tutma”) mümkündür.

Kaçaklar bakımından sulh ceza hakimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilmesini kabul etmiştir (CMK 248/5). Bu durumlara ilişkin bir tutuklama kararı varsa, ilgili hakkında bir “yakalama emri” (CMK 98/3) düzenleneceğinden, kolluğun yakalama emrine dayanan yakalama yetkisi doğar. Kanaatimizce CMK’nun 248/5 maddesine göre verilen gıyabi tutuklama kararına dayanan yakalama emri üzerine yakalanan sanıklar bakımından mahalli sulh ceza hakiminin serbest bırakma yetkisi yoktur. Yakalandığında ilgili mahkemeye müracaatı sağlanmıyorsa, yol tutuklaması yapılması zorunludur. Sulh ceza hakiminin yetkisi sadece kimlik tespiti ile sınırlı olarak anlaşılmak gerekir.

#### 8) Kesinleşmiş hapis cezasının infazı için yakalama: Elegeçirme.

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 başvurulmuş bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Yakalama da böyledir. Fakat verilen hüküm yargı halini aldıktan sonra da hükmün yerine getirilebilmesini yakın bir tehlikeden koru-

mak gerekebilir. Savcı ayrıca hükümlü hakkında da yakalama emri, yani “ele geçirme 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.

Mahkum 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 vasıttır. İşte “ele geçirme” hükmün yerine getirilebilmesi için yapılan bir yakalamadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu 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 kağıdı” ile davet edilmesini öngörmüştür. Çağrı kağıdında; 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 kovuşturma 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 “yakala-

ma emri”, ceza mahkemesinin verdiği kesinleşmiş bir mahkumiyet kararına dayandığı için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (İHAS 5/a) aykırı değildir.

Bu tür yakalama emirleri bir kez infaz edilmesine rağmen, kolluğun bilgisayar sisteminden silinmediği için kişinin defalarca yakalanmasına neden olabilmektedir. İlgili Cumhuriyet savcısı tarafından çıkarılan yakalama emrinin geri alınması gerekir. Geri alınmama dolayısıyla kişinin belli aralıklarla emniyet tarafından gözaltına alınmasında, Danıştay hizmet kusuru bulunduğunu, yerinde olarak, tespit etmiştir (Danıştay 10. D, 17.10.2007, K. 4756).

Bu konu HSYK nın ve Adalet Bakanlığının genelgelerine de konu teşkil etmiş ve durumun düzeltilmesi için dikkat çekilmiştir.

#### **IV– Yakalamanın icrası.**

##### *1) Yakalama işleminin gerçekleştirilmesi.*

###### *a) Yakalamanın yeri ve 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.

###### *b) Tehlikenin önlenmesi için silah araması yapmak.*

Yakalama sonrası arama yapılabilir. Yakalama sonrası “tehlikenin önlenmesi amacıyla” silah denetimi biçiminde yapılan kontrollerde yazılı emir almaya gerek yoktur (AramaY 8/1–c). Yakalama sırasında direnme halinde kolluğun zor kullanma yetkisi doğar.

Ancak ayrıntılı arama yapılması için “yazılı emir” alınması gerekir. CMK 161 uyarınca bütün adli işlemler Cumhuriyet savcısı emri ile yapıldığı için yakalananların savcıya derhal bildirilmesi gerekir. Uygulamada yakalanan kişilerin gözaltına alınması için Cumhuriyet 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” Cumhuriyet savcılığına bilgi vermek mecburiyeti koymuş bulunduğu için (CMK “2005-5353” 90/5), kolluğun silahtan arındırdığı kişinin “ince aramasını” yapabilmesi için, artık Cumhuriyet savcılığının yazılı emrini alması kanuni bir yükümlülük olmuştur. Gözaltına almak için Cumhuriyet 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.

*c) Kişiye yakalandığının açıklanması.*

“Yakalandığı” ilgili kişiye yakalama anında söylenmelidir. Bu birinci işlem olmalıdır. Mevzuatımızda bunu öngören bir hüküm mevcut bulunmamasına rağmen, bu bildirim yapılmazsa, yakalanan kişi tereddütte kalır. Yakalama sırasında “kanun namına yakalandınız” şeklinde bir şey söylenmesi gibi, belli bir şekil şartı yoktur. nemli olan tek şey, yakalanan kişinin hareket etme özgürlüğünün eylemli bir şekilde kısıtlandığının açıkça ve tereddüde yer vermeyecek bir şekilde belli edilmesi ve neticede bireyin kendisini serbest hissetmemesidir. Amerika Birleşik Devletlerinde yakalamanın işareti olarak yakalanan kişiye kelepçe takılmaktadır.

*) Yakalama sebebinin bildirilmesi.*

Yakalanan (veya tutuklanan) kişilere yakalanma sebepleri ve haklarındaki iddialar, herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde szli olarak derhal, toplu suçlarda en geç hkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir (AY 19/4, İHAS 5/2, PVSK “2002-4771”13). Kolluk tarafından “yakalanan kişiye” “yakalama sebebinin” söylenmesi gerekir (PVSK “2002.4771” 13/4, Yakalama Y 6). Durdurulan kişiye “durdurma sebebinin bildirilmek” mecburiyeti bulunduğu da unutulmamalıdır (PVSK 4A/3).

Yakalanan kişilere yakalama sebebinin bildirilmemesi İHAS 5/2 maddeyi ihlal eder. Bu bilgilendirmenin derhal, yakalama anında yapılması gerekir. Fakat bu bildirimde ayrıntılı olarak suç isnadının bütün unsurlarına yer verilmesi gerekmez.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> Fox-Campbell ve Hartley-İngiltere, 30.8.1990, § 40; H.B.-İsviçre, 5.4.2001, § 47.

Attı ve Tedik–Türkiye (20.10.2009) kararındaki olayda; polis, “durumundan şüphe etme” ve “soruşturma kapsamında” gibi genel ifadelerle yakalama nedeni bildirdiği için 5/2 ihlal edilmiştir. Ayrıca Tedik’in evinde ele geçirilen kitap ve dergilerin isnad edilen suçla ilgisi olmaması ve bu kitapların yakalama nedeni yapılması da eleştiri konusu yapılmıştır.

Yakalanan kişiye yakalanmasının sebebi yazılı olarak bildirilmemişse, yapılan yakalama işlemi ‘hukuka aykırı’ bir nitelik kazanacağından, ilgilinin tazminat istemek hakkı doğar (CMK 141/1–g).

*d) Yakalanan kişiye haklarının bildirilmesi.*

Haklarını öğrenme hakkı Anayasal bir haktır (Any. 40). Hakların bildirilmemesi işlemi yoklukla malul kılar. Yakalama işleminin gerçekleştirildiği anda yakalanan kişiye Anayasal hakları bildirilir (CMK 90/1, Yakalama Y 6). 1992 Kanunkoyucusu bu önemli noktayı (CMUK 135) sükûtle geçirmişti. Oysa Miranda kararından kaynaklanan ‘haklarını öğrenme hakkı’ yakalama ile ilgili olarak doğmuş bir haktır. Amerikan Hukukunda 1963 tarihli Miranda v. Arizona davası ile polisçe yakalanan kişilere sahip bulunduğu hakların öğretilmesi müessesesi yer etmiş, Alman Kanununda da bu hak düzenlenmiştir. İlgiliye haklarının bildirilmesi yani “öğretilmesi” şarttır. Yakalanan kişiye; susma, müdafiden yararlanma, yakınlarına haber verme, lehine delil toplanmasını isteme ve “yakalamaya itiraz etme hakkı” (CMK 91/4) öğretilmelidir (Yakalama Y 6). Yakalamadan doğan haklara uyulmaması elde edilen delillerin “hukuka aykırı işlem ile elde edilen delil” kategorisine girmesine neden olur. Yakalama sırasında söylenecek haklar kanunda gösterilmemiş fakat bu hakların hatırlatılmaması tazminat istemi sebebi sayılmıştır (CMK 141/1–c).

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 söyleme gereklidir. Soru sormanın “ifade alma biçiminde” (CMK 147) olması gerekir. İfadesi alınan kişinin “kendisine soru soranın kolluk mensubu bir memur olduğunu” bilmesi gerekir.

Ancak, kamu güvenliğini korumak amacı ile sorular soruluyorsa hak söylemeye gerek yoktur.

Yakalanan kişinin acil tedaviye muhtaç bulunduğu durumlarda sorulan sorularda hak söylenmez.

Üst araması yapan memurun “kendi güvenliğini sağlamak için” sorduğu sorular sırasında hak söylenmez.

Tehlikede olan bir rehinenin kurtarılması için sorulan sorular sırasında hak söylenmez.

Başka suçtan tutuklu veya hükümlü olan kişilerin “diğer bir suçtan dolayı ifadelerine başvurulursa” hakların tekrar söylenmesi gerekir. Örneğin hırsızlıktan yakalanan kişiye “vergi kaçırıp kaçırmadığının” sorulması için ayrıca hak bildirmek gerekir. 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.

Hedef kişi ile ilk karşılaşmadan sonra “o kişi hakkında ilk şüpheler belirmeye başladığı sırada” hakların hemen söylenmesi gerekli değildir.

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.

Kendisini suçlamama hakkı, insan hakları arasında önemli yer işgal eden Anayasal bir haktır. Susma hakkı bulunduğu yakalanan kişiye ilk anda bildirilmelidir.

Yakalanan kişinin kendisinin suç ile ilgisinin bulunmadığı yolunda savunma yapması da bir haktır; yani şüphelinin konuşma hakkı da vardır. Bu nedenle yakalanarak gözaltına alınmış bulunan kişilerden alınan ifade, ceza muhakemesi hukukunda ayrı bir önem taşır. Yakalanarak gözaltına alınan sanığın hâkim tarafından (Kanunda belirtilen süreler içinde) sorguya çekilme hakkı vardır (CMK 147). Gözaltına alınan kişinin sorgusunda müdafii hazır bulunması mecburidir (CMK 91/6). Bu “zorunlu” müdafilik Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından oluşturulmuştur.

Yakalanarak gözaltına alınan şüphelinin ifadesi alınmadan önce bir müdafii yardımından istifade etme hakkı (CMK 154) olduğu kendisine söylenecek ve müdafii isteyip istemediği sorulacaktır (CMK 147). Yakalanan



kişinin bu andan itibaren müdafii hukuki yardımından yararlanma hakkı vardır (Abdülkadir Akkaş-Türkiye, 31.1.2008). Bir olayda; bankamatige dolandırıcılık amacı ile düzenek yerleştirdiği şüphesi ile yakalanan Yakup’a, hakları bildirilmiş ve müdafii hukuki yardımından istifade ettirilmiştir. Bu nedenle yakalanması CMK 90’a uygun bulunmuştur. Ancak, daha sonra düzenekteki parmak izinin ona ait olmadığı belirlenmesi üzerine serbest bırakılması durumunda CMK 141 uyarınca tazminata hak kazanabilmesi için C. savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermiş olması gerektiği içtihat edilmiştir (CGK 30.3.2010, K. 66).

Yakalanan kişi müdafii, kanuni mümessili, birinci veya ikinci derecede kan hısımları veya eşi, yakalama süresinin uzatılmasına veya yakalama işlemine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimliğine başvurabilirler (CMK 91/4).

Yakalanarak gözaltına alınan sanığın serbest bırakıldıktan sonra aynı suç nedeniyle tekrar yakalanması yasaktır (CMK 91/5).

Anayasanın 19 ve Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesine aykırı biçimde yakalanan veya tutuklanan kişilerin tazminat isteme hakları vardır. Anayasada yapılan değişiklik ile “kişilerin uğradıkları zarar, “tazminat hukukunun genel prensiplerine göre” Devletçe ödenir” (Any. “2001–4709”19/son). Bu kural değişikliği bireyin kolluk memuruna karşı doğrudan tazminat davası açabilmesi yolunu ortaya çıkarmıştır. Bu tür bireysel tazminat davaları Amerika’da kolluğun davranış biçimi üzerinde çok etkili ve olumlu sonuçlar doğurmuştur.

Bizde dava CMK 141 uyarınca açılmakta ve makul sebebe dayanan hukuka uygun yakalamalarda dahi tazminat verilmektedir. Mesela, Husret makul şüpheli bulunduğu için yakalanmış ve bir gün gözaltında kalmıştır. Hakkında daha sonra kamu davası açılmış ve beraat kararı verilmiştir. Davacı CMK 141 uyarınca tazminat davası açmıştır. Ercüş Ağır Ceza Mahkemesi, makul şüpheli ile yakalandığı için tazminat davasını reddetmiştir. Hüküm temyiz edilmiş ve 8. CD. hükmün onanmasına karar vermiştir. Başsavcının itirazı ile CGK önüne gelen davada; gerek 466 sayılı Kanunun 1/6 madde hükmü, gerekse CMK 141 uyarınca, beraat eden sanık açısından hakimnin hiç bir inceleme yapılmaksızın, kanunla doğduğu varsayılan zara-

rın karşılığı olarak verilecek tazminatın miktarının hak ve nesafet kurallarına uygun olarak belirlemekten ibaret olduğunu vurgulanmış ve beraat eden sanığın makul sebebe dayanarak yakalandığı durumlarda dahi tazminata hak kazandığına karar verilmiştir (CGK 13.4.2010, K. 82).

Türk Hukukunda bu konu önce 466 sayılı kanunla düzenlenmişti. şimdi CMK 141 ve devamındaki maddelere alındı.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden doğan haklarının ihlal edildiği düşüncesinde olan bireyler, denetimi sağlamak amacı ile iç hukuk yollarını tükettikten sonra, önce Türk Anayasa Mahkemesine, sonra da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilirler.

Anayasa'nın 148 inci maddesi uyarınca yapılan bireysel başvurular, "ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörölmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamen tüketilmesinden sonra" yapılabilir (6216 sK m. 45/2).

*e) Yakalama tutanağı.*

Yakalama yeri, şekli, sebebi ve kişinin kimlik bilgilerini içeren bir tutanak düzenlenir. Bunun yakalama sırasında veya yakalamadan hemen sonra, yakalamayı yapan memur tarafından düzenlenmesi gerekir (YakalamaY.6). CMK 169 uyarınca soruşturma evresinde yapılan tüm işlemler tutanağa bağlanır. Bu kapsamda yakalama işlemi de tutanağa bağlanır. Bu tutanak vasıtası ile yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğu belirlenmiş olur 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).

Yakalama işlemi kişi hürriyetini kısıtlayan bir işlem olduğu için, tutanak özellikle süreler bakımından önemlidir. Yakalanan kişinin direnip diremediği, bedeninde buna bağlı ekimozlar olup olmadığı, nerede, ne zaman, hangi görevli tarafından yakalandığı tutanağa yazılır. Tutanağa sadece CMK 147. maddesinde sayılan hakları hatırlatıldı, şeklinde bir ifadenin yazılması yeterli değildir. Yakalama tutanağının kişinin hangi koşullarda yakalandığını ortaya koymasđ gerekir. Ayrıntılı olarak düzenlenmemişse, insan hakkı ihlali olabilir (AİHM 13.4.2010, Tehrani/Türkiye).

2) Yakalamada kolluğun zor kullanma yetkisi.

Zor kullanma, Devlet kurumlarından sadece az sayıdaki kuruluşa verilmiştir. Kolluk bunlardan biridir. ‘‘Hukuk dzeninin‘‘ ‘‘uygulanan‘‘, ‘‘yaşayan‘‘ bir hukuk sistemi olması için hukuk kurallarının işletilmesi, yani ‘‘yurütulmesi‘‘ gerekir.

Hukuka saygılı bireyler hukuk kurallarına riayet ederler. Fakat hukuk dzeninin işler halde tutulması için riayet etmeyen hakkında da hukukun zorla işletilmesi gerekir. Görüldüğü gibi uygulanması zorunlu olan bir polis tedbiri, her zaman ilgilinin rızası dahilinde yapılamaz. Bazen zor kullanmak kaçınılmazdır. Fakat Devlet adına zor kullanan yetkililer hukuk kuralları içinde kalmak zorundadırlar. Bu konuda uygulanacak temel kurallar Birleşmiş Milletler tarafından belirlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yakalamada zor kullanmanın sınırlarını çizen kararlar vermiştir. PVSK 16 nın sınırları içinde kalan ölçüde zor kullanıldığı durumlarda, yakalanan kişinin doktor muayenesinden geçirilerek, yakalamadan doğan belirtilerin saptanması gerekir. Yakalama anından itibaren yakalanan kişi ‘‘sağlıklı sayılır‘‘ ve her türlü zararlardan Devlet sorumludur: ispat yükü yer değiştirmiştir (Abdülsamet Yaman/Türkiye; Çağlayan/Türkiye 21.10.2008). Doktor raporu ile yaralanma belirlenmişe Devlet bunların kaynağını araştırmak mecburiyetindedir. Hiç bir araştırma yapılmaması Sözleşmenin 3 üncü maddesini ihlal eder.

Yakalama bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Kişinin yakalandığı andan itibaren hakları yurürlüğe girer. Bunun için yakalama işlemi tereddüde yer vermeyecek biçimde açık olmalıdır.

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 jandarma veya polise tanınmiş bir yetkidir. Yakalamada şekil şartı bulunmadığı gibi zor kullanmada olduğu gibi, ikaz etme yükümü de yoktur. Yakalanan veya tutuklanan kişiye yakalamanın gerektirdiği kadar zor kullanılabilir ve bu kişilere kural olarak kelepçe takılmaz. Ancak kaacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz

ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hallerinde, kelepçe takma kolluk görevlisinin takdirine bırakılmıştır.

Diğer taraftan, kolluğun silâh kullanması da söz konusu olabilir. 2007 yılında yapılan değişikliğe göre, yakalanması gereken kişinin “yakalanmasını sağlamak üzere ve sağlayacak ölçüde” silah kullanılabilir (PVSK 16).

Yakalama yetkisinin doğduğu durumlarda önce kolluk görevlisinin kendi güvenliğini sağlaması gerekir. Bu amaçla silah kontrolü 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.

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. Ancak bu arama suç ile sınırlı bir aramadır.

Zor kullanma, direnme ve saldırmanın mahiyetine ve derecesine göre, sanığı etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nisbette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştirdiğinde her çeşit silâh kullanma yetkisidir (PVSK “2007-5681’ 16/3).

Kullanılacak araç ve gereçlerin ne olacağını kolluk memuru bizzat kendisi, toplu müdahale edilen hallerde ise müdahale eden kuvvetin amiri tâyin ve tesbit eder.

Vücut kuvveti, vücut kuvvetine yardımcı aletler ve silâh kullanılması, ‘polisin kuvvet kullanması’ kavramı içinde yer alır.

Zor kullanma, kademeli bir şekilde artan maddî gücün uygulanmasıdır.

Vücut kuvvetine yardımcı araçlardan da istifade edilebilir: kelepçe, basınçlı su, teknik engeller, polis köpekleri, polis atları, polisin motorlu araçları, göz yaşartıcı ve uyuşturucu maddelerle patlayıcı maddeler, polisin vücut kuvvetine yardımcı olarak kullandığı aletlerdir. Bunun dışında, polisin ancak belli silâhları kullanması kabul edilmelidir.

Kolluğun doğrudan zor kullanması, meşru müdafaa ve ızdırar hali hakkındaki hükümlerle bağlantılıdır. Bu nedenle polis ızdırar haline ilişkin hükümleri uygulayabilir. Örneğin, bir tehlike mevcuttur ve polisin işe elkoyması gecikirse zarar gerçekleşecektir. Yani o an olaya müdahale etmek zorunludur. Önleme görevi açısından bakıldığında; düzeni bozan kişilerin kim oldukları bilinmiyor veya bilinseler ve ele geçirilmiş olsalar dahi, yapacakları yardım, tehlikeyi önlemeye yeterli değilse ve zabitanın kendi imkânlarıyla tehlikeyi önlemek imkânı da yoksa kolluk zor kullanabilir.

Kelepçe takma (CMK 93) belli hallerde kabul edilebilir. İlgilinin polis memuruna veya bir üçüncü şahsa saldıracağı veya eşyaya zarar verebileceğini, kaçacağını veya kaçırılacağını, kendisini öldüreceğini veya yaralayacağını kabul etmeyi gerektiren somut olaylar varsa, bir kişiye kelepçe takılması veya başka şekilde bağlanması kabul edilebilir.

Kelepçe, polis için emniyet ve güvenlik aracıdır. Bizdeki uygulamada; bir kişi kanunen kaçak sayılan hallerden dolayı yakalandığı sırada firar ederse, polisin yakaladığı kişi başkaları tarafından bir tecavüze maruz kalırsa, ilgili bir başkasına tecavüde bulunursa (YGIY 7), suç iz ve delillerini yok etmesi ihtimâli varsa, polis ilgili hakkında kelepçe takma tedbirine başvurmaktadır.

18 yaşından küçüklere kelepçe takılamaz (YGIY 18).

3) Savcıya “hemen bilgi verme” (CMK 90/5).

Kanun ilk defa yürürlüğe girdiği sırada, herkes tarafından veya kolluk görevlileri tarafından yakalanan kişinin, “hemen” Cumhuriyet savcılığına “gönderilmesi” mecburiyeti konmuştu. Madde sonradan değiştirildi ve “bilgi verme” mecburiyeti şekline getirildi.

Yapılan değişikliklere rağmen “yakalama” ve “gözaltına alma” ayrı işlemler olarak kalmıştır. Gözaltına alma için Cumhuriyet savcısının “ka-

rarı” gereklidir. Sorumluluğunu müdrük bir savcının, görmediği Şüpheliyi “bırakması” veya “gözaltına alması” düşünülemez.

Bizce Kanunun bugünkü düzenlemesi de kolluk tarafından yakalanan her kişinin, mümkün olan en kısa zaman içerisinde Cumhuriyet savcısının önüne götürülmesini gerektirmektedir; bu gereği sağlayacak olan süje ise müdafidir: Şüphelinin yakalandığını öğrenen müdafinin CMK 91/4 başvurusu yapması ile sulh ceza hakimi daha gözaltı süresi dolmadan dosyayı inceleyerek ya başvuruyu red edecek veya yakalamada herhangi bir hukuka aykırılık tespit ederse, Şüphelinin derhal soruŐtırma evrakı ile Cumhuriyet savcılığında hazır bulundurulmasına karar verecektir. Böylece CMK 90/5 değiştirilmiş olsa bile Dönmezer Tasarısı ile sağlanmak istenen, yakalanan her kişinin hemen savcıya çıkarılması garantisi sağlanmış olacaktır.

Suç iŐlemenin belli bir saati yoktur. Günün her saatinde suç işlenebilir. Bu nedenle bu garantinin hayata geçirilebilmesi için Cumhuriyet savcısının 24 saat nöbet esasına göre makamında oturması gerekecektir. Makamında değil de evinde nöbet tutuyorsa, Kanunun öngördüğü usuli işlemleri Cumhuriyet savcısının hemen yapması olanaksızdır. Uygulamada hakim sayısı Cumhuriyet savcısı sayısından daha fazladır. Kanunun öngördüğü müesseselerin insan haklarını korur biçimde işleyebilmesi için Cumhuriyet savcısı sayısında önemli bir artma sağlanması gerekmektedir. 2004 Kanunkoyucusu daha evvelce kolluk tarafından yapılan hazırlık soruŐturrasını tamamen kaldırmış, hazırlık soruŐturrası 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 baŐkomiser sayısı kadar Cumhuriyet savcısına ihtiyaç olacaktır.

Kolluğun bir suç soruŐturrası nedeniyle Ferruh’u Cumhuriyet savcısına haber vermeksizin karakola götürmesi ve hakkında herhangi bir işlem yapmaksızın karakolda tutması fiili, re’sen kovuşturulan bir suç olup, 4483 sayılı Kanun uygulanmaz (CGK 30.3.2010, K. 2010–68).

Suçüstü yakalanan kişi kolluk dairelerine götürülebilir. Yakalama emri (CMK 98) üzerine yakalanan kişi hakkında yapılacak işlem net değildi. Mülga CMUK gıyabi tutuklama kararı üzerine tutulan kişinin doğrudan hakim önüne çıkarılmasını öngören (CMUK 108) hükmü yeni Kanuna

alınmamıştı. Yeni Kanunda bu düzenlemenin bulunmaması, eksiklikti. Sonuçta yeni Kanun değiştirildi ve CMK “2005-5353” 94, en yakın hakim yetkili mahkemeye gtrene kadar tutuklama kararı verme yetkisi tanıdı (yol tutuklaması).

Kanundaki “herkes” terimi özel kişileri ve kolluk mensuplarını kapsar. Kanun herkese “suçu işlerken rastladığı kişileri” ve “suç üstü bir fiilden dolayı izlediği kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması” durumunda “geçici olarak yakalama” yapma yetkisini vermiştir (CMK 90/1).

#### 4) Konsolosluğa veya kanun yakınlara haber verme.

Yakalanan kişi yabancı ise konsolosluğa haber verileceği açıklanmalıdır. Bu konuda doldurulan şüpheli ve sanık hakları formu (RG. 18.9.2002 ile değişik), Konsolosluk veya Büyükelçiliği derhal haber verme hakkını yakalanana duyurmakta idi. Yani CMK, yazılı olarak karşı çıkmama halinde konsolosluğuna bildirme mecburiyeti getirdi (CMK 95/2).

Yakalanan kişinin yakınlara haber verme hakkı kolluk tarafından bilgi verilerek kullanırılır (PVSK 13, YakalamaY. 8). “Belirlediği kişiye” kolluk bilgi veremez. Kolluk yakalama anından Cumhuriyet savcısına götürünceye kadar sadece “yakınlarına” haber vermek zorundadır (PVSK 13).

şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında “Cumhuriyet savcısının emri ile” bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Ancak Kanun yakalanan kişinin yakınlara haber verme mkellesini “gözaltı işlemleri sırasında”, kolluğun elinden almış Cumhuriyet savcısının emrine bağlamıştır: PVSK 13’e göre kolluk, yakaladığı kişilerin “yakınlarına”, yakalamayı “kendiliğinden”, yani Cumhuriyet savcısının emri olmadan; “belirlediği kişiye” ise Cumhuriyet savcısının emri ile haber vermek mecburiyetindedir.

#### 5) Yakalamanın şikayet hakkı olan ilgililere bildirilmesi.

Soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda CMK 90 uncu madde uyarınca şikayet hakkı olanlara da bildirim yapılır.

Kanun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olan suçlarda “şikayet olmaksızın yakalamayı” kabul etmemektedir. Soruşturma ve kovuşturması

şikayete bağlı olan bir suç hakkında ilgilinin şikayetinden önce kişi yakalanmış olursa, şikayet hakkı olan kişiye yakalama bildirilerek şikayetçi olup olmadıkları sorulur. Şikayetçi olmadıkları takdirde yakalanan kişi serbest bırakılır.

Sadece çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suç üstü hallerinde kişinin yakalanması şikayete bağlı tutulmamıştır (CMK 90/3).

Şikayet hakkının birden fazla kişiye ait olması halinde bunlardan birine yapılacak bildirim yeterli sayılmıştır. Ayrıca bu madde uyarınca bildirim yükümlülüğünün doğması için şüphelinin şikayetten önce yakalanmış olması gerekir. Şikayet hakkı olanlar, şikayetçi olmadıkları takdirde, diğer koşulların da bulunması halinde Cumhuriyet savcısı yakalanan kişiyi serbest bırakacaktır.

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.

## **V- Özel muhakeme usullerine tâbi olan kişilerin yakalanması.**

### *1) Diplomatlık 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) Milletvekili dokunulmazlığı.*

Anayasanın 83. maddesine göre, suç ağır cezayı gerektiren bir suç olup, suçüstü durumu varsa dokunulmazlık işlemeyeceğinden, kolluk sanığı yakalayabilir. Anayasanın 14. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması kuralı da gözönünde tutulmalıdır.

Suç ağır cezayı gerektirmiyor veya suçüstü halinde işlenmiş bulunmuyorsa, jandarma veya polis 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) *Kamu görevlilerinin yakalanması.*

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 suçüstü ise kolluk ve gerekiyorsa herkes sanığı yakalayabilir. Gecikmesinde tehlike bulunan işlemleri kolluk bizzat yapabilir. İfade almaksızın, en kısa zamanda olayı savcıya duyurur.

4) *Suçta sürüklenen çocukların 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 Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır (YakalamaY 19/1-b).

Yakalanan kişi 18 yaşın altında gözükiyorsa çocuk muamelesi görür. Küçük, aklen malul veya özürlü olan kişilere uygun yetişkin yardımcı olmalıdır. Çocuk ve gençler için ana-baba veya bakıcısı, bir sosyal hizmet görevlisi ve bunlara ulaşılamamışsa, jandarma veya polis olmayan bir başka yetişkin yardımcı olmalıdır.

Jandarma veya polis yakaladığı kişinin sorulan sorulara vereceği cevapların önemini kavrayabilecek yetenekte olmadığını görürse, ona akıl hastaları, özürlüler veya çocuklara yapılan muameleyi yapmalıdır (Yakalama Y. 19).

Yakalanan kişi bir çocuksa nezaret memuru bu kişiden sorumlu olan şahsın kimliğini araştırarak, küçüğün “uygun yetişkinini” yakalama sebebinden ve küçüğün bulunduğu yerden haberdar eder ve gelip küçüğü görmesini ister. Çocukların hiç kimse ile görüştürülmeden gözaltında tutulmaları yasaktır.

Yakalanan kişinin akıl hastası olduğu şüphesi varsa mülakattan geçirmesi için sosyal hizmet uzmanı ve kayıtlı bir hekim karakola çağrılmalıdır.

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.

5) *Şikayete bağlı suçlarda yakalama.*

Soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olan suçlarda şikayet gerçekleşmeden yakalama yapılamaz. Küçüklere veya kendisini idare eden aciz bulunanlara karşı işlenen meşhut cürümler istisnadır (CMK 90/3).

6) *Basın yolu ile işlenen suçlar.*

Basın yoluyla işlenen suçlardan dolayı yeni Basın Kanunu sadece 22. maddesinde hapis cezası öngörmüş ve 18 ve 22. 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, yayınlananın özgürlüğünü kısıtlayıcı, tutuklama yakalaması ve tutuklama gibi bir işlem yapılamamalıdır. Yapıldığı takdirde ilgili süjenin sorumluluğu sözkonusu olur.

7) *Tutuklama yasağı olan suçlarda yakalama.*

Sadece adli para cezası veya hapis cezasının üst sınırı 2 yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kabul edilmediği için (CMK 100/4), bu suçlarda sadece kimlik tespiti yakalaması yapılabilir.

8) *Terör suçlarında yakalama.*

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 delil: CMK 100/1) bulunması ön koşuldur.

9) *Geriverme yakalaması.*

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 (SİDAS 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 (TCK 18/7) verilir ve buna dayanılarak yakalanır (CMK 90/2).

#### *10) Avukatların yakalanması.*

Bir avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında suç işlediği konusunda ihbar alan Cumhuriyet savcısı, Adalet Bakanlığından izin alınmaya kadar sadece lehe ve aleyhe delilleri tespit etmekle ve suç eşyasını korumakla yetirecektir. Bu aşamada suç ile ilgili dosyalar, belgeler de incelenebilir, örnekleri dosyaya alınabilir, konuyla ilgili bilgisi olan kişilerin ifadelerini alınabilir, fakat soruşturma izni alınmadan önce şüpheli avukatın savunması alınamaz, hakim tarafından sorgusu yapılamaz, üzeri, konutu ve işyeri aranamaz. Ağır cezalı suçüstü hariç yakalanamaz, gözaltına alınamaz ve tutuklanamaz.

Örneğin bir avukat müdafilik görevini yerine getirirken kolluk görevlileri ile tartışmış ve hakkında “kolluk görevlilerini taşkınlık ve taciz yaptığı, saldırgan sorhulukta bulunduğundan” bahis ile Cumhuriyet savcısının sözlü emri ile kolluk tarafından gözaltına alınmıştır. Avukatlık Kanununun 58 inci maddesi uyarınca, avukatlık (...) görevinden doğduğu veya görevi sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı soruşturma Adalet Bakanının vereceği izin üzerine yapılabileceği, sanık Cumhuriyet savcısının izin almadan gözaltına alma ve alkol raporu alma emri vermesi nedeni ile Cumhuriyet savcısı hakkında yeterli şüphe bulunduğu için, hakkında kamu davasının açılması gerektiğine karar verilmiştir (4. CD 31.5.2006, K. 11718).

Alman Hukukunda yakalamanın alternatifi olarak yeni kurumlar ihdas edilmiştir. Nasıl tutuklama yerine adli kontrol tedbiri uygulanabiliyorsa, kişi özgürlüğu kısıtlanmadan, yakalama yerine bazı başka tedbirler kabul edilebilir. Mesela polis tarafından şüphelinin görüldüğu yerlerin not edilmesi (StPO 131, 131a), aranan kişinin resimlerinin yayınlanması (StPO 131b) ve yakalama yerine güvence göstermesinin istenmesi (StPO 132), bizde de uygulanabilir.

**VI– Gözaltına alma.***1) Gözaltı kararı (CMK 91/1, 91/2).*

Kanun “yakalama” ile “gözaltına alma” işlemlerini birbirinden tamamen ayırmıştır. Gözaltına alma Cumhuriyet savcılığınca verilen ayrı bir “kararla” yapılan bir usul işlemi olarak düzenlenmiş ve yakalanan kişinin durumunun bildirildiği Cumhuriyet savcılığı tarafından gözaltına alınmasına “karar verilmesi” sistemi getirilmiştir.

2014 değişikliği uyarınca, gözaltı kararı verilebilmesi için, kişinin suçu işlediğini gösteren somut deliller bulunması gerekir (CMK 91/2).

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. Gözaltına alınan kişi gözaltı süresi sonunda sulh ceza hakimi önüne çıkarıldığında hakim kararı ile de serbest bırakılabilir. 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.

Kolluk tarafından suçüstü olduğu veya tutuklama kararı verilmesinin koşulları olduğu, fakat yetkili makama başvurma imkanı bulunmadığı için, yakalanan kişinin, yakalandığının, Cumhuriyet savcısına “hemen” bildirilmesi mecburiyeti (CMK 90/5), Cumhuriyet savcısının yakalanan kişinin gözaltına alınmasına veya serbest bırakılmasına zemin hazırlamak için öngörülmüştür.

Gözaltına alma kararı ile birlikte, kolluğun fotoğraf çekme ve parmak izi alma yetkisi doğar (PVSK 5). Jandarma ve polis gözaltındaki şahısta kesin arama yapma, parmak izi alma, fotoğrafını sisteme kayıt etme ve kimlik tespit etme yetkisi kazanır.

Yakalamadan doğan diğer bir yetki sözkonusu olan kişinin gözaltına alınması ve gözaltında tutulmasıdır. Gözaltı sırasında doktor muayenesi, beden muayenesi için hakim veya mahkeme kararı gereklidir. Ancak bu halde beden muayesi, gözaltına alınan kişinin sağlık kontrolünden geçirilmesi ile karuştırılmamalıdır. Sağlık kontrolünden geçirilme de karar gerekmemektedir. Avukatla görüşme, ifade verme gibi işlemler yapılabilir.

Yakalanarak gözaltına 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.

## 2) Gözaltı süreleri.

Türk Hukukunda aşağıda inceleyeceğimiz çeşitli gözaltı süreleri öngörölmüş olmasına rağmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tek tip gözaltı süresi benimsenmiş ve içtihat ile dört günü geçemeyeceği kabul edilmiştir. Gözaltı süresinin 6 gün olduğu durumda, İHAS 5/3 ihlal edilmiş olur (Kabul vd–Türkiye 3.11.2009); 10 günlük gözaltı süresi de ihlaldir (Attı ve Tedik–Türkiye 20.10.2009). Bu ihlalin mesela, gözaltı süresinin 7 gün olduğu bir durumda önce ulusal mahkemeler önünde ileriye sürölmesi gerekmez (Öcalan–Türkiye; Böke ve Kandemir - Türkiye, 10.3.2009).

Gözaltı süresinin uzunluğuna itiraz mekanizmasının (CMK 91/4) iyi çalışmadığı hallerde, İHAS 5/4 ihlal edilmiş olur (Yiğit vd–Türkiye, 20.11.2007; Attı ve Tedik–Türkiye 20.10.2009).

## a) Bireysel suçlardaki gözaltı süresi (CMK 91/1).

Gözaltı süresi yakalama anında başlar ve yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre hariçtir ve bu süre oniki saatten fazla olamaz. Yetkili hakim veya mahkeme oniki saatten fazla uzakta ise sulh ceza hakimi kişiyi yetkili hakim veya mahkemeye gönderilmesi için tutuklar (CMK 94). Kanun “en kısa zamanda” gönderilmeyi emretmiştir. Ancak uygulamada nakillerde büyük gecikmeler yaşandığı bilinmektedir.

Kanunda yirmidört saati geçemez denmesinden, AİHM kararları doğrultusunda soruşturma işlemleri bitince derhal hakim önüne çıkarmak gerektiği anlaşılmalıdır. Fakat işlemler bitmese bile üst süre dolduğunda kişi hakim önünde hazır bulundurulmalıdır.

Buradaki amaç yakalanana en kısa zamanda bağımsız ve tarafsız hâkim güvencesine kavuşturmaktır. Yakalanan kişinin serbest bırakılmasının mı, yoksa tutuklanmasının mı gerektiği konusunda bir karar vermek amacı ile yakalanan şüphelinin hakim önüne çıkarılması gerekir. Bu amaçla kişi ya

yetkili hakimin veya mahkemenin, bu mümkün değilse, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkiminin önüne çıkarılır ve yetkili hakim veya mahkemeye gönderilmek üzere tutuklanır (CMK 94).

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. 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 hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu olan ve oniki saatten fazla olamayan süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçmez (CMK 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.

Yakalanan kişi hakkında derhal Cumhuriyet savcısına bilgi verilir (CMK 90/4) ve gözaltına alınmasına Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir (CMK 91/2).

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 (PVSİK 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 hakim kararı ile tespitin sonucunun beklenmesi amacı ile “tutuklama kararı verilmesi“ hükme bağlanmıştır.

*b) Toplu işlenen suçlardaki gözaltı süreleri (CMK 91/3).*

Toplu suçlardan (CMK 2) yakalanan kişiler, bireysel suçlarda olduğu gibi hemen C. savcısına bilgi verilerek (CMK 90/5) ve zorunlu yol süresi

hariç, yakalama anından itibaren en geç 24 saat içerisinde hakime çıkarılırlar (CMK 91/1).

Ancak toplu suçlardaki süre, birer gün olmak üzere, dört güne kadar uzatılabilir (CMK 91/3). Bu uzatmaya, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu gerekçeleri ile karar verilebilir.

CMK uzatma sistemini tamamen değiştirilmiş ve Cumhuriyet savcısının her defasında bir günü geçmemek üzere gözaltı süresinin ayrı ayrı kararlar vererek üç gün süre ile uzatılması konusunda yazılı emirler vermesi öngörölmüştür (CMK 91/3). Ancak her bir seferinde uzatma kararı almak üzere yakalanan kişinin Cumhuriyet 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 edilir (CMK 91/3). Kanunda “tebliğ” terimi kullanılıp “tefhim” denmediğine göre, kişinin savcı önüne getirilmesini düzenlemediği anlaşılmaktadır.

*c) Yakalama emri üzerine yakalanan kişilerin gözaltı süresi (CMK 94).*

Yakalama emri üzerine yakalanan kişi, en geç yirmidört saat içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılır (CMK 94/1). Bu mümkün değilse, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılır. Kimlik bilgileri tutmuyorsa serbest bırakılabilir, yoksa yetkili hakim veya mahkemeye tarafından SEGBİS sorgusu yapılır (CMK 94).

*ç) Terör suçlarında gözaltı ve tutukluluk.*

2014 yılında TMK 10 yürürlükten kaldırıldığı için, terör suçlarındaki tüm özellikler sona ermiştir.<sup>83</sup>

<sup>83</sup> 2012-6352 sayılı Kanun ile yeniden kaleme alınan mülga TMK 10, 1 ve 4 üncü fıkralarında saydığı suçlarda uygulanmak üzere özel kurallar kabul etmişti. Bunlardan gözaltı ve tutuklama ile ilgili olanlar şöyle idi: CMK 91/1 de yirmidört saat olan gözaltı süresi, kırksekiz saat olarak uygulanıyordu (mülga TMK 10/3-ç). Terör suçları toplu olarak işlenen suçlardan olduğu için CMK 91/3 uyarınca üç gün daha uzatma yapılabiliyordu. Mülga CMK 251 deki olağanüstü hal döneminde 3 günlük ek süre uzatılması mülga TMK 10 tarafından düzenlemeyerek, kaldırılmıştır. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüöme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim kararı ile yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir; bu süre zarfında ifade alnamıyordu (mülga TMK 10/3-e). Mülga TMK 10 kapsamına giren bazı suçlarda (TCK 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç, ikinci kitap, dördüncü kısım, dört, beş altı ve yedinci bölümdeki suçlar), CMK 102 de belirlenen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanıyordu (mülga TMK 10/5).

d) İade yakalamasında süre.

i) SIDAS. Suçluların İadesi Sözleşmeleri çerçevesinde yabancı bir Devletin talebi üzerine iade edilmek amacı ile yakalanan kişiler de genel kurallar uyarınca hakim önüne çıkarılırlar. İade talebinde bulunan Devlet gerekli belgeleri zamanında göndermiş olmalıdır. Belge beklemek amacı ile uzun süreli özgürlük kısıtlanamaz.

ii) 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.

iii) 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” denilmektedir. 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. Bir Devletin başka bir ülkeye orada gizli operasyonlar yapması için ajan göndermesine uluslararası hukuk izin vermez. Yerine göre bu “casusluk” sayılabilir.



*3) Yakalamaya karşı sulh ceza hakimliğine başvuru (CMK 91/4).*

Yakalama işleminin kanunda belirtilen koşullar dışında yapıldığını dışünen (bu hakkı yakalama anında kendisine bildirilmiş olması gereken) yakalanan kişi, mđdafii veya kanuni temsilcisi, eşi ya da, birinci veya ikinci derecede kan hısıımı, hemen sulh ceza hakimlinliğine başvurabilir.

Bu başvuru, gđzaltı sđresinin sonunda sulh ceza hakimi 6nđne çıkarılmadan farklı bir usul işlemidir. Sulh ceza hakimi yakalamanın, gđzaltına alma kararının veya gđzaltı sđresinin uzatılması emrinin hukuka aykırı olup olmadığını, “evrak izerinden inceleyerek” derhal sonuçlandırmak mecburiyetindedir. Kanun en fazla 24 saatlik bir sđre 6ng6rmuştur.

Sulh ceza hakiminin gđnđn herhangi bir saatinde yakalanan kişinin hukuka aykırılık başvurusunu inceleyebilmesi için 24 saatlik n6bet esasına uygun bir şekilde, makamında masası başında olması gerekmektedir. Hakimın kararları zabıt katibi tarafından yazılacağından, bir de zabıt katibinin 24 saat n6bette bulunması gereklidir.

Sulh ceza hakimi incelemeyi sonulandırdığında yakalamanın, gđzaltına alma kararının veya sđre uzatma emrinin yerinde olduğu kanısına varırsa başvuruyu reddeder. Hukuka aykırılık tespit ettiğinde yakalananın derhal soruşturma evrakı ile Cumhuriyet savcılığında hazır bulundurulmasına karar verir.

*4) G6zaltı birimine getirme.*

Yakalanan kimse çok kısa bir zaman için de olsa hđrriyetinden yoksun kılınmaktadır. Bu kimse, tutuk veya hđkđmlđ olmadığından tutukevine ve cezaevine konulamaz. Yakalanan kimseler salıverilinceye veya tutuklanmalarına karar verilinceye kadar kolluğun bu işe tahsis ettiği ve nezarethane adı verilen yerlerde alıkonulurlar.

G6zaltına alma, muhakkak kapalı bir yerde alıkoymayı gerektirmez. Mahfuzen, yani kolluk nezaretinde bir yerden diğer bir yere sevk de g6zaltına alma kavramına dahildir.

*5) Kendi isteği ile karakola gelen kişilerin yakalanması.*

Bir araştırmaya yardımcı olmak izer karakola kendi isteği ile gelen ve şüpheli statüsünde olmayan kişiler, istedikleri zaman gidebilirler. Ancak

hazır bulunmaları zaruri görölerek gitmelerine izin verilmemesi kararlaştırılan kişiler gözaltına alınmış sayılırlar ve bunlar da hakları bildirilmek üzere nezaret memurunun önüne çıkarılır.

6) *Yakalama dışında hürriyet kısıtlaması.*

Gözaltına alma daima yakalama üzerine olur. Hâkim kararı ile yapılan hürriyetin tahdidi, bu nitelikte değildir. Örneğin Kanun duruşmaya gelen sanığın duruşmanın devamı süresince hazır bulunmasını sağlamak üzere gerekli “tedbirleri” almak yetkisini mahkemeye yetki vermiştir (CMK 194/1). Burada hürriyeti kısıtlayan işlem yakalama olmayıp özel bir tutuklamadır ve hürriyetin tahdidi durumu da gözaltına alınma olmayıp özel bir tutukluktur.

Aynı şekilde hâkimin zorla getirme kararı ile yargılama makamı önüne getirilmek için hürriyeti tahdit edilen kimsenin durumu da yakalanma olmadığından “zorla getirilme” durumu (CMK 199) ile “gözaltına alınma” durumu da aynı şeyler değildir. Ancak hakkında zorla getirme kararı verilen kimsenin de, bunun zorunlu sınırları içinde hürriyetinin tahdidi gerekir. Buradaki hürriyetin tahdidi de hâkim kararına dayandığından yakalamadan ve onun neticesi olan gözaltına almaktan farklı olmak icap eder.

Kolluğun bir kimseyi gözaltına almak yetkisi bundan ibarettir. Süreleri geçirmek veya haklı olmayan gecikmelere meydan vermek “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçunu oluşturabilir (TCK 109).

7) *Nezarethane ve gözaltı etme usulü.*

Cumhuriyet savcılarının gözaltı işlemlerini denetlemeleri evvelce Yönetmelikte düzenlenmişti. Ceza Muhakemesi Kanunu bunu artık kendisi düzenlemektedir. Yakalanan kimsenin durumuna “gözaltına alma” veya “nezaret altında bulundurma” denir. Gözetim altında tutma denildiği de vardır. Tutuklamaya göre tutukluk ne ise yakalamaya göre de gözaltına alınma odur, yani ondan ayrı bir tedbir olmayıp onun devamıdır.

“Gözaltına alınma” kişi özgürlük ve güvenliğini ilgilendirdiği için bu hak Anayasamızın 19, AİHS 5, CMK 90, 91 vd, PVSK 13 ve yönetmelikler ile koruma altına alınmıştır. Yakalanan kişinin gözaltında tutulduğu kısa zaman aralığında hürriyetlerinin nasıl kısıtlanacağı 1.6.2005 tarihli

Resmi Gazetede yayınlanan “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği” ile düzenlenmiştir.

*8) Hakların bildirilmesi.*

Yakalanan ve dolayısı ile gözaltına alınan kişilere haklarının öğretilmesi daha önceki mevzuatta yeterli bir şekilde düzenlenmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu bu boşluğu gidererek, yakalanan kişiye “kanuni haklarının” derhal bildirilmesini emretti (CMK 90/4).

Buna rağmen daha da önemli olan “suçlamanın bildirilmesi” gene unutuldu. Bu boşluk PVSK 13/4 ile doldurulmuştur. Orada “yakalama sebebinin derhal bildirilmesi” öngörülmüştür. Yakalama Yönetmeliği (m.6) de bu yöndedir.

Yakalanarak gözaltına alınan veya kendiliğinden karakola geldikten sonra yakalanan kişiye, gözaltı ve nezarethane sorumlusu, açık ve onun anlayabileceği bir şekilde haklarını öğretir. Bu haklar gözaltı süresince her aşamada sürekli olarak kullanılabilen haklardır. İlgilinin gözaltı yönetmeliğini okuyup, inceleme hakkı da vardır.

Yakalanan kişinin “yakalamaya karşı sulh ceza hakimine başvuruda bulunma hakkı” (CMK 91/4) vardır. Bu hakkın da kişiye bildirilmesi gerekir (YakalamaY. 6/10).

*9) Yakalama sebebinin ve iddiaların bildirilmesi.*

Gözaltı ve nezarethane sorumlusu, yakalanarak karakola getirilen kişinin yakalanmasının hukuka uygun olup olmadığını inceler ve uygun olduğunu tespit ederse yakalamanın hangi sebebe dayandığını ona izah eder (YakalamaY. 4). Yakalanan kişiye yakalanmasının sebebinin derhal bildirilmesinin CMK 90 ile düzenlenmemesi, eksikliklerdir. Yakalama sebebinin bildirilmemesi, bu yakalamayı “hukuka aykırı” hale getirir ve tazminat hakkı doğar (CMK 141).

Susma hakkının söylenmesi. Yakalanan şüphelinin veya sanıklara “susma hakkı” (CMK 147/1–e) bildirilecektir.

Müdafinin hukukî yardımından yararlanma hakkının söylenmesi. Gözaltı ve nezarethane sorumlusu yakalama sebebinin izah ettikten hemen sonra müdafinin hukuki yardımından istifade etmek isteyip istemediğini yakalanan

kişiyi sorar ve aldığı cevabı nezarethane tutanağına yazarak, yakalanan kişiye imzalatır (YakalamaY. 12). İlgili şahıs hukuki yardım isterse nezarethane sorumlusu derhal harekete geçerek Baroya müracaat eder (CMK 147/1–c).

*10) Gözaltına alma kararı ve nezarethaneye kabul.*

Yakalanıp Cumhuriyet savcısının kararı ile (CMK 91) gözaltına alınana uygulanacak kayıtlamalar, tutuklularinkine kıyasla, yakalama gayesi ile haklı görüleceklerden ibarettir. Bunlar da isterlerse kendi masrafları ile “istirahat ve meşgalelerini temin edebilmelidir”.

Gözaltına alma yakalamadan ayrı düşünülmemeyeceğinden, 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, “soruşturma yönünden zorunlu olan süre” kriteri benimsenmiş bulunmaktadır (CMK 91/1).

*11) Nezarethane defterine kayıt.*

Yakalanıp karakolda 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.

Nezarethane sorumlusu (YakalamaY. 12) tarafından işlem yapılması gereken hallerde nezaret memurunun kimliği tutanağa yazılır. Nezaret memuru yoksa o görevi herhangi bir memur üstlenir.

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). Gözaltına alınmış olan kişi nezarethanedен çıktıktan sonra nezarethane tutanağının suretini isteyebilmelidir.

Tutanağı kaydı yapan memur imzalar. Saat ve tarih de belirtilir (YakalamaY. 23). Tutanak bilgisayarla düzenleniyorsa, aynı kayıtlar metne yazılır.

Ancak, Türk Ceza Kanununun 302–339 maddeleri arasında kalan suçlar ((318, 319, 324, 325 ve 332 hariç) ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda, kolluk tarafından düzenlenen tutanıklara ilgili görevlinin sadece sicil numarası yazılır (CMK “2014–6526” 169/7). Kolluk görevlisinin ifadesine başvurulması gerektiği hallerde çıkarılan davetiye veya çağrı kağıdı, kolluk görevlisinin işadresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanlarında adres olarak iş yeri adresleri gösterilir.

İlgili şahıs da tutanağı imza eder. İmzadan imtina halinde bunun sebebi ve saati açıklanır.

### *12) Nezarethaneye alınacak kişinin üstünün aranması.*

Yakalamanın “derhal” savcıya bildirilmesi gerekli olduğu için (CMK 161/2), Anayasanın öngördüğu “yazılı emir” şartı yerine getirilmiş sayıldığından (AramaY. 8), nezarethane sorumlusu gözaltına alınan kişinin üstünü ve beraberindeki eşyayı arar.

Arama gerekli hallerde mahrem yerleri ve iç çamaşırları da kapsar. Aramayı aynı cinsiyetteki memur (YakalamaY. 10) yapar.

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 (YakalamaY. 10).

### *13) Eşyanın tutanağı ve saklanması.*

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 (YakalamaY. 12).

### *14) Gözaltı sırasında yapılan diğer işlemlerin Cumhuriyet savcısına bildirilmesi.*

Soruşturma evresi sırasında adli bir işlem yapan kolluk mensubu, derhal savcıyı haberdar etmek mecburiyetindedir (CMK 161/2). İlk yakalama anında Cumhuriyet savcısına bilgi verilmiş olması zaten gereklidir. Gözaltı

sırasındaki araştırma işlemleri Cumhuriyet savcının tek tek verdiği emirler ile yapılacak, fakat kolluk kendiliğinden herhangi bir adli işlem yapmak durumunda kalırsa, bunu da Cumhuriyet savcısına derhal bildirecektir.

*15) Doktora götürme.*

Yakalama sırasında direnenler ve gözaltına alınması gerekli görülenler doktor muayenesi için resmi kuruluşlara götürülür (YakalamaY. 9).

*16) 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).

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).

Şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı terör suçlarında da kısıtlanamaz. 2014 öncesindeki Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hakim kararıyla yirmidört saat kısıtlama yetkisi (mülga TMK 10–b) kaldırılmıştır.

Müdafinin hiç bir kısıtlamaya tabi tutulamayan bir dosya inceleme yetkisi vardır (CMK “2014–6526” 153). Yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir (CMK 154). Etkin bir savunma yapabilmesi için, müdafinin dosyayı şüpheli ile görüşme yapmadan önce incelemesi gerekir.

Eğer kolluk veya Cumhuriyet savcılığı tarafından müdafinin savunmayı hazırlaması kısıtlanırsa, bu bir insan hakkı ihlali oluşturabilir. Bununla birlikte, “gözaltında müdafinin hukuki yardımından yararlanamama itirazı” (İHAS 6/3–c), dava görülmekte iken bireysel başvuru konusu yapılamaz; iç hukuk yollarının tüketilmesini beklemek gerekir. Evlerinde hukuka aykırı arama yapıldığını iddia eden bireysel başvurucuların AİHM önünde

8 inci madde ihlali elde edebilmeleri için, bu noktayı iç hukukta ileri sürmüş olmaları gerekir (Kabul vd–Türkiye, 3.11.2009).

*17) Gözaltına alınan sanığın ifadesinin alınması.*

Jandarma veya polis tarafından yakalanarak gözaltına alınan sanığın CMK 147 uyarınca ifadesi alınır.

*18) Nezarethanede geçen saatler.*

Yakalanan sanığın 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 ödekle 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 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 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 (YakalamaY. 11).

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. Gözaltı sırasında yapılması gereken adli işlemler en kısa sürede yapılır. Gözaltına alma sebebi ortadan kalkar kalkmaz, yakalanmış olan kişi serbest bırakılır (YakalamaY. 17).

19) Gözaltı durumunun sona ermesi.

Gözaltı durumu ilgilinin savcı veya hakim tarafından serbest bırakılması, hakime 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). Hakim de tutuklanması istemi ile önüne çıkarılan yakalanana serbest bırakabilir (CMK 91/5). Hakime çıkarılan kişinin tutuklanması da gözaltı durumuna son verdirir. 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).

20) Gözaltı işlemlerinin denetimi.

Nezarethanelerin Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenmesi sorunu, kolluğun önleyici idari yetkileri ile adli yetkilerinin kesiştiği bir noktayı ilgilendirmesi nedeni ile hassas bir konudur. Suç işlediği şüphesi ile yakalama ve gözaltına alma, kolluğun adli görevi olduğu için Cumhuriyet savcısının bu işlemleri denetlemesi doğaldır. Ancak nezarethanelerin tefrişi veya korunması gibi hususlar kolluğun idari görevleri arasında olduğu için Cumhuriyet savcısının bu hususlara ilişkin yetkisi yoktur.

**VII– Şüphelinin sulh ceza hakimliğine çıkarılması.**

1) Sorgu.

Cumhuriyet savcılığının kararı ile “soruşturmanın tamamlanması için” gözaltına alınan kişi soruşturma işlemlerinin tamamlandığı an sulh ceza hakimi önüne çıkartılır ve CMK 147 uygulanarak, CMK 101 uyarınca sorgusu yapılır ve tutuklanıp tutuklanmayacağına karar verilir.

Gözaltı süresi zarfında ilgilinin serbest bırakılmasını gerektiren bir durum ortaya çıkmadığı için bırakılmazsa en yakın hakime gönderilmesi için zorunlu süre hariç, en geç 24 saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört günlük süreler sonunda, kişi vücudu ile sulh ceza hakimi önüne çıkarılır ve sorguya çekilir (CMK 91/6).

Kanun sorguda müdafii de hazır bulunmasını mecburi tutmuştur. Mec-



huri müdafilik konusunda kanunun açık ve net düzenlemeler yapması yerindedir.

2) *Sulh ceza hakiminin kararı.*

Sulh ceza hakimi ya “kişinin serbest bırakılmasına” veya “tutuklanmasına” karar verir. Suçun adli kontrole tabi olması durumunda (CMK 109/1) bu kararın verilmesi de mümkündür (CMK 103). Bu kararın aynı gün verilmesi gerekir.

3) *Yakalama emri üzerine yakalanan kişi hakkında verilen karar.*

Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır.<sup>84</sup> Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır (CMK “2014–6526” 94).

Yakalama emri şöyle doğmuş ve buna dayanarak verilen karar, en son 2014 yılında değişmiştir.<sup>85</sup> Ceza Muhakemesi Kanununun yeni sisteminde

<sup>84</sup> Yakalanan kişinin en çok yirmidört saat içinde yetkili hakim veya mahkemeye götürülmesi gerekir (CMK 94/1). Yetkili mahkemeye değil de, nöbetçi sulh ceza hakimine çıkarılması bozma sebebidir (1. CD 15.5.2008, K. 4090; 4. CD 28.6.2010, K. 12492).

<sup>85</sup> Uygulamada ortaya çıkan sorunlar üzerine, 94. maddede önce 5353 numaralı Kanunla değişiklik yapıldı. Bu değişiklikte hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri (C. savcısının ve kolluğun yakalama emri hariç) üzerine yakalanan kişinin, yakalama emrini vermiş olan “yetkili hakim veya mahkeme önüne” çıkarılması emredilmişti: hakim veya mahkemenin yakalama emri üzerine kollukça yakalanan kişi en geç yirmidört saat içinde yetkili makama gönderiliyordu. Yetkili makamın uzak olduğu ve sürenin yetmediği anlaşıldığında, CMK 94 yirmidört saat içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarmayı emretmişti. En yakın sulh ceza hakimi yakalanan kişiyi serbest bırakmadığı takdirde “en kısa zamanda” yetkili hakim veya mahkemeye göndermek üzere “tutukluyordu”. Bu değişiklik sanık hakları açısından büyük sakınca doğurmuştu: hakimin, önüne çıkarılan yakalanan kişiyi serbest bırakma yetkisinin bulunmadığı hallerde, bu yol etkili bir denetim sağlayamıyordu. Maddede serbest bırakmadan söz edilmekte ise de hakimin hangi ölçütlere göre karar vereceği açıklanmamıştı. Yakalanan kişinin tesadüfen önüne çıkarılacağı hakimin elinde de karar vermesine yardımcı olacak herhangi bir belge yoktu. Bu nedenle en yakın sulh hakimi sadece kimlik bilgisi açısından hatalı bir yakalama yapılmış bulunması durumunda serbest bırakabiliyordu. 2005-5353 sayılı Kanununun değişiklik gerekçesinde; yakalama emrini düzenleyen

tutuklama kararı şüphelinin yüzüne karşı, onun hazır bulunduğu bir oturumda verilen bir karar haline getirilmiş, gıyabi tutuklama kararı tipi ilke olarak kaldırılmıştır. Bu karar kaldırılınca yakalama emri (CMK 98) tipi bir karar geliştirilmiştir.<sup>86</sup>

CMK 94 yakalama emri üzerine yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılması durumunu özel olarak düzenleyen bir maddedir. Bu nedenle CMK 99 olarak yakalama emrini takip edecek şekilde yerleştirilmesi daha sistematik olurdu.

*a) Yakalama emri üzerine, yetkili hakimın verdiği karara itiraz ve tutukluluk durumunun incelenmesi sorunu.*

Yakalama emri üzerine yetkili hakimın doğrudan yüze karşı veya SEGBİS üzerinden verdiği karar, hakim tarafından verilen bir karar ise bu karara itiraz edilebilir. Ancak, kararı mahkeme vermişse, bu mahkeme kararına itiraz yolunu açan bir norm bulunmadığı için, kanun yolu ile kapalıdır.

---

makamın, yakalanan kişiye bazı sorular sormasını, yani onu sorguya çekmesini istediğinde, bu yapılarak yakalanan kişinin serbest bırakılacağı yazılmış ise de, CMK 98 de düzenlenen yakalama emrinde böyle bir yetki yer almamakta idi. Uygulamada hakim veya mahkemenin verdiği yakalama emri üzerine en yakın sulh ceza hakimi tarafından tutuklanan şüpheli veya sanıklar, tutuklandıkları yerde aylarca gönderilmeyi bekler hale geldi. Gönderme işlemi hangi makamın gerçekleştireceği, nakil masraflarının kimin tarafından ödeneceği açık ve net olmadığı için işler sürünce mede kalıyordu. Hakim kararıyla tutuklandığı için İHAS 5. maddeye aykırılık olmasa bile, hafif bir suçta için ifade almak veya sorgu amacıyla çıkartılan yakalama emirleri kişileri mağdur ediyordu. Sevk tutuklaması üzerine şüphelilerin uzun süreler beklediklerini gören bazı hakimlerin, sevk tutuklaması kararını yazarken, yakalanan kişinin tutukevine konmadan derhal sevk edilmesine de karar verdikleri görülmüştür (Antalya 2. Sulh CM 14.3.2007, K. 2006/111 müt). Ancak Yargıtay bu uygulamaya karşı çıkmış ve tutuklanan kişinin önce kapalı ceza infaz kurumuna alınarak sevkinin oradan yapılması gerektiğini içtihad etmişti (6. CD 26.2.2009, K. 2009-4124).

<sup>86</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu gıyabi tutuklama kararını kaldırdığı için, mülga CMUK 108 ve 109. maddelerinin karşılığını hiç düzenlenmemiştir. Mülga Kanuna göre, gıyabi tutuklama kararı üzerine “tutulan kişi” en yakın sulh hakimi önüne çıkarılır ve bu hakim tarafından kimlik kontrolü yapılırdı. Kişi gıyabi tutuklama kararında belirtilen kişi ise sulh ceza hakimi 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 geçirilen, yani yakalanan kişinin ne yapılacağı düzenlenmemiştir. Kanunun gerekçesinde kamu davası açıldıktan sonra ele geçen sanık hakkında düzenlemeler yapılacağı belirtilmişken, madde daha sonra genişletilmiş ve soruşturma evresindeki şüpheliyi de kapsamıştır.

Verilen karar tutuklama yönünde ise tutuklanan bütün şüpheliler bakımından hangi prosedür uygulanıyorsa, yakalama emri üzerine tutuklanan kişiler bakımından da aynı yöntem uygulanır ve bu kişiler tutuk evine alınırlar.

Şüphelinin SEGBİS üzerinden sorgusu yapıldıktan sonra tutuklama kararı verilirse, tutuklanan şüpheli gene sevk edilmeyi beklemeye başlar. Şüpheli bu andan itibaren “tutuklu” hukuk durumu içine girmiş olduğu için CMK 108 uyarınca, en geç otuzar günlük süreler içinde tutukluluk durumunun devam edip etmeyeceğine karar verilmesi gerekir. Yargıtay bu kararın soruşturmanın yürütüldüğü yer hakimi tarafından verilmesi gerektiğini içtihad etmişse de (1. CD 21.4.2009, K. 2290), bekleme süresinin uzadığını bildiğimiz için yakalama yeri hakiminin de yetkili olduğu görüşündeyiz. Soruşturma evresinde işlemin yapıldığı yer hakiminin yetkili olduğunu söyleyen CMK 162 görüşümüzün dayanağıdır.

## § 12– TUTUKLAMA

### I– Koruma tedbiri olarak tutuklama.

#### 1) Koruma tedbiri genel teorisi.

Tutuklama suç işlediği kuvvetli şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması halinde şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek amacı ile kişi özgürlüğünün kesin hükümden önce, hakim kararı ile kısıtlanmasıdır. Tutuklamanın zorunlu hallerde başvuru olan bir tedbir olduğu Anayasada da belirtilmiştir (Any. 19/3).

Mukayeseli hukukta “yeniden suç işleme tehlikesi” de tutuklama sebepleri arasında sayılmaktadır.

Tutuklama kararı verilebilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmiş olması gerekir: 1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller bulunmalıdır, 2) Bir tutuklama “nedeni” bulunmalıdır, 3) Ölçülülük ilkesine uyulmuş olmalıdır.

İstisna olarak CMK 100/3 de sayılan en ağır suçlarda tek koşul ile tutuklama kararı verilebilmesine izin verilmiştir.

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.

Kanun mahiyetinde olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, bulaşıcı hastalığa yakalananların, akıl hastalarının, kanun tarafından konulan bir mecburiyete yahut kanuna uygun olarak hâkim tarafından verilen bir emre riayetsizlik edenlerin hürriyetinin kısıtlanabileceğini 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). Muhakeme hukuku gayeleri ile yapılmayan bu hürriyet kısıtlamalarını muhakeme hukuku müessesesi olan tutuklamadan ayırmak ve ayrıca düzenlemek gerekir. 1982 Anayasası da muhakeme-dışı amaçlarla yapılan hürriyet kısıtlamalarını bir bir ele almış ve bunların şekil ve şartlarının kanunla gösterileceğini belirtmiştir (Any. 19/2). Medeni Kanunun velayet, vesayete ilişkin tüzüğünde akıl hastaları vs.nin özgürlüğünün kısıtlanması düzenlemektedir.

### 2) Tutuklamanın insan hakları boyutu.

Kişi hürriyetinin kaldırılması ve özellikle tutuklama, iktidar sahiplerinin çok defa keyfine ve çıkarına kullanıldığından kişi hürriyeti anayasalarla, milletlerarası sözleşmelerle teminat altına alınmıştır.

a) Birleşmiş Milletler. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesinde (m. 9) “kimse keyfi olarak tutulamaz, alıkonamaz veya sürülemez” denilmekle yetinilmiştir. “Alıkonulma” olarak ifade edilen tutuklama bakımından aranan koşul sadece “keyfi olmamak”tır, bir diğer söyleyişle kanuniliktir.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 9 ve 10. maddelerinde kişi özgürlüğü ve güvenliği düzenlenmiştir.

b) Avrupa Konseyi. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) biraz daha ileri giderek, 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), yakalanan kişinin derhal hâkim önüne çıkarılmasını istemiş (İHAS 5. 3), tutukların makul bir süre içinde yargılanma

veya salıverilme hakları olduğunu (İHAS 5. 3), yakalananların ve tutukların yakalama ve tutuklanmasının kanunsuzluğunu iddia ederek salıvermelerini mahkemeden isteyebileceklerini (İHAS 5. 4), beşinci maddeye aykırı olarak yakalanan veya tutuklananların tazminata hakları olduğunu (İHAS 5. 5) açıklamış, muhakeme-dış ı belli amaçlarla da hürriyetten yoksun kılmayı kişi hürriyetine aykırı bulmamıştır.

Avrupa Konseyi üye Devletlere tutukluluk konusunda tavsiyelerde bulunmuştur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (80) 11 Sayılı tutukluluk hakkındaki Tavsiye kararında tutuklamanın istisnai bir tedbir olarak kabul edilmesi, hiçbir zaman mecburi olmaması ve ceza gayesi ile kullanılmaması üzerinde durulmuştur .

c) 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 belirtmeye çalışmıştır. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler bulunan kişiler ancak kaçmayı veya delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadı ile veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim kararı ile tutuklanabilir (Any. 19/2).

Görölüyor ki hâkimin tutuklama kararı vermesinin gayeleri: 1) Kaçmayı önlemek, 2) Delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini, bir kelime ile karartılmasını önlemek, 3) Bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan diğer hallerde bu zorunluğu yaratan ihtiyacı gidermektir.

Anayasadaki ilk iki gaye kanunda tutuklama şartları arasında düzenlenmiştir. Üçüncü gayedeki tutuklamayı zorunlu kılan diğer haller, sanığın öldürülmesine mani olmada olduğu gibi, muhakeme ile ilgili ise mesele yoktur, ortada muhakeme hukuku müessesesi olan tutuklama vardır. Fakat bu haller, örneğin asayişin korunması, hastalık bulaşmasının veya yeniden suç işlenmesinin önlenmesi zorunluğunda olduğu gibi muhakeme ile ilgili değilse, Anayasaya uygun, fakat muhakeme hukuku müessesesi olmayan bir tutuklama var demektir. Buna tutuklama denilmeyip başka bir ad verilmelidir.

### 3) Cezadan mahsup.

Tutukluluk “ceza” değildir. İHAS 5, muhakeme hukuku dış ı gaye ile de

kişi özgürlüğünün kısıtlanmasını kabul etmektedir. Anca tutuklamanın gayesi ceza değildir. Hükmedilen cezadan mahsup (TCK 63), hakkaniyet gereği ile kabul edilmiştir.

Tutuklulukta hürriyetten yoksun geçen günlerin ceza yerine sayılması, yani sanık mahkûm olursa bu günlerin cezadan mahsup edilmesi, tutuklama ceza olmamakla beraber, adalet duyguları ile kabul edilmiştir. Kanun (TCK 63) mahsup için “şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran halin” hükmün kesinleşmesinden önce olmasını aramış, başka şart koşmamıştır.

Mahsubun en çok görülen şekli, aynı dâvada tutuklanmak halindedir. Cezaların içtimaı muhakemesi yapılan hallerde içtima sonunda verilecek cezadan elbet tutukluk süresi düşülecektir, zira aranan şart gerçekleşmiştir.

Bunun gibi, beraat edilen dâvada tutuklanmış olan kimsenin bu tutukluk günlerinin de mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden önce olmak kaydı ile cezasından mahsup edilmesi de içtihat yolu ile kabul edilmiştir.

#### 4) Tutuklamanın hukuki niteliği.

Tutuklama amacına göre tutucu veya önleyici bir koruma tedbiri niteliğini taşır. Tutuklamaya sanığın hükmedilecek cezanın infazından kaçmasını önlemek amacı ile başvurulmuşsa, verilmesi muhtemel mahkumiyet hükmünün tatbiki bir değeri olabilmesini sağladığından önleyici koruma tedbidir. Delillerin karartılmasını, sanığın muhakemeden kaçmasını önlemek gibi muhakemenin en isabetli bir sonuca varacak şekilde yapılmasını sağlayan amaçlarla yapılan tutuklama ise tutucu bir koruma tedbidir.

Günümüzde tutuklamaya cezalandırma amacı ile başvurulmamaktadır. Zira günümüz ceza muhakemesinin amacı sanığın cezalandırılması değil, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Öte yandan masumiyet karinesi gözönüne alındığında tutuklamaya cezalandırmak amacıyla başvurulamayacağı açıkça anlaşılacaktır.

#### 5) Tutuklama ve suçsuzluk karinesi.

Tutuklama bir koruma tedbiri olarak gecikmenin tehlikelerinden korunmak zorunluluğunun ifadesidir. Zorunluk olmadıkça başvurulmaması başka şey, zorunluk hattâ fayda yok diyerek tutuklamanın kanunlardan çıkarılmasını istemek yine başka şeydir. Bazı hallerde zorunluk duyulabi-

leceğine göre, bu kurumdan vazgeçilemez. Tutuklama kararının verilmesi yolu ile suçsuzluk karinesi ortadan kaldırılmış olmaz.

Ancak tutukluluk süresinin hükmedilmesi beklenen ceza kadar srdrlmesi suçsuzluk karinesinin ihlali olarak kabul edilmektedir. Mesela Wemhoff davasında Avrupa Mahkemesi bu görüşü kabul etmiştir.

Bulgar mahkemesi tutukluluk süresini uzatırken, başvurucunun tutuklama konusu suçu işlediği için uzatmaya karar vermiştir. AİHM bu kararın başvurucuyu suçlu ilan eden bir karar olması nedeni ile suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğine (İHAS 6/2) karar vermiştir (Matijavic–Sırbistan 19.9.2006).

#### *6) Tutuklamanın ihtiyarlığı.*

Tutuklamanın ihtiyari olması, kanunda yazılı tutuklama sebepleri bulunsa dahi hakim tutuklama kararı vermeye mecbur olmayıp o kişinin tutuklanmasının gerçekten zorunlu olup olmadığının araştırması demektir. Tutuklamanın koşullarının gerçekleşmesi halinde, hakime tutuklama mecburiyetinin yüklenmesi demek olan mecburi tutuklama CMK’da bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi 13.05.1963 tarihli kararında ağır cezalı suçlarda sanığın her halde tutuklanacağı yolunda bir sonuca varılamayacağını, aksinin ortaya konulabileceğini, bu nedenle tutuklama mecburiyetinin olmadığını belirtmiştir .

Anayasa Mahkemesi 31.03.1992 tarihli kararı ile tutuksuz yargılama mecburiyetine ilişkin Terörle Mücadele Kanunu’nun 15 inci maddesini Anayasa’nın 2 ve 10. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Karar ile Anayasa Mahkemesi belli kişiler için getirilen tutuklamama mecburiyetinin Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu kabul etmiştir. Bu açıdan bakıldığında, sadece adli para cezası gerektiren veya hapis cezasının st sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama yasağı getiren CMK 100/4, her şüpheliye uygulanan bir kural olduğu için Anayasa’ya aykırı değildir.

Fransız hukukunda da kural olarak sanığın serbest olması gerektiği, tutuklama veya adli kontrol tedbirlerine ancak istisnai hallerde başvurulması gerektiği kabul edilmiştir. Bizdeki adli kontrolü öngören 15.6.2000

tarihli Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 137 inci maddesi uyarınca sanık masum sayılır ve serbest kalır. Bununla birlikte, soruşturmanın gerekleri sebebiyle ya da güvenlik tedbiri olarak, sanık bir ya da birden çok adli kontrol yükümlülüğüne tabi tutulabilir. Sözkonusu amaçlar bakımından adli kontrol yükümlülüklerinin yetersiz olduğu anlaşıldığında sanık istisnai olarak tutuklanabilir .

Ceza Muhakemesi Kanununda mecburi tutuklama hali yoktur. Ancak CMK'nun 100/3 maddesinde sayılan suçlardan birinin sözkonusu olduğu hallerde gerekçe gösterilmeksizin tutuklama yoluna başvurularak, hüküm hatalı olarak adeta mecburi tutuklama hükmü imiş gibi uygulanmaktadır. Gerek savcının tutuklamaya sevk ederken ve gerekse hakimın tutuklama kararı verirken takdir yetkisi kullanması söz konusudur. Bu keyfilik anlamına gelmez. Fakat suç CMK 100/3 deki katalog suç da olsa, sevke etme veya tutuklama kararı verme zorunluluğu yoktur (CGK 16.12.2008, K. 231).

## II- Tutuklama şartları (CMK 100/1).

1) “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller” bulunması.

“Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller” elde edilmiş olmalıdır (Any. 19, CMK “2013-6526” 100/1). Demek ki, kanundaki tâbirle somut deliller, daha doğrusu “şüphe sebepleri”nin elde edilmiş olması yetmemektedir. Bunların kuvvetli olması da gerekmektedir. Aksi takdirde tutuklama kararı verilemez.

Bilindiği üzere iddianame düzenlerken “yeterli şüphe” den bahseden kanun koyucu tutuklama kararı verilirken “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin” varlığını aramaktadır. Kanunkoyucunun Ceza Muhakemesi sisteminde mahkumiyet dışında kullandığı en ağır şüphe derecesi tutuklama hükümlerinde aranmaktadır. Bu bakımdan iletişimin denetlenmesine ilişkin kayıtların tek başına tutuklama nedeni sayılmaması gerekir.

Kamu davası açılması için “yeterli delil” (CMK 170) araştırıldığı halde, burada “kuvvetli suç şüphesinden” (CMK 100/1) bahsedilmesi de gösteriyor ki, kovuşturma evresine geçilmesi sebepleri her zaman tutuklama için yetmez.



2) Tutuklama nedeni bulunması.

Tutuklama nedenleri aşağıda açıklanmıştır (III). Tutuklama kararı verilmesinin ikinci şartı somut olgulara dayanan delillere dayanılarak gerekçelendirilen; kaçma, saklanma veya kaçacağı şüphesinin bulunmasıdır (CMK 100/2-a).

Diğer bir tutuklama nedeni, şüphelinin delil yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık veya mağdur üzerinde baskı girişiminde bulunduğunu gösteren somut olgulardır (CMK 100/2-b).

Tutuklama nedenlerinin hem Cumhuriyet savcısının isteminde (CMK 101/1), hem de tutuklama kararının kendisinde somut olgulara dayanılarak gerekçelendirilmiş olması gerekir (CMK 101/2).

Katalog suçlarda ilk tutuklama kararı verilirken, ağır suçlarda tutuklama nedenlerinin gerçekleştiği karinesine dayanılabilir (mecburiyet yoktur), fakat tutukluluk durumunun uzatılması kararı verilirken, hem başlangıçtaki şüphenin daha da kuvvetlenmiş olması, hem de tutuklama nedenlerinin somut olgularla desteklenerek gerekçelendirilmesi gerekir (AİHM Mooren-Almanya).

3) lllk: adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmesi.

Kanun kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin edilmiş olmasını aramakla, tehlikenin ihtimal ağırlığı ile koruma tedbirinin getirdiği kısıntılardan oluşan bedel arasındaki orantılılığı açıkça aramış ve “işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemez”, hükmü kabul edilmiştir (CMK 100/1).

Alman Kanunu da “tutuklama işin önemi ile ve hükmedilecek ceza ile orantılı değilse tutuklama kararı verilmez” denilmektedir (StPO 112). Koruma tedbirlerinin hukuk temelini oluşturan bu önşart aranmalıdır ki alınan karar haklı olabilsin. Bu nşart, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulunun R (80)11 numaralı kararında 5. ilke olarak tavsiye edilmektedir.

Adli kontrol tedbiri de tutuklamada orantılılık ilkesine ayrıca dikkat edilmesi sonucunu doğurur. Zira tedbirin amacına adli kontrol yükümlülükleri ile ulaşılabildiği hallerde tutuklamaya başvurulması orantılılık

ilkesinin dikkate alınmamış olduğunu gösterecektir. Orantılılık ilkesine sadece tedbire başvururken değil tedbirin devamına karar verirken veya tedbire son verilirken de dikkat edilecektir.

4) *Diğer koşullar.*

a) *Muhakeme şartı gerçekleşmelidir.*

Aranıyorsa, muhakeme şartı gerçekleşmiş olmalıdır. Gerçekten, tutuklama ceza muhakemesi gayesi ile yapıldığına göre muhakemenin yapılması bir şarta bağlanmış ve bu şart da gerekleşmemişe, tutuklama işleminin de yapılamaması gerekir.

Kanunlarda, yasama ve memurluk dokunulmazlıklarının kalkmasında olduğu gibi, sadece bazı şartlar bakımından dağımlık hukmler vardır. Ői-kayet bakımından da yakalama dolayısıyla, kısa da olsa bir istisna soz konusudur.

b) *Dava kamu davası olmalıdır.*

Eğer ceza davaı açılmışsa bu dava, kamu davaı olmalıdır. Kabahatlerde başvuru yolu zerine (KK 27) yapılan muhakeme dosya üzerinden yapılacağı ve dinleme sırasında mazeretsiz bulunmama halinde yoklukta karar verileceği için (KK 28) tutuklama yolu kapalıdır.

c) *CMK 246 uyarınca sanığa güvence belgesi verilmemiş olmalıdır.*

Gaip veya kaçak olan sanığın duruşmaya gelmesi için bir tedbir olarak tutuklanamayacağı hakkında “güvence belgesi” (CMK 246) verilebilmesi ve bunun koşullara bağlanması kabul edilmiştir.

Bu belge hakkında evvelce tutuklama kararı verilmiş olan sanığa da verilebilir.

Bu belge bazı şartlara da bağlanabilir. Fakat bu şartlar ancak güvence belgesi verilmesi sırasında konabilir. Güvence belgesi, suç sayılan hangi eylem için verilmişe yalnız o eylemden dolayı tutuklamaya mni olur. Eylemin tavsifi değişe bile güvence belgesi muteberdir.

Sanık hapis cezasına cezaya mahkm olursa yahut kaçma hazırlığında bulunursa yahut şartlara riayet etmezse belgenin hükmü kalmaz. Mahkmiyetin yargı halini alması aranmaz.

ç) Tutuklama son çare olmalıdır.

Her koruma tedbirinde olduğu gibi gecikmede tehlike ile hürriyeti kısıma, bir diğer söyleyişle, amaçla araç arasında orantılılık olmalıdır. Bu nedenle önce daha az hak kısıtlayan tedbirler denenmeli, mesela “adli kontrol” (CMK 109) kurumu kabul edilmelidir.

### III– Tutuklama nedenleri (CMK 100/2).

1) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması.

Tutuklama nedenleri de yeniden yazılmış ve şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması Kanunda birinci tutuklama nedeni olarak gösterilmiştir (CMK 100/2–a). Bu nedenle suçu işledikten sonra kaçan veya saklanan bir şüpheli için ayrıca kaçma şüphesi aramaya gerek yoktur.

2) Kaçma şüphesini uyandıran olgular bulunması.

Şüpheli veya sanık kaçmamış veya saklanmamışsa, bu kişi hakkında somut verilere dayanan kaçma şüphesinin varlığı gerekir. Kaçma şüphesi kaçma ihtimalinin varlığı olarak değerlendirilemez; kişinin kaçma girişiminde bulunduğunu gösteren somut şüphe sebeplerinin ortaya konması gerekir. Bir kişinin serbest kaldıktan sonra kaçması, yakalama emri üzeri mevcut adresinde gözaltına alınması kaçma şüphesinin olmadığı yönünde bir kanaat için önemlidir, ancak olayda kaçacağına ilişkin veriler varsa bunların hepsi birlikte değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır.

Kaçma şüphesi değerlendirilirken göz önüne alınacak kriterler ilgili kişinin karakteri, ahlaki durumu, evi, işi, malvarlığı, aile bağları ve soruşturmayı yürüten ülke ile ilgili diğer bağlarıdır. Ağır bir cezaya mahkum edilme ihtimali ve delillerin sağlamlığı gibi sebepler kaçma şüphesinin haklı gösterebilecek ise de tek başına kaçma şüphesine temel oluşturamayacaktır. Ancak ilgilinin yabancı bir ülkede ailevi ve maddi bağlantıları varsa kaçma şüphesinin varlığının kabulü için yeterli addedilmektedir .

3) Delil karartma kuvvetli şüphesi.

İkinci tutuklama nedeni delil karartma şüphesidir; şüpheli veya sanığın davranışlarının, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme hususlarında “kuvvetli şüphe” oluşturuyorsa, Kanun tutuklama nedenini var saymakta-

dır (CMK 100/2).

Delil karartma şüphesi de ihtimalin varlığını değil delillerin toplanmamış olduğu durumlarda delillerin şüpheli tarafından karartılacağına ilişkin somut şüphe sebeplerinin ortaya çıkması halini ifade etmektedir. Eğer deliller toplanmışsa karartılacak bir delilin varlığından söz edilemez. Diğer taraftan sadece delillerin toplanmamış olması yetmez, delillerin şüpheli tarafından karartılacağına ilişkin somut belirtilerin varlığı da bu amaca dayalı tutuklama için aranması gereken koşuldur.

4) *Tanık vs. üzerinde baskı girişimi kuvvetli şüphesi.*

Üçüncü tutuklama nedeni şüphelinin davranışları, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususunda kuvvetli şüphe oluşturmalıdır. şüpheli veya sanığın davranışları, kuvvetli şüphe uyandıracak şekilde, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunduğunu gösteriyorsa, tutuklama nedeni var sayılmıştır (CMK 100/2–b).

104 üncü maddede kaçma şüphesini ve delilleri karartma şüphesini gösteren somut hallerin kararda gösterilmesini emreden bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu çok önemli bir eksikliktir. Tatbikattaki gerekçesiz tutuklama kararlarının önlenmesi gerekir.

Görüldüğu gibi tutuklama kararı verilebilmesi için üç koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir (CMK 100/1): a) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması, b) Bir tutuklama nedeninin varlığı (m. 100/2) ve c) Tutuklamanın işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçüli olması (m. 100/1).

Bu koşullar dışında, adli kontrol tedbirinin uygulandığu hallerde, ilgili- nin kontrol yükümlümlüklerine uymaması halinde de tutuklama kararı verilebilir (CMK 112).

5) *Tekrar suç işleme tehlikesi: “önleme tutuklaması”.*

Mehaz Kanunda terör suçlarında kaçma şüphesi ve delil karartma şüphesi aramadan tutuklama kararı verilmesi kabul edilmiştir (StPO 112/3). Ayrıca hukuk düzenini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren suçların yeniden işlenmesi tehlikesi varsa tutuklama kararı verilebilmektedir. Devlete suçla

mücadelede gerekli yetkileri veren bu hükümlerin aktarılmamış olması yerinde değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tekrar suç işleme tehlikesinin önlenmesi amacıyla tutuklama kararı verilmesini Sözleşmeye aykırı görmemiştir (Matznetter v. Avusturya 10.11.1969). CMK'nın gerekçesinde de failin kamu düzenini ısrarlı ve istisnai bir şekilde bozması karşısında, düzeni iade zorunluluğunu sağlamak amacı ile tutuklama kararı verilebilen Fransız Kanununu örnek gösterilmiş ve CMK 100 ün bu doğrultuda anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır.

Biz Kanunda açıkça belirtilmediği için, Türk Hukuku açısından önleme tutuklamasının kabul edilemeyeceği görüşündeyiz.

#### *6) Duruşma tutuklaması.*

Alman Hukukunda öngörülen duruşma tutuklaması, duruşmanın başlamasından önce beş gün ve duruşma sırasında beş gün için verilen bir özel tutuklama kararıdır (StPO 127b). Bu usul ayrıca hızlandırılmış muhakemede de uygulanmaktadır.

Türkiye’de sanıkların duruşmada hazır bulunmamaları nedeni ile duruşmanın parçalar halinde yapıldığı ve duruşmanın uzadığı dikkate alınırsa, bizde de tek oturumda biten duruşmalar yapılmaya başlandığı zaman benzer bir düzenleme yapılması düşünteülebilir.

### **IV– Tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar (CMK 100/3).**

#### *1) Ağır suçlarda tutuklama kararı verilmesi.*

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda tutuklama sebepleri öncelikle şüpheli veya sanığın “kaçması” veya “saklanması” veya “kaçacağı şüphesini uyandıran” somut olguların bulunması şeklinde belirtilmiş (CMK 100/2-a), ikinci olarak da şüpheli veya sanığın davranışları, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunduğu hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması halinde de tutuklama nedeni bulunduğu kabul edilmiştir (CMK 100/2-b). Fakat Kanunda katalog halinde sayılan bazı suçlarda, bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama sebebinin “varsayılabileceği” kabul edilmiştir (CMK 100/3).

Bu hale tutuklama nedeni mevcut olmadan tutuklama da denilmektedir. Ancak, bu hüküm mecburi tutuklama olarak algılanmamalı, katalog suçlardan biri sözkonusu ile mutlaka tutuklama tedbirine başvurulmalıdır şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira Kanunda kullanılan ifade “varsayılr” olmayıp, “varsayılabılır”dır. Bu suçlarda tutuklama kararı verilebilmesi için, sadece “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil” (CMK 100/1) veya katalog suçların “işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin” varlığı (CMK 100/3) yeterlidir.

“Kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delil” (m. 100/1) ve “suç işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebebi” (m. 100/3) arasında bir fark olmaması gerekir. Kanunun hazırlanması sırasındaki zaman darlığından doğan bir özensizlik örneğidir.

### 2) TCK daki liste suçları.

Tutuklama nedeni varsayılabilen liste halinde sayılan suçlar şunlardır. TCK m. 76, 77, 78, 81, 82, 83, 86/3, 87, 94, 95, 102, 103, 141, 142, 148, 149, 188, iki, yedi ve sekizinci fıkraları hariç m.220, 302, 303, 304, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314 ve 315.

### 3) Diğer kanunlardaki liste suçları.

Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanunun 12 nci maddesinde tanımlanan silah kaçakçılığı suçları, Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunundaki hapis cezasını gerektiren suçlar, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerindeki suçlar ile Orman Kanununun 110/4 ve 5 inci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçlarında kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni varsayılmıştır.

## V- Tutuklama yasakları (100/4).

### 1) Hapis cezasının üst sınırı (CMK 100/4).

Kanun genel olarak, “sadece adli para cezası” ve “üst sınırı iki yıldan fazla olmayan hapis cezası” ölçütlerini koymuştur (CMK “2005-5353 ve 2012-6352” 100/4). Böylece 2004 kanun koyucusu mülga CMUK tarafın-

dan altı ay olarak kabul edilmiş bulunan tutuklama sınırını önce bir, sonra iki yıla çıkartmış bulunmaktadır.

Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda tutuklama kararı verilemez (CMK 100/4) ama, “adli kontrol kararı” verilebilir (CMK 109/2). 2012 değişikliğinden beri bütün suçlar için tutuklama kararı yerine adli kontrol kararı verilebilmektedir (CMK 109/1). Ancak adli kontrol uygulandığında, tedbire uymayan şüpheli hakkında tutuklama kararı verilebilir (CMK 112).

İki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezalarda tutuklama yolunun kapatılmasının kolluk bakımından önemi şudur: Polisin yakalama yetkisi kısıtlanmıştır. İki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda sanık/şüpheli yakalanamayacaktır. Sadece PYSK 17’de olduğu gibi kimlik tespiti için gözaltına alma yolu açıktır.

#### *2) Suça sürüklenen çocuklarda tutuklama yasağı (ÇKK 21).*

Çocuk Koruma Kanunu onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilmesini yasaklamış (ÇKK 21) ama 15–18 yaş grubu bakımından istisna kabul etmemiştir.

#### *3) Tutuklama kararı ikincil bir karardır (CMK 101/1).*

Tutuklama kararı ikincil bir karardır. 2012 sonrası artık her suç ve her yükümlülük bakımından, önce adli kontrol tedbiri uygulanması için harekete geçilecek ve adli kontrol yetersiz kalırsa tutuklama kararı verilebilecektir (CMK 101/1). Bu nedenle burada da bir tutuklama yasağından bahsedebiliriz: eğer adli kontrol uygulanabilecek ise tutuklama kararı verilmesi yasaktır.

#### *4) Akıl hastaları.*

Suç işleyen akıl hastaları hakkında şifaya kadar muhafaza kararı verilebilirse de tutuklama kararı verilemez (1. CD 28.3.1989, K. 915). Bu içtihadı 2011 yılında da sürdüren Yargıtay, akıl hastası hakkında tutuklama kararı verilemeyeceği için tahliye kararı vermiştir (1. CD 25.11.2011, K. 88).

**VI– Tutuklunun tabi olduğu rejim.***1) Taban Kurallar.*

Tutukların rejimini düzenleyen Hukuk normlarının kaynakları çeşitlidir. Bunlar arasında Birleşmiş Milletlerin 1957 yılında kabul ettiği “Hükümlü ve Tutukların Tretmanında Taban Kurallar” ve Avrupa Konseyinin bunlara ek olarak kabul eylediği “Hükümlü ve Tutukların Seçim Hakları ile Medeni ve Sosyal Hakları Hakkındaki” tavsiye kararı ile “Hürriyetleri Kısıtlananların Tretmanı Konusunda Taban Kurallar” hakkındaki karar büyük önem taşımaktadır.

Tutuklular hükümlülerden farklı işleme tabi tutulur. Tutuklu hakkında, ancak tutuklama ile gözetilen gayeyi ve tutukevinin düzenini sağlamaya yönelik kısıtlamalar yapılması gerekir.

5275 sayılı Ceza ve Güvelik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun 111, 112, 113, 114, 115, 116. maddelerinde tutuklama kararının yerine getirildiği kurumlar, tutukevine kabul, tutukluların barındırılması, tutukluların hakları, kısıtlayıcı önlemler ve tutukluların yükümlülüklerini, ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş bulunmaktadır.

Tutuklu, hükümlü değil, şüpheli veya 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 m. 116/1). Yeni İnfaz Kanunu da aynı düzenlemeyi kabul etmiştir (CGİK m. 111/1).

*2) 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 güvenliklı tutukevleri” (CGİK 111/2), kadın, çocuk ve gençlik tutukevleri (CGİK 111/3) de öngörülmüştür.

Terör tutuklularının yargılandıkları ildeki tutukevinde yer olmadığı



gerekçesi ile başka bir ildeki tutukevine nakledilmelerine izin veren idari işlem, mahkeme önüne çıkma hakkını ihlal ettiği için adil yargılanma hakkını zedeler nitelikte bulunmuş ve iptal edilmiştir (Danıştay 10. D 3.11.1998, K. 5511).

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).

ç) Tutukluların hakları. Tutukluların; çalışma hakkı, ziyaretçi kabul etme, yazılı haberleşme ve telefonla görüşme, müdafii seçmek ve görevlendirmek, müdafii ile haberleşme ve temas hakları vardır (CGİK 114).

d) Kısıtlayıcı önlemler. Soruşturma evresinde C. savcısı, kovuşturma evresinde de hakim veya mahkeme, tutuklunun tek başına, sıkı bir rejim altında muhafaza edilmesine ve kaldığı odanın kamera ile izlenmesi, dışarıyla ilişkisinin kesilmesi, kelepçelenmesi veya yüksek güvenlikli kuruma nakledilmesi tedbirleri uygulanabilir (CGİK 115).

e) Tutukluların yükümlülükleri. “Tutukluluk hali” ile uzlaşır nitelikte olma ve hükümlülerin tabi buldukları yükümlülükler tutukluluklar hakkında da geçerlidir (CGİK 116).

## **VII- Özel tutuklama halleri.**

### *1) Özel tutuklama kavramı.*

Kanun bazı hallerde genel hükümlere tâbi olmadan da, sanığın bir hâkim kararı ile tutuklanmasını mümkün kılmıştır. 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 manada kullanılmamaktadır. Başka bir tâbir kullanılması doğru olacaktır. Biz, sanıkların özel şartlar ile tutuklandığı bütün halleri “özel tutuklama”

diye adlandırarak genel tutuklamadan ayrılığını belirtmek istiyoruz.

Özel tutuklama ceza muhakemesinde sadece sanıklara uygulanmaz. Aşağıda görüleceği gibi sanıktan başka kişilere uygulandığı da vardır. Ceza muhakemesi dışındaki uygulanmalarına da rastlanmaktadır.

Özel tutuklamaların, zorlama tutuklaması dışında kalan uygulamaları da vardır.

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.

Kanunlarımızda ceza muhakemesi alanında özel tutuklamaya şu hallerde rastlamaktayız.

### 2) Mal beyanında bulunmama.

Bunların başında, icra hâkimi kararı ile gerek özel alacaklarda gerek kamu alacaklarında mal beyanında bulunmayan borçlunun üç ayı geçmemek üzere beyanda bulununcaya kadar, yani beyana zorlanmak için tutuklanması gelir. Kanun burada da hapis ile tazyik terimini kullanmıştır (İİK 76).

Burada söz konusu olan ceza çeşidi olan hapis olmayıp, özel tutuklamanın bir çeşididir. Ceza olmadığı, İİK 367 vd. maddelerinde öngörülen cezalardan ayrıca verilmesinde de anlaşılmaktadır.

### 3) Duruşma düzenin bozulması.

Kanun duruşmanın düzenini bozan kişinin salondan çıkmamakta direnmesi üzerine, “yakalanmasını” ve bir kararla dört güne kadar disiplin hapsine konulmasını kabul etmiş (CMK 203/2), avukatları bu hükümden hariç tutmuştur.

### 4) Disiplin ve zorlama hapsi.

Tanıklıktan veya yeminden yasal bir neden olmadan çekinen tanığın, tanıklığa veya yemine zorlanması için üç ayı geçmemek üzere veya dava hakkında hüküm verinceye kadar “disiplin hapsine” alınması mümkündür (CMK 60/1).

“Disiplin hapsi” delil olmak üzere faydalı görülen yahut müsadereye tâbi olan eşyayı göstermek veya teslim etmekten çekinen zilyed hakkında da uygulanır (CMK 124/2). Şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz.

2012–6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kanunu da tedbir kararlarına aykırılık halinde zorlama hapsi öngörmüştür: Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur. (m. 13)

##### 5) Geriverme tutuklaması.

Suçluların geriverilmesi işlemi de geriverilmesi istenilen kişinin genel şartlar aranmadan tutuklanmasını gerektirebilir (TCK 18/7). Genel tutuklamadan ayırmak için “geriverme tutuklaması” denilen ve acele hallerde yabancı tutuklama kararı olmadan da verilebilen geçici çeşidi de bulunan tutuklama da özel bir gözaltı durumudur ve en geç, geri verilecek kişinin Türk sınırlarını terketmesine kadar sürer. Daha önce sona ermesi de mümkündür.

İlgili Devletin istemi üzerine, TCK 18/4 uyarınca geçici tutuklama kararı verilebilir. Bu karar Anayasa’nın 38 inci maddesi doğrultusunda verilir, fakat mahkeme talep ile bağlıdır. Mesela talep dışına çıkarak gerivermenin reddine karar vermesi hukuka aykırıdır (6. CD 12.10.2007, K. 8971).

Alman vatandaşının 45 ayrı dolandırıcılık suçundan yargılanması ve 614 günlük hapis cezasının infazı için, Alman mahkemesinin verdiği tutuklama kararı ile geri verme istendiği davada; Alman sanığın geri verme amacı ile tutuklanmasında hukuka aykırılık yoksa da 45 adet dolandırıcılıktan elde ettiği paraları Türkiye’deki banka hesabına yatırması karşısında, suçun Türkiye’de işlenip işlenmediği araştırılmalıdır (11. CD 16.11.2005, K. 11516).

Yabancı mahkemece verilen cezanın Türkiye’de yerine getirilmesi istendiğinde, Türkiye’de ise ve kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar varsa yerine getirme kararı alınıncaya kadar tutuklanması da (1984–3002 m. 10), özel bir tutuklamadır.

6) *Sevk Tutuklaması.*

CMK gıyabi 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 önce “2005–5353”, sonra da “2014–6526” sayılı Kanunlar ile değiştirildi. Önce yakalama yerine en yakın sulh ceza hakiminin yetkili mahkemeye götürmek üzere tutuklama kararı verebilmesi esası kabul edilmişti. Bu da hâkim kararı ile yapılan bir hürriyet kısıtlaması olup ve genel şartlar aranmadığından özel tutuklama idi.

Fakat, 2014–6526 ile CMK 94 tekrar değiştirildi ve yetkili hakim veya mahkeme tarafından SEGBİS sorgusu usulü getirildi. Sesli ve görüntülü sorgu yöntemi ile bir başka yargı çevresindeki şüpheli veya sanığın tutuklanmasının yolu böylece açılmış oldu. SEGBİS sorgusu ile tutuklanan şüpheli veya sanığın, tutuklama kararı sonrasında yargılanmak üzere yetkili mahkemeye gönderilmesi gerekir. Burada da sevk tutuklaması gündeme gelmektedir. Genel hükümlere göre artık tutuklu stetüsünde olan bu şüpheli veya sanık yetkili mahkemeye sevk edilecektir.

**VIII– Tutuklama kararı verilmesi istemi ve tutuklama kararının muhtevası.**

1) *Tutuklama kararı verilmesi istemi.*

İki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar dışındaki suçlarda şüphelinin tutuklanmasına soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, kovuşturma evresinde de, gene Cumhuriyet savcısının istemi üzerine karar verilir. Ancak kovuşturma evresindeki tutuklama kararı mahkemece re’sen de verilebilir

CMK ile soruşturma evresinde sulh hakiminin re’sen tutuklama kararı verme yetkisi kaldırılmıştır. Mülga CMUK 158 deki yetki, nedeni anlaşılamayan bir biçimde ortadan kaldırılmıştır (CMK 163/1). Buna karşılık kovuşturma evresinde mahkemenin re’sen tutuklama kararı vermesi yetkisi sürmektedir (CMK 101/1).

C. savcısının tutuklama isteminin mutlaka gerekçeli olması ve adli kontrole tabi (2–3 yıl hapsi gerektiren) suçlarda, adli kontrolün neden yetersiz

kalacağı açıklamasının, hukuki ve fiili nedenlere yer verilerek yapılmış olması gereklidir.

Tutuklama sanığın kişi hürriyetini çok ağır bir şekilde kısın bir tedbir olduğundan, buna hâkimin, (daha doğrusu hâkimlerin işgal ettiği bir yargılama makamının) karar vermesi teminat olmak üzere kabul edilmiştir (Any. 19/3).

Gerçekten, bu yetkinin bağımsız hâkimlere verilmesi, tutuklamanın, siyasi iktidarın muhafazası âleti haline getirilmesine mâni olma hususunda büyük bir teminattır. Bağımsız olmayan ve olmaması gereken savcının tutuklamaya karar verebilmesi bu bakımdan büyük bir tehlike teşkil eder. Anayasa savcının tutuklama kararı verme yetkisini bu sebeple kabul etmemektedir (Any. 19/3).

Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminin mutlaka gerekçeli olması ve adli kontrol uygulanabilen suçlarda, adli kontrolün neden yetersiz kalacağı açıklamasının, hukuki ve fiili nedenlere yer verilerek yapılmış olması gereklidir.

Tutuklama talebi üzerine hakim talebi inceleyerek şüphelinin tutuklanmasına, tutuklama talebinin reddine veya şüphelinin adli kontrol altına alınmasına karar verebilir. Cumhuriyet savcısı şüpheli hakkında adli kontrol uygulanmasını talep etmişse hakim tutuklama kararı veremez. Bu halde şüphelinin adli kontrol altına alınmasına veya adli kontrol talebinin reddine karar verilebilir .

Tutuklama talebini reddeden hakim kararına karşi hangi süjelerin itiraz yoluna başvurulabileceği açıklanmadan Kanun itiraz yolunu açmıştır. Bu konuda, kanun yoluna başvurma konusunda genel hükümlerden yola çıkılabilir. Savcı sanığın lehine veya aleyhine hareket edebileceği için itiraz yetkisi vardır. Ancak suçtan zarar görenin bu hakim kararına itiraz edebilmesi için karardan zarar görmesi şarttır. Özgürlüğü kısıtlanacak kişi, şüpheli olduğu için suçtan zarar görenin bu karardan zarar görmediği düşünülebilir ve şüphelinin tutuklanmasında suçtan zarar görenin menfaati bulunduğu da söylenebilir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşi suçtan zarar gören itiraz edebileceğine göre daha önemli bir hukuk durumu yaratan hakim kararı ile de zarar gördüğu kabul edilmelidir.

Savcının tutuklama kararı verilmesini isteme konusunda takdir yetkisi vardır. Cumhuriyet savcısının şüpheliyi yersiz bir şekilde tutuklamaya sevk etmesi ne kadar hatalı ise şüpheli hakkında kuvvetli suç şüphesini gösteren olgular bulunduğu ve suçun CMK 100/3 deki listede yer alan katalog suçu olduğu hallerde, şüpheliyi serbest bırakması da doğru değildir. Mesela nöbetçi olduğu sırada eşini yaşamsal tehlike gösterecek şekilde oniki yerinden bıçaklayan faili tutuklamaya sevk etmeyen Cumhuriyet savcısı hakkında görevi savsama suçu nedeniyle son soruşturmanın açılması gerektiği düşüncesi ile ağır ceza mahkemesinin kararı CMK 309 yolu ile bozulmuş (4. CD 3.7.2007, K. 6317) ve bu mahkemece son soruşturmanın açılması kararı verilmiştir (Benzer bir olay, tutuklama kararı vermeyen sulh ceza hakimi açısından gelişmiş ise de Yargıtay, “hakimin mutlak takdir hakkının kanıt değerlendirmesi niteliğinde olması” nedeni il, kanun yararına bozma istemini kabul etmemiştir. (8. CD 28.2.1986, K. 1425). Yukarıda sözünü ettiğimiz 4. Ceza Dairesi, oy çokluğu ile sanık C. savcısının beraatine karar vermiş ve bu karar temyiz edilerek Ceza Genel Kuruluna gelmiştir. Genel Kurul, tutuklamada zorunluluk değil, takdirilik sistemi kabul edilmiş olduğunu vurgulayarak, beraat kararını onamıştır (CGK 16.12.2008, K. 231; 4. CD 3.4.2007, K. 3037 de aynı yöndedir).

## 2) Tutuklama kararının verilmesi.

Tutuklama kararı verme yetkisinin bağımsız hakimlere verilmesi, tutuklamanın, siyasi iktidarın aleti haline getirilmesine mani olma açısından önemli bir teminattır. Bağımsız olmayan Cumhuriyet savcısının tutuklamaya karar verebilmesi bu bakımdan büyük bir tehlike teşkil eder. Anayasa Cumhuriyet savcısının tutuklama kararı verme yetkisini bu sebeple kabul etmemiştir (Any. 19/3). Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Schiesser/İsviçre kararında yürütme ve taraflara karşı bağımsız olan hakim dışında diğer bir kişinin tutuklama kararı vermesini Sözleşmenin ihlali olarak kabul etmemiştir. Kararda savcının yeterli bağımsızlık güvencesine sahip olduğu ve usul ile maddi güvenceleri taşıdığı gerekeşiyle, hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarılma hakkının ihlal edilmediği belirtilmiştir.

Tutuklama kararı verme yetkisi şöyle düzenlenmiştir:

a) Soruşturma evresinde tutuklamaya “sulh ceza hâkimliği” karar verir (CMK 101/1). Bu sulh ceza hâkimliği, suçun işlendiği veya sanığın yakalandığı yerdeki sulh hâkimliğidir.

b) Kovuşturma evresinde tutuklamaya karar vermeye yetkili makam mahkemedir. Acele hallerde başkanlık da bu yetkiyi haizdir (CMK 101/1).

c) İstinaf ve temyiz muhakemesi esnasında da tutuklama yetkisi kovuşturma evresindeki gibidir. Yargıtay sadece bozma sebebine göre bir an önce salıverilmeyi sağlar. İstinaf ve temyiz muhakemesi esnasında da tutuklama yetkisi kovuşturmadaki gibidir. Yargıtay sadece bozma sebebine göre, bir an önce salıverilmeyi sağlar. Tutuklama sebeplerinin ilk defa Yargıtay aşamasında meydana çıkması durumunda, Yargıtay’ın tutuklama kararı verme yetkisi olduğu ileri sürülmekte ise de uygulama, Yargıtay’ın tutuklama kararı verme yetkisinin bulunmadığı, yalnızca bozma sebebine göre salıvermeye karar verebileceği yönünde gelişmiştir .

ç) Çocuk Mahkemelerinde Yargıtay 3. CD’ne göre, ÇKK’nun 42. maddesine göre bu Kanun da hüküm bulunmayan hallerde CMK hükümleri uygulanır hükmü nazara alındığında, suçta sürüklenen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarına çocuk hakimi tarafından karar verileceği belirtildiği halde, adli kontrol ve tutuklama kararına hangi merciin karar vereceği belirtilmediğinden anılan madde gereği çocuk hakkında tutuklama kararını sulh ceza hakiminin vermesi gerekir. Yargıtay 6. CD ise 2006 tarihli kararı ile “5271 sayılı CMK’nun 4. kısmında koruma tedbirleri olarak yakalama ve gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma 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 bozulmasına” karar vermiştir.

### 3) Tutuklama oturumu öncesinde müdafin savunma hazırlaması.

Müdafinin tutuklama kararı verilmesini engelleyebilmesi için, tutuklama kararı verilirken kullanılabilecek olan unsurları bilmesi ve bunları hukuki

ve fiili açıdan değerlendirebilmek için gereken zamana sahip olması lazımdır.

Bu nedenle yakalanarak tutuklamaya sevk edilen şüpheliler ile tutuklandıktan sonra tutukluluk durumunun devamına karar verilmesi söz konusu olan şüpheli ve sanıkların müdafinin soruşturma dosyasını inceleme hakkı, tutuklanma tehlikesi altında bulunmayan kişilere nazaran farklılık gösterir. Mooren kararında belirtildiği gibi müdafinin dosyadaki tutuklama kararı verilirken kullanılabilir olan belgeleri inceleme hakkı kısıtlanmamalıdır.

Müdafinin dosyayı daha geniş kapsamlı olarak incelemesi yeterli değildir. Ayrıca tutuklama oturumu öncesinde hazırlık yapmak ve incelediği belgelere karşı savunma hazırlamak üzere zamana da ihtiyacı vardır. Bu nedenle, Dönmezer Tasarısında yer alan, fakat CMK ya alınmayan 5 günlük hazırlanma süresinin ve bu zaman zarfında şüphelinin tutuklanmadan muhafaza altında tutulması kurumunun canlandırılması gereklidir.

Tutuklama istendiğinde şüpheli veya sanık kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır (CMK 101/3).

Görüldüğü gibi, savcı tutuklama istemi ile hakim veya mahkemeye başvurduğu hallerde, şüpheli veya sanık bakımından Kanunun bazı yerlerinde “zorunlu” denilen “mecburi müdafilik sistemi” benimsenmiştir.

Bu önemli bir gelişmedir. Kanun “suçun ağırlığını” nazara alarak mecburi müdafilik sistemini hukukumuza kazandırmıştır (CMK 150/2, 3). Bunun da ötesinde, şimdi cezanın ağırlığına bakılmaksızın tutuklama cellesi için mecburi müdafilik sistemini de kabul etmiş bulunmaktadır. Tutuklama kararının duruşmada verilecek olması halinde, şayet sanığın bir müdafii yoksa mahkemenin duruşmaya ara vererek müdafii görevlendirildikten sonra tutuklama kararı vermesi gerekmektedir.

#### 4) Tutuklama oturumu.

Ceza Muhakemesi Kanununda tutuklama kararının vicahi olarak sanığın hazır bulunduğu bir ortamda verilmesi öngörülmüştür (CMK 101/2). Dosya üzerinden verilen “gıyabi tutuklama kararı” tipi kaldırılmış, bunun yerine sadece “hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri”



korunmuştur (CMK 98). Gıyabi tutuklama kararının istisnası CMK'nun 248/5. fıkrasında sadece yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında öngörölmüştür.

Gıyabi tutuklama kararı tipinin kaldırılması yerinde olmamıştır. Bu durum “hakim tarafından verilen yakalama emrini” ön plana çıkaracaktır. Bu suretle CMK 100. maddede öngörölen garantilerden şüpheli ve sanıkların mahrum edilmesi, Sözleşmenin 5. maddesine ve Anayasanın 19. maddesine aykırılık oluşturabilir .

Tutuklama oturumunda şüpheli veya sanığın ve müdafii hazır bulunması (mecburi müdafilik) (CMK 96/1, 101/3) kabul edilerek sanığın sorgu hakkını kullanması ve kararın içeriğinin sözlü olarak şüpheli veya sanığa bildirilmesi (CMK 101/2) öngörölmüştür.

Şüpheli veya sanık ile müdafii hazır bulunmasını sağlamak, sadece gözaltına alınanlar bakımından kolaylıkla mümkünse de, serbest olan şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi için bunların “tutuklama oturumuna” davet edilmeleri gerekecektir. Gelmeyen şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilemeyecektir.

Tutuklama kararının vicahi olarak sanığın hazır bulunduğu bir ortamda verilmesi öngörölmüştür. Dosya üzerinden verilen “gıyabi tutuklama kararı” tipi kaldırılmış, sadece “hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri” korunmuştur (CMK 98).

Gıyabi tutuklama kararının kaldırılmasının sakıncalı yönleri vardır. Mesela şüpheli veya sanık ile müdafii hazır bulunmasını sağlamak, gözaltına alınanlar bakımından kolaylıkla mümkünse de serbest olan şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi, bu kişilerin “tutuklama oturumuna” davet edilmeleri gerektirecektir. Gelmeyen şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilemeyecektir.

Cumhuriyet savcısının tutuklama istemi üzerine, tutuklama oturumu yapılır. Bu oturumun şüpheli veya sanığın hazır bulunduğu, vicahi bir celse şeklinde yapılması gerekir. Gıyabi tutuklama kararı bunun için kaldırılmıştır.

Oturumda müdafii de hazır bulunması gerekir. Kanun burada da zorunlu müdafiiği kabul etmiştir (CMK 101/3). AİHM ise 27.6.1968 tarihli

Neumeister-Avusturya kararında, savcının bulunduğu bir oturumda müdafii hazır bulunmamasının, silahlarda eşitlik ilkesini zedelediğine karar vermişti. Türk Hukukunun, AİHM kararlarının ötesinde garanti sağlayan bir yönü bulunduğunu belirlemek sevindiricidir.

Cumhuriyet savcısının da tutuklama oturumunda hazır bulunması gerekir. CMK öncesinde Yargıtay aksine karar vermiş ve savcının bulunmayabileceğini içtihat etmişti (6. CD 20.6.1994, K. 6328). Bizce CMK 101/1 uyarınca mutlaka gerekçe göstermek zorunda olan savcının, tutuklama oturumuna katılarak açıklama yapması ve özellikle de, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağına ilişkin hukuki ve fiili nedenleri sözlü olarak bildirmesi, müdafii de bunlara yanıt vermesinin sağlanması yolu ile vicahi celse yapılması mümkün olabilir. Bilindiği gibi AİHM tutuklama oturumunun vicahi yapılmamasını ihlal nedeni olarak görmektedir.

#### 5) Tutuklama kararının içeriği.

Tutuklama kararında neler yazılacağı Kanunda açıkça belirtilmemiştir. Arama veya iletişimin denetlenmesi kararlarında, kararların hangi unsurlardan oluşacağı açıkça yazıldığı halde, tutuklama kararı açısından Kanun suskun kalmıştı. Bununla birlikte tutuklama ile ilgili maddeler bütün olarak incelendiği ve 2012 yılında CMK 101/2 de yapılan değişiklik nazara alındığında hakim tutuklama kararında belli noktalara yer vermesinin zorunlu olduğu görülmektedir.

#### 6) Tutuklama kararının gerekçesi.

Tutuklamaya ilişkin kararların gerekçeli olması gerekir (CMK 101/2). Tutuklama oturumunda şüpheli veya sanığın ve müdafii hazır bulunması gerekir. Kanun bu halde mecburi müdafilik kabul etmiştir (CMK 101/3).

Kanunda sanığın sorgu hakkını kullanması ve karar içeriğinin sözlü olarak şüpheli veya sanığa bildirilmesi öngörülmüştür (CMK 101/2).

#### 7) Tutuklanının yakınlarına haber verme.

Yakalanan kişinin yakınlarına haber verme kovuşturma makamları tarafından yapılır. Şüpheli kendisi konuşamaz. Fakat kişi tutuklanırsa, “biz-zat” haber verme hakkı gündeme gelir. Tutuklama kararı üzerinde, haki-

min ayrıca karar (izin) vermesi ile kişinin bizzat konuşarak tutuklandığını yakınlarına bildirmesi 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 jandarma veya polis memurunun elinde iken böyle bir mecburiyet söz konusu olmaz. Tutuklanan, yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise yazılı olarak karşı çıkarsa, durumu konsolosluğuna bildirilmez (CMK 95/2).

Yakınlara haber verilmesi delil karartma şüphesini artıran bir işlemdir. Bunu gösteren haller varsa bildirim birkaç saat geciktirilmesi yerinde olur.

Yakınlarına haber vermenin ne şekilde yapılacağına dair Kanunda ayrıntılı hüküm bulunmamaktadır. Bu konu Yönetmelikle düzenlenmiştir. İspat bakımından yazılı olmasında yarar bulunmaktadır.

Sanığın tutuklandığını veya tutuklamanın uzatılmasına ilişkin karar verildiğini, Devletin tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bildirmesi hakim bu konuda vereceği bir kararla olur. Bildirim “gecikmeksizin” yapılır. Kanun yakalanan kişinin yakalandığının haber verilmesinde de aynı formülü kullanmıştır (CMK 95/1).

Yakınlara bildirim Anayasa’da da düzenlenmiştir. Anayasa’nın 19/6. fıkrası uyarınca kişinin tutuklandığı “derhal” yakınlarına bildirilir.

Tutuklamada tutuklunun bizzat kendisinin bildirmesine de hakim kararı ile izin verilebilir. Ancak soruşturmanın amacının tehlikeye düşmemesi koşulu vardır.

Şüpheli veya sanık “yabancı” olduğunda, tutuklanma durumu vatandaş olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir. Sanık yazılı olarak karşı çıkarsa konsolosluğa bildirim yapılmaz.

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.

Ceza Muhakemesi Kanununun kabul ettiği sisteme göre, Şüpheli veya sanığın ve müdafinin hazır bulunduğu bir oturumda tutuklama kararı verildiğinde, bu kararın CMK 107. maddesine göre tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye tutuklama ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karar, hakimin 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 hkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir, hükmü yeni Kanuna alınmalıdır.

Hakime kanunla dahi emir verilemeyeceği için bu hüküm hakime takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme Anayasa değişikliği ile 19. madde metninden çıkarılan “bildirmede tehlike” unsuru, kanaatimizce halen geçerlidir ve hakim sakıncalı görüyorsa, gerekçelendirmek kaydıyla bildirmeme kararı da verebilir. Nitekim CMK’nun 107. maddenin ikinci fıkrasında tutuklanan kişinin bizzat bildirmesi için izin vermede, “soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme” unsuru açıkça belirtilmiştir.

### **IX– Tutuklama kararına itiraz.**

Tutuklama kararı ve tutuklamaya ilişkin sair kararlar kişi hürriyetini esaslı surette sınırlandırdığından Ceza Muhakemesi Kanunu 100. madde uyarınca verilen kararlar ile 101. madde uyarınca kararlara itiraz edilebilmesini kabul etmiştir (CMK 101/5).

İtiraz zerine verilen kararların “kesin” olmasına rağmen merci sanığın tutuklanmasına karar verirse acele itiraz yoluna gitme hakkı tanındığı da (CMK 271/4) hatırlanmalıdır.

101 inci madde ile tutuklamaya, tutukluluğun devamına ve tahliye isteminin reddine ilişkin kararlara itiraz edilebileceği belirtilmiş, fakat bu kararlara kimlerin itiraz edebileceğine ilişkin açıklık getirilmemiştir. Cumhuriyet savcısının tutuklanmasını talep ettiği Şüphelinin, tutuklanmaması halinde, Cumhuriyet savcısının bu karara itiraz edebileceği, bu halde tutuklama talebinin asliye ceza mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bunun gibi hakimin verdiği tutuklama, tahliye isteminin reddi, tutukluluk süresinin uzatılması gibi kararlara itiraz edilebilir.

Ağır ceza mahkemesinin üyesi olan hakimin müstemir yetki ile sulh ceza hakimi sıfatı ile verdiği tutuklama kararına itirazın hangi merci tarafından inceleneceği Kanun tarafından düzenlenmemiştir. Bu konu kanun yararına bozma yolu ile Yargıtay'ın önüne gitmişse de, eksik belge nedeni ile karara bağlanmıştır. Ceza İşleri Genel Müdürlüğü CMUK 299/2 hükmüne dayanarak, itirazın ağır ceza mahkemi başkanı tarafından incelenmesi görüşünü ileri sürmüştür. Bizce bir hakim, görev ve yetkisini işgal ettiği makamdan aldığı için eğer sulh ceza hakimi sıfatı ile karar veren bir ağır ceza mahkemesi üyesi ise sulh ceza hakimi sayılmalı ve itirazı asliye ceza mahkemesi incelemelidir.

### **X- Hukuka aykırı tutuklama kararı veren hakimin hukuki ve cezai sorumluluğu.**

#### *1) Hukuka aykırı tutuklama kararı veren hakimin hukuki sorumluluğu meselesi*

Tutukluluğun devamına ilişkin karar ile davacının yaşama hakkının tehlikeye düştüğü, koruma tedbiri ile öngörülen amaç dışında sonuçlar meydana geldiği, eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı ve yeterli gerekçe gösterilmediği durumlarda, karar veren makamın hukuki sorumluluğu bulunduğuna karar verilmişti (4. HD 8.6.2010, K. 2010-11). Anayasa'nın 129/5 ve HUMK 573 üncü maddeleri ile 25.3.1931 tarih ve 19/35 sayılı içtihadı birleştirme kararına dayanılarak verilen bu karar sonrasında HUMK 573 değiştirilmiş ve yeni Hukuk Muhakeleri Kanunu yürürlüğe girmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Devletin sorumluluğu ve rücu başlıklı 46. maddesinin 1. fıkrasında hangi sebeplerle, hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği düzenlenmiştir. Bu sebepler, 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” şeklinde belirtilmiş, 2. fıkrasında, tazminat davasının açılmasının, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamayacağı ve 3. fıkrasında da Devletin, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edeceği hüküm altına alınmıştır.

Davaların açılacağı mahkeme başlıklı 47. maddede, Devlet aleyhine açılan tazminat davasının, 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 Hukuk Genel Kurulunda açılacağı ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görüleceği kabul edilmiştir. Madde uyarınca Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca; bu Kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılır. 2. fıkraya uyarınca, Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür.

48. madde uyarınca, tazminat davası dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı ve delilleri açıkça belirtilir; varsa belgeler de eklenir ve mahkeme, açılan tazminat davasını, ilgili hâkime resen ihbar eder. Kanunun 49. maddesinde davanın reddi hâlinde verilecek ceza düzenlenmiştir: Dava esastan reddedilirse davacı, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edilir.

## 2) Hukuka aykırı tutuklama kararı veren hakimın cezai sorumluluğu.

Tutuklama şart ve nedenleri oluşmadan tutuklama kararı veren hakimın bu davranışı suç oluşturur. Mesela davalı vekilinin ısrarla mahkemeleri red ederek, mahkemenin nüfuzunu kıldığı gerekçesi ile CMK daki tutuklama şartları dışına çıkarak tutuklama kararı veren bir hakimın, avukatın 3 saat emniyette, 10 dakika ceza evinde kalmasına neden olması, görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul edilmiştir (4. CD 8.12.1986, K. 565).

**XI– Tutukluluğun azami süresi.**

Tutuklama geçici bir tedbirdir. Amacı olan delil karartma ve kaçma şüphesi ortadan kalktığı zaman sona erebileceği gibi suç işleme şüphesi kuvvetlenir ve mahkumiyet kararı verilirse, tutuklamanın amacı değişir ve önceleyici hale gelir: hükmedilen cezanın çektirilmesi için uygulanmaya başlar. Her ne amaçla uygulanırsa uygulansın tutukluluğun üst süresi olmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu bu süreyi en çok bir yıl olarak belirlemiş, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek altı ay uzatma kabul etmiştir (CMK 102/1).

Bu süre ağır cezalık en çok iki yıldır, ama zorunlu hallerde üç yılı geçmeyecek şekilde uzatılabilir (CMK 102/2). Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TMK 10/5 ile on yıla çıkabilen tutukluluk süresi konusu, aşağıda (3) açıklanacaktır.

*1) Ağır cezalık olmayan suçlardaki üst süre (CMK 102/1).*

Evvence tutukluluğun devamı konusunda belli süre yoktu. 5271 sayılı CMK tutuklulukta geçecek üst süreyi belirlemiştir. Bu süre en çok bir yıldır. Zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

*2) Ağır cezalık suçlardaki üst süre.*

Ağır cezalık suçlardaki tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde toplam üç yılı geçmemek üzere gerekçesi gösterilerek uzatılabilir (CMK 102/2). Böylece iki artı üç yıl olmak üzere beş sene tutukluluk süresi ortaya çıkmaktadır.

Ağır cezalık suçlardaki bu beş yıllık üst süre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinde gösterilen makul süreyi aşar nitelikte olduğu için maddeyi maksada uygun bir şekilde yorumlamalı ve “sürenin uzatma ile birlikte üç yılı geçemeyeceği” anlamını maddeye vermeye çalışmalıdır.

*3) Terörle Mücadele Kanunundaki süre uzaması istisnası kaldırılmıştır.*

2012 yılında 6352 sayılı Kanun ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda gözaltı süresi 48 saat olarak düzenlenmiş (mülga TMK 10/3–ç), TMK 10/5’de sayılan suçlarda ise CMK 102 de gösterilen üst

sürenin iki kat olarak uygulanması emredilmişti. Mülga CMK 251/6 da yer alan, Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında gözaltı süresi Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararı ile yedi güne kadar uzatılabileceğine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

Maddenin gelişme çizgisi de unutulmamalıdır.<sup>87</sup> Anayasa Mahkemesi 4.7.2013 tarihli kararı ile 10 yıllık tutukluluk süresinin Anayasaya aykırı olduğunu belirterek, 2014 yılında yürürlükten kaldırılan TMK'nun 10/5. fıkrasını iptal etmişti.<sup>88</sup>

#### 4) Tutukluluk süresinin hesaplanması.

CMK 102 inci maddesinde “tutukluluktan” bahsetmektedir. Tutukluluk şüpheli ve sanık hakkında uygulanan bir tedbir olup, sanıklık statüsü hükmün kesinleşmesi ile sona erer. Bu konuda esas mahkemesinin hükmünü verinceye kadar olan tutuklama ile hükmün verilmesinden, hükmün kesinleşmesine kadar devam eden tutuklama olmak üzere iki ayrı bir süreç bulunduğu da bir gerçektir. Ancak bu gerçek CMK ile uyum halinde değildir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.04.2011 tarih ve 2011/42 sayılı kararında, CMK'nun 102. maddesinde belirtilen azami tutukluluk sürelerinin ilk derece mahkemesi mahkumiyet hükmü verinceye kadar uygulanabilir olduğunu, mahkumiyet kararından sonraki tutukluluk halinin (hükümlü tutuklu veya hükmen tutuklu) bu sürele dahil olmadığını, diğer bir ifade ile temyiz aşamasında geçen sürenin azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacağını kabul etmiştir.

Oysa CMK'nun 2. maddesi uyarınca kovuşturma evresi hükmün kesin-

<sup>87</sup> Ceza Muhakemesi Kanununun 102. maddesi, aynı Kanunun 250. maddesinin 1 nci fıkrasının (c) bendinde yazılı suçlar ile ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, 31 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmişti. Bu süre zarfında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 110. maddesi uygulandığı için o zamana kadar tutuklulukta hiç bir üst süre yoktu (2005-5320 m. 12). CMK'nun 102. maddesinin yürürlüğe girmesiyle, CMK'nun 250. maddesinde belirtilen suçlarda on yıl azami tutuklama süresi ortaya çıkmıştı. CMK 250. Maddenin yürürlükten kaldırılmasıyla bu kez TMK 10/5. madde uyarınca 10 yıllık tutukluluk süresi ortaya çıkmıştı. 2014 yılında TMK 10 yürürlükten kaldırıldı.

<sup>88</sup> Any. Mah. 04.07.2013, E. 2012/100, K. 2013/84, RG. 02.08.2013/28726.



leşmesine kadar devam eder. Bu halde 102. maddede belirtilen sürelerle, tüm kovuşturma evresi, dolayısıyla temyiz aşaması da dahildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun belirtilen karardaki yorumu kanuna dayanmayan, yasal dayanağı olmayan özgürlük kısıtlaması sonucu doğurmaktadır. Hükümözlü tutuklu kavramına yasal düzenlemelerde yer verilmemiştir. Kanunla yapılacak bir düzenleme ile bu ayırım hukuk hayatımıza dahil edilebilir, ancak halen bunun uygulanması mümkün değildir.

## **XII– Tutukluluk durumunun incelenmesi ve verilen karar.**

### *1) İnceleme.*

CMK 108 tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda kendiliğinden denetim yapılmasını emretmektedir. Savcı otuzar günlük süreler içinde sulh ceza hakiminden inceleme talep eder.

Kovuşturma evresinde ise mahkeme her oturumda tutukluluk durumunun devamı gereğini kendiliğinden araştırır.

Tutuklama her koruma tedbiri gibi geçicidir. Haklı gösteren şartlar kalmayınca tutukluğun sona erebilmesi için şartların kalıp kalmadığını araştırmak gerekir.

Bu araştırma veya başka söyleyişle tutukluğun denetimi ya kendiliğinden ya istek üzerine (CMK 108/2) yapılır. İstek üzerine yapılaş da ilgilinin ya karara itiraz etmesi veya kararın gerialınmasını istemesi üzerine olur.

Tutukluluğun devamına karar vermede en temel ölçüt tutukluluğun devamı için gerekli kuvvetli suç şüphesinin halen devam ediyor olmasıdır. Ancak kuvvetli şüphenin sadece devam etmesi değil bu şüphenin artarak devam etmesi de aranacaktır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Labita-İtalya kararında tutukluluğun devamına karar verirken hâkimin sadece kuvvetli şüphenin devam ettiğini değil güçlendiğini de dikkate alması gerektiğini belirtmektedir. Çünkü yargısal makamların bu süreçte delil toplaması gerektiği ve şüphenin zayıflaması veya kuvvetlenmesi yönünde aşama kaydetmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle mahkeme, tutuklamanın devamına karar verirken önceki şüphe düzeyinden daha kuvvetli bir şüphenin varlığı yönünde delillerin varlığına işaret etmelidir. Devam kararı, tutuklama kararından daha kuvvetli gerekçelere dayanma-

lıdır. Tutuklama sebeplerinin halen devam etmekte olduğu inandırıcı bir biçimde açıklanmalıdır.

Tutukluğun kendiliğinden denetimini kanun mecburî kılmıştır (CMK 108/1). Bu araştırmalarda tutuklama şartlarının bulunup bulunmadığına bakılır. Tutukluğun devamına karar vermek için de hâkimin, tutuklama kararını haklı gösteren şartlara dayanarak bir karar vermesi gerekir (Any. 19/3).

Bu araştırma, sanık tarafından istenilmiş olmasa dahi, şöyle yapılır:

a) Soruştırma 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 sözedен Anayasa'ya (Any. 19/7), Avrupa Sözleşmesine (İHAS 5/3) ve muntazam fasıllarla tutuklama zorunluğunun araştırılmasını tavsiye eden Avrupa Konseyi Kararlarına aykırı düşen bu uygulamayı önlemek gerekiyordu. İlk soruştırma varken biz bunu, sanıklı hazırlık soruştirmasının kısa tutulması ile yani kısa soruştırma ile sağlamaya çalışmıştık. İlk soruştırmayı kaldıran kanun, aynı amaçla savcıcıyı en geç otuzar günlük süreler içinde tutukluk halinin devamının gerekip gerekmediğini incelemesini sulh hâkiminden istemeye mecbur tutmuştu (CMUK “1985–3206” 112/1).

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da bu hükme yer verdi. En geç otuzar günlük süreler itibariyle Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından CMK 100 deki hükümlere göre tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediği denetlenir (CMK 108/1).

b) Kovuştırma evresinde mahkeme kendiliğinden araştırabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu kovuştırma evresinde de en geç otuzar günlük süreler itibariyle re'sen karar verme sistemini benimsemiştir. Hakim veya mahkeme tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk durumunu her oturumda veya oturumlar arasında denetler (CMK 108/3).

Tutuklanan kişinin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruştırma veya kovuştırma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkı vardır. Serbest bırakma, ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hâkim önüne getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir (CMK 109). Her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılı-

đı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacı ile yetkili bir yargı(lama) merciine başvurma hakkına sahiptir (Any. 19/4–8).

2) *Tutukluluk durumunun devamı kararının verilmesi.*

Uzatma kararları Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra ve gerekçeli olarak verilir (CMK 102/3).

Burada gösterilecek olan gerekçede “ilk tutuklama kararından daha kuvvetli suç işleme şüphesi” bulunduğunun ortaya konması gerekir. Türkiye aleyhinde verilen 5. madde ihlallerinde “gerekçesiz” tutukluluk durumunun uzatılması kararlarının rol oynadığı bilinmektedir.

Tutukluluk incelemelerinin sanığın savunmasının alınarak yapılması Ceza Muhakemesi Kanununun 102/3 ve 105 inci maddelerine göre bir gerekliliktir. Kanunda böyle bir değişikliğin yapılmasının amacı uluslararası kriterlere uygunluktur. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de pek çok içtihadında tutukluluk incelemesinin duruşmalı yapılması veya bu konuda yapılan oturumlarda sanığa veya sanığın yasal temsilcisine başvurma imkânı sağlanması gerekliliğinden bahsetmektedir. Bu yönüyle ülkemizdeki mevcut yasal düzenlemenin hukuk hayatına da yansıtılması gerekmektedir. Uygulamada dosya üzerinden tutukluk durumunun uzatılması kararı verilmesi, hem iç hukukla hem de İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla uyum halinde değildir.

3) *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tutukluluk süresi hakkındaki görüşleri.*

Tutukluluk durumunun uzun sürmesi durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, 5/3 ve 5/4 ihlali iddiası ile bireysel başvuru yapılabilir. Ancak bu başvurunun kişinin serbest kalmasından itibaren altı ay içinde yapılması gerekir; diğer bir ifade ile hükmün kesinleşmesi ve iç hukuk yollarının tüketilmesinin beklenmesi, bireysel başvuru süresinin kaçırılmasına neden olur ve başvuru red edilir (Şeyhmus Uğur–Türkiye 19.10.2010).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İHAS 6’yı uygulayarak, 1,5 yıl, 3,5 yıl süren tutukluluk durumlarını makul görmüştür. Herkesin makul süre içinde yargılanma hakkından (İHAS 6/1) başka, tutuğun makul süre içinde yargılanma hakkı vardır (İHAS 5/3; Any. 19/7).

Bu hak ilk mahkemenin son karar vermesine kadarki tutukluk süresinin, her dâvanın verilerine göre makul (haklı) sınırlar ötesinde devam ettirilmemesini gerektirir. Keza tutuğun mahkemeye başvuru olarak kısa bir sürede tutukluğunun kanuna uygunluğu konusunda karar verilmesini ve kanunsuz ise salıverilmesini isteme hakkı vardır (İHAS 5/4). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de tutukluk süresinin kanun veya hâkim tarafından tesbitini tavsiye etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Wemhoff–Almanya Kararında tutukluk halinin devamına karar verilirken gözönünde tutulması gereken bazı kriterler belirlemiştir. Bunlardan biri tutukluluk süresinin gerçek uzunluğu kriteridir. Tutukluluk süresinin uzunluğu araştırılırken suçun niteliği, mahkumiyet halinde hükmedilmesi beklenen ceza ve bu cezanın infazından tutukluluk süresinin mahsubunu sağlayan hükümler gözönünde bulundurulmalıdır.

Suçsuzluk karinesine aykırı düşmemek için tutukluluk süresi, mahkumiyet halinde verilmesi beklenen ceza süresine çok yaklaşmamalıdır.

Tutuklunun tekrar suç işleme eğilimi, hükmedilen güvenceyi karşılayabilmesi imkanı da sürenin uzunluğundaki kriterlerinden biridir. Tutuklunun güvence ile salıvermeyi talep edip etmediği, yargılamanın gecikmesinde etkili olup olmadığı bir başka kriterdir.

Tutukluluk süresinin hesabında yargılama konusu olayın özellikleri de dikkate alınmalıdır. Olayın karmaşıklığı, tanıkların ve suç ortaklarının sayısı, yurt dışından delil elde edilme ihtiyacı gibi soruşturma ve kovuşturmayı uzatan hususlar da gözönünde bulundurulmalıdır.

Bu sürenin makul olup olmadığı tespit edilirken soruşturma makamlarının davranış biçimleri, kovuşturma makamlarının salıverilme taleplerini değerlendirme biçimleri de gözönünde bulundurulmalıdır.

Mesela Böke ve Kandemir, suç örgütü kurmak suçlaması ile 14.2.2001 tarihinde yakalanmış, haklarında mahkumiyet kararı verilmiş ve tutuklu kaldıkları süre nazara alınarak, 14.5.2002 tarihinde serbest bırakılmışlardır. AİHM bu davada İzmir DGM nin her duruşmada tutukluluk durumunu değerlendirmiş olmasını, suçun ağırlığını ve davanın karmaşıklığını nazara alarak 15 ay süren tutukluluk durumunun uzun sayılmayacağına karar vermiştir (AİHM 10.3.2009, Böke ve Kandemir–Türkiye).

AİHM tarafından yapılan değerlendirmede, tutukluluk durumunun devam etmesi kararı verilirken “etkin bir denetim” yapılması ve giderim sağlayan bir yol bulunmaması (lack of any compensatory remedy) Türkiye’nin karşılaştığı “sistematik bir problem” olarak nitelendirilmiştir.

Bu konuya ilişkin olarak mahkemenin önünde karar verilmesini bekleyen 300 kadar başvuru vardır. Sorun şudur: yargılama makamları tutukluluk durumunun devam etmesine karar verirken yeterli gerekçe göstermemekte, kalıplaşmış ifadeler kullanmaktadırlar.

Diğer bir konu, tutukluluğun devamı konusunda savcının görüşü alınması, fakat bu görüşün müdafaaya bildirilmemesi noktasında toplanmaktadır. Tutukluluk durumunun devamı kararının verildiği oturum, vicahi olarak yapılmamakta, dosya üzerinden karar verilmektedir. Bu iki nokta (silahlarda eşitlik ve dosya üzerinden karar verilmesi), Sözleşmenin 5/4 maddesini ihlali eder: itirazı düzenleyen CMK 270, itiraz konusunda C. savcısının görüşünün müdafie bildirilmesini öngören bir düzenleme içermemektedir. Yasanın bu noksanı 5/4 ihlali olarak değerlendirilmiştir (Altınok–Türkiye, 29.11.2011).

Ancak CMK’nun 108 inci maddesinde 11.03.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunun 16 inci maddesi ile yapılan değişiklikle, tutukluluğun incelenmesinde 100 üncü madde hükümlerinin göz önünde bulundurulacağı, şüpheli ve müdafii dinlenilmek suretiyle karar verileceği yönünde düzenleme yapılmıştır.

Tutukluluk durumunun devamına karar verildiği hallerde, CMK 141 “etkin bir başvuru” imkanı öngörmemekte, tazminat istemi için bir hak vermemektedir. Ayrıca tazminat davası ancak ilk derece mahkemesinin hükmü kesinleştikten sonra açılabilirdiği, dava görölmekte iken tazminat talep edilemeyeceği için CMK 141 de etkin bir başvuru yolu olarak kabul edilmemiş ve Türkiye’nin Sözleşmenin 5/5 maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir (Altınok –Türkiye, 29.11.2011).

Sistemde; “ceza muhakemesinin veya tutukluluk durumunun uzunluğundan şikayet etme yolunu açan” bir kanun yolu mevcut bulunmaması, Sözleşmenin 13 üncü maddesine de aykırı görölmüştür (Şeyhmus–Türkiye, 19.10.2010).

Bu nedenle esas mahkemesinin verdiği mahkumiyet hükmünden sonraki kanun yolu aşamasındaki tutukluluk Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Kudlu–Polonya (§ 156), Tendik–Türkiye (§ 34–39), Tunce–Türkiye (§ 33–38) kararlarındaki içtihadından da yararlanarak Kanun ile tekrar ve ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

### **XIII– Tutuklu şüphelinin adli kontrol altına alınması.**

Hakkında tutuklama kararı verilmiş olan “sanığın” adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını Cumhuriyet savcısı sulh ceza hakiminden isteyebilir. Aynı hak şüpheli veya müdafiiine de verilmiştir.

Adli kontrol evvelce üst sınırı üç yıl ve daha az hapis cezasını (CMK 109/1) gerektiren suçlarda uygulanabildiği için, üç senenin üstünde hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı tutuklanan kişinin adli kontrol altına alınmasını sonradan istemesi artık söz konusu olamıyordu. 2012 değişikliği ile adli kontrol genelleştirildiği için artık bütün suçlarda adli kontrol yolu açılmıştır.

Sulh ceza hakimi Cumhuriyet savcısı ile şüpheli ve müdafii dinledikten sonra üç gün içinde karar verebiliyordu (CMK 103/1, mülga üçüncü cümle). 2005–5353 sayılı Kanun ile bu kararın dosya üzerinden verilmesi düzenlendi. CMK 105 ile CMK 103 ve 104 uyarınca yapılan istemlerde tarafların görüşlerinin alınması kuralı kabul edildi ise de, bunun sözlü değil, yazılı görüş olduğu anlaşılmaktadır. Vicahi oturumların kaldırılması yerinde değil ise de, burada sanığın serbest kalmasını sağlayan bir karar söz konusudur. Ancak müdafii tarafından talep edildiği hallerde, sözle durum daha iyi açıklanabileceği için değişikliği yerinde bulmuyoruz.

### **XIV– Tutuklunun salıverilmesi.**

#### *1) Cumhuriyet savcısının tutukluyu kendiliğinden serbest bırakması.*

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tutukluyu veya adli kontrol altına alınmış olan kişiyi re’sen serbest bırakmak yetkisi ile de donatılmıştır (CMK 103/2). Tutuklamaya artık lüzüm görmeyen savcıya, kamu dâvası henüz açılmamış olmak şartıyla sanığı derhal salıverme yetkisi tanınmıştır (CMK 103/2, cümle 1). Mülga CMUK 126 daki bu yetki, 5271

sayılı Kanunda da sürdürölmüştür.

Tutuklamanın amacı delil karartılmasını önlemek veya kaçmayı engellemek olduğu için eğer bütün deliller toplanmışsa ve kaçma şüphesi de yoksa suçü işlediğine dair “yeterli şüphe” mevcut olsa da, Cumhuriyet savcısı tutukluyu serbest bırakabilmelidir. Kanunkoyucu tercihini özgürlükten yana kullanmıştır.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde de, şüphe ortadan kalktığı için tutukluk sona erer, tutuklu kendiliğinden serbest kalır (CMK 103/2).

Savcıların bu yetkilerini kullanırken hasis davranmalarının sebebi, belki de bazı savcılar hakkında açılan ceza davalarıdır (CGK 27.5.2008, K. 145, vd).

### *2) Tutuklunun salıverilme istemi (CMK 104/1).*

Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebilir. Bu istem hakim veya mahkemece incelenerek tutukluluk halinin devamına veya sanığın salıverilmesine karar verilir (CMK 104/2). Red kararına itiraz edilebilir.

Sanığın salıverilme istemi üzerine CMK 109’a göre adli kontrol uygulanması kararı da verilebilir (CMK 105). Burada da cezanın sınırının üç yıl altında olması gerektiği unutulmamalıdır.

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde delil karartma şüphesi kalktıktan sonra, güvence ile adli kontrol uygulanabileceği için tutuklu şüpheli veya sanık salıverilmeyi isteyebilir. Adli kontrol uygulanabilecek durumlarda tutukluluk halinin devamına karar verilmesi Sözleşmenin 5/3 maddesini ihlal eder (AİHM Stögmüller–Avusturya, 10.11.1989).

Salıverilme isteği için bir zaman sınırlaması yoktur. Sanık veya müdafinin salıverilme isteği için duruşma günün beklemlerine gerek olmadığı gibi, belirli aralıklarla yapılması da gerekli değildir. Mahkeme salıverilme konusunda istek olmasa da re’sen salıverilme kararı verebilir.

### *3) Yargıtay tarafından salıverilme.*

Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay’ın ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu, salıverilme istemi hakkındaki kararı dosya üzerindeki incelemeyen sonra verir. Bu karar resen de verilebilir (CMK 104/3).

Hükmün Yargıtayda bozulması durumunda mahkumiyet kararı ile birlikte tutuklama kararı verilmesine, verilen cezanın süresine ve bozma sebeplerinin suçun sübutuna ilişkin bulunmamasına rağmen Yargıtay tutuklama kararının kaldırılmasına ve tahliyeye karar verebilir (8. CD 10.3.2011, K. 1823).

4) *Sağlık nedenlerinin salıverme sebebi olup olmadığı sorunu.*

Kural hakkında tutuklama kararı verilen şüpheli veya sanığın derhal tutukevine gönderilmesidir. Ancak Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 116. maddesinde bazı hükümlerin tutuklular hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Tutuklular hakkında da uygulanacak olan bu infaz hükümleri arasında ‘hastalık sebebiyle infazın ertelenmesi’ de (m. 81) bulunmaktadır. Bu halde tutuklunun, tutukevine gönderilmesi ‘hastalık sebebiyle’ ertelenebilecektir.

Ulusal mahkemelerde tutuklu veya hükümlü bulunan kişilerin, beden bütünlüklerini sağlayıcı gerekli tedaviyi sağladığı durumlarda, AİHM hasta olan kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanmasında ihlal nedeni görmemektedir (Sakkıopoulos-Yunanistan 15.1.2004, n. 44, 45).

5) *Salıverme usulü.*

Maddede salıverme usulü düzenlenmiştir. Geri alma veya salıverme istemleri hakkındaki kararlar Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafii görüşü alındıktan sonra verilmelidir. Şüpheli veya sanığın müdafii varsa müdafii görüşünün alınması yeterlidir. Bu görüşler alındıktan sonra karar dosya üzerinden verilir. İstem üzerine hakimin sadece dosya üzerinden belge inceleyerek karar vermesi önlenmek istenmiştir. Kararlar tutuklunun salıverilmesine, salıverilme isteğinin reddine veya adli kontrol uygulamasına karar verme şeklinde olabilir ve üç gün içinde verilmelidir. Kararlar soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilmelidir. Verilen kararlara karşı itiraz yolu açıktır.

Maddedeki düzenleme ile adli kontrol tutuklamaya seçenек bir tedbir olarak getirilmiştir. 105. madde uyarınca adli kontrol kararı verilirken 109. maddede belirtilen süre sınırı dikkate alınmalıdır. Zira burada 109. maddeye göre adli kontrol kararı verileceğı belirtilmektedir. Bu halde 109.



maddenin bütün uygulanma koşulları gerçekleşmiş olmalıdır. Diğer bir ifade ile suçun u yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren bir suç olması gerekmektedir.

İtiraz tutuklama kararını veren merciie, yani sulh ceza hakimine yapılır. Fakat itirazın yapılacağı sırada nöbetçi hakim asliye ceza hakimi ise itiraz dilekçesi asliye ceza hakimine verilmiş olsa dahi, asliye ceza hakiminin düzeltme yetkisini kullanması için dosyayı sulh ceza hakimine göndermesi gerekir. İtiraz dilekçesi sulh ceza hakimine verilmişe, sulh ceza hakiminin düzeltme yetkisini kullanması, kullanmazsa dosyayı asliye ceza hakimine göndermesi gerekir. Olması gereken hukuk açısından tutuklamaya itirazı, tutuklama kararını veren hakimin incelemesi gerekir. İtiraz edildiğinde tutuklama kararını veren hakim nöbetçi değilse de adliyeye gelerek itirazı incelemelidir.

*6) Salıverilenin yükümlülükleri.*

CMK 106 ile getirilen düzenlenemenin amacı şüpheli veya sanığın adresinin araştırılması için harcanan zaman kaybını önlemek, yargılamayı hızlandırmaktır. 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 merciine veya tutukevinin müdürüne adresini ve varsa telefon numarasını bildirmekle yükümlü kılmıştır (CMK 106/1).

Her türlü adres değişikliklerini bildirmek mecburiyeti de vardır. Adres değişikliğini bildirmediği takdirde bilinen adrese yapılan bildirimler geçerli olur. Ancak bunun için şüpheli veya sanığa, salıverilirken verdiği adreslerdeki her türlü değişiklikleri bizzat gelerek veya iadeli taahhütlü mektupla bildirmesi için uyarıda bulunulması gerekir. Adres bilgilerindeki değişiklikleri bildirmeyen şüpheli veya sanığın eski hale getirme talebi kabul edilmeyecektir. Meğer ki adres bildirmemesi kusursuz olsun.

**XV– Adli kontrol tedbiri uygulanabilen haller.**

1) Tutuklama kararına alternatif olarak uygulanan adli kontrol tedbiri (CMK 109/1, 105).

Tutuklama kişi özgürlüğünü kısıtlar. Tutuklamadan daha hafif bir tedbir olarak, “amaca ulaşmak” mümkünse, bunun uygulanması, “ölçülülük ilkesi” gereğidir. Adli kontrol, “daha hafif” tedbirlerden oluşan bir demettir.

Ceza Muhakemesi Kanunu hapis cezasını gerektiren suçlarda da tutuklamanın önüne “adli kontrol engeli” koymuştur: hapis cezalarında adli kontrol tedbiri uygulanması hakimın takdirine bırakılmıştır: hakim öncelikle adli kontrol kararı verilmesini ele alacak ve adli kontrol uygulaması yetersiz kalacaksa, bunun “hukuki ve fiili nedenleri gösterilerek” tutuklama kararı verilebilecektir (CMK 101/1).

Kanunda yer alan, “Cumhuriyet savcısının tutuklama kararı verilmesini isterken, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir” (CMK 101/1) şeklindeki yasal düzenleme, Kanunun 2012 değişikliğinden itibaren bütün suçlar için adli kontrol yükümlülüklerinin uygulanmasını kabul ettiğini göstermektedir (CMK 109/1).

2012 değişikliğinden önce de üç yılı geçen hapis cezalarında bile iki istisnai durumda adli kontrol uygulanabiliyordu (CMK 109/1): “yurt dışına çıkma yasağı” (CMK 109/3a) ve “güvence miktarı yatırmak” (CMK 109/3f) yükümlülükleri açısından ceza süresi sınırı yoktu (CMK “2005.5353”109/4). Bu iki tedbir açısından 2005–5353 numaralı Kanun ile madde genişletilmiş ve adli kontrol bu iki yükümlülük açısından bütün suçlarda uygulanabilir hale getirilmişti.

2012 sonrasında “üst sınırı üç yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar” sınırlaması kaldırıldığı için şüpheli hakkında tutuklama sebepleri (CMK 100/1) oluşmuşsa bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutularak, tutuklama yerine “adli kontrol” altına alınabilir (CMK 109/1).

Üç yıl sınırlaması Dönmezer Tasarısında yoktu. Daha sonra Kanuna girdikten sonra da bu sınırlamanın Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru, 28.4.2010 tarih ve 21 numaralı karar ile reddedilmişti. Sınırlamanın yürürlükte olduğu dönemde yargıçlar, tutuklama isteminde konu teşkil eden suçun cezasının

üç yıldan fazla olduğu hallerde, “yurt dışına çıkma yasağı” veya “güvence” dışında yükümlülük kararları, mesela hergün karakola gidip imza verme kararı vererek, kurumu genişletmeye giriştikleri durumlarda, bu tür adli kontrol kararları itiraz veya kanun yararına bozma yolu ile bozuluyordu (8. CD 27.3.2008, K. 3042; 11. CD 5.6.2009, K. 6948). Bizce üç yıl sınırının kaldırılması ve adli kontrol uygulamasının genişletilmesi yerinde olmuştur.

2) *Tutuklama yasağı olan hallerde uygulanan adli kontrol tedbiri (CMK 109/2).*

Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama yasaktır (CMK 100/4). Ancak adli kontrol hükümleri ihlal edilirse hapis cezasının süresine bakılmadan, yani iki yıldan az olsa bile (CMK 112), tutuklama kararı verilebilir.

3) *Tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle uygulanan adli kontrol tedbiri (CMK 100/7).*

Kanunda öngörülen üst tutukluluk sürelerinin (CMK 102, TMK 10) dolduğu durumlarda, adli kontrol tedbirleri uygulanabilir.

4) *Suçta sürüklenen çocuklar hakkında uygulanan adli kontrol tedbiri (ÇKK 20).*

Suçta sürüklenen çocuklar hakkında uygulanabilen ve çocuk hakimi tarafından hükmedilebilen koruyucu ve destekleyici tedbirler (ÇKK 5 vd) vardır. Bu tedbirler adli kontrol yükümlülükleri ile bir arada uygulanabilir, fakat infaz kabiliyeti olmayan ve yasada düzenlenmeyen yükümlülük kararı verilemez (5. CD 5.12.2007, K. 9643).

Çocuklar hakkındaki adli kontrol yükümlülükleri yetişkinlere göre daha çeşitlidir. 2012 CMK değişikliği ile bunlar birbirine yakınlaşmıştır.

**XVI– Adli kontrol kararının konusu: yükümlülükler (CMK 109/3).**

1) *Yurt dışına çıkamamak (CMK 109/3–a).*

Ölçülülük ilkesinin gereği olarak tutuklamamanın 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 açıkça ilk defa düzenlenmişti. Mülga Bankalar Kanununun 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 sK “88–3463” 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 önşartlarının aranacağı açıktır. Örneğin mahkûm olup cezası ertelenen kişi hakkında bu yasak hüküm temyiz edilse de sona erdirilecektir.

Anayasa vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla kanunla sınırlanabileceğini kabul ederken (Any. 23/3) elbet bunun muhakeme hukuku esaslarına uygun olmasını açıklamamış olsa da, aramıştır. Hayatının kurtarılması için yurt dışına tedaviye gitmesi gereken bir sanık hakkında bu yasak ölüm cezasından farksızdır. Böyle bir durumda mahkemece orantılılık ilkesi gereği olarak kaldırılabilmelidir. Anayasa’nın 5982 sayılı ve 07.05.2010 tarihli Kanunla değişik 23. maddesi uyarınca vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hakim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.

Sözü geçen 22 inci maddenin, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından sakınca bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tesbit edilenlere de pasaport vermemesi, muhakeme hukuku tedbiri olmadığından üzerinde

durmuyoruz.

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 kural olarak bir yargılama makamı karar vermelidir.

Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinde olduğu gibi gecikmede tehlike olan hallerde bu yetki idareye veya kolluğa verilse dahi, örneğin elkoyma tedbirinde olduğu gibi (CMK 90), kısa bir süre içinde hâkim kararı alınmazsa yasak kendiliğinden kalkmalıdır. Keza idarenin ve kolluğun yasaklama emri veya hâkimin kararı ilgiliye bildirilmelidir ki sınır kapılarında sürprizle karşılaşmasın ve yasağı kaldırtmak için yargılama makamına başvurma hakkı (İHAS 13) sağlanabilsin.

Hakkında yakalama veya tutuklama veya elegeçirme müzekkereleri çıkarılmış kişilerin yurt dışına çıkmak isterken yakalanacakları açıktır. Buna karşılık örneğin 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 Kanununun 22. maddesi uyarınca pasaport verilmesi 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 mahkum 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 işlemlle kısıtlarken şu kıstaslara göre karar verecektir:

Vatadaşın ülkemizin genel güvenliği aleyhine bireysel veya örgütsel faaliyet gösteren, yardım eden veya bunları yönetenlerden olması, Terörle Mücadele Kanununda 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 hakında kısa süre içerisinde operasyon yapılmasına y6nelik takip ve tasarruf faaliyeti y6r6t6lmekte olan kişilere de Pasaport Kanununun 22. maddesi uyarınca pasaport verilmesi engellenmek 6zere tahdit konulabilecektir. Ancak kişinin durumunun bu 6 kıstasın hepsine birden uyması şarttır.

Ceza Muhakemesi Kanunu adli kontrol y6k6ml6l6kleri arasına yurt dışına çıkma yasağını da aldı. Yurt dışına çıkarmama (CMK 109/3–a), tutuklama yerine geçen daha hafif tedbirlerden biridir.

Tutuklamanın gayelerine daha hafif tedbirlerle varılabilecekse, bunlardan biri olan yurt dışına çıkarmama tedbiri uygulanabilir (CMK “2005–5353”109/3–a).

Uyarlama Kanunu niteliğinde olan 2005–5353 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikle “ceza s6resi sınırı olmaksızın” b6t6n suçlarda yurt dışına çıkma yasağı konulması imkanı yaratılmıştır.

Adli kontrol şeklinde d6zenlenmesi nedeniyle yurt dışına çıkmama kararının verilebilmesi için CMK 100 deki kuvvetli suç ř6phesinin varlığını g6steren olgular ve bir tutuklama nedeninin bulunması şarttır.

Bu 6n şartlarının yanı sıra suçun 6st sınırının 6 yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren bir suç olması gerekiyordu; 2005–5353 numaralı Kanun bu tedbiri her suç bakımından uygulanabilir hale getirdi.

2) *Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen s6reler içinde d6zenli olarak başvurmak (CMK 109/3–b).*

ř6pheli veya sanığın kararda belirlenen yerlere, belirtilen aralıklarla d6zenli olarak başvurmasıdır.

3) *Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin ağrularına ve gerektiğinde meslek6 uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak (CMK 109/3–c).*

ř6pheli veya sanığın m6d6rl6k ya da bir başka kişi veya merciye, kararda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde çağrılmasını ve bu kişiye veya mercie gerektiğinde çalıştığı iş veya meslek uğraşı hakkında ya da devam etmekte olduğu eğitim hakkında bilgi vermesini ve bu konuda denetlen-

mesini ifade eder.

4) *Her türlü taşıtı veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek (CMK 109/3–d).*

Şüpheli veya sanığın her türlü taşıtı veya bazılarını kararda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde kullanamamasını ve kararda öngörölmüş ise sürücü belgesinin makbuz karşılığında alınmasını öngörür.

5) *Tedavi veya muayene tedbirine uymak (CMK 109/3–e).*

Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmayı ve bunları kabul etmeyi ifade eder.

6) *Güvence yatırmak (CMK 109/3–f).*

a) *“Güvence” kavramı.*

Güvence şüpheli veya sanığın ileride yapılacak bir usul işlemine gelmesi sağlamak ile mağdurun zararının karşılanabilmesi amaçlarına hizmet eder. Güvence böylece hem CMUK daki şahsi hak davası hem de teminatla salıverme işlevini birlikte yapacak şekilde düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu ilk yürürlüğe girdiği şekilde, 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 kurumuna yer vermemiştir. Sonradan, 2005–5353 numaralı Kanun ile ceza süresi sınırı kaldırılarak (CMK “2005–5353” 109/4), güvence altında adli kontrol genişletildi. Görüldüğü gibi adli kontrol bütün suçlarda uygulanmıyordu. Önce “güvence göstermek” ve “yurt dışına çıkamama” yükümlülükleri genel olarak bütün suçlarda uygulanır hale getirildi (CMK “2005–5353” 109/4), daha sonra da 2012–6352 sayılı Kanun ile bütün yükümlülükler bütün suçlar için uygulanır hale getirildi ve CMK 109/4 kaldırıldı.

Hakim şüpheli veya sanığın ekonomik durumunu göz önüne alarak

güvence miktarı ve ödeme sürelerini tespit eder.

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 sırasıyla önce katılanın masrafları, suçun neden olduğu zararlar, kamusal giderler ve para cezaları tahsil edilir (CMK 113/1).

Güvence gösterme hakim kararı ile sanığa yüklenebilir. Adli kontrol kararında güvencenin karşıladığı kısımların ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Güvenceyi bizzat şüpheli veya sanık göstermek zorundadır. CMK üçüncü kişilerin güvence göstermesini kabul etmemektedir.

Hakim mahkeme veya Cumhuriyet savcısı şüpheli ve sanığa mağdurun haklarını karşılayan kısımların mağdura ödenmesini emredebilir (CMK 114/1). Hükümlü bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya tabi tutulduğu bütün yükümlülükleri yerine getirmişse güvence kendisine iade edilir (CMK 115).

Mülga kanundaki teminatla salıverilme “delil karartması şüphesi” olan durumlarda uygulanamıyor, sadece kaçma şüphesi bulunan durumlarda uygulanabiliyordu. Zira yüksek bir teminatın öngörüldüğü durumlarda şüphelinin kaçmasını önlemek mümkündür.

Ceza Muhakemesi Kanunu “kaçma şüphesi” veya “karartma şüphesi” olan her durumda güvence kurumunu işletmektedir (CMK 113–115). Bu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatinde değiliz.

*b) CMK daki “güvence” türleri.*

CMK üç ayrı tür güvence öngörmektedir: CMK 109/3–f: genel güvence; CMK 109/3–h: suç mağdunun haklarının güvencesi; CMK 109/3–i: aile yükümlülüklerini yerine getireceğinin ve nafakayı düzenli ödeyeceğinin güvencesi.

Kanunda kabul edilen bütün güvenceler (CMK 113) adli kontrol ile bağlantılıdır. Adli kontrol kararı verilen hallerde öngörülen yükümlülüklerden olmak üzere Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hakimce belirlenecek güvence (CMK 109/3–f) ile suç mağdunun haklarını karşılamak üzere belirlenen güvence (CMK 109/3–h) 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. “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.

Mülga kanundaki teminatla salıverilme “delil karartması şüphesi” olan durumlarda uygulanmıyordu. Yüksek bir teminatın öngörüldüğü durumlarda şüphelinin kaçmasını önlemek mümkündü. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu “kaçma şüphesi” veya “karartma şüphesi” olan her durumda güvence kurumunu işletmektedir (CMK 113–115). Bu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatinde değiliz.

*c) Güvencenin konusu.*

Güvencenin konusu para veya para yerine geçebilen devlet esham ve tahvilleri, rehin veya ipotek olabilir. Hâkim güvencenin çeşidini ve miktarını ve güvencenin karşıladığı kısımları belirlemede takdir yetkisini kullanırken sadece kanunda gösterilen ödemelerin yapılmasını değil, şüphelinin veya sanığın kişisel durumunu ve usul işlemlerinde hazır bulunup bulunmayacağı ihtimalini de göz önünde tutmalı ve güvenceyi peşin bir tazminat veya para cezası niteliğine dönüştürmemelidir.

Güvencenin nereye yatırılacağına ilişkin Kanun’da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Güvencenin devlet hâzinesine yatırılması ve yatırıldığına ilişkin makbuzun ibraz edilmesi gerekir.

*ç) Güvence yükümlüne uymamanın sonuçları.*

Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında yetkili merciin tutuklama kararı verebilmesi mümkündür (CMK 112). İlgilinin mükellefiyetlere uyup uymadığı denetimli serbestlik memurları tarafından denetlenmelidir. Adli kontrol denetimini yapmak genel kolluğa verilmemiş, Cumhuriyet savcılığına bağlı ayrı bir teşkilat kurulmuştur.

Ceza Muhakemesi Kanunu ilk yürürlüğe girdiği şekilde üç seneye kadar hapsi gerektiren suçlarda tutuklama kararı verilmesi yerine adli kontrolün kabul ettiği (CMK 109) ve adli kontrolün güvencesi olarak, faile bazı ödemelerin yapılması yükümlülüğü yüklenmesini öngördüğü için (CMK 113), mülga CMUK'daki teminatla salıverme kurumuna yer vermemiştir. Sonradan, 2005 yılında önce güvenceden (CMK “2005–5353” 109/4), sonra da 2012 yılında bütün diğer yükümlülüklerden ceza süresi sınırı kaldırılarak güvence altında adli kontrol genişletildi.

*d) Mağdurun haklarını veya nafaka borcunu önceden ödetme (CMK 114).*

“Önceden ödemeyi” düzenleyen CMK 114 şüpheli veya sanığın kanunda gösterilen ödemeleri yapmasını sağlamak amacını takip etmektedir.

Mağdurun suçtan doğan zararlarını gidermeyi (veya nafaka borcunu ödetmeyi) hedefleyen önceden ödetme şüpheli veya sanığın rızası ile olur. Hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı şüpheli ve sanığa (hüküm verilmeden önce) mağdurun haklarını karşılayan kısımların veya nafaka borcuna ilişkin kısımların mağdura veya nafaka alacaklısına ödenmesini emredebilir. Önceden ödetme emrini verme yetkisi soruşturma evresinde hâkim veya cumhuriyet savcısına, kovuşturma evresinde yetkili mahkemeye tanınmıştır. Önceden ödetme emri verilebilmesi için; mağdur veya nafaka alacaklısının istemi ve şüpheli veya sanığın önceden ödemeye rıza göstermesi gerekir (CMK 114/1). Şüpheli veya sanık hüküm verilmeden önce ödemeye rıza göstermezse bu hüküm uygulanmaz.

Ancak soruşturma veya kovuşturmanın konusunu oluşturan olaylar nedeniyle, bir yargı mercii mağdur veya nafaka alacaklısı lehine bir karar (tazminat veya nafaka ödenmesine karar) vermişse, şüpheli veya sanığın rızası olmasa da önceden ödetme emri verilebilir (CMK 114/2).

*e) Güvencenin geri verilmesi (CMK 115).*

Ceza Muhakemesi Kanununa göre, hükümlü CMK 113/1 (a) bendinde yazılı bütün yükümlülükleri yerine getirmiş ise güvencenin 113. maddenin 1. fıkrasının (a) bendini karşılayan ve aynı maddenin 2. fıkrasına göre verilecek kararda belirtilen kısmı kendisine geri verilir (CMK 115/1). Hükümlü 113. maddenin birinci fıkrasının a bendinde öngördüğü bütün

yükümlülükleri tamamen yerine getirmese güvencenin bu kısmı devlet hâzinesine gelir yazılacaktır. 2003 yılında CMUK döneminde tutuklanıp, kefaletle serbest bırakılan sanığın duruşmalara gelmemesi üzerine 2008 yılında yakalama kararı çıkarılıp, 2009 yılında tutuklandığı anlaşıldığından, teminatın hazineye irat kaydına da karar verilmesi gerekir (6. CD 11.5.2011, K. 7020).

Güvencenin, suç mağduruna veya nafaka alacaklısına verilmemiş olan ikinci kısmı, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararları verildiğinde de şüpheli veya sanığa geri verilir. Aksi halde, geçerli mazereti dışında, güvence devlet hazinesine gelir yazılır. Hükümlülük halinde CMK 113/1, b’de yer alan hükümlere göre kullanılır, fazlası geri verilir.

7) *Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak (CMK 109/3–g).*

Şüpheli veya sanığın mahkeme veya hâkim kararı ile silah taşımamasının veya bulundurmasının yasaklanması ile gerektiğinde sahip olduğu silahların Cumhuriyet başsavcılığına bağlı adli emanet memurluğuna teslimini içerir.

8) *Suç mağdurunun haklarını güvence altına almak (CMK 109/3–h).*

Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı, suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamayı kapsar.

9) *Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek (CMK 109/3–i).*

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

10) *Konutunu terk etmemek (CMK 109/3–j).*

Şüpheli veya sanığın mahkeme tarafından belirlenen konutunu mazereti olmaksızın veya izin olmaksızın terk etmeme yükümlülüğü konabilir. Bu yükümlülük 2012–6352 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

*11) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek*

*(CMK 109/3–k, ÇKK 20/1–a).*

Çocuk Koruma Kanunundaki çocuklara özgü adli kontrol yükümlülüğü 2012–6352 değişikliği ile genel usule de yansıtılmıştır. Suça sürüklenen çocuğa, şüpheli veya sanığa, mahkeme tarafından belirlenen yeri veya yerleşim bölgesini mazereti olmaksızın veya izin olmaksızın terk etmeme yükümlülüğü konabilir.

*12) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek ya da ancak bazı yerlere*

*gidebilmek (CMK 109/3–l, ÇKK 20/1–b)*

Suçta sürüklenen çocuğun, yetişkin şüpheli veya sanığın, mahkeme tarafından belirlenen yere veya yerleşim bölgesine mazereti olmaksızın veya izin olmaksızın gitmemesini ya da ancak bazı yerlere gidebilmesini kapsayan bir yükümlülük konabilir.

*13) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak (ÇKK 20/1–c)*

Çocuk Koruma Kanununda öngörülen bu yükümlülük, Mahkeme kararında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde suçta sürüklenen çocuğun belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamasını ifade eder.

## **XVII– Adli kontrol kararı verilmesi (CMK 110/1).**

Adli kontrol kararı tutuklama kararı kadar önemli bir karardır. Bu tedbire tali ceza muhakemesi yapılarak hakim tarafından verilir. Ceza muhakemesinin temel prensibi yargılama makamının kendiliğinden karar verememesi, istem üzerine karar vermesidir. Bu nedenle, adli kontrol kararının verilmesi için de istem gerekir. İstem şüpheli tarafından yapılabileceği gibi Cumhuriyet savcısı tarafından da ileri sürülebilir.

Savcının sulh ceza hakiminden tutuklama kararı verilmesini istediği durumlarda hakimnin kendiliğinden adli kontrol kararı verip veremeyeceği konusu tartışmalıdır. Bizce istek dışı karar verememe ilkesi burada da geçerlidir.

Adli kontrol kararı tutuklama koşullarının olduğu durumlarda orantılılık ilkesi gereği verildiğinden, tutuklama kararı verebilen bütün makamlar adli kontrol kararı verebilir. Soruşturma evresinde sulh ceza hakimliği

(CMK 110/1), kovuşturma evresinin her aşamasında da, görevli ve yetkili diğer yargı mercileri tarafından verilebilir (CMK 110/3).

Tutuklama kararı gibi bir karar olan adli kontrol kararının şüphelinin de hazır bulunduğu bir celsede yüzüne karşı verilmesi prensiptir. Bununla birlikte, alternatif bir tedbir olması nedeniyle, şüpheli veya sanığın hazır bulunmadığı bir oturumda gıyaben verilmesi de kabul edilebilir.

Adli kontrole mahkeme tarafından karar verilse dahi itiraz edilebilir (CMK 111/2).

### **XVIII– Adli kontrol kararının uygulanması (CMK 110/2).**

Ceza Muhakemesi Kanunu kişi özgürlüğüne verdiği önemi vurgulamak üzere adli kontrol adını verdiği bu müesseseyi kabul ederken ceza adalet sisteminin etkinliğini de gözardı etmemiştir.

Bu nedenle denetimli serbestlik ve yardım merkezi ile koruma kurulları oluşturulmasını öngören Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 104 üncü maddesi uyarınca, 2006–5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu çıkartılmıştır. Bu Kanunda salıverilme sonrası kişilerin durumu ile adli kontrol altına alınan kişilerin durumunu ve Denetimli Serbestlik Merkezlerinin yürütmesi konuları düzenlenmiştir (m. 12/1–a).

Bu yükümlölüklerin nasıl uygulanacağı konusu detaylı olarak 5.3.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin 55 ila 57 inci maddelerinde düzenlenmiştir.

### **XIX– Adli kontrol tedbirini kaldırma kararı (CMK 111/1).**

Maddede adli kontrol kararının şüpheli veya sanığın istemi üzerine, Cumhuriyet savcısının görüşü alındıktan sonra soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılabilereği düzenlenmiştir.

şüpheli veya sanık tarafından adli kontrol kararının kaldırılmasına karar verilmesi istendiği durumlarda Cumhuriyet savcısının görüşü alınır. Kanunda yazmamasına rağmen, bu görüşün savunma makamına bildirilmesi gerektiği açıktır.

Yargılama makamının kararını beş gün içinde vermesi öngörülmüştür

(CMK 111/1).

Adli kontrol kararına şüpheli veya sanık ile C. savcısı itiraz edebilir.

CMK 271/2 deki “itiraz üzerine ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararına itiraz yetkisi” adli kontrol kararını da kapsar: itiraz üzerine ilk defa merci tarafından adli kontrol kararı verilirse itiraz üzerine verilen kararların prensip olarak kesin olmasına rağmen, CMK 271/2 deki kural kıyasen uygulanarak, bu karara itiraz edilebilir (5. CD 16.7.2008, K. 7622).

Maddede şüpheli veya sanığın adli kontrol kararındaki yükümlülöklere uymamasının sonuçları düzenlenmiştir.

Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında yetkili merciin tutuklama kararı verebilmesi mümkündür. Bu halde tutuklama kararı verilmesinde yetkili merciin takdiri sözkonusu olup her adli kontrol yükümlülüğünün ihlali halinde tutuklama kararının verilmesi zorunlu değildir.

Bu madde uyarınca tutuklama kararı verilirken CMK'nun 100. maddesinde düzenlenen ceza süresi gözönünde bulundurulmaz. Diğer bir ifade ile ceza süresi ne olursa olsun bu halde tutuklama kararı verilebilir. Ancak yükümlülöklere uymama nedeniyle adli kontrol kararı verilirken, CMK'nun 100. maddesinde düzenlenen tutuklama nedenlerinin varlığı tespit edilmelidir.

Yetkili mercii, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkemedir. İlgilinin yükümlülöklere uyup uymadığı, denetimli serbestlik memurları tarafından denetlenmelidir. Adli kontrol denetimini yapmak, genel kolluğa verilmemiş, C. savcılığına bağlı ayrı bir teşkilat kurulmuştur.

## § 13– ARAMA

### I– Adli arama.

Ceza Muhakemesi Kanununun 4 üncü Bölümü, “arama ve elkoyma” başlığını taşımaktadır. Burada arama, elkoyma taşınmazlara hak ve alacaklara elkoyma, postada elkoyma, elkonulan eşyaların durumu şirket

yönetimi için kayyım tayini ve bilgisayarlar programlarında arama konuları düzenlenmiştir.

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” denilir.

Arama bir koruma tedbiri olduğundan genel önşartlar ve bu arada gecikmede tehlike şartı muhakkak aranacaktır.

*1) Adlî arama kararı verilmesinin ön şartı: “aranan kişi veya şeyin, aranılacak yerde bulunduğuna ilişkin somut delillere dayalı kuvvetli şüphe”.*

*a) Aranan kişi veya şeyin bulunabileceği hakkında somut delile dayanan kuvvetli şüphe kavramı.*

Delil elde etmek veya şüpheli yakalamak için yapılan adli aramanın temel koşulu, aranan kişi veya delilin aranacak olan yerde bulunduğunu gösteren “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” bulunmasıdır (CMK “2014–6526” 116). 2014 değişikliğinden önce “makul şüphe” terimi kullanılmıştı.

Delilin aranacak olan yerde bulunduğunu gösteren “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” koşulu varsa, arama kararı verilmesinin diğer koşulları incelenebilir.

Aramadaki şüphenin “farklı bir şüphe” olduğuna dikkat edilmelidir. Burada, “aranan kişinin veya delil olacak eşyanın” aramanın yapılacağı yerde bulunduğunu gösteren bir şüpheden söz edilmektedir. Yoksa, failin suçu işlediği konusunda bir şüphenin bulunması gerektiği belirtilmemiştir.

Şüphelide adli arama yapılabilmesi için, aranılan kişi veya eşyanın orada bulunduğunu gösteren, basit fakat “makul” bir şüphe bulunması gerekir. Hakimin makul şüpheye dayanan bir arama kararı vermesi gerekir.

Sebebe bağlı olmayan aramalar keyfidir ve hukuka aykırıdır. Bu tür aramalar terör suçları bakımından dahi kabul edilemez. İngiltere’de 2000 tarihli Terörle Mücadele Kanunu sebebe bağlı olmayan arama yapma yetkisi tanıdı. AİHM, 24.6.2010 tarihli Gillan va Quinton v. İngiltere

kararı ile bu geniş yetkinin Sözleşmenin 8 inci maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Arama, “makul şüphe altında bulunan kimsenin” yakalanması veya delillerin meydana çıkarılması gayesi ile yapılır ve (delil elde edilebileceği) bu gayeye varılacağı umulmalıdır. CMK “umma” koşulunu şöyle ifade etmiştir: “yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe 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 bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına) dayanmalıdır ki, İHAS 8 de öngörüldüğu üzere arama “zorunlu” bir tedbir sayılabilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu “zehap” kavramını terk ederek, “bir suçun işlendiği izlenimini veren hal” tanımlamasını yaptı (CMK 160/1).

Gecikmede tehlike varsa, diğer ülkelerde polis hakimden karar almadan arama yapabilir. Bu gibi acele hallerde polise bir takdir yetkisi verilmiştir. Bizde bulunmayan bu yetki uyarınca, “makul şüphenin” mevcut bulunup bulunmadığını, polis olay yerinde kendisi takdir eder.

*b) Aramanın ikincil bir tedbir olması.*

Aramanın ilk işlem olarak yapılmaması gerekir. Daha az hak kısıtlayan bir koruma tedbiri ile amaca ulaşılabilecekse, o tedbir tercih edilmelidir.

Aslında gizli soruşturma yöntemlerinin temel koşullarından biri olan “en son çare olma”, klasik bir araştırma yöntemi olan aramada da, bu kadar katı olmamakla birlikte, “başka yöntemlerin başarı şansı göstermemesi” şeklinde, ek bir koşul olarak aranmalıdır. Bu koşul hukuk hayatımıza, 28.4.2005 tarihinde AİHM tarafından verilen Buck-Almanya kararı ile girmiştir.

*c) Aranılan kişinin orada bulunduğunu gösteren ve somut delile dayanan “kuvvetli” şüphe, şüphelinin işlediği sanılan suç bakımından ise “basit” suç şüphesi söz konusu olur.*

Başvurulan araştırma veya koruma tedbirinin türüne göre, şüphenin kuvvet derecesi de farklı olur. Aramada “basit şüphe” yeterlidir. Yakalamada



ise “kuvvetli şüpheler” aranır. şüphenin kuvvet derecesinin, ‘uygulanacak tedbir ile sanık hakları arasında orantılı bir uygulamaya’ yol açması gerekir.

Aramada temel iki şart vardır: (1) Aranan şeylerin suç ile bağlantılı olması, ve (2) bu şeylerin aranacak olan yerde bulunduğunun ve elde edilebileceğinin “umulması”. Buna karşılıklı, tutuklamada; bir şüphelinin suç işlendiğine dair “somut delillere dayanan kuvvetli” şüpheler mevcut bulunması gerekir.

Aramada, yakalamaya oranla daha hafif bir şüpheler ile yetinildiği, kanundaki düzenlemeden de anlaşılabilir.

şüphelinin evinde de arama yapılabilir. Bu aramanın amacı şüpheliyi yakalamak veya delil olabilecek şeyleri ele geçirmektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, CMUK daki “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 Mahkemesine (Wemhoff-Almanya kararı) göre, “suç isnadı” (charge), bireyin bir suç işlediğinden şüphelenilmesi üzerine yakalanması, tutuklanması veya hakkında ceza kovuşturması açılmasıdır. Böyle bir işlemele, bireye kuvvetli şüphelere dayanan isnadın yapılabilmesi için, önce basit şüpheden yola çıkılması gerekir. Polisin ihbar üzerine harekete geçerek, bilgi toplaması mümkündür. Ancak, ihbarın “somut delile dayanan kuvvetli şüpheler” sayılabilmesi için, bu ihbar veya şikayeti destekleyen emarelerin mevcut bulunması da şarttır.

“Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphelerin” mevcut bulunup bulunmadığını belirlemek açısından,

önce “bilgi toplamaya” ihtiyaç vardır. Toplanan bu bilgiler bizi Őüphne sebebine götürebilir. Bu tür bilgilerin toplanması hukuka uygunsa da, bunlar teknik anlamda delil sayılmazlar. Daha ziyade fiili ve pratik bakış açıları ön plana çıkar.

“Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli Şüphenin”, yani Arama Yönetmeliğinde tanımlanan önceki deyim ile “makul Őüphne”, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan Őüphnedir (AramaY 6). Aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin davranışları, kolluk memurunun taşındığından Őüphne ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler gözönünde tutularak, somut olayda “makul Őüphne” olup olmadığı, arama sırasında kolluk memuru, sonradan da hakim tarafından takdir edilecektir.

“Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli Őüphne” 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).

“Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli Őüphne” 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 Őüphne” vardır.

ç) İhbar, “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli Őüphne” sayılabilir.

İhbarın soruşturma ve kovuşturma makamlarını harekete geçirecek nitelikte “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli Őüphne” 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 dağarcığı ile uyum gösteren isimsiz ve detaysız bildirimlerdir. Kolluğun bunları da ciddiye alması gerekir.

“Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” sadece gizli ihbarda bulunan bir kişinin verdiği bilgiden 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.

Kişiye güvenilemiyorsa veya ihbarı destekleyen somut olgular detaylı bilgiler bulunmasa da, kolluğun evvelki bilgi dağarcığı ihbarı teyit ediyorsa, ihbar makul şüphe oluşturur. Daha önce işlenmiş suçlara dair polisteki kayıt ve bilgiler, değerli bir hazinedir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 yılında verdiği Gates kararı ile yeni bir bakış açısı getirmiştir. Verdiği bilgilere güvenilen 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 “güvenilmesi gereken bir kişi” olduğunu göstermeye yetmez. Bu nedenle, ihbarda bulunanın evde uyuşturucu madde olduğunu bizzat görmüş olması, ihbarda bulunduğu kişinin şüpheli hareketlerini bizzat izlemiş olması gibi, fiili bir takım bilgilerin de ihbarda yer alması aranmalıdır. Ancak bu gibi bilgilerle desteklendiği takdirde, muhbirin yaptığı ihbar “makul şüphe” sebebi olarak değerlendirilebilir.

Polisin tanımadığı, evveliyatını bilmediği şahıslardan aldığı ihbarlar karşısında, bu şahsın güvenilir olup olmadığının araştırılması sözkonusu olursa da, bilgi veren bir başka görevdeki polis memuru, suçun mağduru veya bir görgü tanığı ise bu gibi kişilerin güvenilir olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Bununla birlikte, verilen bilginin detaylı olması ve nakledilen olayın bütünlüğü, makul şüpheyi destekleyebilir.

*d) Kolluğun “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüpheyi” takdir etme yetkisi.*

Olayla karşılaşan kolluk memuru, “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin” mevcut bulunup bulunmadığı konusundaki kararını, takdir yetkisini kullanarak verir ve ayrıntılı, gerekçeli bir rapor hazırlayarak durumu C. savcısına sunar (AramaY 7/1). Ancak bu konuda verilen bireysel karar, daha sonra delilin hukuka aykırı olduğu iddiası üzerine, hakim tarafından değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Savcının isteği üzerine, hakim tarafından arama veya tutuklama kararı verilmiş ise tali dava bakımından kuvvetli şüphenin mevcudiyeti konusundaki takdir yetkisi hakime aittir. “Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüpheye” dayanmayan hallerde, yapılan arama veya yakalama neticesinde elde edilen deliller, “hukuka aykırı delil” kategorisine girer.

Hakim tarafından verilen arama kararı da hatalı olabilir. İyi eğitim görmüş bir kolluk memurunun, hakim kararında yer alan “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” konusundaki hatayı açıkça görebilmesi gereken hallerde, hakim kararına rağmen, arama veya yakalama yapmaması gerekir.

*2) şüpheli veya sanık ile ilgili arama (CMK 116).*

Adli arama Ceza Muhakemesi Kanununun 116 ve devamı maddeleri ile sınırlandırılarak düzenlenmiştir. Bu sınırlamaların bazıları, üzeri veya eşyası veya evi ve sair mahalleri aranan şahıslara göre değişmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu, hakkında arama yapılan kimseleri iki kategoriye ayırmıştır: 1) Suç şüphesi altında bulunan kimseler, 2) Diğer kişiler (CMK 117).

Kanun “şüpheli” terimini kullanmıştır. Mülga Kanuna göre, “şüphe altında bulunan kimselere” yani, henüz şüpheli sıfatını almayan kişiler için de adli arama yolunu açmıştı (CMUK 94). Yukarıda belirttiğimiz gibi, CMK ise “şüpheli veya sanık” terimini kullanarak (CMK 116), adli arama yapılmasını, soruşturmanın başlatılması koşuluna bağlayarak, zor-

laştırmıştır. ‘şüphelik’ ile ‘sanıklık’ statülerinin başlaması, ceza muhakemesinde önemli aşamalıdır. Mülga Kanununun 153 üncü maddesine göre, hazırlık soruşturması, bir suç işlendiği ile ilgili olarak “zehap” derecesinde bir şüphenin ortaya çıkmasıyla başladı. Soruşturma evresinin başlangıcında “suç işlendiği izlenimi veren hal” öğrenilmiş fakat henüz kendisinden şüphelenilen bir şahıs yoksa, sadece araştırma yapılabilir ve bilgi toplanırdı. Toplanan somut bilgiler üzerine, kovuşturma makamları bir kişiden şüphelenmeye başlayabilirlerse, bu kişi ‘şüpheli’ hukuk durumuna girer ve o kişi hakkında soruşturma başlamış olurdu. şüphenin belli bir kişiye bağlanması ile birlikte “şüphelinin pasif hakları” doğuyordu. İlgili kişiye, “kendisinden şüphelenildiğinin” bildirilmesi ile de, şüphelinin aktif hakları ortaya çıkıyordu. Mülga Kanun, suç şüphesi altında bulunan kimseleri, “bir suç işlemek veya buna iştirak yahut yataklık etmek şüphesi altında bulunan kimselerdir” (CMUK 94) şeklinde tanımlamıştı.

Ceza Muhakemesi Kanunu ise tanım vermektan kaçınarak, açıkça “şüpheli veya sanık” terimlerini kullanmıştır (CMK 116). Kovuşturmadan önce de yapılabilen bir işlem olması sebebi ile aramanın yapılabilmesi, meselâ avukatlık veya diplomatlık dokunulmazlığında olduğu gibi bir istisna olmadıkça, kaide olarak, muhakeme şartlarının gerçekleşmesine bağlı değildir. Dokunulmazlık nedeni ile kovuşturulamayan bir kimsenin evinde de arama yapılabilir, eşyası ve üzeri aranabilir. Ancak kovuşturma mümkün olmayınca tutuklama işlemi yapılamayacağından, tutuklama gayesi ile arama yapılamaz.

Sıkıyönetim bölgesinde genel güvenlik asayiş ve kamu düzenini korumak ve sağlamak amacı ile gerektiğinde ve kamu düzeninin gerektirdiği hallerde sıkıyönetim komutanı, konutlarda, dernek, parti, kulüp gibi kuruluşlara ait binalarda, işyerlerinde, müesseselerde kimlik kontrolü ve kişilerin üzerlerinde önleme araması yaptırabilir (SK “1980-2301” 3: a).

şiddet olayları sebebiyle ilân edilen olağanüstü hal bölgelerinde de genel güvenlik, asayiş, kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak tedbiri de alınabilir (OHK. 11).

## 3) Adli aramanın türleri.

Amaçları doğrultusunda olmak üzere; ‘yakalama araması’ ve ‘araştırma araması’ olmak üzere iki türlü adli arama vardır (CMK 116).

“Yakalama araması”, şüphelinin ele geçirilmesi için, hakim kararı ile yapılır; yakınlarından birinin karıştığı hırsızlık suçunun şüphelisini bulmak üzere, hakim kararı olmadan üçüncü şahsın evinde arama yapılamaz (4. CD 19.4.2006, K. 9696).

Bedenin tıbbî metodlarla muayenesi, ayrı bir usulî işlemdir ve özel düzenlemeye ihtiyaç gösterdiği için ayrıca incelenmiştir.

Şüpheli nezdinde yapılan arama ile üçüncü şahıslar nezdinde yapılan arama arasında önemli farklar vardır.

Arama, hareketle yapılan hukukî işlemlerdendir. Bu işlemin konusu; konut ve sair mekanlar, şüphelenilen kişinin veya üçüncü şahısların üstü ve bunlara ait eşyadır. İş yerleri da konut gibi korunmuştur (AİHM 25.9.1996, Buckley–İngiltere).

Üst araması yapılması için de hakim kararı gereklidir. Fakat Yargıtay bir kararında hakim kararı alınmadan yapılan üst aramasından elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılmasına izin vermiştir. Somut olayda; yanındaki kişi için arama kararı bulunmasına rağmen, üzerinden delil çıkmayınca, hakkında arama kararı bulunmayan kişinin de üstü aranmış ve delil elde edilmişti (CGK 15.3.2005, K. 29).

**II– Diğer kanunlardaki arama ve elkoyma türleri.**

## 1) Kaçakçılık suçlarında arama ve elkoyma (5607 sK m. 9).

Kaçak eşya, silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu madde bulunduğu şüphelenilen her türlü kap, ambalaj, eşya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalar CMK hükümlerine tabidir (5607 sK m. 9/1).

Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya saklandığından kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları, gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Kaçak eşyaya elkonulur (5607 sK m. 9/2).

Gümrük bölgesinde sınır kapılarından başka yerlerden girmek, çıkmak isteyen kişiler durdurulur, üzeri, eşyası, yükleri ve araçları aranır, kaçak

eşyaya elkonulur (5607 sK m. 9/3).

5607 Kaçakçılık Kanununda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara CMK 128 uyarınca elkonulur (5607 sK m. 10/1).

Somut olayda Jandarma tarafından, şeker kaçakçılığı yaptığı şüphesi ile mülga 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu uyarınca 14 çuval şeker ve araca C. Savcısının talimatı ile elkonulmuştur. Araçtaki iki kişinin şüpheli sıfatı ile ifadeleri alınmış, fakat bilirkişi raporu ile şekerin kaçak olmadığı anlaşılmış, araç ve şeker çuvalları iade edilmiş, şüpheliler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Şüpheliler ve aracın tescilde sahibi gözüken kişi, CMK 141 uyarınca tazminat davası açmışlar, fakat Ceza Genel Kurulu şüpheli durumuna girmeyen kişinin manevi tazminat isteyeceğine karar vermiştir (CGK 12.4.2011, K. 52). Bu karar 2011 yılında verildiğine göre, yeni Kaçakçılık Kanunu uyarınca, ilk arama ve elkoyma yapılması için, CMK'nın genel hükümlerine göre hakim kararı alınması gerektiği de vurgulanmalıdır.

### 2) Orman suçlarında arama (OK 88).

Orman Kanununun 88 nci maddesi gereğince mahkemeden karar almadan arama yapılabileceği, bunun kanuni karine olarak gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak, orman muhafaza memurları kolluk sayılmadıkları için, amirleri de kolluk amiri sayılmazlar ve CMK 119 kapsamında aleni yerler için yazılı arama emri vermek yetkileri yoktur. Kaldı ki, somut olayda konutta arama yapılması söz konusu olduğu için, hakim kararı veya koşulları varsa, C. savcısının yazılı emrinin alınması gerekirdi (3. CD 25.9.2006, K. 6845).

### 3) Avukatın üzerinde önleme araması, bürosunda ve konutunda adli arama.

#### a) Avukatın üzerinde yapılan önleme araması (PVSK 9).

Önleme araması tehlikenin ortadan kaldırılması amacıyla yapıldığı için adli aramadan farklıdır. Kanunlarda adli arama açısından öngörülmuş bulunan kişinin sıfatına bağlı sınırlamalar, önleme araması açısından geçerli değildir. 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. Polis Hukuku somut tehlikenin önlenmesi ve ortadan kaldırılması ihtiyacına dayanır.

Türk Hukuku yazılı emir ve hakim kararı konusunu aşırıya götürmüştür. Mülki amirden yazılı emir alıncaya kadar geçecek dakikalar içinde çarşıdaki bomba patlayabilir. Halen patlamalar önlenebiliyorsa, bu önleme kanunların uygulanmaması yolu ile temin edilmektedir. Uygulanabilecek istisnalara olanak sağlayan yasal düzenlemeler yapılmalı, uygulama yargı tarafından denetlenmelidir.

Avukatın müvekkili ile olan güven ilişkisini korumak kaygısı ile hukukta özel düzenlemeler yapılmıştır. Hukuk davalarında vekil veya ceza davalarında müdafî durumunda olan bir avukatın aranması veya iletişiminin denetlenmesi konularındaki kurallar için CMK 130 altındaki açıklamalara bakınız.

*b) Avukatın bürosunda adli arama (CMK 130).*

CMK'nun 130. maddesinde avukat bürolarında arama için CMK'nun 119. maddesindeki koşulların yanısıra bazı ek koşullar getirilmiştir. Bu koşullardan ilki Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde de belirtildiği üzere avukat bürolarında yapılacak aramaların mahkeme kararıyla ve Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılması gereğidir. Savunma hakkının güvence altına alınması kaygısıyla Cumhuriyet savcısı hazır bulunmadan avukat bürolarında arama yapılması kabul edilmemiştir. CMK'nun 130 ve Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca avukat bürolarında yapılan aramada baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın da hazır bulunması gereğidir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın aramada bulunmak istememesi, bundan çekinmesi halinde aramanın yapılmaması gerektiği, aksi halde elde edilen delilin hukuka aykırı delil olacağı kabul edilmelidir. Bu halde aramaya katılmaktan imtina eden Baro



başkanı veya onu temsil eden avukatın cezai sorumluluğu da sözkonusu olacaktır.

*c) Avukatın konutunda arama (AvK 58).*

AİHM 16.12.1992 tarihli Niemetz–Almanya ve 5.3.2007 tarihli Smirnov–Rusya kararlarında; avukatın konutunda yapılan adli aramalarda, gnel arama kurallarından ayrı, savunma dokunulmazlığını koruyucu özel düzenlemeler bulunması gerektiğine hükmetmiştir (müdafinin konutundaki iletişiminin denetlenmesi hakkında § 21 deki açıklamalara bakınız).

*4) Şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK 133).*

Bir şirketin faaliyeti çerçevesinde suç işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde yargılama makamının kararı ile şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atanabilir (CMK 133/1).

*5) Vergi Hukukunda arama ve elkoyma.*

Vergi Usul Kanununun 142 ve 146 ncı maddeleri “aramalı inceleme” konusunu düzenler. Ancak CMK kapsamında yürütölen ceza soruşturmalarında CMK 116 vd maddeler uygulanır, VUK 142 ve 146 maddeler uygulanmaz.

### **III– Şüpheli dışındaki diğer kişilerle ilgili arama (CMK 117).**

CMK 117 deki diğer kişilerden kasıt, şüpheli ve sanık dışındaki kişilerdir. Bu ifade tüzel kişileri ve resmi makamları da kapsar. Diğer kişilerin aranmasına ilişkin Kanun ayrıca iki koşul öngörmektedir. Bu koşullar mevcut değilse yapılan arama hukuka aykırı olacaktır. Bunlar;

- Diğer kişilerle ilgili arama, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacı ile yapılabilir (CMK 117/1). Şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla aramanın yapılması halinde, arama kararında aranan kişinin kimliği belirtilmiş olacağından, kararda belirtilmeyen kişinin aranması hukuka aykırıdır.

- Diğer kişilerle ilgili aramanın yapılabilmesi için aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine

olanak sağlayan olaylar (makul şüphe) var olmalıdır (CMK 117/2).

Bu sınırlamanın aranmadığı yerler de vardır: şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerlerde ve izlendiği sırada girdiği yerlerde diğer kişilerle ilgili arama yapılabilir (CMK 117/3).

Diğer kişilerle ilgili aramaların yapılabilmesi arama genel şartlarına bağlı olduğu için, hakim kararı ve yazılı emir alma kuralı (CMK 119/1) burada da geçerlidir. Kolluk kendiliğinden arama yapamaz (Anayasa m. 20, 21).

#### **IV- Gece yapılan arama (CMK 118).**

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 ise arama gündüz yapılır (CMK 118/1).

Arama konut dokunulmazlığı özel hayatın gizliliği gibi hakları ilgilendirdiğinden, anayasal koruma altındaki bu hakları korumak için arama kuralı olarak gündüz yapılır. CMK'nun 118. maddesinde gece vakti kapalı yerlerde arama yapılmasına ilişkin istisnaları belirtilmektedir. Bu istisnalar dışında konut, işyeri ve sair kapalı alanlarda gece vakti arama yapılamaz.

Maddeye göre; 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.

Gece vakti TCK'nun 6. maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre gece vakti, güneşin batmasından bir saat sonra başlar ve güneşin doğmasından bir saat önceye kadar devam eder. Ancak gündüz başlamış olan bir arama gece vakti devam edebilir. Ancak gereksiz yere arama uzatılarak, gündüz başlayan aramaya gece devam edilmesi, aramayı yapan görevliler bakımından diğer unsurların da varlığı ile birlikte konut dokunulmazlığını ihlal veya görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarını oluşturabilir. Jandarma Teşkilatı Görev Ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 114 üncü maddesinde gündüz başlayan aramaya gece devam edilebileceği belirtilmektedir.

Kanunda gece vakti arama yapılmasının istisna olduğu belirtilmekle birlikte tatil günlerine ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan tatil günleri arama yapılabilecektir.

Gece vakti aramanın yapılabileceği haller;

-suçüstü halinde gece vakti arama yapılabilecektir. Suçüstü hali CMK'nun 2. maddesinde tanımlanmıştır.

-gecikmesinde sakınca bulunan hallerde gece vakti arama yapılabilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan haller, aramanın gündüz vaktine bırakılması halinde, aramadan beklenen sonucun tehlikeye düşmesi, şüpheli veya sanığın kaçacak olması veya delillerin ortadan kaldırılacak olması anlamına gelir. Gecikmede sakınca hali, ayrıntılı bir şekilde arama kararında belirtilmelidir.

- yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla gece vakti arama yapılabilecektir. Kanun özgürlüğü kısıtlanmış olan kişinin kaçması halinde tekrar yakalanması amacıyla gece vakti arama yapılmasını kabul etmektedir. Herkesin yakalama yapabildiği hallerde yakalanan kişi, resmi mercilere teslim edilmeden kaçmışsa, yakalanması amacıyla gece vakti arama yapılamayacağı gibi, gözlem altına alınan kişinin kaçması halinde tekrar yakalanması amacıyla da gece vakti arama yapılamayacaktır.

#### **V- Arama kararı (CMK 119).**

Arama hak ve hürriyetleri kısıtlayan bir işlem olduğundan kural olarak, hâkim kararı ile yapılır. Bununla birlikte istisnai bir durumda arama kararı almadan yapılan bir arama hukuka uygun kabul edilmiştir. Pazar yerinde uyuşturucu sattığı şüphesi ile hakkında arama kararı alınan kişinin üzerinde yapılan aramada delil elde edilemezken, yanındaki kişinin şüpheli davranışları üzerine kararsız yapılan arama hukuka uygun kabul edilmiştir (CGK 15.3.2005, K. 29).

Adli arama kararını soruşturma evresinde bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hakimi verir (CMK 162/1). Kovuşturma evresinde arama kararını mahkeme, acele hallerde ise başkan verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamama-

dığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler (CMK “2005-5353” 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 hakimi tarafından verilir. Acele hallerde önleme araması yazılı emri verme bakımından vali ve kaymakamlar da yetkilidir (PVSK 9).

Bizce hakim tarafından verilen tutuklama kararı, zorla getirme kararı, hakim tarafından verilen yakalama emri üstü kapalı birer arama kararı niteliğinde iseler de, Danıştay bu görüşümüzü kabul etmeyerek, Arama Yönetmeliğinin 8 nci maddesinin a bendinde buna izin veren hükmün iptal edilmesine karar vermiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununa göre, kolluk görevlileri hakim kararı üzerine veya yazılı emir ile aramayı yaparlar (CMK 119/1). Arama, kolluğun makul şüphenin oluştuğunu gösteren arama istekli raporunu C. savcısına vermesi, C. savcısının da bunu uygun gördüğü durumlarda hakimden karar vermesini talep etmesi halinde hakim tarafından verilen karar üzerine yapılır (AramaY 7/1). Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konut için Cumhuriyet savcısının, aleni yerler için kolluk amirinin yazılı emir vermesi gerekir.

Adli arama kararının verilmesi için işlemin yapılacağı yerdeki sulh ceza hakiminden (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.

Bunun dışında bizce Danıştay 10. Dairesi tarafından kabul edilmemekle birlikte; tutuklama kararı (CMK 100), zorla getirme kararı (CMK 146, CMK 193/1, CMK 176/2) veya cezasını çekmek üzere gelmeyen hükümlünün yakalanması için yakalama emri verilmesi de (CGİK 20) üstü kapalı birer arama kararı niteliğindedirler. Amerika'nın Kalifornia Eyaletinde de cezası tecil edilen hükümlünün evinde olup olmadığını belirlemek amacıyla arama yapılabilmesi için ayrıca bir hakim kararı almaya gerek yoktur.

Ancak telefon dinleme kararı arama yetkisi vermez; dinleme sırasında faillerin kaçmak için ön hazırlıklar yaptıkları anlaşılırsa yakalamak için evde arama yapmak üzere ayrıca hakim kararı alınması gerekir. Gecikmede tehlike varsa savcıdan yazılı emri alınır (batı hukuklarında ise buna da vakit yoksa kendiliğinden) arama ve yakalama yapılabilir.

Aramaya karar verecek olan makamın bağımsız ve tarafsız olması şartının yanısıra “makul şüphe”nin mevcut bulunup bulunmadığı konusunda değerlendirme yapacak şekilde bilgilendirilmiş olması gerekir. Bu nedenle hakimın 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.

Aramanın “delil elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuveetli şüphe” (CMK “2014-6526” 116), kolluktan Cumhuriyet savcısına gelen “raporda” (Arama Y. 7) belirtilen olgular üzerinden, gerekçesi ile değerlendirilmiş olmalıdır. Hakim 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.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, arama kararı dosya üzerinden verilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 30.3.1989 tarihli Cappell-İngiltere kararında; telif haklarını ihlal ederek 4000 den fazla film videosundan oluşan kaset kiralama dükkanı açan bay Cappell’in işyerinde yapılan arama ile ilgili olarak verilen Anton Pillar kararının Sözleşmeye uygun olduğuna, 8 inci maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Anton Pillar kararının özelliği, şüphelinin katılmadığı bir oturumda, savunmasının alınmadan verilmesi ve aniden yapılacak arama ile delil karartılmasının önlenmesidir. Karar verilirken savunma olasılığı bulunmadığı için şüphelinin pasif haklarının garanti altına alınmış olması gerekir (AİHM 30.3.1989, Cappell-İngiltere).

Arama kararı verilmesini doğuran makul şüpheyi gösteren olguların toplanmasından itibaren 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 süre 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.

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. Kanunkoyucu bu nedenle içinde arama yapılacak olan konutun adresinin tam olarak belirtilmesi mecburiyetini öngörmüştür. Bununla birlikte bina numarasındaki hatalar gibi basit hatalar, arama kararını hukuka aykırı hale getirmez.

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 kararları geçerli değildir. Arama kararında neyin veya kimin arandığı ayrıntılı olarak belirtilmelidir. Bu bulunmaması keyfiliğe neden olabilir. Başka yöntemlerle delil elde etmek mümkünse, arama kararı verilmesi hukuka aykırıdır (AİHM 28.4.2005, Buck-Almanya).

Arama kararı dosya üzerinden verildiği için, bunun verildiği oturumda, müdafinin hazır bulunmayı isteme yetkisi yoktur.

#### **VI– Yazılı arama emri.**

Arama kararı hâkim tarafından verilir. Ceza Muhakemesi Kanunu Cumhuriyet savcısının “gecikmesinde sakınca olan hallerde” arama emri vermesini kabul etmiştir. Bu emir “yazılı” olacaktır (CMK 119/1). Önce sözlü verilip, sonradan yazı ile teyid (CMK “2005–5353” 161/3) edilemez. Anayasa’nın hükmü (Any. 21, 22) buna engeldir. Cumhuriyet savcısının yazılı arama emrinin dosyada, denetime olanak sağlayacak şekilde hazır bulundurulmaması bozmayı gerektirir (8. CD 31.3.2009, K. 5028).

Mülga Kanuna göre gecikmede sakınca (tehlike) olan hallerde, savcı ve

savcı yardımcısı durumunda olan (zabıta) memurları ‘arama emri’ verebilirlerdi (CMUK 97/1). Normal zabıta memurlarının adli arama emri verme yetkileri yoktu. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilir (CMK 119/1). CMK’da yazılı emir koşulu öngörölmüşken, mülga CMUK 97, yazılı emirden bahsetmemiştir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi 12.10.2005 tarih ve 63 sayılı kararı ile yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, başvuran mahkemenin aramadan elde edilen delilin hukuka aykırılığı konusunda bir karar verebilmesi için, hükmü iptal etmiştir. Bu karardan sonuç olarak şu kuralı çıkarabiliriz: Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama emri vermesi mümkündür; fakat bu emrin arama yapılmazdan önce ve yazılı olarak verilmesi gerekir.

PVSK 2, kolluk amirlerine, memurlarının karşı gelemeyeceği emirler vermesini düzenlemiştir. Bu emirler arasında “adli arama yapma” emri de vardır. Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklik doğrultusunda, kolluk amirinin aleni yerlerde yapılacak adli aramalar için yazılı emir vermesi gerekir: CMK’da 2005–5353 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikle, kolluk amirine yazılı adli arama emri verme yetkisi tanındı. Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk görevlileri, adli kolluk olması gerekmeyen kolluk amirinin yazılı emri ile aleni yerlerde arama yapabilirler. Orman muhafaza memurları Arama Yönetmeliğinin 4 üncü maddesindeki tanım doğrultusunda kolluk memuru sayılmazlar; amirleri de kolluk amiri sayılmadıkları için, CMK 119 uyarınca aleni yerler için arama emri veremezler (3. CD 25.9.2006, K. 6845).

Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda, hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri kuralı devam etmektedir (CMK “2005–5353” 119/1).

Anayasada, “yetkili merciin vereceği arama emrinin yirmidört saat içinde hakim onayına sunulması” emri yer alır (Any. 20, 21). Ancak, CMK 119 da, “kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan aramanın sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir” hükmü varsa da, savcı emrinin veya kolluk amirinin yazılı arama emrinin hakim onayına sunulması düzenlenmemiştir. Bu boşluk, Anayasanın “kendiliğinden uygulanabile-

cek nitelikteki” hükmü ile doldurulmalı ve bu tür emirler derhal hakim onayına sunulmalıdır. Hakim kararı olmadan yapılan elkoymalarda, hakime onaylatma kabul edilmiştir (CMK “2005–5353” 127/3).

### **VII– Aramada hazır bulunabilecekler (CMK 120).**

Aramada, Cumhuriyet savcısı veya hakim hazır bulunabilir. Hazır bulunma ve aramayı bizzat yapma farklı kavramlardır. Hakim ve savcıya zor kullanma yetkisi verilmediği için, aramayı kolluk görevlisinin yapması zorunludur.

Cumhuriyet 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 kanun koyucu “arama tanığı” bulundurulmasını mecburi hale getirmiştir. Bunun sebebi ileride doğabilecek iddiaların, yani aslında orada 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 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 edebilmektedir.

Aramada kişinin avukatının hazır bulunmasına engel olunamaz (CMK 120/3).

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.

Hâkim veya savcının hazır bulunması şart değildir, hazır bulunmaları beklemeye kalkılırsa, tehlike doğabilir, aramanın yapıldığı yerde hayati bir tehlike mevcut olabilir. Bununla birlikte, hakim veya savcı tarafından yapılan aramada zabıt katibi bulundurulması mecburidir (CMK 169).

Aramada yerin sahibi veya eşyanın zilyedi hazır bulunabilir (CMK 98/1) ve bir vesika verilir (CMK 121). Hakim veya savcının hazır bulunduğu bir arama sırasında ve herkesin girip çıkabildiği aleni yerlerde yapılan aramalarda (CMUK 98/3) “işlem tanığı” buldurmaya gerek yoktu.

Kanun “kişinin avukatının aramada bulunmasına engel olunamayacağını” belirtmektedir (CMK 120/3) Mülga Kanunda müdafinin, arama sırasında hazır bulunmayı talep etme hakları yoktu. Sanık zilyede ise ancak o takdirde hazır bulunabilir.

### **VIII– Arama sonunda verilen belge (CMK 121).**

Arama öncesinde ilgiliye arama kararı ibraz edilir. Arama sonrasında da adli aramalarda mutlaka bir tutanak düzenlenir ve yapılan işlemlerin mahiyetini gösteren bir belge verilir. Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır.

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.

Maddenin 2. fıkrasına göre, 1. fıkra uyarınca düzenlenen belgelerde, aranılan kişinin, elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilmelidir. Elkonulan eşya veya muhafaza altına alınan eşyanın tam bir defteri yapılır. Koruma altına alınan veya elkonulan eşya, delil olarak saklanmak üzere, karıştırılmaması veya değiştirilmemesi için, resmi mühürle mühürlenir (CMK 121/3).

**IX– Belge ve kağıtları inceleme yetkisi (CMK 122).**

Aramada, aramaya tâbi kimsenin belge ve kâğıtlarının incelenmesi gerekebilir. Bu yetki, zilyedin rızası olmayan hallerde sadece hâkime verilmiştir (CMUK 102). Savcıya da yetki verilmeli idi. 5271 sayılı CMK bu yetkiyi soruşturma evresinde savcıya, kovuşturma evresinde de hakime vermiştir. (CMK 122/1). CMK, mülga CMUK’da mevcut olan, kolluğun “rıza” ile belge inceleyebilme hükmünü, kaldırmıştır. Diğer bir ifade ile bugün kolluk ilgili kişinin rızası olsa da belgeleri inceleyemezi kağıtları okuyamaz. Hükmün amacı özel hayatın gizliliğini, dokunulmazlığını güvence altına almaktır.

Ancak aramayı gerçekleştiren kolluk memuru, arama sırasında, soruşturma ve/veya kovuşturma ile ilgisi olup olmadığını anlayabilmek için kağıt ve belgelere, incelemeksizin bakabilecektir. Arama Yönetmeliğinin 16. maddesine göre, kolluk arama sırasında ele geçen belge ve kağıtlara, suçla ilgisinin olup olmadığını tespit amacıyla, incelemeksizin bakabilir. Suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği anda Kanunun öngördüğü şekilde incelenecek belge ve kağıtları ambalajlayarak mühürler. İnceleme sonucu soruşturma ve kovuşturma konusu suçla ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kağıtlar ilgisine geri verilir.

Belge ve kağıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mühürünü de koyabilir veya imzasını atabilir. İleride mühürlerin kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiği takdirde, bu işlemlerin icrasında hazır bulunmak üzere, zilyet veya temsilci çağırılır. Ancak çağrıya uyulmaması halinde hakim veya savcı incelemeyi yapabilir. (CMK 122/2). İnceleme, incelenen şeyin, delil olma özelliğinin olup olmadığının tespiti amacıyla yapılır. Hâkim incelediği kâğıtlar arasında suçla taallûk edenleri savcılığa tevdi eder. Diğerleri sahibine iade olunur (CMK 122/3).

**§ 14- ELKOYMA ve MUHAFAZA ALTINA ALMA****I- Elkoyma (CMK 123).**

Suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacı ile bir eşya bir kimsenin elinden alınabileceği gibi suçun delili olabileceği veya eşya veya kazanç müsaderesine tabi olduğu için de geçici olarak Devletin muhafazası altına alınabilir (CMK 123/1). Birinci halde “önleme elkoyması”, ikinci halde ise “adli elkoyma” sözkonusu olur.

Bir eşya üzerinde rızası olmamasına rağmen zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demek olan “elkoyma” tedbirine ceza muhakemesi bakımından da ihtiyaç duyulabilir. Bir diğer söyleyişle hükmün isabetle verilememesi yahut yerine getirilememesi yakın tehlikelerine karşı gecikmeden bu tedbire başvurma zorunluğu çıkabilir. Delil olabilecek eşyaya elkoyma tutucu bir koruma tedbiridir.

Kaçanın duruşmaya gelmesi için yapılan elkoyma da böyledir. Buna karşılık, müsadere edilecek eşyaya ve para cezasını tehlikeden korumak için belli eşyaya elkoyma, önleyici mahiyette koruma tedbiridir.

Elkoyma’ya diğer hukuk dallarında da rastlanır. Örneğin Medenî Muhakeme Hukukunda ihtiyatî tedbir kavramı içine (HMK 101) elkoyma da girer. İcra ve İflâs Kanununda “ihtiyatî haciz” adı altında düzenlenen kurum da (İİK 257) elkoymadır. Muhtelif Hukuk dallarındaki elkoymanın niteliğinin aynı olması, bunların gerekiyorsa farklı şekillerde düzenlenmesine engel değildir.

Elkoyma eşya üzerinde tasarruf yetkisinin kaldırılması olduğuna göre çeşitli şekiller alabilir. Gayrimenkullerde tapuya şerh vermekle mesele halledilir. Menkullerde eşya zilyedin elinden alınır.

Kanun zorla almaya “elkoyma”, rıza ile teslim etmeye ise “muhafaza altına alma” adını vermiştir (CMK 123).

Bazı eşyanın zilyedin tasarruf yetkisi kaldırılarak muhafaza ve emniyet altına alınması gerekebilir. Bunun için kanunlar zilyedin rızasına bakarlar. Rızası olursa pek mesele çıkmaz. Delil olacak eşya rıza ile verilirse Kanun buna “muhafaza altına alma” demiştir (CMK 123/1). Rızası olmazsa gerekiyorsa zor kullanılarak yine zilyedin tasarruf yetkisi kaldırılır, buna elkoy-

ma denmektedir.

“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 eylemek gibi başvuralacak diğer şekiller de vardır. Alınan bu tedbirlere uymama suç sayılmıştır (TCK 203, 289, 290).

Muhafaza ve emniyet altına alma, muhakkak tevdi ve teslim edilebilir eşya hakkında söz konusu olmaz. Örneğin 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.

Kanunda üç grup eşyaya el konulabileceği kabul edilmiştir: (a) İspat aracı olarak yararlı görülen, emare niteliğindeki eşya, (b) eşya müsadere-sine tabi bulunan mal varlığı değerleri (TCK 54) ve (c) kazanç müsadere-sinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri (TCK 55).

## II- Muhafaza Altına Alma.

İlgili delil olabilecek (veya müsadereye tabi olan) eşyayı istek üzerine, kendiliğinden verirse “şüphe sebebi” olacak eşya muhafaza altında tutulur. Elkoyma işleminin konusunu teşkil eden eşyayı elinde bulunduran kişi istendiği takdirde, bunu göstermek ve teslim etmek mecburiyetindedir (CMK 123/1).

İlgili eşyayı kendi rızası ile vermezse zor kullanarak elinden alınabilir. Vermemeden doğan masraflar kendisine yüklenebilir.

Arama Yönetmeliğinde (m. 4) “koruma altına alma” adı altında yeni bir kurum yaratılması ilginçtir. Maddedeki 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 alıkoymayı ifade eder. Arama sonunda şüpheli eşya bulunursa bunlara el konulacaktır. Burada da önce ilgilinin rızası alınmaya çalışılmalı ve kendi isteği ile verirse eşya muhafaza altına alınmalıdır. Rıza olmayan hallerde zor kullanma yetkisi doğar.

### **III– Eşyayı vermeyenler hakkında yapılan işlem (CMK 124).**

İspat konusu olan veya müsadereyi gereken eşya ve diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran şahıslar talep üzerine, bu eşyayı göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür. Kaçınanların, göstermeye veya teslim zorlanmak için, özgürlükleri kısıtlanabilir. Bu halde CMK'nun 60. maddesi uyarınca tanıklıktan çekilmeye ilişkin disiplin hapsi hükümleri uygulanacak, herhalde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Bu disiplin hapsi tanıklıktan çekinebilenlerle uygulanamaz. Sanık da beyana zorlanmadığından eşyayı göstermesi için hakkında disiplin hapsi uygulanamayacaktır.

Disiplin hapsinin uygulanabilmesi için sözkonusu eşyanın o kişinin elinde bulunduğu hususunun sabit olması gerekir.

Disiplin hapsin soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir (CMK 60). Bu karara itiraz edilebilir.

### **IV– Devlet sırrı içeren belgenin incelenmesi (CMK 125).**

Mülga Kanun zamanında resmi dairelerde saklı belgelerin açıklanmasının Devlete vereceği zarar ihtimali halinde bunlara elkonulması da koşullara bağlanmıştı. 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 yasaklanmıştır (CMK 125 ve CMK 47/1).

Kanunda devlet sırrının ne olduğu da tanımlanmıştır: “açıklanması devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebi-

lecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır” (CMK 47/1). Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir (CMK 125/2). İnceleme sırasında Cumhuriyet savcısı, zabıt katibi, taraflar veya avukatlar hazır olamaz. Hakimin soruşturma evresinde “delil araştırması” yapması hukukumuz tarafından kabul edilmemiştir. Devlet sırrı niteliğindeki belgelerde suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte bilgiler, hakim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa geçirilir.

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). Beş yıldan az hapsi gerektiren suçlarda devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler incelemeyiz. Kanun bu halde bir delil yasağı yaratmıştır.

#### **V- Elkonulamayacak mektup ve belgeler (CMK 126).**

şüpheli veya sanık ile CMK 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulması yasaktır (CMK 126/1). Ancak bu kişiler kendi rızaları ile verirlerse hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil oluşur. Başka bir ifade ile “muhafaza altına alma” muteberdir. “Elkoyma” yasaktır. Buna rağmen elkonulursa “konusu bakımından yasaklanmış delil” oluşur.

Yasağın uygulanabilmesi için Kanunda üç koşul öngörölmüştür. İlki tanıklıktan çekinmeyi gerektiren akrabalık veya meslek sırrı ile bağlılık bulunan kişiler arasındaki belge veya mektup sözkonusu olmalıdır. İkinci koşul olan sanığın/şüphelinin “nezdinde” bulunma koşulu gerçekteleşmiş olmalıdır. “Nezdinde” ibaresinden anlaşılması gereken, kişinin üzerinde, konutunda veya işyerinde bulunmasıdır. Dolayısıyla kişinin sadece üzerinde değil, konutunda, işyerinde bulunan eşya da elkoyma yasağı kapsamındadır. Üçüncü koşul ise mektup veya belgenin muhatabının suça katıldığı veya suça yataklık ettiğine dair şüphelenilmesi koşuludur. Suça iştirak ettiğine dair şüphelenimin varlığı halinde o kişi tanıklıktan çekinme hakkı olan kişi sıfatını haiz olmayacaktır.

Mektuplara ve belgelere elkonulamaması, bunların okunamaması gibi üzerlerinde hiçbir işlem yapılamamasını da gerektirir.

Elkonulması yasak belgeler henüz muhatabına (tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiye ulaşmamışsa) şüpheli veya sanığın elinde ise yasak kapsamına girmeyecektir, dolayısıyla bunlara elkonulabilecektir. Muhatabın eline geçtikten sonra elkoyma yasağı uygulanacaktır.

CMK'nun 126 ıncı maddesine aykırı bir şekilde elkoyma işlemi gerçekleştirilmişse, hukuka aykırı delil sözkonusu olacağından delil olarak kullanılamaması gerekmektedir. Zira Anayasa'nın 38 inci maddesinde, hiç kimsenin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

## **VI– Elkoyma kararı ve emri (CMK 127).**

### *1) Elkoyma kararı.*

Elkoyma hakim kararı ile yapılır. Kanun sadece kararı hakimın vereceğini söylemiştir. Buna karşılık, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma–6526” 129/9).

CMK 127 elkoyma kararının içereceği hususları açıklamamıştır. Oysa arama kararında (CMK 119/2) ayrıntı verildiği görülmektedir. Bu madde kıyas yolu ile uygulanmalıdır.

Hâkim kararı ile gerçekleştirilen bir arama sırasında yapılan elkoyma hukuken muteber bir işlemdir. Bu nedenle, hakim kararı ile arama yapıldıktan sonra ele geçirilen işye için ayrıca yeni bir elkoyma kararına ihtiyaç yoktur. (Hakim kararı üzerine yapılan elkoymayı da tekrar hakim kararına bağlayan ilk düzenleme 2005-5353 numaralı kanun ile kaldırılmıştır.)

### *2) Elkoyma emri.*

Hakim kararı kuralının istisnası olarak, Kanunla yetkili kılınan merci de, gecikmede tehlike bulunan hallerde “elkoyma emri” verebilir (Any. 20/2, Any. 21) elkonulabilir. Anayasadaki bu kural Kanuna yansımıştır: Ceza Muhakemesi Kanunu (m. 127/1) “gecikmesinde sakınca” bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının elkoyma yazılı emir vermesini kabul etmiştir. Cumhuriyet savcısına “ulaşılmadığı hallerde” ise kolluk amirinin (“adli

kolluk” denilmediğine dikkat edilmelidir) yazılı emri ile kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir (CMK “2005–5353” 127/1).

Anayasa emirden bahsetmekte ise de elkoymayı emreden bizzat elkoya-bileceğinden, Anayasada bu yetkinin kolluk memuruna verilmemesi mak-sadının güdüldüğünü gösteren bir cihet bulunmadığından kolluk memuru-nun âmirinden emir almadan elkoyabileceğini kabul etmek hem ihtiyaca cevap verecek, hem de Anayasaya aykırı düşmeyecektir. Postada elkoyma yetkisi ise sadece savcınındır (CMK 129/1).

Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen elkoyma emri-nin 24 saat içinde hakim tarafından onaylanması gerekir (CMK 127/3).

### 3) *Elkoyma emrinin onaylanması.*

CMK delil yasağı şeklinde düzenleme yaparak, hakim kararı alınmaksızın yapılan elkoyma işleminin ilgilinin “itirazını“ beklemeksizin, 24 saat içinde hakim onayına sunulması mecbireytini getirmiştir; hakim kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklanmazsa, elkoyma kendiliğinden kalkar.

Yargıtay bu konudaki denetlemesini hassasiyetli yapmaktadır. Somut olayda, hırsızlık suçunda kolluk görevlileri tarafından şüpheliye ait araç içinde bulunan pense ve tellere elkonulmuş, Cumhuriyet savcısı ile telefon görüşmesi yapılarak sözlü olarak onaylattırılmış ve 24 saat içinde Cumhuriyet savcısının yazılı onayı alınmıştır. Ancak, tutanakta sehven yanlış tarih atılmış olması nedeni ile 24 saat içinde onaylama kuralı ihlal edildiğinden, elkoyma işlemi yok sayılmıştır (6. CD 17.11.2009, K. 15089).

Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse ise hakimden karar vermesini her zaman isteyebilir (CMK 127/4).

## **VII– Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (CMK 128).**

Ceza Kanunu suç işlenmesi ile sağlanan menfaatin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere edilmesini (kazanç müsaderesi) 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).



Ceza Muhakemesi Kanunu, 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.

5607 Kaakılılık Kanununda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara CMK 128 uyarınca elkonulur (5607 sK m. 10/1).

*1) Elkonabilecek olan taşınmazlar, hak ve alacaklar.*

Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçların işlenmesi sureti ile elde edildiğine dair, “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi” bulunan hallerde (CMK “2014–6526” 128/1), şüpheli veya sanığa ayt malvarlığına elkonulması kararı verilebilir.

Bu amaçla, şüpheli veya sanığa ayt taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdinteki 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).

Bu malvarlığı değerlerinin somut olarak belirlenmiş olması gerekir.

*2) Karar vermeden önce rapor alma yükümü.*

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma kararı verilmesinden önce, 2014–6526 sayılı Kanun ile bir “rapor” alma yükümü getirildi. CMK 128 kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç t ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir (CMK “2014–6526” 128/1).

*3) Karar verme yetkisi.*

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma yetkisi sadece ağır ceza mah-

kemesine verilmiştir. Savcı bu konuda yetkilendirilmemiştir (CMK “2014–6526” 128/9).

*4) Hak ve alacak elkoymasına konu teşkil edebilecek olan suçlar.*

Ceza Muhakemesi Kanunu taşınmazlara, hak ve alacaklara elkonulması konusunda da liste halinde suç sayma yöntemini benimsemiştir. Bu listeden, 2014–6526 sK ile yapılan değişiklik sırasında TCK 220 daki örgüt suçunun çıkarılmış olması dikkat çekicidir.

Söz konusu suçlar şunlardır:

a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan; 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78), 2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 3. Hırsızlık (madde 141, 142), 4. Yağma (madde 148, 149), 5. Güveni kötüye kullanma (madde 155), 6. Dolandırıcılık (madde 157, 158), 7. Hileli iflas (madde 161), 8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 9. Parada sahtecilik (madde 197), 10. Mülga: 21/02/2014-6526-10 md. 11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236), 13. Zimmet (madde 247), 14. İrtikap (madde 250), 15. Rüşvet (madde 252), 16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), 17. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315) suçları, 18. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

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

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

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

*5) Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymanın şartları.*

Birinci şart, olayda CMK 128/2’de liste halinde sayılan suçlardan birinin söz konusu olmasıdır.

İkinci şart “somut deillere dayanan kuvvetli Őphe sebebi” bulunmasıdır. Kanun somut delillere dayanan kuvvetli Őphe sebebini iki noktada aramıştır: a) Soruşturma veya kovuşturma konusu suuun işlendiği konusunda kuvvetli Őphe sebebi, b) taşınmaz, hak ve alacağın bu suuclardan elde edildiğine dair kuvvetli Őphe sebebi (CMK “2014-6526” 128/1).

Üçüncü şart taşınmaz hak veya alacağın ŐpHELİ veya sanığa ait olmasıdır. Ancak bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer mal varlığı değerinin, ŐpHELİ 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 değerildir. Kanunun amacına uygun olmayan bir düzenleme yapıldığı görölmektedir.

Dördüncü şart, ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile verdiği karardır. CMK 128 de düzenlenen taşınmaz hak ve alacağa elkoyma kararını sadece ağır ceza mahkemesi verebilir, savcı yetkili kılınmamıştır (CMK “2014-6526” 128/9).

*6) 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 arauıları hakkında verilen elkoyma kararı bu araıların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur (CMK 128/4).

c) Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararıyla teknik iletişim araılarıyla ilgili banka veya mali kuruma derhal bildirilerek icra olunur (CMK 128/5). Sözkonusu karar ilgili banka veya mali kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geuersizdir (CMK 128/5).

u) şirkette ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araılarıyla derhal bildirilerek icra olunur (CMK 128/6). Sözkonusu karar ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir.

d) Hak ve alacaklara elkoyma kararı ilgili gerçek veya tuzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra olunur. Sözkonusu karar ilgili gerçek veya tuzel kişiye ayrıca tebliğ edilir (CMK 128/7).

7) *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) olur.

8) *Birleşmiş Milletler kararı üzerine malvarlığının dondurulması.*

Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kanunu hükümlerine göre (2013-6415), BM Güvenlik Konseyi kararı üzerine malvarlığının dondurulması kararı alınabilir. Kanundaki düzenlemeler aşağıdadır:

*“Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararları*

**Madde 5–** (1) *Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267 (1999), 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları, Bakanlar Kurulunun Resmî Gazete’de yayımlanan kararıyla gecikmeksizin uygulanır.*

(2) *Alınan kararlar, Dışışleri Bakanlığı tarafından Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine bildirilir.*

(3) *Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarına karşı yapılacak başvurular Başkanlık tarafından Dışışleri Bakanlığı aracılığıyla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine iletilir.*

*Yabancı devletlerce yapılan talepler*

**Madde 6–** (1) *Bir yabancı devlet hükümeti tarafından bir kişi, kuruluş veya organizasyonun tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulmasına ilişkin olarak Türkiye’den talepte bulunulması hâlinde, Değerlendirme Komisyonunca değerlendirilen talep Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanır. Bu değerlendirmede karşılıklılık ilkesi gözetilir. Karar verilebilmesi için, yabancı devlet tarafından taleple birlikte gerekçelerinin de gönderilmesi gerekir.*

(2) Bu talepler, Başkanlığa veya Başkanlığa iletilmek üzere Adalet Bakanlığı veya Dışışleri Bakanlığına yapılır.

(3) Yabancı devlet hükümetinin malvarlığının dondurulmasına ilişkin taleplerinin yerine getirilmesi için, ilgili devletten teminat talep edilebilir.

(4) Malvarlığının dondurulmasına ilişkin talepler hakkındaki Bakanlar Kurulu kararı, Dışışleri Bakanlığı tarafından talepte bulunan devlete bildirilir.

(5) Bu madde uyarınca verilen malvarlığının dondurulması kararının Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içinde, talep eden devlet tarafından soruşturma başlatılmadığı takdirde ilgili karar kaldırılabilir.

*Yabancı devletlere yapılacak malvarlığının dondurulması talepleri ile Türkiye’de bulunan malvarlığı hakkında yapılacak işlem*

**Madde 7-** (1) 5 inci ve 6 ncı maddelerde düzenlenen hususlar dışında, Değerlendirme Komisyonu, 3 üncü ve 4 üncü madde kapsamına giren fiilleri gerçekeştirdiği hususunda makul sebeplerin varlığına istinaden kişi, kuruluş veya organizasyonların;

a) Yabancı ülkelerde bulunan malvarlığının dondurulması talebiyle Bakanlar Kuruluna öneride bulunulmasına,

b) Türkiye’de bulunan malvarlığıyla bağlantılı olarak ilgililer hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca soruşturma açılması talebiyle suç duyurusunda bulunulmasına, karar verilir.

(2) Yabancı devletlere yapılacak malvarlığının dondurulması talepleri hakkındaki Bakanlar Kurulu kararı, Dışışleri Bakanlığı tarafından talepte bulunulan devlete bildirilir.

*Araştırma*

**Madde 8-** (1) Malvarlığının dondurulması kararları hakkında yapılacak mali araştırma Başkanlık tarafından yerine getirilir. Bu görevin yerine getirilmesi amacıyla kamu kurum ve kuruluşları ile gerçeek ve tüzel kişilerden talep edilen bilgiler istenilen usul, şekil ve sürede gecikmeksizin Başkanlığa iletilir.

(2) *Adalet, İçişleri ve Dışışleri bakanlıklarıyla Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları, 6 ncı ve 7 nci maddelerin uygulanması kapsamında malvarlığının dondurulmasına ilişkin alınacak karar ve yapılacak talepler hakkında bilgi, belge ve bulgular ile değerlendirmelerini Başkanlığa bildirir.*

(3) *Araştırma sonuçları, Başkanlık tarafından Değerlendirme Komisyonuna sunulur.*

(4) *Malvarlığının dondurulmasına ilişkin olarak yapılacak araştırma işlemleri gizlilik esaslarına uygun olarak yerine getirilir.*

#### *Değerlendirme Komisyonu*

**Madde 9–** (1) *6 ncı ve 7 nci maddeler kapsamında malvarlığının dondurulmasıyla ilgili olarak Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonu oluşturulmuştur. Değerlendirme Komisyonu, Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanının başkanlığında, Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürü, Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşar Yardımcısı, İçişleri Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü, Dışışleri Bakanlığı Araştırma ve Güvenlik İşleri Genel Müdürü ve Hazine Müsteşarlığı Mali Sektörle İlişkiler ve Kambiyo Genel Müdüriinden oluşur.*

(2) *Görüş ve bilgilerine gerek duyulan kurum ve kuruluşların temsilcileri de Değerlendirme Komisyonuna çağrılabilir.*

(3) *Değerlendirme Komisyonu, birinci fıkrada sayılan üyeler veya bunların yerlerine usulüne uygun olarak atanan vekilleriyle toplanarak katılanların en az beşinin oyu ile karar verir.*

(4) *Değerlendirme Komisyonunun sekretarya hizmetleri Başkanlık tarafından yürütülür.*

(5) *Değerlendirme Komisyonunun başkan ve üyelerine her toplantı için (4.000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunan tutar üzerinden toplantı ücreti ödenir. Bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz.*

(6) *Değerlendirme Komisyonunun çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.*

*Malvarlığının dondurulması kararına aykırılığın hukuki sonuçları*

**Madde 10-** (1) *Malvarlığının dondurulması kararına aykırı olarak yapılan her türlü tasarruf ve işlem hükümsüzdür. Bu tasarruf ve işlemlerle ilgili olarak 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümleri saklıdır.*

*Kararın tebliğ ve ilanı*

**Madde 11-** (1) *Bu Kanun hükümlerine göre alınan malvarlığının dondurulması ve bu kararın kaldırılmasına ilişkin kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır. Bu kararlar yayımı tarihinde, hakkında malvarlığının dondurulması kararı verilen ilgili kişi ve kuruluşa tebliğ edilmiş sayılır.*

(2) *Malvarlığının dondurulması kararında; kararın kimin hakkında verildiği, sebepleri, kapsamı, süresi ve bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolları ile başvuru süresi yer alır.*

*Malvarlığının dondurulması kararlarının icrası*

**Madde 12-** (1) *Malvarlığının dondurulması kararı ve bu kararın kaldırılmasına ilişkin karar Resmî Gazete’de yayımı ile birlikte hukuki sonuçlarını doğurur.*

(2) *Bu Kanun hükümlerine göre malvarlığının dondurulması kararlarının yerine getirilmesinden Başkanlık sorumludur.*

(3) *Hakkında malvarlığının dondurulması kararı verilmiş olanlar, alacak ve borçları ile diğer tüm malvarlığı değerlerini ve bunların dayanağına ilişkin bilgileri; bunlardan alacağı veya borcu olan gerçek ve tüzel kişiler ise alacak veya borcun miktarı ile dayanağına ilişkin bilgileri, malvarlığının dondurulması kararının Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde Başkanlığa bildirirler.*

(4) *Malvarlığının dondurulması kararı, Başkanlığın talebi üzerine 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesinin üçüncü ila yedinci fıkralarında belirtilen usule uygun olarak gecikmeksizin yerine getirilir.*

(5) *Malvarlığının dondurulması kararının yerine getirilmesi talebinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları; nezdinde malvarlığı kaydı bulunup bulunmadığını, bulunuyor ise dondurulan malvarlığına ilişkin bilgileri talep tarihinden itibaren yedi gün içinde*

*Başkanlığa bildirir.*

(6) *Malvarlığında herhangi bir artış meydana gelmesi hâlinde, bu artışlar da malvarlığının dondurulması hükümlerine tabidir.*

(7) *Malvarlığının dondurulması kararının kaldırılmasına ilişkin kararlar, Başkanlık tarafından dördüncü fıkra uyarınca dondurma kararını yerine getiren kişi, kurum veya kuruluşlara bildirilir ve Resmî Gazete’de yayımlanır.*

*Dondurulan malvarlığının yönetimi*

**Madde 13–** (1) *Dondurulmasına karar verilen malvarlığının yönetimi, ilgili gerçek veya tüzel kişiye aittir. Ancak bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki işlemler hariç olmak üzere, malvarlığı dondurulan kişiler bu malvarlığının ortadan kaldırılmasına, tüketilmesine, dönüştürülmesine, transferine, devir ve temlik edilmesine veya sair tasarruflara yönelik işlemlerde bulunamazlar. Malvarlığının dondurulması kararının yerine getirilmesi talebinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum veya kuruluşları da bu tür işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlayamaz ve kolaylaştırılmazlar.*

(2) *Malvarlığı dondurulan gerçek kişinin ve bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının asgari geçimlerini sağlamak veya ticari işletmeler ve diğer tüzel kişilerin faaliyetlerine devam edebilmelerini temin etmek üzere;*

a) *Taşınmazlar ile kara, deniz ve hava ulaşım araçları gibi taşınırlar üzerinde sair kişiler lehine ayni veya şahsi hak tesisi,*

b) *Banka veya diğer finans kurumlarındaki hesaplar üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,*

c) *Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,*

ç) *Kıymetli evrak üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,*

d) *Şirketlerdeki ortaklık payları üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,*

e) *Kiralık kasa mevcutları üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılması,*

f) *Ticari işletme veya diğer tüzel kişilerin mal ve hizmet alım satımı ile bakım, işletim, onarım giderleri, defter ve belgelerinde kayıtlı borçlar, kira, kredi, kayyım hizmeti, sigorta primi, avukatlık ücreti, ücret ve maaş*



*gibi zorunlu ödemelerin gerçekleştirilmesi, işlemleri Başkanlık izniyle yapılabilir.*

*(3) Dondurulan malvarlığından ödenmesi gereken vergi, resim, harç, kira, sosyal güvenlik primi gibi kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlara yapılacak her türlü zorunlu ödemeler, izin alınmaksızın gerçekleştirilebilir. Ancak Başkanlık gerek görmesi hâlinde bu işlemleri de izne tabi tutabilir.*

*(4) Taşınmazlar ile kara, deniz ve hava ulaşım araçları gibi taşınırlar üzerinde sair kişiler lehine aynı veya şahsi hak tesisine izin verilmesi hâlinde;*

*a) Sözleşme metninin bir örneği,*

*b) Sözleşme gereğince karşılık olarak ödenmesi gereken para ve sair malvarlığı değerinin miktarına, ödeme takvimine, ödemenin yapılacağı banka hesabına ilişkin bilgiler, hakkın tesis edildiği tarihten itibaren en geç on beş gün içinde Başkanlığa verilir.*

*(5) Hakkında malvarlığının dondurulması kararı verilmiş olanlara dondurma kararının Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren yapılacak her türlü ödeme, ancak bu kişilere ait bir banka hesabına yapılabilir. Malvarlığı dondurulan kişinin merkezi veya şubesi Türkiye’de bulunan bir bankada hesabı yoksa Başkanlık tarafından kişi adına hesap açtırılır.*

*(6) Dondurulan malvarlığının yönetimine ilişkin izin; belirlenen kişi veya kişilere, belirli koşullar veya sınırlar dâhilinde bir defaya mahsus ya da süreli olarak verilebilir.*

*(7) Başkanlık, gerek gördüğü hâllerde verdiği iznin kapsamını veya süresini değiştirebilir veya iptal edebilir.*

14 ve 15. maddelerde denetim ve ceza hükümleri düzenlenmiştir. 14. madde uyarınca, Başkanlık; a) Nezdinde malvarlığı bulunduran kişi ve kuruluşların dondurma kararına uygun hareket edip etmediğini, b) Dondurulan malvarlığının yönetiminin bu Kanun hükümlerine uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini, denetlemek, gerektiğinde ilgili defter, belge ve kayıtlar üzerinde araştırma ve incelemelerde bulunmak üzere 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belir-

tilen denetim elemanlarını veya Başkanlıkta istihdam edilen maliye uzmanlarını görevlendirir. Ceza hükümleri başlıklı 15. madde uyarınca, Bu Kanun hükümlerine göre malvarlığının dondurulmasıyla ilgili alınan kararın gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirmekte ihmal veya gecikme gösteren kişilere, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. Maddenin 2. fıkrasında da, birinci fıkra kapsamında malvarlığının dondurulmasıyla ilgili alınan kararın gereğini yerine getirmeyen kişinin, bir tüzel kişinin organ veya temsilcisi olması veya organ veya temsilcisi olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenmiş bulunması hâlinde ayrıca bu tüzel kişiye on bin liradan yüz bin liraya kadar idari para cezası verileceği hususu düzenlenmiştir.

### **VIII– Postada elkoyma (CMK 129).**

#### *1) Haberleşmenin gizliliği.*

Haberleşme gizliliği Anayasa ile korunmuştur: Haberleşmenin gizliliği esastır. 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 hakimin onayına sunulur. Hakim kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirtilir (Any. “2001–4709” 22).

#### *2) Postada elkoyma hakkındaki düzenlemeler.*

Postada bulunan gönderilere delil elde etmek amacıyla elkonulması kabul edilmiştir (CMK 129).

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.

Postada elkoyma kararı hakim tarafından verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri (kararı) ile de elkoyma kabul edilmiştir (CMK 129/1).

Gönderilere postada iken elkonulmasına ilişkin hakim 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.

### *3) Elkoyma konusu gönderiler.*

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.

### *4) 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. Burada genel kuralın (CMK 127) geçerli olduğu açıktır.

### *5) 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. Kolluk memurlarının gönderilerin içinde buldukları zarfları veya paketleri açması yasaklandı (CMK 129/2), ama incelemeyi teslim edilen C. savcısının mı, yoksa hakim mi yapacağı söylenmedi. Bizce özel hayatın gizliliğinin korunması söz konusu olduğu için, eskisi gibi hakim yetkili olmalıdır. Zira “olay genişliği itibariyle cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa” soruşturmanın sulh ceza hakimi tarafından yapılması kuraldır (CMK 163/1).

*6) İlgilisine haber verme.*

Postadaki gönderilere kolluk tarafından hakim 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 öngörüldü (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 görülme-yen kısımlarının sureti keza sahiplerine yollanacaktır (CMK 129/4).

*7) Postada elkoyma tedbirinin sona ermesi.*

Postada elkoyma bakımından Kanun hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri koşullarını öngörmüş, fakat savcının yazılı emrinin hakim onayına bağlı olmasını kabul etmemiştir. Bu nedenle herbiri tek başına hukuken muteberdir. Kolluk tarafından kendisine teslim edilen gönderiyi açan hakim 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).

**IX– Elkonulan eşyanın iadesi (CMK 131).**

Elkonulan eşyanın geri verilmesi için bir karar verilmesi öngörülmüştür. Bu karar re'sen veya istem üzerine Cumhuriyet savcısı, hakim 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). Bu halde delil olarak bulundurulmasına gerek olmayan veya müsadere edilmeyecek olan eşya geri verilecektir.

Geri vermeye soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilir.

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 ihtiyacı bulunmaması halinde de sahibine iade edilir (CMK 131/2).

Ceza mahkemesi tarafından eşyanın geri verilmesine karar verilmesi halinde şüpheli, sanık veya üçüncü kişilerin hukuk mahkemesinde dava açarak ceza mahkemesinin eşyayı iade ettiği kişiden eşyayı almaları mümkündür.

### **X– Elkonulan eşyanın muhafazası (CMK 132).**

Elkonulan eşyanın saklanması ve geriverilmesi hakkında kanunda norm olmadığı için 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.

Elkonulan eşyanın nezdinde elkoyma yapılan kimseye iadesi dâvaya bakmakta olan yargılama makamının kararı ile olur. Bunun için kural olarak duruşmanın bitmesi ve hükmün verilmesi beklenir. Ancak elkoyma sebebi kalmamışsa elkoyma kararı geri alınarak, daha önce iade de mümkündür. Geri verilmeyecek eşya müsadere olunacak demektir ki bu da müsadere kararı ile olacaktır.

Elkonulan eşyanın saklanması, eşyanın zarara uğramasına veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelmesine neden olabileceksen hükümün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir (CMK 132/1). Elden çıkarmasının ayrıntıları Haziran 2005 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan “Suç Eşyası Yönetmeliğinde” düzenlenmiştir.

Elkonulan eşya Devlet tarafından muhafaza altında tutulur ve değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır (CMK 132/4).

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” ilgilie teslim edilebilir. Bu durumda müsadere kararının konusunu ödenen rayiç değer oluşturur (CMK 132/6).

Elkonulan eşya muhafaza altında tutulduğu sırada zarara uğrama veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesiyle karşı karşıya kalırsa hükümün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir (CMK 132/1).

Elden çıkarma kararı soruşturma evresinde hakim, 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).

## § 15– ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ (CMK 133)

### I– Kayyım tayininin koşulları.

Bir suçun şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu konusunda kuvvetli şüphe sebepleri varsa ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli ise bu şirket yönetimi için bir kayyım tayin edilebilir (CMK 133/1). Kanun 2014 değişikliğinde bu karar için somut delil bulunmasını öngörmemiştir.

**II- Karar verme yetkisi.**

Şirket yonnetimi iwin kayyım tayini kararı hakim veya mahkeme tarafından verilebilir (CMK 133/1). Kanun 2014 değişikliğinde bazı tedbirler iwin ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermesini onđormuŐken, kayyım tayini iwin, sulh ceza hakimliğinin veya esas mahkemesinin kararını yeterli bulmuştur.

Atama kararında, yonnetim organının karar ve işlemlerinin geğerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılınığı veya yonnetim organının yetkilerinin tmmuyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir.

Kayyım tayinine ilişkin karar ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur (CMK 133/1).

**III- Kayyım tayini tedbirinin uygulanabileceği suçlar.**

Ceza Muhakemesi Kanunu liste halinde suç saymayı veya katalog halinde suçları belirlemeyi tercih etmiştir. Burada da CMK 133/4'de sayılan ağır suçlarda kayyım tayini olanaklıdır.

a) Tmk Ceza Kanununda yer alan, 1. Gmwen kağaklığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 3. Parada sahtecilik (madde 197), 4. Fuhuş (madde 227), 5. Kumar oynanması iwin yer ve imkân sağlama (madde 228), 6. Zimmet (madde 247), 7. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 8. Silahlı orgut (madde 314) veya bu orgutlere silah sağlama (madde 315), 9. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), suçları,

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

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kağaklılıkla Mucadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

e) Kmlttr ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 ncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

**IV- İtiraz.**

Hakim 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, hakim kararlarına itiraz yolu açık olduğundan 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.

Hakimlik kararlarına karşı genel bir hak olarak itiraz yolu her zaman açıktır. Sadece Kanunun açıkça itiraz edilemez dediği hakimlik kararlarına itiraz edilemez. Burada ise (CMK 133/3), özel bir itiraz düzenlemesi yapılmıştır. Bu özel usul, atanan kayyımın işlemlerine karşı bir başvuru yolu düzenlemiş olup, bizce hakimin verdiği kararlara itiraz yolunu kapatmaz.

**V- Kayyımın ücreti.**

Hakim 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).

**§ 16- BİLGİSAYARLARDA ARAMA (CMK 134)****I- Bilgisayarda arama hakkında genel bilgiler.***1) Bilgisayar verisi.*

"Bilgisayar verileri" elle tutulamayan, gözle de görülemeyen elektrik devrelerinden oluşurlar. Bunların ceza muhakemesinde "delil" olarak kullanılması, yeni bir olgudur: Devletin "koruma tedbirleri" çerçevesinde bilgisayar programlarında bulunan verileri saklayıp koruyarak muhakemede delil olarak kullanması artık mümkündür.



Bilgisayarlarda kayıtlı bulunan ve word, excell gibi özđü programları vasıtasıyla bilgisayara veya bilgisayar kütüklerine kaydedilmiş bulunan elektronik verilerin hukuk açısından geçerli bir şekilde kullanılabilmesi için bilgisayardaki verilerin kopyasının (uygulamada buna imaj denilmektedir) çıkarılması ve orijinal kayıtların hiç değiştirilmeden muhafaza edilmesi gereklidir. Yapılacak olan incelemelerin kopya imaj üzerinden gerçekleştirilmesi sözkonusudur. Gereken hallerde bu kayıtların belli kısımlarının çözülerek metin haline getirilmesi sözkonusu olduğunda, bunun bir hakim kararı ile gerçekleştirilmesi lazımdır (CMK 134/1). Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesine göre, bilgisayar ve programları ile bilgisayar kütüklerine kayıtlı bulunan elektronik veriler “arama ve elkoymanın” konusunu teşkil edebilirler.

Bunun gibi, elektronik veri kaydetmeye elverişli disket, CD, DVD ve benzeri tüm veri taşıyıcılarda kayıtlı bulunan elektronik veriler de ceza muhakemesinde “delil” olarak kullanılabilirler. Ancak, elektronik verilerin hukuka uygun delil (CMK 217/2) olarak kullanılabilmesi için, CMK 206 hükmünde açıklandığı üzere, “kanuna aykırı olarak elde edilmemiş olması” gerekir.

“Kişisel veri kavramı” “Avrupa Topluluğu Veri Koruma Yönergesi”nde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre bir gerçek kişi hakkındaki, onu belirlenebilir kılan her türlü bilgi kişisel veridir. Bir kişiyi belirlenebilir kılma ise verilerin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bir gerçek kişi ile ilişkilendirilmesi yolu ile kişiyi tanıyabilme özelliğini belirler. Görüldüğü gibi kişisel veri doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir kişiye ilişkin olan ve onu belirlenebilir kılan her türlü bilgidir.

“Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşmenin” konu ve amaç başlıklı 1 inci maddesinde, Sözleşmenin amacının “özellikle kendilerini ilgilendiren kişisel nitelikteki verilerin otomatik bilgi işlemine tabi tutulması karşısında özel yaşam haklarını güvence altına almak” olduğü belirtilmektedir. Tanımlar başlıklı 2. maddede ise kişisel nitelikteki veriler, “kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişi ile ilgili tüm bilgileri ifade eder” tanımı yer almaktadır.

Bir bilgisayar içerisinde, değişik programlar kullanılarak yazı, ses veya görüntü biçiminde yapılmış elektronik veriler yer alır. Her bir dosya kendi içinde kapalı bir kutu gibi olup, gerekli işlem yapılıp, ilgili program kullanılıp aılmadıka, insan tarafından algılanabilir hale getirilemez. Bu nedenle de, kişisel bir bilgisayar üzerinde yapılan inceleme sırasında gelişigüzel bütün dosyaların açılması, bu dosyalarda özel hayat ile ilgili kişisel veriler bulunabileceği için, Anayasa'nın, 2010 yılında değişen 20 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 nci maddesinde düzenlenen 'özel hayatın gizli alanına' müdahale teşkil edebilir.

Bu tür verileri elde etmek için özel bir arama kararı verilmesi gerekir. Bir bilgisayarların içinde veya birbirlerine ağ şeklinde bağlanmış olan bilgisayarların bağlı bulunduğu sistem içinde delil araması yapılması ve bunlara elkonulması, ayrı bir işlem tipidir. Bunun dışında, iki kişi arasında elektronik ortamda iletişim sağlandığı sırada, canlı olarak gerçekleşen iletişime ilişkin verilerin içeriklerine elkonulması, ağa bağlı bilgisayarlara dışardan girerek, bilgisayarın içinde arama yapılması da ayrı bir işlem tipidir.

Yukarıda sayılan yöntemler uygulanarak, "yabancı bir ülkede" bulunan bir bilgisayara yurt dışından girilmesi ve uluslararası alanda faaliyet gösteren transnasyonel 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, Internet'e giren bilgisayarlar arasında yapılan iletişim bilgileri ile ağa giren bilgisayarın o sırada nerede bulunduğunun tespit edilmesine ilişkin bilgilerin, servis sağlayıcıları tarafından belli bir süre saklanması gerekir.

## 2) Ceza muhakemesi hukukunda bilgisayarlarda arama.

'özel hayat beklentisinin' sınırları da vardır. Bu sınır 'reasonable expectation of privacy' şeklinde ifade edilmektedir. Bir başka deyişle, somut

olaylar bakımından makul bir insan tarafından özel hayatın aleniyete çıkmadığının anlaşılabilmesi gerekir. Mesela, konutunun içinde yaptığı davranışlar bakımından dışarıdan izlenmemek şeklinde bir beklentisi olan bir kişi, içeride ışık yandığı halde perdeleri kapatmazsa, dışarıdan bakan insanların görebileceğini öngörebilmesi nedeniyle, bir gizlilik beklentisi sözkonusu olamaz. Aynı şekilde bir kişi bilgisayarını satmış veya başka birisine hediye etmişse, bilgisayarın eski sahibi, sattığı bilgisayarda kayıtlı olan elektronik veriler üzerinde özel hayat beklentisi ileri süremez. Bu gibi durumlarda, bilgisayarını satacak olan kişinin kişisel verilerini silecek, bilgisayarı teslim etmeden evvel tedbir alması gerekir.

Ancak, bilgisayarını bir başkasına satıp teslim etmeden önce kişisel verilerini çöp kutusuna atarak, silmiş olmasına rağmen, silinmiş olan bu veriler teknolojinin yardımı ile tekrar okunabilir hale getirilmişse, durum farklıdır. Bu gibi hallerde, kişinin gizlilik beklentisinin hukuk tarafından korunması gerekir: elektronik verilerin çöpten çıkartılarak tekrar okunabilir hale getirilebilmesi için, hakimın karar vermesi aranmalıdır.

Mukayeseli hukuktan örnekler vermek gerekirse, bilgisayarını tamir için servise veren kişinin bilgisayarı üzerinde, tamirci, çocuk pornografisine ilişkin veriler bulmuş ve durumu kolluğa ihbar etmiştir. Bu ihbar üzerine hakim kararı ile bilgisayarda arama yapılmış ve tamirci tarafından elde edilen bilgiler dahil, hakim kararı üzerine ortaya çıkartılan diğer elektronik veriler de delil olarak kullanılmıştır (Tara McGraw Swaminatha, *The Fourth Amendment Unplugged: Elektronik Evidence Issues and Wireless Defenses*, *Yale Journal of Law and Technology* 2004–2005).

Mukayeseli hukuktaki diğer bir olayda (US v. William A. Jarrett, Record no. 02–4953, karar tarihi 1.11.2002) ise Türkiye’de yaşayan kimliği meçhul bir kişi, Alabama polisine e-mail göndererek, orada yaşayan Dr. Steiger’in çocuklara cinsel istismarda bulunduğunu ve bu görüntüleri internette yayınladığını ihbar etmiştir. Doktorun Atlanta’daki evindeki bilgisayarda yapılan araştırmada buna ilişkin delil bulunmuştur. Bu olaydaki tartışma, özel kişinin yasa dışı yollarla doktorun bilgisayarına girerek, delil elde etmesi ve bunu kolluğa ihbar etmesi üzerine yoğunlaşmış ve “suç işleyerek elde edilen delilin” ceza muhakemesinde kullanılamayacağına karar verilmiştir.

Kanaatimizce, özel kişilerin hukuka uygun bir biçimde bilgisayarlardan elde ettikleri deliller, ceza muhakemesine delil olarak kullanılabilirse de, bilgisayardan elde edilen delil, kanuna aykırı yöntemlerle ortaya çıkarılmışsa, bu delil kullanılamayacaktır.

Bilgisayar teknolojisinin kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, yani siber suç alanında klasik yöntemler yeterli olamamaktadır. Bunun sebebi, araştırma ve soruşturmanın konusunu oluşturan obje, yani “verinin” elle tutulan ve gözle görülen bir nesne olmamasıdır. Bu veriler, her gün gelişen ve yenilenen teknoloji kullanılarak saklanmakta ve bir yerden başka bir yere gönderilmektedir. Kolluk makamlarının bu yeni teknolojiyi takip etmeleri ve hepsinin ince noktalarını bilmeleri gerekir.

Bu veriler bazen şifrenlenmekte ve hatta hiçbir özellik göstermeyen resim veya ses içeren veriler içine saklanmakta, bu şekilde gönderilmekte ve kullanılmaktadır. Ceza muhakemesi hukuku açısından belli, gerçek ve sağlamlığı tartışma kabul etmeyecek yöntemlerle elde edilen verilerin nerede, hangi bilgisayarda veya hangi sistemin içinde yeraldığı genellikle bilinmemekte ve bazen de başka bir ülkede bulunan bir bilgisayar sistemi içinde ve hatta çok sayıda farklı ülkelerde yer alan değişik bilgisayarlar içerisinde parça parça yer alıp, ancak bir araya getirildiği takdirde “fikri içerik” kazanmaktadırlar.

Verilerden oluşan delillerin çok kısa bir zaman içerisinde yok edilmesi de mümkündür. Failler delil teşkil edebilecek verileri internet üzerinden uzaktan erişim yolu ile silmek veya değiştirmek imkanına sahiptirler. Bu nedenle, bilgisayarda veya bilgisayar sistemi içinde mevcut bulunduğu umulan veri biçimindeki delillerin algılanması, ele geçirilmesi ve daha sonra da bunların muhakemede sağlam ve hukuka uygun delil olarak kullanılabilmesi için, temel ilkeleri Siber Suçlar Sözleşmesinde yer alan “yeni teknolojilerin” geliştirilmesi gerekmiştir.

Avrupa Konseyi 23.10.2001 tarihinde ETS 185 sayılı bir Siber Suç Sözleşmesi hazırlamıştır. Türkiye bu Sözleşmeye 2014 yılında katılmıştır. Ancak, Siber Suç Sözleşmesinde yer alan bu yeni teknolojik araştırma yöntemleri bireyin özel hayat hakkını kısıtladığından, Sözleşmede temel ilkeleri belirtilen yöntemlerin, Anayasa'nın 13 üncü maddesi doğrultusun-

da Kanun ile dñzenlenerek yñrñrlñđe konulması gereklidir. Devletin bireye ait hak ve òzgñrlñkleri kısıtlarken, Anayasa'nın 13 ùncñ maddesi uyarınca, Anayasada belirtilen amaçlar doğrultusunda bir kanun yapmış bulunması gerekir. Bu nedenle, bilgisayardan delil elde etmekle bağlantılı olan yetki-lerin, kanunla ve ayrıntılı olarak dñzenlenmiř bulunması gereklidir.

### *3) Siber Suç (Sanal Ortamda işlenen Suçlar) Sözleşmesindeki Dñzenlemeler.*

Bilişim suçlarında yapılacak ilk ve en önemli iş, toplanarak saklanmış olan bilgisayar verilerinin değişmeden muhafaza edilmesini sağlayacak bir şekilde koruma altına alınması hususudur.

Siber Suç Sözleşmesinin 16 ncı maddesine göre, “veri içeriği” ve “bu veriye ilişkin sinyal bilgisi” birlikte ele alınarak, bunların kaybolmaları ve değiştirilmeleri 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 olduğu, ne şekilde değiştirildiği, 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 öngördñđü sisteme göre, bilgisayar verisini elinde veya denetimi altında bulunduran kişiye yönelik olarak bir hakim kararı verilecek ve hakim 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 bulunduran kişiye yönelik bir “gizli tutma emri” de öngörülmektedir. Kararın muhatabı olan kişi, hakimın öngöreçeği süre zarfında böyle bir kararın varlığını gizli tutmakla yükümlendirilebilmektedir (m. 16/3).

Hakimin 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 mecburiyettir. 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.

Sözleşme ile ayrıca “veriyi teslim etme yükümlülüğü” doğuran bir karar tipi yaratılmıştır. Sözleşmenin 18 inci maddesinde “production order” adı verilen bu karar ile hakim nezdinde veya ziyedliğinde, hatta denetimi altında bilgisayar ortamında saklanan veri bulduran 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 bulduran kişiye, bunu Devlete teslim etmesi anlamında bir “muhafaza altına alma kararı”, rıza ile vermezse “elkoyma kararı” veya tanığı tanıklık yapmaya 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 hakim 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.

Bilgisayarda arama: 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 hakimin 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 hakimin bu kararı verirken siber suç içerikli verinin bu bilgisayarda bulunduğu konusunda makul şüphesinin bulunması gerekli olduğu da açıklanmalıdır. Eğer hakim 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 yeralan bilişim verilerinin delil olarak kullanılabilmesi açısından, bunların toplanması, elde edilmesi sırasında uyulması gereken kurallar Siber suç Sözleşmesinin 14 ila 21 inci maddelerinde ve buna ilişkin açıklayıcı raporda (Explanatory Report No. 131-239) 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 varolduğuna inanmak için makul şüphenin bulunması gerekir (Açıklayıcı Rapor, paragraf 184-185).

10.12.1982 tarihli US v. Tamura kararında ortaya konduğu ve yukarıda da belirtildiği gibi, bilgisayarlarda yapılan arama ve inceleme sırasında kayıtlı olan tüm verilerin hepsinin tek tek açılarak incelenmesi, özel hayatın gizli alanını ihlal eder ve hukuka aykırıdır. Benzer bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Craxi v. İtalya, Petri Sallinen v. Finlandiya ve Smirnov v. Rusya kararlarında, bilgisayarlarda yapılan aramalardan elde edilen tüm kişisel verilerin ortaya konmasının ve açıklanmasının 8 nci madde ihlali olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, bilgisayarlar üzerinde yapılacak olan inceleme ve aramalarda bütün belgeleri açmayacak şekilde, belli bir arama yönteminin uygulanmasının ve bu incelemenin de bilirkişi tarafından veya uzman olarak görevlendirilen bir kişi tarafından yapılması gerekmektedir.

CMK 134 de yer alan, fakat birçok yönüyle eksik olan hükme dayanılarak elde edilen veri şeklindeki delillerin, Hukuk Devleti prensiplerine saygılı bir Devlet olan Türkiye Cumhuriyetinin ceza mahkemeleri tarafından özenle kullanılacağı inancındayız.

“Siber suç ile ilgili araştırmaların”, özel bilgi kullanılarak yapılması, hızlı işleyen bir usul olması, özel yasal yetkiler içermesi ve elde edilen verilerin ceza muhakemesine delil olarak yansıtılmasını sağlayacak ve temel insan haklarını koruyacak özel garantilerle donatılmış olmaları gerektiği açıktır. Bu düzenlemelerin Avrupa Birliğine dahil olan ülkelerdeki düzenlemeler ile uyumlu olması şarttır.

#### 4) Bilgisayarlardan Elektronik Delil Elde Etme Yöntemi.

Bilişim sisteminde veya internette bulunan verilerin, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması açısından bir ayırım yapmak gerekir:

a) İlk konu, belli bir bilişim sisteminde kaydedilmiş, saklanmış olan veriler ile ilgilidir. Bu tür kayıtlarda, delil, en son yapılan kayıt tarihi esas alınarak belirlenir. Diğer bir ifade ile failin daha önce kaydettiği veriyi, artık değiştirme imkanına sahip olmaması gerekir.

b) İkinci husus ise bir bilgisayardan başka bir yere nakledilen veriler ile



ilgilidir. Burada da iki konu ortaya çıkar: Birincisi, verinin nakledildiği sırada, aynı anda canlı olarak dinlenmesi veya algılanması, ele geçirilmesi meselesidir. Veri nakli yapılırken, her veri bilgisayar ağı içerisinde bir akış izi bırakır. İletişimin denetlenmesi açısından buna sinyal bilgisi (CMK 135/1) adı verilmektedir. Sinyal bilgilerinin daha sonra kamu makamları tarafından analiz edilmek üzere uzunca bir süre saklanması, özel bir yetkiyi gerektirir. Bu nedenle, bir verinin bir yerden başka bir yere akışını tespit eden veri ile gönderilen verinin içeriğini oluşturan veri arasında fark vardır.

İşte, bilgisayarda kayıtlı bulunan verilerin bilgisayarda arama yoluyla elde edilmesi sırasında, yukarıda belirtilen veri tipleri arasında fark olduğuna ve bu farklı veri tiplerinin farklı mahkeme kararları gerektirdiğine dikkat edilmelidir: sinyal bilgisi niteliğindeki verilerin elde edilmesi için, iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi gerekirken (CMK 135), gönderilen verinin içeriğine ulaşmak açısından, production order denilen ve CMK 134 de kısmen düzenlenmiş olan ayrı bir karar tipi verilmesi gerekir.

Şifrelenmiş olan ve farklı bilgisayarlarda yer alan verilerin bir araya getirilmesi suretiyle bir anlam ifade eden verilerin söz konusu olduğunda, yukarıda belirtilen iki tip karar, araştırmacıların amaçlarına ulaşmasını zorlaştırır. Başka bir ifadeyle, bu tür şifrelenmiş verilere ulaşmak açısından, ayrı tür bir karar verilmesi gerekir. Bu hususlar, Avrupa Konseyinin 23.11.2001 tarihli Siber Suç Sözleşmesinde ve 6.9.2001 tarihli Avrupa Parlamentosu normunda (2001/2070 COS, OJ C72E.21.03.2002. pp 323–329) düzenlenmiştir.

## **II– Şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ve cep telefonunda arama yapılması.**

*1) Bilgisayarda arama yapmanın koşulları.*

*a) Somut deillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunduğu için, soruşturma evresinin başlamış olması, fakat kovuşturmaya geçilmemiş olması koşulu.*

Bilgisayarda arama, sadece soruşturma evresinde uygulanabilen bir tedbirdir. Bilgisayarda arama yapılabilmesi için, bilgisayarı, bilgisayar programı ve kütükleri incelenmek ve aranmak istenen kişi hakkında bir ceza

soruşturmanın açılmış olması gerekir. 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.

Bilgisayarda arama, taşınmazlara elkoyma, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinde, başlatılan ceza soruşturmalarında; “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı”, müşterek koşul olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, gizli olarak karara bağlanan bu araştırma tedbirlerinin, ancak soruşturma başladıktan sonra ve soruşturmanın kuvvetli şüphe sebeplerine dayandığı durumlarda uygulanması kabul edilmiştir.

*b) En son çare olma koşulu.*

Bilgisayar üzerinde arama yapılabilmesi için, başka surette delil etme imkanının bulunmaması gereklidir. Bilgisayarda arama yapılmasına karar verecek olan hakimin, öncelikle makul şüpheyi değerlendiren ve “başka suretle delil elde etme imkanının bulunmadığını” (CMK 134/1) saptayan bir “gerekçe” yazması gerekir.

*c) Hakim kararı.*

Bilgisayar üzerinde arama yapma kararı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından verilir. Hakim kararı, şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine ilişkindir.

Söz konusu hakim, sulh ceza hakimliğidir. Kanun maddesi 2014 yılında değişirken, diğer gizli araştırma tedbirlerinde ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermesi mecburiyeti getirilirken, bilgisayarda arama için bu öngörülmemiştir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. savcısına yetki verilmemiştir. Bu nedenle, diğer araştırma ve koruma tedbirlerinin aksine, C. savcısı bilgisayarda arama emri veremez.

2) “Şüphelinin kullandığı” bilgisayar ve bilgisayar programı ile bilgisayar kütüklerinde “arama” yapma yöntemi.

Şirket hizmetinde kullanılan bilgisayarlar, prensip olarak, şirketin ticari faaliyeti kapsamındaki ticari işlemlerin yapılması için kullanılırlar ve bu nedenle de şirketin iş ilişkilerini yansıtan veriler içerirler. Şirket bilgisayarlarındaki verilen bireyin özel hayat alanına girmeyen veriler olmaları nedeniyle, “bireyin bu bilgisayar içindeki elektronik veriler üzerinde gizlilik beklentisi” sözkonusu olmaz. Bu konuyu inceleyen 25.07.2008 tarihli US v. Edward Mosby kararı, iş için kullanılan bilgisayarlarda, “işe ilişkin davranışlar” açısından arama yapılması için, hakimden karar almaya gerek bulunmadığına hükmetmiştir.

Kişinin kullandığı özel 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 doküman bulunması doğaldır. Her bir doküman kendisi içerisinde, özel hayatın gizli alanından öğeler içeren, kapalı birer kutu gibidir. Bu kapalı kutuda ne olduğunu anlamak için açıp, içine bakmak bir tür arama sayılır. Dosyanın sadece ismi içindeki bütün bilgileri bize yansıtmaz. Dosya açılmaksızın içindeki ayrıntının öğrenilmesi olanağı yoktur.

Bu nevi dosya açma ve içeriğini öğrenme, özel hayatın içine girmek anlamını taşıdığı için, bilgisayar teknolojisine özgü “özel bir karar” verilmesi gereği ortaya çıkmış, “genel arama kararları” dışında, bilişim hukuku ilgilendiren özel bir karar tipi ortaya çıkmış ve bu karara, Siber Suç Sözleşmesi, “production order” adını vermiştir. Görüldüğü gibi, bilgisayar içinde arama yapmak, yani bazı dosyaların açılması suretiyle dosya içeriğini okuyabilmek için, somut o dosyanın içinde suç delili bulunduğunu gösteren “makul şüphe” mevcut bulunmalıdır.

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 hakim kararıyla o dosyayı açıp okumak konusunda yetki kazanabilir.

Doğaldır ki, arama motoruna verilen kelime dışında da makul şüphe örnekleri sözkonusu 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, hakim 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.

Bilgisayar içinde yapılacak olan aramanın hakim kararına dayanması gerektiği, yasada açıkça düzenlenmiş (CMK 134/1), gecikmede tehlike olan hallerde dahi Cumhuriyet savcısına arama emri verme yetkisi tanınmamış ve hele kolluğa bilgisayarda kendiliğinden arama yapma yetkisi hiç verilmemiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununun kabul ettiği araştırma yöntemi, 4422 numaralı Kanunun kabul ettiğinden çok farklıdır. CMK sadece “şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde” arama yapılmasını düzenlemiş, şüphelinin kullanmadığı, fakat şüpheli ile ilgili verilerin yer aldığı genel bilgisayar programları ile bilgisayar kütükleri üzerinde endikatörden yola çıkarak yapılan araştırmayı düzenlememiştir.

Şüphelinin kullandığı bilgisayarda arama yapılması, hakim kararına bağlanmıştır. Hakimin arama kararı verebilmesi için, bir suç dolayısı ile (burada katalog halinde suç sayılmadığı ve araştırma makamlarına daha geniş yetki verildiği görölmektedir) yapılan soruşturmada başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması gerekir.

### 3) Bilgisayarın hafızasındaki e-mailler.

İnternet üzerinden belli bir servis sağlayıcıya bağlı olan bilgisayarlar açısından, incelenecek olan bilgisayarın posta kutusunda e-maillerin yer alması mümkündür. Bu nedenle, bilgisayarlarda yapılan arama ve incelemelerde e-mail konusunun ayrıca ele alınması gerekir.

E-mail göndermek ve almak, ‘telekomünikasyon yolu ile iletişim’ sağlamak demektir. Ceza Muhakemesi Kanununun 135 nci maddesinde ve ilgili yönetmelikte düzenlendiği üzere, haberleşme sırasında, teknik araçlardan yararlanılması telekomünikasyon kavramını oluşturur.

Telekomünikasyon yolu ile iletişimde  safha vardır; a) insanlar arasındaki iletişimin içeriği olan bir haber veya bilgi, göndericinin kullandığı araçtan, hizmet sunan bir mail-server’e gelir. b) Burada kayıt edilir ve gönderilmek üzere kısa bir süre bekletilir. c) İçerik bundan sonra alıcının mail-server’ına gönderilir. Grldği gibi, göndericinin ve alıcının e-mail hesaplarının bulunduğu birer posta kutusu vardır. Burada bekleyen e-mail birinci safhadadır. E-mail alıcı tarafından açılıncaya kadar orada bekler, beklediği süre ikinci aşamadır. Alıcının e-maili açması üçüncü safhadır.

nc safha da, kendi içerisinde farklı türlerde gerekleēebilir. a) Birinci yöntem, alıcının gönderiyi kendi bilgisayarındaki bir mailbox üzerinde açarak, bunu oraya kaydetmesidir. Özellikle şirketler tarafından kullanılan bilgisayarlarda sadece mailbox üzerinden e-mail okunması ve buradan diğer kişilere nakledilmesi sistemi tercih edilmektedir. b) Diğer bir yöntem ise gönderilen e-mailin webmail üzerinden okunmasıdır. Bu yöntemde, alıcı herhangi bir bilgisayardan ve her yerden mail-server’e girip, o kullandığı bilgisayara kaydetmeksizin, internet üzerinden, kendisine gönderilen e-maili okuyabilir. Bu gibi hallerde alıcı okuduğu vakit e-maili almış sayılacaktır.

Göndericinin bilgisayarında kayıtlı bulunan giden e-mailler, elkoyma yoluyla elde edilebilirler. Burada iletişimin denetlenmesi söz konusu olmaz. Buna karşılık, e-mail internet üzerinde iken elde edilirse, iletişimin denetlenmesi hukuk kurumu söz konusu olur. Alıcının bilgisayarında kayıtlı bulunan e-maillerin, bilgisayarda yapılan inceleme sırasında ortaya çıkartılmasında da elkoyma işlemi söz konusu olur.

#### 4) Şüphelinin cep telefonunda arama yapılması.

Cep telefonları da elektronik ortamda veri saklayan cihazlardır. Mesela, en son arayan veya aranan kişiler telefonda kayıtlıdır.

Yakalama araması denilen arama türünde, kolluk yakalama sırasında yakalanan kişilerin üzerlerini arayabilir ve silah bulunup bulunmadığını inceleyebilir, fakat cep telefonlarındaki dijital verileri hakim kararı almadan inceleyemez (US Supreme Court 25.6.2014 Riley v. California).

Yüksek mahkeme, yakalanan kişinin 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 verileri inceleyemez.

Şüphelinin üzerindeki cep telefonu, yanında bulundurduğu sair eşyadan farklı özellikler gösterir. Veri taşıma kapasitesi bulunan akıllı telefonlar, ilgilinin teelfonla 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 hiç bir belgenin ortaya koyamayacağı kadar çok ve geniş bilgi elde edilebilir. Kolluk görevlilerinin aramadan elde ettikleri belgeleri incelemelini 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, hakim tarafından verilen bir arama kararı bulunmalıdır.

5) *Özel kişiler tarafından bilgisayarda inceleme yapılması olasılığı.*

Özel kişiler tarafından ceza soruşturma ve kovuşturması kapsamı dışında yapılan incelemelerdir. Bu halde örneğin, bir kişinin kullanılmış olarak satın aldığı veya haciz yoluyla satın aldığı durumlarda bilgisayarda inceleme yaptırması sözkonusu olabilir. Bir kişinin sahip olduğu bilgisayarda gerek tamir gerekse güncelleme veya diğer sair yöntemlerle işlemler yapılması için doğal olarak hakimden karar almasına ihtiyaç yoktur. Böyle bir inceleme yapıldığında bilgisayardaki elektronik verilerden, suç işlendiğine ilişkin şüphe doğduğunda, bu tür tespitler delil olarak kullanılabilirler. Yukarıda bahsi geçen makalede (Tara McGraw Swaminatha, The fourth amendment unplugged: electronic evidence issues and wireless defenses, Yale Journal of Law and Technology 2004–2005) bu konu açıklanmıştır.

6) *Karar türleri.*

Bilgisayarda “arama”, “kopyalama” ve “elkoyma”, üç ayrı işlem niteliğindedir (CMK 134). Bilgisayara elkoyma ve programında arama yapma konusunda sadece hakimin yetkili kılındığı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bile, savcıya ve kolluğa herhangi bir yetki verilmediği yukarıda belirtilmişti. Hakim kararı ile bilgisayar üzerinde arama yapılması, ilk yöntemdir. Bu arama sırasında sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınmalı, kopyası alınan veriler kağıda yazdırılarak bu husus tutanağa kaydedilmeli ve ilgililer tarafından imza altına alınmalıdır (CMK 134/5).

Kanun, arama sırasında kopyalanacak olan dosyaların yazdırılması konusunu bir mecburiyet haline getirmişse de, büyük hacimli dosyaların yazdırılması pratik bakımdan bazı zorluklar meydana getirecektir.

Şifreli olması veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi halinde, istisnai bir yetki olarak, elkoyma kabul edilmiştir. Ancak, şifre çözüldükten ve kopyalama işlemi yapıldıktan sonra, cihazın gecikmeksizin iade edilmesi mecburiyeti yüklenmiştir (CMK 134/2). Aşağıda inceleneği gibi, elkoyma

işlemi sırasında bütün verilerin yedeklemesi yapılacak, yedekten bir kopya çıkarılarak, şüpheliye veya vekiline verilecek ve bu hususta tutanak tutulacaktır (CMK 134/3, 4).

### III– Bilgisayara elkoyma ve bilgisayarın müsadere edilmesi.

Şifresinin çözülememesi dolayısıyla, programlara girilemiyorsa veya gizlenmiş bilgilere ulaşamıyorsa, bilgisayarın kendisine elkonabilir ve gerekli kopyaların alınmasından sonra, elkonulan cihazlar geciktirmeden iade edilir (CMK 134/2).

Bilgisayara ve bilgisayar kütüklerine elkonulurken sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi 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 kağıda yazdırılır, bu konuda bir tutanak tutulur ve ilgililer tarafından imzalanır.

Sözleşmeye göre de, verilerin kopyalanmalarının mümkün olmadığı nadir işletim sistemlerinde veri taşıyıcısının tamamına elkoymak yetkisi vardır (Açıklayıcı Rapor, paragraf 196). 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 almaları 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 (Açıklayıcı Rapor paragraf 197–199).

Elkoyma işleminde, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi 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 uyuşmazlıkların 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.

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’de 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. Kanunda tek cümle ile ifade edilen bu düzenleme yetersiz olup, arama ve elkoyma işleminin genişletilmesi hususunda sınırların mümkün olduğunca net çizilmesine imkan sağlayıcı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

CMK 134/2, istisnai hallerde el konulan “cihazların” gecikme olmasının iade edileceğini düzenlemiştir. Malvarlığı hakları açısından mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için bu düzenleme gereklidir. Amerikan uygulamasında, bilgisayarda arama kararı verilirken, bilgisayarda yapılacak inceleme ve arama faaliyetini süresi de belirlenmekte ve otuz gün gibi süreler tayin edilmektedir. Bu süreye riayet edilmediği hallerde, yapılan inceleme sırasında çocuk pornografisi görüntüleri bulunsa bile, bunlar dahi delil olarak kullanılamamaktadır (United States v. Brunette, 76 F. Supp. 2d 30, D. Me. 1999).

Delil olarak kullanılmayan bu görüntülerin ve bilgisayarın müsadereye tabi olduğu kabul edilmektedir. Bizde de, bilgisayar programları ile üretilen yazı ve resimlerin akibeti hakkında bir düzenleme yoktur. Mukayeseli Hukukta, genel hükümlerin uygulanacağı ve müsadereye tabi eşyanın iade edilmeyeceği kabul edilmektedir. Yani, çocuk pornosu içeren görüntülerin ilgisine tekrar geri verilmesi mümkün değildir. Bunların bilgisayardaki imajları alındıktan sonra, silinerek iyi niyetli üçüncü kişiye iade edilmesi söz konusu olur. Zira, genel hükümlere göre, TCK 54/1 uyarınca, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşulu ile kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen, genel ahlak açısından tehlikeli olan görüntülerin ve suçun işlenmesinde kullanılan bilgisayarın müsadereye tabi olduğu açıktır. Müsadereye tabi eşya, muhakeme süresince elkoyma tedbirine tabi olur.

#### **IV– Arama sonunda elde edilen bilgisayar verisinin delil olma özelliği.**

Bilgisayar kayıtlarının “şüphelinin el yazısı ile attığı bir imzayı” taşıması ve bu kayıtlarda değişiklik yapılmasının her zaman mümkün olması nedenleriyle, bu tür elektronik kayıtların tek başına şüpheli aleyhinde delil olarak kullanılmaması gerektiği, ancak diğer delillerle desteklendiği takdirde, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılma-

sına hizmet edebilir.

Bilişim sistemindeki “veri”, elle tutulan ve gözle görülen bir nesne olmadığı için, bunlar 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 taşımazlar.

### **V- Bilirkişi incelemesi yaptırma mecburiyeti.**

#### *1) Sağlamlık denetimi.*

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, duruşmada delil olarak ikame edilebilirler.

Bu konu Amerika Birleşik Devletlerinde de tartışılmış ve 6 ıncı Bölge İstinaf Mahkemesi tarafından USA v. Albert Ganier III davasında, 15.11.2006 tarihinde (Dosya no. 05-6350) karara bağlanmıştır. Belirtilen kararda; bilgisayara elkoyan memurun 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 bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğine, teknik ayrıntılara ilişkin bilgiye sahip olmayan sıradan insanların kolaylıkla yanılabilceğini vurgulayarak, böyle bir yöntemle uyulmadan elde edilen delilin ikame edilemeyeceğine karar vermiştir.

Bilgisayardaki verilerin bilirkişi incelemesinden geçerek, üzerinde oynama yapılmadığı, yani sağlamlığı belirlendikten sonra, içeriğinin delil olarak kullanılabilmesi için, belgenin hazırlanma süreci ile ilgili olarak tanık dinlenmesi de gerekli olabilir. 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 olarak, 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, yedekleme sisteminin yapısı ve kullanımı ile veri tabanının bozulmadan varlığını sürdürebilmesi için ne gibi denetim usullerinin uygulandığı konularında, tanık dinlenmesi gereklidir.

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 yapıp yapılmadığı, kullanılan 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.

### 2) Bilgisayar verisinin delil olmasının 11 koşulu.

Bu konuda 11 noktadan oluşan bir test geliştirilmiştir. Bilişim sistemindeki verinin delil olarak kullanılmasından önce, şu noktaların araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır (Edward J. Imwinkelried: “Evidentiary Foundations & 4.03 (2)”, 5. Bası, 2002):

1. Kişinin bu bilgisayarı gerçekten kullanıp kullanmadığı;
2. Bilgisayar güvenilebilir 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. ıktı söz konusu ise duruşma sırasında tanığa daha evvel okuduğu ıktıdan oluşan delilin gösterilip, daha önce gördüğu belge ile bunun aynı olup olmadığının sorulup sorulmadığı;
10. Tanık belgenin daha evvel okuduğu veya gördüğu belge olduğunu söylerse, evvelki belgeyi duruşma salonunda tanınmasına neden olan, hatırlamasına sebebiyet veren özelliğin ne olduğu;
11. Tanık ıktıda 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.

Yukarıda belirtildiği gibi, 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, sağlamlık denetiminde “sağlam” olduğu anlaşıldıktan, gerçeği yansıttığı tartışmasız bir şekilde ortaya konduktan sonra, bunların ceza muhakemesi alanında delil olma niteliği kazandıkları kabul edilmiş, yukarıda belirtilen Ganier kararından bu yana, bilgisayar verilerinin delil olarak mahkemeye sunulabilmesi için özel bir bilirkişilik alanı doğmuştur. Bu zel bilirkişilik alanına (Computer Forensics) adı verilmiştir ([www.infosecwriters.com](http://www.infosecwriters.com), erişim tarihi 15.09.2009).

### 3) *Türk Hukuku.*

“Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelikte” de,

“delillerin bozulması, değişmesi ve kaybolmasının önleneceği”, “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.

### **VI– 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 ilgilienmektedir. 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 (Kenneally (Erin): “Computer Forensics”, Login: The Magazine f Usenix&Sage, August 2002 Volume 27–number 4).

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 (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 kullanılabilir 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 hakim 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 hakime 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 ("Computer Forensics," login: The Magazine of Usenix&Sage, August 2002 Volume 27–number 4), 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 hakimin tek başına dayanabileceği bir delil olmadığı, ancak mevcut başka delilleri destekleyici yan delil olarak kullanılabilen kabul edilmektedir.

Amerikan Hukukunda bilgisayar kayıtlarının adli sistemde delil olarak ikame edilebilmesi için Savcılara Yönelik Olarak Düzenlenmiş bir El Kitabı hazırlanmıştır (Kerr, Orin S.: Computer Records and the Federal Rules of Evidence; USA Bulletin, March 2001).

Bilgisayar verisinin alındığı kaynak bilgisayarın özelliklerine de dikkat edilmelidir. Kişiye 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 gütmele amacıyla veya ücret beklemlisi olmadan yapılan bir iş sırasında toplanan bilişim verileri, farklı kategorilere girerler.

Kişinin kullandığı özel bilgisayarındaki veriler ise özel hayatın gizli alanına dahil ögelerdir. Bunlardaki koruma daha büyük iken, geniş manada iş hayatına ilişkin veriler üzerindeki yasal koruma bu kadar güçlü olmak zorunda değildir. Ancak, bu verilerin tamamen alınabileceği, hiç bir korumanın bulunmadığı anlamına da gelmez.

### **VII– 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 irtibatta bulunduğunu”, ceza muhakemesi hukukunda delil olarak kullanılması için, CMK 135/1 uyarınca hakimden karar alınması gerekir. Bu yönde olmak üzere Amerikan 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 (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).

Günümüzde bir çok 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 dñzenlenmiř 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 (People v. Holowko, 486, E.2d 877, 878–79, III. 1985).

Gör÷ldüğü 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 açasından ne gibi bir hata yapılmış olduğunu ve ne nedenle değişiklik yapıldığından kuşkulanılması gerektiğini ortaya koymasđ gerekir (Kerr: Computer Records and the Federal Rules of Evidence USA Bulletin, March 2001).

### **VIII– “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 imkanı 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. Fakat bu yetkiyi düzenleyen kanun maddesi hakkında Anayasa’ya aykırılık davası açılmış ve Alman Anayasa Mahkemesi bu kanun maddesini iptal etmiştir.

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 (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).

### **IX– “Bilişim verisi” şeklindeki ses ve görüntü tesbit eden belge.**

#### *1) Ses ve görüntü kaydı yapılması.*

Ses alınması ve video kaydı yapılması yolu ile oluşturulan belgelere ses ve görüntü tespit eden belge adı verilir. Bu tür kayıtları belge yapan husus, sujenin ses veya görüntü kaydı yapılacağı konusunda bilgilendirilmesi ve bundan sonra kaydın yapılması durumunda “irade açıklamalarının tespit edildiği bir 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 band kaydı belge niteliğindedir.

Seslerin tesbitini mümkün kılan vasıtalar icat olunduktan sonra, bir de ses tesbit eden belge çeşidi ortaya çıkmıştır. Önceleri sadece gramafon plâkları vardı. Bugün sesler, ses alma makineleri sayesinde kolaylıkla

banda alınmakta ve bu belgeler, fotoğrafla birlikte, modern vasıtaların başında gelmektedir.

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 bir kaç yerde kabul etmiş, fakat soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında yetkisiz kişilerce ses ve görüntülerin kayda alınmasını veya nakledilmesini suç olarak düzenlemiştir (TCK 286).

## 2) Bilişim verisi şeklindeki belgeler.

Bilişim sisteminde yeralan elektrik yükleri cihazlarla okunarak anlamlandırılabilir. Bilişim teknolojisi içerisinde irade 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 sujenin bilgisayarda yer alan bütün belgeleri incelemesi özel hayatın gizli alanına müdahale teşkil edeceğinden bilgisayarlarda arama yasalarla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

## X– Bilgisayarlardaki verilerin trol ağı metodu ile incelenmesi.

### 1) Bilgi isteme yetkisi.

“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’de “bilgisayar programlarında arama” yapılması yetkisi, araştırma makamlarına verilmiştir.

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. Sınırlarda yapılan pasaport kontrolleri sırasında kimin, hangi saatte, nereye gittiğine dair veri kaydı yapılıyorsa, bunların daha sonradan suç araştırmasında kullanılması için, hakim kararı gerekli idi. Hakim 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) *Olması gereken hukuk: “Trol ağı metodu”.*

Gelişen teknolojiye uygun olarak suç önleme ve işlenmiş olan suçlara ilişkin araştırma yöntemlerinin de geliştiği görölmektedir. 4422 numaralı Kanunla kabul edilen bu araştırma yönteminin CMK da düzenlenmemiş olması önemli bir eksikliklerdir.

Kişisel verilerin bilgisayarda toplanarak, bu bilgileri suç analizinde kullanılması, mukayeseli hukukta gelişmiş bir yöntemdir. 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 avlamada 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.

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” 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 yasağı açısından, genel bir hukuka uygunluk sebebidir.

Trol ağı metodunun uygulanması sırasında, kolluğun “suçu önleme görevi” ile “adli görevleri” yan yana gelir. Trol ağı metodu sadece ceza

muhakemesi hukuku amaçlarına uygun olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, nleme amaçlı veri toplama StPO 163d kapsamına girmez. Genel tehlikelerin sezilmesi amaı ile veri toplama konusu, Almanya’da eyaletlerin polis kanunlarında düzenlenmiştir. Önleme amaçlı veri toplama ayrıca incelenmesi gereken önemli bir konudur.

Trol ağı metodu uygulanarak toplanan veriler doğal olarak polis bilgisayarında saklanır ve dolayısıyla polisin hakimiyeti altındadır. Alman Kanunlarında savcının bu bilgilere doğrudan doğruya girme yetkisi kabul edilmemiştir. Bununla birlikte mesele tartişma konusu olunca, Alman Parlamentosu bir yorum kararı vermiştir.

StPO 163 d maddede öngörüldüğü biçimde, kişisel bilgilerin bilgisayar hafızasına kaydedilebilmesi için, öncelikle “somut olaylara dayanan basit ve makul tahmin” 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.

Trol ağı metodu ile araştırma, sadece en ağır suçlarda uygulanabilir. Bu suçlar sınırlı sayıda olmak üzere Alman Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilmiş olan; terör rgtt oluşturmak (StGB 129a), silahlı soygun (StGB 250/I, 1) ve ateşli silahlar ile uyuşturucu maddeler alanındaki suçlardır.

Trol ağı metodunun uygulanmasına hakim karar verir. Gecikmede tehlike varsa, savcı ve “savcı yardımcısı kolluk”da emir verme konusunda yetkili kılınmiştir. Mesela, adam kaçırma, fidye isteme veya silahlı gasp hallerinde, prensip olarak hakimden karar alınması gerekirse de, gecikmedeki tehlike nedeni ile bunun gerçekleştirilmesi zordur.

Acele hallerde savcı veya savcı yardımcısı kolluk tarafından verilen uygulama emri  gün süre ile geçerlidir.  gün içinde hakim 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).

Hakim 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.

İstenilen amaca ulaşılır, yani en az “zehap derecesinde şüpheli” elde edilerek, bir “şüpheliye” ulaşılırsa, 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.

Trol ağı araştırma metodu ile elde edilen veriler, sadece, hakimin 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. 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.

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: a) Sadece “hakında ek araştırma yapılmış olan kişilere bilgi vermek mecburiyeti vardır. b) İlgiliye bilgi verilmesi, yürütölmekte olan soruşturmayı tehlikeye düşürecekse veya asayiş açısından (öffentliche Sicherheit) sakıncalı ise, bilgi verilmez.

#### 4) DNA Veri Tabanlarının araştırmada kullanılması.

İnsan vücudundan alınan doku örneklerinden elde edilen DNA grafiklerinin fişliklerde saklanması ve bunların daha sonra suç araştırmasında kullanılması mümkündür. Ancak, bu bilgilerin biriktirilmesi, “özel hayata” müdahale teşkil ettiği için, kanunla düzenleme gerektirir. Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenleme “beden muayenesini” ele alan maddeler arasında olduğu için, aslında bir “araştırma tedbiri” olan DNA analizlerini, “koruma tedbirleri” arasında inceledik.



## § 17– İLETİŞİMİN DENETLENMESİ (CMK 135)

### I– İletişimin adli amaçla denetlenmesi kavramı.

Suç işlenmesinin önlenmesi amacı ile yapılan istihbarat amaçlı ve suç işlenmesini önleme denetlemesi aşağıda (§ 22-II) incelenmiştir. Burada sadece, delil elde etmek için en son çare olarak başvurulabilen adli amaçlı iletişim denetlemesinden söz edilecektir.

*1) İletişimin denetlenmesi kararı verilmesinin koşulları (CMK 135/1).*

*a) Ceza soruşturmasının başlaması koşulu.*

İletişimin adli amaçla denetlenmesi, en son çare olarak delil elde etmek için uygulanan bir tedbirdir. Bu nedenle, adli amaçlı iletişim denetlemesi kararı verilmesinin ilk koşulu, belli bir şüpheli hakkında bir suç nedeni ile CMK 160/1 uyarınca ceza soruşturmasının başlamış olmasıdır. Cumhuriyet savcısı, başlattığı soruşturmaya numara verdikten sonra hakime başvurmalıdır.

Teşebbüs halinde kalan suçlar, iletişimin dinlenmesi açısından “tamamlanmış suç” gibi ele alınır.

İdari inceleme ve soruşturma sırasında iletişimin tespit edilmesine yasal olanak yoktur. Zira, ceza soruşturması başlatılmadan önce (CMK 160) iletişim denetlenemez.

Bununla birlikte uygulamada, CMK 135/1’e aykırı olarak, idari inceleme sırasında iletişimin tespiti yoluna gidildiği görülmektedir: Gelirler İdaresi Daire Başkanlığı Bilgi İşlem Merkezine girilerek mükelleflerin kişisel verilerinin yasa dışı olarak sorgulanması konusunda yapılan idari soruşturmada, Teftiş Kurulu tarafından geçmişe yönelik olarak iletişim tespit tutanakların CMK 135 uyarınca C. savcılığından talep edildiği olayda, istem sulh hakimi tarafından ret edilmiş, itiraz üzerine Ankara 1. Asliye Ceza Mahkemesi, 19.2.2007 gün ve 2007–24 Müt. kararı ile itirazı kabul ederek, istenen verilerin iletilmesine karar vermiştir. Teftiş kurulu incelemesini tamamlamış, ilgililere isnat edilen eylemin soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığını belirlemiştir (Dan. 1 CD. 23.1.2009, K. 2009–156). Görüldüğü gibi, CMK 135 hükmün aykırı ola-

rak, iletişimin tespiti, idari soruşturmada kullanılmıştır. Bu hukuka aykırılığa müsaade edilmemesi gerekir.

Ceza soruşturması dışındaki hukuk dalları açısından, delil elde etmek için, iletişim denetlenemez. Konu Almanya’da da tartışılmış ve vergilendirmek için yapılan bir iletişim denetlemesinin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir (BFG, Beschluss vom 26.2.2001–VII B 265/00; FG Düsseldorf, Lexetius.com/2001–208/2001.4.65). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de, davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçimindeki eylemlerinin kişilik haklarına saldırı oluşturduğuna, bu kayıtların delil olarak kullanılamayacağına karar vermiştir (4. HD 26.10.2007, K. 13089).

*b) “Somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin” varlığı koşulu.*

İletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için, “somut delillere dayanan” (ve “kanuna aykırı olarak elde edilmemiş) kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı şarttır (CMK “2014–6526” 135/1).

Ceza Muhakemesi Kanunu “tutuklama kararı” verilebilmesi için, “somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu” (CMK 100/1) aramaktadır. “İletişimin denetlenmesi” kararı verilmesi için ise “suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını” CMK 135/1, aramıştır.

Bizce, tutuklama için aranan şüphenin kuvvet derecesi ile (kuvvetli suç şüphesi), iletişimin denetlenmesi ve diğer gizli soruşturma tedbirlerinin hepsinde müşterek olarak bulunması öngörülen “kuvvetli şüphe sebebi” arasında fark vardır. Tutuklamada asıl ceza davasının konusunu teşkil eden suç işleme şüphesinin kuvvetli olması gerekirken, iletişimin denetlenmesi ve diğer gizli soruşturma tedbirlerinde tali ceza davası açısından karar verilirken dayanılacak olan şüphe sebebinin kuvvetli olması lazımdır.

Zira, zaten “tutuklama kararı verecek kadar kuvvetli suç şüphesi” varsa, iletişimin denetlenmesi yolu kendiliğinden kapanmaktadır (başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması koşulu dolayısıyla: CMK 135/1).

Bu nedenle, Alman doktrininde açıklandığı üzere, “şüphe” ile “belirti” (şüphe sebebi) ayrımı yapılmasını öneriyoruz. İletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için “basit” bir suç şüphesinin varlığı yeterli ise de, suçun işlendiğine ilişkin “belirtilerin somut delile dayanması ve kuvvetli”

olması gerekir.

Buradaki amaç, keyfiliği önlemek, somut delillere dayanan kuvvetli belirtilerin varlığını öngörmek, fakat kişi hakkındaki şüphenin henüz yoğunlaşmamış olması durumunda da, iletişimin denetlenmesi kararının verilmesini sağlamaktır.

Bizce, iletişimin denetlenmesi, en son çare (CMK 135/1) olduğu için, tutuklama kararı verecek kadar kuvvetli suç işleme şüphesinin mevcudiyeti aransa idi, zaten deliller büyük ölçüde elde edilmiş olacağı için, iletişimin denetlenmesi yolu gereksiz kalacaktı. Bu nedenle, iletişimin dinlenmesi kararının basit başlangıç şüphesi bulunan hallerde verileceği görüşündeyiz.

Basit başlangıç şüphesi yeterli olmakla birlikte, Kanunda öngörülen suçların işlendiğine dair somut delillerin, yani elle tutulur, müşahaslaşmış, olaylara dayanan ve kuvvetli belirtilerin mevcut bulunması şarttır.

Başka bir ifade ile somut deliller mevcut olmadıkça, tahmine dayalı bir şekilde, özel hayatın gizli alanının Devlet müdahalesine tabi tutulması, hukuka aykırı olur. “Kuvvetli suç şüphesi” (CMK 100) ile “kuvvetli şüphe sebebi” (CMK 135/1) arasındaki fark, iletişimin denetlenmesi kararında, “basit, fakat makul şüpheden öte, soruştırmaya başlamak için gerekli olan başlangıç şüphanesinden daha yoğun şüphe” ile yetinilmesi anlaşılmalıdır. Tedbirin “ikincil” olma özelliği bunu gerektirir (AsYDKK 27.10.2011, K. 2011–97).

Tekrar ve önemle ifade etmek gerekirse, şüphe (kuşku) kavramı ile delil (veya belirti) kavramlarını, kesin çizgilerle ayırmak gerekir. Hakimin iletişimin denetlenmesi kararı verebilmesi için, objektif olarak tesbit edilmiş olaylar, vakalar ve haricen algılanabilen olaylar bulunmalıdır (2014 kanun koyucusu buna “somut delil” demektedir). Bu olaylar veya hayat olayları, bunu izleyen kişide hayat tecrübesine ve kriminalistik tecrübelerine göre, suç işlendiği izlenimi uyandırabilecek bir özellik taşımmalıdır.

Bu şekilde, “basit şüphe”, kuvvetli belirtilere bağlı “müşahas bir olgu” haline getirilmiştir. Dedikodular, test edilmemiş söylentiler veya tahminler, dinleme kararı verilmesi için yeterli değildir. şüphe, fiilî olgulara dayanmak ve hayat olayları içerisinde basit şüphaneyi ortaya çıkarmaya yetecek şekilde somutlaşmış, müşahaslaşmış olmalıdır.

Bununla birlikte, basit şüphenin, hukuka aykırılık veya kusur noktalarının

dan da sonuçlar çıkarmaya elverişli olması, dinleme kararı verilmesi sırasında aranmaz ve aranamaz.

*c) İletişim denetlemenin istisnai ve “son çare” olarak kullanılması koşulu.*

İletişimin denetlenmesi en son çaredir. İletişimin denetlenmesi dışında başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise iletişim denetlenemez. Ceza Muhakemesi Kanunu da, “başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması” koşulunu öngörmüştür (CMK 135/1).

Diğer, “klâsik tedbirler” diyebileceğimiz arama, ifade alma, elkoyma ve benzeri tedbirlerin “olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin tespit edilmesi” bakımından başarı umudu ortaya koymaması veya böyle bir umut gözükse bile, gösterilecek gayretin, elde edilecek sonuca oranla çok ağır bedel ödemeyi gerektirmesi şarttır.

Bazı hallerde diğer klasik araştırma tedbirlerinin uygulanması, şüpheli açısından daha olumsuz tesirler doğurabilir. Menfaatlerin dengelenmesi teorisi içinde, yürütölen soruşturmanın kapsamı ile bireyin temel hakları karşılaştırıldığında, birinci husus esaslı şekilde ağır basarsa, dinleme tedbirine başvurulabilir.

İletişimin denetlenmesi, çok masraflı bir uygulamadır. Ancak, masraf noktası, arka plânda kalır.

*ç) Başka kanunlarda düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbirleri.*

İletişimin denetlenmesi tedbirinin CMK 135 dışında başka Kanunlarda da düzenlendiği görölmektedir. Başta önleme amaçlı tedbirler olmak üzere, Bankacılık Kanunu ve Sporda Şiddetin Önlenmesi Kanunu gibi normlar vardır.

Bizce düzenlemenin tek yerde yapılması gerekirdi. CMK 135/son da bu yöndedir.

2) “İletişim” ve “denetleme” kavramları (CMK 135/1).

a) “Genel yetki” ile Cumhuriyet savcısının yaptığı araştırma, iletişimin denetlenmesi kapsamına girmez.

“İletişimin denetlenmesi”, özel hayatın gizli alanına müdahale oluşturan

bir tedbirdir. Bu nedenle, Anayasa'nın 13 üncü maddesi uyarınca, sadece Kanun ile düzenlenen bir "özel yetki" ile uygulanabilir. Buna karşılık, özel hayatın gizli alanına müdahale teşkil etmeyen "araştırma işlemleri", genel yetki ile uygulanabilir.

Mesela, 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 hakim kararı aranmaz (8. CD 29.11.2006, K. 2006-17007; 8 CD 23.11.2007, K. 2007-8160). Zira burada kimliği belli olmayan bir failin belirlenmesi için yapılan bir araştırma söz konusu olur. Bu kişi belirlendikten sonra, onun iletişiminin tespiti, yani ne zaman kimlerle telefon görüşmesi yapmış olduğunun saptanması, özel hayatın gizli alanına girdiği için, sadece ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile verdiği bir karar üzerine yapılabilen bir işlemdir.

Başka bir olayda, mağdurun konut dokunulmazlığını ihlal ettiği iddia edilen kişinin cep telefonunu girdiği konutta unuttuğu ileri sürülmüş ve konuta girdiğini ispat amacı ile "iletişimin tespiti" ile sim kartından, telefon sahibinin kimliğinin ve iletişim bilgilerinin tespitini istenmiştir. Yargıtay, yerinde olarak, bu araştırma işleminin CMK 160 kapsamında Cumhuriyet savcısının emri ile yapılacağına, CMK 135 hükmünün uygulanmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir (2. CD 25.6.2009, K. 2009-1143).

Diğer bir kararda, saat 20.30 ile 21.15 arasında baz istasyonundan yapılan görüşmelerin abonelerinin kimlik bilgilerinin, CD ortamında Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenmesi, suç failinin belirlenmesi amacı ile yapıldığı ve özel hayata müdahale oluşturmadığı için, hukuka uygun bulunmuştur (4. CD 4.10.2010, K. 2010-15266).

Kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayan Devlet işlemlerinin, bu konuyu ayrıntılı olarak düzenleyen ve "özel yetki" veren bir Kanuna dayanması gerektiği, Anayasanın 13 üncü maddesinde emredilmiştir. Fakat, kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlamayan Devlet işlemleri, "genel yetki" ile yapılabilir. Genel yetkiye örnek, CMK 160 ile düzenlenmiş olan Cumhuriyet savcısının araştırma yetkisidir. Bu gibi hallerde yapılan işlem iletişimin denetlenmesi gibi gözükmesine rağmen, temel hak ve özgürlüklerin özüne

dokunmadığı için, genel yetki ile yapılabilir.

Genel yetki ile yapılabilen araştırma işlemlerine başka bir örnek de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Böke ve Kandemir - Türkiye kararıdır: iki kişi 14 Şubat 2001 tarihinde bir otobüste vurulup yaralanmış, vuran kişi daha sonra otobüsten inmiştir. Aynı gün, vuran şüphelinin kırımızı bir arabada olduğuna ilişkin bilginin alınması üzerine, Aydın Emniyet Müdürlüğünden polis memurları başvuranları, Aydın otoyolunda başlattıkları trafik kontrolünde Rıfat Böke'yi yakalamışlardır. Güvenlik güçleri ayrıca içlerinde Rıfat'ın 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 da el koymuşlardır. 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. AIHM, başvuranların yukarıda kaydedilen görüşmelerinin tespit edilmesini, AIHS ya da Protokollerinde korunan hak ve özgürlüklerin herhangi birinin ihlali olarak değerlendirmemiştir (AIHM, 2. Daire 10.03.2009, Böke ve Kandemir-Türkiye Davası). Buna karşılık, aşağıda inceleyeceğimiz Amerikan Ali Mahkemesinin 2014 yılına ait (Riley v. California) kararında, şüpheli yakalayan kolluk memurlarının cep telefonlarını hakim kararı olmaksızın incelemeleri hukuka aykırı bulunmuştur.

Aynı yönde olmak üzere, tanık olarak dinlenen kişinin bildirdiği telefon hattı ile yapılan konuşmaların dökümü, CMK 160 kapsamında mahkeme tarafından da istenebilir; CMK 135 kapsamında bir tespit kararı verilemez, zira iletişimin denetlenmesi kararı sadece şüpheli veya sanık hakkında verilebilir; tanık hakkında verilemez (1. CD 20.10.2010).

Yargıtay'ın aksi görüşü kabul eden kararları da vardır: bir başka bir kararda iş yerinde kasa hırsızlığı suçunun soruşturulması sırasında, suçun işlendiği 13.11.2008 günü, 20.30-21.15 saatleri arasında o bölgede yapılan tüm telefon görüşmelerinin hangi baz istasyonuna bağlı olduğu, arayan ve aranan kişilerin kimlik bilgilerinin ve açık adreslerinin tespit edilmesi için ilk derecede verilen iletişimin denetlenmesi kararı, CGK tarafın-

dan değerlendirilmiş ve yapılan işlemin “iletişimin tespiti” olduğu ve bu yontemin katalog suç sınırlaması olmaksızın, tım suçlar bakımından uygulanabileceği vurgulanmış, fakat somut olayda baz istasyonundan hizmet alan uğuncu kişilerin de tedbir kapsamına girmesi nedeniyle, CMK 135/1 maddenin sadece şüphelilere uygulanabileceği, oysa sız konusu kararın uğuncu kişileri de kapsamına alması nedeni ile verilen karar hukuka aykırı bulunmuştur (CGK 15.11.2011, K. 22).

*b) “Telekomünikasyon yolu ile iletişim” kavramı.*

CMK da iletişimin ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Haber, yazı, resim, ses veya sinyallerin, telefon, telgraf, radyo veya benzeri elektromanyetik dalgalarla gönderilmesi veya alınması, “iletişim” demektir. Mülga Çıkar Amaçlı Örgüt Suçları Kanununun ikinci maddesinde de, telefon, faks ve bilgisayar gibi, kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerce alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgiler şeklinde bir tanım yapılmıştı.

2005 tarihli İletişimin önleme amaçlı Tespiti Yönetmeliğinde “telekomünikasyon” tanımlanmıştır (m. 3). Burada önemli olan, posta hizmetleridir. İster kamusal organlar tarafından, isterse özel teşebeüs tarafından işletilen, toplumun resmen kullanılmasına tahsis edilen telefon hizmetleri üzerinden sağlanan bilgi, resim, ses ve benzeri gönderiler, maddenin korunma kapsamı altındadır. Telgraf, Ceza Muhakemesi Kanununda ayrıca korunduğu için, iletişimin dinlenmesi veya tespiti kapsamına girmez.

İletişimin denetlenmesi, tespit, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi. Ceza Muhakemesi Kanununun 135 nci maddesi ilk yürürlüğe girdiği sırada üç kavram öngörmekte idi: Tespit, dinleme ve kayda alma. 2005–5353 ile buna “sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi” de eklendi.

Benzer tanımlara 2007 tarihli, sonradan yürürlüğü durdurulan Adli Denetleme Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinde de rastlanmaktadır. Her iki Yönetmelik karşılaştırıldığında büyük ölçüde birbirine benzeyen tanımlamalar yapıldığı belirlenebilir. Aşağıda bunlar açıklanacaktır.

*c) İletişimin “dinlenmesi”.*

Telekomünikasyon yoluyla geręekleřtirilmekte olan konuşmalar ile diğer

her türlü iletişimin “teknik araçlarla” dinlenmesi her iki Yönetmelikte de “dinleme” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi dinlemenin 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.

Tanıklar Ramazan ve Necip, katılanın sanık tarafından telefonla tehdit edildiğini paralel telefondan dinlemişler ve bu konuda mahkemede tanıklık yapmışlardır. Tanık beyanlarına dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması için, beraat kararı bozulmuştur (4. CD 2.5.2007, K. 4184).

*ç) İletişimin “kayda alınması”.*

Her iki Yönetmelikte de hemen hemen aynı kelimeler kullanılarak tanımlanmıştır. Buna göre konuşma ile eş zamanlı kayıt yapılması ve kaydın teknik araçlarla gerçekleştirilmesi gereklidir. İlgilinin duyduğunu el yazısı ile yazması veya şekil çizmesi teknik araçlarla olmadığı için, iletişimin kayda alınması kapsamına girmeyecektir.

*d) İletişimin “tespiti”.*

En ağır müdahale teşkil eden canlı dinleme, daha az ağır müdahale olan kayıt sonrasında üçüncü sırada iletişimin tespit edilmesi gelmektedir. 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.

“Tespit” 4422 sayılı Kanun anlamında bant gibi bir teknik araçla tespit etmek anlamına geliyordu. Ancak, CMK 135/1 kayda almayı ayrıca düzenlediği için, “tespit” kelimesine başka bir anlam yüklemiş bulunmaktadır. CMK kapsamında “tespit”, telefonun veya telefonu kullanan kişinin bulunduğu yerin saptanması olarak ifade edilmiştir. CMK 135/5 ise tespit kelimesini mobil telefonun yerinin saptanmasını ifade etmek üzere olarak kullanmıştır. O halde “iletişimin tespiti” ile mobil telefonun yerinin tespiti veya mobil telefonun numarasının tespiti farklı kavramlardır. Kanun



“tespit” kelimesine verdiği değişik anlam dolayısıyla, detay bilgileri konusunda bir karmaşıya meydana getirmiş bulunmaktadır.

Yönetmeliklerde verilen tanımlardan yola çıkarak, iletişimin tespitinden şunu anlıyoruz: bir defa burada “sabit” telefonun bağlı bulunduğu yer ve hattın üzerine kayıtlı bulunduğu kişinin kimlik bilgisinin belirlenmesi söz konusudur. İkinci olarak, sabit iletişim aracının diğer sabit veya mobil iletişim araçlarıyla kurduğu iletişimin arama veya aranma bilgileri söz konusudur. Ancak CMK 135/3 maddede hareket noktası olarak “şüpheli” statüsüne giren kişinin kimliği, iletişim aracının türü ve telefon numarası belirtileceğine göre somut olarak ortaya çıkmış bir şüphelinin iletişim bilgileri saptanmaktadır. İletişim içeriğini teşkil eden konuşmanın dinlenmediği, kayda alınmadığı açıktır.

Bu gibi “tespitler” (telefon iletişim tutanakları), esas mahkemesi tarafından diğer delillerin yanı sıra, hüküm verilirken kullanılabilir (5. CD 20.5.2008, K. 2008–4651). Bir olayda yaralama suçu faili olduğu şüphesi ile durdurulup, yakalanan kişinin cep telefonlarından aranan ve bu telefonları arayan numaralar, polis tarafından hakim kararı alınmadan bir liste halinde düzenlenmiştir. İç hukuk yolları tüketildikten sonra, 8 inci madde ihlali iddiası ile AİHM’e başvuran bu kişinin özel hayatın ihlali iddiası, mahkemenin 2 inci dairesi tarafından 10.3.2009 tarihinde verilen, Böke-Türkiye davasında red edilmiştir. Ancak, bu tespiti suç nedeni ile araştırma yapıldığı için, CMK 160 uyarınca Cumhuriyet savcısının emri ile ve CMK 135’e uygun yapılması gerektiği kuşkusuzdur.

Teknik hukuk açısından “iletişimin tespiti” kavramına girmeyen haller de olabilir. Yukarıda belirtildiği gibi iletişimin tespiti, ortaya çıkmış ve CMK 160 anlamında hakkında soruşturma başlatılmış bir şüpheliye ilişkin olarak yapılan bir işlem iken, suçun işlendiği fakat şüphelininin henüz belirlenemediği hallerde, şüpheli belirlemek üzere belli bir yerde, belli bir saatte yapılmış olan görüşmelerde kimlerin kimlerle görüştüğüne ilişkin bir tespit yapılmasının istenmesi bundan farklıdır. Mesela ıssız bir yerde işlenen cinayetin arkasından o yörede hangi mobil telefonların suç saatinde kullanılmış olduğunun belirlenmesine ilişkin bir tespit henüz soruşturma başlatılacak bir kişi yoktur. Bu gibi hallerde savcının CMK 160 ve

161 deki “genel araştırma yetkisine” dayanarak belirleme yaptırabileceği görüşündeyiz. 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 da belirtildiği gibi, özel hayatın gizli alanına dahil olup, hakim kararıyla korunması yerindedir.

Ancak, “tespit” kelimesinin mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti ile karıştırılmaması da gerekir. Zira mobil telefonun bulunduğu yerin tespitinde sadece telekomünikasyon hizmetlerinden yararlanan son kullanıcının belirlenmesi sözkonusudur. Ayrıca mobil telefonun bulunduğu yerin, telefon numarasının tespiti “amaca bağlı” olarak ve sadece yakalama için kullanılabilir bir şekilde düzenlenmiştir. Bundan, mobil telefondan elde edilen bilgilerin “delil” olarak kullanılamayacağı sonucu çıkar. Zira 135/1 sınırlı olarak, “iletişimin tespiti”, “dinleme”, “kayda alma” ve “sinyal bilgilerinin değerlendirilmesini” saymış, mobil telefonu zikretmemiştir. Fakat mobil telefon hakkında denetleme kararı verilmişse, iletişim karar uyarınca kayda alınır, iletişim tespiti yapılır ve sinyal bilgileri değerlendirilirken elde edilen veriler, tabii ki delil olarak kullanılabilir. Bu nokta bizi sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine getirmektedir.

*e) “Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi”.*

2005 tarihli Yönetmelikte yer almayan bu kavram, yürürlüğü durdurulan 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 “veri”nin iletişim sistemi üzerinde ilk kullanıcıdan son kullanıcıya kadar olan yolculuğu sırasında bıraktığı izlerin “tespit” edilmesini ifade etmektedir. Görüldüğü gibi, elektrik sinyalleri şeklindeki her türlü verinin telekomünikasyon sistemi içerisinde bıraktığı izlerin “anlamlandırılan sonuçlar” haline getirilmesi teknik ve uzmanlık bilgisini gerektiren bir işlemdir. Gözle görülemeyen,

elle tutulamayan elektrik sinyallerinden oluşan bu verinin, sistem içerisindeki en son kullanıcısının belirlenmesi zaten mobil telefonun bulunduğu yerin tespitini (CMK 135/5) oluşturmaktadır. Sinyal bilgilerinin ilk kullanıcı ile diğer bir son kullanıcı arasındaki kurduğu iletişimin tespiti ise “iletişimin tespiti” işlemidir.

Görüldüğu gibi, yukarıda açıklanan ve CMK 135 inci maddede kullanılan teknik terimler birbirinin içine geçmiş ve bir hukukçu için açık ve seçik olarak tanımlanmamış kavramlar olarak ortaya çıkmaktadır.

### 3) Mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti (CMK 135/5).

Mobil telefonun bulunduğu yerin tespitine ilişkin CMK 135/5, 2014–6526 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve evvelce 4 üncü fıkrada iken, 5 inci fıkra olarak düzenlenmiş ve şu şekli almıştır: “şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, (...) mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, (...) mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir.”

şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti kararını hakim verir. Bir başka deyişle, CMK 135 gereği verilen diğer kararları ağır ceza mahkemesi oybirliği ile verirken, mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti kararını sulh ceza hakimliği vermektedir. Bu yetki gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da verilmiş ve hakim tasdikine sunulması söz konusu edilmemiştir (CMK 135/5).

CMK 135/7 de sayılan katalog suçları, sadece dinleme, kayda ama ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemlerini kapsadığı için, mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti kararı bütün suçlarda, failin yakalanması amacı ile verilebilir. Fakat bu kararın amacı failin yakalanması olduğu için, diğer delil etme yöntemlerinin uygulanması bu karar kapsamında mümkün değildir. Bu nedenle, bu karardan delil elde edilemez.

2014–6526 değişikliği ile daha önce üç ay olan süre, iki aya indirildi. Daha önce uzatma (üç ay için) bir defa daha uzatılabiliyordu; 2014 değişikliği ile uzatma da kısaltıldı ve sadece bir aylık bir uzatmaya izin verildi.

Bazı durumlarda mağdura yardım etmek amacı ile mobil telefonun

bulunduğu yerin belirlenmesi gerekebilir. Bu gibi haller ceza muhakemesi gayesi ile yapılmadığı için, CMK 135/5 kapsamında yapılamaz. Farklı düşünene Şen'e göre (s. 87), kaçırılan mağdurun bulunması, can güvelliğinin temini, mağdurun takibi ve yerinin belirlenmesi maksadıyla TCK 26/2 de öngörölen mağdurun rızası adlı hukuka uygunluk sebebi ve CMK 161 birlikte değerlendirilebilecek ve neticede mağdurun hukuki yararının korunması adına iletişimi denetlenebilecektir.

CMK 135/5 maddesindeki karar, aslında bir tür teknik izlem olup, geleceğe yöneliktir. Şüpheli veya sanığın yakalanması için ileriye yönelik olarak kullandığı mobil telefonun bulunduğu yerin ve dolayısıyla sanığın bulunduğu yerin tespit edilmesi söz konusu olur. Bu nedenle, mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti kararı, ilgilinin daha önce yaptığı konuştuğu kişilerin telefon numaralarının tespiti işlemini kapsamaz.

Alman Ceza Muhakemesi Kanununda 1997 yılında yapılan değişiklikle, iletişimin denetlenmesini düzenleyen 100a ve sonraki maddeler genişletilmiştir. 14.8.2002 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle (StPOAG v. 20.12.2001) eklenen řř 100g ve 100h maddeler ile cep telefonunun bulunduğu yerin belirlenmesi, kart ve telefon numarasının tesbiti mümkün olmuştur. Bu tesbitlerin yapılabilmesi için, telefonunun bağlantı kurması şartı aranmaktadır (StPO 100g/III). Telefon bağlantı kurmayıp, "stand-by" durumunda iken, tesbit yapılması kabul edilmemiştir.

#### 4) İletişimi denetlenebilen ve denetlenemeyen kişiler (CMK 135/1, 135/8).

##### a) Yasal düzenleme.

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, Cumhuriyet savcısının kararıyla, Şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yolu ile iletişimi tesbit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir.

İletişim denetlemesinin "kovuşturma evresinde de" yapılabileceğine açıklık getirmek amacı ile 2005-5353 ile birinci fıkraya (ve kovuşturmada) kelimeleri eklenmiştir. Evvelce, kişi hakkında kamu davası açılmışsa, artık denetleme imkanı da ortadan kalkmaktaydı. Bu sakıncayı gidermek amacı ile 2005-5353 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikte, 135 inci maddenin birinci fıkrasına "kovuşturma", ikinci fıkrasına da "sanık" kelimeleri ilave edildi. Bugün artık kovuşturma evresinde de iletişim denetle-

me kararı verilebilmektedir.

Kovuşturma evresinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin devam edebilmesi için, “başka yöntemlerle delil elde edememe koşulu” devam eder.

Ayrıca, duruşma sırasında mahkemenin re’sen delil araştırma yetkisinin artık kalmadığını ileri süren yazarlar bulunduğu da unutulmamalıdır.

*b) İletişimi denetlenebilen kişiler.*

Türk Hukukunda iletişimin denetlenmesi kararı, sadece “şüpheli” veya “sanık” statüsüne girmiş olan kişiler hakkında verilebilir. Oysa hakkında denetleme tedbirine başvurabilecek olan bireyler, teorik olarak, üç gruptur: Şüpheli–sanık, şüphelenilmeyen kişiler ve müdafii. Kendisinden şüphelenilmeyen kişinin ve müdafiiin iletişiminin dinlenmesi, Türk hukukunda kabul edilmemiştir.

Dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi için ayrıca, Kanunda katalog olarak sayılan suçlardan birini işleme şüphesi mevcut bulunmalıdır. Katalog CMK 135/7 de sınırlı sayıda olmak üzere sayılmış olan suçlardan oluşmaktadır.

Denetleme kararı verilmesinin sebebi, olay hakkında “araştırma” yapmaktır. Delil elde etmek için başka bir yol bulunmaması da arandığından, suç işlediğinden şüphelenildiği için, “kuvvetli şüphe sebeplerini gösteren somut delil” mevcut bulunması ve bu nedenle de soruşturma evresinin başlamış olması şarttır.

Kişinin özel hayat hakkından vazgeçmesi mümkündür. Bu nedenle, bir suç mağduru, şikayetçi kendi telefonun denetlenmesi yolu ile failin ortaya çıkarılmasını isterse, bu istek hukuka uygun bir denetlemenin yolunu açar (14 CD. 30.11.2011, K. 2011–6986).

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için iletişiminin denetlenmesi yoluna başvurulduğu hallerde de “sanığın” iletişimi denetlenebilir. Bu hususa açıklık getirmek amacı ile 2005–5353 numaralı kanun ile birinci fıkraya (ve kovuşturmada) ibarelerinin eklendiğini yukarıda belirtmiştik.

Maddenin ilk şeklinde, şüpheli veya sanığın yakalanması amacı ile “kullanmakta olduğu” mobil telefonun yeri tespit edilebiliyordu (CMK 135/5). 2005–5353 değişikliği ile “kullanmakta olduğu” ve “kullanılan” kelimeleri metinden çıkarıldı.

Cep telefonlarının elden ele dolaştığı düşünülürse, bir sanığın kendi üzerine kayıtlı olan değil de, başkasının cep telefonunu kullandığı hallerde, teknik izleme yolu kapatılmış oldu. Mehaz Alman Kanununda da bulunan bu ibarenin çıkarılması yerinde olmamıştır.

Ancak, hakkındaki hüküm kesinleşmiş olan bir hükümlü hakkında, iletişimin denetlenmesi kararı hiç bir zaman verilemez.

*c) İletişimi denetlenemeyen kişiler.*

*i) Kendisinden şüphelenilmeyen kişi.*

Türk Kanunları “kendisinden şüphelenilmeyen kişinin” iletişiminin denetlenmesine izin vermemiştir. Mesela, yargılama sırasında tanığın bildirdiği telefon hattı ile yapılan görüşmelerin ayrıntılı dökümünü isteyen Ağır Ceza Mahkemesi kararına itiraz edilmiş ve bu itiraz kabul edilmiş, kanun yararına bozma istemi üzerine 1 CD. 20.10.2010 tarih ve K. 2010–6800 sayılı kararı ile bu itirazın reddi kararı verilmesine hükmedilmiştir. Görüldüğü gibi, Kanunun kendisinden şüphelenilmeyen kişinin iletişiminin denetlenmesine açıkça izin vermemesine rağmen, yargı kararı ile istisna tanınmak istenmiştir.

Bu karar, Yargıtay Başsavcılığının itirazı üzerine, Ceza Genel Kurulunca incelenmiş ve Genel Kurul, CMK 135 in lafzına uygun, fakat mukayeseli hukuka aykırı olarak, sadece şüpheli veya sanık statüsüne giren kişiler bakımından iletişimin denetlenmesi kararı verilebileceğine hükmetmiştir (CGK 15.11.2011, K. 2011–222). Bu kararda mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti tedbirinin üçüncü kişiler hakkında da uygulanabileceğine dikkat çekilmiştir.

Buna karşılık, mukayeseli hukukta, kendisinden şüphelenilmeyen kişinin iletişimin denetlenmesi mümkündür: Alman Ceza Usul Kanununun 100a maddesinin 2. cümlesine göre, şüpheli dışındaki kişiler bakımından da dinleme kararı verilmesi mümkündür. şüphelinin kullandığı telefon bağlantısının sahibi olan kişi de, telefonunun denetlenilmesine katlanmak zorundadır; gittiği evin sahibinin, şüphelinin arkadaşlarının veya sürekli devam ettiği kahvenin telefonu gibi. Telefon sahibinin, telefonun şüpheli tarafından kullanılmakta olduğunu bilmesi zorunlu değildir. İletişimi denetleme kararının verilebilmesi için, üçüncü şahsın şüpheliyi teşhis

etmiş olması da şart değildir.

Şüpheli, jetonlu telefon gibi, aleni telefonları kullanıyorsa, bunların da denetlenmesi hukuka uygundur.

*ii) Müdafiiin iletişiminin denetlenmemesi kuralı.*

Müdafiiin CMK 154 den kaynaklanan savunma dokunulmazlığı bulunduğu için, müdafiiin şüpheli ile yaptığı iletişim denetlenemez.

Kanun “müdafiiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları” (CMK 136) ile “avukat bürolarının aranmasını” (CMK 130) düzenlemişse de, iletişimin denetlenmesinde sadece “müdafii” statüsündeki avukatı öngörmüş, aramalarda ise hukuk davalarını kapsayacak bir şekilde “avukat” terimini kullanmıştır. CMK 130/2 de ise “tanıklıktan çekinebilecek kişiler” terimi kullanılmıştır. Tanıklıktan çekinilebilecek kişiler arasında CMK 46’da avukatlar da yer aldığı halde, kanunkoyucu müdafiiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telefonların da “şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla” denetlenemeyeceğini hüküm altına almıştır (CMK 136).

Kanunun 136 ncı maddesindeki bu düzenleme, CMK 154 deki düzenleme ile paraleldir. Nasıl müdafiiin şüpheli veya sanık ile yazışmaları denetime tabi tutulamıyor ve bir “avukat” olan “müdafiiin” bürosunda yapılacak arama özel kurallara bağlı ise (CMK 130), iletişimin dinlenmesi bakımından da, CMK 136 daki özel düzenleme kabul edilmiştir. Açıklamalar için bu maddeye bakınız.

*iii) Tanıklıktan çekinme yetkisine sahip kişiler (CMK 135/3).*

Şüpheli veya sanığın, tanıklıktan çekinilebilecek kişilerle yaptığı iletişimi “kayda” alınmaz.

Kanunun dinlemeye “izin” vermesi, fakat “kayıt” yapılmasını yasaklaması anlamlıdır.

Gerçekten, bir şüphelinin iletişiminin denetlenmesi hakkında hakim kararı varsa, bu kişiyi birçok birey telefonla arayabilir. Dinlemeyi yapan memur iletişimin tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan bir kişi ile olduğunu anladığında kaydı durdurmak mecburiyetindedir. Fakat bizce bu kısıtlama sadece kayda almaya ilişkin olarak anlamak doğru değildir.

Sanık haklarının kıyas yolu ile genişletilmesi mümkün olduğu için, bunun yanında, iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de yasak kapsamında olduğu sayılmalıdır.

Ancak, dinleme canlı değil de, otomatik olarak yapılıyorsa, bu gibi hal-lerde 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 kayıtta muhafaza edilmesini, fakat Cumhuriyet savcılığına verilecek ve dosyaya girecek kayıtlar arasında buna yer verilmemesini içeren bir düzenleme yapılmalıdır.

Kanundaki bu düzenleme kanunkoyucunun ulaşmak istediği maksadı sağlamaya elverişli değildir. Zira müdafî 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 kanunkoyucunun amacı bu değildi.

Tanıklıktan çekinebilecek olan kişilerin CMK 45, 46 ve 48 nci maddelerde öngörülen kişiler olduğu gözönünde 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.

Kanaatimizce, tanıklıktan çekinebilecek kişiler 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. "CMK'nun 135. maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki



tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı kararıyla bu tedbire başvurulabilir”. Danıştaya 135/3 deki düzenleme sebebiyle yúrtúmesini durdurmuştur. Danıştaya göre, 135/2 (2014 sonrası 135/3) de şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınmasını mutlak olarak yasakladığı halde Yönetmeliğin 7/4. fıkrasının son cümlesi ile getirilen düzenleme açıkça yasal düzenlemeyle aykırı olarak genişletilmişti.

İletişimi denetlenen sanık ile tanıktan çekinme yetkisine sahip bulunan kardeşleri arasındaki konuşmaların kayıtları delil olarak kullanılamaz (1 CD. 13.10.2008, K. 2009–5855). Ancak, tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan kardeşlerin hepsi hakkında şüpheli veya sanık oldukları için, ayrı ayrı kararlar verilmiş ise bu iletişimi tespit tutanakları delil olarak kullanılabilir (CGK 12.4.2011, K. 2011–51). 4422 sayılı mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Kanunu, telefon dinleme adı altında, sınırlı sayıda suç hakkında tedbir uygulanmasına izin verirken, CMK 135 suçları genişletmiş, aralarına TCK 81, 82 ve 33 üncü maddeleri de eklenmiş ve tanıklıktan çekilebilen kardeşler arasındaki konuşmalar için, “kayda alma” yasağı öngörmüştür (CMK 135/3). Somut olayda, 2005 öncesinde işlenen adam öldürme suçu hakkında, baba ve kardeşler arasındaki konuşma kayıtları delil olarak sunulmuştur. Yargıtay, haklı olarak, 4422 sayılı Kanunun bu suçu dinleme kapsamına almamış olması ve CMK 135/2 ile de tanıklıkta çekinme hakkı bulunanlar arasındaki konuşmaların delil olamayacağı gerekçeleri ile tek delil olan iletişim tutanaklarını delil olarak kullanmamış ve beraat kararı verilmesi gerektiği içtihad etmiştir (1. CD 13.10.2009, K. 5855).

*iv) Hakim veya Cumhuriyet savcısının iletişiminin denetlenmesi sorunu.*

İdari soruşturma sırasında hakim veya savcının iletişiminin denetlenebilmesi mümkün değildir. Zira, CMK 135 uyarınca ceza soruşturması başlatılmadan iletişimin denetlenmesi kararı verilemez.

Yargıtay ise değişik gerekçeler kullanarak aksi görüşü kabul etmiştir (4 CD. 6.11.2007, K. 2007–8903).

5) Dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri uygulanabilen “katalog suçlar” (CMK 135/7).

a) CMK 135/7 listesinde yer alan suçlar.

CMK sadece CMK 135/7 de sayılan şu suçlarla ilgili olarak iletişimin dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yolu ile denetlenmesi kararının verilmesini kabul etmiştir:

“Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. İşkence (madde 94, 95), 4. Cinsel saldırı (birinci fıkraya hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103), 6. (Değişik: 21/02/2014–6526/12 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149), 7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 8. Parada sahtecilik (madde 197), 9. (Mülga:21/02/2014–6526/12 md.), 10. (Ek: 25/5/2005–5353/17 md.) (Değişik: 21/02/2014–6526/12 md.) Fuhuş (madde 227), 11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 12. Rüşvet (madde 252), 13. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 14. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 15. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

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

c) (Ek: 25/5/2005–5353/17 md.) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

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

CMK 135 uyarınca gecikmede sakınca olması sebebiyle Cumhuriyet savcısı tarafından verilen denetleme kararı, verildiği anda hukuka uygun ise ancak hakim tarafından 24 saat içinde onaylanmamış ise bu 24 saat

içinde yapılan dinlemelere ilişkin tutanakların delil olarak kullanılması Kanunda kabul edilmemektedir (CMK 137). Zira bu durumda Kanun yapılan dinlemelerin baştan itibaren geçersiz olduğunu kabul etmiş, yapılan tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların 10 gün içerisinde yok edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Türk Ceza Muhakemesi Kanununun sadece sınırlı sayıdaki suçlarda iletişimin belli yöntemlerle denetlenmesini kabul eden düzenlemesi, 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 menfaaları korumak amacıyla, hakları sınırlandırırca, bireyler, bu fedakarlığa katlanmayı kabul ederler.

Alman Hukukunda da belirli olaylar bir kimsenin kanunda liste halinde sayılan suçları fail veya şerik olarak gerçekleştirdiği veya teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu hallerde, işlemeye teşebbüs ettiği veya başka bir suç işleyerek bu suçları hazırladığı şüphesini haklı gösteriyorsa ve maddî olayın öğrenilmesi veya sanığın bulunduğu yerin ortaya çıkartılması başka şekilde imkânsız görünüyorsa veya ehemmiyetli surette zorlaşacaksa, haberleşmenin dinlenmesi ve banda kaydedilmesi kararı verilebilir (StPO § 100a, 110b). Karar sadece şüpheliye veya belirli olaylardan, şüpheliye yöneltilmiş olduğu anlaşılan veya şüpheliden sadır olan duyuruları (Mitteilung) aldığı veya başkasına iletildiği anlaşılan veya şüphelinin telefonlarından faydalandığı şahıslara yönelik olabilir. Görüldüğü gibi, Alman Hukuku da dinleme ve kayda alma kararı verilebilen suçları “katalog” halinde saymıştır.

*b) Listede yer almayan suçların durumu.*

Kanundaki 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 bir dinleme olur.

Katalog dışı suçlarda sadece “iletişimin tespiti” ve “mobil telefonun bulunduğu yer tespiti” işlemleri yapılabilir (CMK 135/7). Konuşmanın

içeriği dinlenmediği için özel hayata tam bir müdahale sayılmayan, bir numaranın hangi numaralarla konuştuğunu belirlemek niteliğindeki iletişimin tespiti, aslında kişisel veri niteliğinde olduğu ve özel hayatı ilgilendirdiği için, sadece hakim kararı ile yapılabilir. Tespitin katalog dışı suçlara da teşmili, Yargıtay 5. CD'nin 30.10.2005, K. 2005–20489 sayılı kararında da belirtildiği gibi, uygun ve yerindedir. İletişimin denetlenmesi kararı verildiği sıradaki suç şüphesinin katalog suçu olmasına rağmen, sonradan tavsifin değişmesi durumunda; elde edilen delil hüküm verirken kullanılmıştır (ASYDDK 27.10.2011).

*c) Listedен çıkartılan suçların durumu sorunu.*

Daha önce listede yer aldığı halde, 2014–6526 sayılı Kanun ile listeden çıkarılan TCK 220 kapsamında değişiklik öncesinde yapılmış bulunan dinleme, kayda alma ve sinyal bilgelerinin değerlendirilmesi yöntemleri ile elde edilmiş olan deliller, Mart 2014 sonrasında verilen hükümlerde artık kullanılamaz. Ceza muhakemesi kanunları derhal uygulanıp ileriye doğru geçerli oldukları için, yapıldığı sırada hukuka uygun olan bir işlem, hüküm verileceği sırada, yasal değişiklik nedeni ile artık yürürlükteki hukuka aykırı hale gelmişse, hukuki değerden yoksundur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da savunma hakkı ile ilgili bir kararında aynı sonuca varmıştı: (CGK 5.10.2010, E. 2010/11–133, K. 2010–184: Tüm dosya içeriği birlikte değerlendirildiğinde; Sanığın talimat yoluyla 16.7.2004 ve mahkeme huzurunda 25.1.2005 tarihinde alınan savunması, o tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 1412 Sayılı CYUY'na uygun ve geçerli bir savunmadır. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve derhal uygulanması gereken 5271 C.M.K.nın 150/2. maddesinin; “üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada istemi aranmaksızın bir müdafinin görevlendirileceğine” ilişkin hükmü uyarınca, on yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğü 765 Sayılı TCK.nın 495/1. maddesinde düzenlenen yağma suçundan yargılanan sanığa istemi aranmaksızın derhal müdafii görevlendirilmesi yasal bir zorunluluktur. (.....) Bu nedenle, yerel mahkeme tarafından 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK. hükümleri uyarınca sanığa bir müdafii görevlendirilmesi gerekirken, yar-

gılamaya devam edilerek 2 Haziran 2005 tarihinde hıküm kurulması ve Özel Daire bozma ilamı sonrasında da yine sanığa müdafii görevlendirilmeden direnme kararı verilmesi suretiyle CMK.nın 150/3–2. maddesine aykırı davranılması, sanığın savunma hakkının açıkça kısıtlanması anlamına gelmektedir.)

Yargıtay aynı doğrultuda olarak, 4422 sayılı kanun döneminde yapılan bir telefon dinlemesinden elde edilen kayıtları, suç CMK 135/6 daki katalogda yer almadığı için, hıküm verilirken delil olarak kullanılamayacağına karar vermişti (CGK 13.6.2006, K. 162).

6) “Kesintisiz” denetleme sorunu.

Denetlemenin bir sonuç verebilmesi için, “kesintisiz olması gerekir. Mülga 4422 numaralı Kanuna göre, şüpheli nezdinde yapılan iletişim denetlemesinin sürekli ve kesintisiz olması gerekli idi. Nedense, CMK bu kuralı kabul etmedi. Dinlemenin kesintisiz olacağı, Yönetmelikte belirtilmiştir. Ancak, şüphelenilmeyen üçüncü kişiler bakımından yapılan denetleme, Alman Hukukunda sürekli olmayabilir, sadece belli zamanlarda denetleme yoluna gidilebilir. Bunun sebebi, ölçülülük ilkesidir: kendisinden şüphelenilmeyen kişiye yüklenen külfet, mümkün olan en aza indirilmelidir.

İletişimin denetlenmesinin kesintisiz yapılması durumunda şüphelinin yaptığı bütün konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması durumu ortaya çıkar. Bu ise kişinin özel hayatına ilişkin bütün konuşmaların da Devlet tarafından dinlenmesi veya karara göre kayda alınması sonucunu doğurur. Alman Anayasa Mahkemesi özel hayatın çekirdek alanının korunmasına yönelik olarak canlı dinleme açısından, suç içeriği olmayan özel hayat konuşmaları yapıldığı sırada dinlemeye ara verilmesi düzenlenmediği için StPO 100a maddeyi iptal etmiştir. İptal kararı sonrasında yapılan düzenlemede dinlemeyi yapan memurun özel hayat konuşması bitinceye kadar dinlemeye ara vermesi, kayıt yapılyorsa da bu kayıtların silinmesi hükme bağlanmıştır.

Mağdur ve diğer kişilerin iletişimin savcı emri tespiti CMK 161–162. maddelerde düzenlenen Cumhuriyet savcının genel araştırma yetkisi kapsamında tespit edilebilir.

Danıştay 10 CD 14.2.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayım-

lanan yürürlüğü durdurulan İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 12. maddesinin 4. fıkrasında yeralan “dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında süre, kararın Başkanlıkta sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar” hükmü hakkında yürütmenin durdurulması kararı vermişti. Danıştay, sözkonusu düzenlemenin CMK’nun 135/3 ve 137/1 fıkralarına aykırı olduğunu, 135/3 fıkarda dinleme süresinin kararda belirtilmesi gerektiğini vurgulandığını, 137/1 fıkarda bu kararı uygulamakla görevli kişilerin yazılı istemi üzerine bu istemin telekomünikasyon hizmeti veren kurum veya kuruluşlarca derhal yerine getirileceği hususlarının belirtilmesine rağmen, kararın verilmesinden itibaren en geç ne kadar sürede uygulamanın başlatılacağı hakkında bir düzenlemeye yer vermediğini, 135 inci maddede öngörülen tedbirin haberleşme hürriyetini kısıtlayan olağanüstü bir tedbir olduğunu, tedbirin uygulanma süresinin başlangıç anının, kararın sisteme tanıtılması anı olarak belirtilmesinin, tedbirin uygulanmasının karar sisteme tanıtılmadığı sürece ertelenebileceği anlamına geldiğini, böyle bir sonucun ise tedbirin belirli bir süre için verilmesini öngören Kanun hükmü ile bağdaşmadığının açık olduğunu, tedbir kararının verilmesi ile uygulamaya geçilmesi arasında teknik olarak belirli bir zaman dilimine ihtiyaç varsa, bu süreyi önceden öngören ve uygulama başlangıç tarihinin tedbir kararında yeralmasını sağlayan bir düzenleme yapılması gerekirken, uygulamayı sınırsız olarak ertelenebilir kılan Yönetmeliğın 12/4. fıkrasının hukuka uygun görülmediğini ve bu nedenle yürütülmesinin durdurulduğunu belirtmişti (10. Daire, 14.10.2008, 2007/2795 Esas sayılı Karar).

İlk tedbir, süresinin sona erdiği anda, derhal kaldırılmalıdır. Bu nedenle, ilk tedbirin süresi bitmeden, uzatma kararı alınmalı ve araya zaman girmeden iletişim denetleme devam etmelidir.

7) *İletişimin denetlenmesi kararının içeriği, denetlemenin süresi (CMK 135/4) ve gizlilik (CMK 135/6).*

a) *Hakim kararının veya savcı emrinin muhtevası.*

Hâkim, karar verirken, dört ayrı noktayı irdelemek durumundadır; karar ya da iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi konusunda olacaktır. Dinleme demek, aletin başına

oturup, konuşulanları canlı olarak izlemek demektir. Tespit ise canlı dinlemeyi gerektirmez. Otomatik bir alet, şehirdeki bütün santrallerde geçen konuşmaları, teorik olarak aynı anda tespit edebilir. Daha sonra geriye dönerek ilgili konuşmaların dinlenmesi imkânı açılır.

Bu nedenle, hâkim, kararını verirken, hangi hususu kararlaştırdığını açıklamalıdır. Prensip olarak, dinlerken, kayıt da yapılabilir. Fakat bazı istisnaî hallerde, hâkim, “kayıt yapmadan dinleyin” diye bir karar verebilir.

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 dinlenmesi veya tespiti, bunu da kapsamına almaktadır.

Dinlenen ve tespit edilen konuşma, elektromanyetik alanlara kaydedilmektedir. Dinlemenin içeriğinin delillendirilmesi (delil olarak kullanılabilmesi) için, asıl kayıttan kopyalanan suretlerinin çıkartılması zorunludur. Hâkimin ilk dinleme kararı, orjinal kayıttan kopya çıkarılabilmesini de kapsar. Bu nedenle kopya yapmak için ayrıca hâkim kararı almaya gerek yoktur.

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 135/4), iletişimin denetlenmesi kararında, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresinin belirtilmesini öngörmüştür. Buna 2014 değişikliği ile (CMK 135/2); “talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıını gösterir belge veya rapor” da eklenmiştir. Bu raporun da ağır ceza mahkemesinin kararında irdelenmiş olması mecburidir.

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.

İletişimin dinlenmesi kararı, yazılı işlemlerdendir. Gecikmede tehlike olduğu için savcı tarafından emredilse dahi, yine yazılılık esastır.

İletişimi denetlenecek olan şüpheli, başkasının telefon, faks veya bilgisayarını kullanıyorsa, bu takdirde hâkimin kararında bu şahsın da isim ve adresinin bulunması gereklidir.

Kanunumuza göre, iletişimi denetlenecek olan şüphelinin, hangi suç veya suçları işlemekten şüpheli olduğu da belirtilir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, Kanunumuzdaki “suçun adının açıklanması” mecburiyetini; “şüphelinin suç işlediğinden kuşkulunmayı gerektiren fiillerin açıklanması” olarak anlamak gerektiği kanaatindeyiz. Karar, neticede Telekomünikasyon İdaresine hitap eden bir yazı ile işlerlik kazanır. Ancak, Telekomünikasyon İdaresine verilecek olan hâkim kararında, şüphelinin işlediği iddia edilen suç, bu suçtan kuşkulunması gerektiren fiilî olgular gibi, ayrıntıların yer alması, soruşturmanın gizliliği açısından büyük sakıncalar taşır. Bu nedenle, telefon idaresine hitap eden hâkim kararının, kısa bir özet biçiminde kaleme alınması yeterlidir.

Hâkimin iletişimin denetlenmesi kararında, yapılacak işlemin ne olduğu açıklanır ve dinleme, tespit veya kayıtların incelenmesinden hangisinin yapılacağı, dinlemenin süresinin ne kadar olduğu açıkça belirtilir. Bazı hallerde hâkim, sadece canlı dinlemeye de karar verebilir veya hem dinleme, hem de kayıt yapmaya yer verebilir.

Denetleme, iki amaca hizmet eder; işlendiği zannedilen suç fiili ile ilgili araştırma yapmak veya şüphelinin bulunduğu yeri tespit etmek. Hâkim karar verirken, denetlemenin bu ikisinden hangi amaca hizmet ettiğini de belirtir. Kararda, bu bilginin yer alması önemlidir, çünkü “şüphe ortadan kalkınca”, Cumhuriyet savcısı, dinleme tedbirine son verecektir. Bu nedenle, dinlemenin, failin bulunduğu yerin tesbiti için mi, yoksa suça ilişkin bilgi toplamak için mi uygulandığının kararda açıklanması gereklidir.

İletişimin denetlenmesi, özel hayat açısından önemli bir kısıtlama oluşturduğu için, hâkim karar verirken, “bilgi elde edilebilecek en uygun zamana mahsus kesintisiz dinleme” yöntemini uygulayabilir; gündüz iş saatlerinde büro telefonlarının, akşamları ise ev telefonlarının dinlenmesi-



ni emredebilir. Böylece, dinlemenin kesintisiz olması kuralı, kişi hakları da korunarak, sağlanmış olur.

Hâkimin iletişimin denetlenmesi kararında belirtmesi gereken diğer bir husus, dinlemenin süresidir. Hakim dinleme süresini tayin ederken, takdir yetkisini kullanır, ama üst süreyi aşamaz.

İletişimin denetlenmesine ağır ceza mahkemesi oybirliği ile karar verir (CMK “2014–6526” 135/1). Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da iletişimin denetlenmesi emri (CMK 135 “kararı” diyor) verebilir. Cumhuriyet savcısı kendi verdiği “kararını”, derhal hakim onayına sunar ve hakim kararını en geç 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. CMK 135/1 uyarınca hâkim onayının alınamaması veya verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir (CMK 137/3).

*b) Yetkili yargılama makamı.*

Ceza Muhakemesi Kanunu 2014-6526 öncesinde iletişimin denetlenmesi kararı bakımından özel bir düzenleme yapmamış, sadece “hakim kararı ile iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınır” demekle yetinmişti (CMK 135/1). 2014 yılında yapılan değişlikle, görev ağır ceza mahkemesine verildi.

Bu duruma göre, dinleme kapsamındaki suç hangi mahkemenin görevine girerse girsin, iletişimin denetlenmesi kararını verme görevi ağır ceza mahkemesine aittir.

Diğer taraftan, 2014–6526 sayılı Kanun ile sulh ceza hakimlikleri ihdas edildi ve soruşturma evresinde koruma tedbiri kararı vermek yetkisi bu makama verildi. Fakat, gizli soruşturma yöntemleri bakımından ağır ceza mahkemesinin görevine dokunulmadı. Sulh ceza hakimliklerinin özgürlükler hakimi gibi bir görev üstlenmesi yerindedir. Koruma tedbirleri ile insan hakkı kısıtlandığı için, AİHM ve Anayasa Mahkemesinin bireysel

başvurulara ilişkin içtihadını yakından bilen hakimlerin bu kararları vermeleri doğru bir yaklaşımdır. Fakat, diğerlerine oranla daha da önemli sonuçları olan gizli soruşturam yöntemi kararlarının ağır ceza mahkemelerinde bırakılması, bu ihtisaslaşma gereğine uygun değildir.

2012-6352 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen mülga TMK 10, bu kanun uyarınca yürütölen soruşturmalarda hakim tarafından verilmesi gereken kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak üzere, HSYK tarafından yeteri kadar hakim görevlendirilmesini öngörmüştü (mülga TMK 10/3-c). CMK 135/7 de sayılan suçların bir kısmı mülga TMK 10 ile yetkili ağır ceza mahkemesinin görevine girdiği için, bu suçlar açısından özgürlükler hakimi diyebileceğimiz ihtisas sahibi hakimler yetkili idi. 2014 yılında TMK 10 kaldırılınca, görev yerel ağır ceza mahkemesine verildi.

Bizce bütün ÷lke çapında özgürlükler hakimliği tekrar ihdas edilmeli ve temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan tüm koruma tedbiri kararları bu hakimler tarafından verilmelidir.

*c) Gerekeçe gösterme mecburiyeti.*

Bütün yargısal kararlar gibi, iletişimin denetlenmesi kararının da gerekçeli olması lazımdır. Tutuklama kararının gerekçeli olması hususu kanunda (CMK 101) açıkça yazılmış ve 2012-6352 sayılı kanun ile bu konu önemle vurgulanmış iken, uygulamada iletişimin denetlenmesi kararlarının da tam olarak gerekelendirilmediği görölmektedir. Koruma tedbirlerinin gerekçeleri hakkındaki ayrıntılı açıklama için, CMK 100 altında yapılan açıklamalara bakınız.

*) Ağır ceza mahkemesinin iletişimin denetlenmesi kararına itiraz.*

Ağır ceza mahkemesinin verdiği iletişimin denetlenmesi kararı, bir mahkeme makamı kararlarıdır. Genel kural (CMK 267) uyarınca mahkeme kararlarına karşı kanunun gösterdiği hallerde gidilebilir. CMK “2014-6526” 135/1 itirazı örtölü şekilde kabul etmiş ve ağır ceza mahkemesinin kararına itiraz edilince, kararın oybirliği ile alınmasını istemiştir.

Ancak, iletişimin denetlenmesi kararı gibi “gizli” (CMK 135/6) verilen kararlara karşı, kararın öğrenilmesi ile itiraz hakkının doğduğu kabul edil-

melidir. Zaten yapılmıř ve bitmiř olan bir iřleme iliřkin hakim kararına karřı itiraz etmenin sonuç dođurmayacađı dūřunūlebilirse de, itiraz ūzerine yapılan incelemede hakim kararının dayanaksız olduđu belirlenirse, elde edilen delil kullanılamayacaktır.

Bilindiđi gibi, yūrūrlūđū durdurulan 2007 yūnetmeliđinin 10/1 maddesi, hakimden denetleme kararına karřı, Cumhuriyet savcısı, řūpheli sanık mūdafii, katılan, vekili ve hatta kanuni temsilci ve eře de itiraz yetkisi tanınmıřtı. Muhakeme sūjesi olan bu kiřilerden bařka ‘Bařkanlıđı’ da sayılmıřtı. Būylece, TİB’in itiraz yetkisi 14.1.2007 tarihli Yūnetmeliđin 10/1 maddesinde dūzenlenmiřti.

Bizce, ceza muhakemesinin sūjelerinden biri olmayan TİB’e yūnetmelik ile itiraz yetkisinin verilmesi, doğru olmamıştır. Bununla birlikte, TİB hakim tarafından verilen kararı usuli açıdan denetleyebilmeli, kararın esası hakkında ise denetleme yapmamalıdır. mesela, TİB kararın usule uygun olup olmadığını, kararı veren makamın buna yetkisi olup olmadığını, tedbir kararının yeterli açıklıkta olup olmadığını değerlendirebilir.

*d) Cumhuriyet savcısının emri ile yapılan iletişim denetleme (CMK 135/1).*

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, řūpheli veya sanığın telekomunikasyon yolu ile iletişimi, Cumhuriyet savcısının kararı ile de denetlenebilir (CMK 135/1). Cumhuriyet savcısının hakim onayına sunulan iletişimi denetleme kararı, sūre dolduğu veya ağır ceza mahkemesi tarafından onaylanmadığı takdirde, karar derhal kaldırılarak, Cumhuriyet savcısı tarafından (CMK 135/1) uygulamaya son verilir ve denetlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gūn içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir (CMK 137/3).

Gūrūldūđū gibi, CMK 135 uyarınca gecikmede sakınca olması sebebiyle Cumhuriyet savcısı tarafından verilen dinleme kararı, verildiđi anda hukuka uygun ise de, hakim tarafından 24 saat içinde onaylanmamıř ise bu 24 saat içinde yapılan dinlemelere iliřkin tutanakların delil olarak kullanılması, Kanun tarafından kabul edilmemektedir. Zira Kanun bu durumda, yapılan dinlemelerin bařtan itibaren geçersiz olduđunu kabul etmiř, yapılan tespit ve dinlemeye iliřkin kayıtların 10 gūn içerisinde yokedilme-

si gerektiğini belirtmiştir.

Burada “delil yasağı” yaratılmıştır: Cumhuriyet savcısının kararı ile yapılan denetlemeler bu sfire içerisinde hukuka uygundur. Bu işlemde elde edilen bilgiler, hüküm verilirken kullanılabilir. Ancak, Kanun kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasına verdiği büyük önem dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının kararı hakim tarafından onaylanmadığı takdirde, yapılan denetlemeye ilişkin kayıtların Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç 10 gün içinde yok edilerek, durumun bir tutanakla tespit edilmesinin emrettiği için (CMK 137/3), başlangıçta “hukuka uygun” olarak yapılan bu kayıtların dahi delil olma kabiliyeti yoktur.

Kanaatimizce, Cumhuriyet savcısının sonradan onaylanmayan kararı üzerine canlı dinleme yapıldı ise dinleyen kolluk memurunun tanıklığı ile ispat yolu açıktır.

Onaylamayı red eden hakim kararından önce ilk yirmidört saat içinde yapılan dinleme sırasında elde edilen ipucu üzerine “yakalama” veya “arama” yapılmış ve fiziki deliller elde edilmişse bunların akibeti yasada belli edilmemiştir. Yapılan düzenlemenin mükemmeli olmadığı açıktır.

*e) Karar alınmadan, hat sahibinin rızası ile yapılan iletişim denetleme.*

İletişimin denetlenmesine, hkim karar verirse de, hak sahibinin rızası varsa, hkimden karar almaya gerek yoktur. Ceza hukukunda önceden verilen rıza, belli haklar açısından, hukuka uygunluk sebebi sayılmıştır.

2007 tarihli yürürlüğü durdurulan İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği- nin 10. maddesinde, bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddi gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikayetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan isteniyordu.

Rızai aramalar açısından Danıştay’ın aksi görüşte olduğu belirtilmelidir.

*f) Tedbirin süresi (CMK 135/4).*

İlk verilen karardaki sfire ve uzatmalar: Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu sfire, bir ay daha uzatılabilir (CMK “2014–6526” 135/4).

Böylece toplam üç aylık bir süre öngörölmüştür. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görölmesi halinde, mahkeme yukarıdaki süreler ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir (Ek cümle: 25/5/2005–5353/17 md.). Buradaki örgütün, silahlı örgüt olduğu anlaşıl-makatadır, zira TCK 220 CMK 135/7 deki listeden 2014 değişikliği ile çıkartılmıştır.

2014–6526 değişikliğinden önce ilk tedbir kararı en çok üç ay için verilebiliyor ve bu süre bir defa daha uzatılabildiği için nitecede toplam altı ay sürebiliyordu (CMK 135/3). Bu süre, örgüt suçları için yeterli olmadığı için, 2005–5353 numaralı Kanun ile madde değiştirilmiş ve “örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda”, hakim bir aydan fazla olmamak üzere, süreyi müteaddit defalar uzatabilmek imkanına kavuşturulmuştu.

2014–6526 sayılı Kanun ile süreler kısaltılırken şöyle bir tablo ortaya çıktı: örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmeyen suçlar bakımından ilk tedbir kararı en çok iki ay verilebilir ve bir ay daha uzatılabilir.

Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardaki durum: Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen TCK 220 suçları ve CMK 135/7 deki listede yer almayan diğer suçlarda, iletişimin tespiti yapılabileceği gibi, her defasında bir aydan fazla olmamak üzere en fazla üç aylık uzatma da yapılabilecektir. Görüldüğü gibi, TCK 220 kapsamına giren örgütler bakımından iletişimin tespiti ve mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti, 2014 değişikliğinden sonra da mümkündür.

Fakat CMK 135/7 den 2014 de çıkartılan TCK 220 bakımından; dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Ancak, örgüt silahlı ise (TCK 314) veya bu örgütlere silah sağlama suçu ise (TCK 315), tüm iletişimin denetlenmesi yöntemleri uygulanabilecek ve uzatma da yapılabilecektir.

Alman hukuku üst sınır koymamış fakat her bir uzatmanın en çok 3 ay olabileceğini hükme bağlamıştır (StPO 100/3–2). Sürenin Alman Kanununda olduğu gibi, gerektikçe uzatılabilmesi iyi olurdu.

İletişimin denetlenme süresi, ağır ceza mahkemesinin vereceği ilk kararda belirlenir. Sürenin işlemeğe başladığı tarih, kararın verildiği tarihtir.

Tedbirin sona ermesini gerektiren haller: İletişimin dinlenmesi tedbiri, amaç elde edildiği vakit sona erer. Dinlemenin amacı, suç fiili ile ilgili araştırma yapmak, bilgi toplamak olduğu için, diğer klasik araştırma tedbirleri (arama, elkoyma, yakalama, ifade alma gibi) uygulanabilir hale geldiği takdirde de, dinleme işlemine son verilir. Dinlemenin amacı, failin kim olduğunun veya failin yerinin belirlenmesi ise fail ele geçirilince, dinleme işlemine son verilmelidir.

Süre uzatma kararının verilmesi: Uzatmaya ağır ceza mahkemesi oybirliği ile karar verir, savcı uzatma emri veremez. Savcı sadece “gecikmeden tehlike olan hallerde” yetkilidir, uzatma emri veremez. Zira 2 aydır devam eden bir dinlemenin uzatılması açısından, gecikmede tehlike sözkonusu olamaz. Sürenin bitmesine doğru, savcılık ve kolluk harekete geçmeli ve vaktinde uzatma kararını ağır ceza mahkemesinden talep etmelidir. Uzatma kararı, ilk tedbir süresinin sona ermesinden itibaren derhal kullanılmalıdır. İlk tedbir süresi bitmeden, uzatma kararı alınmalı ve araya zaman girmeden denetleme devam etmelidir.

Ağır ceza mahkemesinin uzatma kararı verebilmesi için, ilk dinleme kararı verilirken güdülen amaca henüz ulaşılammış, fakat ulaşmanın halen mümkün olması şarttır. Bundan çıkan sonuç şudur; failin bulunduğu yerin tespit edilemeyeceği ortaya çıkmışsa veya dinleme ile dahi delil elde edilemeyeceği anlaşılmışsa, dinleme tedbiri artık uzatılamaz.

Tedbir kararının ileriye dönük oluşu: Hakimin verdiği karar, ileriye dönük bir karar olup, karar tarihinden sonra yapılacak olan iletişimin denetlenmesi işlemlerine, ileriye yönelik olarak yetki verir. Geçmişe yönelik iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi mümkün olmadığı gibi, iletişimin denetlenmesinde süre, kararın verildiği tarihten itibaren başlar, yoksa sürenin fiilen iletişimin denetlenmesi tarihinden başlatılması mümkün değildir.

Bununla birlikte, kararın geçmişe uygulanmaması ilkesi doğal olarak dinleme, kayda alma ve mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti açısından geçerlidir. Sistemde önceden kalan kayıtların incelenmesi niteliği taşıyan iletişimin tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yöntemlerinin önceden yapılmış olan kayıtlar ile ileriye yönelik iletişim veriler açı-

sından uygulanacağı açıktır. Ancak kararın uygulanacağı son tarihten sonraki veriler de kapsam dışı kalacaktır.

*g) Kararın gizliliği (CMK 135/6).*

Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturmanın gizliliğini temel ilke olarak benimsedi (CMK 157) ve bunun ihlali suç olarak dzenlendi. Ayrıca CMK 135 hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemlerin de, tedbir süresince gizli tutulması (CMK 135/6) kuralı getirildi.

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.

Müdafinin dosyayı inceleme hakkı vardır (CMK 153). Bu hak, soruşturma sırasında halen devam etmekte bulunan iletişimin denetlenmesi tedbirini kapsamaz (aşağıda 8). Tedbir sona erdikten sonra müdafii kararı ve elde edilen verileri sınır koyulmaksızın inceler.

CMK 135/6 uyarınca, iletişimin denetlenmesi işlemi tedbir süresince gizlidir. Gizlilik herkes için söz konusu olup, hakim, C. savcısı, kolluk görevlisi, zabıt katibi ve müdafii için de geçerlidir. Gizliliği ihlal eden kişiler hakkında olayın özelliğine göre TCK 285/1 maddesindeki suç ve bazen de niteliğe göre TCK 132 ve 137 maddedeki suçlar oluşabilir.

*h) Kararın dosyada bulundurulması mecburiyeti.*

İletişimin tespiti tutanaklarının dosyada denetimine olanak verecek Şekilde bulundurması gerekir (CGK 12.4.2011, K. 51).

Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından dzenlenen iletişimin tespiti istem yazısının da aslının duruşma dosyasında bulunması gerekir. Dosyada bulunan 19 adet iletişim denetleme kararlarının onaysız fotokopilerine dayanarak hüküm kurulamaz (CGK 14.10.2008, K. 219). ‘‘Onaysız fotokopi delil olarak kullanılamaz’’ kuralı, artık içtihat haline gelmiştir (CGK 16.10.2007, K. 210, CGK 6.2.2007, K. 25, CGK 4.7.2006, K.180, CGK 14.10.2008, K. 219 ve CGK 12.4.2011, K. 201–54 sayılı kararlar da aynı yöndedir).

Bunun dışında; ağır ceza mahkemesi kararından, iletişimin tespitinin; kim hakkında, hangi iletişim araçları bakımından verildiğinin ve ne suret-

le gerçekleştirildiğinin anlaşılabilir ve denetlenebilir olması gerekir. Kararının okunaklı olması ve tasdikli suretlerinin duruşma dosyasında hazır bulundurulması Yargıtay denetimine olanak sağlanması gerekir (1 CD. 12.6.2007, K. 2007-4754).

Soruşturma evresinde verilen iletişimin denetlenmesi kararının dosyaya getirilip, duruşmada okunması ve hukuka uygun olarak elde edilip edilmediğinin tartışılması ve bunun hükmün gerekçesine yansıtılması gerekir (4 CD. 10. 7. 2008, K. 2008-15780; CGK 16.10.2007, K. 217-210, CGK 6.2.2007, K. 250-25, CGK 4.7.2006, K. 127-180 CGK 14.10.2008, K. 2008-219).

*8) Müdafinin dosyayı incelemesi sırasında iletişimin denetlenmesine ilişkin verilerin gizli tutulup tutulmayacağı sorunu.*

İletişimin denetlenmesinden elde edilen elektronik veya dijital veriler tape edilerek insan tarafından algılanabilir birer belge haline getirilirler. 2007 tarihli mülga Yönetmeliğin 9/6 maddesine göre, TİB deki esas veri taşıyıcısındaki tüm veriler, Cumhuriyet savcısınca görevlendirilen personelce ayrı bir alt veri taşıyıcısına kaydedilir ve bu husus İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması Tutanağına kayıt edilerek, Yönetmeliğin 7 inci maddesine göre Cumhuriyet savcısına teslim edilir. Böylece, CMK 153 anlamında, soruşturma dosyasının bir belgesi ortaya çıkar.

Ancak, iletişimin denetlenmesi tedbirinin devam ettiği sürece, bu işlemler gizli tutulacağından (CMK 135/6), müdafinin soruşturma dosyasının bu kısmını incelemesine yasal bir engel vardır. Ancak, bir örgüt suçu soruşturuluyorsa bir şüpheli hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri sona erdikten sonra da, henüz soruşturma evresi bitmeden, diğer birkaç şüpheli hakkında devam eden tedbir varsa, soruşturmanın gizliliği ilkesi gereğince bunların da müdafii tarafından incelenmemesi gerektiğini söyleyebiliriz. Ancak CMK 153/2 deki sınırlamalar 2014-6526 ile kaldırıldığı için, ileride hukuki tartışmalar çıkması beklenebilir.

Bu tartışmalarda tutuklama kararı verilmesinin ayrı bir yeri vardır; şüpheli hakkında tutuklama kararı verilmesi söz konusu ise müdafinin tutuklamada kullanılacak bilgi ve belgeleri görmesi ve savunma hazırlaması gerektiği için (Mooren-Almanya kararı), sadece bu belgerin müdafie



gösterilmesi gerekir.

Müdafinin inceleyebileceği belgeler, alt veri taşıyıcısına kayıt edilenlerdir. TİB deki ana veri taşıyıcısı ise dosyanın bir parçası durumunda olmadığı için, müdafî tarafından incelenememelidir.

## **II- İletişimin Denetlenmesinden elde edilen delillerin niteliği.**

### *1) Denetlemeden elde edilen delillerin niteliği.*

İletişimin denetlenmesi, yeni araştırma işlemlerinin yapılması için, “ipuçları” elde etmeye yarayan bir tedbirdir. Telefon iletişim tutanakları kişiler arasındaki sosyal ilişkilerin niteliği konusunda da delil olarak kullanılabilir; mesela, bir cinsel ilişkinin rızai mi, yoksa zora mı dayalı olduğu konusunda, ispat aracı olarak kullanılmıştır (5. CD 20.5.2008, K. 4651).

Ender olmakla birlikte iletişimin denetlenmesinden, hüküm vermede doğrudan kullanılacak delil de elde edilebilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri dört ayrı yöntem ile gerçekleştirilebileceği için (mobil telefonun bulunduğu yerin belirlenmesi delil olmaz), her birinin ayrı özellikler taşıdığına dikkat edilmelidir. Mesela konuşmanın içeriği bilinmeksizin, bir kişinin belli bir zaman aralığı içinde hangi kişilerle temasta bulunduğu konusunda “belirtti” oluşturan irtibat listeleri, ancak dolaylı bir ispat sağlıyorlar (8. CD 12.5.2009, K. 2009-6705).

Sanıkların yaptıkları telefon görüşmelerinden elde edilen bilgilere ilişkin maddi kanıtlarla desteklenmeyen belirti kanıtların, savunmalarının aksine cezalandırılmalarına yeterli, kesin ve inandırıcı olmaması ve ayrıca üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna da rastlanmaması karşısında, sanıklar hakkında beraat yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirir.

“Dinlemeden” elde edilen bilgi. Görevli memurun hukuka uygun bir şekilde kendi kulağı ile duyduğu bilgiler, onun hafızasında kalır. Bu gibi durumlarda dinlemeyi yapan memurlar, konuşmayı birlikte duymuş oldukları için, “tanık” sıfatını kazanırlar.

Kayda alınan konuşma. Hakimin verdiği karar uyarınca kayıt yapıldığı durumlarda, kayıttaki ses suçu anlatıyorsa, bu bir “ikrar” sayılmaz. Zira,

hukuken gerekli bir “ikrar” için ilgiliye isnat ile susma hakkının öğretilmiş olması gerekir. Konuşmanın veya yazıların kaydedildiği veri taşıyıcı “belirti” türü bir delil olarak, keşif yönetimi ile duruşmada delil olarak ortaya konulur.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yolu ile elde edilen veriler. Hakimin kararında sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine izin verilmiş ise bu yöntemde elde edilen veriler “açık veya kapalı elektrik devreleri” biçiminde elle tutulamayan ve gözle görülemeyen verilerdir. Bunların bilirkişisi incelemesi yolu ile anlamlandırılması gerekir. Neticede ortaya çıkan bilgi, çok dolaylı olarak bir kişinin nerelerde bulunabileceği hakkında fikir veren verilerdir. Doğrudan ispat aracı olarak kullanılsa da şüphe sebebi olarak kullanılabilirler.

Mobil telefonun yerinin tespiti. CMK 135/5 ile düzenlenen bu işlem “amaca bağlıdır”. 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).

Görüldüğü gibi, iletişimin denetlenmesinden elde edilen delil, dinlemedeki tanık beyanı dışındaki hallerde “belirti” delili elde edilir.

Belirti delilleri ise olayı tek başına ispat edemez. Birden çok belirtinin olay resminin büyük çoğunluğunu ortaya kıyması gerekir (10 CD. 2.11.2007, K. 2007-12471).

İletişim tutanakları dışında delil bulunmadığı hallerde mahkumiyet kararı verilemez. İletişim kayıtlarının içeriği maddi bulgularla desteklenmelidir (8 CD. 22.1.2009, K. 2009/479). Tek başına olayı nitelendirmeye yarayacak bilgileri içermeyen iletişimin tespiti tutanakları dışında delil elde edilmemişse, mahkumiyet kararı verilemez (CGK 5.10.2010, K. 2010-189). Tek delil olarak iletişimin tespit tutanağı, mahkumiyet kararı verilmesi için yeterli değildir. (CGK 5.10.2010, K. 189). Toplu halde silah ticareti yapma suçundan kurulan hükmünde; topluluk oluşturacak boyutta ortaklık ve birlikteliğin bulunduğuna dair, iletişim tutanakları dışında delil bulunmadığı gibi, kişisel ihtiyaçla bulundurma savunmasının aksine, sat-

mak amacına dair kanıt bulunmadığından, 6136 sK m. 13/3 uyarınca cezalandırma gerekirken, 12/2 maddenin uygulanması, bozmayı gerektirmiştir (8. CD 22.1.2009, K. 2009-479).

Telefon dinlemeden elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde “delil olarak” hangi yöntemle kullanılacağı konusunda Ceza Muhakemesi Kanununda açıklık yoktur. Federal Alman Yargıtay’ı band 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 kullanılmasının yasak olmasının yanında, “şüpheli ile yaptığı konuşmaya katılan diğer kişinin” duruşmada tanık sıfatı ile dinlenmesi, veya “canlı konuşmayı yasa dışı olarak dinlemiş bulunan kolluk görevlisinin konuşulanları dinleyen kişi” sıfatı ile tanık olarak duruşmada dinlenmesi yöntemi ile “soru sorulup, alınan cevapların” da, duruşmaya delil biçiminde dahil edilmesi kabul edilmemelidir.

Aynı şekilde, yasa dışı yöntemle dinlenen sanığa, duruşma sırasında dinlemeden elde edilen kayıtların içeriği söylenerek, bu hususta ne diyeceği sorulup, suçun ikrar ettirildiği halde de, hakları bildirilmiş olmasına rağmen, bu ikrarı delil olarak kullanılamamalıdır.

*2) Katalogda yer almayan bir suçta; dinleme, kayda alma sinyal bilgisinin değerlendirilmesi, kanuna aykırıdır; iletişimin tespiti yapılabilir.*

Kanun iletişimin tespiti ve mobil telefonun bulunduğu yerin tespitini her suç için açık tutarken, “dinleme”, “kayda alma” ve “ sinyal bilgilerinin değerlendirmesi” türü iletişimin denetlenmesi yapılabilmesi için, liste halinde saydığı “katalog suçları” göstermiştir.

Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Örgüt Suçları Kanununda dinleme kapsamına giren suçlar arasında göçmen kaçakçılığı yoktu. Bu kanuna göre dinlenemeyen bu suçtan dolayı dinleme yapıp delil elde edilmiş olursa, suç sonradan CMK 135 deki katalogda yer alan bir suç olarak düzenlenebile, ses kayıtları delil olarak 2005 sonrası bir muhakemede kullanılmamalıdır (8 CD. 23.1.2007, K. 2007-320 sayılı karardaki karşı oy). Nitekim

bu karşı oy daha sonra Ceza Genel Kurulunun 3.7.2007 tarih ve 2007-167 sayılı kararına yansımış ve Yargıtay, 2005 öncesi tesadüfi delil düzenlenmediği için, 4422 sK. dan elde edilen tesadüfi delilin kullanılama-yacağına karar vermiştir. CGK 22.1.2008, K. 2008-3’de aynı yöndedir.

### 3) 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 “denetleme 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 muhake-mede”, o sanık için ve diğer bütün suç ortakları bakımından, hiçbir sınır-lamaya tâbi olmaksızın kullanılabilir. Kararın verildiği sırada, diğer suç ortaklarının bilinmemesi, tesadüfen elde edilen delil niteliğindeki olduk-ları için, kullanılabilmeyi etkilemez.

İletişim dinlemesi kararı verildikten sonra herhangi bir delil elde edile-mediyi durumlarda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilirse, aynı kişi hakkında aynı konuda tekrar dinleme yapılamaz. Ancak, başka suçlar açısından yeni bir tedbir kararı verilebilir.

### 4) Özel hayatın gizliliğinin korunması.

Kanun, telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimi, özel hayatın gizlili-ğini korumak için, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, özel haya-tın gizli alanını ihlal etmeyen tespitlerin delil olarak kullanılmasınca sa-kınca yoktur.

Anayasa Mahkemesi 1971 yılında verdiği kararda, telefon dinlemeye ait kayıtların mahkeme tarafından gözönünde tutulabilecek ciddiyette olma-dığını ifade etmiş, fakat telefon dinleme işleminin özel hayat ile ilişkisi konusunu tartışmamıştır. Askeri Yargıtay ise bu konuyu irdelemiş, gizlice yapılan band kayıtlarının, Anayasa ve yasaya uygun oldukları takdirde delil olarak kullanılabileceğini açıklamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin telefon dinleme ile ilgili kararları vardır. 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 band kaydının kullanılmasını İHAS 6’ya aykırı bulmamıştır.

Hakim kararı ile yapılan dinleme sırasında, iletişimi denetlenen kişiyi arayan herkes bakımından yapılan kayıt da hukuka uygundur. Ancak, dinlenecek olan suç, hakkında dinleme kararı verilebilen bir suç kategorisine girmelidir.

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. Zira, suç işlemek sureti ile kişilik geliştirilemez: Özel hayatın korunması, gizli alanda kişiliğın geliştirilebilmesi için kabul edilmiştir.

Veri taşıyıcı olarak ses veya görüntü taşıyan her türlü araç, içerdiği ses veya görüntüler hukuka uygun bir şekilde kayıt edilmiş ise delil kaynağı olarak hizmet görebilir. 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).

Seslerin banda, plağa veya tele kaydedilmesi ile elde edilen veriler bir belirti delili niteliğindedir. Ancak, dikkat edilmesi gereken iki nokta vardır: sağlamlık ve hukuka uygunluk. Band üzerinde tahrifat yoksa ve hukukun kabul ettiği bir şekilde kayıt edilmişse, bandlar delil olarak kabul edilir.

Yargıtay da, ses taşıyan bandları delil olarak kabul etmektedir. Ancak bunlar tek başına delil vasfı taşımazlar ve başka delillerle bütünleşmeleri gerekir.

Meselâ, iletişimin dinlenmesinden elde edilen band 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, hakim kararı alınmış ve hukuk kuralları içinde hareket edilmişse, band kayıtları ‘delil’ olarak kullanılabilir.

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. Polise telefonla yapılan ihbarların banda kaydedilmesi halinde de, ileride yapılacak araştırmalarda bunlardan yararlanılabilir.

Şüpheli ve sanığın ifadesi alınırken de band kaydı yapılması artık mecburidir (CMK 147). Bu tür band kayıtlarının hukuka uygun bir delil niteliği kazanabilmesi için CMK 147 öncesinde, ilgilinin önceden band 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 hukuka aykırı olur.

Band kayıtlarının “hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil” olma vasfını kazanabilmesi için, yasalara uygun bir şekilde ve özel hayatın gizli alanını ihlal etmeden kayıt edilmiş olmaları gerekir. Eğer kayıt, fertlerin Anayasa teminatı altında bulunan hakları ihlâl edilerek yapılmışsa, kanuna aykırı olarak elde edilen bir delil söz konusu olduğundan, bunların hüküm verilirken kullanılıp, kullanılamayacağı (CMK 217/1) ve hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil (CMK 217/2) sayılıp sayılmayacağı, ayrıca değerlendirilmelidir.

*5) İnsan kulağı ile yapılan gizli dinlemeden veya radyo ile yapılan konuşmaların dinlenmesinden elde edilen deliller.*

Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan

üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali, haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır (TCK 132/1).

Alet kullanmaksızın, çıplak kulak ile yapılan gizli dinleme ayrı bir hukuki tartışmayı gerektirir. CMK 135 telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesini, yani alet ile yapılan haberleşmeyi düzenlemiş, Türk Ceza Kanunu telefon haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle yapılanı suç haline getirmiştir (TCK 132).

Çıplak kulakla yapılan gizli dinlemenin suç teşkil edebilmesi için, “kişinin konuştuklarını gizli tutma iradesi ve bu konuda makul bir beklentisi” bulunması gerekir. Mesela, aleni bir parkta yapılan karşılıklı konuşmalarda, gelen geçen insanların bunu duyabilmesi ihtimali yüksek olduğundan, makul bir kişinin gizli tutma iradesi olduğundan bahsedilememekte ve dolayısıyla dinleme fiili suç teşkil etmemektedir. Ancak, yapılan konuşma konutun içinde ise gizlilik beklentisi vardır ve bu konuşmayı pencere arasından gizlice dinleyen kişi suç işlemiş olabilir. Ancak, pencere açık olduğu için, odada yüksek sesle yapılan konuşmanın sokaktan geçenler tarafından duyulabileceği hallerde, makul bir gizlilik beklentisinden söz edilemez.

Radyo dalgaları veya telsiz ile yapılan haberleşmede de gizlilik beklentisi olamaz. Marinaya yaklaşan yat kaptanının kule ile yaptığı haberleşmeyi diğer kaptanlar da duyar. Aynı frekansa giren herkesin konuşmayı manyetik ortamda kolayca zaptetmesi mümkün olduğu haller, Amerika’da Federal Ceza Kanununun 2510 ncu maddesinde tanımlar verilirken, herkesin kolayca alabileceği tarzdaki iletişim olarak tanımlanmış ve hukuka uygunluk halleri arasında gösterilmiştir.

#### 6) *Hat sahibinin rızası sorunu.*

Telefonunun banda kaydedilmesi hariç, sadece dinlenmesine rıza gösteren hat sahibinin bu rızasının hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı ve ayrıca hakim kararı alınmasına gerek bulunmadığı, oybirliği ile kabul edilmektedir. Buna karşılık, hat sahibi telefon konuşmasının “banda kaydedilmesine” rıza gösterirse, bu rıza StGB 201/I’e aykırı olduğu için, geçersiz sayılmaktadır.

7) *Hakim kararının “hukuka aykırı” olduğu durumlarda, dinlenmeden elde edilen bilginin değerlendirilmesi sorunu.*

Hakimin verdiği karar hukuka aykırı ise bu dinlemeden 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. Karara dayanan dinleme sırasında, konuşma bittikten sonra tam yerine oturmayan telefonda banda kayıt edilen bilgiler de kullanılamaz. Aynı kural, telefonla konuşulurken aynı mekanda başkaları tarafından yapılan konuşmaların da kayda alınması halinde geçerlidir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bilgiler. Ceza Muhakemesi Kanunu, tesadüfen elde edilen deliller konusunda da özel hüküm sevketmiştir (CMK 138/2): Katalogda sayılan suçlara ilişkin olan “tesadüfen” elde edilen bilgiler kullanılabilir, katalog dışı suçlara ilişkin deliller kullanılamaz. Telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yürütülen soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak 135 nci maddenin 6 ncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek olan delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum C. savcılığına derhal bildirilir.

8) *Müdafinin iletişiminin denetlenmesinden elde edilen deliller.*

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.

Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasında yapılan iletişim kayda alınmaz. Bu durum kayıttan sonra anlaşıldığında bunlar derhal yok edilir (CMK 135/3). O halde, bu kayıtlar da delil olarak kullanılamaz.



9) *Telekominikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesinden elde edilen bilginin “hukuka uygun delil” olarak hüküm verirken kullanılması.*

Dinlenen sesin delil olarak kullanılabilmesi için, dinlemenin kanun tarafından çizilmiş olan sınırlar dahilinde yapılmış olması şarttır. Bu sınırlar aşılarak elde edilen bilgiler duruşmada delil olarak kullanılamaz: Ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile verdiği karar (CMK “2014-6526” 135/1) olmadan kayıt edilmiş olan konuşma, delil olarak kullanılamaz. Ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayan bilgiler içeren bandların ve bunların içeriklerine ait tutanakların derhal imha edilmeleri gerekir. Usulüne uygun olarak, yetkili ve görevli yargılama makamı tarafından verilen telefon dinleme kararı, Devletin zel hayatın gizli alanına girmesine izin verir. Dinlenen kişiye arayan kişilerin, şüpheli veya sanıkla yaptıkları konuşmalar da, hakimin kararı içinde kaldığı için, hukuka uygun bir şekilde dinlenebilir ve kayda alınabilir.

10) *Tanıklıktan ekinme hakkı olan kişinin suça iştirak eden kişi konumunda olduğu durumlar.*

Bu durumda Cumhuriyet savcısına derhal haber verilir. Suça iştirak eden konumdaki kişi hakkında teknik dinleme kararı alınır. Suça iştirak eden kişi bu durumda bu haktan yararlanamaz. Yani konuşmalara suç tespitinde delil olarak değerlendirilir.

### **III- İletişimin denetlenmesi kararlarının yerine getirilmesi (CMK 137/1).**

1) *İletişimin denetlenmesi yöntemi.*

a) *İletişimin denetlenmesinin gerçekleştirilmesi.*

Hkim tarafından verilen kararlar Savcılıkça yerine getirilir. Kanunun genel sistematığı budur. Denetleme konusu suçun niteliğine göre kararı vermeye hangi mahkeme yetkili is, o mahkemenin Cumhuriyet savcısı yetkilidir. Hakimin verdiği denetleme kararı gereğince, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurumdan dinleme 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. Cumhuriyet 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).

Acele hallerde savcı önce sözle veya telefonla da emir vererek yazılı karar veya emri sonradan gönderilebilir.

İletişiminin denetlenmesi amacıyla bir hattın tahsis edilmesini posta idaresinden istemek görevi savcındır. Kolluğa kendiliğinden hat tahsis edilmesini isteme yetkisi verilmemiştir. Kolluk sadece savcı tarafından görevlendirildiği hallerde telefon idaresinden hat isteme yetkisini kazanabilir.

*b) Denetlemenin yapılacağı yer.*

Fiili dinleme işlemi Başbakanlığa bağlı Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde Kurum başkanına doğrudan doğruya bağlı “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı“ adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür (PYSK Ek m.7/10). Diğer bir ifade ile kolluk mensubu, telefon idaresine girip oradan dinleme yapamaz .

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 band 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 kolluk memuru değişeceği için içeriği bakımından tutanakları inceleyenler üzerinde bir güven duygusu doğmasını sağlayacağı gibi tutanağı düzenleyen yani, dinlemeyi yapan memurun mahkeme önünde tanık olması sağlanır. Duruşmada sanık ve müdafinin bu tanığı 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.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kanunla verilmiş olmayan “itiraz” yetkisi de vardır. Yönetmelikte hakim kararına itiraz yetkisi verilmesi hukuka aykırıdır. Telekomünikasyon hizmeti sağlayan kuruluşlar veya Telefon İdaresi ise hâkimden yazılı karar veya savcıdan yazılı emir geldiği hallerde “hâkimin verdiği kararın hukuka uygun olup olmadığını” denetlemek yetkisine sahip değildir. Aynı şey savcı emri (kararı) bakımından da geçerli olup Telefon İdaresi gecikmenin tehlike yaratıp yaratmayacağına araştırılmaz.

*2) 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 Telefon İdaresi 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.

*3) Kayıtların metin haline getirilmesi (CMK 137/2).*

İletişimin denetlenmesi kararı üzerine tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin haline getirilir (CMK 137/2).

Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe’ye çevrilir.

Bizde kayıtlar genellikle kolluk tarafından metin haline getirilmekte ve konuşmada kullanılan bazı ifadelerin, mesela “beyaz” kelimesinin “uyuşturucu madde” anlamına geldiği, kolluk tarafından parantez içinde gösterilmektedir. Bu tür açıklamaların metin içinde yer alması, okuyanda bir ön yargı oluşturduğu için sakıncalıdır. Ancak kolluğun bu alandaki tecrübesinden yararlanılması da gerekmektedir. Bu nedenle ek bir liste olarak genellikle hangi kelimelerin o örgüt tarafından hangi anlamda kullanıldığının açıklanması yararlıdır ve hukuken sakıncalı değildir.

#### **IV- İletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesi ve kayıtların imha edilmesi (CMK 137/3).**

*1) İletişimin denetlenmesi tedbirine son verme.*

*a) Hakimin Cumhuriyet savcısının emrini onaylamaması.*

İletişimin denetlenmesine hakim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da iletişimin denetlenmesi emri (CMK 135 “kararı” diyor) verebilir. Cumhuriyet savcısı kendi verdiği “kararı”, derhal hakimin onayına sunar ve hakim kararını en geç 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Hakimin verdiği karar, ileriye dönük bir karar olup, karar tarihinden sonra yapılacak olan iletişimin denetlenmesi işlemlerine, ileriye yönelik olarak yetki verir.

Cumhuriyet savcısının hakim 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).

Bunun gibi ifade alma, arama, elkoyma ve benzeri klâsik metodlarla 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, Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır.

*b) İletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesi.*

İfade alma, arama, elkoyma ve benzeri klâsik metodlarla 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, Cumhuriyet 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 denetleme-

ye son veremez. Denetlemenin sona ermesini dűşündüğünde, sorunu savcıya iletmeli ve Cumhuriyet savcısının emrini almalıdır.

Hâkim denetleme kararını sona erdirmek yetkisine sahip değil ise de, savcının dinlemeye son verdiğini, hâkime bildirmesi gerekir. Bu gibi hal-lerde, hâkim, posta idaresine yönelik olarak, dinlemenin sona erdiğini ve hattın geri alınmasına karar verdiğini gösteren bir karar alır.

*c) Kayıtların imha edilmesi.*

İletişimin denetlenmesi sırasında, o şüpheli ile ilgili olarak başlangıçta mevcut olan ‘makul şüphe sebebi’ ortadan kalkar veya yetersiz kalır ve “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir ya da hakim onayı alınmazsa, 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).

Burada “delil yasağı” yaratılmıştır: Cumhuriyet savcısının kararı ile yapılan denetlemeler bu süre içerisinde hukuka uygundur. Bu işlemde elde edilen bilgiler, hüküm verilirken kullanılabilir. Ancak, Kanun kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasına verdiği büyük önem dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının kararı hakim tarafından onaylanmadığı takdirde, yapılan denetlemeye ilişkin kayıtların Cumhuriyet 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.

**V– İletişimi denetlenen kişiye bilgi verilmesi (CMK 137/4).**

Denetlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir (CMK “2005–5353” 137/4). “Yok edilecek” olan, ilk aşamada hukuka uygun olarak verilmiş olan hakim kararına dayanarak yapılmış olan iletişimin denetlenmesi işlemleri ile elde edilen verilerdir. Kararın kendisi ve bu kararın alınmasına, yeni soruşturmayı başlatan şüphe sebeplerinin ise dosyada muhafaza edileceği açıktır.

5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, imha tarihinden itibaren

onbeş gün içinde Cumhuriyet savcısı tarafından bildirim yapılması kabul edilmişti. Değişiklikle artık soruşturmanın bitiminden itibaren onbeş gün içinde bildirim yapılması kabul edilmiştir. Örgüt suçu nedeniyle birden fazla kişi hakkında birlikte soruşturma yürütülüyorsa, biri hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri sona erse bile, bu kişiye haber verildiği takdirde, diğer soruşturulan kişiler iletişimlerinin denetlendiğini anlarlar. Bu nedenle, örgüt suçlarında soruşturulan bütün şüpheliler hakkında kovuşturma aşamasına geçildiğinde bildirim yapılması, maksada daha uygundur. Alman Kanunundaki bildirim konusundaki hükümler (StPO 101) nazara alınarak maddenin tekrar düzenlenmesi yerinde olacaktır.

### **VI– Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bilgiler.**

*1) İletişimin denetlenmesi yöntemlerinden tesadüfen elde edilen delil, sadece CMK 135/6 kapsamındaki suçlarda kullanılabilir.*

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 138/2) tesadüfen elde edilen deliller konusunda da özel hüküm sevk etmiştir: telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yürütülen soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak 135 nci maddenin 6 ncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek olan delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir.

İletişimin denetlenmesi yöntemleri; dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti şekillerinde olabileceği için, bütün bu yöntemler yasak kapsamındadır.

Sadece katalogda sayılan suçlara ilişkin olan “tesadüfen” elde edilen bilgiler kullanılabilir, katalog dışı suçlara ilişkin deliller kullanılamaz. Kanunda öngörülen ağır bir suçtan dolayı yapılan telefon dinleme sırasında, dinlenen hattın sahibi dışındaki kişilerin de bu telefon hattını kullanarak yaptıkları veya bu hattı arayan üçüncü şahısların yaptıkları konuşmalarda, katalogda yer alan ağır suçlardan birine ait bilgi varsa, bunlar delil olarak kullanılabilir (CMK 138/2). Bu hüküm, kıyas yolu ile genişletilemez. Aksine bir uygulama, “dinlemenin sınırlı sayıdaki suçlarda kabul edilmesi

kuralının” dolanılmasına, kanuna karşı hile yapılmasına yol açabilirdi. Bu husus, soruşturma dosyasına, kolluk kuvveti ve savcılık makamı tarafından mutlak şekilde yansıtılacak ve suç kataloğuna girdiği anlaşılan yeni suç bakımından m. 135/1 de gösterilen usul ve esas çerçevesinde dinleme ve kayıt altına alma kararı alınması koşuluyla iletişimin dinlenmesi ve kayıt altına alınmasına devam edilebilecektir.

2) *Mülga 4422 dönemine ait tesadüfi delillerin durumu.*

Tesadüfi delillerin sadece katalog suçlarda kabul edilmesine ilişkin bu hüküm, CMK ile yeni sevk edilmiştir. Bu nedenle, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce tesadüfen elde edilen deliller hüküm verilirken kullanılamaz.

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 3.7.2007, K. 167). Tesadüfen elde edilen bilgi, Kanunun denetlenmesine izin verdiği suçlardan ise veya iletişimin denetlenmesine açık olmayan fiil, dinlenebilen bir suç fiili ile bağlantılı ise ses kayıtları duruşmada delil olarak kullanılabilir.

3) *Tesadüfen elde edilen suç şüphesinin, “soruşturma başlatmak için kullanılması” sorunu.*

İletişimin denetlenmesi sırasında, şüphelinin (veya diğer üçüncü şahısların) denetleme kararına konu teşkil eden suç dışında, başka suçlar işledikleri renilirse, bu bilgiler yeni renilen suçlardan dolayı “araştırma ve soruşturma yapılması için” hiç bir kısıtlama olmaksızın kullanılabilir. Mesela, şüphelinin başka bir “hırsızlık veya dolandırıcılık” suçu da işlemiş olduğu renilirse, renilen ikinci suç, CMK 135’deki katalogda sayılan suçlardan olmasa bile bizce, bu yeni suçtan soruşturma başlatılabilir.

Alman Hukuku da, hukuka aykırı olarak elde edilen “tesadüfi bilgilerin” duruşmada delil olarak kullanılamasına izin vermiyorsa da, bunların “şüphe sebebi” olarak soruşturma başlatması açısından değerlendirilmesini kabul etmektedir: işlendiğinden şüphelenilen bu suçlar hakkında ms-

takil bir soruşturma açılabilir. Alman Anayasa Mahkemesi, doktrinde ileri sürülen ve yargı makamları tarafından da benimsenen bu görüşün, Alman Temel Kanuna aykırı olmadığına karar vermiştir (BVerfG, 2 BvR 866/05, Beschluss v. 29.06.2005, HRRS 2005 Nr. 706).

Anayasamızın “kanuna aykırı bulgu” tanımı (Any. “2001.4709” 38) için de, bu görüşün Türk Hukukunda benimsenmesi zordur. Anayasa’da kullanılan “bulgu” terimi soruşturma evresinde elde elden ve ileride delil olacak hususları kapsadığından, Türk Hukuku kanuna aykırı deliller açısından, mukayeseli hukuka nazaran çok daha kısıtlayıcı bir şekil almış bulunmaktadır. CMK 206/2–a kanuna aykırı elde edilen delillerin duruşmada ortaya konmasını da yasaklamıştır. Bu kadar kısıtlayıcı bir yaklaşım, kanunların tam olarak uygulandığı günler geldiğinde soruşturma ve kovuşturmaların yapılamaz hale gelmesine neden olacaktır. Kanunların tam olarak uygulanmadığı bu günlerde henüz böyle bir tehlike bulunmamaktadır. Anayasa ve Kanundaki bu kısıtlayıcı yaklaşımı aşmak bakımından, kanuna aykırı elde edilmiş olan bulguların en azından bir “ihbar” gibi kabul edilmesi (CMK 158) ve bunun doğru olup olmadığının araştırılmasının kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Alman Hukuku, rgt suçlarındaki tesadüfi deliller ile ilgili olarak geniş yorum metodunu uygulamaktadır. 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. Ancak bizde olduğu gibi Alman hukukunda da bu yetkinin geniş olarak kullanıldığı ve başlangıçta örgüt suçu var zannedilerek yapılan soruşturmalarda sonradan fiilin rgtli olmadığının anlaşılmasına rağmen elde edilen bilgilerin duruşmada kullanıldığı grlmştir. İletişimin denetlenmesi mümkün olmayan suçların soruşturmalarından elde edilen bilgilerin ileride kullanılması tenkit edilmiştir. Bunun zerine, 1.7.1992 tarihinde yürürlüğe giren OrgKG ile Alman Ceza Muhakemesi Kanununa eklenen ř 100b V ile tesadüfen elde edilen bilgilerin sadece katalogda sayılan suçlar bakımından delil olarak kullanılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, tesadüfen elde edilen bilginin yeni bir hazırlık soruşturmasına yol açması kuralı devam etmektedir. Kühne bunu “kr atış’a” benzetmektedir.



Tesadüfen elde edilen ve katalog kapsamına girmediği için duruşmada kullanılmayan bir bilgiden yola çıkılarak, yeni bazı deliller elde edilirse, bunların duruşmada ikame edilmesi bakımından farklı görüşler vardır. Federal Yargıtay bir kararında bunu kabul ederken, diğer bir kararında kabul etmemiştir.

## § 18– GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ (CMK 139)

### I– Gizli soruşturmacı kavramı.

#### 1) *Gizli soruşturmacı.*

Gizli soruşturmacı, örgüt suçlarında başka surette delil elde edilememesi halinde, örgüt mensubu gibi hareket ederek, delil toplayan bir kamu görevlisidir. CMK 139/3 deki düzenlemeden, gizli soruşturmacının ancak örgütlü suçlarda veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda mümkün olduğunu anlıyoruz. Zira 139/3 de gizli soruşturmacının görevleri sayılırken “örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamak olarak belirtilmiştir.

Diğer gizli koruma tedbirlerinin aksine, gizli soruşturmacı görevlendirmesinde herhangi bir süre kısıtlaması getirilmemiştir. Örgütsel suçun aydınlatılması amacıyla oldukça amaca uygun bir düzenlemedir. Gizli görevli ne kadar çalışması gerekiyorsa o kadar çalışmalıdır.

Gizli soruşturmacı, işlenmiş olan bir suç konusunda araştırma yapan ve delil toplayan bir kamu görevlisidir.

Gizli soruşturmacı; gözetlemek, izlemek, örgüte 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 işlemleri yapabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu “gizli görevlinin” adını değiştirmiş ve “gizli soruşturmacı” yapmıştır.

#### 2) *Gizli soruşturmacının statüsü.*

Gizli soruşturmacı sadece kamu görevlileri arasından belirlenerek

görevlendirilebilmektedir. Bu soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Soruşturmacı bu kimlikle hukuki işlemler yapabilir. 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).

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.

### 3) *X muhbir.*

Kolluğun bilgi toplamada kullandığı özel kişiler, “muhbir” statüsündedir. “Gizli soruşturmacıyı” düzenlemiş bulunan CMK, özel kişilerden bilgi alınmasını, bu kişilerin “güvenilir kişi” sıfatıyla kullanılmalarını düzenlememiştir.

Örgüt suçları ile ilgili araştırmalarda kolluğun bazı durumlarda uyguladığı bu yöntemde, hedef kişinin aktif bir hareketinin bulunmadığı durumlarda, teklif veya aktif hareket, kolluk adına çalışan “X muhbirden” gelmiş ise ortada bir hile bulunduğu için, AHİM’in Burak Hun/Türkiye kararında belirttiği gibi, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi gündeme gelebilir.

## **II– Gizli soruşturmacının görevlendirilme koşulları.**

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi önkoşul olarak kabul edilmiştir (CMK “2014–6526” 139).

### 1) *Somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması.*

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 değişiklikte, “suçun işlendiği hususunda somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebebi” kavramını kullanmıştır.

CMK 100/1 ise 2014–6526 değişikliği ile “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller” kavramından yolu çıkmıştır. Tutuklama kararı verilmesi için bulunması gereken kuvvetli suç şüphesi, iddianame düzenlenmesi için gereken yeterli şüphe den daha yoğun bir şüphe derecesi olduğu halde, gizli soruşturma yöntemlerinin uygulanabilmesi için, basit şüphe kafidir, ama şüphe sebebinin kuvvetli, yani somut delile ayanması ve sağlam olması gerekir; esasen tutuklama için gereken şüphe 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 taşırlar: eğer klasik araştırma yöntemleri ile delil elde edilebiliyorsa, istisnai nitelikte olan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirme veya teknik araçlarla izleme yoluna gidilemez.

### 3) Ağır ceza mahkemesinin kararı.

Temel hakların kısıtlanmasında, Anayasa’nın 13 üncü maddesine göre, kolluğa özel yetki veren bir norm mevcut bulunmalıdır. Bu normun öngördüğü hak kısıtlama nedenlerinin somut olayda gerekleşiş gerçekleşmediğini belirlemek ise hakların bekçisi durumundaki yargılama makamına verilmiş bir görevdir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz zerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır (CMK “2014–6526” 139/1).

Kanunun ilk yürürlüğe girdiği sırada, gecikmesinde sakınca olan hallerde bu yetki Cumhuriyet savcısına da verilmiş, fakat hakimın dana sonra denetlemesi ngrlmşt. Cumhuriyet savcısının bu emri hakimın onayına tabi tutulmamıştı. Ancak, 2014–6526 sK ile yapılan değişiklikle, Cumhuriyet savcısının yetkisi kaldırıldı.

**III–Soruşturucunun kimliğinin değiştirilmesi (CMK 139/2).**

Gizli soruşturmacı bir kamu görevlisi olarak örgüt içine sızmak için, değiştirilmiş bir kimliğe muhtaçtır. Kanun bu amaçla, gizli soruşturmacıya değiştirilmiş yeni bir kimlik düzenlenmesine izin vermiştir. Soruşturmacı bu kimlik ile hukuki işlemler yapabilir (CMK 139/2).

**IV– Gizli soruşturmacı görevlendirme kararı.**

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararını ağır ceza mahkemesi oy birliğiyle verir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır (CMK “2014–6526” 139/1).

*1) Gizli soruşturmacının araştırmakla görevlendirilebileceği suçlar (CMK 139/7).*

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 şu suçlarda araştırma yapabilir: a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315). b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar (CMK 139/7).

Bu listede suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, TCK 220) suçunun muhafaza edildiği görülmektedir. Oysa, iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin suç listesinden bu suç 2014-6526 sayılı Kanun ile çıkartılmıştır. Diğer tedbirlerden suç işlemek amacı ile örgüt kurma suçunun çıkartılıp, güçlü soruşturmacı görevlendirme suçunun listesinde muhafaza edilmesinin sebebi, herhalde bu tedbirin niteliğidir. Zira gizli soruşturmacı görevlendirme

tedbiri sadece suç örgütleri için uygulanabilen bir tedbirdir. Eğer TCK 220 buradan da çıkartılmış olsa idi, CMK 139 un içi boşalmış olacaktı.

*2) Kararın verilmesi.*

Soruşturmacı görevlendirme kararı, gizli verilen kararlardandır. Genel ilkeler çerçevesinde yargılama makamları kendiliklerinden karar veremedikleri, ancak bir istem üzerine karar verebildikleri için, Cumhuriyet savcısının bu yönde bir talepte bulunması gerekir.

Batı uygulamalarında, bu kararın verilmesi sırasında şüphelinin pasif haklarını korumak amacı ile hakkında gizli soruşturma tedbiri uygulanacak kişiyi tanımayan ve kimliğini de bilmeyen “güvenilir bir avukatın” görevlendirildiği vardır.

Gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için, bir şüpheli mevcut bulunması ve o kişi hakkında soruşturma başlatılmış olması gerekir.

*3) Kararın saklanması (CMK 139/3).*

Soruşturmacı görevlendirilemesine ilişkin kararı, Cumhuriyet Başsavcılığı saklar. Soruşturmacının kimliği gizli tutulur (CMK 139/3).

**V– Gizli soruşturmacının delil toplama yetkisi (CMK 139/4).**

Soruşturmacı faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür (CMK 139/4).

Ancak, hakim kararı ile yapılması gereken koruma tedbirlerini kendiliğinden uygulayamaz; mesela iletişimi denetleyemez, arama yapamaz, teknik araçlarla izleme yapamaz.

**VI– Soruşturmacının suç işlememesi kuralı (CMK 139/5).**

Soruşturmacı görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu da tutulamaz (CMK 139/5).

**VII– Delilin soruşturmaya bağlılığı ilkesi ve tesadüfi delil yasağı.**

Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz.

Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir (CMK 139/6, Ek Cümle: 2014–6526).

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 konusundaki hüküm sevk etmiş, gizli soruşturmacı veya teknik araçlarla izleme (CMK 140) konusunda tesadüfi delilin kullanılması ile ilgili izin veren bir kural koymamıştır.

### **VIII– Alman Hukukundaki gizli soruşturmacı.**

Örgütlü suçla mücadelede kullanılan gizli araştırmacılar, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda da hukuki bir statüye kavuşturulmuşlardır.

Kavram. Gizli araştırmaları yapan kişi bir “gizli polis” olabileceği gibi, polise zaman zaman gizlice bilgi veren “muhibir” (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” 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 polis, ayrı bir statüdedir.

Suç öncesi gizli araştırmalar. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 110a maddesinde düzenlenmiş olan gizli polis görevlendirme ile ilgili hükümler, suç olayı gerçekleştikten (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.

Adli amaçla gizli görevli kullanma. Gizli görevli kullanılması sınırlı sayıdaki suçlarda kabul edilmiştir. Alman polisi adli amaçla gizli araştırmalar yaparken, muhibir ve mutemet kişiler kullanılmasından ziyade,

kendi yetiştirdiği gizli polisleri (Verdeckte Ermittler) görevlendirmeyi tercih etmektedir. 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.

Duruşmada ikame edilen delil. Gizli ajan kullanılarak elde edilen bilgilerin, duruşmada “delil” olarak kullanılması konusu ise tartişmalıdır.

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; “zgrlk veya güvenlik” sağlanması için değil, “zgrlk ve güvenliğin birlikte gerçekleştirilmesi için elverişli bir sistem oluşturulmalıdır.

Savcılığın ve hakimin 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  gün içinde onaylamazsa, işleme son verilir. Onay yazılı olarak verilir ve işlemin süresi belirtilir. Işlemin 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 hakime aittir. Gecikmede tehlike varsa, savcılığın verdiği onay yeterlidir. Savcılığın onayı zamanında alınamayacak ise işlem yapıldıktan sonra geciktirilmeksizin onay sağlanır.  gün içerisinde hakim onaylamadığı takdirde işleme son verilir.

Gizli araştırma yapan görevlinin kimliği, görev sona erdikten sonra da gizli tutulabilir. Gizli memur görevlendirilmesi konusunda onaylama kararı verecek olan savcı ve hakim, 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.

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 alınamaz.

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.

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).

## § 19– TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME (CMK 140)

### I– Teknik araçlarla izleme kararı verilmesinin koşulları (CMK 140/1).

#### 1) Kavram.

Ceza Muhakemesi Kanunu “teknik araçlarla izleme” adını verdiği bu yöntemde, liste halinde saydığı suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ile işyerinin teknik araçlarla izlenebilmesini, ses veya görüntü



kaydına alınabilmesini, ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile verdiği karar ile olanaklı hale getirmiştir (CMK “2014–6526” 140/1).

2) *Soruşturma başlatılması mecburiyeti.*

Ceza muhakemesinde kullanılan gizli soruşturma yöntemlerinden biri olan teknik araçlarla izleme kararı verilebilmesi için, CMK 160/1 kapsamında bir suç işlendiği izlenimi veren hal bulunmalı ve Cumhuriyet savcısı tarafından numara verilerek, soruşturma başlatılmış bulunmalıdır.

Suç işlenmeden önce, istihbarat çalışmaları kapsamındaki teknik takipler PVSK Ek 7 maddeye tabi olup, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamazlar (PVSK Ek 7/7).

3) *Somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunması koşulu.*

Teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilmesi için, 140 ncı maddede belirtilen suçların işlendiği hususunda “somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebepleri” bulunması gerekir.

Kanun “asıl ceza davasındaki şüphenin kuvvet derecesi” ile koruma tedbirlerinin uygulanması için bulunması gereken şüphenin kuvvet derecesini belli koruma tedbirleri açısından farklı düzenlemiştir. Teknik araçlarla izleme tedbiri açısından, failin suçu işlediğine dair bir şüpheden yola çıkmış, fakat asıl ceza davası bakımından bulunması gereken şüpheden söz etmeksizin, şüphe sebebinin kuvvet derecesini belirlemiştir. Burada, kişiden şüphelenirken dayanılan şüphe sebebinin somut delile dayanması ve kuvvetli olmasını istemektedir.

Bizce, teknik araçlarla izleme tedbiri, basit başlangıç şüphesinin varlığı (CMK 160/1) halinde soruşturma başlatıldıktan sonra uygulanır. Ancak, uygulanabilmesinin koşulu, soruşturma başlatılırken dayanılan şüphe sebebinin somut delillerle desteklenmiş olması ve şüphe sebebinin kuvvetlenmiş olmasıdır.

4) *Başka suretli delil elde edilememesi koşulu.*

Kanunda bu koşul açıkça yazılmamıştır. İletişimin denetlenmesi (CMK 135/1) ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için (CMK 139/1) ön koşul olarak aranan “başka suretle delil elde edememe” unsuru, nedense unutulmuştur.

Bizce, teknik araçlarla izleme tedbiri gizli soruşturma yönütemlerinden biri olduğu, kişinin aleni yerlerdeki özel hayatına ağır bir müdahale teşkil ettiği, istisnai ve ikincil bir yöntem olduğu için, klasik delil araştırma yöntemlerinin başarılı olmamış bulunması burada da aranmalıdır.

## **II- Teknik araçlarla izlemenin kapsamı (CMK 140/1).**

*1) Kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerin izlenmesi (CMK 140/1) ve konutta uygulama yasağı (CMK 140/5).*

Teknik araçlarla izleme kamuya açık, aleni yerlerdeki faaliyet için uygulanabilir. Bu izleme, belli bir kişinin ısrarlı ve sistematik şekilde izlenmesidir.

Ancak, bir defaya mahsus olarak ve suç işlendiği sırada bir kayıt yapılmışsa, bu işlem CMK 140 kapsamında değerlendirilmez. Mesela, aleni bir alanda yapılan toplantı veya gösterinin çekilen videoları, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilir (8. CD 17.10.2007, K. 7299; 9. CD 1.5.2007, K. 3617).

Yargıtay kamuya açık alan kavramını geniş yorumlamaktadır. Mesela, Edirne gümrüğünde çalışan görevlilerin görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle yarar sağlamak amacı etrafında birleşerek, örgüt kurdukları şüphesi ile soruşturma başlatılmış ve CMK 140 kapsamında teknik takip yapılmış, tesadüfi deliller de ele geçirilmiştir. Yargıtay bu olayda, gümrük sahasında çalışan personelin peronlardaki faaliyetinin, “iş yerinde” sayılmayacağı, özel hayat beklentisi bulunamayacağı gerekçeleri ile ses ve görüntü kayıtlarının (tesadüfi olanlar da dahil), delil olarak kullanılabileceğine karar vermiştir (5. CD 26.12.2006, K. 10661). Biz, Ka- nunda açıkça balertilmediği için, teknik izlemeden elde edilen tesadüfi delillerin kullanılamayacağı görüşündeyiz.

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 uygulanmaya-

cağını”, açıkça belirtmektedir.

2) *Kolluk görevlileri tarafından ses ve görüntü kaydı alınması.*

“Teknik araçlarla izleme”, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses veya görüntü kaydının alınmasıdır (CMK 140/1).

Ses ve görüntü kaydı dışında, diğer teknik cihazların kullanılması, mese-la GPS ile nerelere gittiğinin uydudan izlenmesi ve kayda alınması, CMK da yer almamaktadır. Ancak, Kanun genel olarak teknik cihazdan söz edip, hangi teknik cihazların kullanılacağını belirlememiştir. Esasen cihazları tek tek saymaya olanak da yoktur.

Konu, Uzun/Almanya kararında, AİHM tarafından tartışılmış ve teknik gelişmelere kapının kapanmaması gerektiği, teknik takipte GPS cihazının kullanılabilmesine karar verilmiştir.

3) *Özel kişiler tarafından yapılan ses ve görüntü kayıtları.*

a) *Karşılıklı konuşmaların gizlice kayıt edilmesi.*

İki kişi karşılıklı konuştuğunda, bunlardan biri konuşmaları gizlice banda kaydederse, hukuk sistemi içerisinde, başkasının sesini veya görüntüsünü haberi olmadan kayıt etme TCK 133 üncü maddede suç olarak düzenlendiği, yapılan kayıt hukuka aykırı olur.

Gizlice yapılan ses kaydı kullanılmaz ama, hukuka uygun başka deliller varsa, bunlar ile ispat mümkündür. Bu nedenle, 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, isnad edilen suç ‘ispat edilmesi yasak bir olay’ olmadığı için, başka deliller varsa, bunların kullanılması suretiyle, kaçakçılık suçu ispat edilebilir.

b) *Özel kişilerin yaptığı video kayıtları.*

Özel kişilerin çektiği gizli video filmleri, Anayasal haklara ağır bir müdahale teşkil ediyorsa, delil olarak kullanılmaz (AnyM. 14 22.6.2001, K. 2).

Ancak, gizli video çekiminin savunma delili olarak kullanıldığında, farklı yaklaşımlar vardır: kaydı yapan kişiye yönelik olarak işlenen bir suçun ispatı amacı ile kullanma, kabul edilebilir (4. CD 22.12.2009, K. 21077). Mesela, sanık doktorun muayenehanesine giden ve kamera ile gizli çekim yapan Sevil adlı haber elemanı, İl Jandarma Komutanlığında geçici görevli olarak çalışmış, ancak adresi bulunamadığı için, ifadesi alınamamıştır. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, video bandının soruşturma makamları tarafından çekilmemesi, hakim kararı bulunmaması ve çekimi yapanın tanık olarak dinlenmemesi gerekçeleri ile “delil elde etme yasağı” kapsamına girdiğini kabul etmiş ve “delil değerlendirme yasağı” açısından ise hukuka uygun diğer delillerle mahkumiyet kararı verileceğine karar vermiştir (AsCMK 163) (ASYDKK 29.12.2005, K. 116).

Özel kişiler tarafından toplanan deliller arasında en fazla yer alan delil, gizlice yapılan kayıtlardır. Yaygınlaşan kullanımı nedeniyle mini teypler ile gizli kayıtlar yapılarak, bunlar delil olarak ileriye sürölmek istenmektedir.

Hukuka aykırı deliller kapsamında özel kişiler tarafından elde edilen deliller ayrı bir işgal eder. Zira, Anayasanın 38 inci maddesinde, “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kullanılamaz” kuralı varsa da, Anayasa delilin kim tarafından elde edildiğini belirtmemiş, kamu görevlisi veya sivil bir kişi tarafından edilen hukuka aykırı deliller arasında fark yaratılmamıştır.

Buna karşılık, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin sistematığına göre, hukuka aykırı delillerle ilgili yasaklama, kamu otoritelerinin aşırı muamelesini önlemek amacıyla kabul edilmiş kurallardır. Bu nedenle, özel kişilerin yaptığı hukuka aykırılıklar açısından, delilin geçersiz olması her zaman mümkün değildir.

*c) Eşler arasında yapılan gizli band kayıtları.*

Eşlerin aile mahremiyetleri ile ilgili konulardaki konuşmaları dokunulmayan çekirdek gizli alana dahildir. Bu tür konuşmaların hukuka uygun olarak dinleme kararı alınmış olan hallerde dahi, kayda alınmaları hukuka aykırıdır.

ç) *Resmi makamlar tarafından yapılan, teknik takip dışındaki gizli kayıtlar.*

Hanns Martin Schleyer'in Baader Meinhof terör örgütü tarafından kaçırılmasından sonra, kaçırılardan birinin pazarlık sırasında yaptığı telefon konuşması banda kaydedilmişti. Tutuklu şüphelilerden birinin bu konuşmayı yapan kişi olup olmadığını tesbit 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 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: mesela şüphelinin sesi, band kaydı yapılmaksızın, teşhiste uygulanan kurallara uygun bir biçimde, tanığa gizlice dinletilmişse, hukuka aykırılık yoktur.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi de 16.2.2004 tarihli kararı ile "küçük tanık Sezer" diye tanıttığımız kararında gizlice kayda alınan ikrarı geçersiz saymıştır; kocasını öldürmek suçundan sanık Muallanın müşterek çocukları olan 7 yaşındaki Sezer, amcası tarafından konuşturulmuş ve konuşması teyp kasetine kaydedilmiş ve kaseti Cumhuriyet savcısına vermişti. Küçük tanık Sezer, teypteki konuşmasında babasını Cengiz ve Erdem'in öldürdüğünü söylemişti. Yargıtay yasadaki düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek bu olayda mahkumiyet hükmü kurulamayacağına karar vermiştir: Bu olayda ikinci bir gizli ses kaydı daha vardır: Cumhuriyet savcının amri üzerine yakalanan şüpheli Cengiz, kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmişti. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın gizlice videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmişti. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan video kasetin delil olarak hükme esas alınması kabul edilmemiştir. Ne-

ticede, 1) Tanık Sezer'in ifadesinde, olay gecesi sanıkların evden telefon görüşmesi yaptıklarını belirtmesine rağmen, telefon kayıtları getirilerek bu hususun araştırılması gerektiğinin düşünülmemesi, 2) Şüpheli 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 delillere dayanılarak hüküm kurulması bozma nedeni yapılmıştır.

*d) İnsan kulağı ile yapılan gizli dinlemeden veya radyo ile yapılan konuşmaların dinlenmesinden elde edilen deliller.*

Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali, haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır (TCK 132/1).

Alet kullanmaksızın, çıplak kulak ile yapılan gizli dinleme ayrı bir hukuki tartışmayı gerektirir. CMK 135 telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesini, yani alet ile yapılan haberleşmeyi düzenlemiş, Türk Ceza Kanunu telefon haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle yapılanı suç haline getirmiştir (TCK 132).

Çıplak kulakla yapılan gizli dinlemenin suç teşkil edebilmesi için, "kişinin konuştuğunu gizli tutma iradesi ve bu konuda makul bir beklentisi" bulunması gerekir. Mesela, aleni bir parkta yapılan karşılıklı konuşmalarda, gelen geçen insanların bunu duyabilmesi ihtimali yüksek olduğundan, makul bir kişinin gizli tutma iradesi olduğundan bahsedilememekte ve dolayısıyla dinleme fiili suç teşkil etmemektedir. Ancak, yapılan konuşma konutun içinde ise gizlilik beklentisi vardır ve bu konuşmayı pencere arasından gizlice dinleyen kişi suç işlemiş olabilir. Ancak, pencere açık olduğu için, odada yüksek sesle yapılan konuşmanın sokaktan geçenler tarafından duyulabileceği hallerde, makul bir gizlilik beklentisinden söz edilemez.

Radyo dalgaları veya telsiz ile yapılan haberleşmede de gizlilik beklentisi olamaz. Marinaya yaklaşan yat kaptanının kule ile yaptığı haberleşmeyi diğer kaptanlar da duyar. Aynı frekansa giren herkesin konuşmayı manyetik ortamda kolayca zaptetmesi mümkün olduğu haller, Amerika'da

Federal Ceza Kanununun 2510 ncu maddesinde tanımlar verilirken, herkesin kolayca alabileceği tarzdaki iletişim olarak tanımlanmış ve hukuka uygunluk halleri arasında gösterilmiştir.

#### 4) Katalog suçlar.

Liste halinde sayılan suçlar şunlardır: a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. (Ek: 21/02/2014–6526–14 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149), 4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 5. Parada sahtecilik (madde 197), 6. (Mülga:21/02/2014–6526–14 md.) 7. (Ek:25/5/2005–5353/19 md.) (Değişik:21/02/2014–6526–14 md.) Fuhuş (madde 227), 8. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 9. Rüşvet (madde 252), 10. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 11. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 12. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

2014–6526 sayılı Kanun ile CMK 140 suç listesinden suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun (TCK 220) çıkarıldığına dikkat çekmek isteriz. Gizli soruşturma yöntemlerinin en çok suç örgütleri ile ilgili araştırmalar açısından yararlı olmasına karşın, bu suçun listeden çıkarılması, adi suçların örgüt gibi kabul edilip delil toplanması olarak gösterilmektedir. Bizce, hatalı uygulamaya son verilmesi daha yerinde olurdu.

Buna karşılık, silahlı örgüt (TCK 314) veya bu örgütlere silah sağlama (TCK 315) muhafaza edilmiş, fuhuş suçu (TCK 227) eklenmiştir.

### III– Teknik araçlarla izleme kararının verilmesi (CMK 140/2).

#### 1) C. savcısının istemi.

Teknik araçlarla izleme kararı verilmesi için aranan koşulların (yukarıda I) gerçekleştiği durumlarda, karar Cumhuriyet savcısının talebi üzerine,

ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile verilir (CMK 140/2).

Tutuklama kararı isteminin gerekçeli olması gerektiğini belirten Kanun (CMK 101/1), teknik takip kararı verilmesi için Cumhuriyet savcısının isteminden hiç bahsetmemiş ve istemin içeriğini de düzenlememiştir. Bu bir eksikliklidir.

### 2) Ağır ceza mahkemesinin kararının içeriği.

Ağır ceza mahkemesinin vereceği kararın içeriği de düzenlenmemiştir. Ancak, yasadaki koşullardan, listede sayılan hangi suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunduğunun ve somut soruştırmada başka suretle delil elde edilemediğinin kararda açıklanması gerekir. Bunun dışında, şüpheli veya sanığın kim olduğu ve kamuya açık hangi yerlerdeki faaliyetlerinin ve adresi belirtilen işyerinin teknik araçlarla izlenmesine, ses veya görüntü kaydı alınmasına karar verildiğinin belirtilmesi lazımdır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde teknik araçlarla izleme emri (Kanun karar diyor) C. savcısı tarafından veriliyor ve 24 saat içinde hakim onayına sunuluyordu. 2014–6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle Cumhuriyet savcısının bu konudaki yetkisi kaldırıldı (CMK “2014–6526” 140/2).

## IV– Teknik araçlarla izleme kararının süresi (CMK 140/3) ve uygulanması.

### 1) Süre.

Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebiliyordu. Yapılan değişik ile teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilmesi kuralı getirildi (CMK “2014–6526” 140/6). Bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hlinde, mahkeme yukarıdaki srelere ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir.

Teknik izleme süresinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uzatılması, sadece suç listesinde sayılan silahlı rgt (TCK 314) veya bu örgütlere silah sağlama (TCK 315) suçlarında söz konusu olabilir. TCK 220 listeden çıkarılmıştır. Örgütün faaliyeti çerçevesinde



işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılması 2005-5353 sK ile yapılan değişiklime kabul edilmişti.

## 2) Teknik araçlarla izleme kararının uygulanması.

Ağır ceza mahkemesinin verdiği karar, Cumhuriyet savcısı tarafından adli kolluğa iletilir ve icra ettirilir (yürürlüğü durdurulan 2007 Yönetmeliği 15/6). Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmiş bir kamu görevlisi de teknik araçlarla izleme yapmakla görevlendirilebilir. Ancak, gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmiş olmak yetmez. Soruşturmacı için ayrıca karar verilmesi gerekir: CMK 139/4 ve yürürlüğü durdurulan 2007 Yönetmeliğinin 27/1 maddesi, gizli soruşturmacıya genel olarak araştırma, delil toplama yetkisi vermiş, iletişimin denetlenmesi veya teknik araçlarla izleme'den söz etmemiştir. Kamu hukukunda yetkisizlik asıl olduğu için, teknik takip veya iletişimin denetlenmesi için ayrı hakim kararı alınması gerekir. Bu husus arama için de geçerlidir.

## V- Delilin soruşturmaya bağlılığı kuralı ve tesadüfi delil sorunu (CMK 140/4).

Teknik araçlarla izleme tedbirinden elde edilen deliller sadece CMK 140/1 de sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılabilir (CMK 140/4).

Soruşturma kapsamı dışında kalan başka bir kişiye veya suça ilişkin olarak kullanılamaz.

Bizce teknik takipten tesadüfen elde edilen deliller de kullanılamaz. Zira CMK 138/2 sadece iletişimin denetlenmesinden elde edilen ve katalog suçlarına ilişkin tesadüfi delilin kullanılmasına cevaz vermiş, diğer yöntemleri hariç tutmuştur.

Elde edilen bu deliller ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde C. savcısının gözetiminde derhal yok edilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından emir verilmesine 2014 değişikliği ile son verilmiştir.

Esasen 24 saatlik bir süre için yapılan teknik araçlarla izlemeden elde edilen delillerin hakim tarafından tedbirin onaylanmadığı durumlarda kul-

lanılıp kullanılmayacağına ilişkin CMK 140’da bir açıklama yoktu. İletişimin denetlenmesinde, savcı emri ile yapılan denetlemelerde, sonradan hakim karar vermediği durumlarda, bu bilgilerin delil olarak kullanılmayacağına ilişkin açık hüküm bulunduğu (CMK 135/1), fakat teknik izlemede böyle bir açık düzenleme bulunmadığından, savcının emri ile yapılan teknik takipten elde edilen bilgilerin, onaylanmasa dahi, delil olarak kullanılabilceğini kabul ediyorduk. Ancak, 2014 değişikliği ile savcı emri tamamen kaldırıldığı için, 2014 öncesinde savcı emri ile elde edilen delillerin 2014 sonrasında verilecek olan hükümlerde delil olarak kullanılmayacağı görüşündeyiz.

#### **VI– İnternet ortamında erişimin engellenmesi.**

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 (İnternet K 8/1). Karar Başkanlığa gönderilir. İçerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması durumunda Başkanlığın re’sen engelleme kararı verme yetkisi vardır (İnternet K 8/4).

#### **VII– Mukayeseli hukuk.**

Gizli izleme Amerikan hukukunda telefon denetleme gibi düzenlenmiştir. Aleni yerlerdeki gizli izlemeler için Amerikan hukukunda prensip olarak ayrıca bir hakim kararı aranmaz. Bireyin toplum içinde sergilediği davranışların herkes tarafından görülebildiği gibi kolluk mensupları tarafından da algılanması hukuka uygun sayılmıştır.

Ancak ısrarlı bir takip sözkonusu ise “Katz” kararı doğrultusunda, bireyin makul bir gizlilik beklentisi bulunduğu kabul edilir ve hakim kararı şartı ortaya çıkar. Evin içinde yapılacak kayıtlar açısından ise Amerikan Anayasasının 4 numaralı ek maddesinde gösterilen şartlar gerçekleşmiş olmalıdır.

**§ 20– KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT****I– Genel bilgiler.**

1) *Kanunlarda belirtilen koşullar dışında uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat.*

Ceza soruşturması veya kovuşturması yapılırken şüpheli veya sanıklara hukuka aykırı olarak verilen zararın giredilmesi fikri ilk defa 1961 Anayasasının 30 uncu maddesi ile ortaya çıkmıştı. Anayasa hukuka uygun özgürlük kısıtlmalarının koşullarını düzenledikten sonra, maddenin son fıkrasında; “Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir”, diyerek 1964–466 sayılı Kanunun alt yapısını oluşturmuştu. Daha sonra 1982 Anayasasının 19 uncu maddesi de aynı düzenlemeyi sürdürdü, fakat 2001–4709 sayılı Kanun ile Anayasa’da yapılan değişlikle, zararın “tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenmesi” esası benimsendi. Böylece tutuklu geçen günlerin cezadan mahsup edilmesinden başka, bir de tazminat ödenmesi kabul edildi.

1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK, tazminat kapsamını sadece haksız yakalama ve tutuklama ile sınırlı tutmayarak, daha da geniş düzenledi ve CMK 141’de gösterilen bazı koruma tedbirlerini tazminat kapsamına aldı: mülga 466 sayılı Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun’a paralel bir düzenleme getirildi ve bu Kanunun 1. maddesi karşılığı bu madde oluşturuldu. Böylece, yürürlükten kaldırılan kanunların uygulanmaya devam olunması hukuksuzluğunun bir örneği daha verilmiş oldu.

Ancak, CMK’nın yürürlük tarihinden önce işlenen suçlarda 466 sayılı Kanunun uygulanmaya devam olunacağı hükme bağlandı.

İHAS 7 Numaralı ek Protokol, tazminat ödenmesini insan hakları arasında ele almıştır.

2) *Maddi ve manevi tazminat, avukatlık ücreti.*

a) *Maddi tazminat (CMK 141/1).*

Madde uyarınca maddi ve manevi tazminat talep edilebilecektir. Maddi tazminatın konusu ilgili kişinin haksız hürriyet kısıtlaması sebebiyle uğra-

dığı gelir kaybıdır. Ayrıca haksız işlemler nedeniyle yaptığı giderler de maddî zarar kapsamındadır. Maddî tazminat, tutuklu olan kişinin bilfiil uğradığı zarardan oluşur. Tutuklu olduğu tarihte öğrenci olan ve herhangi bir iş ve meslek sahibi olmayan davacıya maddî tazminata hükmedilmesi (Ağır Ceza Mahkemesi 678 TL maddî ve 20.000 TL manevî tazminata hükmetmişti), Yargıtay tarafından bozma sebebi yapılmıştır. (8. CD 20.6.2006, K. 2242-5481).

Haksız koruma tedbiri nedeni ile doğan zararın faizinin de, istem halinde, tazminata dahil edilmesi gerekir (CGK 20.9.2005, K. 98).

*b) Manevî tazminat (CMK 141/1).*

Manevî zararın konusu ise kişinin itibarının sarsılması, cezaevinin koşullarının sebep olduğu sıkıntı, duyulan acı ve ıstıraplar oluşturur.

Hukuka aykırı koruma tedbiri davasında manevî tazminat belirlenirken, davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklamaya neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre gözetilir. Hakim hak ve nesafet kurallarına uygun ve makul bir tazminat miktarı belirler. Bu ölçütlerin gerektirdiği miktardan az tazminat verilemez. Ancak, zenginleşme sonucu doğuracak tarzda da tazminata hükmedilemez (9.CD 27.1.2005, K. 151).

*c) Avukatlık ücreti.*

Haksız koruma tedbiri tazminatı başvurusuna ilişkin olarak avukatlık ücretinin, hüküm tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Ücret Tarifesine göre saptanması gerekir (AvK 168) (CGK 20.9.2005, K. 98).

Haksız koruma tedbiri açan kişinin davasını kaybettiği durumlarda, hazine lehine avukatlık ücretinin ödenebilmesi için, davanın tamamen red edilmiş olması gerekir; davası kısmen red edilen davacılar vekalet ücretinden sorumlu tutulamazlar (1. CD 5.5.2010, K. 3283).

## **II- Tazminat istemi.**

Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen kişiler, yasal gözaltı süresi içinde hakim önüne çıkarılmayan kişiler, yasal hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırma isteği yerine getirilmeden tutuklanan kişiler, kanun dairesinde tutuklandığı halde, makul süre içinde yargılama mercî

huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen kişiler, kanun uygun bir şekilde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra, haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilenler tazminat isteyebilirler.

Fakat yapılan soruştırmada veya görülen kamu davasında şüpheli veya sanık sıfatı ile ceza muhakemesi süjesi konumuna girmemiş olan kişilerin bu madde hükmüne dayanarak tazminat isteme hakları yoktur (CGK 12.4.2011, K. 52).

Tazminat davacısı hakkında yapılan muhakame bittiği ve sanık konumundan çıktığı için, Başsavının itirazı (CMK 308) bakımından da, itirazın 30 günlük süre içinde yapılması gerektiği içtihad edilmiştir (CGK 13.3.2007, K. 66).

*1) Kanunda belirtilen koşullar dışında yakalama ve tutuklama (CMK 141/I).*

*a) Yakalama (CMK 141/I-a).*

*b) Tutuklama (CMK 141/I--a).*

*c) Tutukluluğun devamına karar verme (CMK 141/I-a).*

Uzun süren tutukluluk halleri iç hukuka aykırı olup, tazminatı gerektirdiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da Sözleşmenin 5 inci maddesine aykırı grlmektedir. AHİM CMK 141 ve devamı maddelerdeki tazminat ile ilgili hükümleri etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul etmemekte ve tüketilmesini beklemeden 5/3 ve 5/4 iddialarını kabul ederek, Trkile aleyhine ihlal kararları vermektedir.

19.10.2010 tarihli şeymus Uğur ve diğerleri kararı buna bir örnektir: *AİHS'nin 5. Maddesinin 3 Ve 4. Paragraflarının İhlal Edildiği İddiası Hakkında: AİHS'nin 5. maddesinin 3. paragrafına dayalı şikyetle ilgili olarak Hükümet, Başvuran şevket Aktaş, Hsamedin iek, Mehmet Halil Taş, Mehmet Selçuk, şeyhmus Uğur, İbrahim Halil Kaya, Tamer Gezer, Mecit Damar, Mehmet iğdem, Zekeriye Ezer, Ali Kaya ve Misbah Sayan'ın maruz kaldıkları tutukluluk süresinin, özellikle şüphelenilen suç niteliği, öngörülen cezaların ağırlığı ve bazı ciddi suçların işlenme riski göz önüne alındığında aşırı sayılamayacağını savunmaktadır. Hükümet ayrıca, kaçma riski, adaleti engelleme tehlikesi ve kamu düzeninin korun-*

ma gerekliliğinin başvuranların tutukluluk halinin devamı için yeterli unsurlar olduğunu kaydetmektedir.

Dikkate alınacak tutukluluk süresinin belirlenmesi ile ilgili yerleşik içti-hadını göz önüne alan AİHM (bakınız, özellikle, Türkiye aleyhine Solmaz davası, no 27561/02, prg. 23–37, CEDH 2007–...(alıntılar), ve Türkiye aleyhine Baltacı davası, no 495/02, prg. 44–46, 18 Temmuz 2006), tutukluluk süresinin Başvuran Ali Kaya için yaklaşık altı yıl altı ay, Başvuran Zekeriye Ezer için altı yıl dokuz aydan fazla, Başvuran Misbah Sayan için altı yıl on aydan fazla, Başvuran Tamer Gezer ve Mecit Damar için yaklaşık yedi yıl üç ay, Başvuran Mehmet Çiğdem için yaklaşık yedi yıl altı ay, Başvuran İbrahim Halil Kaya için sekiz yıl iki aydan fazla, Başvuran şeyhmus Uğur için yaklaşık on bir yıl, Başvuran Mehmet Selçuk için yaklaşık on iki yıl altı ay, Başvuran Hüsamedin Çiçek ve Mehmet Halil Taş için on iki yıl altı aydan fazla ve Başvuran şevket Aktaş için yaklaşık on üç yıl beş ay olduğunu tespit etmektedir. AİHM, benzer durumları daha önce incelediğini ve birçoğunda AİHS'nin 5. maddesinin 3. paragrafının ihlal edildiği sonucuna vardığını hatırlatmaktadır (bakınız, diğer birçoğu arasından, Türkiye aleyhine Dereci davası, no 77845/01, prg. 34–41, 24 Mayıs 2005, Türkiye aleyhine Taciroğlu davası, no 25324/02, prg. 18–24, 2 şubat 2006, ve Türkiye aleyhine Tunce ve diğerleri davası, ilgili bölüm, prg. 18). Hükümetin mevcut davada farklı sonuca varmayı gerektirecek herhangi bir olgu ve argüman sunmadığını göz önüne alan AİHM, AİHS'nin 5. maddesinin 3. paragrafının ihlal edildiğine hükmetmektedir.

AİHS'nin 5. maddesinin 4. paragrafına dayalı şikâyetle ilgili olarak Hükümet, iç hukuk yollarının etkili olduğunu yinelemektedir. Bu bağlamda AİHM, geçmişte incelediği birçoğ benzer davada, ceza mahkemelerinin bir başvuranın tutukluluk halinin –mevcut davada olduğu gibi– basmakalıp gerekçelerle devamına karar vermesinin, hem 5. maddenin 3. paragrafının ihlal edildiği sonucuna varmak ve hem de böyleleri gerekçelerle mücadele etmeye imkân tanıyan itiraz yollarının başarılı olmadığını düşünmek için önemli bir unsur teşkil ettiğini hatırlatmaktadır (Türkiye aleyhine Koşti ve diğerleri davası, no 74321/01, 3 Mayıs 2007). Ayrıca AİHM, birçoğ defa yargı organının hukuki nitelikte olmadığına, usule ilişkin teminatları sunma zorunluluğunu yerine getirmediğine ve dolayısıyla 5. maddenin 4. paragra-

findaki gereksinimlere uymadığına hükmetmiştir. AİHM, özellikle yargının çekişmeli olması ve her halükarda iddia makamı ile tutuklu arasında silahların eşitliği ilkesine uyulması gerektiğini kaydetmektedir. Ayrıca, ilgili şahsın bizzat kendisinin ya da avukatının yargılamaya katılmasının sağlanması ve kamuya açık bir yargılama yapılması gerekmektedir (bakınız, özellikle, Türkiye aleyhine Bağrıyanık davası, no 43256/04, prg. 51, 5 Haziran 2007, ve Şayık ve diğerleri davası, ilgili bölüm, prg. 27–32). Mevcut davada farklı sonuca varmayı gerektirecek herhangi bir unsur göremeyen AİHM, AİHS'nin 5. maddesinin 4. paragrafının ihlal edildiğine hükmetmektedir.

2) Gözaltı süresi içinde hakim önüne çıkarılmama (CMK 141/1–b).

3) Kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlanma isteği yerine getirilmeden tutuklama (CMK 141/1–c).

4) Tutuklanan kişinin makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmaması ve makul sürede hakkında hüküm verilmemesi (CMK 141/1–d).

Doktrine Kunter tarafından tanımlanan bir kavram olan kısa soruşturma, suçü işlediği konusunda “kuvvetli şüphes” bulunduğu için tutuklanan bir şüpheli hakkında en kısa zamanda “yeterli şüphes” bulunduğu hallerde iddianame düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Tutuklanan bir şüphelinin en kısa zamanda davası açılabilir, buna delil durumu müsaittir. Eğer delil durumu müsait olmadığı için iddianame düzenlenemiyorsa. o zaman tutuklama kararı hatalı olarak verilmiştir.

Açılan kamu davalarının kesintisiz bir şekilde görülmesi ve makul süre içinde hüküm ile bitirilmesi gerekir. Bizdeki duruşmaların, uzun aralar verilerek sürdürülmesi uygulaması, tazminatı gerektiren bir hukuka aykırılıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi CMK 141 ile düzenlenmiş bulunan tazminat davasını, tutukluğu devam eden şüpheli ve sanıklar açısından serbest bırakmayı sağlayıcı ve uzun züren tutuklulukları engelleyici du bir yol olmadığı için, etkin bir hukuk yolu olarak kabul etmemektedir. Bu nedenle tüketilmesi gereken bir kanun yolu olarak nazara almamakta ve Sözleşmenin 5/4 ve 5/5 maddeleri açısından ihlal kararları vermektedir (AİHM 29.11.2011, Altınok–Türkiye).

5) *Yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra hakkında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi (CMK 141/1-e).*

Mülga 1964-466 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile CMK 141/1-e benzer hususları düzenlemiştir. Bu fıkradaki tazminat koşullarının doğabilmesi için, yakalama veya tutuklamanın hukuka uygun olarak gerçekeşmiş olması ön koşul olarak aranmiştır. Koruma tedbirlerinde hukuka aykırılıklar yapıldığı durumlarda, diğer fıkralar uygulanır (CGK 13.4.2010, K. 82).

Beraat eden sanıklar bakımından Kanun, zarar görmüş olma karinesi kabul etmiştir. Beraat kararının sağını fiili işlemediği için mi, yoksa fiilin suç teşkil etmediği mi, yoksa delil yetersizliği !!! nedeni ile mi verilmiş olduğu önem kazanmaz. Evrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.8.1993 tarihli Sekanina-Avusturya kararında; beraat kararı kesinleştikten sonra, tazminat isteminin delil yetersizliği ile red edilmesinde, suçsuzluk karinesini (İHAS 6/2) ihlal ettiğine karar vermiştir.

Bu halde kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara karşı itiraz süresi geçtikten veya beraat kararı kesinleştikten sonra tazminat talep etme hakkı doğar. Tazminata konu kararlar maddede sınırlı bir şekilde sayıldığı için takipsizlik ve beraat kararı dışında düşme, ortadan kaldırma, davanın reddi ve mahkûmiyet kararları, tazminata konu olamazlar.

6) *Mahkum olan kişinin gözaltı veya tutukluluk süresinin hükümlülük süresinden fazla olması veya sadece adli para cezasını gerektiren suçtan dolayı yakalanan veya tutuklanan kişi (CMK 141/1-f).*

Bihakkın tahliye'nin esasını teşkil eden bu hükme göre, sonuç olarak hükmedilen hapis cezasının tutukluluk süresini aşmaması gerekir.

Mahkûm olup da, gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden çok olan veya istediği suç için kanunda öngörülen cezanın, sadece para cezası olması nedeniyle, zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan kişiler de tazminat isteyebilirler. Gözaltında veya tutuklu kaldıktan sonra, sadece para cezasına mahkûm edilenler de madde uyarınca tazminat talep edebilirler. Bu halde tazminat talep edilebilmesi için hükmedilen cezanın sadece para cezası olması gerekir. Hapis cezasından çevrilen para cezalarında tazminat talep edilemez.



- 7) Yakalama veya tutuklama nedeninin veya suçlamanın bildirilmemesi (CMK 141/1-g).
- 8) Yakalandığı veya tutuklandığının yakınlarına bildirilmemesi (CMK 141/1-h).
- 9) Arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi (CMK 141/1-i).
- 10) Kanuna aykırı elkoyma işlemleri (CMK 141/1-j).

### III- Tazminat isteyemeyenler (CMK 144).

CMK 144 ile hukuka uygun olarak yakalanan veya tutuklanan şüpheli veya sanıkların bir kısmının tazminat istemeleri engellenmiştir.

2013-6459 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce, CMK 144/1-a madde gözaltı ve tutuklu süresi, mahkûmiyetle sonuçlanan bir başka hükümlülüğünden indirilmesine karar verildiğinde, hükümlü indirimine konu bu sürenin karşılığında tazminat isteyemiyordu. Ancak, indirildikten sonra, artan bir süre mevcutsa, bu süre için tazminat istenebiliyordu.

Buradaki mantık, gözaltına alınan ya da tutuklanan kişinin, özgürlüğünün kısıtlanmasına konu olan süreler, başka bir suçtan verilen cezaya mahsup edilmesi nedeniyle, bir hak kaybı bulunmaması idi. Zira, ilk özgürlük kısıtlaması kendi içinde kanuna uygun idi. Bununla birlikte, 2013 kanun koyucusu hükümlü lehine bir bakış açısı ile bu fıkrayı yürürlükten kaldırmıştır. İlk yakalamanın hukuka aykırı olduğu durumlar için doğru olan bu anlayış, mahsup ile birlikte tazminatı da gerektirebilirdi.

Sonradan yürürlüğe girerek öngördüğü lehde düzenlemelerle fiili suç olmaktan çıkarılan veya ceza süresini azaltan kanunlara dayanılarak, tazminat istenemez. Zira eski kanun, işlemin yapıldığı anda yürürlükte olan kanun uyarınca zaten tazminat hakkı doğmamıştı.

Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşürülmesine karar verilenler ile davası geçici olarak durdurulanlar kendilerine yapılan haksızlığın belgelenmesi olanağı bulunmadığından, tazminat isteyemezler. Zira bu hallerde, yapılan işlemin haksız olduğu ispatlanamaz.

Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler tazminat isteyemezler. Bu halde de kanuna aykırı bir işlem yapılmış değildir.

Adlî makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını söyleyerek, gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına yol açanlar da, kendi kusuru sebebiyle hürriyetinin kısıtlanmasına sebep olduğu için tazminat isteyemezler.

#### **IV– Tazminat isteme hakkını bildirme mecburiyeti (CMK 141/2).**

Maddenin son fıkrasına göre, CMK'nun 141. maddesinin (e) ve (f) bentlerindeki durumlarda, kararları veren merciilerin ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirmeleri ve bu hususu karara da geçmeleri gerekir. İlgiliye tazminat hakları bildirmemiş veya karara tazminat isteyebileceği hususu yazılmamış ise kesinleşmiş karar tebliğ edilse de, CMK'nun 142. maddesinde öngörülen süre işlemeye başlamaz, bir yıl içinde dava açılması koşuluyla üç aylık süre geçse de, dava süresinde açılmış sayılır. CMK'nın 141. maddesinin (e) ve (f) dışındaki bendlerdeki sebeplerle tazminat davaları ise işlemlerin yapılmasıyla başlar.

#### **V– Tazminat isteminin koşulları.**

##### *1) Tazminat isteme hakkını bildirme mecburiyeti (CMK 141/2).*

Maddenin son fıkrasına göre, CMK'nun 141. maddesinin (e) ve (f) bentlerindeki durumlarda, kararları veren merciilerin ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirmeleri ve bu hususu karara da geçmeleri gerekir. İlgiliye tazminat hakları bildirmemiş veya karara tazminat isteyebileceği hususu yazılmamış ise kesinleşmiş karar tebliğ edilse de CMK'nun 142. maddesinde öngörülen süre işlemeye başlamaz, bir yıl içinde dava açılması koşuluyla üç aylık süre geçse de, dava süresinde açılmış sayılır. CMK'nın 141. maddesinin (e) ve (f) dışındaki bendlerdeki sebeplerle tazminat davaları ise işlemlerin yapılmasıyla başlar.

##### *2) Süre koşulu (CMK 142/1).*

Haksız koruma tedbiri nedeniyle açılacak tazminat davalarının karar veya hükmün kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde açılması gerekir (CMK 142/1). Bu hüküm, 21.4.1975 tarih ve 3–5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının kanuna yansıtıldığını göstermektedir. Adı

geçen İBK, tazminat davası açma süresinin, davacı hakkında açılan ve beraatle sonuçlanan ceza davasının kesinleştiğinin tebliği veya bu kesinleşmenin öğrenilmesi tarihinden itibaren işlemeye başladığını içthead etmişti. Ancak, beraat kararının sanığın (sonraki davacının) yüzüne tefhim edilmesi ile süre işlemeye başlamaz, zira hüküm henüz kesinleşmemiştir (CGK 23.11.2010, K. 237).

CMK'nun 141/1–e maddesinde öngörülen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine tazminat davası açılabilmesi için itiraz süresi geçmiş ya da yapılan itirazın reddedilmiş, diğer bir ifade ile “takipsizlik kararının” kesinleşmiş olması gerekir. Bunun gibi beraat kararının istinafa veya temyize başvurma sürelerinin geçmesi veya istinaf mahkemesince veya Yargıtayca onanmış olması gerekir. CMK'nun 141/f. maddesinde öngörülen mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan ve işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan kişinin de tazminat davası açabilmesi için hükmün kesinleşmiş olması şarttır.

### *3) Başvurulacak mahkeme (CMK 142/2).*

Maddenin 2 inci fıkrasına göre tazminat davası zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesine açılır ve karara bağlanır. Eğer bu ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlem ile ilişkisi ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır (CMK 142/2). Tutuklama ve yakalama dışındaki bir koruma tedbiri, mesela elkoyma dolayısı ile tazminat, 2005 öncesinde genel hukuk mahkemelerinde açılabilirdi. CMK 141 ve devamı maddelerde yapılan düzenleme neticesinde görev ağır ceza mahkemesine verildi. Ancak 5320 sayılı Yürürlük Kanunu, 1.6.2005 öncesi davalarda eski hukukun uygulanacağını öngördüğü için, 2001 yılına ait bir haksız elkoyma davası hakkında 2010 yılında verilen kararda, dava genel hukuk mahkemesine gönderilmiştir (HGK 24.2.2010, K. 102).

Tazminata konu olan işlemleri yapan mahkeme “işlemlle ilişkili” mahkemedir. Örneğin tazminata konu tutuklama kararını veren, tutuklamaya itirazı reddeden ya da tutukluluk durumunun devamına karar veren hakimler, ilişkili oldukları için tazminat davasına bakamazlar.

4) *İstem dilekçesi (CMK 142/3).*

Maddenin 3. fıkrasına göre, tazminat davası bir dilekçe ile açılır. Dilekçede tazminat isteminde bulunan kişinin açık kimliğine, adresine, zarara uğradığı işleme ve zararın nitelik ve niceliğine yer verilmesi gerekir. Ayrıca yapılan işlemi ve uğradığı zararları gösteren belgeleri de dilekçesine eklemesi şarttır. İsteddiği maddî veya manevî zararın miktarını dilekçesinde belirtmelidir. Tazminat istemine ilişkin dilekçe hazine vekiline tebliğ edilir.

5) *İstem kabul açısından reddi (CMK 142/4).*

Maddenin 4 üncü fıkrasına göre, dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi takdirde davanın reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe mahkemece reddolunur. Dilekçenin reddi kararına itiraz edilebilir. Bu halde üç aylık süre içinde, eksiklikler giderilerek yeniden dava açılabilir.

**VI– Tazminat muhakemesi (CMK 142).**1) *Dava hakkı.*

Tazminat davası açılabilmesi için karar ya da hükümlerin kesinleşmesi şarttır. Kesinleşen karar veya hükmün ilgiliye ya da müdafisine tebliğinden itibaren üç ay, ancak her halde (örneğin kesinleşen karar veya hükmün tebliğ edilememesi halinde) kesinleşmeden itibaren bir yıl içinde tazminat talep edilmelidir. Bu bakımdan karar veya hüküm tebliğ edilmese de kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçtikten sonra dava açma hakkı düşer.

Ancak tazminat hakkı olan kişiye bu hakkının bildirilmesi gerekir. Buna haklarını öğrenme hakkı adı verilir. Beraat eden, hakkında kovuşturma yapılmayan, tutukluluk süresi aldığı hapis cezasından uzun olan veya sadece para cezasını gerektiren suçtan tutuklanan kişilere (CMK 141/1–e, f) tazminat hakları bildirilir ve bu husus karara geçirilir (CMK 141/2), hükümde (CMK 231/3) ve gerekçesinde açıkça gösterilir (CMK 232/6). Bu yükümlülük yerine getirilmezse haksız koruma tedbiri açmak için öngörülen yasal süre işlemez (CGK 21.12.2010, K. 263).

Haksız koruma tedbiri dolayısıyla tazminat davasında davacı tedbirden zarar gören ve muhakemede süje sıfatı sahibi olmuş olan kişidir. Davalı

ise Hazinedir. Devlet daha sonra rücu hakkını (CMK 143) kullanacaktır.

2) *İstemın kabulü (CMK 142/5).*

Maddenin 5. fıkrası uyarınca mahkeme dilekçe ve ekli belgeleri yeterli görürse ilgili dosyayı getirtip inceler. Davanın süre geçirildikten sonra açıldığı anlaşılırsa reddolunur.

Tazminata konu olan işlemle mahkeme kendisini ilişkili görmüşse, yetkisizlik kararı vererek dosyaya en yakın ağır ceza mahkemesine gönderir. Davayı görülebilir olduğunu saptaması halinde ise dilekçe ve ekli belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ eder. Varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister. Devlet Hazinesi temsilcisi il’lerde defterdarlık, ilçelerde malmüdürüdür.

3) *İstemın değerlendirilmesi (CMK 142/6).*

Mahkeme istemin ve delil niteliğindeki belgelerin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek maddî ve manevî tazminatın miktarının saptanmasında, gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerden birine yaptırmaya yetkilidir. Mahkemenin bilirkişi incelemesi de yaptırabilir.

4) *Mahkemenin karar verme usulü (CMK 142/7).*

Ağır ceza mahkemesi kararını duruşmalı olarak verir. Bunun için duruşma açıp tazminat talep edeni veya vekilini, C. savcısını ve hazine temsilcisini dinleyip tazminat isteğini karara bağlar. Tazminat talep eden ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kağıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.

Tazminat davalarında hakim tarafların ileri sürdüğü hukuki nedenlerle bağlı olmayıp ileri sürülen olaylara uygulanacak olan hukuk kurallarını kendiliğinden belirlemek zorundadır (CGK 30.3.2010, K. 66).

**VII– Kanun yolu: İstinaf (CMK 142/8).**

Karara karşı tazminat talep eden, Cumhuriyet savcısı ve Devlet Hazinesi istinaf yoluna başvurabilir. Bölge adliye ceza dairesince inceleme, öncelikle ve ivedilikle yapılır.

**VIII– Tazminatın geri alınması ve rücu (CMK 143)***1) Yargılamanın yenilenmesi durumunda geri alma.*

Madde ile mülga 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun'a paralel bir düzenleme getirilmiş ve bu Kanunun 5. maddesi karşılığı bu madde oluşturulmuştur.

Maddede ödenen tazminatın geri alınması düzenlenmiştir. CMK'nun 141. maddesi uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar üzerine tazminat talep edilebilir. Ancak tazminatı alan kişi hakkındaki kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar, sonradan itiraz veya yeni kanıtların çıkması nedeniyle ortadan kaldırılıp kamu davası açılarak mahkûm edilmesi halinde, tazminatı haksız yere alarak zenginleştiğinden, ödenen tazminatın geri alınması sözkonusu olacaktır. Benzer şekilde kesinleşmiş beraat kararından sonra, yargılamanın aleyhte yenilenmesi sebebiyle, beraat kararının kaldırılarak mahkum edilmesi halinde tazminatı haksız yere almış olacağından, bunun iade edilmesi gerekecektir

Yukarıda belirtilen iki halde, Cumhuriyet savcısının yazılı istemiyle, aynı mahkemeden alınacak kararlar, Amme Alacakları Tahsili Usulü Kanun hükümleri uygulanarak, tazminatın geri alınması gerekir. Bu karara karşı itiraz edilebilir. Cumhuriyet savcısı geri isteme koşulları gerçekleştiğinde, hazinenin istemini beklemeden talepte bulunması şarttır.

Mahkeme dosya üzerinde incelemesini yaparak, geri isteme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirecek, tazminatın bir bölümünün geri verilmesi gereken hallerde, gerekli hesaplamayı yaparak kararını verip Cumhuriyet savcısına tebliğ edecektir.

*2) Kamu görevlisine rücu (CMK 143/2).*

Maddenin 2. fıkrasına göre, Devlet ödediği tazminattan dolayı, kusurlu bulunan kamu görevlilerine rücu edebilecektir. Ancak bunun için, tazminatın ödenmiş ve kamu görevlisinin koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullandığının, görevinin gereklerine aykırı davrandığının (TCK 257) kesinleşmiş mahkumiyet kararı ile tespit edilmiş olması gerekir.

*3) Müfteriye rücu (CMK 143/2).*

İftira veya yalan tanıklık nedeniyle tazminata neden olunmuşsa, Devlet iftira atan veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu eder.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM CEZA MUHAKEMESİNİN YÜRÜYÜŞÜ

### § 21– MORFOLOJİK PRENSİPLER.

#### I– Olması gereken ceza muhakemesinin evreleri ve morfolojik prensipleri.

##### 1) Muhakemenin morfolojisi.

Ceza muhakemesi, bir bakıma da yaşayan bir realitedir. Toplumsal oluşlar içinde en önemlileri hukukî olanlarıdır. 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. 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, 2) Gelişme ve 3) Uygunluk prensipleridir.

##### a) Organiklik prensibi.

Organiklik prensibi 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, örneğin insan vücudunda olduğu gibi, ahenkli bir koordinasyon vardır.

Muhakemeyi teşkil eden unsurlar da yine talî organik unsurlardan meydana gelmiştir. Muhakemenin organik bünyesini ele alırsak bunun derece, evre, aşama, bölüm ve hâdise adı verilen talî organik bünyelerden meydana geldiğini görürüz.

*b) Dereceler.*

Bir işe bir başka yargılama makamının bir daha bakması demek olan derece, 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 sanıldığığının 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 kollektif olarak verilmesini ve onun daha objektif, daha gayri şahsî olmasını temin eder. 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 (örneğin kovuşturma evresinin istinafta tekrarlanması), yani derece, organik bakımdan zorunlu olmadığından, kanun birden fazla derece kabul etmeyebilir. Kabul etse de bunlardan geçmeyi kural olarak mecburî kılmaz, ihtiyara bırakır. İddia ve müdafaa makamları lüzumlu görürlerse derecelere başvurur. Bazı hallerde kanun yolunun mecburî olması, kanunkoyucunun iddia ve müdafaa bakımlarından bunu lüzumlu görmesi, o makamlar yerine bu iradeyi izhar etmesi demek olup safhalardaki zarurîlik gibi bir manaya 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.



Kanunlarımıza göre mahkemelerin dereceleri, olay mahkemeleri derece olmadıklarına göre 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 ile kanun yolu sistemi arasında büyük bir yakınlık vardır. Olağan kanun yolları, Ceza Muhakemesi Kanunumuza göre, itiraz, istinaf ve temyiz olmak zeresine  geŐitir. 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 bahsolunabilir. Başsavcının itirazında ve kanun yararına bozma yolunda olduğu gibi.

*c) Evreler.*

Muhakeme denilen ve başından sonuna kadar organik bütün olan bünye önce evrelere ayrılır. Evre muhakemenin bu organik bünyesinin en büyük geŐtirdiđi bölümünün adıdır. Ceza Muhakemesi Kanununa göre muhakemenin iki evresi vardır: 1) SoruŐtırma evresi, 2) KovuŐtırma evresi.

Bizce ceza muhakemesi dört evreden oluşur: 1) soruŐtırma evresi; 2) ara soruŐtırma evresi, 3) kovuŐtırma evresi ve 4) hükmün yerine getirilmesi evresi.

Evreler birbirini zarur olarak takip eder. Bu demektir ki iki evreli olarak düzenlenmiş bir muhakemede birinci evre atlanarak ikincisine geçilemez. Eğer böyle bir muhakemenin bir unsurundan vazgeilebiliyorsa onun evre mahiyetinde olmadığı sonucuna varmak gerekir.

Evreler sadece zorunlu değildir. Fazla olarak, birbirlerinden ayrılmaları da kesindir. Bu demektir ki kovuŐtırma evresine geçmiş bir işte artık soruŐtırma evresine dönülemez. Meğer ki kovuŐtırma evresinin başında, durumun farkına varılmıŐ ve iddianame iade edilerek, kabul edilmemiş olsun. Bu takdirde zaten kovuŐtırma evresine henüz geçilmiş değildir. Keza kovuŐtırma evresinde verilen bir hüküm bozulduğunda, iş sadece kovuŐtırma evresine dönebilir. Bu da gösteriyor ki soruŐtırma evresi kesin olarak aŐılmıŐtır.

ç) *Aşama.*

Aşama muhakemenin her derecesinin veya evresinin organik unsurlarının adıdır. Örneğin Hocamız Kunter önsoruşturma evresinin tam gelişmiş muhakeme şemasını: 1) Başlangıç soruşturması, 2) Kısa soruşturma ve 3) ilksoruşturma olarak üç aşamaya ayırıyordu. Bizdeki ilksoruşturma, iddianamenin düzenlenip mahkemeye verilmesinden oluşan “kamu davasının açılması” aşaması ve “kovuşturma evresine geçme kararı” şeklinde beliren “kamu davasının kabul edilmesi” bölümlerinden oluşuyordu.

Biz soruşturma evresini, 1) başlangıç soruşturması ve 2) kısa soruşturma aşamalarına ayırıyor ve ara soruşturmanın müstakil bir evre olmasını benimsiyoruz.

Kovuşturma evresi de: 1) Duruşma hazırlığı, 2) Duruşma, 3) Sonuç çıkarma aşamalarından meydana gelir.

d) *Bölümler.*

Bölüm aşamaları teşkil eden organik bünyelerin adıdır. Örneğin duruşma aşaması biri “giriş”, diğeri “delillerin toplanması”, üçüncüsü “delillerin ortaya konulması”, dördüncüsü “koruma” olmak üzere dört bölümden meydana gelir.

e) *Hadiseler.*

Hâdise 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 gözükürler. Hâdise dâvaları tâli davaların, hâdise muhakemeleri ise talî muhakemelerin bir çeşidini teşkil eder.

2) *Gelişme prensibi.*

Gelişme prensibi muhakemenin tarihî gelişmesini izah eden morfolojik bir prensiptir. İhtiyaç bünyeyi yaratır. Yaratılan bünyenin görevi 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 ilkeldir, basittir, çünkü ihtiyaç azdır. İhtiyaçlar arttıkça muhakemenin bünyesi de gelişmiş ve zenginleşmiştir. Muhakemenin gelişmesinin özelliği, yeni organik bünyelerin eski bünyelerden önce yer alması eskisinin önüne yeni bir bünye eklenmesidir.

İlkel toplumlarda ilk önce fertler, sonra toplum suçluya hemen ceza vermekte ve infaza geçilmekte idi. Ceza hükmünü veriş o kadar çabuk olmaktadır 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 diğer söyleyişle doğmakta, hüküm verilince de sona ermekte, bir diğer söyleyişle ölmektedir.

Önceleri 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 ıktı. 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.

Toplumlar zamanla, muhakemenin önceden hazırlanmasını düzenleme ihtiyacı duymaya 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 mahkemenin işini kolaylaştırıyordu. Bu hâkimin yaptığına ilksoruşturma denince, mahkemenin yaptığının adı da sonsoruşturma oldu. İlksoruşturmada uyuşmazlık dolayısı ile yargılanabiliyor, yani

açılan dâvanın mahkemeye gitmemesi (bir diğer söyleyişle, sorsoruşturmanın 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, ayrı bir evre olarak kabul ettiğimiz ve “ara soruşturma” dediğimiz, eski ilksoruşturma, “çocukluk”; kovuşturma ise “olgunluk“ çağına benzetilebilir. Bugün gelişmiş bir muhakemenin çocukluk çağının olmaması düşünülemediği içindir ki, muhakemesi de gelişmiş ülkelerde kovuşturma ile birlikte ilksoruşturma (ara soruşturma; Zwischenverfahren) adı altında düzenlenmiştir.

İlksoruşturmanın 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. Mevzuatın 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 sorsoruşturmadan önce yapılan “önsoruşturma”, sırası ile 1) Başlangıç soruşturması, 2) Kısasoruşturma ve 3) İlksoruşturma adlı üç aşamada yapılır oldu. Fakat CMK gibi kanunların büyük bir kısmı henüz hazırlık soruşturmasını “resmen” ikiye ayırmış değildir. Pratik zaruretler hazırlık soruşturmasının büyük bir kısmının kolluk tarafından yapılmasını gerektirdiği halde, bu faaliyet henüz sistemli bir şekilde düzenlenmemiştir. Bunu düzenlemek Ceza Muhakemesi Hukukunun bugün karşılaştığı en önemli meselelerden biri haline gelmiştir.

## **II- Türk ceza muhakemesinin evreleri.**

### *1) Soruşturma ve kovuşturma evreleri.*

Ceza Muhakemesi Kanunu iki evreli ceza muhakemesini benimsemiştir: iddianamenin kabul edilmesine kadar “soruşturma evresi”, kabulünden sonra hükmün kesinleşmesine kadar ise “kovuşturma evre-

si” terimi benimsenmiştir. Ara soruşturmaya is, ismini koymadan düzenledi. Ceza muhakemesi “makul şüphenin“ ortaya çıkması ile yürümeğe başlar, bunun kuvvetlenmesi ile ilerler ve şüphenin ortadan kalkıp, yerini “belliliğe“ bırakması ile sona erer.

### 2) Suça ilişkin araştırma işlemleri.

Araştırma suç izlerinin araştırılması, ipucu aramak, onlar vasıtası ile de suçu işlediğinden hakikaten şüphelenilecek kişiyi bulmak demektir. Soruşturma evresinde “araştırma” yapılır (CMK 160).

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”.

“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.

### 3) Kısa soruşturma.

Henüz iddianame düzenlenmeden önce ilk aşamada yapılan araştırmalar, suçun belli bir kişi tarafından işlendiği konusunda “kuvvetli şüphe“ (CMK 100) bulunduğunu ortaya koyarsa Cumhuriyet savcılığı CMK 170 uyarınca bir iddianame düzenlemeden önce de bu kişiye “suç isnadında“ bulunarak, “tutuklanmasını isteyebilir“. Görüldüğü gibi eğer “suç isnadı“, iddianame düzenlenmesi dışında bir işlemle, mesela tutuklama kararı verilmesinin istenmesi ile yapılıyorsa, “başlangıç soruşturmasından“ “kısa-soruşturmaya“ geçilmiş demektir. Birçok işlemde şüpheli kimseye “suç isnat edildiği“, yani başlangıç soruşturmasının bittiği ve kısasoruşturmanın başladığı, bir diğer söyleyişle bir kimsenin “sanık“ durumuna girdiği manası çıkar. O halde “kısa soruşturma“ suç isnadı ile başlar. Bu aşamada şüphe kuvvetlenmiş, fakat henüz iddianame düzenlenmemiştir.

Muhakeme şemasına baktığımızda kısa soruşturmanın; kamu dâvası

açılmasına yer olduğu görölmesinden, yani bir kimseye suç isnat edilmesinden başlayan ve iddianamenin düzenlenmesine kadar geçen aşamada yapılan muhakeme işlemlerinin bütünü olduğunu görürüz. Bu nedenle işlemlerin “kısa” sürmesi gerekir. İsnatla birlikte dâva açılmamış ise isnattan sonra fakat dâva henüz açılmadan önce yapılacak işlemler var demektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, 23.6.1982 tarihli ECKE kararında (n. 73, 74), hazırlık soruşturmasının “sanıksız” ve “sanıklı” iki bölümü olduğunu kabul etmiştir. Bu evrede bizce artık “sanık” ortaya çıktığı için müdafaa görevi de önem kazanır. Aşağıdaki durumlar isnattan sonra, dâva açılıncaya kadar yapılan işlemlerin önemini açıkça göstermektedir:

Bir kimsenin tutuklanmasından aylarca hattâ senelerce sonra dâva açıldığı vardır. Tutuğun durumu bu aşamada zarfında yeterli bir şekilde düzenlenmemiştir. Örneğin tutukluluğun devamının otomatik kontrolü mekanizması fiilen işlememektedir. Savcının bu aşamada yapacağı araştırmanın kısa olması gerektiği açıkça belirtilseydi, tutukluluğun kontrolsüz olarak bu kadar uzaması önlenebilirdi.

Türk Ceza Kanunu, örneğin çalınan malın kovuşturma başlamadan iadesinde cezayı üçte ikisine kadar indirmektedir (TCK 168/1). Bundan maksat henüz sanık olmamış kimsenin iadesidir. Böyle bir kimse ile dâva açılmadan sanık olmuş kişiler bir tutulmamalıdır. Sanık olanlar hakkındaki ceza yarısına kadar indirilmektedir (TCK 168/2).

Kısa soruşturma aşamasında yapılacak en son iş, yapılan araştırmadan isnat konusunda bir sonuç çıkarmaktır. Bu sonuç şu şekillerde kendisini gösterebilecektir: (i) Kıyas soruşturma isnadın hatalı olduğunu göstermiş olabilir. Bu takdirde kovuşturmaya son verme kararnamesi verilmeli ve dâva açılmamalıdır. (ii) Kıyas soruşturma, isnadın yerinde olduğunu göstermiş ise şu ihtimaller meydana çıkabilir: Kıyas soruşturma sonunda duruşmaya geçebilecek duruma gelmişse, C. savcısı, uzlaşmaya tabi suçlarda uzlaşma teklif eder; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kabul edilen suçlarda bu yola gidebilir veya iddianame düzenleyerek, bunu mahkemeye verir.

Kabahatlerde ise ayrı bir muhakeme yapmaksızın doğrudan idari yaptırımlar uygulanabilir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 253 ve 254 üncü maddelerinde detaylı olarak düzenlenen “uzlaşmanın“ uygulanabilmesinin ön koşulu, şüphelinin uzlaşma kapsamında kalan bir suçu işlediği hakkında “yeterli şüphe“ bulunmasıdır. Bu varsa Cumhuriyet savcısı taraflara uzlaşma teklif edecek ve bu yol tüketildikten sonra diğer alternatifler devreye girecektir. İlk alternatif “kamu davasının açılmasının ertelenmesidir“.

4) *Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar.*

Cumhuriyet savcısı kısasoruşturma sonunda (bize göre) başlatmış olduğu kovuşturmaya “son verme“ gereğini duyabilir. Bu durumda kamu dâvası açmayacaktır.

Kanunumuz dâva açma yetkisi gibi, isnattan sonra onu geri alarak dâva açmama yetkisini de savcıya vermiştir. Savcının verdiği bu hüküm idarî nitelikte bir karar olduğundan, kararname diye anılmalı ve kovuşturmaya sonverdiği için de “kovuşturmaya sonverme kararnamesi” diye adlandırılmalı idi. Ceza Muhakemesi Kanunumuz “başlangıç soruşturmasının“ sonunda verilmesi gereken “kovuşturmama kararnamesi“ ile “kısa soruşturma sonunda verilmesi gereken “kovuşturmaya sonverme kararnamesi“ arasında ayırım yapmamış, her iki halde de “kovuşturmaya yer olmadığına” karar verilir demiştir (CMK 172). Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (CMK 172/1) verildikten sonra, yani delil meydana çıkmadıkça aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz (CMK 172/2).

Fakat tersi olur ve başlangıçtaki şüphelinin “suç işlediği hakkındaki izlenim“ (CMK 160), yapılan araştırmalarla desteklenir ve yoğunlaşlarla, sıra kamu davası açmak için iddianame düzenlemeye gelecektir. Şimdi aşağıda “kamu davası“ kavramını ele alabiliriz.

5) *Ara soruşturma: iddianamenin kabul veya iadesi aşaması.*

Ceza yargılamasının yapılabilmesi için suç isnadının yargılama makamı önüne getirilmesi gerekir. Buna “kamu dâvası” denilir. Kanunumuz da Devletin açtığı davaya kamu dâvası (CMK 175/1) adını vermiştir.

Ceza muhakemesinde iddia makamının görevi uyuşmazlığı yargılama makamı önüne getirmek ve orada tutmaktır. Yargılama makamı harekete geçince dâvacı ile dâvalı arasında bir dâva ilişkisi doğar. Muhakeme sade-

ce dâva açıldığı hallerde yürür: “dâvasız yargılama olmaz”.

Ceza muhakemesinde kovuşturma toplumsal ve ferdi iddia makamının şüphesinin kuvvetlenip, “sanı” haline gelmesi üzerine şüphelinin sanık olması ile başlayan ve bu şüphenin yenilmesine kadar devam eden iddia faaliyetidir. Suç işlediğinden şüphelenilen kimsenin “sanık” olması demek, ona bir suç isnat edilmesi demektir. Savcı kamu dâvası açmaya yer olup olmadığını anlamak için bir soruşturma yapar. Kamu dâvası açmaya yer olduğu sonucuna varmak için de bir kimse hakkındaki şüphelerin kuvvetlenmesi ve ona bir suç isnat edilmesi gerekir. Bu nedenle, kovuşturma bizce kamu dâvası açmaya yer olduğunun anlaşılması ve bunun açıklanması ile başlar.

Kamu dâvası açmaya yer gören savcı çok defa derhal kamu dâvasını açar. Bunun için kovuşturmanın kamu dâvası açılması veya iddianamenin kabulü ile başladığı sanılır. Halbuki Ceza Muhakemesi Kanunumuzun “soruşturma” dediği aşamada, yani kamu dâvası açılmadan önce de bir kimsenin örneğin sorguya çekilmesini veya tutuklanmasını savcı sulh hâkiminden isterken de, ona bir suç isnat etmiş olur. Bizce artık o kimse “şüpheli” olmaktan çıkmış “sanık” olmuş sayılmalıdır. Onun içindir ki biz, iddianamenin düzenlenmesinden veya kamu dâvasının açılmasından önceki soruşturmayı ikiye ayırmayı ve kovuşturma başlamadan önceki kısmına “başlangıç soruşturması”, kovuşturma başladıktan sonraki kısmına ise “kısa soruşturma” demeyi uygun bulduğumuzu yukarıda belirtmiştik.

Ceza yargılamasının bir iddia ile yani dâva açılması ile başlaması, mülga kanunumuzun “açıkça” kabul ettiği bir prensipti (CMUK 150). Ceza Muhakemesi Kanunu ise bu çok önemli ilkeyi sadece “örtülü” bir şekilde düzenledi (CMK 175).

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. İddianamenin düzenlenmesinden, kabul veya iade edilmesine kadar geçen süre ise bizce mülga ilksoruşturmanın son bölümü olan, sonsoruşturmanın açılması kararı benzeri olan, “ara soruşturma” niteliğindedir.



Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler (CMK 170/2). Bu “taslak“ iddianame üzerine yargılama makamı sanığın da mütalâasını almalı ve ondan sonra kovuşturmanın açılmasına veya açılmamasına karar vermelidir. Bizim Kanunumuz bu aşamada sanığın mütalâasının alınmasını öngörmemiş (CMK 175) ve Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianame ile kamu davasının açılmasını da kabul etmemiş, iddianamenin kabulü kararı ile dava açılmasını benimsemiştir (CMK 175).

Başlangıç soruşturmasının sonunda savcı kovuşturma evresinin açılmasını isteyecek duruma gelmiş olabilir. Bu takdirde kısa soruşturma aşaması atlanarak savcı iddianamesini yazar.

Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturma evresinin sonunda iddianame düzenlenecek kadar yeterli şüphenin oluştuğu hallerde “taslak iddianame” hazırlanmasını istemekle (CMK 170) birlikte, iddianamenin mahkemeye verilmesi ile “kamu davasının açılmasını “kabul etmemiştir”; kamu davası “iddianamenin kabul edilmesi kararı” ile (CMK 175) açılmaktadır.

Soruşturma evresinde toplanan deliller suçun işlendiği hususunda “yeterli şüphe“ oluşturuyorsa (yani mahkum olma ihtimali ağır basarsa), Cumhuriyet 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 u 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).

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 kırsoruşturma yapmadan iddianame düzenlememesinde yarar vardır. Zira lehteki delilleri ondan öğrenmesi, dâva açmamaya 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 bilecek kimse olamayacağına göre, eksik soruşturma ile dâva açması demek olacağından en azından iddianamenin reddedilmesini haklı gösterecek ölçüde kanuna aykırılık kabul edilmelidir.

Bununla birlikte “suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin” iade edileceğine dair hüküm (CMK “2005-5353” 174/1-b) ileri sürülerek, şüphelinin ifadesi alınmadan dava açılmayacağına söylenebilir. Biz yorum yolu ile şüphelinin ifadesinin alınması mecburiyeti doğduğunu savunuyoruz. Ancak Yargıtay dairelerinin aynı görüşü paylaşmadığını da biliyoruz.

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).

Kamu dâvası kovuşturma yapılmak üzere mahkeme önüne iddianame ile gelir. İddianamenin esas hakkındaki hükmü verecek olan görevli ve yetki-

li mahkemeye verilmesinden sonra, bu mahkeme 15 gün içinde iddianamenin iadesi kararı vermezse (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).

‘‘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.

6) *Kovuşturma evresi.*

a) *Kovuşturma evresinin başlaması.*

Ceza Muhakemesi Kanunu ‘‘kovuşturma’’ kavramını iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar süren evre olarak tanımladı (CMK 2).

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.

Kovuşturma evresinde önce duruşma hazırlığı yapılır. Bunu duruşma izler. Duruşma hazırlığı aşamasının gayesi duruşmayı kesiksiz yapılacak Şekilde hazırlamaktır. Kovuşturmanın hazırlanması gayesi ile yapılan soruşturma duruşmayı hazırlamaz. Diğer taraftan, önsoruşturmanın da eksikleri görülebilir. Bunların da tamamlanması yani yeni bir soruşturma yapılması, bir bakıma duruşmanın hazırlanması demektir, zira bunlar tamamlanmazsa, duruşmanın kesiksiz yapılması imknsız olur. Grlyor ki duruşma hazırlığı aşaması, duruşmaların mümkün olduğu kadar kesiksiz yapılabilmesi ihtiyacını gidermek için kabul edilmiştir.

Mahkeme iddianamenin kabulü kararı verdikten sonra duruşma gününü belirler ve hazır bulunması gereken kişileri çağırır (CMK 175/2). ağrı kağıdı ile birlikte iddianame sanığa tebliğ olunur. İddianame sulhlk işler dahil bütün davalarda, ağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ edilir (CMK 176).

Dosya mahkemeye gelmiş ve iddianame mahkeme tarafından kabul edilmiş olduğu için, artık sınırlama koymadan dosyanın müdafı 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.

Mahkeme duruşma hazırlığı aşamasında şu kararları verebilir: (Her yönden) yetkisizlik kararı: Duruşma hazırlığı aşamasında da mahkeme her yönden yetkisizlik kararı verebilir. Dâvanın düşmesi kararı: Düşme sebepleri varsa mahkeme yine duruşma hazırlığı aşamasının her anında dâvanın düşmesine karar verebilmelidir. Muhakemenin durması kararı: Durma sebepleri varsa, mahkeme duruşma hazırlığı aşamasında da muhakemenin durması kararı (CMK 223) verebilmelidir. Dâvanın reddi kararı: Ret sebepleri varsa ve bunlar duruşma hazırlığının başında değil de sonradan görülmüşse, dâvanın reddi kararı (CMK 223) da verilmelidir.

İddianame üzerine sanığın lehindeki delillerin toplanmasını isteyebilmesi kabul edilmiştir (CMK 177). Bizce iddianamenin kabulü konusundaki karar sanığın görüşü de alındıktan ve gerekiyorsa ek soruşturma yapıldıktan sonra verilmelidir.

Suç işlediğinden şüphelenilen kimsenin, suç işlediği sanılan kimse, bir kelime ile sanık olması demek, ona bir suç isnat edilmesi demektir. Örneğin savcı kamu dâvası açmaya yer olup olmadığını anlamak için bir soruşturma yapar. Kamu dâvası açmaya yer olduğu sonucuna varmak için de bir kimse hakkındaki şüphelerin kuvvetlenmesi ve ona bir suç isnat edilmesi gerekir. Şu halde kovuşturma, bizce kamu dâvası açmaya yer olduğunun anlaşılması ve bunun açıklanması ile başlar.

Ferde bir başkasına suç isnat etme yetkisinin verildiği istisnaî hallerde, yani kovuşturma dâvası açılmasında da durum aynıdır. Şikâyet ve izin gibi muhakeme ve dolayısı ile kovuşturma şartları gerçekleşmeden hazırlık soruşturmasında, yani kamu dâvası henüz açılmadan önce bir kimse hakkında tutuklama kararı elbet verilmeyecek, yani ona suç isnat edilemeyecek, kovuşturmaya başlanamayacaktır.

Kamu dâvası açmaya yani kovuşturma yapmaya yer gören savcı çok defa derhal iddianame düzenlediği ve bunun arkasından iddianame kabul edilerek kamu dâvası açıldığı için, kovuşturmanın kamu dâvasının açılması ile başladığı sanılır. Kanunlar da çok defa böyle düşünmeyi haklı gösterecek şekilde kaleme alınmıştır. Halbuki kanunun soruşturma dediği aşamada, yani CMK 175 inci madde doğrultusunda kamu dâvası açılmadan önce bir kimsenin örneğin sorguya çekilmesini veya tutuklanmasını savcı sulh hâkiminden isterken ona bir suç isnat eder. Artık o kimse bizce şüpheli olmaktan çıkıp sanık olmuş sayılmalıdır.

*b) Kovuşturmadan önce etkin pişmanlıktan dolayı ceza indirimi.*

Kovuşturmanın dâva açılmadan da başlayabilmesinin kabulü, dolayısı ile kovuşturmanın kararı ile kovuşturmaya sonverme kararının farklı olması, etkin pişmanlığa bağlı birçok suçta özellikle iftira suçu bakımından önemlidir. Çünkü iftirayı gerilme, kovuşturmanın başlamasından önce veya sonra olmasına göre cezayı farklı oranlarda hafifletmektedir (TCK 269/1 ve 2).

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).

Türk Ceza kanununda etkin pişmanlığa yer verilen suçlarda da pişmanlığın ne zaman gerçekleştiği önemlidir. Soruşturma başlamadan önceki etkin pişmanlık cezasızlık sebebi olmakta (TCK 254), soruşturma başladıktan sonraki veya kovuşturma başladıktan sonraki etkin pişmanlık farklı oranlarda cezada indirim sebebi olmaktadır (TCK 248).

*c) Duruşma.*

Duruşmada bütün deliller ortaya konur ve mahkeme esas hakkındaki kararını verir.

ç) *Kovuşturma evresinin sona ermesi.*

Kovuşturma iddia makamının sanı halini alan yani kuvvetlenen şüphesinin yenilmesi ile sona erer. Bu da samimî inanışla yahut kanun zoru ile olur. Gerçekten iddia makamı da muhakeme boyunca yapılan faaliyetlerden şüphesinin yersizliğini anlayıp isnadını lehte bir mütalâa beyanı ile gerialır. Örneğin sistemde ilksoruşturma da varsa sonsoruşturmanın açılmamasını, sonsoruşturmada sanığın beraatini 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. Yargılanan karar mahkûmiyet kararı ise savcının şüphesi yine yerini belliliğe bırakacaktır. Artık ortada sanık değil, hükümlü vardır.

Kovuşturmanın sona ermesi dâva görülmekte iken de söz konusu olabilirdiği halde, “kovuşturmaya sonverme kararı” sadece dâva açılmadan önce verilebilir. Gerçekten savcı ancak iş kendi elinde iken, yani kamu dâvasını açmadan önce başlamış olduğu kovuşturmaya son verebilir. Dâvayı açtıktan yani iddianame kabul edildikten sonra, kovuşturmaya sonveremez. Zira sistemimize göre artık iş hâkimin eline geçmiştir ve yargılamaya, daha doğrusu muhakemeye sonverip vermemek yargılama makamının işidir.

Dâva açtıktan sonra savcının yapabileceği sadece yargılama makamından bu yolda duruma göre bir istekte bulunmaktır. Örneğin düşme veya beraat kararı verilmesini istemektir.

## § 22– ÖN ALAN ARAŞTIRMALARI VE SUÇ İŞLENMESİNİ ÖNLEYİCİ İDARİ TEDBİRLER

### I– Ön alan araştırmaları.

Suç işlenip tamamlandıktan sonra Devletin faili belirlemek için araştırma yapması adli görevdir. Fakat bir suç henüz işlenmeden önce, suçun işlenmesinin önlenmesi ise kolluğun temel görevlerindedir. Özellikle örgütlü suçlarda ortaya çıkan durum şudur: suç işlemek için örgüt kurmak ve örgütün amaçları doğrultusunda suçlar işlemek, adli alanı ilgilendirir.

Fakat, suçlar işlemek için kurulan örgütün henüz işlemediği suçlar vardır. Bu işlenmemiş suçlar kolluğun önleyici görevlerinden iken, işlenmiş olan suçlar adli görev kapsamındadır. Görüldüğü gibi, örgüt suçlarında yarışan görevler vardır.

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. Bunun için bilgi edinme, bilgileri saklama ve daha sonra da analiz etme yetkileri doğmuştur.

Devletin hazırlık soruşturması yapma yetkisini doğuran “başlangıç şüphesinin” öncesinde, Devletin yetki kazanması için somut olgulardan yola çıkılarak “endikatör” seviyesinde bir tehlikenin varlığı gerekir.

Bu alan suç öncesi “beyaz” alan ile “gri” alanı kapsadığı için gizlidir. Suç öncesi polis araştırmaları veya “soruşturma öncesi araştırma evresi”, kolluğun “istihbarat” yetkilerini ifade eder.

Ön alan araştırmaları başlangıç şüphesinden önceki alanı kapsar. Suç işlendikten sonra ortaya çıkan “başlangıç şüphesi” (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 Cumhuriyet savcılığı ve polis tarafından yapılan “klasik” araştırma işlemleri vardır. Bu araştırmalar yapılmadan “başlangıç şüphesi” zaten oluşmaz.

Türk Hukuk uygulamasında bazen “inceleme” adı verilen bu tür “ön alan araştırmaları” yapılarak soruşturma başlatılıp başlatılmamasına karar verilecektir.

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 hiç biri 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.

“Suç işlenmesi” toplum için bir tehlike yarattığından belli fiiller suç haline getirilmiştir. “Tehlikeyi önlemek”, yani suç işlenmesini önlemek, polis görevidir. Suçun işlendiği, “bu izlenimi veren haller” mevcut olduğu için (CMK 160/1) belli ise yani başlangıç şüphesi oluşmuşsa, iş artık Cumhuriyet savcısının hakimiyeti altına girmiştir. Fakat henüz suç işlendiğini gösteren “somut olgular” yoksa ve bunların araştırma yapılarak var olup olmadıkları tespit edilecekse, yani “suç işlendiği 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. İşte “beyaz alanı” oluşturan Polis Hukuku (tehlikenin önlenmesi ve bastırılması) ile “siyah alanı” oluşturana, suç işlendikten sonra başlayan soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında yer alan “gri alan”, “ön alan araştırmalarından” oluşana bir hukuk alanıdır.

Fakat 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 alanındadır.

Ancak örgüt suçları söz konusu olduğu zaman, polis tarafından yapılan ön alan araştırmaları değişik bir boyut kazanır. Yukarıda belirtildiği gibi, “örgütü oluşturmak” başlı başına bir suçtur. Örgütün işlediği araç suçların araştırılması Cumhuriyet savcısının görev alanındadır. 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 işleme-



sinin önlenmesi amacı ağırlık kazanıyorsa Polis Hukuku uygulanır.

Ön alan araştırmaları sırasında belli bir kişiden şüpheleniliyorsa, bu kişi henüz “şüpheli” hukuk durumuna girmemiştir; “kuşkulanılan 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.

Suç işlendiği izlenimi veren “haller” bulunması (CMK 160/1), yani “zehap derecesinde şüphe”, ceza muhakemesinde araştırmaların başlaması için bir ön koşuldur. Buna “başlangıç şüphesi” adı verilir. Savcı bu durumda araştırma başlatır.

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 kuşkulanılan 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 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 mahkumiyet olasılığı varsa, başlangıç şüphesi olduğu kabul edilebilir.

Tehlikeyi önlemekle kanunen görevli olan polis, herhangi bir suçun işlenmiş olduğu durumlarda, ileride işlenecek suçların önlenmesi açısın-

dan da görevlidir. Tehlikeyi önlerken, polisin iki ayrı görev vardır: a) ileride işlenecek olan suçların muhakemesinde kullanılabilecek olan “delilleri önceden hazırlamak” ve b) ileride işlenecek olan suçların “işlenmesini önlemek.

## **II- İstihbarat amaçlı iletişim denetleme (MİTK 6).**

### *1) Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri.*

Milli İstihbarat Teşkilatı, Türkiye Cumhuriyetinin 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 Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmakla görevlidir (MİTK 4/1-a).

Bunun dışında Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak, kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Milli Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak, kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak, Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak, istihbarata karşı koymak görevleri de vardır.

2014 yılında 6532 sayılı Kanun ile 4 üncü maddeye eklenen fıkralarla, teşkilata yeni görevler verilmiştir: (h) dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Bakanlar Kurulunca 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.

*2) Milli İstihbarat Teşkilatının yetkileri.*

Milli İstihbarat Teşkilatı, kanunla kendisine verilen bu görevleri yerine getirmek için, iletişimin denetlenmesi dahil, bazı yetkilerle donatılmıştır. Telefon konuşmalarının ve hatta insanların karşılıklı konuşmalarının istihbarat amacı ile gizlice denetlenmesi ve banda kaydedilmesi mukayeseli hukukta düzenlenmişken, Türk Hukukunda yer almamıştı. Ancak 2001 yılında Anayasanın 13 üncü maddesinde yapılan değişiklikten sonra, istihbarat denetlemelerinin kanunla düzenlenmesinin zorunlu hale gelmesi üzerine, PVSK Ek m. 7, Jandarma Kanunu 5 ve MİT Kanununun 6 ıncı maddesine 2005-5397 numaralı Kanunla fıkralar eklendi ve bu madde 2014 yılında aşağıdaki gibi değiştirildi.

Kanunun ‘yetkiler’ başlıklı 6 ıncı maddesinde Millî İstihbarat Teşkilatı’nın Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken kullanacağı yetkileri düzenlenmiştir. Bu maddeye göre aşağıdaki yetkileri kullanır: a) Yerli ve yabancı her türlü kurum ve kuruluş, tüm örgüt veya oluşumlar ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir. b) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı 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. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar. c) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir. d) Görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabilir. e) 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. f) Yabancıların ülkeye giriş ve çıkış ile vize, ikamet, çalışma izni ve sınır dışı edilmesi gibi konularda, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir. g) Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, mill savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir. h) Yabancı unsurların ülkenin ve vatandaşların iletişim güvenliğini tehdit eden faaliyetlerinin engellenmesine yönelik çalışmalar yapabilir, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir. i) MİT'te görev alan veya alacak kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir. j) MİT mensupları görevlerini yerine getirirken ceza ve infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlülerle önceden bilgi vermek suretiyle görüşebilir, görüşmeler yaptırabilir, görevinin gereği terör örgütleri dhil olmak üzere mill güvenliği tehdit eden bütün yapılarla irtibat kurabilir.

Maddeye 3.7.2005 tarih ve 5397 sK'nun 3 maddesi ile eklenen 2. fıkraya göre; Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının işsasının tespiti ve terörist faaliyetlerin nlenmesine ilişkin olarak, hkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hkimin onayına sunulur. Hkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz

edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, MİT tarafından kurulan merkez veya 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. (Değişik son cümle: 4/5/2007–5651/12 md.) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkezler üzerinden yapılır.

3. fıkra uyarınca, yetkili ve görevli hâkim, Ankara ağır ceza mahkemesinin üyesidir. 4. fıkra uyarınca, kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespit imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, 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.

5. fıkraya göre, 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.

6. fıkra uyarınca, Bu fıkra hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir.

7. fıkrada, hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirileceği ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanacağı hüküm altına alınmıştır.

8. fıkrada, bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.

9. fıkra, yaptırım fıkrası olup şu şekildedir; Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza

Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

17.04.2014 tarih ve 6532sK'nun 3. maddesi ile eklenen 11. fıkraya göre, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı 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.

Avrupa standartlarına göre, topluma ve iletişimi denetlenen kişiye bilgi verilmesi gerekmektedir. Bu konudaki yasalarda, meclislere kaç kişinin iletişiminin denetlendiği ve ne gibi olayların önlendiği konularında yıllık raporlar verilmesi öngörölmüştür. Bizde böyle bir kural bulunmamasına rağmen bir milletvekilinin TBMM İctüzüğünün 99 uncu maddesi uyarınca sorduğu sorduğu soruya, Adalet Bakanlığı 5.5.2008 tarihli 1194/674 sayılı yazısı ile cevap vermiş ve genel yasal açıklamalarla yetinmiştir.

### 3) Yıllık güvenlik ve istihbarat raporu.

2014 değişikliği ile gelen kural uyarınca, TBMM de kurulan Güvenlik ve İstihbarat Komisyonuna yıllık raporlar verilmesi mecburiyeti vardır. Ek 2 inci maddeye göre, Bu maddede belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu kurulmuştur.

## III- İletişimin suçı önlemek amacı ile denetlenmesi

### (PVSİ Ek 7 ve JK 5).

#### 1) Haberleşmenin gizliliği.

Anayasa'nın 22 inci maddesine göre, herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. İletişimin denetlenmesi Anayasal bir hak olan "haberleşme hürriyetini" kısıtlayan bir işlemdir. Bu hakkın sınırlanma sebepleri; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçı olarak Anayasa'da sayılmıştır. Kanun koyucunun, Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı,

maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin 17 inci, özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin 20 inci, haberleşme hürriyetine ilişkin 22 inci, düşünceyi açıklanma ve yayma hürriyetine ilişkin 26 ıncı maddeleri gibi birçok temel hak ve hürriyetle ilgisi olan iletişimin denetimi kapsamındaki faaliyetlerin özellikle yönetmelikle düzenlenmesini öngörmediği ve bu konuları, Yasa'da ayrıntılı olarak düzenlemeyi tercih ettiği görülmektedir.

2) *PVSK Ek Madde 7*

*(1985–3233 ile eklenen ve 2005–5397 ile değişen metin).*

(1) Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.

(2) Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört 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.

(3) Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

(4) Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının t¼r¼, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tesbite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin t¼r¼, kapsamı ve s¼resi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla uç ay için verilebilir; bu s¼re aynı us¼lle uğer ayı geçmeyecek şekilde en fazla uç defa uzatılabilir. Ancak, ter¼r org¼t¼n¼n faaliyeti çeręevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli g¼r¼lmesi halinde, hâkim uç aydan fazla olmamak üzere s¼renin m¼teadit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(5) Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin iğeriğine ilişkin kayıtlar en geç on g¼n içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tesbit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

(6) İstihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekęesini de g¼stermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekęesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

(7) Bu madde h¼k¼mlerine g¼re y¼r¼t¼len faaliyetler çeręevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra h¼k¼mlerine aykırı hareket edenler hakkında, g¼rev sırasında veya g¼revden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

(8) Hâkim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel M¼d¼rl¼đ¼ İstihbarat Dairesi Başkanlığı g¼revlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

(9) Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel M¼d¼rl¼đ¼ ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları (İptal: AyMhk. 29/1/2009, E. 2005/85, K. 2009/15) (...) tarafından yapılır.

(10) Bu maddede belirtilen (Ek: 4/5/2007–5651/12 md.) telekom¼nikas-



yon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” adıyla kurulan tek bir merkezden yürütölür. (Değişik: 4/5/2007–5651/12 md.) Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile daire başkanlıklarından oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. (İptal beşinci cümle: AyMhk. 29/1/2009, E.: 2005/85, K.: 2009/15) Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muafıtır.

(11) Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

(12) (Ek: 3/7/2005–5397/1 md.) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

### 3) Jandarma Kanunu Ek 5.

Jandarma, Jandarma Kanununun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir. Gecikmesinde

sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır (JK Ek “2005–5397” 5/1).

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir (JK Ek “2005–5397” 5/2).

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir (JK Ek “2005–5397” 5/3).

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 (JK Ek “2005–5397” 5/4).

Bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. 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 (JK Ek “2005–5397” 5/5).

Ek 5 inci madde hükümlerine göre yürütölen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır (JK Ek “2005–5397” 5/6).

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (JK Ek “2005–5397” 5/7).

Jandarma Kanununun Ek 5 inci maddesinde yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları (...) tarafından yapılır (JK Ek “2005–5397” 5/8).

JK Ek 5 inci maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır (JK Ek “2005–5397” 5/9).

Jandarmaya suç önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yetkisini veren JK Ek 5 maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

#### 4) Suç önleme amaçlı iletişim denetlemesine tabi suçlar.

Suç önleme amaçlı iletişim denetlemesine tabi olan suçlar, 2012–6352 sayılı üçüncü yargı paketi ile yürürlükten kaldırılmış bulunan CMK 250 de 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 inci maddesine eklenen fıkraları işaret etti. Bu nedenle bu konuda artık Adliye Mahkemeleri

Kanununu 12 inci maddesi geçerlidir.

Suç nleme amaçlı telekomunikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, sadece kanunla belirtilen suçlarda kabul edilmiştir: casusluk suçları hariç, Adliye Mahkemeleri Kanununun 12 inci maddesinde (CMK nun mülga 250 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde) yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hakim kararıyla, telekomunikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir (PVSK Ek m. 7). Ceza Muhakemesi Kanunundan farklı olarak, mobil telefonun yerinin tespit edilebilmesi (CMK 135/4) nleme dinlemesinde düzenlenmemiştir.

Mülga Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasının a, b, c bendlerinde (CMK mülga 250/1–a, b, c) sayılan ve Adliye Mahkemeleri Kanununun 12 inci maddesine aktarılan suçlar şunlardır:

a) rgt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyururucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK 188),

b) suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu (TCK 282: bu madde listeye 2012 değerikliği ile eklenmiştir),

c) 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 uncu maddesinde CMK 250 ile kurulan ağır ceza mahkemelerine de atıf yapıldığı için, TMK da yer alan diğer suçlar da nleme denetlemesine tabi suçlar arasında idi. Ancak Terörle Mücadele Kanununun 9 uncu maddesi, 2012–6352 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırıldı.

“Kanundan kanuna atıf yapılarak” mahkemelerin görevlerinin belirlenmesi yönteminin ne kadar sakıncalı olduğunu, yukarıda yapılan açıklamalar göstermektedir: CMK 250 ye yapılan atıf, bu madde yürürlükten kaldırılıp, yerine TMK 10 geçtikten sonra, TMK nın da yürürlükten kaldırılması ile bir hukuk labirenti daha doğmuştur.

5) Suç önleme denetlemesi kararı.

Önleme denetlemesi kararını, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve mülga CMK 250/1 uyarınca kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesi verir (PVSK Ek 7/3). Kanunlarda yapılan değişiklikler ve atıf yöntemleri nedeni ile Mayıs 2014 itibarı ile bu kararı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen Ankara Ağır Ceza Mahkemesi verir (TMK ya 2014–6526 ile eklenen Geçici Madde 14/6).

Böylece CMK 135 ile PVSK Ek 7 arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. CMK 135 uyarınca iletişimin denetlenmesi kararını yer itibariyle yetkili ağır ceza mahkemesi oybirliği ile verirken, önleme denetlemesi kararını Ankara ağır ceza mahkemesi ülke çapında tek mahkeme olarak ve genel oylama kuralları kapsamında vermektedir.

Gecikmesinde sakınca olan hallerde, Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Daire Başkanı da yazılı emir verebilir. Bu emir yirmidört saat içinde hakimin onayına sunulur (PVSK “2005–5397” Ek m. 7/2).

2012 değişikliği ile terör ve cebirle işlenen örgüt suçlarından koruma tedbiri kararlarını vermek üzere ayrı hakimler görevlendirildi. 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 “özürlükler hakimi” 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).

6) İletişimin denetlemesi işleminin gerçekleştirilmesi.

İletişimin denetlenmesi, “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” adı altında, Ankara’da kurulan ve Türkiye’de “tek” olan merkezden yürütülür (PVSK ek 7/10). Kanunda “yürütülen” terimi kullanılmış ise de, uygulamada 4.7.2007 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan ve daha sonra da 7.8.2009 tarihinde değiştirilen kurallar gereğince, hakim kararları ve yazı-

lı emirler işletmecilere gönderilmez; kararlar ve yazılı emirler ile bunların içeriği Başkanlığın belirleyeceği şekilde elektronik ortamda ilgili kurumlar tarafından Başkanlığa gönderilir; kararlar ile yapılan inceleme sonucunda Yönetmeliğe uygun olduğu tespit edilen yazılı emirler, “ilgili kurum görevlilerince”, Başkanlığın koordine ve nezaretinde yerine getirilir. Yönetmelikten ve uygulamada yapılan açıklamalardan anlaşıldığına göre, iletişimin denetlenmesi, bilfiil Ankara’daki tek bir merkezde yapılmamakta, ilgili kurum görevlilerince yerine getirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi 29.1.2009 tarih ve 2005/106 sayılı kararı ile PYSK ek 7/9. fıkradaki, “...Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon ...”, 10 fıkradaki, “... Telekomünikasyon İletişim Başkanı, telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır” ibaresinin, 2803 sayılı Kanunun Ek 5/8. fıkrasında yer alan, “... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon...”, 2937 sayılı Kanunun 6/8. fıkrasında yer alan “... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon ...”, ibarelerinin iptaline karar vermiştir.

#### 7) Özel iş yerlerindeki iletişim denetleme.

İstihbarat amaçlı iletişim denetlemesi dışında, özel iş yerlerinde ise çalışanların bilgisi dahilinde olmak kaydıyla, bütün konuşmaların kaydedilmesi mümkündür.

#### 8) Ceza infaz kurumunda iletişim denetleme.

Hükümlülere “hak” olarak verilen telefonla görüşme imkanı da önleme denetlenmesine tabidir ve kayıt altına alınır. Bu da kanunla düzenlenmiş (CGİK 66/1) bir “önleme amaçlı bir iletişim denetlemesidir”.

#### 9) Polisin diğer suçları önlemek için iletişim denetleme yetkisi yoktur.

Türk Hukukunda önleme amaçla iletişim denetleme sadece belli örgüt suçlarında kabul edilmiştir.

Suç olayı gerçekleşmeden önce “önleme denetlemesi” yapılması için Alman Kanunları ise polise de yetkiyi vermiştir. Federal yapıya sahip olan Almanya’da bütün Federe Devletlerin uygulamalarında bir örneklik sağlamak amacıyla hazırlanan Çerçeve Polis Kanunu’nun 12.3.1986 tarihin-

de değiştirilen 8c maddesi ile yeknesaklık sağlanmıştır.

*10) Delil yasağı.*

Önleme denetlemesi yasada açıkça belirtilen suçların işlenmesinin önlenmesi için kabul edilmiştir (PVSK EK 7/7). Bu nedenle elde edilen bulgular sadece suçun işlenmesinin önlenmesi için istihbarat amaçlı olarak kullanılabilir, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamaz (CGK 17.5.2011, K. 2011-95).

**IV– Önleme araması (PVSK 9).**

*1) Tehlikenin önlenmesi.*

Devletin toplumu tehlikelerden koruma görevi vardır. Eğer somut olgular risk bulunduğunu veya yakın bir tehlikenin olduğunu ortaya koyorsa, Devletin tedbir alarak, risk veya tehlikenin zararlı bir netice doğurmasını önlemesi gerekir.

Örneğin polis gece vakti bir evde duman görürse, kapıyı zorlayarak içeriye girebilir ve tehlikeyi önlemek için gerekli olan tedbirleri uygular (PVSK 20/1). İşte bu nedenle kolluğa gecikmesinde sakınca bulunan hallerde önleme araması (PVSK 9, Arama Y 19) yapma yetkisi verilmiştir. Bu gibi hallerde “arama” tedbirine kolluk, ‘tehlikeyi önlemek amacıyla’ başvurmaktadır. Polis tedbiri olarak başvuru olan bu tür aramanın amacı, kamu emniyetini veya kamu düzenini tehlikeye sokan kişi veya eşyaları bulmak, onları kolluğun koruması altına almaktır.

Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, ilk defa 2002 yılında, sonra da 2007 yılında yapılan değişikliklerle önleme aramasını açıkça düzenlemiştir (PVSK “2002–4771”, “2007-5681” 9).

Arama, ‘önleme’ amacıyla yapıldığında, tehlike yaratan bir eşyanın ele geçirilmesi için; ‘ceza muhakemesi’ gayesiyle yapıldığında ise saklanan sanığın ve delillerin elde edilmesi için yapılır.

Konutta önleme araması yapılamaz. Anayasa, “suç işlenmesinin önlenmesi için” konutta arama yapılmasına kural olarak izin vermişse de (Any. 20), PVSK 9 önleme aramasını düzenlerken, “konuttan” açıkça söz etmediği için, “konutta”, hâkim kararı ile de olsa, önleme araması yapılmasını yasaklamıştır (PVSK “2007–5681” 9/5) (Arama Y 19/son).

2) *Hakim kararı veya yazılı emir.*

Polise “tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla” fakat sadece yazılı emir üzerine kullanabildiği önleme araması yapma yetkisi verilmiştir (PVSK 9/1). Milli güvenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve yasak silahların tespiti amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emri ile yapılan arama, “önleme aramasıdır” (Arama Y 19).

Önleme araması idarî bir işlem ise de, “hakim kararı” ile yapılması gerekir. Ancak, gecikmesinde sakınca olan hallerde kolluğa arama emrini, il sınırları içinde vali, ilçe sınırları içinde ise kaymakam “yazılı” olarak verir (PVSK “2007-5681” 9).

Dikkat edilmelidir ki, kolluk amirinin “önleme araması yapma” emri vermek yetkisi yoktur. Amir, kolluk memurlarına önleme araması yapma sözlü emrini, sadece usulüne uygun olarak verilmiş hakim kararı veya mülki amir emri üzerine verebilir; bu emrin yazılı olarak verilmesi istenemez (AramaY 20/son). Buna karşılık, kolluk amirinin aleni yerlerde yapılacak adli aramalar için yazılı emir verme yetkisi tanınmıştır (CMK 119/1).

Suç öncesi “idari alandaki” önleme aramalarında savcının yetkisi yoktur.

3) *Önleme araması kararı istemi: “makul sebep” kavramı.*

Kararın alt yapısını oluşturmak üzere, kolluk “tehlike sebeplerini” belirler ve topluma yönelik bir tehlike mevcutsa veya suç işlenmek üzere ise tehlikenin veya suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla, “önleme araması talep yazısı“ düzenler. Bu yazıda arama için makul sebeplerin oluştuğu gerekçeli olarak açıklanır (PVSK 9/2). Talep yazısı mülki amire verilir.

4) *Önleme araması kararı veya yazılı emri.*a) *Önleme araması kararı.*

Mülki amir gerekli görürse durumu sulh ceza hakimine sunar. Hakim tehlikeyi takdir eder ve buna göre karar verir.

Önleme amaçlı üst araması yapılabilmesi için yazılı emir veya hakim kararı verilebilmesinin ön şartı, “yakın tehlikedir”.

Yakın tehlikeyi gösteren “makul sebepler” (PVSK “2007-5681” 9/2) bulunmalı, tehlikenin oluştuğunu gösteren belirlemeler, kolluk tarafından



önceden tespit edilerek, bu konuda bir rapor düzenlenmelidir (AramaY 20/1).

Arama talep, emir ve kararında; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer, geçerli olacağı zaman süresi yer alır (PVSK “2007-5681” 9/2) (AramaY 20/3).

Bu kararın verilebilmesi için tehlike altında bulunan hukuki menfaatler veya işlenmek üzere olan bir suç mevcut bulunmalıdır. Önleme araması sadece maddede gösterilen yerlerde yapılabilir (PVSK “2007-5681” 9/4).

*b) Mülki amirin yazılı emri.*

Gecikmede tehlike varsa mülki amir kendisi yazılı önleme araması emri verebilir (PVSK “2007-5681” 9/1).

Bu emirde; (a) aramanın sebebi, (b) konusu ve kapsamı, (c) yapılacağı yer, (d) zaman ve geçerli olduğu süre belirtilir (PVSK 9/3).

Spor karşılaşması, miting konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden oluşan topluluk halleri, “gecikmesinde sakınca bulunan hal“ sayılır (PVSK 9/6).

PVSK 9/6 daki hallerde, rutin bir spor karşılaşması varsa ve genellikle bu etkinlik yapıldığı zaman, olay çıktığı tecrübesi yaşanmışsa, hakimin karar vermesi için vakit de varsa, kanunda öngörülen “karineden” yola çıkılarak, hakimi yetkisiz kılmak doğru değildir: zaman varsa, kararı hakim vermelidir.

*5) Önleme araması kararına itiraz sorunu.*

Karara itiraz konusu, yasa ile düzenlemeyi gerektirmektedir.

*6) Önleme araması kararının kapsadığı yerler.*

Anayasamıza göre (Any. 21), kişilerin üzerlerinde, özel kağıtlarında, eşyada veya “evde” arama yapılabilmesine rağmen, Arama Yönetmeliği suçu önleme maksadıyla konutta, yerleşim yerlerinde ve kamuya açık olmayan özel iş yerlerinde ve eklentilerinde arama yapılmasını yasaklamıştır (AramaY 19/son).

Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılan yerde ve aniden oluşan topluluklarda (m. 9/6), umumi yerlerde,

toplu taşıma araçlarında, halkın topluca bulunduğu veya bulunabileceği yerlerde, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılabilen yerde ve yakın çevresinde, tüzel kişilerin genel kurul toplantısının yapıldığı yerlerin yakın çevresinde, eğitim ve öğrenim kurumu içinde, yakın çevresi ve giriş çıkışlarında (PVSK “2007-5681” 9/4), alınacak karara bağlı olarak önleme araması yapılabilir.

Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz (PVSK “2007-5681” 9/5).

#### 7) Önleme araması kararının uygulanması.

Önleme aramasının amacını tehlikeye düşürmeyecek olduğu hallerde, yapılan aramanın sebebi geciktirilmeksizin ilgiliye bildirilir.

Önleme amacıyla bir kişinin üzerini araması sırasında, 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.

Polisin önleme amacıyla eşya üzerinde arama yapabilmesi öncelikle üzeri aranabilecek kişilerin yanında buldukları eşya bakımından kabul edilmiştir. Diğer taraftan belirli olaylar; otomobil gibi bir eşya içinde bulunan kişinin gözaltına alınmasını mümkün kılıyorsa veya o kişinin o eşya içinde hukuka aykırı olarak özgürlüğünün kısıtlanmış bulunduğunu veya o kişinin yardıma muhtaç olduğunu gösteriyorsa, kolluk suçu önlemek amacıyla prensip olarak, kendiliğinden eşya üzerinde arama yapabilmelidir.

Yakalama sonrasında doğrudan arama yapılabilir. 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 hakim kararı gerekmez (YakalamaY 6/2).

Arama Yönetmeliğinin 27. maddesi ile devamındaki hükümler, önleme araması ve adli aramaların yapılma şeklini ayrıntılı olarak düzenlemiştir: Üst araması yapılırken insanlık dışı bir davranışta bulunulmaması gerek-

mekle birlikte polis üstünlüğü elden bırakmamalıdır. Arama Yönetmeliğinin 28. 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.

Üst araması yapılırken bir yardımcıdan istifade edilmeli ve bu yardımcının atış hattı, görevlinin istikameti dışında olmalıdır. Üst arama yöntemleri, elle arama, diz çöktürerek arama, duvara dayandırarak arama, birden fazla “şüphelinin” aranması gibi, ayrı ayrı polis taktikleri kullanılmasını gerektiren hususlardır.

Kelepçe ancak ağır suçlarda ve kaçma halinde veya kaçma şüphesinin belirtisi varsa (CMK 93) kullanılmalıdır.

Arama yapılırken kişinin daha ağır bir suçun şüphelisi olabileceği daima hesaba katılmalıdır. Ağır bir suçtan aranan bir kişi, onun daha hafif bir suçtan arandığını sanan memurun önem vermeden arama yapmasından yararlanabilir ve bu durum zararlı olabilir.

Kişilerin ancak aynı cinsten kişilerce aranması yerinde olur. Fakat vücut veya hayat bakımından yakın bir tehlike mevcut bulunduğu anda bu tehlikeden korunmak amacıyla yapılan aramalarda aynı cinsten kişi temin etmenin beklenilmeyeceği açıktır.

#### 8) Önleme araması kararı almadan yapılabilen işlemler.

Teknik hukuk açısından “arama” sayılmayan durumlarda hakim kararı olmadan kontrol işlemi yapılabilir. Yakalama için de hakim kararı gerekmez (Any. 19).

Örneğin evin veya işyerinin yangın önlemleri ve benzeri güvenlik tedbirleri açısından kontrol edilmesi gerekirse, kural olarak idari bir önlem sözkonusu olduğu için hakimden karar almaya ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte, sözkonusu evde yasada öngörülen kurallara riayet edilmediği konusunda makul bir sebep bulunmalıdır.

Mevcut ağır ve muhakkak yakın bir tehlikenin bulunduğu hallerde yazılı emir veya hakim kararı alınması mümkün olmadığından, bu tür aramalar, “zorunluluk hali” (TCK 25/2) hükümlerine göre yapılır. PVSK 20’de

düzenlenen yangın durumunda eve girme yetkisi de, aynı hukuki müesseye dolayısıyla, “hukuka uygundur”.

Yakın bir hayati tehlike varsa, bunun önlenmesi için zorunlu olan “aramalar” yazılı emir veya hakim kararı olmadan yapılır. Zorunluluk hali ceza sorumluluğunu kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi yaratır (TCK 25/2). Polis 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 işlemini yapmak bakımından, her polis memuru özel bir emir almaya muhtaç olmaksızın, görevi gereği, yetkilidir.

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 mani olmak için) (PVSK 20), konuta, işyerine ve eklentilerine doğrudan girebilir (PVST m. 89).

#### 9) Arama Yönetmeliğinde gösterilen istisnalar.

Hakimden önleme araması kararı alınması gerekmeyen ve Yönetmelikte gösterilen haller de vardır (AramaY 25):

- a) Kamu hizmetine ayrılmış binalara girerken yapılan üst ve eşyada aramalarında,
- b) Sivil hava meydanlarına girişte yapılan kontrol ve aramalarda,
- c) Olağanüstü halde yapılan aramalarda,
- d) Sıkıyönetim zamanında yapılan aramalarda,
- e) Yakalandıktan sonra muhafaza altına alınan kişilerin üst ve eşyasının aranması için,
- f) Seçimlerde silah taşınmasını önlemek amacı ile yapılan aramalarda, hakimden karar alınması gerekmez.

Kolluğun her zaman kontrol edebileceği ve doğrudan girebileceği yerler de vardır. Otel, gazino, dinlenme yerleri, kumar oynanan, elektronik aletlerle oynanan zekâ veya maharet geliştirici televizyon oyunlarının oynan-

dığı yerler ‘umuma açık yer’ sayılırlar (PVSK ek m. 8, 13), ve bu nedenle de kolluk tarafından idari yönden denetlenebilirler.

*10) Yönetmelikle “arama” sayılmayan denetlemeler.*

Anayasada yapılan değişiklik (Any. “2001–4709” 20 ve 21) doğrultusunda, her türlü arama için Anayasada gösterilen sebeplere dayanan bir hakim 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).

rnek 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 nleme kontrolleri (CİGK 53/2, 86/3) ve PVSK’dan kaynaklanan diğer “denetim yetkileri” gösterilebilir (Any. 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, i 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 ikili 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; 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 (umma derecesinde makul şüphe) doğduğu takdirde, Jandarma veya polisin “durdurma” yetkisi olur.

h) Su üstü ve deniz araçlarının ruhsatlarının denetimi;

i) Elektromanyetik araçlarla veya dedektör köpeklerle yapılan “tarama” şeklindeki denetimler;

j) TCK 183 kapsamında gürültü yapanların men edilmesi amacıyla yapılan denetim;

k) Hudut kapılarındaki pasaport denetimleri: 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. Gümrüklerde kanun gereği yapılan aramalarda, yetkinin çok geniş olması, AİHM tarafından 8 inci madde ihlali olarak görülmüştür (Funke–Fransa, 13.12.1991).

Hava alanlarına girişlerde yapılan “önleme araması”, İl İdaresi Kanununa 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 Kanununun 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 hakim kararı aranmaz (AramaY 18–j).

### *11) 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 uncu maddenin 1 inci fıkrası uyarınca kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğundan şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalarda CMK hükümleri uygulanır.

*12) İnfaz kurumlarında yapılan önleme kontrolleri.*

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 gözönünde tutularak, belli bir oranda kısıtlanabilir. Cezaevi ve tutukevi gibi, kişi hürriyetinin belli amaçlar doğrutusunda 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.

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.

Buna karşılık, tutuklu veya hükümlünün vücudunda ayrıntılı inceleme yapılabilmesi için 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, hakimden yazılı karar alınması ve bu kararın “suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” içermesi şarttır (CMK 116).

*13) Okullarda yapılan önleme kontrolleri.*

İlk, orta ve yüksek öğretim kurumlarında öğrencilerle ilgili olarak yapı-

lan 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.

Ancak bu görüşü benimsemeyen Danıştay 10. Dairesi 21.11.2003 tarihli kararı ile mülga Arama Yönetmeliğinin 14 üncü maddesinin (g) ve (h) bendlerinin yürürlüğünü durdurmuştu. 1.6.2005 tarihli Arama Yönetmeliği okullarda ilk ve orta öğretim kurumlarında öğrencilerle ilgili olarak idari arama yapma yetkisini vermedi. Aynı Yönetmeliğin 19. maddesinde (yüksek) eğitim-öğretim kurumlarında önleme araması yapılabileceği belirtilmektedir.

Bizce disiplinin sağlanması amacıyla alınacak olan tedbirlerde hakim 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. Orta okulda sigara aranması için hakimden karar alınmasına gidilmesi, bizce zorunlu olmamalıdır.

#### *14) 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 kullandıkları 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 hakimden karar alınmadan yapılması üzerine, iş Amerikan Yüksek Mahkemesine aksetmiştir. Yüksek Mahkeme 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 kararla durdurmuştu. 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren Arama Yönetmeliği memurlarla ilgili özel bir düzenleme yapmadı. Bu nedenle bugün Türkiye’de bu tür genel nleme amaçlı kontroller yapılmak istendiğinde Ceza Muhakemesi Kanununun genel hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır.

### *15) Genel arama–taramalar.*

Yasal düzenleme bulunmamasına rağmen, kolluk tarafından zaman zaman eğlence yerlerinde veya şehrin bir bölgesinde genel arama–tarama yapılır. “Anayasal hak ve özgürlüklerin korunması” amacı ile yapılan bu tür genel aramaların (Razzia), kısmen suç işlenmesini önlemeye, kısmen de işlenmiş suçların araştırılmasına hizmet ettiği söylenir.

Suçu nleme 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 çıkarılabilirse de, açık bir düzenleme bulunmadığı için, şehrin bir bölgesinde geniş katılımlı kolluk birimleri ile yapılan bu operasyonlar hukuka aykırıdır.

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 benzemektedir. Türk Hukukunda kolluğa böyle kontrol noktaları kurma yetkisi verilmemiştir.

### **V– Durdurma (PVSK 4A).**

#### *1) Durdurma kavramı.*

Durdurma kişinin seyahat özgürlüğünü (Any. 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 hakim kararı veya kanunla yetkili kılınan makamın yazılı emri bulunmalıdır (Any. “2001–4709” 20). Ancak arama sayılmayan “durdurma ve soru sorma”, “durdurma ve kimlik sorma”, “durdurma ve kimlik tesbiti” 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 PVSŞ m. 4A dır.

Bu yetkinin kullanılabilmesi için yakalama ve aramada gereken derecede olmamakla birlikte basit bir şüphenin mevcut bulunması da gereklidir. Kolluğun vatandaşı yolda durdurabilmesi için PVSŞ 4A/2 “makul sebep”, Arama Yönetmeliği ise “umma derecesinde makul şüphe” bulunması gerektiğini söylemektedir (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 davasında, 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: ‘polisin sorduğu soru üzerine, makul bir vatandaş, kendisini halen “serbest” hissedebilecek fakat oradan ayrılmaması gerektiğine inanabilecek idi ise’, polisın başvurduğu tedbir yolda durdurma ve kimlik sorma tedbiridir. Bir başka ifade ile sadece polisın sübjektif olarak durdurma sırasında sahip olduğu maksat ve düşünce geçerli olmayıp, olayın dışı yansıması ve kişi üzerinde bıraktığı izlenim de önemlidir.

Yolda durdurulan kişiler üzerinde yapılan kontrolün diğer bir amacı da tehlikenin önlenmesidir. Bu nedenle kişinin silahlı olduğu veya halihazırda bir tehlike yarattığı konusunda makul bir şüphede doğmuş olmalıdır. Bu nedenle, durdurma sırasında sadece sıvazlama yolu ile kontrol yapılabilir.

### 2) 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 (Any. 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, Any. 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 idiyse, durdurma bitmiş, yakalama başlamıştır.

### 3) Durdurmanın “makul” sebepleri.

Durdurma, keyfilik oluşturacak şekilde yapılamaz (PVSK 4A/2). Durdurma süreklilik arz ediyorsa artık durdurma olmaktan çıkar (PVSK 4A/2).

Kolluğun bir kişiyi ve aracı durdurabilmesinin önşartı ve en önemli koşulu “makul bir sebebin bulunmasıdır”. Aramada olduğu gibi (makul şüphede: CMK 116) makul sebep olmadan durdurma yetkisi kullanılamaz.

Makul sebep eğitimli 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, hakimden 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. Kanun aşağıda belirtilen durdurma sebeplerini sınırlayıcı bir şekilde saymıştır (PVSK 4A/1).

*a) Suç veya kabahatin işlenmesini nleme.*

Durdurma sebeplerinden birincisi bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemektir. Burada 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.

*b) Yakalama amaçlı durdurma.*

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 balıki kazak giydiği görülmüşse, polis, bu eşgale uyan kişileri durdurduğunda, bu durdurma kanuna ve hukuka uygun bir durdurma olur.

*c) Tehlikeyi önleme amaçlı durdurma.*

Tehlike varsa polis yetki kazanır. Polisin görevi uzak ve yakın tehlikeyi önlemektir. Kanun tehlikeyi önlemek ve bertaraf etmek amacı ile polise 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 gerçekleşeceğinin, makul ve orta zekalı insanlar tarafından kabul edilebileceği hallerde”, var sayılır.

*ç) Hakim kararının yerine getirilmesi amaçlı durdurma.*

“Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tesbit 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.

*4) Durdurma yetkisinin kullanılması.*

Bu yetki bireyi devlet ile yüzyüze 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 düzenlenmiş ve kolluğa 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).

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 ayrılmalarına 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.

Yukarıdaki bahislerde Devletin henüz bir suç işlenmeden önce, bu suçun işlenmesini önlemek için sahip bulunduğu yetkileri gördük. Ön alan araştırmaları ile özellikle suç örgütlerin işledikleri suçlardan yola çıkılarak, ileride işleyebilecekleri suçları önlemek üzere iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi, önleme araması ve durdurma incelendi. Şimdi suçun işlenmesinden sonra başlayan soruşturma evresine geçebiliriz.

## § 23– SORUŞTURMA EVRESİ

### I– Ceza soruşturmanın başlaması.

#### 1) Ceza soruşturması.

Devlet “suç ve cezada kanunilik ilkesi“ doğrultusunda “suçlar“ yaratmış ve bunların kamu düzenini bozan fiiller olduklarını kabul ederek, işlenmesini yasaklamıştır. 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).

İşlenen suçları “araştırmak“ ve “kovuşturmak“ Devletin görevidir. Buna “kovuşturmanın Devlet tarafından yapılması ilkesi“ denilir. Bireyler ve özel kuruluşlar suç “soruşturması ve kovuşturması“ yapamaz. “İhkakı hak“ kabul edilemez.

Soruşturma evresinin, kovuşturmaya başlanıp başlanmayacağını öğrenmek için yapılan ilk bölümü, Cumhuriyet savcısının suç işlendiği şüphesini veren bir hali öğrenmesi üzerine “harekete geçmesi” ve olayın aydınlatılması için ilk işlemleri yapması ile başlar.

*2) Makul sebep ve makul şüphe kavramları.*

Bizde kamu davasının mecburî olduğu için, bu mecburiyetin ne vakit ve hangi şartlarla başladığının belirtilmesi gerekir. Yetkiler bireylerin temel hak ve özgürlüklerine kısıtlama yapılmasını gerektirdiği için, yetkinin kullanılması için yasal düzenleme bulunması gerekir (Any. 13). Kanun ile düzenlenen önleyici yetkilerin dayanağı makul sebep, adli yetkilerin ise makul şüphedir.

Makul sebep, PVSK 4A ve PVSK 9 maddelerde kullanılmış ve tanımlanmıştır. Somut olay veya olguların konunun uzmanı olan bir kişide somut tehlike bulunduğu izlenimini doğruyorsa, buna makul sebep denilir. Bu objektif kriter Devlete suç ve tehlikeyi önlemek için tedbir almak yetkisini verir.

Makul şüphe ise somut olay veya olguların suç işlendiği izlenimi doğurması olarak kabul edilir. Bu kabul de objektif bir değerlendirmedir. Kabul şüphenin özelliği, kuvvet derecelerine göre, önce ceza soruşturmasını başlatması, sonra da kuvvetlenir ise muhakemenin yürümesini sağlamasıdır.

*3) Şüphenin kuvvet dereceleri.*

İddianame ile açılan asıl ceza davasında şüphelinin suçu işleyip işlemediği, fiilin suç olup olmadığı ve failin ceza sorumluluğuna sahip bulunup bulunmadığı araştırılır. Asıl ceza muhakemesinde sıkı ispat kuralları uygulanır ve hakim vicdani kanaate göre karar verir.

Asıl ceza davasının soruşturma evresini başlatan ve muhakemenin ilerlemesini sağlayan husus, suç şüphesidir. Başlangıçta suç şüphesi hafiftir (CMK 160/1), % 51 mahkumiyet olasılığı gösterecek kadar yoğunlaşırsa, yeterli şüphe halini alır ve iddianame düzenlenebilir (CMK 170/2). Bu aşamada şüpheli veya sanık henüz tutuklanmamıştır. Suçu işlediği konusunda kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller bulunan hallerde tutuklama kararı verilebilir (CMK 100/1). Sanığın suçu işlediği konusundaki şüphe duruşmada ortaya konun deliller ile ortadan kalkar ve fail olduğu konusunda mahkeme vicdani kanaate ulaşır, mahkumiyet kararı verilir (CMK 217/1 ve 223).



**II- Asıl ceza davasında şüphenin kuvvet dereceleri.**

1) Soruşturma evresinin başlaması “Suç işlendiği izlenimi veren hal” : başlangıç şüphesi (CMK 160/1).

Basit başlangıç şüphesi: Suç işlendiği izlenimi veren hal (CMK 160/1), soruşturma evresini başlatır. “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.

Savcının, “suç işlendiği izlenimini veren hal mevcut bulunup bulunmadığını” belirlerken, “takdir yetkisi” vardır. Savcı bu konudaki değerlendirmesini yapmak üzere, “inceleme” yapabilir ve soruşturmaya başlamak üzere “suç işlendiği izlenimini veren hal” mevcut bulunup bulunmadığını denetleyebilir.

Şüphenin kuvvet dereceleri açısından, Alman Hukukunda; a) Anfangsverdacht, b) dringender Verdacht ve c) hinreichender 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” (hinreichender Verdacht) vardır denilebilir.<sup>89</sup> Yüzde ellinin altındaki, somut olgulara dayanan şüphe (dringender Verdacht) ise Devletin koruma tedbirlerine karar vermesinin sebebi olur.<sup>90</sup>

Kanunun (CMK 160) bir suçun işlendiği izlenimi veren bir hal diye açıkça tanımladığı makul bir başlangıç şüphesi mevcut değilse, soruşturma yapılamaz. Ancak bu şüphenin tahmine değil, olaylara dayanmasını ara-mıştır. Olaylara dayanmayan bir şüphe üzerine soruşturmaya başlanması kanunî değil, keyfî bir davranıştır. Suç haberinin ciddiyetini takdir yetkisi, olaya dayanıp dayanmamanın değerlendirilmesi olarak anlaşılmalıdır.

<sup>89</sup> Kühne: NJW 1979, 622.

<sup>90</sup> Benfer 2005, 23.

2) *Kovuşturma evresine geçilmesi: yeterli şüphe (CMK 170/2).*

Soruşturma evresinde toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması (CMK 170/2) iddianamenin düzenlenmesi için aranan şüphe derecesidir. Soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir (CMK 172). İddianame düzenleyebilmek için ise orta yoğunlukta bir şüphe derecesi aranır. Yani soruşturma evresinde toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması gerekir.

Hakkında basit şüphe üzerine araştırma yapılan kişi “şüpheli” hukuk durumuna girerken, şüphe kuvvetlenip, “yeterli şüphe” (CMK 170/2) haline gelip ve kişiye suç isnat edilince, bu kişinin “sanık” durumuna geçtiği kabul edilmeli idi. Kanun ise sanıklık hukuk durumunun başlaması için iddianamenin kabul edilmesine (CMK 175) kadar beklemektedir.

3) *Tutuklama kararı verilmesi: kuvvetli şüphe (CMK 100/1).*

Tutuklama kararı vermek için, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması gerekir (CMK 100/1).

4) *Mahkumiyet kararı verilmesi: suçun sabit olması (CMK 223/5).*

Mahkumiyet kararı verilebilmesi için, vicdani kanaate ulaşılmış olması (CMK 217/1) ve sanığın fiili işlediği konusunda şüphe kalmamış bulunması, yani “sabit olması” gerekir (CMK 223/5).

### **III– Tali ceza davalarındaki şüphenin kuvvet dereceleri.**

1) *Koruma tedbiri kararı verilirken aranan şüphe türleri.*

Tali ceza davalarında iki türlü şüphe gündeme gelir: önce soruşturma başlamış olacağı için, Kanunun ilgili maddesinde asıl ceza davasının içinde bulunduğu muhakeme aşamasını yansıtan asıl ceza davasının şüphe derecesi ön koşul olarak belirtilmiş olabilir. Kanun ikinci olarak, tali ceza davasının amacına yönelik olan şüphenin derecesini de belirtebilir.

Gizli soruşturma yöntemlerinin uygulanması açısından ise asıl ceza davasındaki şüphelinin suç işleme şüphesinin basit başlangıç şüphesi derecesinde olması yeterli iken, bu şüphenin somut delillere dayanması ve

şüphe sebebinin kuvvetli olması arzu edilmiştir. Fakat şüphelinin koruma tedbirinin konusunu oluşturan suç u işlediği hakkında “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin” bulunması gerekir.

Görüldüğü gibi, “şüphe sebebi” ile “şüphe” arasında fark vardır. “şüphe sebebi” bir kişiden suç u işlediği konusunda şüphelenmeyi gerektiren ve somut delile dayanması gereken bir kavramdır. Buna karşılık, “şüphe”, önceki gibi somut delillere dayanan, fakat yoğunluk derecesi değişebilen bir kavram olup, yoğunluğunun az veya çok olması muhakemenin ilerlemesini veya sona ermesini gerektiren bir kavramdır.

Tali ceza davaları prensip olarak asıl ceza muhakemesinin soruşturma evresi başladıktan sonra açılır. Arama kararı bunun istisnasını oluşturabilir. Zira arama kararı bazı hallerde suç u işlendikten sonra, fakat belli bir kişi hakkında soruşturma başlatılmadan önce de verilebilir.

Bazı tali ceza davaları açısından aranan şüphe dereceleri aşağıda sıralanmıştır.

2) *Arama kararı verilmesi: (CMK 116) “Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe”.*

Önleme araması yapılabilmesi için “makul sebep” (PVSK 9) bulunması gerekir. Adli arama kararı verilebilmesi için ise bir suç u işlendikten sonra, o suç u ile ilgili olarak inceleme yapılırken arama yapılabileceği gibi, belli bir şüpheli ortaya çıktıktan sonra onun hakkında da arama yapılabilir. Aramada asıl ceza davası açısından aranan şüphe CMK 160 anlamındaki “suç u işlendiği izlenimi veren hal” iken, tali ceza davası olan arama kararı istemi bakımından, “aranan şeyin aranılacak yerde bulunduğunu gösteren somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” (CMK “2014-6526” 116) bulunması gerekir.

Arama kararı verilmesi için, şüphelinin suç u işlediği konusunda basit başlangıç şüphesi bulunması yeterli, aranılan eşyanın aramanın yapılacağı yerde bulunabileceğini gösteren somut delile dayanan kuvvetli şüphe bulunması istenmiştir (CMK 116).

3) *Hak ve alacaklara elkoyma, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik takip kararı verilmesi: (CMK 128, 135, 139, 140) “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin varlığı”.*

İletişimin denetlenmesi, teknik takip gibi gizli soruşturma yöntemleri, asıl ceza davasındaki CMK 160 kapsamındaki basit şüphe ile uygulanabilir. Zira, bu tedbirlere, klasik araştırma tedbirleri ile delil elde etmek açısından başarı sağlanamadığı durumlarda başvurulur.

Hak ve alacaklara elkoyma ile gizli soruşturma yöntemlerine karar verilebilmesi için, basit şüphe yeterli olup, bu şüphe sebebinin kuvvetli olması ve somut delillere dayanması gerekmektedir.

4) *Tutuklama nedeni (CMK 100/2): “Kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgu” veya “delil yok etme veya tanıklara baskı konusunda kuvvetli şüphe uyandıran davranışlar”.*

Kanun tutuklama kararı verilebilmesi için hem asıl ceza davası bakımından, hem de tali ceza davası bakımından sınır koymuştur. Asıl ceza davası bakımından şüphenin kuvvetli olması gerekir. Yani, iddianame düzenlemek için gereken “yeterli şüphenin” üzerinde bir şüphe yoğunluğu bulunmalıdır. Tali ceza davası bakımından ise şüphelinin delil karartabileceği veya kaçabileceği konusunda somut belirtilerin bulunması aranmaktadır.

Tutuklamayı CMK 91/2 ile birlikte düşünmek gerekir. Tutuklama kararı verilirken hem asıl ceza davasının suç işleme şüphesinin kuvvetli olması istenmiş, hem de tali ceza davası açısından kaçma veya delil karartma şüphesinin olgulara dayanması hedeflenmiştir.

5) *Koruma tedbiri kararı verilirken aranan şüphe derecelerinin toplu olarak değerlendirilmesi.*

Tali ceza muhakemeleri, asıl ceza davası görülürken ortaya çıkan ikincil meselelerden oluşur. Tali ceza davalarının konusu failin suçu işlemiş olup olmadığı değil, mesela, hakim in reddinin gerekmediği gibi asıl ceza davası ile ilgili iddialardır. Arama kararı verilmesi, iletişimin denetlenmesi kararı ve tutuklama kararı verilmesi bu kapsamdadır. Tali ceza davalarında serbest ispat kuralları uygulanır ve şüphenin ortaya konması yeter.

Koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için de somut delillere dayanan şüpheler bulunması gerekir. Fakat, koruma tedbirinin kısıtladığı hak ile orantılı olarak, şüphenin daha basit veya daha kuvvetli olması gerekebilir.

i) şüphelinin yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüpheler varsa arama kararı verilebilir (CMK “2014–6526” 116).

ii) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüpheler sebebi bulunan hallerde hak ve alacaklara elkoyma kararı verilebilir (CMK “2014–6526” 128/1).

iii) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada somut delillere dayanan kuvvetli şüpheler sebeplerinin varlığı halinde, diğer koşulları da varsa, bilgisayarda arama kararı verilebilir (CMK “2014–6526” 134/1).

iv) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüpheler sebeplerinin varlığı halinde, diğer koşulları da varsa, iletişim denetlenmesi kararı verilebilir (CMK “2014–6526” 135/1).

v) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüpheler sebeplerinin bulunması halinde, diğer koşullar da varsa, gizli soruşturmacı görevlendirilebilir (CMK “2014–6526” 139/1).

vi) Yasada sayılan suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüpheler sebepleri bulunması halinde, diğer koşulları da varsa, teknik araçlarla izleme kararı verilebilir (CMK “2014–6526” 140/1).

vii) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gosteren somut delillerin bulunması halinde, diğer koşulların da birleşmesi ile tutuklama kararı verilebilir (CMK “2014–6526” 100/1).

viii) Güzaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suç işlediği şüphesini gosteren somut delillerin varlığına bağlıdır (CMK “2014–6526” 91/2).

#### **IV– Araştırma mecburiyeti.**

##### *1) Araştırma mecburiyeti kavramı.*

“Başlangıç şüphesi” olduğunu gosteren bir hal (bir suçun işlendiği izle-

nimini 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 prensibi en önemli prensiplerden biridir. Ceza Muhakemesi Kanununun bu ilkeyi açıkça düzenlememesi önemli bir noksanlıktır (CMK 170).

## 2) Adli görevlerin başlaması.

“Suç işlendiği izlenimi veren hal” (CMK 160/1) Devletin soruşturma makamları tarafından öğrenildiği ve Cumhuriyet savcılığının “araştırma yapmak” üzere harekete geçmesi ile adli görevler başlar.

Somut bir olayda tehlikeyi önleyici görevlerle adli görevler aynı anda ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlarda o anda hangi tedbirin daha ağır bastığı ve önemli olduğuna bakılarak, idari makamların mı, yoksa Cumhuriyet savcılığının mı yetkili olduğu belirlenir.

Türk Hukuku, adli kolluğu Cumhuriyet savcının “emrine” vermiş (CMK 160) ve mülga CMUK m. 156 ile polise verilmiş olan, “acele hallerde kendiliğinden suç araştırması yapma” yetkisini kabul etmemiştir. Kanun kolluğa “olaylara elkoyma”, “kişileri yakalama” ve tedbir uygulama” yetkilerini vermiştir (CMK 161/2).

Bu durum karşısında, Türk Kolluğu suç fiiline elkoymak mecburiyetindedir, ancak “hiç bir adli araştırma işleminin yapmadan”, durumu “derhal” emrinde çalıştığı Cumhuriyet savcısına bildirecek ve Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin emirlerini gecikmeksizin yerine getirecektir.

Cumhuriyet savcısı adli kolluk görevlilerine “yazılı emir” verir; acele hallerde “sözlü emir” de verebilir ve bunu en kısa sürede yazılı olarak da bildirir (CMK “2005–5353” 161/3). Kanaatimizce kolluğa acele hallerde “araştırma” yapma yetkisi tekrar geri verilmelidir.

## V– Soruşturma evresinin organları.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk, sulh ceza hakimliği ve müdafii çeşitli görevler üstlenmiştir.

Soruşturma evresinin organlarının başında Cumhuriyet Başsavcılığı gelir. Başsavcılığın görevi kaide olarak soruşturmaya idareden ve sonuç çıkarmadan ibarettir. Soruşturma evresinin özünü teşkil eden bilgi edinme ve araştırma, ayrı tekniği gerektiren kolluk işidir. Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturma evresinin Cumhuriyet savcısı tarafından emrindeki adli kolluğa yaptırılmasını kabul ederek, yönetme veya idare değil, baştan sona yaptırma sistemini benimsedi (CMK 161).

Soruşturma evresinde bilgi edinme ve araştırma görevlerinin Devletin çeşitli daire ve memurlarına da verildiği vardır. Soruşturmanın baştan aşığı savcılar tarafından yapılması, yani kolluğa bırakılmaması da bazen kabul edilmiştir. Örneğin küçüklerin işledikleri iddia edilen suçlarla, örgüt suçları, avukatlar ve adli görev yaparken silah kullanan kolluk memurlarının başlangıç soruşturmaları Cumhuriyet savcıları tarafından “bizzat” yapılır, kolluk yetkisizdir (AvK 58, ÇKK 15, PVSK “85–3233” Ek m. 9B).

Soruşturma evresinin organları arasında belli işlemler bakımından sulh ceza hakimliği de vardır. Soruşturmada görevlendirilen hakim ya hakim olarak ya da savcı yerine geçerek hareket eder: Sadece hakim tarafından yapılabilen işlemler için kaide, sulh hakiminin yetkili olması ve savcının talep etmesidir (CMK 162).

## **VI– Suçun işlendiğinden bilgi edinme.**

### *1) Suçun öğrenilmesi ve soruşturmaya başlama.*

Soruşturma evresinin başlayabilmesi için, önce bir suçun işlendiği izlenimi veren halin (CMK 160/1) kovuşturma makamı tarafından öğrenilmesi gerekir. Suç işlendiği öğrenilince, Cumhuriyet savcının bizzat araştırma yapması veya adli kolluğa araştırma emri vermesi söz konusu olur.

Yapılan soruşturmanın gayesi, kamu davasının açılmasına yer olup olmadığını belirlemektir.

### *2) Araştırma yaparak kendiliğinden öğrenme.*

Bazı hallerde suçun işlenip işlenmediği henüz belli değildir. Suç işlendiği izlenimi veren hal (CMK 160/1) açık ve net bir şekilde ortaya çıkmış olmadığı için, Cumhuriyet savcısının görevi başlanamıştır. Ön alan araştırmaları adı verilen bu durumlarda suçu meydana çıkarma görevi, kaide

olarak kolluğa verilmiştir. Suçların meydana çıkarılması, bir diğer söyleyişle keşfedilmesi, kolluğun daima uyanık olması şeklinde özetleyebileceğimiz normal kollama faaliyeti ile sağlanır.

Kolluğun bir başka suç dolayısı ile yaptığı araştırma faaliyetleri de, çok defa suçların keşfedilmesine yararlar. Mesela örgütlü suçlarda, örgütün suç işlemesini önlemek için ön alan araştırmaları yaparak harekete geçen kolluk, işlenmiş olan suçları da ortaya çıkarabilir. CMK nun kurduğu “savcı emrindeki adli kolluk” sistemi ise suç öncesi kolluk görevlerini gözardı ettiği için “araştırma” görevini de Cumhuriyet savcısına vermiştir (CMK 161).

Polisin kendi algılamaları ile suç işlendiğini öğrenmesi de mümkündür. 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.

### 3) şikayet ve benzeri kurumlar.

Kovuşturması ve dolayısı ile muhakemesi şikayete bağlı tutulan suçlarda kanunla konulan engeli suçtan zarar görenin kaldırması demek olan şikayet, çok defa, zarar görenin bu belli suçlardan birini yetkili makama haber vermesi biçiminde gerçekteşmektedir. Muhakemesi şikayete bağlı suçlarda savcı kovuşturmama veya kovuşturmaya son verme kararnamesi yani “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” verdiğinde bunu şikayetçiye yani “suçtan zarar gören” ile önceden ifadesi alınmiş veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirir (CMK 174). şikayete hakkı olanlara şüphelinin yakalandığı bildirilir (CMK 90).

Suçlarda Devletin mahsus makamları tarafından yapılan ve savcılığı bağlayan şikayet olan talep, Devletin iddia makamı olan savcılığa yapıldığından savcılık bu yolla da suçu öğrenir.

Ekonomik suçlarda kullanılan yazılı başvuru da, soruşturma ve kovuşturma yapılması durumunda daha büyük zararlar doğurabileceğinden, yasa ile yetkili kılınan makamın yazılı başvurusu üzerine soruşturulabilir



veya kovuşturulabilirler. Bu gibi hallerde de kovuşturma makamları suçu yazılı başvuru üzerine öğrenirler.

#### 4) İhbar.

Haber verme, suç işlendiğinin, şikayet biçimindeki bildirmeler dışında, açıkça bildirilmesidir. şikayete bağlı suçlarda kayıt ve şartlara uymayan şikayetler veya şikayete bağlı olmayan suçlarda şikayet adı altında yapılan bildirmeler “şikayet” sayılmadığından, ihbar niteliğindedir.

“İhbar”, Anayasada yer alan ve Kamu Hukuku ile ilgili olan “dilekçe hakkının” bir çeşididir (Any. 74). Kanun herkese “haber verme” (ihbar) yetkisini vermiştir (CMK 158). Ancak, bu yetkinin kullanılması, kamu yararına yapılan görev olmakla beraber, fertlerin bundan çekindiklerini gözönünde tutan kanunkoyucu ihbarı kaide olarak mecburî ödev saymamıştı. Ancak çekinmeyi bir ölçüde önlemek için bazı menfaatler sağlandığı (mesela GümrükK 152/2), yahut işlenmekte olan suçu bildirmemek gibi, ceza tehdidi altında istisnalar konuğu da (TCK 278, 279, 280) vardır.

Hemen her ihbarın altında kovuşturma isteği yatar. Fakat ihbar dilekçesi verenin kamu davası açılmasını açıkça istemesi de mümkündür. Bu takdirde kamu davası açılmadığında, savcı bunu “suçtan zarar görene” bildirecektir (CMK 172/1).

Bu kişi kamu davasını açtırmak için yargılama makamına başvurup kovuşturma davası açabilir (CMK 173/1). Mülga Kanunda yer alan “şikayetçinin aynı zamanda suçtan zarar gören olması” koşulu, Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır.

Kanun “sözlü ve yazılı” ayrımını da kaldırmış ve sadece, “Cumhuriyet Başsavcılığına, kolluk makamlarına, valilik veya kaymakamlığa veya mahkemeye” (CMK 158), ihbar veya şikayeti kabul etmiştir. 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).

#### 5) Gizli haber verme.

İhbar edenin hüviyetini açıklaması onu birçoğ sıkıntılara uğratar veya hayatını tehlikeye sokabilir. Bunun için haber verenler çok defa kendileri-

ni gizlemek istedikleri için. Tanık Koruma Kanunu ile gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Haberi telefonla, imzasız mektupla vermek gizli haber vermede başvurulan yolların en klasikleridir. Gizli haberi kanunların desteklediği de vardır. Mesela kaçakçılık olaylarını haber verenlerin hüviyetleri rızaları olmadıkça veya hareket suç teşkil etmedikçe, açıklanamaz (Kaçakçılıkça Mücadele Kanunu 2007–5607 m. 19/4). Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu da para ödülü verilmesini düzenlemiştir (PVSK “1985–3206” ek m. 9/4). Özel kanunlarla gizliliğin, hatta 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.

“Gizli soruşturmacyı” düzenleyen CMK 139, gizlece suç ihbarı yapan kişiyi düzenlememiştir. Buna karşılık, belli bazı menfaatler karşılığında suç ihbarında bulunan veya duruşmada tanıklık etmeyi vaad eden “gizli tanıkların” durumu, Ceza Muhakemesi Kanununun 158 inci maddesinde ve Tanık Koruma Kanununda düzenlenmiştir.

#### 6) 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 etmek, (suç duyurusunda bulunmak) mecburî ödevini de vermiştir. Suç duyurusu ve haber verme, birbirine yakın, fakat farklı iki kavramdır. Fark birincisinin mecburî, ikincisinin ihtiyarî olmasındadır.

#### 7) Şüpheli ölümün ihbarı (CMK 159).

CMK 159 ile doğal nedenlerden kaynaklanmayan, kuşkulu ölümün bildirim zorunluluğu öngörülmektedir. Bu bildirim yazılı veya sözlü olabilir. Kuşkulu ölüme örnek olarak sağlıklı bir insanın aniden ölümü, intihar vakaları gösterilebilir. Kuşkulu ölüm yanında, ölünün kimliğinin belirlenmemesi hali için de bildirim zorunluluğu getirilmektedir. Madde ile kolluk görevlilerine, köy muhtarlarına, sağlık veya cenaze işleriyle görevli olanlara bildirim yükümlülüğu getirilmektedir. Bildirim Cumhuriyet

Başsavcılıklarına yapılacaktır.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi görevi ihmal suçunun özel bir şeklidir. Adli görevlere ilişkin bir suç olduğundan soruşturma yapılabilmesi için, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre soruşturma izni almak gerekmez. Memurlar, görevlerini yaptıkları sırada görevlerine müteallik olarak doğrudan doğruya kovuşturulabilen bir suçu öğrendikleri zaman, ilgili daireye haber vermek mecburiyetindedirler (TCK 279, 280).

Bu mecburiyet özellikle müfettişler bakımından kendisini gösterir. Köy muhtarları bir ölümden şüphelendikleri zaman derhal savcılığa (CMK 159), medenî nikâhı olmadan dinî nikâh yaptıranları yetkili makama (TCK 230/6) bildireceklerdir. Sair suçları da haber vereceklerdir (KöyK 36).

Mülga Kanununa göre, kolluk bir ölümün tabîi 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). Belediye memurları da ölümden şüphelendikleri zaman derhal savcılığa veya sulh hâkimliğine bildirirlerdi (CMUK 152). Yeni Kanun “belediye memurları” yerine, “sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler” terimini kullandı (CMK 159/1). Sorgu hâkimi, talepnamele gösterilmemiş olan bir suçun işlendiğini ilksoruşturma sırasında öğrenirse, durumu savcılığa bildirirdi (CMUK 184). Mülga Kanuna göre, mahkeme, duruşmada sanığın başka bir suç daha işlediğini anlarsa, muhakemeler derhal birleştirilemediği takdirde durumu savcılığa bildirirdi (CMUK 259), Ceza Muhakemesi Kanunu bu hükmü de almadı.

### **VII– Adli araştırmalar ve koruma tedbirleri.**

Soruşturma evresindeki araştırma şüphe sebepleri ile ileride delil olabilecek şeylerin ve delil kaynaklarının (yani ifadelerinden ileride duruşmada tanıklık edebileceği anlaşılan kişilerin) bilgisinin toplanması ve araştırılmasını kapsar. Bu şeyler ve kaynaklar ancak kovuşturma evresinde ispat konusunda karar verecek olan mahkeme açısından delil olarak adlandırılır.

labilir. Elde edilen ilk belirti ve ifadeler, soruşturmada evresinde “şüpheler” olarak adlandırılmalıdır.

Failin belli olmadığı durumlarda “inceleme” adı verilen araştırma, bu şüphelerin doğruluğunu tahkik için ileride delil olacak şeylerin bulunması gayesi ile yapılır.

Delil kaynaklarının yok olmasını veya şüphelinin kaçmasını önlemek için soruşturma evresinde arama yakalama ve tutuklama gibi “koruma tedbirlerine” başvurmak gerekebilir.

Koruma tedbirlerinin şartları oluşmuşsa, bazı tedbirlere kolluk kendiliğinden başvurabilir. Önemli haklara kısıtlama getiren bazı koruma tedbirleri, savcı emri veya hakim kararı ile uygulanabilir.

### **VIII– Soruşturmanın gizliliği.**

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve mehzaz Alman Kanununda soruşturmanın gizli yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktu. CMK bu konudaki boşluğu doldurmak ve soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun (TCK 285) alt yapısını oluşturan bir hüküm sevk etti.

#### *1) Soruşturmanın gizliliği konusundaki yasal düzenleme.*

Soruşturma evresinin gizliliği soruşturma evresinin bir özelliği olup, muhakeme hukuku gerekçeleri yanında, masumiyet karinesinin korunması amacıyla da kabul edilmiştir. Gizlilik temelde şüpheliye karşıdır ama üçüncü kişiler ve kamuoyu bakımından da geçerlidir. Ancak gizlilik ilkesi basının haber verme hakkı ile çelişmeyecek bir şekilde uygulanmalıdır.

Soruşturma görevinin gerektirdiği özellikler, yazılılık, dağınlık ve gizlilik olarak sıralanabilir. Soruşturma yazılıdır, zira soruşturma sonuçlarının objektif bir şekilde saklanması ve kovuşturmada bunlardan faydalanılması, ancak bunların yazılı olması ile mümkündür. Yazılı işlem işlemin doğrudan doğruya yazılı yapılmasını gerektirmez. Söyle veya hareketle yapılan işlemlerin tutanakla tespiti de mümkündür.

Dağınlık, soruşturma evresindeki işlemlerin farklı yer ve zamanda, farklı kişiler tarafından yapılmasını ifade eder. Soruşturma işlemleri arasında, kovuşturmadakilerden farklı olarak, yer, zaman, şahıs bakımlarından bir bağ yoktur. Bir diğer söyleyişe, işlemlerin kovuşturmadakiler gibi

aynı yerde, aynı şahıslar tarafından ve kesiksiz olarak yapılması gerekmez. Bunlar, ihtiyaca göre, dağınık olarak yani farklı yerlerde farklı zamanlarda bir başka şahıslar tarafından yapılabilir.

Soruşturmanın ve dolayısı ile bütün muhakemenin selâmeti bakımından kabul edilmiş olan gizlilik, ihtiyaca göre farklı şekiller alır. Şahsa, işleme ve soruşturmanın aşama ve bölümlerine göre gizliliğin değişmesinin sebebi budur. Soruşturma evresinde “gizliliğin ihlali” suçtur (TCK 285).

Soruşturma işlemleri kural olarak gizli yapılır, açık yapılmaz. Yani hazır bulunması gerekli şahıslardan başkası hazır bulunmaz. Hazır bulunması gerekli şahıs bakımından kanun üç şekilde hareket etmiştir:

Ölçü bazı defa çok dar tutulmuştur. Sulh hakimi tarafından sorguya çekilme ve savcı, kollukta ifade almada (CMK 147), sadece kanunda belirtilen sùjeler hazır bulunabilir.

Cumhuriyet savcısı veya sulh hakimi tanık dinlerken (CMK 169), sadece zabıt katibi hazır bulunabilir.

Tutuklu sanıkların sorgusu veya ifadesinin alınması sırasında kaçmayı önlemek üzere, kolluk memuru hazır bulunabilir.

Gizlilik ölçüsünün daha geniş tutulduğu, keşif gibi işlemler de vardır.

İşlemin gizli yapılması, tutanağın da gizli olmasını gerektirir. Açıklamak meslek sırrının ihlalidir.

Ölçünün biraz genişletilip tanıkların birbirleri veya sanık ile yüzleştirildikleri vardır. Kovuşturmadan önce yüzleştirme, ancak gecikmede sakınca varsa veya kimliğin belirlenmesi için lâzımsa yapılabilir (CMK 52/2).

Ölçünün daha genişlediği ve savcı, sanık, müdafii, katılan ve avukatının hazır bulunmasının kabul edildiği haller de vardır. Bunlar aslında duruşmada yapılacak bir işlemin önceden yapılması halleridir. Onun için duruşmada bulunabilenler burada da bulunabilirler. Bu haller iki grupta toplanabilir:

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 müdafii ve vekili ile savcı hazır bulunabilir (CMK 84/2).

Gerek keşifte, gerek tanık ve bilirkişi dinlenmesinde hazır bulunmak

hakkını haiz kimselere, işin geç kalmasına meydan vermemek kaydı ile işlemin yapılacağı gün önceden bildirilir. Sanık tutuklanmışsa, ancak tutuk bulunduğu yerdeki mahkeme binası içinde yapılan işlemlerde hazır bulunmayı isteyebilir.

Sanığın huzuru tanıklardan birinin hakikate uygun beyanda bulunmasına mani olacaksa, kovuşturmada olduğu gibi (CMK 200), soruşturma evresinde şüphelinin hazır bulunmamasına karar verilebilir (CMK 84/2). Kovuşturma evresinde olduğu gibi, hazır bulunmadığı sırada yapılan işler sanığa bildirilmelidir.

Gizliliğin devamı dosya bakımından da kendini gösterir. Fakat işlemin gizliliği ile o işlem üzerine hazırlanan tutanağın gizliliği farklı şekillerde düzenlenebilir. Örneğin müdafî, sanık ifade verirken veya sorguya çekilirken hazır bulunmadığı hallerde ifade ve sorgu tutanaklarını inceleyebilir.

Dosyanın gizliliği, asıl, sanık bakımındandır. Delilleri karartabilecek olur. Bunun için dosyanın sanığa tevdi tehlikeli görülmüştür.

Şüpheli veya sanığa bilimsel mütalaa veren “uzman” (CMK 67/6) olan kişi de keşfe iştirak edebildiğinden, bu iştirakin zarurî kıldığı derecede dosya muhteviyatını öğrenebilmek hakkına maliktir.

Savcı yetkilerini haiz olan katılanın da, soruşturma evresinde “suçtan zarar gören kişi” sıfatıyla, dosyayı tetkike hakkı vardır.

Soruşturma evresinin gizliliği soruşturma yapılması için kabul edildiğinden, bütün deliller toplanıp, iddianameyi düzenleme aşamasına gelindiği zaman, soruşturma evresinin gizliliği artık kaldırılmalıdır. Kanun ise gizliliğin kalkması anı olarak iddianamenin kabulü kriterini benimsemiştir (CMK 2/1–e; 153/4). Bu nokta öne çekilmelidir. Bizce, soruşturmayı sona erdiren işlem bakımından muhakeme işlemi yapabilecek kişilerin dosyayı bütünü ile inceleme yetkileri kabul edilmelidir. CMKT 2002, “hazırlık soruşturmasının bittiğini”, dosyaya kaydetme mecburiyeti koymuştu. Savcı bu kaydı yapınca, dosyanın gizliliği kalkmakta idi. CMK bu hükmü kabul etmemiştir.

## 2) Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu TCK 285 de düzenlenmiş olup, 2012–6352 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

**IX– Medya’nın suç haberi toplaması ve sanık hakları.**

Basının haber toplama hakkı vardır. Özgürlükçü demokratik sistemlerde basın hürriyeti mutlaka gereklidir. Basın (medya) özgürlüğü geniş olarak 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 özgürlüğünün kapsamı geniştir. Önce bilgilendirme faaliyetinin kendisi korunmuştur (Any. 28). İkinci olarak, kullanılan aletler ve basılı yazı gibi ürünler koruma altındadır ve nihayet medyayı oluşturan kişiler korunmuştur. Basın kamusal bir görevi yerine getirir. Normal vatandaşların sahip buldukları bilgi edinme hakkının ötesinde daha geniş bir yetki veren “haber toplama hakkı” herkesin elde edemeyeceği bazı kaynaklara ulaşmayı da kapsar.

Basının verdiği haberin gerçeği yansıtması gerekir. Bu amaçla özen gösterilmesi şarttır. Ayrıca verilen haberin dengeli, orantılı olması gerekir. Basın yukarıdaki ölçüleri kullanarak vereceği haberleri bir denetimden geçirmelidir; önce doğruluk, gerçeklik hususu denetlenmelidir.

Soruşturma evresinde şüpheli veya sanığın kimliği gizli tutulmalıdır. Kovuşturma evresinde de kimliğin gizli tutulması gerekebilir.

Bununla birlikte, polisin araştırma ve faili bulmak amacıyla “yayın yaptırmaması” mümkündür. Ancak bu da sınırlı bir yetkidir. 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 gazete’de 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. Yukarıdaki ölçüler dışında, şüpheli veya sanığın resmi veya isminin yayınlanması hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılıktan tazminat isteme hakkı doğar.

Adliye binası 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.

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 yayın yapılması, basın özgürlüğü çerçevesine girmez.

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 yayın yasağı konulabilir ve halka bilgi 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. Örneğin 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 almaya gerek yoktur. Görüldüğü gibi sanığın resminin basılabilmesi için onun toplum açısından çok önemli bir kişi olması gerekmektedir.

## § 24– SORUŞTURMA İŞLEMLERİ

### I– Suçu araştırma yetkisi.

Araştırma, suç izlerinin araştırılması, ipucu aramak, onlar vasıtası ile de, suçu işlediğinden hakikaten şüphelenilecek kişiyi bulmak demektir. Soruşturma evresinde yapılan ve şüphe sebebi elde etmeye yarayan faaliyete, kanun “araştırma” (CMK 160/1) demiştir.

Kovuşturma evresinde mahkeme tarafından maddi gerçeğin ortaya çık-



rılmasına ise mülga CMUK 150 “tahkikat” demektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu mahkemenin kendiliğinden araştırma yapması ile ilgili hükümlere, nedense yer vermedi.

*1) Genel yetki ve özel yetki.*

Savcının ve kolluğun sahip bulunduğu araştırma yetkisi “genel yetkidir”. Bu genel yetki her türlü araştırma işlemlerini kapsar.

“Genel yetki” çerçevesinde yapılan araştırmalar, sanık haklarını kısıtlamayan işlemlerdir. Bunlar 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 Cumhuriyet savcısı tarafından araştırılması mümkündür.

Fakat, temel haklara ağır müdahale teşkil eden araştırma işlemleri bakımından, özel yetki bulunması gerekir. Hak kısıtlayan bu yetkilerin kanunla ayrıca düzenlenmiş olması gerektiği, Anayasanın 13 üncü maddesinde vurgulanmıştır.

Özel hayatın gizli alanına girilmesi için, arama işlemi kanunda özel yetki şeklinde düzenlenmiştir (CMK 116). Bu yetkinin kullanılması için de hakim kararı veya yazılı emir (CMK 119) gerekir.

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 araştırmacının takdirine bırakılmıştır. İşlemleri sıralama yetkisi Cumhuriyet savcısına aittir.

Soruşturma evresindeki araştırmalar, “şüpheli sebebi” elde etmek için yapılır. Cumhuriyet savcısı bunların içinden önemli olanları ayıklayarak iddianameye ekler. Bu nedenle toplanan şüpheli sebeplerinin duruşmada delil olarak kullanılabilecek nitelikte, hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olması gereklidir. Toplanan şüpheli sebepleri; beyan delilleri (tanık beyanı, bilirkişi beyanı, mağdur beyanı), belirtiler ve belgelerden oluşur.

2) Doğrudan araştırma ve dolayısıyla araştırma.

Araştırma işlemlerinin bir kısmı kişilerin bilgilerine başvurma dışında kalır. Buna doğrudan doğruya araştırma denilir. Doğrudan doğruya araştırma muameleleri dört çeşittir: Gözkuak olma, Teftiş, Arama, Teknik bulgu elde etme.

Kişilerin bilgilerine başvurma biçiminde yapılan araştırmaya dolayısı ile araştırma denilir. Bunun da dört çeşidi vardır: teşhis, yüzleştirme, yer gösterme, ifade alma.

3) Adli görev ile parmak izi tespiti ve kaydı alınması.

Polis, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen emir üzerine, aşağıdaki hal-lerde suç ile bağlantılı parmak izi kaydı alabilir.

İlk hal gözaltına alınan kişilerdir (PVSK 5/1-e). Gözaltına alma Cumhuriyet 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 hakimin vereceği arama kararı, aleni yerlerde ise Cumhuriyet 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, “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.

İşlenmiş olan bir suç ile bağlantılı olarak yapılan parmak izi tespiti ve kayda alma, adli görev ile yapıldığı için, ne yazık ki, polisin kendiliğinden yapabileceği bir işlem değildir. Adli görev ile parmak izi kaydı alınması için genel kural (CMK 160) uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından yazılı emir verilmiş olması gerekir.

4) Re’sen delil araştırma.

Ceza muhakemesinin gayesi maddi hakikatin araştırılması olduğu için hakim tarafların delilleriyle bağlı tutulamaz. Kanun soruşturma evresinde

hakime delil araştırma ödevini vermiştir (CMK 163). Ancak kovuşturma aşamasında mahkemeye re'sen delil toplama hakkını vermemiştir (CMK 206).

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 olması değil, iddia görevini tam olarak yapabilmesidir.

Gerçekten savcının kamu davasını açmaya lüzum gördükten ve ceza davasını açtıktan sonra mütalaa mahiyetinde hükümleri ile sentezin gerçekleşmesine çalışması için lehte ve aleyhte bütün delilleri toplaması lazımdır.

## **II- İfade veya sorgu için çağrı (CMK 145).**

### *1) İfade alma ve sorgu kavramları.*

İfade alma bir araştırma işlemidir. Şüphelinin işlediği iddia edilen suç konusunda kolluk ve Cumhuriyet savcılığı tarafından bilgisine başvurulması gerekir. Bu işlem olayın aydınlatılması ve soruşturmanın derinleştirilmesi açısından önem taşır. Fakat Anayasa gereği olarak hiç kimsenin kendisi aleyhine delil vermek mecburiyeti bulunmadığı için, şüphelinin konuşmak mecburiyeti yoktur.

Sorgu ise bir savunma işlemidir. Hakim tarafından yapılan sorguda şüpheli savunmasını yapar. Bu özellik mahkeme tarafından duruşmada yapılan sorguda daha da belirgindir.

Kolluk ve Cumhuriyet savcılığı tarafından ifade alınması ile hakim veya duruşmada mahkeme tarafından yapılan sorgu arasında farklar vardır. 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, hakim 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.

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. Hakim şüpheli veya sanığa soru sorarsa, “sorgu” söz konusu olur. Hakim tarafından savunması alınmayan şahıs sanık değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da ancak hakim tarafından alınan ifadenin sanık ifadesi olarak kabulü gerektiğine karar verilmiştir.

Delillerin kararmasını önleyici tedbirleri aldıktan sonra, Cumhuriyet savcısına derhal bilgi vermesi gereken adli kolluğun, daha sonra Cumhuriyet savcısı tarafından adliyeye ilişkin olarak emir verildiği, daha doğrusu araştırma yapmak ile görevlendirildiğinde (CMK 161/2), yapacağı işlemlerin başında “ifade almak” gelir.

### 2) İfadesi alınacak kişinin davetiye ile çağırılması (CMK 145).

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. İstisnaî hallerde sözle davet mümkünse de yazılılık esastır. Davet edilecek kişi bir başkasiyle karıştırılmayacak şekilde tanımlanmalı, yer ve

zaman tam olarak açıklanmalıdır.

Çağırı kağıdı ile davet. Kanunun “çağırı kağıdı” (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 çağırıda kendisine yöneltilen, şüphe veya isnadın ne olduğu da, (prensip olarak) açıklanmalıdır. Fakat yapılan araştırmaların amacını tehlikeye dūřürmek ihtimali varsa, sanığa isnat açıklanmayabilirse de, gönderilen davette ‘gelmemesi halinde, hakim kararı ile zorla getirileceği ihtarı’ yer almalıdır.

Kural olarak, davet yazısı ile işlemin konusu olan olay hakkında da bilgi verilmelidir. Çağırı kağıdının çıkarıldığı tarih ve tebliğ tarihi açıkça belli olmalıdır.

### 3) Kolluğun davet etme yetkisi.

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, tabî ki vardır.

İfade vermek üzere adresten ayrılmama yükümü. PYSK Ek m. 3’e göre polis, belirli durumlarda bazı kişilerin ikamet ettikleri yerden veya iş adreslerinden ayrılmamalarını isteme yetkisine sahiptir. Bu istemin yazılı yapılması mecburîdir. Bu haller şunlardır: a) Devletin bütünlüğu, genel güvenliği ve Anayasal düzeni ile kaçakçılık ve uyuşturuğu madde suçlarında yapılan soruştırmalarda ifadesine başvurulacak kişiler için, b) PYSK 4A’daki, kimlik tesbiti yapılacak kişiler ile vatandaşlık durumu tesbit edilecek kişiler için, polis buldukları yerden ayrılmama yükümü getirebilir. Dolayısıyla bu kişiler ikametgâh veya işyerlerinden ayrılmayacak ve burada zorunlu olarak geçici de olsa ikamet etmek durumunda kalacaklardır. Mahallî mülkî amirin bu gibi kişilere izin verme hakkı vardır.

Ceza Muhakemesi Kanunu kolluğun kendiliğinden ifade almasını yasaklamıştır. Kolluk her seferinde Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek ayrı adli emirler üzerine ifade alma yetkisi kazanmaktadır (CMK 161/1).

Yakalama sonrası haklarını öğrenen şüphelinin kendiliğinden konuşması bunun istisnasıdır.

İfadesine başvurulan kişi. Kolluk “ifadesine lüzum gördüğü kimseleri” çağırır, lüzumlu şeyleri sorar (PVSK 15). Gelmemek kabahattir (KK 32). Kanunlarımızın kabul ettiği sisteme göre, kolluğun kendiliğinden tanık dinleme ve sanığı sorguya çekme yetkisi yoktur.

Kolluk tarafından yapılan soruştırmada kelimenin teknik anlamı ile ‘tanık’ yoktur. Tanık mahkeme önünde ifade veren kişidir. Bu nedenle ileride tanık olabilecek kişilerin belirlenmesi, bir ayıklama, eleme yapılması için soruştırma evresinde sırasında kişilerin ifadeleri alınır. Ayrıca hazırlıkta alınan kolluk ifadesinin amacı ip ucu elde etmek ve bunu sürdürmektir. Başlangıç soruştırması 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. Mülga Kanuna göre Cumhuriyet savcısı tarafından çağırılan kişi kolluk eli ile getirilebiliyordu (CMUK 154/2). Ceza Muhakemesi Kanunu Cumhuriyet savcısının bu yetkisini genel suçlarda düzenlememiş, sadece örgüt suçlarında kabul etmişti (mülga CMK 251/6). 2012 yılında yapılan değişiklikle, bu yetki kaldırıldı.

Çağırılan kimseler ifade vermektен çekinebilirler. Zira “tanık dinleme” durumu yoktur. Kaldı ki tanıklıktan çekinme hakkı olanlara, “ifade vermektен” de çekinebilecekleri hatırlatılmalıdır. Zorlama tutuklaması da (CMK 62) mümkün değildir.

İfade verenler, sadece hüviyetleri ile ilgili hususlara doğru cevap vermeye mecburdurlar (KK 40).

#### 4) Zorla getirme (CMK 146).

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.

Zorla getirmede kural, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin karar vermesi olmalıdır. Savcının zorla getirme kararı verilmesi isteminin reddi kararına itiraz edilebilir. İtiraz red edilirse, kesin karara karşı kanun yararına bozma yolu açıktır (4. CD 11.10.2006, K. 15110). Fakat CMK daki düzenlemede Cumhuriyet savcısının zorla getirme istemi düzenlenmemiş ve hatta yapılan değişikliklerden sonra, Cumhuriyet savcısına zorla getirme kararı verme yetkisi dahi tanınmıştır.

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 hakim önüne çıkarır.

Zorla getirme günlü ise çağırma gün ve saatine göre haklı görülebilecek bir zamanda kolluk götürmeye başlayabilir.

Zorla getirten yargılama makamı 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 (mülga) örgüt suçlarında kabul edildiği gibi (CMK 251/6), zorla getirten makam savcılık ise kolluğa göndereceği yazılı emrinde de aynı hususları belirtmelidir. Cumhuriyet savcısının ilk işlem olarak zorla getirme kararı verebilmesi, artık mümkündür (CMK “2006-5560” 146/4).

Zorla getirme ya gün ve saat tayıni 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. 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 götürmeye ve bunun için gerekirse zor kullanmaya, ancak çağırma gün ve saatine göre haklı görülebilecek bir zamanda başlayabilir. Örneğin 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 getirteceği 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.

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).

Hâkim sorguya çekmek için sanığı kaide olarak önce davetiye ile çağırır. Davetiyede gelmezse zorla getirtileceği de yazılacaktır (CMK 145). 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 getirtilebilir (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 gelmese de duruşma yapılabilecek istisnâ hallerde, yani suç yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektiriyorsa durum farklıdır.

Hakim soruşturma evresinde sorgusu yapılacak olan kişiyi önce “davetiye” ile çağırır; çağırılma nedenini açıkça belirtir; gelmezse zorla getirileceği “davetiyeye” yazılır (CMK 145).

Kanunda tanıklara gönderilen davetiye’ye “çağrı kağıdı” adının verilmesi, sanıklara gönderilene ise “davetiye” denmesinin sebebi anlaşılmamaktadır. Terminoloji bakımından, Kanunun aynı müesseselere 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 kağıdı “sanığa tebliğ olunurken iddianame de tebliğ olunur” (CMK 176). “Çağrı kağıdında”, mazereti olmaksızın gelmediğinde, zorla getirileceği yazılır (CMK 176/2).

Bu ihtarın sadece tutuklu olmayan sanığa gönderilen çağrı kağıdında yer alması tabiidir. Çünkü tutuklu sanığın duruşmaya gelmemek açısından bir mazereti olamaz. Bunu 2014 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.

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).

CMK'nın yürürlüğe girdiği ilk şeklinde, Cumhuriyet savcısına zorla getirme kararı verme yetkisi tanınmamıştı. Fakat. 2006–5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten bu yana, Cumhuriyet savcısı zorla getirme emri verebilir (CMK '2006–5560' 146/4). Mehzaz Kanunda da savcıya zorla getirme yetkisi verilmiştir.

Biz Cumhuriyet savcısının zorla getirme emri verememesi gerektiğini düşünüyörüz. 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 hakimi karar vermelidir.

Sulh ceza hakiminin 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, hakime 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, Cumhuriyet savcısının doğrudan zorla getirme kararı verebilmesi kabul edilebilir.

Zorla getirme kararında, şüpheli veya sanığın açıkça kim olduğu, kendisi ile ilgili suç, eşgali ve zorla getirilme nedenleri yazılır. Zorla getirme işlemleri başladığı anda kararın bir örneği şüpheli veya sanığa verilir. Zorla getirme kararı ile çağırılan şüpheli veya sanık derhal, olanak bulunmadığında yol süresi hariç, en geç 24 saat içinde çağırılan hakimin, mahkemenin veya Cumhuriyet savcısının önüne götürülür ve sorguya çekilir veya ifadesi alınır.

Zorla getirme haklı görülecek bir süre önce başlar ve sorguya çekilme veya ifade alma işleminin bitmesine kadar devam eder. İşlem biter bitmez kişi serbest bırakılır (CMK 146/5).

Hakimin verdiği zorla getirme kararı yerine getirilemezse, bunun neden-

leri köy veya mahalle muhtarı ile kolluk görevlisinin birlikte imzalayacakları bir tutanakla saptanır. Çağırıya rağmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikayetçi ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilir.

Sulh hakimi suç üstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa” veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa sulh ceza hakiminin (tutuklama kararı verme dışında!!!) bütün soruşturma işlemlerini yapması ve kolluk amir ve memurlarına emir vermesi yetkisi vardır (CMK 163). Mesela, Devlet sırlarının değerlendirilmesi sözkonusu olduğunda, “olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş günü açma kriteri” gündeme gelebilir.

##### 5) Tanığın zorla getirilmesi.

Tanığın çağırılması. Tanıkların çağırılması Kanunda şöyle düzenlenmiştir: “Tanıklar çağrı kağıdı ile çağırılır” ve gelmemenin sonuçları da bildirilir (CMK 43/1).

Usulüne uygun olarak çağırılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar “zorla getirilir”. Gelmeyen tanığa sebep olduğu giderler ödettilir; fakat haklı nedenle gelmemiş ise sonradan giderler kaldırılır (CMK 44/1).

Tanıkların önce ihtarlı çağrı kağıdı 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 mülga 251/6’da görmekteyiz. Ancak usulüne uygun olarak çağırılmasına 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.

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 çağırdığı tanığın mazeret bildirmeden gelmediği durumlarda savcı mülga Kanuna göre onu zorla getirtebiliyordu (CMUK “1992–3842” 154/2). Bu hüküm Ceza Muhakemesi Kanununda önce düzenlenmemişti. Daha sonra 2006–5560 numaralı Kanun ile 146 ncı maddeye 7 inci fıkra olarak eklendi.

Tanığı önce davetiye ile çağırmak kaidesinin de istisnaları kabul edilmiştir:

1) Mahkeme tutuklu ve acele işlerde önce davetiye tebliğ ettirmeksizin de, sebeplerini göstermek şartı ile tanıkları zorla getirtebilir (CMK 43/3).

2) Savcının bu yetkisi yoktu. Kanun bu istisnaya önce yer vermemişti sonra 2006–5560 sayılı Kanun ile kabul etti.

#### 6) *Bilirkişinin zorla getirilmesi.*

Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 1985 yılına kadar bilirkişilerin zorla getirilmesini kabul etmemişti. Sadece Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununun uygulandığı hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile zorla getirme kabul ediliyordu (m. 7). 1985 yılında yapılan değişiklik ile 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 hakim 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 kapat-

mıştı. 2006 yılında 5560 sayılı Kanun ile CMK 146'ya eklenen 7 inci fıkraya ile çağrıya rağmen gelmeyen bilirkişi (tanık, mağdur ve şikayetçi) ile ilgili olarak da zorla getirilme kararı verilebilmesi kabul edildi.

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 mülga 250/6'daki emir de bir tür yakalama emri idi, ama önceden çağırmaya gerek olmadan uygulanıyordu. Yasada birbirine benzeyen farklı kurumlar düzenlenmesi uygulamada sorunlar yaratır. Bunların tek çatı altında toplanması yerinde olurdu.

### III– İfade alma ve sorgu (CMK 147).

1) “İfade alma” kavramı.

a) İfade alma.

Maddi gerçeği araştırmak için yapılan ceza muhakemesindeki en önemli işlemlerden biri olan “ifade almanın” (CMK 147) amacı araştırma yapmaktır.

Bu temel gayenin yanında, tali nitelikte kalmak üzere, müdafaa hakkının sağlanması da vardır. Fakat asıl müdafaa amaçlı dinleme, hakim tarafından yapılan dinleme olan “sorguda” ortaya çıkar. Görüldüğü gibi kolluk ve Cumhuriyet savcılığı tarafından ifade alınması ile hakim veya duruşmada mahkeme tarafından yapılan sorgu arasında farklar vardır.

Cumhuriyet savcısının emri ile ifade alma “dolayısı ile araştırmanın” birinci şeklidir. Kolluğun ifade almada ve özellikle şüphelendikleri kim-seden ikrar elde etmede zor kullanması hemen her memlekette görüldüğünden, bunu önlemek için ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Devletin şüphelendiği kişiye, bu suç ile ilgili soru sorması, “ifade almadır”. Bireyin “kendisini suçlamama hakkından” doğan, “hak öğretim” mecburiyeti vardır. Hakim şüpheli veya sanığa soru sorarsa “sorgu” söz konusu olur. Devletin şüphelenmediği kişiye soru sorması ise “bilgi toplamadır”.

Ceza Muhakemesi Kanunu kolluğun kendiliğinden ifade almasını yasaklamıştır. Kolluk her seferinde Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek ayrı adli emirler üzerine ifade alma yetkisi kazanmaktadır (CMK 161/1). Yakalama sonrası, haklarını öğrenden şüphelinin kendiliğinden konuşması, bunun istisnasıdır.

b) “İfadesine başvurulanan kişi”.

Kolluk da “ifadesine lüzum gördüğü kimseleri” çağırır, lüzumlu şeyleri sorar (PVSİ 15). Gelmemek kabahattir (KK 32). Kanunlarımızın kabul ettiği sisteme göre, kolluğun kendiliğinden tanık dinleme ve sanığı sorguya çekme yetkisi yoktur.

Kolluk tarafından yapılan soruştırmada kelimenin teknik anlamı ile ‘tanık’ yoktur. Tanık, mahkeme önünde ifade veren kişidir. Bu nedenle ileride tanık olabilecek kişilerin belirlenmesi, bir ayıklama, eleme yapılması için soruştırma evresinde sırasında kişilerin ifadeleri alınır. Ayrıca hazırlıkta alınan kolluk ifadesinin amacı ip ucu elde etmek ve bunu sürdürmektir. Başlangıç soruştırması 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.

Kolluğa ifade verenler, sadece hüviyetleri ile ilgili hususlara doğru cevap vermeye mecburdurlar (KK 40).

c) “Davetiye ile çağrı üzerine gelen” kişinin ifadesinin alınması (CMK 145).

Kural olarak davet yazısı ile işlemin konusu olan olay hakkında da bilgi verilmelidir. Çağrı kağınının çıkarıldığı tarih ve tebliğ tarihi açıkca 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, tabî ki vardır.

ç) İfade vermek üzere adresten ayrılmama yüküümü.

PVSİ Ek m. 3’e göre polis belirli durumlarda bazı kişilerin ikamet ettikleri yerden veya iş adreslerinden ayrılmamalarını isteme yetkisine sahiptir. Bu istemin yazılı yapılması mecburîdir. Bu haller şunlardır: a) Devletin bütünlüğü, genel güvenliği ve Anayasal düzeni ile kaçakçılık ve uyuşturuucu madde suçlarında yapılan soruştırmalarda ifadesine başvurulacak kişiler için, b) PVSİ 4A’daki, kimlik tesbiti yapılacak kişiler ile vatandaşlık

durumu tesbit 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.

2) *“Yakalamaksızın ve yakaladıktan sonra ifade alma” ve “gözaltında tutulan şüphelinin” ifadesinin alınması.*

Soruşturma evresinde yapılan araştırmalar belli bir kişi üzerinde yoğunlaşmaya başlayınca bu kişinin “şüpheli” statüsüne girdiği kabul edilir. 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 yoktur.

Gözaltına alınan şüpheliye CMK 147 uyarınca haklarının bildirilmesi mecburiyeti vardır. Ancak karakolda verilen bütün ifadeler “gözaltında iken alınmış” sayılmaz.

“İradi açıklamalar” ifade alma kapsamına girmez. 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.

3) *“İfade alma” sayılan ve sayılmayan sorular.*

İfade alma ve sorgu ile ilgili kurallar Devletin kovuşturma makamlarına hitap 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.

İfadesi alınacak olan kişiye sorulan soruların ilk amacı kimlik tesbitidir. İlgiliye adının ve soyadının sorulması için, müdafinin hazır bulunmasına gerek yoktur. Aynı şekilde bir trafik kazasından sonra, kazaya karışan kişinin birbirlerine kimlik sormalarında da (KTK 81/c) müdafinin hazır bulunması aranmaz. 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 kullanılabilmeğine karar vermiştir.

Şüphelinin ifadesi alınmazdan evvel hücre sine şüpheli gibi gönderilen bir polis memuru ile yaptığı konuşmaların ileride ifade alma sırasında kullanılması olayında, ABD Yüksek Mahkemesi hücrede bulunan iki kişinin konuşmasının ifade alma sayılmayacağı, hücre içinde şüpheli gibi davranan bir polis 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. Örneğin şantaj amacıyla kaçırılan bir kişinin nerede olduğunu bulmak için şüpheliye sorulan sorular sırasında müdafinin hazır bulunması şartı aranmamıştır.

Bazı hallerde soru sormak teknik anlamda “ifade almak” sayılmaz.

- i) Olayın tanığı olduğu zannı ile asıl şüpheliye soru sormak;
- ii) Yakalanan kişinin gözaltı birimine getirildiği sırada deftere kayıt yapmak için gerekli soruların sorulması;
- iii) Sadece açıklama almak amacı ile sorulan, işlendiği sanılan olayla ilgisi olmayan sorular.

iv) Yakalanan şüpheliyi nezarethaneye sevk eden başka memurun sevk sırasında şüphelinin susma hakkını kullandığını bilmeden yaptığı sohbet konuşması;

v) Aramaya “rıza” gösterip göstermeyeceğinin sorulması (muvaafakatlı arama);

vi) 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.

vii) “Gizli görevli” veya “muhabir” şüpheli ile yaptığı konuşmalar sırasında ona haklarını söylemez. Buna karşılık tutukevine şüpheli gibi konulan kolluk memurunun sorduğu sorular, tutukevindeki başka bir tutuklunun muhabir gibi bilgi vermesi ve suçun mağdurunun şüpheli ile yaptığı konuşmalar, ayrı kategoriler oluştururlar.

Bazı hallerde polis şüpheliye soru sormamakla birlikte, onun bir şeyler söylemesini gerektiren bazı davranışlar yapabilir. Örneğin 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.

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” sağarlarsa hakların bildirilmesi gerekir.

“İşlediği sanılan suçun delilini şüpheliye göstermek” soru sormaya eşit sayılır, hakların söylenmesi gerekir.

#### 4) *İfade alma, sorgu farkı.*

Şüpheli veya sanığa savunmasını yapmak üzere hakim tarafından fırsat verilmesine sorgu denir. Soruşturma evresindeki sorgu (CMK 101, 147) ile duruşmadaki sorgu (CMK 191/3–d, 192) arasında da fark vardır.

Önce kimlik tespit edilecek, sanığa ne ile suçlandığı söylenecek, isterse müdafii talep edebileceği ve bununun ifade alınırken hazır bulunabileceği, yakınlarına yakalandığını duyurabileceği söylenecek susma hakkı olduğu öğretilecek, konuşma hakkına sahip bulunduğu söylenecek ve şahsi halleri hakkında bilgi alınacaktır.

#### 5) *Kimlik tespiti (CMK 147/1–a).*

Şüphelinin polis tarafından ifadesinin alınmasında yapılacak ilk işlem kimlik tesbitidir (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 olduğü bildirilir ve bu hususta cevap vermek isteyip istemediği sorulur (CMK 147/1–a, b, c, d, e, f, g, h).

Kimlik tespiti yapılması gereklidir. Ancak kimlik tespiti bunun bir yere yazılmasını ifade eder. Fişleme dediğimiz olay buradan başlar. Kayıtlara geçen bir kişinin bu kayıtlardan nasıl çıkacağıın gösterilmemesi büyük bir eksikliklerdir.

6) *Suçlamanın bildirilmesi (CMK 147/1-b).*

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.

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).

7) *Müdafii seçme ve baro tarafından görevlendirilmesini isteme, hukuki yardımdan yararlanma hakları ve bunların bildirilmesi (CMK 147/1–c).*

İfadesi alınan şüphelinin veya sorguya çekilen sanığın ifadesinin alınmasından önce müdafiiine danışma, onunla konuşulanları başkalarının duymayacağı ortamda görüşme (CMK 154) ve ifadesi alınırken de müdafii ifade veya sorguda hazır bulunmasını isteme hakkı vardır (CMK 147/1–c).

Sanık bu hakkını öğrenmeli, serbest iradesi ile vazgeçebileceğini de bilmelidir. Ancak müdafii hukuki yardımından yararlanmak, prensip olarak isteğe bağlıdır.

Kanunun düzenlediği mecburi müdafiiilik istisnaları da vardır (CMK 150). Kanunun kabul ettiği mecburi müdafiiilik halleri sınırlı olmakla birlikte Kanunla pratik açıdan, kolluk tarafından ifade alma sırasında “dolaylı bir mecburi müdafiiilik” sistemi daha getirilmiştir. Zira müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin hakim 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 tekrarlanmadıkça hallerde zaten delil olmazsa da, müdafii hazır bulunması, sisteme ve prensiplere aykırı bir şekilde, kolluk ifade tutanaklarına delil olma yeteneği kazandırmıştır.

Ŗüpheli veya sanık müdafii seğecek durumda olmadığı ve bir müdafiiin yardımından faydalanmak istediği takdirde kendisine baro tarafından bir müdafii görevlendirilir. Müdafiiin Baro tarafından değil de baŖka bir makam tarafından görevlendirilmesini Kanun kabul etmemiŖtir.

Müdafiiin sorguya hazır bulunması ve hukuki yardım yapması mutlak kavramlardır. KarıŖıklıđa yer vermemesi ağısından bu konuya açıklık getirilmesinde yarar vardır: Müdafii kendisine soru sorulmadan konuŖamaz. Bu konuŖma hakkı ancak hakim tarafından yapılan sorguda vardır. Polis tarafından yapılan ifade almalarda amaç olayı aydınlatmak ve bilgi toplamaktır. Bu nedenle müdafiiin ifade alma sırasındaki görevi çok kısıtlıdır ve sadece sanığın haklarını korumak, içinde bulunduğu hukuki durum hakkında ona bilgi vermek, adil bir Ŗekilde ifade alınmasına ve tutanak tutulmasına dikkat etmekten ibarettir. Müdafiiin sanığa nasıl cevap vereceğine iliŖkin uyarıda bulunması veya bu yönde bir söz söylemesi hukuka aykırıdır.

Ŗüphelinin mdafiiini seçme hakkı vardır (CMK 147/1–c, 149, 150/1). Ŗüpheli kendi avukatını müdafii olarak çağırabilir. Bu müdafii gelinceye kadar, kolluğun ifade almaması gerekir. Zorunlu müdafiiilik halleri dıŖında, bu müdafii gelmezse, ifade de alınmamalıdır.

Ŗüphelinin Baro tarafından müdafii görevlendirilmesini isteme hakkı da vardır (CMK 147/1–c, 150/1). Maddi imkanı yoksa ve avukat istiyorsa Baro’dan avukat çağırılır.

Ŗüphelinin müdafiiin hukuki yardımından yararlanma hakkı vardır (CMK 147/1–c, 149). Bunun baŖında, ifade alma öncesinde Ŗüphelinin avukatı ile grŖme hakkı gelir. Bu hak baŖkalarının duyamayacağı ortamda kullanılır (CMK 154). Ŗüpheliyle grŖen avukatın yapması gereken esas görevlerinden biri, bu grŖme sırasında Ŗüpheliye haklarının kullanılmasının önemini açıklamak ve özellikle susma hakkını kullanıp kullanmaması konusunda Ŗüphelinin bir karar vermesini sağlamak üzere, bu hakkın kullanılmasının kendisine getireceği yarar ve zararlar konusunda onun aydınlatılmasıdır.

Bu konudaki hukuka aykırı iŖlemler insan hakkı ihlali doğurabilir. Mesela, gözaltına alınan Ŗüphelinin ifadesi alınırken müdafiiin hukuki yardımından yararlanabileceği, CMK 147/1–c madde ile garanti altına

alınmış ve kollukça müdafii olmadan alınan ifadenin, şüpheli tarafından mahkeme önünde doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı (CMK 148/4) kanunla düzenlenmiş olmasına rağmen, 1999 yılında, yakalandığı sırada müdafii hukuki yardımından yararlandırılmayan Attı ve Tedik ağısından, 2009 yılında AİHM ihlal kararı verilmiştir. Yakalamaya konu teşkil eden suç terör suçu da olsa şüphelinin müdafii ile görüşmesinin sağlanması (CMK 154) ve onun hukuki yardımından yararlandırılması gerekir. AİHM burada Salduz - Türkiye kararlarına da atıf yapmıştır.<sup>91</sup>

Ceza Muhakemesi Kanunu iki türlü zorunlu müdafilik kabul etmiştir: isteğe bağlı zorunlu müdafilik (CMK 150/1) ve kanundan doğan zorunlu müdafilik (CMK 150/2, 101/3, 247/4).

İsteğe bağlı zorunlu müdafilikte, şüpheli haklarını öğrendikten sonra istemde bulunursa baro tarafından CMK avukatı müdafii olarak görevlendirilir ve bu müdafii gelip 154 görüşmesi yapana kadar kolluk ifade alamaz.

Ceza Muhakemesi hukuku işlemlerinden olan “ifade alma” işlemin yapıldığı anda yürürlükte olan usul kurallarına göre gerçekleştirilir. Fakat daha sonra normun değişmesi işlemin geğerliliğini etkilemezse de, savunma hakkı gibi bir insan hakkı ihlali varsa bunu “hukuku uygun” hale getirmez. Örneğin 1995 yılında kolluktaki ifadesi alınan şüphelinin, müdafii hukuki yardımından istifade etmemiş olması, Sözleşmenin 6/3 maddesinin ihlali olarak grlmştir.<sup>92</sup>

Hal böyle iken, Yargıtay istikrarlı bir şekilde, eski kanun döneminde zorunlu müdafii olmadan yapılan işlemlerin geğerliği olduğuna karar vermekte<sup>93</sup> ve yeni usul kanununun derhal ve ileriye doğru uygulanması kuralına dayanmaktadır. Kesin hükümle biten davalar için geçerli olan bu görüşe, Yargıtay önünde bulunan ve grlmekte olan davalar bakımından katılmak mümkün değildir. Müdafii olmadığı için savunma hakkı kısıtlanmış ise bozma yolu ile esas mahkemesi tarafından hukuka aykırılığın giderilmesi sağlanmalıdır. İç hukuktaki iyileştirme AİHM yolunu kapatabilir. Oysa Yargıtay Ceza Genel Kurulu, mesela 2004 yılında istinabe yolu

<sup>91</sup> AİHM 20.10.2009, Attı ve Tedik – Türkiye.

<sup>92</sup> AİHM 28.7.2009, Gök ve Güler-Türkiye.

<sup>93</sup> 3. CD 24.3.2010, K. 505; CGK 26.12.2006, K. 319.

ile savunması alınan sanık hakkında suçun ağırlığı nedeni ile zorunlu müdafii tayini gerekip gerekmediği sorununu çözmek yerine genellikle yaptığı gibi, İç Yönetmeliğin 27. maddesine dayanarak, “ön sorun olarak” bozmaya eylemli uyma” yapıldığını tespit ile yetinmiştir.<sup>94</sup> Buna karşılık, 15.6.2010 tarih ve 153 sayılı Ceza Genel Kurulu kararında; daha önce zorunlu müdafii olmadan sorgusu yapılan sanığa, sonradan müdafii atanarak savunmasının alınmasının müdafaa haklarını sağladığı belirlenmiştir.

8) *Hakların bildirilmesi ve hakları kullanmaktan vazgeçme sorunu.*

a) *Hakların bildirilmesi.*

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. İfadesi alınacak olan kişiye susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkının özünün “anlayabileceği bir şekilde” bildirilmelidir. En doğrusu kanunda yer alan ifadelerin form biçiminde sanığa verilmesi ve bunları anlayıp anlamadığının kendisine sorularak, anladığının el yazısı ile tutanağa yazdırılmasıdır.

İfadesi alınacak kişinin; ifade öncesinde 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 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.

Gözaltına 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 önem kazanır. Eğer aynı kişiler tarafından, aynı gün içinde ifade alma oturumu devam ediyorsa ve hatta ifade almaya aradan bir kaç gün geçtikten sonra devam ediliyorsa, tam kapsamlı bir

<sup>94</sup> CGK 4.5.2010, K. 101.

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. Tanıklar bakımından da aynı muhakeme sırasında tekrar dinlenme durumunda yeniden yemin verdirilmediği hatırlanmalıdır (CMK 57).

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 Cumhuriyet savcısı bir kaç saat sonra tekrar ifadesine başvurmaya gerek duyar sa yemin ile dinlenen tanığın tekrar dinlenmesi gerektiğinde yeniden yemin verilmeyip önceki yemininin hatırlatılması ile yetinilmesinde olduğu gibi (CMK 57), hakların “hatırlatılması” yeterlidir.

*b) Hakları kullanmaktan vazgeçme sorunu.*

Gözaltına alınan sanık 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 hiç bir şekilde geçilemez. Zira mülga CMUK 135 de yer alan “avukatın makul bir süre bekleneceğine” ilişkin hüküm, CMK’na alınmamıştır. Şüpheli müdafii istemişse o gelene kadar sadece kimlik tespiti yapılabilir, fakat esas hakkında soru sorulamaz. Mecburi müdafilik durumlarında ise şüpheli istese de istemese de müdafinin hazır bulunması zorunludur.

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 son-

radan ve hakim tarafından yapılan bir değerlendirmedir. Hakim 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 syolememesi, 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 hakim tarafından değerlendirilebilir. Burada önemli olan nokta devletin kovuşturma organlarının serbest iradenin oluşumu üzerinde baskı yapıp yapmadıklarıdır.

Eğer şüpheli müdafı yardımı talep etmişse bu istek bütün sanık haklarının hepsinden yararlanmak istediği anlamına gelir. Başka bir ifade ile sadece müdafı istedi, susma hakkını kullanmadı denemez. Hakların bütünlüğü kabul edilmelidir.

şüpheli ve sanığın susma hakkı kadar lehindeki noktaları söylemek için konuşma hakkı da vardır.

9) *Yakınlarına haber verme mecburiyeti (CMK 147/1–d).*

İfade alma öncesinde şüphelinin yakınlarından istediğine, yakalandığı derhal bildirilir (CMK 147/1–d). Bu bildirmenin mecburi olduğuna ve sadece Cumhuriyet 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” şeklinindedir. 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).



*10) Susma hakkının söylenmesi (CMK 147/1-e).*

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. Susma hakkının önemi nedeniyle aşağıda ayrıntılı olarak tekrar incelenecektir.

*11) Lehe delil toplanmasını isteme (CMK 147/1-f).*

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.

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).

*12) Susma hakkı.*

Sanığın konuşma hakkı vardır. Kendisini temize çıkartmak için böyle bir hakka sahip olduğunu başlangıçta ona söylenmesi yerindedir.

*a) Susma hakkı pasif haklardandır.*

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 müdafinin görevi şüpheliye susma hakkının kullanılmasının olumlu ve olumsuz yanları

konusunda aydınlatıcı bilgi vermektir. Şüpheli veya sanığın susma hakkını kullanması zararına olabilir: Türk Ceza Kanununun 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.

*b) Soruşturma makamının maddi gerçeği araştırmak yükümü vardır.*

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 isnadların doğru olmadığını ispat etmek bakımından müdafinin yardımından yararlanabilirse de, müdafinin araştırma imkanları hukuken kısıtlıdır.

*c) Susma hakkının bilinip bilinmemesi sorunu.*

Susma hakkı Şüpheli ve sanıklara özgü bir haktır. İlgilinin ifadesi alınmak üzere polis karakolunda gözaltına alındığı veya özgürlüğünün belirin 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 açıkca bildirilmelidir. Bu hakkını bilmeyen bir kişi, ifade alma sırasında meydana gelen psikolojik baskı atmosferi altında bu hakka sahip olduğu-

nu net bir şekilde anlamış olmalıdır.

Susma hakkına sahip olduğunun bildirilmesinin yanısıra vereceği bilgilerin ve söyleyeceği herşeyin kendisi aleyhinde mahkemede delil olarak kullanılabilmesi 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 bildirimin 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.

#### ç) Müdafii konumu.

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 müdafii 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 bulunduğunun 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.

*d) Susma hakkının bildirilmesi.*

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 imkanı yoksa Baro tarafından kendisine bir avukat tayin edilebileceği ve bunun yargılama gideri sayılacağı, söyleyeceği hususların mahkemede aleyhine delil olarak kullanılabiliceği.

İşlediğinden şüphelenilen suç fiilinin ne olduğu şüpheliye mutlaka söylenmelidir. İşlediğinden şüphe edilen suç hakkında hangi şüphe sebeplerinin (delil) mevcut bulunduğunu söylemek ise gerekli değildir. şüphelinin başka suçlar işlediğinden de şüpheleniliyorsa ve o suçlar hakkında soru sorulmayacaksa hepsinin bildirilmesine gerek yoktur.

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, kullanılmaktan vazgeçtiği için ifadesi alınan şüphelinin, 20 saat sonra tekrar ifadesi alınacaksa hakların tekrar söylenmesi gerekmez.

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.

*e) Hakların kullanılmasından vazgeçme.*

şüphelinin haklarından vaz geçtiğini “açıkça” bildirmesi gerekir. Fakat örtülü kabul de geçerlidir. Sonradan konuşmaya başlaması örtülü kabul

olarak değerlendirilir. Mesela şüpheliye hakları sđylandikten sonra, bayan memurun “geçmiş olsun” demesi üzerine, hiçbir baskı olmadan şüphelinin olayı anlatmaya başlaması, örtülü kabul olarak kabul edilir.

Kolluk memurunun “yumuşatıcı konuşmaları” hukuka aykırıdır. Mesela işbirliği yapmanın yararlarının açıklanması veya şüpheli ile yarım saat konuşarak ifade vermek için ikna etmeye çalışmak doğru değildir. 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.

*f) Susma hakkı bildirilmesinin istisnası yoktur.*

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 sđylenmesine 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.

*g) Bazı tali ceza davalarında susma hakkı bildirilmesi gerekmez.*

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, hakimin reddi davası veya yer itibariyle yetkisizlik davası gibi konularda

sanığa susma hakkının öğretilmemesi hukuka aykırılık teşkil etmez. Ancak, tutuklama kararı için yapılan oturumda hakim tarafından sorgu yapılırken, 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.

*13) İfade nin sesli ve görüntülü olarak kaydedilmesi mecburiyeti (CMK 147/1–h).*

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 Kanunkoyucusu teknik kayıt mecburiyeti ihdas ederek ilgilinin rızasını istemeyi ortadan kaldırmıştır.

*14) İfade alma veya sorgu oturumu.*

CMK 147 düzenlenirken unutilan önemli bir nokta vardır. Çok detaylı bir şekilde düzenlenmiş olan maddede şekil ile yetinilmiş, esas unutulmuştur. İfade almada esas suçlama ile ilgili olaya ilişkin soruların sorulup sorulmayacağı ve nasıl sorulacağı düzenlenmemiştir. 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.

Diğer bir önemli eksiklik koruma tedbirlerinde ve 147 nci maddede düzenlenen hususlara uyulmaması halinde denetimin nasıl sağlanacağı gösterilmemiştir. Yargıtay denetimi yolu açık mıdır, kapalı mıdır? Yapılan işlemi itiraz edilebilir mi? Bu düzenlenmelidir.

*15) İfade veya sorgu tutanağı (CMK 147/1–i).*

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.

İfade alma ve sorgunun tutanakla tespiti doğrudur. Bütün yukarıdaki noktaların yerine getirilmiş olması şarttır. Herhangi bir noktanın unutulması ifadeyi hukuka aykırı delil kategorisine sokar. Bu nedenle ifade ve sorgu formu bastırılarak bütün teşkilata dağıtılması ve gerek poliste, savcılıkta ve mahkemelerde yapılan ifade alma ve sorgularda bu formun kullanılması yerinde olmuştur. Ancak formdaki hakların kolluk memuru tarafından şüpheliye anlatılması ve anladığına ilişkin kendi el yazısı ile açıklama alınması yerinde olur.

Poliste alınan bu ifadenin tutunağının mahkeme önünde delil olup olmayacağı konusu ortaya çıkacaktır. Sanık polis ifadesinde hırsızlık için eve girdim derse ve bu ifadenin altı müdafii ve polis tarafından imzalanırsa sanık mahkemede polis bana baskı yaptı dememesi gerektiğine rağmen gene bu iddiada bulunacak ve bu sefer baro tarafından tayin edilen avukatın polis ile işbirliği içinde olduğunu ileri sürecektir.

*16) CMK 147’ye aykırı olarak alınan ifade delil olarak kullanılamaz.*

Soruşturma evresinde şüphelinin yasa ihlal edilerek alınan ifadesinin tutanağı duruşmada delil olarak kullanılamaz. Yargıtay bu hususu istikrarlı bir şekilde içtihat etmektedir: sanığın sonradan değiştirdiği kolluk aşamasındaki ikrarına dayalı ifadesi, suç tarihinde yürürlükte olan CMUK 135 inci maddeye aykırı olarak, “hakları hatırlatılmadan” alındığı için, hüküm verilirken kullanılamaz.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> 8. CD 14.12.2009, K. 15739.

17) İddianame düzenlenmeden önce şüphelinin ifadesinin alınması mecburiyeti sorunu.

Kanun kamu davasının açılmasından önce savcıya ifade alma mecburiyeti yüklememiştir (CMK 153/2). Bu nedenle, aleyhinde kamu davası açılan kişinin ifadesi alınmadan iddianame düzenlenmesine engel yoktur.

Ancak bizce savcı, kamu davasını açmadan önce şüphelinin ifadesini almalıdır. Bu savunma hakkı ve eksiksiz araştırma yapılması (CMK 160) bakımından çok önemlidir.

Kamu davasına yer gören savcının, sanığın ifadesini aldıktan sonra iddianame düzenlemesinde yarar vardır. Zira lehteki delilleri ondan öğrenmesi, dava açmamaya karar vermesi, hem sanığı hem mahkemeyi yersiz bir iddianame ile açılan bir davadan kurtarması imkansız değildir. Kaldı ki sanığın lehine olan hususları da araştırmakla ödevli olan savcının (CMK 160/2), şüpheliyi dinlemeden dava açması, lehinde olan hususları ondan iyi bilecek kimse olamayacağına göre, eksik soruşturma ile dava açması demek olacağından en azından iddianamenin reddedilmesini haklı gösterecek ölçüde kanuna aykırılık kabul edilmelidir.

Türk Hukukunda soruşturma evresinde ifade alma mecburiyeti kabul edilmemiştir. 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 belirtilmelidir.

**IV– Şüphelinin beyanının özgür iradesine dayanması (CMK 148/1).**

1) İfade alma ve sorguda yasak usuller.

Şüphelinin özgür iradesinin ürünü olmayan bir beyan, daha sonradan şüpheli tarafından kabul edilse dahi, delil olarak değerlendirilemez (CMK 148/1). Burada özgür iradede yola çıkılmakta, bunu engelleyici metodlar sayılmaktadır.

Getirilen düzenleme yerindedir. Sanık konuşmak istemiyorsa konuşmalıdır. Konuşmaya zorlanması hukuka aykırıdır. Bu düzenleme ile huku-



ka aykırı delil kavramının sınırı çizilmiştir.

İfade alma ve sorgudaki yasak yöntemler CMK 148’de açıkça sayılmıştır. Ancak bu maddede belirtilenler sadece örnek olup, sayma sınırlı bir sayma değildir. CMK da sayılan yasak yöntemlerin sadece fiziksel müdahaleler olarak değil her türlü bedensel ve ruhsal müdahaleler olarak anlaşılması gerekmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 148 inci maddesinde sayılan bedensel veya ruhsal müdahalelerden oluşan yasak yöntemler aşağıda sayılmıştır.

*a) Kötü davranma.*

Kötü davranma, vücut dokunulmazlığına yönelmiş her türlü kasıtlı zarar vermeyi ifade eder (CMK 148/1).

*b) İşkence.*

İşkence, şüphe veya sanığın özgür iradesini kaldırmaya yönelik her tür ağır psikolojik, fiziksel ya da ruhsal acı veren davranışlardır (CMK 148/1).

*c) İlaç verme.*

İlaç verme, zorla ya da rızaya dayalı olarak özgür iradeyi kaldıran her türlü kimyasal ve diğer ilaçlar bu kapsamdadır (CMK 148/1).

*ç) Yorma.*

Yorma, kişinin iradesi üzerindeki kontrolünün ortadan kalkmasına sebep olacak davranışlardır. Kişinin yarı uykulu ve bitap bir hale getirildikten sonra hemen ifadesinin alınması durumunda söz konusu olur (CMK 148/1).

*d) Aldatma.*

Aldatma, hileli davranışlarla ifadesi alınan kişinin yanıltılması ve bu yolla bilgi edinilmesi halidir. Kişiyi tuzak sorular sormak, bütün bilinenleri söylememek aldatma sayılmaz. Ancak kişi gözaltında iken kolluk görevlisinin kendisinin de başka bir şüpheliymiş gibi davranarak kişiyi konuşturması, diğer suç ortaklarının suçu itiraf ettikleri konusunda yalan söylemesi, suçunu itiraf ederse ceza almayacağını söylemesi aldatma kapsamındadır (CMK 148/1).

*e) Cebir veya tehditte bulunma.*

Cebir veya tehditte bulunma, kişiye karşı fiziki güc kullanarak özgür iradesinin ortadan kaldırılması veya gelecekte ağır ve haksız bir zarara uğratılacağı beyan edilerek özgür iradesinin ortadan kaldırılması halidir (CMK 148/1).

*f) Bazı araçları kullanma.*

Bazı araçları kullanma ve iradeyi bozan diğer müdahaleler; özgür iradeyi etkileyen, yalan makinesi, narkoanaliz, hipnoz, şüphelinin aç, susuz bırakılması, ilacını kullanmasının engellenmesi gibi davranışlar (CMK 148/1).

*g) Kanuna aykırı vaad etme.*

Kanuna aykırı vaad edilmesi, ifadesi alınan kimseye kanuna aykırı olarak vaadde bulunulması, gerçeğe aykırı bir şekilde suçunu kabul etmesi halinde cezasının hafifleyeceği ya da kaldırılacağı gibi hallerdir. Ancak ilgiliye hukuki bilgiler vermek amacıyla yapılan açıklamalar kanuna aykırı vaad teşkil etmez (CMK 148/2).

*2) Yasak usuller “mutlak delil yasağı” oluşturur (CMK 148/3).*

CMK'nın 148 inci maddesine aykırı bir şekilde alınan ifade kişi daha sonradan kabul etse dahi delil olarak değerlendirilemezler (CMK 148/3 ve 206/2-a).

148 maddenin 3 ncü fıkrası yasad yöntemlerle elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceğini söylerken, aynı zamanda yasal yöntemlerle elde edilen ifadelerin tutanaklarının delil olabileceğini açıklamış bulunmaktadır. Bu düzenleme kanunumuzun delil sistemini alt-üst edici niteliktedir. Gerçekten kıta Avrupası sisteminde duruşmada delillerin vasıtasız ve doğrudan doğruya bir şekilde ortaya koyulması gerektiğinden, delil olarak okunabilecek belgeler çok sınırlıdır. Özellikle beyan delillerinin okunması açısından sadece hakime verilmiş olan bir ifadenin tutanağı delil olarak okunabilir (CMK 209/1). Yargıtayın son yıllarda verdiği içtihatlar da bunu vurgulamıştır. Kollukça alınan hukuka uygun ifadelerin tutanaklarının delil olması, Amerikan sistemi ile Avrupa hukuku sisteminin birbirine karıştırıldığını göstermektedir.

### 3) Müdafî hazır bulunmaksızın alınan kolluk ifadesi (CMK 148/4)

Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz.

Bu hükmü teyid eden bir düzenleme CMK'nun 213 üncü maddesinde bulunmaktadır. 213 üncü maddeye göre, Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafîinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilir. CMK 148/4 ve CMK 213 üncü madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kolluğun müdafî bulunmaksızın almış olduğu ifadelerin hiçbir hukuki değerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kanun bu hükümlerle kolluğun müdafî bulunmaksızın ifade almasını engellemek istemiştir.

### 4) Kolluğun ikinci kez ifade alması yasaktır (CMK 148/5)

Soruşturma evresinde kolluğa sadece bir defa ifade alma yetkisi tanınmıştır. Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlemin ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilmesi, Türk Hukukuna özgü bir düzenlemedir.

İfade alma işlemi, CMK 147 uyarınca hazırlanan tutanağın birlikte imzalanması ile sona erer. Bunun sonra artık kolluğun tekrar ifade alması yasaktır. Cumhuriyet savcısının emri ile dahi ikinci kez ifade alınmaz.

Bunun dışında, bir de CMK 91/5 de yer alan hüküm ile gözaltına alındıktan sonra serbest kalan şüphelinin, yakalamaya neden olan fiil ile ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça, bir daha aynı nedenle yakalanmasının yasaklandığı da hatırlanmalıdır.

## V– Keşif.

### 1) Keşif ilk derece mahkemesi tarafından yapılır.

Keşif (CMK 83) esas hakkında hüküm verecek olan hakimin maddi olgunun mahkeme salonuna getirilemeyen kısımları hakkında beş duyusu ile bizzat bilgi edinmesini sağlayan bir kurumdur.

Muhakeme Hukukunda “keşif”, muhakemenin gayesine erişmek için

hâkimin, beş duyusu vasıtası ile yaptığı teftiştir, yani meydanda olanı dikkatle incelemesidir.

Keşif, bilirkişi incelemesi gibi, delil muhtevasının öğrenilmesine ve tecrübe kaidesinin bulunmasına ve dolayısı ile mevcut delillerin değerlendirilmesine Örneğin bir tanığın doğru söyleyip söylemediğinin öğrenilmesine yarar. Keşfin çok defa delil olarak kabul edilmesinin sebebini, delil ile değerlendirilmesinin ayırıldılmesinde aramak lâzımdır.

### 2) Soruşturma evresindeki “teftiş” ile “keşif” farklı işlemlerdir.

Keşif suç belirtilerinin tespitine de yaradığından, adli kolluğun 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. Ancak bu tali 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.

### 3) Keşfin yapılacağı yer.

Keşif için yer şartı yoktur. Olay yerinde olduğu gibi örneğin duruşma salonunda da, şahıs üzerinde de yapılabilir. Şahıs üzerindeki keşfe “hâkim muayenesi” denilir. Mağdurun yaralarının hâkim tarafından incelenmesinde durum böyledir.

### 4) Keşif kararı ve keşfin yapılması.

Keşif, bir kararla yapılır. Keşif kararını yargılama makamları verir. Keşif, olayın yer, zaman, hava gibi şartlarına uygun olarak yapılmalıdır.

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 tedbiri de olduğu için, gerektiğinde soruşturma evresinde de yapılır. Fakat

aslında deliller bakımından kovuşturma hâkimlerinin işi olduğundan, duruşmada hazır bulunabilecekler bulundurulurak, kovuşturma evresinde yapılmışçasına, yapılır.

Kanuna göre, gecikmede sakınca varsa, savcı da keşif yapabilmektedir. Halbuki mehoz kanun hâkimden başkasının bu işlemi yapmasını kabul etmemiştir. 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 yapmasını gerektirir. Bunun içindir ki mehoz kanunun sistemini doğru bulmakta, Kanunun da savcıya da bu yetkinin tanınmasını keşfin 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.

Hakimin keşif yapmasını düzenleyen CMK 83, aslında delillerin doğrudan doğrualılığını garanti altına almıştır. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının keşif yapması istisnadır ve sadece “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” kabul edilebilir. Gerçekten Yargıtay 9 CD’nin isabetli olarak belirttiği gibi, gecikmede tehlike yoksa Cumhuriyet savcısının keşif yapma yetkisi yoktur. Yetkisi bulunmadığı halde Cumhuriyet 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 düzenlenmemişe de, biz tahkik sisteminin bir uzantısı olan işbirliği sistemindeki Türk hakiminin duruşmada maddi gerçeği kendiliğinden araştırabileceği görüşündeyiz. Ancak, Cumhuriyet savcısının olay yerini incelemek (teftiş) yetkisi doğal olarak her zaman

vardır. Savcının teftişten elde ettiği izlenim, şüphenin kuvvetlenmesine yardımcı olabilirse de, gecikmede sakınca olmayan durumlarda mahkemenin hükmünde kullanabileceği bir “hukuka uygun delil” üretmez; hükümü verecek olan hakimin olay yerini bizzat görmesi gerekir.

Keşif bir delil ikamesi yöntemidir.

Keşif sırasında tekniğe ve uzmanlığa ilişkin meselenin de halli gerekiyorsa, bilirkişi de hazır bulundurulur. Bu şekilde yapılan tetkiklerde, bilirkişi incelemeleri hakkındaki normlar uygulanır.

Keşifte zabıt kâtibisi de bulundurulur. Soruştırmada acele hallerde, hariçten bir kimse de zabıt kâtipliği yapabilir (CMK 169).

Keşif sonunda, bir tutanak düzenlenir ve bunda mevcut olan hal ve vaziyet ile olayın özel mahiyetine göre bulunması düşünölen eser ve izlerden hangilerinin mevcut bulunmadığı yazılır, keşifte hazır bulunan sair kimselerce de imzalanır (CMK 169).

##### 5) Keşifte hazır bulunabilenler.

Keşifte hakim, savcı ve zabıt katibinin yanında şüpheli, sanık, müdafisi, mağdur ve vekili hazır bulunabilir. Keşif gün ve saati taraflara önceden bildirilmelidir. Sanığın tutuklu olması halinde keşif yerinde bulundurulup bulundurulmayacağına hakim karar verir. Keşifte bir katibin de hazır bulundurulması gerekir. Keşife ilişkin tutanak, hazır bulunanlar tarafından imzalanır. Bu tutanağa sadece elde edilen deliller değil, elde edileceği umulup da elde edilemeyen delillerin de yazılması gerekir.

Soruştırmadaki keşiflerde savcı, sanık ve müdafisi hazır bulunabilirdi. Buna şimdi, yanlış olarak mağdur denilen suçtan zarar gören de eklenmiştir (CMK 84). Bu ekleme, suçtan zarar görenin, bugün sadece hazırlık soruştırmadan ibaret hale gelmiş olan soruştırmada da kamu davasına katılmayı istemesi kapısının aralanması demektir. Fakat ona bu sıfat resmen verilmeli, avukatının da, uzmanının da hazır bulunması sağlanmalıdır. Kovuştırma evresinin duruşma hazırlığı aşamasında yapılan keşiflerde, işin gecikmesine sebebiyet vermeyecekse, keşif gününden savcıya, sanığa ve müdafisi haber verilir. Bunların bulunması şart değildir. Tutuk olan sanık, ancak tutuk bulunduğu mahaldeki mahkeme binası içinde yapılan keşiflerde hazır bulunma hakkını haiz olup, mahkeme zorunlu hallerde

diğer yerlerdeki keşiflerde de bulundurabilir. Sanık hazır bulundurulmamış ise müdafii mutlaka hazır bulundurulmalıdır. Bu “dürüst yargılanma hakkı” gereğidir. Diğer hallerde de müdafinin hazır bulunması gerekir.

Hazır bulunanlar, tanıklara ve bilirkişilere sual sorabilirler.

## **VI– Yer gösterme.**

### *1) Oluşumu.*

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 lehi nedir. Fakat baskı ile yapıldığında, aleyhine çok kuvvetli bir delil üretilmiş olur.

Bu nedenle CMUK’da hiç bulunmayan, fakat önce “keşfe benzetilerek” yapılması öngörülen yer gösterme, kanunda yapılan değişlikle yeniden düzenlenmiştir(CMK “2005–5353” 85; YakalamaY 28).

Yer gösterme Kanunda keşiften hemen sonra 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 bulunmakla birlikte, mülga Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 26. maddesinde yer göstermeden soruşturma işlemi olarak söz edilmekte idi.

### *2) Kendisini suçlamama hakkı*

Şüphelinin “yer göstermesi” kendisine yöneltile 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 bunu sağlar niteliktedir. Gerçekten yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırılabilir. Görüldüğü gibi, Kanunun 85 inci maddesinde düzenlenen yer gösterme işlemine başvurulabilmesi için, öncelikle şüphelinin susma hakkını kullanmamış olması gerekir.

Ayrıca 85 inci maddedeki düzenlemeye göre, yer gösterme işleminin sujesi şüpheli olabilir, sanık olamaz. Bu açıdan işlem sadece soruşturma aşamasında yapılabilir, kovuşturma aşamasında yapılamaz.

Yer gösterme işleminin sadece soruşturma evresinde yapılması müessesenin gereğidir. Zira yer gösteren şüphelinin mesela, mal aleyhine işlenen suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma olanağı doğabilir (TCK 168).

### 3) Yer göstermenin yapılması.

CMK 85/3 uyarınca yer gösterme işlemi her soruşturma işlemi gibi tutanağa bağlanacaktır. Bu tutanak CMK 169 uncu maddesi hükmüne uygun bir şekilde düzenlenmelidir.

Adli kolluk amiri de terör suçlarında<sup>96</sup> yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkilidir (CMK 85/1, cü. 2).

Cumhuriyet savcısı şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabilir. Bu işlemin Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılması gerekir. Adli kolluk kendiliğinden yer gösterme yaptıramaz. 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).

Fiili işlediği zaman on iki yaşını doldurmamış olanlar hiç bir suretle suç tespitinde kullanılamayacağı için, bu kişilere yer gösterme yaptırılamaz (YakalamaY 19).

### 4) 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, hakim bu konuda bir karar vermesi gerekir (CGİK “2005–5351” 92/2). Şüphelinin kurumdan ayrılış ve dö-

<sup>96</sup> 5235 sayılı İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kanununun “2014-6526” ile değişik 12 inci maddesi ile ağır ceza mahkemelerinin görevleri yeniden düzenlenmiş ve mülga TMK 10 da (mülga CMK 250) düzenlenen örgüt suçlarına yapılan atflar bu maddeye yönlendirilmiştir.



nüşlerinde sağlık raporu alınır. Terör suçlarında<sup>97</sup> da tutuklu ve hükümlülerin CGİK 92/2 uyarınca yer göstermeye götürülmesi mümkündür.

Görüldüğü gibi iki ayrı Kanunda yer alması nedeni ile “gözültüne alınan kişiye yer gösterme” (CMK 85) ve “tutukluya yer gösterme” (CGİK 92) farklı kurallara tabidir.

## VII– Teşhis.

Polis Kanununda yer alan teşhis (PVSK “2007–5681” Ek 6/9), yani tanıma ve tanıma dolayısı ile araştırmanın ikinci çeşididir. Ceza Muhakemesi Kanununda “teşhis” ölünün şüpheli veya sanığa gösterilmesi biçiminde (CMK 86/1) yer almış, fakat diğer yönleri ile düzenlenmemiştir.

Teşhis işlemine şüpheli veya sanığın fert olarak bilinmesi demek olan “belli olma”sı için başvurulur. Şüpheli kimse diğer kimseler arasında mağdura veya tanığa gösterilir ve suçlunun hangisi olduğu sorulur. Araştırmada ipucu olabilecek eşyanın tayininde de aynı yola başvurulduğu vardır.

Teşhis ile tanıma arasında fark vardır. İlgilinin daha önceden bildiği bir kişiyi tanıma iken, hiç tanımadığı bir kişiyi belirlemesi, teşhistir. Tanıma fotoğraflar göstermek suretiyle de yapılabilir.

Hukuka uygun bir teşhis hata olasılığını en aza indirmek üzere yasa ile düzenlenmiştir. Bu koşullar aşağıda incelenmiştir.

### 1) Sıraya dizme usulü

Kanun (PVSK Ek 6/9) sadece gözaltındaki şüphelinin olay yerindeki fail olup olmadığının belirlenmesi için “zorunlu” ise teşhise katılmasına izin verir. Cumhuriyet savcısının talimatı olmadan kolluk teşhis yaptıramaz.

Kanun şüphelinin teşhis işlemine katılmaya “zorlanmasını” da kabul etmiştir. Sadece tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olanlar teşhise zorlanamaz (fıkra 10).

Şüphelinin teşhis için “sıraya girmesi”, bir anlamda kendisini “göstermesi”, “aktif bir katılım” olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle

<sup>97</sup> 5235 sayılı İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kanununun “2014-6526” ile değişik 12 inci maddesi ile ağır ceza mahkemelerinin görevleri yeniden düzenlenmiş ve mülga TMK 10 da (mülga CMK 250) düzenlenen örgüt suçlarına yapılan atıflar bu maddeye yönlendirilmiştir.

teşhisi Kanun ile düzenleyen sistemlerde şüpheli rıza göstermese de teşhis yapılabilir.

Şüphelinin kimliğinin tespit edilmesine yönelik (parmak izi alma, resim çekme vs. gibi) teşhis ve tanıma yöntemleri kendisi aleyhine delil verme yasağı kapsamına girmez.

Yer göstermede, olay yerine gitmek şeklinde şüphelinin “aktif bir katkısı” bulunduğu için özgür iradesi ile yer göstermeyi kabul etmiş olması önşarttır.

Sanığın mağdur tarafından teşhis edilebilmesi için gelişigüzel seçilmiş bir kaç kişi ile birlikte durması kendisi aleyhine delil verme niteliği taşımaz.

Örneğin sanığın olay yerinde bıraktığı parmak izlerinin incelenmesi için hukuki hiçbir engel yoktur.

Yazı yazma gibi bazı tanıma yöntemleri, ancak şüphelinin aktif işbirliği 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, hatta hâkim beyanlarından birini seçebiliyorsa ortada aykırılık görülmemelidir.

Cumhuriyet 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 görüntüsü ile ilgili değişiklikler yapılması, örneğin şapka giydirilmesi vs. kabul edilmiştir. Teşhis sırasında denekler arasında şüpheliye yer verilmemesi de mümkündür (PVSK Ek 6).

## 2) Müdafin konumu

Suç işlediğinden şüphelenilerek “hakları kısıtlayan bir işlem” yapıldığı andan itibaren şüphelinin müdafin yardımından yararlanma hakkı doğar. PVSK Ek 6/9 daki teşhisin en önemli eksikliği budur: müdafin konumu düzenlenmemiştir. Ancak teşhis işlemi şüphelinin hazır bulunacağı bir araştırma işlemi olduğu için CMK 144 deki kuralların burada da uygulanması tabiidir. Bu nedenle müdafine haber verilmeden şüphelinin veya sanığın teşhis edilmesi amacıyla tanıklara gösterilmemesi gerekir. Bizce teşhis sırasında müdafin hazır bulunması gereklidir. Teşhis işlemi ceza muhakemesindeki isnat ile ilgili olarak büyük bir değer taşıdığından sanığın bu sırada müdafin yardımından yararlanması gereklidir. Yargıtay ise Kanunun lafzından yola çıkarak müdafin hazır bulunabileceğini gösteren maddeleri tek tek saymış ve teşhiste müdafiden bahsedilmemesinden yola çıkarak müdafin hazır bulundurulmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak şüphelinin yüzleştirildiği durumlarda veya ifade alma şekli ortaya çıktığında müdafin hazır bulunabileceği görüşünü sergileyen içtihadı katılmıyoruz.

Bu teşhis işleminin yönlendirici bir biçimde yapılmaması şarttır. Bu nedenle dikkatleri şüpheli üzerine çekecek her türlü imadan sakınılmalıdır. Müdafin hazır bulunması bu tarafsızlığı sağlamak açısından önemlidir.

Bizce şüpheliye yakalandığı sırada hakları bildirilirken (CMK 90), teşhis sırasında müdafin yardımından yararlanabileceği, anlayabileceği bir şekilde ve sonradan ispat edilebilecek bir tarzda açıklanmış olmalıdır. Daha önce ifadesi alınırken müdafin yardımından istifade etmek istemediğini söylenmiş olsa dahi, çok önemli bir işlem olan teşhis işlemi yapılmadan evvel ayrıca, müdafin 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 müdafin rolü önemlidir. Ancak burada müdafî tanıklara soru soracak veya herhangi bir aktif

katkıda bulunacak değildir. Müdafinin 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 müdafi, mahkeme önünde delilin hukuka aykırı bir delil olduğunu ispat etmek açısından tanıklık yapacaktır.

### 3) Resimden teşhis

Şüphelinin fotoğraf üzerinden de teşhis yaptırılabilir (PVSK “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 müdafinin hazır bulunmasına gerek yoktur. Zira müdafinin soruşturma evresi sırasında hazır bulunması gereken işlemler, ‘işlem yapılırken sanığın da hazır bulunduğu işlemlerdir’. Resim gösterme sırasında sanık hazır bulunmadığı için müdafinin de varlığı aranmaz.

### 4) Teşhis–Yüzleştirme Farkı

Yüzleştirme CMK 52 uyarınca duruşmada yapılabilen bir işlem olup teşhisten farklıdır.

## VIII– Adli tıp ile ilgili araştırmalar.

### 1) Gözlem altına alınma (CMK 74).

Ceza hukukunun netice sorumluluğunu terk ederek, irade sorumluluğuna geçmesi dolayısıyla failin isnat yeteneği suçun kurucu unsurlarından biri olmuştur. Beden muayenesinden (CMK 75) farklı olan gözlem altına alma tedbiri ile failin şuuru tetkik edilir.

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.

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.

Suç mağdurunun da gözlem altına alınması ve uğradığı travmanın tetkiki, bir tanığın doğru söyleyip söylemediği, gözlem altında yapılan incelemelerle, bilimsel olarak ortaya çıkarılabilmelidir. Kanun sadece şüpheli veya sanığın gözlem altına alınmasını düzenlemiş, mağdur veya tanıkların şuur tetkikini düzenlememiştir. Oysa özellikle cinsel suçlarda mağdur olduğunu iddia edenlerin, bilirkişi tarafından incelenmesi ve gerekiyorsa gözlem altında tutulması, mukayeseli hukukun kabul ettiği yöntemlerdendir.

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 hakimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından karar verilebilir (CMK 74/1).

Özgürlüğu kısıtlayan bir karar alınacağı için ön şart, tutuklamada olduğu gibi fiilin o kişi tarafından işlendiği konusunda “kuvvetli şüphe” bulunmasıdır. Ancak, CMK tutuklama açısından “kuvvetli suç şüphesinin varlığın gösteren bomut delil” bulunmasını şart koşarken, gözlem altına alma için “fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunması” ile yetinmiştir (CMK 74/1).

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. Bu nedenle şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hakim veya mahkemenin istemi üzerine Baro tarafından bir zorunlu müdafii görevlendirilir. Özgürlük kısıtlamasının ölçülü olması gerekir.

Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz kararın yerine getirilmesini durdurur.

Şüpheli veya sanığın resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına yargılama makamı karar verebilir. Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmi sağlık kurumunun istemi üzerine her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir, ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez.

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 Kanununun 63 üncü maddesi, “hüküm kesinleşmeden gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler hükmolunan hapis cezasından indirilir”, şeklinde bir hüküm sevketmiş olduğu için mahsup konusunun CMK 74 de düzenlenmesine esasen gerek de yoktur.

Gözlemin “resmi bir sağlık kurumunda” gerçekleştirilmesi gerekir (CMK 74/1).

2) *Şüphelinin iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (CMK 75).*

a) *Beden muayenesi tedbirinin amacı, delil elde etmektir (CMK 75/1).*

“Beden muayenesi”, şüphe sebebi veya delil elde etmek amacıyla bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılmasıdır.

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 ayrılır.

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. Suç izlerinin vücut üzerinde kalması doğaldır. Bu nedenle beden muayenesinden delil elde etmek modern Ceza Muhakemesi açısından kaçınılmaz bir ihtiyaçtır.

Beden muayenesi, arama ve suçlunun muayenesi kavramlarından farklıdır: İnsan bedeni üzerinde “arama yapmak” (üst araması) da farklı bir usul işlemdir. Suçlunun muayenesi ise hüküm kesinleştikten sonra, “yaptırımın belirlenmesi” sırasında yapılır.

Anayasaya göre, “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” (Any. 17/2). Oysa beden muayenesinde şüphelinin veya mağdurun vücudunda delil araştırmak için vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir.

Anayasa’daki hakların yalnızca Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, Kanunla sınırlandırılması mümkün olduğundan (Any. “2002–4709” 13), şüpheli veya sanık olan veya diğer kişilerin bedenlerinin muayene edilmesi Ceza Muhakemesi Kanununun 74, 75 ve 76. maddeleri ve Beden Muayenesi Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

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 delil elde amaçlı olmayan beden muayenesine ilişkin hükümler vardır.

Delil elde amaçlı olmayan muayeneler CMK 74 veya 75 kapsamına girmez. Bu nedenle tedavi veya diğer amaçlı muayeneler, gözaltına alınan şüphelinin sağlık kontrolü, delil elde amaçlı olmadıkları için bu hallerde hakimin önceden karar vermesi söz konusu değildir ve TCK nun 287 inci maddesindeki suç oluşmaz.

Ceza Muhakemesi Kanununun 75/son ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 6/son fıkrası uyarınca, özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler de saklıdır.

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 olduğü 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

CMK 75 inci madde uygulanamaz. Madde uyarınca biyolojik örnek alınması ancak bunların üçüncü kişilere ait olması halinde mümkündür.

Vücut üzerinde yapılan arama ile dış beden muayenesi birbirine oldukça yakın kavramlar olmakla birlikte farklar da vardır. Üst araması kişinin bedenine bakmayı da kapsar. Bir kişinin ağızdaki bir şeyin çıkarılması veya koltuk altındaki bir eşyanın alınmasında dış beden muayenesine ilişkin hükümler değil, aramaya ilişkin hükümler uygulanır. CMK 75/4 de belirtilen bölgeler hariç, ağız, koltuk altı gibi beden boşluklarına bakmak için arama hükümleri uygulanır. Ceza Muhakemesi Kanununda sanık veya şüphelinin dış beden muayenesine ilişkin hüküm bulunmaması, kanunkoyucunun iradesinin bu konuda aramaya ilişkin hükümlerin uygulanması yönünde olduğunu göstermektedir. 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 araçlar kullanmak suretiyle incelenmesidir.

Örneğin bir kişinin enjeksiyon yapıp yapmadığı konusunda gömleğinin kaldırılması ve koluna bakılması üst aramasıdır. Bunun arama olarak kabul edilebilmesi için sırf bakma şeklinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bedenin elbiselerin altında kalan kısımlarına bakmak şeklindeki incelemelerin üst araması sayılabilmesi için bunun bedenin yüzeyinde herhangi bir araç kullanılmaksızın yapıyor olması gerekir. Bu nedenle beden boşluklarında yapılan işlemde tıbbi araç kullanılır veya tıbbi müdahale yapılırsa, artık üst araması değil, beden muayenesi söz konusu olur. Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 3. maddesinde “kulak, burun ve ağız bölgele-  
rinin 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.

Elden swap alınması, bu konuda Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 23 üncü maddesinde açık hüküm bulunduğu için beden muayenesidir. Ancak hakim/savcı kararına gerek olmaksızın, aynı hüküm uyarınca olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir.



Beden muayenesi hükümlerinin uygulanması için, muayeneye edilecek olan kişinin canlı olması gerekir. Ölü üzerinden yapılacak örnek alma ve muayene keşif veya otopsi adını alır.

Üst aramasını yasayla görevli her memur yapabilirken, vücut muayenesini ancak doktor veya bir sağlık memuru yapabilir.

Bedene müdahale teşkil etmeyen, vücuttan da örnek almayan bir inceleme yöntemi, bir insanın vücuduna dıştan bakarak inceleme yöntemidir. Böyle “bakarak inceleme” sözkonusu olduğunda, “arama’ ile ilgili genel kuralların geçerli olacağı düşüncesindeyiz. Nitekim Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 23. 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.

*b) İç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması.*

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.

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. maddesi ile Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 4 ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Beden muayenesinde temel hakların kısıtlanması söz konusu olduğundan kıyasen genişletilmesi mümkün değildir.

Ceza Muhakemesi Kanununda da iç beden muayenesi ile vücuttan örnek almanın koşulları tek hükümde düzenlenerek adeta vücuttan örnek alma ve cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene (CMK 75/4) iç beden muayenesi sayılmıştır. Oysa Beden Muayenesi Yönetmeliğinde iç ve dış beden muayenesi farklı hükümlerde düzenlenmiştir.

Vücuttan örnek alınması kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınmasıdır. Görüldüğü gibi 2005–5353 değişikliği ile fıkraya “iç beden” unsuru eklenmiş, “cinsel salgı” kelimesi çıkarılmış ve “biyolojik örnek” kelimesi yerleştirilmiştir. Şüpheli dışındaki kişilerin (dış ve iç 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. Nitekim Muayene Yönetmeliği, şüphelinin dış ve iç muayenesini ayrı ayrı düzenlemiştir (MuayeneY 4 ve 5).

*c) Karar verme yetkisi, karara itiraz ve kullanılmayan deliller.*

Karar verme yetkisi re’sen veya savcı veya mağdurun istemi üzerine hakim veya mahkemeye ait olup, gecikmede sakınca varsa Cumhuriyet savcısının emri ile de yapılabilir. Savcının emir verdiği hallerde bu emir 24 saat içinde hakim veya mahkeme onayına sunulur. Hakim veya mahkeme 24 saat içinde kararını açıklar. Sanık veya şüpheliye ilişkin iç beden muayenesi ilgilinin rızası ile yapılamaz. 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, Cumhuriyet savcısı da karar verebiliyordu. Yapılan düzenleme bütün işlemleri tek çatı altında topladı ve bu ayrımı kaldırdı.

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 Cumhuriyet savcısı da verebiliyordu, Cumhuriyet savcısının emri yargılama makamının onayına tabi tutulmuştu (CMK 75/1).

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 alınamaz (CMK “2005–5353” 75/5).

Bizce şüphelinin aydınlatılmış rızası varsa, doğrudan beden muayenesi yapılabilmelidir: Ancak CMK'nın 75 inci maddesi i beden muayenesi veya vücuttan örnek alma işlemleri için mutlaka Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkemenin kararını gerektirmektedir. Karar olmadan şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi yapılmasını ve vücutundan örnek alınmasını düzenlememiştir.

CMK'nın 75 inci 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 inci 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'de 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 alınamaz.”

İki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda şüphelinin i bedeninin tıbbi muayenesinin yapılabilmesi ya da vücutundan biyolojik örnekler alınabilmesi için kural olarak bir tali ceza davası açılması gerekir.

Beden muayenesi veya vücuttan biyolojik örnek alınması hakkında hakim veya mahkeme tarafından verilen kararlara karşi itiraz edilebilir (CMK 75/6).

Hakim kararı alınmadan veya hakim tarafından onaylanmayan Cumhuriyet savcısının emri ile yapılan beden muayenesinden veya biyolojik örneklerden elde edilen deliller, kullanılamaz (CMK 75/1).

*) Hakim kararı alınmasına rağmen ilgilinin muayeneye rıza göstermemesi.*

Hastanın tedavi amacı ile bedeninin muayenesi, vücutundan 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 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. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18 inci maddesi uyarınca, muayeneye veya örnek alınmasına ilgili kişi rıza göstermezse, kararın infazı için ilgili Cumhuriyet savcılığınca gerekli önlemler alınır. Bu önlemlerden neyin kastedildiği anlaşılamamaktadır, örneğin kişinin eli kolu tutularak veya narkoz etkisi altında iken genital muayene yapılabilecek midir?

Kişinin hakim 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.

Kanaatimizce hakim kararına rağmen kişinin muayeneyi kabul etmediği ve buna direndiği durumlarda, ikinci bir hakim kararı alınmalıdır. İkinci kararda hakim o işlemin mutlaka yapılması gerekip gerekmediğini somut olaydaki koşullara bakarak karara bağlamalıdır. Böylece, yapılacak muayene ile kişiye ağır bir zarar verilecekse bu zarar önlenabilir.

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 hakim kararı ile yapılabileceği için bir yargılama makamının verdiği kararın yerine getirilmesinin söz konusu olduğu açıktır.

Bu konuda Alman Ceza Muhakemesi Kanunu “zorla muayene etme” yöntemini benimsemiştir. Ancak bunun kişiye aşırı eza verecek şekilde ve insan olma haysiyetini zedeler biçimde yapılması hukuka aykırıdır.

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu ise muayene olmayana, ayrıca hakim 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, Cumhuriyet Başsavcılığının “gerekli önlemleri” almasını öngörmektedir (MuayeneY 18/1). Suç mağdurunun rıza göstermesi halinde hakim kararına gerek görmeyen Yönetmelik, şüphelinin rıza göstermesi halinde ise gene de karar alınmasını istemektedir (MuayeneY 18/2 ve 3).

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 düşünöldüğu, “vücutun” ise bütün organları kapsayacak biçimde, bedenin dışı olarak algılandığı anlaşılmaktadır.

*d) Sağlık için zararlı olmama koşulu (CMK 75/2).*

İç beden muayenesi veya örnek alma işleminin yapılabilmesi için, bu müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Beden muayenesi Yönetmeliği bunu “açıkça ve öngörülebilir bir zarar olmamasına” bağlıdır şeklinde belirtmiştir.

Bu ihtimallerde midedeki uyuşturucu maddenin veya kağıdın cerrahi müdahale ile çıkarılabilmesi gerekmektedir. Zira Kanunun 76. ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7. maddesinde diğer kişilerin beden muayenesinde “cerrahi bir müdahalede bulunmamak” koşulu belirtilmişken, sanık veya şüphelinin beden muayenesine ilişkin 75. madde ile Yönetmeliğin 4. maddesinde böyle bir koşul öngörölmemiştir. Bu açıdan sanık veya şüpheli üzerinde cerrahi müdahale niteliğinde muayene yapılabilecektir. Ancak bu tür müdahalelerde özellikle orantılılık ilkesine ve suçun ağırlığına özellikle dikkat edilmek gerekir. Verilen örneklerden yutulan ve delil niteliğinde olan kağıdın doğal yoldan vücuttan atılması beklenirse, bu kağıt bozulacağından delil olma niteliği de kalmayacaktır.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3. maddesinde “cerrahi müdahale”, tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operas-

yonlar” şeklinde tanımlanmıştır. Midedeki kağıt parçasının alınması veya uyuşturucu maddenin çıkarılmasında tanı veya tedavi amacı bulunmayacağı açıktır.

Teşhiste şüphelinin saçı, sakalı kesilebilir veya boyanabilir; bunun insan onuruna aykırı olmadığı kabul edilmektedir. Buna karşılık şüphelinin kusturularak midesindeki uyuşturucunun çıkarılması amacıyla birtakım ilaçların verilmesinin insan onuruna aykırı olduğu belirtilmektedir (Jalloh - Almanya kararı).

*e) İşlemi yapabilen kişiler (CMK 75/3).*

CMK’nun 75 inci maddesinde iç beden muayenesinin tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından yapılabileceği belirtilmişken, Yönetmeliğin 4/2. fıkrasında iç beden muayenesinin sadece tabip tarafından yapılacağı, vücuttan örnek alınmasının tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabileceği 6 ıncı maddede belirtilmiştir.

Sağlık mesleği mensubunun tanımı, Ceza Kanununun 280 inci maddesinde yapılmıştır. Bu maddeye göre sağlık mesleği mensubu, tabib, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerdir.

Yargılama makamının verdiği karar üzerine şüpheli veya sanığın “bedenin” tıbbi yönden iç muayenesi ve “vücutundan” kan gibi biyolojik örnekler alınması şeklindeki müdahaleler, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir (CMK “2005–5353” 75/3). 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 vücutundan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınabilmesi bakımından Cumhuriyet savcısının emir vermesi, emrin 24 saat içerisinde yargılama makamı tarafından onaylanması öngörölmüş 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,

Cumhuriyet savcısının “karar” vermesi ve bunun hakim tarafından onaylanması gerekmektedir.

*f) Cezanın ağırlığı koşulu (CMK 75/5).*

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 (bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası) 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 edilebilirdi. Ancak uygulamada, belirtilen suçta, üst sınır iki yıl hapis cezasını gerektirdiği gerekçesiyle örnek alınmaktadır.

*3) Alkol Muayenesi (CMK 75/7).*

*a) Kandaki alkol miktarının belirlenmesi.*

Kandaki alkol miktarının belirlenmesi için yapılan alkol muayenesi ve kan örneği alınması, özel kanunları ile düzenlenmiş olduğu için, CMK 75 hükmünden ayrıkt tutulmuştur (CMK 75/7).

Bu konu Karayolları Trafik Kanunu ve Yönetmeliğinde ele alınmıştır. Araç kullanma bakımından önem kazanan husus kandaki alkol miktardan 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.

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 tesbit 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 aldırabilmesinin kabul edildiği sonucunu çıkarıyoruz.

Kandaki alkol miktarının teknik cihazla ve kan alınarak laboratuarda

tespit imkânı bulunmayan hallerde en yakın resmî sağlık kuruluşunda hekim tarafından rutin alkol muayenesi de kabul edilmiştir (KTY 110).

Bunun dışında Türk Ceza Kanununun sarhoşlukla ilgili 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 az hapis cezasını gerektiren suçlarda, alkol muayenesi kan alınarak yapılamayacak, diğer yöntemler kullanılacaktır.

*b) Bedendeki alkol yoğunluğunun Ceza Hukuku yönünden önem arzettiği haller.*

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.

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). 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 hakimden ayrıca karar alınması gereklidir.



*c) Beden muayenesi ile farklar.*

Beden muayenesi, şüphelinin vücudunu, yapılacak olan “keşfin 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. maddesindeki bu düzenleme, Anayasa teminatı altında olan “vücut dokunulmazlığına” (Any. 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.

Böyle bir müdahale, “ölçülülük ilkesi” doğrultusunda, “somut olaydaki” şüphenin kuvvet derecesine bağlı olarak kabul edilmiştir. 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.

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.

Kan örneği alınabilmesi için hakimın karar vermesi gerekir (CMK 75/1). Bedeni muayene edilecek olan ilgilinin rızası varsa hakimden 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 hakim kararına gerek kalmaz (Beden Muayenesi Y. 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 (schwerwiegende Eingriffe) açısından rıza geçerli olmamalı, sadece hakim kararı ile yapılabilmelidir. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için serbest irade ile açıkça ve önceden yapılan aydınlatmadan sonra verilmiş olması şarttır: şüpheli rıza vermeme hakkı bulunduğunu biliyor olmalıdır.

Hukuka uygun bir hakim 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 hakim kararı alınmalıdır.

*ç) Kan örneğinin alınması ve incelenmesi.*

Hakimin 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.

Kan örneği almak, diğer beden “müdahalelerine” oranla daha az tehlikeli ve daha az önemli bir yöntemdir. Hakim 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 (Spurenmaterial vergleich) etmek amacı ile analiz yapılması da mümkündür.

Yaralanan şüpheliden, onu ameliyata hazırlamak amacı ile hastanede alınmış bulunan kan örneği de CMK 75/1 uyarınca verilmiş bir hakim kararı olmamasına rağmen, olay anında kandaki alkol miktarının tespiti amacı ile kullanılabilir; ancak, hakimın kan örneği alma kararı vermesi o somut olay açısından hukuken olanaklı olmalıdır.

*d) Kandaki alkol yoğunluğunu ölçme usulü.*

Kandaki alkol yoğunluğunun, “kan örneği alınarak” ölçülmesi için, şüphelinin Cumhuriyet savcısı tarafından çağırılması gerekir. Türk Hukukunda kolluğun Cumhuriyet savcılığı tarafından emir verilmeden, kendiliğinden adli işlem yapma yetkisi yoktur. Şüpheli gelmediği takdirde, Cumhuriyet savcısının hakimden zorla getirme kararı istemesi gerekir. Kolluk bu emri yerine getirirken zor kullanma yetkisine de sahiptir.

Kandaki alkol yoğunluğunun tespit edilmesi kararı verilmesi sırasında CMK 90 uncu 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.

Kan örneği alınırken şüphelinin tutulması veya bağlanması mümkündür. 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.

Alman Hukuku dokunulmazlığı bulunan milletvekilleri hakkında suçüstü durumlarında Meclisin kararı olmadan kan örneği alınmasına izin verir. Kan örneği alınması amacı ile bir şüphelinin tabibe götürülmesi, RiStBV 191/3c anlamında “özgürlük kısıtlaması” değildir. Buna karşılık ülke dışılık ayrıcalığından yararlanan elçiler (GVG 18, 20) hakkında StPO 81a’nın uygulanamayacağı, fakat konsolosluk memurları hakkında (GVG 19) uygulanabileceği belirtilmektedir.

*e) Nefesteki alkol yoğunluğunun ölçülmesi.*

Nefesteki alkol yoğunluğunu (Atemalkoholkonzentration) ölçen aletin bazı özellikleri vardır. 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. Bu konuda verilecek bir adli kararda, ortalama

değerin (Mittelwert) yanısıra kararda dayanılan kandaki alkol yoğunluğu- na ilişkin somut bulguların (Einzelwerte der Atemalkoholkonzentration) tek tek açıklanması gerekir.

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” (zeitabhangig) olduğu için, kılcal damarlarda bulunan kandaki alkolün yoğunluğunu aynen yansıtma.

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 gutur.

Doğruya yakın bir olme yapılabilmesi için nefes örneğinin en son içme anından en az yirmi dakika geçtikten sonra alınması gerekir. Ağızda veya dişler arasında kalmış bulunan alkol de (Mundrestalkohol) olümü etkileyeceği için, değerlerin yüksek çıkması kaçınılmazdır. Alkol içildikten sonraki birinci saat içinde yapılan olmlerde nefesteki alkol miktarı, kandakine nazaran daha yüksek çıkar. Adli açıdan ceza muhakemesine delil olabilecek bir olmenin 10 dakika kadar izleme süresinden sonra tekrarlanması gerekmektedir.

Yaklaşık 1995 yılına kadar kullanılmış olan üfleme yöntemi ile çalışan aletler (Alcotest-Pusterhrchen) kaldırılmış, yanıcı hücreler prensibine göre çalışan olm aletleri kullanılmıştır. Bu aletler, diğital bir gösterge yöntemi ile miligram/litre değerinde nefesteki alkol miktarını gösterdiği gibi, bu değerini farazi bir şekilde miligram/gram promille değerler içerisinde kandaki alkol yoğunluğu biçiminde de göstermekte idi. Bununla birlikte bu cihazın olm hassasiyeti de ceza muhakemesi hukuku açısından delil olarak kabul edilebilecek belge niteliğindeki olm için yeterli grlmemiştir.

Kabahatler alanında, nefesten alkol yoğunluğunun belirlenmesi suretiyle elde edilmiş olmn delil olarak kullanılması mümkün ise de suç teşkil eden fiillerin cezalandırılması açısından vücuttaki alkol suç unsuru ise şüpheye 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 olmasına dayanılarak reddine karar verilmiştir. BGH’nın 3. 4. 2001 ve 5.2.2002 tarihli kararları kandaki alkolün belirlenmesi konusunda temel ilkeleri yansıtmaktadır.

*f) Danıştay’ın görüşü.*

Danıştay’ın 12. 1. 2005 tarih ve E. 2004/3669, K. 2005.96 sayılı kararı ile mukayeseli hukukun verilerini gözönünde tutarak, aşağıdaki sonuçları vurgulamak isteriz:

Ceza Muhakemesi Kanunu beden muayenesi yapılabilmesi ve şüpheli-den kan örneği alınabilmesi için yeni hükümler sevk etmiş bulunmaktadır. Ancak Karayolları Trafik Kanunu “güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş” kişilerden gelebilecek tehlikeyi önlemek amacı ile “hakim 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.

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.

Bedendeki alkolün yoğunluğunun belirlenmesinde kan örneğinin tahlil edilmesi daha sağlıklı neticeler vermektedir. Ceza muhakemesinde delil olarak kullanılacak olan verilerin kan örneğine dayanması tercih edilmelidir.

Alman Kanunlarındaki hükümlerden yararlanılarak Trafik Hukukunun alkol ile ilgili hükümlerinde değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

4) Mağdurun i ve dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması  
(CMK 76/1).

Kanun şüpheli veya sanık dışında kalan diğer kişileri üç grupta ele almıştır: mağdur, soybağı araştırılacak ocuk, diğer kişiler. Diğer kişilerin i ve dış beden muayenesinin koşulları Ceza Muhakemesi Kanununun 76 ıncı maddesinde dzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu beden muayenesine ilişkin dzenlemeyi, şüpheli veya sanığın beden muayenesi (m. 75) ve diğer kişilerin beden muayenesi (m. 76) olarak ikiye ayırmıştır. Beden muayenesi i ve dış beden muayenesi olarak da ikiye ayrılmıştır. Ancak dış beden muayenesine ilişkin dzenleme Ceza Muhakemesi Kanununda bulunmayıp sadece Yönetmelikte yer almaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanununda “muayene” ve “müdahale” ayırımı yapılmıştır. Bu iki kavram farklı şeylerdir. Muayene tıp kurallarına göre bazı sonuçlar elde etmek için vücuda dokunularak yapılan birtakım tespitlerdir. Müdahalede ise vücuda operasyonel bir giriş söz konusudur.

Dış beden muayenesi hakkında Ceza Muhakemesi Kanununda hüküm bulunmayıp sadece Beden Muayenesi Yönetmeliğinde dzenlenmiştir.

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 meśleđi mensubu tarafından yapılır.

3. Dış beden muayenesi yapılabilmesi bu müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmamasına bağlıdır.

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 hamile kalmış bir kadının doğan çocu-

đu 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 hakim veya mahkemeye ait olup gecikmede sakınca varsa C. savcısının emri ile de yapılabilir. Savcının emir verdiği hallerde bu emir 24 saat içinde hakim veya mahkeme onayına sunulur. Hakim veya mahkeme 24 saat içinde kararını açıklar.

Mağdurun rızasının varlığı halinde karar aranmaz. Ceza Muhakemesi Kanununun 76/2 fıkrasında mağdurun rızası açıkça belirtilmesine rağmen, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18 inci maddesinin 2 ve 3 üncü fıkraları çelişkili düzenlemeler 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 fıkrada da, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri halinde soruşturma evresinde savcı istemi ve kovuşturma aşamasında hakim veya mahkeme kararı ile yapılacağı belirtilmektedir.

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.

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.

Şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişilerin beden muayenesi hakkında hakim veya mahkeme tarafından verilen kararlara karşı itiraz edilebilir (CMK 76/5).

## 5) ocuğun soybağının tespiti için karar (CMK 76/3).

Çocuğun soybağının tespiti amacıyla yapılacak DNA testleri de CMK'nun 76. maddesinde düzenlenen koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur. Gerçekten 76 ıncı maddenin 3 üncü fıkrası, “ocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir” demektedir.

Çocuğun soybağının araştırılmasına bir suç sebebiyle gerek duyulabileceği gibi, suç olmaksızın da soybağının araştırılması gerekebilir. Bizce ikinci hal madde kapsamında değildir ve bu araştırmanın medeni usul hukuku kuralları gereğince yapılması gerekir. 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. maddesinin uygulanmaması gerekir. Zira soybağının tespiti amacıyla vücuttan örnek alma mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesinin düzenlendiği 76. maddede düzenlenmiştir. Sanık veya şüphelinin beden muayenesinin düzenlendiği 75. maddede soybağının tespitinden szedilmemektedir. Bu nedenle soybağının tespiti amacıyla şüpheli veya sanıktan örnek alınması gerekmekte ise 75. maddedeki genel koşullar uygulanacaktır. CMK'nun 76/3. fıkrasında mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesinden ve vücutlarından örnek alınmasından szediliyorsa da, CMK'nun 78. maddesinde, soybağının araştırılması amacıyla mağdur, diğer kişiler, şüpheli veya sanıktan alınan örnekler üzerinde genetik incelemeler yapılması hali düzenlenmiştir. şayet suç sebebiyle babalığın tespiti söz konusu ise CMK'nun 76. maddesi uyarınca karar alınması gerekmektedir. Suç söz konusu olmaksızın babalığın tespiti gerekmekte ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca karar alınmalıdır.

6100 sayılı ve 12.01.2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “soybağı tespiti için inceleme” başlıklı 292 inci maddesinde, soybağının tespiti amacıyla herkesin vücudundan kan veya doku rneği alınmasına katlanma yükümlülüğü ngrlmştir. HMK 292. maddeye göre, “uyuşmazlığın zm bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soyba-



đının tespiti amacıyla vücutundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca “üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlölükten kaçınmaz”.

Mesela bir kadın yeni doğan çocuğunu öldürmüştür. Çocuğun kocasından olmadığını ileri sürmektedir. Kocanın babalık testi yaptırmak mecburiyetinde olup olmadığı, bir tür beden muayenesi olduğu için, ceza davaları açısından tartışmalıdır. Bizce hakim kararı olduğu sürece, süje kan örneği vermek zorundadır. Hukuk davaları açısından yapılacak babalık tespiti HMK 292 ile düzenlenmiş ve mecburiyet kabul edilmiştir.

Bu konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye kararında (30.5.2006, Başvuru No: 60176/00); “Devletin takdir yetkisi göz önünde bulundurulunca, baba olduğu varsayılan kişinin DNA testlerini yaptırmak zorunda bırakacak müeyyideler öngörmeyen bir sistem ilke olarak, 8. maddeden kaynaklanan yükümlölüklerle uyumlu olarak değerlendirilebilir. Bunun için babalık DNA testleriyle tespit edilemiyorsa, soy bağını öğrenmeye çalışan kişinin menfaati korunmalıdır. Nisbilik ilkesi, söz konusu sistemin, baba olduğu iddia edilen kişinin itirazından bazı sonuçlara varmasını ve babalık davasında ivedilikle karar vermesini şart koşmaktadır (Mikulic kararı ř 64). Halbuki bu olayda söz konusu durum gerçekteşmemiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi, Emrah İpek’i davayı engellemekten alıkoyacak elverişli idari önlemler alamamıştır. Mahkeme, belirgin verilerin, özellikle de tanıkların ve Emrah İpek’in %99,77 oranında baba olduğunu tespit eden ilk muayene raporunun değerlendirilmesi yoluyla takdir yetkisini kullanarak, babalık sorununu çözmeyi başaramamıştır”, şeklinde görüş belirtmiştir.

6) *Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınma (CMK 76/4).*

Diğer kişiler açısından “tanıklıktan çekinme sebebi” varsa, bunlar muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınabilirler (CMK 76/4). Değişiklik öncesinde üçüncü fıkrada yer alan bu düzenlemede “beden” kelimesi kullanılmıştı.

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.

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 hakim karar verir (CMK 76/4). 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 hak-

kını 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 hakim veya mahkemede olması daha yerinde bir düzenleme olacaktır.

*7) Kadının muayenesi (CMK 77).*

Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Maddede vücuttan örnek alma konusu düzenlenmediğinden, bir kadının vücutundan erkek bir kolluk görevlisinin örnek alıp alamayacağı konusu cevapsız kalmıştır. Alman hukukunda beden muayenesinin kişinin utanç duygularını ihlal ettiği durumlarda aynı cinsiyetten bir hekim veya kişi tarafından yapılması gerektiği belirtilmektedir.

*8) Moleküler genetik incelemeler ve DNA veri tabanları (CMK 78).*

Moleküler genetik incelemeler, “kişisel veri hukuku” ile yakından ilgilidir. Bir insanın DNA’sının incelenmesi, o kişi ile bağlantılı bütün bilgilerin ortaya çıkmasına neden olur.

Bilim ve teknikteki gelişme ile ortaya çıkan DNA analizleri metodu, insan vücutundan 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.

Ceza Muhakemesi Kanunu şüpheli veya sanığın vücutundan kan (veya

“cinsel salgı! 2005–5353 ile kaldırıldı) gibi biyolojik örnekler alınmasına hakim veya mahkeme tarafından karar verildiği durumlarda izin vermiştir (CMK 75/1).

Hakimin vücuttan biyolojik örnekler alınmasına karar verebilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemde bulunması gerekmekte, hakime de resen karar verme yetkisi tanınmış bulunmaktadır.

Kanunun 75 ve 76. maddeleri uyarınca hakim 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 izlemeye olduğu gibi, moleküler genetik incelemelerin yapılması için de “ikincillik kuralını” benimsemiş, başka türlü delil elde etmek imkanı varsa bu yeni ve modern tedbirlerin uygulanmasını kabul etmemiştir.

Burada da “zorunluluk” ilkesi öngörölmüştür. Bulguların kime ait olduğunun tespiti için zorunlu olan hallerde moleküler genetik inceleme yapılabilecektir.

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 hakim kararı alınması mecburidir (CMK 76/2, HMK 292).

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 hakim kararı öngörölmüştür (CMK 78/1). Bu demektir ki, DNA analizlerinin yapılabilmesi için önce beden dokusu veya sıvısının alınması için bir hakim kararı verilecek, daha sonra da, bu örnek üzerinde DNA analizi yapmak üzere ikinci bir hakim kararı verilecektir.

Burada “sadece hakim” yetkili kılınmış olup, savcıya emir verme yetkisi tanınmamıştır.

Kanun fizik kimliğin tespiti bakımından iki yıldan fazla hapsi gerektiren

suçlardan dolayı zorunlu olan durumlarda savcı emri veya hakim 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 eksikliktir. Modern ceza usul kanunlarının kabul ettiği bu yöntemden Türkiye'nin mahrum olması doğru olmamıştır.

Türk kolluğu da DNA analizi yaparak delil toplamaktadır. Yargıtay 10 uncu 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.

Rıza ile kan alma: Şüpheli rıza gösterirse hakim kararı olmadan kan ve diğer vücut sıvıları alınabilmelidir. 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 kullanılabilmesi, şüpheliye bildirilmelidir. Şüphelinin rızası, diğer bütün tıbbi müdahalelerde aranan ölçüde, “genel” bir rızadır. Ancak Türk hukuku şüpheli/sanığın rızası ile kan ve diğer vücut sıvılarının alınmasını kabul etmemiştir.

Alman Hukuku, rıza olmadan tıbbi müdahalede bulunan doktoru cezalandıran StGB 223 maddeyi burada da uygulamaktadır.

DNA profilinin çıkarılması amacı ile hakim kararı ile kan alındığı istisnai durumlarda, şüpheli rıza göstermese dahi, kanı alınabilir.

Şüphelenilmeyen kişilerin de DNA ve Parmak izlerinin alınması mümkündür.

Maddede sadece hakim yetkili kılınmış olup savcıya emir verme yetkisi tanınmamıştır. Hakimin DNA incelemesi (moleküler genetik inceleme) yapılması kararında inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilecektir. Bilirkişinin soruşturmayı yürüten makama mensup olmaması kuralı konmuştur. Bilirkişi makamının soruşturma ve kovuşturmayı yürüten daireden teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birime mensup olan kişilerden seçilmesi mecburidir. Bilirkişinin “tarafsızlığı” aslında CMK 64/3 ile düzenlenmiştir: “Kamu görevlisi bilirkişiler, bağlı oldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar.

Kanun DNA analizlerinin sonuçları hakkında gizlilik kuralını kabul etmiş fakat ön tedbir olarak da, bilirkişinin dahi kimin vücut örneğini incelediğini bilmemesini temin 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.

Ceza Muhakemesi Kanununun 80 inci maddesi uyarınca, beden muayenesi ve genetik incelemeler sonucu alınan örnekler üzerinde yapılan incele-

me sonuçları kişisel veri niteliğinde olup başka bir amaçla kullanılamaz. Aynı maddenin 2 inci fıkrası uyarınca, bu bilgiler kovuşturmaya 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. fıkrasındaki “bu bilgiler” ibaresi ile kastedilenin ne olduğu konusunda değişik yorumlar vardır. Kanaatimizce CMK'nun 80/2 inci fıkrası, 1. 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. Bu hükümlerin Avrupa Bio–Tıp Sözleşmesine uygunluğu tartışmalıdır.

Genetik inceleme sonuçları gizli olup bu bilgiler kullanılmayacaksa derhal yok edilir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip, kesinleşince, bu kişisel verilerin Cumhuriyet savcısı huzurunda derhal yok edilmesi mecburidir.

Bu tür sonuçların başka amaçla kullanılması, bir başkasına verilmesi yasaklanmıştır. Bu yasağa aykırı davrananlar bakımından (soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu) isnad edilebilecektir (TCK 285).

Şüpheliden CMK 75 uyarınca hakim 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.

Bilimsel ve teknik incelemelerin yapılması için şüpheliden vücut örnekleri alınırken müdafinin 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 ileri sürülmesi mümkündür, hatta şüphelinin kendi uzmanını görevlendirmesi de sözkonusu olabilir (CMK 67/6).

9) *Fizik kimliğin tespiti (CMK 81).*

a) *Kavram.*

Fizik kimliğin tespitini dzenleyen CMK 81 kimliği belli olmayan ağır suç faili ile ilgili ayrı bir dzenlemedir. Ceza Muhakemesi Kanununun dzenlediği tespit işlemlerinin amacı ileride aynı kişinin yeniden teşhis edilmesinden ibarettir. Amaç farklı olduğu için farklı dzenleme yapılması mümkündür. Ceza Muhakemesi Kanunu ile PVSK'daki hükümlerin hukuk sistemi içerisinde birbirleriyle uyumlu olmaları gerekir. Alman Polis Kanunları rnek alınarak kolluğun kişisel verileri kayıt altına alma yetkileri yeniden dzenlenmelidir.

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 tesbiti demektir (CMK “2005–5353” 81/1).

CMK fizik kimliğin tespit edilmesi için iki koşul öngörmüştür: şüpheli veya sanığa isnad edilen suçun st sınırının iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmesi gereklidir ve 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.

Fizik kimliğin tespiti kararını Cumhuriyet savcısı veya hakim verebiliyordu. 2005–5353 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikle yetki sadece Cumhuriyet savcısına verildi, hakim kartıldı (CMK “2005–5353” 81/1). Bu yetki kolluğa verilmemiştir.

b) *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 so-ruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi halinde bu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu konuda bir tutanak dzenlenir (CMK “2005–5353” 81/2).



Polis tarafından kayda alınan parmak izi ve fotoğraflardaki silme ise farklı kurallara bağlıdır (PVSŞ 5/10). CMŞ 81 ve CGİK 21 uyarınca yapılan kayıtlar da AFİS’e kaydolunacağı için (PVSŞ 5/4), bunlar CMŞ 81 uyarınca silinse bile PVSŞ 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.

*c) Teşhise yarayan kayıtlar.*

Şüpheli veya sanığın yeniden teşhisini kolaylaştıracak özelliklerinin kayda alınması sözkonusudur. 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. Yeniden teşhis etmek amacıyla bir kişinin kimlik bilgilerinin bu şekilde 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).

*10) Parmak izinin kayda alınması (PVSŞ 5).*

*a) Kavram.*

Bir insanın parmak izi başkasınıninkine benzemez, değişmez, değiştirilemez. Parmak izi bu özellikleri nedeniyle kişilerin tekrar teşhis edilmesine yarar. Parmak izi bir nevi hüviyet tespitidir.

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 özđu sisteme (AFİS) kaydedilerek saklanır. Ancak parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez (PVSŞ 5/2).

*b) Parmak izleri kayıt altına alınabilen kişiler.*

Parmak izi kişisel veri olduğu için sadece kanunla verilen özel yetki üzerine tespit edilebilir ve kayda alınabilir. Kanun (PVSŞ 5/1) sınırlı yetki yaratmış ve şu hallerde önleme yetkisi ve adli yetki ile parmak izi alma

imkanı sağlamıştır. Kanunların yetki verdiği durumlar dışında hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir (TCK 135/1).

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).

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).

İşlenmiş olan bir suç ile bağlantılı olarak yapılan parmak izi tespiti ve kayda alma adli görev ile yapıldığı için ne yazık ki, polisin kendiliğinden yapabileceği bir işlem değildir. Adli görev ile parmak izi kaydı alınması için genel kural (CMK 160) uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından yazılı emir verilmiş olması gerekir.

Polis Cumhuriyet savcısı tarafından verilen emir üzerine, aşağdaki hallerde suç ile bağlantılı parmak izi kaydı alabilir. İlk hal, gözaltına alınan kişilerdir (PVSK 5/1–e). Gözaltına alma Cumhuriyet savcısının kararı ile (CMK 91/2) olduğu için, parmak izi alma bakımından da emir verilmesi

gerekecektir. Olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleri kayıt altına alınabilir. Bunlar konutta ise hakim vereceği arama kararı, aleni yerlerde ise Cumhuriyet 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. “Fizik kimliğin tespiti“ durumu (CMK 81) ile hükümlünün parmak izinin ve fotoğrafının alınması (CGİK 21) da yetki dahilindedir.

Gerek önleyici ve gerekse adli görevle yapılan parmak izi ve fotoğraf kayıtları özgü sisteme kaydedilerek saklanır.

*c) Sistemde yer alan parmak izi kayıtlarının 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.

Kanun özgü sisteme kayıt edilmiş 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, Cumhuriyet savcısının yazılı emrini almak zorundadırlar. İlk istisna kimlik tespiti yapmaktır. İkinci istisna ise olay yerinden Cumhuriyet 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.

Geriyeye altıncı fıkrada geçen “suçun önlenmesi” amacıyla sistemdeki kişisel verilerle bağlantı kurmanın doğrudan mı, yoksa bir makamın emri ile mi olacağı kalmaktadır. Suç öncesi alanda Cumhuriyet savcısı bulunmadığı için burada Cumhuriyet 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. Keyfiligi 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.

Yukarıdaki haller dışında sistemdeki verileri mahkeme, hakim, Cumhuriyet savcısı ve onun emri ile kolluk yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturma kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla kullanılabilirler.

*ç) Sisteme kayıtlı olan parmak izlerinin ve fotoğrafların silinmesi.*

Özgülü 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).

*d) 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 kayıt edilirler (PVSK 5/5).

*e) 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. Mevzuatımız polise belli hallerde, belli kişilerin parmak izini almak

ve fotoğrafını çekmek yetkisini (PVSK 5) vermektedir. 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.

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 ahlâk ile ilgili konular olmak üzere dört 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 mal aleyhine cürüm işlediğinden şüphelenilen sanıklar, kaçakçılık suçundan sanık olanlarla mahkûmların parmak izi veya resmî polis ve jandarma tarafından tahkikat evrakıyla birlikte veya doğrudan gönderilirse alınabilir. Diğer taraftan savcılıklar ve adlî ve askerî mahkemelerin, parmak izlerinin veya fotoğraflarının alınmasına lüzum gösterdikleri kişilerin kimliği bu yolla tespit edilebilir (PVST 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 aşığıdaki sebeplerle göç ettirilenlerin kimlikleri

tespit edilebilir. Örneğin, 3236 Sayılı Kanuna göre, kan gütme nedeniyle işlenen adam öldürme suçlarının failleri ve hısımları savcılığın talebi ve ağır ceza mahkemesi 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 yerleştiren kişilerin kimlikleri parmak izi almak ve fotoğraf çekmek suretiyle tespit edilebilir. Kimlikleri Belirlenemeyenler: Polis Vazife ve Salâhiyetleri Tüzüğünün 5. maddesine göre, kimliklerini inanılır belge, kağıt ve kişilerce ispat edemeyenlerin veya nüfusa kayıtlı olup olmadıkları belirlenemeyen kişilerin kimliği tespit edilebilir. Diğer taraftan kimliği belirsiz ölülerin kimliğinin belirlenmesi amacıyla parmak izi alınabilir ve resmi çektirilebilir. 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 (PVST 7).

Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girince uygulamada bocalama yaşandı ve PVSK-CMK ayırımına dikkat edilmeden mevcut parmak izi kayıtlarının silinmesi yoluna gidilmeye başlandı. Biz bu yetkinin farklı olduğu bütün suçlar bakımından gerekli olduğu görüşünde idik. Sonuçta PVSK konuya açıklık getirdi ve 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanununun 81. maddesinin ayrı bir hüküm olduğunu PVSK da açıkça belirtti (PVSK 5/4).

CMK 81/1 deki şartları taşımayan veya ikinci fıkra uyarınca verilmiş bir karar varsa kayıtların yok edilmesi, yok edilmemesi durumunda, bu bilgiler ceza yargılamasında delil niteliği taşımaz. Önleyici hizmetlerde kulla-

nılabilecek olan bu değerli bilgilerin “imha” edilmesi değil, yetkisiz kişilerce okunmaması sağlanmalıdır.

*11) Ölüünün kimliğini belirleme (CMK 86).*

Adlî muayene denilen “ölünün hâkim tarafından muayenesi” de bir çeşit keşittir. Keşitfe dair normlar burada da uygulanır. Bu muayene iki çeşittir: Birincisi “adlî muayene” diye adlandırılan ve hekim tarafından Cumhuriyet savcısı huzuru ile yapılan dış muayene’dir. Bu muayenede ölünün kimliği, ölüm zamanı ve ölüm sebebini tayin için haricî bulgular, tıbbi belirtiler tespit edilir. Ancak tıbbi belirtiler ölüm sebebini tam olarak göstermeyeceğinden, otopsi de yapılmalıdır.

Otopsi yapılmadan önce mani 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.

*12) Otopsi (CMK 89).*

Ölünün muayenesinin ikinci çeşidi olan otopsi cesedin hem dışarıdan hem iğerden muayenesidir. Ceza Muhakemesi Kanunu otopsinin savcı huzurunda yapılmasını tercih etmişitir. Otopside Cumhuriyet savcısı hazır bulunur, savcı dışında, biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğer dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır. Kovuşturma evresinde otopsi kararı mahkemece, soruşturma evresinde savcılıkça verilir.

Raporda açıkça belirtilecek zaruret halinde, bir hekim tarafından da yapılabilir. Müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir.

Ölen kimseyi son hastalığında tedavi eden hekimin otopsi yapması yastaktır. Bununla beraber bu hekim, hastalığın seyri hakkında bilgi vermek üzere otopside hazır bulunmaya davet olunabilir.

Gömülen ölünün dıştan muayenesine veya otopsisine lüzum görülürse cesedin mezardan çıkarılmasına (feth-i kabir) soruşturma evresinde savcılık, kovuşturma evresinde mahkeme karar verir. Mezar açma kararı araştırmanın amacını tehlikeye dışürmeyecekse ve ulaşılması zor değilse ölünün bir yakınına derhal bildirilir. Otopsi yapılırken cesedin görüntüleri

kayda alınır. Adam öldürme olaylarının hepsinde otopsi kaide olarak yapılmalıdır, zira belli kabul edilen sebebin değişmesi ihtimali daima vardır. Otopsi sonucunda ölüm nedeni açıklanmalı, birden çok neden varsa hangisinin ölüme yolaçtığı belirtilmelidir.

Otopsi ölünün durumu müsait oldukça, mutlaka baş, göğüs ve karnın açılmasını gerektirir (CMK 87/2). Otopsi tutanağının her sayfası C. savcısı, zabıt katibi ve bilirkişi tarafından imzalanmalıdır.

*13) Yeni doğanın cesedinin adli muayenesi (CMK 88).*

Yeni doğanın cesedi üzerinde adli muayene veya otopside doğum sırasında veya doğumdan sonra yaşam bulgularının varlığı ve olağan süresinde doğup doğmadığı ve biyolojik olarak yaşamını rahim dışında sürdürebilecek kadar olgunlaşmış olup olmadığı veya yaşama yeteneği bulunup bulunmadığı saptanır.

Otopsi bilhassa ölüm sebebinin tayini için yapılır. Yeni doğmuş çocuğun otopsisinde, bilhassa doğumu müteakip yahut doğum sırasında çocuğun yaşayıp yaşamadığı, ne kadar süre ile yaşadığı, vaktinde doğup doğmadığı, yahut vakitsiz doğmuşsa yaşayabilecek bir halde olup olmadığı araştırılacaktır.

*14) Zehirlenme şüphesi (CMK 89).*

Zehirlenme şüphesinin bulunduğu hallerde yapılan otopsilerde ölünün organlarından parça alınarak incelettirilmesi gerekmektedir. şayet parça alınırken organda bir tahribat olduğu görülürse, bu tahribatta tanımlanmalıdır. Alınan organ parçaları gibi ölüde veya başka yerlerde bulunan şüpheli maddelerde alınarak uzmanına incelettirilir. Bu inceleme Adli Tıp Kurumuna yaptırılabilir. Cumhuriyet savcısı veya mahkeme bu incelemenin bir hekimin katılımıyla ya da hekimin yönetiminde yapılmasına karar verebilir.

Farklı organlardan alınan parçalar bozulmaması, karışmaması için farklı kaplara konulur. Organların konulduğu kaplar mühürlenir.



## § 25– KOVUŞTURMAYA YER OLMADIğINA DAİR KARAR ve İTİRAZ

### I– Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar.

#### 1) Soruşturmasının sona ermesi.

Soruşturma evresi suç işlendiği izlenimi veren halin օđrenilmesi ile başlar ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı (CMK 172) verilmesine veya iddanamenin kabul edilmesine kadar devam eder.

Kamu davasının ağılması iđin yeterli Őphe oluŐturacak delil elde edilmemiŐ olduğu iđin iddianame dūzenlenmeyeceđi anlaŐılırsa, Cumhuriyet savcısı “kovuŐturmaya yer olmadığına” karar verir. Mesela, muhakeme Őartının gerđekleŐme imkanı bulunmadığı iđin kovuŐturma olanağı bulunmadığı anlaŐılırsa, aynı karar verilir (CMK 172/1).

Fakat tersi olur ve baŐlangıđtaki, ŐpHELİNİN “suđ iŐlediđi hakkındaki izlenim“ (CMK 160), yapılan araŐtırmalarla desteklenir ve yođunlaŐırsa, sıra kamu davası ağmak iđin iddianame dūzenlemeye gelir.

#### 2) Maddi mesele bakımından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar.

Kanun savcının kamu davası ağmaması için iki temel neden gօstermiŐtir: a) maddi mesele bakımından: yeterli Őphe oluşturacak delil elde edilememesi, b) kovuşturma olanağının bulunmaması (CMK 172/1).

Failin meçhul kalması hali dışında kovuşturmaya yer olmadığı kararı, maddi mesele bakımından, hukuki mesele bakımından, kamu davasının takdiriliği sisteminin uygulandığı hallerde ve kovuşturma yabancı devlete aktarılırsa verilebilir.

Fiilin suđ teŐkil etmediği henūz hazırlık soruŐturması sırasında anlaŐılabılır. Yetkili makamlara duyurulan suđ haberinin asılsız olduğu anlaŐılmıŐ, baŐka bir deyiŐle “yeterli Őphe sebebi” bulunamamıŐ olabilir.

Savcı soruŐturma evresinin sonunda mūtalaasını hazırlarken takdir yetkisine sahiptir. Savcının bu takdi yetkisi ũe ayrılmaktadır: a) SoruŐturma evresinde elde edilen Őphe sebeplerinin kamu davası ağmak iđin “yeterli Őphe oluŐturacak delil” olup olmadığını takdir, b) Kamu davası ağmada

kamu yararı bulunup bulunmadığını takdir, c) Soruşturma konusu olayda suç unsuru olup olmadığını takdir.

*3) Hukuki mesele bakımından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar.*

Örneğin ceza muhakemesi şartının gerçekleşmemesi bu kararın verilebileceği hallerden biridir. Ceza muhakemesi şartının gerçekleşmeyeceği anlaşılmışsa 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) verilir.

Bunun dışında fiilin suç olmaktan çıkması veya diğer düşme sebeplerinin (TCK 64 vd) gerçekleşmesi de kovuşturma olanağını ortadan kaldıran nedenlerdir.

*4) Takdirilik sistemi kapsamında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar.*

Kanunun kamu davası açmada Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi verdiği hallerde (CMK 171/1 ve 2 vd), kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilebilir.

*5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesi sonrasında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar.*

CMK 171/2 ve devamı fıkralar uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verildikten sonra deneme süresi içinde suç işlenmezse kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir.

*6) Uzlaşma gerçekleşince verilen “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar”.*

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.

Ŗüpheli ve mağdur önce uzlaşmayı kabul edip 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).

7) *Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın bildirilmesi.*

Suçtan zarar gören kişi ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmış olan Ŗüpheliye bildirilir (CMK 172/1, cü. 2).

Bildirim, kararı veren Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Kararda itiraz hakkı süresi ve mercii gösterilecektir (CMK 172/1).

Kovuşturma evresindeki tebligat bakımından ise CMK sistemi değiştirmış ve mülga kanundaki Cumhuriyet savcısına verilmiş bulunan tebliğ veya infaz yetkisinin tebliğ kısmını mahkeme başkanı veya hakime devretmiştir (CMK 36/1). İnfaz edilecek kararların Cumhuriyet başsavcılığına verilmesi benimsenmiştir (CMK 36/2).

8) *Kararın kesin hüküm etkisi.*

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 açılamaz (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.

**II– “Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara” itiraz.**

1) *Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına itiraz.*

Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine itiraz edebilir (CMK “2014–6545” 173/1).

Bu konudaki yasal düzenleme son zamanlarda iki kez değiştirilmiştir. İtiraz önce en yakın ağır ceza mahkemesi başkanlığına yapılıyordu. Ya-

pılan değişiklikle, ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi hükmü getirildi. En sonunda da sulh ceza hakimliği yetkili kılındı.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın ortadan kaldırılması için yapılan başvurma, bir uyuşmazlığın çözülmesi için yargılama makamına müracaat olduğundan, bir “davadır” ve talî ceza davalarından biridir. Bu nedenle, “kovuşturma davası” denilmeli idi. Kanun hatalı olarak “itiraz” adını vermiştir. İtiraz bir kanun yolu davasıdır, yani ikinci bir dava olup daha önce bir yargılama makamının karar vermesini ve bunun için de birinci davanın açılmasını gerektirir. Halbuki burada daha önce karar veren savcılık, yargılama makamı değildir. Daha önce aynı konuda bir başka dava açılmamıştır. İlk defa yargılama makamına başvurulmaktadır. Kanunda “itiraz” adı verilen bu davaya “kovuşturma davası” adını veriyoruz.

Uzlaşmaya tabi suçlarda, uzlaşma yolu denenmeden verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararı da itiraz edilebilen kararlardandır. Mesela takirle yaralama suçundan dolayı Karacabey Cumhuriyet Başsavcılığı kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz üzerine, Yalova Ağır Ceza Mahkemesi, “ilgili Cumhuriyet 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 (2014 değişikliğinden sonra, o yer Cumhuriyet Başsavcılığından istenmektedir), 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 kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilemeyeceği gerekçesi ile istemi kabul etmemiştir.

Hemen her ihbarın altında kovuşturma isteği yatar. Fakat ihbar dilekçesi verenin, kamu davası açılmasını açıkça istemesi de mümkündür. Bu takdirde kamu davası açılmadığında savcı bunu “suçtan zarar görene” bildirecektir (CMK 172/1).

Kanuna uygun yakalandıktan ve tutuklandıktan sonra mahkemece bera-

at ettirilen veya kovuşturma açılmayan kişi tazminat isteyebilir. 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” süre ile olsa dahi özgürlüğü kısıtlanmış olursa tazminata hak kazanır.

### *2) Suçtan zarar görenin itiraz yetkisi.*

Suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheli kovuşturmaya yer olmadığı kararı bildirilir (CMK 172/1), fakat sadece Suçtan zarar gören bu karara itiraz edebilir (CMK 173/1).

Mülga Kanuna göre, ceza davası açılması için savcılığa dilekçe vermiş olan kimse, aynı zamanda suçtan zarar gören kimse ise kovuşturmama veya kovuşturmaya sonverme kararnamesinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde bu kararı veren savcının mensup bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesinin başkanlığına başvurulabiliyordu (CMUK “1985-3206” 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.

### *3) şüphelinin itiraz etme yetkisi sorunu.*

şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilirse, bu işlem şüphelinin lehinedir. Bu nedenle Kanun şüpheliye itiraz yetkisi vermemiştir. Beraat kararını sanığın temyiz edememesi gibi, kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı da şüpheli itiraz edemez. Ceza Genel Kurulunun 12.4.2011 tarih ve 54 karar sayılı kararında bu görüş kabul edilmiştir.

Fakat suç işlememiş olan bir kişinin şüpheli sıfatı ile soruşturulduktan sonra fiilinin suç teşkil ettiği ama mesela zamanaşımının dolduğu gerekçesi ile kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilirse, kararın gerekçesinden zarar gördüğu kabul edilerek, bu karara itiraz etme yetkisi tanınabilir. Nitekim Yargıtay içtihadı da beraat kararının gerekçesinden zarar gördüğu iddiası ile şüphelinin beraat kararını temyiz etmesi kabul edilmiştir.

## 4) Şüphelinin hukuki konumu.

Ferde kovuşturma davası açma yetkisinin verilmesi şüpheliye suç isnat etmesinin kabulü demek olduğuna göre, bizce şüpheli kişi, bu davanın açılması ile mülga şahsî davada olduğu gibi sanık durumuna girer.

Savcı kamu faydası görmemişse kamu davası açmaz. Kamu davası açması istendiği halde açmamışsa, kamu davası açılmasına yer olmadığı kararını yani kovuşturamama kararını vermiş demektir.

## 5) İtiraz yöntemi (CMK 173/2).

Dava dilekçesinde davanın dayanakları, yani davanın açılmasını haklı gösterecek sebepler beyan edilir, olaylar ve deliller belirtilir (CMK 173/2).

Ceza Muhakemesi Kanunu haksız yere itiraz edeni giderlere mahkum etmeyi kabul etti ise de (CMUK 173/3), teminat yatırmayı kabul etmemiştir.

## 6) İncelemenin yapılması (CMK 173/3).

Sulh ceza hakimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığında talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkum eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir (CMK “2014–6545” 173/3).<sup>98</sup>

## 7) Verilebilen kararlar.

Duruşmasız yapılan muhakeme sonunda kamu davasının açılması için yeter sebep bulunmazsa, sulh ceza hakimliği davayı reddeder ve keyfiyeti itiraz edene ve şüpheliye bildirir (CMK “2014–6545” 173/3).

<sup>98</sup> Değişiklik öncesi metne göre, başkan dosyayı getirebilir ve bir diyeceği varsa bildirmesi için bir süre tayin ederek dilekçeyi sanığa tebliğ edebilir. Başkan kararını vermek için soruşturma işlemlerine lüzum görürse, hangi husus hakkında soruşturma yapılmasını istediğini bildirerek, o yer sulh ceza hakimini buna memur edebiliyordu (CMK “2005-5353” 173/3). Yargıtay soruşturmanın genişletilmesine gerek duyulması halinde öncelikle bu eksik işlemler yaptırılıp sonucuna göre itirazın kabulüne veya reddine karar verilmesi gerekirken itirazın kabulü ile takipsizlik kararının kaldırılmasına karar verildikten sonra soruşturmanın genişletilmesi için nöbetçi sulh ceza hakiminin görevlendirilmesi hukuka aykırı bulunuyordu (2 CD. 2006/10194-20391, 18.12.2006). (9 CD. 2008/6291-7456, 9.6.2008, CMK 173/3 hükmü karşısında, soruşturma eksikliklerinin C. Başsavcılığına tamamlattırılmasına karar verilmesi doğru değildir; aynı doğrultuda 8 CD. 2008/6629-5420, 12.5.2008).

Bu red kararı bir yargı niteliğindedir, zira yeni deliller ve yeni olaylar olmadıkça ve önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan sulh ceza hakimliğinin bu hususta kararı yoksa (CMK “2014–6545” 173/6) kamu davası açılmaz.

Sulh ceza hakimliği davayı haklı bulursa kamu davasının açılmasına karar verir. Savcı bu kararı yerine getirmeye yani davayı açmaya mecburdur. Bu mecburiyet iddianame vermekle yerine getirilir (CMK “2014–6545” 173/4). Savcının mecburiyeti davayı açmakla sona erer. Bundan sonraki mütalaalarında serbest olacağı şüphesizdir.

“Sulh ceza hakimliğinin 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 (8 CD. 17.1.2005 K. 3.). Ceza Muhakemesi Kanununun sisteminde iddianame düzenlendikten sonra esasa bakacak olan mahkemenin iddianamenin kabulü veya iadesi kararı verme hakkı vardır (CMK 175).

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 karar vermedikçe aynı konuda yeni bir dava açılmıyorsa, davanın açılması yönünde verdiği kararın da otoritesi kabul edilmelidir.

#### 8) *Takdirilik sistemi (CMK 173/5).*

Takdirilik sisteminin geçerli olduğu halde (CMK 171/1) kovuşturma davası açılmaz.

### **III– Muhakemenin dirilmesi.**

#### 1) *Kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sona eren muhakemenin dirilmesi (CMK 172/2).*

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz (CMK 172/3).

Kanun kovuşturmaya yer olmadığı kararına kesin hüküm etkisi tanımış ve bir nevi yargılamanın yenilenmesi (muhakemenin dirilmesi) yolu tanımıştır: İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararı ile etkin soruştur-

ma yapılmadan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği tespit edilirse, üç ay içinde istenmesi durumunda, yeniden soruşturma açılması mecburiyeti öngörölmüştür (CMK “2013–6459” 172/3).

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 davası açmak demektir.

Muhakemenin dirilmesi davası ile ancak soruşturma evresinde verilen ve uyuşmazlığı dolayısı ile halleden yargılarda hata olduğu iddia edilebileceğinden, bu yol kanunumuza göre Savcının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına (kovuşturmama veya kovuşturmaya son verme kararnamelelerine) karşı açılan kovuşturma davasında verilen davanın reddi kararı (CMK 173) açısından söz konusu olur.

Muhakemenin dirilmesi davası, 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.

2) *Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazın sulh ceza hakimliğince incelenmesi ile sona eren muhakemenin dirilmesi (CMK 173/6).*

Ceza Muhakemesi Kanununa göre, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra aynı fiilden dolayı kamu davası açılması yasaktır; sadece “yeni delil” meydana çıktığı durumlarda kamu davası açılabilir (CMK 172/2).

“Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara” sulh ceza hakimliğine yapılan itiraz reddedilirse, Cumhuriyet savcısının yeni delile dayanarak kamu davası açabilmesi için “önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan sulh ceza hakimliğinin bu hususta karar” vermesi gerekir (CMK “2014–6545” 173/6). Buna “muhakemenin dirilmesi” adını veriyoruz.

Kanun sadece kovuşturma evresindeki yargılardan sonra yeni delil veya olay çıkmasını düzenlemiş ve bu olağanüstü kanun yoluna “muhakemenin yenilenmesi (iadesi)” adını vermiştir. Önsoruşturmadaki yargılardan (CMK 173/6) sonra yeni delil veya olay meydana çıkması öngörölmüş fakat ne yapılacağı gösterilmemişti. Biz bunu “muhakemenin dirilmesi” dediğimiz



bir kanun yolu olarak düzenlemeye çalışmıştık.

3) *Etkin soruşturma yapılmaması üzerine yeniden soruşturma açılması (CMK 172/3).*

2013 yılında 6459 sayılı Kanun ile CMK 172 ye eklenen 3 üncü fıkra ile etkin soruşturma yapılmadan verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları üzerine AİHM tarafından ihlal kararı verildiğinde yeniden soruşturma açılması sağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin etkin soruşturma yapılmadığını tespit eden ihlal kararı verdiği hallerde, bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde talep edilmesi durumunda otomatik olarak kovuşturmaya yer olmadığı kararının kalkması hükme bağlanmıştır (CMK “2013–6459” 172/3).

## § 26- KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİRİLİK SİSTEMİ

### I– Kamu davası açmada mecburilik ve takdirilik sistemleri.

Asıl ceza muhakemesi suç işlenip işlenmediğini araştırma, işlenmiş ise kanunî neticeleri tayin 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. Kovuşturmanın kamu yararına olması başka şey, kamu yararını davacı durumundaki savcının belirlemesi yine başka şeydir. Kamu yararını kanunkoyucunun görüp savcayı kovuşturma yapmaya mecbur tutması mümkündür. Nitekim bizde kural bu yoldadır.

Kamu davasının mecburiliği ilkesinin, yasa ile düzenlenen sınırlamaları (CMK 171) ve şikayet veya izne bağlı suçlarda olduğu gibi istisnaları vardır. Kanundaki ilk istisna, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebi olarak öngörölmüştür (CMK 171/1). İkinci istisna grubu ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/2 vd) kurumudur. Uzlaşma (CMK 253) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK 231/5) da istisnalar arasında sayılabilir.

Kovuşturmanın kamu yararına olması, bazı hallerde kovuşturma şartına bağlı tutulmasına da engel değildir. Örneğin şikayet şartının kabul edilmiş olması, kovuşturma şartına yapılmadığı anlamına gelmez. Şikayet suçtan zarar görenlerin zararını artırmamaktaki toplumsal fayda ile kabul edilmiştir. Şikayet şartı gerçekleşince, kovuşturma yine kamu yararına açılacaktır.

Kovuşturma kamu yararına dayandığından, ceza davasını açmakla görevli resmî makamların kendiliklerinden (re'sen), yani haricî bir tahrike lüzum olmadan dava açmaları gerektirir. Gerçekten ceza davasını açmakla görevlendirdiğimiz makam bunun için başka bir iradenin izharını beklerse görevini yapamaz. Ancak bazı hallerde, savcının davayı kendiliğinden açamaması kamu yararına daha uygun olabilir. Bazı suçlardan dolayı kovuşturma doğrudan doğruya yapılmaması ve kovuşturma, talep, şikayet, izin gibi şartlara bağlı tutulması bu yüzdendir. Bu istisnalarda da bir maslahata uygunluk aranmaktadır. Ancak bu geniş manadadır. Zira dar manada maslahata uygunluk takdiri sadece savcı bakımındandır.

Kovuşturmanın kamu yararına olması, bazı hallerde kovuşturma şartına bağlı tutulmasına da engel değildir. Görevi ceza davasını açmak olan makamlar ceza davasını açmaya mecbur oldukları gibi, bu davayı yürütmeye de mecburdurlar, yani kamu davasını geri alamazlar. Ancak “uzlaşma” (CMK 253), “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” (CMK 171/2, ÇKK 19) ve “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” (CMK 231, ÇKK 23) kurumları ile bu ilkeye istisnalar getirmiştir.

Takdirilik veya maslahata uygunluk sistemi cezanın suçluya uydurulması tedbirleri gibi ileri bir sistemdir. Bu sistemin demokratik anlayış içinde kabulünün imkansız olduğu tezini, Anglosakson ve Kuzey Devletleri ile Fransa'da uygulanmakta oluşu çürütmektedir. Suçların sayısının artması karşısında hafifleri ile mahkemeleri uğraştırmamak gibi faydası da vardır.

## **II – Cumhuriyet savcısının kamu davası açmada takdir yetkisi (CMK 171/1).**

### *1) Kovuşturma mecburiyetinin istisnaları.*

Ceza Muhakemesi Kanununun ilk kabul edilen şeklindeki sisteme göre,

“cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların” ya da “şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde” Cumhuriyet savcısı kamu davası açmamak konusunda takdir yetkisi kullanabiliyordu (CMK 171).

Madde tek fıkralı idi ve i) Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı halinde (mesela rüşvette TCK 254), Cumhuriyet savcısı kamu davası açmayabiliyordu: ii) Ceza Kanununda öngörülen şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde (TCK 167) kamu davası açılmayabiliyordu.

Daha sonra 2006–5560 sayılı Kanun ile CMK 171 in hem birinci fıkrasının cümle yapısı değiştirildi, hem de eklenen fıkralar ile “kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu” kabul edilerek, bunun içine gerçek takdirilik sistemi (yani kamu yararı bulunup bulunmadığının savcı tarafından takdir edilmesi) yerleştirildi. CMK 171/1 deki diğer değişiklikler ile “cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık” yerine, “cezayı kaldıran 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 (mahkum olmamamış 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 kabul edildi (CMK “2006–5560” 171/3–c).

Benzer bir kurum olan ve 2006 yılında aynı kanun ile eklenen “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” için Kanun hemen hemen aynı koşulları öngörürken, “kamu yararı şartını” buraya eklemedi (CMK “2006–5560” 231/6).

## 2) Kamu yararı şartı (maslahata uygunluk).

Hukukta maslahat, kamu yararı demektir. Bu nedenle maslahata uygunluk şartına “kamu yararı şartı” da diyebiliriz. Kamu davasının açılmasıdaki mecburilik sisteminin karşıtı olan kamu yararı sisteminde, kamu

davasının açılması için kamu yararı aranmaktadır. Kamu yararı kamu davasının görülmesi için de aranabilir. Bu uygunluk, kanunilik de denilen mecburilik sistemi içinde de istisna olarak aranabilir.

Kamu yararını savcı takdir eder. Fakat bununla yetinilmemeli, kaide olarak yargılama makamının denetimi de sağlanmalıdır. Bizde savcılığın kamu yararı görmesinin istisna olarak arandığı hallerde bu nedenle kovuşturamama kararı verilmesi için yargılama makamının rızası aranmamıştı. 2006 değişikliği “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” yetkisinin kullanılabilmesi için birlikte gerçekleşmesini öngördüğü koşullar arasında “kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması” koşulunu (CMK “2006–5560” 171/3) araması ile Türk Hukukuna “kamu yararı bulunması” ceza muhakemesi şartı açıkça girmiştir.

### 3) CMK 171/1 kapsamında savcının takdir yetkisi.

Buradaki ilk hal, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebebidir (CMK 171/1).

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 kovuşturamaya yer olmadığı kararı vermesinde bir sorun ortaya çıkmaktadır. Cumhuriyet savcısı kovuşturamaya yer olmadığı kararı verirse, denetimli serbestlik uygulanması mecburiyeti karşısında, kendisini aşan bir karar verme durumuna girmektedir. Zira hak kısıtlaması getiren denetimli serbestlik, ancak hakim tarafından karara bağlanabilir. Savcı bu kararı da veremeyeceği için TCK 221/5 nedeni ile örgütlü suçlarda CMK 171/1 uygulanamayacaktır. Türkiyede’ki uygulamada “teslim olan örgüt mensupları” hakkında büyük önemi olan bu maddenin, mahkeme tarafından tatbik edilebileceğine dikkat çekmek isteriz.

“Şahsi cezasızlık sebebi“ öngörülen hükümler ise şunlardır: TCK 22/6, 167/1, 273/1, 281/1, 283/3 ve 284/4.

### **III– Kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/2).**

#### *1) CMK 171/2 kapsamındaki takdir yetkisi.*

Kanun iki yönlü bir takdir yetkisi öngörmektedir: önce CMK 171/1 ile “takdirilik sistemi” kabul edilmiş, daha sonra ise CMK “2006–5560” 171/2 ile ise “kamu davasının açılmasının ertelenmesi“ sistemi getirilmiştir.

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 erteleyebilmektedir (CMK 171/2 vd).

#### *2) Yeterli şüphenin varlığı koşulu.*

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi çok sıkı koşullara bağlıdır. Öncelikle şüphelinin yüklenen suçu işlediği konusunda “yeterli şüphe“ (CMK 170) bulunması gerekir.

#### *3) Uzlaşmanın önceliği.*

Uzlaşmaya tabi olan suçlar arasında da şikayete bağlı olanlar bulunduğu için, Kanun uzlaşmaya öncelik tanımış ve yolu denendikten sonra kamu davasının açılmasının ertelenmesi yolunu kabul etmiştir. Eğer uzlaşma gerçekleşir, taraflar bir edim üzerinde anlaşır, edim defaten ödenirse, dava açılmayacak fakat uzlaşma konusu edimin ifa edilmesi ileri bir tarihe bırakılır, takside bağlanır veya süreklilik arzederse, CMK 171/2 deki koşullara bağlı olmaksızın “kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı” verilir (CMK 253/19). Erteleme süresi içinde edim yerine getirilmediği takdirde “kasıtlı suç işleme koşulu“ aranmadan, kamu davası açılacaktır.

Görüldüğu gibi Kanun “uzlaşma” ile “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” arasında bir sıralama öngörmüştür: uzlaşmaya tabi suçlarda önce uzlaşma yolu denenir, bu işlemin başarılı olmaması halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi yoluna sıra gelir.

## 4) CMK 171/3 deki koşullar.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin üçüncü koşulu CMK 171/3 de belirtilen hususların gerçekteşmesidir: şüphelinin daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmiş olmaması, suçtan doğan zararı gidermiş olması, tekrar suç işlemeyeceği konusunda kanaat uyan-dırması ve dava açmamanın “kamu yararına“ olması gereklidir.

2006 yılında eklenen fıkralarla kabul edilen “kamu davasının açılması-nın ertelenmesinin” koşulları (mahkum olmamamış olma, suç işlemekten çekinme kanaati doğması ve zararın tamamen giderilmesi) arasına, diğer-leri ile birlikte gerçekteşmesi gereken “kamu davası açılmasının ertelen-mesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması” (CMK “2006.5560” 171/3-c) şartının yerleştirilmiş olma-sı, Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verirken kullanacağı takdir yetkisi açısından ölçüt vermesi açısından ye-rindedir. Benzer bir kurum olan ve 2006 yılında aynı kanun ile eklenen “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” için Kanunla hemen hemen aynı koşullar (CMK “2006–5560” 231/6) öngörülürken “kamu yararı şar-tının” eklenmediği görülmektedir.

Yukarıdaki bütün koşullar birlikte gerçekteştiği takdirde Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasını 5 yıl süre ile (çocuklarda 3 yıl) erteleyebilir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmaya bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir (CMK 171/5).

## 5) 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 hü-kümleri uyarınca “itiraz“ yoluna gidebilir (CMK 171/2). 2014 yılında yapılan değişiklik doğrultusunda, bu itirazın sulh ceza hakimliğine yöneltilmesi gerekmektedir.

6) *Deneme süresinde verilen kararlar.*

Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturma-ya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez (CMK 171/4).

Şüpheli hakkında yapılan soruşturma sonunda yeterli derecede kuvvetli bir şüphe tablosu ortaya çıkar ve takdirilik nedenleri, uzlaşma gibi olgular da yoksa, sıra Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesine gelir.

## § 27– KAMU DAVASI

### I– Kamu davası kavramı.

Asıl ceza yargılamasının yapılabilmesi için kovuşturma zarurîdir. Bu kovuşturma görevinin Devlet adına yapılmasına Devletin kovuşturmasıdır. Uyuşmazlığın yargılama makamı önüne getirilmesine dava denildiği için, Devletin kovuşturmasına “kamu davası” denilir.

Devlet kovuşturmasına kamu davası denilmesi ceza davasının 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.

Hükmün başına “Türk Milleti adına” verildiği yazıldığı gibi (CMK 232/1), kamu davalarında davacı olarak “Devlet” gösterilmelidir.

Ceza muhakemesinde iddia makamının görevi uyuşmazlığı yargılama makamı önüne getirmek ve orada tutmaktır. Yargılama makamı harekete geçince davacı ile davalı arasında bir dava ilişkisi doğar.

Muhakeme sadece dava açıldığı hallerde yürür: “davasız yargılama olmaz“.

Ceza muhakemesinde kovuşturma, toplumsal ve ferdi iddia makamının şüphesinin kuvvetlenip “sanı“ haline gelmesi üzerine şüphelinin sanık olması ile başlayan ve bu şüphenin yenilmesine kadar devam eden iddia faaliyetidir. Suç işlediğinden şüphelenilen kimsenin “sanık“ olması demek, ona bir suç isnat edilmesi demektir. 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. Bu nedenle kovuşturma bizce, kamu davası açmaya yer olduğunun anlaşılması ve bunun açıklanması ile başlar. Kamu davası açmaya yer gören savcı çok defa derhal kamu davasını açar. Bunun için kovuşturmanın kamu davası açılması veya iddianamenin kabulü ile başladığı sanılır.

Halbuki Ceza Muhakemesi Kanunumuzun “soruşturma“ dediği aşamada, yani kamu davası açılmadan önce de bir kimsenin mesela sorguya çekilmesini veya tutuklanmasını savcı sulh hakiminden isterken de, ona bir suç isnat etmiş olur. Bizce artık o kimse “şüpheli“ olmaktan çıkmış “sanık“ olmuş sayılmalıdır.

Onun içindir ki biz, iddianamenin düzenlenmesinden veya kamu davasının açılmasından önceki soruşturmayı ikiye ayırmayı ve tutuklama kararı verilmesinden veya sorgudan önceki kısmına “başlangıç soruşturması“, bu tür isnad teşkil eden işlemlerden sonra, yani bizce kovuşturma başladıktan sonraki kısmına ise “kısa soruşturma“ demeyi uygun buluyoruz.

## **II- Kamu davasının mecburiliği sistemi.**

### *1) Kamu davası açma mecburiyeti.*

Bir sisteme göre ceza davası açmakla görevli resmî makam, dava açmak için aranan kanunî şartlar gerçekleşince ceza davasını açmaya mecburdur. Bu mecburîlik vasfı kanundan ileri geldiği için kanunîlik diye de anılır.

Ceza muhakemesi suç işlenip işlenmediğini araştırma, işlenmiş ise kanunî neticeleri tayin etme, bu arada suçluları cezalandırma gibi kamuya ait bir menfaati korumak için yapılır. Kovuşturma da kamu yararına ve mecburi olarak yapılır. Mecburiliğin istisnası Kanunun 171 inci maddesinde gösterilmiştir. Kovuşturma kamu yararına dayandığından ceza davasını açmakla görevli resmî makamların kendiliklerinden (re’sen), yani haricî bir tahrike lüzum olmadan dava açmaları gerektirir. Ceza davasını açmakla görevlendirdiğimiz makam, bunun için başka bir iradenin açıklanmasını beklerse, görevini yapamaz. Ancak bazı hallerde savcının davayı kendiliğinden açamaması kamu yararına daha uygun olabilir.



“Kamu davasının mecburiliği ilkesine“, doktrinde farklı isimler verilmektedir. 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”<sup>99</sup>.

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 “tabii hakim ilkesi“ ile de bağlantılıdır. Hukuk Devleti prensibinin işleyebilmesi için tabii hakim ilkesi uygulanmalıdır.

## 2) Araştırma mecburiyeti.

Kamu davasının açılmasında mecburiliği benimseyen bir sistemin, açma gerekip gerekmeyeceğini tayin için yapılan soruşturmanın da mecburı 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 yapması mecburiyetinden söz etmektedir (StPO 152/II).

Mülga CMUK 148 inci maddenin ilk günden beri savcının kamu davası açması mecburiyetinden söz etmesi, kaynaktan ayrılmanın kasdi olduğunu gösterecek hiç bir 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

<sup>99</sup> Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Seçkin, Ankara 2007, sh. 190.

gözden kaçırmıştır. Bu nedenledir ki 148. maddenin basit şüphe konusunda aradığı, bizim yeterli şüphe sebepleri denilmesini uygun bulduğumuz “kafi emare”, 1985’den sonraki tabirle “yeterli delil”in hazırlık soruşturmasına başlamak için değil, suç isnadı için arandığı sanılagelmıştır.

Artık hazırlık soruşturmasının başlaması ile kovuşturmanın başlamasını ayrı ölçülerle ele alıyoruz. CMK 170 inci maddesinin ikinci fıkrasında ise savcının “iddianame düzenlemesi” gereğinden sözedilmekte ve “toplanan 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.

### 3) Mecburilik sisteminin uygulanma koşulu.

Mecburilik sistemine göre ceza davası açmakla görevli olan Cumhuriyet savcılığı, kanunda dava açmak için aranan şartlar gerçekleşince kamu davasını açmaya mecburdur. Ceza Muhakemesi Kanunu mülga Kanun gibi, kamu davasının mecburiyetini ifade etmek için soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda “yeterli şüphe” oluşturmasını aramaktadır (CMK 170/2).

Kamu davasının açılmasında mecburiliği benimseyen sistemin, yapılan araştırma ve soruşturmanın da mecburî olmasını kabul etmesi gerekir. Nitekim Alman Kanunu, bizim mülga 148 inci maddenin karşılığı olan maddesinde, bizimkinden farklı olarak, savcının kamu davası açması değil, “harekete geçmesi”, yani soruşturmanın araştırma işlemlerini yapması mecburiyetinden söz etmektedir (StPO 152/II). CMK 170/2 nci maddede ise savcının “iddianame düzenlemesi” gereğinden söz edilmekte ve, “toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler”, şeklinde emir kipi kullanılmaktadır. Öztürk ve Erdem, bu ilkeye “kovuşturma mecburiyeti” demekte ve bunun üç alt ilkesi olduğunu (araştırma mecburiyeti, kamu davasını açma mecburiyeti ve kamu davasını yürütme mecburiyeti) bulunduğunu belirtmektedir. Öztürk ve Erdem’e göre, “yeterli şüphe”, “soruşturma evresinin neticesinde fiilin takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması,

başka bir ifade ile şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması” halinde, var sayılacaktır.<sup>100</sup>

şüphe sebeplerinin dava açmak için yeterli olup olmadıklarının takdiri başka şeydir, davanın maslahata uygunluğunun takdiri yine başka şeydir. Türk Kanunu Cumhuriyet savcısına birinciyi vermiş ikinciyi vermemiştir. “Delillerin” takdiri yetkisi mahkemeye aittir.

Böylece Türk Kanunun “mecburilik sistemini” tercih ettiği, ancak sınırlı bir “takdirilik istisnası” tanıdığı görölmektedir.

#### 4) Kamu davasının mecburiliği ilkesinin yarar ve zararları.

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 “ödetici adalet“ görüşünü yansıtan bu bakış açısı bugün 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<sup>101</sup>. 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.<sup>102</sup>

Mecburilik sisteminin mi, takdirilik sisteminin mi daha iyi olduğu tartışmalı bir meseledir. 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. 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 te-

<sup>100</sup> Öztürk/Erdem 2007, 190.

<sup>101</sup> Roxin, AT § 3, Rn 28, 37.

<sup>102</sup> Frister: Schuldprinzip, 1988, S.14; Dieters, 2006, 5’den naklen.

mas edilmiş ve iki sistemin de, iyi bir adalet dağıtımını sağlayacak tedbirler alınması şartıyla kabul edilebileceği ve bu tedbirlerin de değerinin iyice araştırmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmıştır

### III– Kamu davasının kendiliğindenliği ve devamlılığı.

Kovuşturma kamu yararına dayandığından, ceza davasını açmakla görevli resmî makamların kendiliklerinden (re’sen), yani haricî bir tahrike lüzum olmadan dava açmaları gerekmektedir. 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, şikayet, izin gibi şartlara bağlı tutulması bu yüzdendir.

Bu istisnalarda da bir maslahata uygunluk aranmaktadır. Ancak bu geniş manadadır. Zira dar manada maslahata uygunluk takdiri, sadece savcı bakımındandır.

Görevi ceza davasını açmak olan makamlar ceza davasını açmaya mecbur oldukları gibi bu davayı yürütmeye de mecburdurlar, yani kamu davasını geri alamazlar<sup>103</sup>. Hüküm kolektif bir faaliyetin sonucunda verilir. Savcılık makamı açtığı davayı yürütmek ve delilleri ikame etmekle yükümlüdür.

Almanya’da mahkeme iddianame üzerine sorsoruşturmanın açılması kararı verinceye kadar savcı kamu davasını geri alabilmektedir (StPO 156). Maslahata uygunluğun istisna olarak takdir edildiği hallerde savcıya bu yetki tanınabilir. Ancak kamu bunu ters karşılayabilir; bu nedenle savcının önceden her ihtimali gözönünde tutarak davayı sonradan geri almasının yargılamanın devamlılığının da gereği olduğunu da savunabiliriz.

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), şikayetin geri alınması ve yazılı başvurunun geri alınması kurumları

<sup>103</sup> Erem, n. 117 b.; 4. CD: 18/12/48, Çağlayan (66) II, 211.

ile bu ilkeye istisnalar getirmiştir.

Yargılamanın devamlılığına engel olan bir sebep bulunmadıkça mahkemenin mahkûmiyet veya beraat gibi uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözen bir hüküm alıncaya kadar iddia görevini yapmaya mecburdurlar.

Mahkemenin sentez niteliğindeki hükmü iddia makamını tatmin etmiş ise mesele yoktur. Kanunyoluna gitmeye 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 kovuşturmayaya girmemekle beraber iddia görevini yapmak demektir. Zira iddia mütalaa ile hakime ışık tutmaktır ve tez işin sonunda sentez haline geleceğinden bunun hakimın hükmünden önce olması da mümkündür.

Savcı bir kararı hatalı buluyorsa kanunyolu davası açacaktır. Açtığı bu davayı geri de alabilir; meğer ki sanık lehine kanunyoluna müracaat etmiş olsun ve geri almaya sanık muvafakat etmesin (CMK 266). Mülga Kanunda kanunyolu davasının geri alınması, duruşma yapılacaksa müracaat sanık aleyhine olsa da sanığın muvafakatine bağlı idi (CMUK 296).

#### **IV- İddianamenin içeriği.**

##### *1) Delillerin yeterli şüphe oluşturmaması.*

İddianamenin temelini yeterli şüphe oluşturur. Soruşturma evresinin sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturmaması (CMK 170/2), somut olayda yaklaşık % 51 mahkûmiyet olasılığının ortaya çıktığının kabul edilmesi demektir.

##### *2) Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenme.*

C. savcısının kamu davası açmak üzere düzenlediği iddianamenin görevli ve yetkili mahkemeye hitap etmesi gerekir. Bu mahkemenin belirlenmesinde, yer bakımından yetki ve görev kuralları irdelenir.

##### *3) İddianamede yer alması gereken diğer hususlar.*

Mahkemenin İddianamenin gerekçeli olması gerekir. Mütalaa veya ka-

rar mahiyetindeki hükümlerde meselelerin açıklanması, bir diğer söyleyişle ortaya konması mantıkî bir zarurettir. Mülga Kanun bu bahiste fazla sarahat ihtiva etmemekte idi.

Kanun bu konuda açıklık getirmiş ve iddianamede yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri ile birlikte yüklenen suçun işlendiği tarih, yer ve zaman diliminin gösterilmesini; yüklenen suç u oluşturan 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.

Mütalaa niteliğindeki her hükümde gerekçe gösterilmesi çok yararlı olduğu halde kanun bunu kaide olarak mecburî saymamış, sadece belli mütalaalarda istisna olarak belli hususların gösterilmesini istemiştir. Mesela 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).

Anayasada ve Kanunda bütün kararların gerekçeli olarak yazılmasının mecburî tutulması sadece genel normun, yani kaidenin bu yolda olduğunu gösterir. Gerektiğinde istisna kabulüne engel değildir. Zira her kaidenin gerekirse istisnası kabul edilebilir. 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. Aynı nedenlerle istisnanın istisnası da elbet olabilecektir. 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.

## V- İddianamenin iadesi ve ara soruşturma kavramı.

1) *Morfolojik gelişme prensibi bakımından “ara soruşturmanın” yeri.*

İddianamenen mahkemeye verilmesinden, kabul veya iade edilmesine kadar yürüyen süreç, doktrinde ara soruşturma olarak isimlendirilmektedir.

Ceza muhakemesinin morfolojik prensiplerinden gelişme prensibi muhakemenin evrelerini açıklar. Eskiden tek evreden ibaret olan muhakemeye, tabii olarak sadece “muhakeme” 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” denildi ve artık son evre haline gelmiş olan eski faaliyetlere “muhakeme” denilmekte devam olundu. Soruşturma evresinden kovuşturma evresine geçerken iddianın güçlenmesi bu güçlenmenin denetlenmesi gerekir. İddianamenin kabulü bunu sağlar.

Bu açıdan Almanların “ara soruşturmasına” benzeyen “iddianamenin iadesi” kurumunun (CMK 174) kabul edilmesi olumlu bir adımdır. Türk Hukukunda “ayrı bir evre” olarak nitelendirilmeyen bu aşamaya, Alman Hukukunda “Zwischenverfahren” adı verilmektedir (StPO 199–211). Mahkeme bu aşamada savcının iddianamesinde ileri sürdüğü görüş olan “yeterli” şüphenin gerçekten var olup olmadığını araştırır.

Suçun işlendiğinin CMK 160 uyarınca öğrenilmesi ile başlangıç soruşturması başlar. Bu aşamada basit bir şüphe vardır ve fiilin ve failinin araştırılması mecburidir.

Bir şüpheli hakkında kamu davası açmak üzere iddianame düzenlenmesi için yeterli şüphe bulunması gerekirken (CMK 170), tutuklama kararı verilebilmesi için kuvvetli şüphe bulunması lazımdır (CMK 100). Bu saptamadan yola çıkarak, hakkında tutuklama kararı verilen bir şüpheli hakkında en kısa zamanda iddianame düzenlenebileceğini düşünerek, tutuklanan şüpheliler açısından kısa soruşturma kavramını öneriyoruz.<sup>104</sup>

<sup>104</sup> İddianamenin düzenlenmesi (CMK 170) ile iddianamenin kabulü (CMK 175) veya iadesi (CMK 174) arasında geçen süreç ara soruşturma olarak nitelendirilebilir. Centel ve Zafer, 1985 tarihine kadar olan dönem ile ilksoruşturmanın kaldırıldığı 1985 sonrası dönemi 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu ile karşılaştırmakta ve iddianamenin değerlendirildiği bu işlemlere, “ara muhakeme” adını vermektedirler (Centel/Zafer 2008, sh. 485). İddianameyi kabul eden makamın yargılamayı da yapacak olmasının eleştirildiğini belirten yazarlar, bizim de katıldığımız görüşü teyid ederek, iddianamenin kabulü aşamasında sanığa görüş bildirme olanağının tanınması gerektiğini

Biz bu ayrı evreye “ara soruşturma” adını vermekteyiz. Ceza Muhakemesi Kanununa göre kısa soruşturmanın görevi, esas hakkında karar verecek olan mahkemenin iddianameyi iade edip etmeyeceği hakkında bir karar vermek üzere dosyayı incelemesi şekline dönüşmüş ve bunun için mahkemeye kısa bir süre verilmiştir (15 gün) (CMK 174). Bu süre içinde karar verilmemesi halinde kabul etmiş saymak (CMK 174/3) doğru olmamıştır.

2) *CMK 170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenen iddianame kavramı (CMK 174/1-a).*

Bir iddianamede hangi hususların yer alması gerektiği CMK 170 ile düzenlenmiştir. Bu maddeye aykırılık iddianamenin iadesi nedenidir.

İddianamenin en önemli dayanağı yeterli suç şüphesi oluşturan delillerdir (CMK 170/2). Bu nedenle mahkumiyet olasılığı ortaya koymayan delil durumuna dayanan bir iddianamenin iade edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

3) *Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delilin toplanmaması kavramı (CMK 174/1-b).*

Soruşturma dosyasından varlığı anlaşılan önemli bir tanığın Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Kanun soruşturmanın tam ve eksiksiz olarak yapılmasını istemektedir.

4) *Önödeme veya uzlaşma usulünün uygulanmaması (CMK 174/1-c).*

a) *Önödeme uygulanmaması.*

Yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasını yukarı sınırı üç ayı geçmeyen suçların faili, yapılan tebliğ üzerine cezayı öderse hakkında kamu davası açılmaz (TCK 75/1). Kanun önödeme yapanlar, yani savcının veya kolluğun ceza kararnameyi kabul edip belirlemiş olan parayı ödeyenler hakkında ne yapılacağını değil, ne yapılmayacağını belirtmiştir: kamu davası açılmayacaktır. Bizce ceza kararnamesi niteliğindeki ödeme önermeleri ile şüpheliye suç isnat edilmiş yani kovuşturma başlamış olduğundan, kovuşturmama değil, ko-

---

vurgulamaktadırlar (sh. 493). “Ara muhakeme” terimini, Öztürk ve Erdem de benimsemişlerdir; her ne kadar Kanun iki evreli muhakeme şeması çizmişse de, CMK 174 de “iddianamenin iadesi kararının” düzenlenmesi ile iki evrenin arasına “zorunlu olarak” “ara muhakeme evresinin” girdiğini, çok yerinde olarak belirtmektedirler (Öztürk/Erdem 2007, sh. 712).



vuşturmaya sonverme kararnameyi verilmeli ve bu da yargılama makamlarınca denetlenebilmelidir.

Ancak önödeme davayı düşürdüğü ve şartlı genel affa benzetilebilecek olan uzlaşmaya dayandığı için bu kararnameyi savcı, diğer sebeplerle verdiklerinden farklı olarak ancak yeni delil veya olay çıkarsa geri alabilecektir. Kovuşturmaya önödeme nedeniyle son verilmesi kararnamelerine karşı sadece yargılama makamına başvurulabilmesi daha teminatlı olacaktır. Bu nedenle CMK uzlaşma adlı bir kurum kabul ederek, bu yola gitmeden kamu davası açılmasını yasakladı (CMK 174/1-c).

Ön ödeme ihtarının yapılamaması veya usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olmasına karşı 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.

*b) Uzlaşma teklif edilmemesi.*

Soruşturması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarda, şikayet şartı gerçekleşse bile uzlaşma yolu (CMK 253) denenmeden kamu davası açılmaz (CMK 174/1-c).

CMK'nun 174. maddesine göre uzlaşmaya tabi olan suçlarda uzlaşma teklif edilmeden ve bunun neticesi alınmadan iddianame düzenlenmesi iddianamenin iadesi sebebidir. Bu nedenle hukukumuzda yeni bir ceza muhakemesi şartı olarak uzlaşma teklif edilmesinin girdiğini saptamaktayız.

*5) Yargıtay'a göre iddianamenin iadesi sebebi oluşturun ve oluşturmayan diğer haller.*

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).

Hakimlerin yarattığı hukuk ile oluşan tablo şöyledir.

*a) 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 Cumhuriyet 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 Cumhuriyet savcılığına iadesi yasaya aykırıdır. Gerçekten iddianamenin iadesi kararı verilirken, mahkeme sadece sevk maddesi doğrultusunda maddi olgu tartışması yapmaksızın bir karar vermek durumundadır. Nitekim Yargıtay 11. 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.

*b) Kimlik bilgileri.*

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. Yargıtay’ın bu kararı, CMK 174/2 yönünden doğru ise de nüfus kaydının iddianameye eklenmemesi, bizce iade sebebi olmalıdır. Sabıka kaydı açısından farklı bir gerekçe ile karara katılıyor; sabıka ancak cezanın tayini sırasında önem kazanan bir husus olduğu için mahkemeye önceki aşamalarda sunulması gerekmez. Kararda Cumhuriyet savcısının suçtan zarar göreni “temsil ettiği” de belirtilmişse de Devletin iddia makamının suçtan zarar görenin temsilcisi olduğu görüşü de bizce kabul edilemez.

*c) Sağlık raporu.*

Şüphelinin akıl hastası olup olmadığının, ne zamandan beri akıl hastası olduğunun ve bu hastalığın davranışları üzerindeki etkilerini saptayan sağlık raporunun aldırılmaması iddianamenin iadesi sebebi sayılmaz.

*ç) İfade almadan iddianame düzenlenmesi.*

İfade almanın (şüpheli veya tanık ifadesi) olayı aydınlatmaya ve hukuki tavsifi tespite yarayacak şekilde ayrıntılı olması gerekmez (1 CD. 21.1.2008 K. 108).

İfade alma CMK 174 de iddianamenin iadesi sebepleri arasında belirtilmiş olmadığı için ifade almadan iddianame düzenlenebilir; sadece yeterli şüphenin 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 görüşü benimseyen karar da vardır: ifade alınmadan iddianame düzenlenemez; 8 CD. 7.2.2008)

İfade alma yetkisi CMK 147 ile prensip olarak sadece savcıya verilmiş bir yetkidir, kolluğun ifade alabilmesi için gene prensip olarak Cumhuriyet savcısının ona bu yönde ayrıca bir emir vermiş olması gereklidir. Soruşturma evresinde şüphelinin ifadesinin alınması, susma hakkının mevcudiyetine rağmen lehinde söyleyebileceklerine imkan 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 sözkonusu olduğunda, ifade alınmadan iddianame düzenlemek yeterli şüphe sebebi varsa tabii ki mümkün olmalıdır.

*d) Görevsizlik kararı.*

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.

*e) Eksik soruşturma.*

CMK'nun 173 üncü maddesi Cumhuriyet savcısının yaptığı "soruşturma" sonunda kovuşturmaya yer olmadığı kararının yargısal denetimini düzenlemiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için yasaya uygun bir soruş-

turma yapılmış olması gerekir. Cumhuriyet savcısının yakınanın ifadesini alma dışında hiçbir soruşturma yapmadan kovuşturmama kararı vermesi üzerine yasaya uygun soruşturma yapmasını sağlamak amacıyla kararın kaldırılması kararı verilmesi yasaya uygundur. İlerde Yargıtay'ın "eksik soruşturma" nedeni ile bozma kararı vermemesi için soruşturma evresinde bütün araştırma işlemlerinin tamamlanmış olması gerekir.

Soruşturma evresinde keşif yapılmadan iddianame düzenlenmesi iade nedeni değildir. Zira savcının keşif yapması istisnadır. Asıl yetkili mahkemedir (CMK 83/1).

şüphelinin akıl hastası olup olmadığı ve akıl hastalığının davranışlarına 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 hayati tehlike geçirdiği belirtilmişse, bir yıl sonra verilecek kesin raporu beklemeden dava açılabilir (9 CD. 11.6.2008, K. 7536).

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).

*f) Delillerin olayla ilişkilendirilmesi.*

İddianamede olayların mevcut delillerle ilişkilendirilmesi gerekir; ilişkilendirme yapılmadan düzenlenen iddianamenin iade edilmesi gerekir (2 CD. 28.9.2007, K. 15582).

*6) Hukuki nitelendirme dolayısı ile iddianamenin iade edilememesi (CMK 174/2).*

Mahkeme iddianamede belirtilen olayın tavsifini yapmakta serbesttir (CMK 225/2). Bu nedenle yeterli şüphe oluşturan hukuka uygun delilleri varsa suçun isminin değişik konulması nedeniyle iddianamenin iadesi kabul edilmemiştir.

Ancak iddianamenin kabulünden sonra yapılan duruşmada, fiilin kaba-

hat olduğunun anlaşılması durumunda mahkemesince görevsizlik kararı verilmeyerek idari yaptırıma hükmolunması gerekir.

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.

7) *Otomatik kabul (CMK 174/3).*

İddianamedenin ve soruşturma evrakının mahkemeye verilmesinden itibaren onbeş gün içinde mahkeme tarafından inceleme yapılarak gereken kararın verilmesi gerekir (CMK 174/1). Ancak bu süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılır (CMK 174/3).

Biz iddianamenin kabulü kararını ceza muhakemesi şartı olarak kabul ettiğimiz için bu yasal karinenin hukuka aykırı olduğu görüşündeyiz. Yeterli şüphe oluşturan delile dayanmadığı halde, karineye dayanarak görülen bir davanın sonunda mahkumiyet kararı verilmesi düşük bir olasılıktır. Beraat edebilecek olan bir kişinin aleni duruşmaya getirilmesi, esaslı bir hukuka aykırılıktır.

8) *İade sonrası savcılık işlemleri.*

Bugünkü sistemde Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından iddianame düzenlenmesinin, mahkemeyi incelemeye sevk etmesinin dışında doğruduğu hukuki bir sonuç yoktur. Oysa iddianame düzenlenmesi ile kamu davasının açıldığı kabul edilmeli, mahkemenin iddianamenin kabulü kararı vererek duruşma hazırlığı aşamasına gelmeyi sağlaması benimsenmeli idi. Oysa CMK iddianamenin iadesi kararı verildiği durumda soruşturma evresinin devam ettiğini belirterek Cumhuriyet savcısının kararda gösterilen eksiklikleri tamamlamasını, bunlar giderildikten sonra da durumun gerektirdiği kararı vermesini istemiştir (CMK 174/4).

Buna göre iddianamenin iadesi kararından sonra kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (CMK 172) verilebileceği gibi yeniden iddianame de düzenlenebilir.

9) *İddianamenin iadesi yolunun kapanması.*

İddianamenin iadesi kararından sonra Cumhuriyet Başsavcılığı yeniden

bir iddianame düzenlerse, mahkeme bu iddianameyi de inceler ve ya kabul veya iade eder. Ancak bu incelemesi ilk iade kararındaki hataların giderilmiş olup olmadığı ile sınırlı bir incelemedir. Bu nedenle mahkemenin ilk kararda belirtilmeyen yeni iade sebeplerine dayanması kabul edilmemiştir (CMK 174/4).

Bu düzenlemeden anlaşıldığı gibi iddianamenin iadesi incelemesinin tam olarak yapılması gerekir. Mahkeme ilk incelemesinde bütün iade sebeplerini incelemek ve tek seferde hepsini birden göstermekle yükümlüdür. Süre geçtiği için otomatik olarak kabul edilen iddianamelerde ise bu denetim eksikliği önemli bir sakıncadır.

#### 10) İddianamenin iadesi kararına karşı kanun yolu.

İddianamenin iadesi karar mahkeme tarafından verilir. Mahkeme kararlarına karşı prensip olarak itiraz edilemez, Kanunda istisnasının gösterdiği haller saklıdır.

Şüphelinin itiraz hakkı düzenlenmediği için bu yol şüpheli açısından kapalıdır. Ancak iddianamedenin iadesi kararına karşı Cumhuriyet savcısı itiraz kanun yoluna başvurabilir (CMK 174/5). İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup kanun yararına bozma yolu uygulanabilir.

İddianamenin kabul veya iadesi aşamasında şüphelinin iki yönlü kısıtlandığı görülmektedir: önce taslak iddianame şüpheliye bildirilmeyerek olası iddianamenin iadesi nedenlerini mahkemenin dikkatine sunması engellenmiştir. Bu önemli bir hukuka aykırılıktır. İkinci olarak ise iddianamenin iadesi kararına itiraz yolu şüpheli açısından kapatılmıştır. İddianamenin iadesi kararı kamu davasının açılmasını engelleyen bir karar olduğu için buna itiraz etmekte şüphelinin hukuki yararı bulunmadığı düşünülmüştür. Bu düzenleme yerindedir.

Ancak iddianamenin kabulü kararı verildiğinde, bu karara karşı sanık ve Cumhuriyet savcısı itiraz edemez. Bunun nedeni genel bir kural olan muhakemenin ileri aşamalarına geçmesini sağlayan mahkeme kararlarına karşı itiraz yolunun kapalı olmasıdır: kanun koyucu kovuşturma evresinin itirazlarla uzamasının önüne geçmek istemiştir.

İddianamenin kabulü kararı ile birlikte kamu davası açılmış sayılır, şüpheli sanık olur ve kovuşturma evresi başlar (CMK 175).

## BEŞİNCİ BÖLÜM KOVUŞTURMA EVRESİ

### § 28– DURUŞMA HAZIRLIğI

#### I– İddianamenin kabulü kararı; kamu davasının “açılmış olması”.

##### 1) İddianamenin kabulü kararı.

Ceza yargılamasının yapılabilmesi için suç isnadının yargılama makamı önüne getirilmesi gerekir. Buna “kamu davası” denilir. Kanun da Devletin açtığı davaya kamu davası (CMK 175/1) adını vermiştir.

Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli őüphne oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler (CMK 170/2). Bu “taslak“ iddianame üzerine yargılama makamı sanığın da mütalaasını almalı ve ondan sonra kovuşturmanın açılmasına veya açılmamasına karar vermelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu bu aşamada sanığın görüşünün alınmasını öngörmemiş (CMK 175), C. savcısının düzenlediği iddianame ile kamu davasının açılmasını da kabul etmemiş, iddianamenin kabulü kararı ile dava açılmasını benimsemiştir (CMK 175).

Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturma evresinin sonunda iddianame düzenlenecek kadar yeterli őüphnenin oluştuğu hallerde “taslak iddianame” hazırlanmasını öngörmüştür (CMK 170).

Kamu davası iddianamenin mahkemeye verilmesi ile değil, “iddianamenin kabulü kararı” ile (CMK 175) açılmaktadır.

Böyle bir düzenleme sistemi karıŐtırmıŐtır: Cumhuriyet savcısı ile taslak iddianamede “şüpheli” adını taşıyan kiŐşiden bahsedecek, bu iddianame kabul edilince artık yenisi düzenlenmeyeceği için, öyle kalacak, iddianamede suçlanan kiŐşiyne “sanık” sıfatı verilmeyecektir.

Bizce, iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kamu davası açılmalı, fakat sonsoruŐturmaya geçmek için “iddianamenin kabulü kararı“ “sonsoruşturmanın açılması kararı“ halini almalıdır.

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).

Ceza Muhakemesi Kanununun ‘‘iddianamenin iadesi’’ (CMK 174) ve iddianamenin 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.

### 2) Ara soruşturmanın sona ermesi.

Ara soruşturmada, iddianamenin mahkemeye verilmesi (CMK 170) ile kabul edilmesi (CMK 175/1) arasındaki sreŐtir.

Bu aşamada verilmesi gereken hakim kararları açısından hangi makamın görevli olacağı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu evre kanuna göre henüz soruşturma evresidir. Soruşturma evresi olduğu için de Cumhuriyet 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 yaŐandđđı bilinmektedir.

Bizce kanun değerştirilmeli ve iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kamu davası açılmış sayılmalı, mahkeme daha sonra kovuşturmaya geçme kararı veya geçmeme kararı vermelidir.

### 3) İddianamenin kabulünden sonra yapılan işlemler.

İddianamenin kabulünden (CMK 175/1) sonra tutulacak yol, muhakeme Şemasında kaide olarak, sanđđın da mütalaası alındıktan sonra yargılama makamınca bir karar verilmesidir.

Ancak işler çoğaldıkça karar verecek hakimlerin işini azaltmak için ve



hakimin 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 sorsoruşturma yapılması sistemi kabul edildi. Böylece sorsoruşturma iddianamesinden farklı olan “dava açan iddianame” istisna olarak ortaya çıktı.

İddianame adının da belirttiği gibi yazılı bir iddiadır. İddia makamının bir mütalaasıdır. Bazen savcının duruşmadaki beyanı da yeni bir dava açılması için yeter sayılabiliyordu, CMK bunu kabul etmedi.

## **II- Kovuşturma evresinin başlaması.**

### *1) Kovuşturma işlemleri.*

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.

Kovuşturma (CMK 2), asıl ceza muhakemesinin ikinci ve sonuncu evresidir. Kovuşturmaya “öğrenme muhakemesi” de denir; bu aşamada mahkeme hem olayı, hem de olayın hukuk normları karşısındaki durumunu öğrenecektir. Öğrenme iki bakımdandır. Hem olay öğrenilecektir. Buna “olayın belirlenmesi” diyoruz. Hem de olayın hukuk normları karşısındaki durumu öğrenilecektir. Buna da “hukukî değerlendirme” adı verilmektedir.

Soruşturma evresinin gayesi kovuşturma evresinin açılmasına yer olup olmadığını araştırmak ve yer varsa onu hazırlamaktır. Bu demektir ki muhakeme adlı canlı varlık, artık çocukluk devresini geride bırakmış, olgunluk çağına erişmiştir. Kovuşturmanın gayesi ise bu evre asıl ceza muhakemesinin son evresi olduğundan, asıl ceza muhakemesinin gayesidir, yani hakikat araştırılarak suç isnadı konusundaki uyuşmazlığın kolektif olarak yargı halini alacak bir hükümlerle çözülmesidir.

Suç isnadı konusunda hakikati araştırmak gayesine erişmek için kovuşturma evresinde yapılan faaliyetler bu evrenin görevlerini (fonksiyonlarını) teşkil eder. Bunları, muhakemenin üç çeşit vasıtasına göre dört grupta toplamak mümkündür. 1) delil toplama 2) delilleri ortaya koyma 3) sonuç

çıkartıp isnat konusunda hüküm verme 4) koruma tedbirleri alma, yani koruma.

Sübut konusunda karar verecek olan mahkemenin kullanacağı vasıtalar olan deliller kovuşturma evresinde ortaya konacaksa da delil kaynaklarının ve delil olabilecek şeylerin soruşturmada toplanması, olmayacakların olacıklardan ayrılması, kaide olarak soruşturmada ve özellikle bu işi mahkeme hesabına yapacak olan ve bir bakıma mahkemenin naip hakimi durumunda bulunan sorgu hakimi tarafından ilksoruşturmada yapılacaktır. Kovuşturma evresinin ve özellikle kamuyu en çok ilgilendiren duruşma aşamasının çok kısa sürmesi için bu kaideye uyulması şarttır. Nitekim soruşturmanın ve özellikle 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 imkansız değildir.

Bu faaliyet sonsoruşturmanın temel görevidir ve yapılması duruşma adlı ayrı bir aşamayı oluşturur.

Delillerin ortaya konmasından sonra uyuşmazlığın esasını çözmeye sıra gelecektir. Uyuşmazlık kollektif olarak hüküm adlı hükümle çözüldüğünden, tarafların mütalaalarının alınmasını ve karar verilmesini gerektiren bu faaliyetleri de ayrı bir aşamada toplayacağız. Bu aşamanın adı sonuç çıkarma aşamasıdır.

Daha ziyade soruşturma evresinde başvuru koruma tedbirleri kovuşturma evresinde de gerekebilir.

### 2) Kovuşturma evresinin aşamaları.

Kovuşturma evresinin, gayeye varmak için yapılan görevlerle 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 mütalaa beyanı işleri de alışkanlıkla duruşmanın bir parçası sayıldığından çok defa kovuş-

turma evresi deyince akla duruşma gelir. Duruşma kovuşturma evresinin bütünü değildir.

### 3) Kovuşturma evresinin özellikleri.

Kovuşturma evresinin özellikleri şunlardır: 1) sözlülük 2) açıklık 3) bağlılılık 4) yüzekarşılık.

Kovuşturma evresindeki işlemler kural olarak sözlüdür. Söylenecekler yazılmış olsa dahi okunacaktır. Mesela hüküm okunacak veya anlatılacaktır.

Kovuşturma evresindeki işlemler kaide olarak açık (= aleni) olarak yapılır. Duruşma bazı kararın bildirilmesi de kaide olarak açık olur. Fakat bazı işlemlerin gizli olması da mümkündür. Mesela hakimlerin müzekkereleri gizli yapılır. Duruşma gibi açık olan işlemlerin istisna olarak gizli yapılması da gerekebilir.

Kovuşturma evresindeki işlemler arasında soruşturma evresindekilerden farklı olarak yer, zaman ve şahıs bakımından bir bağ vardır. Bunlar kaide olarak başka başka şahıslar tarafından, başka zamanlarda, başka yerlerde yapılmazlar. Mesela duruşmada hakimlerin değişmemesi şarttır. Kararı verenler de aynı hakimler 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.

Kovuşturma evresindeki işlemleri yargılama makamları kaide olarak taraflar hazır oldukları halde yüze karşı yaparlar. Bu kaidenin istisnaları da vardır.

### 4) Ceza Muhakemesi şartları.

Kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda mağdur usulüne uygun bir şikayet iradesini açıklamadıkça, Devlet ceza kovuşturması yapamaz, kamu davasının açılması kararı verilemez (CMK 175).

### 5) Görev.

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). Bu tutarsızlık üzerine yasa değiştirildi ve “duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez” hükmü kabul edildi (CMK “2006-5560” 6).

#### 6) Yetki.

Yer yönünden yetki meselesinin sanık için fazla teminatsızlık doğurmadığı kamu düzenini ilgilendirmedığı kabul olunmuştur. Bunun içindir ki yer yönünden yetkisizlik davası, 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. Savcı eline yeni deliller geçtiği ve başka yer mahkemesinin yetkili bulunduğu görüşüne sonradan varmış ise mahkemenin re’sen nazara alabileceği bir hususu savcının ileri sürmesi için sebep yoktur. Savcının iddianame okunmadan önce yer yönünden yetkisizlik iddiasında bulunması nadir bir ihtimaldir, fakat mümkündür. İddianameyi verdikten sonra eline yeni deliller geçmiş ve başka yer mahkemesinin yetkili olduğunu öğrenmiş olabilir.

Yer yönünden yetkisizlik davası açılmasa da mahkeme sanığın sorgusundan önce yetkisizlik kararı verebilir (CMK 18). Yani dava 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 itibariyle yetkisiz olduğu için iddianamenin iadesi kararı verebilecek midir? Mahkeme karar verme yetkisini iddianameyi kabul ettikten sonra kazanmaktadır. Kanun düzeltilmelidir.

**III– Duruşma gününün belirlenmesi (CMK 175/2).**

İddianamenin kabulünden sonra mahkeme duruşma gününü belirler. Duruşma gününün belirlenmesi ve hazır bulunması gereken kişileri çağırma bağlantılı işlemler olduğu için her ikisinin de Başkan tarafından yapılması daha doğru olurdu.

Duruşma gününü belirlemek duruşmanın yapılacağı yer, gün ve saatin belirlenmesi demektir. Oturumun hangi duruşma salonunda yapılacağına da bildirilmesi gerekir. Duruşma kural olarak mahkemenin yer aldığı adliye binası içinde yapılır. Ancak keşifte olduğu gibi duruşmanın bir kısmının olay yerinde veya istinabede olduğu gibi bir başka yerde yapılması da mümkündür.

Duruşma günü prensip olarak iş günü ve saatleri içinde olmak üzere belirlenir. Fakat Cumartesi veya Pazar günü duruşma yapılması hukuka kesin aykırılık oluşturmaz. Önemli olan duruşma gün ve saatinin, süjelerin katılabilecekleri bir gün ve saat olmasıdır. Bunu temin etmek üzere duruşma günü belirlenirken muhakeme süjeleri ile önceden görüşmekte yarar vardır.

Daha da önemli olan husus muhakemenin makul bir sürede yapılmasını sağlamak üzere duruşma hazırlığında yapılması gereken işlemlerin bitirilmesini sağlayacak kadar uzun, fakat muhakemeyi uzatmayacak kadar kısa bir süre sonra günün belirlenmesi ve duruşmanın tek celsede yapılmasıdır.

Mahkemenin duruşma gününü belirleyen kararına karşı itiraz yolu kapalıdır. Eskiden olduğu gibi, başkan kararı ile gün belirlense idi, hakimlik kararı olduğu için, itiraz edilebilecekti.

**IV– Duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin çağırılması (CMK 175/2).***1) Çağrı kavramı.*

Çağrı ilgilinin duruşma günü hazır bulunmasını istemek demektir. Cumhuriyet savcılığı, sanık ve müdafinin yanısıra katılan ile katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların da (CMK 260/1) çağırılması gerektiğine dikkat edilmelidir.

2) *Hazır bulunması gereken kişilerin çağırılması.*

Çağırılması reddedilen tanıkları sanığın duruşmaya getirebilme yetkisi bulunduğu için (CMK 178) Cumhuriyet savcısına da mahkemeden bağımsız olarak tanık veya bilirkişi çağırma yetkisi tanınmıştır (CMK 179/2).

Sanık duruşmaya mahkeme tarafından, kaide olarak davetiye ile çağırılır (CMK 175/2). Bu davetiyede de tutuklu olmayan sanığa mazereti olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır (CMK 176/2).

Kanunda müdafinin de duruşmaya çağırılacağı artık açıkça ve ayrıca belirtilmemiştir. CMUK 211 deki, müdafinin sanık ile birlikte davet olunacağı hükmü, CMK 175 de yer almamaktadır.

Kanunda tanıklara gönderilen davetiye'ye "çağrı kağıdı" adının verilmesi, sanıklara gönderilene ise "davetiye" denmesinin sebebi anlaşılmalıdır. 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 kağıdı "sanığa tebliğ olunurken iddianame de tebliğ olunur" (CMK 176).

"Çağrı kağıdında" mazereti olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır (CMK 176/2). Bu ihtarin sadece tutuklu olmayan sanığa gönderilen çağrı kağıdında yer alması tabiidir. Çünkü tutuklu sanığın duruşmaya gelmemek açısından bir mazereti olamaz. Bunu 2013 yılında söylemek kolay olsa 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.

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) *Tutuklu sanığın duruşmaya çağırılması (CMK 176/3).*

Tutuklu sanığın çağırılması duruşma gününün tebliğ suretiyle yapılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir; müdafii de sanıkla birlikte davet olunur. Tebliğ işlemi tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunda cezaevi katibi 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).

4) *Çağırma yetkisi mahkemeye aittir.*

Genel kural uyarınca (CMK 36) çağrılar mahkeme başkanı veya hakim tarafından yapılırken, CMK 175 bu kurdan sebebi belli olmayacak şekilde ayrılmış ve bu görevi mahkemeye vermiştir. Gerek CMUK 207 ve gerekse StPO 214 mahkemeye değil, başkana görev vermişlerdir. Soruşturma evresinde de sorgusu yapılacak olan kişiyi hakim önce “davetiye” ile çağırır, çağırma nedenini açıkça belirtir, gelmezse zorla getirileceği “davetiye” yazılır (CMK 145).

5) *Mahkemenin re’sen tanık veya bilirkişi çağırma yetkisi düzenlenmemiştir.*

CMUK 214 mahkeme başkana kendiliğinden tanık veya bilirkişi çağırma yetkisi vermişti. CMK bu yetkiyi düzenlemedi. Bu nedenle iddianamede gösterilmeyen bir tanığın mahkeme tarafından çağırılması artık mümkün değildir. Bu gelişme mahkemenin re’sen maddi gerçeği araştıramayacağı şeklinde yorumlanmaktadır.

**V– İddianamenin tebliği (CMK 176/1).**

1) *Kabul edilen iddianamenin tebliği.*

Çağrı kağıdının tebliğ edilmesi gerekir. İddianame çağrı kağıdı ile bir-

likte sanığa tebliğ olunur (CMK 176/1). Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olacak ağrı kağıdına mazeret olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır (CMK 176/3).

Kanunda bu işlemin mahkeme mi, yoksa başkan tarafından mı yapılacağı konusunda açıklık yoktur; mülga Kanun bu görevi Başkana vermişti. Ceza Muhakemesi Kanunu açıkça belirtmemişse de bir önceki madde mahkemeyi görevlendirdiği için burada da o yetkili sayılabilir.

Buradaki tebliğ sözü, sanığın yokluğundaki kovuşturma evresini düzenleyen Taban Kurallara göre tebliğden gerçekten haberdar olma diye anlaşılmalıdır. “Birinci taban kuralın aradığı “zamanında yapılma” şartının gerçekleşmesi için ne kadar zaman bırakılmalıdır” sorununu hâkimler her çağırmanın özelliğini ve tebliğden gerçekten haberdar olmak gereğini gözönünde tutarak zeceklerdir.

Sanık Türkçe bilmiyorsa anladığı dille bildirmek gerektiğinden (İHAS 6/3-a) gerekli zaman, anladığı dille bildirmeden başlar.

### 2) Taslak iddianamenin tebliği sorunu.

Tebliğ edilen iddianame mahkemece kabul edilmiş olan iddianamedir. Oysa iddianamenin iadesi aşamasında mahkemece incelenen ve değerlendirmesi yapılan iddianame açısından müdafaa makamının görüşlerinden istifade edebilmesini sağlayacak bir mekanizma kurulmamıştır. Bu “taslak iddianame” müdafaa makamına tebliğ edilmemektedir. İddianamenin tebliği daha sonra iddianamenin kabulü üzerine ngrlmştr (CMK 176/1). Bununla birlikte müdafiiin soruşturma evresinde dosyayı inceleme yetkisi bulunduğu için (CMK 153/1), müdafii 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.

Daha önce bildirilmesi de mümkündür ve mdafaaanın hazırlanması açısından daha da yerindedir. Bizce CMK 170 uyarınca hazırlanıp mahkemeye verilen iddianamenin de müdafaa makamına tebliğ edilmesi gereklidir. Mdafaaanın hazırlıklarını yapabilmesi için (CMK 177, 179) bu gereklidir ve insan haklarındanır (İHAS 6/3-a, b ve d).



Dosya mahkemeye gelmiş ve iddianame mahkeme tarafından kabul edilmiş olduğu için artık sınırlama koymadan dosyanın müdafı 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. Kanun 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) kabul etmiştir.

Ancak hemen duruşma günü tyin 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”, “müdafaasını 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) iğnenmiş olur.

#### **VI– Duruşma için zorla getirme (CMK 176/2).**

Mahkemenin “duruşma hazırlığında” yakalama emri düzenleme yetkisi yoktur. Bu aşamada mahkeme sanığı duruşmaya zorla getirilme ihtarlı ağrı kağıdı göndererek davet eder, mazereti olmaksızın gelmezse zorla getirme kararı verebilir (CMK 176/2): sanık duruşmaya davetiye ile çağırılır (CMK 175/2). Bu davetiyede tutuklu olmayan sanığa mazereti olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır (CMK 176/2).

Grldğu gibi duruşma hazırlığında yakalama emri verilemez. 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 ikinci istisna CMK 199/1 ile düzenlenmiştir: gıyabi tutuklama kararı verilmesi prensip olarak yasaklandığı

için “duruşma başladıktan sonra” mahkemeye ihtarlı davetiye gönderilmeksizin, doğrudan zorla getirilme veya yakalama emri verme yetkisi tanınmıştır (CMK 199).

### **VII– Savunma hazırlama süresi (CMK 176/4).**

#### *1) Koruyucu süre.*

Savunma hazırlama için verilen süre, koruyucu süre kategorisine girer. Kanun bazen bir işlemin yapılamayacağı zamanı göstermek için sürenin aşağı haddini belirtir. Daha önce bu işlem yapılamaz. Örneğin çağrı kağıdının tebliği ile duruşma gününün arasında en az bir hafta geçmelidir (CMK 176, 190).

Adli tatil süresi de belli işlemler bakımından koruyucu süre sayılabilir. Zira soruşturma ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmaların ve ivedi sayılacak diğer hususlar dışında kalan işlemler bu süre içinde yapılamaz (CMK 331/2). Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay, adli tatil süresince yalnız tutuklu işlerin incelemelerini yaparlar (CMK 331/3). Adli tatile rastlayan süreler işlemez. Bu süreler tatilin bittiği günden itibaren üç gün uzamış sayılır (CMK 331/4).

#### *2) Süreye uymamanın yaptırımı.*

CMK 176 ncı maddede belirlenen süreye uyulmaması sanığa duruşmaya ara verilmesini isteme hakkını verir (CMK 190/2). Bu hakkın sanığa mahkeme tarafından hatırlatılması gerekir.

Sanık duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı mahkemece kendisine bildirildiği (hatırlatıldığı) halde bu hakkını kullanmazsa mahkeme aykırılığı re’sen nazara alamaz (CMK 176, 190/2).

İşlem hâkim kararı ise buna karşı itiraz kanun yolu kabul edilmiştir. Ancak bu haktan vazgeçilmesi, o aykırılığın ilgilice kabul edilmesi demektir ve bu aykırılığın giderilmemesi sonucunu doğurur.

#### *3) Savunmayı hazırlamak için verilen sürenin, “yeterli” olması gerekir.*

Duruşma hazırlığı sırasında savunmanın hazırlanması için önce dosyanın bütünü elde etmiş olmak gerekir. Sadece bunun temin edilmesi belli bir zamanı gerektirdiği için savunmaya verilen sürenin yeterli olması

gerekir. Gerçekten 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.

Sanık kendini savunmak için yeterli zaman bulabilmelidir. Bu nedenle çağrı kağıdı tebliği ile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta olmalıdır (CMK 176). Savunma hazırlıklarını yapabilmesi için (CMK 177, 179), bu gereklidir ve insan haklarındandır (İHAS 6/3–a, b ve d).

Kanun 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) kabul etti.

Mahkemenin duruşma hazırlığında gerekli kararları isabetle alabilmesi için müdafaanın görüşünden yararlanması da ancak böyle sağlanabilir. Ancak hemen duruşma günü tayin edilir ve onunla birlikte iddianame bildirilirse pek çok bakımdan yeterli süre tanınmamış ve savunma hakkı 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). Sanık için bir sınırlama varsa da denetim altında incelemesi elbet mümkündür. Daha iyisi tehlikeli belgelerin fotokopilerinin verilmesidir. CMK 153/4 dosyanın gizliliğinin tamamen kalkmasını “iddianamenin kabulü” tarihine bağladığı için bu tarihten itibaren müdafî dosya içeriğini ve “muhafaza altına alınmış delilleri” sınırsız olarak inceleyebilir.

Sanığın müdafaa haklarını daha iyi sağlamak için iddianamenin mahkemeye verilmesi beklenmemeli, iddianame düzenlenmeden önce de sanığın

ve varsa müdafinin görüşü alınmalıdır. Örneğin sanığın toplanmasını isteyeceği bir delil sayesinde savcının iddianame vermekten vazgeçmesi de pekâla mümkündür ve böylece mahkemelerin işi de azaltılmış olur. En iyisi “savcının araştırmalarını bitirdiğini dosyaya kayıt ettiği tarih“, gizli-liğin kalktığı tarih olarak kabul edilmelidir.

### **VIII– Sanığın tanık veya bilirkişi davet ettirmek, savunma delili toplanmasını istemesi (CMK 177/1).**

#### *1) Duruşma hazırlığında savunma.*

İddianame mahkeme tarafından kabul edilmiş olduğu ve dosya mahkeme-ye tevdi edilmiş olduğu için müdafii artık dosyayı hiç bir kısıtlama olmaksızın inceler (CMK 153/4). Masrafları kendisine ait olmak üzere sanığa da dosya fotokopisi verilir. Dosyanın incelenmesi neticesinde savunma için gereken delillerin toplanması, tanık ve bilirkişi davet edilmesi mümkün olacaktır.

Sanık duruşma gününden en az 5 gün önce başka tanık ve bilirkişilerin davet edilmesi veya müdafaa delillerinin toplanması için dilekçe verebilmesini isteyebilir (CMK 177/1), bunları doğrudan doğruya davet ettirebilir veya duruşmaya getireceği tanık ve bilirkişileri makul bir süre içinde bildirebilir (CMK 179/1).

#### *2) Duruşma hazırlığının delil toplama bölümü.*

Delillerin soruşturma evresinde toplanmış olması gerekirse de duruşma hazırlığında da delil toplanabilir. Ancak Kanun CMUK 214 deki hükmün aksine, başkanın duruşma hazırlığı aşamasında “kendiliğinden” tanık çağırma ve delil toplama yetkisini açıkça düzenlemedi. CMUK 214 başkanın bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermesine de izin vermişti. CMK bunu da kabul etmedi. Bununla birlikte duruşmada dinlenemeyeceği anlaşılan tanıkların, duruşma hazırlığında naiple veya istinabe yoluyla dinlenmeleri mümkündür (CMK 180). Yeniden keşif ve muayene de yapılabilir (CMK 181/2).

Mülga Kanuna göre, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma sırasında bir işlem yapılırsa, bu işlem hakkında duruşma hazırlığındaki kurallar uygulanırdı (CMUK 237/1). Sanığın duruşmanın başlangıcında hazır ol-

maması nedeni ile sorgusunun yapılmasından önce “delil ikamesine” başlamaya izin veren bu hüküm CMK 206 da 5353 sayılı Kanunla yapılan değişlikle, tekrar kabul edildi.

3) *Tanığın duruşmaya çağırılması.*

Duruşmaya davet, kaide olarak duruşma hazırlığı aşamasında olur. Savcı istediklerini çağırabilir. Çünkü iddianamede yazılı tanıklar çağırılır. Savcı, bunlardan başka kimseleri tanık olarak çağırılmak istiyorsa bunların isimleri ile adreslerini sanığa vakit ve zamanı ile bildirir (CMK 179).

Tanık çağrı kağıdı ile çağırılır. Gelmemenin kanunî sonuçlarının celpnamedi gösterilmesi gerekir (CMK 43/1). İstisna olarak zorla getirme müzekkeresi verilerek kolluk zoru ile de getirilmesi kabul olunmuştur. Çağrı kağıdı tevdi sureti ile tebliğ olunur.

Soruşturma evresinde istisna olarak tanık dinlenen hallerde de tanıklar çağrı kağıdı ile çağırılır. Bu aşamada ifade verenlerin, tanık olmadıkları için, tanık gibi çağırılması gerekmez, sözle tebliğ mümkündür.

Sanık için iki imkan 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 red hakkındaki kararları derhal sanığa bildirilir (CMK 177). (2) Tanığı 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 imkan, tanığa ödenecek olan tazminatın mahkeme kalemine yatırmak suretiyle mahkemece celpname çıkarılması idi. CMK 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 de CMK da yoktur

4) *Bilirkişi veya uzmanın davet edilmesini istemek.*

Kanun taraflara da bilirkişi seçmek yetkisini vererek onların da teknik istişareden faydalanabilmesini kabul etmiş ve buna uzmanı da eklemiştir (CMK 67/6).

Bilirkişi tabiri re’sen tayin edilenler için kullanılır. Tarafların seçtiklerine uzman adı verilmiş ve yargılama konusu olayla ilgili olarak bilimsel görüş bildirmesi kabul edilmiştir. Bilirkişi de raporunu hazırlamak için uzman görüşü alabileceği gibi bilirkişi tarafından hazırlanan bir raporun değerlendirilmesinde kullanılmak üzere de taraflarca uzman görüşü alınabilir.

Uzmanın bilimsel mütalaaasını istemek yetkisi katılan, vekiline, şüpheli, sanık, müdafii veya kanuni temsilciye verilmiştir. CMK’nun 67/6. fıkrasında Cumhuriyet savcısının da uzmanından bilimsel mütalaa alabilmesi imkanı 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 sadece 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” ettirebilirler (CMK 68/3). Doğrudan doğruya davet edilen kimse, tazminatı celpname ile birlikte verilirse veya mahkeme kalemine yatırıldığı bildirilirse, hazır bulunmaya mecburdur. Bu bilirkişinin mütalaaası hadisenin aydınlatılmasına yararsa bu tazminatı Devlet öder (CMK 177).

Sanık duruşma aşamasında uzmanını davet için müracaat etmeden de

getirebilir (CMK 178). Uzmanların isimleri ile adresleri karşı tarafa münasip bir zaman önce bildirilir (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 mütalaası için gerekli müşahadeleri bizzat yapabilmek imkanının sağlanmasıdır. Sanık hakkındaki bu norm, uzmanını duruşmaya getirebilen savcı ve müdahile de uygulanır.

Uzman isterse kaide olarak müşahadeleri tutanağa geçirilir.

### **IX– Duruşma hazırlığında yapılan diğer işlemler.**

*1) Sanığın delil toplanması istemi hakkında verilen karar (CMK 177/2).*

Sanık delil toplanmasını isteyebilir (CMK 177), haklı sebepleri varsa başkan bu talebi ret edebilir (CMK 206). Bu karar kabul veya red yönünde de olsa sanığa derhal bildirilir (CMK 177/2).

*2) Cumhuriyet savcısına bildirim (CMK 177/3).*

Sanığın savunma delili toplanması talebi kabul edilirse bu durum Cumhuriyet savcısına da bildirilir. Buradaki amaç, silahlarda eşitliğin sağlanmasıdır.

*3) Tanığı doğrudan getirme (CMK 178).*

Duruşmaya davet duruşma hazırlığı aşamasında olur. Sanık bazı kimselerin tanık sıfatı ile dinlenmeleri için çağırılmasını isterse, duruşma gününden beş gün önce mahkeme başkanlığına bir dilekçe verir. Başkanlığın kabul veya red hakkındaki kararları derhal sanığa bildirilir (CMK 177). Sanık tanıklarını doğrudan doğruya duruşmaya getirebilir (CMK 178). Savcı iddianamede yazılı tanıklardan başka kimseleri tanık olarak çağır-

mak istiyorsa bunların isimleri ile adreslerini sanığa vakit ve zamanı ile bildirir (CMK 179).

Sanık veya katılanın duruşmaya getirdiği tanık veya uzman, mahkeme tarafından dinlenir. Bu dinleme mecburidir. Ancak, açıklama sırasında bu beyanın esasa ilişkin olmadığı anlaşılırsa, mahkeme dinlemeye son verebilir.

4) *Savunma tanıklarının iddia makamına bildirilmesi (CMK 179/1).*

Sanığa tanık ve uzmanını doğrudan doğruya duruşmaya getirme yetkisi verilmişse de (CMK 178), iddia makamının bu konuda hazırlık yapabilmesi için sanığı doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişi ve tanıkların ad ve adreslerini Cumhuriyet savcısına makul süre içinde bildirme yükümü yüklenmiştir (CMK 179/1).

5) *İddia tanıklarının savunma makamına bildirilmesi (CMK 179/2).*

Cumhuriyet savcısı iddianamede gösterilen veya sanığın istemi üzerine davet edilen tanık ve bilirkişiler dışında tanık dinletmek veya bilirkişi görüşü almak istiyorsa, bunların ad ve adreslerini sanığa makul süre içinde bildirmekle yükümlüdür (CMK 179/2).

Ceza Muhakemesi Kanunu 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. Mülga Kanun bunu açıkça belirlememişti. “Müdafaanın hazırlanması 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) gereği yapılan bu düzenleme, yerindedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına bilirkişi atama yetkisi vermiştir (CMK 63/3); bu atama hâkim tarafından da yapılabilir. Savcı taraf olarak bilirkişi incelemesi yaptırabilir ve o kişiyi duruşmaya getirebilir (CMK 179/2).

6) *İstinabe (CMK 180).*

İstinabe, kural olarak yer bakımından, istisna olarak diğer bakımlardan



yetkili makamının belli bir işlemin yapılması hususunda bir başka yerdeki yetkisiz makama yetkisini devretmesidir. Ağır suçlarda istinabe sınırlandırılmış ve 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).

Tanık asıl mahkemede gibi dinlenir. Bunun için tanığın eski ifadeleri de ihtiyaten gönderilmelidir. Duruşmada sanık sorguya çekilmeden önce iddianame okunacağından (CMK 191) varsa hangi yönden olursa olsun yetkisizlik kararının da okunması gerektiğinden sorgu için yapılacak istinabelerde bunların da birer sureti gönderilir.

İstinabe yolu ile yapılacak işlem, kendisini düzenleyen normlara göre yapılır. Asıl işlemin yapılması sırasında kimler hazır bulunabiliyorsa, istinabe yolu ile yapılırken de aynı sùjelerin hazır bulunma hakkı vardır. Örneğın istinabe yazısında kayıtlı olmasa da müdafinin hazır bulunma yetkisi vardır.

Hazır bulunma bakımından istisnalar da vardır: İşın gecikmesine sebep olacaksa dinlenme gününden savcıya, sanığa, müdafie haber verilmeyebilir. Haber verildiğinde de bunların hazır bulunmaları şart değildir. Ancak tutanak savcıya ve müdafie gösterilir.

Tutuk sanık da sadece tutuk bulunduğu yerdeki mahkeme binası içindeki dinlemelerde bulunmayı isteyebilir (CMK 181/3).

Kanun “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).

Soruşturma evresinde istinabe için sınır yoktur. Çünkü bu evrede dağınlık esastır. Kovuşturma evresinde durum farklıdır. Bu evrenin bağlılık, sözlülük ve yüzekarşılık 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 yapmalıdır.

İstinabe kanunumuza göre, kovuşturma evresinde istisna olarak şu hallerde kabul edilmiştir:

a) Duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutulan ve mahkemece sorgusu

yapılmış olan veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hallerde müdafî isterse, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapsi gerektiren suçlar hariç olmak üzere sanık istinabe suretiyle sorguya çekilebilir (CMK 196/2).

b) Hastalık veya malullük veya giderilmesi olanağı bulunmayan 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 sınırları içerisinde bulunan şikayetçi, katılan, sanık, müdafî 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).

c) Keşif de naip hakim ya da istinabe olunan hakim 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. Bu nedenle çok gerekli olmadıkça istinabe yoluna başvurulmamalıdır. Kanun zorunluluk olmadıkça büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan, şikayetçi, katılan sanık, müdafî veya vekil veya tanık ve bilirkişilerin istinabe yolu ile dinlenmesi yolunu kapatmıştır (CMK 180/4).

*7) Naiple veya istinabe yoluyla tanık veya bilirkişi dinlenmesi  
(CMK 180/1, 180/2).*

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).

*a) Hastalık veya malullük nedeniyle naiple veya istinabe yoluyla  
dinleme (CMK 180/1).*

Tanık veya bilirkişinin duruşmada dinlenememesi tehlikesi çıktığında

“istinabe yoluyla” duruşmadan önce erken dinlenmesi, erken dinleme ve erken sorgu niteliğinde bir koruma tedbiridir (CMK 180). Erken dinleme aslında kovuşturmada, duruşma hazırlığında sözkonusu olur.

Soruşturma evresinde de 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 imkanı da tanınmıştır (CMK 84/1).

Erken dinleme şu hallerde mümkündür: 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).

Keza duruşma için tâyin edilmiş olan günde sanığın gelmemesine, yani duruşmanın yapılamamasına rağmen gelmiş olan tanık ve bilirkişinin dinlenmesinde de (CMUK 206/1, CMUK “1985–3206” 237/1) duruşma hazırlığında mahkemece yapılmış erken dinleme durumu kabul etmekten başka çare yoktur.

Bu dinlemede taraflara hazır bulunma imkânı tanınır (CMK 181) ve böylece ilerde duruşmada dinleniyormuş gibi hareket edilerek duruşmada tekrar dinlenmeyebilmesi sağlanır. Hâkimden karar almak da beklenemeyecekse, savcının o sanık veya bilirkişiyi hattâ yeminli dinlemesi erken dinleme niteliğinde değildir. Tarafların biri olan savcının bu dinlenmesinin, duruşmada dinleme gibi olamayacağı, savcıya böyle bir yetki tanınamayacağı açıktır. Burada yapılan aslında yine ifade almadır.

Kolluk tarafından alınan ifade sırasında suçunu ikrar eden şüphelinin sonradan pişman olduğu çok görülmüştür. Bu nedenle kollukta suçunu ikrar eden kişi açısından ifade alma sırasında avukat bulunması garantisi kabul edilmiştir. Müdafinin hazır bulunmadığı şüphelinin kolluk ifade tutanakları duruşmada okunamaz (CMK 213).

*b) Konutunun yargı çevresi dışında olması nedeniyle naiple veya istinabe yoluyla dinleme (CMK 180/2).*

Bu hüküm mesafe nedeni ile mahkeme önüne getirilmesi zor olan tanık

veya bilirkiřilerin istinabe yolu ile dinlenmesine izin vermektedir. Delillerin hűkmű verecek olan hakim tarafından dođrudan dođruya űđrenilmesi prensibinin bir istisnası olduđu için bu kuralın dar yorumlanması gerekir.

Buradaki űlűt tanıđın verebileceđi bilginin hűkűm için űnemi ile orantılıdır: ikinci derece űnem tařıyan beyanın istinabe yolu ile alınması dűřűnűlebilirse de, mesela olayın tek tanıđının dinlenmesinde olduđu gibi, vereceđi bilginin bűyűk űnem tařıdıđı hallerde tanıđın hűkmű verecek olan hakim űnűnde dinlenmesi gerekir.

*c) Davayı gűren mahkemenin bűyűkřehir belediye sınırları içinde naipe veya istinabe yoluyla dinleyememesi (CMK 180/3).*

Hukukumuzda CMUK Ek Madde 5 ile giren bu dűzenleme, CMK 180/3 ve CMK 180/4 olarak aktarılmıřtır. Dűzenlemenin amacı aynı bűyűkřehir içindeki ilçe mahkemeleri arasında davaların uzamasını engellemektir. Bunu temin etmek űzere, Kanun koyucu űnce aynı bűyűkřehir belediyesi sınırları içinde istinabeyi kural olarak yasaklamıřtır.

*) İstinabe olunan mahkemenin bűyűkřehir belediye sınırı içindeki istinabeyi yapma mecburiyeti (CMK 180/4).*

Davaların uzamasını űnlemek amacı ile aynı bűyűkřehir belediye sınırları içindeki mahkemelerin, ilgililer kendi yargı çevresi içinde bulunmasa dahi istinabe evrađını geri çevirmeyerek, geređini yapma mecburiyeti űngűrűlműřtűr. Burada sűz konusu olan istinabenin tanık dinlemek olmadıđı anlařılmaktadır, zira tanık kendi yargı çevresi içinde bulunmuyorsa dinleme de műmkűn olmayacaktır.

*8) Gűrűntűlű ve sesli iletiřim tekniđi kullanılarak tanık veya bilirkiři dinlenmesi (CMK 180/5).*

Gűrűntűlű ve sesli iletiřim tekniđi kullanarak ceza muhakemesi iřlemi yapma uygulaması giderek yaygınlařmaktadır. CMK 52/3 tanık dinlenirken gűrűntű ve ses kaydı yapılmasına izin verip belli kořullar altında da bunu mecburi hale getirerek ve CMK 180/4 istinabe açısından dűzenleme getirerek bu yolu açmıřtır.

Duruşmadan bağışık tutulan sanığın sorgusunun da görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılması yolu ile yapılmasına izin veren CMK 196/4, sadece bağışık tutulan sanıklarla ilgili bir kural koymuş iken, SEGBİS Yönetmeliği yakalanan şüpheli ve sanıklar ağısından da bu yöntemin uygulanmasına yol ağımuştur.

9) *Tanık veya bilirkişilerin dinleneceği günün bildirilmesi (CMK 181/1).*

CMK 181 duruşma hazırlığında istinabe yolu ile tanık veya bilirkişi dinlenmesinde süjelerin bir başka yerdeki erken dinleme sırasında hazır bulunmak isterlerse gidebilmeleri için bilgilendirilmelerini öngörmektedir. Duruşmada sözlülük ve doğrudan doğruyalık ilkeleri geçerli olduğu için suçun tanıklarının prensip olarak duruşmada dinlenmeleri gerekir. Ancak CMK 180 deki koşullar altında istinabe yolu ile tanık dinlenecekse bu dinleme sırasında en azından müdafii de salonda bulunması ve sanık aleyhindeki tanıklara soru sorabilmesi lazımdır. Bunun için tarafların hangi tanığın ne zaman dinleneceğini bilmesi gerekir. Sanık da tutuklu değilse erken dinleme sırasında hazır bulunabilir. Fakat tutuklu sanığa bir başka yargı çevresinde yapılan tanık dinleme sırasında hazır bulunmayı isteme hakkı verilmemiştir; bununla birlikte zorunlu hallerde sanığın da hazır bulundurulmasına karar verilebilir (CMK 181/3).

Duruşmanın yzekaşılığının başka istisnaları da vardır. Örneğin sulh mahkemelerinde savcı bulunmaz. Sanığın yokluğunda duruşma yapılması da bazı hallerde istisna olarak kabul edilmiştir.

Tanık ve bilirkişinin ilerde zamanı geldiğinde ispat konusunda karar verecek olan mahkeme tarafından duruşmada dinlenmemesi tehlikesinden korunmanın tedbiri “erken dinleme”dir. Erken dinleme bu nedenle duruşmada yapıyormuşcasına yapılır, yani taraflara hazır bulunmak, soru sormak ve beyanı tartışmak imknı sağlanır. Erken dinleyen hkimler ilerde kovuşturma yapacak mahkemenin deta naibi durumundadırlar.

Dinlemede taraflara hazır bulunma imknı tanınır (CMK 181/1) ve by-  
lece ilerde duruşmada dinleniyormuş gibi hareket edilerek duruşmada tekrar dinlenmeyebilmesi sağlanır.

Hkimden karar almak da beklenemeyecekse savcının o sanık veya bilirkişiyi hatt yeminli dinlemesi erken dinleme niteliğinde değildir. Ta-

rafların biri olan savcının bu dinlenmesinin duruşmada dinleme gibi olmayacağı, savcıya böyle bir yetki tanınmayacağı açıktır. Burada yapılan aslında yine ifade almadır.

*10) Duruşma hazırlığında yapılan keşif ve muayene (CMK 181/2).*

Duruşma hazırlığının gayesi suçun maddi meselesini duruşma için tam olarak hazırlamak olduğu için duruşma hazırlığı sırasında keşif yapılması kabul edilmiştir (CMK 181/2). Tek celsede duruşma yapılabilmesi için soruşturma evresindeki eksiklerin bu aşamada tamamlanması gereklidir.

CMK 181/2 mahkemenin artık maddi gerçeği araştırma yükümünün olmadığı, tarafların getirdikleri deliller ile bağlı olduğu yolundaki görüşlerin aksine mahkemeye duruşma hazırlığı sırasında keşif yaparak delil toplama yetkisi vermektedir.

Keşif hâkimin beş duyusu vasıtası ile yaptığı teftiş, yani meydanda olanı dikkatle incelemesi olup delil muhtevasının öğrenilmesine<sup>105</sup> ve tecrübe kaidesinin bulunmasına ve dolayısı ile mevcut delillerin değerlendirilmesine, örneğin bir tanığın doğru söyleyip söylemediğinin öğrenilmesine yarar. Keşif suç belirtilerinin tespitine de yaradığından (CMK 83), adli kolluğun 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.

Keşif bir kararla yapılır. Keşif kararını yargılama makamları verir. Keşif olayın yer, zaman, hava gibi şartlarına uygun olarak yapılmalıdır. 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.

Kanuna göre, gecikmede sakınca varsa savcı da keşif yapabilir (CMK 83).

<sup>105</sup> Olayla ilgisi bulunmak kaydı ile insan, hayvan, bitki, taş, eşya, yer veya her türlü sıvı, bir yerin çalışma düzeni veya trafik durumu gibi olaylar keşfin konusunu oluşturabilir (Öztürk 2009, 349).

*11) Tutuklu sanığın durumu (CMK 181/3).*

Tanık veya bilirkişilerin dinleneceği günün, duruşma hazırlığında keşif ve muayene yapılacaksa bunun sanığa ve müdafisine bildirilmesi, savunma hakkının önemli bir parçasıdır. Bu nedenle sanık duruşma hazırlığı sırasında tanık dinleneceğini öğrendiğinde, bu işlemde hazır bulunmak isteyebilir. Ancak Kanun bu hakkı sadece sanığın tutuklu bulunduğu yerdeki dinlemeler için sınırsız olarak kabul etmiş, hakim veya mahkemeye ise zorunlu saydıkları hallerde bir başka yargı çevresinde tutuklu bulunan sanığı, işlemin yapılacağı yere getirtmek yetkisini de vermiştir (CMK 181/3).

Bu konu özellikle istinabe bakımından önem kazanır. Ceza Muhakemesi Kanunu alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda “sanığın” istinabe yolu ile sorguya çekilmesini yasaklamış (CMK 196/2), fakat “tanık” bakımından bir yasak koymamıştır (CMK 180, 181). Tutuklu sanık tanığın dinleneceği yargı çevresine gönderilmezse tanığın istinabe yolu dinlenmesi gerekir. Bu nedenle istinabe yazısında adı yazılı olmasa da müdafinin hazır bulunma yetkisi vardır. Tanığın eski ifadeleri de istinabe evrakı ile birlikte gönderilmelidir. Duruşmada sanık sorguya çekilmeden önce iddianame okunacağından (CMK 191) varsa hangi yönden olursa olsun yetkisizlik kararının da okunması gerektiğinden sorgu için yapılacak istinabelerde bunların da birer sureti gönderilir.

**§ 29– DURUŞMADAKİ ŞEKİL KURALLARI****I– Duruşmanın açıklığı (CMK 182/1).***1) Muhakeme hukuku işlemlerinin açıklığı.*

Anayasanın 141/1 maddesine göre “mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır”. Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi de dâvanın açık görülmesini bir hak olarak kabul etmiştir (İHEB 10). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bunlara hükmün açıklığını da eklemiştir (İHAS 6/1).

Kanuna göre de duruşma da herkese açıktır (CMK 182/1). Buna aleniyet denilir. Esas hakkındaki hükmü veren mahkeme önündeki duruşma, hükmün (CMK 231/1) ve diğer mahkeme kararlarının tefhimi alenidir.

Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hakim ve mahkeme kararları, hazır bulunmayan ilgisine tebliğ olunur (CMK 35).

Muhakeme işlemlerinin açık olması işlem için bulunması gerekli şahıslar dışındaki kişilerin de hazır bulunması imkânının sağlanması demektir.

Ancak bu kimselerin bilfiil hazır bulunmaları aranmaz. Örneğin hiç bir 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.

## 2) Duruşmanın açık olarak yapılması ve basın özgürlüğü.

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. Anayasa “basın hürdür” derken (Any. 28) bunu ifade etmiştir. Ancak bu hürriyetin Anayasada belirtilen gayelerle kanun tarafından sınırlandırılabilmesi de kabul edilmiştir. Bu gayeler arasında “yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi” de vardır.

Duruşmanın aleni olması “alenen yayınlanması” anlamını taşımaz. Bu nedenle bizde adliye binası içerisinde, adliye binası içerisinde ve dışındaki adli işlemlerin icrası sırasında ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda, her türlü sesli veya görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletler kullanılması yasaktır (CMK 183). Video konferans yöntemi ile tanık veya bilirkişi dinlenmesi sırasında (CMK 180/5) ve sanığın aynı



yöntemle sorgusu yapılırken, görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılmasına ise izin verilmiştir (CMK 196/4).

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 sınırlarının açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının, meslek sınırlarının korunması gayeleri ile sınırlandırılabilir. Anayasa “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacı” ile de sınırlanmayı kabul etmiştir (Any. “2001-4709” 26/2).

Muhakeme bakımından yapılmış sınırlamalar şunlardır:

a) Açık duruşmada yapılan muhakeme, kesin olarak kamu güvenliğine veya genel ahlâka dokunacak mahiyette ise mahkeme bunları önlemek amacı ile ve bu amacın gerektirdiği ölçüde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına karar verebilir (CMK 182/2). Bu konuda verilen gerekçeli karar ile hüküm, açık duruşmada açıklanır (CMK 182/3).

b) Basın Kanununa 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).<sup>106</sup>

Açıklık isteyenlerden bazılarının hazır bulunmasına belli kayıt ve şartlarla müsaade etmemeye engel değildir. Örneğin küçük çocuklar ve duruşmanın inzibatını bozan kişiler salondan çıkarılabilir (CMK 203). Bunun gibi sarhoş ve esrarkeşlerin, mahkemenin ciddiyeti ve ağırbaşlılığı ile bağdaş-

<sup>106</sup> Bunun içindir ki Basın Kanununun 2012-6352 sayılı Kanunun 105 inci maddesi ile yürürlükten kaldırılan 19 uncu maddesi hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğinin yayımlanmasını ve görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hakim ve mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlanmasını yasaklamıştı. Hâkimleri tesir altında bırakmamak için konulan bu yasak, duruşmada olan bitenin hikâye edilmesini yasaklamadığından açıklık prensibine aykırı değildi.

mayacak şekilde pejmürde kıyafetli kişilerin de bulunmasına müsaade etmemek açıklık prensibine aykırı düşmez.

### 3) Duruşmanın kapalı yapılması kararı (CMK 182/2).

Duruşmanın kapalı yapılması kararını mahkeme verir. Mahkeme duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına karar verebilir. Madde iki gerekçe ile duruşmanın kapalı yapılmasına karar verilebileceğini düzenlemiştir. Bunlardan ilki genel ahlak gerekçesi olup, ikincisi kamu güvenliğidir.

Duruşmanın kapalı yapılması kararı gerekçeli olmalı, açık duruşmada açıklanmalıdır. Duruşma kapalı yapılsa bile hüküm açık duruşmada açıklanır.

### 4) Duruşmanın açıklığı ilkesinin ihlalinin yaptırımı.

Duruşmanın açıklığı kaidesinin ihlâli “hukuka kesin aykırılık” denilen, mutlak temyiz sebeplerindedir (CMK 289). 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.

### 5) Gizli yapılan işlemler.

Soruşturmanın selâmeti bakımından bazı işlemlerin gizli yapılması gerekebilir. Soruşturmanın gizliliği kaidesinin (CMK 157) kabul edilmesinin sebebi budur. Telefon dinleme kararı ve mülga çıkar amaçlı örgüt suçları ile ilgili tedbir kararları gizlidir. Gizlilik “tedbir süresince” uygulanır (CMK 135/6). kovuşturmada hâkimlerin müzakerelerinin gizli olması da bu yüzdendir.

### 6) Duruşmanın kapalı yapılması.

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 kapalı (gizli) yapılabilir (Any. 141/1, CMK 182).

Kapalılık kararı talep yani dâva üzerine verilebildiği gibi re’sen de verilebilir. Hâdise dâvası mahiyetinde olan bu tâli dâva üzerine duruşma yapılır. Bu duruşma da talep üzerine veya re’sen görülecek lüzum üzerine gizli yapılabilir (CMK 184). 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 (Any. 141/2). 18 yaşını henüz bitirmemiş olanlara ait duruşmalar mutlaka kapalı yapılır, hüküm dahi kapalı duruşmada açıklanır (CMK 185, ÇKK 4/1, 22).

Duruşmanın kapalı yapılması sebepleri İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uygundur. Hattâ İHAS fazla olarak tarafların özel hayatını korumak gerektiğinde veya açıklılığın adalete zarar verebileceği özel hallerde de kapalı duruşmaya imkân vermektedir. Sözleşme kanun hükmünde olduğundan bu hallerde de kapalı duruşma yapılmasına karar verilebilir.

Kapalı yapılan duruşmalarda bazı kimselerin istisna olarak hazır bulunmalarına mahkeme müsaade edebilir (CMK 187/1).

Kapalılığı gerektiren hususların açıklanamaması ve dolayısı ile kapalı duruşmanın içeriğinin hiçbir iletişim aracı ile yayımlanamaması (CMK 187/2), gizliliğın sonucudur.

Gizlilik işlemdede hazır bulunması gereken kişiler dışındaki kişiler bakımındandır. Bu nedenle, duruşmada bulunacak olan kimseler kapalı duruşmada da bulunabilir. Mahkeme bunlar dışında bazı kişilerin de hazır bulunmasına izin verebilir. Bu halde adı geçenler kapalı duruşma yapılmasını gerektiren hususları açıklamamaları konusunda uyarılırlar (CMK 187/1).

Bir de daha sıkı gizlilik arandığı vardır. Soruşturmanın gizliliği (CMK 157) böyledir. İstisnayı teşkil eden bu hallerde kimlerin hazır bulunabileceğini kanun tahdidi bir surette gösterir. Örneğın 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). Soruşturmanın gizliliğini ihlal, suçtur (TCK “2012–6352” 285).

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 süjeye göre değişebilir. Örneğin müdafinin soruşturma evresinde dosyayı incelemesi kısıtlanamaz: müdafii soruşturma evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve suret alma hakkına sahiptir (CMK “2014–6426” 153). Savcı için ise hakim tarafından düzenlenen belgeler konusunda hiçbir sınırlama yoktur.

7) *Duruşmanın kapalı yapılması kararının ve soruşturmanın gizliliğinin ihlali.*

Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkraya hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekteşmesi aranmaz (TCK 285/3).

Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (TCK 285/5).

Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz (TCK 285/6).

Aynı madde soruşturmanın gizliliğini de ceza tehdidi altına alarak korumuştur: Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için; a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir (TCK 285/1).

Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşi gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (TCK 285/2).

8) Ses ve görüntü alıcı alet kullanma yasağı (CMK 183).

Ceza Muhakemesi Kanunu hakim bağımsızlığını korumak amacı ile adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra ses ve görüntü kayıt veya nakli olanağı sağlayan aletlerin kullanılmasını yasaklamıştır. Duruşmanın aleni olması “alenen yayınlanması” anlamını taşımaz. Bu nedenle bizde; adliye binası içerisinde, adliye binası içerisinde ve dışındaki adli işlemlerin icrası sırasında ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda, her türlü sesli veya görüntü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletler kullanılması yasaktır (CMK 183).

Video konferans yöntemi ile; yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması veya sorgusunun yapılması sırasında (CMK “2014–6526” 94), tanık veya bilirkişi dinlenmesi sırasında (CMK 180/5) ve duruşmadan bağışık tutulan sanığın aynı yöntemle sorgusu yapılırken, görüntü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılmasına izin verilmiştir (CMK 196/4).

CMK 183 de düzenlenen “duruşma sırasında ve mahkeme binaları içerisinde yetkisiz kişiler tarafından ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağının” başka istisnaları da vardır. Mesela, otopsi yapılırken cesedin görüntüleri kayda alınır (CMK 87/5). Teşhiste (PVSK ek m. 6), ifade almada (CMK 147/1–h) ve mağdur çocukların (CMK 236) 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.

9) Basın yolu ile oluşan “dolaylı aleniyetin” engellenmesi.

İçinde bulunduğu ortam hâkimin karar verme özgürlüğünü etkileyebilir. Duruşmaların naklen yayınlanması, dolaylı aleniyet adı verilen bir etki yaratır ve hakimi kararını verirken etkileyebilir. 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 görüntü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılmasını yasaklamıştır.

Bunun içindir ki Anayasa yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi için basın hürriyetinin sınırlanabileceğini kabul etmiş

(Any. 26/2 ve 28/3), Basın Kanunu da basına sınırlama getirmiştir. Mülga Basın Kanunu da ceza kovuşturmasının başlaması ile hükmün yargı halini almasına kadar hakim ve mahkemelerin hüküm, karar ve işlemleri hakkında mütalâa yayınlanmasını yasaklamıştı (mülga Basın Kanunu “1960–143” m. 30). Kanunun bu hükmü çok geniş idi. Madde tâdil edilinceye kadar Anayasaya uygun bir şekilde yorumlanması, ancak hâkimler üzerinde baskı yapıp yargılamanın gereğince yapılmasına engel olabilecek yayınların suç sayılması, şeklinde görüş bildirmiştik.

Daha sonra Basın Kanunu değişti. 2004–5187 numaralı Basın Kanununun 19 uncu maddesi “yargıyı etkileme” başlığı altında düzenlediği suçta, madde içeriğinde bu unsura yer vermedi. Sonuçta 2012–6352 sayılı Kanun ile 19 uncu madde de yürürlükten kaldırıldı ve aynı kanun ile TCK da değişiklik yapılarak 288 inci maddedeki “adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” suçu yeniden yazıldı: “Görölmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.”

#### 10) Kimlik bilgilerinin gizliliği.

Soruşturma evresinde şüpheli veya sanığın kimliği gizli tutulmalıdır. Kovuşturma evresinde de kimliğin gizli tutulması gerekebilir. Bununla birlikte polisin araştırma ve faili bulmak amacıyla “yayın yaptırması” mümkündür. Ancak bu da sınırlı bir yetkidir. 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 görölmekte 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 isnad edilen suçun önemi dolayısıyla toplumun çok büyük ilgi duyduğu bir kişi haline gelmişse isim açıklanabilir.

Yukarıdaki ölçüler dışında, şüpheli veya sanığın resmi veya isminin yayınlanması hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılıktan tazminat isteme hakkı doğar.

*11) Açıklığın kaldırılması kararı (CMK 184).*

CMK'nun 182 inci maddesi uyarınca, açıklığın kaldırılması ve duruşmanın kapalı yapılmasına ilişkin karar, açık duruşmada verilir. İstisnai hallerde bu karar duruşmasının da kapalı yapılması kabul edilmektedir (CMK 184). Zira kapalı duruşma yapılmasını gerektiren nedenler, kapalı duruşma kararı verilmesi için yapılan duruşmanın da kapalı yapılmasını gerektirebilir. Bu halde kapalı duruşma yapılmasına mahkeme re'sen karar verebileceği gibi, istem üzerine de verebilecektir. Kapalı duruşma kararı verilmesi için kapalı duruşma yapılmasını isteyebilenler, Cumhuriyet savcısı, katılan veya sanıktır.

Gizli duruşma yapılmasına karar verilmesi için yapılan duruşmanın (CMK 184) kapalı olması halinde de, yine 182 inci maddede olduğu gibi, genel ahlak veya kamu güvenliği sebepleri sözkonusudur.

Kapalı duruşma yapılmasına ilişkin karar kapalı duruşmada verilse dahi, bu kararın aleni duruşmada bildirilmesi ve gerekçesinin de karar ile birlikte tutanağa geçirilmesi gerekir (CMK 186).

*12) Zorunlu kapalılık kararı (CMK 185).*

Çocukların korunması gizliliği gerektirir (Any. 141/2). Duruşmadaki gizlilik sebepleri İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine de uygundur. Sözleşme kanun hükmünde olduğundan, bu hallerde de gizliliğe karar verilebilir. Bu nedenle çocukların duruşmaları mutlaka kapalı olur ve hüküm de kapalı duruşmada açıklanır (CMK 185, ÇKK 4/1, 22).

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 yürütölen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlene-

memesine yönelik önlemlerin alınması ilkesini kabul etti (CKK 4/1–1).

*13) Kapalılık kararının gerekçesi (CMK 186).*

CMK'nun 182 inci maddesi uyarınca duruşmanın kapalı yapılmasına karar verildiği takdirde bu kararın gerekçeleriyle birlikte tutanağa geçirilmesi gerekir (CMK 186). Kapalı duruşma yapılmasını haklı gösteren hallerin gerçekleştiğinin, Yargıtay tarafından denetlenebilecek bir şekilde ayrıntılı olarak hazırlanan gerekçelerinin tutanakta belirtilmesi ve keyfi bir şekilde gizli duruşma yapılmasının önüne geçilmesi gerekir.

*14) Kapalı duruşmada hazır bulunma izni (CMK 187/1).*

Kapalı duruşmada hazır bulunabilecekler ceza muhakemesinin süjesi olanlardır. Bu nedenle kapalı duruşmada hakim, savcı, müdafî, sanık, katılan, katılan vekili, tanık ve bilirkişiler hazır bulunabilir. Ayrıca mahkeme veya hakim bu kişiler dışında stajyer hakim ve stajyer avukatların da kapalı duruşmada bulunmalarına izin verebilir.

Kapalı duruşmada hazır bulunanların içeride konuşulanları dışarıya sızdırmamaları konusunda uyarılmaları gerekir (CMK 187/1). Bu uyarıya rağmen bilgiler dışarı sızdırılırsa Türk Ceza Kanunu'nun 285 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında düzenlenen gizliliğin ihlali suçunu oluşturur.

*15) Kapalı duruşmanın içeriğini yayımlama yasağı (CMK 187/2).*

Kapalı duruşma yapılmasının doğal sonucu, yayım yasağıdır. Kanun bu yasağı 187/2 fıkrada ayrıca ve açıkça düzenlemiştir. Bunun için, mahkemenin ayrıca bir yayım yasağı koymasına gerek yoktur.

*16) Açık duruşmanın içeriğinin yayımlanmasının yasaklanabilmesi (CMK 187/3).*

Kapan duruşmalara ilişkin yayım yasağını ayrıca düzenlemiştir. Kural olarak haber verme, haber alma hakkı çerçevesinde açık duruşmalara ilişkin yayım yapılabilir. Ancak, açık duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlâka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise mahkeme yayım yasağı koyabilir (CMK 187/3).



Mahkemenin tamamen veya kısmen yayın yasağı koyma konusunda takdir yetkisi vardır. Mahkeme yayın yasağı koyarken, konuya ilişkin yayın yapılmasının milli güvenliği, genel ahlakı, kişilerin onur ve haklarına dokunma gerekçeleri ile suç işlemeye kışkırtma gerekçelerini somut olgularla açıklamalıdır.

Mahkeme ancak maddede sayılan amaçlar için ve bu amaçlar gerekli kıldığı ölçüde yayın yasağı koyabilir. Yayın yasağına ilişkin kararın aleni duruşmada açıklanması gerekir.

Kanun sadece kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmalara ilişkin yayımları TCK 285/3 kapsamına alıp, açık duruşma bakımından yayım yasağı konmasını (CMK 187/3) suç unsuru olarak yazmadığı için, yasaklanan içeriğin yayımlanması, TCK 285 deki suçları oluşturmaz. Diğer unsurların da gerçekteşmesi halinde, Basın Kanunu'nun 21 inci maddesinde düzenlenen suç oluşturabilir.

## **II- Duruşmada hazır bulunan sűjeler (CMK 188).**

### *1) Hakim duruşmada hazır bulunması.*

Mahkemenin kanunî nisapta hakim huzuru ile kurulması lazımdır. Kanun duruşmada hakim, 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 sebebidir (CMK 289). Duruşma sırasında hakim değişemez. Bu nedenle uzun sürebilecek duruşmalarda, duruşmanın en baştan itibaren tekrarlanmasının önüne geçmek amacı ile “yedek hakim” bulundurulabilmesi öngörölmüştür (CMK 188/3).

Hüküm duruşmadan edinilen kanaate göre verilir. Bunun için özellikle hükmü verecek olan hakim duruşmada kesintisiz olarak hazır bulunması ve değişmemesi gerekir. CMK 188 hazır bulunma açısından kesintisiz hazır bulunmaya değinmemiş, zorunlu müdafinin de hazır bulunmasını ilave etmiş, fakat kesintisiz duruşma yapma kuralını CMK 190 ile garanti altına almıştır.

2) *Yedek üye bulundurma (CMK 188/3).*

Hükme duruşmanın bütün oturumlarında bulunan hakimler katılabilir. Mazereti dolayısıyla bulunamayan hakim yerine bir başka hakimın müzakere ve karara katılması, duruşmada yedek olarak bulundurulması şartına bağlıdır (CMK 188/3).

3) *Cumhuriyet savcısının duruşmada hazır bulunması.*

Cumhuriyet Başsavcılığı makamı adına hareket eden savcılarının iddia görevi ile ilgili de olmayabilen bütün ödevlerini dört grupta toplamak mümkündür: 1) Dava açmaya yer olup olmadığını anlamak üzere soruşturma yapma ödevi, 2) Soruşturma sonunda gerektiğinde kamu davası açılması için iddianame düzenleme ve açılan kamu davasını yürütme ödevi, 3) Cezaları yerinegetirme (infaz) ödevi, 4) Bazı hukuk davalarını açıp yürütme ödevi.

Savcının mecburî ödevlerinin, kısaca mecburiyetlerinin başında kamu davası 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).

Kanun yolu dışında (CMK 266), hukukumuzda savcının kamu davasını yürütme mecburiyeti vardır; kamu davasını geri alma yetkisi bizde kabul edilmemiştir.

Savcı yoksa duruşma tekrarlanır. 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 sebebidir (CMK 289/1-e).

Sulh mahkemelerindeki duruşmada Cumhuriyet savcısının bulunmayacağına ilişkin hüküm (mülga CMK 188/2), 2014-6545 sayılı Kanun ile kaldırıldı, zira sulh ceza mahkemeleri kaldırıldı. Asliye mahkemelerindeki duruşmada savcının bulunmayacağına ilişkin geçici düzenleme de artık yürürlükte değildir.

Ancak ceza davası nedeniyle CMK 218/2. fıkra uyarınca, yapılan yağ

düzeltilmelerinde sulh ceza mahkemelerindeki duruşmalarda Cumhuriyet savcısının hazır bulunması zorunludur. Bunun gibi 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-a maddesi uyarınca nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memurunun da hazır bulunması gerekir.

Soruşturma işlemlerinin etkinleştirilmesi yolu ile yargının hızlandırılması için 2011 yılından itibaren asliye ceza mahkemelerindeki savcıların iki yıl için duruşma salonundan çıkarılması bizce yerinde olmamıştır.

Bunun gibi çocuk mahkemelerindeki duruşmalarda da Cumhuriyet savcısı bulunmaz; kanun yoluna mahkemenin bulunduğu yerdeki Cumhuriyet savcılarını başvurur (ÇKK 25/1). Çocuk ağır ceza mahkemelerinde (ÇKK 25/2) ise Cumhuriyet savcısı vardır.

Hakim ve Cumhuriyet savcısının evli oldukları hallerde duruşmada eşlerden bir hakim ise diğer eş Cumhuriyet savcısı olarak görev yapamaz.

#### 4) Birden çok savcı veya müdafii (CMK 189).

Devletin ceza iddiası görevini yapan resmî makamı kural olarak adlî teşkilâta dahil olan Cumhuriyet başsavcılığıdır. Makamın başı başsavcıdır ve hiyerarşik kontrole sahiptir.<sup>107</sup> Başsavcılık makamı bütünlük ve bölünmezlik özelliğine sahiptir. Cumhuriyet savcılarını Başsavcılık makamı adına işlem yaparlar. Hiç bir savcı suç teşkil eden bir eylem için nihai yetkili değildir. Başsavcı bir savcının başlattığı soruşturmayı diğer bir savcıya verebilir, birden fazla C. savcısını aynı soruşturma ile görevlendirebilir (5253 sK m. 16–20, 22), aralarında işbölümü yapabilir (CMK 189).

Duruşmanın tüm akışı içinde savcılığın en az bir memurunun hazır bulunması mecburîdir. Bu aynı kişi olmayabilir. Bu kurala riayet edilmemesi mutlak temyiz sebebidir (CMK 289/1-e).

Görüldüğü gibi savcı veya müdafii birden fazla olması mümkündür. Bunlar ayrı oturmda birlikte bulunabilecekleri gibi biri diğerinden sonra olmak üzere arka arkaya veya değişimli olarak iddia veya savunma makamını temsil ederler.

Ancak bu gibi hallerde mahkeme karşısında tek bir makamı muhatap alır. Bu nedenle takım çalışması yapan savcılarını veya müdafilerin kendi

<sup>107</sup> Kuyucu, Abdullah, „Türkiye’de Savcılık“, Türkiye Barolar Birliği, Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Ankara 2006, s. 140.

aralarında iş bölümü yapmaları beklenir. Savcılardan birinin kabul ettiği bir işleme diğeri karşı gelirse, mesela, biri hükmü temyiz eder, diğeri etmezse karşı gelenin isteği doğrultusunda hareket edilmelidir.<sup>108</sup>

Müdafinin iş bölümünün ötesinde değişmesi durumunda ise yeni müdafinin savunma hazırlayabilmesi için duruşmaya ara verilir.

##### 5) Müdafinin duruşmada hazır bulunması.

Muhakemenin kolektif oluşu, muhakeme faaliyetinin özelliklerinin en fazla bulunduğu duruşma aşamasında tarafların teşkilinin mecburî oluşunda kendisini açıkça gösterir. Gerçekten hakimler gibi savcının ve sanığın duruşmada hazır bulunması şarttır (CMK 188, 201). Baro'nun tayin ettiği zorunlu müdafî (CMK 150) de duruşmada bulunmaya mecburdur (CMK 151). Müdafinin görevini dürüstlükle yapması mecburiyeti de muhakemeye yani hüküm verme faaliyetine iştirak ettiğini göstermektedir.

##### a) Müdafinin duruşmada hazır bulunma yükümü.

Müdafaanın önemi ve toplumsal müdafaa makamının kabulü mahkemece tayin edilmiş olsun olmasın, müdafinin huzuru ile duruşma yapılmasını gerektirir. Müdafî herhangi bir mezarle bulunamayacaksa duruşmaya başlanmamalı, başlanmış ise ara verilmelidir.

Kanun müdafinin mahkemenin istemi üzerine Baro tarafından (CMK 156/1) tayin edilmiş olup olmamasına göre farklı hükümler kabul etmiştir:

i) 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 söz konusu olamayacağından, bunu duruşma başlamışsa duruşma başlaması için yenden gün tayin edilir, ikinci oturumda olduğu gibi duruşma başlamışsa, araverilir 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).

<sup>108</sup> KK-Tolksdorf § 227 Rdn. 3.

ii) Mülga Kanuna göre, sanığın seçmiş olduğu müdafiiin özrünün bulunması duruşmaya ara verilmesini isteme hakkını sanığa vermezdi (CMUK 221/2). Ceza Muhakemesi Kanunu yerinde olarak bu hükme yer vermedi. Ancak, CMK 151/1 de, sadece “zorunlu müdafiden“ söz etti, “seçilen müdafii“ gene düzenleme dışı bıraktı.

*b) “Duruşmaya gelmeyerek savunma” girişimleri.*

Son zamanlarda zorunlu müdafilik kurallarının uygulanması gereken ağır suçlarda müdafilerin duruşmaya gelmeyerek, yeni bir savunma stratejisi uyguladıkları görülmektedir. Bu gibi durumlarda seçilmiş müdafiiin görevinin devam edip etmediğine bakılmalıdır. Şüpheli veya sanık “kendi seçtiği müdafiiin” savunmasından vazgeçebilir. Bu durumda şüpheli veya sanık tarafından seçilen müdafiiin görevi, vekaletten azil ile sona erer. Şüpheli veya sanık muhakemenin her aşamasında bunu gerçekleştirebilir. Bu nedenle şüpheli veya sanığın veya kanunî temsilcinin seçtiği müdafiiin görevi, seçen kişi tarafından azledilmedikçe devam eder.

Baro tarafından görevlendirilen müdafiiin görevi, şüpheli veya sanığın kendisine bir müdafii seçmesi ile sona erer (CMK 156/3). Müdafii vasıtası ile savunmanın kanuna göre ihtiyarî olduğu durumlarda, yani zorunlu müdafilik sisteminin kabul edilmediği hallerde şüpheli veya sanığın bundan vazgeçmesi de mümkündür.

Ceza Genel Kurulunun 29.3.2011 tarih ve 2011/25 sayılı içtihadında belirtildiği gibi, şüpheli veya sanığın savunması için seçtiği bir müdafii varsa kendisine baro tarafından zorunlu müdafii görevlendirilemez. Baro tarafından görevlendirme yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın seçtiği müdafiiin bulunmaması gerekir. Buna rağmen görevlendirme yapılırsa bu görevlendirmenin yasal dayanağı yoktur.

Müdafilik hukuk durumunu sona erdiren diğer bir hal CMK 150 kapsamında görevlendirilen zorunlu müdafiiin; duruşmada hazır bulunmaması veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilmesi veya görevini yerine getirmekten kaçınması durumudur. Bu gibi hallerde hakim veya mahkeme derhal başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar (CMK 151/1). Yeni müdafii savunma hazırlamak için zaman isterse oturum ertelenir (CMK 151/2).

*6) Sanığın duruşmada hazır bulunması.*

Sanığın duruşmada hazır bulunması yůzekarřılık ۆzelliđinin olduğu kadar mődafaa hakkının da bir sonucudur. Bunun içindir ki sanık ‘‘hazır bulunmuyorsa’’ duruşma yapılmayacağı kaidesi kabul edilmiştir (CMK 193).

Sanığın duruşmada hazır bulunması mecburiyetinin istisnaları da vardır (CMK 193/2, 194, 195, 196).

*7) Zabıt katibinin duruşmada hazır bulunması.*

Duruřmada zabıt katibinin de bulunması lazımdır. Duruřma sırasında zabıt katibi değişebilir. Bu takdirde her biri kendisinin tuttuğu zaptı imzalar. Duruřma hakkındaki hůkőmlere riayet edilip edilmediği ancak duruşma tutanağı ile ispat olunabileceği ve bu kısımlara karşı ancak sahtelik iddiası yapılabileceğinden (CMK 222) ve ayrıca ceza muhakemesinde ifade sahiplerinin imzaları alınmadığından, tutanağın ve dolayısı ile zabıt katibinin rolő bůyűktür. Bunun içindir ki zabıt katibinin de hakim gibi tarafsız olabilmesi lazımdır. Bu nedenle zabıt katibinin de hakim için belirlenen hallerde gőrev yapamaması ve reddinin istenebilmesi kabul edilmiştir (CMK 32).

**III– Duruşmaya ara vermeme kuralı (CMK 190/1).***1) Duruşmanın kesiksizliği.*

Duruřmanın kesiksiz olması da kanunun duruřma için kabul ettiđi bir ۆzelliktir. Kanun bu ۆzelliđi CMK 190/1 ile vurguladı. Bu ۆzellik sۆzlűlűk ve bađlılık ۆzelliklerinin olduđu kadar, delillerin takdiri ve kanaate gőre hůkőm verilmesi esaslarının da zarurī bir neticesidir.

Kesiksizliđin ‘‘ara verme’’ biçiminde istisnaları vardır. Ancak ara verme istisnası kısa olmalıdır ki, kesiksizlikten sۆz edilebilsin. Davanın makul sűre içerisinde sonuçlandırılabilmesi için celselerin ara vermeksizin, arka arkaya ve yoğun bir şekilde yapılması gerekir. Kanun koyucu bu amaçla duruşmaya ara verme konusunda kısıtlayıcı davranmıştır (CMK 190). Duruřma başlamalı ve bir celsede tamamlanmalıdır. Zaruret olmadıkça duruşmaya ara verilemez.

*2) Duruşmaya ara verilebilen istisnai haller.*

Duruşmaya “ara verilmesi” ile “duruşmanın başka bir gün yapılması” (oturumun ertelenmesi; CMK 151/1) farklı kavramlardır.

Birincisinde duruşma açılmakla kalmamış yapılmaya da başlanmıştır. 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 tyin edilen günde duruşmaya baştan başlanacaktır.

Kanunda ara verme sebebi olarak gösterilen hallerin bazılarında ara verme yerine duruşmanın başka gün yapılması kararı verilebileceği görüşündeyiz. Örneğin davetiyenin bildirilmesi ile duruşma günü arasında bir haftadan az bir zaman bırakılmışsa, kanun “ara verilmesini isteme hakkından” söz etmekte ise de (CMK 190/2) sanığın eski tbirle “tlik” istemesi, duruşmanın o gün başlamamasını istemesi anlamına geldiğinden, “duruşmanın falan tarihte yapılmasına karar verildi” denilmesi elbet mümkündür. Kaldı ki sanığın seçtiği müdafinin mazeretinin kabul edilmesine ve ara verilmesine de kanun engel değildir. Bu takdirde de duruşma yapılmayıp başka bir gün yapılmasına karar verilmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu tek celsede biten duruşmayı hedeflediği için süre vermedi, zorunlu hallerde “makul” süre ltn kabul etti (CMK 190/1).

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. Beşer olan bu zaruretler dışında da yine kısa bir ara vermek gerekebilir. Örneğin 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.

Bazı kararlar duruşmada verilir. Örneğin kaçak sanığın (sulh ceza haki- mi dışında mahkeme tarafından da) tutuklanmasına (CMK 248/5), kovuş- turma 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).

Ceza muhakemesi şartının duruşma başladıktan sonra kısa zaman içinde şartın gerçekteşme olasılığı varsa “duruşmaya ara verme” kararı (CMK 190) verilebilir. Ancak, muhakeme şartı gerçekteşmemişse kovuşturma yapılması açısından bir “engel” oluşmuştur. Bu engel kalıcı nitelikte ise mahkeme esas hakkında bir karar veremez.

### 3) Ara verilmesini isteme hakkının sanığa bildirilmesi mecburiyeti.

Çağırı 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 Kanuna göre duruşmaya çağırılmış ve gelmiş olan tanık ve bilir- kişilerin isim ve adreslerinin kendisine geç bildirilmesi halinde de sanık ara verme isteyebilirdi (CMUK 239). Bu hak da kıyas yolu ile hatırlatıl- malıdır. Yeni Kanun bu hükmü almadı (CMK 207).

### 4) Ek savunma için süre verilmesi.

“Ek savunma” hazırlayabilmek için süre vermeye gerek duyulduğunda, sanık isterse, “ek savunmasını hazırlamak için süre”, yani duruşmaya “ara” verilir (CMK 226/3). “Ara vermeyi” düzenleyen CMK 190 ile “ek savunma” için süre vermenin gösterilmemiş olması ilginçtir. Ceza Muha- kemesi Kanunu, mülga CMUK 258/4’de yer alan “bundan başka değişik- likler” kelimeleri ile “gerek kendiliğinden” kelimelerini yeni metne (CMK 226/3) almadı. Böylece ek savunma için süre verme sadece Kanunda gösterilen hallerde uygulanabilir hale geldi.

Kanuna göre mahkeme sadece istem üzerine ek savunma süresi verebil- mektedir.



## § 30– DURUŞMANIN DİŐİPLİNİ

### I– Duruşmanın dzeninin sağlanması (CMK 203/1).

Kanun duruşmada disiplini sağlamak gdevini, mahkeme başkanına veya hakime vermiştir (CMK 203/1). Duruşmaların bir ciddiyeti olmalıdır. Başkan salonda laubaliliğe msaade etmez.

Açıklık, isteyenlerden bazılarının hazır bulunmasına belli kayıt ve Őartlarla msaade etmemeye mani değildir. DuruŐmanın dzenini bozan ŐahıŐlar salondan çıkarılabilir (CMK 203/2). Bunun gibi sarhoŐ ve mahkemenin ciddiyeti ve ađırbaŐlıđı ile bađdaŐmayan kıyafetli kiŐilerin de bulunmasına msaade etmemek, açıklık prensibine aykırı dűŐmez.

DuruŐmanın disiplini bakımından baŐkana tanınan yetkilerin műdafiiin (avukat) hűrriyetine engel olmaması gerektiđi iŐin disiplin hapsi yetkisi műdafilere teŐmil edilmemiŐtir (CMK 203/3).

### II– Salondan çıkarma yetkisi ve disiplin hapsi (CMK 203/2).

Mahkeme baŐkanı veya hakim duruŐma disiplinini bozan kiŐileri dűŐarı çıkartır (CMK 203/2). Kanun bi kiŐilerin kimleri kapsadığını açıkça saymamıŐtır. Fakat, sanık ve katılan gibi, duruŐmada dinleyici sıfatı ile bulunması uygun gürűlmeyenlerin çıkarabileceği anlaŐılmaktadır. Bu disiplin yaptırımının uygulanmadan önce hatırlatılması uygun olur.

Ceza Muhakemesi Kanunundaki dzenleme (CMK 203, 204) açık olduđu iŐin, madde műdafiiin de salondan çıkarılabileceđi Őeklinde anlaŐılmaya msaaittir. Avukatlık Kanunu da sadece avukatın duruŐmanın inzibatına iliŐkin hűkűmlere gűre disiplin bakımından tutuklanamayacađını, disiplin hapsi veya para cezası verilemeyeceđini (AvK “2008–5728” 58/2) ve disiplin hapsine konulamayacađını (CMK 203/3) hűkme bađlamıŐtır.

Yasama, yűrűtme ve yargı kuvvetleri ne Őekilde műdafaa yapacađı hakkında műdafie talimat veremez, műdafiiin műdafaa gdevini yapmasına tesir edemez. DuruŐmanın idaresi ve disiplini hakkındaki baŐkanın yetkileri de műdafiiin hűrlűđűne mani olmamalıdır. Kanun bu nedenle, hakimın disiplin bakımından tutuklama ve hatta cezalandırma yetkisini genel usulde műdafie teŐmil etmemiŐtir (CMK 203/2, 204). Műlga CMK 250 mahkemelerinde műdafii duruŐma salonundan çıkarılması yetkisi (CMK 252/1–f)

vardı. Daha sonra mülga TMK 10 ile getirilen düzenleme, yerinde olarak bu yetkiyi terör suçlarının muhakemesi için de kaldırmıştı. Bizce, müdafii disiplin nedeni ile duruşma salonundan çıkarılamayacağı da, açıkça düzenlenmeli idi.

Katılan da duruşmada hazır bulunan herkes gibi duruşmanın düzenini bozmamak mecburiyetindedir, bozarsa salondan çıkarılabilir ve dört güne kadar disiplin hapsine konabilir (CMK 203).

Duruşmada dinleyici sıfatı ile bulunması uygun görülmevenleri de başkan dışarı çıkarılabilir. Ancak, çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz (CMK 203/2).

Kanun duruşmanın düzenini bozan kişinin salondan çıkmamakta direnmesi üzerine “yakalanmasını” ve bir kararla dört güne kadar disiplin hapsine konulmasını kabul etmiş (CMK 203/2), fakat avukatlar bu hükümden hariç tutulmuştur (CMK 203/3).

### **III– Sanığın dışarı çıkarılması ve duruşmanın yokluğunda sürdürülmesi (CMK 204/1, cü 2).**

Sanık da disiplini sağlamak amacı ile dışarıya çıkarılabilir. Örneğin sanık hakimin uyarılarının gereklerine yerine getirmemekte ise veya kendisine söz verilemesine rağmen konuşmakta ısrar etmekte ise duruşmanın disiplinini bozmuş sayılır. Sanığın yokluğunda duruşma yapılması halinde mahkeme sanığın duruşmada bulunmasını savunması için zorunlu görmesi halinde, sanığın yeniden duruşmaya alınmasına karar verir ve yokluğunda yapılan işlemler sanığa anlatılır.

Gelen oturumlarda da duruşmayı önemli derecede aksatacağı anlaşılıyorsa ve hazır bulunması gerekli görülmezse, mahkeme sanığın yokluğunda duruşma yapma kararı alabilir. Ancak sanığın müdafii yoksa mahkeme Barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister (CMK 204).

Bu hüküm sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi kabul eden istisnai bir hükümdür. Ancak sanığın müdafii yoksa mahkeme Barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınan sanığa yokluğunda yapılan işlemler açıklanır (CMK 204).

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 204) duruşmada mahkemeye karşı hakaret edenlerin “tutuklanması” hükmüne yer vermemiş, sadece “sanı-

đın” duruşma salonu dışına çıkarma yetkisi ile yetinmiştir. Tutuklama kararı verme yetkisi sadece duruşma sırasında işlenen suçlar bakımından kabul edilmiştir (CMK 205).

Sanığın duruşmadan çıkarılması halinde, mahkeme sanığın yokluğunda duruşmayı bitirebilir.

Ancak, sanığın yokluğunda duruşmanın bitirilebilmesi için, sanığın mevcudiyeti savunması bakımından zorunlu görülmemelidir. Savunma bakımından sanığın duruşmada mevcudiyetinin zorunlu olup olmadığına, mahkeme dosyaya bakarak karar verecektir.

#### **IV– Zorunlu müdafii görevlendirilmesi (CMK 204/1, c 3).**

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 müdafii yoksa mahkeme Barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınan sanığa yokluğunda yapılan işlemler açıklanır (CMK 204).

#### **V– Duruşma sırasında işlenen suç (CMK 205).**

Duruşma salonunda bir suç işlenmesi halinde mahkeme kendiliğinden işlem yapabileceği gibi Cumhuriyet savcısının istemi üzerine de işlem yapabilir.

Duruşma salonunda suç işlenmesi ile duruşma sırasında sanığın bir başka suçunun ortaya çıkması arasında fark vardır. Başka bir durum da duruşmada suçun hukuki niteliğinin değişmesidir (CMK 226/1). Tavsif değişikliğinde ek savunma verilmesi ile yetinilebilirken, duruşma salonunda suç işlenmesi ve duruşmada sanığın bir başka suçunun ortaya çıkması hallerinde yeni ceza davaları açılması için Cumhuriyet savcılığına suç duyurusu yapılır.

Bir kimse duruşma sırasında bir suç işlerse mahkeme olayı tespit eder ve bu hususta düzenleyeceği tutanağı yetkili makama gönderir. Bu hüküm duruşmanın cereyan ettiği sırada işlenen bir suçun duyurulmasıdır. Huzurunda suç işlenmiş olmasına rağmen aynı hakim bu davaya bakamaz. Ancak hakimin bu davada tanık olması mümkündür.

## **VI– Duruşma sırasında işlenen suçtan dolayı tutuklama (CMK 205/1, cü 2).**

Tutuklama kararı verme yetkisi sadece duruşma sırasında işlenen suçlar bakımından kabul edilmiştir (CMK 205). Duruşmada hakiki suç işlenirse mahkeme suç tutanağını savcılığa gönderir ve gerekirse failin tutuklanmasına karar verir.

Buna karşılık Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 204) duruşmada mahkemeye karşı hakaret edenlerin “tutuklanması” hükmüne yer vermemiş, sadece “sanığın” duruşma salonu dışına çıkarma yetkisi ile yetinmiştir. Mülga CMUK 379/1’e göre, duruşma sırasında mahkemeye karşı münaşip olmayan bir söz söyleyen veya hakaret eden “her bir kimse” mahkeme kararı ile tutuklanabiliyordu.

## **§ 31– DURUŞMANIN YÜRÜYÜŞÜ**

### **I– Duruşmanın başlatılması (CMK 191/1).**

#### *1) Duruşmanın başında yapılan işlemler.*

Mahkeme başkanı veya hakim duruşmayı yönetir (CMK 192). Duruşma hazır bulunması mecburî olan kişilerin yerlerini almaları ve başkanın bunu “saptaması” ile başlar. Bundan sonra mahkeme başkanı veya hakim “iddianamenin kabulü kararını okuyarak”, duruşmanın başladığını açıklar (CMK 191/1). Daha sonra, çağrılan tanıkların ve sanığın hazır bulunup bulunmadığı saptanır (CMK 191/1). Sonra tanıklar duruşma salonundan dışarı çıkarılır (CMK 191/2). Bundan sonra sırasıyla sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekononmik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır (CMK 191/3–a), iddianame veya yerine geçen belge okunur (CMK 191/3–b), sanığa susma hakkı ve CMK 147 deki diğer hakları bildirilir (CMK 191/3–c) ve sanık susma hakkını kullanmazsa, sorgusu yapılır (CMK 191/3–d).

Başkan sanığı sorguya çeker. Delillerin ikame edilmesini sağlar. Tanığın sanığın yüzüne karşı gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, o sanığın salondan çıkarılmasına karar verilebilir (CMK 200).

Tanıklıktan çekinme durumları (CMK 45, 46, 47, 48) maddelerle düzenlenmiştir. Çekinme sebebinin tanığa bildirilmesi gerekir (CMK 49). Tanıklıktan çekinebilecek kimsenin çekinmemesi mümkündür (CMK 51).

Hakimlerle zabıt katibinin her zaman, savcı, sanık ve müdafinin istisnalar dışında hazır bulunmaları mecburidir. Bulunması mecburî kişilerden biri, mesela sanık hazır değilse hazır bulunmadan veya gaip iken ikisini birlikte ifade eden tabirle yokluğunda duruşma yapılan istisnaî 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. Burada sadece duruşmanın başlaması için yeni bir tarih tayini durumu vardır.

Çağırılan günde sanığın gelmemesi ve dolayısı ile sorguya çekilememesi halinde gelmiş olan tanık ve bilirkişi dinlenebilir. Ortaya konulan deliller sonradan gelen sanığa bildirilir (CMK 206/1).

## 2) Sanığın ve diğer süjelerin hazır bulunduğunun saptanması.

Duruşma tayin edilmiş olan gün ve saatte mahkeme salonunda duruşmada hazır bulunması mecburî olan kişilerin hepsinin yerlerini almaları ile başlar, bir diğer söyleyişle açılır.

Kanun (CMK 191) “duruşmaya, sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağırılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak” başlanır, demektedir. Bunlar “duruşmada” yapılacak işlerdir. Daha önce Başkanın duruşmayı açtığını açıklamaları gerekir.

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 kural olarak sanık vardır. Sanık hazır değilse istisna sözkonusu olmadıkça, duruşma yapılamaz (CMK 193/1). Yapmak için, “başlamak“ gerektiğine göre, sanık gelmemişse, duruşmanın başladığı da kabul olunamaz. Böyle olunca ara verme de söz konusu olamayacağından duruşma için yeni bir gün tayin

edilmeli, nisap olmaması yüzünden yapılamayan toplantılarda olduğu gibi durum bir tutanakla tesbit edilip, duruşmanın tayin edilen yeni tarihte yapılmasına karar verilmelidir. Yapılmaya başlatılmaması gereken duruşma yapılmaya başlanmış ise yapılanlar yapılmamış sayılmalıdır.

Kanun bazı hallerde tanık veya bilirkişilerin erken dinlenmesine müsaade etmiştir (CMK 180/1). Bu erken dinleme, duruşma hazırlığında naip hakim veya istinabe olunun hakim 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 tanığın tekrar dinlenmesi elbet mümkün olacaktır.

### 3) Tanıkların, bilirkişilerin ve uzmanın yoklaması.

Başkan tanıkların, bilirkişinin ve uzmanın yoklamasını yaparak, ilgililere taleplerde bulunma imkanı verir. Esasen bu yoklamanın maksadı, duruşmaya ara verme gibi hususlarda beyanda bulunmak üzere ilgililere fırsat vermektir. Zira taraflar birlikte rıza gösterirlerse, mahkeme bir delilden vazgeçebilir (CMK 206/3) ve duruşma başlayabilir.

Yoklamadan sonra sadece tanıklar salondan çıkarılır (CMK 191/2) ve sıraları geldikçe birer birer içeri alınır. Her tanık ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir (CMK 52). İddianame okunduktan ve sanık sorguya çekildikten sonra, dinlenmek için içeri alınınca (CMK 206/1) ilk yapılacak iş, tanığın kimliğinin tesbitidir. Tanıklar uyuşmazlık konusu hakkındaki beş duyu vasıtasıyla öğrendiklerini tarafsız, objektif bir biçimde mahkeme huzurunda anlatmaları gerektiğinden, yoklama yapıldıktan sonra duruşma sakonundan çıkartılırlar. Bu suretle objektif ve tarafsız kalmaları, duruşmada konuşulanlardan, anlatılanlardan etkilenmemeleri sağlanmak istenmiştir.

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. Bu hata sonradan fark edildi ve dördüncü fıkra yürürlükten kal-

dırıldı (CMK “2005-5353” 206).

4) *Duruşmaya başlama kararı: iddianamenin kabulü kararının okunması.*

Mahkeme başkanı veya hakim, duruşmanın başladığını iddianamenin kabulü kararını sesli olarak okuyarak ve okunduğunu da tutanağa geçirerek açıklar.

İddianamenin kabulü kararının verilmesi ile birlikte hem kamu davası açılmış sayılır (CMK 175/1) hem de soruşturma evresi biter ve “kovuşturma evresi“ başlar, “şüpheli“ artık “sanık“ olur. Kovuşturma evresi “asıl ceza muhakemesinin” ikinci ve sonuncu evresidir (CMK 2).

“Kabul edilmiş sayılsın” veya “açıkça kabul edilsin”, mahkemenin iddianamenin kabulü konusunda bir karar vermesi gerekir. Bu karar gerekçeli olmalıdır (CMK 33). Duruşmanın açılması sırasında okunacağı için (CMK 191/1), hukuken önem taşıyan bir karardır. Zira, iddianamenin CMK 170 de aranan koşullara uygun olarak düzenlenmemesi bir yeni muhakeme engeli (CMK 174) olarak kabul edilmiştir: “iddianamenin kabulü kararının hukuken geçerli olması”, bizce yeni ceza muhakemesi şartıdır.

Ancak iddianamedeki veya iddianamenin kabulü kararındaki hataların bir kısmının duruşma sırasında giderilmesinin mümkün olduğuna da dikkat edilmelidir.

İddianame “otomatik olarak” kabul edilmiş sayılsa bile (CMK 174/3), iddianamenin kabulü kararı mahkeme tarafından yazılarak, duruşma öncesinde okunur (CMK 191/1).

5) *Sanığın duruşma salonuna alınması.*

Sanık duruşmaya bağsız (kelepesiz) olarak alındıktan sonra kimliği saptanır. Kimlik tespitinden sonra iddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur. Bu suretle sanık hakkındaki isnadı öğrenir. İddianamenin okunmasından sonra sanık sorguya çekilir.

Sorguda CMK 147 deki kurallara uyulur, diğer bir ifade ile sanığa hakları hatırlatılır.

Sorgu sözlü olarak yapılır. Ancak susma hakkını kullanan sanık yazılı savunma da verebilir. Susma hakkını kullanan sanık, kimliği hakkındaki sorulara cevap vermek ve hatta doğru cevap vermekle yükümlüdür.

Sanığın sorgusundan sonra yeni deliller ileri sürülebilir, delillerin tartı-şılmasından sonra sırasıyla Cumhuriyet savcısına, müdafii ve sanığa son söz verilir.

## **II- Duruşmada yapılan ilk işlemler (CMK 191/3).**

### *1) Kimlik tespiti.*

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).

Bu tesbitten maksat sanığın kimliği hakkında gerekli bilgileri almak ve isnat edilen suçu hangi koşullarda işlediğini ve dolayısıyla kişiliğini öğrenmektir. Sanığın kişiliğini öğrenmek yararlı ise de suçu ve kusur derecesi bakımlarından önem taşıdığından sorgu niteliği alabilecektir. Bu nedenle kişilik hakkında sorular kimlik çerçevesini aşmamalı, sorular “sorgu” niteliği taşımamalıdır. Zira sırası daha sonra gelecek olan sorgu, ayrıca ve sanığa esas hakkında cevap vermek isteyip istemediği sorulacak, yani susma hakkı hatırlatılacak biçimde düzenlenmiştir (CMK 147).

Sanık kimlik sorularına cevap vermeye ve doğru söylemeye mecburdur. Kanunda açıklama yoksa da nerede oturduğu sorulmaktadır. CMK 106/1 salıverilen sanığın yetkili yargı mercine veya tutukevi müdürüne adresini ve varsa telefon numarasını bildirmek yükümü öngörmüştür. Önceden verilen adreste değişiklik meydana geldiğinde bunun da yeniden beyanda bulunmak veya iadeli taahütlü mektup yolu ile bildirilmesi mecburiyeti vardır (CMK 106/2).

### *2) İddianamenin veya iddianame yerine geçen belgenin okunması.*

Yukarıdaki işlemlerden sonra iddianame okunur (CMK 191/3). İddianame sanığa tebliğ edilmiş olsa bile duruşmada mutlaka okunması gerekir.

Savcının karar ile duruşmaya getirilmesi kabul edilmiş olan iddiaları içeren bir iddianame düzenlenmesi ve onun okuması CMK 191/3-b maddeye uygun olmuştur. İddianamenin okunması önemli bir işlemdir. Ancak basit suçlarda iddianamenin okunmaması hükmü etkilemez, zira hüküm buna dayanmaz.



## 3) İddianame yerine geçen belge.

CMK 174 iddianamenin iadesi kurumunu düzenlemiş, fakat bu maddede “iddianame yerine geçen belge’den” bahsetmemiştir. CMK 175 de iddianamenin kabulünden söz etmekte, fakat “iddianame yerine geçen belge’nin” kabulünü ele almamıştır. TCK 67/2, zamanaşımını kesen sebepler arasında “iddianame düzenlenmesini” belirtmiş, fakat mülga TCK’da yer alan “son tahkikatın açılması kararı” metinden çıkarılmıştır.

Bütün bu düzenlemelerin karşısında CMK 191 “iddianame yerine geçen belgenin” duruşmanın başında sanığa okunmasını öngörmektedir. Bu belgenin “görevsizlik kararı” olarak anlaşılması gerektiğine dair Yargıtay kararları vardır (10. CD 19.12.2005, K. 2005–19203; 1. CD 09.6.2008, K. 2008–4837; CGK 22.6.2010, K. 2010–154).

Uygulamada mahkemeler tarafından verilen görevsizlik kararları görevli mahkeme açısından “iddianame yerine geçen belge” olarak nitelendirilmektedir.<sup>109</sup>

4483 numaralı Kanun kapsamında yapılan soruşturmalarda ise “iddianame yerine geçen belge” düzenlenmez. Zira CMK 170 uyarınca kamu davasının açılmasında “yeterli şüphe” bulunması gerekir. Bunun takdiri bir başka makama devredilmemelidir. Bu nedenle idare tarafından yapılan ön incelemenin arkasından Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmesi gerekir. Bu hallerde yeniden dava açılması demek, davanın yeniden açılmasının sırf şekil sebebi ile istenmesinin manasızlığı açık olduğu-na göre dava açmaya yer olup olmadığının yeniden incelenmesi demektir.

<sup>109</sup> “niversite ilk soruşturmasında”, adliye dışı bir makam sonsoruşturmanın açılması kararı veya benzeri bir karar vererek, “iddianame yerine geçen bir belge” hazırlamaktadır. Bu gibi hallerde, sanık hakları açısından, iddianamenin iadesi garantisinin işlememesi sonucu doğmuştur. Gerçekten, bir niversite 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 haksızlıktır. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanununun, Yüksek ğretim Kanununun 53 nc maddesini de değiştirdiği ve Danıştay tarafından onaylanmış lüzum-u muhakeme kararı olsa dahi mahkemenin 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, mahkemeleri uzun yıllar delil araştırması yapmak durumunda bırakır.

Şüpheli 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, hala kamu davası açılınsın mı, açılmasın mı diye araştırma yapılmayacağı açıktır.

İddianame yerine geçen belge Kanunda tanımlanmadığı için 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.

Kolluğun soruşturma evresindeki araştırması bazen dâva açılması için yeterli görülebilir. İşin basitliği ve ispatın 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. 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. 9). b) Karayolları Trafik Kanununa göre, yetkili kişilerce idarî olmadığı için adlî diyebileceğimiz trafik suçlarında düzenlenen suç tutanakları trafik mahkemesine gönderilir (KTK “1988–3493” 114).

#### 4) Yetkisizlik kararının okunması.

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 okunmalıdır. Duruşmada sanık sorguya çekilmeden önce iddianame okunacağından (CMK 191), varsa hangi yönden olursa olsun yetkisizlik kararının da okunması gerektiğinden sorgu için yapılacak istinabelerde bunların da birer sureti gönderilir.

*5) Önödemenin veya uzlaşmanın hatırlatılması.*

Önödeme tabi bir iş yanlışlıkla kovuşturmayaya gelmişse, sanığa önödeme imkanı hatırlatılmalıdır.

Uzlaşmaya tabi işlerde de (CMK 253) kamu davasının açılması halinde uzlaştırma işlemleri mahkeme tarafından yapılacağından (CMK 254), sanığa bu husus hatırlatılır.

*6) İlk talî davaların açılması.*

Muhakeme Hukukundaki hükümler bir çok soruları cevaplandıran mütaalaaları veya kararları ihtiva ederler. Bu soruların taallûk ettikleri meseleler çeşitlidir. Bu meseleler bir bakımdan maddî ve hukukî, bir diğer bakımdan da esas meselesi ve muhakeme meselesi diye ayrıldığı gibi bir üçüncü bakımından da asıl mesele ve tali mesele diye bir ayırmaya tabi tutulmaktadır.

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. Ceza Muhakemesi Kanunu 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).

Bunlara çok defa iptidâ 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 dava açmak bahis konusu olduğu içindir ki biz bu talî davalara “ilk talî davalar”, bunların taallûk ettikleri meselelere de “ilk meseleler” diyoruz. Arızî meseleler adlı hadise meseleleri ise madde itibariyle yetki meselesi gibi bir süreye bağlı olmaksızın çıkabilecek meselelerdir.

*7) Hakların bildirilmesi.*

Sorgunun başında kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu sanığa anlatılır, susma hakkı, müdafiden yararlanma hakkı bildirilir ve bu hususta cevap verip vermeyeceği sorulur.

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).

Soruşturma evresinde sulh hakimi 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. Ceza Muhakemesi Kanunu “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 müdafî tayin edilir. Böyle bir müdafî Devletin savcısı karşısında sanığın eşit silahlara sahip olmasını sağlamak bakımından önemlidir. 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. Burada önemli olan sanığın sahip bulunduğu hakları gerçekten anlamış olmasıdır. İster duruşmada olsun, 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.

#### 8) Duruşmada yapılan sorgu.

Duruşmada yapılan önemli işlemlerden biri sorgudur. Soruşturma evresinde yapılan sorgudan farklı olarak, duruşmadaki sorgunun amacı sanığın savunmasını sağlamaktır.

Somut olaya özgü temsilî delillerden biri olan “beyan” delilinin bir çeşidi de “sanık beyanı”dır. 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 hakim huzurunda sözle bildirmesidir.

Bu bildirme tanık dinlenmesinde olduğu gibi sözlü olur. Sanık sorguya çekildiğinde önce olay hakkında bildiklerini söyler; sonra belli noktalar-daki sorulara cevap verir.

Sanık çok defa olayı en iyi bilenlerden biridir. Ancak sanık suçlu ise gerçeği gizleyecektir, çünkü menfaati bunu gerektirmektedir. Sanığın suçlu olmaması da mümkündür. Bu takdirde söylediklerinin doğru olması büyük bir ihtimal dahilindedir. Meğer ki 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 tanınınca, tanık ve sanık beyanları arasındaki fark bir hayli azalmıştır. Nasıl olsa ikisinin de doğru söyleyip söylemediğini hakim kontrol ve takdir edecektir.

Sorgunun sanık ve hakim 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 tesbit olunacaktır. Kanun buna kişisel ve ekonomik durumun tesbitini de eklemiştir (CMK 191/3).

Bu tesbit tabirine, kimliği tesbit edilemediği için geçici kimlikle sanık olarak huzura gelenin evvelce sorguya çekilmiş kişiden başkası olabileceği şüphesi olan her halde kimlik tesbiti tekrarlanarak denetlenmelidir.

Kanun bilirkişinin, şüpheli veya sanığın “bilgisine başvurmasını” yasakladı (CMK 66/4) ancak başkan hakim veya Cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabilmesini (CMK 66/6) ve susma hakkını hiçe sayarak ve onaylamadığımız bir şekilde tarafların “sanığa” doğrudan soru sorabilmelerini kabul etti (CMK 201/1).

Sorgu yapılmadan deliller ikame edilebilir (CMK ‘2005–5353’ 206/1).

Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında bütün kararlar ilgili taraflar dinlendikten sonra verilir. Maddedeki iki taraf aslında olduğu gibi ilgili

tarafklar olarak ve mesela disiplin cezasına çarptırılacak kişiyi de içine alacak biçimde anlaşılmalıdır. Bu evrede duruşma dışındaki kararlar ise savcının yazılı veya sözlü mütalaası alındıktan sonra verilir (CMK 33). Duruşma aşamasının giriş bölümünde sanık sorguya çekilir (CMK 191/3–d).

### III– Mahkeme başkanı veya hakimin görevleri (CMK 192/1).

Duruşmanın idaresi başkana aittir. Mahkeme tek hakimli ise bu işlemleri hakim yapar.

İdare muhtelif işlemleri gerektirir. Bunlar aşağıdaki gibi sınıflandırılabilir.

#### 1) 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 savunmasını önlemek için gerekli tedbirleri almak, tanığa görevinin önemini anlatmak, tanığa beyandan veya yeminden çekinme hakkını bildirmek, sanığa bazı haklarını, örneğin 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 hakim yönetir, delillerin ikame edilmesini sağlar” demekle (CMK 192/1) bunları kastetmiştir.

Duruşmaya iştirak edenlerden, hatta üyelere biri başkanın idareye müteallik olarak verdiği bir karar, kanun bakımından kabule şayan olmadığı (hukuken kabul edilemeyeceği) sebebini öne sürerse bu hususta mahkeme karar verir (CMK 192/2).

#### 2) Sanığın sorgusu.

Sanığın susma hakkı vardır. Konuşmayı tercih ederse sanığı sorguya çekmek başkana aittir (CMK 192/1).

#### 3) Delillerin ortaya konması.

Kanun delillerin “ikame edilmesini” (“ortaya koyma” terimi de kullanılmaktadır; m. 206/1) başkanın görevleri arasında saymıştır (CMK 192/1).

“Delilleri ortaya koymak” tabiri içinde özellikle, tanıkların, bilirkişilerin, uzmanın 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). (b) Bilirkişi ve uzman başkanın müsaadesi ile sual sorabilirler (CMK 66/6). (c) Ceza Muhakemesi Kanunu tanıklara soru sormayı yeniden düzenledi.

#### 4) Duruşmada disiplinin sağlanması.

Kanun duruşmada disiplini sağlamak görevini de başkana vermiştir. Duruşmaların bir ciddiyeti vardır. 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 görülmeyenleri de başkan dışarı çıkarabilir.

#### 5) Başkan işlemlerine karşı yapılan “kabul edilemezlik iddiası” hakkında mahkemenin karar vermesi (CMK 192/2).

Mahkeme başkanının (tek hakimli mahkemeler için hakim) duruşmanın idaresine ilişkin olarak verdiği emirlerin hukuken kabul edilemez olduğu görüşünü taşıyan taraflar, bu konuda mahkemenin karar vermesini isteyebilirler.

Bu yol teknik anlamda itiraz olmakla birlikte kanunda itiraz olarak adlandırılmamıştır. İtiraz bütün kanunyolları gibi tali bir dava ve muhakemenin adıdır. Bir uyuşmazlığın çözülmesi yargılama makamından istenmektedir. Dava oluş buradan gelmektedir. Dava açılması üzerine kolektif bir şekilde bu uyuşmazlığın çözülmesi için iddia, müdafaa ve yargılama makamları faaliyette bulunmaktadır. Muhakeme oluşun sebebi de budur.

İtiraz biri dar, diğeri geniş manada olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Geniş manada itiraza “muhalefet” adı verilmektedir. İtirazın özel olarak hatta itiraz terimi kullanılmaksızın düzenlendiği vardır (CMK 192/2, 296/2).

**IV- Sanığın duruşmada hazır bulunma mecburiyeti ve istisnaları.***1) Duruşmada hazır bulunma.*

Sanığın duruşmada hazır bulunması, yúzekarřılık özelliğinin olduğu kadar, müdafaa hakkının da bir sonucudur. Bunun içindir ki sanık “hazır bulunmuyorsa” duruşma yapılmayacağı kuralı kabul edilmiştir (CMK 193).

Sanığın yokluğunda duruşma yapılması istisnayı teşkil eder. Bu istisna hazır olmayan sanıklar hakkındaki duruşmalardır. Ancak, gaip hakkında duruşma yapılması istisnası kaldırılmıştır (CMK 244/2).

*2) Sanık hakkında zorla getirme kararı verilmesi (CMK 193/1).*

Sanığın duruşmada hazır bulunması hem bir hak, hem de yükümlölüktür. Eğer sanığın duruşmada hazır bulunmasını mahkeme gerekli görmüş ve bizde artık gıyabi tutuklama kararı veremediği için yakalama emri veya zorla getirme kararı vermişse (CMK 199), bu kararda kişinin “duruşma için çağırıldığı” konusunda bir açıklama yer almalıdır.

Sanığın zorla getirilmesine (CMK 193/2) mahkeme kendiliğinden karar verebilir. Kararların duruşmada verilmesinden önce iki tarafın da (Cumhuriyet savcısı, duruşmada hazır bulunan müdafii, vekil ve diğer ilgililerin) dinlenmesi kuraldır (CMK 33). Ancak, mahkemenin talep olmadan da verebileceği kararlarda tarafların dinlenmesi mecburî değildir. Ancak zorla getirme hususunda bir talep olmuşsa, diğer tarafın dinlenmesi mecburîdir.

Sanığın zorla getirilmesi özel tutuklama olarak da nitelendirilebilir. Duruşmaya gelmemiş olan sanık hakkında, Kanun sadece zorla getirmeyi kabul etmiştir (CMK 193/1). Sanık hazır bulunmaksızın yapılabilen duruşmalarda mahkeme sanığın hazır bulunmasına ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verebilir (CMK 199). Mahkemeye gelen sanığın duruşmanın devamı süresince savuşmasının önüne geçmek için mahkeme “gereken tedbirleri almakla” yetkilendirilmişse de, zorla getirme veya tutuklama kararı verilmesi öngörülmemiştir (CMK 194). Ceza Muhakemesi Kanunu duruşmada bulunmak ödevinden kurtarılan sanığın bizzat bulunmasına lüzum gören mahkeme için de, sadece “zorla getirme” veya “yakalama emri ile getirmeyi” kabul etmiştir (CMK 199).



3) *Sorgu yapmadan davanın gıyapta bitirilebileceği haller*  
(CMK 193/2).

Ferdî savunmadan istisna olarak vazgeçildiği haller de vardır. Bu istisnaî hallerde sanık bizzat savunma makamını işgal etmeyebilir veya kendisini temsil ettirmeyebilir. Bu haller şunlardır: Sanık gaip ise hakkında duruşma açılmazsa da delil ele geçirilmesi veya korunması için gerekli işlemler yapılırken, sanığın müdafii veya kanuni temsilcisi veya eşi hazır bulunabilir, gerekirse mahkemece barodan bir müdafî görevlendirmesi istenir (CMK 244/2 ve 3).

Sanık gaip olmasa da duruşmada hazır değil ise duruşma istisna olarak yapılabilir (CMK 193/2, 194, 195, 196). Bu hallerde sanığın kendisini temsil ettirmemesi, duruşma yapılmasına engel değildir; ancak sanık hazır bulunmasa da müdafî seçmesinin mümkün olduğu ve bu müdafii bütün durumlarda hazır bulunmak yetkisine sahip (CMK 197) olduğu unutulmamalıdır.

Sadece hukukî bakımdan yapılan, dolayısı ile teknik nitelikteki teyviz muhakemesinde eğer duruşma yapılacaksa bu duruşmada sanığın hazır bulunması mecburiyeti yoktur. Hele sanık tutuksa hazır bulunmaya hakkı da yoktur (CMK 299/2). Ancak bu duruşmada, aynı zamanda sanığın temsilcisi olan müdafii hazır bulunabilir (CMK 299/1), bulunmaması da mümkündür.

Sanığın sorgusu yapılmadan davanın gıyapta bitirilebileceği haller (CMK 193/2), beraat kararı yönünden ele alındığında dosya kapsamına göre ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağının anlaşılması hali ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği içtihad edilmiştir (11. CD 18.9.2006, K. 2006–7228; CGK 21.9.1992, K. 1992–236; CGK 12.6.2001, K. 2001–119, CGK 26.6.2001, K. 2001–137).

4) *Sanığın duruşmanın devamı süresince hazır bulunması için alınan tedbirler* (CMK 194/1).

Mahkemeye gelen sanığın duruşmanın devamı süresince savuşmasının önüne geçmek için mahkeme “gereken tedbirleri almakla” yetkilendirilmişse de zorla getirme veya tutuklama kararı verilmesi öngörülmemiştir (CMK 194).

Duruşmadan sanığın savuşmasını önlemek için alınan tedbir bir yakalama veya gözaltına alma değildir, gözaltı daima yakalama üzerine olur. Hâkim kararı ile yapılan hürriyetin kısıtlaması bu nitelikte değildir. Burada hürriyeti kısıtlayan işlem, yakalama olmayıp özel bir tutuklamadır ve hürriyet kısıtlaması durumu da gözaltına alınma olmayıp özel bir tutukluktur.

5) *Davanın sanığın yokluğunda bitirilebileceği haller (CMK 194/2).*

Gaipler hakkında duruşma yapılmaması kuralı 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 oturma gelmezse daha önce sorguya çekilmiş olmak ve artık huzuruna mahkemece ihtiyaç duyulmamak şartıyla sanık hazır olmadan da duruşma bitirilebilir (CMK 194/2).

6) *Yoklukta duruşma.*

CMK 195 uyarınca gelmese de duruşma yapılabilecek istisnaî hallerde yani suç yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektiriyorsa zorla getirme kararı da verilemez.

Oysa duruşmadan bağışık tutulan sanığın zorla getirilmesine mahkeme her zaman karar verebilir (CMK 196). Bunun dışındaki diğer hallerde ise hakim sorguya çekmek için sanığı kaide olarak önce davetiye ile çağırır. Davetiyede gelmezse zorla getirilebileceği de yazılır (CMK 145). Duruşma bakımından da durum aynıdır. Sanık duruşmaya kural olarak davetiye ile çağırılır (CMK 175/2). Bu davetiyede de tutuklu olmayan sanığa mazere-ti olmaksızın gelmediğinde zorla getirilebileceği yazılır (CMK 176/2).

**V- Duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutulma.**

1) *Sanığın duruşmada hazır bulunması temel ilkedir.*

Genel prensip sanığın duruşmada kesintisiz olarak hazır bulunmasıdır. Sanığın duruşmada hazır bulunması ilkesinin istisnalarından biri bağışık (vareste) tutulmadır. Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse mahke-

me sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutabilir (CMK 196/1).

Bağışık tutma duruşmanın vasıtasızlığı kaidesinin istisnalarından olduğu için niyabet gibi duruşma aşamasında ancak zaruret hallerinde kabul edilmelidir.

Bağışık tutma kararını mahkeme verir. Bu kararın verilebilmesi için sanığın mahkemece sorgusunun yapılmış olması gerekir.

Karar istem üzerine verilir. Sanık veya bu konuda yetkilendirilmiş olan müdafii istemde bulunabilirler.

Duruşmadan bağışık tutma kararı duruşma hazırlığında da verilebilir (CMK 196/1).

Kanun alt sınırı beş yıl ve daha fazla olan suçlarda yerinde olarak istinabe suretiyle sorguya çekilmeyi yasaklamıştır (CMK 196/2).

### *2) Müdafii yetkili kılınmış olması gerekir.*

Ceza muhakemesi hukukunda vekaletname kural olarak aranmaz. Ancak bunun istisnaları vardır. Birinci istisna sanığın duruşmadan bağışık tutulmasını talep eden müdafii vekaletnamesinde bu konuda yetkili kılındığına dair açıklık olması gerekir (CMK 196/1).

Bunun dışında kanunyoluna başvurudan vazgeçebilmek için müdafii bu konuda vekaletnamede özel yetkili kılınmış olması gerekir (CMK 266/2).

nc olarak da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yapılırken ya bizzat başvuru yapılmalıdır veya özel yetkili bir vekil aracılığıyla başvuru yapılması kabul edilmiştir.

### *3) Bağışık tutulan sanığın zorla getirilmesi.*

Duruşmadan bağışık tutulan (CMK 196) bir sanığın suç niteliğinde değişiklik nedeniyle duruşmada hazır bulundurulması mecburiyeti ortaya çıkabilir. Sanık duruşmadan bağışık tutulmuş olmasına rağmen, mahkeme sanığın hazır bulunmasını gerekli görüyorsa, sanığın zorla getirme kararı veya yakalama emri ile getirilmesine her zaman karar verebilir (CMK 199).

### *4) Sanığın istinabe suretiyle sorgusu (CMK 196/2).*

Duruşmada hazır bulunmaktan bağışık 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).

Görüldüğü gibi duruşmadan “bağışık” tutulan (CMK 196/2) sanığın sorgusu için istinabe kabul olunduğı halde niyabet kabul olunmamıştır.

Mahkeme huzurunda sorgusu yapılmayan sanığın sorgu tutanağının duruşmada okunması gerekir (CMK 196/3).

#### 5) Görüntülü ve sesli iletişim tekniği ile sorgu (CMK 196/4).

Alenilik ilkesinin bazı sınırları vardır. İlk sınırlama salonun kapasitesidir. Hukuki açıdan da duruşmanın düzenli bir şekilde yapılabilmesi için bazı sınırlamalar yapılabilir. Duruşma salonuna girerken kimlik kontrolü ve silah araması yapılarak da dolaylı bir sınırlama yapılabilmesi mümkündür. Ancak duruşma salonunu mahkemenin her zamanki salonundan daha küçük bir odaya almak suretiyle aleniyetin sınırlandırılması hukuka aykırı olur. Duruşmanın aleni olması “alenen yayınlanması” anlamını taşımaz. Bu nedenle bizde adliye binası içerisinde, adliye binası içerisinde ve dışındaki adli işlemlerin icrası sırasında ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda, her türlü sesli veya görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletler kullanılması yasaktır (CMK 183).

Bununla birlikte video konferans yöntemi ile tanık veya bilirkişi dinlenmesi sırasında (CMK 180/5) ve sanığın aynı yöntemle sorgusu yapılırken, görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılmasına izin verilmiştir (CMK 196/4).

Bu fıkra uyarınca SEGBİS’in kullanılması ile sorgu yapılması imkanı vardır. İstinabe yasağı bulunan hallerde SEGBİS kullanılarak sorgu yapılabilecektir. Video konferans sistemi yüzyüzelik ilkesine uygundur. Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi 5.10.2006 tarihli Marcello Viola/İtalya davasında, başvuranın temyiz aşamasında video konferans ile ifadesinin alınmasını sanığın duruşmada hazır bulunma koşulu gerçekte gerçekleşmiş olduğundan bahisle 6 ncı maddenin ihlal edilmediğini belirtmiştir. Ancak bu halde sanığın müdafii ile CMK 154 görüşmesi yapmasına imkan sağlanmalıdır. Yine SEGBİS sistemi kullanılarak başkalarının duymayacağı bir şekilde sanık ile müdafinin görüşmesi sağlanabilir.

6) *Tutuklu sanıkların durumu (CMK 196/5).*

Bu fıkrada hastalık, disiplin önlemi ya da diğer zorunlu sebeplerle yargılamanın yapıldığı mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir hastane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla hazır bulundurulmasına gerek görülmeven oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Mahkemenin sanığın getirilmemesine karar verebilmesi için müdafii veya sanığın talebine gerek bulunmamaktadır. Mahkeme re'sen karar verebilir. Karar verilebilmesi için herhangi bir sebeple sanık yargılamanın yapıldığı mahkemenin yargı çevresi dışında hastane veya tutukevinde olmalıdır. Bu sebepler maddede sınırlı olarak sayılmamış, hastalık veya disiplin önlemi olabileceği gibi diğer zorunlu sebepler de olabilecektir. Sebeplerin sınırlı olarak belirtilmemesi keyfiliğe yol açabileceğinden eleştirilmelidir. Mehdi Zana davasında AİHM tarafından bu nedenle ihlal kararı verildiği de hatırlanmalıdır.

7) *Yurt dışında bulunan sanıkların durumu.*

Duruşma gününde sanığın yurt dışında olması nedeniyle duruşmada bulunmasının zor olması halinde, duruşma gününden önce ayrıca duruşma açılarak sorgusu yapılabilir (CMK 196/6).

Ancak 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda (CMK 196/2) yurt içinde yapılamayan istinabe, yurt dışında da yapılamaz.

8) *Sanık hazır bulunmasa da, müdafii hazır bulunmaya yetkilidir.*

Sanık gaip olmasa da duruşmada hazır değil ise duruşma istisna olarak yapılabilir (CMK 193/2, 194, 195, 196). Zira sanık hazır bulunmasada müdafii hazır bulunmaya yetkilidir (CMK 197). Sanığın yokluğunda duruşması yapılması kabul edilen istisnaî hallerde duruşmaya aynı zamanda temsilcisi olan müdafii gönderme hakkı kabul edilmekle (CMK 197) sakınca önlenmeye çalışılmıştır. Duruşma bakımından önemli olan ve soruşturmada yapılan bazı hakim işlemlerinde de sanık hazır bulunmak hakkını haizdir. Örneğin keşif ve muayenede duruşmada hazır bulunamayacağından korkulan tanığın dinlenmesinde durum böyledir. Ancak tutuklular, tutuklu buldukları yerdeki mahkeme binası içinde yapılan işlem-

lerden gayrısında hazır bulundurulabilirlerse de bunu hak olarak isteyemezler (CMK 84/5, CGİK 92/2).

9) *Sanığın temsil edilmesi.*

Bu hallerde sanığın kendisini temsil ettirmemesi, duruşma yapılmasına engel değildir; ancak sanık hazır bulunmasa da müdafii seçmesinin mümkün olduğu ve bu müdafii bütün durumlarda hazır bulunmak yetkisi vardır (CMK 197). Bu müdafii aynı zamanda sanığın temsilcisidir. Kanun müdafii sanığı temsil de etmesini sınırlı bazı hallerde kabul etmiştir: mesela arama ve elkoyma işlemlerinde de müdafii sanığı temsil edilebilir. Sanığın mümeyyiz hısımlarından biri de elkoymada onu temsil ve elkoymaya “itiraz” edebilir (CMK 127). Keza sanık bulunmazsa temsilci veya mümeyyiz hısımlarından biri hatta kendisi ile birlikte oturan bir kimse veya komşusu onu aramada temsil edebilir (CMK 127). Müdafii temyiz duruşmasında sanığı temsil eder (CMK 300).

Müdafii temsilciliği, sanığın hazır olmadığı hallerde hazırmış gibi sayılmasını sağlar. Sanık kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya müdafii aracılığı ile temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa artık eski hale getirme isteyemez (CMK 198/2). Karar temsilci müdafie bildirilmişse sanığa ayrıca tebliğ gerekmez.

10) *Sanık hazır bulunmaksızın yapılan duruşmalarda eski hale getirme (CMK 198/1).*

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 getirme istenebilir. Bu istem yargılama makamı kararının ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğu için, kanunyolu niteliğindedir.

Sanık yokluğunda yapılan duruşmada verilen bir karara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde eski hale getirme isteyebilir (CMK 198, 274, 292). Savcı da dar manada kanunyolunda olduğu gibi sanık lehine eski hale getirme isteyebilmelidir. Süresinde dar manada kanunyoluna da, örneğin istinafa (CMK 274) gidilmişse, gerekli işlemler eski hale getirme davası hakkında karar verilinceye kadar durdurulur.

Kanun yolu niteliğindeki eski hale getirme davasının kabulü kararı kesindir. Bu karar üzerine davası kabul olunan kişinin yokluğunda yapılmış olan işlemler yeniden yapılır, yani yenilenir. Kesin olan bu karar geri alınıp eski hale getirme davasının reddine karar verilemez.

Eski hale getirmenin uygulanabildiği diğer bir hal, kaçaklarla ilgilidir. Kaçak durumunda olan kişi hakkında yapılan işlemden gerçekten haberdar olmamışsa, yani kaçak durumuna düştüğünü bilmiyorsa, eski hale getirme yolu bu kişi ağısından da açık olmalıdır.

*11) Duruşmadan bağışık tutulan veya temsil edilen sanık eski hale getirme isteyemez.*

Sanık kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya müdafii aracılığı ile temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa artık eski hale getirme isteyemez (CMK 198/2). Zira müdafii temsilciliği, sanığın hazır olmadığı hallerde hazırmış gibi sayılmasını sağlar. Sanığın vekil marifetiyle temsili kabul edilen hallerde sanık yerine temsilcisi sorguya çekilmelidir.

#### **VI- Sanığ duruşmaya getirmek için yakalama emri verilmesi.**

Yakalama emri prensip olarak sadece soruşturma evresinde verilebilir (CMK 98/1). Bu kuralın birinci istisnası, CMK 98/3 maddede kaçak sanık ağısından 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 ikinci istisna, CMK 199/1 ile düzenlenmiştir: gıyabi tutuklama kararı verilmesi prensip olarak yasaklandığı için “duruşma başladıktan 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 kağıdı 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 yakala-

ma emrine ve gıyabi 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. Hakimlik makamı tarafından verildiğinde bu “yakalama emrine” karşı da itiraz yolu açıktır (CMK 267). Fakat mahkeme tarafından verildiğinde kanunda açık bir düzenleme yer almadığı için itiraz yoluna gidilemez.

### **VII– Sanığın duruşma salonundan çıkarılması kararı.**

Mahkeme başkanı veya hakim duruşmayı yöneteceği için (CMK 192), tanığın sanığın yüzüne karşı gerçeği söylemeyeceğinden endişe ederse o sanığın salondan çıkarılmasına karar verebilir (CMK 200/1).

Soruşturma evresinde de duruşma sırasında hazır bulunmayacağı anlaşılan tanık veya bilirkişinin dinlenmesi sırasında (CMK 84/2) gerçeğe uygun beyanda bulunmasına sanığın huzuru mani olacaksa, kovuşturmada olduğu gibi (CMK 200/1) sanığın hazır bulunmamasına karar verilebilir. Ancak tanık dinlenmesi sırasında müdafî hazır bulunabilir.

Sanık tekrar duruşmaya getirildiğinde yokluğunda yapılan işlemlerin tutanakları okunur ve gerekiyorsa, içeriği anlatılır. Uygulamada okundu denilip okunmadığı görülmektedir. Böyle bir yöntemin savunma hakkını kısıtladığı açıktır. Hazır bulunmadığı sırada yapılan işler sanığa bildirilir (CMK 200/2).

### **VIII– Tercüman bulundurulacak haller (CMK 202).**

#### *1) Muhakemenin dili.*

Ceza muhakemesi hukukunda işlemlerin maddî unsurunun şekle ait genel şartlarından biri de dile ilişkindir. Muhakeme işlemlerinde Türkçe kullanılması mecburîdir, zira resmî dil Türkçedir (Any. 3/1).

Kanun sadece duruşmada tercüman kullanılması lüzumundan bahsetmiştir. Bu da gösteriyor ki bütün işlemler Türkçe yapılacaktır ve sanık Türkçe bilmiyorsa, en azından savcının ve müdafîin son iddia ve müdafaalarının neticeleri kendisine anlatılacak (CMK 202), sanık tercüman marifetiyle sorguya çekilecektir.

Diğer işlemler konusunda da tercüme zarureti doğabilir. Türkçe bilme-



yen tanıklar metnin tekrarı suretiyle yemin edileceğine göre (CMK 56), tercümanın hazırlayacağı metni tekrar etmelidirler. Tercümanın da türçüme yi doğru yapacağı yolunda yemin etmesi gerekecektir. Türkçe bilmeyen tanıklar ile sağır ve dilsizler hakkında tercüman kullanılmalıdır (CMK 56/2).

Yabancıların yakalanması halinde haklarının da tercüman aracılığı ile bildirilmesi gerekir. Yabancı nın konsolosluğuna da haber verilmesi gerekir. Sanık savunmasını tercüman vasıtasıyla yapmışsa son sözü de tercümanla sorulmalıdır.

*2) Tercümanın görevlendirilmesi (CMK 202/1).*

Maddede sanık veya mağdura tercüman atanması, bunların meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmemesine bağlı tutulmuştur. Bu hususu takdir edecek olan mahkeme olup ilgisine iddia ve savunmanın esaslı noktalarının tercüme edilmesi yeterli görülmüştür. Fıkırada hem sanık hem de mağdur için tercüman atanması düzenlenerek silahlarda eşitlik ilkesi sağlanmak istenmiştir.

Belirtilen türçüme yi yapacak olan tercüman bilirkişi niteliğinde olduğundan görevini yapmadan önce yemin etmelidir.

*3) Engelli sanıkların tercümanı (CMK 202/2).*

Maddenin 2. fıkrasında engelli olan sanık veya mağdura iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların anlayabilecekleri biçimde anlatılması gereği düzenlenmektedir. Örneğin sağır–dilsiz olan sanık veya mağdura işaret dili ile anlatılması gerekmektedir. Bu hususlar okuma yazması olan sağır–dilsiz sanık veya mağdura yazılı olarak da anlatılabilir.

*4) Tercümana ödenen ücret (CMK 202/3).*

Ceza muhakemesi bir çok giderlere yol açar. Tanıklara, bilirkişilere, tercümanlara posta giderleri, Harçlar Kanununa göre ödenen yol giderleri, avukat ücretleri muhakeme giderlerindedir. Muhakeme giderlerinin kime ve nasıl yükletileceğini kanun düzenlemiştir (CMK 324–330). Temel ilke şudur: Haksız çıkan taraf, haklı olan tarafın dava yüzünden uğradığı zararı öder.

5) Sanığın istemi üzerine görevlendirilen yardımcı tercüman  
(CMK 202/4).

Maddeye 24.01.2013 tarih ve 6411 sayılı Kanunla eklenen 4. fıkraya göre, sanık meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilse dahi fıkradaki koşullarla kendisine tercüman atanabilecektir. Sanık iddianamenin okunması ve/veya esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine savunma yapmak istediği takdirde tercümanın yardımından yararlanacaktır. Bu halde tercüman atanması sanığın istemi üzerine olmaktadır. Zira sanık Türkçe meramını anlatabilecek olmasına rağmen başka bir dilde sözlü savunmasını daha iyi yapabileceğini iddia etmektedir.

6) Tercüman listeleri (CMK 202/5).

Maddeye 24.01.2013 tarih ve 6411 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrada tercümanlık yapabileceklerin nasıl seçileceği belirtilmektedir. Buna göre tercümanlar, il adli yargı adalet komisyonlarınca her yıl düzenlenen listede belirtilecektir. Tercüman görevlendirecek Cumhuriyet savcısı veya hakim bu listelerde belirtilen kişilerden seçmek durumundadır. Ancak Cumhuriyet savcıları ve hakimler yalnız buldukları il bakımından oluşturulmuş listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de tercüman seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenecektir.

## § 32– DELİLLERİN ORTAYA KONULMASI

### I– Delillerin ortaya konulması.

1) “Delillerin ortaya konması” ve delil ikamesi istemi.

Duruşmada bütün delillerin ortaya konması ve taraflarca tartışılması gerekir (CMK 217/1). Bunun için, önce bu delilin ortaya konulmasının mahkemece kabul edilmesi gerekir.

2) Ceza muhakemesinde re’sen araştırma ilkesinin korunup korunmadığı sorunu.

Ceza Muhakemesi Kanunu ortaya konması istenilen delil demek suretiyle, mahkeme ve başkan dışındaki sùjelerin delil ikamesi istemlerini düzen-

lemiş, ancak mahkemenin re’sen delil araştırabileceğini söylememiştir.

Ceza muhakemesinin gayesi maddi gerçeğin araştırılması olduğu için hakim tarafların delilleriyle bağlı tutulamaz.<sup>110</sup> Bununla birlikte Kanun soruşturma evresinde hakime delil araştırma ödevini vermiş (CMK 163) iken (savcı da soruşturma evresinde delil toplamakla hem lehte hem aleyhte araştırma yapmakla maddi gerçeğin araştırılmasına yardım etmekle ödevlidir; CMK 160/2), kovuşturma evresinde mahkemeye re’sen delil toplama hakkını açıkca vermemiştir (CMK 206). CMUK 237/son fıkraya mahkemenin re’sen delil toplaması hususunu düzenlemiştirken bu fıkraya CMK’ya alınmamıştır.

Bununla birlikte CMK da mahkemenin doğrudan delil araştırabileceğini gösteren başka maddeler vardır. Mesela keşif, esas hakkında hüküm verecek olan hakimin maddi olgunun mahkeme salonuna getirilemeyen kısımları hakkında beş duyusu ile bizzat bilgi edinmesini sağlayan bir kurumdur. Hakimin keşif yapmasını düzenleyen CMK 83, aslında delillerin doğrudan doğrusyalığını garanti altına almıştır.

Bu nedenle Cumhuriyet savcısının keşif yapması istisnadır ve sadece “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” kabul edilebilir. Gerçekten Yargıtay 9 CD’nin isabetli olarak belirttiği gibi, gecikmede tehlike yoksa Cumhuriyet savcısının keşif yapma yetkisi yoktur. Yetkisi bulunmadığı halde Cumhuriyet 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 sayılmaktadır. 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 hakiminin en azından keşif yaparak duruşmada maddi gerçeği kendiliğinden araştırabileceği görüşündeyiz.

---

<sup>110</sup> Ancak Özbek’e göre, Yeni CMK sistemimizde halen hakim re’sen delil araştırabilmektedir. Bu bakımdan anglosakson sisteminden farklılaşır (Özbek 2005, 752).

3) Ortaya konulması istenilen delilin reddi sebepleri: kanuna aykırı olarak elde edilme (CMK 206/2-a).

Sanık delil toplanmasını isteyebilirse de (CMK 177) haklı sebepleri varsa başkan bu talebi reddedebilir (CMK 206/2). Kanun ortaya konulması istenilen bir delilin a) kanuna aykırı olarak elde edildiği b) ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi bulunmadığı, c) delil ikamesi isteminin sadece davayı uzatmak maksadıyla yapıldığı hallerde, delil ortaya koyma isteminin reddedilmesini kabul etmiştir.

Sanık da başkan'dan davetini isteyip de reddolunan tanıkları doğrudan doğruya davet ettirilebileceği gibi dilekçe vermeden de yanında duruşmaya getirilebilir. Demek ki sanığın beraberinde getirdiği tanıklar ve uzmanları, davet edilmiş tanık ve uzmanlar gibidir, yani bunların davet edilen tanık ve uzmandan farkı yoktur. O halde bunların da dinlenmesi mecburîdir. Meğer ki haklı ret sebebi (CMK 206/2) söz konusu olsun.

Mahkeme bir delilin ortaya konması isteğini ancak haklı sebeplerle reddedebilir. Kanun (CMK 206/1) bu sebepleri üçe<sup>111</sup> indirmiştir:

1) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse; (mahkeme sanığa yüklenen suçu, "hukuka uygun" bir şekilde elde edilmiş her türlü delille sabit görebilir (CMK 217/2),

2) Delil ile ispat edilmek istenen olayın karara etkisi yoksa,

3) İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa.

"Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği" Anayasa'da (Any. 38/6) ve "suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispat edileceği" Kanunda (CMK 217/2) belirtilmiştir.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> Mülga CMUK 238. madde, 1973 den sonra, 7 red sebebi göstermekte idi. 1) Ortaya konulmasını kanunun kabul etmediği bir delil mesela, polisteki ikrarın okunması (CMUK 247) istenmişse (kanun tabiri ile delil ikamesi kanun hükümleri mucibince caiz değilse), 2) Herkes tarafından bilindiği için ispat edilmek istenen hususun ispatına yer görülmezse (kanunun tabiri ile delilin belli açık bir hususa taallüku itibariyle ikamesi lüzumsuzsa), 3) Delil ile ispat edilmek istenen olayın karara tesiri yoksa veya sanık lehine evvelce sabit olmuş bir duruma ilişkin ise 4) Delil hiç bir surette maksada elverişli değilse, 5) Delilin elde edilmesi imkanı yoksa, 6) İstek işi uzatmak maksadı ile yapılmışsa, 7) Sanığın beraatını ispat edecek önemli bir iddia ileri sürülüp de bu iddiada bildirilen olay gerçeğe uygun olarak kabul edilebilecek mahiyette ise.

<sup>112</sup> Çınar (Ali Rıza): Hukuka Aykırı Kanıtlar; Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 55 Kasım-Aralık 2004; Ceza yargılamasında hukuka aykırı olmadığı sürece her şey delil olarak kabul edilebilir. Hukuka uygun olmaktan anlaşılan delilin hukuk sisteminin tamamı gözetilerek geçerli olma-

Ayrıca “kanuna aykırı olarak elde edilen delilin” duruşma sırasında ortaya konmayacağı hakkında açık bir hüküm vazedilmiştir: bu gibi bir halde delil ikamesi talebi reddolunacaktır (CMK 206/1-a).

“Kanuna aykırı olarak elde edilen” bulgu veya deliller, Anayasa’da (Any. 38/6) ve Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK 206/2–a, 230) düzenlenmiş, Ceza Muhakemesi Kanunu “özel yetkiyi” gerektiren “delil elde etme yöntemlerini” göstermiş ve “kanuna” aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delillerin duruşmada ortaya konulmasını yasaklamıştır.

“Hukuk Devleti” tarafından yapılan bir ceza muhakemesinde, somut bir delilin hüküm verilirken kullanılabilmesi için “hukuka uygun” yöntemlerle elde edilmiş olması gerekir: yüklenen suçun, sadece “hukuka uygun” bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilmesi mecburiyeti getirilmiştir (CMK 217/2).

Görüldüğü gibi, “kanuna aykırı” ve “hukuka uygun” kavramları üzerinde durmak gerekmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu “kanuna aykırı olarak elde edilen delilin” duruşmada ikame edilmesini (CMK 206/2–a) yasaklarken, hüküm verirken “hukuka uygun delil” kullanılması mecburiyeti (CMK 217/2) ihdas etmiştir. Doktrinde “mutlak değerlendirme yasağı” olarak nitelendirilen CMK 217/2, Anayasa’nın 38/6 maddesindeki ilkeleri Ceza Muhakemesi Kanununa yansıtmıştır.<sup>113</sup>

Hukuka uygun deliller konusunda ayrıntılı açıklamalar için CMK 217/2 altına bakınız.

4) *İspata elverişli olmayan bir delilin ortaya konmasının reddi*  
(CMK 206/2–b).

İspatına 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 sıdır. Ceza yargılamasında araştırma mutlak ve sınırsız değildir. Sanığın ve diğer yargı sùjelerinin kişisel ve toplumsal değerleri korunmalıdır. Özel kişilerce hukuka aykırı şekilde elde edilen bulgular, 2001 yılında Anayasının 38. maddesinde yapılan değişiklik ışığında değerlendirilerek, kanıt olarak kabul edilmemelidir.

<sup>113</sup> Öztürk (2009, 370) “hukuka aykırılık” ile “kanuna aykırılık” kavramlarının karıştırılmaması gerektiğini vurgulamakta ve “hukuka aykırılığın” “haklara aykırılık” olduğunu belirterek, hak ihlali yoksa, hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğini yerinde olarak ortaya koymakta ve Anayasa’nın da “kanuna aykırılık” terimini kullandığına (Any. 38/6) dikkat çekmektedir.

olmalıdır (CMK 206/2-b).

İspat konusu meselesi, neyin ispat edileceği, neyin ispata ihtiyacı olmadığı meselesidir.

Ceza muhakemesinin gayesi bir olaya ilişkin gerçeğin araştırılmasıdır. Hatta bir hukuk normunun mevcudiyetini ispat da bahis konusu olsa yine mevcudiyet “olay”ı ispat edilmektedir.

Medenî muhakemede sadece tarafların uyuşmadıkları olaylar ispata konu teşkil ettiği halde, ceza muhakemesinde tarafların uyuştukları hususlar da ispata konu teşkil edebilirler.

Belli bir davada ispat konusuna ilişkin olmayan delillerle hakimler uğraştırılmamalıdır. Karara tesiri olmayan olaylara ait delillerin reddedilmesi (CMK 206/2-b) bunun içindir.

İspat edilmesi gereken olay şüpheli olaydır. Besbellilik (bedahet, evidanza, évidence) ispata muhtaç değildir. Mesela bir adam konuşuyorsa canlı olduğunu ispat lüzumsuzdur. Besbelli (bedihî, aşikar) olan hususlarda hakim delilleri takdir hakkı yoktur. Hakim takdir hakkı şüpheli hususlardadır. Bunun içindir ki besbelliliğin nazara alınmaması Yargıtay tarafından kontrol edilebilir.

İddianın sabit olması Muhakeme Hukukunun prensiplerindedir. Ceza Muhakemesinde de bu prensip carîdir. Bulunabilen delillerin bütünü sanığın mahkûm olması için gerekli şartların bulunduğu kanaatını hakime verirse hakim sanığı mahkûm eder. Sanığın beraat etmesi için gerekli şartların bulunduğu sabit olması mümkündür, fakat beraat için şart değildir. Sanığın mahkûm olması için gerekli şartların bulunmadığı kanaatına vardığı takdirde dahi hakim sanığı beraat ettirecektir. Görülüyor ki müdafanın sabit olması şart değildir. Zaten suçsuzluğun ispatı, her olumsuz olayda olduğu gibi, “alibi” (suç anında başka yerde olmaklık) gibi pek nadir istisnalar hariç, mümkün de değildir.

Müdafaanın ispata ihtiyacı olmaması prensibinin istisnası vardır: Sanık aleyhine kabul edilmiş kanunî karine varsa, beraat için bu karine çürütme li, yani müdafaa sabit olmalıdır.

Daha önce ispat edilmiş bir hususun ispatına da kaide olarak ihtiyaç olmamak gerekir. Bu gerekiş yargı otoritesinin sonuçlarından biridir. Fakat bazı istisnalar da gerekebilir:

a) Diğer mahkeme ceza mahkemesi değilse, bir istisna gerekir. Gerçekten şeklî hakikat ile yetinen bir muhakeme (mesela medenî muhakeme) sonunda verilen kararın olayı, maddî hakikat arayan ceza hakimi gibi belirlemiş olacağı muhakkak değildir. Zaten ceza muhakemesi diğer mahkemece belirlenecek olay hakkında kural olarak, nisbî muhakeme yapmakta cezadaki kaidelere göre olayı belirlemede, istisna olarak birleştirerek muhakeme cihetine gitmektedir.

şu halde daha önce verilmiş kararda da aynı şekilde hareket eder. Hukuk veya idare mahkemesinin olayı tam belirlediğine kanaat getirirse artık o konunun ceza mahkemesinde ispatına ihtiyaç duymaz. Meğer ki 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 lazımdır. İstisna olarak bekletici mesele sayma mecburiyeti olan hallerde de nisbî muhakeme yapması kabul edilmeyen ceza hakiminin ceza-dışđı hakim kararını 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 dava vardır. “Ne bis in idem” nedeniyle bu dava reddedilmedikçe, görülmesi ve sanık aleyhine sabit oluşun isabetli olup olmadığının araştırılması gerekir.

Daha önce sabit görülmemiş hususun ispata ihtiyacı olmaması kuralı, aynı mahkeme ve aynı dava bakımından da söz konusu olabilir. Bu demektir ki mahkeme bir hususu sabit görmüşse geri kalan ve önemini kaybeden delillere başvurmayabilecektir.

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.

CMK 135/4 ile düzenlenen bu işlem “amaca bağlıdır”. İşlemin amacı şüpheli veya sanığın yakalanmasını sağlamaktır. Yakalamayı sağlamak dışında delil olarak kullanılamaz, zira failin suçü işledikten sonra nerede yakalandığı, suçun ispatı açısından önemli olmayabilir, yani “ispat edilmek istenen olayın karara etkisi yoktur” (CMK 206/2-b).

5) *Sadece muhakemeyi uzatmak için ikame edilen delilin ortaya konmasının reddi (CMK 206/2-c).*

Ceza Muhakemesi Kanunu temel ilkelere göre şekillendirilen muhakeme açısından bu hakların kötüye kullanılmasını önleyici prensip ve kural-lara da yer vermiştir. Örneğin duruşma sırasında soru sorma hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi amacı ile delil ikamesi talebinin reddi kabul edilmiştir (CMK 206). Aynı ilke kanunyoluna başvurma hakkı bakımından da geçerlidir.

6) *Delilin ortaya konmasının reddi kararının gerekçesinin yazılması mecburiyeti.*

Delilin ortaya konması isteminin reddi kararı gerekçeli olmalıdır. Gerekçe konusunda iki sistem düşünülebilir: ya gerekçe göstermenin yararının mecburiyeti kaide olur, göstermeme istisnayı teşkil eder ve özel düzenlemelere bırakılır. Yahut “zararlı tarafı genel olarak daha fazla” denilerek göstermeme kural, gösterme ise istisna olur. Almanya’da bugün de uygulanan sistem bu ikincisidir. Kural kanunda açıkça gösterilmemiştir ama istisnaların kanunda bir bir belirtilmesi, bunu dolaylı olarak düzenlemektedir.

Bizde kural gerekçe göstermektir. Kanunların değişmemiş diğer maddelerindeki özel düzenlemeler farklı oldukları ölçüde istisnaları oluşturur. Aynı şekilde özel durumlar gerekçe göstermemeyi gerektiriyorsa yeni özel normlarla istisnalar elbet kabul edilebilecektir. Mesela cezaların ertelenmesi isteğinin reddi kararında durum böyledir, zira kanun sadece cezaların ertelenmesi halinde sebebin gösterilmesini aramakla (TCK 51/1) ret kararında aramadığını belirtmiştir. Onda da arasaydı elbet onu da gösterirdi. Delillerin ortaya konmasının kabulü kararı (CMK 206/1) da böyledir: Kanun ortaya koyma talebinin reddi sebeplerini tek tek yazmış (CMK 206/2) ve “reddilen delillerin belirtilmesini”, ikamesi red edilen, 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.



7) *Delilin ortaya konmasından vazgeçilmesi (CMK 206/3).*

Ortaya konması kabul edilen bir delilden, Cumhuriyet savcısı ile sanık veya müdafii birlikte rıza göstererek vazgeçerlerse (CMK 206/3), delil duruşmada ikame edilmeyebilir.

Bu nedenle ortaya konulması kabul edilmiş olan bir delilden, sanık ve savcı, varsa katılanlar, bir kelime ile taraflar istemiş olmadıkça mahkeme kendiliğinden vazgeçemez.

Ancak böyle bir ittifak varsa, mahkeme vazgeçmeye mecbur değildir. Bu vazgeçme, o delilin hakikatın meydana çıkarılmasında önemli olmadığının üç muhakeme makamı tarafından da kabulü demektir. Mesela sanığın ikrarı samimi ise daha doğrusu karşı tarafa ve hakime samimî olduğu kanısını vermişse, duruşmayı başka bir oturuma bıraktıracak diğer delillerden vazgeçmek işleri sakıncasız olarak çabuklaştıracaktır.

Yoklamanın amacı duruşmaya ara verme hususunda beyanda bulunmak üzere ilgililere fırsat vermektir. Zira taraflar ittifak ederlerse mahkeme bir delilden vazgeçebilir (CMK 206/3) ve duruşma başlayabilir. Yoklamadan sonra sadece tanıklar salondan çıkarılacak ve sıraları geldikçe birer birer içeri alınacaktır (CMK 191/2). Her tanık ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir (CMK 52).

Başkan tanıkların, bilirkişinin ve uzmanın yoklamasını yaparak, ilgililere “duruşmaya ara verme” hususunda talepte bulunma imkanı verir. Taraflar ittifak ederlerse mahkeme bir tanığın dinlenmesinden veya bir delilin ortaya konulmasından vazgeçebilir (CMK 206/3).

8) *Delil veya olayın geç bildirilmesi red sebebi olmaz (CMK 207).*

Bir tanığın, bilirkişinin veya uzmanın daveti veya bir diğer delilin ortaya konması duruşma sırasında da hüküm tefhimine başlanmadan önce olmak şartı ile istenebilir. Mahkeme böylece bir delilin ortaya konulması hakkındaki isteğin kabul olunması veya reddedilmesi hususunda bir karar verir. Maddî gerçek arandığı için bir delilin ortaya konmasına müsaade edilmesi kuralı teşkil eder ve bir delilin ortaya konulmasını istemede gecikme isteğin reddine sebep teşkil etmez (CMK 207).

Duruşma sırasında “delil toplanması” istenirse bunun duruşma sırasında “ortaya konulması” konusunda da bir karar vermek gerekir.

Hükmün tefhimine kadar tanık ikame edilebilir, yani “delil toplanması” (ve sonra ortaya konulması) istenebilir (CMK 207). Ancak dinlenecek tanık veya uzmanın ismi karşı tarafa geç bildirilmişse duruşmaya ara verilmesini isteyebilme hakkı (mülga CMUK 239/2), yeni Kanunda kabul edilmemiştir. Mülga Kanunda duruşmaya çağırılmış ve gelmiş olan tanık ve bilirkişilerin isim ve adreslerinin kendisine geç bildirilmesi halinde de sanık ara verme istiyebiliyordu (CMUK 239). Yeni Kanun bu hükmü de almadı (CMK 207). Bizce bu hak da kıyas yolu ile hatırlatılmalıdır.

9) *Mazeretsiz gelmeyen sanığın yokluğunda ortaya konulan deliller (CMK 206/1, cü 2).*

Çağırılan günde sanığın gelmemesi ve dolayısıyla sorguya çekilememesi halinde gelmiş olan tanık ve bilirkişinin dinlenmesine ilişkin hüküm 5271 sayılı Kanuna ilk önce alınmamışken 2005–5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle Kanuna (CMK 206/1) alınmıştır: “Tebliğata rağmen sanığın mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya 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. Zira deliller ancak duruşmada ikame edilir, daha doğrusu ortaya konulur. Duruşma yapılamıyorsa delilin ortaya konması da mantık gereği mümkün olamaz.

10) *Tanığın duruşma salonundan ayrılması (CMK 208).*

Dinlenen sanıklar toplu mahkemelerde başkanın, tek hakimli mahkemeler de ise hakimin izni ile duruşma salonundan çıkabilirler. Başkan veya hakim, Cumhuriyet savcısı veya tarafların tanığa soru sormak istemedikleri takdirde tanığın salondan çıkmasına izin verir.

Tanığın duruşma salonundan izinle çıkmasının sebebi tanıkların birbirleri ile görüşmelerini, konuşmalarını engellemektir, ayrıca tanık beyanları arasında çelişki varsa başkan veya hakim tanıkların yüzleştirmesi yoluna

da gidebilir.

Benzer Şekilde CMK 68/2 gereğince bilirkişilerin de ancak başkan veya hakimnin izni ile duruşma salonundan ayrılabilirler.

## **II- Duruşmada okunması zorunlu olan belgeler (CMK 209/1).**

### *1) Duruşmada delil ortaya koyma ve belge okuma konusunda genel bilgiler.*

Mahkeme hųkųm verirken kullanacađı delilleri “duruŐmada bizzat ųđrenmesi” gerekir, zira hakim, kararını ancak duruŐmaya getirilmiŐ ve huzurunda tartıŐılmıŐ delillere dayandırabilir. Bu deliller hakimnin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir (CMK 217/1).

Mahkemenin; yargılayacağı olay, olayın tanıkları, sanık ve tųm deliller ile doğrudan doğruya temasa geğmesi gerekir. Suđ fiili hakkında doğrudan algıladığı bilgileri olan kiŐiler (tanıklar) duruŐmada bizzat dinlenirler, daha ųnce alınmıŐ olan ifadelerinin okunması kabul edilemez (CMK 210/1). Tanığın “baŐkasından duyduğu” bir olayı anlatması (hear-say) yastaktır. Fakat, “suđ fiilini en yakından ispat eden delil (Sachnächste Beweismittel) kullanılır” Őeklinde bir “genel kural” da kabul edilmediği iđin, olayı kendisi algılamıŐ olmayan, fakat algılayan kiŐiden dinlemiŐ olan kiŐinin tanıklığı da, Avrupa Hukukunda, ilke olarak, geğerlidir. Ancak delillerin doğrudan doğrualığı kuralının geniŐ kapsamlı istisnaları da vardır (CMK 209, 211, 212, 213, 214).

Delillerin duruŐmada ortaya nasıl konulacađını kanunlar dųzenlemiŐtir. Ortaya konulma ųç Őekilde olur: 1) ya tanıđın, bilirkiŐinin veya uzmanın sųyleyeceklerini ađıklaması imkânının verilmesi Őeklinde gerđekleŐir, buna tanıđın, bilirkiŐinin veya uzmanın dinlenmesi denilir (CMK 209), 2) yahut yazılı bir belgenin okunması suretiyle muhtevası herkesin bilgisine sunulur (CMK 211 vd), 3) yahut sųbutla ilgili herhangi bir eŐyanın, ųrneđin kullanılan tabancanın ilgililere tetkik etmeleri iđin gųsterilmesi Őeklinde olur.

Delillerin mųŐterekliđi prensibi geređince, delillerin duruŐmada ortaya, yani kollektif hųkme iŐtirak edenlerin hepsinin ųnųne, konulması iđin, “ortaya konulmasının ųnce kabul edilmesi” lâzımdır.

*2) Delilin sağlamlığı.*

Delilin olayın bir parçası olması gerekir. Olayın bir parçasını temsil etmiyorsa, bir diğer söyleyişle aksettirmiyorsa, o şeyin delil değeri yok demektir, delilden söz edilmemek gerekir. Temsil edici olmanın ilk şartı, delilin sağlam yani güvenilir olmasıdır.

Kural olarak, bunu hâkim araştırır, sağlam görmediğini kabul etmez. Fakat kanunkoyucu da güvenilemeyeceğini kestirebildiği şeylerin delil olmayacağını önceden belirtebilir.

*3) Naip veya istinabe yolu ile yapılan sorgu tutanağı.*

Sanığın sorgusunun istinabe yolu ile yapılmasının kabul edildiği suçlar-  
da, hazırlanan tutanağın duruşmada delil olarak okunması mümkündür.

*4) Naip veya istinabe yolu ile dinlenen tanık ifadesinin tutanağı.*

Tanıkların istinabe yolu ile ifadelerinin alınması durumunda, bunların tutanakları duruşmada okunur.

*5) Muayene tutanakları.*

Kanun muayene yapılmasını kabul etmiştir. Bu gibi hallerde muayene tutanağı duruşmada delil olarak okunur.

*6) Keşif tutanakları.*

Keşif, duruşmanın olay yerinde yapılması gibidir. Bu nedenle, keşif sırasında tutulan tutanak duruşmada delil olarak okunur.

*7) Delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar.*

Duruşmanın doğrudan doğruyalığı ve sözlülük ilkeleri nedeni ile diğer belgeler ve yazılar kavramını dar anlamak gerekir. Mesela iyi hal belgele-  
rine mülga kanunkoyucu güvenmemiştir (CMUK 249). Ancak Kanun diğer belgelerin duruşmada okunacağını kabul etmiştir (CMK 209). Yabancı ülkelerden getirilen soruşturma evrakı da okunmaktadır.

Elde edilmesinin imkânsız olmamasına ilişkin düzenleme (CMUK 238'e) yeni Kanuna alınmamıştır.

8) *Adli sicil özetleri.*

Adli sicil özetleri sanığın işlediği iddia edilen suçun delili değildir. Bu nedenle, ancak suçluluğun belirlenmesinden sonra, yaptırımın belirlenmesi sırasında önem kazanır. Adli sicil kayıtlarının daha önce ortaya konması, adil yargılanama hakkını ihlal edebilir.

9) *Sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgeler.*

Sanık veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgeler de duruşmada okunabilir, ancak mahkeme kapalı oturum yapılmasına karar verilebilir.

10) *Kişisel verilerin yer aldığı belgelerin kapalı oturumda okunması kararı (CMK 209/2).*

Mağdura veya sanığa ilişkin kişisel verilerin kapalı duruşmada okunması için, bunların talepleri gerekir.

Talep üzerine mahkemenin takdir yetkisi vardır. Örneğin sanık veya mağdurun belli bir hastalığının olduğuna ilişkin belgenin kapalı duruşmada okunmasına karar verilebilir.

### **III- Tanığın duruşmada dinlenmesi mecburiyeti ve istisnaları.**

1) *Tanığın duruşmada dinlenmesi mecburiyeti.*

Mahkemenin; yargılayacağı olay, olayın tanıkları, sanık ve tüm deliller ile doğrudan doğruya temasa geçmesi gerekir. Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir (CMK 217/1). Bu nedenle, suç fiili hakkında doğrudan algıladığı bilgileri olan kişiler (tanıklar) duruşmada bizzat dinlenirler; daha önce alınmış olan ifadelerinin okunması kabul edilemez (CMK 210/1).

Ancak bu kuralın geniş kapsamlı istisnaları da vardır (CMK 209, 211, 212, 213, 214).

2) *Tanıklıktan çekinen tanığın “önceki ifadesinin” okunması yasağı (CMK 210/2).*

Tanığın bazı hallerde beyandan çekinme yetkisi vardır ve bu yetki hâkim tarafından tanığa bildirilir (CMK 45/3). Tanık isterse, yetkisini hiç

kullanmayabilir, isterse beyana başladıktan sonra da kullanabilir.

Ancak, soruşturma evresinde beyanda bulunduktan sonra, kovuşturma evresine gelindiğinde, duruşmada çekinme yetkisini kullanan kimsenin, evvelce verdiği beyanlar da duruşmada okunamaz (CMK 210/2).

Görüldüğü gibi, burada duruşmadan önce dinlenip de, duruşmada çekinme yetkisini kullanan tanığın, daha önceki beyanını veya ifadesini ihtiva eden tutanakların duruşmada okunamaması ile bir delil yasağı yaratılmıştır.

Eski beyanı veya ifadeyi alan kimseler dahi, tanık sıfatı ile dinlenemez. Bu konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Unterpertinger kararına konu teşkil etmiştir. 14 Ağustos 1979 tarihinde Bay Unterpertinger karısı ve üvey kızı tarafından dövüldüğü için şikayette bulunmuş ve Bayan Unterpertinger şüpheli sıfatı ile ifade vermiştir. Daha sonra, Bayan Unterpertinger 9 Eylül 1979 tarihinde gerçekleştiğini iddia ederek, 14 Eylül tarihinde, kocasının eve sarhoş geldiğini kendisini dövüğüğünü ihbar etmiş ve jandarmaya bu konuda ifade vermiştir (§ 12). Savcılıkta ve mahkemede, CMK 210/2 karşılığı hüküm gereğince, tanıklıktan çekinmiş ve bu nedenle mahkeme tarafından dinlenilmemiştir. Bununla birlikte, mahkeme, şüpheli sıfatı ile verdiği ilk ifadeyi ve polise şikayet için verdiği ikinci ifadeyi duruşmada okutmuş ve diğer delillerle birlikte Bay Unterpertinger'i mahkum etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilgililerin poliste alınan ifadelerinin duruşmada okunması ve bunların hüküm verirken delil olarak kullanılması neticesinde, sanığın kendisi aleyhindeki tanıklara soru sorma hakkının (6/3–d) ihlal edildiğine ve bu nedenle de, adil yargılanmadığına (6/1) karar vermiştir (§ 33).

### 3) Tanığın duruşmada dinlenmesi kuralının istisnaları.

a) *Ölüm, akıl hastalığı veya bulunduğu yerin öğrenilememesi halinde, duruşmada okunabilen tanık veya sanığın suç ortağının önceki ifadesinin tutanağı veya yazdığı yazı (CMK 211/1-a).*

Kanun çok istisnai bazı hallerde belli belgelerin duruşmada okunmasına izin vermiştir. Bu yöntem yazılı bir belgenin okunması suretiyle muhtevası herkesin bilgisine sunulması demek olup, delillerin ortaya konmasının bir türüdür.

Bazı hallerde (CMK 211) ilgili kişi dinlenmeden, okuma ile yetinilebilir. Yetinmeyi gerektiren sebepler ile ilgilinin evvelce yeminle dinlenmiş olup olmadığı, kararda gösterilir. Ancak, okuma ile yetinme hakkındaki hükümler, yemin lüzumu hakkındaki hükümleri değiştirmemektedir (CMK 211).<sup>114</sup> Bu sebeple, evvelce faraza küçüklük sebebi ile yeminsiz dinlenen kimse 15 yaşını doldurmuş ise yemin verdirerek yeniden dinlenmelidir.

Bir tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş veya bulunduğu yer ğrenilememiş olursa, önceki beyanını havi tutanağın okunması ile yetinilir (CMK 211/1–a).

Evvelce mahkm olan suç ortağı hakkında da hüküm böyledir. Bu eski beyandan maksat, hakim önünde yapılan beyanlardır.

Muhakeme işlemlerinin bir kısmı da yazılı olarak yapılır. Bilhassa soruşturmada kaide, işlemlerin yazılı yapılması şeklindeyir. Diğer taraftan kural olarak sözlü yapılması gereken bazı işlemler de, dilsizlerin tanık veya bilirkişi olarak dinlenmesinde veya sorgusunda olduğu gibi, istisna olarak, yazılı yapılabilir (CMK 56, 202). 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 şart değildir. İstisna, bilhassa imzada kendini gösterir. İmza muhakkak el ile ve sonradan eklemeleri önleyecek biçimde 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 imkanını 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. Bu hususların tasdik edilmiş olması gerekir. 2004–5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu hükümleri de gözönüne alınmalıdır.

---

<sup>114</sup> Madde hükmündeki düzenlemeyle doğrudanlık ilkesine istisna belirtilmiştir. Maddenin amacı delil kaybını önlemektir (şahin 2005, 620).

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 206 ıncı maddesi uyarınca, imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır. İmza atamayan kimselerin, cüzdanla iş yapmayı usul edinmiş kuruluşlarla olan işlemlerde kullanacakları mühür, kazınmış imza, işaret veya parmak izinin, işlemin başlangıcında hesap defterine veya cüzdanına basılmış olması veya önceden noterde bir örneği saklanmak üzere onanmış bulunması yeterli olup, her işlemde ayrıca onamaya bağlı değildir. Yukarıda belirtilen hükümler dairesinde noterlerce düzenlenecek olan senetler için ilgisinden harç, vergi ve değerli kâğıt bedeli alınmaz.

Ancak işlem hakim veya savcı huzurunda yapılmış ise hakimın veya savcının bu şekilde atılan imzayı tasdik etmesi kafi sayılmalıdır. Nitekim noterin tasdiki kafi sayılmıştır (Noter K 75). İmzalaması gereken şahıs imza etmekten çekinirse, bu hal, olayın tesbiti hükümleri dairesinde bir tutanak ile tesbit olunur. Örneğin duruşma tutanağında olduğu gibi (CMK 219) birden fazla sahife varsa, her biri son sahife gibi imzalanmalıdır.

*b) Tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunmalarına olanak olmayan haller (CMK 211/1-b).*

Soruşturma evresinde, duruşma hazırlığı veya duruşma aşamasında naip hakim veya istinabe olunan mahkeme huzurunda dinlenen tanık veya sanığın ifadelerinin de okunması ile yetinilir (CMK 211/1–b).

Tanık veya sanığın suç ortağının, hastalık veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle, belli olmayan bir süre için duruşmada hazır bulunması olanaklı değil ise bu kişilerin duruşmada dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş olan tutanaklar ile kendisinin yazmış olduğu belgeler, duruşmada okunabilir.

Bu gibi hallerde tanık veya sanığın suç ortağı duruşma salonunda hazır bulunmadığı için, sanığın kendisini suçlayıcı beyana karşı doğrudan soru sorma hakkı elinden alınmış olmaktadır. Bu nedenle, en azından, önceki dinlemenin yapıldığı oturumda sanığın veya müdafinin hazır bulunmuş olması gerekir. Herhangi bir işlem sırasında bir kimsenin hazır bulunabilmesi, gerekli sual sormak hakkını da haiz olması demektir. Gerçekten bu



işlemler, duruşmanın önceden yapılan bir kısmıdır. İleride duruşma sırasında, tutanağın okunması ile yetinilecektir (CMK 211). Onun içindir ki duruşmadaki sual sorma hakkı (CMK 201, 215) burada da tanınmalıdır.

*c) Tanığın ifadesinin önem derecesi itibariyle, duruşmada hazır bulunmasının gerekli görülmemesi (CMK 211/1–c).*

Tanığın vereceği ifadenin önem derecesi itibariyle duruşmada hazır bulunması gerekli sayılmıyorsa, duruşmada dinleme yerine, önceki dinlemenin tutanağı veya kendi yazdığı belge okunabilir (CMK 211/1–c).

*ç) Süjelerin birlikte tutanak okunmasına rıza göstermeleri (CMK 211/2).*

CMK 211/1 de sayılanların dışında kalan tutanakların duruşmada okunması konusunda C. savcısı, katılan veya vekili, sanık veya müdafii birlikte rıza gösterebilirler (CMK 211/2).

Bir açıklamayı veya görüşü içeren resmî dairelerden yazılan yazılar okunabilirse de (CMK 214/1), sanığın tavr-u hareketine dair beyanı ihtiva eden iyi hal belgeleri, anlaşma ile dahi okunmamalıdır. Mevaz Kanun da, sanığın iyi halli olup olmadığının sadece tanık beyanı ile ispat edilmesini kabul etmiştir.

Fenni muayene ve doktor raporu (ile bilirkişi veya uzman raporları) da üzerinde varılan anlaşma uyarınca okunabilir (CMK 214/1).

Ancak, belge okumanın mecburı olduğu hallerde, tarafların anlaşması ile okuma kabul edilemez. Mesela delil, bir yazılı belge ise bu belgenin okunması gerekir. Bu okuma, sözlülük ve vasıtasızlık prensiplerinin bir sonucudur. Duruşmada okunması “zorunlu” olan belge ve tutanaklar CMK 209/1 da gösterilmiştir: (a) Sanığın naip veya istinabe yoluyla yapılan sorgusunun tutanakları; (b) Tanığın naip veya istinabe yoluyla alınan ifadesinin tutanakları; (c) Muayene tutanakları; (d) Keşif tutanakları; (e) Delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, (f) Adli sicil özetleri; (g) Sanığın kişisel durumuna ait bilgiler; (h) Sanığın ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgelerin duruşmada okunması mecburidir (CMK 209/1).

*d) Tanığa, önceki ifadesinin hatırlayamadığı kısmının okunması (CMK 212/1).*

Duruşmada tanığın önceki ifadesinin okunması yasaksa da, eğer tanık,

duruşmada, bir noktayı hatırlayamadığını söylese, varsa eski beyan ve ifadesini ihtiva eden tutanağın o noktaya ait kısmı okunarak hatırlamasına yardım edilir. Burada, önceki ifadenin tamamının okunmadığına dikkat edilmelidir.

Kollukta alınan eski ifadenin okunması da mümkündür. Hukuk mahkemesinde verilen beyan da okunabilir.

Sanık bakımından ise durum farklıdır: sanığın hakim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamaları ile Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafii hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar çelişki bulunması halinde duruşmada okunabilir (CMK 213). Ancak, kolluk ifade alırken müdafii hazır bulunmadığı durumlarda, sanığın kolluğa verdiği ifadenin tutanağının duruşmada okunması, yasak sorgu sayılarak yasaklanmıştır (CMK 148/4). Bu bir yeniliktir.

Her tanığın dinlenmesi bittikten sonra ve bilirkişinin dinlenmesiyle herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline veya Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafiiine sorulur (CMK 215).

Tanık dinlendikten sonra, duruşma salonunda bekler. Salonu ancak, başkanın müsaadesi ile terkedebilir. Bunun için önceden taraflara sorulması kuralı (mülga CMUK 241) CMK ya alınmamıştır.

Tanıklar ayrı ayrı dinlenir. Sonradan dinlenecek tanıklar kendilerinden önceki tanıkların dinlenmesinde hazır bulunamaz (CMK 52/1).

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 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

katibi bulunur. Müdafii veya vekil sıfatıyla hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanakta avukatın isim ve imzasına da yer verilir. Adli kolluk görevlisi bulunuyorsa onun da imzası alınır. Tanıklar ön soruşturmada dinlenirken taraflar bulunamaz (CMK 169).

Sanığın hazır bulunmasının tanığın hakikate uygun beyanda bulunmasına mani olabileceği durumlarda hakim sanığın bulunmasına karar verebilir (CMK 84/3).

*e) Tanığın önceki ifadesi ile çelişki bulunması halinde, tutanağın tamamının okunması (CMK 212/2).*

Bir tanığın duruşmadaki beyanı ile evvelki beyan ve ifadeleri arasında çelişki varsa evvelce alınmış ifadesi tamamen okunarak, çelişkinin giderilmesine çalışılır (CMK 212/2).

Yukarıda belirtilen hallerde, sadece önceki tutanağın okunması ile yetinilmez, aynı zamanda ilgilinin beyanı da alınır. Yani, hem ilgili şahıslar dinlenir, hem de eski beyan veya ifadesini havi tutanak okunabilir. Bu hallerde okumayı gerektiren sebepler, savcının ve sanığın isteği üzerine, duruşma tutanağına (CMK 221) yazılır.

Yasada belirtilen haller şunlardır:

a) Bir tanık veya bilirkişi veya uzman, bir olayı hatırlayamadığını beyan ederse, evvelki beyanını ihtiva eden tutanağın o olaya ilişkin kısmı okunarak meseleyi hatırlamasına yardım edilir (CMK 212/1).

b) Tanığın son beyanı ile evvelki beyanı veya ifadesi arasında çelişiklik olup da, bunun duruşmayı kesmeksizin başka surette giderilmesi mümkün olmazsa, eski beyan veya ifadesi okunabilir (CMK 212/2). Bu hükmün bilirkişiye de uygulanması lazımdır (CMK 62).

c) Sanığın duruşmada verdiği beyan ile arasında çelişki varsa, daha önce hakim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamaların, Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesinin veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesinin tutanakları, duruşmada okunabilir (CMK 213).

Okunan eski beyan, sanık olarak hakime yapılan beyan ise “delil” olarak okunabilir. Fakat, savcı veya kolluk tarafından alınmış olan ifadelerin delil olarak değil, sadece çelişkinin giderilmesi amacı ile okunması esası benimsenmelidir.

f) *Soruşturma ve kovuşturmada yapılan sanık beyanı arasında çelişki bulunması halinde önceki beyanın okunması (CMK 213).*

Sanığın duruşmada verdiği beyan ile arasında çelişki varsa, daha önce hakim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamaların, Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesinin veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesinin tutanakları, duruşmada okunabilir (CMK 213).

Sanık hiç bir cebir veya tazyik altında olmadan duruşma dışında bir beyanda bulunmuşsa, bu beyan hakikati öğrenmek hususunda duruşma hakimi için kıymetli olabilir, yani “delil” teşkil eder. Bunun içindir ki, sanık duruşmada ikrar etmiyorsa, önceki ikrarına delil olmak üzere hakim huzurunda düzenlenmiş olan tutanak delil olarak okunabilir (CMK 213/1).

Ceza Muhakemesi Kanunu, sanığın hakim 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). Mülga CMUK 247 ise sadece hakim tarafından evvelce tanzim kılınmış bulunan tutanaktaki ifadenin ikrara delil olarak okunmasını kabul ediyordu (CMUK 247/1).

Görüldüğü gibi, duruşma dışındaki ikrarı ihtiva eden tutanak susma hakkı öğretilmişse, kollukta avukat bulundurulmuşsa 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). Kanun bu hususu ayrıca düzenlememiştir.

“Soyut ikrar“ mahkumiyet 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.

Kolluk tarafından alınan ifade sırasında suçunu ikrar eden şüphelinin sonradan pişman olarak kabahati kolluğa attığı çok görülmüştür. Bu

nedenle kollukta suçunu ikrar eden kişiyi derhal hakim önüne çıkartarak sanık sıfatı ile sorguya çekilmesi sağlanırsa (CMUK 156/2), sistem önemli bir delil kazanmış oluyordu. Ancak, 5271 sayılı CMK, CMUK 156'yı düzenlemediği için, bunu kabul etmemiştir. Bunun yerine, ifade alma sırasında avukat bulunması garantisi kabul edilmiştir. Müdafinin hazır bulunmadığı şüphelinin kolluk ifade tutanakları, duruşmada okunamayacaktır (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.

*g) Belgede imzası bulunan kişinin açıklamada bulunmak üzere duruşmaya çağrılabilmesi (CMK 214/1).*

Bir açıklamayı ve görüşü içeren resmi belgeler ile fenni muayene ve doktor raporlar duruşmada okunabilir. Bunların okunmasından sonra, gerekli görülürse, imzası bulunan kişi açıklama yapması için duruşmaya çağrılabilir (CMK 214/1).

Bu madde bilirkişi görüşlerinin duruşmada ortaya konması ile de ilgili olduğu için, CMK 68 uygulanır.

Bir açıklamayı veya görüşü içeren resmî dairelerden yazılan yazılar okunmasının (CMK 214/1) istisnası, sanığın tavr-u hareketine dair beyanı ihtiva eden belgelerdir. Mehz Kanun, sanığın iyi halli olup olmadığının sadece tanık beyanı ile ispat edilmesini kabul etmiştir.

Fenni muayene ve doktor raporu (ile bilirkişi veya uzman raporları) da okunabilir (CMK 214/1). Kandan örnek alınması, kan grupları, kandaki alkolemi derecesi, uyuşturucu veya keyif verici madde bulunup bulunmadığı gibi konulardaki raporlar ile taşıtların hızını gösteren takometre kayıtları hakkındaki raporların da CMK 249/1 deki şartları gerçekteşirdiğinde tereddüt etmiyoruz. Almanlar, yorumla yetinmeyerek, bunları da fıkraya eklemişlerdir (StPO 256, I).

Bu raporlar üzerine mahkeme ek açıklamaya lüzum görürse, yazılı veya sözlü mütalaa alınabilir (CMK 214/1).

Mütalaa kurul tarafından verilmişse, mahkeme duruşmada kurulun mütalaaasını beyan etmek görevini üyelerin birine vermeyi o kurula teklif

edebilir (CMK 214/2).

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.

Bilimsel görüşlere ilişkin açıklama, CMK 68 hükümlerine göre yapılması (CMK 214/3), bilirkişinin duruşmaya zorla getirilmesi konusunu gündeme getirir. Ceza Muhakemesi Kanunu 62 nci maddesinde, “bilirkişinin tanıklarla aynı hükümlere tabi olması sistemi” sürdürmüşse de, “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. Ancak, 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.

### § 33– DOĞRUDAN SORU YÖNELTME, ANLATTIRICI SORU ve ÇAPRAZ SORU

#### I– Doğrudan soru, anlattırıcı soru ve çapraz soru kavramları.

##### 1) Hakimi aracı kılmadan, doğrudan soru yöneltme sistemi.

Duruşmada deliller ikame edilirken tanık veya bilirkişiye soru sormak gerekir. Sanık da susma hakkını kullanmamışsa, sorulara muhatap olur. Burada kimin ve nasıl soru soracağı meselesi ortaya çıkar. Ceza Muhakemesi Kanunu, tanıklara, sanığa, katılana, bilirkişiye ve duruşmaya çağırılmış olan kişilere “doğrudan soru” ve “karşılıklı soru sorma” yetkisini, Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekile tanımıştır (CMK 201, 215).<sup>115</sup>

Duruşmada tanınan bu hak, duruşma öncesinde yapılan ve ileride duruş-

<sup>115</sup> Mülga CMUK 232/1 ilke olarak bütün soruların başkan tarafından sorulması sistemini benimsemiş ve “C. savcısı ve sanığın müttetikana talep etmeleri” şartı ile tanığa doğrudan soru sorma hakkını vermişti.

ma sırasında, tutanağın okunması ile yetinilecek (CMK 211) olan işlemler sırasında da tanınmalıdır. Zira herhangi bir işlem sırasında bir kimsenin hazır bulunabilmesi, gerekli soru sormak hakkını da haiz olması demektir.

Sanık ve katılan ise başkan aracılığı ile soru sorabilirler. Bilirkişi ve uzman da, başkanın müsaadesi ile soru sorabilirler (CMK 66/6). Kanun bilirkişinin, şüpheli veya sanığın “bilgisine başvurmasını” yasakladı (CMK 66/4) ama, başkan hakim veya C. savcısı aracılığı ile soru sorabilmesini (CMK 66/6) ve susma hakkını hiçe sayarak ve onaylamadığımız bir şekilde, tarafların “sanığa” doğrudan soru sorabilmelerini kabul etti (CMK 201/1).

Heyeti oluşturan hakimlerin, CMK 201/1 deki kişiler gibi soru sorabilmeleri düşündürücüdür. Zira birinci fıkrada hem doğrudan soru sorabilecek olanlar, hem de başkan üzerinden soru yöneltebilenler birlikte düzenlenmiştir.

Doğrudan soru, teknik anlamda çapraz sorgu değilse de, bu hakkın kısıtlanması mutlak bir bozma sebebi (CMK 289/1–h) oluşturur.<sup>116</sup>

## 2) Anlattırıcı soru sorma sistemi.

Hâkim tarafından beyana davet edildikten sonra, tanıkların sözleri kesilmeden konuşmaları ve ondan sonra soru sorulması, Kara Avrupası'nın tercih ettiği bir sistemdir. Bunun da sebebi, soru sorulduğu takdirde tanığın tesir altında bırakılacağından 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.

Tanıklar beş duyuları ile algıladıkları olayları anlatırlar. Bunun için, tanığın yönlendirilmeksizin, bildiğini eksiksiz olarak anlatmasını sağlamak için, tanığa kim, ne zaman, nerede, nasıl gibi anlettirici sorular sorularak anlatımı kolaylaştırılır, fakat evet veya hayır ile cevaplandırılacak yönlendirici sorular (çapraz sorgu) ilk aşamada sorulamaz.

Taraflar kendi lehine tanıklık yapacak olan tanığa sadece anlettirici soru sorabilirler. Savcı iddia tanığına, müdafî ise savunma tanığına anlettirici

<sup>116</sup> Öztürk Bahri (Ed), 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009, 525.

sorular sorarak, bildiğini ortaya koymasını sağlarlar, tanığı yönlendiremezler.

Türk sisteminde tanığa ilk anlattırıcı ve yönlendirici sorular başkan tarafından sorulur. Tanığa söylenecek şeyler ve sorulacak sorular CMK 59 ile düzenlenmiştir. Buna göre, Başkan tanığı dinlenmeden önce, tanıklık yapacağı olaylarla ilgili bilgi verir. Hazır olan sanık, tanığa gösterilir. Sanık hazır değilse, kimliği açıklanır.

Tanığa, ilk önce adı, soyadı, yaşı, işi ve yerleşim yeri, adresi, telefon numaraları sorulur (CMK 58/1). Başkan tanığa, tanıklığına ne derece güvenileceği hakkında hakimi aydınlatacak durumlara dair sorular yöneltilir (CMK 58/1). Özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular sorulur (CMK 58/1). Örgütlü suçlarda tanığın korunması için tedbirler alınır (CMK 58/2, 3, 4).

Başkan tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemesini ister (anlattırıcı soru) (CMK 59/1). Tanık konuşurken sözü kesilmez.

Başkan daha sonra tanığa tamamlayıcı soru sorar (çapraz sorgu). Bu soruların amacı bilgilerin dayandığı durumları gereğince değerlendirmektir.<sup>117</sup>

Bu aşamadan sonra Cumhuriyet savcısı, müdafî, vekil, heyeti oluşturan hakimler tanığa doğrudan soru sorabilirler (CMK 201). Kanun ayrıca, sanık, katılan, bilirkişi ve duruşmaya çağırılan diğer kişilerin “doğrudan soruya” muhatap olmasını kabul etmiştir. Doğrudan soru ile anlattırıcı soru ve çapraz sorgu arasında fark vardır. Savcı iddia tanığına anlattırıcı soru sorar, müdafî ise aynı tanığa çapraz sorgu yapar. Müdafî de savunma tanığına anlattırıcı soru sorar, savcı ise aynı tanığa çapraz sorgu yapar. Doğrudan soru ise hakimi aracı kılmadan soru sormak anlamına gelir.

Mesela müdafî, savunma tanığına, hakimin anlattırıcı soruları ve çapraz sorgusu bittikten sonra, sadece anlattırıcı sorular sorabilir, evet ve hayır ile

<sup>117</sup> Çolak (Haluk): Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu; Bilge yayınları; Ankara 2005. Hangi tanı ve delillerin mahkemeye sunulacağına tarafların karar verdiği itham sisteminin önemli kurumu olan çapraz sorgu yeni CMK ile sistemimize girmiştir. Çapraz sorgunun 4 temel amacı vardır. 1) Temel sorguda ortaya çıkan tanıklığı yok etmek 2) Yok edilemiyorsa tanıklığı zayıflatmak 3) Çapraz tanıklık sorguyu yapan tarafa yardımcı olacak yeni tanıklık elde etmek 4) Tanıklığın inanılabilirliğini sarsmak. CMK sistemi sanığın, tanığın, bilirkişinin, müştekinin verdiği ilgili kişilerin çapraz sorgulanabileceğini kabul etmiştir. Çapraz sorgu etkin kullanıldığı zaman, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğin tespitine önemli katkılar sağlayan bir durumdur.



cevaplanabiline yönlendirici sorular soramaz. Tanık doğrudan sorulara cevap verdikten sonra, başkan bir diyecekleri olup olmadığını katılana veya vekiline, daha sonra Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine sorar (CMK 215). Görüldüğü gibi, Kanun sadece bir defa doğrudan soru sorma hakkı vermiş (CMK 201), ikinci kez vermemiştir (CMK 215).

### 3) Çapraz sorgu.

Kanun, “çapraz sorgu”<sup>118</sup> niteliğini verdiği CMK 215 ile katılana, vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine “karşı soru” sorma hakkını tanımıştır. CMK 215 kolektifliği sağlar biçimde katılana ve Cumhuriyet savcısına da sormayı düzenlemiştir. Ancak, diyeceğini söylemek ile “bizzat soru sormak“, farklı şeylerdir.

Tanığın sözü kesilmeden<sup>119</sup> 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).

Ceza Muhakemesi Kanunu hem doğrudan soru yöneltme sistemini kabul etmiş (CMK 59/1, 201), hem de tanıklık ederken söz kesmeme kuralını koymuştur (CMK 59/1). Bundan, kanunkoyucunun doğrudan soru ve çapraz sorgu sistemini tam olarak oturtmadığı anlaşılmaktadır.

Ancak, sanığa ve bizzat katılanın kendisine, tanığa doğrudan soru yöneltme hakkı tanınmamış, bunun başkan aracılığı ile yöneltilmesi sistemi kabul edilmiştir (CMK 201/1, cü. 2).

Tanıklar, gerçeğin daha iyi meydana çıkması için, kovuşturma evresinde

<sup>118</sup> Çapraz sorgu konusunda son zamanlarda yazılan kitaplar şunlardır: Canak 2005: Çapraz Sorgu; Çolak 2005: Ceza Yargılaması Hukukunda Capraz Sorgu; Dönmez 2007: Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu.

<sup>119</sup> 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 kasden, sual 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.

yüzleştirilebilir. Soruşturmada evresinde de, gecikmede tehlike varsa veya kimliğin anlaşılması için gerekli ise istisna olarak, tanıklar birbirleri ile veya sanıkla yüzleşebilir (CMK 52/2).

4) *Anglo Amerikan Hukukundaki “direct and cross examination”.*

a) *Çapraz sorgunun amacı.*

Muhakemenin “maddi gerçeği ortaya çıkarma gayesi“, Avrupa Hukuk Sisteminde ve Amerikan Hukuk sisteminde aynıdır. İkinci gaye, uyumsuzlukların sona erdirilmesidir.

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.

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.

Taraf muhakemesi sistemindeki çapraz (telkin edici) sorgu, tanığın gerçeği söyleyip söylenmediğini 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.

*b) Hear-say yasağı ve istisnaları.*

Hear-say iki unsurdan oluşur: Mahkeme önünde verilmiş olmayan bir beyan mevcut bulunmalıdır. Bu beyanın içeriğinin doğru olduğu, mahkeme iddia edilmelidir.

Hear-say yasağının 28 ile 35 arasında istisnaları vardır. Örneğin 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.

*c) Susma hakkı.*

Amerikan Anayasasının 5. ek maddesi: “Hiç kimse bir ceza davasında kendisi aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamaz”, demektedir. 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 reddederse, 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 hiç bir soru sorulamaz. Fakat sanık susma hakkını kullanmaktan vazgeçip, konuşmayı tercih ederse, “tanık” olur ve tanıklar için konulmuş olan mecburiyetlere tabi olur.

ç) *Çapraz sorgu becerileri: doğrudan soru ve çapraz sorgu.*

Doğrudan soru sormak için profesyonel “beceri” (skills) sahibi olmak şarttır. Duruşmada, tahkim yolu ile uzlaşma metodları ile uyuşmazlık çözmenin bütün metodlarında 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 gereksesi (specific) olmalıdır. İtiraz eden kişinin, “iki cephede birden savaş vermekte olduğu” dikkate alınmalıdır. İtiraz etme kararını vermek, bir “beceri’yi” gerektirmektedir.

d) *Çapraz sorguda yapılmaması gereken hatalar.*

Çapraz soru sorma, hukuk tarafından düzenlenmemiştir. Zaman ile kazanılmış tecrübe kurallarının nesilden nesile geçmesi ile oluşmuş gelenekler vardır. Çapraz sorguda hiç bir zaman yapılmaması gereken “hatalar” şunlardır:

i) Hiç bir zaman “niçin” sorusunu sormayın. Sorarsanız, tanık üzerindeki kontrolü kaybedersiniz.

ii) Hiç bir zaman “gerektiğinden fazla” soru sormayın.

iii) Hiç bir zaman “cevabını bilmediğiniz” bir soruyu sormayın.

iv) Aynı soruyu tekrar sormayın.

v) Soru sorunca “lehe puan” toplamayacaksınız, hiç soru sormayın.

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, tesbit ettiğiniz bütün zayıf noktalara vurun. En önemli zayıf noktayı, en sona saklayın.

## **II– Yöneltilen soruya itiraz.**

Yöneltilen doğrudan soruya itiraz edilebilir (CMK 201/1, cü 3). Buradaki itiraz kelimesinin teknik anlamda kullanılmadığı bilinmelidir. İtiraz hakimin kararlarına karşı bir kanun yoludur. Artık doğrudan soru sormak için başkan veya hakimin karar vermesi gerekmediği için, itiraz söz konusu değildir.

Bu karşı gelmenin konusu, sorunun yöntemi ve içeriği ile ilgilidir: Doğrudan soruda anlattırıcı soru sorulabilir. Cevabı içinde saklı olan ve evet veya hayır ile cevaplanabilen yönlendirici soru sorulamaz. Böyle bir soru sorulduğunda, cevap verilmeden önce hemen karşı gelinmelidir. Sorunun görülmekte olan dava ile ilgili olması gerekir.

Bu gibi durumlarda mahkeme başkanı, sorunun cevaplanabilip cevaplanamayacağına karar verir.

## **III– Tanık dinleme veya belge okumadan sonra sanığa diyeceğinin sorulması.**

Ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri, duruşmanın sözlülüğü ilkesidir. Duruşmada ortaya konarak tartışılmayan bir delil, hüküm verilirken kullanılamaz (CMK 217/1). 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).

Savunma hakkını sağlamak üzere, her tanığın dinlenmesi bittikten sonra ve bilirkişinin dinlenmesiyle herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline veya Cumhuriyet savcısına, sanığa ve m¼dafiine sorulur (CMK 215).

Tanık dinlendikten sonra, duruşma salonunda bekler. Salonu ancak, başkanın m¼saadesi ile terkedebilir. Bunun için ¼nceden taraflara sorulması kuralı (m¼lga CMUK 241) CMK ya alınmamıştır.

Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında b¼t¼n kararlar, ilgili taraflar dinlendikten sonra verilir. Bu evrede duruşma dışındaki kararlar ise savcının yazılı veya s¼zl¼ m¼tal¼ası alındıktan sonra verilir (CMK 33). Duruşma aşamasının giriş b¼l¼m¼nde sanık sorguya çekilir (CMK 191/3-d). Delillerin ortaya konması b¼l¼m¼nde taraflar deliller bakımından isteklerde bulunabilirler (CMK. 206). Keza bir tanık, bilirkişi veya suç ortağının dinlenmesinden veya bir belgenin okunmasından sonra bir diyeceği olup olmadığı taraflara sorulur (CMK 215). Duruşmanın tartışma b¼l¼m¼nde davacıya, dolayısı ile meden¼ sorumluya ve sanığa s¼z verilecektir (CMK 216). Bir taraf temyiz edince, temyiz dilekçesinin veya l¼yihasının bir sureti diğer tarafa verilecektir (CMK 297).

#### **IV- Kimliği gizli tutulan tanığa soru sorma y¼ntemleri.**

Ceza Muhakemesi Kanunu doğrudan soru (CMK 201) ve çapraz sorguyu (CMK 215) kabul etmekle, duruşmada m¼dafiin ve C. savcısının tanıklara bizzat soru sormalarının yolunu açmıştır. Ancak, kimliği gizli tutularak korunan tanıklara soru sorulması s¼z konusu olduğunda, bu soruların eski sistemdeki gibi, ¼nce hakime y¼neltilmesi, hakimnin de bu soruları gizli tanığa sorması uygulaması yapılacaktır (TKK 9/5).

Kanun, koruma altındaki tanığa sorulan soruların, duruşmada hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade h¼km¼nde olduğunu varsaymıştır (TKK 9/7). Haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde ¼ng¼r¼len usuller, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz (TKK 9/10).

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 tenkid ettiğimiz husus giderilmiştir. Bu gibi durumlarda tanığın verdiği beyan duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır (TKK 9/4). Bu yöntemle “Mainz Modeli” denilmektedir. “İngiliz Modeli” ise hakimin duruşma salonundan ifade almasıdır.<sup>120</sup>

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.

Kimliği gizlenen tanığa sorulan soruların tanık hakkında uygulanan tedbirle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Hakim sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken tanığın kimliğini ortaya çıkartacak soruların sorulmasına izin vermez (TKK 9/5).

## § 34– DELİLLERİN TARTIŞILMASI ve TAKDİRİ

### I– Esas hakkında mütalaalar (CMK 216/1).

Duruşmada bütün deliller ortaya konduktan sonra, tarafların tekrar görüşlerinin alınması gerekir. Hakimin mütalaalarını bildirmeleri için taraflara imkan vermeye mecbur olup olmadığı meselesi, kanunda muhakemenin çeşitli evrelerinde çeşitli şekilde halledilmiştir.

#### 1) Soruşturma evresinde tarafların görüşlerinin alınması.

Soruşturma evresinde hakimin bir karar vermesi için, kural olarak, ilgili tarafların ve bu arada sanığın ve savcının mütalaasını alma mecburiyeti yoktur. Zira duruşma dışındaki kararlarda savcıdan mütalaa alınması mecburiyetini koyan 33 üncü madde, kovuşturma evresini düzenlemektedir. Mecburiyet olmaması demek, mütalaanın alınmaması veya verilen mütala-

<sup>120</sup> Şahin 2002, 185.

laaların kabul edilmemesi demek değildir. Uygulamada ihtiyar, sadece savcı bakımından kullanılmaktadır. Tarafların hazır bulunabilecekleri hal-ler (CMK 84) bu mecburiyet kuralının istisnalarını oluşturmaktadır. Zira hazır bulunma, onlara mütalaalarını açıklama imkanı vermek için kabul edilmiştir. Gerek soruşturma evresinde gerekse kovuşturma evresinde kanunyolunun kabul edilmesi de, mütalaa açıklanabilmesi içindir.

2) *Kovuşturma evresinde verilen kararlar öncesinde görüş alma.*

Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında bütün kararlar, ilgili taraflar dinlendikten sonra verilir. Maddedeki iki taraf, aslında olduğu gibi, ilgili taraflar olarak ve örneğin disiplin cezasına çarptırılacak kişiye de içine alacak biçimde anlaşılmalıdır. Bu evrede duruşma dışındaki kararlar ise savcının yazılı veya sözlü mütalaası alındıktan sonra verilir (CMK 33).

Duruşma aşamasının giriş bölümünde sanık sorguya çekilecektir (CMK 191/3-d). Delillerin ortaya konması bölümünde taraflar deliller bakımın-  
dan 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 ve sanığa söz verilecektir (CMK 216). Bir taraf temyiz edince, temyiz dilekçesinin veya layihasının bir sureti diğer tarafa verilir (CMK 297).

Ortaya delil konmuşsa, bununla ilgili olarak aynı sıra içinde bir tartışma yapılır (CMK 216).

**II- Tarafların mütalaalarına cevaplar (CMK 216/2).**

1) *Duruşmanın 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. Tartışma bölümünden sonra yeni deliller çıkarsa, bunlar hakkında bir ek soruşturma açılır ve deliller ortaya konduktan sonra yeni bir tartışma bölümü başlar.

2) *Esas hakkındaki mütalaa.*

Tartışma bölümünün kabulüne sebep, hükmün kolektif verilmesini sağ-



lamak için taraflara uyuşmazlığı çözecek olan bir yargılama makamına ışık tutmak üzere hükmün nasıl olması gerekeceği hakkındaki mütalaalarını bildirme imkanının verilmesidir. Bu mütalaalara, “esas hakkında mütalaa” denilmektedir.

Savcılık hükmün nasıl olması gerektiği hakkındaki görüşünü bu esas hakkındaki mütalaa ile –buna esas hakkında iddia da denilmektedir– açıklayacak ve artık şüphesi kalmayıp mahkûmiyet kararı verilmesini düşünüyorsa, ancak o zaman, sanığın cezalandırılmasını isteyecektir. Ondan önceki mütalaaları, hükmü esas almadığından, ceza isteme niteliğinde değildir.

### 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’ muhakkak “sanığın son sözü” ile bitecek ve hakimler onun etkisine yenileri katılmadan kararlarını vereceklerdir. Bu da demektir ki, sanık son sözünde, mesela 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, mütalaalarını bildireceklerdir.

### 4) Müdafie söz verme yükümü.

Ceza Muhakemesi Kanunu, müdafie “ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz verme” mecburiyeti getirmiştir (CMK 216/1). Tartışmadan sonra süjeye söz verilmesi mecburidir.

### 5) Tartışmanın içeriği.

Tartışma, sadece sübuta, yani maddî meseleye ilişkin değildir; mahkeme hukukî meseleyi de çözeceğinden, bu mesele hakkındaki görüşler, yani tarafların mütalaa mahiyetindeki hükümleri ile iddia ve müdafaa da yer alacaktır. İddia ve müdafaa, hukukî mesele hakkında görüşlerini belirtirken, kullanılacak hukuk normunu tayin için şahsî mütalaalarına olduğu

kadar, başkalarının mütalaalarına da, yani mahkeme içtihatlarına, doktrine ve istişarî mütalaalara dayanabilirler.

#### 6) Cevap verme hakkı.

Fikirlerin çarpışmasından hakikat kıvılcımı çıkar, sözünün doğruluğu gözönünde tutulursa, duruşmada gerçeği aramak isteyen kanunkoyucunun da, fikirlerin çarpışmasına imkan vermesi gerekeceği derhal anlaşılır. Bunun içindir ki, Ceza Muhakemesi Kanununa göre (CMK 216/2), iddia makamı iddiasını yaptıktan, daha doğrusu esas hakkındaki mütalaasını söyledikten ve müdafaa makamı da müdafaasını yaptıktan sonra, savcı sanığa cevap verebilecektir.

Keza sanık ve müdafii de savcının bu cevabına cevap vermek hakkını haizdir. Başkanın müsaadesi ile katılan da cevap verebilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun cevap hakkı (CMK 216/2) adını verdiği esas hakkında mütalaa, delillerin ikamesi bittikten sonra gündeme gelir. Yeni Kanunda mülga CMUK 251/1'de yer alan, "delillerin ikame ve münakaşası bittikten sonra" kelimeleri unutulmuştur. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanununda esas hakkındaki mütalaa, yorum yolu ile çıkarılabilmektedir.

CMK 216 ya göre, C. savcısı, katılan ve vekili, sanığın, müdafiiin açıklamalarına cevap verebilirler. Aynı hak sanığa da verilmiştir. Son söz sanığa verilir (CMK 216/3).

### III- Sanığın 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 sanığa verilmemesi mutlak temyiz sebebi (hukuka kesin aykırılık) (CMK 289) ve dolayısıyla bozma sebebi sayılmaktadır.

Sanığın son sözünün sorulmasından önce müdafie otomatik olarak söz verilmez, onun istemesi lazımdır. Fakat evvelce müdafii duruşmada söz alıp konuşursa, tekrar söz isteyip istemediği, soruluyordu (CMUK 251/3). Ceza Muhakemesi Kanunu bu cümleyi almadı.

Sanık savunmasını tercüman vasıtasıyla yapmışsa, son sözü tercümanla sorulur.

Sadece sanık lehine olan kurallara aykırılık, hükmün sanık aleyhine bozulmasına yol açmaz. Son sözün hazır bulunan sanığa verilmesi normu (CMK 216/3) daha önce müdafî tarafından kamu adına müdafaa yapılmış olduğu ve sanığın kendi aleyhinde konuşmayacağına kaideyi oluşturduğu gözönünde tutulursa, sadece sanık lehine konulmuş kabul edilmelidir.

#### **IV– Hakimın kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırma mecburiyeti.**

##### *1) Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi.*

Mahkemenin; yargılayacağı olay, olayın tanıkları, sanık ve tüm deliller ile doğrudan doğruya temasa geçmesi gerekir. Bu nedenle, mahkeme hükmü verirken kullanacağı delilleri “duruşmada bizzat öğrenir” ve “hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir”. Bu deliller hakimın 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 edilemez (CMK 210/1). Bu kuralın istisnaları da vardır (CMK 209, 211, 212, 213, 214).

Mahkeme delilleri, “vicdani kanaatine göre” değerlendirir (CMK 217/1, cü. 2). Bu nedenle, ne sanığın ikrarı ile ne bilirkişî raporu ile ve ne de belli kanuni deliller veya “ispat kuralları” ile bağlı değildir.

Mahkeme sadece, mantık kuralları, (araç kullanma yeteneğinin kaybedildiğini varsayan kandaki alkol değerleri gibi, bilim alanında kabul görmüş olan) tabii bilimlerin tecrübe kaideleri, Kanunun emredici kuralları (CMK 222) ve üstün muhakeme hukuku kuralları (örneğin delil yasakları) ile bağlıdır.

##### *2) Şüpheden sanık faydalanır ilkesi.*

Mahkeme, Muhakeme Hukuku açısından kullanılmasına izin verilen bütün delilleri dinlediği halde, maddi mesele hakkındaki şüphesini yeneemezse, suç fiilini sanığın lehine olacak şekilde karara bağlar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/2 maddesindeki “suçsuzluk karinesi”, şüpheden sanığın faydalanmasını gerektirir.

Ŗüpheden 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 Ŗüphe varsa, yorum metodları uygulanır.

Ceza muhakemesi Ŗartları açısından, “Ŗüpheden sanık yararlanır” ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

### 3) Sözlülik ilkesi.

Duruşmada ortaya konarak tartışılmayan bir delil, hüküm verilirken kullanılamaz (CMK 217/1). Böylece, dosya üzerinden hüküm verilmesinin önüne geçilmiş, bütün delillerin sözlü duruşmada tartışılması sağlanmıştı. Delilin kendisi bir “belge” olsa dahi, bu belgenin duruşmada okunması ve taraflara diyeceklerinin sorulması gerekir (CMK 215).

## V– Delillerin hakimın vicdani kanaati ile serbestçe takdir edilmesi.

### 1) Vicdani delil sistemi.

Ceza muhakemesi hukukunda “delil serbestliği ilkesi” vardır. Fakat bu serbeslik 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 ilkelerle belirlenmiştir.

“Kanuna aykırı olarak elde edilen” bulgu veya deliller, Anayasa’da (Any. 38/6) ve Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK 206/2–a, 230) düzenlenmiş, Ceza Muhakemesi Kanunu “özel yetkiyi” gerektiren “delil elde etme yöntemlerini” göstermiş ve “kanuna” aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delillerin duruşmada ortaya konulmasını yasaklamıştır.

“Hukuk Devleti” tarafından yapılan bir ceza muhakemesinde, somut bir delilin hüküm verilirken kullanılabilmesi için, “hukuka uygun” yöntemlerle elde edilmiş olması gerekir: yüklenen suçun, sadece “hukuka uygun” bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilmesi mecburiyeti getirilmiştir (CMK 217/2).

Görüldüğü gibi, “kanuna aykırı” ve “hukuka uygun” kavramları üzerinde durmak gerekmektedir.

## 2) Delillerin değerlendirilmesi (takdiri).

Olay bir bütün olup, mozaik tablosunda olduğu gibi, bir çok parçalardan yani küçük olaylardan meydana gelir. Mevcut deliller çok defa olayın bütününü değil, bu parçaların bir veya bir kaçını temsil eder. Her parça içinde birden fazla temsilci yani delil bulunması mümkündür. Olay belirlenirken, bu delillere dayanılacak yani onlar vasıta olarak kullanılacaklardır. Delillerin değerlendirilmesi, sağlamlık ve hukuka uygunluk bakımından yapılır.

### a) Delillerin sağlamlık bakımından değerlendirilmesi.

İlk iş, bir delilin sağlam mı, çürük m olduğunun araştırılması ve bir değer hüküm verilmesidir. Delilin sağlamlığından maksat, olayın bütününü veya parçalarından bir veya bir kaçını hakikaten temsil edip etmediğidir. Sağlamlık bakımından değerlendirme de iki çeşitir.

Sağlamlığın tek başına değerlendirilmesi, 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.

Sağlamlığın diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi de gerekir, her delilin tek başına değerlendirilmesi yetmez. Tek başına sağlam gibi gzkenin 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 uyulaşan ve birbirlerini tamamlayan parçaları ise hakikaten delildirler. Bir delil bütün ile bağdaşamıyorsa o olayı temsil etmiyor demektir.

### b) Delillerin “hukuka uygunluk” bakımından değerlendirilmesi.

Sanığa yüklenen suçun “hukuka uygun” bir şekilde elde edilmiş delille (CMK 217/2) ispat edilebilmesi mümkündür. “Hukuka aykırı” delil kullanılmaz.

## 3) Sübut konusunda hüküm faaliyeti.

Delillerin çeşitli değerlendirilmesinde yapılan üç hüküm verme faaliyetinin müşterek mekanizması şöyledir: A) nce 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.

Sağlamlığın tek başına değerlendirilmesinde “muhtevanın öğrenilmesi”, sağlamlığın diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi ile delillerin bütünü olarak değerlendirilmesinde ise “muhtevanın bir araya getirilmesi” şeklinde kendisini gösterir. Hakimin bir hususu sabit görmesi için, ilk önce, delilin muhtevasını öğrenmesi gerekir. Ancak delilin muhtevasını öğrenecek olan sadece hakim değildir. “Delillerin müşterekliği prensibi” ve onun bir sonucu olarak “hakimin 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 hakim bu hallerde bilirkişiyeye başvurur.

Delil muhtevasını öğrenen hakim, kural olarak, her türlü delillerle karşı karşıya gelen esas mahkeme hakimleridir. Onların muhtevayı belirleyişi, bu sebeple, kural olarak, Yargıtayı bağlar. Bir diğer söyleyişle, muhtevayı belirleme yetkisi “serbest yetki”dir. Ancak yazılı belgede olduğu gibi, dosya vasıtası ile delil muhtevasını öğrenmesi mümkün olan istisnaî hallerde muhtevanın belirlenmesini Yargıtayın kontrol edememesi için sebep yoktur.

#### 4) Tecrübe kaidesi ile ilgili faaliyet.

Delilleri değerlendirip hüküm vermede büyük önermeyi teşkil eden “tecrübe kaidesi”nin bulunması ve küçük önerme ile karşılaştırılması faaliyettir. Bu faaliyet, çok defa, olay hakkında hüküm verilirken yapılır. Buna “hüküm sırasında karşılaştırma” 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”dir.

“Tecrübe kaidesi”, tabiat kanunları, matematik ve mantık kuralları gibi, genel mahiyette, soyut ve tahmine dayanan hükümleri Yargıtay hakimleri de bilebileceklerinden, kontrol, kural olarak, mümkündür.

5) *Karine*.

Karineler iki çeşittir: kanunî karine ve basit karine. Kanuni karine: Tecrübeye dayanarak benzer olaylarda uygulanacak sağlamlık değeri soyut hükmünü bazen kanunkoyucu da önceden verilebilir. Bu takdirde hakim sağlamlık değeri bakımından hiç bir araştırma yapmayacaktır. Kanun koyucunun sağlamlık değerini, aksi veya sahteliği sabit oluncaya kadar muteber diye derecelendirmesi de mümkündür.

Kanunî karine, her karine gibi, daima nisbîdir. Çürütülemeyen manasına 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 imkanının sınırlandığı vardır. Bazı belgelerin aksinin, bazılarının sahteliğinin sabit olması aranır. Çürütme imkanının kanunla sınırlandırılması, karineyi kanunî delil haline getirmez. Hakimler suçun maddî unsurunu sabit görseler bile diğer unsurlar bakımlarından serbesttirler.

Basit karine: Kanunkoyucu her zaman soyut sonucu kendisi önceden tesbit edemez. Bu hallerde hakimler, daha iyi bir tecrübe kaidesi bulmak mümkün değilse, “çok defa böyle olur” diyerek karineye başvururlar. Hakimin basit karine kabulü yetkisi kaide olarak serbesttir, zira delillerle karşı karşıya olan odur. Ancak dosyada mevcut bir belgenin değerlendirilmesinde olduğu gibi, maddî imkan varsa, Yargıtay kontrol edebilir. Örneğin Türkiye’den yurt dışındaki bir alıcıya uyuşturuucu 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.

İsbat 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.

Karine mahiyeti itibariyle daima müsbettir, 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.

## VI– Hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispat.

### 1) Kanuna aykırı elde edilen delili yasaklamanın amacı.

Türk Hukukunda 1992 yılından bu yana tartışılan önemli bir konu olan, hukuka uygun delillerle hüküm kurma meselesi, mukayeseli hukukta da önemli bir yer işgal eder. Amerika Birleşik Devletleri, Delil yasaklarını, soruşturma organlarını disiplin<sup>121</sup> altına almak amacı ile yaratmış, Almanya ise disiplin altına alma fikrini reddetmiş, soruşturma organlarının kanun çerçevesinde, hukuka uygun bir şekilde araştırma yapmaları ve maddi gerçeğin bulunması ihtiyacını vurgulamıştır. “İspat yasakları” kavramı, maddi gerçeğin araştırılmasının sınırlarını koyar.

Çağdaş ceza muhakemesinin gayesi, maddî 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.

### 2) 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.

<sup>121</sup> Öztürk (2009, 365), delil yasaklarının görevinin; “insan haklarını ve temel hak ve özgürlükleri orumak” ve kolluğu disiplin altına almak olduğunu kabul eder.



3) *Kanuna aykırı olarak elde edilen deliller konusundaki yerleşik görüşler.*

Bazı yazarlar<sup>122</sup> konuyu sistematik olarak açıklarken, diğerleri tasnif yapılmasına karşı<sup>123</sup> iseler de, hukuki düşünce tarzı olayların sistematik olarak ele alınmasını gerektirdiği için, aşağıda önce mukayeseli hukuktaki ayrımlar üzerinde durulacaktır.

a) *“Hüküm verirken kullanılması yasaklanan deliller” görüşü.*

İlk tasnif, delil yasakları veya ispat yasaklarına dayanır. “Delil yasakları” kavramı, hem kanuna aykırı biçimde delil elde etme yasağını, hem de söz konusu delilin duruşmada ikame edilmesi ve değerlendirilmesi yasaklarını kapsar.

Delil yasakları, üçe ayrılarak incelenir: “konusu bakımından yasaklanan deliller”, “temel hakları korumak amacıyla yasaklanan deliller” ve “elde edilmesinde uygulanan metod nedeniyle yasaklanan deliller”.

b) *Konusu bakımından yasaklanmış olan deliller.*

Temsil ettikleri olayın konusu gözönünde tutularak, bazı delillerin, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmaları yasaklanmış ve hükme esas teşkil etmeleri kabul edilmemiştir. Gerçekten, bazı bulgular konuları itibarıyla, “delil olmaya elverişli” değildir: kişisel veri niteliğindeki bilgilerin kullanılması yasaktır (CMK 75/2, 76/2, 80/2, 81/2, 137/3). Uzlaşmada yapılan “ıkrar” da, yasak deliller arasına alınmıştır (CMK 253/6). Kesin hükümle sona ermiş olan bir muhakemeden sonra, aynı konuda ispat girişiminde bulunulması da yasaktır.

<sup>122</sup> Öztürk/Erdem (2006, 436), yeni CMK da öngörülen “delil yasaklarını” sistematik olarak şöyle izah ederler: aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (CMK 147) ve yasak sorgu metodları (CMK 148). Yazarlar “değerlendirme yasaklarını” ayrı bir başlık halinde incelerler ve CMK 217/2 ile “mutlak bir değerlendirme yasağı” yasağı yaratıldığını ve her türlü takdir yetkisinin ortadan kaldırıldığı görüşünü benimseler (Öztürk/Erdem 2006, 443). Ceza Muhakemesi Kanununun “yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” hükmü ile (CMK 217/2), “kanuna aykırılık” değil, “hukuka aykırılık” ölçütünden yola çıkıldığını, hukuka aykırılığın bir bütün olduğunu vurgulayan yazarlar, yerinde olarak, hak ihlal etmeyen hukuka aykırılıkların delil yasağı doğurmayacağını belirtirler (2006, 448). Hak ihlali kriterine yer verilmemesi durumunda, her türlü basit şekli aykırılıkların uzun vadede son derece ağır sonuçlar doğurabileceğini açıklarlar (Öztürk/Erdem 2006, 449).

<sup>123</sup> Şen (Ersan) 1998, 11.

Sanığın susma hakkı; müdafii ile görüşmek hakkı; 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.

*c) 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.

Örneğin çekinme hakkını kullanan bir tanığın, daha önce alınmış olan ifadesi, duruşmada delil olarak kullanılamaz. Ceza Muhakemesi Kanununun 210/2 inci maddesi, duruşmadan önce bir hakim 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.

*ç) Elde edilmesinde uygulanan metod dolayısıyla yasaklanan deliller.*

Elde ederken uygulanan metod hukuka aykırı ise delil ‘kanuna aykırı yöntemle elde edilmiş delil’ olur. Burada ispat edilmek istenen konu, “ispatı yasak” bir konu değildir, Ancak, delilin elde edilmesi sırasında “kanuna 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 metodları yasaktır (CMK 148).

*d) “Korunan hak ve 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 edilme-

mişse, delil açısından hukuka aykırılık yoktur.

Alman Hukukunun tasnif konusuna bir başka bakış açısı, delil elde etme sınırlandırmasının amacı ve korunan hukuki menfaat gözönünde tutularak yapılan ayırmadır (Schroeder 1997, 72). Bu tasnifte kriter olarak kullanılan “korunan hukuki menfaatler”in 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, suçü 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 amacıyla 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.

Yapılan aykırılık, “sanığın Anayasa teminatı altına alınmış olan haklarını ihlal etmiyorsa”, hukuka aykırı delil teorisi uygulanmaz: 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 aykırılık”, Federal Anayasadaki sanık haklarını ihlal etmediği için, kanun ihlal edilerek elde edilen bir beyanın, delil olarak mahkemeye sunulması kabul edilmiştir.<sup>124</sup>

Diğer delil elde etme sınırlamaları, çeşitli hakları korurlar. Örneğin 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 alırlar. Kişü üzerinde yapılan arama ile ilgili kurallar, özgürlüğü korurlar. Müdafinin sanık ile ilişkisini düzenleyen kurallar ise ikisi arasındaki güvene dayanan müdafaa hakkının teminatını

<sup>124</sup> Karmen/Pasker/Regigton: *Briefs of Leading Cases in Juvenile Justice*, Ohio 1998, sh. 29.

oluştururlar. Devlet sırrının korunmasına yarayan kısıtlamalar da vardır (CMUK 49, CMK 47).

“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 ihlal edilen kural, bazen çok önemlidir, bazen ise basittir.

Yapılan hukuka aykırılık “sanığın anayasal haklarından birini ihlal etmiş” ise delil değerlendirme dışı kalabilir. Kanaatimizce, Ceza Muhakemesi Kanunu 148 nci maddesi ile bu bakış açısından yola çıkarak “mutlak bir değerlendirme yasağı” koyduğu söylenebilir.

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 (CMK 307 = hukuka aykırılık) oluşturur. Eğer bu hukuka aykırılık “hükme etkili ise” bozma sebebi olur.

#### 4) “Kanuna aykırılık”, “hukuka aykırılık” ve “hukuka uygunluk”.

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 “kanuna aykırı yöntemle elde edilmiş” olup olmadığı belirlenmelidir.

Kanunun hukuka aykırılık konusundaki genel sistemi burada da geçerlidir.<sup>125</sup> İşlemlerin yapılması için kurallar ihdas edilmiştir. Bu kurallara

<sup>125</sup> Ünver/Hakeri (2010a, 634) basit-ağır-önemli hukuka aykırılık ayrımı yapmasını kabul etmezler. Bununla birlikte, “delil elde etmeyi hukuka aykırı hale getirmeyen, zorunlu bir koşulun değil de bir koruma tedbirinde kuşkuluları gidermek, tanık delili oluşturmak, ileride delilin hukuka aykırılığını iddia edecek kimsenin bu iddiasını karşılamak gibi amaçlarla kabul edilen ve hukuka

aykırılık, işlemi kanuna aykırı hale getirir. 289 uncu maddede yapıldığı gibi, bazı hukuka aykırılıklar mutlak bozma sebebidir. Kanun, 148 inci 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.

Herhangi bir maddi hukuka aykırılığın, delilin otomatik olarak muhakemede kullanılmasını da engellediği görüşü, maddi hukuk normlarının görevi ile usul hukuku normlarının görevi arasındaki farkı red etmek anlamına gelir.

Kanaatimizce, maddi ceza hukukundaki “hukuka aykırılık” ile temyiz hukukundaki “hukuka aykırılık” (CMK 288) arasında fark bulunduğu gibi, ispat hukukundaki “kanuna aykırılık” da farklıdır. Burada, delil elde etme bakımından sınır konulurken, sadece korunmak istenen hukuki menfaatin ihlal edilmesi durumunda “kanuna aykırılık” doğar.

Etkili koruma sağlayabilmek için, Anayasa şikayeti ve işlemdeki temel hak ihlalini doğrudan doğruya Yargıtay’a götürme imkanı yaratılmalıdır.

Delilin kanuna 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, kanuna aykırı olan delilin dahi, hükümde kullanılması ilkesini benimsiyoruz. Ancak, Kanunda “delilin kullanılmasını tümünden yasaklayan bir norm” varsa, bu delilin hiç bir şekilde kullanılmaması gerektiğini kabul ediyoruz.

Kanuna 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, aşağıdaki açıklamalarımızı, “işlemleri” nazara alarak yaptık.

---

aykırılıkla ilgisi bulunmayan şekli bir usule uyulmamasının o delilin kullanılmasını engellemeyeceğini” de kabul ederler.

5) Yetki sınırı aşılarak 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. Arama, elkoyma ve yakalama gibi koruma tedbirleri ve araştırma işlemleri özel hayatın gizli alanına girilerek delil elde edilmesini gerektirir. Devletin adli yetkilerinin uygulanabilmesi için, somut olayda suç şüphesi makul ve orta zekalı bir insanı inandıracak bir biçimde ortaya çıkmış olmalıdır. Buna makul şüphe denilir. “Makul şüphe”, kriminalistik biliminin verilerine dayanan ve olaylardan anlaşılan şüphedir. Makul şüphe basit bir tahminden öteye gitmişse, yani kamu davasının açılmasına yetecek dereceye gelmişse, fail olduğu sanılan kişiye suç isnadı (charge) yapılabilir.

6) 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, Anayasanın 13 üncü maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. Yetkiler sınırlıdır. Yetkinin sınırı, delil elde etme yönteminin de sınırını oluşturur.

Anayasanın 36 ncı maddesinde adil yargılanma hakkı açıkça belirtilmiş, adil yargılanma hakkının diğer unsurları, hakim 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. Adil yargılanma hakkı kavramı, mahkemeler teşkilatının sağlıklı işletilmesi konusunu da kapsar. Sanık hakları adil yargılanma hakkından doğar. Sözleşmenin 6 ıncı maddesi adil yargılanma hakkının asgari şartlarını gösterir.

Türk Anayasası “adil yargılanma” ilkesini ifade etmekle yetinirken, dünyanın bir çok Anayasasında bu haklar tek tek sayılmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise 1968 yılında verdiği Duncan<sup>126</sup> 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, “kanuna aykırı yöntemle elde edilen delil” olur ve bunu hüküm verirken kullanıp kullanmama konusunda, mahkeme takdir yetkisine sahip olur: hukuka aykırı arama ve elkoymadan bağışıklık<sup>127</sup>, işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkı<sup>128</sup>, müdafinin yardımından yararlanma hakkı<sup>129</sup>, kendisi ve yakınları aleyhine delil vermeme hakkı<sup>130</sup>, aleyhinde ifade veren tanığa soru sorma hakkı<sup>131</sup>, makul sürede yargılanma hakkı<sup>132</sup>, tanık bulması için araştırma yapılmasını talep etme hakkı.<sup>133</sup>

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 aşarak veya iii) Kanunun önceden elde edilmesini yasaklamış olduğu halde, elde edilen deliller, “kanuna aykırı yöntemle elde edilen delil” olur.

---

<sup>126</sup> Duncan v. Louisiana (1968).

<sup>127</sup> Mapp v. Ohio (1961) ve Ker v. California (1963).

<sup>128</sup> Robinson v. California (1962).

<sup>129</sup> Gideon v. Wainright (1963).

<sup>130</sup> Malloy v. Hogan (1964).

<sup>131</sup> Pointer v. Texas (1965).

<sup>132</sup> Klopfer v. North Carolina (1967).

<sup>133</sup> Washington v. Texas (1967).

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.

7) *Sanık hakları teorisi.*

Alman doktrini, içtihatla belirlenen yasaklanma halleri dışında, ‘kanuna aykırı delillerin’ duruşmada değerlendirilmesi sorununu, ‘sanık hakları teorisi’ çerçevesinde çözümlenmektedir.

Kanuna aykırı delillerin duruşmada hüküm verilmeden önce değerlendirilmesi konusunda Alman mahkemeleri ‘delilin elde edilmesi ile gerçekleşen kanuna aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine’ bakarlar. Sanığın hakları önemli bir şekilde ihlal edilmiş ise hukuka aykırı delil kullanılmaz. Buna karşılık, yapılan ihlal ikinci derecede kalmakta veya sanığın hakları açısından hiç bir önem taşımamakta ise hukuka aykırı olmasına rağmen, delil hüküm verirken kullanılır. Bu konuda bir değerlendirme yapılırken, ihlal edilmiş bulunan normun kimin yararına konmuş bulunduğuna bakılır.<sup>134</sup>

Sanık hakları teorisi, Alman doktrininde eleştirilmiştir.<sup>135</sup> 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 red etmektedir.<sup>136</sup>

Alman Federal Yargıtayına<sup>137</sup> göre, şüpheli veya sanığın polis tarafından ilk defa ifadesi alınırken, kendisine ‘susma hakkına sahip bulunduğu’ öğretilmemişse, elde edilen delil hüküm verilirken kullanılamaz.

<sup>134</sup> BGHSt 11, 213.

<sup>135</sup> Sanığın ‘usulüne uygun bir ceza muhakemesi yapılmasını istemek hakkı’ bulunduğu belirtilecek, 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

<sup>136</sup> BGHSt 25, 325.

<sup>137</sup> BGH. Beschluss v. 27.2.1992- 5 StR 190/91 (OLG Celle); JZ 18/1992, 918.



İngiltere’de, sanığa susma hakkı öğretilmemişse, hakim dava konusu olayın özelliklerini gözönünde tutarak, ‘dürüst yargılama’ kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapar ve delili ya hüküm verirken kullanır veya kullanmaz. Bu konuda hakime takdir yetkisi tanınmıştır.<sup>138</sup>

Alman Hukukundaki gelişme neticesinde, “sanık hakları teorisi”, “oranlılık 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 karşılaştıracaktır.<sup>139</sup>

8) *İstisnai hallerde kullanılabilen kanuna aykırı yöntemle elde edilen deliller.*

Bazı hallerde yapılan bir işlem, dış görünüş itibariyle Anayasaya aykırı ise de, aslında aykırılık yoktur.<sup>140</sup> Örneğın Kanunun verdiği yetkiden kaynaklanan arama ve elkoyma işlemleri, hakim kararı bulunmamasına rağmen, kanuna uygundur.

Hatalı da olsa, hakim kararına dayanarak toplanan deliller açısından, polisın ‘iyi niyet’li olduğu kabul edilir. Hakim kararının yasal ve fiili dayanakları ortadan kalkmış olsa dahi, böyle bir karara dayanarak yapılan “yakalama”, “arama” ve benzeri araştırma işlemlerinden elde edilen deliller, “kanuna uygun” sayılır.<sup>141</sup> Ancak, normal eğitim görmüş bir kolluk memuru, hakim kararının fiili veya yasal dayanaklarını kaybettiğini anlayabilecek durumda ise hakimın hatalı kararına dayansa da, toplanan delil kanuna aykırı olur.

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

<sup>138</sup> Code of Practice for the Detention etc. Section 78 Police and Criminal Evidence Act 1984; JZ 18/1992, 922 dn. 2.

<sup>139</sup> BVerfGE 34, 250; BGH 24, 130; Schroeder 1997, 77.

<sup>140</sup> 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.

<sup>141</sup> U.S. v. Leon 1984.

geçerliliğini muhafaza ederler. Mich davasında<sup>142</sup> yerel bir kanuna dayanarak yakalanan ve üzerinde uyuşturuucu 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 kaldırılabilieceğini” öngörmesinin mümkün olmaması) gerekçesi ile sonradan kanuna aykırı bir hale gelen yakalamadan elde edilen delilin, mahkemece kullanılabilieceğine karar vermiştir. Devletin yaptığı işlem, o normun koruduğu hukuki menfaati ihlal etmişe, delilin kanuna aykırı olduğu kabul edilir.

*9) 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 girmişe, aynı kişi aleyhine kullanılamaz. Aksinin kabulü, susma hakkını ortadan kaldırır.

*10) Tesadüfen elde edilen deliller.*

Hukuka uygun bir arama yapılırken. Arama kararı kapsamında olmayan bir başka suçun delili elde edilirse, buna elkonularak derhal C. savcısı bilgilendirilir (CMK 138/1). İletişimin denetlemesinden elde edilen delil de, sadece denetlenebilen ağır suçlar bakımından kullanılabilir; hakim kararı ile yapılan denetlemeden hafif bir suçun delili elde edilmişe, bu bilgi hüküm verirken kullanılamaz (CMK 138/2). İletişimin dinlenmesi açasından söz konusu olan diğer istisnalara, ilgili bahiste değinilmiştir.

*11) Yabancı ülkede Türk Kanunlarına aykırı yöntemlerle elde edilen deliller açasından istisnalar.*

Yabancı ülkede elde edilen bir delilin iç hukukta yapılan yargılamada kullanılması sırasında, Muhakeme Kanunlarındaki farklar nedeni ile “kanuna aykırılıklar” ortaya çıkar. Örneğin Türk Hukuku arama yapılması

<sup>142</sup> Mich v. DeFillippo (1979)

için istisnasız hakim kararı bulunmasını mecbur tutarken, mukayeseli hukukta rızai arama yapılabilmektedir. İade prosedürü dışında yurt dışın-da yakalanarak ÷lkeye transfer edilen sanıklar bakımından, yakalamanın kanuna aykırılığı teorisi kabul edilmemektedir.<sup>143</sup>

*12) Delil yasaklarının uzak etkileri sorunu.*

Alman Hukuku bu noktada genel bir kural koymaktan çekinmekte “somut olayın özelliklerine” ve “delil elde etme yasağının niteliğine” göre karar verilmesini tercih etmektedir.<sup>144</sup>

Örneğin G 10 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.<sup>145</sup>

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.<sup>146</sup>

Buna karşılık, StPO 136a (CMK 148) ihlal edilerek yapılan ifade alma-da ortaya çıkan bir tanığın verdiği beyan, kanuna uygun bir delil olarak kabul edilmiştir: olayda tutuklunun hücre sine yerleştirilen muhbir, hile ile sanıktan aldığı bilgileri polise nakletmiş ve bu arada, olayın tanığının kimliğini de öğrenmişti. Federal Yargıtayı, 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.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> Frisbie v. Collins 1952. Son zamanlarda yurt dışında yakalanarak yurda getirilen bazı sanıklar bakımından, ÷lkemiz açasından da, bu husus önem kazanmıştır.

<sup>144</sup> BGH 29, 249.

<sup>145</sup> BGH 29, 244.

<sup>146</sup> BGH 32, 68.

<sup>147</sup> BGH 34, 362; Schroeder 1997, 81.

Kanuna aykırı olarak elde edilen bir delilden yola çıkılarak başka bir delilin elde edilmesi halinde, bu delilin de hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır. Örneğin 148 nci madde anlamında yasak yöntemler kullanılarak konuşturulan bir sanık, tabancayı gömdüğü yeri söylemiş ve orada elde edilen tabancanın tetkikinden suçta kullanıldığı anlaşılmışsa, tabancanın delil olup olmayacağı düşünülmelidir.

Suç teşkil eden yöntemler kullanılarak elde edilen delilden yola çıkılarak ortaya çıkartılan diğer delillerin de hüküm verirken kullanılmaması gerekir.<sup>148</sup>

Konusu veya elde ediliş metodu nedeniyle yasaklanmış deliller kapsamına giren ve duruşmada değerlendirilmesi kabul edilmeyen ‘yasaklanmış bir delil’, suçun başka bir delilinin ele geçirilmesine yardımcı olmuş ise bu ikinci delilin hukuki durumu da tartışmalıdır. Örneğin işkence yapılarak konuşturulan 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 meyvası da zehirli olur.

Avrupa hukukunda ise konu tartışmalıdır. Alman mahkemeleri, değerlendirme yasağının dolaylı etkisini genişletmeyi kabul etmemekte ve polis tarafından yapılan usulî hataların, elde edilen ‘diğer delilleri’ değerlendirme kapsamı dışında bırakmaya yol açmasının açıkça haksız olan beraat kararlarının verilmesine sebep olacağından çekinmektedirler.<sup>149</sup>

### 13) Delilin dosyadan çıkartılması sorunu.

Kanuna aykırı olduğu tespit edilen delilin kullanılmaması yeterli değildir. Delilin, dosyayı daha sonra okuyacak olan sujeleri tesir altında bırakmaması için, dosyadan tamamen çıkarılması gereklidir. Bir delilin kanuna aykırı olduğu ileri sürülebilmesi için, bu konuda bir tali ceza davası açıla-

<sup>148</sup> Kastigar v. U.S 1972.

<sup>149</sup> Doktrinde, azınlıkta kalan görüşler ise yasaklanmış deliller konusundaki kuralların eksiksiz olarak uygulanabilmesi için, yasak ağacın meyvalarının da değerlendirme dışında kalması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar.

bilmelidir. Nasıl ki “hakimin reddi davası”, “yer itibariyle yetkisizlik davası” ve “tutuklama kararı” verilmesi için tali ceza davası öngörölmüş ise delilin kanuna aykırı olup olmadığını tespit etmek bakımından da böyle bir prosedür kanunla düzenlenmelidir. Kanuna aykırılık konusunda verilen bu kararın, önce soruşturmada bir hakim tarafından, kovuşturma da ise esas mahkemesi tarafından verilmesi uygun olur. Hakim veya mahkeme tarafından verilen bu kararın Yargıtayca da incelenebilmesi ve denetlenebilmesi sağlanmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesi fair trial hakkını güvenceye alıyorsa da, delillerin mahkeme tarafından kabul edilmesi konusunu düzenlemez. Bu konu öncelikle iç hukuk konusudur. Bu nedenle, Divan hukuka aykırı biçimde toplanmış olan bir delilin kabulünü, ilke olarak soyut düzeyde dışlayamaz. Fakat, Sözleşmenin bir hükmüne aykırı biçimde, mesela işkence veya kötü muamele altında elde edilen delil, Divan tarafından denetlenebilir.

Hukuka Aykırı Deliller konusunda Marmara Üniversitesi ile İstanbul Barosu tarafından tertiplenen sempozyumun sentez raporunu yazan Erman<sup>150</sup>, kanuna aykırı bir şekilde elde edilen delillerin dosyadan çıkarılmasına taraftar olmuştur. Özel kişiler tarafından elde edilen deliller konusunda da, kamu görevlilerine tanınmayan bir yetkinin özel kişilere verilemeyeceği kanaatindedir.

Anayasa’da 2001–4709 numaralı Kanun ile yapılan değişiklik, bu konuda önemli bir yenilik getirmiştir (Any. “2001–4709” 20 ve 21): önceden hakim kararı olmadan yapılan aramalarda elde edilen delillerin 24 saat içinde hakim onayına sunulması, kararın 48 saat içinde açıklanması gerek-  
mekte, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkmaktadır. Hükümsüz delil “yok” sayılacağı için, mahkemeye dahi sunulmaması, sadece temyiz aşamasında görülmesi gerekecektir.

Bununla birlikte CMK nun 230 uncu maddesi hükmün gerekçesinde “kanuna aykırı olduğu için duruşmada ikame edilmeyen” delillerin tek tek ve ayrı ayrı gösterilmesini emretmektedir. Bunun dışında CMK 289 ncı maddesi hükmün kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması-

---

<sup>150</sup> Erman, Kunter’e Armağan, 1998, 75.

nı 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.

#### 14) Kanaatimiz.

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. Özgürlükler hakimi statüsündeki bir hakim 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.

CMK nun 217/2 maddesinde yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delil ile ispat edilebilir, denilmek sureti ile mülga Kanunumuzun 254 üncü maddesinin 2 nci fıkrasındaki delil yasağından<sup>151</sup> farklı bir düzenleme yapılmıştır; burada mutlak bir yasak sözkonusu olmayıp, hakimin takdir yetkisini kullanabileceği bir hüküm vardır.

Hakim 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.

Sanığın topluma verdiği zarar daha büyük ise ve 148 maddede olduğu gibi açıkca yasaklamış bir delil de söz konusu değil ise kanuna aykırı nitelik taşıyan delili, hakim hüküm verirken kullanabilmelidir.

<sup>151</sup> 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.

Anayasa “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 kanuna aykırı da olsa, delil kullanılabilir”.

Bu bakış açısı AIHM kararlarına da yansımıştır. Davanın bütünlüğü içinde başta yapılan hata giderilmiş ve sonuçta “adil yargılanma hakkı” sağlanmışsa, kanuna aykırı delillerin hüküm verilirken kullanılması gerekir.

Serbest iradeyi sakatlayan CMK 148 kapsamına giren durumlar, bu tesbitimizin 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 kanuna aykırılıklarda, yani temel hakları ihlal etmeyen kanuna aykırılıklarda delilin etkilenmemesini, temel hakları ihlal eden kanuna aykırılıklarda ise ilke olarak bu delilin hüküm verilirken kullanılmamasını, fakat ağır suçlarda istisnai olarak bunların da, “sanık hakları teorisi” çerçevesinde değerlendirme kapsamına alınmasını benimsiyoruz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2007 yılında verdiği karar yukarıdaki görüşlerimizi teyid etmektedir: Yargıtay taklit bornozların iş yerinde aranması sırasında “hakim kararı ile” arama yapılmasına rağmen, arama tanığı bulundurulmamasını, şekli bir aykırılık olarak mütalaa etmiş, delilin hüküm verirken kullanılmasını kabul edilmiştir.<sup>152</sup>

Yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen ikrar delilinin ve Kanunun yok edilmesini emrettiği kişisel veri kayıtlarının hiç bir koşul altında delil olarak kullanılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

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.

“Kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen deliller” kavramındaki “aykırı-

<sup>152</sup> CGK 26.6.2007, K. 159.

lık”, 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 “sağlam” 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.

### **VII– Hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillere örnekler.**

Yukarıdaki bahiste (VI), “hukuka uygun bir şekilde elde edilen delil” kavramının içeriğini belirlemeye çalıştık. Aşağıda, durdurma, arama ve benzeri işlemleri esas alarak, ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıkları, hakimlerin yarattığı hukuk örnekleri ile açıklayacağız.

#### *1) Kanuna aykırı olarak durdurma.*

##### *a) Durdurma yetkisi.*

Yolda yürüyen bir kişiyi durduran (PVSK 4A, AramaY 27) polisin hareketi, suç işlendiği hakkında makûl sebebe dayanıyorsa, hukuka uygundur ve polis bu kişilerin üzerinde bizde yoklama, diğer sistemlerde ise arama<sup>153</sup> yapabilir.

Yapılan arama sonunda, polis tarafından herhangi bir suç delili bulunması ile bulunmaması arasında bir fark yoktur.<sup>154</sup> Zira, amaç bireyin polis tarafından aşırı yetki kullanılmasına karşı korunmasıdır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, Brown v. Texas davasında<sup>155</sup> 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 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 bulun-

<sup>153</sup> People v. Thornton (1988, 2d Dept) 139 AD2d 787, 527 NYS2d 532, app den 72 NY2d 867, 532 NYS2d 517, 528 NE2d.

<sup>154</sup> People v. Rodriguez (1986, 2d Dept) 122 AD2d 895, 505 NYS2d 936.

<sup>155</sup> Texas v. Brown, 460 U.S. 730, 103 S.Ct. 1535, 75 L.Ed. 2d 502 (1983); Kamisar/LaFave/İsrael 1990, 253.



ması gerekir. Burada sözkonusu 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 makûl bir sebep<sup>156</sup> bulunduğu veya şüphe (reasonable suspicion = durdurma ve aramadaki başlangıç şüphesi) duyduğu takdirde, polis memuru yolda kişileri durdurarak (PYSK 4A), onlara soru sorabilir ve üzerlerini sıvazlayarak (stop and frisk) silah yoklaması yapabilir.

Kolluğun “durdurma” yetkisinin kullanılabilmesi için, hakim kararına ihtiyaç yoktur, zira durdurma “arama” değildir (AramaY 27).

#### b) Terry v. Ohio

Terry v. Ohio davasında<sup>157</sup> açıklandığı üzere, bilgi toplamak için kişilerin durdurulması hukuka uygundur. Buna “*brief investigatory stop*” denir.

#### c) United States v. Chadwick

Bu davada<sup>158</sup> 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 hakim kararı almadan silah araması

<sup>156</sup> 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 dükkana acele bir şekilde girip çıkmasından dükkanda 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 bir ekipten yardım isteyen Polis memuru, zor kullanarak silâh araması yapmışsa da, şahıs direncini artırmıştır. Neticede şahsın iki bacağı ve bir kolu kırılmış ve iş mahkemeye intikal etmiştir. Yüksek mahkeme verdiği kararda; olayın akışı içerisinde şahsın acele ile dükkana girip çıkmasından doğan makûl 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.

<sup>157</sup> Terry v. Ohio 392 U.S. 1, 88 Ct. 1868, 20 L.Ed.2D 889 (1968); Kamisar/LaFave/İsrael 1990, 269.

<sup>158</sup> United States v. Chadwick, in: Kamisar/LaFave/İsrael 1990, 263.

(search incidentally arrest) yapabilir.<sup>159</sup> 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 Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin, arama öncesinde alınması zorunludur.

*ç) Aleni yerlerdeki özel hayat.*

Özel hayat evin içindedir. Kamuya açık, herkesin gidebileceği aleni alanlarda bulunan insanları bütün bireyler görebilir, izleyebilir. Bu nedenle, aleni yerlerde gizlilik beklentisi azalmıştır. Hele bireylerin özel hayatlarında kullandıkları bir eşyayı terk etme iradesi ortaya çıkmışsa, gizlilik beklentisi artık ortadan kalkmış sayılabilir. Mesela, polis, kapının önüne bırakılan çöpleri tetkik ederek bunlardan suç delili elde edebilir. Bu araştırma özel hayatın gizliliğini ihlal etmez.

Bunun gibi, Amerikan Hukukunda bir şahsın otomobiline gizlice sinyal gönderen bir alet yerleştirilerek, o şahsın günün akışı içerisinde nerelere gittiğini elektronik aletlere kaydetme de, özel hayatın gizliliğini bozmadığı kabul edilmektedir. Türk Hukuku bu konuyu farklı düzenlemiştir: aleni yerlerde bir kişinin sistematik olarak teknik araçlarla izlenmesi, CMK 140 kapsamında olup, belli suçlarda ancak hakim kararı ile mümkündür.

*d) MOBESE kameraları.*

Aleni yerlerde bulunan güvenlik kameraları tarafından kaydedilen görüntüler, kamera gizli değilse, hukuka uygundur. Ancak, o kameranın oraya yerleştirilmesi konusunda, tehlikenin varlığı sebebine dayanan idari bir karar verilmiş olması ve yapılan kayıtların kısa süreler sonra silineceğini düzenleyen bir kanun bulunması gerekir. Böyle yasal bir düzenlemeye dayanarak elde edilmiş bulunan bu görüntüler, tehlikeyi önlemek için kullanılabilir. Suç işlenirken yapılmış bulunan kayıtlar ise suç üstü hükümleri kapsamında delil olarak kullanılabilir. Ancak, bu görüntülerin haber yapılarak medyaya yansıtılması kişilik haklarını ihlal edebilir (AİHM Peck v. İngiltere).

<sup>159</sup> Smith v Ohio (1990, US) 108 L Ed 2d 464, 110 S Ct 1288.

2) Arama ve elkoyma işlemindeki kanuna aykırılıklar.

“Arama” fiziki delil elde etmek veya faili yakalamak amacı ile yapıldığından, ceza yargılamasında yararlı olabilecek delillerin veya sanığın sakladıkları sanılan yerlerde gerçekleştirilir. Arama, kural olarak hakim kararı ile olur; acil durumlarda savcı da emir verebilir.

a) Çıplak gözle görme.

Önceden hakimden 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” gözükiyorsa, sözgelimi arka koltuğun üzerinde bir tabanca duruyorsa, polis bu eşyaya hakim kararı olmadan elkoyabilir (plain view doctrine). Bu şekilde elde edilen delil kanuna uygun bir delil olur ama, şartları gerçekleşmedikçe, aracın bagajında arama yapılamaz.<sup>160</sup>

Hakim kararı olmadan elkoyma açısından ikinci önemli istisna, içinde ışık yanan bir odanın perdesi açık penceresinden içeriyi görmek halinde ortaya çıkar. Ancak, evin dışında bulunan bir görevli tarafından evin içinin teknik araçlarla izlenmesi CMK 140/son kapsamında olup, hukuka aykırıdır.

Rutin aramalar çerçevesinde, bavulda uyuşturuıcı madde bulunup bulunmadığının tespiti için, bavulların özel yetiştirilmiş köpeklere koklatılması (dog sniffing), özel hayatın gizliliğini bozmasa da, evin kapısının köpeğe koklatılması özel hayatın gizli alanına bir müdahale teşkil eder. Aleni yerlerdeki bavulların koklatılması ise arama sayılmaz (AramaY 13j).

Toplum için büyük bir tehlike yaratan durumlarda gecikmede tehlike vardır. Mesela, bir yangın çıkmışsa, evdekilerin hayatını kurtarmak (PVSK 20) açısından, hakim kararı olmadan eve girmede zorunluluk vardır.

b) Suçüstü hali.

Buçüstü, gecikmede tehlike bulunan hallerde hakim kararı olmadan yapılan aramaya diğer bir örnektir. İşlenmekte olan bir suç sırasında olay

<sup>160</sup> Smith v. Ohio (1990, US) 108 L Ed 2d 464, 110 S Ct 1288.

yerine gelen veya olay yerinden kaçan faili kovalayan polis memurunun, hakimden karar alması mümkün değildir. Mesela, evde silahlı kişilerin bulunduğu ihbar edilmiştir. Polis olay yerine geldiğinde, evden dışarıya ateş edilmiş ve yapılan operasyonla failler yakalanmıştır. Bunun gibi, konutta işlenmekte olan ağır cezalı bir suç varsa, polis hakim kararı olmadan eve girebilir (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 ihlal eder. Bu tür bir detaylı aramanın yapılabilmesi için, gene de hakimden bir karar alınması gereklidir. Ev sahibi kadın, dostu tarafından dövülmüş ve bayılmıştır. Kavga ve gürültüler polise ihbar edildiği için, olay yerine gelen polisin hakim kararı olmadan, PVSK 20 kapsamında eve girip, genel arama yapma yetkisi doğar. Ancak, konutta suç delili veya aranan bir şüphelinin bulunduğu ihbar edilmişse, arama yapılabilmesi için, hakimden karar alınması gerekir.

*c) Takip etmek.*

Hakim kararı olmadan arama yapılabilen diğer bir hal suç üstü takip edilen kişinin kaçarken geçtiği yerler açısından sözkonusu olur (CMK 117/3, 118/2). Bu kişi kaçtığı sırada suç delili veya eşyası niteliğindeki şeyleri etrafa atmış veya istemeden orada bırakmış olabilir. Örneğin tabancayı bir evin bahçesine doğru fırlatabileceği gibi, ceketinin düğmesi veya kimlik belgeleri öteye beriye düşmüş olabilir. Bu gibi yerlerde arama yapılması açısından hakimden karar almaya imkan ve gerek yoktur.

*) Yakup kararı: CGK 29.11.2005, K.144/150*

Bu kararda esas mahkemesi iddia ve sanığın ikrarı dışında, tutanaklar, expertiz raporu ve emanetteki uyuşturucu madde gibi delillere dayanarak sanığın esrar elde etmek üzere evinin damında elli kök hint keneviri yetiştirdiğini kabul etmiş ve mahkumiyet kararı vermiştir. Özel daire hukuka aykırı olarak yapılan aramadan elde edilen delilin hükme esas alınamayacağını, başka delille desteklenmeyen soyut ikrarın mahkumiyet için yeterli bulunmadığını belirterek hükmü bozmıştır.

Yargıtay C. Başsavcılığı ikrarın özđür iradeye dayandığını ve başkasının suçunu üstlenmeye yönelik olduğu ileri sürülmemesi karşısında sanığın suçunun sabit olduğunu belirterek başsavcının itirazı yoluna başvurmuştur.

Ceza Genel Kurulu yapılan “rızaı arama” sonunda elde edilen hint kenevirlerinin hukuka aykırı aramadan kaynaklandığına karar vermiştir. Rızai arama yapmak üzere gecikmede sakınca olmadığı halde hakim kararı zorunluluğunun uygulanmaması yapılan aramanın hukuka aykırı kabul edilmesine neden olmuştur. Ancak, ihbarla başlayan soruşturma da sanığın soruşturma ve koğuşturma evrelerinde ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özđür ve samimi ikrarı karşısında suçun sübuta erdiği kabul edilmiştir. Ancak, hukuka aykırı aramadan elde edilen fiziki delillerin delil olarak kullanılmamasına karar verilmesi hukukumuz aısından önemli bir gelişme olarak nitelendirilmelidir.

Görüldüğu gibi, hakim kararı alınmadan yapılan aramalardan elde edilen fiziki deliller, “hukuka uygun” delil olarak kullanılamaz. Fakat, aşağıdaki karardaki gibi, kolluk iyi niyetini ortaya koyarak, bütün gayretini göstermiş ve buna rağmen hakimden karar almadan arama yapmak durumunda kalmışsa, Yargıtay bu fiziki delilin kullanılmasına cevaz vermektedir.

*d) Pazarıcı Saadettin ve Çelebi kararı: CGK 15.3.2005, E. 10–15, K. 29*

Bu kararda, kullanma amacıyla uyuşturucu madde bulundurmaktan sanık Çelebinin beraatine ve uyuşturucu maddenin müsaderesine ilişkin olarak Sarıyahşi Asliye Ceza mahkemesinden verilen 15.10.2003 tarih ve 3–30 sayılı hüküm Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmekle Yargıtay 10. Ceza dairesince incelenmiş ve 20.4.2002 tarih ve 1550–4784 sayılı kararı ile şu gerekçe ile bozulmuştur: Sanığın ikrarı, üst arama tutanağı, ele geçirilen maddenin esas olduğu belirlenmiş olması itibariyle sanığın kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunun sabit olması nedeniyle mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, beraat kararı verilmesi isabetsizdir.

Esas mahkemesi 8.6.2004 tarihli kararı ile bozma kararına direnmiştir. Direnme kararının gerekçesinde; Sarı Yahşi ilçe emniyet amirliğinin aldıkları bir istihbarat üzerine Cumhuriyet savcılığına 27.1.2003 tarihinde bir yazı yazarak, ilçe Pazar yerine Kırşehirden gelen Saddettinin 21.1.2003

günü Pazar yerinde çetene satacağını belirterek bu kişinin üzerinde ve aracında arama yapılması için izin istemişlerdir. Cumhuriyet savcılığı sulh ceza mahkemesinden arama izni verilmesini istemiş, mahkeme de 20.1.2003 tarih ve 2003/1 değişik iş sayılı kararı ile Saddettinin üzerinin ve arabasının aranmasına karar vermiştir.

Polis 21.1.2003 günü yaptığı aramada suç unsuruna rastlamazken, Sadettinin yanındaki Çelebi şüpheli hareketler sergilemiş ve Komiser yardımcı emniyet amir vekili Ergün sözlü emir vererek bu kişinin üzerini aratmış ve Çelebinin üzerinde çetene olduğu sanılan madde ile bunu sarmakta kullanılan kağıtlar bulunmuştur.

Arama konusundaki kurallarda 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesi ve sonrasını karşılaştıran esas mahkemesi, arama kararı verme yetkisinin hakime ait bulunduğunu, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yazılı emir verilmesi gerektiğini saptamış, PVSK 2. maddesinin 3. fıkrasının VIII. bendinin CMUK 97/1 ile çelişkiye düştüğünü ve yapılan değişiklik sonrası PVSK 2/3 deki “sözlü arama emrinin” artık yazılı emir olarak anlaşılmasının zorunlu olduğunu saptamıştır. Dava konusu bu olayı bu açıklamalar ışığında değerlendiren esas mahkemesi, Pazar yerinde yapılan aramada emniyet amir vekilinin yazılı emir vermesi gerekirken, sözlü emir verdiğini, mülga CMUK 95/1 madde hükmünün suçlu olmayan veya böyle bir şüphede bulunmayan kişilerin ve bunlara ait yerlerin aranmasının ancak aranan kişi veya el konulacak nesnenin orada bulunduğu kanısı uyandıracak olguların varlığına bağlı olduğunu, olayda Çelebinin üçüncü kişi konumunda olup, “şüpheli hareketler sergilemesinin” CMUK 97/2 de belirtilen vakıa olarak kabul edilemeyeceğini ve bu nedenle aramanın hukuka aykırı olduğunu saptamıştır.

Esas mahkemesi diğer taraftan “gecikmede tehlike” kavramını da tartışmış ve 21.8.1998 tarihli Yakalama Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinde ön görülen gecikmesinde sakınca bulunan hal sözkonusu olmadığını, polisin aranması gereken kişi hakkında güvenlik önlemi olarak, pazar yerine bir kaç dakikalık mesafede bulunan Adliyeye giderek sulh hakiminden arama kararı alabilme olanağının bulunduğunu belirtmiştir. Bu nedenlerle, esas mahkemesi yapılan aramayı hukuka uygun bulmuştur. Gerçi Sarıyahşi

Cumhuriyet savcılığınca sanığın üzerinin aranması ve yapılan el koyma-  
nın onaylanması, Sarıyahşı sulh ceza mahkemesinden istenilmiş ve bu  
mahkeme 21.1.2003 tarihli kararıyla arama ve zapt etme işlemlerinin  
onaylanmasına karar vermiş ise de, esas mahkeme arama kararının onay-  
lanması biçiminde bir karar verme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle,  
bunun hukuka uygun olmadığı karındadır. Esas mahkemesi bu değerlen-  
dirmeyi yaptıktan sonra elde edilmiş olan bütün delillerin ikrar dışında  
kalanlarının hukuka aykırı olduğu görüşünü benimsemiş ve bu ikrarın  
ancak diğer delillerle doğrulanabildiği ölçüde değer kazanacağını ve sanı-  
đın kendi ikrarından başka mahkumiyetine yeter delil elde edilememiş  
olduğundan, sanığın delil yetersizliğinden beraatine karar verilmesi kani-  
sına vardığı gerekçesiyle önceki hükmünde direnmiştir.

Direnme hükmü savcı tarafından temyiz edilmiş ve dosya Yargıtay  
Cumhuriyet Başsavcılığının bozma istekli 7.1.2005 günlü tebliğnamesi ile  
Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle Ceza Genel Kurulunca  
görüşülmüştür.

Ceza Genel Kurulu 15.3.2005 tarihinde verdiği 29 sayılı kararında ola-  
yın gerçekte olduğu sırada yürürlükte olan CMUK 97 de belirtilen gecikme-  
sinde sakınca bulunan halin gerçekte olduğunu, zira Pazar yeri gibi kalabalık  
bir ortamda gelişen bir olayda sanığın üzerindeki esrarı atmak veya sakla-  
mak biçiminde davranışlarda bulunmak suretiyle delilleri yok edebilmesi  
olasılığının yüksek bulunduğunu saptanmıştır. Diğer taraftan CMUK 97  
maddesi uyarınca emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisinin  
bulunduğunu, fakat yazılı olması gereken bu emrin sözlü olarak verilmesi  
biçimindeki eksikliğin biçimsel bir eksiklik sayılabileceği görüşünü  
benimsenmiş, fakat el koyma işlemi üzerine, aynı gün bu işlemin hakim  
tarafından onaylanması suretiyle, mevcut eksikliğin bir ölçüde giderilme-  
ye çalışıldığını da vurgulanmıştır. Sanığın suçlamayı kabul etmesi, düzen-  
lenen tutanaklara karşı bir diyeceğinin olmadığını bildirmesi, kolluk  
görevlilerinin ise elde ettikleri tüm bilgileri baştan itibaren Cumhuriyet  
savcılığına ulaştırıp arama kararı konusunda hakim kararı alınması için  
girişimde buldukları ve bu suretle de hukuka uygun işlem yapma gay-  
reti içinde oldukları anlaşıldığından, somut olayda arama işlemi açısından,

hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşulların oluştuğu ve yetkili merci tarafından da arama kararı verilmiş bulunduğu için, 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. Bu itibarla sanığa yüklenen, kullanma amacıyla uyuşturucu madde buldurmak suçunun, sanığın tüm aşamalarda yinelediği ikrarı, elde edilen esrar maddesi, adli tıp kurumu raporu gibi delillerle sabit olduğu için, “delil yetersizliği nedeniyle verilen beraate ilişkin direnme hükmünün” bozulmasına karar verilmiştir.

*e) Yakalama araması.*

Hakim 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, hakim kararı olmadan yakalanan bir kişinin üzerinde yapılabilir. Bunun yanı sıra, yakalanan kişinin eli ile ulaşabileceği yerlerde de (immediate area of control) arama yapılabilir.<sup>161</sup> Örneğin trafik kurallarına aykırılık adli kovuşturmayı gerektiren bir trafik suçu niteliğinde ise polisin yakalama yetkisi doğar ve bu yakalamanın arkasından hakim kararı olmadan “yakalama araması yapılabilir”.<sup>162</sup>

Yakalama aramasında memur önce kendi güvenliğini sağlamalıdır (the protective sweep doctrine).

*f) Hakimin verdiği arama kararındaki kanuna aykırılık.*

Hakimin vereceği kararda suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delile dayanan kuvvetli şüphenin (CMK 116) yer alması gerekir. Bunun sağlanması için, kolluk olayları anlatan bir rapor hazırlar (AramaY 7) ve Cumhuriyet savcısına başvurur. Cumhuriyet savcısı ikna olursa, arama kararı vermesi için hakimden istemde bulunur. Kolluğun hazırladığı raporu inceleyen hakim, toplumun suçun ortaya çıkartılması konusundaki menfaati ile evinde suç işlenen kişinin özel hayatının korunmasındaki men-

<sup>161</sup> Smith v. Ohio (1990, US) 108 L Ed 2d 464, 110 S Ct 1288.

<sup>162</sup> People v Terrero (1988, 3d Dept) 139 AD2d 830, 527 NYS2d 135.



faatini karşılıklı olarak tartar ve evde arama yapılıp yapılmaması konusunda karar verir. Arama kararı verilirse, neyin veya kimin aranacağı da gösterilir.

Eğer soruşturma dosyasında kolluğun hazırladığı kuvvetli şüpheyi tanımlayan rapor yoksa, hakimin verdiği arama kararının kuvvetli şüpheye dayanmadığı ve bu nedenle de kanuna aykırı olduğu karinesi doğar.

Bunun dışında, CMK 119 arama kararında yer alması gereken hususları saymıştır. Bu noktalardaki noksanlık, hakimin verdiği arama kararını hukuka aykırı duruma sokar. Bu tür kararlara itiraz etmeli ve hukuka aykırılık noktalarını itiraz dilekçesinde açıkça göstermelidir.

*g) Aramadan elde edilen tesadıfi delil.*

Hukuka uygun bir arama yapılırken başka bir suçun emaresine de rastlanırsa, buna da elkonulur ve derhal Cumhuriyet savcısına bilgi verilir (CMK 138/1).

“Tesadıfen elde edilen deliller” başlığını taşıyan CMK m. 138, sadece arama ve elkoyma iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle sınırlı olmak üzere uygulama alanı bulur.

*h) Türk Hukukunda olmayan, “ilgilinin aramaya rıza göstermesi”.*

Türk Hukukunda rıza ile aramanın düzenlendiği Arama Yönetmeliğinin 8/f maddesinin yürürlüğu Danıştay 10. Dairesinin 19.1.2006 tarihli kararı ile durdurulmuştur. Bu nedenle, bizde rızaya dayanan arama yapılamaz.

Türk Hukukunun aksine, mukayeseli hukukta hakim kararına ihtiyaç bulunmayan istisnalar arasında, hakkında arama veya elkoyma işlemi yapılacak olan kişinin rızasının bulunması vardır. Bu konuda kişinin rızasının işlemden önce alınması önem kazanır. Rızayı veren kişi, rıza göstermek konusunda yetkili olmalıdır. Hatta bu rızanın yazılı olarak alınması yerinde olur.

Amerikan Yüksek Mahkemesi bir kararında, arama konusunda verilen rızanın şartlarını açıklamıştır: kişinin aramaya rıza göstermeye manevi açıdan da zorlanmaması gerekir. California civarında uyuruşturucu 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, hiç bir vandaşın rıza göstermekten kaçınamayacağı ve böyle bir manevi baskı sonucu elde edilen rızanın geçerli olmadığı vurgulanmıştır. Arama yapan Polisin kural olarak, arama emrini göstermesi gerekir.

*i) Önleme aramasında elkoyma.*

Önleme aramasından (PVSK 9) elde edilen delilin 24 saat içinde hakim kararına sunulması Anayasa emridir (Any. 20). Hakim arama ve elkoymada hukuka aykırılık görürse, bu deliller, “kanuna aykırı” olurlar.

*3) “Teknik araçlarla izleme” ile ilgili kanuna aykırılıklar.*

Ceza Muhakemesi Kanunu, “teknik araçlarla izleme” adını verdiği yöntem ile liste halinde saydığı katalog suçların işlendiği hususunda “kuvvetli şüphe sebepleri” bulunması halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ile işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses ve görüntü kaydı yapılmasına imkan sağlamaktadır. Ancak, konutun içinin izlenmesi yasaktır. Türk Yargısı da aynı yönde karar vermiştir.<sup>163</sup>

<sup>163</sup> 30 Temmuz 1999 tarihinde, Çıkar Amaçlı Örgütlü Suçlulukla Mücadele Kanunu yürürlüğe girene kadar Türkiye’de telefon dinlemeyi veya gizlice banda kayıt etmeyi düzenleyen bir kanun yoktu. Bu nedenle, hakim kararı ile de yapılırsa, bu gibi işlemler hukuka aykırı idi. Netekim, İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi 13. 7. 1993 tarihli ve E. 1992/1114, K. 1993/481 sayılı kararında, 8 ay boyunca bir gazete muhabetine ait evde yapılan gizli video band kayıtlarını CMUK 254/2 uyarınca delil olarak kabul etmemiştir.

Şunu hemen belirtmek gerekir ki, suç izlerini tespit amacıyla yapılan fotoğraflama ve umuma açık mağazalarda yapılan video kayıtları bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.

Teknik araçlarla izleme konusu, CMK 140/1’de, 4422 sayılı kanunun 3. maddesindeki düzenlemeye göre oldukça daraltılmıştır. 4422 sayılı kanunda konut ve ikametgahın da teknik izlemeye tabi olması kabul edilmişken, CMK m.140/1 ise sadece kamuya açık yerlerdeki faaliyetler ve işyerini yetki kapsamında tutmuştur. 140 ıncı maddenin 5 inci fıkrası, “Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz” hükmünü getirmiştir.

Teknik takipten elde edilen deliller CMK 140 da sayılan suçlar dışındaki suçların delilini elde ederse, bunlar muhakemede delil olarak kullanılmaz. Zira, CMK sadece iletişimin denetlenmesinden elde edilen tesadüfi deliller konusunda hüküm sevk etmiş, gizli soruşturmacı (CMK 139) veya teknik araçlarla izleme (CMK 140) konusunda tesadüfi delilin kullanılması ile ilgili izin veren bir kural koymamıştır.

#### 4) İletişimin denetlenmesinin koşulları açısından kanuna aykırılık.

##### a) İletişimin denetlenmesi tedbiri istisnadır.

İletişimin denetlenmesi, yeni araştırma işlemlerinin yapılması için, “ipuçları” elde etmeye yarayan istisnai bir tedbirdir. Ender olmakla birlikte, iletişimin denetlenmesinden hüküm vermede doğrudan kullanılacak delil de elde edilebilir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, ceza soruşturması başladıktan sonra, kuvvetli şüphe sebepleri varsa ve en son çare olarak, hakim kararı ile ayrıntıları Yönetmelik<sup>164</sup> ile belirlenen farklı yöntemlerle gerçekleştirilebileceği için, her bir

<sup>164</sup> 14.1.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in bazı maddelerinin iptali istemi ile açılan davada, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2009/107 sayılı 30.4.2009 tarihli kararında; adalet hizmetlerini yürüten Adalet Bakanlığının yargı sürecine müdahale sonucunu doğurmayacak biçimde idare hukuku ilk eve kararları çerçevesinde yönetmelik ile düzenleme yapabileceği vurgulandıktan sonra, CMK da bu konularda Adalet Bakanlığının yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi verilmediği için, yürütmenin durdurulması kararının bu gerekçeye dayanarak verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte, PVSK Ek 7 inci maddesi, yönetmelik çıkarma yetkisini vermiş bulunmaktadır. PVSK Ek 7 inci madde her ne kadar iletişimin belli suçların önlenmesi amacı ile yapılmış bir düzenleme ise de, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun E. 2008/159 sayı ve 15.5.2008 tarihli kararında da belirtildiği gibi, Telekomünikasyon

yöntemin ayrı özellikler taşıdığına dikkat edilmelidir.

Hukuka uygun iletişim denetleme kararının ilk koşulu, Cumhuriyet savcısının soruşturmayı başlatmış olmasıdır. Soruşturma başlatılmadan verilen iletişimin denetlenmesi kararına dayanan deliller hukuka aykırıdır.

Danıştay 1 inci Dairesinin 23.1.2009 tarihli K. 2009/156 numaralı kararında 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 yürütölen tahkikatta, CMK 134 kapsamında bilgisayar programlarında inceleme yapma ve iletişimin tespiti 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 yürütölmekte olan bir ceza soruşturması bulunduğu ve bu soruşturmaya dayanılarak CMK 135 uyarınca verilen bir hakim kararı ile iletişim tespit edildiği için, yapılan idari işlemde ilgililer hakkında soruşturma yapılmasını gerektirecek bir hukuka aykırılık görölmemiştir.

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 denetlenebilmesi için, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı aranacak (CMK “2014–6526” 135/1), fakat tutuklama kararı verilmesini gerektirecek ölçüde kuvvetli şüphe (CMK 100/1) bulunması beklenmeyecektir. İletişimin denetlenmesi istisnai araştırma yöntemlerinden olduğu için, standart araştırma yöntemlerinin delil elde etmekte yarar sağlamamış olması gerekir.

*b) İletişimin denetlenmesinin konusunu teşkil eden suçlar açısından kanuna aykırılık.*

CMK 135/7 iletişimin denetlenmesi türlerinden dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yöntemleri açısından suç listesi düzenlemiş ve bu yöntemlerin ancak bu listede sayılan suçlarda uygulan-

---

İletişim Başkanlığının yetkileri açısından bakıldığında, CMK 135 açısından yapılan adli dinlemelerle ilgili düzenlemelere yer verdiği görölmektedir.

masına izin vermiştir. Liste dışı bir suçta anılan bu üç yöntem uygulanmazsa da, iletişimin tespiti yöntemi her suçta uygulanabilir.

Kanun, sadece ağır olarak kabul ettiği belli suçlarda özel hayatın gizli alanına Devlet tarafından müdahale edilmesine izin vermiş ve bu suçları liste halinde saymıştır.

Delil elde etmek üzere iletişimin denetlenebilmesi için, hakimın CMK 135 daki koşulların oluştuğunu belirleyen bir karar vermesi gerekir. Acele hallerde Cumhuriyet savcısının vereceği emir de hakim tarafından onaylanmış bulunmalıdır.

*c) İletişimin tespitinden elde edilen kanuna uygun deliller.*

Konuşmanın içeriği bilinmeksizin, bir kişinin belli bir zaman aralığı içinde hangi kişilerle temasta bulunduğu konusunda “belirti”<sup>165</sup> oluşturan irtibat listeleri ancak dolaylı bir ispat sağlarlar.

İletişimin tespitinde belli bir şüphelinin zaman içinde kimlerle temas kurduğunun belirlenmesi söz konusu olduğu için, bu işlem evin dışındaki özel hayat alanına Devletin müdahalesi niteliği taşıdığından, ancak hakim kararı ile yapılabilir.

Fakat suç işlendikten sonra, meçhul olan failin belirlenmesi için yapılan araştırma ve soruşturma sırasında olayda telefon kullanılmış ise bunun bıraktığı izlerin belirlenmesi, özel hayatın gizli alanına bir müdahale teşkil etmez, zira henüz ilişkileri araştırılacak belli bir şüpheli yoktur:

6. CD 4.10.2010, K. 2010/15266 sayılı karar: 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 bölgesi 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.

<sup>165</sup> Öztürk (2009, 300), ses ve görüntü kayıtlarının Fransa’da vak’a tahmini veya belirti sayıldığını açıklamaktadır.

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.

ç) “Dinlemeden” elde edilen bilgi.

Görevli memurun hukuka uygun bir şekilde kendi kulağı ile duyduğu bilgiler, onun hafızasında kalır. Bu gibi durumlarda dinlemeyi yapan memurlar, konuşmayı birlikte duymuş oldukları için, “tanık” olurlar.

Hakimin verdiği karar uyarınca kayıt yapıldığı durumlarda, kayıttaki ses suçu anlatıyorsa, bu bir “ikrar” sayılmaz. Zira, hukuken gerekli bir “ikrar” için ilgiliye isnat ile susma hakkının öğretilmiş olması gerekir. Konuşmanın veya yazıların kaydedildiği veri taşıyıcı “belirti” türü bir delil olarak, keşif yönetimi ile duruşmada delil olarak ortaya konulur.

Hakimin kararında sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine izin verilmiş ise bu yöntemle elde edilen veriler “açık veya kapalı elektrik devreleri” biçiminde elle tutulamayan ve gözle görülemeyen verilerdir. Bunların bilirkişi incelemesi yolu ile anlamlandırılması gerekir. Neticede ortaya çıkan bilgi, çok dolaylı olarak bir kişinin nerelerde bulunabileceği hakkında fikir veren verilerdir. Doğrudan ispat aracı olarak kullanılmasa da şüphe sebebi olarak kullanılabilirler.

d) Mobil telefonun yrinin tespiti.

CMK 135/5 ile düzenlenen bu işlem “amaca bağlıdır”. 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).

e) Tanıklıktan çekinme yetkisine sahip kişilerin dinlenmesi.

Sanık hakkında mahkumiyet 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 kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir (CMK 135/3).<sup>166</sup>

*f) 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 “denetleme sırasında ortaya çıkan diğer bir suç” olasılığını düzenlemiş ve buna izin vermiştir.

Bu nedenle, iletişimin denetlenmesinden elde edilen deliller, sadece “hakkında telefon dinleme kararı verilmiş olan suç nedeniyle yapılmış olan muhakemede”, o sanık için ve diğer bütün suç ortakları bakımından, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanılabilir. Kararın verildiği sırada, diğer suç ortaklarının bilinmemesi, tesadüfen elde edilen delil niteliğinde oldukları için, kullanılabilmeyi etkilemez. Buna karşılık, suç ortaklarından biri hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmişse, diğer suç ortakları, yeni bir karar almaksızın, bu karara dayanılarak iletişimin denetlenmesi tedbirine muhatap tutulamazlar.

*g) Özel hayatın gizliliğinin korunması ve banda yapılan kayıtların delil olması sorunu.*

Kanun, telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimi, özel hayatın gizliliğini korumak için, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, özel hayatın gizli alanını ihlal etmeyen tespitlerin delil olarak kullanılmasında sakınca yoktur.

Anayasa Mahkemesi 1971 yılında verdiği kararda, telefon dinlemeye ait

<sup>166</sup> Kanun dışı elde edilmiş delillerle, Anayasanın 20, 38/6, AİHS'nin 6, 8 ve CMK'nın 217/2. maddesi uyarınca, mahkumiyet yönünde hüküm kurulmadığı, dosya içeriğine ve oluşa göre, sanık hakkında elde edilen başka delillerin de maktülü öldürmesi için diğer sanığı azmettirmediğini ya da fer'an katıldığını kabule ve mahkumiyete yeter nitelik ve derecede bulunmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, usul ve Yasaya aykırıdır (1. CD 13.10.2009: E. 2009/1721 K. 2009/5855).

kayıtların mahkeme tarafından gözönünde tutulabilecek ciddiyette olmadığını ifade etmiş, fakat telefon dinleme işleminin özel hayat ile ilişkisi konusunu tartışmamıştı.<sup>167</sup> Askeri Yargıtay ise bu konuyu irdelenmiş, gizlice yapılan band kayıtlarının, Anayasa ve yasaya uygun oldukları takdirde delil olarak kullanılabilceğini açıklamıştı.<sup>168</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin telefon dinleme ile ilgili kararları vardır.<sup>169</sup>

*h) Malone v. UK (2 Ağustos 1984).*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Malone davasında, telefon dinlemeyi ve yapılan konuşmaları numaralarının tesbitini (metering) kanunun açık ve net olmaması (domestic law lacks required clarity) nedeni ile ihlal tesbit etmiştir.

*i) Kruslin v. Fransa (24 Nisan 1990).*

Kruslin davasında Fransız telefon dinleme kanununda, telefon dinleme kararının süresi gösterilmediği, kullanılmayan bandların nasıl imha edileceğinin düzenlenmediği ve benzeri gerçeklerle, Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

*j) Schenck v. İsviçre (12 Temmuz 1988).*

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.

Hakim kararı ile yapılan dinleme sırasında, iletişimi denetlenen kişiyi arayan herkes bakımından yapılan kayıt da hukuka uygundur. Ancak, dinlenecek

<sup>167</sup> 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).

<sup>168</sup> Odman 1996, 27: Askeri Yargıtay 1. Dairesinin 25.11.1974 gün ve 1974/704-1008 sayılı kararı.

<sup>169</sup> 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).



olan suç, hakkında dinleme kararı verilebilen bir suç kategorisine girmelidir.

Bununla birlikte, “kanuna aykırı” bir şekilde yapılan konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması özel hayatın gizliliğini ihlal etmez. Örneğin hükmümlü ve tutukluların cep telefonu kullanmaları yasak iken, bunu yasa dışı yollardan edinen bir hükümlünün iletişiminin dinlenmesinde özel hayatın gizli alanının ihlal edildiği söylenemeyecektir.<sup>170</sup> Zira, suç işlemek sureti ile kişilik geliştirilemez: Özel hayatın korunması, gizli alanda kişiliğin geliştirilebilmesi için kabul edilmiştir.

Veri taşıyıcı olarak ses veya görüntü taşıyan her türlü araç, içerdiği ses veya görüntüler hukuka uygun bir şekilde kayıt edilmiş ise delil kaynağı olarak hizmet görebilir. 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).

Seslerin banda, plağa veya tele kaydedilmesi ile elde edilen veriler bir belirti delili niteliğindedir.<sup>171</sup> Ancak, dikkat edilmesi gereken iki nokta vardır: sağlamlık ve hukuka uygunluk. Band üzerinde tahrifat yoksa ve hukukun kabul ettiği bir şekilde kayıt edilmişse, bandlar delil olarak kabul edilir.

Yargıtay da, ses taşıyan bandları delil olarak kabul etmektedir. Ancak bunlar tek başına delil vasfı taşımazlar ve başka delillerle bütünleşmeleri gerekir.<sup>172</sup>

Örneğin iletişimin dinlenmesinden<sup>173</sup> elde edilen band 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, hakim kararı alınmış ve hukuk kuralları içinde hareket edilmişse, band kayıtları ‘delil’

<sup>170</sup> Kaymaz 2009, 498.

<sup>171</sup> Hukuken sonuç doğurmak üzere hazırlanan ses kayıtları belge sayılabilir.

<sup>172</sup> 9 CD 5.10.83; İKİD 1984/4, 2513.

<sup>173</sup> Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 30. 7. 1999-4422, m. 2 (RG 1. 8. 1999/23773).

olarak kullanılabilir.

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. Örneğin trafik kazasından hemen sonra yapılan ses kayıtlarında en ince ayrıntıların banda kaydedilmesi mümkündür. Almanya’da bu amaçla polis otolarına ses kayıt cihazları yerleştirilmiştir.<sup>174</sup> Polise telefonla yapılan ihbarların banda kaydedilmesi halinde de, ileride yapılacak araştırmalarda bunlardan yararlanılabilir.

*k) Hat sahibinin rızası sorunu.*

Arama açısından rıza ile aramayı kesin olarak red eden Türk Hukuku, elkoyma (CMK 123) açısından ilgilinin rızasına, iletişimin denetlenmesi ve beden muayenesi açısından da mağdurun rızasına değer vermektedir.

Yürürlüğü durdurulan 14.1.2007 tarihli Yönetmeliğin 10/4 maddesi uyarınca, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait bulunması şartı ile şikayetçinin iletişimi, soruşturma sırasında delil toplamak ve adil bir yargılamanın yapılması için zorunlu olması koşulları ile C. savcısının kararı ile Başkanlıktan istenebilmektedir.

Mukayeseli Hukukta ise telefonunun banda kaydedilmesi hariç, sadece dinlenmesine rıza gösteren hat sahibinin bu rızasının hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı ve ayrıca hakim kararı alınmasına gerek bulunmadığı, oybirliği ile kabul edilmektedir.<sup>175</sup> Buna karşılık, hat sahibi telefon konuşmasının “banda kaydedilmesine” rıza gösterirse, bu rıza StGB 201/I’e aykırı olduğu için, geçersiz sayılmaktadır.<sup>176</sup>

*l) İlk verildiği sırada “kanuna aykırı” olan hakim kararı.*

Hakimin verdiği karar kanuna aykırı ise idari dava açarak tazminat<sup>177</sup> isteme dışında, bu denetlemeden doğrudan elde edilen bilgiler duruşmada delil olarak kullanılamaz.

<sup>174</sup> Roggemann 1962, 50.

<sup>175</sup> BGHSt 39, 335; Welp NSTZ 1994, 294; Mahnkopf/Döring NSTZ 1988, 112.

<sup>176</sup> Kühne 2003, Rn. 526.

<sup>177</sup> Danıştay 10 Dairesi, 21.1.2004 K. 2004/472.

Başlangıçta kanuna uygun bir şekilde, katalog suçlarından birinin işlendiği şüphesi ile verilen dinleme kararı neticesinde suçun bunlardan biri olmadığı anlaşılırsa, diğer suç bakımından elde edilen bilgi duruşmada kullanılabilir.<sup>178</sup> 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.<sup>179</sup> İletişimin denetlenmesi mümkün olmayan suçların soruşturmalarından elde edilen bilgilerin ileride kullanılması tenkit edilmiştir.<sup>180</sup> Bunun üzerine, 1.7.1992 tarihinde yürürlüğe giren OrgKG ile Alman Ceza Muhakemesi Kanununa eklenen § 100b V ile tesadüfen elde edilen bilgilerin sadece katalogda sayılan suçlar bakımından delil olarak kullanılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, tesadüfen elde edilen bilginin yeni bir hazırlık soruşturmasına yol açması kuralı devam etmektedir. Kühne bunu “kör atış’a” benzetmektedir.<sup>181</sup>

Tesadüfen elde edilen ve katalog kapsamına girmediği için duruşmada kullanılmayan bir bilgiden yola çıkılarak, yeni bazı deliller elde edilirse, bunların duruşmada ikame edilmesi bakımından farklı görüşler vardır. Federal Yargıtay bir kararında<sup>182</sup> bunu kabul ederken, diğer bir kararında kabul etmemiştir.<sup>183</sup>

*m) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bilgiler.*

Telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yürütölen soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak 135 nci maddenin 6 ncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek olan delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve

<sup>178</sup> BVerfG NStZ 1988, 32; Kühne 2003, Rn. 526.

<sup>179</sup> BGHSt 28, 122; Riess, JR 1979, 168.

<sup>180</sup> 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.

<sup>181</sup> Kühne 2003, Rn. 525.

<sup>182</sup> BGHSt 29, 244.

<sup>183</sup> BGHSt 32, 68, Kühne 2003, Rn. 526.

durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 138/2) tesadüfen elde edilen deliller konusunda da özel hüküm sevketmiştir: katalogda sayılan suçlara ilişkin olan “tesadüfen” elde edilen bilgiler kullanılabilir<sup>184</sup>, katalog dışı suçlara ilişkin deliller kullanılamaz. Bu hüküm CMK ile yeni sevk edilmiştir. Bu nedenle, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce tesadüfen elde edilen deliller hüküm verilirken kullanılamaz.

Karara dayanan dinleme sırasında, konuşma bittikten sonra tam yerine oturmayan telefonda banda kayıt edilen bilgiler de kullanılamaz.<sup>185</sup> Aynı kural, telefonla konuşulurken aynı mekanda başkaları tarafından yapılan konuşmaların da kayda alınması halinde geçerlidir.<sup>186</sup>

Alman Hukuku da, hukuka aykırı olarak elde edilen “tesadüfi bilgilerin” duruşmada delil olarak kullanılmasına izin vermiyorsa da, bunların “şüpheli sebebi” olarak soruşturma başlatması açısından değerlendirilmesini kabul etmektedir: işlendiğinden şüphelenilen bu suçlar hakkında müstakil bir soruşturma açılabilir.<sup>187</sup>

Anayasanın “kanuna aykırı bulgu” tanımı (Any. “2001–4709” 38) içinde, bu görüşün Türk Hukukunda benimsenmesi zordur. Anayasa’da kullanılan “bulgu” terimi soruşturma evresinde elde edilen ve ileride delil olacak hususları kapsadığından, Türk Hukuku kanuna aykırı deliller açısından, mukayeseli hukuka nazaran çok daha kısıtlayıcı bir şekil almış bulunmaktadır. CMK 206/2–a kanuna aykırı elde edilen delillerin duruşmada ortaya konmasını da yasaklamıştır. Bu kadar kısıtlayıcı bir yaklaşım, kanunların tam olarak uygulandığı günler geldiğinde soruşturma ve kovuşturmaların yapılamaz hale gelmesine neden olacaktır. Kanunların tam olarak uygulanmadığı bu günlerde henüz böyle bir tehlike bulunmamaktadır. Anayasa ve Kanundaki bu kısıtlayıcı yaklaşımı aşmak bakımından, kanuna aykırı elde edilmiş olan bulguların en azından bir “ihbar” gibi kabul edilmesi (CMK 158) ve bunun doğru olup olmadığının araştırılma-

<sup>184</sup> CGK 12.6.2007, K. 145.

<sup>185</sup> BGHSt 31, 296=NSZ 1983, 517; Gössel JZ 1984, 361; Kühne 2003, Rn. 526.

<sup>186</sup> Meyer-Gössner 1 zu § 100; karşı görüş için bkz. OLG Düsseldorf NJW 1995, 975.

<sup>187</sup> BGHSt 27, 355.

sının kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Alman Hukuku örgüt suçlarındaki tesadüfi deliller ile ilgili olarak geniş yorum metodunu uygulamaktadır. 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.<sup>188</sup>

*n) İletişimin denetlenmesinden elde edilen delilin duruşmada ikame edilme yöntemi.*

İletişimin denetlenmesinden elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde “delil olarak” hangi yöntemle kullanılacağı konusunda Ceza Muhakemesi Kanununda açıklık yoktur. Federal Alman Yargıtay’ı<sup>189</sup> band delilinin duruşmada ya seslendirilerek “keşif usulü ile” veya muhtevası hakkındaki tutanağın duruşmada “belge okunması yöntemi ile” ikame edilmesine karar vermiştir.

Kanuna aykırı olarak yapılmış konuşma kayıtlarının, duruşmada delil olarak kullanılmalarının yasak olmasının<sup>190</sup> yanında, “konuşmaya katılmış kişi olarak” duruşmaya tanık sıfatı ile çağırılan, “konuşulmuş dinleyen kişiye”, duruşma sırasında “soru sorulup, alınacak cevap olarak” da, duruşmaya delil biçiminde dahil edilemez.<sup>191</sup> Alman Federal Yargıtayı diğer bir kararında<sup>192</sup> bu görüşünü değiştirmişse de, Alman doktrini ilk görüşü desteklemektedir.<sup>193</sup> 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.<sup>194</sup>

<sup>188</sup> BGHSt 28, 122.

<sup>189</sup> BGHSt 27, 135; Gollwitzer, JR 1978, 119; Roxin 20. Aufl. Sh. 221.

<sup>190</sup> BGHSt 26, 298.

<sup>191</sup> BGHSt 27, 355.

<sup>192</sup> BGHSt 30, 317.

<sup>193</sup> Oderthal: NSTZ 1982, 390.

<sup>194</sup> 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.

Uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan sanık olan (S) hakkında hüküm verilmeden önce; telefon dinlemesine ait çözüm tutanakları ile izlemeye ilişkin kamera kayıtlarının, DVD çözüm tutanaklarının getirilerek sanığa okunması, geektğinde sanığa kamera kayıtlarının izlettirilmesi ve telefon konuşmalarının dinletilmesi, görüntü ve ses kayıtlarının kendisine ait olup olmadığının sorulması, kendisine ait ise neyi ifade etmek istediğinin sanıktan sorulması gerekirken, eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.<sup>195</sup>

### 5) Özel kişiler tarafından elde edilen deliller.

Uluslarüstü hukukta, kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen deliller hakkındaki sınırlamaların “soruşturma ve kovuşturma organları” bakımından olduğu kabul edilmiştir. Özel şahıslar açısından kısıtlama yoktur.<sup>196</sup>

Suçtan zarar gören kişi bizzat yasa dışı yollardan harekete geçerek, fail aleyhinde delil toplayıp (örneğin belge çalarak) Devlete teslim ederse, bu delilin devlet tarafından ceza hükmü verilirken kullanılıp kullanılmayacağı sorunu da tartışmalıdır.

Özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuka uygunluğu konusunda bir karar verilirken, özel kişinin yaptığı hukuka aykırılığın ağırlığına bakılır. Çok ağır ihlallerde, özel kişi tarafından getirilen delilin hukuka aykırı olduğu kabul edilir. Polis önce kişi ile işbirliği yaparak telefon konuşmasının banda kaydına yardımcı olursa, bu hareket, resmi makamların özel hayata mühadalesi olarak kabul edilir ve Devlet bundan sorumludur.<sup>197</sup> 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.<sup>198</sup>

<sup>195</sup> 10. CD 22.2.2010, K. 2010/3907

<sup>196</sup> 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.

<sup>197</sup> Schenk kararı. (Div. K. A./ 23.11.1993, A 277, § 36) Gölcüklü, Gözübüyük, 2. bası sh. 307.

<sup>198</sup> BGHSt 14, 358; Roxin 1987, 148.

6) *Özel hayatı koruyan kuralların ihlali nedeniyle, delilin “kanuna aykırı” hale gelmesi.*

a) *Özel hayat hakkı.*

Özel hayatın gizliliği (Any. 20), konut dokunulmazlığı (Any. 21) ve haberleşme hürriyeti (Any. 22), Anayasamızda “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığı altında toplanmıştır. Düzenlemenin amacı, Devlet gücünün bireylerin özel yaşantılarını ihlal etmesini önlemektir.

Mukayeseli Hukukta doğrudan doğruya “özel hayatın gizliliğine” ait olup, anayasal haklardan çıkarılan sınırlamalar kabul edilmektedir. Örneğin gizlice yapılan band kayıtları<sup>199</sup> ve kişinin özel hayatına ilişkin cep defterleri<sup>200</sup> açısından, Alman Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayı bu sonuca ulaşmıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kararına esas teşkil eden olay şöyledir: gayrimenkul satışı sırasında, satıcı, alıcının satın aldığı gerçek ve yüksek fiatı belirledikleri konuşmayı gizlice banda almıştır. Mahkeme, bu gizli band kaydının hüküm verilirken kullanılamayacağına karar verirken, “sadece ağır suçlarda, toplumun suçun aydınlatılmasında üstün menfaatinin bulunduğu hallerde, gizlice yapılan band kayıtlarının hüküm verilirken kullanılabilceğini, basit suçlarda ağır basan üstün kamu yararı bulunmadığını” belirtmiştir.

Bu konudaki ikinci örnek, Alman doktrininde “ikinci cep defteri olayı” (Zweite Tagebuchfall) diye anılan olaydır.<sup>201</sup> Sanığın cep defterine yazdığı özel notlarından, hem suçu işlediğine, hem de akıl hastası olduğuna dair sonuçlar çıkartılması ile ilgili olan bu olayda, gizli cep defteri delil olarak kullanılmıştır. Federal Yargıtay, sanığın kişilik hakları ile adalet mekanizmasının fonksiyonlarını icra etmesi konusundaki toplumsal menfaati karşılaştırmış ve ağır suçlarda sanığın kişilik haklarının geri planda kalması gerektiğine karar vermiştir.<sup>202</sup> Olay Federal Anayasa Mahkemesine intikal ettiğinde, bu mahkeme de, “yapılan kayıtların özel hayatın en gizli, çekir-

<sup>199</sup> BGH 14, 358; BVerfGE 34, 238.

<sup>200</sup> BGH 19, 325.

<sup>201</sup> Schroeder 1997, 71.

<sup>202</sup> BGH 34, 397.

dek alanına dahil olmadığı” gerekçesi ile kanuna aykırı olarak elde edilen bu delilin hüküm verilirken kullanılmasını kabul etmiştir.<sup>203</sup>

*b) Karşılıklı yapılan konuşmaların gizlice kayıt edilmesi sorunu.*

Başkasının sesini veya görüntüsünü haberi olmadan kayıt etme suçtur (TCK 133). Yargıtay bu nedenle gizlice kayda alınan ikrarı geçersiz saymıştır.<sup>204</sup>

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.<sup>205</sup> Karşılıklı konuşmaları dinleme de suçtur (TCK 133).<sup>206</sup> Yasalarda düzenlenen kural-lara aykırı şekilde, yani suç teşkil eder biçimde iletişimin denetlenmesi yapıldığında, eylemin suç teşkil etmesinin yanı sıra, elde edilen bilginin muhakemede delil olarak kullanılması da yasaklanmış olur.<sup>207</sup>

Dinleme fiilinin suç teşkil edebilmesi için ön şart, “kişinin konuştuğula-rını gizli tutma iradesi ve beklentisi”<sup>208</sup> unsurudur. Özel şahıslar tarafın-

<sup>203</sup> BVerfGE 80, 367.

<sup>204</sup> 1 CD 16.2.2004, 2003/3819-2004/299.

<sup>205</sup> Türk Hukukunda telefonu “sadece dinlemeyi” suç haline getiren bir suç tipi yoktu. Mülga Türk Ceza Kanununun 195 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan suç, telefon dinlemeyi cezalandırmamakta, telefon gizliliğini ihlal ederek zarar meydana getirmeyi suç haline getirmekte idi.

<sup>206</sup> Amerika Birleşik Devletlerinde 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 yayımları, İstanbul 1996, s. 501 ve devamı.

<sup>207</sup> 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 getirmektedir. 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.

<sup>208</sup> “Reasonable expectation of privacy”.



dan toplanan deliller arasında en fazla yer alan delil, gizlice yapılan band 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 kullanılamaz” kuralı vardır. Anayasa delilin kim tarafından elde edildiğini belirtmemiştir: kamu görevlisi veya sivil bir kişinin delili kanuna aykırı olarak elde etmesi arasında fark yaratılmamıştır. Buna karşılık, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin sistematığıne göre, kanuna aykırı deliller konusu kamu otoritelerinin aşırı muamelesini önlemek amacıyla kabul edilmiş kurallardır. Bu nedenle özel kişilerin yaptığı kanuna aykırılıklar açısından, delilin geçersiz olması<sup>209</sup> her zaman mümkün değildir.

Gizlice kayıt yapılarak ispat edilmek istenen olay, ‘konusu açısından ispat edilmesi yasaklanan olaylardan’ değilse, suçun başka delillerle ispat edilmesi mümkündür.

Örneğin kaçakçılık yaptığından şüphe edilen bir kişinin telefonlarının kanuna aykırı bir şekilde dinlenmesi suretiyle elde edilen bilgiler, duruşmada delil olarak kullanılmaz ama isnad edilen suç ‘ispat edilmesi yasak bir olay’ olmadığı için, başka deliller varsa, bunların kullanılması suretiyle, kaçakçılık suçu ispat edilebilir.<sup>210</sup> Halbuki yukarıda gördüğümüz gibi, bazı konuların ispat edilmesi dahi kabul edilmemiştir.

Eşlerin aile mahremiyetleri ile ilgili konulardaki konuşmaları, dokunulmayan çekirdek gizli alana dahildir. Bu tür konuşmaların hukuka uygun olarak dinleme kararı alınmış olan hallerde dahi, kayda alınmaları kanuna aykırıdır.<sup>211</sup>

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 tesbit etmek için, yetkili Yüksek Eyalet Mahkemesi bu sanığın sesinin gizlice banda kaydedilmesine karar verdi. Bu karar üzerine, şüphelinin tutukevinde müdür ile yaptığı konuşma, haberi olma-

<sup>209</sup> AİHM’in Schenk kararı.

<sup>210</sup> Eser 1983, 123.

<sup>211</sup> BGH 31, 296.

dan 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 sağlanmıştır. Sanığın kendi suçunu ispat edecek nitelikte bir aktif harekete, hile ile itilmesi ise kanuna aykırıdır.

Ancak, sanığın aktif hareketinin hile ile elde edilmediği durumlarda, işlem hukuka uygun sayılmıştır: şüphelinin sesi, band kaydı yapılmaksızın, teşhiste uygulanan kurallara uygun bir biçimde, tanığa gizlice dinletilmişse, kanuna aykırılık yoktur.<sup>212</sup>

*7) Susma hakkını kullanan şüphelinin konuşmasının gizlice kayıt edilmesi ve küçük tanıkların beyanlarının özel kişiler tarafından uzman hazır bulunmaksızın kayıt edilmesi.*

Yargıtay 1. Ceza Dairesi de 16.2.2004 tarihli (küçük tanık Sezer) 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.

Nevzat’ı taammüden öldürmekten sanık Engin, işbu ölümle biten kavga-ya 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. Başsavcılığından 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

<sup>212</sup> BGH NStZ 1994, 296; Schroeder 1997, 72.

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, nitekim 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 doumlu 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 hareketi 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 ifa-*

deleri, üçüncüsü ise polis tarafından Cengiz'den habersiz olarak gizli kamera ile kaydedilmiş olan, Cengiz'in ikrarını havi video kasetidir. Gerekçeli 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 ifadesinin alınması sırasında ve öncesinde zabıtaca 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 gerekçeli 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 itibariyle 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 alınamaz” hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle

elde edilen delillere itibar edilerek mahkumiyet 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 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 kurulması suretiyle, CMUK 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.<sup>213</sup>

8) *Radyo üzerinden yayınlanan konuşmaların kayıt edilmesi.*

Radyo dalgaları ile bağlantı kuran araç telefonları gibi, aynı frekansa giren herkesin konuşmayı manyetik ortamda kolayca zaptetmesi 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.<sup>214</sup>

<sup>213</sup> 1. CD, 16.02.2004, 2003/3819-2004/299.

<sup>214</sup> "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.

*a) Bykov v. Rusya kararı.*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10.3.2009 tarihli Anatoly Petrovich Bykov v. Rusya kararı, özel alanda yapılan konuşmaların radyo üzerinden dışarıya yansıtılması ve böylece kayıt edilmesini irdilemiştir. Milletvekili, tanınmış bir iş adamı ve Aliminyum 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. Raporunda, 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 kayıt edilmiştir.

4 Ekim 2000 tarihinde hakim 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, AİHM 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 imkan sağlandığı için, 6/1 maddenin ihlal edilmiş olmadığına karar verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, kamusal makamlar tarafından gizlice yapılan ses kayıtları ile ilgili olarak verdiği iki karar daha vardır:

*b) Allan v. UK*

Allan v. UK kararında; göz altına alınan bir şüphelinin yanına koyulan muhbir ile yaptığı kendisini suçlayıcı konuşmaların gizli olarak kayıt edilmesi 6/1 ihlali olarak kabul edilirken, gerekçe olarak; şüphelinin susma hakkını kullanmış olması ve göz altına alınan kişinin zor durumda olması gösterilmiştir.

*c) Heglas v. Çek Cumhuriyeti*

Heglas v. Çek Cumhuriyeti kararında ise hırsızlık suçu şüphelisine yaptığı hırsızlığı anlattıran muhbir tarafından yapılan gizli ses kaydı, suçun hafifliği nedeni ile adil yargılanma hakkı ihlali olarak değerlendirilmiştir.

*9) Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinden elde edilen kanuna aykırı deliller.*

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 konusundaki hüküm sevk etmiş, gizli soruşturmacı veya teknik araçlarla izleme (CMK 140) konusunda tesadüfi delilin kullanılması ile ilgili izin veren bir kural koymamıştır.

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.

Yukarıda yürütülen mantığın doğal bir sonucu olarak, soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgilerin, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılması da, yasaklanmıştır (CMK 139/6).<sup>215</sup>

<sup>215</sup> Gizli görevli kullanılması tedbiri, sadece bu kanunda öngörülen suçların araştırılması ve

10) Yakalama ile ilgili kuralların ihlali nedeniyle, “kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen delil” haline gelen deliller.

Buradaki ilk husus, “makul şüpheye dayanmayan” yakalama halidir. Soyut ihbar üzerine, makul şüphely destekleyen somut bulgular araştırılmadan yapılan yakalama işlemi, “suç” oluşturur. Ayrıca, şüpheli veya sanıktan “ıkrar” elde edilmişsa, bu da “kanuna aykırı” olur.<sup>216</sup>

a) 4. CD, 05.11.2003; 2002/28544–2003/10778<sup>217</sup>

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 verilmeyen 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 suç 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.

---

soruşturulması için, kabul edilmiştir (ÇASÖMK 5/1). Gizli görevi en son çare olarak uygulanabilir. Diğer tedbirlerin sonuç alınması bakımından yeterli olmadığından anlaşılmasından sonra gizli görevli kullanılabilir (ÇASÖMK 5/1). Gizli görevli kullanılması, hakim kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının emri ile mümkündür (ÇASÖMK 8).

<sup>216</sup> Örneğin People v. Rogers davasında, polis önce şüphelyi yakalamış ve iki saat sorguya çektikten sonra, kanlı elbiseleri bulup karakola getirince, şüpheli suçunu ıkrar etmiştir. İkrar hukuka aykırıdır, zira başlangıçta makul şüphe (probable cause) yokken şahıs yakalandığı için, yakalama ve bundan elde edilen ıkrar delili hukuka aykırıdır.

<sup>217</sup> YKD Mayıs 2004, s. 792.



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 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 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.

*b) CGK 30.3.2010 K. 66*

12.7.2006 günü Fatih Sultan Mehmet Bulvarı üzerinde Akuğur Alışveriş Merkezi yanında bulunan Akbank’a ait 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 dzenek 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 gherecek şekilde dzenlenmiş olan dijital fotoğraf makinesinin yerleştirildiği tespit edilmiş ayrıca, ATM'den yaklaşık 20-25 metre kadar uzaklıkta dzenediğin yapımında kullanılan bantın aynısının aılmış ve aılmamış hali ile yanında "Aroma" ibareli meyve suyu kutuları, boş halde kükük 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 görülmeleri 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 çağırılan Av. Ayşe ile birlikte salıverme tutanağı dzenlenerek 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.

İnceleme konusu olan dosyada, davacı vekili müvekkilinin haksız bir şekilde yakalanıp gözaltına alındığı iddiasıyla 1500 YTL maddi ve 1000 YTL manevi tazminat isteminde bulunmuş, talebinin yasal dayanağı olarak ta, CMK 141. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendini göstermiş, yerel

mahkemece de 141. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi ile sınırlı bir inceleme yapılmak suretiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

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 C. Başsavcılığınca ne gibi bir işlem yapıldığı veya karar verildiğı dosya içeriğinden anlaşılamamakta olup, davacı hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğinin veya davacı hakkında yüklenen suçla ilgili olarak açılmış olan davanın beraat ile sonuçlandırıldığı 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.

Bu itibarla Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulü ile Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün eksik araştırma nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir. Açıklanan nedenlerle; Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile kabulüne, Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 14.12.2009 gün ve 18659–15778 sayılı onama kararının kaldırılmasına, Bursa 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 19.04.2007 gün ve 331–145 sayılı kararının eksik araştırma ile karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına, 30.03.2010 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

*c) Yakalanan kişinin haklarını öğrenme hakkı'nın ihlali.*

Hakim kararı olmadan yakalanan kimsenin en önemli haklarından biri müdafaa hakkıdır. İlgilinin müdafisine danışmak hakkı vardır. Müdafie danışmak mecburi değildir ama, bu hakkı kullanabilmek için, var olduğu-

nu 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, Gözaltına 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 haklarının” da bildirilmesini şart koşmuştur. Bu nedenle, haklarını öğrenme hakkının ihlali, yakalamayı ve bunun arkasından yapılan ifade almayı “kanuna aykırı yöntem ile yapılmış bir işlem” haline getirir.

*ç) Yakalanan kişinin susma hakkının ihlali.*

Hakim 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.

*d) Yakalanan kişinin isnadı öğrenme hakkının ihlali.*

Yakalanan (veya tutuklanan) kişilere yakalanma sebepleri ve haklarındaki iddialar yazılı olarak ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü, toplu suçlarda ise en geç hakim 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.<sup>218</sup> PYSK “2002.4744” 13 ise yakalama sebebinin bildirilmesini mecburi hale getirilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu da yakalanan kişiye isnadın yakalanma anında bildirilmesini düzenlemedi (CMK 90/4). Bu eksiklik giderilmelidir.

İsnadı öğrenme hakkının ihlali, müdafaa hakkını ortadan kaldırdığı için, verilen ikrar, “kanuna aykırı yöntemle elde edilen delil” olur.

<sup>218</sup> F. Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. bası, 1993, s. 179.

e) Yakalanan kişinin yakalandığının istediği kanuni yakınlarına haber verme hakkının ihlali.

Yakalanan kişinin gözaltına alındığı yakınlarına bildirilir. Kural budur (CMK 95/1).<sup>219</sup> Bu kuralın ihlali, kanuna aykırılık oluşturur.

f) Yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılma ve sorguya çekilme hakkının ihlali.

Kanunlarımızda öngörülen süreler (CMK 91, 251/5) içinde yakalanan kişi hakim önüne çıkarılmazsa, yapılan yakalama kanuna aykırı hale gelir. Gözaltı süresinin uzunluğu insan hakkı ihlali oluşturur.

11) İfade alma ilgili kurallara aykırılık.

a) İfade alma veya sorgu sırasında müdafinin hazır bulunmaması.

Yakalanan kişinin “müdafinin ifade alma ve sorguda hazır bulunmasını talep etme” ve “müdafinin hukukî yardımından istifade etme” hakkı vardır. Bu hukuki yardım CMK 150 daki haller dışında “isteğe bağlıdır” (CMK 147/1–c): kendi müdafii yoksa, ifadesi alınırken Baro tarafından görevlendirilen bir müdafii hazır bulunmasını isteyebilir. Müdafii, 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 müdafii hazır bulundurulmamış ise yapılan işlem kanuna aykırı hale gelir.

b) Müdafinin şüpheli ile görüştürülmemesi.

Kolluk tarafından yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, muhakemenin her evresinde müdafii, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme<sup>220</sup>, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma

<sup>219</sup> 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 getirilmişti (CMUK “2002–4744” 128).

<sup>220</sup> Murray v. United Kingdom: European Human Report, volume 22. July 1996, Part 1, p. 30.

hakkı engellenemez, kısıtlanamaz (CMK 149/3). Görüldüğü gibi, yakalanan kişi müdafî ile görüşme hakkına sahiptir. TMK 10 uyarınca, gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı, hakim kararıyla 24 saat süre ile sınırlanabilir.

c) “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). 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.<sup>221</sup> 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).

ç) “İfade alma sayılmayan” konuşmaların akibeti.

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’ (informativische Befragung) denilir. ‘Bilgi toplama’ fert haklarını kısıtlayan bir işlem sayılmadığı için, genel yetki ile yapılabilir.<sup>222</sup> 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

<sup>221</sup> Bu yasak yöntemler, “örnek olarak” gösterilmiştir (Öztürk 2009, 368).

<sup>222</sup> Corts-Hege. JA. 1976, StR, s. 73.

arama türünden koruma tedbirleri açısından önem kazanırsa da, ilgili kişiyi sanık statüsüne getirmek için yeterli kuvvette değildir.<sup>223</sup>

*d) Hakların kullanılmasından sonucunun sonucunu.*

Hakların söylenmesine ilişkin kuralların ihlal edilmesi, elde edilen beyanın kanuna aykırı yöntemle elde edilen delil olmasına neden olur.

Bu “kanuna aykırılık”, Anayasaya aykırılıktır. Anayasa (Any. 38) hiç kimsenin kendisi aleyhinde delil vermek mecburiyetinde olmadığını açıklamıştır. Şüpheli veya sanığa hakları bildirilmezse, “aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” durumu ortaya çıkar.<sup>224</sup>

İfadenin “kanuna aykırı bir şekilde” alınmış olduğunun soruşturma evresinde hakim kararı ile tespit ettirilmesi gerekirken, Türk Hukuku bu konuda hüküm içermemektedir. Amerikan Hukukunda ise “delilin dosyadan çıkartılması usulü” (supression motion) vardır.

Hakları söylenmeden alınan ifade, savcı tarafından düzenlenen iddianamede, sanığın suçunu ispat etmeye yarayan bir delil olarak kullanılmamalıdır (Any. “2001-4709” 38). Alman, Amerikan ve AİHM Kararları, sadece basit kanuna 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 kanuna aykırılık, “basit bir kanuna aykırılık” ise cebir ve şiddet kullanılmamışsa, elde edilen deliller Amerikan Hukukunda kullanılmaktadır.<sup>225</sup> İfade alınırken cebir ve şiddet kullanılmışsa, menfaat vaad edilmişse (CMK 148), elde edilen delil hiçbir zaman kullanılamaz.<sup>226</sup>

Kanunda (CMK 148/1) yer alan, ‘bedensel cebir ve şiddette bulunma’ ibaresi, ‘iradeyi bozan bedensel veya ruhsal müdahaleler’e örnek olarak verilmiştir. Bu nedenle, tehdit edilen bir kişinin ifadesi de özgür iradeye dayanıyor sayılamaz.

Sanığın iki ayrı ikrarı bulunsa ve bunlardan sadece biri özgür iradeye

<sup>223</sup> F. Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 1993, 113.

<sup>224</sup> Öztürk 2009, 366.

<sup>225</sup> 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).

<sup>226</sup> Arizona v. Fulminante 1991.

dayanmasa bile, gene aynı kural uygunlanır ve serbest iradeye dayanan ikinci ikrarı da hüküm verilirken kullanılamaz.<sup>227</sup>

Miranda kuralı diye bilinen haklarını öğrenme hakkı, Amerika Birleşik Devletlerinde 1965 yılında verilmiş olan bir Yüksek Mahkeme kararına dayanmaktadır.<sup>228</sup> 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 yanısıra, ikrar veya ifade öncesinde ilgiliye Miranda hakları öğretilmiş olmalı, yani müdafii ile görüşmeden önce hiçbir şey söyleyebileceği ve söyleyeceği herşeyin kendisi aleyhine delil olarak kullanılabileceği ikazı yapılmış olmalıdır. Bu ikaz yapılmamış ise verilen ifade delil olarak kullanılamaz.

*e) Kolluğun “ikinci defa ifade alma” yasağı.*

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). Kolluk gözaltındaki şüphelinin savcı emri ile ilk kez ifadesini aldıktan sonra, bir kaç saat sonra yeni bir gelişme olduğunda, tekrar ifadesine başvurmak isterse, bu ikinci ifade alma işlemi,

<sup>227</sup> 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.

<sup>228</sup> 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.



“yasak sorgu” usullerine sokulmuştur. Cumhuriyet savcılarının bu kadar yoğun bir iş yükünün altından kalkmaları, pek mümkün görülmemektedir.

*12) Beden Muayenesi ve kanuna aykırı yöntemle elde edilen deliller.*

*a) Beden muayenesi ve genetik incelemeler.*

Müdahale niteliği taşıyan beden muayenesi ve vücuttan biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örnekleri alma işlemlerin yapılabilmesi için, neticede mutlaka hakim kararı gereklidir (CMK “2005–5353” 75/1).

Hakim kararı olmadan yapılan bütün bu işlemlerden elde edilen deliller kanuna aykırı bir şekilde elde edilmiş olacağından, ispat amacıyla kullanılamazlar (CMK 217/2).

C. savcının emri ile alınan, ancak 24 saat içinde hakim veya mahkeme onayına sunulmayan veya yargılama makamının onaylamadığı emir, hükümsüz kaldığı için, elde edilen delillerin kullanılması yasaklanmıştır (CMK 75/1).

Kanunun ilk düzenleniş şeklinde “diğer kişilerin beden muayenesi” de, anlaşılır şekilde değildi: Şüpheli ve sanıkların yanısıra, 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 hakim tarafından beden muayenesi kararı verilmişti, fakat iş duruşma aşamasına geldiğinde, kanuni temsilcinin tekrar izin vermesi koşulu öngörölmüştü. Başlangıçta hukuka uygun olarak alınan bir delilin kullanılmasının, bu kadar zorlaştırılmasının sebebi anlaşılamamaktaydı.

Kanun, 2005–5353 numaralı Kanun ile değıştirildi. 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 hakim kararı alınır. Ancak, bu halde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz (CMK “2005–5353” 76/4).

Aleyhe delil verme yasağının kapsamı sanık veya şüphelinin delilin elde edilmesinde aktif bir katılımının bulunup bulunmamasına bağlıdır. 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. 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.

Bu nedenlerle Avusturya gibi ülkelerde şüpheli veya diğer kişilerin aktif katılımını gerektiren beden muayenesinin rıza hilafına yetkili mercinin emri ile yapılamayacağı kabul edilmektedir.<sup>229</sup>

*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) Esrarlı sigara: 10. CD 15.5.2007, K. 2007/5708*

Şüpheli İbrAİHM, açık kimliği tespit edilemeyen İsmail ile birlikte çaldıkları otomobil ile takip sonucu yakalanmışlardır. Çalıntı otoda yapılan incelemede, küllükte yanar vaziyette kağıda sarılı esrar, araç içinde de içmek üzere hazırlanmış esrar bulunmuş ve alıkonulmuştur. İbrAİHM, kendisinin esrar kullanmadığını, esrarın İsmail'e ait olduğunu ileriye sürmüştür. İsmail ele geçirilememiştir.

Pendik C. Başsavcılığı İbrAİHM 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. Başsavcı-

<sup>229</sup> Kühne, 640.

lıgının 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 red edilmiştir. Red 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 31.5.2006 tarihli tebliğnamesi ile 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 sübütuna etki edeceği mutlak sayılan delillerden olması nedeni ile CMK 75 uyarınca gerekli kararın verilmesinden sonra şüphelinin hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

ç) *Kar maskeli soyguncular: 6. CD 28.5.2008, K. 2008/11766*

Şikayetçi 10.3.2007 tarihli kolluğa başvuru sırasındaki ilk anlatımında saat 22.00 sıralarında Esenyurt Beldesi Talatpaşa mahallesi Pazar yolu caddesinde bulunan marketine uzun boylu, kumral, ince traşlı üzerinde mavi mont bulunan 21–22 yaşlarında bir kişinin müşteri gibi geldiğini bu kişinin istediği malzemeleri poşete koyarken başka birinin daha markete

girip silah doğrultup “sökül paraları” diyerek müşteri gibi markete gelen kişiye kasada bulunan paraları almasını söylediği başka bir kişinin de kapının önünde gözcülük yaptığı, bu kişilerin para ve sigaraları alıp marketin yanında bulunan koyu renkli Renault marka araca binerek kaçtıklarını ifade etmiş; olaydan sonra yakınana ait işyerinin bulunduğu belde 14.3.2007 günü gece saat 00.30 sıralarında ‘Esenyurt Beldesi Yenikent Mahallesi 652 sokakta’ Şahin marka araç içerisinde kuşku lu kişilerin olduğunun bildirilmesi üzerine olay yerine gelen görevliler Beyaz renkli 34 ... 971 plakalı Şahin marka araç içerisinde Kerim, Özkan ile sanıklar Volkan ve Murat’ı yakalamışlar, Kerim isimli kişi ruhsatsız ... ibaresi yazılı kabzasının sağ tarafı kırılmış tabancayı çıkarıp teslim etmiş, ayrıca bu kişinin üzerinde yapılan aramada uyuşturucu madde ve 1 adet elektro şok aleti ,araç içerisinde de biri lacivert ve diğeri siyah olmak üzere kesici alet ile göz kısımları kesilmiş 2 adet kar maskesi ele geçirilmiş, bu aracın sanıklardan Murat’a ait olduğ u, 14.3.2001 günü saat 01.00’de sanıklar Volkan, Murat, Kerim, Özkan ile üçüncü kişilerin katılımında yakınana yaptırılan teşhiste yakınanın sanıklar Volkan ve Murat’ı tam ve net teşhis ettiği, yakınan 14.3.2007 tarihinde kolluktaki ikinci anlatımında da olay günü elinde tabanca olan kişinin Volkan ve yanında da Murat ile müşteri gibi işyerine giren kişinin olduğ unu, mavi renkli Palio marka araca binerek kaçtıklarını ifade etmesine karşın, 27.3.2007 tarihli Cumhuriyet Savcılığında anlatımında ise kolluktaki anlatımlarında söz etmediği olayı gerçekleştiren üç kişiden ikisinin KAR MASKELİ olduğ unu ve şüpheli araç içerisinde yakalanıp kendisine gösterilen Murat ve Volkan’ı kar maskeli olduklarından vücut yapıları itibariyle kesin olarak teşhis ettiğini belirtmiş, sanıklar aşamalarda suç u kabul etmemişler ve 21.6.2007 günlü oturumda da el konulan silah ve kar maskelerinin Kerim’e ait olduğ unu savunmuşlar, yakınan da aynı tarihli oturumda kendisine gösterilen kar maskeleri ve tabancanın işyerine gelen kişilerin taktığı kar maskeleri ve tabanca ile aynı olduğ undan emin olduğ unu söylediğini, sanıkların yapı olarak kar maskeli iki kişiye benzediğini ancak tam emin olmadığı için şikayetini geri aldığı nı, tutanağı düzenleyen tanık Adnan 10.9.2007 günlü oturumda teşhis işle mi sırasında sanıkların maskesiz ve yüzlerinin açık olduğ unu, yakınanın ilk anlatımında işlerin yoğunluğu nedeniyle kar mas-

kesi hususunun yazılmamış olabileceğini, teğhis sırasında tutuklu sanıkların adı verildiği için araçta yakalanan Kerim hakkında işlem yapmadıklarını, araçta ele geçen kar maskelerini sanıklar sahiplenmediği için herhangi bir inceleme yaptırmadıkları ve 30.3.2007 tarihli fezlekede Kerim hakkında 2007/5283 ve 5336 hazırlık numaraları ile soruşturma devam ettiğinin aıklanığının anlaşılması karşısında olay hakkında bilgisi olduğu kuvvetle muhtemel olan Kerim ile zkan adlı kişiler dinlenip, Kerim hakkında yukarıda numaraları belirtilen soruşturma işlemlerinin sonucu araştırılıp dava açılmış ise dava dosyaları getirtilip incelendikten ve kanıt olma olasılığı bulunan kar maskelerinin bu niteliğinin korunması amacıyla muhafaza altına alınıp kar maskelerinden elde edilecek kıl, kan, parmak izi vs. gibi materyallerle, sanıklardan 5271 sayılı CMK.nun 75. maddesi uyarınca örnek alınıp karşılaştırılarak sanıklara ait DNA ve parmak izi bulunup bulunmadığı saptanarak ve yakının tarafından kollukta kendisine gösterildiği ileri sürülen ancak tutanaklarda bu hususa ilişkin bir açıklama olmayan silah ile kar maskeleri Mahkemece yakına gösterilip anlatımı saptandıktan ve yakınının teğhisteki açıklaması dikkate alınarak gereğinde anılan maskeler ile sanıkları teğhisinin olanaklı olup olmadığı bir kez de mahkemece denetlendikten sonra sanıkların hukuki durumlarının takdiri yerine eksik araştırmayla yazılı biçimde karar verilmesi, gerekir.

*13) Teğhis ve yzleştirmenin kanunda öngörülen usule uygun olarak yapılmaması hali.*

*a) Teğhis.*

Temmuz 2007’de PVSK Ek 6. madde ile teğhis düzenlendiği için, buradaki kurallara uygun olarak yapılan teğhisten elde edilen bilgiler, artık hukuka uygun delil olarak kullanılabilir.

Teğhis, PVSK Ek 6/9 maddeye uygun olarak yapılsa bile, müdafii bulunmaması adil yargılama hakkını ihlal edilebilir. Yukarıda incelendiği gibi, müdafii hazır bulunması sadece belli işlemler bakımından kabul edilmektedir. Müdafii hazır bulunmadığı diğer işlemler sırasında adil yargılanma hakkı<sup>230</sup> ihlal edilmemelidir. Bu gibi hallerde delilin kanuna

<sup>230</sup> Gölcüklü bu kavramı ‘doğru yargılama’ olarak nitelendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Gölcüklü: ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama’, Ankara 1995.

aykırı olup olmadığı araştırılırken, olayın bütünlüğü gözönünde tutulur ve ona göre bir değerlendirme yapılır. Mesela şüphelinin soygun mağduru- nun 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 yüz- yüze getirmiş olması dürüst yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edil- miştir.<sup>231</sup>

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 fotoğ- rafı soyulan bankada çalışan memurlara göstererek, soygunun ertesi günü şüpheliyi yakalamıştır. Yüksek mahkeme Simmons davasında<sup>232</sup> verdiği kararında belli bir kişinin resminin şüpheli olarak gösterilmesinin, o kişi- nin dürüst yargılanma hakkını ihlal ettiğini kabul etmişse de, menfaatlerin dengelenmesi ilkesini gözönünde tutarak, büyük bir soygun olayında top- lumun 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.<sup>233</sup>

Bununla birlikte, olayın özellikleri içerisinde tek kişinin gösterilmesi kabul edilebilir: Örneğin 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 açıkla- mıştır: Kadın bıçaklanmış ve hayati tehlike içinde bulunduğu için ne kadar yaşayacağı belli değildir ve teşhis için hapishaneye veya karakola gelmesi mümkün değildir.

<sup>231</sup> Foster v. California 1969.

<sup>232</sup> Simmons v. U.S. 1968

<sup>233</sup> Stovall v. Denno 1967.

Kanunda (PVSK Ek 6) düzenlendiği gibi, ilgiliden önce yazılı olarak eşgal anlatımı alınmalı, teşhis sırasında müdafinin hazır bulunması sağlanmalıdır.

Teşhisin yönlendirici bir biçimde yapılmaması gerekir. Eğer teşhisi yaptıran memur şüphelinin hangi kişi olduğunu biliyorsa, istem dışı olarak teşhisi yönlendirici davranışlarda bulunabilir.

İnsanın beş duyası ile yaptığı algılamalarda yanılma olması daima mümkündür. Bu nedenle, teşhis eden kişinin görme, duyma ve diğer duyu organları ile yaptığı algılamının yerinde olup olmadığı, sorulacak sorularla denetlenmelidir.

Teşhiste samimiyetle hataya düşülmesi mümkündür: mağdur Gülay, kendisine gösterilen albümdeki resimlerden iki şüpheliyi teşhis etmiş, bu kişiler yakalanarak teşhis odasına getirilmişlerdir. Teşhis odasında Gülay, İsmail ile Selçuk arasından İsmail'i teşhis etmiş, fakat olay tarihinde İsmail'in cezaevinde olduğu anlaşılmıştır. Daha sonra olayın asıl şüphelisi olarak Mehmet Akif hakkında dava açılmış, fakat mahkeme Mehmet Akifi beraat ettirmiştir. Yargıtay beraat kararını bozarken, Gülay'a ilk fotoğraf teşhisi sırasında gösterilen resimlerin getirilerek, sanık Mehmet Akif ile karşılaştırılmasını ve fotoğraflarla sanık arasında kişiyi ilk bakışta yanıtacak bir benzerlik bulunup bulunmadığının saptanmasını istemiştir.<sup>234</sup>

Teşhis sırasında belirlenen şüphelinin, soruşturma sırasında bir başka ile karıştırılması mümkün olduğu için, bunun önlenmesi için özen gösterilmelidir: Şikayetçi Osman, 29.12.2004 tarihli fotoğraf teşhis tutanağında, kendisini kaçıran ve darp eden kişilerden birinin, gösterilen fotoğraftaki Levent olduğunu bildirmiş ve emniyetin hazırladığı 31.12.2004 tarihli fezlekedede, bu kişinin Sabri ve Samiye oğlu Levent olduğu tespit edilmiştir. Ancak, savcılık Ali ve Emine oğlu Levent hakkında iddianame düzenlemiş ve yakalanmasından sonra sanık kendisini 27.5.2005 tarihli oturumda Sabri ve Saime oğlu Levent olarak tanıtmış, olaya karışmadığını iddia etmiş ve tanık Veli de huzurdaki kişinin olay günü gördüğü kişi olmadığını söylemiştir. Mahkeme buna rağmen Ali ve Emine oğlu Levent hakkında hüküm kurmuştur. Temyiz üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay, asıl

<sup>234</sup> 6. CD 22.12.2008, K. 2008/24448

failin tespit edilmiş olmadığı gerekçesi ile bozma kararı vermiştir.<sup>235</sup>

*b) Duruşmada yüzleştirme ve teşhis hakkında.*

Ceza Muhakemesi Kanunu, soruşturma evresinde tanık ile şüphelinin karşı karşıya getirilmesini, yani yüzleştirilmesini prensip olarak kabul etmemiş ve bu işlemin duruşmada, esas hakkında hüküm verecek olan hakimin önünde yapılmasını istemiştir. Bu düzenlemenin nedeni, sanık ile mağdur veya tanığın, duruşmada hakim önünde ilk defa karşılaştıkları sırada içinde buldukları ruh halinin, hakim tarafından izlenebilmesini sağlamaktır.

Ceza Muhakemesi Kanununda bulunmamakla birlikte 2007 yılında PVSK'ya eklenen ek 6 ncı madde ile soruşturma fail ile tanık veya mağdur yüzleştirilmeden yapılacak olan “teşhis” işlemi düzenlenmiştir. Kanun koyucu soruşturma evresinde bu süjelerin yüz yüze gelmelerini engelleyecek şekilde, aynalı cam arkasından teşhis yapılmasını kurallarını göstermiş ve tanık veya mağdurun hatalı bir seçim yapmasını önleyecek tedbirler almıştır.

Teşhis; mağdur veya tanığın daha evvelden tanımadığı bir suç failini, önceden bir tanım vererek, bir çok, birbirine benzeyen kişiler arasına faili dahil ederek veya etmeyerek iki kez uygulama yapılmasını ve bu işlemlerin teknik araçlarla kayda alınmasını öngörmektedir. Tanıma ise mağdur veya failin daha önceden bildiği ve tanıdığı bir suç failini kovuşturma makamlarına göstermesi şeklinde bir işlemdir.

Görüldüğü gibi, failin belirlenmesinde, birbirine benzer ve içiçe geçmiş bazı hukuki kurumlar sözkonusudur. Önce yüzleştirme ve teşhis birbirine çok benzeyen, fakat farklı birer işlemdir. İkinci olarak, teşhis ve tanıma arasında fark vardır. Ayrıca teşhisde faili belirlemek için yapılan bir teşhis

<sup>235</sup> 6. CD 15.6.2009, K. 2009/10285: Mahkemede savunması alınan kişi ile dilekçe sahibi ve fotoğrafı teşhis edilen kişilerin aynı kişiler olup olmadığı araştırılıp, gözaltına alınıp daha sonra cezaevine konulan Sabri ve Saime oğlu Levent'e ait kayıtlar ve parmak izleri ile Ali ve Emine oğlu Levent'in kimlik bilgileri ve parmak izinin karşılaştırması yapılarak ve bu kişileri ait fotoğraflar ile Emniyet Müdürlüğünde taşes edilen fotoğrafın temini sağlanarak şikayetçi Osman'dan hangi fotoğrafı teşhis ettiği açıklattırılıp, tüm şikayetçiler ve diğer sanıklara gerçek Levent'in hangisi olduğu sorularak ve şikayetçiler temin edilip yüzleştirme da sağlandıktan sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekir.



ile duruşmada yüzleştirme şeklinde yapılan bir teşhis ortaya çıkabilmektedir.

Teşhis işlemine katılan failin, aktif bir hareketi sözkonusu olmadığı için, buna katlanmak yükümü vardır. Ancak, teşhisi yapan kişi, tanık beyanı veya mağdur beyanı kapsamına giren bir hukuki durumdadır. Ancak, duruşmada teşhis sırasında bir tek kişi gösterilip, bunun fail olup olmadığı sorulduğunda, yasanın öngördüğü koruyucu garantiler ortadan kalkmıştır.

Doktrinde, birbirine benzeyen bir kaç kişi değil de, tek kişi gösterilerek yapılan yüzleştirme ve teşhisin ispat değerinin az olduğu, yerinde olarak vurgulanmaktadır.

Bunun dışında, somut olayda, fiilin cereyan ettiği zaman ile duruşmada gerçekleştirilen yüzleştirme ve teşhis işlemleri arasında uzun yıllar geçtiği, bu nedenle failin vücut yapısında zamandan kaynaklanan değişimler bulunduğu da dikkate alınmalıdır.

#### *14) Keşif ile ilgili hukuka aykırılıklar.*

Mahkeme tarafından yaptırılan keşif gününün müdafie bildirilmemesi, CMK 84 ve 181 maddelerine aykırı olduğu için, savunma hakkını kısıtlar niteliktedir.<sup>236</sup>

#### *15) Suçun işlendiği sırada bir başka yerde bulunma savunması (alibi).*

Alibi savunması “belirti” delilidir. Ceza Muhakemesi Hukukunda ispat, olaydan arta kalan izler (belirti delili), olayı gören bir kişinin anlatımları (beyan delili), veya bazı istisnai hallerde ve sadece kanunun kabul ettiği durumlarda, belge delilleri ile yapılır.

Belirti delilleri, ispat edilecek olan olayı doğrudan doğruya temsil etmezler. Mesela parmak izi belirtisi, belli bir zaman aralığı içerisinde, sanığın o objeyi tuttuğunu gösterirse de, suçu işlediğini doğrudan doğruya ispat etmez.

Tanık beyanı ise sanığın suçu işlediğini gören bir kişinin bizzat edindiği izlenimleri yansıtığı için, doğrudan doğruya ispat aracıdır ve tek başına delil olabilir.

Sanığın suçun işlendiği sırada bir başka yerde olduğunu ileriye sürmesi

<sup>236</sup> 8. CD 8.5.2007, K. 2007-3924

(alibi), bir beyan türü olmasına rağmen, beyan delili değildir. Dolaylı delillerden biri olarak, savunma amacı ile kullanıldığında, sanık bir olaylar zinciri anlatır, suçun işlendiği sırada bir başka yerde olduğunu ortaya koymaya ve dolayısı ile de, suçu kendisinin işlemiş olduğununun imkansız olduğu sonucuna ulaşılmasını ister.

Gerçekleşmemiş olan bir olayın (sanığın suçu işlememiş olması) “doğrudan doğruya ispat edilmesi” imkansız olduğu için, doktrinde sanığın alibi iddiası, belirti delili olarak kabul edilmiştir (Joecks, Studienkommentar StPO, München 2006, § 261, 22).

Alibi savunmasının ispatı, “serbest ispat” kurallarına bağlıdır. Ceza Muhakemesi Hukukunda sanığın ispat külfeti bulunmadığı için, sanık suçu işlediği sırada başka bir yerde olduğunu ileriye sürer ve bunu ispat edemezse, ispat edememesi, “fiili işlediği konusunda bir belirti” olarak kullanılamaz (BGH NStZ 2004, 392): “Sanığın yalan söylemesi” aleyhine delil olarak kullanılamayacağı için, bu sonuca varmak gerekmiştir.

Bununla birlikte, sanık işlediği iddia edilen fiil hakkında “önce savunma yapmış ve olay hakkında bilgisi olduğunu ortaya koymuşsa”, arkasından da suçun işlendiği bir başka yerde olduğunu iddia etmişse, bu gibi hallerde, alibi iddiasının ortaya konamaması, sanık aleyhinde kullanılabilirliktedir (BGH NStZ 1999, 423).

Sanığın suçun işlendiği sırada bir başka yerde olduğunu iddia ettiği durumlarda, savunmanın birbirleriyle uyumlu ve adeta bir olaylar zinciri oluşturan iki veya üç olayın doğru olduğunu ortaya koyması gerekir. Bu zincirin eksiksiz olması gerekir<sup>237</sup> (BGH NStZ 1993, 596).

Savunmanın bu iddiasının mahkeme tarafından araştırılması gerekir. Mahkeme olaylar zincirini değerlendirerek, sanığın suçun işlendiği sırada başka bir yerde olduğunu kabul edilebilmek için, zincirin en zayıf halkasına bakmalıdır (Meyer–Gossner, § 261, Rdn. 25).

#### *16) Duruşmada gizli tanık dinlenmesi sırasındaki hukuka aykırılıklar.*

8.2.2008 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanunla, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi

<sup>237</sup> BGH NStZ- RR 2001, 133.

Hakkında Kanun’un 27. maddesi yürürlükten kaldırılmış; böylece, 08.02.2008 ve sonraki tarihlerde uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarıyla ilgili ihbarda bulunan kişiler hakkında, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 19. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen “Kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri, izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça açıklanamaz. Bu kişiler hakkında tanıkların korunmasına ilişkin hükümler uygulanır.” şeklindeki hükmün uygulanmasına olanak kalmamıştır. Bu nedenle, ihbarda bulunan ve kimliği kolluk görevlilerince bilinen kişi hakkında 5607 sayılı Kanunun 19. maddesinin 4. fıkrasının uygulanması mümkün değildir. Öte yandan 5271 sayılı CMK’nın 217. maddesinde, hakimın kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği belirtilmiştir. Mesela, muhbirin tanık olarak dinlenmesi, bu mümkün olmadığı takdirde, ihbar dikkate alınmaksızın diğer delillere göre sanığın suçunun niteliğinin belirlenmesi gerekirken; “muhibir can güvenliğinin bulunmadığını ileri sürerek ifade vermek istemediğini belirttiğinden, tanık olarak dinlenmesinin mümkün olmadığı” şeklindeki gerekçeyle, dinlenmeyen muhbirin ihbarına da dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.

### **VIII– Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki hukuka aykırı deliller.**

Medeni usul hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ve buna bağlı ispat hakkı önemli bir yer tutar. İspat yasağı usul kanunu ile açıkça düzenlenmiş ve yaptırımı belirlenmiş ise dikkate alınmak zorundadır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda hukuka uygun delillerin ispat aracı olarak kullanılacağı (CMK, md. 217) ve kanuna aykırı elde edilmiş delillerin reddedileceği (CMK, md. 206) açıkça düzenlenmesine karşın, Medeni Usul Kanunu’nda açık bir düzenleme bulunmamakta idi. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu konuyu da düzenlemiştir.

## § 35– DURUŞMA TUTANAĞI

### I– Duruşma tutanağı.

Duruşmada da bir zabıt varakası tutulur. Duruşma zaptının 6nceden bastırılarak matbu hazırlanması bozma sebebidir.

Duruşma tutanağı<sup>238</sup> denilen bu tutanak başkan, duruşma hakimi ve zabıt katibi tarafından imzalanır (CMK 219/1). Birden fazla sahife varsa hepsi imzalanmalıdır. Başkanın mazereti bulunursa, en kıdemli 6ye onun yerine imzalar (CMK 219/2).

Duruşma tutanağında; tutanağın başlığında; duruşmanın yapıldığı mahkemenin adı, oturma tarihleri, hakim, savcı ve zabıt katibinin adı ve soyadı, tutanakta ise otuşumlara katılan sanığın, m6dafiin, katılanın, vekilinin, kanuni temsilcisinin, bilirkişinin, terc6manın, teknik danışmanın adı ve soyadı, duruşmanın seyrini ve sonuçlarını yansıtan ve yargılama usul6n6n b6t6n temel kurallarına uyulduğunu g6steren unsurlar, sanık aēıklamaları, tanık ifadeleri, bilirkişi ve teknik danışman aēıklamaları, okunan veya okunmasından vazgeēilen belge ve yazılar, istemler, reddi halinde gerekēesi, verilen kararlar, h6k6m yazılacağı gibi (CMK 220–221) kısaca duruşmanın cereyanı ile neticeleri ve muhakemenin esaslı merasimine riayet olunduğu da aēık bir Şekilde g6sterilir.

Kararlar, ara kararı olsun h6k6m olsun, duruşma tutanağına geēirilsin geēirilmesin, buna iştirak eden hakimler tarafından imzalanır. H6k6m gerekēesi, tefhimden sonra yazılmışsa, 15 g6n iēinde dosyaya konur (CMK 232/3). Duruşma tutanağına geēirilmemiŐ olan h6k6mde zabıt katibinin imzası gerekmez.

Ceza Muhakemesi Kanunu belli durumlarda video kaydı, ses ve g6r6nt6 kaydı yapılmasını 6ng6rmektedir. Bazı hallerde (CMK 147/14) bunu mec-buri hale getirmiştir. Bu kayıtlar yazılı tutanağa d6n6Őt6r6l6r (CMK 219/1).

Başkan, sulh hakimi, naip hakim, istinabe olunan hakim de makamını işgal ederek soruşturma ve koruma işlemleri yapabilirler. Bunlar da yaptıkları işlemleri tutanakla belgelemeli ve zabıt katibi ile birlikte imzalama-

<sup>238</sup> Şahin 2005, 704. Tutanakla ulaşılmak istenen amaē usuli işlemlerin duruşmada doğru uygulanıp uygulanmadığının tespit edilmesidir. Bu y6nden CMK 222 nci maddenin lafzı yanlış anlaŐılmalara m6saittir.

lıdırlar.

Savcıların soruşturma evresinde yaptıkları işlem hakkında tutanak dzenlemeleri ngrlmştr. şüphelinin ifadesinin alınması, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya bir keşif ve muayene sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakiminin yanında bir zabıt katibi bulunur. Her soruşturma işlemi tutanağa bağlanır.

### **II- Duruşma tutanağının imzalanması.**

Duruşma tutanağı başkan, hakim ve zabıt katibi tarafından imzalanır (CMK 219/1). Duruşmada zabıt katibinin de bulunması lazımdır. Duruşma sırasında zabıt katibi 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 dolaıyısı ile zabıt katibinin rolü büyüktür. Bunun içindir ki zabıt katibinin de hakim gibi tarafsız olabilmesi lazımdır ve yine bunun içindir ki zabıt katibinin de hakim için belirlenen hallerde görev yapamaması ve reddinin istenebilmesi kabul edilmiştir (CMK 32).

Duruşma tutanağının birden fazla sahifesi varsa, her biri son sahife gibi imzalanır.

### **III- Duruşmanın teknik araçlarla kayıt edilmesi.**

Yazılı işlemler, temyiz dilekçesi gibi, doğrudan doğruya yazılı şekilde yapılır, yahut hareketle yapılan işlemlerin tutanaklarında olduğu gibi, sözle veya hareketle yapıldıktan sonra yazılı olarak bir tutanak ile tespit edilir. Aynı kural, ses ve görüntü kaydı ile yapılan işlemler açısından da geçerlidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde bu kayıtların vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağa dönüştürülerek mahkeme başkanı veya hakimi ile zabıt katibi tarafından imzalanmasını mecburi hale getirmiştir (CMK 219/1, c. 3). Son zamanlarda, szli işlemlerin önce, steno ve video gibi çeşitli yollarla tespit edilmesi ve sonra yazılı hale getirilmesi imkanının kanunlarımızda da

kabul edildiğini görmekteyiz. 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 hakim 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 tutanağa dönüştürüleceğinden” bahsetmekle her duruşmada teknik araçla kayıt yapılması mecburiyeti olmadığını ifade etmiştir. Bu nedenle, duruşmalarda steno kaydı yapılması yerinde olur.

#### **IV– Duruşma tutanağının başlığı ve içeriği.**

Duruşma tutanağının başlığında, duruşmanın yapıldığı mahkemenin adı, oturum tarihleri, hakim, savcı ve zabıt katibinin adı ve soyadı yer alır (CMK 220).

Duruşma tutanağının içeriğinde ise oturumlara katılan sanığın, müdafinin, katılanın, vekilinin, kanuni temsilcisinin, bilirkişinin, tercümanın, teknik danışmanın adı ve soyadı, yer alır (CMK 221/1–a).

Tutanakta duruşmanın seyrini ve sonuçlarını yansıtan ve yargılama usulünün bütün temel kurallarına uyulduğunu gösteren unsurlar (CMK 221/1–b), sanık açıklamaları (CMK 221/1–c), tanık ifadeleri (CMK 221/1–d), bilirkişi ve teknik danışman açıklamaları (CMK 221/1–e), okunan veya okunmasından vazgeçilen belge ve yazılar (CMK 221/1–f), istemler, reddi halinde gerekçesi (CMK 221/1–g), verilen kararlar (CMK 221/1–h), hüküm (CMK 221/1–i), yazılacağı gibi, kısaca duruşmanın cerayanı ile neticeleri ve muhakemenin esaslı merasimine riayet olduğu da açık bir şekilde gösterilir.

**V- İstem üzerine duruşma tutanağına geçirilebilen hususlar.**

Duruşmada bazı hallerde hem ilgili şahıslar dinlenir, hem de eski beyan veya ifadesini havi tutanak okunabilir. Bu hallerde okumayı gerektiren sebepler, savcının ve sanığın isteği üzerine, duruşma tutanağına (CMK 221) yazılır. Bu haller şunlardır:

a) Bir tanık veya bilirkişi veya uzman, bir olayı hatırlayamadığını beyan ederse, evvelki beyanını ihtiva eden tutanağın o olaya ilişkin kısmı okunarak meseleyi hatırlamasına yardım edilir (CMK 212/1).

b) Tanığın son beyanı ile evvelki beyanı veya ifadesi arasında çelişiklik olup da, bunun duruşmayı kesmeksizin başka surette giderilmesi mümkün olmazsa, eski beyan veya ifadesi okunabilir (CMK 212/2). Bu hükmün bilirkişiye de uygulanması lâzımdır (CMK 62).

c) Sanığın duruşmada verdiği beyan ile arasında çelişki varsa, daha önce hakim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamaların, Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesinin veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesinin tutanakları, duruşmada okunabilir (CMK 213).

Okunan eski beyan, sanık olarak hâkime yapılan beyan ise “delil” olarak okunabilir. Fakat, savcı veya kolluk tarafından alınmış olan ifadelerin delil olarak değil, sadece çelişkinin giderilmesi amacı ile okunması esası benimsenmelidir.

**VI- Duruşma tutanağının ispat gücü.**

Duruşma hakkındaki hükümlere riayet edilip edilmediği ancak duruşma tutanağı ile ispat olunabilir ve bu kısımlara karşı ancak sahtelik iddiası yapılabilir (CMK 222),

Sağlamlık bakımından karine kabul edilip edilmediğine göre, belgeler üçe ayrılır: Adi malûmat kabilinden yazılı belgeler. Bunlar haklarında kanunî karine kabul edilmemiş belgeler olup, herhangi bir delil gibi hakim tarafından serbestçe takdir edilir. Hakim ya tecrübe kaideleri mihengine vurarak ya basit karineye dayanarak, bunların doğru olup olmadıkları hakkında bir hüküm verir.

Aksi (hilafı) sabit oluncaya kadar muteber yazılı belgeler. Bunların muhtevasının hakikatı aksettirdiği yolunda bir karineyi kanunkoyucu

kabul etmiştir. Ancak bu bir karine olduğundan, muhtevanın hakikî olmadığının ispatı mümkündür. Muhtevanın hakikî olmadığı ispat edilmedikçe, hakikî olduğu kabul edilecektir. Mesela, Karayolları Trafik Kanununda yazılı suçları işleyenler hakkında yetkililerin (m. 83), orman suçlarında orman memurlarının (Orman K 82) düzenlediği tutanaklar hilafı sabit oluncaya kadar muteberdir.

Sahteliği sabit oluncaya kadar muteber yazılı belgeler. Kanunlar bazı defa daha ileri gitmişler, karinenin çürütülmesi için, belgenin sahte olduğunun ispat edilmesini şart koşmuşlardır. Mesela duruşma tutanakları (CMK 222), seçim suçlarından ağır cezayı gerektirenlerin gayrısında Seçim Kurullarının tutanakları (SeçimK 179), Noterlerin düzenlediği işlemler (NoterlikK 82), sahtelikleri sabit oluncaya kadar muteberdirler. Hatırlatalım ki delillerin sağlamlığı ile hakimleri bağlayıcılığı farklı şeylerdir ve kanunun bir karineyi şu veya bu kayıtla da olsa sağlam sayması, onu kanunî delil haline getirmez, hakimler makbul sınırlar içinde kalmak şartı ile delillerle bağlı tutulamazlar.

TCK 204/3, sahtecilik suçunun “kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgeler” hakkında işlenmesini ağırlatıcı sebep sayılmıştır.

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. İspat külfeti meselesi, tarafların ikame ettikleri delillerle eli kolu bağlı bir hakimin mevcudiyeti halinde söz konusu olabilir. Bu sebeple ve hakim delil araştırabildiği için, ceza muhakemesinde “ispat külfeti” diye bir mesele yoktur.

Ancak bu kaidenin de istisnaları vardır. Gerçekten kanun, bazen, “bir olayın doğruluğunu önceden ve mücerret olarak kabul eder. Bu demektir ki hakim, şüphesini yenmek için bu karineye dayanacak ve başka araştırma yapmayabilecektir. Mesela 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 y¼k¼ de bunu iddia edene d¼şmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde g¼r¼len k¼t¼ muamele davaları açısından da ispat k¼lfeti ¼ng¼r¼lm¼şt¼r. K¼t¼ muamele g¼rd¼đ¼n¼ iddia edenlerin kolluğun kendilerin yaptığı k¼t¼ muameleyi ispat etme y¼k¼ml¼l¼đ¼ vardır. Ancak bu kişinin k¼t¼ muamele g¼rd¼đ¼ konusunda bir emare mevcutsa, bu takdirde ispat k¼lfetinin yer değiştirdiği kabul edilmekte ve Devletin k¼t¼ muamele yapılmadığını ispat etme y¼k¼m¼ ortaya çıkmaktadır. Mal Bildiriminde Bulunulması, R¼şvet ve Yolsuzlukla M¼cadele Kanunu'nun 4 ve 13 ¼nc¼ maddelerini, bu suç bakımından ispat k¼lfeti getirmesi ve sanığın susma hakkını elinden alması nedeni ile tenkid edilmektedir. Sanığa açıkça susma hakkını tanıyan CMK 147 ile çelişki dikkat çekicidir.

Ceza muhakemesinde ifade sahiplerinin imzaları alınmadığından, tuta-nağın ve dolayısı ile zabıt katibinin rol¼ b¼y¼kt¼r. Duruşmada zabıt katibinin de bulunması lazımdır. Duruşma sırasında zabıt katibi değişebilir. Bu takdirde her biri kendisinin tuttuğu zaptı imzalayacaktır.

Bunun içindir ki zabıt katibinin de hakim gibi tarafsız olabilmesi lazımdır ve yine bunun içindir ki zabıt katibinin de hakim için belirlenen hallerde g¼rev yapamaması ve reddinin istenebilmesi kabul edilmiştir (CMK 32).

## § 36– DURUşMANIN SONA ERMESİ VE H¼K¼M

### I– H¼k¼m kavramı.

#### 1) Psikolojik bakımdan h¼k¼m.

Ruh olaylarını inceleyen ve onların bağlı oldukları kanunları bulmaya çalışan psikoloji ilmine g¼re, h¼k¼m, iki kavram arasında ilişkiyi kurmak veya kurmamaktır. İki kavram arasındaki ilişki ¼nce kavranır, sonra bu ilişkinin varlığına veya yokluğuna inanılır. B¼ylece bir h¼k¼m meydana çıkar. H¼k¼mden ¼nce bir ř¼phe vardır. H¼k¼m bu ř¼pheyi yener. Bir diğer s¼yleyiřle bir sorunu (meseleyi) ¼zer. ř¼phe devam ediyorsa, hen¼z bir h¼k¼m verilmemiş demektir. ř¼phenin yenilmesi yerini inanişa terketmesi demektir. Bu inaniş, varılan h¼km¼n doğruluğuna, hakikat oluşuna inaniştir. Hakikati bulmak fenn¼ ve ilm¼ olan mantık doğru h¼km¼n nasıl verileceğini g¼stermiřtir.

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

### 2) Hükümün unsurları.

Mahkemenin verdiği “hüküm”de, “psikolojik açıdan bir hüküm” olduğundan, her hüküm gibi, bir mesele, bir sonuç ve bir gerekçeden meydana gelir. Hükümde meselenin açıkça belirtilmesi, hem isabetli karar vermek, hem de kararın anlaşılmasını kolaylaştırmak bakımından çok önemlidir. Bu belirtme, sabit görülen fiilin anlatılması (CMK 230/1-c) şeklinde olmakta ise de, kararda meselenin sadece “maddi” olanının ele alınması yetmediği gibi, olayın tafsilatlı olarak hikaye edilmesi, asıl halli gereken meselenin gözden kaçmasına, iyi belirmemesine de sebep olabilir. Kanun (CMK 230) hükümün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususları hüküm türlerine göre ayrı ayrı düzenleyerek, “mecburi yetki” kapsamına alarak saymıştır.

### 3) Hüküm fıkrası.

Hükümün sonucuna, “hüküm fıkrası” adı verilir (CMK 231/1, 232/6). Hüküm fıkrası, mahkmiyet halinde suçluya, çeşitli işlemler sonunda verilen “sonuç-ceza”yı da belirtir.

Duruşma sonunda “hüküm fıkrası” okunur ve gerekçesi ana çizgileri ile açıklanır (CMK 231/1). Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir (CMK 231/4).

Hüküm fıkrası, uyuşmazlığın zlş şeklini gösterdiği için, önemlidir. Hükümün sözle bildirilmesinde (açıklanmasında) dahi, hüküm fıkrasının duruşma tutanağında yazılı olması ve okunması mecbur tutulmuştur. 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 mahkmiyet denmemeli, bütün sonuçlar gösterilmelidir. Hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğu, uygulanan kanun maddeleri, verilecek ceza miktarı, kanun yoluna başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup

bulunmadığı, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin “tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça” gösterilmesi gerekir (CMK 232/6).

Başvuru yolları gösterilmemişse, hükmün sanığa açıklanması veya tebliğı 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).

#### 4) Son karar–hüküm ilişkisi.

Mahkemenin verdiği en son karar hükümdür. Durma kararı, “hüküm” değildir, çünkü mahkemenin en son kararı değildir. Kanun durma kararını itiraza tabi bir mahkeme kararı (CMK 223/8) olarak düzenlemiştir. Son karar kavramı, artık kabahatler hukukunda kullanılmaktadır.

#### 5) Gerekçeli karar ve kısa karar.

Hükmün sonucu olan hüküm fıkrası, bazen mesele ve gerekçe ile birlikte yazılır ve okunur. Buna tatbikatta “gerekçeli karar” denilir.

Kararın bir şekil de 232 nci maddede belirtilen hususların yazılıp okunmasıdır. 231 nci madde “hüküm fıkrası” derken, bu ikinci şekli göz önünde tutmuştur. Buna uygulamada “kısakarar” adı verilmektedir. Bu takdirde mülga Kanun mesele ve gerekçenin 3 gün içinde yazılması ve dosyaya konmasını öngörmüştü. 5271 sayılı 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 kısakararda hiç bir değişiklik yapılamaz.

#### 6) Hüküm vermenin kollektif oluşu.

Muhakemenin gördüğü işi, yani bir kelime ile “görevini” anlamak için, bir muhakemeyi başından sonuna kadar takip etmek ve neyin değiştiğini araştırmak lazımdır. Her muhakeme bir şüphe ile başlamakta ve sonunda bu şüphe elbirliğiyle yenilmekte, yani bir hüküm verilmektedir. O halde, muhakemenin görevi, kollektif hüküm vermektir. Muhakeme hukukundaki hükmün özelliğı, onun kolektif verilişidir. Muhakeme Hukukundaki

muhakemeyi “muhakeme” yapan ise muhakemenin kollektif oluşu, yani hükmün kollektif verililişidir.

Muhakeme Hukukunda muhakeme kolektiftir. Yargılama makamının verdiği hükmü, faraza bir bilginin veya bilgiler topluluğunun hukukî bir mesele hakkındaki hükmünden ayıran şey, yargılama faaliyeti sonunda verilen hükmün, tarafların da iştirakiyle verilmiş olmasıdır: iddia makamı, itham eder. Bu, bir tezin ileri sürülmesidir. Müdafaa makamı, kendi hükmünü antitez olarak hakime arzeder. Hakim bu iki hükmün sentezini yapacaktır. Bu sentezi yapabilmek için yargılama makamını işgal eden hakim, tarafların hükümlerinden faydalanacaktır.

Yargılama makamlarının hükümleri, birden fazla hakimin iştiraki dolayısıyla de kolektiftirler. Yargılama makamı, hukuk normu ile olayı karşılaştırıp bir değer hükmü verir. Bu hükmün kişisel olmaması da lazımdır. Bunu sağlayan çarelerden biri de hükmün verilmesine katılan hakimlerin birden fazla olmasıdır. Birden fazla hakimin hüküm verme faaliyetine katılmasını sağlayan çareler şunlardır: toplu hakim sistemi, derece ve içtihat-ta devamlılık.

### 7) Çelişme.

Kollektif hüküm vermenin veya kısaca muhakeme yapmanın metodu hüküm verme faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasıdır. Böylece bütün sùjeler birbirlerinin fikirlerini öğrenecekler, hep birlikte düşüneceklerdir. Bu imkanı sağlayan sisteme çelişme denir. Çelişme, çok defa sanıldığı aksine olarak, bir çekişme, bir mücadele değil, hele tenakuz anlamına çelişiklik hiç değil, bir fikir alışverişidir, bir kollokyumdur, bir diğer söyleyişle karşılıklı görüşlerin iki veya daha fazla kişilerce ortaya konmasıdır.

Bizce, “muhakeme” terimi, dilimizde tek başına çelişme suretiyle yani kolektif olarak hüküm vermeyi ifade edebilecek mahiyettedir. Gerçekten “hüküm” aslından gelen “muhakeme”, iştirak ifade eden lûgat manasına göre, en az iki taraflı düşünmeyi ve hüküm vermeyi ifade etmektedir. Şüphesiz 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 bileşikdir (= mürekkeptir) 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, davalının hükmü, hakimın hükmü. Bu üç hükmü, muhakeme makamlarına göre şöyle ifade edebiliriz: iddia makamının hükmü, müdafaa makamının hükmü ve yargılama makamının hükmü.

#### 8) Mütalaa niteliğinde hüküm.

Hükümlerin bir kısmı, hakikat hakkında verilmiş mütalaa niteliğindedir. Bunlara “mütalaa niteliğinde hüküm” veya kısaca mütalaa (opinion) denilir. Mütalaa, sübjektif niteliği dolayısı ile karşı-mütalaaı reddetmediği gibi, hatta onu ve ilerde bir üçüncü hükmü gerektirir. Mütalaa demek, “bana kalsa böyledir” demektir, “ille böyledir” demek değildir (objektif yetersizlik). Keza, “şimdilik böyle düşünüyorum” demek ve değiştirme imkanını saklı tutmaktır (sübjektif yetersizlik). Görülüyor ki mütalaa'nın iki özelliği vardır: nisbîlik (izafîlik, görelilik) ve geçicilik.

Bizce, yargılama makamları, taraflar bakımından kesin olmayan hükümlerini, mutlak ve daimî olarak verirler. Onun için, taraflar bakımından mütalaa olan bu hükümler, yargılama makamları bakımından karardır. Hakim, ister hazırlayıcı olsun, ister son olsun, hükmünü verirken, “şimdilik böyle düşünüyorum, ileride belki değiştiririm” demez, diyemez. Böyle bir tutum “yargılama” ile bağdaşamaz. Hakim kararını vermiş, kesmiş atmıştır. Hatta ileride onun aksine bir karar verebilse dahi, mesela evvelce tutukladığı kimseyi salıverse veya evvelce keşfe lüzum görmemişken, şimdi görse dahi, yeni bir mütalaa beyan etmiş değil, yeni şartlara göre yeni bir karar vermiş demektir. Bu sebeptendir ki biz, yargılama makamlarının psikolojik bakımdan verdikleri bütün hükümlerine “karar” demeyi tercih ediyoruz.

Hakimlerin “mütalaa niteliğinde hükümlerine”, sadece müzakereye çekildiklerinde, henüz oy vermeden önce fikir alışverişi yaptıkları sırada beyan ettikleri hükümlerde rastlanır. Gerçekten, bu mütalaalar geçicidir ve nisbîdir. Müzakere sonunda hakimler mütalaalarını değiştirebilirler. Zaten

müzakere de bunun için yapılmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, mütalaa mahiyetindeki bu hükümler, hakim hükmü olmakla beraber, yargılama makamı hükmü değildir. Çünkü yargılama makamı, misalimizde mahkemedir. Bu makamı işgal eden, makam adına karar veren ise kuruldur.

9) *Karar niteliğinde hüküm.*

Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra “hüküm” verilir (CMK 223/1). Kanun uyuşmazlığı çözen “sonkarar” müessesesini düzenlemiş, 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.

Kanun’un tasnifine göre, “hüküm” sayılan mahkeme kararları şunlardır: “Hakiki hüküm” esaslı çözen, “beraat” (CMK 223/2), “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” (CMK 223/3 ve 4), “mahkumiyet” (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, hüküm sayılabilir.

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).

10) *Kesin hüküm.*

Devlet, davaların konusu olan uyuşmazlıkları bir yargı ile çözmek yani kesip atmak için, mahsus makamlar tayin etmiştir. Bu makamlar kendilerine arzedilen uyuşmazlıkları kesip atarlar, eski bir tabirle, yargırlar, 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” denilmesinin, şimdi de bunların görevine “yargı yapma” manasına, “yargılama” dememizin sebebi budur. Yargıcı, yargı denilen aleti yapan ve kullanan kimse dir. Uyuşmazlığı taraflar bakımından çözen karar, yani “yargı” yarıcı alete benzer. İskender’in kördüğümü kılıcı ile yarıp çözmesini hatırlatır. Yargı, yarmak kökünden geldiğine göre, psikolojik manada “karar niteliğinde

hüküm”, kısaca, “karar”dır. Fakat her karar, hatta her hüküm, “yargı organı” veya “yargı yapma”, “yargılama” sözlerinde anlatılmak istenilen mada “yargı” değildir. Bizim “yargılama” diye karşılamayı doğru bulduğumuz “kaza” yerine “yargı” denilmesi ise karışıklıklara yol açmaktadır.

Karar sadece veren bakımından kesin olmakla beraber, muhakemede taraflar bakımından da bir kesinliğe, bir diğer söyleyişle doğruluğunun tartışılmamasına, muhakkak doğru olduğundan değil, fakat uyumsuzluğu yarıp atmak zorunluluğu ile ihtiyaç vardır. Yargı, taraflar bakımından kesinlik ihtiyacını karşılar. Her kararın tartışılmasına imkan olmadığından, bazılarının tartışılmayacağı önceden kabul edilir. Bunlara “kesin karar” denir. Bazıları da verildiklerinde kesin değildir. Bunlar, aleyhlerinde olağan kanunyolu 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” karşılığı olarak “kesin karar” veya “kesin hüküm” değil, “yargı” denilmelidir.

### 11) Hükümün unsurları.

Mütalaa niteliğindeki hükümlerin bir meseleye taallük etmesi zarurîdir. Zira, mütalaa denince, karşı-mütalaa akla gelir. Şu halde ortada muhtelif mütalaalara yol açabilen bir “mesele” var demektir. Karar niteliğindeki hüküm de çeşitli mütalaaları telif ettiğinden, netice itibariyle yine bir meseleye taallük edecektir. Görülüyor ki “mesele” her çeşit hükümde bulunması gereken bir unsurdur.

İster mütalaa ister karar olsun, hükümlerde bir de sonucun bulunması zarurîdir. Hüküm, hüküm yapan, meseleyi çözüştür, yani bu sonuç unsurudur. Hükümlerde meselenin sonuçta gösterilen şekilde çözümlenmesinin nedenini gösteren kısım da gerekçedir. Böylece, her hükümde mesele, gerekçe ve sonuç olmak üzere üç unsur vardır. Hükümün mütalaa veya karar olmasına göre bu unsurların bazen farklı isimler almaları mümkündür.

### 12) Maddi ve hukuki mesele.

#### a) Mesele.

Muhakeme Hukukunda mesele, “somut olayın normlar karşısındaki du-

rumunun tesbiti meselesi” olarak ifade edilebilir.

Bir kuyumcu dükkanına gelen bir müşterinin kıymetli bir taşı incelerken sahtesi ile değiştirdiğini tasavvur edelim. Realitenin bir parçası olan bu olaya hukuk düzeni bazı sonuçlar tertip etmiştir. Bu sonuçların meydana çıkarılmasında menfaati olan şahışlar 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 tesbitine 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 ayrılabil-diği görölür.

Muhakeme Hukukundaki hükümler, birçok soruları cevaplandıran mütalaaları veya kararları ihtiva ederler. Bu soruların taallük ettikleri meseleler çeşitlidir. Bu meseleleler bir bakımdan maddî ve hukukî, bir diğer bakımdan da esas meselesi ve muhakeme meselesi diye ayrıldığı gibi, bir üçüncü bakımından da asıl mesele ve tali mesele diye bir ayırmaya tabi tutulmaktadır.

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

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

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

#### *b) Meselenin açıklanması.*

Mütalaa veya karar mahiyetindeki hükümlerde meselelelerin açıklanması, bir diğer söyleyişle ortaya konması, mantıkî bir zarurettir. Ceza Muhakemesi Kanunu bu konuda açıklık getirmiş ve iddianamede yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri ile birlikte yüklenen suçun işlendiği tarih, yer ve zaman diliminin gösterilmesini; yüklenen suçunu oluş-



turan olayların mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanmasını ve şüphe-  
linin lehine olan hususların da ileri sürülmesini mecburi hale getirmiştir  
(CMK 170).

Buna benzer şekilde hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken husus-  
lar 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.

*c) Gerekçe.*

Hükmün gerekçesi konusunda CMK 230, tutuklama kararının gerekçesi  
hakkında ise CMK 101 maddeler altındaki açıklamalara bakınız.

*ç) Kararın “sonuç” kısmı.*

Mütalaalar veya kararlar, kendilerini sonuç kısmında gösterirler. Sonuç  
ile gerekçe arasında mantıkî zorunluluk bulunması gerektiğinden, sonu-  
cun mantıkî olması, hükmün de mantıkî olması demektir. Mantık kuralla-  
rına aykırı hareket edilmesi keyfilik olur.

Sonuçların düzenlenmesi mütalaa ve kararlarda bazen farklı şekilde  
olur: Mütalaalarda sonuç, ilk iki önermenin mantıkî ve zorunlu bir sonu-  
cudur. Bunun içindir ki sonuçların gerekçelerden ayrı bir varlığı yoktur.

Kararlarda bir sonuç kısmı vardır. Kanunda bir sarahat olmasa dahi, ka-  
rarlar, bir sonucu ihtiva etmek zorundadırlar. Kanunumuz sadece hüküm  
adını verdiği son kararlarda “hüküm fıkrası” adını verdiği sonuç unsurun-  
dan bahsetmiştir (CMK 231).

Kesin kararlar hakimi de, tarafları da bağlar. Bunların değiştirilmesi  
olağan yollarla mümkün değildir. Hakimin kesin olmayan kararları taraf-  
lar bakımından mütalaa mahiyetinde olduğundan, bu kararların hakimi de  
bağlamaması istisna olarak kabul edilebilir. Nitekim kanunumuz aleyhine  
itiraz yolu açık olan kararların, aynı makam tarafından hatta kendiliğinden  
değiştirilebilmesini kabul etmiştir. Buna karşılık, aleyhine temyiz yolu  
kabul edilmiş olan kararlarını hakimin değiştirmesine, kanun müsaade  
etmemiştir. Zira bu hallerde kararları tetkik ve gereken kararı verme yet-  
kisi münhasıran başka makamlara verilmiştir.

*13) Hükümün mecburiliği meselesi.*

Hüküm verenlerin taraf veya hakim olmasına göre bu mesele farklı şekilde halledilir: Hakim, kararlarını vermek mecburiyetindedir. Resmî görevi taraf olarak kolektif muhakemeye katılmak olduğundan savcı mütalaa beyanına mecburdur. Savcı ilk soruşturmayı da içeren zengin muhakeme şemasında bu mütalaaşını ilk önce dava açarken açıklar ve iddianame verir. Kovuşturma dışında savcının mütalaaşına başvurulması mecburî olan halleri kanunumuz birer birer göstermiştir. Kovuşturmada, kanunda aksine sarahat olmadıkça, karar verilmeden önce taraflar, bu arada savcı dinlenir (CMK 33).

Kanunda bu mecburiyetler her ne kadar hakim bakımından ifade edilmişse de, resmî görevi itibariyle savcının mütalaa beyanı mecburî olmak gerektiğinden, savcılar “mahkemenin takdirine bırakıyorum” diyemezler. Bu mecburiyet Cumhuriyet başsavcısı için de vardır. Kaldı ki, savcının esas hakkındaki görüşleri gerekçeli kararda bulunması zorunlu hususlardandır (CMK 230/2).

İddia makamında bulunan katılan da savcı gibidir. Mahkemenin takdirine bırakıyorum, diyerek mütalaa beyanından çekinirse, görevini yapmamış olur. Ancak bu yapmayışın müeyyidesi olmadığından, bu görev onlara Devlet görevi olarak verilmediğinden, mütalaa beyanı mecburî ödev şeklinde kabul edilmemiştir. Burada ihtiyarî bir ödev vardır. Müdafinin de, muhakemede müdafaa makamını işgal ettiğinden ve görevi, savcı gibi, uyuşmazlığa ışık tutmak ve diyalektiği sağlamak olduğundan hakimın takdirine bırakmayıp mütalaaşını beyan etmesi gerekir. Bu ödevi yapmazsa görevine son verilebilir.

Sanık kendini müdafaa etmek mecburiyetinde olmadığından müdafaa makamı olarak mütalaa bildirmeye mecbur değildir.

*14) Karşı görüş bildirme imkanının verilmesi mecburiyeti.*

Hakimin mütalaaalarını bildirmeleri için taraflara imkan vermeye mecbur olup olmadığı meselesi kanunda muhakemenin çeşitli evrelerinde çeşitli şekilde halledilmiştir. Soruşturma evresinde hakimın bir karar vermesi için, kaide olarak, ilgili tarafların ve bu arada sanığın ve savcının mütalaaşını alma mecburiyeti yoktur. Zira duruşma dışındaki kararlarda savcıdan

mütalaa alınması mecburiyetini koyan 33 üncü madde, kovuşturma evresini düzenlemektedir. Mecburiyet olmaması demek, mütalaanın alınmaması veya verilen mütalaaların kabul edilmemesi demek değildir.

Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında bütün kararlar, ilgili taraflar dinlendikten sonra verilir. Bu evrede duruşma dışındaki kararlar ise savcının yazılı veya sözlü mütalaası 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 ve sanığa söz verilecektir (CMK 216). Bir taraf temyiz edince, temyiz dilekçesinin veya layihasının bir sureti diğer tarafa verilecektir (CMK 297).

## II- Beraat kararı.

### 1) Beraat kararı hakkında genel bilgiler.

Beraat kararı (CMK 223/2) sanığın en lehine olan karardır. 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).

Ceza muhakemesinde uyuşmazlığın esasını çözen kararlar “beraat” ve “mahkûmiyet” kararlarıdır. 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.

2) *Yüklenen failin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması (CMK 223/2-a).*

Eylem sabit olsa da, hukuka aykırılık dahil suç unsurlarından birinin eksikliği nedeni ile suç tiplerinden hiç birine uymuyorsa mahkeme hukukî mesele yönünden “beraat kararı” verir. Sabit olan eylemin bir suç tipine uyduğunu görürse, mahkeme “mahkûmiyet kararı” verir.

“Bağışıklık” hallerinde de ortada suç olmadığı hatırlanmalıdır.

Suç tipi, hem eylemin işlendiği hem kararın verildiği tarihteki kanunlara bakılarak tayin edilir. Bir diğer söyleyişle suç olmaktan çıkmak (TCK 7) ile suç olmamak bir tutulur.

3) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması (CMK 223/2-b).*

İsnat edilen eylemi sanığın işlemediği veya böyle bir olayın gerçekleşmediği sabit olursa, mahkeme maddî mesele yönünden “beraat kararı” verir.

4) *Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması (CMK 223/2-c).*

Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır (TCK 21/1). Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır (TCK 22/1). Failin kastı veya aranan hallerde taksirinin bulunmadığı sabit olursa, suç oluşmaz ve uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözen bir beraat kararı verilir.

Sabit olan eylem bir suç tipine uymakla beraber, kanun ceza verilmemesini öngörmüş, fakat davanın da düşürülmemesini istemişse (mesela TCK 129), bizce “sorumsuzluk kararı” verilmelidir. CMK uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir (CMK 223/4).

5) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması (CMK 223/2-d).*

Fail tarafından gerçekleştirilen tipe uygun fiil açısından bir hukuka uygunluk sebebi varsa, beraat kararı verilir.

6) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*  
(CMK 253/2-e).

Mahkeme sübut konusundaki şüphesini, her türlü soruşturmaya rağmen yenememişse, “şüpheden sanık faydalanır” denilerek “beraat kararı” verilmesi kabul edilmiştir. Beraat kararının verilmesi, bir taraftan da “iddianın sabit olması gerekir” kuralının bir sonucudur.

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.

Hakim sübut bakımından bir kanaata 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.

Bu prensip, ancak delillerin takdiri bakımındandır. 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 beraate 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 isnad edilen suçun ispat edilememesi nedeniyle mi beraat ettiğini ortaya koyacaktır. Bu tespit temyiz hakkı açısından önem taşıyabilir. İsnad edilen suçun sabit olmaması nedeniyle

beraat etmek, hala toplum nazarında kuşku bırakabilecek niteliktedir.

Şüpheden sanığın faydalanması prensibi, sadece beraat kararı verilmesine münhasır değildir. Mesela gece ağırlatıcı sebebi sabit olmazsa, suç gündüz işlenmiş sayılır.

Bu prensip daima sanık lehinedir. Zira bu prensip, sanığın ancak ispat edilen hususlardan sorumlu tutulabileceği manasındadır.

Bu takdirde yorum yapılamayacağından, bu prensibin yorumda uygulandığı söylenemeyecektir. Aynı sanık hakkında aynı eylemden dolayı iki mahkûmiyet yargısı varsa, lehte olanı yerine getirilmelidir. İtalyan Kanununda bu yolda bir sarahat vardır (CPPI 579).

### **III– Kusur bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı.**

#### *1) Genel bilgiler.*

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.

Sorumsuzluk sebepleri, “davayı düşüren” ve “muhakemeye engel olmayan” diye ikiye ayrılır. Muhakemeye engel olmayanlarda ne karar verileceği kanunla ayrıca gösterilmediğinden, beraat kararı verilmek gerekmektedir. Kanun yaş küçüklüğü gibi hallerde “kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı” (CMK 223/3) ve etkin pişmanlık gibi durumlarda ise “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilmesini öngördü.

Bizce, aradaki farkı belirtmek üzere ayrı bir ad konulması doğrudur. Buna “sorumsuzluk kararı” veya dar manada ceza sorumluluğu söz konusu ise uygulamadaki adı ile “cezanın düşmesi kararı” denilebilirdi. Muhakemeye engel olan sorumsuzluk sebepleri ise davayı düşürmüş olacaklarından, burada söz konusu olamayacaklardır.

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 dūşölmesi halleri Kanunda tek tek sayılmış ve bu belirtilen durumlarda verilecek hükme, “kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı” adı verilmiştir.

2) *Kusur bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK 223/3) verilen haller.*

a) *Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı (TCK 31, 32, 33; CMK 223/3–a).*

Akıl hastalığının duruşma ve sorgu engeli olması için, duruşma ve sorgu yapılmasını imkansız kılacak, yani sanığın kendini makul şekilde müdafaa edemeyecek derecede olması lazımdır. 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 hükümlenir (CMK 223/6) Bu kararın soruşturma evresinde sulh hakimi tarafından da verilebilmesi gerekir. Bu söylediklerimiz yaş küçüklüğü nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmayanlar hakkında da geçerlidir.

Suçu 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 etmiyecek derecede olması, kanaatımızca zaruridir. Suç anındaki TCK 32/2 anlamındaki (yarı) akıl hastalığı müdafaaya mani olacak derecede ise suçtan sonraki akıl hastalığı normları uygulanmalıdır.

b) *Diğer haller.*

Kusur bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilen diğer haller şunlardır:

Emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali, cebir veya tehdit (TCK 24/2, 25/2, 28; CMK 223/3–b).

Meşru savunmada sınırın aşılması (TCK 27/2; CMK 223/3-c).

Kusurluluğu ortadan kaldıran hata (TCK 30; CMK 223/3-d).

#### **IV- Ceza verilmesine yer olmadığı kararı.**

İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen, etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hareket ve işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısı ile faile ceza verilmemesi hallerinde, “fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen, ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilir (CMK 223/4).

Ceza davasını düşürmeyen, bir diğer söyleyişle muhakemenin ilerlemesine engel olmayan bazı sorumsuzluk sebepleri vardır. Bu gruba, ceza verilip verilmeyeceği ancak muhakeme sonunda anlaşılacak haller girer. Mesela karşılıklı hakarete 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.

Biz “cezanın düşürülmesi” de diyebileceğimiz “sorumsuzluk” kararının da eklenmesine taraftarız. Gerçekten bu hallerde eylemin suç, sanığın suçlu olduğu anlaşılmıştır, sadece ceza verilmemektedir. Kanun (CMK 223/4), bu halde “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verileceğini hüküm altına almıştır.

Bunu beraat ile bir tutmak yersiz olurdu. Hatta bunu belli bakımlardan mahkûmiyetin bir çeşidi saymak da mümkündür. Zira bu hallerde, sanık mahkûm olmuşçasına, mesela muhakeme masraflarına, hükmolunmalıdır. Nitekim CMK 328. maddesi ile bu esası kabul etmiştir. Buna karşılık, böyle bir karara dayanılarak, mesela ertelenmiş ceza yerine getirilmemelidir.

Mahkûmiyetten farklı sonuçlar, bu karara, mesela sorumsuzluk gibi, ayrı bir ad verilmesini haklı göstermektedir. Kanun ayrıca sorumsuzluk kararı kabul etmediğinden, CMUK tatbikatında önce mahkûm edilmekte, sonra ceza düşürülmekte, yani sorumsuzluk kararı cezanın düşürülmesi adı altında verilmekte idi.

Suça tesir etmemekle beraber, failin cezalandırılmasına yani ceza so-



rumluluğuna tesir eden sebepler de vardır. Bunlar ceza sorumluluğu meselesi olarak “suçlu” bahsinin ve dolayısı ile “Suç Hukuku”nun konusunu teşkil eder. Bunların muhakeme dışı hukuklarda, mesela Ceza Kanununda ele alınması bu sebeple doğrudur. Doğru olmayan, bu hallerde çok defa “ceza davasını 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 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.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı şu hallerde verilir: Etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret ve işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı (CMK 223/4-a).

### **V- Mahkumiyet hükmü.**

Mahkumiyet hükmü (CMK 223/5) verilebilmesi için, önce maddi meselelenin, yani fiilin sanık tarafından işlediğinin sabit olması gerekir.

Bunun sabit olmasından sonra, hukuki meseleye geçilir ve fiilin suç teşkil edip etmediği incelenir. Hukuki mesele, maddi ceza hukuku meselesi ve muhakeme hukuku meselesi olarak iki türlüdür. Mahkeme fiilin sabit olup olmadığına karar verirken, ceza muhakemesi hukuku normlarını tatbik edeceği için, fiilin belirlenmeside de muhakeme hukuku meselesi gündeme gelir.

Fiil sabit ise ve suç da teşkil ediyorsa, sanığın ceza sorumluluğu bulunup bulunmadığı araştırılır. Varsa mahkumiyet kararı verilir ve sanığa uygulanacak yaptırım belirlenir.

### **VI- Güvenlik tedbiri hükmü.**

Kanunda, “yüklenen suç işlediği sabit olursa, belli bir cezaya mahkumiyet yerine veya mahkumiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine veya mah-

kumiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur”, denmiştir (CMK 223/6). 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.

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. Keza sanık tarafından kabul edilen ceza kararnamesi mahkûmiyet kararı sayılabilir. CMK güvenlik tedbirine hükmedilmesinin kabul etmiştir (CMK 223/6).

## **VII– Kesin hüküm nedeni ile davanın reddi kararı.**

### *1) Yargının otoritesi.*

Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa “davanın reddine” karar verilir (CMK 223/7). Gerçekleşmemesi muhakemenin tekrarlanmasına engel olan muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi ile dava açan iddianamede kabule şayan olmamadan başka bir müeyyideyi gerektiren aykırılık bulunması halinde davanın reddine karar verilmelidir. Kanun, sadece muhakeme şartı bakımından olan birinci grup sebepleri nazara almıştır.

Davanın gerçek kişi değil, hükmî şahıs hakkında açılmış olması ve yurt dışında veya içinde kesin hüküm verilmiş olması da davanın reddi sebebidir. Cezayı etkilemeyeceği anlaşılan iddianame hatalarında da davanın reddi kararı verilmektedir.

Ceza davası, Devletin suçluların cezalandırma görevinin yerine getirilmesi için açıldığına ve dava üzerine muhakeme denilen kolektif bir çalışma sonunda müşterek bir hükme varıldığına göre, bir eylemden dolayı bir kimse aleyhine bir ceza davası açıldıktan sonra o davanın muhakemesi sona ermeden de aynı eylemden dolayı aynı kişi hakkında ikinci bir ceza davası açılamaz. Bu itibarla “aynı davaya bakılmakta olması” ikinci veya daha fazla defa aynı davanın açılmasına ve muhakemenin tekrarlanmasına engeldir.

Türk Hukukunda “kamu davası”, mahkeme tarafından verilen “iddiana-  
menin kabulü kararı” (CMK 175) ile açılmış sayılmaktadır.

Birinci dava madde, yer, vs. itibariyle yetkili mahkemede açıldığı halde,  
aynı davanın ikinci olarak yetkisiz mahkemede açılması gibi, birinci dava-  
nın yetkisiz, ikinci davanın yetkili mahkemede açılması da mümkündür.  
Bu hallerde, öteki davadan haberi olmayan yetkisiz mahkemelerin yetki-  
sizlik kararı vermeleri ile yahut yetkisizlik veya yetkililik uyuşmazlıklarını-  
nın çözülmesi ile ortada bir tek dava kalacağından mesele halledilmiş  
olacaktır.

Ancak, bazen birden fazla mahkeme yetkili olabilir. Mesela bazen bir-  
den fazla yer mahkemesine yer itibariyle yetki verilmiştir. Madde itibariy-  
le yetkide yüksek yetkili mahkemeninde davaya bakması kabul edilmiştir.  
Bu hallerde her iki mahkeme de yetkili olduğundan, yetki bakımından  
meselenin halline imkan yoktur. Keza aynı dava yanlışlıkla aynı mahke-  
mede tekrar açılmış olabilir. Bütün bu hallerde “aynı davaya bakılmakta  
olması” engeli veya bir diğer deyişle, “aynı davaya bakılmakta olmaması  
menfî şartı” yolu ile meseleyi halletmek zarureti vardır. “Aynı fiil nede-  
niyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava  
varsa davanın reddine karar verilir” (CMK 223/7).

## 2) *Ne bis in idem*.

Açılmış ve görülmekte olan bir ceza davası varken, aynı konuda ikinci  
bir ceza davası açılmaz. Kesin hükümlerle bitmiş bir davadan sonra, aynı  
konuda aynı fiil için, aynı şahıs hakkında ikinci bir ceza davası da açıla-  
maz. Bu ilke muhakeme hukukunun temel prensiplerinden olup, Ceza  
Muhakemesi Kanunumuzda da yer almıştır (CMK 223/7). Yargı otoritesi,  
maddî ve hukukî meselelerle ilgisine göre iki şekilde söz konusu olabilir:  
1) Ya maddî ve hukukî meseleler birlikte ele alınır ve aynı davanın tekrar-  
lanmaması istenir. Çok defa yargı otoritesi veya “ne bis in idem” denilin-  
ce akla gelen budur. Bu dar manada bir otoritedir ve olayın hem belirlen-  
mesini, hem belirlenen olaya uyan normdaki müeyyidenin uygulanmasını  
hesaba katar. 2) Yahut otorite sadece maddî mesele bakımından kabul  
edilir. Aynı kişi hakkında, aynı fiil nedeniyle, aynı konuda verilmiş bir  
kesin hüküm veya açılmış bir dava varsa, aynı konuda ikinci bir dava daha

açılmaz. Sonradan açılan davanın reddine karar verilir (CMK 223/7). Görülmekte olan dava, aynı konuda, aynı fiilden dolayı, aynı kişi hakkında ikinci bir dava açılmasını engeller. Türk Hukukunda “kamu davası”, mahkeme tarafından verilen iddianamenin kabulü kararı (CMK 175) ile açılmış sayılmaktadır. Ceza davası, Devletin suçluların cezalandırma görevinin yerine getirilmesi için açıldığına ve dava üzerine muhakeme denilen kollektif bir çalışma sonunda müşterek bir hükme varıldığına göre, bir eylemden dolayı bir kimse aleyhine bir ceza davası açıldıktan sonra o davanın muhakemesi sona ermeden de aynı eylemden dolayı aynı kişi hakkında ikinci bir ceza davası açılmaz. Bu itibarla “aynı davaya bakılmakta olması” ikinci veya daha fazla defa aynı davanın açılmasına ve muhakemenin tekrarlanmasına engeldir.

### 3) Maddi ve hukuki meseleler bakımından kesin hüküm.

Dar ve teknik manadaki otoriteye göre, yargı, aynı davanın tekrar açılmasına ve muhakemenin yapılmasına engeldir. Aynı fiilden maksat, aynı eylem, aynı kişi ve aynı konu hakkında açılan bir, ikinci veya üçüncü, dördüncü... davadır. 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. CMK’da “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. Sanığın eseri olan fiilin hukukî tavsifinin değişmesinin önemi yoktur. Yargı, fiilin muhtemel bütün tavsif şekilleri nazara alınarak verileceğinden aynı fiilin bir başka şekilde tavsifi ile dava yeniden açılmaz.

Kişinin aynı olmasından maksat, ikinci davanın aynı sanık hakkında açılmasıdır. Bir kimse bir suçtan dolayı mahkûm olduktan sonra bir başkasının o suçu işlediği anlaşılrsa ikincisi aleyhine dava açılabilir, zira ortada onun hakkında yargı yoktur. Kişinin aynı olmasının bir istisnası, fiilin maddi mevcudiyeti ve objektif sebeplerle ceza davasının düşmesi hususlarındaki yargının, lehe olmak şartıyla aynı suçun diğer sanıklarına da tesiri-

nin kabul edilmesidir. Hukuk mahkemesinin senedin sahte olmadığına karar vermesi halinde ceza davası 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 davanın da ceza davası olması demektir. Biri ceza davası, diğeri tazminat davası ise konular aynıdır denemez. Ceza davasından biri adliye mahkemesinde; diğeri adliye dışı mahkemede görölse dahi konular aynıdır. Bir eylemle birden fazla maddedeki suçların işlenmesi halinde en ağır cezanın verilmesi (TCK 44) öteki hafif suçlardan ayrı ceza verilmemesi demektir. Yoksa hatta yanlışlıkla ayrı mahkemelerde ayrı davalar açılmışsa dahî, diğerlerinden beraat kararı dahi verilemez. Verilirse “ne bis in idem” ilkesi çiğnenmiş olur. Buna karşılık, tek fiil yoksa elbet iki dava açılabilir ve iki ayrı karar verilebilir.

Otoritesi olmak için yargının doğru olması şart değildir.

Yargılama makamı, yargının doğru olmadığı kanısında olsa ve olağanüstü kanun yolu bulunsa dahi, ikinci dava bakımından red kararı vermek zorundadır. Aykırılığın giderilmesi için savcılığa haber verebilir. Fakat olağanüstü kanun yolu davasını açmak kendi işi değildir ve bu davanın sonunu beklemeye mahal yoktur.

Yargı bulunmaması şartı, talî ceza muhakemeleri bakımından da aranır.

#### 4) Maddi mesele bakımından kesin hükiim.

Yargı otoritesinin sadece olay belirlenmesi dediğimiz, maddî mesele bakımından düşünölmesi 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 etmek için sebep olmadığından, yargının öteki mahkemeyi bağlayacağını kabul etmek gerekir.

5) *Ceza Mahkemesince verilen ve kesinleşen hükmün hukuk mahkemesi hakimini bağlayıp bağlamayacağı konusu.*

Bu husus 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun “Ceza hukuku ile ilişkisinde” başlıklı 74 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Hakim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hakimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde ceza hakiminin, kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hakimini bağlamaz”. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, ceza hakiminin fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediğini kesinlikle tespit ettiğine ilişkin karar hukuk hakimini bağlar.

Ceza mahkemesinin beraat kararı bir maddi olguyu tespit ediyorsa, bu karar hukuk hakimi için de bağlayıcıdır. Beraat kararı, suçun davalı tarafından işlenmediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayanıyorsa, bu karar hukuk hakimini de bağlayacaktır. Ceza mahkemesinin mahkumiyet kararındaki, fiilin hukuka aykırılığının ve illiyet bağının varlığını saptayan maddi olgu konusundaki kabul, hukuk hakimini de bağlar.

Ne bis in idem kuralına rağmen yeni bir karar verilmesi ve bunun yargı otoritesini kazanması imkansız değildir. Bu durumda, kurala aykırı verildiğinden ikincisi hukuk bakımından yok sayılmamalı, mümkün olduğu ölçüde muhakemenin yenilenmesi yoluna gidilmelidir.

6) *Milletlerarası ceza hukukundaki durum.*

Türk Ceza Kanunu, yurt dışı bağlantılı suçlarda uygulanan milletlerarası ceza hukukunu düzenleyen maddelerinde, bazen Türkiye’de tekrar yargılama mecburiyeti (TCK 9, 10, 13/3) kabul etmiş, bazen de yabancı ülkede hüküm verilmişse, Türkiye’de yargılama engeli oluşturmuştur (TCK 11/1).

“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.

Konunun ikili sözleşmelerle düzenlenmesi de mümkündür. Devletler, tek taraflı olarak, kendi kanunları ile tekrar muhakemeyi kabul etmiyebilirler. 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.

Avrupa Konseyinin hazırladığı ve Türkiye’nin onayladığı “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi” (CYMDAS 53–55) ile “Ceza Koğuşurmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi” (CKAAS 35–37), “ne bis in idem” ilkesinin yabancı yargılarda hangi hallerde uygulanacağını belirlemiştir. Bu demektir ki, tekrar muhakemenin kabul edildiğı haller de gösterilmiştir. Aynı eylemden dolayı bir kişi hakkında iki ceza davası açılması, hatta iki koğuşurma yapılması, Avrupa Konseyi üyesi Devletler arasında “Ceza Koğuşurmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi” ile önlenmeğe çalışılmıştır. Başka Devlette de koğuşurma başladığını veya ceza davası açıldığını öğrenen her Devlet, kendi koğuşurmasından vazgeçmek, dava açılmışsa diğerinin sonuna kadar durdurmak veya koğuşurmayı 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 koğuşurmayı içlerinden hangisinin yapmasının uygun olacağını tayin için gayret göstereceklerdir (CKAAS, 30–34).

Avrupa Birliğı’nin Mahkemesi olan ATAD tarafından ne bis in idem konusunda son yıllarda “Gözüdok kararı” gibi önemli kararlar verilmiştir. Ancak, Hukuk Muhakemesi alanında, Avrupa Birliğı Hukukuna aykırı olan iç hukuk kesin hükümleri yok sayılmaktadır (Lueckin kararı: Kühne 2010, 33).

Ne bis in idem konusunda Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsünde önemli bir istisna getirilmiştir. Suçun işlendiğı yer devleti UCD Statüsüne giren suçlardan birinin failini koruduğı veya aşırı şekilde cezalandırdığı kanaatinde ise iç hukukta verilen kesin hükmü nazara almayabilir (m. 20).

**VIII– Düşme kararı.***1) Davayı düşüren sebepler.*

Ceza Kanunundaki düşme sebepleri gerçekleşmişse, düşme kararı verilir (CMK 223/8). İlk defa açılan dava bakımından aranan muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi ve gerçekleşme imkanının da kalmaması ile zamanışımı ve genel af gibi muhakemeye engel olup davayı düşüren sorumsuzluk hallerinde düşme kararı verildiği gibi. Kovuşturmanın başka Devlete aktarılmasında, Türkiye'nin kovuşturma yetkisine yeniden kavuşması imkansızlaşınca da, düşme kararı verilmelidir.

Ceza davasını düşüren sorumsuzluk sebepleri vardır. Bunlar mesela, sanığın ölümü, genel af, dava zamanışımı ile (TCK 64, 65, 66), önödeme ve savcılık (CMK 253/8) ile mahkeme tarafından yapılan uzlaştırmadır (CMK 254/2). Fakat “uzlaşmanın” 2006–5560 numaralı Kanun ile düşme sebepleri arasından çıkarılması yerinde olmamıştır.

Onun için, bu sebepler ortaya çıkınca, dava açılmışsa, düşmesine karar verilir. Nitekim Ceza Kanunu bu sebepleri “dava ve cezanın düşürülmesi” başlığı altında 4. bölümde ele almışsa da, davayı düşüren sebepler bunlardan ibaret değildir. Hırsızın oğul olması (TCK 167), yalancı tanığın hakikatı söylemesi (TCK 274) halleri de bu gruba girer. 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 düşme 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.

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

*2) Düşme kararı, uyuşmazlığı dolayısı ile yargılar.*

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 adını vereceğiz.

Uyuşmazlığın doğrudan doğruya yargılanması, uyuşmazlığa esas olan meselenin sorsoruşturmada çözümlenmesi demektir. Mahkemenin davacıya “iddian sabit oldu veya olmadı” demesi esas meselenin maddî bakımdan, “haklısın veya haksızsın” demesi hukukî bakımdan çözüldüğünü gösterir.

Uyuşmazlığın esasını çözmek, her hangi bir biçimde çözmek değildir. Yargılamanın bir anlamı, uygulanmış olması gereken hukuk normunu belirtmektir. Belirtilecek hukuk normu da, bütün hukuk normları gibi, fert ve toplum değerlerini bağdaştıran hukuk düzeninin ahenkli bütününü içinde yer almalıdır. 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 çözümler aramalıdır. Görülüyor ki hakimlerin bağımsız olmaları, istedikleri her kararı verecekleri anlamına gelmemektedir.

### 3) Düşme kararının verileceği zaman.

Düşme kararı her aşamada verilebilen bir karardır. Duruşma hazırlığı aşamasında düşme sebepleri gerçekeşmişse, düşme kararı verilir. Durma sebepleri varsa, bu karar (CMK 223/8), ret sebepleri varsa, bu karar verilir (CMK 223/8). Ceza Kanununda öngörülen düşme sebepleri varsa, ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekeşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde bu karar verilir (CMK 223/8). “Ortadan kaldırma kararı” verilemez.

Muhakeme şartlarının gerçekeşmesinin ve gerçekeşmemesinin sonuçları kanunumuzda sistemli bir şekilde düzenlenmiş değildir. Çeşitli şartlar için çeşitli sonuçlar gösterilmiştir. Kanunumuza göre dar manada ceza davasının muhakemesinde durum şudur: Muhakeme şartının gerçekeşme imkanı yoksa savcı, “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” verecektir (CMK 172). İddianamenin kabulü aşamasında, mahkeme “iddianamenin

iadesi kararı” (CMK 174) verir. Kovuşturma evresinde ise duruşma henüz başlamamışsa, mahkeme duruşma harici bir arakarla, “davanın düşmesine” (CMK 223/8) karar verir. Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşemeyeceğinin 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).

Biri durdurucu, diğeri düşürücü iki sebep birlikte varsa, düşme kararı verilmelidir. Çünkü durma sebebi ilerde muhakeme yapılabilmesini mümkün kılmaktadır. Halbuki düşme sebebi bu imkanı da ortadan kaldırmaktadır. Ancak, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK 223/9).

Konu yasama dokunulmazlığı açısından da incelenmelidir. 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 durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bildirmek zorundadır (Any. 83/2).

Maddedeki yargılanamaz tabirinden maksat, asıl ceza muhakemesinde, Yargıtay dahil hiçbir yargılama makamınca yargılama yapılamamasıdır. Ancak, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması ve idari yaptırımını gerektirmesi sebebiyle, artık Kabahatler Kanunu gereğince idari yaptırımlar uygulanabileceği savunulabilir. Soruşturma evresi sırasında bazı muhakeme muameleleri de yapılabilecek demektir. Anayasa bunlar bakımından da istisnalar koymuştur. Bunlar: 1) sorgu, 2) yakalama ve 3) tutuklamadır. Bunlardan “sorgu”, yargılama kavramından ayrı düşünülemeyeceğinden, “yakalama” ve “tutuklama” da, kişi hürriyetini kısıtlayarak yasama görevinin yapılmasına tesir edebileceğinden, bu istisnalar yerindedir. İstisnalar dışında kaldığı için, dava açılabilir, hele belli süre sonunda açılmayacaksa, süresinde muhakkak açılmalıdır. Ancak yargılama yapılamayacağıın-

dan, dokunulmazlık kabule de engel olmadığından, davanın reddi değil, muhakemenin durması kararı verilmelidir (CMK 223/8).

Őüphelinin ۆlmesi, Devletin ceza davası ađma hakkını ortadan kaldırır (TCK 64). Bu durumda, ađılmış bir dava varsa, dűŐme kararı verilir. Ancak gۆrűlmekte olan dava “kendiliđinden” ortadan kalkmaz (BGHSt 45, 108), mahkemenin bir “dűŐme kararı” vermesi gerekir (CMK 223/8).

Hukuken geğerli bir Őekilde “Őikayet iradesi” ađıklanmamıŐ ise ceza muhakemesi Őartı gerđerleŐmemiŐtir. Ancak Alman Hukuku, “űstűn basan kamu yararı bulunan hallerde”, Őikayet Őartının gerđerleŐtiđini var saymaktadır. Ceza muhakemesi Őartının gerđerleŐmeyeceđi anlaŐılmışsa, soruŐturma evresinde Cumhuriyet savcısı “kovuŐturmaya yer olmadığına dair karar” (CMK 172) verir. Muhakeme Őartı gerđerleŐmemiŐse, kovuŐturma yapılması ağısından bir “engel” oluŐmuŐtur. Bu engel kalıcı nitelikte ise mahkeme esas hakkında bir karar veremez. İddianamenin kabulű aŐamasında, mahkeme “iddianamenin iadesi kararı” (CMK 174) verir. KovuŐturma evresinde ise duruŐma henűz baŐlamamıŐsa, mahkeme duruŐma harici bir ara kararla, “davanın dűŐmesine” (CMK 223/8) karar verir. Ancak, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma, dűŐme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK 223/9). SoruŐturmanın veya kovuŐturmanın yapılması Őarta bağlı tutulmuŐ olup da, Őartın gerđerleŐmediđi anlaŐılır, fakat henűz gerđerleŐme olasılığı varsa, gerđerleŐmesini beklemek üzere, “durma kararı” verilir. Bu karara itiraz edilebilir (CMK 223/8). DuruŐma baŐladıktan sonra, kısa zaman iğinde Őartın gerđerleŐme olasılığı varsa, “duruŐmaya ara verme” kararı da (CMK 190) verilebilir.

### **IX– Durma kararı.**

SoruŐturmanın veya kovuŐturmanın yapılması Őarta bağlı tutulmuŐ olur da, Őartın gerđerleŐmediđi anlaŐılırsa, gerđerleŐmesini beklemek üzere, “durma kararı” verilir (CMK 223/8). Durma kararı “hűkűm” değildir. Bu karar temyiz edilemez, itiraz edilebilir.

Durma kararı Őu hallerde verilebilir; durma sebeplerinin baŐında, muhakeme Őartının gerđerleŐmemiŐ, fakat henűz gerđerleŐebilir olması gelir. Bu hallerde, lehte kararın verilebilmesinde veya kanunyolu muhakemesi

yapılabilmesinde olduğu gibi bazı istisnalar dışında, muhakeme bir kararla durdurulur.

Muhakemenin ilerlemesini sağlayan bir işlemden Muhakeme Hukuku müeyyidesini gerektiren aykırılıkların bulunması 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 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, kovuşturma aktarılmasıdır. Bu konudaki Avrupa Sözleşmesine göre, dava açılmışsa aktarma kararını davayı gören yargılama makamı verecektir (1977–2080 m. 2). Aktarma kararı, durma kararı niteliğindedir.

Diğer bir durma sebebi de Uyuşmazlık Mahkemesinde dava açılmasıdır. 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 da gelen “muhakemeye devam kararı” vermelidir.

### **X– Derhal beraat kararı verilebilen durumlar.**

Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK 223/9). Gerçekten, durma ve düşme sebepleri, 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.

Sanık lehine bir karar verilecek hale gelindiği zaman şartın gerekleŖemediđi anlaŖılırsa, durma veya dűŖme kararı yerine bu lehte karar verilmedir (CMK 223/9).

Yargıtay bu dűzenlemeyi daraltıcı bir Ŗekilde yorumlamakta ve “dosya kapsamına gűre ilk bakıŖta eylemin suç oluŖturmayacađının anlaŖılması hali ile sınırlı olarak uygulanabileceđi” gűrűŖűnű yerleŖik bir Ŗekilde uygulamaktadır (7. CD 18.7.2006, 11100-14620).

### **XI– Gűrevsizlik kararı.**

Adlű yargı dıŖındaki bir yargı merciine yűnelik gűrevsizlik kararı kanun yolu bakımından hűkűm sayılır (CMK 223/10).

Bir hakim, ancak iŖgal ettiđi mahkeme makamının madde yűnűnden yetkisine giren davalara bakabilir. Bunlar dıŖında kalanlara bakamaz, zira yetkisi yoktur, yetkisizdir. Buna madde yűnűnden yetkisizlik denir. Kanunda madde yűnűnden yetkiye “gűrev” dendiđinden, buna da “vazifesizlik” veya “gűrevsizlik” denilmektedir.

Adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından verilen madde yűnűnden yetkisizlik (gűrevsizlik) kararlarına karŖı itiraz edebilir (CMK 5/2). İtiraz merciinin kararı kesindir (CMK 271). Ancak bu kesinlik sonuç, yani yetki bakımından olup, gerekçe mahkemeyi bađlamaz. Bu kesinlik mahkemeyi gűrevini aŖan iŖe bakmaya mecbur edeceđinden, madde deđiŖtirilmeli, tekrar itiraz kabul edilmelidir.

CMK da yapılan dűzenleme ile “adli yargı dıŖındaki bir yargı merciine yűnelik gűrevsizlik kararı kanun yolu bakımından hűkűm sayılır” (CMK 223/10) hűkűmű kabul edilerek, bazı gűrevsizlik kararlarına karŖı temyiz yolu aılmıŖtır.

### **XII– Kararlarda oybirliği veya oy çokluğu.**

#### *1) Kararların oylanması.*

Mahkemece karar ve hűkűmler oybirliđi veya oyçokluđuyla verilir. KarŖı oya tutanakta yer verilir; gerekçesi de tutanakta gűsterilir (CMK 224).

Műzakere sona erince, yani herkes karar verebilecek duruma gelince,

sıra oy vermeye gelir, Asıl kararı kurul vereceği için, üyelerin karar mahiyetindeki hükümlerine oy denilir. Oydan çekinme olmaz. Başkan kıdemsiz üyeden başlayarak ayrı ayrı oy toplar ve en sonra kendi oyunu verir (CMK 229/1).

Kararlar oybirliği ile veya çokluğu ile alınır. Azınlıkta kalanlar, ne için başka oy verdiklerini yazı ile belirtirler. Bu muhalefet şerhi kararların örneklerine geçirilir (CMK 34).

Sorunun çözümü iki biçimde kendisini gösteriyorsa, çoğunluk elde edilmesi kolaydır. İkidenden fazla ise işler karışmaktadır. 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). 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 mümkündür.

Bu konuda “soruşturmanın genişletilmesi sorunu”nun özelliği hatırlanmalıdır. Bu sorun, sadece olay mahkemelerinde söz konusu olabilir. Diğer taraftan, soruşturmanın genişletilmesine ihtiyaç duymayanların çoğunlukta sayılmaları için, sonuçta oybirliğine varmaları aranmalıdır. Eğer varmışlarsa, soruşturmanın yeterliği konusunda çoğunluk var denilmemeli, böylece soruşturma yetersiz sayılıp gerekli işlemler yapıldıktan, hepsi oy verecek duruma geldikten sonra, sorun oylanmalıdır.

Bir makamda fazla hâkim bulununca, kurulda kararların nasıl verileceğini belirlemek gerekir. Oybirliği aramak işleri çıkmaza sokacağından, kural olarak basit oyçokluğu ile yetinilir. İstisna olarak daha fazla oy arandığı vardır.

Oyçokluğu ile karar verilmesi halinde karar sadece çoğunluğun değil, hepsinin yani kurulun kararıdır. Aynı şekilde, muhakeme faaliyetine katkı

lanların ancak bir kısmının, yani hâkimlerin karar vermesi de, verilen hükmün hepsinin hükmü olmasına mâni değildir.

### 2) Karşı oy ve gerekçesi.

Anayasaya göre “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” (Any. 141/3). “Hakim 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).

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. Örneğin 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). Benzer bir durum, “arama hukuku” için de geçerlidir.

Bu istisnaları Anayasaya aykırı bulmamak gerekir, zira aykırılık başka şey, istisna oluş başka şeydir. Aynı nedenlerle istisnanın istisnası da elbet olabilecektir.

## XIII– Hükmün konusu.

### 1) Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesi.

Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir. Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir (CMK 225).

Uyuşmazlığın belirtilmesi demek, uyuşmazlık konusu olayın başka olaylardan ayırđedilebilecek şekilde belli edilmesi, bunun için de sınırlandırılması demektir. Bir olayın hukukî durumu bakımından çıkan uyuşmazlık, dava açılarak, çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirildiğine göre, dava konusu olan “olay”ın dava konusu olmayan “olaylar”dan ayırđedilmesi gerekir. Bu da, dava açılırken, “olayın sınırlandırılması” ile sağlanır. Hukukî durum hakkında hüküm vermede yargılama makamı serbest olduğca, 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 sınırlanmış sayılmasının kabul edilmesidir. Dolaylı gösterme çok müphem olduğundan, sanığa teminat sağlamak kaygısı ile ceza muhakemesinde kabul edilemez.

Şu halde ceza muhakemesinde uyuşmazlık konusunun ceza davasını 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 imkansızdır. 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. Doğrudan 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. Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir (CMK 225/1). Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir (CMK 225/2).

Ceza muhakemesinde maddi gerçek aranır, araştırılır. Buna karşılık medeni muhakemede şeklî gerçek ile yetinilir. Yargıç uyuşmazlığa ilişkin her delili, her belirtiyi maddi gerçeği aydınlatıp aydınlatmaması bakımından değerlendirir.

Cumhuriyet savcılığı ve mahkemeler, maddi gerçeği kendiliğinden araştırarak olayı aydınlatırlar. Tarafların talepleri ile bağlı değildirler (CMK 225/2). Medeni Muhakeme ile Ceza Muhakemesinin en önemli farkı budur.



2) *Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesinin sonuçları.*

Yargılanacak uyuşmazlığın, dava açılırken davacı tarafından belirtilmesinin, bir diğer söyleyişle sınırlandırılmasının ve realitedeki diğer olaylardan ayırt edilmesinin önemli sonuçları vardır. Mesela, yargılama makamının yetkisi belirtilen olaya göre tayin edilir. Yargılama makamı da ancak sınır içinde kalan olaya ilişkin uyuşmazlıkları çözebilir. Bu demektir ki, davada 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 husus, “hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir” şeklinde (CMK 225/1) bir ibare ile ifade edilmiştir. Mülga Kanunda ise “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 düzenlenmiştir.

3) *Fiili nitelendirmede mahkemenin serbest olması.*

Mahkeme, iddianamede, belirtilen olayın hukukî tavsifini serbestçe yapabilir (CMK 225/2). Gösterilen vasıf kabul edilmezse bu vasıf hakkında ayrı, kabul edilen vasıf hakkında ayrı karar verilemez. Mesela birinden beraat ettirilip diğerinden mahkûm edilemez.

Hukukî tavsifin değişmesi, bazen olayın sınırlarında ufak tefek değişiklik yapılmasını gerektirebilir. Gerçekten hukukî tipler, çok defa farklı olayları nazara aldığından hukukî tipin değişmesi, olayın da değişmesini gerektirir. Örneğin bir olay güveni kötüye kullanmak diye vasıflandırılarak dava açılmış ise dolandırıcılık sayılmadığından hile ve sania olayı dava dışında bırakılmış olabilir. Bu takdirde muhakeme sonunda sanığın eylemini dolandırıcılık olarak tavsif edebilmek için, dava açılırken belirtilmiş olan sınırın aşılmasına zaruret vardır.

Hakim bu sınırı ne kadar aşabilecektir? Kanaatimizce hukukî tavsif ile hakimi bağlamak doğru olamayacağına göre, hukukî tavsifin değişmesinin gerektirdiği nisbette sınır değişiklikleri kabul edilmelidir, elverir ki yepyeni bir olay durumu hasıl olmasın ve değişiklik dolayısı ile sanık

müdafasını yapabilecek bir hale getirilsin. Mesela seçimlik hareketteki değişiklik, eylem aynı oldukça, yeni olay durumu yaratmaz. Keza, bir suçun ağırlatıcı şeklinden dava açılmasında basit şekli için yeni bir dava gerekmez. Eğer yepyeni bir olay durumu hasıl oluyorsa, bu hal, uyuşmazlık konusu olayın sabit olmadığına 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 dava açılmalıdır.

Eğer yepyeni bir olay durumu hasıl olmuyorsa, yeni tasvife uyacak şekilde olayın teferruatını yani hal ve şartlarını tesbitte mahkeme serbesttir. Kanundaki “fiilin nitelendirilmesinde mahkeme, iddia ve savunmalarla bağlı değildir” (CMK 225/2) cümlesini bu manada almak lazımdır.

Kanun ilk defa duruşmada serdedilen ve cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren hallerin, sanığa müdafaa imkanı verilmek şartıyla, kararda nazara alınabileceğini kabul etmiştir (CMK 226/2).

Durumda değişiklik olunca, iddia ve müdafanın ona göre hazırlanması imkanı da öngörmüştür (CMK 226/3). Yargılanacak uyuşmazlık ile yargılanmış uyuşmazlığın aynı olması gerektiğinden, yargılanmış uyuşmazlığın tesirleri de yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesinin sonuçları arasında sayılabilir.

#### 4) Tavsif değişikliği,

Suçun iddianamedeki hukukî niteliği değişirse, bu değişiklikten sanığa haber verilir ve müdafasını yapabilmesi imkânı sağlanır. Aksi takdirde, ancak eski tavsife göre mahkûm edilebilir (CMK 226/1).

“Hukukî nitelik” suçun adının konulması şeklinde dar manada anlaşılmalı, ceza verilmesinde dayanılan normlardaki değişikliklerde de ek savunma imkânı verilmelidir.

Sanığa suçun hukuki niteliğinin değiştiiği bildirilip ek savunma hakkı verilirse (CMUK 258/son), iddianamede gösterilen suçtan başkası ile mahkum edilebilir (CMK 226/1).

CMK 226 inci maddenin 1 inci fıkrasının sözünü ettiği “hukukî nitelikteki değişmenin” sanık lehinde olması da mümkündür. 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 sonradan ortaya çıkabilir. Bu durumlarda da gerek iddia gerek müdafaa bakımından ek mütalâaya ve bunların hazırlanması için zamana ihtiyaç duyabileceğinden ek iddia ve müdafaa imkânı sağlanmalıdır.

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.

Kanun 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).

Ceza kanununda tâyin edilmiş olup cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren hallerin 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 artırılmaz (CMK 226/2).

Durumda değişiklik olunca, iddia ve müdafaanın ona göre hazırlanması imkânı öngörmüştür (CMK 226/3).

AİHM, 17 Temmuz 2001 tarihli Sadak ve diğerleri–Türkiye kararında (diğer sebepler yanında), “suçun yeni tavsifinin duruşmanın son gününde, karar açıklanmadan hemen önce bildirilmesini, müdafilere duruşmada bulunmalarını da göz önünde tutarak”, 6 ncı madde ihlali kabul etmiş ve 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, başvuruçulara Yargıtay tarafından, “yardım ve yataklık etmedikleri” konusunda görüş bildirme imkanı verilmemiştir; müdafaa hakkının, “gerçekten, etkin ve hazırlanmaya fırsat bırakacak şekilde” verilmemiş olması ihlal sayılmıştır. “Ek savunma” adı verilen bu müdafaayı hazırlayabilmek için, çok defa süre vermek gerekir. 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’de yer alan, “bundan başka değişiklikler” kelimeleri ile “gerek kendiliğinden” kelimelerini yeni metne (CMK 226/3) almamıştır. Böylece, ek savunma için süre verme sadece Kanunda gösterilen hallerde uygulanabilir hale gelmiştir. Kanuna göre, mahkeme sadece istem üzerine ek savunma süresi verebilmektedir.

İddia ve müdafaa makamlarını son mütalâalarını hazırlamaları için ilgililere süre verilmesine kaide olarak cevaz verilmemiştir (duruşmanın kesiksizliği prensibi). Duruşmaların süratle bir sonuca varması için bu kaidiyi hakkı ile uygulamak lâzımdır. İddia ve müdafaa makamlarını işgal edenlerin hazırlıklı olması gerekmektedir. Ancak hazırlıklı olmamayı gerektiren, mazur gösteren haller de olabilir. Bu takdirde duruşmaların kesiksizliği prensibinden ayrılmak ve her iki tarafa veya sadece bir tarafa ha-zırlanmak için süre vermek ve duruşmaya ara vermek zarurî olabilir.

İşte bu gibi hallerden biri, iddianamedeki tavsifin değişmesi veya cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren hallerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkmasıdır. Bu gibi hallerde, istem üzerine sanığa ek savunma hazırlamak üzere süre verilir (CMK 226/3).

##### 5) Bildirimlerin hem sanığa, hem de müdafie yapılması.

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, müdafii, “onun gibi yararlanır” (CMK 226/4). Bu nedenle, sanığın

müdafii varsa, tavsif değişikliği ve ceza artırımına veya güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin bildirimlerin müdafie de yapılması gerekir.

Sanığın müdafii seçmesi, kendisini bizzat müdafaadan vazgeçtiği manasına gelmez. Mülga CMUK 226 bu kaideye bazı şartlarla bir istisna tanımıştı. Ceza Muhakemesi Kanunu köklü bir değişiklik yaparak, “iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkası ile mahkum edilebilmek için”, sanığın hazır bulundurulması şartını koydu (CMK 226/1).

Duruşmadan bağışık 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 müdafiiinin müdafaası ile yetindiğini kabul edebilelim.

Sadece sanık yararlınsın diye konulmuş bir norma aykırı hareket edildi diye sanığın aleyhine bozmanın da amaca ters düşeceği açıktır. Bu konuda bütün güçlük, bir normun hakikatın araştırılması için mi yoksa sadece sanık lehine mi konulmuş olduğunun tâyininde ortaya çıkmaktadır.

Suçun mahiyeti değişince sanığın müdafaasını yapabilecek halde bulundurulması (CMK 226), yalnız sanık lehine temyizde cezanın ağırlatılması (CMK 307/4) normlarının sadece sanık lehine konuldukları şüphe götürmez.

#### **XIV– Hüküm vermek için müzakere.**

##### *1) Duruşmadan sonuç çıkarma müzakeresi.*

Duruşma sona erdikten sonra hakimler ayrı bir yerde toplanarak müzakere ederler. Müzakerede ancak karara ve hükme katılacak hâkimler bulunur. Mahkeme başkanı, mahkemesinde staj yapmakta olan hâkim ve avukat adaylarının müzakere sırasında hazır bulunmalarına izin verebilir (CMK 227).

Kovuşturma evresinin; duruşma hazırlığı, duruşma ve duruşmadan sonuç çıkarma bölümleri vardır. Kovuşturma evresinde duruşma hazırlanır ve yapılır. Duruşma prensip olarak, hükmün (CMK 223) verilmesi ile sona erer.

Kanundaki tanıma göre, “kovuşturma”, iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar devam eden evredir (CMK 2). Kovuşturma evresinin duruşmadan sonuç çıkarma bölümünde, hakim veya hakimler duruşmadan edindikleri izlenimin hesabını yaparak, hüküm verirler. Bu hükümün verilmesi için ise önce aralarında konuyu müzakere etmeleri gerekir. Birden fazla hkimin birlikte karar vermesi gereken hallerde, örneğin toplu mahkemelerde, karar vermeden önce, müzakere yapılır.

Müzakere, karara iştirak edecek hkimlerin karşılıklı olarak mtala mahiyetinde hükümlerini belirtmeleri ve birbirlerini karşılıklı olarak aydınlatmaları demektir.

Bu hükümler, mtala mahiyetinde olduğundan henüz kesin değildir. Değişmeleri mümkündür. Zaten müzakere de bunun için yapılmaktadır.

Her hkim kesin hükümünü vererek müzakereye gelse, müzakereye lüzum kalmaz, hemen oy vermeye geçilmesi icap eder. Her hkim diğerlerinin mtalasını dinledikten ve meseleyi enine boyuna inceledikten sonra kesin hükümünü yani kararını verecektir. Kurullarda bir hkimin kararı, tek başına bir Şey ifade etmez. Makamın karar vermesi için onu işgal eden hkimlerin tek tek kararlarının biraraya gelmesi lzımdır. Bu da oy verme ile mümkün olur. Makamın kararı, oy verenlerin hepsinin veya çoğunluğunun verdiği karardır.

Müzakerenin, uzun sürmesi yüzünden, belli noktalara ilişkin olarak ayrı ayrı tarihlerde yapılması mümkündür. Sonuca bütünü ile varılmadıa, belli noktalar hakkında oylamaya, yani karara geçmemek, geilmişe bunu, ilerde diğer noktaların müzakeresi sırasında bir mtala mahiyetinde hüküm saymak gerekir. Zira filn numaralı, falan tarihli karar denilmesinden de anlaşılacağı üzere, karar bir bütündür ve ayrı ayrı tarihlerde parça parça karar verilmesi btnlge ters düşer.

Karar mahiyetindeki hükümlerin kollektif bir Şekilde verilmesi yollarından biri olan müzakerenin idaresi başkana aittir (CMK 228).

Müzakerelerde bulunması gereken hkim sayısı, kararı verecek kurula göre değişir. Mahkemelerde bu nisap, duruşma nisabıdır, yani duruşmaya kaç hkim çıkacaksa, müzakerelerde de o kadar hkim bulunacaktır.

Müzakere gizlidir. Müzakerede ancak karara iştirak edecek hkimler

bulunur (CMK 227/1). İstisna olarak, mahkeme yanında staj yapmakta olanların hazır bulunmasına mahkeme başkanı müsaade edebilir (CMK 227/2).

Bunlardan başka kimselerin, Örneğin 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. 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).

Müzakere gizli olup, müzakerede ancak karara iştirak edecek hâkimler bulunursa da (CMK 227/1), istisna olarak, mahkeme yanında staj yapmakta olanların hazır bulunmasına mahkeme başkanı müsaade edebilir (CMK 227/2).

Bu gibi hallerde müzakerenin yapılacağı yer ve zamanın stajyerlere bildirilmesi gerekir. Örneğin celse esnasında, müteakip celsenin gün ve saati de avukatlara veya sıfatları tesbit edilen kâtiplerine ve stajyerlerine “bildirilir” (TebK 37).

## *2) Müzakerenin yönetimi ve oyların toplanması.*

Karar mahiyetindeki hükümlerin kollektif bir şekilde verilmesi yollarından biri olan müzakerenin idaresi başkana aittir (CMK 228).

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 kıdemsiz üyeden başlayarak ayrı ayrı oy toplar ve en sonra kendi oyunu verir (CMK 229/1).

Kararlar oybirliği ile veya çokluğu ile alınır. Azınlıkta kalanlar, ne için başka oy verdiklerini yazı ile belirtirler. Bu muhalefet şerhi kararların örneklerine geçirilir (CMK 34).

Kanuna göre, sanığın en çok aleyhinde olan oy, çoğunluk meydana gelinceye kadar, daha yakın olan oya eklenir. (CMK 229/3). 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 Őuphe yoktur.

Oylanacak olan sorunlar, sonuç ve gerekçe ile ilgilidir. Ancak yerinegetirme 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 mümkündür.

### **XV– Gerekçe kavramı, tutuklama kararının ve hükmün gerekçesi.**

#### *1) Gerekçe kavramı.*

#### *a) Psikolojik anlamda hükmün gerekçesi.*

Gerekçe, psikolojik anlamdaki hükmün yani karar ile mütalâanın üçüncü unsuru olan “sonuç”un mantık yönünden dayanağıdır. 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 inaniŐa da dayanan “kanaat”lere yer vermiştir. Nasıl aynı anda Örneğin iki milimetre aralıkla görmediği iki iğne batırıldığı zaman bir kimse iki batış duyar da, bir diğer tek sanabilirse, iki milimetre aralıkta iki batışı farkedenden kimse de aralık, Örneğin bir milimetreye indiğinde iki batış duymayabilirse, aynı deliller bir hâkime sübut konusunda kanaat getirir de, bir diğerine getirtmeyebilir.

İnanış noktası insandan insana değişir. Bu nedenle sonuca mantıkla varılmaz. Bir diğer söyleyişle kanaatlerde mantıkî bir gerekçe yoktur. Olsa olsa sanığın suçu işlediğinin sabit görölmesinde olduğu gibi, hâkimlerden, küçük önermede kullandıkları delilleri ve büyük önermedeki tecrübe kaidelerini gerekçe olarak göstermeleri istenebilir.

Ama bu göstermenin amacı, gerekçe göstermenin diğer yararları bakımından olup, kanaatin isabetini denetleyebilmek değildir. Çünkü, denetlenecek hâkimin de farklı bir inaniŐa 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 yzendir ki sadece hukuk denetim için kurulmuş olan ve dolayısı ile delilleri tekrar ortaya koyan bir öğrenme muhakemesi yapamayan Yargıtay, hukuk bakımdan denetleyebildiği halde, olay mahkemesinin kanaatinin madd bakımdan gerçeğe uygun olup olmadığını denetleyemez.

Hkmlerdeki sonuçların mantık delilleri olan gerekçeler, geriye veya ileriye bakarak bulduklarına göre iki eşitir. Birinciler sonucun “neden”ini, ikinciler “niçin”ini oluşturur.

*b) Gerekçenin yararları.*

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

Mtala veya kararların, bir kelime ile hükmün isabetli olarak verilmesini sağlar, hükmü verenin kendisini denetleyebilmesi bu sayede olur,

Mtalanın gerekçesi kendisini desteklediği kadar karşı mtalayı da çürütür, böylece karar verecek olana ışık tutar,

Kararın taraflarca ve kamuoyunca benimsenmesine yarar,

Kararların, varsa, denetimini kolaylaştırır,

Bilimsel hukukun gelişmesine yardım eder. Zira bilim adamları, onları kabul etmeseler dahi, eleştirerek daha isabetli mtalalara varırlar.

*c) Gerekçelerin zararları.*

Bunların başında, göstermenin güç olduğu hallerde hkimlerin gerekçe gösterilmesi mecbur olan işlemleri yapmaktan mümkün oldukça kaçınmaları gelir.

Gerekçe göstermek zaman alacağından muhakemelerin uzamasına da yol açar.

Çoğunlukla ve hele pek az oy farkı ile karar verilmesinde olduğu gibi, gerekçe göstermenin taraflar ve kamuoyu bakımından kararların saygınlığını zedelediği vardır.

*) Yazılı hukuk ve AİHM kararlarındaki durum.*

Anayasaya göre “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” (Any. 141/3). Ceza Muhakemesi Kanununda (m. 34), Mülga

Kanuna 1973’de giren hükmü de kapsar biçimde, şöyle denilmektedir: “Hakim 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.” Aynı kural ilk defa 1961 Anayasasında yer almıştı (Any. 61–135/3). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 6 ncı maddesinin mahkemelerin hüküm verirken gerekçe göstermelerini zorunlu kıldığını, ancak her tartışmaya detaylı biçimde cevap verilmesi gerekmediği vurgulamaktadır. Van de Hurk–Hollanda Kararı. Gerekçelendirme yükünün kapsamının uygulanması kararın yapısına göre değişiklik gösterebilir. Üstelik başvuran tarafın mahkemeye sunduğu iddaların 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, Dönmezer–Yenisey, Hakimlerin yarattığı Hukuk, 97. Hükmün gerekçesi ile ilgili başka AİHM kararları da vardır: De Moor v. Belçika (1994); Hadjianastassicu v. Yunanistan (1992); Helle v. Finlandiya (1997); Ruiz Torija v İspanya (1994); Saric v. Danimarka (1999).

## 2) *Gerekçede bulunması gereken noktalar.*

Gerekçe göstermek başka şey, gerekçede nelerin bulunacağı yine başka şeydir. Anayasa ve Kanun “kararlar gerekçeli olarak yazılır” dediğine göre, “gerekçeli olarak yazılmış sayılmak için kararda neler bulunmalıdır?” sorusunu cevaplandırmamız gerekmektedir. Kanunda bunu açıklayan genel bir norm yoktur.

Sadece bazı hallerde, Örneğin hüküm gerekçesinde nelerin bulunacağı (CMK 230) bir bir gösterilmiştir. Bu haller özel durumlardır. Demek ki bunlar dışında kalan hallerde gerekçede neler bulunması gerektiğini genel prensiplerden ve gerekçe konusundaki bilgilerimizden çıkarmalıyız:

a) Maddî denilemeyen 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 anlaşılabilsin. Ancak bu konuda, mahkemenin dayandığı sözlü delillerin, tutanağa ne kadar geçirilmiş olursa olsunlar dosyada bulunmadığı kabul edildiğinden, sözü geçen karşılaştırmaya imkân veremeyecekleri unutulmamalıdır.

b) Hukukî meselelerde ilgili hukuk normlarının gösterilmesi, Örneğin 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.

c) Gerekçe göstermenin istisnaları söz konusu olduğunda, keyfî olmadıklarının belirtilmesi için “takdiren” denilmesi yetmeli, yani karar gerekçesiz sayılmamalıdır.

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

d) Gösterilen gerekçeler çelişik veya eksik olmamalıdır.

### 3) Kararların gerekçeli olması (CMK 34).

Muhakeme Hukukunda maddi mesele ve hukuki mesele teke indirilince, “müşahhas olayın normlar karşısındaki durumunun tesbiti meselesi” olarak ifade edilebilir. Bir kuyumcu dükkânına gelen bir müşterinin kıymetli bir taşı incelerken sahtesi ile değiştirdiğini tasavvur edelim. Realitenin bir parçası olan bu olaya hukuk düzeni bazı sonuçlar bağlamıştır. Bu sonuçların meydana çıkarılmasında menfaati olan şahıslar vardır. Kuyumcu, taşının geri verilmesini, olmadığı takdirde zararının ödenmesini; Devlet, suçlunun cezalandırılmasını ister. Zararın ödettirilmesi 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 bir çok meselelerden meydana geldiği, unsur olarak gözüken her meselenin de bileşik olup başka başka meselelere ayrılabil-diği görülür.

Muhakeme Hukukundaki hükümler, bir çok soruları cevaplandıran mü-talâaları veya kararları ihtiva ederler. Bu soruların taallûk ettikleri mese-

leler çeşitlidir. Bu meseleler bir bakımdan maddî ve hukukî, 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 tesbiti meselesidir.

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

Muhakeme meselesi, muhakeme hukukuna ait bir muamelenin muteber olup olmaması, kanun yoluna başvurup vurulmaması gibi, münhasıran muhakeme hukukuna taallûk 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 çözümlenmemek 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, kanunyolu meselesi olup olmamak bakımından da ikiye ayrılırlar. Kanunyolu meselesi olmayan tali 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 iptidâî itirazlar denilir. Ancak, itiraz, teknik manada, bir kanunyoludur. Burada bir kanunyolu 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 taallûk ettikleri meselelere de “ilk meseleler” diyoruz.

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

Mütalâa veya karar mahiyetindeki hükümlerde meselelerin açıklanması, bir diğer söyleyişle ortaya konması, mantıkî bir zarurettir. 5271 sayılı Kanun bu konuda açıklık getirmiş ve iddianamede yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri ile birlikte yüklenen suçun işlendiği tarih, yer ve zaman diliminin gösterilmesini, yüklenen suç u oluşturan 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.

Hallolunacak 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.

Gerekçe, psikolojik anlamdaki hükmün yani karar ile mütalâanın üçüncü unsuru olan “sonuç”un mantık yönünden dayanağıdır. Bu nedenle gerekçeye “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 inanışa da dayanan “kanaat”lere yer vermiştir. Zira serbest delil sistemine geçilince, hâkimlere serbest değerlendirme yetkisi

tanınınca, mantık kadar, inanişda da dayanan bir karar çeşidini kabul etmek zorunlu olmuştur.

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. Örneğın 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).

Anayasada ve Kanunumuzda bütün kararların gerekçeli olarak yazılmasının mecburî tutulması, sadece genel normun, yani kaidenin bu yolda olduğunu gösterir. Gerektiğinde istisna kabulüne engel değildir. Zira her kaidenin gerekirse istisnası kabul edilebilir. 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. Aynı nedenlerle istisnanın istisnası da elbet olabilecektir.

Genel norm konusunda iki sistem düşünülebilir.

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

Yahut “zararlı tarafı genel olarak daha fazla” denilerek, göstermeme kaide, gösterme ise istisna olur. Almanya’da bugün de uygulanan sistem bu ikincisidir (StPO 34). Kaide kanunda açıkça gösterilmemiştir ama, istisnaların kanunda bir bir belirtilmesi, bunu dolaylı olarak düzenlemektedir. Bu istisnalar da bazı durumlarda aşırı görüldüğünden Almanlar içtihat yolu ile istisnanın istisnasını kabul etmek zorunda kalmışlardır.

1982 Anayasası da (Any. 141/3), 1961 Anayasası gibi birinci sistemi kabul etti. Artık kural 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.

Örneğın 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 (maalesef 7.6.1976 tarihli İctihadı Birleştirme Kararı bunun aksini kabul etmiştir). 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.

Mecburiliğın kanunda genel olarak kabul edilmesi, özel hallerde kaide nin daha ayrıntılı biçimde ele alınmasını elbet engellemez. “Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar” kenar başlıklı 230. madde bunun güzel bir örneğidir.

Gerekçe gösterme konusundaki kural ve istisnaları şöyle olmalıdır. Yararı, zararından çok olduğundan, gerekçe göstermek, Kanunumuzda olduğu gibi, kural olmalıdır. Kuralın kanunlarda açıklanması mümkün olduğu gibi, açıklanmaması da mümkündür. Asıl önemli olan istisnaların açıklanmasıdır.

Gerekçe göstermek kural olunca, kuralın uygulandığı belli bir özel durumda haklı görülemeyecek bir sonuçla karşılaşıldığında, bu özel durum bakımından bir istisna kabul edilebileceği bizce şüphesizdir (07.06.1976 tarihli İctihat 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 gözönünde tutularak belirlenmelidir:

Kanunların özel düzenlemelerindeki istisnalar Anayasaya aykırı değildir.

Her kararın, tek uyumsuzluğu çözse de, birden fazla noktaları bulunabilir. İstisna gerekip gerekmediği, her noktaya göre ayrı ayrı çözülecek bir sorundur.

Kanaatlerin mantıkî gerekçesi yoktur. Olmayan şey gösterilemez.

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

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

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 binnetice karar yerinde belirtilmesi hemen hemen imkânsızdır”.

Gerekçe göstermenin zararları yararlarından daha çok olacaksa, haksız ve yersiz sonuçlara meydan vermemek için de gerekçe göstermek kaidesine bir istisna getirilmelidir. Örneğin, cezanın ertelenmesi isteği reddo-  
lunduğunda hâkimi gerekçe göstermeğe mecbur tutmak “o kişinin geçmişteki hal ve ahlâki durumunu herkesin gözönüne yayıp serme ve dolayısı ile haysiyeti kırıcı ve cezalandırmadaki amacı aşan bir sonuç doğurur”.

Gerekçe göstermek başka şey, gerekçede nelerin bulunacağı yine başka



şeydir. Anayasa ve Kanun “kararlar gerekçeli olarak yazılır” dediğine göre, “gerekçeli olarak yazılmış sayılmak için kararda neler bulunmalıdır?” sorusunu cevaplandırmamız gerekmektedir. Kanunumuzda bunu açıklayan genel bir norm yoktur. Sadece bazı hallerde Örneğin hüküm gerekçesinde nelerin bulunacağı (CMK 230) tek tek gösterilmiştir.

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

a) 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.

b) Hukukî meselelerde ilgili hukuk normlarının gösterilmesi, Örneğin 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.

c) Gerekçe göstermenin istisnaları söz konusu olduğunda, keyfî olmadıklarının belirtilmesi için “takteren” denilmesi yetmeli, yani karar gerekçesiz sayılmamalıdır. Aksi tezi benimsemiş olan 7.6.1976 tarihli İçtihat Birleştirme Kararının gerekçesinin genel olması, belli bir noktaya ilişkin olan bu karara genel nitelik vermez, vermemelidir de. Aksi takdirde hem pratik güçlüklerle karşılaşılır, hem de tam serbest yetkiden Türkiye’de söz edilemez olur.

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

d) Gösterilen gerekçeler çelişik veya eksik olmamalıdır.

Mütalâalar veya kararlar, kendilerini sonuç kısmında gösterirler. Sonuç ile gerekçe arasında mantıkî zorunluluk bulunması gerektiğinden, sonu-

cun mantıkî olması, hükmün de mantıkî olması demektir. Mantık kurallarına aykırı hareket edilmesi keyfilik olur. Sonuçların düzenlenmesi mütalâa ve kararlarda bazen farklı şekilde olur:

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.

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, kanunyoluna müracaatın geri alınabilmesi, başsavcılığın ve savcılığın iddialarının farklı olabilmesi hep bu esasın neticeleridir.

Tarafların mütalâalarındaki sonuçların, birbirini tutması halinde hâkimin bunlarla bağlı olup olmayacağı meselesi, muhakeme bakımından kabul olunan sisteme ve aranan hakikate göre değişir. Şeklî hakikat aranan it-ham 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. “İşbirliği sistemi”nde ise tarafların uyuşması hâkimi bağlamaz. Cezada maddî hakikat aranması genellikle kabul edildiğinden, bu sistem hemen her yerde uygulanmaktadır. Kanunumuzun sistemi de budur.

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).

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. 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.

CMK 34/2 uyarınca, hakim ve mahkeme kararlarında Anayasa'nın 40. maddesi hükmü gereğince, başvurulacak kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilecektir. Bu yapılmadığı takdirde, verilen kararın “yok” sayıldığı kabul edilmektedir.

#### 4) Tutuklama kararının gerekçesi.

Tutuklama talebi ve adli kontrol tedbirinin yetersiz olacağına ilişkin gerekçe: Tutuklama talebi mutlaka gerekçeli olacaktır. Bu gerekçede ayrıca adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenler de gösterilmelidir. Adli kontrol tedbirleri ile amacın sağlanamayacağına ilişkin gerekçe dışında suç işlendiğine dair kuvvetli şüpheye ilişkin olgular, tutuklama nedenlerinin varlığına ilişkin olgular da gösterilmelidir.

Tutuklama talebinde olduğu gibi, tutuklamanın devamına, tahliye talebinin reddine ilişkin kararlarda da hukuki ve fiili nedenler gösterilmelidir. Anayasa'nın 141, CMK'nun 34. maddeleri gözönüne alındığında hakim ve mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu karşısında tutuklamaya ilişkin kararlar da gerekçeli olmak zorundadır.

Tutuklamaya, tutuklamanın devamına ve tahliye isteminin reddine ilişkin kararların gerekçeli olması, tutuklamanın fiili ve hukuki nedenlerinin gösterilmesi gerekir (CMK 101/2). Tutuklama oturumunda şüpheli veya sanığın ve müdafii hazır bulunması gerekir, hatta tutuklama talep edildiği anda zorunlu müdafii atanması gerekir (CMK 101/3). Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararların içeriğinin şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilmesi, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendisine verilmesi gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye hakkında vermiş olduğu Mitap/Müftüoğlu ve Mansur kararlarında, tutukluluğun devamı konusunda ulusal mahkemelerin gösterdikleri gerekçelerin sözleşmenin ihlali olduğunu belirtmiştir. Zira gerekçelerde sadece suçların niteliği belirtilmiş, tutukluluk süresi vurgulanarak soyut bir inceleme yapılmıştır. Tutuklama kararının devamına karar verilirken de gösterilen gerekçede hala tutuklama tedbirini gerekli olup olmadığı açıklanmalıdır. Tutukluluğun

devamına karar verilebilmesi için ayrıca ilk tutuklama kararının verildiği zamana nazaran şüphenin daha da kuvvetlenmiş olması ve bunun somut dayanaklarının kararda gösterilmesi gerekir.

Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 137/3. fıkrasında da hakimin tutuklamaya, tutukluluğun uzatılmasına veya tahliye talebinin reddine ilişkin kararlarda, adli kontrol yükümlülüklerinin yetersiz kalacağına dair hukuki ve fiili değerlendirmede bulunması ve ayrıca tutuklama gerekçelerine kararında yer vermesi gerektiği belirtilmiştir.

Gerekçesiz karar verilmesi halinde, bu karara karşı “etkin bir başvuru yolu” bulunduğu söylenemez. Zira kararın gerekçesiz olması durumunda şüpheli, kanun yolu aşamasında kararın hangi noktalarına karşı görüş bildireceğini bilemez. Bu ise müdafaa hakkının kısıtlanması demek olup, adil yargılanma hakkını ihlal eder.<sup>239</sup> Ancak Alman Hukuku, Devlet güvenliğini tehlikeye düşürebilecek hallerde gerekçesiz tutuklama kararı verilmesini kabul etmiştir (StPO 114/2–4).

Tutuklama kararında CMK 100/2 de tanımlananlardan “hangi tutuklama nedeninin” uygulandığı da 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 her bir tutuklama nedenini ayrı ayrı gerekçelendirmektense, en güçlü tutuklama nedeni üzerinde durup, onun gerekçelendirilmesi tavsiye olunmaktadır.<sup>240</sup> 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.<sup>241</sup>

Eğer sanığın duruşmada hazır bulunmasını mahkeme gerekli görmüş ve bizde artık gıyabi tutuklama kararı veremediği için yakalama emri veya zorla getirme kararı vermişse (CMK 199), bu kararda kişinin “duruşma

<sup>239</sup> Salov-Ukrayna, 1.6.2005; Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, sh. 211.

<sup>240</sup> LR-Wendisch Rn. 15; Meyer-Gossner Rn. 13, 14.

<sup>241</sup> BGH 34, 36 = NJW 1986, 1821; nakleden Pfeiffer 2005, m. 114, Rn. 5.

için çağırıldığı” konusunda bir açıklama yer almalıdır.

Tutuklama kararının gerekçesinde hakimın “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. 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.<sup>242</sup>

Ancak delillerin açıklanmasında soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek için adil yargılanma hakkını ve sanığın sorgu hakkını kısıtlamak koşulu ile kısıtlama yapılabilir.

Tutuklama kararını veren hakim kendisine Cumhuriyet savcısı tarafından sunulan “olguları” değerlendirir. Bu değerlendirmenin amacı “somut delillere dayanan suç şüphesinin kuvvetli” (CMK 100/1) olup olmadığını denetlemektir. 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).

Değerlendirme sırasında sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olan delilleri (CMK 217/2) kullanabileceği, tabiidir; hukuka aykırı delile dayanarak tutuklama kararı verilemez.<sup>243</sup> Şüphelinin susması aleyhine değerlendirilemez.

Tutuklama kararı veren hakimın “suç şüphesinin kuvvetli” olduğunu kabul etmesi için mahkumiyet 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.<sup>244</sup>

Sanık tutuklanmadığı takdirde delilleri karartacak veya delillerin kuvvetini azaltacak olmalı ve savunmasını buna dayandıracak olmalıdır.

<sup>242</sup> KK-Boujung Rn. 12.

<sup>243</sup> Karlsruher Kommentar, Boujong § 112, Rn. 8.

<sup>244</sup> Kleinknecht/Janischowsky, Rn. 13.

Tutuklama kararında “delillerin kalitesinin” tartışılmasına gerek yoktur (OLG Düsseldorf StV 1991, 521). Delillerin tartışılmasına da gerek yoktur. Tutuklama nedeni de özenle, fakat özet olarak gerekçelendirilmelidir.

Soruşturma evresinde verilecek tutuklama kararının Cumhuriyet savcısı tarafından talep edilmesi gerekir (CMK 101/1). Duruşmada verilen tutuklama kararları ise mahkeme tarafından re’sen verilir, ama sanığa sorgu hakkı tanınmış olmalıdır.

Cumhuriyet savcısı tarafından talep edilen tutuklama hakim tarafından kabul edilmezse bunun gerekçesinin de yazılması gerekir. Gerekçenin 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.

##### 5) Hükümün gerekçesi.

###### a) Mahkumiyet kararının gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar (CMK 230/1).

Mahkumiyet kararının gerekçesinde şu hususlara yer verilir: a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler (CMK 230/1–a). b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi (CMK 230/1–b). c) dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi (CMK 230/1–b). ç) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi (CMK 230/1–c). d) bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi (CMK 230/1–c). e) yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi (CMK 230/1–c). f) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adlî para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar (CMK 230/1–d).

*b) Beraat kararının gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar (CMK 230/2).*

Beraat kararının gerekçesinde, yüklenen suçun suç olmaması, sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, kast veya taksirin bulunmaması, hukuka uygunluk nedeninin bulunması veya suçun sabit olmaması hallerinden (CMK 223/2) hangisine dayanılarak verildiğı açıklanır (CMK 230/2).

*c) Ceza verilmesine yer olmadığı kararının gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar (CMK 230/3).*

Ceza verilmesine yer olmadığı kararının gerekçesinde CMK 223 üncü maddenin 3 veya 4 üncü fıkralarında sayılan nedenlerden hangisine dayanıldığı belirtilir.

### **XVI– Hükümün gerekçesi ve hüküm fıkrası (CMK 232).**

*1) Hükümün “Türk Milleti adına” verilmesi (CMK 232/1).*

Yargılama yetkisi mahkemeler tarafından Türk Milleti adına kullanıldığı için, hükümün başına bunun yazılması gerekir.

Hukuk Devletinde meşruiyet, halka dayanan bir meclisin yaptığı kanunlarla sağlanır. Seçimle gelen meclise dayanan hükümet yürütme görevini yerine getirir. Yargı erkinin meşruiyeti de milli iradeye dayanır.

*2) Hükümün başında yazılacak noktalar (CMK 232/2).*

Hükümün başında; a) Hükümü veren mahkemenin adı, b) Hükümü veren mahkeme başkanının ve üyelerinin veya hâkimin, Cumhuriyet savcısının ve zabıt kâtibinin, katılanın, mağdurun, vekilinin, kanunî temsilcisinin ve müdafiin adı ve soyadı ile sanığın açık kimliği, c) Beraat kararı dışında, suçun işlendiğı yer, tarih ve zaman dilimi, d) Sanığın gözaltında veya tutuklu kaldığı tarih ve süre ile halen tutuklu olup olmadığı yazılır (CMK 232/2).

*3) Hükümün gerekçesinin en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulması (CMK 232/3).*

Hükümün gerekçesinin dosyaya girmesi gerekir. Eğer gerekçe tümüyle tutanağa geçirilmemişse, en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulur (CMK 232/3).

4) *Karar ve hükmümler bunlara katılan hâkimler tarafından imzalanması (CMK 232/4).*

Ceza muhakemesi hukukunda işlemlerin tamamlanması için, imzalanması gerekir. Artık UYAP üzerinden elektronik olarak da imzalama mümkündür.

5) *Hâkimlerden biri hükmü imza edemeyecek hâle gelmesi (CMK 232/5).*

Eğer hükme katılan hakimlerden biri hükmü imzalayamayacak hale gelirse, ya mahkeme başkanı veya hükme katılan en kıdemli hakim, bunun nedenini hükmün altına yazar (CMK 232/5).

6) *Hüküm fıkrasında gösterilmesi gereken noktalar (CMK 232/6).*

Hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir (CMK 232/6).

7) *Hükümlerin imzalanması ve mühürlenmesi (CMK 232/7).*

Hükümlerin nüshaları ve özetleri mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtabi tarafından imzalanır ve mühürlenir (CMK 232/7).

## § 37– KARARLARIN AÇIKLANMASI VE TEBLİĞİ

### I– Kararların doğrudan doğruya bildirilmesi (CMK 35).

Muhakeme işlemlerinin ilgili sùjelere bildirilmesinin iki çeşidi vardır: Doğrudan doğruya bildirme ve vasıtalı bildirme

Doğrudan bildirme, vasıta kullanılmadan bildirmediir. İşlemi yapan sùje bizzat, hazır bulunan ilgiliye sözle veya belgenin tevdi suretiyle işlemi bildirir. Doğrudan bildirmenin de çeşitleri vardır.

1) *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 hakim 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 kanunyolu sanığa bildirilmelidir.

### 2) Tevdi.

“Tevdi suretiyle vasıtasız bildirme”, bildirilecek yazılı belgenin ilgiliye elden verilmesidir. Duruşma esnasında davaya ait evrakın “tarafalara, müdahile veya vekillerine” tevdi mümkünüdür (Tebliğat K. 36).

### 3) “Sair doğrudan doğruya bildirmeler”.

Kanun, tafsilât vermeden muhtelif yerlerde doğrudan doğruya bildirmelerden bahsetmiştir. Örneğin olay yerinde keşif, arama gibi bir soruşturma işlemi yapan, hatta 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).

## II- Vasıtalı bildirme.

### 1) Tebliğ.

Bazen bir işlemin bildirilmesi için bir başka görevlinin yardımından faydalanılır. Bu şekilde bir vasıta ile yapılan bildirmelere tebliğ adı verilir. Kanunlarımızda tebliğin de çeşitleri vardır.

#### a) “Tevdi suretiyle tebliğ”.

Tebliğin normal şekli budur. Tebliğ edilecek husus, yazılı olarak, vasıtalık eden şahıs tarafından ilgiliye veya onun yerine tebligatı 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 hakim ve mahkeme kararları, hazır bulunmayan, ilgisine tebliğ olunur (CMK 35/2).

Kanunda tevdi suretiyle tebliğ hususunda çeşitli hükümler vardır: Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurabilecek hakim ve mahkeme kararları, hazır bulunmayan ilgisine tebliğ olunur (CMK 35/2).

Kararda itiraz hakkı süresi ve mercii gösterilecektir (CMK 172/1). Celpnamenin tebliği de sözkonusudur. İddianame çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur (CMK 176/1). Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olacak çağrı kağıdına 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 istenir; müdafii de sanıkla birlikte davet olunur. Tebliğ işleminin tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunda cezaevi katibi 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).

*b) “Gösterme suretiyle tebliğ”.*

Bazen belgenin verilmesi aranmaz, gösterilmesi ile yetinilir. Örneğin savcıya yapılacak tebliğler, gösterme suretiyle olur ve bu tebliğler bir süreye başlangıç olacaksa, savcı belgenin kendisine gösterildiği günü, belgenin aslına işaret eder (TebK 43).

*c) “Sözle tebliğ”.*

Vasıtalı bildirme yani tebliğ, sözle de olabilmektedir. Örneğin 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.

ç) “Asma suretiyle bildirme”.

Muhakeme işlemlerinin bildirilmesinde uygulanan bu çeşide göre, kendisine veya adresine tebliğ yapılmış kişi adresini değiştirip de yenisini bildirmediği ve yenisi de tebligat memurunca tespit edilemediği takdirde, tebliğ edilecek belgenin bir nüshası eski adresin kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır. Daha sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır (TebK 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 35/4).

d) “İlan suretiyle tebliğ”.

Tebligat Kanunu ilân suretiyle tebliği de kabul etmiştir (TebK 28-31). İlân hem gazetede neşir, hem asma suretiyle yapılır. Neşir suretiyle ilân ilgilinin ıttılama en emin bir şekilde vasıl olacağı umulan ve varsa ayrıca tebliğ çıkararak merciiin bulunduğu yerde çıkan bir gazetede yapılacaktır. Keza tebliğ olunacak belge ve ilân sureti, tebliği çıkararak merciiin herkesçe kolaylıkla görülebilecek bir yerine de asılacaktır. Merci icabına göre, ikinci bir defa ilân yapılmasına karar verebilir. İki ilân arasındaki müddet bir haftadan aşığı olamaz. Gerekiyorsa 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 verilmek suretiyle tespit edilir. Ancak, tebliğ çıkararak 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 çıkararak merci, tebliğ olunacak belgeler ve ilân suretlerini yabancı memlekette bulunan kimse- nin 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 tayin edebilir. Ancak bu süre onbeş günü geçmez (TebK 31).

İlân suretiyle tebliğin, bazı kayıt ve şartlarla, basın veya radyo ile yapılmasının kabul edildiği de vardır (AsMK m. 52).

Yapılan ilânı 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.

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.

### 2) Telefon, elektronik posta ile yapılan çağrı.

Tanıkların çağrılması için “çağrı kağıdı” kullanılır. Çağrı kağıdı tebliğ edilecek ve gelmemenin sonuçlarını içerecektir (CMK 43/1). Mazeretsiz olarak gelmeme, zorla getirmeyi gerektirir (CMK 44/1). Kanun, tanıklara yapılan çağrının telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanmak suretiyle de yapılabileceğini öngörse de, çağrı kağıdına bağlanan sonuçlar bu durumda uygulanmaz (CMK 43/2).

### 3) Bildirimdeki hukuka aykırılıklar.

Tebliğatin usulüne uygun olarak yapılamaması, TCK 257’deki, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir (4 CD 28.10.2009, K. 3215/17403; Adalet Bakanlığı Tebligat Genelgesi No. 31).

## III- Mahkeme başkanının yaptığı ve Cumhuriyet başsavcılığına yapılan tebligat.

CMK tebligat sistemini değiştirmiş ve mülga kanundaki Cumhuriyet savcısına verilmiş bulunan tebliğ veya infaz yetkisinin tebliğ kısmını mahkeme başkanı veya hakime devretmiştir (CMK 36/1). Bu düzenleme, tebligat evrakının hakim tarafından bizzat hazırlanacağı anlamına gelmez. Hakim, kime tebliğ edileceğine karar verir, yazı işleri müdürlüğü gereğini

yapar. Ancak, mahkeme başkanı veya hakim kararı olmadan yapılan tebligat, hukuken geçersizdir.

İnfaz edilecek kararların Cumhuriyet başsavcılığına verilmesi benimsenmiştir (CMK 36/2). Bu hüküm tebligat hukuku açısından “özel” bir düzenlemedir: Genel hükümler uyarınca tebligat, kanunda belirtilen makamlar tarafından yapılırken, buradaki tebligat Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılacaktır.

Hükümün anlam ve amacı şudur: Mahkeme tarafından verilen bazı kararlar, önceden çağrı yapılarak genel usule göre tebliğ edilecek olursa, karar yerine getirilemeyebilir. Bu nedenle kanun bu tür kararların Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından doğrudan infaz edilmesini öngörmüştür. Mesela, yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan çekindiği için verilen disiplin hapsi (CMK 60/1), arama kararı (CMK 119) veya iletişimin denetlenmesi kararı (CMK 135) bu tür kararlardandır. Fakat, bir koruma tedbirinin kaldırılmasına karar verilirse, bu kararın ayrıca yerine getirilmesine gerek yoktur, karar kendiliğinden hüküm doğurur.

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.

Ceza Muhakemesi Kanununu 37 inci maddesinde tebligatın nasıl yapılacağı gösterilerek, 11.02.1959 tarih ve 7201 tarihli Tebligat Kanununa atıf yapılmıştır. Ancak tebligat konusunda Ceza Muhakemesi Kanununda özel hüküm bulunmaması halinde Tebligat Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bunun dışında özel ceza kanunlarında veya ceza normu içeren özel kanunlarda tebligata ilişkin hükümler varsa, yine bu kanun hükümleri uygulanacaktır.

Tebligat Kanununda ve Tebligat Tüzüğünde, yargı ile ilgili tebligatlara ilişkin özel hükümler bulunmaktadır.

CMK 38 de, CMK’nun 37. maddesinde öngörülen özel ve CMK ile ilk defa kabul edilen tebligat usullerinden biri belirtilmektedir.

Basitleştirilmiş usuldeki bu tebligat, sadece Cumhuriyet başsavcılığına yapılan bildirimlerde geçerlidir. Burada da hakim veya mahkeme tarafından verilen bir “bildirim kararı” mevcut bulunmalıdır.

Kanun, belgenin aslının verilmesini amir olduğu için, onaylı da olsa, fotokopi üzerine işlem yapılamaz. Dosyanın tamamının gönderilmesi de gerekmez, sadece evrakın verilmesi yeterlidir. Bir sürenin işlemeye başlaması için, evrakın savcılık kalemine gelmesi ve kayda alınması hatta Başsavcının bilgi sahibi olması yetmez; Başsavcılık tarafından evrakın aslına yazıldığı tarih esas alınır.

### § 38– HÜKMÜN AÇIKLANMASI VE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

#### I– Hüküm fıkrasının okunması ve hükmün açıklanması.

##### 1) 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. 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.

Hükmün tefhimi ile (CMK 231/1) sonuç çıkarma aşaması ve dolayısı ile duruşma sona erer.

##### 2) Hükümün açıklanması.

Kanunda olduğu gibi, geniş manada duruşma ise son söz sanığa verildikten ve mahkemece delil ortaya konmasına lüzüm görülmedikten sonra duruşmanın bittiğinin başkan tarafından bildirilmesi ile sona erer. Kanun buna, maddenin başlığında “hükmün açıklanması”, madde içinde ise “hükmün ana çizgileri ile anlatılması” (CMK 231/1) demektedir.

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). Hüküm fıkrası, mahkûmiyet halinde suçluya, çeşitli işlemler sonunda verilen “sonuç–ceza”yı da belirtir.

Buna uygulamada “kısakarar” adı verilmektedir. Mesele ve gerekçenin 15 gün içinde (mülga Kanunda 3 gün idi) yazılması ve dosyaya konması gerekir (CMK 232/3). Sonradan yazılıp dosyaya konulacak olan sadece mesele ve gerekçe olduğuna göre, evvelce yazılmış ve okunmuş olan hüküm fıkrasında yani kısakararda hiç bir değişiklik yapılamaz.

### 3) Hükümün tefhimi.

Hükümün bildirilmesi iki şekilde olur: hükümün açıklanması veya tebliğ. Duruşma tutanağına geçirilmiş olan kararın, hazır bulunan ilgiliye sözle bildirilmesine, “tefhim” deniliyordu (CMUK 261). CMK 231, artık “hükümün açıklanması” demektedir.

Tefhim sırasında gerekçe yazılmışsa, bu da okunur, yoksa başlıca noktaları anlatılır. Yazılmamışsa, gerekçe 15 gün içinde yazılıp dosyaya konur (CMK 232/3) ve gerekçeli karar ilgililere tebliğ edilir (CMK 295/2).

Geniş manada duruşmanın bitmesi ile hükümün verilmesi arasında ancak müzakere ve oy vermenin, tek hâkimli mahkemelerde ne karar verileceğinin, uygulamadaki adı ile “gereğinin düşünülmesi”nin gerektirdiği kadar bir zaman geçmelidir. Ceza Muhakemesi Kanunu da tefhime (hükümün açıklanması) ilişkin bir süreye yer vermedi (CMK 231/1).

Hükümlerde CMK 231/2 uyarınca, varsa kanunyolu sanığa bildirilir.

Sanık hazırsa, varsa kanunyolu açıkça bildirilir (CMK 231/2). Bunun dışında, “tazminat isteyebileceği bir hal varsa”, bunun da beraat eden sanığa bildirilmesini ve merci ile süresinin de açıklanmasını öngörmüştür (CMK 231/3). Gerçekten, CMK 141/1–e madde hükümü uyarınca, beraat eden sanığın Devletten tazminat isteme hakkı doğmaktadır.

Kanuna göre, “herkes tarafından ayakta dinlenir” (CMK 231/4). Hüküm fıkrası okunurken, hakimlerin de ayağa kalkması gerekir.

## II– Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kavramı ve koşulları.

### 1) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kavramı.

Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesine 2006 yılında eklenen fıkralarla, Türk Hukukunda önceleri sadece Çocuk Hukukunda (ÇKK 23)

kabul edilmiş olan “hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının” uygulanma alanı önce genel ceza muhakemesi açısından da kabul edildi, sonra 2008 yılında yapılan ani bir değişlikle, bu hükümün uygulanma alanı genişletildi.

Böylece, “kamu davasının mecburiliği” ilkesinin “davanın devamlılığı” biçimindeki görünümü açısından da bir istisna kabul edilmiş oldu. “Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının” sadece itiraza tabi olması, temyiz edilememesinin doğurduğu ihtiyaçla, 2010 yılında 6008 numaralı Kanunun 7 inci maddesi ile sanığın kabulü şartına bağlandı ve bu kararı kabul etmeyen sanığa temyiz yolu açıldı.

Aslında, yeni ceza adalet sisteminin kabul ettiği ilkelerden geri dönüşlerden biri olan bu düzenleme ile hapis cezasının ertelenmesindeki (TCK 51) katı kural yumuşatılmış, “ertelenen hapis cezasını infaz edilmiş” sayan TCK 51 deki düzenlemenin etrafı, “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” yöntemi ile orta ağırlıktaki suçlar açısından, dolanılmıştır. “Yükümlülöklere uygun davranan kişi hakkında cezaya hükmedilmemesinin, toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkumiyetten daha etkili olabileceği”, düşünölmüştür.<sup>245</sup>

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması şöyle işlemektedir: sanık hakkında yapılan yargılama sonunda, ispat faaliyeti bitirildikten sonra, sanığın isnat edilen fiili kusurlu bir şekilde gerçekleştirdiği için, suçlu olduğu tespit edilirse, mahkumiyet kararı verilir ve cezanın belirlenmesine (TCK 61) geçilerek, ceza belirlenmeden, doğrudan hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına geçilmesi bozma sebebidir. Bu aşamada, CMK 231 de öngörölen koşullar gerçekleşmişse, mahkeme “hükümün açıklanmasını geri bırakıp” bırakmayacağını takdir eder. Kişiyi “damgalanmaktan” koruyan bu istisnai hüküm, kamu davasının mecburiliği sisteminin diğer istisnaları gibi, yerindedir.

## 2) Uzlaşmanın önceliği ve uzlaşma uygulanan hallerde verilen HAGB.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının koşulları olduğu halde, aynı suç bakımından uzlaşma uygulanması mümkün ise uzlaşmanın önce-

<sup>245</sup> Ünver/Hakeri (2010, 673), bunun bir tür erteleme olduğu, fakat ertelemeye nazaran daha lehe sonuçlar doğurduğu görüşündedirler.



liği vardır (CMK 231/5, cü. 2).

Ayrıca, gerçekteşmiş olan bir uzlaşmada, tarafların üzerinde anlaştıkları ve süreye bağlanmış bir 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, uzlaşma gerekleri yerine getirilmezse, CMK 231/11 deki şartlar aranmadan hüküm açıklanır (CMK 254/2). 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).

### 3) Mahkumiyet hükmü verilmesi koşulu.

Mahkemenin sanığın işlediği iddia edilen fiili sabit görmüş olması ve bu fiili kasten veya taksirle işlemiş bulunduğuna vicdani kanaat getirerek (CMK 217/1), sanık hakkında bir mahkumiyet hükmü (CMK 223/5) kurmuş olması gerekir. Sonuç ceza adli para cezası veya iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ise ve aşağıdaki diğer koşullarda oluşmuşsa, mahkeme ikinci bir karar daha vererek, kurulmuş olan “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” karar verebilir.<sup>246</sup> Bu kararın verilmesi için istemde bulunulması gerekmez.<sup>247</sup> Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmasını ifade eder (CMK 231/5).

### 4) Sonuç cezaya ilişkin koşullar (CMK 231/5).

2008 yılında yapılan değişlikle, şikayet şartı kaldırıldı, hapis cezasının sınırı iki yıla yükseltildi. “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kurumu 2006 yılında 5560 sayılı kanunla ilk defa düzenlendiği sırada aranan koşullar, davanın konusunun “soruşturulması ve kovuşturulması şikayete 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

<sup>246</sup> 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).

<sup>247</sup> CGK 13.11.2007, K.8-171/235 (Ünver / Hakeri 2010, 674).

tarafkların uzlaşmaya varamamış olmaları idi (CMK “2006–5560” 231/5).

Ancak, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan İnkılap Kanunlarında yer alan suçlarda (ve askeri suçlarda) hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanması kabul edilmemiştir (CMK “2008–5728” 231/14).

şikayete bağlı olmayan bazı suçlarda da (CMK 253/1) uzlaşma uygulanabildiği için, eğer suç uzlaşmaya tabi bir suç ise önce uzlaşma yolunun denenmiş olması koşulu halen geçerlidir. 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).

Sonuç ceza olarak hükmedilen hapis cesasının iki yıllık süresinin hesaplanmasında, birden fazla suçtan mahkûmiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde nazara alınacak olan ceza miktarı (toplam ceza veya her bir suç için verilen ceza) konusunda Kanunda açıklık yoktur.

Bu nedenle Yargıtay Ceza Genel Kurulu 3.2.2009 tarih ve 13 numaralı kararı ile şu görüşleri açıklamıştır: Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülöklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 CMK 223. maddesi uyarınca düşürölmesi sonucunu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.

Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, düşme nedenlerinin her bir suç yönünden ayrı ayrı nazara alınması gerekmektedir. Bu nedenle birden fazla suçtan mahkûmiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususu her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilir.

*5) Sanığın kabul etmesi koşulu.*

Sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez (CMK “2010–6008” 231/6). Değişikliği yapan bu 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.

*6) Özel koşullar (CMK 231/6).**a) Sanığın daha önce “kasıtlı” bir suçtan mahkum olmamış bulunması (CMK 231/6).*

Daha önce “taksirli” bir suçtan mahkum olmak, hükmün açıklanmasının geribırakılması engeli değildir. Kanunda “mahkum olma” kelimesi kullanıldığı için, bunun “kesinleşmesi” yeterli görülmekte, “infaz edilmiş” olması aranmamaktadır.

5271 sayılı Yasanın 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 bendde hükmolunan ceza yönünden herhangi bir ayırım gözetilmediğinden, hükmolunan cezanın hapis veya adli para cezası olmasının, bu koşul açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Ancak yasa koyucu, mahkûmiyetle ilgili olarak başkaca bir ölçü getirmediğinden, adli sicilden silinen mahkûmiyetler, ertelenmiş ve vaki olmamış sayılan mahkûmiyetler, üzerinden çok uzun sürelerin geçmesi nedeniyle tekerrüre esas oluşturmeyen mahkûmiyetler de hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararına engel oluşturacak mıdır? Bu konularda gerek yasa metninde gerekse gerekçede herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.

Yasa koyucu herhangi bir düzenleme getirmediğine göre, bu hükmü mutlak şekilde yorumlamanın, adalet ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı ya da yasa koyucunun gerçek muradının bu olup olmadığı da gözönüne alınmalıdır.

Bu soruna çözüm bulabilmek için yasa koyucunun mahkûmiyetin sonuçlarını bertaraf etmek için öngördüğü diğer kurumların da değerlendirilmesi gerekmektedir.

647 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca ertelenmiş mahkûmiyetlerde, sanığın deneme süresinde kasıtlı bir suç işlememesi halinde önceki mahkûmiyet 765 sayılı TCY'nın 95/2. maddesi uyarınca esasen vaki olmamış sayılacağından, bu nitelikteki bir mahkûmiyetin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal bir engel oluşturabileceğini kabul etmek olası değildir.

Yine aynı şekilde 3682 sayılı Adli Sicil Yasasının 8 ve 5352 sayılı yeni Adli Sicil Yasasının Geçici 2. maddesi hükümleri uyarınca silinme koşulları oluşan adli sicil kayıtlarının, adli sicilden silinmiş olup olmadığına bakılmaksızın, bu kayıtların da, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal bir engel oluşturabileceğini kabul etmek hukuk ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.

Buna karşın, 5237 sayılı TCY'nın 51. maddesi uyarınca ertelenmiş mahkûmiyetlerde ceza infaz edilmiş sayılacağından ve 5352 sayılı Adli Sicil Yasasının 9. maddesi uyarınca oluşturulan adli sicil kayıtları ceza veya güvenlik tedbirlerinin infazının tamamlanması ile Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek bu kayıtlar arşiv kaydına alınacağından, bu tür mahkûmiyetlerin varlığı halinde sanık hiçbir şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından yararlanamayacak mıdır? Soruları gündeme gelebilecektir.

Hak yoksunluklarını kural olarak 5237 sayılı Yasanın 53. maddesinde cezanın infazı ile sınırlandıran, doğmuş hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırmak için Adli Sicil Yasasına eklediği 13/a maddesi ile yasak hakların geri verilmesi müessesini kabul eden ve 5237 sayılı TCY'nın 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren beş ve üç yıllık süreler öngören yasa koyucunun, bir kez mahkûm olan bir kişinin ömür boyu bu mahkûmiyetinin olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğini kabul ettiği düşünülemez. Bu nedenlerle, yeni yasa dönemindeki mahkûmiyetler açısından da, belirli sürelerin geçmesi ile bu mahkûmiyetlerin 231. maddenin uygulanmasına yasal engel oluşturmayacağına

cağını kabulde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, 1.6.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkûm edilen sanıklar yönünden, TCK'nun tekerrür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin nazara alınması ve bu sürelerin geçmiş olduğu hallerde önceki mahkûmiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşularının değerlendirilmesi yönünden engel oluşturmayacağının kabulü adalet ve hakkaniyete uygun olacaktır.

O halde, 1.6.2005 tarihinden önce işlenen suçlar yönünden, önceki mahkûmiyetin 765 sayılı TCY'nın 95/2. maddesi uyarınca esasen vaki olmamış sayılacağı haller veya 3682 sayılı Adli Sicil Yasasının 8 ve 5352 sayılı Adli Sicil Yasasının geçici 2. maddesi hükümleri uyarınca silinme koşulları oluşan önceki mahkûmiyetler, adli sicilden silinmiş olup olmadığına bakılmaksızın; 1.6.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkûm edilen sanıklar yönünden ise 5237 sayılı TCK'da tekerrür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin geçmiş olduğu haller, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesinde olumsuz koşul olarak belirtilen engel bir neden olarak kabul edilemeyecektir.

Ancak, yasal engel oluşturmayan bu mahkûmiyetlerin yargılama mercilerince, subjektif koşulun ele alınmasında sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmasına da bir engel bulunmamaktadır.

*b) Mahkemece sanığın yeniden suç işlemeyeceği konusunda kanaata varılması.*

Mahkeme bu kanaatini oluştururken, sanığın kişilik özelliklerini ve duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurur,

*c) Zararın giderilmesi.*

Zarar aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmiş olmalıdır. Zararın derhal giderilemediği hallerde, sanığın denetim süresi içinde ödenecek aylık taksitler halinde zararı tamamen gidermesi koşuluyla da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir (CMK 231/9).

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.

*ç) Manevi zararın tazmini sorunu.*

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kast edilen maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.<sup>248</sup>

*d) Zararın belirlenmesi.*

Zararın belirlenmesinde hâkim, ceza yargılamasında şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini de gözönünde bulundurmak koşuluyla, kanaat verici basit bir araştırma yapmalı, hukuk hakimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmamalıdır. Zira, 5271 sayılı Yasanın 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmamaktadır.

*7) Seçenek yaptırımlara çevirememe (CMK 231/7).*

Açıklanması geri bırakılan hüküm, diğer bütün unsurları itibariyle CMK 232 de belirtilen koşulları taşıyan bir hükümdür, ancak bu hüküm kurulurken, “hapis cezası ertelenemez” ve kısa süreli olması halinde, “seçenek yaptırımlara çevrilemez”.

<sup>248</sup> CMK'nun 231/6-c de belirtilen zarar kavramı belirlenebilir maddi zarara ilişkin olup, manevi nitelikte zararı kapsamaması karşısında sanıkların kişilik özelliklerinin gözönüne alınarak karar verilmesi gerekir (CD 05.10.2009: E. 2009/13696 K. 2009/15351). Ünver/Hakeri de “manevi zararın katılmayacağına tereddüt duymamaktadırlar” (2010a, 678).

8) Denetimli serbestlik uygulama mecburiyeti (CMK 231/8).

a) Denetimli serbestlik.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde, sanık beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur. Mahkeme takdirine göre, bu süre içinde, süresi bir yıldan fazla olmamak kaydıyla, sanığın CMK 231/8 de gösterilen veya takdir edilecek başka bir yükümlülüğü yerine getirmesine de karar verebilir. Yükümlülük tayin etme zorunlu değildir.

Çocuklar hakkında CMK hükümlerine göre verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı açısından denetim süresi 3 yıldır (ÇKK “2006-5560” 23).

b) Zamanaşımının durması.

Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur (CMK 231/8).

9) Zararın giderilemediği hallerde verilebilen HAGB kararı (CMK 231/9).

Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir (CMK 231/9).

10) Davanın düşmesi kararı (CMK 231/10).

Sanık denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemezse veya denetimli serbestlik tedbirinin yükümlülüklerine uygun davranırsa, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılır ve davanın düşmesi kararı verilir (CMK 231/10).

11) Açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması veya yeni bir mahkumiyet hükmü kurulması (CMK 231/11).

Sanık denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işler veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranırsa, mahkeme hükmü açıklar. Sanığa yükümlülük yüklenmişse ve sanık bu yükümlülük-

leri yerine getirmek istemiş olmasına rağmen “yerine getirememişse”, mahkeme sanığın durumunu değerlendirir ve cezanın bir kısmının infaz edilmemesine (yarısına kadar) veya koşulları varsa hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verir. Bu yeni bir mahkumiyet hükmüdür (CMK 231/11).

*12) HAGB kararına itiraz (CMK 231/12).*

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir (CMK 231/12). Ancak, sanık yeniden kasıtlı bir suç işlerse, açıklanan hükme karşı; veya suç işlemediği için verilen düşme kararına karşı, genel hükümler uyarınca istinaf yoluna gidilebilir.

CMK’da 2006–5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten bu yana önem kazanan diğer bir ayrıntı da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının “itiraz edilebilen bir mahkeme kararı” olmasıdır (CMK “2006–5560” 231/12). Bilindiği gibi, itiraz verilen kararın maddi ve hukuki yönlerini tekrar incelemeyi gerektiren, istinaf benzeri bir kanunyoludur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiğinde, itirazı inceleyecek olan makam da, hem maddi, hem de hukuki inceleme yapacaktır. Buradaki maddi inceleme, “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kanunda öngörülen koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği noktası ile sınırlı” olarak açılmış bulunan “tali dava” ile ilgili bir incelemedir. Yoksa, itirazı inceleyecek olan makam bir istinaf mahkemesi gibi davranıp, delillerin takdirine giremez: burada sadece hükmün şekil açısından doğru kurulup kurulmadığı incelenebilir. Bu nedenle, yargılama giderleri de incelenebilir. Kanunun avukatlık ücreti ile ilgili CMK 325/2 maddesinde “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” ifadesi geçtiğinden, avukatlık ücretinin kararda yer almaması durumunda, bu karara itiraz edilebilir, incelemeyi yapan merci avukatlık ücreti hakkında da inceleme yapar.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek kanun yolu konusu tartışmalıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlara karşı başvurulacak yasa yolu, CMK 231 inci maddenin 12. fıkrasında açıkça itiraz olarak belirlendiğinden, geri bırakılma kararına yönelik yasa yolu itirazdır. Ancak, sanık hükmü doğrudan



istinaf veya temyiz etmek istiyorsa, 2010 yılında “hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul etmeme hakkı” verilmiştir (CMK “2010–6008” 231/6).

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının reddine ilişkin kararlara karşı başvurulacak yasa yolunun belirlenebilmesi için ise öncelikle, 5252 sayılı Yasanın 9, 5275 sayılı Yasanın 98 ila 101 ve 5728 sayılı Yasanın Geçici 1. maddelerinin kapsamının belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27.12.2005 gün ve 162–173 ile 24.01.2006 gün ve 136–3 sayılı kararlarında da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 5252 sayılı Yasanın “Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul” başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrası;

a) Sadece 1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş mahkûmiyet hükümlerinde ve b) Münhasıran, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının yürürlüğe girmesi nedeniyle hükümde bir değişiklik yargılaması yapılması gerektiğinde uygulanabilecektir.

Görüldüğü gibi bu düzenleme, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası dışında başka herhangi bir yasanın yürürlüğe girmesi ve lehe hüküm içermesi halinde yapılacak incelemeyi kapsamamaktadır.

Buna göre, 5237 sayılı TCY’nın yürürlüğe girmesi nedeniyle lehe yasanın değerlendirilmesi amacıyla yapılacak uyarılama yargılaması 5275 sayılı Yasanın 98. maddesine göre daha özel nitelikteki 5252 sayılı Yasanın 9. maddesinde öngörülen usule göre gerçekleştirilmeli, bu iki koşulun birden oluşmadığı hallerde ise genel düzenleme getiren 5275 sayılı Yasanın 98 ve devamı maddelerindeki yöntem uygulanmalıdır.

Anılan kararlarda vurgulandığı üzere, 1 Haziran 2005 tarihinden sonra gerçekleştirilen yasa değişiklikleri nedeniyle uyarılama yargılamasının tabi olacağı ilkeler 5252 sayılı Yasanın 9. maddesine göre değil, 5275 sayılı Yasanın 98 ilâ 101. maddelerine göre belirlenmelidir. Kaldı ki, aynı husus 5728 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesinde de açıkça belirtilmiştir.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının reddine ilişkin kararlar, 5271 sayılı Yasanın 223. maddesi anlamında hüküm sayılmadığından ve salt bu nedene dayalı uyarılama yargılamasında da 5252 sayılı Yasanın 9.

maddesinin uygulanması olanağı bulunmadığından, 5728 sayılı Yasanın Geçici 1 ve 5275 sayılı Yasanın 101/3. fıkrası uyarınca bu kararlara karşı başvurulabilecek yasayolu itirazdır.

Kanun yolu merciince yapılacak incelemenin yöntemi: Kural olarak itiraz merciince yapılacak inceleme evrak üzerinde olmalıdır. Kesinleşmiş hükümlerde, suçun sübutu, nitelendirilmesi veya kanıt değerlendirilmesi konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmayacağından, itiraz merciince de bu hususların denetlenmesi veya değerlendirilmesi mümkün bulunmadığından itiraz merciince 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin koşulları ile sınırlı bir inceleme yapabilecek, hükmün içeriğinde yer alan hukuka aykırılıklar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının objektif koşullarını etkilemediği sürece bu aşamada herhangi bir yasayolu denetimine tabi olmayacağı gibi itiraz merciince de denetlenemeyecektir.

*13) Mahkumiyet kararının istinaf veya temyiz edilmesi sorunu.*

Sanık hükmü temyiz etmek istiyorsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kabul etmez (CMK “2010–6008” 231/6). Bu durumda mahkeme doğrudan hükmün tefhimi aşamasına geçeceği için, hükme karşı istinaf veya temyiz yolu açıktır.

*14) HAGB kararının sisteme kayıt edilmesi (CMK 231/13).*

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus sisteme kayıt edilir (CMK 231/13).

*15) HAGB kararı verilmesi kabul edilmeyen haller (CMK 231/14).*

Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkilap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak HAGB uygulanamaz.

*16) Çocuk ceza hukukundaki HAGB.*

2006 yılında yapılan değişlikle, çocuk hukukundaki HAGB ile genel usuldeki aynı hükümlere tabi kılındı.

Oysa, çocuklara ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu yöndeki ÇKK 23 deki hükme göre, yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza en çok üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ise mahkeme HAGB kararı verebiliyordu.

Kararın koşulları, kasıtlı suçtan mahkum olmamış bulunma, yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat gelmiş olması, “kişilik ozellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları itibariyle bir cezaya hıkmedilmesine gerek gırılmemesi ve mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi, idi (ÇKK 23/2). Kamunun uğradığı zararın mahkemece takdir edilmesi mımkmın idi ise de, ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde, bu koşul aranmayabiliyordu.

Zararın tamamen giderilmesi koşulunun yerine getirelememesi durumunda, sanığa denetimli serbestlik suresince kanunda sayılan yuğkumlulukler yuğklenerek, HAGB kararı verilebiliyordu (ÇKK 23/4). Hakkında HAGB kararı verilen çocuk beş yıl sureyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutuluyor, ve bu sure içinde çocuğa yasada gosterilen yuğkumlulukler yuğkleniliyordu. Karar bunlara mahsus bir sisteme kayıt edilerek, çocuğun durumu takip edilebilir (ÇKK 23/8). Denetim suresi içinde dava zamanasını durur (ÇKK 23/3). Denetimli serbestlik suresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan hapis cezasına mahkum olmadığı ve yuğkumluluklere uygun davranđıđı takdirde, çocuk hakkındaki davanın duşmesine karar veriliyordu (ÇKK 23/5). Denetimli serbestlik suresi içinde işlediği yeni ve hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç nedeniyle “mahkum olması” veya yuğkumluluklere aykırı davranması halinde, mahkeme geri bıraktığı hıkmı açıklıyordu. Ancak, yuğkumlulukleri yerine getirme durumuna bakarak, cezada yarı oranına kadar indirim yapabiliyordu (ÇKK 23/6). HAGB kararı itiraz edilebilen bir mahkeme kararı olarak duzenlenmişti (ÇKK 23/7).

İleride çocuklar hakkında özel duzenleme yapılmasını tekrar bekliyoruz.

#### *17) Ceza Genel Kurulunun 2009/13 sayılı Kararla Yarattığı Hukuk.*

2008 yılında 5728 sayılı Kanunla yapılan iki kelimelelik değişiklik (bir yıl'ın iki yıla çıkarılması ve uygulamanın şikayete bağlı suçlarla sınırlı tutulmasından vazgeçilmesi), adalet sistemini tekrar tıkadı. İlk derece mahkemeleri ile Yargıtay'ı meşgul eden yeni bazı hukuki tartışmalar doğdu. 2010 yılında Kanun değiştirildi ve bu karar failin kabulüne bağlandı. Ceza Genel Kurulunun 3.2.2009 tarih ve 2009/13 numaralı kararı ile tartışılan sorunlar ve ulaşılan sonuçlar aşağıda belirtilmiştir.

a) *Kesinleşmiş hükümlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün müdür?*

Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip olup, bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.2.2008 gün ve 346/25 sayılı kararında da açıkça vurgulanmıştır.

Kesinleşmiş hükümlerde “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” karar verilmesi yolunun açık olup olmadığı tartışmalı idi.

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.

Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmasını 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 yürümesi 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 yrirle girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkmiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümleri, hükmü veren mahkemece 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 98 il 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 zme kavuşturmuştur.

Gerek yasal düzenleme gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve zel 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.

Kesinleşen hükümde 647 sayılı Yasanın 4 ve 6 veya 5237 sayılı TCK 50 ve 51. maddelerinin uygulanmış ya da uygulanmamış olması ile ilgili görüşler:

Koşullu bir düşme nedeni oluşturan “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” müessesesi, (mahkmiyet, suç niteliği ve ceza miktarına ilişkin) objektif koşulların varlığı halinde mahkemece, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re’sen değerlendirilerek, uygulanması yönünde kanaate ulaşıldığı takdirde, hiçbir isteme bağlı olmaksızın öncelikle uygulanmalıdır.

Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş kararlarında vurgulandığı üzere kesinleşen hükümlerde 647 sayılı Yasanın 4 ve 6 veya 5237 sayılı TCY’nın 50 ya da 51. maddelerinin uygulanmış ya da uygulanmamış olması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda değerlendirme yapmaya engel oluşturmayacaktır. Zira, anılan kişiselleştirme kurumlarının uygulanması, istisnalar dışında mahkemenin takdirine bağlı olduğu halde buna karşın koşullu düşme nedenlerinden birini oluşturan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı re’sen değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle sanık hakkında, ilk hükümde 647 sayılı Yasanın 4 ve 6. veya 5237 sayılı Yasanın 50 ya da 51. maddelerinin uygulanmış veya uygulan-

mamış olması da, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararının cezanın kişiselleştirilmesi normlarından önce ve re'sen uygulanması zorunluluğu karşısında, ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir.

*b) Kesinleşmiş hükümlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi dosya üzerinde yapılacak inceleme ile mi, yoksa duruşma açılarak mı gerçekleştirilmelidir?*

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.

*c) Birden fazla suçtan mahkûmiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinde, toplam ceza miktarı mı, yoksa her bir suç için verilen ceza miktarı mı nazara alınmalıdır?*

Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklerle uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 CMK 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.

Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, düşme nedenleri-

nin her bir suç yönünden ayrı ayrı nazara alınması gerekmektedir. Bu nedenle birden fazla suçtan mahkûmiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususu her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

*ç) Seçenek yaptırımlar konusu. Kesinleşen hükümde 647 sayılı Yasanın 4 ve 6 veya 5237 sayılı TCY'nın 50 ve 51. maddelerinin uygulanmış ya da uygulanmamış olması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda değerlendirme yapmaya veya uygulamaya engel midir?*

Koşullu bir düşme nedeni oluşturan “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” müessesesi, (mahkûmiyet, suç niteliği ve ceza miktarına ilişkin) objektif koşulların varlığı halinde mahkemece, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re'sen değerlendirilerek, uygulanması yönünde kanaate ulaşıldığı takdirde, hiçbir isteme bağlı olmaksızın öncelikle uygulanmalıdır.

Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş kararlarında vurgulandığı üzere kesinleşen hükümlerde 647 sayılı Yasanın 4 ve 6 veya 5237 sayılı TCY'nın 50 ya da 51. maddelerinin uygulanmış ya da uygulanmamış olması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda değerlendirme yapmaya engel oluşturmayacaktır. Zira, anılan kişiselleştirme kurumlarının uygulanması, istisnalar dışında mahkemenin takdirine bağlı olduğu halde buna karşın koşullu düşme nedenlerinden birini oluşturan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı re'sen değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle sanık hakkında, ilk hükümde 647 sayılı Yasanın 4 ve 6. veya 5237 sayılı Yasanın 50 ya da 51. maddelerinin uygulanmış veya uygulanmamış olması da, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararının cezanın kişiselleştirilmesi normlarından önce ve re'sen uygulanması zorunluluğu karşısında, ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir.

*d) Giderilecek zararın kapsamı.*

Zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmesinden, anlaşılması gereken hususlar nelerdir, manevi zararlar bu kapsama dâhil midir, zarar konusunda mahkemece herhangi bir araştırma yapılmasına gerek bulunmakta mı, bulunmakta ise bu araştırmanın

kapsamı nasıl belirlenmelidir?

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kast edilen maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

Maddi zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyp, 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.

Zararın belirlenmesinde hâkim, ceza yargılamasında şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini de gözönünde bulundurmak koşuluyla, kanaat verici basit bir araştırma yapmalı, hukuk hakimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmamalıdır. Zira, 5271 sayılı Yasanın 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmamaktadır.



## ALTINCI BÖLÜM ÖZEL YARGILAMA USULLERİ

### § 39– GAİP ve KAÇAKLARIN YARGILANMASI

#### I– Gaiplerin ceza muhakemesindeki durumu (CMK 244/1).

##### 1) Gaibin tanımı.

Ceza Muhakemesi Hukukunda gaip, mahkeme önüne gerektiğinde zor kullanılarak dahi getirilemeyecek kimsedir.

Kanun, gaibi üç grup olarak tarif etmiştir (CMK 244):

a) Bulunduğu yer bilinmeyen. Bulunduğu yer, (mülga Kanun, “sakin olduğu yer” diyordu) bilinmeyen, yani sakin olduğu yer bilinmeyen sanık çağırılmaz. Zorla da getirilemez. Böyle bir sanık ancak tutulursa, zorla mahkemeye getirilebileceğinden, gaip olmaktan çıkar.

b) Yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen. Yabancı memleketteki meskeni bilinse 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 geriverilmemiş olduğu diğer suçu bakımından, milletlerarası ceza hukukunda “özellik” (hususililik, spécialité) denilen ilke gereği olarak kovuşturulamayacağından, “Türk mahkemesi önüne getirilmesi mümkün olmayan” bir kimsedir, yani gaiptir.

c) Yetkili mahkeme önüne getirilmesi uygun bulunmayan kişi. “Gaipler” hakkında kovuşturma evresinin yapılmaması kaidedir. Çünkü sanık dinlenerek muhakeme yapılırsa hem “hakikat daha iyi meydana çıkar”, hem “müdafaa sağlanmış olur”, hem de “ceza şahsileştirilebilir”. Bu nedenle, CMK 244/2 ile gaip hakkında duruşma açılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bireysel savunma makamını işgal eden şüpheli veya sanığa savunma hakkı hem Anayasal bir haktır, hem de insan hakkıdır. İnsan hakkı olarak ele alındığında, şüpheli veya sanığın IHAS 6/3-c kapsamında üç hakkı olduğu görülür: Şüpheli veya sanık kendi savunmasını kendisi yapabilir (to defend himself in person); seçtiği bir müdafii aracılığı ile savunmasını ona yaptırabilir (to defend himself through legal assistance of his own choosing); adalet sisteminin yararına ve gerekli ise kendisine meccani bir müdafii tayin edilmesini isteme hakkı vardır (if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interest on justice so requires).

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.

### 2) Gaip hakkında duruşma açma yasağı (CMK 244/2).

Sanığın duruşmada hazır bulunması yüzekeşlilik özelliğinin olduğu kadar, müdafaa hakkının da bir sonucudur. Bunun içindir ki sanık “hazır bulunmuyorsa”, duruşma yapılmayacağı kaidesi kabul edilmiştir (CMK 193). Sanığın yokluğunda duruşma yapılması istisnayı teşkil eder. Bu istisna hazır olmayan sanıklar hakkındaki duruşmalardır. Gaip hakkında duruşma yapılması istisnası kaldırılmıştır (CMK 244/2).

### 3) Gaip hakkında delil toplama ve koruma tedbirleri (CMK 244/2).

Ceza Muhakemesi Kanunu uluslararası standartlara uygun bir şekilde, gaiplik kurumunu büyük ölçüde kaldırmış ve sadece delillerin korunması için gereken işlemlerin yapılmasına izin vermiştir (CMK 244/2). 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 açamaz. Soruşturma işlemleri sırasında müdafii hazır bulunabilir (CMK 244/4).

### 4) Naip hakim ve istinabe olunan mahkeme (CMK 244/3).

Gaipler hakkında yapılan bu işlemlerden sonra savcı “kovuşturmaya yer

olmadığına dair karar” (kovuşturmama veya kovuşturmaya sonverme kararname) verebilecek, sadece iddianame düzenleyebilecek, ancak iddianamenin kabulü kararı verilemeyecek, yani kamu dâvası açılmayacaktır.

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 toplatacaktır (CMK 244/3). Sonunda da mahkeme, muhakemenin durması kararı (CMK 223/8) verecektir.

5) *Gaip ile ilgili işlemlerde hazır bulunma yetkisi (CMK 244/4).*

Sanığın gaip olması, hattâ soruşturma evresinde müdafii (kanuni temsilci ve eşin) kabulüne mani değildir (CMK 244/4). Bu hüküm de kamusal savunmaya verilen önemi göstermektedir.

6) *Gaip hakkında müdafî görevlendirilmesi (CMK 244/4).*

Gaip hakkında delil toplama veya koruma tedbirleri uygulanması işlemleri sırasında sanığın müdafii (veya kanunî temsilcisi veya eşi) hazır bulunabilir. Gerektiğinde, mahkemece barodan bir müdafî görevlendirilmesi istenir. Ancak, bu duruşmada, aynı zamanda sanığın temsilcisi olan müdafii hazır bulunabilir (CMK 299/1, CMUK 318). Bulunmaması da mümkündür.

Adresi bilinmeyen gaibe, mahkeme önüne gelmesi veya adresini bildirmesi hususları uygun bir iletişim aracıyla ihtar edilir (CMK 245).

7) *Güvence belgesi (CMK 246).*

Tutuklama kararı verilebilmesi için CMK 100 ile öngörülen koşullar<sup>249</sup> vardır. Ancak, bütün bu koşullar gerçekleşmiş olmasına rağmen, ek bir koşul olarak teminat belgesi verilmemiş olması da gerekir.

Gaip olan sanığın duruşmaya gelmesi için bir tedbir olarak, tutuklana-

<sup>249</sup> 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 hakim kararı) şeklinde ikiye ayırılırlar.

mayacağı hakkında “güvence belgesi” (CMK 246/1) verilebilmesi ve bunun koşullara bağlanması kabul edilmiştir.<sup>250</sup> 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.

## **II– Kaçakların yargılanması (CMK 247).**

### *1) “Kaçak” tanımı (CMK 247/1).*

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).

### *2) “Kaçak” kararı verilmesi (CMK 247/2).*

Bir sanığın “kaçak” olduğuna karar verilmesi için, izlenmesi gereken bir yöntem vardır. İlk koşul, sanık hakkında, CMK 248/2 deki katalogta sayılan suçlardan biri hakkında, kovuşturmanın başlamış olmasıdır.

Bu sanığa mahkeme tarafından önce tebligat yapıp, buna uymaması nedeni ile zorla getirle kararı verilmiş olacak ve zorla getirme kararı da yerine getirilememiş olacaktır.

Bu ön koşullar gerçekleşmiş ise sanığın ilan yolu ile daveti kararı verilir.

Söz konusu ilan, yasada özel olarak düzenlenen şekilde yapılır: çağrı ilanı, “onbeş gün içinde gelmediği takdirde 248 inci maddede gösterilen tedbirlere hükmedilebileceği” ihtarını içerir ve bir gazetede yayımlanır. Bu ilan sanığın bilinen konutunun kapısına asılır.

Bütün bu işlemlerin yerine getirildiği bir tutanak ile saptanır ve saptama tarihinden itibaren onbeş gün içinde başvurmayan sanığın “kaçak” olduğuna karar verir.

<sup>250</sup> Tafsîlât için Bkz. Öztürk, 137-151.

Kaçaklar bakımından zorlama amaçlı el koyma kararı (CMK 248/1) veya gıyabi tutuklama kararı verilmesi de, istisnai bir şekilde kabul edilmiştir (CMK 248/5). Kovuşturma evresinde sanık “kaçak” ise mahkeme veya hakim resen veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine yakalama emri de düzenleyebilir (CMK 98/3). Bu karar da kaldırılan gıyabi tutuklama kararı gibidir. Ancak Kanun kaçağa, “tutuklanmama güvencesi” verilmesini de kabul etmiştir (CMK 248/7).

Ancak kaçak durumuna düşen kişi, hakkında yapılan işlem den gerçekten haberdar olmamışsa, yani kaçak durumuna düştüğünü bilmiyorsa eski hale getirme yolu açıktır.

3) “Kaçak” hakkında kovuşturma yapılması, mahkumiyet kararı verilememesi (CMK 247/3).

Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak daha önce sorgusu yapılmamış ise mahkûmiyet kararı verilemez.

4) “Kaçak” için zorunlu müdafii görevlendirilmesi (CMK 247/4).

Duruşma yapılan hâllerde kaçak sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini ister.

Kaçaklarla ilgili düzenleme yapan kanunkoyucu, kaçak hakkında duruşma yapılan hallerde, müdafii yoksa mahkemenin barodan bir avukat görevlendirmesini, 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.

5) Kaçak sanığın mal, hak ve alacaklarına elkoyma kararı (CMK 248/1).

Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşıl amayan kişi “kaçak” sayıldığı (CMK 247/1) için, bu kişinin 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). CMK da yapılan düzenleme gereğince, artık gaiplerin mallarına elkoyma konusunda karar verilemeyecektir. Ancak “gaip”,

“kaçak” hukuk durumuna girerse, zorlama amaçlı elkoyma kararı verilmesi mümkündür (CMK 248).

Kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. Elkoyma ve kayyım atama kararı müdafiiine bildirilir.

6) *Kaçanın mal, hak ve alacaklarına elkoyma kararının kapsamı (CMK 248/2).*

Birinci fıkra hükmü; a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan; 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78), 2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 3. Hırsızlık (madde 141, 142), 4. Yağma (madde 148, 149), 5. Güveni kötüye kullanma (madde 155), 6. Dolandırıcılık (madde 157, 158), 7. Hileli iflas (madde 161), 8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 9. Parada sahtecilik (madde 197), 10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220), 11. Zimmet (madde 247), 12. İrtikâp (madde 250), 13. Rüşvet (madde 252), 14. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 15. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236), 16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), 17. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 18. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), Suçları, b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar, hakkında uygulanır.

7) *Kaçanın elkonulan mal, hak ve alacaklarının korunması (CMK 248/3).*

Elkonulan mal, hak ve alacakların korunmasında, elkoymaya ilişkin hükümler uygulanır. Tedbirlere ilişkin kararların özetinin bir gazetede ilânına mahkemece karar verilebilir.

8) *Elkoyma kararının kaldırılması (CMK 248/4).*

Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir.

9) *Tutuklama kararının, kaçağın yokluğunda verilebilmesi (CMK 248/5).*

Kaçak hakkında 100 üncü ve sonraki maddeler gereğince, sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilir.

Bazı kararlar duruşmada verilir. Örneğın kaçak sanığın (sulh ceza hakimi 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).

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 hakimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilmesini kabul etmiştir (CMK 248/5). Bu nedenle, tutuklama kararının verildiğı diğer durumlarda, sanığın oturumda hazır olması sözkonusu olacaktır. Sanık hazır değil ise tutuklama kararı verilememektedir.

Gıyabi tutuklama kararının kaldırılmasının sakıncalı yönleri vardır. Mesela, 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. Bir istisna CMK 248. maddesinde sadece yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında öngörülmüştür. Diğer bir istisna, yabancı ülkede bulunan ve suçluların iadesi prosedürüne göre geri verilmesi istenen kişi bakımından kabul edilmiştir (TCK 18/6).

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 ikinci istisna, CMK 199/1 ile düzenlenmiştir: gıyabi tutuklama kararı verilmesi prensip olarak yasaklandığı için, “duruşma başladıktan 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 ağrı kağıdı 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 gıyabi 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. Hakimlik makamı tarafından verildiğinde, bu “yakalama emrine” karşı da itiraz yolu açıktır (CMK 267). Fakat mahkeme tarafından verildiğinde, kanunda açık bir düzenleme yer almadığı için, itiraz yoluna gidilemez.

*10) Kaçağın bakmakla yükümlü olduğu yakınlarına yardım kararı (CMK 248/6).*

Mahkeme elkoymaya karar verdiğinde, kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşebileceklerini saptarsa, bunların geçimlerini sağlamak üzere, elkonulan mal varlığından sosyal durumları ile orantılı miktarda yardımda bulunulması konusunda kayyıma izin verir.

*11) Kaçağa tutuklanmama güvencesi verilmesi (CMK 248/7).*

Gaipler hakkında tutuklanmama güvencesi verilmesine ilişkin CMK 246 ncı madde hükmü, kaçaklar hakkında da uygulanır.



12) Kaçağın mal, hak ve alacaklarına elkonulması ile ilgili kararlara itiraz (CMK 248/8).

Bu kararlara karşı itiraz edilebilir.

13) Kaçak hakkında eski hale getirme.

Eski hale getirme kaçaklarla ilgili olarak da uygulanabilir. Kaçak durumunda olan kiři hakkında yapılan işlemde gerçekten haberdar olmamışsa, yani kaçak durumuna düştüğünü bilmiyorsa eski hale getirme yolu bu kiři ačíından 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 tutuklama kararı verilmesi de istisnai bir şekilde kabul edilmiştir (CMK 248/5). Görüldüđü gibi kaçaklar hakkında da eski hale getirme uygulanabilmektedir.

## § 40- TÜZEL KİŞİNİN TEMSİLİ

### I- Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturma (CMK 249/1).

1) Ceza sorumluluğu bulunan tüzel kişiler.

Suçtan zarar gören toplum denince, suç kanunların ihlâli olduğundan akla Devlet gelir. Hattâ tüzel kişiliği haiz olsalar da Devlet içindeki diğer makamların ve toplulukların, Örneğin Bakanlıkların, Belediye ve Özel İdarenin zararları ferdî zarar mahiyetindedir. Yabancı Devletlerin, Milletlerarası teşekküllerin hattâ insanlık topluluğunun zararı da böyledir. Meğer ki Milletlerarası teşekküllerin suç tipi koyma yetkisi olsun ve bunları ihtiva eden kanunlara aykırı hareket edilsin. Bunun için böyle bir durum söz konusu değildir.

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 koğuşturmanın başlaması lâzımdır. Kovuşturmanın kamu yararına olmasının sebebini Devletin her suçtan zarar görmesinde aramalıdır. Bazı hal-lerde talep veya izin şartının aranması da zarar gören toplum tarafı bakımından kabul edilmiştir. 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.

Suçtan zarar gören birden fazla olabilir. Tüzel kişiler de suçtan zarar gören fert tarafını teşkil edebilirler. Kanun tüzel kişilerin katılma yetkisini açıkça benimsemiştir (CMK 237/1). 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. Gerekliyorsa istisnalar kabul edilmelidir.

### 2) Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru.

Kamu gücü kavramı yasama, yürütme yargının tüm organlarını kamu tüzel kişilerini ve bunlar adına hareket eden tüm gerçek ve tüzel kişileri kapsamaktadır. Ancak, sadece özel hukuk tüzel kişileri bireysel başvuruda bulunabilirler,

### 3) Tüzel kişi ile uzlaşma.

Diversion diye bilinen ceza hukuku dışına çıkarma akımı da uygulanmaktadır. Ayrıca, mağdurun durumunu kuvvetlendirmek ve tüzel kişilerin ceza hukukundaki sorumlulukları yeni ceza hukukunu şekillendirmektedir. Cumhuriyet savcısı yeterli şüphe bulunduğu hallerde, iddianame düzenlemeden önce, şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması için, girişimde bulunur (CMK

253/1). Uzlaştırma girişimi ya bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır veya Cumhuriyet savcısı adli kolluk görevlisine talimat vererek, kolluk aracılığı ile şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur (CMK 253/4).

4) *Tüzel kişinin cezalandırılması sorunu ve sanığın gerçek kişi olması şartı.*

Sanık ceza sorumlusu fert tarafıdır. Cezalandırılabilen fiili, yani suç u işleyenler ancak gerçek kişiler olduğundan ceza dâvası da ancak gerçek kişiler aleyhine açılabilir. Bunun içindir ki sanık olabileceklerin gerçek kişi olması şarttır.

Ceza sorumluluğunun sübjektifliği prensibi, 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.

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.

Türk Ceza Kanununa 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 soruştırma ve kovuştırmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya 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).

“Şahıs itibariyle taraf”, yargılanacak uyuşmazlığın süjelerininin bu uyuşmazlık bakımından durumlarını ifade eden bir tâbirdir. Bu durumda olan süjelerin gerçek kişiler olması şart değildir. Tüzel kişiler de şahıs itibariyle taraf durumunda olabilir.

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.

Ceza sorumluluğunun subjektifliği prensibi, 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.

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.

Türk Ceza Kanununa 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 koğuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya 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).

##### *5) Koruma tedbirleri.*

Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçların işlenmesi sureti ile elde edildiğine dair, “kuvvetli şüpheli 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).

Ceza Kanunu suç işlenmesi ile sağlanan menfaatin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere edilmesini (kazanç müsaderesi) kabul edilmiştir (TCK 55/1). Bu müesseyi kabul eden sistem içerisinde, genişletilmiş müsadere bakımından da davanın devam ettiği sürece, tedbir niteliğinde bir elkoyma kabul edilmektedir (CMK 123/1).

Ceza Muhakemesi Kanunu, hak ve alacaklara ilişkin tedbirler konusunu düzenlemiştir. Kanununun 128 nci maddesinde, “taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma” başlığı altında, kanunda liste halinde sayılan ağır suçlarda, haklara elkonulması yetkisi, Devlete verilmiştir.

##### *6) 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 tedbidir.

Kanununun 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 adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adlî para cezası, çek bedeli-

nin 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 buldurmakla 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 buldurmakla 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 buldurmeyen 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 açılamaz.

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 hlinde vermekle yükümlüdür.

ek düzenleme ve ek 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 ekle 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 hlinde, aynı kararda, ek düzenleme ve ek hesabı açma yasağının kaldırılmasına da karar verilir. Bu karar, kesinleşmesi hlinde, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına sekizinci fıkradaki usullere göre bildirilir ve iln olunur.

Koruma tedbiri olarak verilen ek düzenleme ve ek hesabı açma yasağı kararına yapılan itirazın kabulü hlinde, bu kararla ilgili olarak da sekizinci fıkradaki bildirim ve yayımlanma usul izlenir.

Birinci fıkrada tanımlanan suç nedeniyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, n 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 ek bedelini, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanun ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticar 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 adlî 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.

#### 7) Ruhsat iptali.

4733 numaralı Tütün Ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8/8. fıkrasında 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 mahkum 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 anlaşılammaktadır. 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, mahkumiyet halinde hükmedildiğinde ise ceza hukuku anlamında güvenlik tedbiri olduğu kabul edilmelidir. İki den fazla önödeme de bulunması halindeki tipinde ise önödeme 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 elkoyulabileceği, 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) kanunkoyucu aynı amaçlarla “satış, dağıtım veya uygunluk belgelerinin” iptalini düzenlemiştir. Şayet 4733 sayılı Kanun kapsamına giren bir suç sözkonusu ise ve bu suçtan dolayı en azından yargılama başlamış ise suçun işlenmesine devamı önlemek amacıyla suç konusu ürünler piyasadan toplatılarak imha, aynı zamanda suç konusu oluşturacak yeni ürünlerin üretiminin 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, ithla 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 hakim 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 uygulanamaması 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 yaptırımı 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.

## **II- Tüzel kişinin organ veya temsilcisinin duruşmaya kabul edilmesi (CMK 249/1).**

Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilineceye kadar, şikayetçi olduklarını bildirerek, kamu davasına katılabilirler (CMK 237/1).

Kanun, katılma yetkisini mağdura ve suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişilere ve malen sorumlu olanlara vermiştir. Katılan, reşit ve mümeyyiz olmalıdır. Kanunî temsilci varsa onun katılması gerekir. Devletten gayri, hükmi 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 dâvasına katılmaları gerekir. Kanun şahsi hak istemi yolunu kapattığına göre, katılmanın tüzel kişilere de teşmili yerinde olmamıştır.

## **§ 41- UZLAŞMA**

### **I- Uzlaşma ve “uyuşmazlığın saptırılması”.**

#### *1) Uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle halledilmesi.*

Ceza davasının konusunu oluşturabilecek olan bazı uyuşmazlıkların, mahkemeye gitmeden, fakat adalet sistemi içinde çözülmesi, Türk Hukukunun bir çok alanında kabul görmüş olan bir yöntemdir. Bu kapsamda, Ceza muhakemesinde uzlaşma (CMK 253), Hukuk muhakemesinde arbuluculuk gibi, Vergi Usul Kanunu, Avukatlık Kanunu, Futbolda Tahkim Kanunu ve Tüketicinin Korunması Kanunu ile uzlaşma benzeri kurumlar kabul edilmiştir.

#### *2) CMK daki uzlaşma.*

Ceza Muhakemesi Kanunu (m. 253 ve Türk Ceza Kanunu ilk yürürlüğe girdiği sırada m. 73/8) “uzlaşma” adı altında yeni bir kurum kabul etti. 1 Haziran 2005 de yürürlüğe giren bu kurallar, Aralık 2006 da 5560 sayılı Kanun ile değiştirildi.

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, “uzlaşma”, yani “ceza yargılaması yolundan çıkarma” (diversion veya déjudiciarisation) denilmektedir. Bu kavram, sanığın 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 yargısı yolundan çıkarma bir bakıma resmî olan ve olmayan diye ikiye ayrılmaktadır. Çeşitler bir diğer bakımdan da, ceza yargılaması yolundan “basit çıkarma”, “katımlı çıkarma” ve “arabuluculuk” diye sayılmaktadır. Basit çıkarmada resmî makamların tek taraflı olarak araştırmaya, koğuşturmaya veya yargılamaya son vermesinde olduğu gibi, sanığın rolü yoktur. Katımlı 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.

Uzlaşmada 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 uzlaşma (mediation) yolu ile halledilmesi kabul edilmiştir.

Basit suçların sayıca olağanüstü derecede artması karşısında, bu suçlar için usulün basitleştirilmesi, bütün dünyada kaçınılmaz olmuştur. Şimdi CMK 171/2 de gördüğümüz kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu da uzlaşmaya benzemektedir.

## **II- Ceza Muhakemesi Kanununun “uzlaşma” sistemi.**

*1) Uzlaşma, “yaptırım benzeri” olan ve “davayı düşürücü” bir kurumdur.*

Uzlaşma, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan, ağır ol-

mayan 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.

Türk Ceza Kanununda artık açıkça yazılmasa bile, uzlaşma, Devletin ceza verme hakkını ortadan kaldıran sebeplerdendir. 2006-5560 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce, uzlaşmaya “şikayet şartının gerçekleşmemesine” bağlanan sonuçların bağlanacağı kabul edilmiş idi (TCK 73/8). Ancak, bu fıkra 2006-5560 ile yürürlükten kaldırılarak, uzlaşma kurumu sadece CMK 253 vd maddelerde düzenlense de, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, C. savcısının iddianame düzenlemesinin yolu kapandığı için (CMK 253/19), kamu davasının mecburiliğini kabul eden bir sistem içinde, uzlaşmanın, “Devletin ceza verme hakkını ortadan kaldıran bir sebep” olduğu kabul edilmelidir. Uzlaşmanın maddi ceza hukuku yönünün, TCK da düzenlemesi yerinde idi.

Uzlaşma maddi ceza hukuku açısından, davayı düşüren sebeplerden sayıldığı için, şikayetten vaz geçmenin doğurduğu sonuçları doğurduğu kabul edilmelidir. Uzlaşma, “dava açılmasını engelleyen” muhakeme şartlarından. Uzlaşmaya tabi olan suçlarda, uzlaşma yolu denenip, olumsuz bir sonuç alınmadan, iddianame düzenlenemez. Bu nedenle, uzlaşmanın denenmesi, yeni bir “ceza muhakemesi şartı” olmuştur. Uzlaştırma yapılmaması, iddianamenin iadesi sebebidir (CMK 174)

Uzlaşma, yargılama benzeri bir görevdir. Uzlaşma, ceza muhakemesi hukuku açısından incelendiğinde, uzlaştırmacının yaptığı fonksiyonun, “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 söz konusu olmadığı için, tam bir “yargı görevi” de değildir.

Uzlaşmaya 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.

Uzlaşma'nın 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, uzlaşmayı kabul edip, uygulayan ülkelerde, muhakemenin ağırlık noktası soruşturma evresine kaymıştır.

#### 2) Şikayet şartının gerçekleşmesi koşulu.

Uzlaşma yolu öncelikle şikayete bağlı suçlarda kabul edildiği için, önce “şikayet şartının gerçekleşmiş olması” gereklidir. Uzlaşmaya tabi diğer suçlarda (CMK 253) ise şikayet koşulunun aranmayacağı açıktır.

#### 3) Suça ilişkin araştırma yapılması ve yeterli şüphe.

Uzlaşmaya tabi bir suça ilişkin bilgi edinildiği zaman, geleneksel araştırma ve soruşturma işlemleri yapılır. Uzlaşma, 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.

#### 4) Uzlaşma teklifinin yapılması.

C. savcısı yeterli şüphe bulunduğu hallerde, iddianame düzenlemeden önce, şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması için, girişimde bulunur (CMK 253/1). Uzlaştırma girişimi ya bizzat C. savcısı tarafından yapılır veya C. savcısı adli kolluk görevlisine talimat vererek, kolluk aracılığı ile şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur (CMK 253/4).

Uzlaşmanın “mahiyeti” ve “uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin” hukuکی sonuçlarının anlatılması gerektiği için, adli kolluğun aracı kılınması yerinde olmamıştır. Haklarını öğrenme hakkını kolluk belki sağlayabilir, ama, uzlaşmanın özgür irade (CMK 253/17) ile kabul edilip edilmediğini, C. savcısının takdir etmesi daha yerinde olurdu.

Şüpheliye uzlaşmayı kabul edip etmediğinin sorulması, bir anlamda, fai-

lin “sorumluluğunu kabul etmesi” ve “suçu ikrar etmesi” demektir. Ancak, uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz (CMK “2006-5560” 253/20). Kanunun şimdiki düzenlemesi, öncekinden farklıdır: 2006-5560 değişikliğinden önce, “belgeler” bakımından tarafların iradelerine bakılıyor, izin verirlerse daha sonra açıklanabiliyordu; olay veya suç ikrarı, davada aleyhine delil olarak kullanılmıyordu (CMK 253/6).

Uzlaşmanın ileri aşamalarına gecebilmesi için, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin de uzlaşmayı kabul etmesi gerekir (CMK “2006-5560” 253/9). şikayete bağlı suçlardaki uzlaşmaya, “zararının giderilmesi koşulu ile şikayetden vaz geçme” de denebilir.

##### *5) şüphelinin uzlaşmadaki hakları.*

Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları anlatılır (CMK 253/5).

Uzlaşmanın mahiyeti, “uyuşmazlık konusundaki kararın, hakim veya savcı tarafından değil, uyuşmazlığın tarafları olan mağdur ve şüpheli tarafından verileceğidir”. Bu hususun her iki tarafa da, anlayabilecekleri şekilde, bildirilmesi gerekir.

Anayasamızın “aydınlatılmış irade” bulunmasını öngören 40 ncı maddesi doğrultusunda, CMK nın şüpheliye ve mağdura uzlaşmanın hukuki mahiyetini ve sonuçlarını anlatmayı düzenlemesi yerinde olmuştur.

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 aşılamaz.

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 aşılanmasının ertelenmesine” karar verilir.

Ŗüpheli uzlaşmasına rağmen edimini yerine getirmezse, uzlaşma raporu ilam gibi hŖkŖm ifade eder (İİK 38).

Uzlaştırma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak, CMK da ŖngŖrŖlen kanun yolları açıktır (CMK ‘2006–5560’ 253/23).

Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, Ŗüpheli uzlaştırmacının giderini ve masraflarını Ŗdemez, bunlar Devlet Hazinesi tarafından karşılanır (CMK 253/22). Uzlaşma olmazsa, bunlar “yargılama gideri” sayılır.

#### 6) Mağdurun uzlaşmadaki hakları.

Uzlaştırmanın sağlanması halinde, soruştırma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılamaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır (CMK ‘2006–5560’ 253/19). Ancak, mağdur suç işlendikten sonra, fakat uzlaşma neticelenmeden Ŗnce, hukuk mahkemesinde tazminat davası aımiş ise sonradan uzlaşma gerçekleştiği durumlarda, mağdur hukuk davasındaki vekili için yaptığı Ŗdemeyi de uzlaşma edimine dahil edebilir.

Ŗüpheli uzlaşmasına rağmen, edimini yerine getirmezse, uzlaşma raporu ilam gibi hŖkŖm ifade eder (İİK 38).

Uzlaştırma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak CMK da ŖngŖrŖlen kanun yolları açıktır (CMK ‘2006–5560’ 253/23).

### III– Uzlaşmaya tabi olan ve olmayan suçlar.

#### 1) Soruşturulması ve kovuşturulması Ŗikayete bağlı suçlar, uzlaşmaya tabidir.

Soruşturulması ve kovuşturulması Ŗikayete bağlı suçlar, uzlaşmaya tabidir. TCK ve CMK ilk yŖrŖrlŖđe girdiği sırada, sadece Ŗikayete bağlı suçlarda uzlaşma yolu açılmış ve uzlaşma davayı dŖřŖren nedenler arasında TCK da dŖzenlenmiřti. Bu dŖzenlemenin gerekçesi olarak da, uzlaşmanın Ŗikayete bağlı kŖŖk ihtilflerde denenmesinin sağlanması belirtilmişti. 2006 yılında 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile katalog suç sayma yŖntemi ile uzlaşma genişletildi ve TCK daki hŖkŖm kanundan çıkarıldı. BŖylece, uzlaşma halinde kamu davası açılmamasının veya dŖřme kararı verilmesinin maddi ceza hukuku açısından temeli de ortadan kaldırılmış oldu.



Soruşturulması ve kovuşturılması şikayete bağlı suçlarda uzlaşma kurumunun uygulanması, şikayetten vazgeçme ile çelişmektedir. Mağdur doğrudan doğruya şikayetten vazgeçtiği takdirde, uzlaşma yolu kendiliğinden kapanmakta, açılması için, mağdurun önce şikayette bulunması gerekmektedir. CMK 158/6 uyarınca, “kovuşturma evresine geçtikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde, mağdurun açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam edileceği” için, bu gibi hallerde mahkeme tarafından uzlaştırma işlemleri yapılacaktır (CMK 254/1).

Türk Ceza Kanununda yer alan şikayete bağlı ve uzlaşmaya tabi olan suçlar şunlardır:

Yurt dışında işlenen suçlar (TCK 11/2): Türk vatandaşının aşığı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektiren suçu yurt dışında işlediğinde, Türkiye’de yargılama yapılması, zarar görenin veya yabancı hükümetin, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde şikayette bulunmasına bağlıdır. Bu suç ta, prensip olarak uzlaşmaya tabidir.

Basit yaralama (TCK 86/2): şikayet üzerine hüküm verilir.

Taksirle yaralama (TCK 89/5): suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır).

Tehdit (TCK 109/1, 2 inci cümle): malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından... bahisle tehditte, mağdurun şikayeti üzerine hüküm verilir.

Konut dokunulmazlığının ihlali (TCK 116/2): açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri hakkında, mağdurun şikayeti üzerine hüküm verilir.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK 117/1): mağdurun şikayeti üzerine ceza verilir.

Kişilerin huzur ve sükununu bozma (TCK 123): mağdurun şikayeti üzerine ceza verilir.

Hakaret (TCK 131/1): kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun (TCK 125) soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlıdır.

Kişinin hatırasına hakaret (TCK 131/2): hakaret suçu ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmişse (TCK 130), soruşturma ve kovuşturma, ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşlerinin şikayetine

bağlıdır.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK 133): suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır (TCK 139).

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK 133): suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır (TCK 139).

Özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK 134): suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır (TCK 139).

Basit hırsızlık (TCK 144): hırsızlık suçunun paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde, şikayet üzerine cezaya hükmolunur.

Kullanma hırsızlığı (TCK 146): şikayet üzerine verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.

Mala zarar verme (TCK 151): mağdurun şikayeti üzerine cezalandırılır.

Hakkı olmayan yere tecavüz (TCK 154/1): şikayet üzerine cezalandırılır.

Güveni kötüye kullanma (TCK 155): şikayet üzerine cezalandırılır.

Bedelsiz senedi kullanma (TCK 156): şikayet üzerine cezalandırılır.

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (TCK 160): şikayet üzerine cezalandırılır.

Açığa imzanın kötüye kullanılması (TCK 209/1): şikayet üzerine cezalandırılır.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (TCK 233/1): şikayet üzerine cezalandırılır.

Sırrın açıklanması (TCK 239/1): şikayet üzerine cezalandırılır.

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali (TCK 233/1): şikayet üzerine cezalanırılır.

Hakkı olmayan yere tecavüz (TCK 154/1): şikayet üzerine cezalandırılır.

Türk Ceza Kanununun 73 üncü maddesinde, “soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç” terimi kullanılmış, CMK 253/1–a maddede de, “soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçların” uzlaşma kapsamında olduğu açıklanmıştır. Türk Ceza Kanununda şikayete bağlı tutulan suçların tümüne bakıldığında, bir kısmının “cezalandırılmasının şikayete bağlı” olduğu görülmektedir. Doktrin ve uygulamada bu fark üzerinde durulmaksızın, şikayet kelimesinin geçtiği tüm yasa maddelerinin uzlaşma kapsamında olduğu kabul edilmiştir.

2) Şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, CMK 253/1–b de sayılan suçlar, uzlaşmaya tabidir.

Kanun uzlaşmaya tabi suçları belirlerken, iki ölçütten yola çıkmış ve Şikayete bağlı suçlardan başka, Türk Ceza Kanununda yer alan bazı suçları da, sayma yöntemi ile uzlaşma kapsamına dahil etmiştir:

- a) Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, TCK 86; TCK 88),
- b) Taksirle yaralama (TCK 89),
- c) Konut dokunulmazlığının ihlali (TCK 116),
- ę) Çocuğun kağırılması ve alıkonması (TCK 234),
- d) Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, TCK 239) suçları uzlaşmaya tabidir.

3) Diğer Kanunlardaki “Şikayete bağlı olmayan” suçlarda uzlaşma için, açık hüküm bulunması gerekir.

a) Diğer Kanunlardaki “soruşturulması ve kovuşturulması Şikayete bağlı olan” suçlar:

Hususi ceza kanunlarındaki Şikayete bağlı suçların durumu Kanunda Şöyle ele alınmıştır: “Soruşturulması ve kovuşturulması Şikayete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaşma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir” (CMK ‘2006–5560’ 253/1).

Kanundaki düzenleme açık değildir. İki türlü anlaşılabilir: i) Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlardaki Şikayete bağlı suçlarda uzlaştırma yolu tamamen kapatılmıştır. Uzlaşma yolunun açılabilmesi için, kanunda açık düzenleme bulunması gerekir. ii) diğer kanunlardaki Şikayete bağlı olan suçlar kuralın istisnası olarak gösterildiği için, uzlaşmaya tabidir, fakat Şikayete bağlı olmayan diğer suçlarda kanunda uzlaşma yolunu kabul eden açık hüküm bulunmalıdır.

Biz ikinci anlayıştan yanayız. Zira, Kanun soruşturulması ve kovuşturulması Şikayete bağlı suçları, TCK dakiler diye ayırmadan, genel olarak uzlaşmaya bağlı tutmuştur (CMK 253/1–a). Bu nedenle de CMK 253/2 deki düzenlemede, birinci fıkrayı saklı tuttuğunu hatırlatmaktadır. Bu

nedenle, vergi suçları, İİK daki suçlar, FSEK deki suçlar, Patent Kanunundaki ve Markalar Kanunundaki bazı suçlar, şikayete bağlı oldukları oranda, bizce, uzlaşma kapsamındadırlar (İpek/Parlar 2011, 64 da aynı görüştedir).

*b) Diğer Kanunlardaki “re’sen kovuşturulan” suçlar:*

Bankalar Kanunundaki suçlar, yurt dışında işlenen suçlar gibi, şikayet dışında kalan, ceza muhakemesi şartına bağlı olan bazı diğer suçların durumu, yeni düzenleme ile açıklığa kavuşturulmuştur: bunlarda kanunda açıklık olmadığı, şikayet de öngörülmediği için, uzlaşma yolu kapatılmıştır. Bizce bu tercih yerinde değildir. Özellikle bankacılık suçlarında uzlaşma yolunun açılması gerekirdi.

*c) Çek suçlarında uzlaşma:*

Çek suçlarında uzlaşma yolunun açık olup olmadığı tartışmalı idi. 2009–5941 sayılı Çek Kanunu, 2012–6273 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve bizce tereddüt kaldırılmıştır: çek suçları artık uzlaşmaya tabidir.

Değişik 5 inci madde, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikayeti üzerine, adli para cezasına hükmolunması öngörülmüştür.

5941 sayılı Çek Kanununun 6. maddesinin başlığı “etkin pişmanlık ve yasak kararının kaldırılması” iken, 2012 değişikliği ile “etkin pişmanlık” kaldırılmış ve madde ile sadece “...yasak kaldırma” düzenlenmiştir. Bu hükme nazaran, çek bedelinin faizi ile birlikte tamamen ödenmesi halinde, çek yasağı C. savcısı tarafından kaldırılacaktır.

Görüldüğü gibi, yeni Çek Kanunu ile uzlaşma düzenlenmemiş, fakat Geçici 2. madde ile “anlaşma“ diye bir kurum getirilmiştir. 2012–6273 sK ile yürürlükten kaldırılan Çek Kanununun 5 inci maddesinin 11 inci fıkrasında, karşılıksız çekte CMK 171, 231, önödeme ve 297/3 ün uygulanmaya çağrı belirtilmiş iken, bu düzenlemenin yürürlükten kaldırılması ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile oluşturulan hukukun<sup>251</sup> hükmü kalma-

<sup>251</sup> Yargıtay, çek suçları hakkında, hususi ceza kanunları ile ilgili TCK 5 in uygulanmasının ertelenmesinden yola çıkarak, uzlaşma yolunu kapatmıştı: Yargıtay CGK 5.7.2005, E. 2005/10-84, K. 2005/90 numaralı kararı ile uzlaşma yolunun kapalı olduğuna şu gerekçelerle karar verilmiştir: 3167 Numaralı Çek Kanunu “ödeme ile sonuç alınması için, failin suçunu kabul etmesini” öngör-

mıştır (bu konudaki eleştiriler için bakınız; İpek/Parlak 2011, 67; Ünver/Hakeri 2010, 726). ek suçlarında şikayet arandığı ve uzlaşmayı engellenen bir hüküm de bulunmadığı için, uzlaşmanın yolu açılmıştır.

4) *Uzlaşma uygulanamayan etkin pişmanlık suçları.*

Etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda, soruşturulma ve kovuşturulma şikayete bağlı olsa bile, uzlaştırma yoluna gidilemez (CMK ‘2006–5560’ 253/3).

5) *Uzlaşma uygulanamayan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar.*

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda (TCK 102/1, 104/1, 105/1), bunların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile, uzlaştırma yolu kapalıdır (CMK ‘2006–5560’ 253/3).

6) *Uzlaşma uygulanamayan bağlantılı suçlar.*

Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz (CMK 263/2).

Bununla birlikte, Yargıtay; hırsızlık suçu ile birlikte işlenen geceleyn işyeri dokunulmazlığını ihlal (TCK 116) suçundan CMK 253 ve 254 maddeleri uyarınca işlem yapılmamasını, (6 CD 18.11.2008, K. 2008–20743) veya nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs ve geceleyn konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından yapılan yargılamada, şikayete bağlı olan konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından; suçun uzlaşma kapsamında kalması ve uzlaşmanın bir kovuşturma şartı olması nedeniyle, öncelikle uzlaşma işlemlerinin yapılmamasını (5 CD 23.9.2008, K. 2008–7933) bozma nedeni yapmaktadır.

7) *Uzlaşma uygulanamayan önödemeye tabi suçlar.*

Kanun ndeme (TCK 75/1) uygulanması için ‘‘uzlaşma kapsamında

---

myor, Sanık hiç ödeme yapmasa da şikayetten vazgeçme mümkündür. Sanık mağdurdan bağımsız olarak ödeme yapabilir ve mağdur da bağımsız olarak vazgeçebilir. Hüküm kesinleştikten sonra da vazgeçme ve anlaşma mümkündür. Kamu tüzel kişisi bakımından da anlaşma mümkündür. Yapılan ödemeden diğer sanıklar da yararlanır. Ödemenin ‘‘tam’’ yapılması gerekir. Uzlaşmada ise ‘‘büyük bir bölümün’’ ödenmesi yeterlidir.

olmama” koşulunu öngördüğü için, önödeme suçlarda uzlaşma yoluna gidilemez.

8) *Uzlaşma uygulanamayan, mağduru kamu tüzel kişisi olan suçlar.*

Kanun (CMK 253/1) uzlaşmanın gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri arasında uygulanmasını kabul ettiği için, mağdurunun kamu tüzel kişisi olan, şikayete bağlı suçlarda (mesela TCK 341, 342) uzlaşma yolu kapalıdır (İpek/Parlar 2011, 71; Centel/Zafer 2010, 453).

#### **IV– Uzlaştırmacı olabilenler: Cumhuriyet savcısı, avukat veya hukukçu.**

1) *Cumhuriyet Savcısının uzlaştırmayı kendisinin gerçekleştirmesi.*

Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören kişi uzlaşma teklifini kabul ederlerse, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebilir (CMK 253/9).

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).

Kanunun yasaklayan hükmünün (CMK 253/10) sadece Cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirilen avukat veya hukukçu uzlaştırmacılar açısından geçerli olduğu, Cumhuriyet savcısının bizzat kendisini kapsamadığı, herhalde düşünülemez.

2) *Baro tarafından uzlaştırmacı olarak görevlendirilen avukat.*

Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirmezse, Barodan uzlaştırmacı görevlendirmesini isteyebilir veya hukuk eğitimi görmüş kişiler arasından, kendisi uzlaştırmacı görevlendirebilir (CMK 253/9). Bir avukat veya hukukçu, “uzlaştırmacı” seçilir veya görevlendirilince, yetki kazanır.

Uzlaştırmacı avukatın görevlendirilmesi konusu da, 2006 yılında köklü bir şekilde değişmiştir. Tarafların üzerinde anlaştıkları avukat, artık kabul edilmemektedir. Tarafların uzlaştırmacı seçme yetkileri kaldırılmış, sadece “görevlendirilme” usulü kabul edilmiştir: uzlaştırmayı ya savcı kendisi yapacak, veya Baro tarafından “görevlendirme” isteyecek veya hukuk eğitimi görmüş kişiler arasından seçerek, kendisi “görevlendirecektir” (CMK 253/9).

*3) Hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirilmesi.*

Uzlaştırmacı olarak atanabilecek kişilerin, baroya kayıtlı avukat olması halinde herhangi bir ön şart bulunmamaktadır. Ancak diğer hukukçuların uzlaştırmacı olarak atanabilmesi için ağır ceza merkezi Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından belirlenen listeye kayıtlı olması gerekir. Zorunluluk hâlinde listeye kayıtlı olmamasına rağmen, bu maddede belirtilen şartları taşıyan hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından da görevlendirme yapılabilir (Yön. 15/11).

Avukat olmayan hukuk öğrenimi görmüş kişiler hakkındaki uzlaştırmacı listesi ağır ceza Cumhuriyet başsavcılıklarınca, her yılın kasım ayı sonuna kadar başvuranlar arasından oluşturulur. Bu listeye kayıtlı olan uzlaştırmacılar sadece kayıtlı buldukları il sınırları içerisinde değil ülke çapında görev alabilirler.

Listeye girebilmek için hukukçuların; 1. Üniversitelerin hukuk fakültelelerinden mezun olması, 2. Siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim veren fakültelerden mezun olunmuşsa bu fakültelerin, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer vermiş olması, 3. Hukuk dalında yüksek lisans ya da doktora yapmış bulunması, 4. Baroya kayıtlı avukat olmaması, 5. Taksirli suçlar hariç olmak üzere; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geğmiş ve affa uğramış, ertelenmiş ya da paraya çevrilmiş olsa bile kesinleşmiş bir kararlar veya Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, millî savunmaya, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlardan ya da zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye

fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal-varlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve haksız mal edinme suçlarından biriy-le hükümlü bulunmaması, 6. Disiplin yönünden meslekten ya da memuri-yetten çıkarılmamış veya geçici olarak yasaklanmamış olmaması gerekir.

Cumhuriyet savcısı  yöntemden hangisini, hangi koşulla seçecektir? Kanun bu konuda açık değildir. Yönetmeliğin 13/2 maddesinde ise “uz-laştırmacı görevlendirilmesinde tarafların üzerinde anlaştıkları bir avukat ya da hukuk öğrenimi görmü bir kişi tercih edilebilir”, denilmiştir.

Uzlaştırmacıların sayısı, uyuşmazlığın niteliği göz önünde bulundurula-rak Cumhuriyet savcısınca tespit edilir (Yn.13/3). Uzlaştırmacının avu-kat olarak belirlenmesi halinde başvuru zerine Baro Başkanlığınca önce-likle uzlaşma konusunda eğitim almış bir avukat görevlendirilir. Avukat soruşturmanın yapıldığı yer barosuna kayıtlı olmalıdır. Ancak tarafların üzerinde anlaştığı avukatın soruşturmanın yapıldığı yer barosuna kayıtlı olması gerekmez. Bu hlde görevlendirme avukatın bağlı bulunduğu baro tarafından yapılır (Yn.14/2).

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.

Uzlaştırmacı açısından, hkimin davaya bakamayacağı veya tarafsızlığı-nı şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı reddini gerektiren hllerin bulunması halinde, uzlaştırmacı olarak atanamaz. Bu hallerin varlığına rağmen grevlendirilmişse, tarafların rızasının var olması hali hariç (Yn. 13/4), uzlaştırmacının görevine son verilmeli ve yeni bir uzlaştırmacı atanması istenmelidir.

## **V- Uzlaştırma işlemlerinin yürüyüşü.**

### *1) Kolluk tarafından yapılan soruşturma işlemleri.*

Kolluğun uzlaşmaya bağlı suçlarda yakalama yetkisi yoktur. şikayet gerçekleşirse, kolluk ifade alabilir. İfade almadan önce uzlaşma hakkını bildirmelidir. Kolluk Savcının emri ile araştırma ve soruşturma yapar.



### 2) Savcılık tarafından yapılan soruşturma işlemleri.

Araştırma ve gerekli soruşturma işlemlerinin yapılması; “yeterli delil” elde edilmesi gerekir. “Uzlaşma” ile “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” arasında bir sıralama vardır: uzlaşmaya tabi suçlarda önce uzlaşma yolu denenir, bu işlemin başarılı olmaması halinde, iddianame düzenlenmesi veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi yoluna sıra gelir (2. CD 20.4.2006, K. 7997).

Failin ağırılması (CMK 146/1); gelmezse zorla getirilmesi mümkündür. Fail gelmezse, uzlaşma usulü başlamaz.

Faille ve mağdura uzlaşmanın ve uzlaşmamanın hukuki neticeleri bildirilir. Aydınlatılmış irade “zgr iradedir” (Any 40). İkrar aleyhe delil olmaz (CMK 253/20). Uzlaşma “kovuşturmaya yer olmadığı kararının” doğuracağı sonuçları doğurur, bu da kesin hüküm gibidir.

şikayetten vazgeçtiği sırada, şahsi haklarından vazgeçtiğini açıkça ve ayrıca açıklamışsa, suçtan zarar gören artık hukuk davası açamaz (TCK 73/7).

Failin suçu ve zararı gidermeyi, zgr iradesi ile kabul etmesi, mağdurun da uzlaşmayı kabul etmesi gerekir, ancak failin ve mağdurun bizzat gelmesi şart değildir; C. savcısı uzlaşma teklifini her ikisine de, açıklamalı tebligat veya istinabe suretiyle de yapabilir (CMK 253/4).

şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan sonra üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklif reddedilmiş sayılır (CMK 253/4). Bunlara veya “kanuni temsilcilerine” ulaşılamadığı hallerde de, uzlaşma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır (CMK 253/6).

### 3) Baro tarafından yapılması gereken hususlar.

Aralık 2006 sonraki sistemde, Barolara fazla iş bırakılmamıştır. Sadece C. savcısının istemi üzerine bir avukatın uzlaştırmacı olarak görevlendirme yetkisi vardır (CMK 253/9).

Bu nedenle, Baroların uzlaştırmacı avukatların eğitimi üzerinde durmaları gerekir. Psikoloji, müzakere teknikleri, beden dili, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukundan oluşan bir müfredat uygulanmalı ve uzlaş-

tırmacı avukatların ayrı bir sicili oluşturulmalıdır.

Uzlaştırma dosyaları evvelce Baroda arşivleniyordu. Ancak, 2006 sonrası yapılan dzenlemeye gbre, uzlaştırmacıların mızakereler sonunda, kendisine verilen belge brenkleri ile birlikte, raporunu Cumhuriyet savcısına vermesi bngbrblmüştür (CMK 253/15).

4) *Uzlaştırmacıya bdenen ücret.*

Uzlaştırmacının ücreti Cumhuriyet savcısına tarafından takdir edilir ve bdenir (CMK 253/22). Cumhuriyet savcısına, uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderlerini ayrı ayrı takdir eder.

Uygulamada daima sıkıntı yaratan hususlardan biri, ücret meselesidir. Zorunlu müdafilikte olduğu gibi, uzlaşmada da, avukatları ücret ağısından Cumhuriyet savcısına bağımlı tutmak, yerinde bir tercih sayılmamalıdır.

5) *Uzlaştırma ilkeleri.*

Tarafsızlık kuralı ve gizlilik kuralı, uzlaştırmanın temel ilkelerini oluşturur. Uzlaştırmacı maddi gerçeği araştıramaz; tanık dinleyemez, bilirkişi incelemesi yaptıramaz, tarafların getirdikleri delillerle bağlıdır.

6) *Süreler.*

Uzlaştırmacıya dosya içindeki uygun görülen (CMK 253/11) belgelerden brenk verildikten sonra başlayan uzlaştırma süresi, en fazla 30 gündür. Cumhuriyet savcısına bu süreyi en çok 20 gün uzatabilir (CMK 253/12). Sonuçsuz kalan uzlaştırmadan sonra tekrar uzlaşma yoluna gidilemez (CMK 253/18).

7) *Uzlaşma oturumu bncesi yapılan hazırlık evresi.*

Bu evrede uzlaştırmacı yöntem belirleyici çalışmalar yapar ve uzlaşmaya taraflar bizzat mı gelecek, yoksa avukatları mı gelecek, bunu bđrenir. Zararın tesbiti için araştırmalar yapabilir.

Uzlaştırmacıya dosyadan Cumhuriyet savcısının uygun gbreceği belgelerden brenk verilmesi kabul edilmiştir (CMK 253/11). Ancak, soruştırmanın gizliliği (CMK 157) devam ettiği için, uzlaştırmacı bunları şüpheli ve mağdur ile paylaşamaz.

Maddi gerçeği arayan bir usul olmayan uzlaşmada, amaç, tarafları bir edim etrafında anlaştırmaktır. Kanunun dosyadan belge verilmesini kabul etmesi yerinde değildir. Bu yeni düzenleme, uzlaştırmacıya adeta bir araştırıcı fonksiyonu da verdiği için, sanki uzman görüşü de alabilecek intibai uyanmaktadır. 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. Yargıtay kararlarını beklemek gerekecektir.

Olması gereken hukuk açasından vereceğimiz cevap bellidir: uzlaştırmacı tarafsız ve bağımsızdır, görevi maddi meseleyi halletmek değildir, bu nedenle de dosyayı hiç bilmemesi gerekirdi.

#### **VI– Uzlaştırma müzakereleri aşaması.**

Bu aşama “tanışma“ ile başlar. Daha sonra uzlaşmanın 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.

##### *1) Tanışma ve uzlaştırmacının giriş konuşması.*

Önce uzlaştırmacı kendini tanıtır ve taraflarla tanışır. Bundan sonra taraflara yapılacak olan süreci, haklarını, uzlaşmanın hukuki sonuçlarını anlatır. Ancak, açılış konuşmasının, tarafları sıkacak derecede uzun tutulmasına özen gösterilmelidir. Uzlaştırmacı, kendisini tanııtma kısmını da kısa tutmalıdır ki taraflar bunun uzlaştırmacıyla değil, kendileri ile ilgili bir süreç olduğunu anlayabilsinler. Uzlaştırmacı, tarafların arasındaki uyumsuzluğı küçümseyecek nitelikte söylemlerde bulunmamalıdır. Örneğin, kendisinin tecrübeli bir uzlaştırmacı olduğunu ve problemin kolayca çözülebilecek bir problem olduğuna inandığını söylemesi durumunda; bunu, tarafların uyumsuzluğını küçümser şekilde yapmadığından emin olmalıdır.

Burada; “uzlaşma sürecinin gizliliği“, “uzlaştırmacının tarafsızlığı“ ve “bir karar merci gibi hareket etmeyeceği“, “uzlaşma sürecinde ortaya koyulan delillerin ileride açılacak bir davada delil olarak kullanılamayacağı“ gibi hususlar açıklanmalıdır.

*2) Bilgi toplama aşaması (doğrudan soru ve çapraz sorgu).*

Bu aşamada uzlaştırmacı 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.

Uzlaştırmacı, 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 uzlaştırmacının söylediğini anladığını teyid ettirmesi tavsiye edilmektedir. Bu nedenle, Uzlaştırmacı, tarafları dinlerken onlarla göz teması kurmalı ve vücut dilini iyi kullanmalıdır. Uzlaştırmacı, tarafların konuşmalarından pozitif ve işe yarar olduğunu düşündüğü noktaları seçerek, bunları diplomatik bir dille tekrar etmelidir. Buna uzlaştırmacının “yansıtma” veya “ayna görevi yapma” özelliği denir. Böylece, uzlaştırmacı, karşı tarafın özellikle duymasında fayda bulunan hususların vurgulanmasına yardımcı olur.

Uzlaştırmacı, tarafların anlattıkları hikayeleri dinledikten sonra bunları özetlemelidir. Uzlaştırmacı, “empati“ yaparak, kendisini tarafların yerine koymaya çalışmalıdır.

Uzlaştırmacı, tarafları dinlerken, yargılayıcı nitelik taşımayan, çapraz sorgu tarzında olmayan, ucu açık, doğrudan (anlattırıcı) sorular sormalıdır.

*3) Halledilmesi gereken problemleri sınırlama ve daraltma evresi.*

Uzlaştırmacı tarafların üzerinde anlaşamadıkları noktaları belirler ve bunların sayısını azaltır. Bu aşamada uzlaştırmacı, 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 uzlaştırmacının, tarafların çözüm önerileri üretmelerine yardımcı olmasının sağlanması.

Uzlaştırmacı 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, uzlaştırmacı kendisi çözüm üretmemeli, tarafların çözüm üretmesine yardımcı olmalıdır.

#### 4) *Ayrı yerlerde toplanma (caucus).*

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 imkan dahiline girer.

Uzlaştırmacı taraflarla ayrı ayrı görüşüşürse, 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 ilelebileceği hatırlatılmalıdır.

#### 5) *Tarafların tekliflerini belirleme evresi.*

Bu evrede karmaşık olaylardaki uyuşmazlık noktaları sıralanabilir.

#### 6) *Müzakere aşaması (negotiation).*

Bu aşamada her iki tarafın da kazançlı çıkacağı “win win” sonuçlara ulaşmak amacı ile müzakere yapılır, yanlış anlaşılmaların engellenmesi sağlanır. Detayların çözümsüz bırakılmamasına dikkat edilmelidir.

7) *Uzlaşma sureti ve edim.*a) *Uzlaşma ve edimin belirlenmesi aşamasında dikkat edilecek hususlar:*

Bu aşama uzlaştırmamanın 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.

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.*

Uzlaşmanın temel amacı, fail ile mağdurun birbirlerini tanımaları ve sonuçta barışmalarıdır. Bu nedenle, Kanunda uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayanması ve edimin hukuka uygun olması koşul olarak belirtilmiş, fakat uzlaşmanın konusu tanımlanmamıştır. Uzlaştırmacının hazırlayacağı ve tarafların imzalarını da içeren raporda, “ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanacak” (CMK 253/15) ve şüphelinin def’aten yerine getirmesi gereken bir “edim” belirlenecektir (CMK 253/19).

Edim olarak, mağdurun zararının giderilmesi ön planda gelir, zira, uzlaşma sağlandığı ve edim def’aten 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 uzlaşmada, Kanunun ilk yürürlüğe girdiği dönemde aranan, “zararın tamamen giderilmesi” koşulu, 5560 değişikliği sonrasında artık bulunmadığı için, her iki tarafın üzerinde anlaştıkları herhangi bir 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. Uzlaşmada taraflar aralarında manevi zararı da kapsayacak şekilde uzlaşmada serbestirler (Uzlaştırma Yönetmeliği 20).

Edim, zararın giderilmesi dışında bir konuda anlaşmayı da kapsayabilir. Mesela, failin mağdurdan özür dilemeyi kabul etmesi de, bir edim olarak sözleşmeye esas teşkil edebilir (Uzlaştırma Yönetmeliği 20/1–d).

*8) Raporun düzenlenmesi aşaması (closure).*

Tarafların bir edim üzerinde anlaşmaları halinde, uzlaşma tamamlanmıştır. Anlaşmayı, taraflar ve uzlaştırmacı imzalamalıdır. Uzlaştırmacı, tarafların ne surette anlaştiklarını, etraflı bir şekilde anlatan rapor düzenler ve kendisine verilen belge örnekleri ile birlikte, raporunu Cumhuriyet savcısına verir (CMK 253/15).

*9) Haricen uzlaşma.*

Kanun, uzlaşma 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 uzlaşmaya cevaz veren yönetmelik hükmü, yerinde olarak, Kanuna aykırı olduğu için iptal edilmiştir.

*10) Üzerinde uzlaşılan edimin ifa edilmesi ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi.*

Tarafların üzerinde uzlaştıkları edim def’aten 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 deki koşullar aranmadan, kamu davası açılır (CMK 253/19).

*11) Uzlaşmama durumunda veya uzlaşmaya rağmen, edimin ifa edilmemesi halinde, hukuk davası açılması ve hukuk davası açmak için zamanaşımı sorunu.*

a) Uzlaşmama durumunda tazminat davası açma sorunu. Uzlaştırmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır (CMK ‘2006–5560’ 253/19). Buna göre, uzlaşma olmadığı takdirde, suçtan zarar gören şikayetçi vazgeçmemişse (TCK 73/7), hukuk davası açabilecekti.

b) Uzlaşmaya rağmen edimin yerine getirilmemesi. Şüpheli uzlaşmasına rağmen edimini yerine getirmese, uzlaşma raporu ilam gibi hüküm ifade eder (İİK 38). Ancak, şikayetçi vazgeçtiği sırada, şahsi haklarından vazgeçtiğini açıkça ve ayrıca açıklamışsa, suçtan zarar gören artık hukuk davası açamaz.

c) Hukuk davalarının zamanaşımı. CMK 253/19, edimin taksidinde bağlanıldığı 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).

Hukuk sistemimizi bir “hukuk labirenti” haline getiren bazı yeni düzenlemeleri, sanırım yıllar içinde ya kaldıracağız, ya da Yargıtay kararları ile uyumlu hale getireceğiz.

*12) Mahkeme tarafından uzlaştırma.*

Kamu davası açıldıktan sonra, işin uzlaşmaya tabi bir suç olarak tavsif edilmesi durumunda, uzlaşmayı mahkeme CMK 253 deki hükümlere göre yürütür (CMK 254/1). Yargıtay, “uzlaşmanın” da bir kovuşturma şartı olduğunu kabul etmektedir; bu şart yerine getirilmeden düzenlenen iddianamelerin iade edilmesi gerekir (CMK 174). Şikayete bağlı suçlarda (sarkıntılık ve sövme) verilen kesin hükmün yane Ceza Kanununa uyarlama muhakemesinde, uzlaşma işlemi yapılmadan karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay bu kararında “uzlaştırmanın bir kovuşturma şartı” olduğunu vurgulamıştır (5. CD 7.3.2006, K. 1460). Yargıtayın aynı daire-



si diğer bir kararında, 1 Haziran 2005 den önce tarihinden önce kesinleşen takibi şikayete bağlı suçlarda, kesinleşen önceki hükümde değişiklik yapılabilmesi için duruşma açılması ve uzlaşma yolunun denenmesi gerektiği görüşleri ile bozma kararı verilmiştir (5. CD 10.7.2006, K. 6502).

Uzlaşmaya tabi suçta kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğinde, itiraz üzerine ağırceza mahkemesi başkanının kararı ile uzlaşma yapılır. Taksirle yaralama suçundan dolayı Karacabey C. Başsavcılığı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz üzerine, Yalova ağır ceza mahkemesi, “ilgili 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 kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilemeyeceği gerekçesi ile istemi kabul etmemiştir.

Uzlaşma kapsamında kalan bir suç hakkında esas mahkemesi hüküm kurmuş olsa dahi, Yargıtay, suçun uzlaşmaya tabi olması nedeni ile bozma kararı vermektedir (2. CD 11.9.2006, K. 1403).

Kavgada korkutmak için silahla ateş etmek suçundan (mülga TCK 465/2) mahkum olan suçta sürüklenen çocuk hakkında yeni Ceza Kanununa uygulama muhakemesi yapılırken, mülga Kanundaki cezanın (değişik) ÇKK 24 deki “uzlaşma” kapsamına girdiği görülmüş ve uzlaşma işlemleri yapılmadan “hükümün açıklanmasının ertelenmesi kararı” verilmesi, bozmayı gerektirmiştir (2. CD 16.10.2006, K. 16830).

Mülga Kanuna göre şahsi davalık olan suçlardan dolayı verilmiş olan kesin hükümlerin yeni Ceza Kanununa uygulama muhakemesinde, uzlaşma yolunun denenmesi mecburiyeti bulunduğu için, bu yola gidilmeden verilen infaz hükümlerinde bozma kararı verilmektedir (4. CD 24.4.2006, K. 9856).

Ancak mahkemenin uzlaştırmayı kendisinin yapması, herhalde yanlış bir tutum olur. Zira, hakimın yasaklanması veya reddi nedeni oluşacaktır. Bu kural değiştirilmelidir.

Duruşmada uzlaşma olur ve edim def’aten yerine getirilirse, “düşme kararı” verilir.

Edimin ifasında gecikme varsa, CMK 231 deki koşullara aranmaksızın, sanık hakkında “hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı” verilir (CMK 254/2).

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasından sonra, uzlaşma gerekleri yerine getirilmezse, CMK 231/11 deki şartlar aranmadan hüküm açıklanır (CMK 254/2).

Konut dokunulmazlığının ihlali suçu, 2006.5560 numaralı Kanun ile değişen CMK 253/1 de “uzlaşmaya tabi suç” kategorisine dahil edilmiştir. Daha önce de, çocuklar tarafından işlendiğinde, ceza sınırı dolayısı ile ÇKK uyarınca uzlaşmaya tabi idi. Eski Kanun zamanında 2004 yılında verilen hükümün yeni Kanuna uygulanması muhakemesi sırasında “uzlaşma” yolunun denenmemesi, bozma sebebi yapılmıştır (2. CD 22.2.2006, K. 2752).

“Uzlaşma” ile “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” arasındaki sıralama. Uzlaşmaya tabi suçlarda önce uzlaşma yolu denenir, bu işlemin başarılı olmamamı halinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi yoluna sıra gelir (2. CD 20.4.2006, K. 7997).

Muhakeme devam ederken sanığa ceza verilmeyeceği anlaşılabilen sebepler vardır. Bunlar Örneğin, sanığın ölümü, genel af, dâva zamanasını ile (TCK 64, 65, 66), önödeme ve savcılık (CMK 253/8) ile mahkeme tarafından yapılan uzlaştırmadır (CMK 254/2). Bu gibi hallerde düşme kararı verilir.

Suçun uzlaşmaya tabi olduğu kovuşturma evresinde anlaşılınca, mahkemenin uzlaştırmayı kendisinin yapması, bizce yanlış bir tutum olur. İşin bir uzlaştırmacıya gönderilmesi gerekir. Zira, hakimin bizzat uzlaştırma yapması, yasaklanması veya reddi nedeni olacaktır. Bu kural değiştirilmelidir.

Duruşmada uzlaşma olur ve edim def’aten yerine getirilirse, “düşme kararı” verilir.

Edimin ifasında gecikme varsa, CMK 231 deki koşullara aranmaksızın, sanık hakkında “hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı” verilir (CMK 254/2).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından sonra, uzlaşma gerekleri yerine getirilmezse, CMK 231/11 deki şartlar aranmadan hüküm açıklanır (CMK 254/2). Şikayete bağlı olmayan bazı suçlarda da (CMK 253/1) uzlaşma uygulanabildiği için, eğer suç uzlaşmaya tabi bir suç ise önce uzlaşma yolunun denenmiş olması koşulu halen geçerlidir. 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).

### **VII– Çocuk hukukunda uzlaşma.**

Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanır (ÇKK ‘2006–5560’ 24). 2006 öncesindeki çocuk hukukuna özgü kurallar, hatalı olarak, yürürlükten kaldırılmıştır. Çocuk hukukuna özgü özellikler korunmalı idi.

### **VIII– Birden çok fail bulunması halinde uzlaşma (CMK 255).**

Uzlaşmanın ileri aşamalara geçebilmesi için, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin de uzlaşmayı kabul etmesi gerekir (CMK “2006–5560” 253/9).

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).

## **§ 42– MÜSADERE MUHADEMESİ**

### **I– Müsadere tali davası (CMK 256).**

Bir yaptırım olan müsadere, eşya müsadere (TCK 54) ve kazanç müsadere (TCK 55) adı altında, Türk Ceza Kanununda güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmiştir.

Kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya müsadere edilir (TCK 54/1 cü. 1).

Eşyanın müsadereesine esas davaya bakan mahkeme karar verir. Müsadere, elkoymadan farklı olarak, mülkiyeti Devlete geçirir. 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 bulunması ve iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya ise kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir (TCK 54/1 cü. 2). Ayrıca, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya da müsadere edilir (TCK 54/4). Bu tür suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabi bulunan eşyanın müsadereesinde ayrı usul kuralları uygulanır ve bunların müsadereesine sulh ceza hakimliği duruşma yapmaksının karar verir (CMK 259).

Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın müsadereesi için sahibinin veya bir başkasının mahkûm olması aranmaz. CMK 256 madde ile belli koşullarda yetkili mahkemenin duruşmalı olarak sadece müsadere kararı vermesi kabul edilmiştir.

Bu gibi hallerde amaç suçun tekrar işlenmesi tehlikesini önlemek olduğundan İsviçre Kanunu da müsadereyi güvenlik 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 önşarttır. Belli eşyanın imhası yahut kullanımdan kaldırılması için açılan dâvalar da müsadere<sup>252</sup> dâvası ile bir tutulmalıdır.

Kamu davası açılmış olmayan veya dava açılmasına rağmen esasla müsadere kararı verilmeyen hallerde müsadere davası açılabilir (CMK 256/1).

Kamu davasında iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri hakkında esasla birlikte karar verilmeyen hallerde mahkemece iade kararı verilebilir (CMK 256/2).

Eşyanın müsadere edilmesi, imhası yahut kullanımdan kaldırılması gerektiği iddia olunursa dâvayı savcı veya katılan açar. Elkonulan eşyanın

<sup>252</sup> Müsadere kural olarak mahkemece ve ancak talep üzerine verilebilir (Özbek 2005, 1036)

müsadere edilemeyeceği, yani geri verilmesi gerektiği iddia olunuyorsa, dâvayı elkonulan eşyanın zilyedi açacaktır. Bu geriverme dâvası da müsadere konusunda bir dâvadır.

Müsadere dâvasının açıkça açılmasına, CMK 256 haricinde kaideten lüzum yoktur. “Ceza dâvası” açılmakla müsadere dâvası da açılmış demektir. 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.

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, kendilerine taallük eden karar, talî muhakemede verilen karardır ve kendileri bu talî muhakemenin taraflarındandır. Örneğin 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 elbet göstermez.

## **II– Müsadere duruşması ve karar (CMK 257).**

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.

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 kararlara karşı kanunyolu şöyle düzenlenmiştir: Suç konusu olmadığı için sulh hâkimliğince verilen karara karşı itiraz yolu (CMK 267) vardır. Mahkeme kararlarına karşı istinaf yolu açıktır CMK 258. Ancak, mahkûmiyet kararı olmadan mahkemece verilen müsadere kararlarına karşı itiraz yolunun kabul edildiği de vardır.

**III– Kanun yolu (CMK 258).**

Ceza yargılaması makamlarının bir kararı ile hakları ihlâl olunan tanık, bilirkişi ve diğer üçüncü şahıslar da kanun yoluna başvurabilirler.

Gerçi bunlar asıl ceza dâvasında taraf makamını işgal etmemekte iseler de, kendilerine ilişkin karar, talî muhakemede verilen karardır ve kendileri bu talî muhakemenin taraflarındandır. Örneğin malına elkonulan üçüncü şahıs, gelmediği için zorla getirilmesine karar verilen bilirkişi, 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 elbet göstermez.

Ceza Muhakemesi Kanunu genel olarak bütün hakim 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.

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 kararlara karşı kanunyolu şöyle düzenlenmiştir: Suç konusu olmadığı için sulh hâkimliğince verilen karara karşı itiraz yolu (CMK 267) vardır. Mahkeme kararlarına karşı istinaf yolu açıktır (CMK 258).

Ancak, mahkûmiyet kararı olmadan mahkemece verilen müsadere kararlarına karşı itiraz yolunun kabul edildiği de vardır.

**IV– Suç konusu olmayan eşyanın müsaderesi (CMK 259).**

Müsadere dâvasının açıkça açılmasına, CMK 256 haricinde kaideten lüzum yoktur. “Ceza dâvası” açılmakla müsadere dâvası da açılmış demektir.

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. Mahkûmiyet kararı olmasa da müsadere kararı gereken hallerde, esas hakkında dâva açılmamış olduğu takdirde, müsadereye sulh hâkimliği duruşma yapmaksızın karar verir (CMK 259).

## YEDİNCİ BÖLÜM

### OLAĞAN KANUN YOLLARI

#### § 43– KANUN YOLLARINA BAŞVURMA HAKKI

##### I– Kanun yolu muhakemesinin gayesi ve görevi.

###### 1) 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 (Any. 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” denilen hatalar, açıklama adlı dar manada bir tâli dâva ile giderilir. Bu nedenle “kanun yolu dâvası”nda söz konusu olabilen aykırılıklar sübut meselesinde veya hukukî meselede verilen hükmün hatalı olması sonucunu doğuran aykırılıklardır. Bu aykırılıklar, kanunyollarında “düzeltme”, “gerialma”, “bozma”, “ıslah” ve “yenileme” çarelerine başvurularak giderilir.

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 kişi, 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. Kollektif hükme iştirak edenlerden iddia ve müdafaa makamlarını işgal edenler, mütalaaları kabul olunması dahi verilen kararı doğru bulabilirler, yani kendilerinin yanılmış olduklarını teslim edebilirler. Verilen karar onları ikna etmemişse, kararın hatalı yani huku-

ka aykırı olduğunu, hâkimin yanıldığını iddia edeceklerdir.

Ceza muhakemesinin amacı, savcı tarafından iddia edilen suçlama hakkında ceza mahkemesinin bir karar vermesidir. Sadece sanığın tedavi edilmesine yönelik bir karar verilmesi durumunda, bu karara karđı kanun yolu açık tutularak, muhakemenin sürdürölmesi, ceza verme amacının dığında kalır.

### 2) 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 “muhakeme”yi meydana getirecektir.

Yargılama makamına halledilmek üzere sunulan uyuşmazlığın zımnî olması mümkün olduğundan, 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 görölmesine engel teşkil etmez.

Bir yargılama makamının verdiği bir kararda aykırılık olduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesi, “kanun yolu” dâvasının açılmasıdır.

### 3) Başka makam bakar.

Aykırılık konusundaki uyuşmazlığı çözecek makamın, uyuşmazlık konusu olan kararı veren makamdaki başka bir makam olması kaidedir. Yani her kanun yolu, kaide olarak bir “derece”dir. İstisna olarak aynı makam da uyuşmazlığı çözebilir. Bu takdirde bu kanun yolu, bir derece mahiyeti arzetmez. Kanun yolu muhakemesinde yetkili olan başka makamın da, kaide olarak, daha yüksek makam olması gerekmektedir. İstisna olarak, aynı seviyede bir makam da olabilmektedir. Örneğin bir ağırceza mahkemesinin kararına itiraz olduğu zaman, uyuşmazlığı Yargıtayın değil, en yakın ağır ceza mahkemesinin halletmesi kabul edilmiştir.



4) Kanun yolunda “yargılama makamı kararları” incelenir.

Kanun yolu, yargılama makamlarının kararlarına karşıdır. Bu itibarla kanun yolu dâvası açılabilme için önce başka bir dâva açılmış olmalıdır. Savcıların kovuşturmayaya yer olmadığı kararını (CMK 172) doğru bulmayanların ilk defa yargılama makamına başvurması (CMK 173) dâva ise de, kanun yolu dâvası değildir ve buna kanunda, kanunyollarından birinin adının verilmesi yani, itiraz denilmesi hatalıdır.

Yargılama makamı tarafından verilen kararın hukuk hayatına girmiş olması, diğer bir ifade ile var olması<sup>253</sup> gerekir. Yokluk müeyyidesi ile sakatlanan bir yargılama makamı kararına karşı denetim muhakemesi yolu açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Yokluk yaptırımını gerektiren aykırılık ne kadar ağır<sup>254</sup> 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.

5) Kanun yoluna başvurmak, insan hakkıdır: İHAS 7 No’lu Protokol.

Kanun yolu, aykırılıkları gidermek ve isabetli karar verilmesini sağlamak bakımından sanık için olduğu kadar toplum için de büyük bir teminattır. 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. “Hiç birinde 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.

<sup>253</sup> Öztürk, eğitim amacı ile hazırlanan, görüntüde karar izlenimi doğuran, fakat yargı otoritesinden yoksun bir yazının, hukuk düzeninde herhangi bir etki meydana getirmemesi nedeni ile kendiliğinden yok sayılması gerektiğini belirtmektedir (Öztürk 2009, 541).

<sup>254</sup> Mesela, hakimın kanunda hiç öngörölmüş bulunmayan bir cezaya (örneğin dayak cezasına) hükmetmesi örneği verilmektedir (Öztürk 2009, 541).

Hangi kararların istisna olarak kesin olabileceği sorunu, olağan kanun-yolları 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. Burada sadece İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 7 numaralı Protokolünün getirdiği, istinafı da içine aldığı için genel nitelikte olan yeniliği belirtmekle yetineceğiz.

22.1.1984 de imzaya açılan, Türkiye'nin 14.3.1985 de imzaladığı fakat onaylamadığı bu Protokol, bir ceza mahkemesince mahkûm edilen sanığın üst yargılama makamına başvurarak hakkındaki kararı inceletmek, bir kelime ile kanun yoluna başvurmak hakkını İnsan Haklarından biri olarak kabul etmekte, bu hakkın nasıl kullanılacağıının düzenlenmesini kanunlara bırakmaktadır (m. 2/1).

Sözü geçen 7 numaralı Protokol 3 halde istisna olarak kanun yolunun kapatılmasına izin vermiştir (m. 2/2): 1) Suç çok hafif ise 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 Örneğin 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. 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.

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 ka-

bul olunan hapse çevirmeme sisteminden 1973’de dönölüp bugün de olduğu gibi hapse çevirme mümkün oldukça (TCK 52/4), suçun hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmediği söylenemiyecektir.

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.

Burada yapılan açıklamalar, adli para cezasına mahkumiyet hükümlerinin istinaf veya temyiz edilememesine ilişkin CMK 272/3–a ve CMUK 305/2, fıkra 1 açısından önem taşır. Anayasa Mahkemesi, yerinde olarak CMUK 305/2, fıkra 1 hükmünü 2009 yılında 7.10.2009 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 23.7.2009 tarihli K. 2009–114 sayılı kararı ile iptal etmiştir. Bunun üzerine 31.3.2011 tarihli 6217 sayılı kanun ile CMK 272/3–a madde değiştirildi ve hapis cezasından çevrilen para cezalarının, miktara bağlı kalmadan istinaf edilebileceği kabul edildi.

Aynı düzenleme 5320 sayılı Kanunun geçici madde 2 hükmüne de yansıtıldı ve istinaf mahkemeleri çalışmaya başlayıncaya kadar uygulanmakta olan CMUK 305 bakımından, hapis cezasından çevrilen para cezalarının temyiz edilmesinin yolu açıldı. Hukuk labirentlerinin içinde geçerli hukuk normu bulmanın ne kadar zor olduğunu, burada bir daha görüyoruz.

#### *6) Kanun yollarının çeşitleri.*

Muhakeme hukukunda kanun yollarını, ilk önce “dar manada kanun yolu” ve “geniş manada kanun yolu” diye ikiye ayıracağız. Bizde dar manada kanun yolları, kanunun bu adla kabul ettiği “itiraz” ve “temyiz” yollarıdır. Geniş manada kanun yolları ise kanunda böylece adlandırılmamış olmasına rağmen, niteliği bakımından kanun yolu tarifimize giren kurumlardır. Örneğin “eski hale getirme” bazen geniş manada bir kanun yolu niteliğindedir. “Muhakemenin yenilenmesi”de keza geniş manada bir kanun yoludur.

Kanunyolları “olağan” ve “olağanüstü” diye de ikiye ayrılır. Olağan kanunyolları kaideyi, olağanüstüler istisnayı teşkil eder. Bizde asıl derece kanunyolları (itiraz ve istinaf) ile hukukî derece kanun yolu (temyiz) olağan, bunların dışındakiler olağanüstü sayılmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu “olağanüstü kanunyolları” isimli üçüncü kısımda, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi” (CMK 308) “kanun yararına bozma” (CMK 309), (CMK 310) ve “yargılamanın yenilenmesi” (CMK 311) yollarını düzenledi.

Olağan kanun yolu da, uyuşmazlığın maddî ve hukukî kısımlarının birlikte nazara alınıp alınmaması bakımından, “asıl derece kanun yolu” ve “hukukî derece kanun yolu” diye ikiye ayrılır.

Hukukî derece kanun yoluna kısaca, temyiz yolu da denilir. Temyiz yolu, sadece hukukî meseleye ilişkin aykırılık uyuşmazlıklarını halletmek üzere kabul edilmiştir. Buna karşılık asıl derece kanunyolları muhakemesi ise hem maddî hem hukukî meseleye ilişkin aykırılık uyuşmazlıklarını çözecektir.

İkinci derece denilegelen asıl derece kanunyolları da, hatalı olduğu iddia edilen kararın ara kararı veya hüküm olmasına göre itiraz ve istinaf 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.

## **II– Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı.**

Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, dâva açma ve yürütme hakkı diye tarif ettiğimiz iddia hakkının bir çeşidini teşkil etmektedir.

Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, sadece asıl ceza muhakemesinde veya dar manada 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 muha-

kemesinde iddia makamını, karşı taraf da müdafaa makamını işgal edecektir.

Asıl muhakemenin iddia ve müdafaa makamlarının ikisi de bu muhakemede verilen kararın hatalı olduğunu sanabilirler. Örneğin mahkemenin mahkûmiyet kararını hem savcı hem sanık temyiz edebilir. Savcı Örneğin 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.

Kanun yolu dâvasını kimlerin açabileceğini kanunyolları bakımından bir ayırma yaparak inceleyeceğiz. Olağan kanun yolu davası açabilenler, kaide olarak, iddia ve müdafaa makamını işgal ederek karar mahiyetindeki hükmün kollektif bir şekilde verilmesine mütalâaları ile ışık tutmaları kabul edilenlerdir.

### III– Kanun yolu dâvasının açılması.

#### 1) Kanun yoluna başvurma hakkının öğretilmesi.

Kanun yoluna başvurma hakkı olan kişilere bu haklarının kararın verilmesi sırasında; hangi yolun bulunduğu, süresi, şekil şartları hiç bir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde bildirilmesi mecburiyeti vardır. Bunun yapılmamış olması, başvurunun geçerli olmaması sonucunu doğurur.<sup>255</sup>

#### 2) İstek koşulu.

Kanun yolu dâvasının açılması, kanunun tâbiri ile kanun yoluna başvurma, bir isteği gerektirir. Bu istek, bütün dâva isteklerinde olduğu gibi, dâvacı tarafından şarta bağlı tutulmıyacak ve kaide olduğu yazılı olacak; yani dâvacı bir dilekçe verecektir. 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, mantikî bir zorunluktur. Mülga Kanun ise (CMUK 310/1), tem-

<sup>255</sup> 2. CD 12.4.2010, 48834/11390 (Ünver/Hakeri 2012, 829). „Yasa yollarının öğretilmesi“ Alman Hukukunda da mecburidir (Çınar, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, 16).

yiz dâvasında istisna kabul etmişti.

Ceza Muhakemesi Kanununun temyiz sisteminde, dava açarken nokta ve sebep gösterme mecburiyeti öngörülmüştür (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 tesbit edilmesi lâzımdır. 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.<sup>256</sup> 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 sözlü bildirmelerini kabul etmişti (CMUK 334/2). Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 313) bu hükmü düzenlemedi.

Kanun yolu davası, şarta bağlı olarak açılmaz. İleride gerçekleşebilecek bir hususa bağlı olarak, yani şarta bağlanan kanun yolu davası, kabul açısından reddedilir. Buna karşılık, hukuki açıdan bir şarta bağlanma, kabul edilmiştir. İlerde gerçekleşebilecek veya gerçekleşmeyecek belirsiz bir olaya bağlanmak kabul edilmezken, somut bir hukuki duruma bağlama mümkündür. Mesela, şikayete bağlı suçlarda şikayetin geri alınmasını, belli bir olaya bağlama, hukuka aykırı iken, karşı tarafın şikayetçi olmasına bağlama kabul edilebilir.

### 3) Kanun yoluna başvuru harcı.

Yargının Hızlandırılmasına İlişkin 6217 sayılı Kanunun 13 ürcü maddesi ile Harçlar Kanununa ek madde yapıldı ve 1985 yılında kaldırılmış bulunan depo şartına benzer bir kurum yaratıldı.

Hak arama hakkını sınırlandırdığı için eleştirilen<sup>257</sup> bu düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 20.10.2011 tarih ve E. 2011/54, K. 2011/142 sayılı

<sup>256</sup> Zorlama tutuklaması veya hükmün yerine getirilmesi gibi sebeplerle hürriyeti kaldırılmış olan kimseler de bu imkândan faydalanırlar (Erem, n. 321).

<sup>257</sup> Ünver/Hakeri 2012, 833.

kararına da konu teşkil etmiştir.<sup>258</sup> Böylece ceza mahkemesine başvururken harç ödenecek, fakat itiraz, istinaf veya temyiz başvurularında harç ödenmeyecektir.

#### 4) Otomatik açılma.

Onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, istinaf üzerine bölge adliye mahkemesince “re’sen” incelenir (CMK 272/1).

Bu istisna “dâvasız yargılama olmaz” prensibine aykırı olup tahkik sisteminin kalıntısıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu, yerinde olarak “otomatik temyizi” kabul etmedi.<sup>259</sup>

#### 5) Başvurulacak makam.

Kanun yolu dâvası açılması için başvurulacak makam, kaide olarak, kararı yanlış olduğu sanılan makamdır. İstisna olarak, kanun yolu uyumsuzluğunu çözecek makama da doğrudan doğruya başvurulabilir. Örneğin itirazda kanun bunu açıkça göstermiştir (CMK 268). Yabancı memlekette olanlar Türk konsolosluklarına da başvurulabilirler.

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. Bu norm isabetlidir. Kanunu anlayışta bugün azınlıkta olan fikir, yarın çoğunlukta olabilir. Hangi anlayışın doğru, hangisinin yanlış olduğu nisbî bir meseledir. Bu sebeple

<sup>258</sup> Anayasa Mahkemesi 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 13. maddesiyle, 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun; 1- (1) sayılı Tarifesinin “A- Mahkeme Harçları” bölümünün “Hukuk ve ticaret davalarıyla, idarî davalarda ihtilafsız yargı konularında ve icra tetkik mercilerinde” başlığında yer alan “Hukuk” ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen, “ceza” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE OYÇOKLUĞUYLA, 2- Değiştirilen “IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları” kısmının “Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularında 40 TL” biçimindeki (b) fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYÇOKLUĞUYLA, 3-Değiştirilen “IV. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları” kısmının (b) fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE’DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, 20.10.2011 gününde karar vermiştir.

<sup>259</sup> 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).

bugün hatalı dediğimiz anlayışa göre hareket edenleri, kanun yolu imkânından yoksun bırakmak doğru olmazdı. Önemli olan kanun yoluna başvurma iradesidir.

6) *Karardan zarar görmek şartı.*

Genel olarak benimsenen görüş, kanun yolu davası açabilmek için, ilgilinin korunan hukuki yararının ihlal edilmiş olmasını şart olarak arayan görüştür. Buna nazaran, hukuksal yarar ihlal edilmiş değil ise kararın düzeltilmesine de gerek yoktur.<sup>260</sup>

Hukuki yararın ihlal edilmesi görüşüne taraftan olanlar, beraat kararının sanık tarafından istinaf veya temyiz edilmesini kabul etmezler.<sup>261</sup> Ancak, beraat kararı verilecek yerde ceza verilmesine yer olmadığı kararı veya düşme verilmişse, durum değişir.<sup>262</sup> Şekil şartlarına uygun olan bir kanun yolu başvurusunun temel şartlarından biri, karardan zarar görme şartıdır. Prensip olarak, sadece karardan doğrudan doğruya hakları kısıtlanarak veya korunan menfaatlerin ihlal edilerek etkilenmiş olan bir kişi, kanun yoluna başvurulabilir (BGH 7, 153). Zararın hüküm fıkrasından doğması gerekir (BGH 16, 374). Ancak bu kuralın istisnaları da vardır. Bazı hallerde, gerekçede yer alan bir müeyyidenin uygulanma gerekçesi, ilgiliye zarar verebilir. Mesela bir tek fiilden mahkumiyet yerine, zincirleme suçtan mahkumiyet kararı verilmişse ve bu husus gerekçede açıklanıyorsa, gerekçeden zarar görme kabul edilebilir.

Ayrıca, hukuken verilmesi gereken bir kararın, mahkemece verilmemiş olması halinde de, karardan zarar görme şartı gerçekleşmiş olur; zira beklenen lehe karar, verilmemiştir.

<sup>260</sup> Öztürk 2009, 542; Ünver/Hakeri (2012, 828), kanun yoluna başvurma hakkının esas itibarıyla. karardan hukuksal yönden etkilenen kişilere ait olduğunu, ancak beraat kararının gerekçesine karşı sanığın denetim muhakemesi yoluna gidebileceğini, CGK 2.4.1996, E. 71 sayılı karara dayanarak belirtmektedirler.

<sup>261</sup> Öztürk 2009, 542. Kanun yoluna başvurabilmek için, menfaatin zarar görmüş olmasını arayanlar, sanığın hükmü aleyhine değiştirmek için kanun yoluna başvuramayacağını belirtmektedirler (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe 2012, 707).

<sup>262</sup> İlk derece mahkemesi zaman aşımı nedeniyle düşme kararı vermişse, düşme kararı yerine beraat kararı verilmeli idi, denerek istinaf veya temyiz edilemeyeceğini belirten Öztürk (2009, 543), ek delil toplamadan beraat kararı verilebilen durumlarda istisna tanımaktadır.



Zarar görme şartı, sadece hükmün gerekçesinden etkilenme şeklinde ortaya çıkamaz (BGH 7, 153). Mesela, beraat kararı verilirken, gerekçesinde sanığın bir alkolik olduğu açıklamışsa, gerekçeden zarar gördüğünü ileri sürerek kanun yoluna başvuramaz. Aynı şekilde, delillerin yeterli olmaması nedeniyle beraat kararı verildiği durumlarda, suçlu işlemediğinin sabit olması talebiyle, kanun yolu davası açma hakkı, Alman Hukukunda kabul edilmemiştir (BVerfGE 6,7; BGH 13, 75,77; 16, 374). Kusur yeteneği bulunmaması nedeniyle verilen beraat kararlarında da, durum aynıdır (BGH 16, 374).

Ceza muhakemesi şartları gerçekleşmediği için, davanın düşmesine karar verilmişse, şüpheli veya sanık, düşme kararına karşı, bundan zarar görmüş olmadığı için, kanun yoluna başvuramaz. Ancak durma kararı verilmiş ise durum farklıdır. Aslında beraat kararı, düşme kararına göre, önceliği olan bir karardır. Fakat bundan, kanun yoluna başvurma sebebi doğmaz; Kanun yoluna başvurmak için, düşme kararından gerekçesi, önp-lana çıkacaktır. Gerekçeden zarar görme ise kanun yoluna başvurma hakkı vermemektedir. Aksi düşünce içinde düşme kararlarına karşı, kanun yolu açılacak olursa, uyuşmazlıkların sonu gelmez (BGH 7, 153).

Bizce, kanun yolu dâvası açabilmek için karardan zarar görmek şartı aranmamalı, verilen kararın tarafları tatmin etmemesi kâfi görülmeli ve taraflardan olan herkese, hatalı olduğunu sandığı için kendisini tatmin etmeyen<sup>263</sup> karara karşı kanun yoluna gitme imkânı tanınmalıdır.

Örneğin beraat eden kimse, gerekçeyi<sup>264</sup> 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.

<sup>263</sup> Karardan zarar görme şartını aramasına rağmen, Kühne (2010, 613), bunun açıkça belirtilmesine, bir anlamda ispat edilmesine gerek bulunmadığını belirtmektedir.

<sup>264</sup> 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).

7) *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.<sup>265</sup> Hükümün 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.

8) *Karardan önce kanun yolu davası açılmaz.*

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 savcılığa veya üst savcılığa, daha uzun süre tanındığı vardır. 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 hükümün 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.

9) *Başvuru süresi.*

Herhangi bir karar, tüm unsurları ile tamamlanıp da verildiği andan itibaren, bu karar hakkında kanun yoluna başvurulabilir. Başvurucunun, kararın varlığını bilip bilmemesi önemli değildir. Ancak, başvurmaya hakkı olan kişi, süreye bağlı olmayan kanunyolları açısından uzun süre, kararın varlığını bildiği halde hareketsiz kalmışsa, belirsiz bir süre sonra yaptığı başvuru, kabul edilmeyerek geri çevrilebilir.

Süre, kaide olarak tefhim veya tebliğden (35 inci maddeye göre öğrenildiği günden) (CMK 268) (hükümün açıklanmasından) (CMK 291/1) başlar. Tebliğden başlayan hallerde kararın daha önce öğrenilmesi mümkün oldu-

<sup>265</sup> Öztürk 2009, 543.

ğundan, daha önce dilekçe vermek mümkündür. Süresinde kanun yoluna gitmemiş tarafa, cevap süresi içinde yeni bir imkân tanınmalıdır.

*10) Davanın kabulü kararı.*

Kanun yolu muhakemesinde de, her türlü muhakemede olduğu gibi, önce kabul edilebilirlik sorunu çözümlenmelidir. Merci, Örneğin dâvacının yetkisiz olduğunu görürse, dâvayı kabul etmez.

Bir karara karşı hangi kanun yolunun kabul edileceği, karara verilen isme göre değil, kararın içeriğine göre belirlenir. Mesela, verilen kararın “hüküm” şeklinde isimlendirilmiş olmasına rağmen, muhakeme hukukundaki içeriğine göre, mahkeme tarafından verilen bir arakararı olduğu anlaşılıyorsa, bu karara itiraz edilebilir. Bunun aksi de mümkündür. Karara verilen ismin “arakarar” olmasına rağmen, niteliği itibariyle hüküm, yani en son verilen karar ise temyiz edilebilir. Mesela, kararın verilmesi için, sözlü duruşma yapılması ve alenen tefhimi şart olmasına rağmen, duruşma yapılmasa bile, hüküm olma niteliğini korur; fakat, sadece mahkemenin kanunun şart koşmamasına rağmen, kararı vermek için, duruşma yapması o kararı, hüküm haline dönüştürmez. Mahkeme duruşma dışında verdiği bir kararla, muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi nedeniyle düşme kararı verirken, bu karar, arakararı adı altında verilmiş olsa dahi, istinaf veya temyiz edilebilir.

*11) Vazgeçme, gerialma.*

Kanun hiç başvurmama şeklindeki vazgeçme ile başvurduktan sonra geri alma ayrımını yapmaksızın, sadece vazgeçmeden bahsetmektedir (CMK 266). Bu düzenlemenin, sadece geri almayı kapsadığı görüşünde olan yazarlar vardır.<sup>266</sup> Bizce kanun her iki kurumu da kapsamaktadır. Vazgeçmeden veya gerialmadan sonra, tekrar kanun yolu dâvası açılmaz.

Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, vazgeçme suretiyle önceden, gerialma<sup>267</sup> suretiyle sonradan düşürülebilir. Bu düşürme süre dolmadan

<sup>266</sup> Çınar 2006, 54.

<sup>267</sup> Kanunda vazgeçme ve gerialma farkına dikkat edilmediğinden 295. maddede gerialma yerine vazgeçme denilmiştir. Kanun yolu muhakemesi karar verinceye kadar, kanun yoluna başvurmadan vazgeçebilirler (Özbek 2005, 1061).

da olabilir. Geri alma merci tarafından karar verilinceye kadar mümkündür (CMK 266/1).

Sanık lehine C. Savcısı tarafından yapılan başvurudan, onun rızası olmadıkça vazgeçme kabul edilmemiştir (CMK 266/1).

Müdafii kanun yolu dâvasını gerilabilmesi için özel vekâleti olmalıdır (CMK 266/2).

Ceza Muhakemesi Kanunu mecburi müdafilik hallerinden sadece küçük ve CMK 150/2’de sayılan kişiler bakımından, vazgeçmede müdafii iradesine üstünlük tanınmıştır (CMK 266/3).

#### **IV– Kanun yolu dâvasının açılmasının sonuçları.**

Kanunyollarının hepsi veya büyük bir kısmı bakımından söz konusu olan normlara göre kanun yolu dâvasının açılmasının başlıca sonuçları<sup>268</sup> şunlardır:

##### *1) Muhakemeye devam olunması.*

Kanun yolu dâvasının açılması üzerine kollektif olan muhakeme faaliyeti yapılacağından, muhakeme 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 olduğu açıktır.

##### *2) Yargılaşmaya engel olması.*

Olağan kanunyollarında bir süre varsa, kanun yolunun açılması, kararın yargı halini almasına bir diğer söyleyişle, kararın yargılaşmasına engel olur.

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.

Kararın yargılaşmasına, yahut kullanılagelen terimle “kesinleşmesine” engel oluş tamdır. Bir sanığın bir suçundan dolayı verilen karar, dâva gibi,

<sup>268</sup> Bu sonuçları; aktarma, yayılma ve durdurma diye nitelendirenler de vardır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe 2012, 707).

bir bütün eder. “Şu noktadan kanun yoluna gidildi veya bozuldu, o halde öteki noktalar kesinleşti” demeğe, yani kısmî yargılaşmayı kabule imkân yoktur. Yargılaşan “kısm” olmayınca, sadece böyle kısım veya kısımlar bakımından olağanüstü kanun yolu da olamaz, zira yargılaşmayan kısımların bulunması, kararın bütünü ile yargılaşmadığını gösterir.

Bağlantı dolayısı ile birleştirilmiş olan muhakemelerde verilen kararlar tek gibi gözükürse de aslında birleştirilmiş muhakeme sayısı kadar karar vardır. İki sanık veya bir sanığın iki suçu hakkındaki kararın kanun yoluna gidilmemekle veya gidildikten sonra, gerilmekle veya kanun yolu dâvasının reddi ile yargı halini alması mümkündür ve bunun kısmî yargılaşma olmadığı açıktır. Burada da hakikî manada kısmî yargılaşma yoktur. Keza hükmün sadece harç kısmı temyiz edilirse, ceza kısmı yargı halini alacaktır<sup>269</sup>, çünkü ceza muhakemesinde verilen hüküm temyiz edilmiştir. Aynı suretle yalnız müsadere bakımından temyiz etmek de mümkündür. Bu takdirde de ceza muhakemesine ait hüküm yargılaşacaktır.

### 3) Ceza infazının geribırakılması veya durması.

Olağan yolların bu bakımdan tesiri yoktur, zira yargılaşmayan kararlardaki cezaların infazı mümkün değildir. Olağanüstü kanunyollarına gidilmesi ise infaza otomatik olarak tesir etmez, durma veya geribırakma 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.

### 4) Mahkûmiyetten gayrı kararlarda yerine getirmenin mümkün olması.

Mahkûmiyetten gayrı kararlarda, muhakemeye devam olunması, bu kararların yerine getirilmesine engel değildir. Bu kaidenin istisnası, sanığın şuurunun tetkikine dair verilen kararlara karşı yapılan itiraz üzerine, gözlem altına alınma kararının yerine getirilmemesidir (CMK 74).

Kanun yolu dâvasının açılması mahkûmiyetten gayrı kararların yerine getirilmesine otomatik olarak engel olmazsa da, kararına karşı kanun yolu

<sup>269</sup> İçBK: 8/6/38 3/12.

dâvası açılan makam veya bu dâvayı görecek yani uyuşmazlığı çözecek makam yerine getirmenin geri bırakılmasını veya durdurulmasını emredebilir (CMK 269/2).

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, kanunyolları muhakemesinde de, “istek dışı (ultra petita) karar verilmesi kaidesi” yürürlüktedir, yani kararların ancak hatalı olduğu iddia olunan noktalarının tetkiki lâzım gelmektedir. Mülga Kanunumuz bu kaideye temyiz yolunda istisnalar getirmişti. Yeni Kanun istisnayı istinafa nakletti (CMK 272/1).

6) *Verilecek kararın kesin olması.*

Kanun yolu muhakemesinde yetkili yargılama makamının verdiği karar, kaide olarak, yargı mahiyetindedir. 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 imkan 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).

Örneğin istinaf kararlarından bazılarına karşı temyiz yolu kabul edilebilir (CMK 286/1). Keza muhalefet kanun yolunda da tekrar kanun yoluna gidilebilir.

Yargıtayın bozma kararına esas mahkemenin uymayabilmesi de bir istisna teşkil eder. 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 kanunyollarında da uygulanması lâzımdır. Örneğin 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.

9) Aleyhe değiştirmeme mecburiyeti doğması: *Reformatio in peius*.

Kanun yolu dâvasının açılmasının, kanunumuz bakımından bir sonucu da, “sadece” sanık lehinde açılan dâva üzerine yani sanık aleyhine kanun yoluna kimsenin gitmemiş olması halinde, yeniden verilecek kararın eski kararla verilen cezadan daha ağır olamamasıdır. Cumhuriyet Savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz (CMK 265). Cezaanın ağırlaştırılmasını yasaklayan bu hüküm, mülga Kanununda (CMUK 294) yoktu.

İstinaf (CMK 283) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK 323) ile ilgili düzenlemelerde, sanık lehine istinaf veya yenileme istemi varsa, cezayı ağırlaştırmayı yasakladı, “sadece” kelimesine yer vermedi. Kanun “sadece” kelimesine temyizde yer vermiş (CMK 307/4), istinaf ve muhakemenin iadesinde ise bunu kullanmamıştır (CMK 283, 323/2).

Doğacak netice, istinaf ve muhakemenin iadesinde sonuç cezanın artırıl-

maması olacaktır. Kanunkoyucunun 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 temyizcin çizdiği tavan’ın” aşılammaması 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 üzere, sonradan sebep gösterilmesi caiz görülse de aleyhe sebepler bulunsa bile, dâvanın sanık lehine açıldığı kabul edilmelidir.

#### **V– Kanun yoluna başvurabilenler (CMK 260/1).**

Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır (CMK 260/1).

##### *1) Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurma yetkisi (CMK 260/2).*

Savcılık makamının kanun yolu dâvası açabilir. Bu makam, çok defa, asıl muhakemede de iddia makamıdır.

Savcılık makamı, kanun yolu davası açıp açmamak konusunda bir takdir yetkisine sahiptir. Kamu davası açma bakımından geçerli olan “mecburiyet ilkesi” kanun yolu davasının açılması için sözkonusu değildir.

Savcı hem sanığın aleyhine, hem de lehine kanun yoluna başvurabilir.

Kanun yolu davasını açacak olan savcı, kararı vermiş olan mahkemedeki savcılıktır. Ancak, soruşturma evresinde verilen kararlara karşı, başka yargı çevresinde bulunan savcılıklar da kanun yolu davası açabilirler (CMK 162).

Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurması açısından, maddi veya hukuki yönden her türlü hatalı işlem, devlet açısından zarar verici bir özellik taşıyan işlem olarak kabul edilir. Mesela karar, savcının talebi üzerine



verilmiş olmasına rağmen, karar hatalı ise bundan zarar doğduğu kabul edilir.

Savcı açısından, “talepte bulunanın başvuru hakkı vardır” kuralı geçerli değildir. Mesela, bir başka süje tarafından eski hale getirme talep edilmiş olsa ve verilen kararda bir hata bulunsa, savcı, ilk talebi kendi yapmış olmamasına rağmen, verilen kararlara itiraz edilebilir.

Ceza muhakemesinin gayesi hakikatı araştırmak olduğundan, savcının sanık lehine de kanun yoluna başvurusu kabul edilmiştir. Mülga Kanunun temyiz yolu için kabul ettiği bu istisna (CMUK “1985–3206” 310/3), şimdi istinafa başvurma için benimsenmiştir (CMK 273/3).

Olağan kanun yolu dâvası açmaya, yani itiraz ve temyiz yollarına başvurmaya hakkı olan savcılık, kaide olarak, kararına karşı kanun yolu dâvası açılan yargılama makamı yanındaki savcılıktır. Ceza Muhakemesi Kanunu bunun dışında da, savcının kanun yoluna başvurma yetkisini genişletmiştir: Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, yargı çevrelerindeki asliye ceza mahkemelerinin kararlarına, bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcıları ise bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilirler (CMK 260/2).

Savcılığın kanun yolu dâvası açma hakkı, taraf olduğu veya olacağı muhakemeler bakımındandır.

Adalet sisteminin iyi işlemeden, devlet adına sorumlu bir organ olarak savcılık, sanık lehine kanun yoluna başvurabilir. Bunun için onun rızasını almasına ihtiyaç yoktur. Hatta karşı gelse dahi, savcılık kanun yolu davası açabilir. Ancak, savcının sanık lehine kanun yolu davası açabilmesinin temel şartı, sanığın karardan zarar görmüş olmasıdır. Savcı kanun yolu davası açarken bu davanın, sanık lehine mi, yoksa aleyhine mi olduğunu, açıkça belirtmelidir. Böyle bir açıklama yoksa, başvurunun tamamı gözden geçirilerek bir değerlendirme yapılır, şüphe varsa, kanun yolu davasının sanık aleyhine açıldığı kabul edilir.<sup>270</sup>

Cumhuriyet savcısı, sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilir (CMK 260/3). Cumhuriyet Savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda yeniden verilen hüküm önceki hükümdede tayin edilmiş olan cezadan

<sup>270</sup> RG 65, 231, 235; Koblenz MDR 74, 331, Kleinknecht 42. Bası s. 916, yannot 14.

daha ağır olamaz (CMK 265 cü.2).

Cezanın ağırlaştırılmasını yasaklayan bu hüküm, mülga Kanununda (CMUK 294) yoktu. Mevzu Kanunda da yoktur (StPO 301): kanun koyucunun amacı, sadece C. savcısının kanun yolu davası açtığı hallerde (yani sanık veya müdafinin kanun yolu davası açmadığı durumlarda), kanun yolu mahkemesinin serbest olduğunu belirtmekti. Böyle bir düzenleme olmasa idi, sadece sanık lehine dava açılan hallerdeki yasağa benzer bir uygulamanın yerleşmesi önlenmek istenmişti.

“Lehe kanun yolu üzerine aleyhe değiştirmeme mecburiyeti kuralı”, yeni CMK’da karmaşık bir hale gelmiştir.<sup>271</sup> 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.

Cumhuriyet savcısı sanık aleyhine de kanun yoluna gitmesi mümkündür (CMK 265 cü. 1). Ancak, savcı kanun yoluna sanık aleyhinde gitmiş olsa da sanık lehine karar verilebilir (CMK 265 cü. 1). 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.

## 2) Katılan ve katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanlar.

Katılan sadece, sadece kendi katıldığı suça ilişkin olarak verilen karar hakkında kanun yolu davası açabilir.

Kamu dâvasına katılan sıfatını almış, yani katılması kabul edilmese de katılma dilekçesi vermiş olan kişi de, katılma isteği karara bağlanmamış, reddolunmuş olsa bile, savcı gibi, ona bağlı olmadan taraflarından olduğu muhakemelerde verilen kararlara karşı kanun yolu dâvası açabilir (CMK 242/1; 260/1).

CMK ayrıca, katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunun kişilere de, kanun yollarına başvurma hakkı tanınmıştır (CMK 260/1). Mesela, suçtan doğrudan doğruya zarar gören şikayetçinin vekili sanığın

<sup>271</sup> Benzer endişeler için bakınız; Ünver/Hakeri 2012, 838.

cezalandırılmasını istemini içeren dilekçe vermişse, katılan sıfatını kazanmadığı gerekçesi ile temyiz talebinin reddi, Yargıtay tarafından hatalı bulunmuştur.<sup>272</sup>

Katılan sebep göstermemişse, dâvasının ceza dâvası bakımından olduğu ve sanık aleyhine hareket ettiği kabul olunur. Ceza muhakemesinde iddia bağımsız olduğundan, kanun yoluna gidilen kararla katılanın ihlâl edilmiş bir hakkı olup olmadığı aranmaz.<sup>273</sup>

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. Bunu tesbit 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 kabulü şayan olmadığına karar verecektir.

<sup>272</sup> 11. CD 30.6.2008, 6249/7069 ve benzer kararlar (2. CD 7.4.2008, 46/6507) için bakınız; Ünver/Hakeri 2012, 829.

<sup>273</sup> CGK 11.7.2006, E. 2006/9-191 K. 2006/183: Mağdur vekilinin temyizine gelince, mağdurun onsekiz yaşından küçük olduğunun saptanması üzerine, 16.06.2005 tarihli oturumda istemi aramaksızın kendisine bir vekil görevlendirilmiştir. Görevlendirilen vekile, 234. maddede mağdur ve şikayetçiye tanınan hakların açıklanıp tutanağa geçirilmediği sabit ve bu husus yasaya aykırı ise de, mağdur vekiline, aynı oturumda, yokluğunda yapılan işlemler ve belgeler okunarak diyecekleri sorulmuş, mağdur vekili okunan belgelere ve hazırlıktaki şikayetten vazgeçmeye bir diyeğinin olmadığını bildirmiştir. Mağdur vekili duruşmada, şikayeti belirten bir ifade kullanmadığından, artık 238. maddenin 2. fıkrası uyarınca, davaya katılmak isteyip istemediğini sormaya gerek bulunmamaktadır. Diğer yönden, mağdur vekilinin 5271 sayılı Yasanın 238/1. maddesinde belirtilen şekilde de bir katılma istemi bulunmamaktadır. Somut olayda, mağdur adına bir katılma isteminde bulunulmadığı, bu itibarla konumu, yasa yoluna başvuru açısından, “katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış veya reddedilmiş bulunanlar” kapsamında değerlendirilemeyecek olan mağdurun, bu sıfatla 5271 sayılı Yasanın 260. maddesi uyarınca yasa yoluna başvurma hak ve yetkisi bulunmamakta dolayısıyla vekilinin başvurusu geçerlilik kazanmamaktadır. Mağdur adına vekilinin isteminin, “katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar görmüş bulunanlar” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine gelince; Bu hüküm, usul yasasının 238. madde kapsamında bulunup da, duruşmadan veya kamu davasından haberdar edilmemiş ya da haberdar olmamış, suçtan zarar görmüş kişileri kapsamaktadır. Bu nedenle anılan konumda olmayan mağdurun vekilince ileri sürülen temyiz isteminin bu kapsamda da değerlendirilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi hükmünce halen yürürlükte bulunan CMUY’nın 317. maddesi uyarınca; temyiz edenin buna hakkı olmadığı saptanması halinde, Yargıtay’ca temyiz isteğinin reddine karar verileceğinden, Özel Dairece verilen temyiz isteğinin reddine ilişkin karar sonucu itibarıyla isabetlidir.

Katılan vazgeçerse, katılma hükümsüz kalacağı için (CMK 243/1), şikayeti bağlı suçlarda, şikayetten vazgeçme de aynı sonucu doğurur ve katılan sıfatı sona ereceği için, kanun yoluna başvurma hakkı yoktur.<sup>274</sup>

### 3) Şüpheli ve sanığın kanun yolu davası açması.

Şüpheli ve sanık da, ferdî müdafaa makamını işgal ettiğinden, kanun yolu dâvası açabilir. CMK şüpheli ve sanık ayrımı yapmaktaki genel yaklaşımına uygun bir şekilde, şüpheli ve sanığı ayrı ayrı belirterek kanun yolu hakkını düzenlemiştir (CMK 260/1).

Yaşı ve fiil ehliyeti ile ilgili hususlar sözkonusu olmaksızın, sanık, kanun yolu davası açabilir. Ancak sanığın duruşma ehliyetine sahip olması şarttır. Bu konu daha önce yapılmış olan duruşmadaki verilere göre ortaya çıkar; ilk dava sırasında duruşma ehliyetine sahip olup, olmadığı anlaşılmıştır. Duruşma ehliyeti, duruşma veya dışında, menfaatini makul bir şekilde kullanabilmek, müdafaasının, mahiyetini anlayarak ve anlaşılabilir bir şekilde ifade ederek müdafaasını yürütmek, usul hukuku işlemleri açısından önemli olan irade beyanlarını yapabilmek anlamına gelir. Küçüklerin kanuni temsilciliklerin kanun yoluna başvurusu, Almanya'da Çocuk Mahkemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir.

Sanık kaide olarak kendi lehine dâva açar. Ancak, ceza dâvasında hakikatın araştırılması gaye olduğundan sanığın kendi aleyhinde kanun yolu dâvası açması da kabul edilebilir. 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 lehinde açıldığı kabul edilir.<sup>275</sup>

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 yapılırsa ondan başlar.

<sup>274</sup> CGK 7.12.2010, K. 2010-245 (Ünver/Hakeri 2012, 829'den naklen).

<sup>275</sup> İçBK: 17/12/30 26/32.

*4) Avukatın başvurma hakkı (CMK 261).*

Müdafii, savunma görevinin gereği olarak şüpheli veya sanık; avukat vekilliğini üstlendiği kişiler hakkında verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurabilir (CMK 261). Görüldüğü gibi, CMK gerek müdafii ve gerekse vekil açısından düzenleme yaparak, sadece müdafii konu edinen CMUK 290 ve StPO 297 den ayrılmıştır.

Türk ceza muhakemesinde müdafiiin vekaletname ibrazı gerekmediği için, müdafiiin kanun yoluna başvurmak için vekaletnameye ihtiyacı yoktur. Fakat, müdafiiin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi için, bu hususta özel yetkili kılınmış olmaları gerekir (CMK 266/2).

Türk ceza muhakemesinde müdafiiin vekaletname ibrazı gerekmediği için, müdafiiin kanun yoluna başvurmak için vekaletnameye ihtiyacı yoktur. Fakat, müdafiiin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi için, bu hususta özel yetkili kılınmış olmaları gerekir (CMK 266/2).

Kanun yoluna başvuran avukatın, müdafii hukuk durumuna girmiş olması ve bu statüyü koruyor olması gerekir. Mesela, baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafii veya vekilden sonra, katılan vekaletname vererek bir başka müdafii veya vekil tayin ederse, baro tarafından görevlendirilen avukatın görevi sona erer ve kanun yolu davası açamaz.

Ancak, sanık veya avukatın vekilliğini üstlendiği kişi açıkça kanun yoluna başvurmak istemiyorsa, durum değiştir. Gerçekten müdafii, sanığın açık arzusuna muhalif olmamak şartı ile kanun yolu davası açabilir (CMK 261). Açık arzusuna muhalif olmamak şartı öngörüldüğüne göre, müdafiiin kanun yolu davası açtığı hallerde, bir vekaletnameye dayandığı ve sanığın talimatı üzerine harekete geçerek kanun yolu davası açtığı karinesi vardır.

Müdafii toplum adına müdafaa görevi yaptığına göre, sanığa bağlı olmadan kanun yolu dâvası açabilmelidir. Ancak kanunumuz müdafiiin bu hakkını, doğrudan doğruya değil, sanık dolayısıyla ile kabul etmiştir. Demek ki sanık isterse müdafiiini, bu haktan mahrum edebilir. Bu hüküm, müdafiiin durumunun, henüz tamamen toplum namına müdafaa durumu olmadığını, sanığa rağmen sanığı müdafaa edemediğini göstermektedir. Çocuklar ve kendisini savunamayanlar bakımından kabul edilen zorunlu

müdafilikte (CMK 150/2) ise müdafinin iradesine üstünlük tanındığına dikkat edilmelidir.

Müdafî, müdafaa görevinin niteliği gereği olarak, ancak sanık lehine kanun yolu dâvası açabilir.

CMK 150 uyarınca görevlendirilen zorunlu müdafî, azil veya çekilme olmadığı sürece, kanun yoluna başvurma hakkını kullanır.<sup>276</sup> Sanık, müdafîin görevine son vermişse, o müdafîi, sanık için, kanun yolu davası açamaz. Ancak, azletmeden önce açılmış bulunan kanun yolu davaları bundan etkilenmez.

Ücretini alamayan müdafî veya katılan vekili, sırf ücret almak için sanık hakkındaki hükmü temyiz edemez.<sup>277</sup>

Müdafî olmamakla birlikte, temsilci olan bir kişi de, sanığın adına kanun yoluna başvurabilir. Hükmi şahıslar bakımından da, onu temsil etmek yetkisine sahip olanlar, bu yetkiyi kullanabilirler. Temsilci, temyiz davasını açarken, sanığın adını yazıp altına kendi imzasını (temsilci olarak) atabilir. Temsil yetkisinin, kanun yolu davası açıldığı anda mevcut bulunması gerekir, ancak bunun sonradan ispat edilmesi de kabul edilebilir.

Müdafî vekâletnameli olsun veya olmasın<sup>278</sup> müdafaa görevi dolayısı ile yargılama makamlarının verdikleri kararlara karşı kanunyolu davası açabilmelidir. Müdafî ancak sanık lehine kanunyoluna gidebilir.

Kanun, sanığın açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla<sup>279</sup> müdafîe bu yetkiyi vermiştir (CMK 261).

Savcı, sanığın arzusuna aykırı olsa da, sanık lehine kanunyoluna gidebildiğine göre, müdafîi bu yetkiden yoksun bırakmanın manası yoktur. Müdafîin yaptığı müdafaa toplum adına olduğundan, müdafîin sanığa karşı hür olması da gerektiğinden, müdafîin bu yetkisinin sanık iradesi ile

<sup>276</sup> 3 CD 4.4.2007, 2400/2962 (Ünver/Hakeri 2012, 829).

<sup>277</sup> 11. CD 30.6.2008, 6249/7069; 6. CD 25.11.2008, 1717/23551 (Ünver/Hakeri 2012, 829).

<sup>278</sup> İçBK: 20/10/75 YKD 75/10, 5.

<sup>279</sup> 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 yada vekil ancak temsil ettikleri kişinin açık isteğine aykırı olmamak koşuluyla kanun yoluna başvurabilir (Özbek 2005, 1047).

sınırlandırılması bizce doğru değildir.

Uygulamada hükmü temyiz etmeyen müdafı hakkında görevini yapmadığı suçlaması yapıldığı sıkça grlmektedir. Mdafı veya vekil durumundaki bir avukatın, temyiz sebebi olan hukuka aykırılık bulunmadığı durumlarda dahi hükmü temyiz ederek Yargıtayın iş yükünün artırmamasına neden olan bu uygulama değiştirilmelidir. Kanun yoluna başvurmamak için de, avukatın ilgilinin yazılı onayını almasını önermek isteriz. Ancak, barolar tarafından görevlendirilen müdafı veya vekillerin, ilgili kişi ile teması kaybettikleri haller için, bu öneri bir zm getirememektedir.

*5) Yasal temsilci ve eşin dava hakkı.*

Kanuni temsilci ve eş, bu sıfatları devam ettikçe, kendiliklerinden sanığa açık olan kanunyolları süresi içinde kanun yolu dvası açabilirler (CMK 262). Bunlara bu hak sanığın menfaatlerini korumak için verildiğinden, sanığın durumunu ağırlaştıracak şekilde kanun yolu dvası açamazlar. Gaip sanığın vekili olan kanun kısmı da kanun yoluna başvurabilir.

Kanun yolu terimi dar anlamda ele alınmalı ve Kanunun ngrdğ itiraz, istinaf ve temyiz olarak anlaşılmalı, hukuki çareler kapsam dışı tutulmalıdır.

Kanuni temsilcinin kanun yolu davasının açılmasına, sanık karşı çıkarsa, bir karşı çıkışı, açılan davayı hükümsüz kılmaz. Ancak, kanuni temsilcinin açtığı kanun yolu davasını, geri alabilmesi için, sanığın rızası aranmalıdır.

Duruşmanın yapılacağı yer ve zaman, kanuni temsilciye makul bir süre önce bildirilmelidir. Kanuni temsilci, duruşmada hazır değilse, hükmün ona da tebliğ edilmesine gerek yoktur. Ancak, ocuk suçlarında aksi geçerlidir.

Kanuni temsilci, kanun yolu davası açtıktan sonra sanığın hazır bulunduğu hakları kullanır. Bu nedenle, duruşmaya davet edilmelidir. Duruşmada hazır bulunup, talep ederek açıklama yapabilir.

Sanığın reşit olması nedeniyle kanuni temsilcilik sıfatı sona ererse, açmış bulunduğu kanun yolu davası sırf bu nedenle hükümsüz kalmaz. Kanuni temsilci sadece bağımsız hareket etme yeteneğini yitirir.

Bir kanuni temsilci, konunyolu davası açtıktan sonra değişirse, yerine gelen kaldığı yerden, davaya devam eder.

Çocuklar ile ilgili davalarda, kanuni temsilcinin yanısıra, eğitiminden sorumlu olan kişi de, aynı yetkilere sahip olmalıdır.

CMK 262 *yasal temsilcinin* kanun yolu davası açma hakkını düzenleyerek, sanık müdafii veya mağdur vekilinin kanun yolu davası açma hakkını düzeneleyen CMK 261 den ayrılmıştır. Bu nedenle, önce şüpheli veya sanığın temsilcileri kavramının incelenmesi gerekir.

Şüpheli veya sanığın temsilcisine yaptırdığı savunma, ferdi savunmadır. Halbuki müdafii ile savunma, kamusal savunmadır. Temsilcilerin savunması, şüpheli veya sanığın şahsı namına ve sadece onun yararına. Bazı kimselerin şüpheli ve sanık namına hareket edip, onu savunmasını mümkün kılmak lâzımdır. Nitekim kanunlar, bu arada kanunumuz bu imkânı kaide olarak vermektedir.

Kanunumuza göre şüpheli veya sanığı, temsilci olarak müdafaa edebilecek kimseler: kanunî temsilci, sanığın eşi ve vekildir.

Kanunî temsilci; veli, vasi ve kayyımdır. Belli bir iş için kayyım tayin olduğuna göre, (MK 353) bir dâva için de kayyım tayin edilebilir. Kanun sanığın kanunî temsilcisine sanığın savunması için bazı haklar tanımıştır: a) Şüpheli veya sanığa müdafii seçebilir (CMK 149). b) Duruşmada müşavir olarak sanığın yanında bulunabilir. Bu takdirde, isterse, dilenmesi mecburîdir (CMK 155). c) Kanun yoluna müracaat edebilir (CMK 262). ç) Muhakemenin yenilenmesini isteyebilir (CMK 317).

1992 değişikliği ile kadının da kanun yollarına müracaat etme imkânı kabul edilmiştir. Daha önce sadece kadın sanıklar için kocaları kanun yolu davası açabiliyordu. Kadın hakları yolunda atılmış önemli bir adımdır.

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, müdafii seçemez.

Kanuna göre, sanık hazır bulunmadan yapılan duruşmalara sanığın müdafii gönderme yetkisi vardır (CMK 197). Bu müdafii aynı zamanda sanığın temsilcisidir.

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).

Müdafî temyiz duruşmasında sanığı temsil eder (CMK 300).

Müdafîin temsilciliği, sanığın hazır olmadığı hallerde hazırmış gibi sayılmasını sağlar. Örneğin sanık, kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya müdafîi aracılığı ile temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa, artık eski hale getirme isteyemez (CMK 198/2). Karar temsilci müdafîe bildirilmişse, sanığa ayrıca tebliğ gerekmez.

Kanun, Dördüncü Kitabın başlığı “mağdur, şikayetçi, malen sorumlu, katılan” olmasına rağmen, medenî sorumlu ile ek ceza sorumlusunun ferdî savunma makamını işgal etmek ve sanığı desteklemek üzere ceza dâvasına katılmalarını düzenlemediği gibi, bu kişilere kanun yolu davası açma hakkı da vermemiştir.

Halbuki sanığın mahkûm olmaması, bunları çok yakından ilgilendirir. Medenî sorumlu ve sanık durumuna geçirilmemişse ek ceza sorumlusu, kanun yolu davası açma veya ceza dâvasına katılma suretiyle sanığı destekleyebilmelidir.

CMK şahsi hak davasını kaldırmıştır. Evvelce şahsi 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 açabiliyordu.

#### *6) Medenî bakımdan sorumlunun kanun yolu davası.*

Medeni bakımdan sorumlu da, bu muhakemede verilen kararlara karşı bu kararlar bağlantı dolayısı ile ceza mahkemesinde verilse dahi, kanun yolu dâvası açabilmelidir. Yeni Kanun bu konuyu düzenlememiştir.

#### *7) Üçüncü şahısların kanun yolu davası açması.*

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, kendilerine taallûk eden karar, talî muhakemede verilen karardır ve

kendileri bu talî muhakemenin taraflarındandır. Örneğin 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 elbet göstermez.

Ceza Muhakemesi Kanunu genel olarak bütün hakim 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.

8) *Olağanüstü kanun yolu dâvası açabilenler: Yargılamanın yenilenmesi davası.*

Bu kanun yolu istisnaî 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 yollarındaki farklı olabilecektir. Kanunumuzdaki durum şudur:

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, furuu, kardeşleri de sanık lehine muhakemenin yenilenmesi dâvasını açabilirlerdi (CMUK 329) (Ceza Muhakemesi Kanununa göre ise ölenin eşi, üstsoyu, altsoyu, kardeşleri) (CMK 313/2).

Muhakemenin dirilmesi dâvası bakımından kanunda sarahat olmadığından, muhakemenin yenilenmesi hakkındaki hükümler kıyas yolu ile uygulanmalıdır.

Muhakemenin tekrarlanması dâvasını ancak sanık açabilir.

Mülga Kanuna göre Karardüzeltilme dâvası, ancak Başsavcılık makamı tarafından açılabilirdi.

9) *Yargıtay C. Başsavcısının itirazı davası açabilenler.*

Bizim olağanüstü itiraz dâvası dediğimiz “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı davasını (CMK 308), ancak Başsavcılık makamının açabile-

ceği olağanüstü kanun yolu dâvasıdır.

*10) Kanun yararına bozma davası açabilenler.*

Şimdi “Kanun yararına bozma” denilen (CMK 309) olağanüstü temyiz davasını Yargıtay Başsavcılığı, “Adalet Bakanının yazılı emri” (artık “istem bildirme” deniliyor) ile açabilir. Ancak Başsavcılığın bu davayı açabilmesi için Adalet Bakanlığının yazılı emir vermesi şarttır. Başsavcılık bu emre uymağa mecbur olduğundan, dâva açmak yetkisinin Adalet Bakanlığı makamına verildiği de söylenebilir.

*11) Tutuklunun kanun yoluna başvurusu (CMK 263).*

Kanun yolu dâvasının açılması, kanunun tâbiri ile kanun yoluna başvurma, bir isteği gerektirir. Bu istek, bütün dâva isteklerinde olduğu gibi, dâvacı tarafından şarta bağlı tutulmıyacak ve kaide olduğu yazılı olacak; yani dâvacı bir dilekçe verecektir. Mesela, temyiz açısından istek gereklidir.

Bir kolaylık olmak üzere, sanıkların sözle kanun yolu dâvası açması da kabul edilmiştir. Ancak sözlü işlemlerde olduğu gibi, kanun yolu dâvasının sözlü açılışının da bir tutanakla tesbit edilmesi lâzımdır. Kanun, olağan kanun yolu dâvası ile olağanüstü kanun yolu dâvasını ayrı ayrı ele aldığından sözlü açılış hakkında ayrı hükümler koymuştur.

Tutuk olan sanık, olağan kanun yolu dâvası açmak için tutukevinin bulunduğu mahaldeki mahkeme kâtibine beyanda bulunabilir. Kâtibin düzenlediği tutanağın bir örneği şüpheli veya sanığa verilir (CMK 263/2).

Tutuklunun itiraz yoluna başvurusu açısından, CMK 263 deki “zabıt katibine veya tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumu veya tutukevi müdürüne beyanda bulunmak” usulü uygulanır (CMK 268/1).

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.

Ceza muhakemesi sùjelerinin dilekçe ile yapabilecekleri her işlemden zabıt kâtibine yapacakları sözlü müracaatın tutanağa geçirilmesi mümkündür ve bu tutanak dilekçe yerine geçer. Kanunda bu husus belli hallerde belirtilmiştir.

Örneğin 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). 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.

#### **VI– Kanun yolunun belirlenmesinde hata (CMK 264).**

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. Örneğin itirazda kanun bunu açıkça göstermiştir (CMK 268).

Kanun yolu merciinin, hattâ kanun yolunun tâyininde yapılan hata, müracaat edenin hakkına dokunmaz (CMK 264/1). Bu norm isabetlidir. Önemli olan kanun yoluna başvurma iradesidir.

Bu kural istinaf bakımından da uygulanır: kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde yanılma, başvuranın hakkını ortadan kaldırmaz. Başvuru görevli ve yetkili olan mercie gönderilir (CMK 264).

#### **VII– Başvurudan vazgeçme (CMK 266).**

Kanun hiç başvurmama şeklindeki vazgeçme ile başvurduktan sonra geri alma ayrımını yapmaksızın, sadece vazgeçmeden bahsetmektedir (CMK 266). Bizce kanun her iki kurumu da kapsamaktadır. Vazgeçmeden veya gerialmadan sonra, tekrar kanun yolu dâvası açılmaz.

Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, vazgeçme suretiyle önceden, gerialma<sup>280</sup> suretiyle sonradan düşürülebilir. Bu düşürme süre dolmadan da olabilir.

Gerialma merci tarafından karar verilinceye kadar mümkündür (CMK 266/1).

<sup>280</sup> Kanunumuzda vazgeçme ve gerialma farkına dikkat edilmediğinden 295. maddede gerialma yerine vazgeçme denilmiştir. Kanun yolu mahkemesi karar verinceye kadar, kanun yoluna başvurmadan vazgeçebilirler (Özbek 2005, 1061).

Sanık lehine Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan başvurudan, onun rızası olmadıkça vazgeçme kabul edilmemiştir (CMK 266/1).

Savcının kamu dâvasını yürütme mecburiyeti vardır; kamu davasını geri alma yetkisi bizde kabul edilmemiştir. Savcının açtığı kanun yolu davasından vazgeçebilmesi (CMK 266), bu kuralın istisnasını oluşturur.

Savcı, bir kararı hatalı buluyorsa, kanun yolu dâvası açacaktır. Açtığı bu dâvayı geri de alabilir; meğer ki sanık lehine kanun yoluna müracaat etmiş olsun ve geri almaya sanık muvafakat etmesin (CMK 266). Mülga Kanunda kanun yolu dâvasının gerilınması, duruşma yapılacaksa müracaat sanık aleyhine olsa da, sanığın muvafakatına bağlı idi (CMUK 296).

Müdafinin kanun yolu dâvasını gerilabilmesi için özel vekâleti olmalıdır (CMK 266/2). Sanığın seçtiği avukatı müdafî olarak görevlendirebilmesi için, şekli anlamda bir vekaletname düzenlenmesine ihtiyaç yoktur: müdafî olarak görev yapmak açısından yazılı bir vekaletname sunmak, müdafîlik ilişkisi açısından sıhhat şartı değildir.

Seçilen müdafinin seçildiğini vekaletname ile ispat etmesi şart olmadığı CMK da açıkça belirtilmemiştir. Bizce, sanığın mahkemeyi herhangi bir suretle haberdar etmesi kâfidir. CMK da müdafinin vekaletnamesinin gerekmediğine işaret eden maddeler vardır. Kaçaklarla ilgili düzenleme yapan kanunkoyucu, kaçak hakkında duruşma yapılan hallerde, müdafii yoksa mahkemenin barodan bir avukat görevlendirimesini, yani zorunlu müdafiliği kabul etti ise de, burada da vekaletname koşulu öngörmedi (CMK 247/son). Mülga Kanun, temyizde yapılan mürafaada, sanığın kendisini vekaletnameyi haiz bir müdafî ile temsil ettirmesini öngörmüş iken (CMUK 318), CMK 299/1 temyiz duruşmasında sanığın kendisini bir müdafî ile temsil ettirebilmesini kabul etmişse de, vekaletname koşulunu buradan da kaldırmıştır.

Kanunun vekaletname bulunmasını öngördüğü İki hal tespit edebildik: Birincisi kanun yoluna başvurudan vazgeçebilmek için müdafinin bu kanunda vekaletnamede özel yetkili kılınmış olması gerekir (CMK 266/2), İkincisi sanığın duruşmadan bağışık tutulmasını talep eden müdafinin vekaletnamesinde bu konuda yetkili kılınığına dair açıklık olması gerekir (CMK 196/1). Üçüncü olarak da Avrupa İsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yapılırken ya bizzat başvuru yapılmalıdır veya özel yet-

kili bir vekil aracılığıyla başvuru yapılması kabul edilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda bunun dışındaki hallerde müdafin vekaletname ibraz etmesi aranmaz ve aranmamalıdır. Vekaletname gösterilmesi açısından Yönetmelik ile getirilen düzenlemeler hukuka aykırı idi. Değiştirilmesi yerinde olmuştur. Kanaatimizce Kanunun müdafiden vekaletname istediği haller çok sınırlı tutulmuş olduğu için, yasada gösterilen bu haller dışında herhangi bir işlem için müdafiden vekaletname istenmemesi gerekir.

Ceza Muhakemesi Kanunu mecburi müdafilik hallerinden sadece küçük ve CMK 150/2’de sayılan kişiler bakımından, vazgeçmede müdafinin iradesine üstünlük tanınmıştır (CMK 266/3).

Bizce müdafî 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. Demek ki sanık isterse müdafii, bu haktan mahrum edebilir. Bu hüküm, müdafinin durumunun, henüz tamamen toplum namına müdafaa durumu olmadığını, sanığa rağmen sanığı müdafaa edemediğini göstermektedir. Çocuklar ve kendisini savunamayanlar bakımından kabul edilen zorunlu müdafilikte (CMK 150/2) ise müdafinin iradesine üstünlük tanındığına dikkat edilmelidir.

Müdafî, müdafaa görevinin niteliği gereği olarak, ancak sanık lehine kanun yolu dâvası açabilir.

CMK 150 uyarınca görevlendirilen zorunlu müdafî, azil veya çekilme olmadığı sürece, kanun yoluna başvurma hakkını kullanır.<sup>281</sup> Sanık, müdafinin görevine son vermişse, o müdafii, sanık için, kanun yolu davası açamaz. Ancak azletmeden önce açılmış bulunan kanun yolu davaları bundan etkilenmez.

Müdafii olmamakla birlikte, temsilci olan bir kişi de, sanığın adına kanun yoluna başvurabilir. Hükmi şahıslar bakımından da, onu temsil etmek yetkisine sahip olanlar, bu yetkiyi kullanabilirler. Temsilci, temyiz davasını açarken, sanığın adını yazıp altına kendi imzasını (temsilci olarak) atabilir. Temsil yetkisinin, kanun yolu davası açıldığı anda mevcut bulunması gerekir, ancak bunun sonradan ispat edilmesi de kabul edilebilir.

<sup>281</sup> 3 CD 4.4.2007, 2400/2962 (Ünver/Hakeri 2012, 829).

## § 44- İTİRAZ

### I- İtiraz yolunun niteliği.

“İtiraz” 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 olarak bu yeni uyuşmazlığı üst derecede olan ve başka bir makam çözer. Bununla birlikte 2014-6545 sayılı Kanun ile yapılan değişlikle, sulh ceza hakimlikleri bakımından bu kuraldan ayrılmış ve aynı yerdeki numara olarak kendisini izleyen hakimlik tarafından inceleme usulü getirilmiştir (CMK 268/3-a).

İtiraz, kesinleşmemiş olan kararlara karşı söz konusu olduğundan “olağan kanunyolu” olduğu gibi, maddî ve hukukî meselelere edilebilmesi bakımından da “asıl derece kanunyolu”dur. İkinci derece de denilegelen asıl derece kanunyolları da, hükme karşı bahis konusu olup olmamasına göre “istinaf” veya “itiraz” diye ikiye aykırılır. İtiraz, hükümden gayri kararlara karşı kabul edilen bir yoldur.

İtiraz, bütün kanunyolları gibi, tali bir dâva ve muhakemenin adıdır.<sup>282</sup> Bir uyuşmazlığın çözümlenmesi yargılama makamından istenmektedir. Dâva oluş buradan gelmektedir. Dâva açılması üzerine kollektif bir şekilde bu uyuşmazlığın çözümlenmesi için iddia, müdafaa ve yargılama makamları faaliyetinde bulunmaktadır. Muhakeme oluşun sebebi de budur.

Adi itirazda<sup>283</sup> kararı veren makam (hakim 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).

İtiraz, diğer taraftan biri dar, diğeri geniş manada olmak üzere ikiye

<sup>282</sup> Sistemsizlik yüzünden itiraz, hukukumuzda çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu itirazı her zaman kanunyolu anlamına yani Beschwerde karşılığı kullanmamıştır. Meselâ ceza kararnamesine yapılan itiraz, kabul etmeme, bir diğer söyleyişle karşigelme (opposition, Einspruch) anlamındadır. Temyiz yolunda temyiz sebepleri anlamına temyiz itirazları denildiğine çok rastlıyoruz.

<sup>283</sup> Mukayeseli hukukta olduğu gibi, mülga CMUK da iki çeşit itiraz vardı: adi itiraz ve acele itiraz. Ceza Muhakemesi Kanunu bunları birleştirek, teke indirdi. İtirazın adi olması kaideyi teşkil eder.

ayrılmaktadır.<sup>284</sup> Geniş manada itiraza “muhalefet” adı verilir.

Bu bahiste dar manada itiraz yolu genel olarak incelenecektir.

## II- İtiraz olunabilen kararlar.

1) Kanunun itirazı kabul ettiği haller.

a) Hâkimlik makamı kararları.

Hakimlik makamı kararlarına kaide olarak, itiraz olunabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu ise “hakim kararı” terimini açıkça kullanmıştır (CMK 267/1). Mahkeme tarafından verilen kararlara itiraz edilmesi istisnadır.<sup>285</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca, bütün hâkimlik makamı kararlarına itiraz olunabilmesi kaide olduğu için, şu veya bu karara itiraz olunabileceğinin gösterilmesine lüzum yoktur. Buna karşılık, istisnalar, yani itiraz olunamayacak kararları kanunda bir bir gösterilir.

b) Mahkeme makamı kararlarına, kaide olarak, itiraz olunamaz.

Kararlardaki önemsiz aykırılıklara göz yummak ve ancak önemli aykırılıklara karşı kanun yolu dâvası kabul etmek zorunluluğu yüzünden, kanun koyucu, itiraz yolu bakımından hangi aykırılığın önemli olduğunu, “hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararları” (CMK 267) formülünü kullanarak, itiraz edilebilecek kararları göstermek suretiyle belirtmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu, “kanunun” gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir”, demektedir (CMK 267).

<sup>284</sup> Kanun, talî muhakemelerde iddia makamının faaliyetinden bahsederken, istem (CMK 24, 162), dilekçe (CMK 41), iddia (CMK 18), itiraz (CMK 173), duraksamanın ileri sürülmesi (CGİK 98) kanun yoluna başvurma (CMK 261, 265, 242), karar almak için mahkemeye müracaat (CGİK 100) gibi çeşitli tâbirler kullanmıştır. İtirazın özel olarak, hattâ itiraz terimi kullanılmaksızın, düzenlendiği vardır (CMK 192/2, 296/2). 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, talî muhakemenin henüz gelişmemiş ve asıl muhakemede olduğu gibi evre ve aşamalara ayrılmamış olması kadar muhakeme kavramının da henüz iyice anlaşılmamış bulunmasıdır.

<sup>285</sup> CMK 2002 Tasarısı itiraz sistemini mehz Kanuna uygun olarak, sadece itiraz edilebilen kararları sayma yöntemine çevirmişti. Kanaatimizce, itirazın istisna sayılması daha doğru bir yöntemdir. Duruşmanın kısaltılmasını sağlar. Tasarıdaki sistemin son anda terk edilmesi, yerinde olmamıştır.



Kararın duruşmada veya duruşma hazırlığında verilmiş olmasının önemi yoktur. İtiraz edilebilme istisnayı teşkil ettiğinden, mahkeme kararlarından hangilerine itiraz edilebileceği kanunda açıkça gösterilmiştir. İtiraz edilemeyeceklerin gösterilmesi gerekmez.

2) *İtiraz olunabilen mahkeme kararları kanunda gösterilmiştir.*

Mahkeme kararlarından bir kısmı, “hükümdür”. Bunlara karşı asıl derece olarak itiraz değil, istinaf söz konusudur. Mahkemelerin hükümden başka kararlarının, yani ara kararlarının bir kısmı da, “hükme esas teşkil eder”. Bunlar hükmün çıkması ile bağlantısı olan ve onu yaratan kararlardır. Örneğın yetkisizlik dâvasının reddi demek olan yetkililik kararı, hâkimin reddi dâvasının esassız olduğu kararı bu çeşit kararlardandır. Bu kararlar da hükümle birlikte temyiz edilebildiğinden, 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.

İtiraz edilebilecek kararlardaki her aykırılık kaide olarak önemli sayılmış demektir. Kanun, istisna olarak, belli gerekçelere de dayanılmasını da şart koşabilir. Bu da hangi aykırılığın önemli sayıldığını göstermenin bir diğer şeklidir.

Ceza Muhakemesi Kanununun itiraz yolunu açtığı bazı mahkeme 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.

### **III- İtiraz olunamayan kararlar.**

1) *Savcılık işlemleri.*

Kanun yolu ancak yargılama kararına karşı olduğundan, savcılık kararlarına itiraz söz konusu değildir. 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.

2014-6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bu itirazın Cumhuriyet

savcısının çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliği olarak belirlenmiştir (CMK 173/1).

2) *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. Örneğin, istisnalar<sup>286</sup> dışında, itiraz muhakemesinde yargılama görevini yapan hâkimlik makamının kararına itiraz olunamaz (CMK 271/4). Temyiz yolu da kabul edilmediğinden bu kararlara karşı olağan kanunyolu yoktur. Bunlar kesin kararlardır.

3) *Mahkeme kararları.*

Mahkeme makamlarının (Kanunda sayılanlar dışındaki) kararlarına karşı itiraz yolu kabul edilmemiştir.

4) *Yargıtay kararları.*

Yargıtayın temyiz yolunda verdiği kararlara karşı sadece olağanüstü kanunyolları vardır. Bunlar da “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi” (CMK 308), “kanun yararına bozma” (CMK 309, 310) ve “yargılamanın yenilenmesi” (CMK 311) yollarıdır. “Karardüzeltme” (CMUK 322) önce kaldırılmış, sonra 2012-6352 sayılı Kanun ile tekrar geri gerilmiştir (CMK “2012–6352” 308/2).

Bu olağanüstü yollar Yargıtayın hukukî derece mahkemesi olarak verdiği kararlar bakımından düşünülmüştür. Yargıtayın esas mahkeme olarak faaliyette bulunması ve bu sırada Örneğin tutuklama kararı vermesi de mümkündür. Hattâ bir başkan veya üyenin ilksoruşturma ile görevlendirilmesi, yani hâkimlik makamı olarak karar vermesi de mümkündür. Bu hallerde itiraz bakımından genel normlar uygulanır.

<sup>286</sup> 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 da tutuklamaya ilişkindir; CMK 103 ve 104 maddeler uyarınca yapılan talepler üzerine merciince verilen istemin kabulü, reddi veya adli kontrol uygulanması kararlarına karşı da, hakimlik veya mahkeme tarafından verildiğine bakılmaksızın, itiraz yolu açık tutulmuştur (CMK 105).

### 5) İtiraza müsait olmayan kararlar.

Kanunda açıkça belirtilmemekle beraber, muhtevası bakımından itiraza müsait olmayan kararlar da vardır. 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 ise itiraza da mahal kalmamış demektir.

Örneğin tutuklamanın devamı kararı verildikten sonra ilk tutuklama kararına itiraz edilememek icap eder. Keza hazırlıktan sonra iş ağırceza 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. Dosyayı ona göndermek işleri uzatır. İtiraz dilekçesi gerialma dilekçesi imişçesine, ağırceza mahkemesi karar vermelidir.

Aykırı olduğu sanılan karar bir başka kararla hükümsüz kalmış ise yine aykırılığı giderme için kanun yoluna başvurmağa lüzum kalmaz. Örneğin tutuklama kararlarının gerialınmasına karar verildikten sonra ilk tutuklama kararına itiraz olunamaz.

## IV– İtiraz yolunda yargılama makamı.

### 1) İtiraz için başvurulacak makam.

Kanun yolu dâvası açılması için başvurulacak makam, kaide olarak, kararı yanlış olduğu sanılan makamdır. İstisna olarak, kanun yolu uyumsuzluğını çözecek makama da doğrudan doğruya başvurulabilir. Örneğin itirazda kanun bunu açıkça göstermiştir (CMK 268/1). Yabancı memlekette olanlar Türk konsolosluklarına da başvurabilirler.

### 2) İtirazı inceleyen makam.

İtirazı incelemeye yetkili merciler CMK 268/3 ile düzenlenmiş olup, bu fıkra 2014 yılında değiştirilmiştir. Yeni hüküm şöyledir:

“(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

a) (Değişik: 18/06/2014–6545/74 md.) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numa-

ralı 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.

*b) (Değişik: 18/06/2014–6545/74 md.) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.*

*c) 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.*

*d) 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.*

*e) 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.”*

Yapılan değişiklik ilkelere aykırıdır. Sulh ceza hakimliğinin verdiği kararların sayı olarak takip eden sulh ceza hakimliği tarafından incelenmesi, itirazın bir başka ve üst makam tarafından incelenmesi ilkesine aykırıdır. Kanun koyucunun sulh ceza hakimliklerine koruma tedbiri kararlarını verme bakımından ihtisas makamı olarak ele almış olmasından kaynaklandığını sandığımız bu sistemsizlik, giderilmelidir.

**V– İtiraz dâvasının açılması ve sonuçları.***1) İtiraz davası açılmasının genel 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 ayırımı söz konusu olamayacaktır.

*2) İddia hakkı.*

İtiraz, olağan kanun yolu olduğundan, her çeşit olağan kanun yolu dâvasını açmaya ve yürütmeye hakkı olanlar, itiraz mahkemesinde de iddia hakkını haizdirler.

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 bilirkişiyeye (CMK 72) ödenen giderlerle ilgili kararlara itirazı düzenlemedi. Genel hükümlere nazaran, hakim tarafından görevlendirilen bilirkişi ücret kararına itiraz hakkına sahip olmakla birlikte, mahkemece yapılan görevlendirmelerde bu hak kabul edilmemiştir.

*3) İtiraz süresi.*

İtiraz süresi yedi gün olarak belirlenmiştir. Bu süre, kaide olarak ilgili kararın öğrendiği (35 inci maddeye göre tefhim veya tebliğ yolu ile öğrendiği günden) (CMK 268/1). Temyizdeki süre ise hükmün açıklanmasından başlar (CMK 291/1).

Tebliğden başlayan hallerde kararın daha önce öğrenilmesi mümkün olduğundan, daha önce dilekçe vermek mümkündür.

*4) Davanın açılması.*

İtiraz dâvasının açılması için, yazılı veya sözlü başvurma, kaide olarak,

itiraz olunan kararı vermiş olan makama yapılıır (CMK 268/1).<sup>287</sup> Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar.

Tutuklunun itiraz yoluna başvurması açısından, CMK 263 deki “zabıt katibine veya tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumu veya tutukevi müdü-rüne beyanda bulunmak” usulü uygulanır (CMK 268/1).

5) *Kararı veren makamın itiraz edilen kendi kararını düzeltme yetkisi (CMK 268/2).*

Sadece itiraza mahsus bir sonuç olarak, kararı veren makamın kararını kendiliğinden değiştirebilir. Görüldüğü gibi, Kanun hem itirazda, hem de temyizde (CMK “2012–6352” 308/2) “karar düzeltme” yolu kabul etmiştir. Mülga CMUK da iki çeşit itiraz vardı: adi itiraz ve acele itiraz. Ceza Muhakemesi Kanunu bunları birleştirerek, teke indirdi.

Düzelmezse üç gün içinde itirazı inceleyecek olana gönderir (CMK 268/2). Kanun bazen belli bir muamelenin yapılması veya yapılmaması için, müeyyidesi olmayan bir süre tâyin eder. Gaye, taraflardan başkalarının ihmallerine engel olmak, muhakemeyi uzatmamaktır. Örneğin itirazda hâkimin en çok 3 gün içinde dosyayı merciiine göndereceği hükmü kabul edilmiştir (CMK 268/2).

6) *İtiraza mahsus diğer sonuçlar.*

İtiraz dâvasına mahsus başka sonuçlar da vardır. Mercii, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir (CMK 270/1).

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 270/1). Bu soruşturma dolayısı ile örneğin keşif yapılır veya tanık dinlenir. İtiraz konusunu incelerken mercii sadece dosya ile bağlı değildir. Kendisi de konu ile ilgili araştırma yapabilecektir.<sup>288</sup>

<sup>287</sup> 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 kaldırıldı.

<sup>288</sup> Özbek 2005, 1075.

İtiraz yargılama makamı, yazılı cevap verebilmesi için itiraz dâvasını karşı tarafa bildirebilir (CMK 270/1). Görülüyor ki bildirmek ihtiyarîdir ve bildirmemek de mümkündür. Ancak tam bir muhakeme yapmamak için makul bir sebep olmadıkça, hâkimler bildirmeme ihtiyarî yetkilerini kullanmamalıdır. Nitekim 2014 değişikliği ile mecburi bildirim de düzenlenmiştir: 2013-6459 sayılı Kanun ile CMK 270'e eklenen ikinci fıkra uyarınca, "101 ve 105 inci maddeler uyarınca yapılan itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüş şüpheli, sanık veya müdafii bildirilir. Şüpheli, sanık veya müdafii üç gün içinde görüşünü bildirebilir."

Yargılama makamı, kanunda yazılı haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafii veya vekil dinlenir (CMK 271/1).

Yargılama makamı, itirazı yerinde görürse, aykırı kararı ıslah eder, yani itiraz konusu kararı kaldırmakla kalmaz, o kararın hallettiği meseleyi de çözer (CMK 271/2).

Yargılama makamı itirazı varit görmezse, red kararı vermekle yetinmelidir. Kanunda tasdik edeceğine dair bir açıklama yoktur. Kaldı ki tasdik tâbiri de yersizdir.

Karar mümkün olan en kısa sürede verilir (CMK 271/3).

İtiraz muhakemesinde yargılama makamının kararı kesindir. Ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK 271/4).

Kararına itiraz olunan makam, itiraz merciinin kesin olan kararına uymağa mecburdur. Bu uyma aynı konuda ilerde ve gerekiyorsa, yeni bir karar vermeğe kaide olarak, engel olmaz. Örneğin itiraz merci tutuklama kararı vermişse, ilk makam, kendi verdiği tutuklama kararı gibi bunu da gerektiğinde gerialabilir. Fakat aynı gerekçe ile aynı kararı tekrar vermek kanun yolunu kabul edişey aykırı düştüğünden caiz değildir.

İtiraz merci kararının kesin oluşu, ilk kararı veren makam ve itiraz eden bakımlarından haklıdır. Aleyhine itiraz olunan, itiraz merciine görüşünü bildirememişse, merciin kararına itiraz edebilmelidir.

## 7) İtirazın yerine getirmeye etkisi (CMK 269).

Mahkûmiyetten gayrı kararlarda, muhakemeye devam olunması, bu kararlarn yerine getirilmesine engel değildir. Bu kaidenin istisnası, sanığın Şuurunun tetkikine dair verilen kararlara karşı yapılan itiraz ũzerine, gŕzlem altına alınma kararının yerine getirilmemesidir (CMK 74).

Kanun yolu dâvasının açılması mahkûmiyetten gayrı kararlarn yerine getirilmesine otomatik olarak engel olmazsa da, kararına karşı kanun yolu dâvası açılan makam veya bu dâvayı gŕrecek yani uyuşmazlığı Őozecek makam yerine getirmenin geri bırakılmasını veya durdurulmasını emredebilir (CMK 269/2).

## 8) İtirazın karşı tarafa bildirilebilmesi (CMK 270/1 cü. 1).

İtiraz yargılama makamı, yazılı cevap verebilmesi ićin itiraz dâvasını karŐı tarafa bildirebilir (CMK 270/1 cü. 1). Gŕrölüyor ki bildirmek ihtiyarîdir ve bildirmemek de mümkündür. Ancak tam bir muhakeme yapmak ićin makul bir sebep olmadıkça, hâkimler bildirmeme ihtiyarî yetkilerini kullanmamalıdırlar.

CMK 101 ve 105 maddeler uyarınca tutuklama kararına yapılan itiraz ũzerine Cumhuriyet savcısından gŕrüş alındığı hallerde, bu gŕrüşün Şüpheli, sanık veya müdafine bildirilmesi, 2013 yılında yürürlüğe giren 6459 sayılı kanun ile mecburi hale getirilmiştir. Silahlarda eşitliği sağlamak amacını güden bu ilave yedindedir.

Őüpheli, sanık veya müdafî ũç gün ićinde gŕrüşünü bildirmek zorundadır (CMK “2013–6458” 270/2).

## 9) İtirazda maddi meselenin incelenmesi (CMK 270/1 cü. 2).

Yargılama makamı, temyizden farklı olarak, gerekiyorsa, hukukî sorun yanında maddî sorunu da ele alabileceğinden, lüzumlu gŕrdüđu soruŐtırma işlemlerinin yapılmasını emredebilir veya bu soruŐtırmayı bizzat yapabilir (CMK 270/1 cü. 2). Bu soruŐtırma dolayısı ile ŕrneđin keşif yapılır veya tanık dinlenir. İtiraz konusunu incelerken mercii sadece dosya ile bağlı değildir. Kendisi de konu ile ilgili araştırma yapabilecektir.<sup>289</sup>

<sup>289</sup> Özbek 2005, 1075.



**VI– İtiraz üzerine verilen karar (CMK 271).**

Yargılama makamı, duruşmasız olarak uyuşmazlığı yargılar (CMK 271/1).

Yargılama makamı, itirazı varit görürse, aykırı kararı ıslah eder, yani itiraz konusu kararı kaldırmakla kalmaz, o kararın hallettiği meseleyi de çözer (CMK 271/2).

Yargılama makamı itirazı varit görmezse, red kararı vermekle yetinmelidir. Kanunda tasdik edeceğine dair bir açıklama yoktur.

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. Örneğin itiraz mercii tutuklama kararı vermişse, ilk makam, kendi verdiği tutuklama kararı gibi bunu da gerektiğinde gerialabilir. Fakat aynı gerekçe ile aynı kararı tekrar vermek kanunyolunu kabul edişse aykırı düştüğünden caiz değildir.

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. İtiraz mercii sanığın tutuklanmasına karar verirse, itiraz yoluna gidilebilir (CMK 271/4). 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.

**VII– Tutuklama kararına (veya yakalama emrine) itiraz.***1) Tutuklama kararına itiraz.*

İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK 271/4).

Tutuklama talebini red eden hakim kararına karşı hangi sùjelerin 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 hakim kararına itiraz edebilmesi için, karardan zarar görmesi şarttır (Beschwer). Özgürlüğü kısıtlanacak

kişi, şüpheli olduğu için, suçtan zarar görenin bu karardan zarar görmediği<sup>290</sup> 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 hakim kararı ile de zarar gördüğü kabul edilmelidir.<sup>291</sup>

### 2) 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).

### 3) Yargılama makamı tarafından verilen yakalama emrine karşı itiraz.

a) Soruşturma evresinde sulh hakimi tarafından düzenlenen yakalama emrine itiraz: Yakalama emri soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheliler hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakimi tarafından düzenlenir (CMK 98/1).

Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde de, itiraz merci tarafından yakalama emri düzenlenebilir (CMK 98/1, cü. 2).

Bu kararlara karşı, hakimlik makamı kararı oldukları için, itiraz yolu açıktır (CMK 267).

b) Kovuşturma evresinde “mahkeme tarafından düzenlenen yakalama emrine” itiraz sorunu: Uygulamada, mahkemelerin tensip kararı ile “yakalama kararı” verdikleri görülmektedir.<sup>292</sup> Oysa, Kanunda “yakalama kara-

<sup>290</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1974, 658; Dünneber, LR § 114 Rdnr 63.

<sup>291</sup> Karlsruher Kommentar § 115, Rdnr. 19.

<sup>292</sup> 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 düzeltmeyeceğini” (CMK 268/2) incelemiş, itirazı yerinde görmeyerek, incelemeye yetkili merci olan 11. ağır ceza mahkemesine göndermiştir. İtirazları birleştirerek inceleyen bu mahkeme önce itiraz yolu kabul edilip edilmediği sorununu ele almıştır. CMK’nın itiraz sisteminde hakimlik makamına karşı her zaman,

rı” adı altında düzenlenmiş bir usul işlemleri 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 ikinci istisna, CMK 199/1 ile düzenlenmiştir: gıyabi tutuklama kararı verilmesi prensip olarak yasaklandığı için, “duruşma başladıktan 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 kağıdı 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 gıyabi 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. Hakimlik makamı tarafından verildiğinde, bu “yakalama emrine” karşı da itiraz yolu açıktır (CMK 267). Fakat mahkeme tarafından verildiğinde, kanunda açık bir düzenleme yer almadığı için, itiraz yoluna gidilemez.

---

mahkeme kararlarına karşı ise kanunda açıklık bulunmayan 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 gıyabi 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 esasını inceleyen 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, gıyabi 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 gıyabi tutuklama kararı yeniden yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

## § 45– İSTİNAF

### I– İstinaf hakkında genel bilgiler.

*1) İstinaf kanun yolunun huku ki niteliği.*

Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki istinaf, ilk derece mahkemelerince verilen hükümlere karşı başvurulabilen ilk kanun yoludur (CMK 272 ve devamı maddeler). İstinafın arkasından, sınırlı bazı hallerde temyiz yolu da açılabilir. 2014 değişikliği ile temyiz edilebilen bölge adliye mahkemesi (BAM) kararları tekrar düzenlenmiştir (CMK 286).

Üst mahkeme olan BAM, “istinaf” kanunyolunda, esas mahkemesi tarafından verilen hükmü, hem hukuki hem de maddi mesele yönünden ince-ler.<sup>293</sup> İstinafta yeni bir “olay” yargılaması<sup>294</sup> yapılır ve “hata” tespit edilirse, eski hüküm bozularak kaldırılır ve yeni hüküm verilir.

Esas mahkemesi tarafından verilen hüküm iki meseleyi haller: (a) Fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği (=maddî mesele) sorunu, (b) Sanık tarafından gerçekleştirilmiş olan fiilin suç teşkil etmediği, nasıl muhake-me yapılacağı ve eyleme hangi cezanın verilmesi gerektiği sorunu (=hukuki mesele). Eğer bu iki mesele; yani maddî ve hukuki meselenin kanunyolu 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

<sup>293</sup> 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 Eylül 2014 tarihi itibarı ile hakimlerin atanması yapılmadığı için, faaliyete geçmedi. Halen mülga CMUK un temyize ilişkin hükümlerinin uygulanması ile yetinilmektedir. Adalet Bakanlığı 2007 yılında istinafı sevdirmek ve yerleştirmek için önemli bir gayret gösterdi: Yardımcı Personel için İstinaf El kitabı yayınladı (Adalet Bakanlığı, İstinaf 2007a). Arkasından Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı (Adalet Bakanlığı, İstinaf 2007b) ve Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı (Adalet Bakanlığı İstinaf 2007c) yayımlandı. Bizim de konuşmacı olarak katıldığımız ve 2-3 Mart 2006 tarihlerinde Yargıtay’da yapılan toplantının kitabı da (Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı), yayımlandı (Adalet Bakanlığı İstinaf 2007). İstinaf hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız; Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979. Doğan, Fazlı, Berufung im Strafprozess unter besonderer Würdigung der geschichtlicher Entwicklung, der Reformvorschläge und der Wiedereinführungsfrage in der Türkei, Marburg 2005.

<sup>294</sup> Öztürk 2009, 570.

hakkında yeni bir karar verilmesidir.

İstinafın en önemli özelliği olan, maddî meselenin tekrar incelenmesi, doğru karar verilmesi açısından vazgeçilemeyen bir metoddur. Başka bir deyişle, sadece hukuki inceleme yapılması, karardaki hataların tümünü kapsamaz. Maddî meselede bir hata yapılmışsa, bu hatanın temyizde ortadan kaldırılması olanaksızdır. Bu nedenle, maddî meseleyi kontrol eden bir denetleme mekanizmasının kabul edilmesi şarttır. Yargıtay’ın ülkede içtihat birliğini sağlamak amacıyla kurulmuş bulunmasından kaynaklanan ‘tek mahkeme oluş’ özelliği vardır. Yargıtay’ın delillerle tekrar temasa geçerek maddî meseleyi denetleyebilmesi imkansızdır.

Yukarıdaki özelliklerden çıkan sonuçlara göre, istinafta yeni bir olay yargılaması yapılır ve hata tespit edilirse, esas mahkemesi tarafından verilmiş olan ilk hüküm “ıslah” edilir. İstinaf yargılaması yapan mahkeme, hatayı tespit ettikten sonra esas hakkındaki kararı da verir. Buna karşılık, temyizdeki kural, bozmadır. Bozmadır çünkü, Yargıtay delillerle bizzat temasa geçerek olay yargılaması yapamaz.

### 2) İstinafın leh ve aleyhindeki bazı görüşler.

İstinafın leh ve aleyhinde çok sayıda görüş vardır.<sup>295</sup> Bütün bu görüşlerden lehe en önemli görüş, maddi meseledeki hatanın giderilmesi için, istinafın mutlaka mevcut bulunması gerektiğidir. En önemli aleyhe görüş ise CMK daki istinaf sisteminin bazı Ceza Kanunu hükümlerinin temyiz yolu ile Yargıtayın önüne gitmesini engelleme olasılığıdır. Bir çok yargılama istinafta sonuçlanmakta ve temyiz yolu kapanmaktadır. İchtihat birliğinin sağlanması için öngörülen mekanizmaların yetersiz olduğu görüşü ağır basmaktadır.

Diğer aleyhe bir görüş, siyasi niteliklidir: bölge adliye mahkemelerinin göreve girmesi ile ülkenin bölünmez bütünlüğünü tehdit eden ayrılıkçı eğilime destek verilmesinden çekinilmektedir.

Biz, Hukuk Devletinin garantisi olarak gördüğümüz “maddi meseledeki hatanın giderilmesi” ihtiyacını önemsemiğimiz için, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasını temenni ediyor ve hukukun kendi içinde en doğru şekilde işleyeceğine inanıyoruz.

<sup>295</sup> Yenisey, İstinaf; Öztürk 2009, 571.

## 3) CMK nın kabul ettiği istinaf sisteminin özü.

CMK nın kabul ettiği istinaf sistemi aslında “genişletilmiş temyiz” niteleğinde olup, “çok filitrelidir”.<sup>296</sup> Amaç, teminata zarar vermeksizin sistem içindeki davaları adil yargılama ilkeleri çerçevesinde sistem dışına çıkarmak veya esas hakkında karara bağlamaktır.

CMK nın istinaf sistemi buna yönelik olarak, ilk derece mahkemesine; süre, istinaf edilebilirlik ve başvuru hakkı açılarından ön inceleme yapma yetkisi vermiştir (CMK 276). Verilen kararlara karşı açık olan itiraz yolu BAM da red edilirse, hüküm kesinleşmektedir. Birinci “filtre” budur.

Birinci aşamadan geçen bir istinaf başvurusu CMK 279 uyarınca, a) Bölge Adliye Mahkemesinin yetkili olup olmadığı, b) süre ve c) istinaf edilebilirlik, yani başvuru hakkı açılarından tekrar incelenecektir.

Bölge adliye mahkemesi istinaf ön incelemesini yaparken, istinaf edilen hükmün yer itibariyle 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.<sup>297</sup>

Verilen kararlardan, sadece yetkiye ilişkin olanlara karşı itiraz yolu tanınmıştı. Diğer kararlar ilk derece mahkeme hükmünün kesinleşmesine yol açıyordu. İkinci “filtre” bu idi. 2014–6545 değişikliği ile CMK 279 uyarınca verilen tüm kararlara karşı itiraz yolu açıldı (CMK “2014–6545” 279/1–b).

Üçüncü “filtre”, istinaf mahkemesinin CMK 280/1–a madde uyarınca dosya üzerinden yaptığı incelemedir: istinaf mahkemesi dosyanın tekemmül edip etmediğini, delillerin ve işlemlerin tam olup olmadığını; ilk derece mahkemesinin hükmünde usule veya esasa ilişkin hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını ve ispat bakımından ilk derece mahkemesinin yaptığı değerlendirmenin yerinde olup olmadığını inceleyecektir. Yerinde gördüğü takdirde, istinaf isteminin reddi kararı verecek ve ilk derece mahkemesinin hükmü kesinleşecektir.

<sup>296</sup> Öztürk (2009, 573), yerel mahkeme ile istinaf mahkemesinin kabul kararları ve istinaf mahkemesinin esas hakkındaki kararları şeklinde üç filtre olduğunu belirtmektedir.

<sup>297</sup> Öztürk 2009, 578.

Yapılan incelemede CMK 289 daki hukuka kesin aykırılık nedenlerinin varlığını saptanırsa, BAM bir Yargıtaycık gibi, bozma kararı verir (CMK 280/1–b).

2014–6545 değişikliği ile bölge adliye mahkemelerinin Yargıtay’a benzetilmesi akımı südürüldü ve bazı hukuka aykırılıkların istinafta düzeltilmesi yolu açıldı: istinaf başvurusunun esastan reddi nedenleri arasına “303 üncü maddenin birinci fıkrasının (c), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı” da eklendi (CMK “2014–6545” 280/1–a).

Böylece, Mahkemece sabit görülen suçun unsurları, niteliği ve cezası hükümde doğru gösterilmiş olduğu hâlde sadece kanunun madde numarası yanlış yazılmış ise sanığın açıkça saptanmış olan doğum ve suç tarihlerine göre verilecek cezanın belirlenmesinde gerekli indirim yapılmamış veya yanlış indirim yapılmış ise artırma veya indirim sonucunda verilecek ceza süresi veya miktarının belirlenmesinde maddî hata yapılmış ise Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesindeki sıralamanın gözetilmemesi yüzünden eksik veya fazla ceza verilmiş ise ve Harçlar Kanunu ile yargılama giderlerine ilişkin hükümlere ve Avukatlık Kanununa göre düzenlenen ücret tarifesine aykırılık mevcutsa, BAM istinaf başvurusunu esastan red ederek, bu hukuka aykırılıkları kendisi düzeltecek, yani hükmü ıslah edecektir.

Görüldüğu gibi, istinaf muhakemesinin duruşma hazırlığı bölümünde, delil toplama yetkisine sahip olan istinaf savcısı, bu eksikleri giderebilir ve istinaf duruşması açıldığında, BAM dosya üzerinden “aç-kapa” yapmak<sup>298</sup> suretiyle duruşma işlemini tamamlayabilir.

Bütün bu “filitreler”, istinaf duruşmasının sadece çok istisnai hallerde yapılacağını göstermektedir. İstinaf duruşmasında tanık dinlenmesi mümkündür. Duruşma genel hükümlere göre yapılacak, fakat madde CMK 282 de istisnai olarak yapılması öngörülen duruşmanın akışı, teminata zarar vermeden hızlanacaktır.<sup>299</sup>

Yukarıda açıklanan nedenlerle, CMK nın istinaf sisteminin, “genişletilmiş temyiz” niteliğinde bir istinaf olduğu görüşündeyiz.

<sup>298</sup> Öztürk 2009, 575.

<sup>299</sup> Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi kapsamında hazırlanan “Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı”.

## II- İstinafta yargılama makamı.

İstinaf mahkemeleri esas hakkındaki hükmü veren ilk derece mahkemesine nazaran “üst” mahkemedir. İstinafta yargılamanın, ilk yargılamayı yapandan başka bir yargılama makamı tarafından yapılması gerekir. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 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 ilk muhakemenin yapıldığı mahkemeye yakın bir yerde kurulmalıdır. Temyizde olduğunun aksine, merkezî bir yerde tek mahkeme şeklinde kurulması istinafın mahiyetine aykırıdır.

Aslında “istinaf mahkemesi” adı verilmesi gereken bu mahkemeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alındıktan sonra, Adalet Bakanlığı’na kurulacaktır (AdYMK 25). Eylül 2014 itibariyle hakimlerin görevlendirilmesi beklenmektedir. Bölge Adliye Mahkemesinin Hukuk ve Ceza Daireleri olacaktır.

## III- İstinaf edilebilen ve edilemeyen hükümler.

### 1) İstinaf edilebilen hükümler.

İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı sadece istinaf yolu açıktır (CMK 272/1). Temyiz, istinaftan sonra, sınırlı olarak kabul edilmiştir. Ancak, kanunda gösterilen istisnalar (CMK 272/3) saklıdır.<sup>300</sup>

Diğer kanunlarda “temyiz edilebileceği” veya “Yargıtaya başvurulacağı” belirtilen hükümler hakkında, kural olarak “istinaf” yolu uygulanır (CMK 285). TCK 18 deki geri verme ile ilgili hüküm bu düzenlemenin dışında tutulmuştur. “Sanık veya suçluların geri verilmesi kararına” (TCK 18/4) karşı, doğrudan temyiz (Sprungrevision) yolu açılmıştır.

<sup>300</sup> Mesela, istinafı düzenleyen CMK 272-285 maddeler, askeri ceza muhakemesinde uygulanmaz: 29.6.2006 tarihli ve 5530 sayılı Kanun’un Ek-1’inci maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 109 ila 115, 166, 272 ila 285’inci maddeleri hükümleri hariç olmak üzere, diğer hükümlerinin askeri yargıda da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.



İstinaf yoluna gidebilmek için, dava veya işin, konusu itibariyle Bölge Adliye Mahkemesinin görev alanına girmesi (CMK 272), ön koşuldur.

CMK 272/2, hükümden önce verilip, hükme esas teşkil eden ve başkaca kanun yolu öngörülmemiş mahkeme kararlarına karşı da, hükümlerle birlikte istinaf yoluna başvurma yolunu açık tutmuştur. Bu başvuru talep üzerine açılmaktadır.

2) *İstinaf edilemeyen adli para cezasına mahkumiyet hükümleri.*

Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç, sonuç olarak belirlenen ikibin lira dahil adli para cezasına mahkumiyet hükümleri istinaf<sup>301</sup> edilemez (CMK “2011–6217” 272/3–a).<sup>302</sup>

3) *İstinaf edilemeyen beraat hükümleri.*

Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan verilen beraat hükümlerine ve kesin hükümlere karşı istinaf yolu kabul edilmemiştir (CMK 272/3–b).<sup>303</sup>

4) *Kesin olarak verilen, istinaf ve temyiz edilemeyen kararlar.*

Kanunlarda kesin olarak verileceği gösterilmiş olan kararlar da istinaf ve

<sup>301</sup> Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, temyiz edilebilme kaidesinin istisnalarını yürürlükteki 305. maddesi ile düzenlemiştir. CMK 272/3–a maddede düzenlenen ve basit para cezasına mahkumiyeti hükümlerinde temyiz yolunu kapayan hükmü, mülga fakat 2014 Eylül itibariyle yürürlükte olan CMUK 305 de de vardır: “Her suç hakkında ayrı ayrı olmak üzere, iki milyar liraya kadar (dahil) para cezalarına dair mahkûmiyet kararları temyiz olunamaz” (CMUK “2004–5219” 305/1). CMUK 305/2 nin birinci bendi ise 7 Ekim 2010 da yürürlüğe girmek üzere, Anayasa Mahkemesinin 23 Ekim 2009 tarih ve K. 2009/114 sayılı kararı ile iptal edilmiştir (AnyMK 23.7.2009, K. 114; RG. 7.10.2009).

<sup>302</sup> Bu hüküm Anayasaya aykırı görülerek, iptal edilmesi için dava açılmıştı. Anayasa Mahkemesi mahkumiyet kararının istinaf edilememesini prensip olarak Anayasaya aykırı görmekte ise de, kararın verildiği tarih itibariyle istinafin yürürlüğe girmemiş olması nedeni ile inceleme kapsamı dışında tutmuştur. Aynı başvuruda yer alan CMUK 305/2 nin birinci bendi ise 7 Ekim 2010 da yürürlüğe girmek üzere, Anayasa Mahkemesinin 23 Ekim 2009 tarih ve K. 2009/114 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bölge adliye mahkemeleri kurulduktan sonra yapılacak bir başvuru ile CMK 272/3–a maddesinin de iptal edileceği anlaşılmakta idi. Bunun üzerine 2011–6217 sayılı Kanun ile maddeye “hapis cezasından çevrilen adli para cezası hariç” ibaresi eklendi.

<sup>303</sup> Yukarı sınırı on milyar lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı verilen beraat kararları da temyiz olunamaz (CMUK “2004–5219” 305/2). Burada, “gerektiren”den maksadın temel-ceza olarak kanunun öngörmesi olduğu, hürriyeti bağlayıcı cezanın seçimlik olarak öngörülmediği suçlarda bu cezanın mahkemece seçilmemesi halinde “gerekirmeyen” sayılabileceği hatırlanmalıdır.

temyiz olunamazlar (CMK 272/3–c).

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 kanunyolunu kapatması, ilgili suçu çok hafif olarak tarif ettiği anlamına gelmektedir.

Ancak, kararları kesin diye gösteren kanunların Sözleşmeye aykırı düşmemesi için, birinci ve ikinci istisnalarda olduğu gibi, şu şartların gerçekleşmesi de aranmalıdır:

i) Suç hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmemeli veya gerektirmiyor sayılmalıdır.

ii) Ödenmeyen para cezası hapse çevrilememelidir.

iii) Öngörülmüş olan para cezası da belirlenmiş sınırı aşmamalıdır. Bunlardan fazla olarak şu hallerde de, 7 numaralı Protokolün açıkça cevaz vermesi nedeniyle (m. 2/2) Sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayacaktır:

iv) 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.

v) Mahkûmiyet kararını, beraat kararına karşı gidilen kanunyolunda üst mahkeme vermişse. Bu durumda kanunyolu tanımamak teminatsızlık sayılmayıp cevaz verilmiştir. Mümkün oldukça ve gerektiğçe tanımak muhakeme hukukunun esaslarına elbet uygun olur.

6) *İstinaf ve temyiz edilemeyen durma kararları.*

Muhakeme şartlarının gerçekleşmesini beklemek amacı dışında verilmiş olan “muhakemenin durması” kararları da temyiz edilemez.

7) *Aykırılık çok az önemli olsa dahi istinaf veya temyiz edilebilen hükümler.*

Hangi kararlardaki aykırılıklara göz yumulabileceği sorunu, kesinliği istisna olarak kabul edilen kararlara karşı istisnanın istisnası olarak kanunyoluna gidilebilecek hallerin de bulunup bulunmadığı sorununu beraberinde getirmişlerdir. Bizce örneğin aşağıdaki hallerde kaideye dönülmeli,

yani olağan temyiz yolu tanınmalıdır:

- a) Sanık kanuna aykırı bir çağırıda dayanılarak yargılanmışsa.
- b) Yukarıda istisnalar dolayısı ile açıklandığı üzere, hüküm hürriyeti bağlayıcı bir cezayı seçimlik olmayarak gerektiren bir suçtan dolayı verilmişse veya mahkeme seçimlik olan böyle bir cezayı vermeyi uygun bulmuşsa.
- c) Keza yukarıda belirttiğimiz üzere, beraat ve benzeri hüküm mahkemenin suçu yanlış tavsif etmesi yüzünden sınır altına düşen bir para cezasının öngörüldüğü bir suçtan dolayı verilmişse.
- ç) Yukarıda açıklanan sebeplerle, ödenmeyen para cezası hapse çevrilebiliyorsa.
- d) Aynı suç için temyiz edilemiyen asıl ceza ile birlikte temyiz edilebilen ek bir ceza veya bir karar verilmişse.

8) *Kovuşturma evresinde verilen arakararlar.*

Hükümden önce verilen kararların istinaf edilememesi kaidedir. Bunlardan, hükme esas teşkil edenler, istisna olarak, istinaf veya temyiz edilebilir.

9) *Soruşturma evresinde verilen kararlar.*

Soruşturma evresinde verilmiş olan kararlara karşı istinaf veya temyiz yolu sözkonusu değildir. Zira istinaf ve temyiz yolları, sadece sonsoruşturmada verilen kararlar bakımından kabul edilmiştir.

Soruşturma evresinin sonunda verilen kararlar, Örneğin 1985 den önce bizde olduğu gibi sorgu hâkiminin, Almanya’da hâlâ olduğu gibi mahkemenin vermiş olduğu sonsoruşturmanın açılması kararı hatalı da olsa, temyiz dâvasında tetkik olunup bozulamaz. Bunun sebebi, bozmadan sonra sadece sonsoruşturma yapılmasının kabul edilmiş olmasıdır. Bozmadan sonra ilksoruşturma yapılamıyacağından, bozulacak olan sonsoruşturmanın açılması kararının düzeltilmesine imkân olmayacaktır. Hattâ, sonsoruşturma sonunda verilen hüküm de sonsoruşturma açılması kararının veya iddianame ile doğrudan doğruya sonsoruşturma açılmasının hatalı olması sebebiyle bozulamaz. Gerçekten, örneğin iddianame ile açılan dâva reddedilmiyerek yargılama yapılmış ve sonunda beraat veya mah-

kûmiyet kararı verilmişse ve bu kararlar doğru ise Örneğin ilksoruşturma yapılmadı diye, daha doğrusu sonsoruşturma açılmasına lüzum olup olmadığı araştırılmadı diye hükmü bozmak abes olur.

*10) Yargıtayın istinaf edilememe kriteri.*

Yargıtayın (istinaf veya) temyiz edilememe kriteri şöyledir: davayı sonuçlandırmayan ve nihai hükümden önce verilip, mahkemenin dava ile bağlantısını kesmeyen, ancak kanıt değerlendirmesi yaparak nihai hükme ulaşma olanağını kaldıran kararların (istinafi veya) temyizi olanaklı değildir.

*11) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının istinaf ve temyiz edilmesi sorunu.*

CMK 231 de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraz edilebilen bir karar olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle de bu kararın temyiz edilemeyeceği içtihad edilmiştir.<sup>304</sup> Çıkan büyük sorunlar üzerine, 2010 yılında yapılan değişiklikte, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sanığın kabulüne bağlı tutularak, doğrudan istinaf (temyiz) etmek isteyen sanığın bu kararı kabul etmemesi ara çözümü bulundu.

Bizce ilk derece mahkemesi tarafından kurulan ve sanık açısından hukuکی sonuç doğurmayan, açıklanması geri bırakılan hükmün, doğrudan istinaf edilmesi mümkündür. Zira, ilk derece mahkemesi tarafından verilen iki ayrı karar vardır: ilk karar tipi hükümdür; ikinci karar tipi ise itiraza tabi olan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu karar hüküm verildikten sonra kurulduğu için, hükme teşkil eden bir ara karar niteliğinde de değildir. İstinaf mahkemesinin vereceği karara göre, Kanunun öngördüğü şekilde, gereken usuli işlemler yapılacaktır. Ceza sınırı bakımından temyiz edilebilme kapsamı dışında kaldığı hallerde, istinafta verilen hüküm kesinleşebilir.

---

<sup>304</sup> Mülga CMUK nun temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmaya devam ettiği 2013 yılı itibariyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının temyiz edilememesi nedeni ile önemli bir hak kaybı yaşanmaktadır. Bununla birlikte, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını, temyiz ve istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen bir karar olduğu durumlarda, kanun yararına bozma yolu (CMK 309) üzerinden Yargıtaya götürmek imkanı bulunduğu unutulmamalıdır.

#### IV– İstinaf muhakemesinde savunma makamı.

İstinaf muhakemesinde savunma makamının görev ve yetkileri, ilk derece muhakemesindekiler gibidir. İlk derece mahkemelerinden verilen bütün hükümlere karşı sadece istinaf yolu açık olduğu için, CMK 150 kapsamında zorunlu müdafiliği gerektiren ve gerektirmeyen bütün hükümler istinaf edildiğinde, ilk derece muhakemesindeki müdafinin görevi, istinafta da devam eder.<sup>305</sup>

#### V– İstinaf davasının açılması.

##### 1) İstem şartı.

İstinaf davası, “istem” (talep) üzerine açılır (CMK 273). Ancak, istem dışı istinaf da kabul edilmiştir. Onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re’sen incelenir (CMK 272/1).

Bu düzenleme temyiz’den istinafa nakledilmiştir. Buna karşılık, mülga CMUK 305’deki “otomatik temyiz”, temyiz kanun yolundan çıkartılmıştır. Kanun, istisna olarak, bazı ağır mahkûmiyetlerde, istek şartından vazgeçmiş, temyiz muhakemesinin kendiliğinden, otomatik olarak, yapılmasını kabul etmişti. Bu hallerde istek şartının gerçekleştiği kanunkoyucu tarafından farz ve kabul olunmuştur. Bu mahkûmiyet kararları, her suç için 15 yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalarla ölüm cezasını ihtiva eden kararlardır. Dâvanın kendiliğinden açılması kabul edilen bu hallerde harç ve masraf alınmaz (CMUK 305/1) dâva sanık lehinde açılmış addolunur.<sup>306</sup>

Bazı mahkûmiyet kararlarının kendiliğinden istinaf muhakemesine tâbi tutulması hükmü, Muhakeme Hukukunun temellerinden biri olan “dâvasız yargılama olmaz” esasına aykırıdır. Mevzuat kanunda da yoktur.. Bazı hallerde temyiz dâvası kendiliğinden açılmış sayılınca, bu hallerde temyiz sebebi göstermek mecburiyetine de gerek kalmamaktadır. Otomatik istinaf yolu kaldırılmalı, hiç olmazsa, bu konuda başsavcılık yetkili kılınmalıdır.

<sup>305</sup> Öztürk (2009, 582) de, CMK 156/1-b deki hükmün, istinaf muhakemesini kapsadığı görüşündedir.

<sup>306</sup> İçBK: 17/12/30 23/31.

2) *İstinaf isteminin yapılma yöntemi (CMK 273/1).*

İstinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylatılır. Tutuklu sanık hakkında 263 üncü madde hükmü saklıdır (CMK 273/1). İstinaf davası açabilecekler;

- a) Cumhuriyet savcısının açtığı istinaf davası.
- b) Katılan ve katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanlar.
- c) Sanık.
- ç) Müdafî veya vekil.
- d) Sanığın kanunî temsilcisi ve eği.

3) *İstinaf isteminin yapılma süresi (CMK 273/1).*

İstinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylatılır. Tutuklu sanık hakkında 263 üncü madde hükmü saklıdır.

Hüküm, istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar (CMK 273/2).

Asliye ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki asliye ceza mahkemelerinin hükümlerine karşı, kararın o yer Cumhuriyet Başsavcılığına geliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurabilirler (CMK “2014-6545” 273/3).

4) *Katılanın başvuru nedenlerini göstermesi kuralının istisnası (CMK 273/4).*

Sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların dilekçe veya beyanında, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi inceleme yapılmasına engel olmaz.

5) Cumhuriyet savcısının istinaf nedenlerini gerekçeleri ile birlikte gösterme mecburiyeti (CMK 273/5).

Cumhuriyet savcısının neden ve gerekçe gösterme mecburiyeti vardır.

6) İlgililerin cevaplarını bildirmeleri.

Cumhuriyet savcısı, istinaf yoluna başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı isteminde açıkça gösterir. Bu istem ilgililere tebliğ edilir. İlgililer, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde bu husustaki cevaplarını bildirebilirler.

7) İstinafta eski hale getirme (CMK 274).

Eski hale getirmenin daha az rastlanan ikinci çeşidi bir yargılama makamı kararının ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğu için kanunyolu 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:

a) Sanık, yokluğunda yapılan duruşmada verilen bir karara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde eski hale getirme isteyebilir (CMK 198, 274, 292). Savcı da dar manada kanun yolunda olduğu gibi sanık lehine eski hale getirme isteyebilmelidir.

Süresinde dar manada kanun yoluna da, Örneğin istinafa (CMK 274) gidilmişse gerekli işlemler eski hale getirme dâvası hakkında karar verilinceye kadar durdurulur.

Kanunyolu 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 gerilanj eski hale getirme dâvasının reddine karar verilemez.

b) 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 olduğun-

da elkoymanın kaldırılmasına karar verilir (CMK 248/4). Kaçak hakkında giyabi tutuklama kararı verilmesi de istisnai bir şekilde kabul edilmiştir (CMK 248/5). Görüldüğü gibi kaçaklar hakkında da eski hale getirme uygulanabilmektedir.

*8) Hükümün kesinleşmesinin önlenmesi (CMK 275).*

Süresi içinde yapılan istinaf başvurusu, hükümün kesinleşmesini engeller.

Hüküm, istinaf yoluna başvuran Cumhuriyet savcısına veya ilgililere gerekçesiyle birlikte açıklanmamışsa; hükme karşı istinaf yoluna başvurulduğunun mahkemece öğrenilmesinden itibaren gerekçe, yedi gün içinde tebliğ edilir.

**VI– İstinaf isteminin ilk derece mahkemesi tarafından incelenmesi (CMK 276/1).**

CMK'nın kabul ettiği istinaf sistemi aslında “genişletilmiş temyiz” niteliğinde olup, “çok filitrelidir”.<sup>307</sup> Amaç, teminata zarar vermeksizin sistem içindeki davaları adil yargılama ilkeleri çerçevesinde sistem dışına çıkarmak veya esas hakkında karara bağlamaktır.

*1) Kabul edilebilirlik incelemesi.*

CMK'nın istinaf sistemi buna yönelik olarak, ilk derece mahkemesine; süre, istinaf edilebilirlik ve başvuru hakkı açılarından ön inceleme yapma yetkisi vermiştir (CMK 276). Verilen kararlara karşı açık olan itiraz yolu BAM da red edilirse, hüküm kesinleşmektedir. Birinci “filtre” budur.

Birinci aşamadan geçen bir istinaf başvurusu CMK 279 uyarınca, BAM'ın yetkisi, süre, istinaf edilebilirlik ve başvuru hakkı açılarından tekrar incelenecektir. Verilen kararlardan, sadece yetkiye ilişkin olanlara karşı itiraz yolu tanınmıştır. Diğer kararlar ilk derece mahkeme hükmünün kesinleşmesine yol açar. İkinci “filtre” budur.

Üçüncü “filtre”, istinaf mahkemesinin CMK 280/1–a madde uyarınca dosya üzerinden yaptığı incelemedir: istinaf mahkemesi dosyanın tekemmül edip etmediğini, delillerin ve işlemlerin tam olup olmadığını; ilk

<sup>307</sup> Öztürk (2009, 573), yerel mahkeme ile istinaf mahkemesinin kabul kararları ve istinaf mahkemesinin esas hakkındaki kararları şeklinde üç filtre olduğunu belirtmektedir.



derece mahkemesinin hükmünde usule veya esasa ilişkin hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını ve ispat bakımından ilk derece mahkemesinin yaptığı değerlendirmenin yerinde olup olmadığını inceleyecektir. Yerinde gördüğü takdirde, istinaf isteminin reddi kararı verecek ve ilk derece mahkemesinin hükmü kesinleşecektir.

Yapılan incelemede CMK 289 daki hukuka kesin aykırılık nedenlerinin varlığını saptanırsa, BAM bir Yargıtaycık gibi, bozma kararı verir (CMK 280/1–b).

İstinaf muhakemesinin duruşma hazırlığı bölümünde, delil toplama yetkisine sahip olan istinaf savcısı, bu eksikleri giderebilir ve istinaf duruşması açıldığında, BAM dosya üzerinden “aç–kapa” yapmak<sup>308</sup> suretiyle duruşma işlemini tamamlayabilir.

Bütün bu “filtreler”, istinaf duruşmasının sadece çok istisnai hallerde yapılacağını göstermektedir. İstinaf duruşmasında tanık dinlenmesi mümkündür. Duruşma genel hükümlere göre yapılacak, fakat CMK 282 deki istisnalar, duruşmanın akışını teminata zarar vermeden hızlandıracaktır.<sup>309</sup>

Görüldüğü gibi, CMK nın istinaf sistemi, “genişletilmiş temyiz” niteliğinde bir istinaftır.

Hükmü veren ilk derece mahkemesi istinaf istemini; i) “süre” açısından, ii) “bu hükmün üst mahkeme kanun yoluna başvurulabilecek bir hüküm olup olmadığı” ve iii) “başvuranın buna hakkı olup olmadığı” noktalarını inceler (CMK 276).

İlk hükmü veren mahkemece; ‘istinaf yoluna başvuru istemi reddedilmezse’, dosya üst mahkeme Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir ve tebliğname ile birlikte üst mahkeme ceza dairesine verilir.

2) *İstinaf isteminin ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesine karşı, bölge adliye mahkemesinin karar vermesini isteme (CMK 276/2).*

İstinaf başvurusunda bulunan Cumhuriyet savcısı veya ilgililer, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde bölge adliye mahkemesinden bu hususta bir karar vermesini isteyebilirler. Bu takdirde dosya

<sup>308</sup> Öztürk 2009, 575.

<sup>309</sup> Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi kapsamında hazırlanan “Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı”.

bölge adliye mahkemesine gönderilir. Ancak, bu nedenle hükmün infazı ertelenemez.

Bölge adliye mahkemesinin kararı işi sonlandırabilir. İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararı verdiği hallerde, İstinaf Mahkemesi beş yıl ve daha az hapis cezalarına ilişkin olarak yapılmış olan istinaf başvurularını esastan reddettiğinde (CMK 276, 286/2–a), temyiz yolu kapanmaktadır.

### 3) İstinaf dilekçesinin tebliği (CMK 277/1).

Kabul edilen istinaf davası, “karşı tarafa” tebliğ edilir ve 7 gün içinde yazılı cevap istenir (CMK 277).

Sanık sözlü beyanla da cevabını verebilir, Bu beyan tutanağa bağlanır. Cevap verildikten sonra veya cevap süre içinde gelmediği durumda, ilk derece Cumhuriyet savcısı dava dosyasını Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir.

Karşı taraf sanık ise bir tutanağa bağlanmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla da cevabını verebilir (CMK 277/2 cü. 1).

### 4) Dosyanın BAM C. Başsavcılığına gönderilmesi (CMK 277/2 cü. 2).

Cevap verildikten veya bunun için belirli süre bittikten sonra dava dosyası, bölge adliye mahkemesine sunulmak üzere, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

İstinaf savcısı tebligat eksikliklerini tamamlayarak, tebliğname ile birlikte, Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesine verir (CMK 278).

Tebliğname taraflara tebliğ olunur. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları doğrultusunda temyiz ve istinafta ilgili hükümlere eklenmiştir.

## VII– İstinaf mahkemesinde yapılan inceleme ve verilen kararlar.

### 1) Dosya üzerinden ön inceleme (CMK 279).

Birinci aşamadan geçen bir istinaf başvurusu CMK 279 uyarınca, BAM’ın yetkisi, süre, istinaf edilebilirlik ve başvuru hakkı açılarından tekrar incelenecektir.

Daha önceki metinde verilen kararlardan, sadece yetkiye ilişkin olanlara karşı itiraz yolu tanınmıştı. Diğer kararlar ilk derece mahkeme hükmünün

kesinleşmesine yol açıyordu. 2014-6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu kararlara itiraz etme hakkı tanındı (CMK 279/1–b).

2) *Hükümdeki hukuka aykırılıkları kaldırma yöntemleri (CMK 280).*

a) *Bozma veya iptal.*

Bir başka süjenin aykırı bulduğu işlemini ortadan kaldırmasına bozma veya iptal denilir. Yargıtayın verdiği karar ile bölge adliye mahkemelerinin istinaf davasını esaslan incelediği durumlarda, CMK 289 da belirtilen hukuka kesin aykırılık halleri sözkonusu olduğunda “hükümün bozulmasına”, diğer hallerde ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar vermektedir (CMK 280/I).

b) *İslâh.*

Başka bir süjenin eskisinin yerine geçecek yeni bir karar vererek aykırılığın gidermesine ıslah denir. Örneğin Yargıtay, bazen esas mahkemenin hükümlerini bozup “ıslah” eder, yani kendisi dâvanın esasına karar verir (CMK 303). Bölge adliye mahkemeleri istinaf kanunyolu 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.

İstinafta mutlak temyiz nedenlerinin varlığı halinde bozma kararı verebilen istinaf mahkemesi, hemen düzeltilebilmesi mümkün olan hataları ıslah etme yetkisi ile donatılmamıştı. Doğan (2005, 173), bu hususu haklı olarak eleştirmekte idi. Kanun 2014 yılında değiştirildi ve “303 üncü maddenin birinci fıkrasının (c), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı halinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esaslan reddine” ibareleri CMK 280/1–a hükmüne eklendi.

c) *Gerialma.*

Bir süjenin aykırı bulduğu kendi işlemini, yerine yenisini koymadan ortadan kaldırmasıdır. Süje yaptığı zaman onu haklı göstermiş olan sebebin artık kalmadığını gördüğünde de işlemini gerialabilir.

Tutuklama kararının gerialınmasında olduğu gibi. Ceza Muhakemesi

Kanunu tutuklama kararının geri alınması konusunu 103 üncü maddesinde düzenlemiştir: Cumhuriyet savcısı şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını sulh ceza hakiminden isteyebilir. Hakkında tutuklama kararı verilmiş şüpheli ve müdafii de aynı istemde bulunabilirler. Bu halde sulh ceza hakimi, 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 gerialmaları kabul olunmamıştır. İtiraz yoluna başvurulduğu halde kararı veren makamın düzeltilmesi kabul olunmuşsa da, burada da kendiliğinden değil, itiraz üzerine düzeltme sözkonusu olmakta ve bu nedenle bunun bir tür geri alma olduğuna dikkat edilmelidir.

#### ç) *Yenileme.*

Bir süjenin kendi işlemini kaldırıp onun yerine yenisini koymasındır. Bazen aykırılıklarla malûl olan işlemin mümkünse yenilenmesi cihetine gidilir. Örneğin bir mahkeme, 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 haddüşürücü süre geçmişse, yenilemeye yine imkân olmayacaktır.

İstinaf mahkemesi açılan davanın esasını incelerken, hem maddi olgu denetimi, hem de hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını kontrol etme görevini birlikte üstlenmiştir (CMK 280/1).

Maddi meselenin incelenmesi demek, esas mahkemesinin hüküm verirken kullandığı delillerle yeniden temasa geçmesi demektir. İstinaf mahkemesi, eğer ilk hükmü yok farzedip, herşeyi yeni baştan yapacak olsaydı, doktrinde “klasik istinaf” denilen model sözkonusu olurdu. CMK bu yöntemi kabul etmemiştir.

Kanun modern hukuk sistemlerinin kabul ettiği sistemi, yani istinafta, “sadece tartışmalı olan delillerin yeniden incelenmesi yöntemi” kabul edilmiştir.

3) *İstinaf başvurusunun esaslan reddi kararı (CMK 280/1–a).*

Üçüncü “filitre”, istinaf mahkemesinin CMK 280/1–a madde uyarınca dosya üzerinden yaptığı incelemedir: istinaf mahkemesi dosyanın tekemmül edip etmediğini, delillerin ve işlemlerin tam olup olmadığını; ilk derece mahkemesinin hükmünde usule veya esasa ilişkin hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını ve ispat bakımından ilk derece mahkemesinin yaptığı değerlendirmenin yerinde olup olmadığını inceleyerek yerinde gördüğü takdirde ve 2014-6545 sayılı Kanun ile eklenen ibareler uyarınca “303 üncü maddenin birinci fıkrasının (c), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı halinde hukuka aykırılığı düzeltilerek” istinaf isteminin reddi kararı verecek ve ilk derece mahkemesinin hükmü kesinleşecektir.

4) *İlk derece mahkemesinin kararının bozulması kararı (CMK 280/1–b).*

Yapılan incelemede CMK 289 daki hukuka kesin aykırılık nedenlerinin varlığını saptanırsa, BAM bir Yargıtaycık gibi, bozma kararı verir (CMK 280/1–b).

5) *İlk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararı (CMK 280/2).*

Üst mahkeme ceza dairesi, açılan istinaf davasının yerinde olduğunu tespit ederse, duruşmanın yeniden görülmeli için, gerekli hazırlıklara başlar (CMK “2014–6545” 280/1–c). İlk derece mahkemesinin kararının bu aşamada kaldırılmasına ilişkin hükün 2014 yılında CMK 280/2 madde olarak düzenlendi.

İstinaf muhakemesinin duruşma hazırlığı bölümünde, delil toplama yetkisine sahip olan istinaf savcısı, bu eksikleri giderebilir ve istinaf duruşması açıldığında, BAM dosya üzerinden “aç–kapa” yapmak<sup>310</sup> suretiyle duruşma işlemini tamamlayabilir.

<sup>310</sup> Öztürk 2009, 575.

6) *Duruşma hazırlığı (CMK 281)*

İlk aşamayı başarıyla arkasında bırakan bir başvuru açısından, “duruşma hazırlığı” (CMK 281) yapılır, duruşma günü saptanır ve çağrılar yapılır.

Üst mahkeme ceza dairesi bu aşamada dosyayı dikkatle incelemiş olduğu için, eksiklikleri de tespit etmiş bulunacaktır.

Davayı uzatan sebeplerden önemli biri de sanığın duruşmaya gelmemesidir. Bu olgu gözönünde tutularak (mehaz Alman Kanununa da uygun bir şekilde), sanık tarafından açılan istinaf davasında, sanığın duruşmaya gelmemesi, “davanın esastan reddi sebebi” yapılmıştır (CMK 281/1).

Ancak, “haklarını öğrenme hakkı” çerçevesinde, bunun önceden sanığa bildirilmesi şarttır.

Kanun mahkemeye, duruşma öncesinde gerekli gördüğu tanık ve 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.

7) *İstinaf duruşması (CMK 282)*

İstinaf davasındaki duruşma genel hükümlere göre yapılır (CMK 282). Bununla birlikte, istinaf davasına özgü bazı hususiyetler de vardır.

Duruşmanın genel hükümlere göre açılmasından sonra, raportör üyenin “inceleme raporu” dinlenir (CMK 282/1–a).

Bu aşamada esas mahkemesinin gerekçeli hükmü de okunur (CMK 282/1–b).

İlk derece mahkemesinde dinlenmiş olan tanıkların ifadelerinin tutanakları, keşif tutanakları, bilirkişi raporu ve üst mahkeme tarafından duruşma hazırlığı sırasında toplanan deliller, keşif ve bilirkişi açıklamalarının tutanakları okunur (CMK 282/1–c).

İstinaf duruşmasında tanık dinlemek istisnadır. Üst mahkeme “gerekli” gördüğu takdirde, tanık ve bilirkişiyi duruşmaya çağırarak doğrudan doğruya dinlemek yetkisine sahiptir (CMK 282/1–d).

Görüldüğu 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 olmadığı” denetlenmesidir. Yeni delil ikame edilmesi ve yeni tanık dinlenmesi mümkündür, fakat istisnadır.

8) *Bölge adliye mahkemesinin duruşma yaparak verdiği yeni hüküm.*

Ceza Muhakemesi Kanunu, Dönmezer Tasarısından farklı olarak, istinaf duruşmasının sonunda hangi hükümlerin verileceğini ayrıca belirtmemiştir. Genel hükümlerle düzenlendiği için, buna lüzüm görülmediği anlaşılmaktadır.

Dolaylı olarak ifade edildiği üzere, üst mahkeme ceza dairesi, duruşmanın sonunda “yeni bir hüküm” tesis eder (CMK 283). Çünkü, daha evvel esas mahkemesi tarafından verilen hüküm “bozulmak”, yani “iptal edilmek” (CMK 280/1–c) suretiyle hukuk hayatından kaldırılmıştır.

9) *Aleyhe değiştirme yasağı (CMK 283).*

Üst mahkeme bu hükümü tesis ederken, “sanık lehine başvurulmuş olduğu hallerde”, önceki hükümlerle belirlenmiş olan cezadan daha ağır cezaya hükmedemeyecektir (CMK 283). CMK’nın bu düzenlemesi çok şaşırtıcıdır. Zira “sadece” veya “yalnız” gibi bir kelimecik metne alınmadığı için, sanık tarafından istinaf edilen bütün durumlarda, sonuç cezanın sanık aleyhine ağırlaştırılması yasağı doğmuş bulunmaktadır. Temyiz kanununda ise “yalnız” sanık lehine açılan temyiz davası aleyhe değiştirmeme mecburiyeti doğurmaktadır.

İstinaf (CMK 283) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK 323) ile ilgili düzenlemelerde, sanık lehine istinaf veya yenileme istemi varsa, cezayı ağırlaştırmayı yasakladı, “sadece” kelimesine yer vermedi.

**VIII– Direnme yasağı (CMK 284).**

Bugün Türk Muhakeme Hukukunda (HMK 429, AsMK 227, VUK 403) ve bu arada Ceza Muhakemesi Hukukunda (CMUK 326/3, CMK 307/3) mahkemelere “direnme hakkı” tanınmıştır. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanunu istinafta direnmeyi kabul etmemiştir (CMK 284).

Kanun yolu muhakemesinde yetkili yargılama makamının verdiği karar, kaide olarak, yargı mahiyetindedir. 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 imkan 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).

Örneğin istinaf kararlarından bazılarına karşı temyiz yolu kabul edilebilir (CMK 286/1). Keza muhalefet kanun yolunda da tekrar kanun yoluna gidilebilir.

Yargıtayın bozma kararına esas mahkemenin uymayabilmesi de bir istisna teşkil eder. Ceza Muhakemesi Kanunu Bölge Adliye Mahkemesi karar ve hükümlerine karşı direnme (ısrar) yolunu kapattı (CMK 284/1).

Üst mahkeme ceza dairesi, esas mahkemesi tarafından verilen kararda mutlak temyiz sebebi teşkil eden, mülga CMUK 308 nci maddede, yeni CMK 289 da yer almış bulunan hallerden birini tespit ederse, adeta bir Yargıtay gibi hareket ederek, hükmün bozulmasına karar verecektir (CMK 280/1–b). Bu bozma kararından sonra, esas mahkemesi genel hükümlere göre işlem yapacaktır. Ancak üst mahkemenin vereceği bu bozma kararına karşı, esas mahkemesinin direnme hakkı yoktur (CMK 284).

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 konunyolları kapatılmış ise de (CMK 284), bölge adliye mahkemesinin kararı bozma kararı ise temyiz de edilemez (CMK 286/1).

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin CMK 280/1–c uyarınca verdikleri bozma kararları da (ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararı) temyiz edilemez. Zira üst mahkemenin bozma kararı bugünkü 308 nci maddede gösterilmiş bulunan hukuka mutlak aykırılık hallerinde verilebilecektir.



**IX– Temyize ilişkin hukmler (CMK 285).**

İlk derece mahkemelerinden verilen hukmlere karşı istinaf yolu açıktır (CMK 272/1); kanunda gösterilen istisnalar (CMK 272/3) saklıdır.

Diğer kanunlarda “temyiz edilebileceği” veya “Yargıtaya başvurulacağı” belirtilen hukmler hakkında, kural olarak “istinaf” yolu uygulanır (CMK 285). Ancak, istinaf yoluna gidebilmek için, dava veya işin, konusu itibariyle Bölge Adliye Mahkemesinin görev alanına girmesi (CMK 272), n koşuludur.

Bu kuralın istisnası vardır: “Sanık veya suçluların geri verilmesi kararı-na” (TCK 18/4) karşı, doğrudan temyiz (Sprungrevision) yolu açılmıştır

**§ 46– TEMYİZ****I– Temyiz kanun yolu hakkında genel açıklamalar.***1) Temyiz kanun yolunun gayesi ve görevi.*

Temyiz<sup>311</sup>, ilk derece mahkemesi olarak görev yapan bölge adliye mahkemesi (BAM) ceza dairelerinden verilen, kesin olmayan hukmlere karşı kabul edilen, “olağan“ kanun yoludur (CMK 286/1). BAM ceza dairesinin bozma kararı ise temyiz edilemez.

Temyiz, yargılama makamlarının kararlarındaki aykırılıkları gidermek gayesi ile kabul edilmiş kanun yollarından biridir.<sup>312</sup> Yargıtay bu yolla içtihatlarda birliği sağlar.

Temyiz yolu, mahkemelerin hukmlerindeki aykırılıkların bozma<sup>313</sup> veya ıslah metodları ile giderilmesi için kabul edilmiş bir yoldur. Kaide,

<sup>311</sup> Eylül 2014 tarihi itibariyle mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun temyize ilişkin hukmleri (CMUK 305 ve devamı) hala uygulanmaktadır. Ancak, yakında istinaf mahkemeleri kurulup, CMK nın temyize ilişkin hukmlerine geçileceğini umarak, bu kitapta sadece sadece CMK nın temyiz sistemi açıklanacak, CMUK nın sistemine ise bazı dip notlarda değinilecektir.

<sup>312</sup> Ceza Muhakemesi Kanunundaki temyiz sistemi ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki temyiz hukmleri arasında önemli farklar vardır. Biz burada CMK nın sistemine dayanan açıklamalar yaptık. İki sistemi karşılaştıran önemli bir eser olan Ali Rıza ınar’ın kitabına bakınız (Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006).

<sup>313</sup> 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).

bozma olup, ıslah istisnayı teşkil eder. İtiraz ve istinaf yolları, sadece ıslah için kabul edildiklerinden, temyiz yolundan bu bakımdan da ayrılırlar.

Temyiz kanun lonuda maddi mesele incelenemez. Ancak kanun koyucu sanığa gerçekçi bir hukuki koruma sağlamayı amaçladığı için, aradan geçmiş olan zamanın olumsuz etkilemediği oranda, maddi mesele incelenebilmelidir. Burada esas mahkemesindeki hakimin, doğrudan doğruyalık ilkesinden kaynaklanan maddi meseleyi takdir etme yetkisi ortadan kaldırılmadan, dosyaya girdiği oranda maddi meseleyi inceleyen, bu istisna dışında sadece hukuki mesele ile ilgilenen bir temyiz incelemesi yapılmalıdır. Yargıtay maddi meseleyi sadece hükmün gerekçelerine dayanarak inceleyebileceği için, hükmün gerekçesi, temyiz hukuku açısından büyük bir önem taşır.

Temyiz kanun yolu ile hukuka aykırılık konusunda çıkan uyuşmazlığın halli, yargılama makamından istenir. Bu sebeple, tali ceza davası niteliğinde olan bir temyiz dâvasından bahsolunur. Bu dâva üzerine iddia, müdafaa ve yargılama makamları kollektif bir şekilde uyuşmazlığın haline çalışırlar.

Temyiz istemi yazılı şekil şartına bağlanmış olup, hükmün açıklanmasından itibaren yedi günlük<sup>314</sup> süre vardır (CMK 291/1).

Temyiz yolu sadece hukukî meseleye ilişkin aykırılık uyuşmazlıklarını çözmek için kabul edildiğinden, hukukî derece yoludur. Yargıtay, uyuşmazlığın maddî ve hukukî meselelerinden sadece hukukî meseleyi, yani mahkemece sabit kabul edilen olayın hukuk normları karşısındaki durumu meselesini ele alır ve esas mahkemenin hükmünü bu açıdan inceleyerek, normun vasıta olarak kullanılmasında aykırılık olup olmadığını söyler.

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 tarafın-

<sup>314</sup> Bu süre CMUK 310/1 maddede bir hafta olarak belirlenmiştir.

dan ele alınması hem mümkündür hem de soyut olmayıp somut olması, bir kişiyi değil, milyonları ilgilendirmesi bakımından daha faydalıdır. Bunun içindir ki, istinaf mahkemeleri işletilmeli ve Yargıtay istinaf mahkemesi haline gelmekten kurtarılmalıdır. Yargıtay her somut olaydaki maddî meselelerle de uğraşırsa, içtihat yaratmadaki önderlik görevini yapamaz.

Gerçi hukukî ve maddî meselelerin birbirinden ayrılması hüküm niteliğindeki hükmün mantıkî bütünlüğüne aykırıdır, çok da güçtür, fakat imkânsız değildir.<sup>315</sup> Bu ayırım kanunla kabul edildiği ve ihtiyara bırakılmadığı için, mecburîdir. Fazla olarak, Yargıtayın sadece hukukî derece olarak kabulünü gerektiren maddî şartları bakımından da zorunludur.

## 2) Temyiz kanun yolundaki mahkeme: Yargıtay.

Hukuk normlarının mahkemelerce uygulanmasını denetleyen, içtihatlar arasında böylece bir birlik sağlayan Yargıtayın bir tane olması bir zaruretin ifadesidir. Yargıtay, istisna olarak örneğin itiraz mercii ve olay mahkemesi olarak da yargılama yapar.

“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 Yargıtay yapar.

Ancak Yargıtayın yaptığı yargılama, sadece temyiz adlı kanun yolunun muhakemesinde yaptığı, kısaca temyiz yargılaması değildir. Yargıtayın, Örneğin olay mahkemesi olarak veya itiraz mercii sıfatı ile yaptığı yargılamalar da vardır. Bu nedenle temyiz yargılaması yerine, Yargıtay yargılaması denilmemelidir.

Genel yargılamada bir tek temyiz yolu mahkemesi vardır. Memleketimizde ise bir de Askerî Yargıtay vardır (Any. 141). Niteliği itibariyle cezaî olan askerî mahkemeler üstünde de sadece hukukî denetim yapacak bir mahkemeye yani Yargıtaya elbet ihtiyaç vardır. Fakat bu ihtiyaç genel olan Yargıtayla giderilebildiği için, bu özel Yargıtayı izaha, askerî ceza yargılamasını gerektiren sebeplerle dahi imkân yoktur.

<sup>315</sup> CMK 286: Temyiz yolu istinafa oranla daha dardır. Çünkü temyizde maddî olaylar incelenmez, hukuki uygunluk denetlenir (Özbek 2005, 1106).

Tek olması gereken Yargıtayın dairelere ayrılması ve daireler arasında görev bölüşülmesi yapılması mümkündür. Bu şekilde hareket edilmekte ve Yargıtayın işi çoğaldıkça daire sayısı da arttırılmakta ve yeniden görev bölüşülmesi yapılmaktadır.

Temyiz kanun yolunda yargılama görevi, Yargıtayın görev bakımından yetkili dairesi tarafından yerine getirilir.

İstisna olarak Genel Kurullar da temyiz yargılaması yapar. Bu istisnaya ceza muhakemesinde, a) Bozma üzerine istinaf mahkemesinin verdiği direnme<sup>316</sup> kararına (CMK 307/3) veya b) Şahıs itibariyle yetki kaideleri dolayısı ile Yargıtay dairelerinin ilk mahkeme sıfatı ile hareket edip yargılama yaptığı zaman, dairenin hükümlerine karşı temyiz dâvası açıldığında rastlamaktayız. Ancak, direnme üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen kararlara karşı direnilemez (CMK 307/3).

### 3) İçtihat yaratma ve birleştirme.

Kanun Yargıtaya belli bir uyuşmazlığın çözülmesinin üstüne çıkararak, 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.

Verilen kararlar arasındaki uyumsuzluk sorunu, bizde istinaf aleyhine olarak ileri sürülen en kuvvetli gerekçedir. Bölge Adliye Mahkemeleri arasında farklı kararlar çıkma olasılığı eleştirilmektedir.

Oysa bölge adliye mahkemelerinin kararları arasında uyuşmazlık bulunması durumunda, Yargıtay Kanununun 45. maddesinin uygulanması suretiyle bu uyuşmazlığın 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

<sup>316</sup> İstinafta direnme kabul edilmemiştir (CMK 284/1).

tedbirler öngörölmüştür.

Ayrıca CMK 309 ve 310 daki kanun yararına bozma kurumunun da Bölge Adliye Mahkemeleri arasında çıkabilecek farklı kararları sonradan gidermeye hizmet edebileceği söylenebilir.

Kanaatimizce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde ve Alman hukukunda olduğu gibi, Yargıtay dairelerinin verdikleri kararları, sadece birbiriyle çelişme aından inceleyen ayrı bir daire kurulmalıdır.

#### 4) Mukayeseli Hukuktaki gelişmeler.

İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanunu (RStPO) çok sınırlı uygulaması bulunan bir kanun yolu düzenlemişti: hükme esas teşkil eden maddi tespitler doğru kabul edilerek, sadece esas mahkemesinin muhakeme hukuku normarını veya maddi ceza hukuku normlarını yanlış uyguladığı hallere inhisar ettirilmiş bir temyiz sistemi benimsemişti. Temyiz maddi meseleye hiç giremediği için, kuyruğu kesilen hayvanlara benzetilmiş ve kupiertes Zweitinzverfahren olarak adlandırılmıştı.<sup>317</sup>

Ancak yüksek mahkeme kararları ile bu anlayış iki açıdan büyük ölçüde değişmiş bulunmaktadır. İlk olarak, Yargıtay'ın dosyaya giren yazılı belgelere dayanarak, esas mahkemesi tarafından yapılan maddi tespitlerin mantık açısından kabul edilebilir olup olmadığının denetlenmesi (Plausibilitätskontrolle) kabul edilmiştir. İkinci önemli gelişme ise muhakeme hukuku normlarına aykırılık iddiasına dayanan temyiz başvurularını büyük ölçüde engelleyen yasal düzenlemeler yapılmasıdır. Zamanla temyiz edilebilen hükümler sınırlandırılmıştır: 1) Yargıtay tarafından kanun yolu muhakemesinde verilen hükümler hariç, ilk derece mahkemelerinin verdikleri bütün hükümler temyiz edilebilir. 2) Amtsgericht kararlarına karşı temyizde iki olasılık vardır: başvuru önce istinaf, sonra temyiz davası açabilir; veya istinafı atlayarak doğrudan temyiz yoluna da gidebilir (StPO 335) (Sprungrevision veya Wahlrevision).

Sanığın istinafı atlayarak doğrudan temyiz davası açması halinde, savcı istinaf davası açarsa, sanığın açtığı temyiz davası istinaf olarak ele alınır (StPO 335/3-1). Ancak istinaf davası açanın davası kabul açısından red

<sup>317</sup> Roxin/Schünemann 2009, § 10, n. 1.

edilebileceği için temyiz davası aanın gerekçesini de bildirmesi gerekir (Schroeder NJW 73, 308).

## II- Temyiz edilebilen hüküm ve kararlar.

### 1) CMK uyarınca temyiz edilebilen hükümler (CMK 286/1).

CMK temyiz hukukunda büyük bir değişiklik yaparak, ilk derece mahkemelerinin verdikleri hükümlerin önce bölge adleyi mahkemesi tarafından istinafen incelenmesini, istinaf sonunda bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin, bozma dışında kalan hükümlerine temyiz yolunu açmıştır (CMK 286/1).<sup>318</sup>

Mülga CMUK tarafından kabul edilen “onbeş sene ve ondan yukarı hürriyeti bağlayıcı cezalara ait hükümler hiç bir harç ve masrafa tabi olmaksızın Yargıtayca re’sen tetkik olunmasına” ilişkin otomatik temyiz (CMUK 305/1 c.2) ise istinafa aktarılmıştır (CMK 272/1).

Ayrıca, 2014-6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile istinaf edilebilen BAM kararlarının kapsamı da aşağıda gösterildiği gibi daraltılmıştır.

#### a) Bölge Adliye Mahkemesinin temyiz edilebilen hükümleri.

İlk derece mahkemeleri tarafından verilen hükümler doğrudan temyiz edilemez. İlk aşama istinaftır: Adli Yargı ilk derece mahkemelerinin ceza daireleri tarafından (AyMKK 8) verilen hükümler (CMK 223), doğrudan istinaf edilebilirler (CMK 272/1).

Bölge adliye mahkemesi tarafından istinaf üzerine verilen hükümler ise temyiz edilebilir. Grldği gibi temyiz kanunyolu, sadece istinaf mahkemesinin vereceği hükümlere (CMK 280 ve 284) karşı kabul edilmiştir.

Ancak bu kuralın ilk istisnası BAM tarafından CMK 280/1-b uyarınca verilen bozma kararıdır: “adliye mahkemesi ceza dairelerinin, bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir” (CMK 286/1) (CMK 286/2 de düzenlenen diğer istisnalar için aşağıdaki açıklamalara bakınız).

<sup>318</sup> Mülga CMUK nun Bölge Adliye Mahkemeleri kuruluncaya kadar halen (Eylül 2014) uygulanmakta olan temyize ilişkin hükümleri, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen bütün hükümlere karşı doğrudan temyiz yolunu açmıştır (CMUK 305 c.1).

*b) Hükümden önceki kararların temyizi.*

Hükme esas teşkil eden arakararlar veya başkaca kanunyolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları hükümlerle birlikte temyiz olunabilir (CMK 287).<sup>319</sup> Hükme esas teşkil eden bu kararlar, yani hükmün çıkması ile bağlantısı olan ve onu yaratan kararlar, hükümlerle birlikte temyiz olunurlar. Bu kararların başında her bakımdan yetkililik kararları gelmektedir. Teselsül sorununun çözülmesi için, muhakemelerin birleştirilmesi gerektiğinde, birleştirme isteğinin reddi kararı da hükümlerle birlikte temyiz olunabilir. Hükme esas teşkil eden ara kararında aykırılık varsa, giderilmesi imkânı temyiz yolu ile sağlanmış bulunmaktadır. Ancak bu yol temyiz olduğundan, sadece hukuki aykırılıklar düzelebilecektir. Hükümden önce verilip hükme esas teşkil ettiği için temyiz edilebilen bu kararların, kovuşturma evresinde verilen mahkeme kararı olduğunda şüphe edilmemelidir.

Böylece hükme esas teşkil eden bir ara kararında hukuka aykırılık varsa giderilmesi imkânı temyiz yolu ile sağlanmış bulunmaktadır. Ancak bu yol temyiz olduğundan, sadece hukuki aykırılıklar düzeltilebilir.

Hükümden önce verilip hükme esas teşkil ettiği için temyiz edilebilen bu karar, kovuşturma evresinde verilen bir mahkeme kararıdır. Bu nedenle soruşturma evresinde verilen hakimlik kararları ile iletişimin denetlenmesi kararı gibi ağır ceza mahkemesi kararları, itiraz yolu ile incelenebilmekte, fakat Yargıtay önüne kadar gelmek olanağını bulamamaktadır. Kişi haklarının gündeme geldiği bu hakim kararlarının da itirazdan sonra bir şekilde Yargıtay denetimine tabi olması ve içtihat yaratılmasının sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

*c) Tali ceza muhakemesinde verilen kararların temyiz edilmesi sorunu.*

Tutuklama, arama, iletişimin denetlenmesi ve teknik takip kararı gibi koruna tedbirlerine ilişkin kararlar, kendi içlerinde itiraz yolu ile denetlenmekte ve son tahlilde de olağan üstü kanun yolunda CMK 309 üzerinden (prensipl olarak) Yargıtay tarafından denetlenebilmektedir. Ancak, bu sistem ülke çapında içtihat oluşturulmasına müsait değildir.

<sup>319</sup> CMK 287: Kanunlarda başka bir kanun yolu öngörülmemişse hükme esas alınmış olan ara kararlar da hükümlerle birlikte temyiz edilir (Özbek 2005, 1110)

Bu nedenle, belli önemli kararlar açısından, daha henüz görölmekte iken, işin Yargıtay önüne gelmesinin sağlanmasında fayda vardır. Bu nedenle, dar manada talî ceza muhakemesinde hangi kararların temyiz olunabileceğini kanun açıkça göstermelidir. Aşağıda belirtilen, geri vermeye ilişkin kararların temyiz edilmesi, bu önerimizin Kanun tarafından bir halde uygulandığını göstermektedir.

2) *TCK 18/4 uyarınca temyiz edilebilen geri verme hakkındaki karar.*

Suç nedeni ile sanığın geri verilmesi istendiğinde, kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi, geri verme talebi hakkında TCK 18 ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

CMK 285, diğer kanunlarda temyiz edilebileceği belirtilen hallerde istinaf yolunun açılacağına ilişkin bir düzenleme yapmışsa da, TCK 18 deki kararı bunun dışında tutmuştur. Bu nedenle geri verme konusunda ağır ceza mahkemesinin verdiği kararlara karşı sadece temyiz yolu açık olup, bunlar istinaf edilemezler.

### III- Temyiz edilemeyen hükümler.

1) *İstinaf incelemesi sırasında verilen "ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararı".*

Ceza Muhakemesi Kanunu 286/2 maddesinde saydığı karar veya hükümler açısından temyiz kanun yolunu kapatmıştır. 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 vermişse de (CMK 286/1), istinaftan sonra temyiz etmek isteyenler için önemli kısıtlamalar öngörmüştür (CMK 286/2). Temyiz yolunun kapalı olduğu haller aşağıda sayılmıştır:

2014 değişikliğinden önce, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararı<sup>320</sup> istinaf duruşmasından önce veriliyordu: önce ilk hüküm

<sup>320</sup> Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi dosya üzerinden yaptığı inceleme sonunda davanın yeniden görülmesine gerek görürse, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş bulunan hükmü kaldırılıyordu (CMK 280/1-c'deki mülga ibare).



ortadan kaldırılarak, yeni bir hüküm verilmesi için duruşma yapılmasına imkan sağlanıyordu. 2014–6545 sayılı Kanun ile bu karar istinaf duruşmasının sonuna atıldı: “Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurar” (CMK “2014–6545” 280/2).

İstinaf mahkemesinin “ilk derece mahkemesinin verdiği hükmü kaldırma kararı”, mahkeme tarafından verildiği ve bu karara karşı itiraz yolu açılmadığı için, itiraz edilemeyeceği gibi, ayrı bir hüküm olmadığı için, temyiz yolu da yoktur.

2) *Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen hükme karşı temyiz yolunun kapalı olduğu haller.*

a) *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 konunyolları kapatılmış ise de (CMK 284), bölge adliye mahkemesinin kararı bozma kararı ise temyiz de edilemez (CMK 286/1).

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin CMK 280/1-c uyarınca verdikleri bozma kararları da (ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararı) temyiz edilemez. Zira üst mahkemenin bozma kararı bugünkü 308 nci maddede gösterilmiş bulunan hukuka mutlak aykırılık hallerinde verilebilecektir.

b) *İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adlı para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları.*

İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adlı para cezalarına<sup>321</sup> karşı istinaf başvurusu-

<sup>321</sup> Mülga CMUK ta yer alan “iikimilyar (2004-5218) liraya kadar (ikimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler” (CMUK 305/1 cü.2 bent 1) düzenlemesi CMK nın istinafına nakledildi. Mülga CMUK un, halen yürürlükte olan bu hükmü, hapis cezasından çevrilen para cezalarında kanun yolunu kapattığı için, Anayasa Mahkemesinin 23.7.2009 tarih ve E. 2006/65, K. 2009/114 sayılı kararı ile iptal edildi (RG 7.10.2009). Eğer para cezası hapis cezasından çevrilmişse, miktarına

nun esastan reddine dair (CMK “2014–6545” 280/1–a ve 280/2) bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmıştır (CMK 286/2–a).

Böylece ilk derece mahkemesinin beş yıl ve daha az hapis cezasına veya adli para cezasına hükmettiği hallerde, açılan istinaf davası ön incelemelerden geçip (CMK 276 ve 279) kabul edildikten sonra, üzerine bölge adliye mahkemesi tarafından incelenip, hiç bir hukuka aykırılık tespit edilmediği, delillerde de eksiklik bulunmadığı tespit edilirse, istinaf davası esastan red edilecek (CMK 280/1–a, cü. 1) ve artık temyiz de edilemeyecektir.

Aynı şekilde 303 üncü maddenin birinci fıkrasının (c), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı halinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi (CMK “2014–6545” 280/1–a, cü 2) kararı da temyiz edilemeyecektir.

Böylece beş yıldan az hapis ceza hükümleri ile adli para cezalarına ilişkin hükümlerin temyiz incelemesinden geçmeden istinafda kesinleşmesi, büyük bir sayıdaki ilk derece hükümlerinin Yargıtay’a gitmesini engellemektedir. Yargıtayan iş yükünü önemli derecede azaltan, fakat bir çok suç açısından içtihat yaratma yolunu da kapatan bu düzenleme eleştirilmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, kanunun içtihat yaratılması için aldığı tedbirler yetersizdir.

Aşağıda açıklanacağı gibi, ilk derece mahkemesinin verdiği müsadere (CMK 286/1–e) ve beraat kararlarına karşı açılan istinaf başvurusunu istinaf mahkemesinin istinaf esastan red ettiği hallerde de temyiz yolu kapanmaktadır (CMK 286/1–f).

*c) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları.*

İlk derece mahkemesinin sanığı beş yıl veya daha az hapis cezasına mahkum ettiği hallerde, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi istinaf üzerine esastan yaptığı incelemede hata tespit ederek cezayı indirirse ve neti-

---

bakılmaksızın temyiz edilebilir. Yukarı sınırı onmilyar lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri (CMUK 305/1 cü.2 bent 2). Bu kanun ile sair kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler, temyiz olunamaz (CMUK 305/1 cü.2 bent 3).

ce itibariyle, “suç niteliđini ve sonuç cezayı deđiřtirmeyen” bir hűkűm verirse, temyiz yolu kapanmaktadır (CMK 286/2-b).

*ç) İlk derece mahkemelerinden verilen ve kanundaki űst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına dair bűlge adliye mahkemesi kararları.*

İlk derece mahkemelerinin gűrevine giren ve kanunda űst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bađlı adli para cezalarına iliřkin her tűrlű bűlge adliye mahkemesi kararlarına karřı temyiz yolu kapatılmıřtır (CMK “2014-6545” 286/2-c).

2014 deđiřikliđinden űnce, sulh ceza mahkemelerinden verilen hűkűmler istinaf edildiđinde, BAM tarafından verilen kararla kesinleřiyor, bunlara karřı temyiz davası aılamıyordu. Sulh ceza mahkemelerinin kaldırılmasından sonra, sonuç cezaya deđil, kanunda belirlenen cezaya bađlı olarak temyiz yolunun kapatan bir dűzenleme getirildi.

*d) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden erilen hűkűmlere iliřkin bűlge adliye mahkemesi kararları.*

Yalnız adli para cezasını gerektiren (veya kanundaki hapis cezasının yukarı sınırı űç ayı geçmeyen) ve uzlařma kapsamında olmayan suçlarda űnűdeme uygulanır (TCK 75). Yalnız adli para cezasını gerektirdiđi için űnűdeme uygulanması, sonuçta hűkűm niteliđinde bir karar verilmesi demektir. Bu tűr hűkűmler de istinaf edilebilir.

Ancak, adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemesince verilen hűkűmlere iliřkin BAM kararları temyiz edilemez (CMK 286/2-d). 2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile yapılan deđiřiklikle, bu bentte yer alan “suç niteliđini deđiřtirmeyen” kelimeleri metinden çıkarıldı ve metne “her tűrlű” kelimeleri eklendi.

Bűylece, istinafta suç niteliđi deđiřtiđi için, hapis cezasına hűkmedilse bile, temyiz edilemeyen hűkűmler kapsamında kalıyorsa, ilk derece mahkemesince sadece adli para cezası řeklinde verilmiř olan hűkmű deđiřtiren her tűrlű istinaf hűkmű, artık temyiz de edilemeyecektir. İstinaf mahkemesi beraat kararı da verse, temyiz yolu kapalıdır.

*e) Sadece eşya veya kazanç müsadere sine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları.*

Müsadere kararı ya ilk derece mahkemesi tarafından verilir (CMK 256), veya suç konusu olmadığı halde müsadere tabi bulunan eşya ise bu kararı sulh ceza hakimi duruşma yapmaksızın verir (CMK 259). Sulh ceza hakimliği tarafından verilen müsadere kararları, kendisini numara bakımından takip eden sulh ceza hakimliği tarafından itirazın incelenir (CMK 268/4–a).

Buna karşılık mahkeme tarafından verilen müsadere kararları hükümdür ve istinaf edilebilir. Eğer ilk derece mahkemesi sadece müsadere kararı veya buna yer olmadığına karar vermiş ise istinaf mahkemesinin istinaf başvurusunu esastan red eden kararına karşı temyiz yolu kapatılmıştır.

2014 değişikliği öncesinde, “sadece eşya veya kazanç müsadere sine, veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararını değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları” üzerine temyiz yolu kapanıyordu.

*f) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adlî 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 (CMK 286/2–f).*

Beraat kararı ilk derece mahkemesi tarafından 10 yıla veya daha az hapis cezası gerektiren bir suç dolayısı ile verilmiş ise istinaf üzerine BAM tarafından yapılan incelemede beraat kararında maddi veya hukuki bir hata bulunmadığı tespit edilir ve istinaf başvurusu esastan red edilirse, temyiz yolu kapanmaktadır (CMK 286/2–f).

2014 değişikliğinden önce, tarafından istinaf incelemesinin sonunda verilen beraat kararı da temyiz edilemiyordu. “Bölge adliye mahkemesince verilen beraat kararları ile” kelimeleri 2014 yılında metinden çıkarıldı (CMK “2014–6545” 286/2–f).

Adli para cezasını gerektiren suçlarda da, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararı istinaf edildiğinde, istinaf davasının esastan reddi kararı verirse, bu kararlara karşı temyiz yolu yoktur (CMK 286/2–f).

g) *Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun reddine dair kararlar.*

İlk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi, düşme, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbirleri konularında aynı doğrultuda karar verirlerse, temyiz yolu kapanmaktadır (CMK “2014–6545” 286/1–g). 2014 değişikliği ile metinde daha önce yer alan ve ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararların isimlerini tekrarlayan kelimeler (davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin) çıkarılmış ve (bu tür kararlar) denilerek kısaltma yapılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu hüküm konusunda düzenleme yaparken “güvenlik tedbirine hükmeden kararın“, “hüküm“ olduğunu açıkça düzenlemiştir (CMK 223/6). Bu nedenle BAM tarafından verilen güvenlik tedbiri kararı için istinaf yolu açıktır.

Mülga Kanunlarımızda emniyet tedbiri denilen, şimdi ise güvenlik tedbiri diye adlandırılan güvenlik tedbiri muhakemesi sistemli bir şekilde ele alınmadığından, Örneğin beraat kararı yerine çok defa başka adlı bir karar verilmekte idi. 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.

Yüklenen suç 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 hükmedilsin veya edilmesin, mahkûmiyet hükmü (CMK 223/1) niteliğinde olduklarından istinaf edilebilirler (CMK 272/1).

Ancak güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen güvenlik tedbirine dair kararlar temyiz edilemez (CMK 286/2–g). Bizce Kanun değiştirilmeli ve asıl ceza muhakemesinin bir çeşidi olan güvenlik tedbiri muhakemesinde

verilen kararlar ile diğer çeşit olan dar manadaki ceza muhakemesinde verilen kararlar arasındaki fark müeyyide bakımından olduğuna, suçluluk bakımından verilen kararlar arasında fark bulunmadığına göre, güvenlik tedbiri muhakemesinde verilen ve dar manadaki ceza muhakemesindeki hükme tekabül eden kararlar, temyiz edilebilmelidir.

*h) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları.*

Temyiz edilemeyeceği belirtilen bölge adliye mahkemesi hükümlerinde, temyiz yolunun kapatılması için bazan kanundaki ceza, bazan hükmedilen ceza, bazen hapis cezası, bazen de adli para ceza kriter olarak kullanılmıştır. Kanun koyucu uygulamaya açıklık getirmek üzere, CMK 286 nın ikinci fıkrasındaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla, aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (CMK 286/2–h).

#### **IV–Temyiz nedeni: hukuka aykırılık.**

*1) Temyiz nedeni olarak “hukuka aykırılık”.*

Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanabilir (CMK 288/1). Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması, hukuka aykırılıktır (CMK 298/2).<sup>322</sup>

CMK nın kullandığı terminolojide; “teyiz nedeni” (CMK 288), “teyiz sebebi” (CMK 294, 298), “teyiz başvurusunda belirtilen hususlar (nokta)” (CMK 301), “teyiz gerekçesi” (CMK 295) ve “bozma sebebi” (CMK 302/2) gibi kavramlar kullanmıştır. Bu kavramların ayrı içeriklere sahip bulunduğuna özellikle dikkat edilmelidir.

Temyiz nedeni olan hukuka aykırılık (CMK 288), hâkimin olaya en uygun normu bulamaması, yahut bulsa da yanlış anlayıp yanlış kullanmasıdır. Demek ki, temyiz muhakemesinde hukuk normunun kullanılması

<sup>322</sup> Temyiz nedeni olan hukuka aykırılık konusunda ayrıntılı açıklamalar için, bakınız (Keskin 1997).

bakımından bir yanılma olup olmadığı araştırılır. Bir başka söyleyişle, Yargıtay temyiz yolunda yargılama yaparken, uyuşmazlığın ispat yönünü oluşturan ve fiilî de denilen, “maddî meseleyi”, olay mahkemesinin duruşmada ortaya konan delillere dayanarak vardığı vicdanî kanaatına göre çözümüne, yani olayı belirlemesine dokunamaz.

Yargıtay sadece olay mahkemesinin hukukî meselede, yani belirlemiş olduğu olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusunda yaptığı, tavsif de denilegelen, hukukî değerlendirmesini ve ondan çıkardığı sonuçları denetliyecek, kısacası hukukî hata olup olmadığına bakar: (temyiz sebebi, ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir: CMK 294/2).

Temyiz yolunun hukukî derece olması da zaten bu demektir. Kullanılacak hukuk normu kullanılmamışsa veya yanlış kullanılmışsa, hükmü veren mahkemenin hukukî hata yaptığı, hukuka aykırı karar verdiği iddiası haklı görülecektir.

Önce genel olarak “temyiz nedeni”, sonra da temyiz başvurusunda “temyiz sebebi” olan hukuka aykırılık, bir hukuk normunun hiç uygulanmaması veya hatalı uygulanması olarak tanımlandığı için uygulanmayan hukuk normuna bakılmalıdır: muhakemede kullanılan hukuk normu ya suç hukuku normudur (Sachrüge); bu gibi hallerde, esastan temyiz veya asastan bozma göndeme gelir; veya muhakeme hukuku normudur (Verfahrensrüge), bu gibi hallerde ise usuli temyiz veya usuli bozma söz konusu olur.

Esastan temyizde, temyiz edilen hükümde, esas mahkemesinin yaptığı maddi tespitlere maddi ceza hukukunu uygulanmadığı veya hatalı uyguladığı iddia edilir.

Usuli temyizde, ilk derece mahkemesinin muhakeme hukuku normlarına aykırı kararlar verdiği iddia edilir. Yargıtay usuli temyizde hem ilk derece mahkemesinin muhakeme hukuku normunu doğru uygulayıp uyguladığını inceler, hem de muhakeme hukuku normunun uygulanmasını gerektiren maddi olguları doğru tespit edip etmediğini denetler. Zira, muhakeme hukuku normlarının uygulandığı haller, tali ceza davalarıdır. Tali ceza davalarında sıkı ispat kuralları uygulanmaz. Delillerin doğrudanlığı ilkesi geçerli değildir. Bir arama kararı verilirken, hakimin tanık dinlemesi söz konusu olmaz; karar kolluğun vereceği rapora dayanılarak verilir. Mesela,

yemin ettirilecek kişinin gerçek yaşı temyiz aşamasında araştırılabilir.<sup>323</sup> Bu nedenle, eğer esas mahkemesinin yapmış olduğu maddi tespitler, muhakeme hukuku normları ihlal edilerek elde edilmiş olan bulgular ise temyiz aşamasında bu maddi tespitlerin usuli temyiz konusu yapılarak, Yargıtay tarafından incelenmesini sağlamak mümkündür.

Muhakeme hukuku normlarının ilk derece muhakemesi sırasında ihlal edilip edilmediğinin Yargıtay tarafından denetlenmesi, keyfiliği önleyen bir tedbirdir. Maddi gerçeğin araştırılmasında Hukuk Devleti ilkelerine riayet edilmeli ve sanık hakları ihlal edilmemelidir.

Denetlenebilen hukuka aykırılıklar temyiz sebebi olur. Her türlü hukuk normu temyiz sebebi yapılabilir.

## 2) Temyiz nedeninin hukuki niteliği.

“Temyiz nedeni” (CMK 288), hukuki hata yapıldığını ileri süren tarafın dayandığı gerekçe olarak kullanıldığında, “temyiz sebebi” (CMK 294) haline gelir. Temyiz nedeni, aynı zamanda bozma imkanı yolunu açan sebeptir. O zaman bir “temyiz nedeni” (CMK 288) “bozma nedeni” (CMK 302/2) niteliği kazanır.

Temyiz nedeni, temyiz başvurusunun sebebidir, yani hukukî hata veya bir diğer söyleyişle hukuka aykırılık iddiasına dayanan temyiz başvurusunu haklı göstermek için ileri sürülen gerekçedir. Bu nedenle temyiz nedeni, Yargıtayın kaide olarak bozma, istisna olarak ıslah suretiyle denetimine imkân veren sebep, diye de tarif edebiliriz.

“Temyiz nedeni”, “temyiz sebebi” olarak kullanıldığında, denetlenecek kararın hangi noktasının hatalı görüldüğünü de belirttiği için, temyiz muhakemesindeki uyuşmazlığı sınırlamak görevini de yapar (CMK 294). Bu durumda, “temyiz nedeni” (CMK 288), temyiz başvurusundaki “temyiz sebebi” (CMK 294) halini alır. Temyiz başvurusunda temyiz edenin hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini göstermesi zorunludur. Temyiz nedeninin sadece hukuki yöne ilişkin olabileceği açıkça ve net olarak belirtilmiştir (CMK 294/2).

Temyiz eden tarafların (Cumhuriyet savcısı veya diğer taraflar) hükmün

<sup>323</sup> Roxin/Schünemann 2009, § 10, Rn. 12.



neden dolayı bozulmasını istediklerini (yani temyiz sebebini) göstermek mecburiyeti vardır (CMK 294/1). Yargıtay’ın temyiz kanun yolundaki incelemesinin kapsamını bu “temyiz sebebi” belirler. Görüldüğü gibi, 2005 den bu yana bizde de, esaslara uygun olarak, temyiz muhakemesinde dâva sınırı dışına çıkma kabul edilmemiş ve temyiz sebeplerinin nokta halinde gösterilmesi mecburiyeti öngörülmüştür.

Artık Yargıtayın kendiliğinden görebildiği hatalar bozma nedeni yapılamayacaktır. Ancak hukuka kesin aykırılık halleri (CMK 289) varsa, hükmün başka yönleri incelenmeden bozma kararı verilir.<sup>324</sup> Sanığın yararına olan kurallara aykırılık, sanık aleyhine bozma sebebi olmaz (CMK 290).

### 3) Temyiz nedeni–hukuka aykırılık ilişkisi.

Hukukî ve maddî meselelerin birbirinden ayrılması maddî bakımdan zorunlu (zarurî) ve hukukî bakımdan mecburî olunca ve ayırım için de hukuka aykırılık ölçüsü kabul edilince, bu kavramı, imkânları gözönünde tutacak ve ihtiyaçlara cevap verecek şekilde açıklamak gerekir.

Kanunun “bir hukuk kuralının uygulanmaması” tarifi (CMK 288/2), hiç bir ayırım yapılmadan, maddî meselelerde hâkimlerin yetkilerinin serbest olduğu, olayı belirlemelerinin Yargıtayı mutlak olarak bağladığı sanılan devirlerin kalıntısıdır. 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. Bu gelişme, delillerin tekrar veya yeniden ortaya konulması suretiyle bir öğrenme muhakemesi yapmayan Yargıtayın denetimine de tesir etmiş ve hukuk normu olmadığı açık olan, örneğin bir fizik kanunu veya mantık kuralını, bir kelime ile tecrübe kaidelerini de hukuk kuralı tâbiri içine sokmak ihtiyacı duyulmuştur. Aslında temyiz nedeni, hukuk normuna aykırılıktan daha geniştir.

Bizce, olay mahkemesinin maddî (fiilî) meseleye ilişkin kararları ile

<sup>324</sup> CMK 289: Hukuka kesin aykırılıkların kanun koyucu tarafından belirtilmesi temyiz incelemesinin sonucu açısından önemlidir. 288 ve 289 uncu maddeler değerlendirildiğinde hukukumuzda mutlak ve nispi temyiz nedenleri ayırımının halen mevcut olduğu söylenebilir (Özbek 2005, 1117).

Yargıtayın bağlı olması ve onu denetleyememesi, bir istisnadır ve ancak Yargıtayda olayın belirlenmesi için bir öğrenme muhakemesi yapılmamasından doğan maddî imkânsızlıkla haklı görülebilir. Şu veya bu halde imkân varsa, denetleme organı denetleyebilir.

Mücerret ve genel olan hususlarda imkân vardır. Hukuk normu gibi tecrübe kaidesini de Yargıtay hâkimleri, en az esas mahkeme hâkimleri kadar bilirler. O halde, kanunolu mahkemesi olan Yargıtayın bu hususları denetleyememesi için bir sebep yoktur. Mesele, somut hususlarda ve belli bir olay söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Yeni deliller ileri sürülmediğine, eskileri tekrar ortaya konmadığına (örneğin tanık dinlenmediğine göre), Yargıtay<sup>325</sup> ancak dosyanın verdiği ve olay mahkemesinin yararlanabildiği ölçüde bir denetim yapabilecektir.

Bu demektir ki Yargıtay, dosyada bulunduğu halde duruşmada ele alınmadığı için, “delillerin müşterekliği prensibi” gereğince, mahkemenin ele alamadığı belgelerden yararlanamayacağı gibi, dosyaya girmeyen “beyan” delillerine de dayanamayacaktır.

Şu halde, Yargıtay duruşma tutanağına geçmiş beyanlara dayanarak denetim yapamayacak, mahkemenin kararında tesbit ettiği şekilde, bir diğer söyleyişle delil muhtevasını belirlemesiyle bağlı kalacaktır. Bu muhtevanın tek başına veya diğer delillerle birlikte değerlendirilmesinin sonucuna da, bu sonuç çıkarış mantık kurallarına uygun oldukça, aynı sebeple karışamayacaktır.

İstinabe veya niyabet suretiyle dinlenenlerin beyanının denetimi ise 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.

Belge delili dosyadadır. O halde Yargıtay hâkimleri de, esas mahkeme gibi, bunun muhtevasını öğrenebilirler, hattâ bu delili tek başına veya hepsi belge delili ise diğer delillerle birlikte değerlendirebilirler.

Buna karşılık, duruşmada okunmaması gereken bir tutanak, dosyadaki delil sayılamaz.

Vardığımız sonuç şu olmaktadır: Temyiz sebebi olan “hukuka aykırı-

<sup>325</sup> Temyiz istemi maddi vakıaların yanlış değerlendirildiğine yönelik olabileceği gibi yargılama usulüne ilişkin yanlışlıklar hakkında da olabilir (Özbek 2005, 1112).

lık”, Yargıtayın gerektiğinde ve mahkemenin dayanabildiği ölçüde dosya-  
daki belge delillerine dayanarak denetliyebilmesi maddî bakımdan müm-  
kün olan hukukî aykırılıktır.

Yukardaki tarifi uygularsak, aşığıdaki hallerin temyiz hukuku açısından  
“hukuka aykırılık” (CMK 288/1) olduğu sonucuna varırız.<sup>326</sup>

4) *Temyiz nedeni olan hukuka aykırılık türleri.*

a) *Yazılı hukuka aykırılık.*

Kanuna aykırılık, hukuk kuralına aykırılıktır. Onaylanan sözleşmelere,  
örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırılık da buraya girer.<sup>327</sup>  
Yabancı Devletlere ait olsalar dahi kanun, tüzük, yönetmelik gibi kaynak-  
lardaki normlara aykırılıkların hukuka aykırılık olduğu açıktır.

İhlal edilen kanun, suç belirleyen bir maddi ceza hukuku veya muhake-  
me usulünü gösteren bir hukuk kuralı olabilir. Bu nedenle, Muhakeme  
Hukuku normları içinde delilleri, onların değerlendirilmesini, değerlendiri-  
menin gerekçelendirilmesini düzenliyen normlar gibi, maddî meseleye  
ilişkin olan normlara aykırılık da hukuka aykırılıktır. Bunların arasında,  
olayın mahkemece aydınlatılması mecburiyetine aykırılık da vardır ki  
kısaca “eksik soruşturma” denilegelmekte ve bozma sebebi sayılmaktadır.  
Örneğin, Kanun yakalandığı sırada (CMK 90) ve ifade alma öncesinde  
sanığa hakların bildirilmesini (CMK 147) mecbur tutmuştur. Sanığa ifade  
alınması veya sorgudan önce “CMK 147” haklarının bildirilmemesi”,  
(hiç kimse kendisini suçlayıcı delil vermeğe zorlanamaz) kuralının ihlali  
niteliğinde olup, yazılı hukuka aykırılıktır. İddianamenin CMK 170’e aykırı  
olması da hukuka aykırılıktır.

Muhakeme dışı hukuk normlarının hukukî değerlendirmede kullanılma-  
sı maddî değerlendirmeye bağlı olduğundan, Yargıtayın hukukî mesele  
hakkında bir karara varabilmek için ek soruşturmayı gerekli görmesi ve bu  
sebeple bozması da maddî denetleme değildir.

<sup>326</sup> Temyiz yoluna başvuran maddi hukuka ilişkin mi yoksa yargılama hukukuna ilişkin mi huku-  
ka aykırılığa temyiz konusu yaptığını belirtmelidir (Özbek 2005, 1131).

<sup>327</sup> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin falan maddesine aykırı diye bir kararın bozulması bu  
hakların korunması bakımından çok yararlı olacaktır.

Muhakeme hukuku normlarına aykırılık örneği olarak şu hususlar belirtilebilir: Duruşma tutanağının bir bölümünün zabıt katibince imzalanmaması, esaslı işlemlerin yapıldığı duruşma zaptının 1. sahifesinde başkan imzasının bulunmaması, bilirkişi inceleme tutanağının birinci sayfasının zabıt katibi tarafından imzalanmaması, hükmün verildiği duruşma tutanağının 1. ve 2. sahifelerinin zabıt katibi tarafından imzalanmaması halleri; hukuka aykırılıktır. Dava açılmayan bir konuda verilen hüküm bozulmaktadır. Müştekinin müdahale talebi hakkında bir karar vermeden hüküm tesisi usule aykırıdır. Katılanlar ile tanığın önceki anlatımlarının, talimatla gönderilmemesi nedeniyle okunamaması, yönerge ile olsa dahi katılanlar ile tanığın anlatımlarının karı-koca hakim-savcı tarafından alınması, katılanların tanık sıfatıyla dinlenilmeleri usul ve yasaya aykırıdır.

*b) Yazılı olmayan hukuka aykırılıklar.*

Hukuk normlarının doğrudan doğruya kaynaklarından biri olduğundan “yazılı olmayan hukuka aykırılıklar” dosya imkânı nisbetinde denetlenmelidir. Çok defa “hukukun esaslarına aykırı”, “haksız”, “vicdanları rahatsız eden”, “makbul olmıyan” gibi tâbirlerle ifade edilen bu aykırılık, normların veya delillerin değerlendirilmesi bakımından olabilir. Normların değerlendirilmesinde denetim her zaman, hattâ serbest değerlendirme yetkisine ilişkin olsalar bile mümkündür.

*c) İctihadî Hukuka aykırılıklar.*

Hukuk normları içtihatlarla da yaratılabildiğinden, içtihadı aykırılık da hukuk normuna aykırılıktır.

*ç) İlmî hukuka aykırılıklar.*

Hukuk normlarının dolayısı ile kaynaklarından birini teşkil eden doktrin de denilen İlmî Hukuka aykırılıklar da hukuka aykırılıktır.

*d) Maruf ve meşhur olan şahsî bilgide hatalar.*

Hâkimin ancak iki şartla nazara alabildiği olay hakkındaki şahsî bilgisi hatalı olabilir. Bunları herkes gibi Yargıtay hâkimleri de bilirler. İmkân olduğuna göre bu hatalar denetlenebilir.

*e) Tecrübe kaidesine aykırılıklar.*

Mücerret ve genel olan ve bu sebeple hukuk normuna benziyen tecrübe kaidelerini Yargıtay hâkimleri esas mahkeme hâkimleri kadar ve hattâ 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. Meğer ki pek istisnâ bir durum olsun. Gerçekten, günlük şahsî tecrübelerden edinilen bir tecrübe kaidesinin Yargıtay hâkimlerince, hattâ bilirkişi-lerce de bilinmemesi mümkündür. Bir tanığın yalancılığı hakkındaki bilgide de durum böyle olabilir. Bu hallerde denetim mümkün olmayacak demektir. Bunların dışında, kaide olarak denetim, mümkün olduğundan, yapılmalıdır. Örneğin olayda belirlenen duruma göre tahrikin ağırlığını, hâkimin tâyin ettiği sürenin yeterliliğini, patlayıcı maddenin cinsini, sayı ve ağırlık ölçülerini Yargıtay hâkimleri denetliyebilirler.

*5) Bozma sebebi sayılmıyan temyiz nedeni.*

Temyiz yolu, hükmün kaide olarak bozulması suretiyle hukuka aykırılığın giderilmesi için kabul edilmiş bir kanunyolu olduğundan, temyiz başvurusunda “temyiz sebebi” yapılan “temyiz nedeni” ile “bozma sebebi” arasında bir fark olmamalıdır. Başka bir söyleyişle, her hukuka aykırılık, kural olarak bozmayı gerektirmelidir.

Kanun bazı noktalarda hukuka kesin aykırılık halleri belirlemiş ve bu hukuka aykırılıkların hükme tesir edeceği karinesini benimsemiş (CMK 289) ve hiç incelemeyen bozma kararı verilmesini emretmiştir. Ancak nisbeten önemsiz bazı hallerde, aykırılıklara ses çıkarmamak gerektiği veya ayrı bir talî dâva açma mümkün olduğundan, bazı aykırılıkların istisna olarak bozma sebebi sayılmaması da kabul edilmiştir. Bu sebepler şunlardır:

*a) Hükme tesirsiz hukuka aykırılıklar.*

Yargıtay, temyiz edilen istinaf hükmünü, temyiz başvurusunda gösterilen, hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle bozar (CMK 302/2).

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. Onun için aykırılığın hükme tesirini araştırmak gerekir.

Hüküm, daha önce kovuşturma evresinde yapılan 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 sayılmaları, muhakemenin uzamasından başka bir işe çok defa yaramayacaktır. Adli tatilde hüküm kurmak ile tatil dışında karara bağlamak arasında fark olmamalıdır.

Hükme tesirsizlikten maksat, aykırılık yapılmasının tesir etmediğinin ve aykırılığın kaldırılmasının da tesir etmeyeceğinin muhakkak görölmesidir. Eğer aykırılığın hükme tesir etmesi veya kaldırılması halinde başka bir hüküm verilmesi ihtimali varsa, aykırılığın hüküm bakımından tesirsiz olduğu söylenemeyecektir. Tereddüt halinde, tesir kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

Aykırılık, muhakeme dışı hukuk normları bakımından ise neticede değişiklik olmasa dahi hükme kaide olarak tesir edecektir, zira hüküm sadece neticede verilen ceza değildir. şu veya bu suçtan mahkûm edilmek, ilerde farklı sonuçlar doğurabilir. Örneğin biri affedildiği halde, diğeri edilmeyebilir.

Aykırılık, muhakeme normları bakımındansa, “hukuka kesin aykırılık” (CMK 289) dışında, hükme tesir her olayda ayrıca araştırılmalıdır.

*b) Cezanın artırılmıyacağı hallerde sadece cezayı artırmaya yol açacak aykırılıklar (aleyhe değiştirme yasağı).*

Yalnız sanık lehine temyiz dâvası açılmışsa, bozma sonunda verilecek ceza eskisinden ağır olamayacağından (CMK 307/4; CMUK “1985-3206” 326/4), hükme tesiri olmasına rağmen, sadece cezayı artırma sonucu doğuracak bozma kararı vermek de manasız olur. Bu hallerde hüküm bozulmamakta, mahkemeleri uyarmak için, belirtilmekle yetinilmektedir.

Burada dikkat edilecek nokta şudur: Hüküm sadece sonuç-ceza demek olmadığından, örneğin şu veya bu suçtan mahkûm edilmek farklı sonuçlar doğurabileceğinden, bu ölçü, değişikliğin sadece cezanın artırılması şeklinde olması halinde uygulanmalı, cezanın artmasından başka değişiklik söz konusu olan hallerde, hükme tesir ölçüsüne göre hareket edilmelidir.

*c) Sadece sanık lehine konulmuş olan normlara, sanık aleyhine bozma sonucu doğurabilecek aykırılıklar.*

Sanığın yararına olan hukuk kurallarına aykırılık, sanık aleyhine hüküm bozdurulması için Cumhuriyet savcısına bir hak vermez (CMK 290).

Sanık lehine (Kanun “sanık yararına”, diyor) konulmuş bir norm uygulanmadı diye mahkûmiyet kararının bozulması yerinde ise de, beraat kararının bozulması yersiz olurdu. Onun için Kanun, “sanık yararına olan hukuk kurallarına” aykırılığın sanık aleyhine bozulması için savcılığa bir hak vermediğini belirtmiştir (CMK 290).

Buradaki sanık yararına sözlerini, Alman Kanununda ve İstanbul Tasarısında olduğu gibi, “sadece sanık lehine konulmuş olan” diye anlamak gerekir. Zira, ceza muhakemesi normları iki çeşittir. Çoğunluğu oluşturan normların amacı hakikatin araştırılmasıdır. Azınlıkta olanlar ise sadece şüpheden faydalanması gereken sanık lehine kabul edilmişlerdir. 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 tâyininde ortaya çıkmaktadır.

Suçun mahiyeti değişince, sanığın müdafaasını yapabilecek halde bulundurulması (CMK 226), yalnız sanık lehine temyizde cezanın ağırlatılmaması (CMK 307/4) normlarının sadece sanık lehine konuldukları şüphe götürmez. Son sözün hazır bulunan sanığa verilmesi normu da (CMK 216/3) daha önce müdafî tarafından kamu adına müdafa yapılmış olduğu ve sanığın kendi aleyhinde konuşmayacağıının kaideyi oluşturduğu gözönünde tutularak, sadece sanık lehine konulmuş kabul edilebilir.

Buna karşılık, kısmen de olsa hakikatın araştırılması için kabul edilmiş normlar, sadece sanık lehine kabul edilmiş sayılmaz.

ç) *Ayrı bir talî dâva açılması ile giderilecek aykırılıklar.*

Ayrı bir talî dâva açmak mümkün iken esas dâvanın bozulması işleri uzatacağından, böyle aykırılıklar bozma sebebi sayılmazlar. Örneğin “müsadere kararı verilmedi”, “tutukluluk cezadan mahsup edilmedi” diye hüküm bozulmaz.

6) *Hukuka aykırı deliller açısından hukuka aykırılık (CMK 217/2).*

Hukuka aykırı deliller konusu, Ceza Muhakemesi Kanununun 217 nci maddesinin 2 nci fıkrasında olumlu yönden ele alınmıştır. Mahkeme hükmü 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 “kanuna aykırı yöntemle elde edilmiş” olup olmadığı belirlenmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanununun temyize ilişkin hukuka aykırılık konusundaki genel sistemi, burada da geçerlidir.<sup>328</sup> İşlemlerin yapılması için kurallar ihdas edilmiştir. Bu kurallara aykırılık, işlemi kanuna aykırı hale getirir. 289 uncu maddede yapıldığı gibi, bazı hukuka aykırılıklar mutlak bozma sebebidir. Kanun, 148 inci maddeye giren bir aykırılıkta mutlak değerlendirme yasağı koymuş ve tartışma yolunu kapamıştır. Buna karşılık, herhangi bir hukuk normuna aykırılığın, delilin otomatik olarak muhakemede kullanılmasını da engellediği görüşü, maddi hukuk normlarının

<sup>328</sup> Ünver/Hakeri (2010a, 634) basit-ağır-önemli hukuka aykırılık ayrımı yapmasını kabul etmezler. Bununla birlikte, “delil elde etmeyi hukuka aykırı hale getirmeyen, zorunlu bir koşulun değil de bir koruma tedbirinde kuşkuları gidermek, tanık delili oluşturmak, ileride delilin hukuka aykırılığını iddia edecek kimsenin bu iddiasını karşılamak gibi amaçlarla kabul edilen ve hukuka aykırılıkla ilgisi bulunmayan şekli bir usule uyulmamasının o delilin kullanılmasını engellemeyeceğini” de kabul ederler.



görevi ile usul hukuku normlarının görevi arasındaki farkı red etmek anlamına gelir.

Kanaatimizce, maddi ceza hukukundaki “hukuka aykırılık” ile temyiz hukukundaki “hukuka aykırılık” (CMK 288) arasında fark bulunduğu gibi, ispat hukukundaki “kanuna aykırılık” da (CMK 206/2-a) farklıdır.

Delil elde etmedeki “kanuna aykırılık” ile delilin “hukuka aykırı” yöntemlerle elde edilmesi arasındaki fark önemlidir, zira “hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması”, hukuka kesin aykırılık oluşturur ve hükmün başka yönleri incelenmeksizin bozma kararı verilir (CMK 289/1-i).

İspat hukuku açısından söz konusu olan “hukuka uygunlukta” (CMK 217/2), delil elde etme bakımından sınır konulurken, sadece korunmak istenen hukuki menfaatin ihlal edilmesi durumunda “hukuka aykırılık” doğar. Delilin “kanuna 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, kanuna aykırı olarak elde edilen bir delilin dahi, hükümde kullanılması ilkesini benimsiyoruz. Ancak Kanunda “delilin kullanılmasını tümünden yasaklayan bir norm” varsa, bu delilin hiç bir şekilde kullanılmaması gerektiğini kabul ediyoruz.

#### **V- Hukuka kesin aykırılık halleri.**

Hiç kullanılmayan veya yanlış kullanılan bir norm, Muhakeme Hukuku normu ise belli hallerde, aykırılığın hükme tesir ettiği önceden ve kanunla kabul olunabilir. Bu hallerde Yargıtay tesir meselesini araştırmayacaktır. Bu halleri Kanun, hukuka kesin aykırılık halleri diye tanımlamıştır, biz mutlak temyiz sebebi diye adlandırmıştık.

Bozmayı gerektirip gerektirmeyeceği hususunda Yargıtaya araştırma yetkisi tanınmamış olan hukuka kesin aykırılık halleri Kanunda şöyle sıralanmıştır (CMK 289):

- a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması,
- b) Hakimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış olan hakimin hükme katılması,

c) Geçerli Őuphe nedeniyle hakkında ret istemi ne sürülmüş olup da, bu istem kabul olunduğu halde, hakimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip, hakimin hükme katılması,

d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi,

e) Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması,

f) Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlal edilmesi

g) Hükümün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi,

h) Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile sanığın savunma hakkının sınırlandırılmış olması,

i) Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması (CMK 289).

En son belirtilen, gerekçenin CMK 230 uncu maddeye uygun olmaması ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanma halleri, yeni eklenen “kesin hukuka aykırılık” halleridir.

Ceza Muhakemesi Kanunu istinaf mahkemesine CMK 289 da düzenlenen hukuka kesin aykırılık nedenlerinin bulunması halinde hükümü bozma yetkisi vermiştir (CMK 280/1–b). Bölge adliye mahkemesi kararına karşı itiraz ve temyiz saklı kalmak üzere, direnme ve diğer konunyolları kapatılmış ise de (CMK 284), bölge adliye mahkemesinin kararı bozma kararı ise temyiz de edilemez (CMK 286/1). Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin CMK 280/2 uyarınca verdikleri “ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararı” da, aslında bir bozma kararı olmasına rağmen, temyiz edilemez.

## **VI– Temyiz davasının açılması.**

### *1) Temyiz istemi ve süresi.*

Temyiz istemi hükümü veren bölge adliye mahkemesinin ceza dairesine bir dilekçe verilmesi veya zabıt katibine bir beyanda bulunulması suretiyle veya tutanağa geçirilmek Şartı ile sözle yapılabilir yapılı (CMK 291/1). “Davasız yargılama olmaz” prensibi gereğince, temyiz davasının açılması için istek Şarttır.

Resmî sıfatı olmayan ceza muhakemesi süjelerinin dilekçe ile yapabilecekleri her işlemde zabıt kâtibine yapacakları sözlü müracaatın tutanağa geçirilmesi mümkündür ve bu tutanak dilekçe yerine geçer. Kanunda bu husus sınırlı hallerde belirtilmiştir. Örneğin kamu dâvasına katılmada (CMK 238), muhakemenin yenilenmesinde (CMK 317), temyiz dâvasında (CMK 291), tutuk sanığın kanunyolu dâvasında (CMK 263) sarahat vardır. Kanun tutanağın başkan veya hâkim tarafından imzalanacağını belirtmektedir (CMK 291). Maksat dilekçe yazamayacak durumda olan kimselelere kolaylık göstermek olduğuna ve tutanak dilekçe yerine geçtiğine göre, başkanın imzasına kanaatimizce lüzum yoktur. Zaten bu üç madde nin aslında da diğer maddelerde olduğu gibi başkanın imzası aranmamaktadır. Oysa CMUK da, CMK 263 ve 238. maddelerinin karşılığı olan maddelerde (CMUK 292, 366) hakim in tasdiki ngrlmşt.

Temyiz isteği yedi gün içinde yapılır (CMK 291/1) (Mülga CMUK bir hafta vermişti). Süre hükmün açıklanmasından (CMK 231/1) itibaren, sanığın yokluğunda tefhim edilmişse, tebliğinden başlar.

Adli tatilin hemen önündeki günlerde başlayan süreler de işlemez; adli tatile rastlayan süreler tatilin bittiği günden itibaren üç gün uzamış sayılır (CMK 331/4).

Temyiz etmeyen tarafa, karşı tarafın temyizi üzerine, cevap süresi içinde ek bir süre tanınmalıdır.

Süre şartının yerine getirilmesi için, isteğin kanunun aradığı şartlar içinde, süresinde yapılış olması lâzımdır.

Kanun bazen bir işlemin yapılabileceği zamanı göstermek için sürenin yukarı haddini tâyin eder. Bu süre geçirilince temyiz yoluna gitmek hakkı düşer. Keza süresinde şikâyet etmemekle şikâyet hakkı, süre varsa ve riayet edilmemişse belli bir ceza dâvası açma hakkı düşer. Süre, hakkın doğması ile değil, düşmesiyle ilgilidir. “Tebliğden başlayarak bir hafta içinde temyiz edilebilir” denilmişse, bunu “tebliğden önce temyiz edilemez” diye değil, “tebliğden başlayan hafta geçtikten sonra artık temyiz edilemez” diye anlamalıdır.

Belli bir süre içinde yapılması gereken işlemlerin süre içinde yapılmış sayılması için kanunun aradığı şartların yerine getirilmesi lâzım olduğun-

dan, dâva dilekçesi yerine geçen sözlü beyan üzerine süre içinde zabıt varakasının tutulması ve gerekiyorsa başkana imzalatılması lâzımdır. Bu hususta mülga kanunda sadece kanunyolu bahsinde (CMK 292/2) sarahat varsa da normun genel mahiyette olduğundan şüphe edilemez.

Kanun 263/4 madde hükmünde, zabıt katibi veya kurum müdürü tarafından işlem yapılmadığında kanun yolları için belirlenen sürelerin kesilmiş sayılacağını belirtmektedir.

2) *Temyizde eski hale getirme.*

Bakınız §8 ve §45–V–7

3) *Hükmün kesinleşmesinin engellenmesi.*

Temyiz dâvasının açılması, kanunun tâbiri ile temyiz talebi, kanunyolu dâvasının açılmasının sonuçlarını doğurur ve özellikle hükmün yargı halini almasına engel olur (CMK 293/1).

Ceza dâvası üzerine yapılan muhakeme sonunda verilen hüküm bir bütün teşkil ettiğinden, hükmün kısmen yargılaşması mümkün değildir.

Kısmî yargılaşma mümkün değilse de nisbî yargılaşma mümkündür. Örneğin sadece sanık lehinde temyiz dâvası açılmışsa, sonuç cezayı ağırlaştırılmamak istisnası kabul edilmiştir.

Hüküm temyiz eden Cumhuriyet savcısına veya ilgililere gerekçesiyle birlikte açıklanmamışsa; hükmün temyiz edildiğinin bölge adliye mahkemesince öğrenilmesinden itibaren, gerekçe yedi gün içinde tebliğ edilir (CMK 293/2). Temyiz istemi süresinde yapılmamış, hüküm temyiz edilemeyecek bir hüküm olur veya temyiz etme hakkı yoksa, esas mahkemesi temyiz istemini reddeder. Temyiz davasını açan savcı veya sanık temyiz nedenlerini göstermemiş ise davanın başlangıçta reddi kabul edilmemiştir (CMK 296/1). Bu karara karşı, Yargıtay'ın karar vermesi istenebilir (CMK 296/2).

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 kanunyolunun var oluş amacına aykırıdır.

## 4) Temyiz sebebinin gösterilmesi mecburiyeti.

Kanun yolu dâvasının açılması, kanunun tâbiri ile kanun yoluna başvurma, bir isteği gerektirir. Bu istek, bütün dâva isteklerinde olduğu gibi, dâvacı tarafından şarta bağlı tutulmıyacak ve kaide olduğu yazılı olacak; yani dâvacı bir dilekçe verecektir. Bu dilekçede, “sebepler” yani hangi gerekçe ile ve dolayısı ile hangi noktalarda kararın hatalı görüldüğu gösterilecektir. Zira, dâva dilekçeleri dahil, her mütalâada meselenin ortaya konması, mantıkî bir zorunluktur.

Mülga Kanun ise (CMUK 310/1), temyiz dâvasında istisna kabul etmişti. Ceza Muhakemesi Kanununun temyiz sisteminde, dava açarken nokta ve sebep gösterme mecburiyeti öngörölmüştür (CMK 294/1).

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.

Kararın yargılaşmasına, yahut kullanılagelen terimle “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 yargılaşmayı kabule imkân yoktur. Yargılaşan “kısım” olmayınca, sadece böyle kısım veya kısımlar bakımından olağanüstü kanun yolu da olamaz, zira yargılaşmayan kısımların bulunması, kararın bütünü ile yargılaşmadığını gösterir.

Bağlantı dolayısı ile birleştirilmiş olan muhakemelerde verilen kararlar tek gibi gözükürse de aslında birleştirilmiş muhakeme sayısı kadar karar vardır. İki sanık veya bir sanığın iki suç hakkındaki kararın kanun yoluna gidilmemekle veya gidildikten sonra, gerilmekle veya kanun yolu dâvasının reddi ile yargı halini alması mümkündür ve bunun kısmî yargılaşma olmadığı açıktır. Burada da hakikî manada kısmî yargılaşma yoktur. Keza hükmün sadece harç kısmı temyiz edilirse, ceza kısmı yargı halini alacaktır, çünkü ceza muhakemesinde verilen hüküm temyiz edilmemiştir. Aynı suretle yalnız müsadere bakımından temyiz etmek de mümkündür. Bu takdirde de ceza muhakemesine ait hüküm yargılaşacaktır.

Temyiz nedeni, denetlenecek kararın hangi noktasının hatalı görüldüğu-

nü de belirttiği için, temyiz muhakemesindeki uyuşmazlığı sınırlamak görevini de yapar. Bu nedenle temyiz başvurusunda temyiz edenin hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini göstermesi zorunludur (CMK 294/1). Görüldüğü gibi, 2005 den bu yana bizde de, esaslara uygun olarak, temyiz muhakemesinde dâva sınırı dışına çıkma kabul edilmemiş ve temyiz nedenlerinin gösterilmesi mecburiyeti öngörülmüştür. Artık Yargıtayın kendiliğinden görebildiği hatalar, temyiz nedeni olmamalıdır. Ancak hukuka kesin aykırılık halleri (CMK 289) varsa, hükmün başka yönleri incelenmeden bozma kararı verilir.

Temyiz eden tarafların (Cumhuriyet savcısı veya diğer taraflar) hükmün neden dolayı bozulmasını istediklerini göstermek mecburiyeti vardır (CMK 294/1). Temyiz nedeninin sadece hukuki yöne ilişkin olabileceği açıkça ve net olarak belirtilmiştir (CMK 294/2). Temyiz nedeni hükmün hangi noktasının hatalı görüldüğünü belirtir, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini gösterir ve böylece uyuşmazlığın sınırını çizer. Kanunumuz bunun dışına çıkılmasını kabul etmemiştir (CMK 294/1). Sanığın yararına olan kurallara aykırılık, sanık aleyhine bozma sebebi olmaz (CMK 290).

##### 5) Hukuki meselenin denetlenmesi.

Ceza Muhakemesi Kanunu, temyiz nedenini tanımlarken, hükmün hukuka aykırı olması terimini benimsemiş (CMK 288/1) ve bir hukuk kurallının uygulanmasını yahut yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır (CMK 288/2) açıklamasını yapmıştır. Hukuka aykırılık, hâkimin olaya en uygun normu bulamaması, yahut bulsa da yanlış anlayıp yanlış kullanmasıdır. Demek ki hukuk normunun kullanılması bakımından bir yanılma olup olmadığı araştırılacaktır.

Bir başka söyleyişle, Yargıtay temyiz yolunda yargılama yaparken, uyuşmazlığın ispat yönünü oluşturan ve fiilî de denilen, “maddî meseleyi”, olay mahkemesinin duruşmada ortaya konan delillere dayanarak vardığı vicdanî kanaatine göre çözüşüne, kısaca olayı belirlemesine dokunmayacak, olay mahkemesinin hukukî meselede, yani belirlemiş olduğu olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusunda yaptığı, tavsif de denilegelen, hukukî değerlendirmesini ve ondan çıkardığı sonuçları denet-

liyecek, kısacası hukukî hata olup olmadığına bakacaktır: (temyiz sebebi, ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir: CMK 294/2). Temyiz yolunun hukukî derece olması da, zaten bu demektir. Kullanılacak hukuk normu kullanılmamışsa veya yanlış kullanılmışsa, hükmü veren mahkemenin hukukî hata yaptığı, hukuka aykırı karar verdiği iddiası haklı görülecektir.

#### *6) Temyizde gerekçe gösterme.*

Temyiz dilekçesinde, Cumhuriyet savcısının yanı sıra, sanığın da temyiz nedenleri göstermesi mecburidir (CMK 295). Oysa, sanık ve katılan istinaf yoluna başvururken “neden göstermek zorunda değildir” (CMK 273/4). Cumhuriyet savcısı istinafa giderken, “neden ve gerekçe” göstermek zorundadır (CMK 273/5).

Üst mahkemeye başvuru için, sanık bakımından “istem” yeterli görülmuş, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi, inceleme yapılmasına engel sayılmamıştır. Buna karşılık, Cumhuriyet savcısı üst mahkeme kanun yoluna başvurursa, başvuru nedenlerini gerekçeleri ile birlikte, yazılı olarak göstermek mecburiyetindedir.

Bu düzenlemenin amacı, temyiz başvurusu ile istinaf başvurusu arasında bir fark yaratmaktır. Kanuna göre, “temyiz davası” açılırken, gerek savcı ve gerekse sanık, hükmün neden dolayı bozulmasını istediklerini göstermek mecburiyetindedirler (CMK 295). Temyiz dilekçesinde temyiz sebeplerinin (gerekçe ve nokta) gösterilmemesi, Yargıtay’ın temyiz isteminin reddi kararı vermesine yol açar (CMK 298).

CMUK ya göre, hüküm temyiz edilirse, tefhim edilmiş olsa dahi, tebliğ edilirdi (CMUK 314). Bu, temyiz layihasını hazırlamak için gerekli idi. Ceza Muhakemesi Kanununda bu hükme yer verilmedi (CMK 295/1).

Temyiz nedenleri temyiz başvurusunda gösterilmemişse, belirlenen süre içinde veya gerekçeli kararın tebliğinden itibaren bölge edliye mahkemesi ek dilekçe ile verilebilir (CMK 295/1) (CMUK “85–3206” 314/3).

Temyiz gerekçesini gösteren dilekçeye “ek dilekçe” denir (CMK 295/1). Bu, ilk temyiz isteğinin açıklandığı “temyiz başvurusundan” (CMK 294) farklıdır.

Temyiz gerekçesinin açıklanması mecburi hale getirilmiştir. Başvuranın görüşlerini kabul ettirebilmesi için hayati önem taşıdığı için, temyiz başvurusunda “hükmün neden dolayı bozulmasının istendiğinin” gösterilmesi, “zorunludur” (CMK 294/1). Temyiz başvurusunda gösterilmemişse, sonradan bir ek dilekçe ile bu nedenlerin, “gerekçe” adı altında bildirilmesi mecburidir (CMK 295/1).

Temyiz “dilekçesinin” (başvuru denilmemiş!) “temyiz sebeplerini” (“temyiz nedeni” CMK 295/1 denilmemiş!) içermediği, Yargıtay tarafından saptanırsa (CMK 298), Yargıtay temyiz istemini reddeder.

Temyiz nedenlerinin gösterilmesi de sözlü veya yazılı olabilir. Sözlü şekil, sanığın müdafii olmaması haline mahsustur. Temyiz nedenlerini gösteren dilekçeye, temyiz dâvası dilekçesinden ayırdetmek için, “temyiz lâyihası” adı verilmiştir.

Temyiz nedenlerinin, 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 mantikî zorunluluk bulunduğu, muhakemenin kolektif yapıldığının hatırlanması kâfidir. Ancak temyiz dâvası açan, temyiz yargılamasını yapacak hâkimleri ikna edebilmek için, kararı neden hukuka aykırı bulduğunu açıkça göstermelidir. Bu nedenle, hiçbir sebep göstermeyen müdafii, veya katılan vekili görevini yapmış sayılamaz. Hele bu iş için Devletten para alan savcının sebep göstermiyebilmesini havsala almaz.

Temyizde duruşma yapılması bakımından da ek dilekçenin önemi vardır. Sanığın duruşma isteği üzerine duruşma yapılması mecburîdir, zira kanunda “yapar” denilmiştir. Her ne kadar kanun duruşma isteminin temyiz başvurusunda yapılması halinde mecburiyetten bahsetmiş ise de, temyiz gerekçesini içeren ek dilekçede (CMK 295/1) ileri sürülen duruşma isteği de aynı sonucu doğurur.

Cumhuriyet savcısı temyiz dilekçesinde, temyiz isteğinin sanığın yararına veya aleyhine olduğunu açıkça belirtir.

Temyiz, sanık tarafından yapılmış ise ek dilekçe kendisi veya müdafii



tarafından imza edilerek verilir.

Müdafii yoksa sanık, tutanağa bağlanmak üzere zabıt kâtibine yapacağı bir beyanla gerekçesini açıklayabilir; tutanak hâkime onaylatılır (CMK 295/3).

Sanığın yasal temsilcisi ve eği hakkında 262 nci madde, tutuklu sanık hakkında ise 263 üncü madde hükümleri saklıdır (CMK 295/3).

### **VII– Temyiz isteminin bölge adliye veya ilk derece mahkemesi tarafından reddi.**

CMK nın temyiz sistemi, bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı kabul olunduğu için, halen uygulanmakta olan CMUK dan farklı olarak, temyiz iskeminin kabule şayan olup olmadığı değerlendirmesi, prensip olarak BAM tarafından yapılır. Halen hükmü veren ilk derece mahkemesince yapılmaktadır. Kararı temyiz olunan mahkeme; a) Temyiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, b) Kararın temyiz edilebilir olup olmadığını, c) Temyiz edenin yetkisi bulunup bulunmadığını araştırır. Sonuç olumsuzsa mahkeme, temyiz dâvasının kabule şayan olmadığı kararı verir.

#### *1) Temyiz süresinin geçmesi.*

Temyiz süresi hak dürücü bir süredir. Bu süre geçirilirse, temyiz hakkı düşer.

Ancak, Kanunlar hangi sürele aykırılığın haddüşümü sonucunu doğuracağını açıklamalıdır. Doktrin ve İctihatlar da kanunların boşluğunu doldurmalı, terminoloji yanlışlıklarını düzeltmelidir. Örneğin temyiz yolunda süre çok önemlidir. O halde süre geçti diye temyiz dilekçesinin reddine (CMK 296), haddüşümünün sebep olduğu kabul edilmeli ve Örneğin farkına varılmayarak temyiz yargılaması yapılmışsa, varsa olağanüstü kanun yoluna bu sebeple gidilebilmelidir.

#### *2) Temyiz edilemeyecek hüküm olması.*

CMUK ve CMK temyiz edilebilen hükümleri ayrı ölçütlere göre düzenlemiştir. Temyiz kanun yolu açık olmayan bir hüküm temyiz edilemez.

3) *Temyiz edenin buna hakkı olmaması.*

Temyiz kanun yolu ilk derece muhakemesinde süje sıfatı kazanmış olan taraflara aittir. Sıfatı olmayan hükmü temyiz edemez.

4) *Temyiz gerekçesinin gösterilmemesi.*

Temyiz gerekçesini içeren layihanın verilmemesi, hükmü veren Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yapılan ön inceleme aşamasında, red sebepleri arasında sayılmamıştır (CMK 296/1). Buradan çıkan sonuç, temyiz gerekçesinin Yargıtay’daki incelemeye kadar verilebileceğidir. Böylece, CMK 295/1’deki süre, zımnî olarak uzatılmıştır. Uygulamada süre geçtikten sonra da temyiz lâyihasının verilmesi kabul edilmektedir. Elverir ki Yargıtay yargılamayı yaparken, geç verilen lâyiha dosya içinde bulunsun.

Oysa Yargıtay tarafından yapılan ön incelemede (CMK’nın temyiz sisteminde) gerekçe gösterilmemesi, temyiz isteminin reddi sebebidir (CMK 298).

Temyiz isteminin hüküm mahkemesi tarafından kabul açısından incelenmesinden çıkan sonuç olumsuzsa, mahkeme temyiz dâvasının kabule şayan olmadığı kararı verir.

Mahkemenin bu kararı bütün ilgililere tebliğ olunur. Dâvası kabul olunmayan kimse, tebliğden itibaren yedi gün içinde, bu hususta Yargıtaydan karar vermesini isteyebilir (CMK 296/2). Bu başvuru hükmün infazını ertelemeyiz.

Kanunda “karar verme isteme” denilmesine rağmen, niteliği itibarıyla bu bir itirazdır. Bu itiraz muhakemesinde yargılama görevini Yargıtay yapar.

Yargıtay, itiraz dâvasını haklı bulursa, kabule şayan bulunmayan kararın kaldırılmasına karar verir ve temyiz dâvasının mahkemece kabulü halinde yapılması gereken işlemlerin yapılması için dosyayı mahkemeye gönderir. Mahkeme bu karara uymaya mecburdur.

5) *Görüş bildirme hakkı.*

Hâkimin mütalâalarını bildirmeleri için taraflara imkân vermeye 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. Tarafların hazır bulunabilecekleri haller (CMK 84) bu mecburiyet kaidesinin istisnalarını oluşturur. Zira hazır bulunma, onlara mütalâalarını açıklama imkânı vermek için kabul edilmiştir. Gerek soruşturma evresinde gerekse kovuşturma evresinde kanunyolunun kabul edilmesi de, mütalâa açıklanabilmesi içindir.

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 ve sanığa söz verilecektir (CMK 216). Bir taraf temyiz edince, temyiz dilekçesinin veya lâyihasının bir sureti diğer tarafa verilecektir (CMK 297).

Mahkeme, kabule şayan gördüğü dilekçenin bir suretini, süresinde lâyiha verilmemişse, karşı tarafa tebliğ eder. Maksat hükmün yargı halini almadığını ve dilekçede gösterilmiş ise hangi sebeplerin ileri sürüldüğünü karşı tarafın öğrenmesi kadar bunlara cevap da vermesidir. Eğer temyiz eden, süresi içinde lâyiha da vermişse, dilekçe suretinin tebliğine lüzum yoktur. Sadece lâyihanın bir örneği tebliğ edilir (CMK 297/1). Süre geçtikten sonra verilip kabul edilen lâyihalar da tebliğ edilmelidir ki, karşı taraf bunları cevaplandırmak imkânını bulabilsin.

Bir tarafın temyiz yetkisini kullanmaktan vazgeçmesi veya müracaatını, karşı tarafın temyizi üzerine cevap verme yetkisine elbet engel olmaz, zira iddiaya karşı müdafaayı kabul etmiyen bir muhakeme düşünülemez.

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 görüş-

lerini öğrenmekte fayda umulduğundan onlara cevap verme imkanı sağlanmış ve müdafaa makamına onlar oturtulmuştur. Karşı taraf, bir 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.

Uygulamada çok defa temyiz lâyihaları 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 veya şahsî dâvacının da haklarını korumalarına engel olmaktadır.

Diğer taraftan bu uygulama, hükümlerin kollektif olarak verilmesi, hâkimlerin kararlarına tarafların mütalâaları ile iştirak etmeleri yani kollektiflik 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.

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 Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yollar (CMK 297/2).

Mahkeme, dosya henüz elinde iken, şartları varsa, muhakemenin durması kararı da verebilir. Bu karar, temyiz yargılamasının yapılmasına engel olur. Ancak, hüküm niteliğinde artık tereddüt edilemeyecek olan bu durma kararına karşı yeni bir temyiz kanunyolunun açıldığı da kabul edilmelidir.

### **VIII– Açılan temyiz davası üzerine Yargıtayda yapılan işlemler ve verilen kararlar.**

#### *1) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesi.*

Temyiz olunan karar, hallettiği hukukî meseleler bakımından, bu meseleler hakkında yeniden karar verecek olan Yargıtayın hâkimleri nazarında bir mütalâa niteliğindedir. Yargıtay, bu mütalâyayı isabetli veya isabetsiz

bulacaktır. Ancak Yargıtayın 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, Yargıtayın mümkün olduğu kadar isabetli bir karar vermesi için, kanunkoyucu, şeklî hakikatın arandığı medenî muhakemeden farklı olarak, bu mütalâalar ile yetinmemiş, Başsavcılığın da tebliğname düzenleyerek (CMK 297/3) mütalâa bildirmesini istemiştir. Dosyanın doğruca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesinin başlıca sebebi budur.

Başsavcılık mütalâasını “tebliğname”sinde bildirir ve dosyayı, tebliğnamesi ile birlikte, görev itibariyle yetkili olan Daireye verir.

Tebliğnamede, Dairenin ne şekilde karar vermesi gerektiği hakkında mütalâa beyan olunacaktır. Her mütalâa niteliğindeki hüküm gibi, tebliğnamenin de gerekçeli olması gerekir. Yargıtay, ileri sürülmeyen temyiz sebeplerini de nazara alabileceğinden, Başsavcılık da, ileri sürülen sebepler ile bağlı olmaksızın, temyiz olunan kararda temyiz sebebi görüp görmediğini, görüyorsa bunların neler olduğunu bildirecektir. Birden fazla temyiz sebebi varsa, hepsinin bir bir gösterilmesi lâzımdır.

Tebliğname hükmü temyiz eden veya aleyhine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde, sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerinin dava dosyasından belirlenen son adreslerine tebliğ olunur (CMK 297/3, 4).

Duruşma yapılmayan hallerde Başsavcılık tebliğnamesinin, bilmediği ve cevaplandırması gerekecek aleyhte yeni sebepler ileri sürülmüşse, sanığa bildirilmesi yerindedir.

İlgili taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir.

## 2) Temyiz davasının kabule şayan olup olmadığı kararı.

Yargıtay, önce dâvanın kabulü, yani esasa girmeye 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. Kabul konusundaki karar olumlu veya olumsuz olabilir. Kabul etme kararı zımnî de olabilir. Fakat açıkça verilmesi iyi olur.

Temyiz dâvasını kabul etmeme, bir diğer söyleyişle, kabule şayan görmeme kararı aşğıdaki hallerde verilir. Temyiz şartlarından süre koşulu gerçekleşmemişse veya dâva (istek) yoksa veya geri alınmışsa (CMK 298), hüküm temyiz edilebilir değilse, başvurucunun temyiz hakkı olması ve temyiz dilekçesinin temyiz sebeplerini içermemesi durumunda ret kararı verilir.

Kanuna göre, “temyiz davası” açılırken, gerek savcı ve gerekse sanık, hükmün neden dolayı bozulmasını istediklerini göstermek mecburiyetindedirler (CMK 295).

İstinafta ise Cumhuriyet savcısı istinafa giderken, “neden ve gerekçe” göstermek zorundadır (CMK 273/5). İstinafa başvuru için, sanık bakımından “istem” yeterli görülmüş, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi, inceleme yapılmasına engel sayılmamıştır. Buna karşılık, Cumhuriyet savcısı üst mahkeme kanun yoluna başvurursa, başvuru nedenlerini gerekçeleri ile birlikte, yazılı olarak göstermek mecburiyetindedir. Bu düzenlemenin amacı, temyiz başvurusu ile istinaf başvurusu arasında bir fark yaratmaktır.

Temyiz dilekçesinde temyiz sebeplerinin (gerekçe ve nokta) gösterilmemesi, Yargıtay’ın temyiz isteminin reddi kararı vermesine yol açar (CMK 298).

Görüldüğü gibi, CMK büyük bir yenilik yapmış ve temyiz gerekçesinin açıklanması mecburi hale getirmiştir. Başvuranın görüşlerini kabul ettirebilmesi için hayati önem taşıdığı için, temyiz başvurusunda “hükmün neden dolayı bozulmasının istendiğinin” gösterilmesi, “zorunludur” (CMK 294/1). Temyiz başvurusunda gösterilmemişse, sonradan bir ek dilekçe ile bu nedenlerin, “gerekçe” adı altında bildirilmesi mecburidir (CMK 295/1).

Temyiz “dilekçesinin” “temyiz sebeplerini” içermediği, Yargıtay tarafından saptanırsa (CMK 298), Yargıtay temyiz istemini reddeder.

Dikkat edilmelidir ki, temyiz gerekçesini içeren layihanın verilmemesi, hükmü veren Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yapılan ön inceleme aşamasında, red sebepleri arasında sayılmamıştır (CMK 296/1). Buradan çıkan sonuç, temyiz gerekçesinin Yargıtay’daki incelemeye kadar verile-

bileceğidir. Böylece CMK 295/1’deki süre, zımnı olarak uzatılmıştır. Süre geçtikten sonra da temyiz lyahasının verilmesi kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay yargılamayı yaparken, geç verilen lyiha dosya içinde bulunmalıdır.<sup>329</sup>

Temyiz sebeplerinin açıkça bildirilmemesi, yeni bir “temyiz isteminin reddi sebebi” olarak CMK ya eklenmiştir (CMK 298). Temyiz yargılamasının istekle bağlı olarak şekillendirildiğini açıkça gösteren bu yeni hüküm önemlidir. Bundan sonra nokta ve sebep gösterilmeyen temyiz istemleri Yargıtayı meşgul etmeyecektir.

Grlyor ki, ilk derece mahkemesi olan bölge adliye mahkemesinin denetlemesine ve ancak kabule şayan gördüklerini Yargıtaya yollamasına rağmen, Yargıtay ikinci bir denetleme yapmaktadır. nk bu, asıl kendi işidir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin elemesinden faydalanmakta, ancak onun kabulü ile kendisini bağlamamaktadır.

Kabul etmeme sebeplerini Yargıtayın görmeyip dvayı kabul etmesi, müeyyidenin kabul edilmezlik olup olmamasına göre farklı sonuç doğurur. Örneğin, kaldırılmış olan depo şartı bakımından müeyyide kabul edilmezlik sayılırsa, bu şartın gerçekleşmediği kabulden sonra anlaşılsa, temyiz yargılaması yapılabilirdi.

Temyiz dvasının kabul edilmemesi kararı, yani “temyiz isteminin reddi kararı” ile bölge adliye mahkemesinin hükmü kesinleşir, yani “yargı” olur.

### 3) Duruşmalı inceleme.

Bazı kararlar duruşmada verilir. Örneğin kaçak sanığın (sulh ceza haki- mi dışında mahkeme tarafından da) tutuklanmasına (CMK 248/5), kovuşturma evresindeki duruşma sırasında duruşmaya ara verilmesine (CMK 190/1), sanığın mahkmiyetine karar verilir. Bazen sırf o karar için bir duruşma yapılır veya yapılabilir. Temyiz yargılamasında duruşma yapıldığı vardır (CMK 299).

Ferd savunma, sanığın bizzat veya bir temsilci marifetiyle kendi yararına kendisini savunması demektir. Bu da ferd savunma makamını bizzat

<sup>329</sup> İBK: 15/3/40 25/45.

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.

Yargıtay, on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümler hakkındaki temyiz yargılamasını, sanığın veya katılanın temyiz başvurusundaki istemi üzerine veya kendiliğinden duruşmalı olarak yapar (CMK 299).

Sanığın duruşma isteği üzerine duruşma yapılması mecburîdir, zira kanunda “yapar” denilmiştir. Her ne kadar kanun duruşma isteminin temyiz başvurusunda yapılması halinde mecburiyetten bahsetmiş ise de, temyiz gerekçesini içeren ek dilekçede (CMK 295/1) ileri sürülen duruşma isteğinin aynı sonucu doğurmaması için bir sebep yoktur. Olsa olsa, geç verilen yine de kabul edilen temyiz gerekçesindeki duruşma isteğinin kabulü mecburî olmayabilir. Fakat Yargıtay kendiliğinden de duruşma yapılmasına karar verebileceğine göre geç verilen temyiz gerekçesindeki istemlerin de kabul edilebileceği şüphesizdir.

Bazı sanıklar bakımından duruşma yapılamayacaksa, tatbikatta birleştirme kabul edilmemekte, bir kısmı hakkında duruşmalı, bir kısmı hakkında duruşmasız yargılama yapılmaktadır.

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 temsil 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.

CMK katılan ile vekilinin de temyiz duruşmasında hazır bulunmasını kabul etti (CMK 299/1). Duruşma üzerine derhal karar vermek, duruşma kabulünün zarurî ve mantıkî bir sonucu olduğuna, katılanın mütalâası bilinmeden ve sanığa cevap hakkı tanımadan karar verilemeyeceğine göre, kanaatimizce katılanın lâyihası da duruşmada okunmalıdır.

Ceza Genel Kurulunun direnme üzerine yaptığı yargılama, temyiz yar-



gılamasıdır. Ceza Genel Kurulu, “Yargıtay” olarak hareket ettiğinden, duruşma yapılması mümkünse de (CMK 299), tatbikatta Ceza Genel Kurulunda duruşma kabul olunmamaktadır.

4) *Duruşmada usul.*

Duruşmadan önce raportör üye veya tetkik hakimi, hazırladığı raporu üyelere açıklayarak, işi izah eder (CMK 300/1). Raportör üye veya tetkik hakimi duruşmadan önce raporunu tanzim ve imza ederek dosyaya koymuştur.

Üyeler, ayrıca bizzat dosyayı incelerler. Bu hususlar gerçekleştikten 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 sanığındır.

Bundan sonra duruşmanın bittiği bildirilerek kurul müzakereye çekilmeli, sonuç müzakere sonunda müdafii olmasa da savcı huzurunda derhal tefhim edilmelidir.

Kanuna göre, sanık hazır bulunmadan yapılan duruşmalara sanığın müdafii gönderme yetkisi vardır (CMK 197). Bu müdafii aynı zamanda sanığın temsilcisidir. Müdafii temyiz duruşmasında sanığı temsil eder (CMK 300). Müdafii temsilciliği, sanığın hazır olmadığı hallerde hazırmış gibi sayılmasını sağlar. Örneğin sanık, kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya müdafii aracılığı ile temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa, artık eski hale getirme isteyemez (CMK 198/2). Karar temsilci müdafie bildirilmişse, sanığa ayrıca tebliğ gerekmez.

Temyiz muhakemesinde duruşma yapılmadığı zaman, dosyalar önceden üyeler ve yardımcıları arasında bölüşülmekte ve her biri tetkik ettiği dosyayı kurulda izah etmekte, müzakere yapılarak sonunda karar verilmektedir. Verilen kararlar, ilgililere tebliğ suretiyle bildirilir.

5) *Temyiz muhakemesinde yargılama konusu.*

CMK temyizde taleple bağlı bir yargılama sistemi kabul etmiştir (CMK 301). Bu nedenle, sadece temyiz başvurusunda belirtilen noktalar incele-

nebilir.

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. Ceza Muhakemesi Kanunu, büyük bir reform yaparak, temyizde incelenen 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 Mevzuat Kanununun sistemine dönüldüğü görülmektedir. Mülga Kanun, temyiz yolu muhakemesinde bu kaideden tamamen ayrılmıştı. “Nasıl olsa Yargıtay tetkik ediyor, el değmişken, görülen başka hatalar da giderilsin” denilmemeli, Yargıtayın 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. Yargıtayın istekle bağlı olmaması, ancak Yargıtaylarında Başsavcılık kuruluşu bulunmayan az gelişmiş ülkelerde haklı görülebilirdi.

Bizce, kanunun değiştirilmesi, ileri sürülen noktalarda aykırılık aranmasının kaide olması, ancak “muhakemenin her evre ve derecesinde” ele alınmasını kanunun kabul ettiği veya içtihadın kabul edeceği hususlar bakımından bir istisna tanınması yerinde olmuştur. 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 girilmemelidir.

Bundan fazla olarak, sadece sanık lehine temyizde sonucun ağırlatılmaması gibi, aleyhe temyizde de, aleyhe temyizcinin çizdiği tavanın aşılma-

ması diyebileciğimiz bir istisna, içtihatla kabul edilmiştir.

Temyiz yargılaması tam olmalıdır (CMK 301). Sadece temyiz başvurusunda belirtilen ve hukuka aykırı olduğu söylenen noktalar teker teker incelenmelidir.

Mülga Kanununun hatalı sistemine göre (CMUK 320), başka noktalarda da hükme tesiri olacak derecede aykırılık grlrse bunlar da incelenerek bozma sebebi yapılabilirdi. Ceza Muhakemesi 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 gösterilmelidir.

Temyiz yargılamasının ana gayesi bozma olduğundan, bozulan bir kararda bozulmayan noktaların gösterilmemesi mümkündür ve iyi olur, zira bu noktaların kesinleştiği sanılmaktadır.

Ancak bazı hallerde temyiz yargılamasının belli hususlara inhisar etmesi zarurdir. Örneğin suçun genel affa, dvanın zamanaşımına uğradığı grlrse, başka cihetlerden incelemeye lüzum kalmayacak, derhal düşme kararı verilecektir.

Temyiz yargılamasının tam olması, birleştirilmiş iken, temyiz edilemez oluş veya temyiz edilmeyiş gibi bir sebeple kanunyolu bakımından ayrılmış sayılması gereken muhakemelere ait hükümlere de bakılacağı anlamına gelmez. Örneğin sadece ceza kararı temyiz edilmişse, Yargıtay temyizi edilmeyen diğerleri ile meşgul olmamalıdır.

*6) Usule ilişkin noksanlardan kaynaklanan temyiz isteminde incelenecek hususlar.*

Muhakeme Hukuku normları, somut olay hakkında kollektif hüküm verme faaliyetinde ölçü olarak kabul edilen normlardır. Bunlar da muhakeme–dışı normlar gibi, yol göstericidir. Nasıl bir usta eline ilk geçen leti

değil, işine yarayanı kullanırsa, hâkim de somut olayda en iyi şekilde muhakeme yapabilmek için normları değerlendirir ve en uygun normu araştırıp kullanır.

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 kanunyolları ile giderilebilir. Kararlar kesin hale gelince artık hataya da bakılmaz.

Temyiz istemi “usule ilişkin noksanlardan” kaynaklanmışsa, Yargıtay temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar (CMK 301).

Bozmayı gerektiren aykırılık, sübuta ilişkin kısımda, Örneğin tanık dinlenmesinde olabilir. Bu takdirde bu işlem de bozular (CMK 302/4).

Yargıtay, Kanuna göre (CMK 301) yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususları inceleyebileceği, ileri sürülmeyen noktalarda da aykırılık gördüğünde, bunları belirtmekle yetineceği için, temyiz muhakemesi sonunda, bölge adliye mahkemesinin temyiz edilmiş olan hükmünde hiç bir bozma sebebi görmezse, kaide olarak temyiz dâvasını reddeder (CMK 302/1). İstisna olarak, reddetmeyip esasa karar verdiği, yani ıslah ettiği de vardır.

7) *Temyiz isteminin esastan reddi kararı (onama).*

8) *Bozma kararı.*

a) *CMK ya göre verilen “bozma kararı”.*

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 esasa müessir olduğu hallerde söz konusu olur ve bozma kararı verilmesini gerektirir.

Hukuka kesin aykırılık halleri (CMK 289) doğal bozma sebepleri (CMK 302/5) oldukları için, bunların temyiz başvurusunda gösterilmiş olması gerekmez.

Yargıtayın bozma sebeplerini ilamda tek tek, ayrı ayrı gösterme mecburiyeti getirilmiştir. Yargıtayın bozma sebeplerini ayrı ayrı göstermek mecburiyetinde olması (CMK 302/2), 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 tarafından yapılır (CMK 304/1). Ancak Yargıtay’dan verilen bozma kararına, bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin “direnme hakkı“ vardır (CMK 307/3).

Bununla birlikte, bozmadan sonraki yargılamanın bir başka mahkemede görülmesi gerekecektir (CMK 23/3’ün kıyas yolu ile uygulanmasından bu sonuç çıkmaktadır).

Yargıtay, Kanuna göre (CMK 301) yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususları inceleyebileceği, ileri sürülmeyen noktalarda da aykırılık gördüğünde, bunları belirtmekle yetineceği için, temyiz muhakemesi sonunda, bölge adliye mahkemesinin temyiz edilmiş olan hükmünde hiç bir bozma sebebi görmezse, kaide olarak temyiz dâvasını reddeder (CMK 302/1). İstisna olarak, reddetmeyip esasa karar verdiği, yani ıslah ettiği de vardır.

Hükmün gösterilen (hattâ gösterilmeyen) noktalarında bozma sebebi görülmemesi halinde verilecek kararın adı kanunda gösterilmemiştir. Tatbikatta ve doktrinde tasdik denilmesi hatalıdır. Zira tasdik, işlemin tam değer kazanması için yapılır. Hâkim kararı ise tasdike muhtaç olmayıp verildiğinde tam değerlidir. Kanunyoluna gidilmediğinde bu değer kendisini göstermektedir. Kaldı ki tasdik “hukuka uygundur” manasına da kul-

lanılmamalıdır. Zira hukuka aykırılığa rağmen bozma gerekemeyebilir.

Bu ret kararı temyiz yolu dâvasının esastan reddi demektir ve kanunun hüküm adını verdiği hükümlerin yargı halini alması sonucunu doğurur.

Ret (hatalı olarak “tasdik”), bozulacak nokta bulunmadığı demek olduğundan, hükmün bir kısmı bozulurken diğer kısmı tasdik edilemez. 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.

*b) Bozma sebebi olan ve olmayan hukuka aykırılıkların ilamda gösterilmesi.*

Yargıtay, aleyhine temyiz davası açılmış olan bölge adliye mahkemesi hükmünü, temyiz başvurusunda gösterilen hukuka aykırılıklardan, “hükmü etkileyecek nitelikteki” nedeni ile bozar. Bozma sebepleri ilamda tek tek gösterilir (CMK 302/2).

Hükmün bozulmasına neden olan hukuka aykırılık, bu hükme esas olarak saptanan işlemlerden kaynaklanmış ise bunlar da aynı zamanda bozulur (CMK 302/4).

Ancak mahkemece uygulanabilecek bir norm hükümden sonra yürürlüğe girerse, Yargıtay temyiz dâvasını esastan kabul edip hükmü bozar. Bu karara, sonuca bakılarak “bozma kararı” denilmektedir.

Bozma, hukuka aykırılık sebebiyle hükmün 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.

Ortadan kaldırma konusunda belirtilmesi gereken çok önemli bir nokta da şudur: Bizde *direnme* (ısrar) denilen acaip bir kurum (CMK 307/3) kabul edildiğinden, ortadan kalkma, *uyma şartına* bağlanmış demektir. Bozulan karar ancak *uyma kararı* (CMK 307/2) verildiğinde ortadan kalkar.

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.

Birden fazla suç veya sanık hakkındaki dâvaların muhakemelerinin birleştirilmesi sonunda verilenlerden farklı olarak, tek suç ve tek sanık hakkındaki tek dâvada verilen hükmün bozulması halinde, bozulan noktaların hepsi, sebepleri ile birlikte birer birer gösterilmelidir (CMUK 302/2), zira temyiz yargılaması tam yapılmalıdır.

*c) Hükme esas teşkil eden işlemlerin bozulması.*

Temyiz istemi “usule ilişkin noksanlardan” kaynaklanmışsa, Yargıtay temyiz başvurusunda bunu belirten *olaylar* hakkında incelemeler yapar (CMK 301).

Bozmayı gerektiren aykırılık, sübuta ilişkin kısımda, Örneğin tanık dinlenmesinde olabilir. Bu takdirde bu işlem de bozulur (CMK 302/4).

*ç) Kısmi kesinleşme ve aleyhe değiştirme yasağı.*

Hükmün bozulmamış noktaları tasdik edilmiş değildir. Bir noktadan da bozulursa, hüküm bütünü ile bozulmuştur. Uyma şartı gerçekleştiğinde bütünü ile ortadan kalkar. Bu sebeple, kısmî de olsa bir yargılaşma, yani kesinleşme söz konusu değildir. Bozulmıyan noktalar ilerde değiştirilebilir. Neticede ilk defa veriliyormuşçasına yazılır.

Birleştirilen muhakemelerde tek gibi gözüken hüküm aslında birden fazla olduğundan, bunlardan birinin bozulup diğerlerinin bozulmaması elbet mümkündür. Hangisinin bozulduğu, hangilerinin bozulmadığı ise bozma sebebine bakılarak kolayca anlaşılacaktır.

Temyiz yoluna sadece sanık lehine gidilmiş olsa dahi, sanık aleyhine bozulmaz diye bir kural yoktur, bozulabilir. Ancak eskisinden daha ağır bir ceza verilemez. Lehe kanunyolu 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.

*9) Düşme kararı.*

Temyiz muhakemesi sırasında ister mahkeme hükmünden önce olsun,

ister sonradan çıksın, örneğin zamanaşımı gibi bir düşme sebebi bulunduğunu gören Yargıtay, düşme kararı verir.

Gerçekten, düşme sebepleri, muhakemeyi olduğu yerde durdurmakla kalmaz, durma sebeplerinden farklı olarak, devamını engeller. Yargıtay bu sebepleri, ıslah sebeplerinden farklı olarak, yargılamasının 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. Örneğin beraat kararı aleyhindeki temyiz dâvası esastan reddedilecek duruma gelinmişse, düşme değil, ret (hatalı tâbirle tasdik) kararı verilir.

Dâvanın düşmesi kararı, asıl ceza dâvası ile birlikte talî dâvaları ve bu arada temyiz dâvasını da düşürür. Daha önce verilmiş bütün kararlar, kendiliğinden hükümsüz olur. Örneğin tutuklama kararı verilmişse bu karar da kalkar ve tutuklama kararı açıkça geri alınmadan tutuk salıverilir. Bunun gibi mahkemenin temyiz edilmiş hükmü de kendiliğinden ortadan kalkar.

Görülüyor ki, düşme ile ıslah kararları, mahkeme hükmünün ortadan kalkması sonucunda birleşseler dahi farklıdırlar. İslâh kararı daima temyiz yargılaması sonunda verildiği halde düşme kararı daha önce verilebilir. İslâh kararı, hakikaten hükümdür, yani uyuşmazlığın esasını doğrudan doğruya çözer. Düşme kararı ise hüküm olmamakla beraber, uyuşmazlığı dolayısı ile çözdüğü için, hüküm sayılabilen bir karardır.

*10) Yargıtayın esas hakkında karar vermesi: ıslah kararı.*

*a) Genel bilgiler.*

Başka bir süjenin eskisinin yerine geçecek yeni bir karar vererek aykırılığın gidermesine ıslah denir. Örneğin Yargıtay, bazen esas mahkemenin hükümlerini bozup “ıslah” eder, yani kendisi dâvanın esasına karar verir (CMK 303). Bölge adliye mahkemeleri istinaf kanunyolu 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.

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 dâvanın esasına karar vermesi ve dâvayı orada bitirmesi, bir diğer söyleyişle bir başka makamın yani mahkemenin verdiği kararı kaldırıp yerine yenisini koyması, muhakeme hukuku deyimiyile “ıslah” etmesi istisna olup, yeniden mahkemeye göndermeğe ihtiyaç olmadığını gösteren iki temel şarta bağlıdır. (1) Maddî meselenin daha ziyade aydınlanması için bir soruşturma, kısacası bir öğrenme muhakemesi gerekmemelidir. (2) Maddî mesele bakımından mahkemeye bırakılmış serbest değerlendirme yetkis söz konusu olmamalıdır.

Yargıtayın ıslah edip etmemesi, yeni bir hüküm verilmek üzere dosyanın esas mahkemeye gönderilmesine ihtiyaç olup olmaması ile açıklandığına göre, kanun bu ihtiyaca göre yorumlanmalı; darsa, genişletilmelidir. İslahın gayesi dâvayı orada bitirmek olduğundan, esas mahkeme ıslah kararına uymağa mecburdur.

Bozma mahkemesi olan Yargıtay’ın esas hakkında karar vermesi istisnası CMUK 322 de düzenlenmişti. Bu maddede ayrıca başsavcının itirazı (CMUK 322/4) ve karar düzeltme (CMUK 322/5) olağan üstü kanun yolları da yer almıştı. CMK başsavcının itirazını 308 inci maddesine nakletti, ama karar düzeltme yolunu yürürlükten kaldırdı.

CMK daki düzenleme, diğer yönleri ile CMUK daki hükümlere benzetmektedir: hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasında hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuş ise Yargıtay aşağıda sayılan hallerde davanın esasına hükmedebileceği gibi, hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir (CMK 303).

*b) Beraat, düşme, sabit cezaya hükmetme halleri.*

Olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraate veya davanın düşmesine ya da alt ve üst sınırı olmayan sabit bir cezaya hükmolunması gerekirse (CMK 303/1–a).

*c) Cezanın en alt derecesinin uygulanması durumunda.*

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iddiasına uygun olarak sanığa kanunda yazılı cezanın en alt derecesini uygulamayı uygun görürse (CMK 303/1–b).

*ç) Kanunun madde numarasının yanlış yazılması.*

Mahkemece sabit görülen suçun unsurları, niteliği ve cezası hükümde doğru gösterilmiş olduğu hâlde sadece kanunun madde numarası yanlış yazılmış ise (CMK 303/1–c).

*d) Sonradan yürürlüğe giren kanun.*

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 çıkarılmış ise birinci hâlde daha az bir cezanın hükmolunması ve ikinci hâlde hiç ceza hükmolunmaması gerekirse (CMK 303/1–d).

*e) Yaş küçüklüğu.*

Sanığın açıkça saptanmış olan doğum ve suç tarihlerine göre verilecek cezanın belirlenmesinde gerekli indirim yapılmamış veya yanlış indirim yapılmış ise (CMK 303/1–e).

*f) Cezada artırım veya indirim hatası.*

Artırma veya indirim sonucunda verilecek ceza süresi veya miktarının belirlenmesinde maddî hata yapılmış ise (CMK 303/1–f).

*g) TCK 61 deki sırada hata.*

Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesindeki sıralamanın gözetilmemesi yüzünden eksik veya fazla ceza verilmiş ise (CMK 303/1–g).

*h) Yargılama gideri.*

Harçlar Kanunu ile yargılama giderlerine ilişkin hükümlere ve Avukatlık Kanununa göre düzenlenen ücret tarifesine aykırılık mevcutsa (CMK 303/1–h).

İslah suretiyle mahkûmiyet kararı verilirken, nadir de olsa ilk cezanın

ağırlaştırılması sonucu doğarsa, mahkemenin eski cezayı artıramadığı hallerde (CMK 307/4), Yargıtay da artıramamalıdır.

*11) Hükümün onanması veya ıslah kararı verildiği durumlarda gönderileceği makam.*

Yargıtay, ret veya ıslah kararı verirse, dosyayı Başsavcılık ve Cumhuriyet savcılığı kanalı ile hükmü vermiş olan bölge adliye mahkemesine gönderir: Yargıtayca 302 nci maddenin birinci fıkrası veya 303 üncü madde uyarınca verilen kararlara ilişkin dosya, hükmü veren bölge adliye mahkemesine gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Bölge adliye mahkemesi, dosyayı Yargıtaydan geldiği tarihten itibaren yedi gün içinde gereğinin yapılması için ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmek üzere bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına verir (CMK 304/1).

Yargıtay, dosyayı 303 üncü maddede belirtilenlerin dışında kalan hâllerde yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderir. Bozma sonrası yargılama, bölge adliye mahkemesi tarafından yapılır (CMK 304/2). Ancak Yargıtay’dan verilen bozma kararına, bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin “direnme hakkı“ vardır (CMK 307/3). Bununla birlikte, CMK 23/3 kıyas yolu ile uygulanırsa, bozmadan sonraki yargılamanın bir başka mahkemede görülmesi gerekebilir.

Yargıtay bozma kararı verirse, dosya esas hakkında karar vermesi için, bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesine gönderilir (CMK 307/1). Bozmadan sonra muhakemenin ancak kovuşturma evresine dönülür, soruşturma evresine geçilemez, zira evre ayrımı kesindir. Netekim Kanun da (CMK 307/1), dosyanın sadece mahkemeye gönderilmesini kabul etmiştir. Bu nedenle, *soruşturma* şöyle veya böyle yapıldı veya yapılmadı diye bozmamak gerekir.

Bozmadan sonra davanın görüleceği mahkeme, mülga Kanuna göre geniş manada “yetkisizlik” sebebiyle bozulmuşsa, yetkili mahkeme idi (CMUK 323). CMK yetki meselesini istinaf aşamasında hallettiği (CMK 279/1–a) için, bu hüküm temyize eklenmedi.

Diğer bozmalarda dava, mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre, ya hükmü bozulan mahkeme, ya da civarda o seviyedeki 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 ederse, 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-b). Halen devam eden uygulamada dosya çok defa hükmü bozulan mahkemeye gönderilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu ise bu yöntemi terk etti. CMK 307/1 uyarınca davaya, bozma kararı üzerine hükmü bozulan bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi, yeniden bakacaktır.

Biz Yargıtayda yapılan bozmadan sonra, her durumda davaya aynı bölge adliye mahkemesinin bakmasına yol açan bu düzenlemenin karşısındaız: bozmadan sonraki derecede davaya bir başka mahkemenin bakması, hukuki bir garantidir. Nasıl, istinafta yapılan bozmalarda diğer mahkemeye gönderme kabul edildi ise (CMK 280/1–b) veya yargılamanın yenilenmesinde davaya bir başka hakimin bakması (CMK 23/3) kabul edildi ise bozmadan sonraki derecede de, Alman Hukukunda olduğu gibi, davaya diğer 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 sebeptendir ki diğer bir mahkemeye göndermekle, bir diğer dereceye geçilmiş olmaktadır. Buna “bozmadan sonraki derece” denilmektedir. Dereceler zarurî olmadığından, bu dereceden vazgeçme mümkündür. Bizde başka mahkemeye göndermek, yetkisizlikten başka bozmalarda ihtiyarîdir. Bir başka mahkemeye göndermek, hükmün kolektif olarak verilmesi, yani daha fazla sayıda hâkimin görüşünden ve mütalâasından faydalanmayı sağlaması bakımından tercih edilmelidir. Uymama yetkisi kaldırılmadığı sürece, başka mahkemeye göndermek, yersiz uymamaları da önleyecektir.

Hüküm, mahkemenin hukuka aykırı olarak kendisini görevli veya yetki-

li görmesinden dolayı bozulmuşsa, Yargıtay aynı zamanda dosyayı görevli veya yetkili mahkemeye gönderir.

İlk derece mahkemesi tarafından doğrudan temyiz yolu açık bulunan hükümlerle ilgili olarak verilen karara ilişkin dosya, hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Yargıtay tarafından verilen hükmün açıklanması açısından genel hükümlere atıf yapılmış ve CMK 231 inci maddenin bu açıdan da uygulanacağı belirtilmiştir.

2005 sonrası CMK 231 inci maddede değişiklik yapılmış ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlenmiştir. Yargıtay tarafından verilen hüküm açısından CMK 231/5 ve devamı fıkraların uygulanamayacağı açıktır. Zira Yargıtay esas hakkında karar vermez.

### **IX– Bozma kararı verilmesinden sonraki durum.**

#### *1) Hükmün bozulmasının diğer sanıklara etkisi.*

Aynı karar ile mahkûm olan sanıklardan temyiz yoluna gitmedikleri için haklarındaki kararlar yargılaşılar, aynı kararın diğer sanıkların temyizi üzerine cezanın uygulanmasında kanuna aykırılık olması sebebi ile bozulmasından, bozmanın lehe olması şartı ile faydalanırlar (CMK 306). Görülüyor ki, temyiz yolunda dâvanın dışında kalan, kanun yolu dâvasında taraf olmayan bir kimseye de Yargıtayın kararı tesir etmektedir. Bu hal ceza muhakemesinde de kararların tesirinin sadece taraflara münhasır olmadığını belirtmektedir.

Kanun yolu muhakemesi sonunda verilen karar, kural olarak, kanun yolu muhakemesinin tarafları hakkında kendini gösterir. Benzer durumda olanların, bazı kayıt ve şartlarla, verilen karardan faydalanması istisna olarak kabul edilebilir. Mülga Kanun bu hususu sadece temyiz bahsinde nazara almıştı (CMUK 325). 5271 sayılı 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. Örneğin aynı tutuklama kararı ile aynı sebeple tutuklananlardan biri itiraz etse ve tutuklama kararı kaldırılrsa diğerleri de bundan faydalanmalıdır.

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.

Geri kalan tek kriter, bozulan hususun temyiz etmemiş diğer hükümlülere uygulanabilecek bir nitelik taşımasıdır. Yani sadece bozulmanı 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. Temyiz etmeyenlerin, edenlerden daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaları adalete aykırı görülmüş yargı otoritesi bakımından istisna tanımak yoluna gidilmiştir. Aynı suretle, temyiz edip dâvası kabule şayan görülmeyenler de temyiz etmeyenler gibi bozmadan faydalanmalıdırlar.

Bozma karardan diğer sanıkların da faydalanabilmesi için Yargıtay, diğer sanıklar bakımından da hükmü bozmalı ve bunu açıklamalıdır. Ancak, Yargıtayın ihmali, sanıkların bu hükümden faydalanmasına elbet engel olmayacaktır.

Temyiz etmeyenlerin faydalanması adalet esasına dayandığından, maksat da esas mesele hakkındaki hukukî hatalar bakımından bozmalardır.

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 olması demek değildir.

Yargılamanın yenilenmesi muhakemesi sonunda verilen hükümler temyiz edilebilir.

Yenilemede kanun yollarına başvurmadaki genel hükümler uygulanaca-

đından (CMK 317/1), yeni karar, Şartlar varsa (CMK 306) yenileme istememiş olanlara da sirayet edebilir.

2) *Yargıtayın bozma kararına karşı direnme hakkı.*

Yargıtay'ın bozma kararından sonra, esas mahkemesi olan Bölge Adliye Mahkemesi, bozmaya uyma veya direnme konusunda bir karar verir. Bunun için sanığın görüşünün alınacağı bir celse açılır. Sanığın görüşünün alınması, bizce sorgu niteliğindedir ve zaman aŐımını keser. Yargıtay bu konuda aksi kanattedir.

Yargıtayın kararı ile “bozulan” hüküm, dünyanın her yerinde, hemen ortadan kalkar. Zira bozma, aykırı işlemi Yargıtayın kayıtsız Őartsız 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 kalkıŐı mahkemenin uyması, kabul etmesi Şartına bağlanmış olur ki, bu da hukukî hata bakımından denetim için en yüksek mahkemeye gidiŐe ve onun kanunoyolu makamı olarak verdiği kararın kesin olması ilkesine aykırı düşer.

Bu nedenle dünyanın hiç bir yerinde, bozmadan sonra ve işin başında mahkemelerin “ben uymuyorum” diyebilmesi kabul edilmemiştir. Bu imkân, sadece, o da 1927 den sonra olmak üzere Türk muhakeme hukukunda kabul edilmiştir. İŞin baŐındaki uymamaya bizde ısrar denile geldiğinden, işin başında söz konusu olan bu ısrara “Türk tipi ısrar” demektedir.<sup>330</sup>

Bugün Ceza Muhakemesi Hukukunda temyizde (CMUK 326/3, CMK 307/3) “direnme hakkı” tanınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu istinafta direnmeyi kabul etmemiştir (CMK 284).

---

<sup>330</sup> Tafsilat 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.

## 3) Uyma veya direnme kararı verme duruşması.

Yargıtaydan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak olan bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar (CMK 307/1). Bunun için bir duruşma yapılacağı ve buna ilgililerin çağırılacağı 2. fıkradan dolayı olarak anlaşılmaktadır.

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 erecektir. Ancak uyma kararı verildikten sonradır ki normal nitelikte olan ve dünyanın her yerinde rastlanan yeni bir duruşma başlayacaktır.

Bozmadan sonraki duruşma diye adlandırılacağı bu duruşma için yeni çağırılar yapmak bizde gerekmez. Başlamış ve hattâ bitmiş olan “uymadan önceki duruşma”nın, “uymadan sonraki duruşma” olarak, aynı duruşmanın devamıymış gibi düzenlenebilmesi pratik ihtiyaçlara uygun olacaktır da bu durum bu iki duruşmanın niteliklerinin farklı olduğunun, gerekirse farklı düzenleme gerekebileceğinin gözden kaçmasına sebep olmalıdır.

i) Uyma veya direnme kararı verilmesinden önceki duruşma. Uymadan önceki duruşmaya sanık, müdafî, katılan ve avukatı<sup>331</sup> çağırma kağıdı ile çağırılacaktır (CMK 307/1). Bunlar tebliğle rağmen gelmemeleri yüzünden veya çağırma kağıdının tebliğ edilememesi sebebi ile hazır bulunmasalar dahi duruşma yapılabilecek ve uyma veya uymama kararı verilebilecektir (CMUK “1985–3206” 326/2).

ii) Uyma kararı verildikten sonraki duruşma. Uyma kararı açıkça verilebildiği gibi, uyulduğunu gösteren işlemler yapmakla zımnî olarak da verilebilir.

iii) Direnme kararı verildikten sonraki duruşma. Direnme kararı veren mahkeme, direnmesinin gerekçelerini de gösterecek, yani Yargıtayın hukukî görüşünü neden kabul etmediğini açıklayacaktır. Eski hükmün yeni baştan yazılması gerekmez. Bunu istemek, işleri uzatmaktan başka bir işe yaramayacaktır, zira mahkemenin direnmesi ile uyma şartına bağlı bozma kararı hükümsüz kalmıştır.

<sup>331</sup> Katılanın avukatı ile müdafiden bir kelime ile “vekiller” diye söz edilmesi yanlıştır.



*4) Direnme kararını temyiz etme yetkisi.*

Direnme kararına karşı temyiz yolu açıktır. Hükümü temyiz edebilenler, direnme kararını temyiz edebilirler. Temyiz edememek, cevap verememek sonucunu doğurmaz.

Direnme kararı temyiz edilmezse veya edilip de temyiz dâvası kabul edilmez veya reddedilirse (yanlış adı ile tasdik edilirse) evvelce bozulmuş olan daha doğrusu bozulma şartına bağlanmış olan hüküm kesinleşir ve yargı halini alır.

Direnme kararının temyiz edilmesinin sonuçları, hükmün temyiz edilmesinin sonuçlarıdır.

Direnme kararına karşı temyiz dâvası açıldığında, yargılama makamı Ceza Genel Kuruludur (CMK 307/3).

Ceza Genel Kurulunun direnme üzerine yaptığı yargılama, temyiz yargılamasıdır, Ceza Genel Kurulu, “Yargıtay” olarak hareket ettiğinden duruşma yapılması mümkünse de (CMK 299), tatbikatta Ceza Genel Kurulunda duruşma kabul olunmamaktadır.

Ceza Genel Kurulu temyiz yargılamasını daire gibi yapar ve onun verdiği ön ve sonkararları verir. Genel Kurul, mahkeme ile dairenin görüşlerinden birine uymaya mecbur değildir.

Ceza Genel Kurulu temyiz dâvasında yargılama makamı olarak hareket ettiğinden, kaide olarak, temyiz dâvasında gösterilen bütün ihtilâflı noktaları ele almalıdır.

Direnme üzerine Ceza Genel Kurulunun verdiği bozma kararlarına uyma mecburîdir (CMK 307/3).

*5) Direnme istisnadır.*

Direnme yetkisi, bizim durumumuzda başka hiç bir Devlet yokmuş gibi sadece bizde bulunmasının acayıplığı de göstermektedir ki, çok istisnaîdir. Bu nedenle uygulama çok sınırlı olmalı, istisna genişletilmemeli ve çok büyük bir ihtiyaç olmadıkça Genelkurula gidilmemelidir. Direnmenin istisna oluşundan çıkan sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

Aksine açıklık olmadıkça, özel muhakeme kanunları bakımından uygulanmamalıdır.

Bir kere uyma kararı verildikten sonra dönülüp direnme kararı verilememelidir. 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 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.

#### 6) *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, Genel Kurulun bir çok işte mahkemeyi haklı bulması da gösteriyor ki bu sistemle daha isabetli kararlara varılabilmektedir.

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 için onların isabetli karar vermelerine engel olmaktadır. Daire kararlarına karşı, yine başka memleketlerde rastlanmayan “itiraz” adlı olağanüstü yolları da tanıdığımız göre, direnmeden vazgeçmeliyiz. Geçemiyorsak uymama imkânlarını çok sınırlamalıyız. Böylece çalışma saatleri artacak olan dairelerin daha isabetli karar vermeleri de sağlanmış olacaktır.

### **X– Bozmaya uyma halindeki işlem ve kararlar.**

#### 1) *Bozmaya uyma.*

İlk derece mahkemesinin Yargıtay’ın bozma kararı doğrultusunda işlem yapması kuraldır. Bizdeki direnme istisnadır ve kaldırılmalıdır.

#### 2) *Bozmaya uymadan sonraki muhakemenin özellikleri.*

Mahkeme, uyma kararı verince, duruşma yapar ve sonunda yeni bir “hüküm” verir.

Bozmaya uymadan sonra yapılan bu duruşma, bozmadan sonra fakat uymadan önce yapılan duruşmanın bir devamı gibi gözükmemekte 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 çekilmesi, duruşmada hazır bulunmak ödevinden kurtarılmışsa bu konuda tekrar karar verilmesi gerekmez. Delil toplama ve ortaya koyma işlemleri de elbet genel hükümlere göre yapılacaktır.

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. Meğeri ki durumda değişiklik olsun, örneğin bozma kararı gaip hakkında duruşmayı yapılamaz hale getirsin. Madalyanın teki yüzü de vardır. Bozmadan nceki 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 Őeymiřesine, uymadan sonraki duruşmanın (CMK 307/2) da düzenlenmiş olması çok isabetsiz olmuştur. Kanun değiştirilmeli, bugünkü metin, eğeri uymama imkanı yine muhafaza edilecekse, uymadan önceki duruşmayı düzenlemeli, uymadan sonraki duruşma genel hükümlere bırakılmalıdır.

CMK 307/2 maddenin görünüşüne bakılırsa, sırf ağır kağıdı tebliğ edilemedi diye bunda hiç kusuru olmayan sanığın hattâ müdafii yokluğunda duruşma yapılabilecektir ki, ağır kağıdı çıkarmaksızın duruşma yapmaktan farksız olan bu durumu kabule imkân yoktur.<sup>332</sup> İkinci fıkrada “bitirilir“ denmeyip “bitirilebilir“ denmesinden yararlanıp, mahkemelerin duruşma yapmak için tebligatın yapılmasında ilgilinin kusurlu olmasını

---

<sup>332</sup> ztrk de, bu düzenlemenin, sanığın yokluğu, kaaklığı ve gıyabında mahkum edilebilmesi imkanını getirdiği için, “yersiz” olduğu görüşündedir (ztrk 2009, 646).

araştırmaları ve ancak kusurlu gördükleri takdirde hazır bulunmadan duruşma yapmaları gerekmektedir.

İddia ve müdafaa hakkının zedelenmesine, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı düşülmesine meydan vermemek için bu imkndan yararlanılmalıdır.

### 3) Serbestlik kuralı.

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 Yargıtay'ın görüşü ile gerek eski kararı ile bağlı değildir. Mahkemenin serbest olmadığı halleri ayrıca istisna olarak gösterdiğine göre, kanunumuzun da bu kaideyi kabul ettiği anlaşılmaktadır. Uymamanın başta kabulü de bunu göstermektedir.

Serbestlik kaidesi, ceza muhakemesinde hakikatın araştırılması ve en isabetli kararın verilmesi gayesinin tabi ve mantık bir sonucudur. Gerçekten, temyiz yolu dvası açılmakla, hükmün yargılaşmasının önüne geçilmiştir (CMUK 312). Yargıtay hükmü bozduğu, mahkeme de buna uyduğu için hüküm ortadan kalkmıştır. Ortada, değil yargı, hüküm dahi olmadığından, yargının otoriteleri de bahis konusu olmamak gerekir. O halde, mahkeme, hakikate en uygun ve en isabetli kararı vermek imknına kaide olarak malik bulunmalıdır. Bu imkn, birinci hükümde değişiklik yapılması sonucunu doğuracaktır.

Bu değişiklikler: 1) Ya hukuk durumdaki değişikliğe uygun bir karar verilmesi, 2) Yahut bir hatanın düzeltilmesi maksadı ile yapılabilir.

### 4) Hukuk durumdaki değişikliğe uygun karar verilmesi.

Örneğin uymadan sonra eylemi suç olmaktan çıkaran veya cezayı azaltan kanun veya af kanunu çıkabilir. Bu takdirde, yeni kanun duruma uygun değişik bir karar verileceği şüphesizdir. Keza sonradan dva zamanışımına uğrarsa, mahkemenin düşme kararı verebileceği açıktır.

### 5) Hatanın düzeltilmesi.

Hatanın bozulan noktalarda olması mümkün olduğu gibi, bozulmıyan 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 manasına gelmez.

Mahkemenin bozmaya uyması, ne sanık için kazanılmış bir hak doğurur, 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. Nitekim Yargıtay da ilk bozma kararı ile bağlı değildir. Yargıtay içtihadını değiştirmiş olabilir ve ilk bozma kararına uygun bir şekilde verilen ikinci hüküm, yeni içtihadı dolayısı ile tekrar bozabilir. Hele uymama üzerine yargılama yapan Genel Kurul, 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 yadırganabilecekse de, 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 ola-

bilen bu noktalar, kaide olarak değişebilecektir:

aa) Mahkemenin maddî meselelerde hatasını öğrenmesi için yeni deliller çıkmış olması mümkündür. Çıkan yeni delilleri mahkemenin nazara alması için hiçbir sebep yoktur. Kaldı ki kanun yargı olan hallerde dahi, yeni delillerin çıkmaması halinde muhakemenin yenilenmesini kabul etmiştir. Bozmaya uymadan sonra yapılan muhakemede yeni deliller ileri sürülünce veya mahkeme bunlara bizzat vâkıf olunca, “hele bekleyelim, 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.

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. Sanığın aklî durumu hakkındaki soruşturmaların da, bozmadan sonra, bozma şümulü dışında da olsa, yapılabileceğinde şüphe edilmemelidir.

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 çıkmaması ile de olabilir. Mahkeme evvelce Yargıtay tarafından dokunulmamış olan, aşağı ve yukarı hadler arasında takdir hakkını kullanış nisbetini de değiştirebilir.

6) *Sadece sanık lehindeki kanun yolu dâvası üzerine daha ağır ceza verilmemesi (CMK 307/4).*

Kanun yolu dâvasının açılmasının, kanunumuz bakımından bir sonucu da, “sadece” sanık lehinde açılan dâva üzerine yani sanık aleyhine kanun yoluna kimsenin gitmemiş olması halinde, yeniden verilecek kararın eski kararlar ile verilen cezadan daha ağır olamamasıdır. İnfaza ilişkin kararlarda ise bu yasak geçerli değildir. Mülga Kanun bu sonucu temyiz ve muhakemenin yenilenmesi kanunlarında kabul etmişti (CMUK “1985-3206” 326/4, 341/2). CMUK’nun 326. maddesi uygulamasında dikkat edilecek

husus, temyiz isteminin lehine olması, aleyhe temyiz bulunmaması idi.

Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olmaz (CMK 265). Cezanın ağırlaştırılmasını yasaklayan bu hüküm, mülga Kanununda (CMUK 294) yoktu.

İstinaf (CMK 283) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK 323) ile ilgili düzenlemelerde, sanık lehine istinaf veya yenileme istemi varsa, cezayı ağırlaştırmayı yasakladı, “sadece” kelimesine yer vermedi.

Kanun “sadece” kelimesine temyizde yer vermiş (CMK 307/4), istinaf ve muhakemenin iadesinde ise bunu kullanmamıştır (CMK 283, 323/2).

Doğacak netice, istinaf ve muhakemenin iadesinde sonuç cezanın artırılmaması olacaktır. Kanunkoyucunun 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 ağırlaştırılmaması”, kuralı ise Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir.

Sanık aleyhine temyiz edilişte de, “aleyhe temyizcin çizdiği tavan’ın” 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 üzere, sonradan sebep gösterilmesi caiz görülse de aleyhe sebepler bulunsa bile, dâvanın sanık lehine açıldığı kabul edilmelidir.

Sadece sanık lehine konuyoluna başvurulması halinde sonucun aleyhte olamaması kaidesi “aleyhte değiştirme yasağı” diye adlandırılmaktadır. Fakat biz, lehe bozma üzerine aleyhte değiştirmeme esasından ayırdetmek 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. Bir suçtan dolayı ceza verilmişse ve temel–cezada artırma ve eksiltme

yapılmışsa her iki kararda en sonda verilen cezalar mukayese edilecek, yenisi eskisinden daha ağır olmayacak, ağırısa, eski sonuç-ceza aynen verilecektir. Sonuç-cezaya bakılacağından, sonuca tesir etse de önceki hususlar bakımından mukayese yapılmayacaktır. Aynı sebeple, hâkimin aşığı ve yukarı hadler arasında takdir hakkını kullanmasındaki nisbet bakımından bir mukayese ve bir mecburiyet de bahis konusu değildir.

7) *Sanık lehine bozmadan sonra sonucun ağırlatılmaması.*

Lehe kanun yolu dâvası üzerine aleyhte değiştirememe mecburiyetinden fazla olarak, biz, sadece istinaf ve temyiz kanun yolunda söz konusu olabilen böyle bir mecburiyetten de yanayız.

8) *Sanık aleyhine temyiz edilişte de aleyhte temyizcin çizdiği tavanın aşılammaması.*

Mülga Kanunun, 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 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.

Temyiz kanun yolunda yargılama görevi yapan Yargıtaydır, denilince, Yargıtay'ın görev bakımından yetkili dairesi anlaşılır. İstisna olarak Genel Kurullar da temyiz yargılaması yapar. Bu istisnaya ceza muhakemesinde, a) Bozma üzerine istinaf mahkemesinin verdiği direnme<sup>333</sup> kararına (CMK 307/3) veya b) Şahıs itibariyle yetki kaideleri dolayısı ile Yargıtay dairesinin ilk mahkeme sıfatı ile hareket edip yargılama yaptığı zaman, dairesinin hükümlerine karşı temyiz dâvası açıldığında rastlamaktayız. Ancak direnme üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen kararlara karşı direnilemez (CMK 307/3).

<sup>333</sup> İstinafta direnme kabul edilmemiştir (CMK 284/1).



9) *Cezanın artırılmıyacağı hallerde sadece cezayı artırmaya yol açacak aykırılıklar.*

Yalnız sanık lehine temyiz dâvası açılmışsa, bozma sonunda verilecek ceza eskisinden ağır olamayacağından (CMK 307/4; CMUK “1985–3206” 326/4) 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, Örneğin şu veya bu suçtan mahkûm edilmek farklı sonuçlar doğurabileceğinden, bu ölçü, değişikliğin sadece cezanın artırılması şeklinde olması halinde uygulanmalı, cezanın artmasından başka değişiklik söz konusu olan hallerde, hükme tesir ölçüsüne göre hareket edilmelidir.

Gerçekten, ceza muhakemesi normları iki çeşittir. Çoğunluğu oluşturan normların amacı hakikatin araştırılmasıdır. Azınlıkta olanlar ise sadece şüpheden faydalanması gereken sanık lehine kabul edilmişlerdir. 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 tâyininde ortaya çıkmaktadır. Suçun mahiyeti değişince sanığın müdafaasını yapabilecek halde bulundurulması (CMK 226), yalnız sanık lehine temyizde cezanın ağırlatılmaması (CMK 307/4) normlarının sadece sanık lehine konuldukları şüphe götürmez.

Bozma sonrası yargılama, bölge adliye mahkemesi tarafından yapılır (CMK 304/1). Ancak Yargıtay’dan verilen bozma kararına, bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin “direnme hakkı“ vardır (CMK 307/3).

10) *Uymadan sonra verilen hükme karşı kanunyolu.*

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. Temyiz muhakemesinde yargıla-

ma makamı, yine genel hükümlere göre yetkili dairedir.

Esas mahkeme, bazen bozma kararı dairesinde hareket ettiği, yani fiilen uyduğu halde, neticede eski kararını verir ve bunu “ısrar” diye adlandırır- sa, bu karar hakikatte ısrar daha doğrusu uymama kararı değil, yeni bir hükümdür. Temyiz edilirse Genel Kurula değil, daireye gider.

Bozmaya kısmen uyulmuş, kısmen uyulmamışsa, uymadan sonra yapı- lan duruşma sonunda verilen hüküm temyiz edildiğinde, önce Genel Kurul uymama kısmını inceler, ondan sonra uyma kısmı hakkında karar verilmek üzere dosya daireye gönderilir.

Eğer hükmün sadece uyulan kısmı temyiz edilmişse, dosya doğruca dai- reye gönderilir.

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 maddê hakikat arandığına, en isabetli bir karar vermeye 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 taallûk edebileceği gibi, bozulmayan noktalara da taallûk edebilir.

Bozmaya uyulmadan sonra verilen hüküm bakımından Yargıtayın ser- best olmasının da ıslah edip mahkûmiyet kararı vermede iki istisnası var- dır. Bunlar: 1) Yalnız sanık tanafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 inci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmesi üzerine cezanın ağırlatılamaması (CMK 307/4) ile 2) Sanık lehine bozma- dan sonra sonucun ağırlatılamamasıdır.

## SEKİZİNCİ BÖLÜM OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLLARI

### § 47– YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZ YETKİSİ ve KARAR DÜZELTME

#### I– Olağanüstü kanun yolları.

Kanunyollarını “olağan” ve “olağanüstü” diye ikiye ayırılır. Olağan kanunyolları kaideyi, olağanüstüler istisnayı teşkil eder: asıl derece kanunyolları (itiraz ve istinaf) ile hukukî derece kanun yolu (temyiz) olağan, bunların dışındakiler olağanüstü sayılır. Diğer taraftan, kanunyollarının olağan ve olağanüstü diye ikiye ayrılması, her yerde aynı kıstasa göre yapılmamaktadır. Örneğin Fransız Kanunu, hukukî ve maddî meselelerin tekrar ele alınabilmesi halinde, olağan kanun yolu kabul eder, sadece hukukî meselenin tetkik edildiği kanunyollarını, Örneğin temyiz yolunu olağanüstü sayar.

Kanun “olağanüstü kanunyolları” isimli üçüncü kısımda, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi” (CMK 308) “kanun yararına bozma” (CMK 309), (CMK 310) ve “yargılamanın yenilenmesi” (CMK 311) yollarını düzenledi.

#### II– Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı.

Yargıtayın yanında Başsavcılık vardır. Kanundaki adı “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı” ise de, kısaca Başsavcılık diyebiliriz. Yargıtaydaki 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 Yargıtayın verdiği kararlara karşı olağanüstü kanun yolu olarak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi (CMK 308) ile hakim ve mahkemelerin kanun yolundan geçmeden kesinleşen karar ve hükümlerine karşı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanun yararına başvurusu (CMK 310) yolları vardır.

Yargıtay yanındaki Başsavcılığın, esas mahkemelerden verilen kararlara karşı olağan temyiz dâvası açma yetkisi yoktur. Sadece olağanüstü kanun yollarına başvurabilir (CMK 308, 310). Başsavcılık, taraf olmamakla beraber, kanun yolu makamı olarak mütalâasını bildirir ve duruşmalarda hazır bulunur. Buna karşılık, Yargıtaydaki Başsavcılığın asıl ceza dâvası açtığı istisnaî haller de vardır.

### **III– Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi (CMK 308).**

Yargıtay Ceza Dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı re’sen veya istem üzerine, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren 30 gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz (CMK 308). Mülga Ceza Muhakemesi Kanununun 322/5 nci maddesi “olağanüstü itiraz“ niteliğinde bir kanunyolu tanımıştı.

#### *1) Başsavcının itirazı olağan üstüdür.*

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 nisbî olduğuna göre, göz yummak gerekir. Bu kararların hukuka uygunluğunu kabul etmek pratik bakımdan zorunludur. Kanunumuz, Başsavcıya hukuka aykırılığı gördüğü daire kararlarına, kesin olduğu ve olması gerektiği halde istisna olarak, olağanüstü nitelikte bir itiraz yetkisi tanımakla, Ceza Genel Kurulunu hakem yapmak istemiştir. Sadece Başsavcı için açılmış olan ve bu nedenle “Başsavcının itirazı” denilegelmekte olan bu yol, kesin bir karara karşı tanındığından olağanüstü sayılmalıdır. Bu olağanüstülük bu yola gidişin istisnaî olduğunu bize hatırlatacaktır.

*2) Başsavcının itirazı kaldırılmalıdır.*

Başsavcıya böyle olağanüstü yetki tanınmasını haklı kılacak olağanüstü ihtiyacın varlığına inanmıyoruz. Bu sebeple bu yolun kaldırılmasına taraf-tarız. Gerçekten, Başsavcı dairesinin görüşünü beğenmedi diye aynı işe 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 kollektif olmasını sağla-mak elbet faydasız değildir. Fakat fayda ve zarar karşılaştırıldığında zarar tarafı çok ağır basmaktadır.

Olağanüstü itirazı haklı gösterebilecek olan “Ceza Genel Kurulunun gö-rüşünü alma ihtiyacı” dairelerin farklı karar vermeleri halinde ortaya çıkar. Zaten kararlardan birine hatalı deme yetkisini bize bu farklılık ver-mektedir. Daireler arasında farklı görüşün bulunması eşitsizliğe yol aç-a-cağından doğru değilse de bunu giderecek çare vardır. O da içtihat birleş-tirme mekanizmasıdır. Ceza Genel Kurulu içtihatları birleştirir, yani han-gisinin doğru olduğunu belirtir. Demek ki Genel Kurulun görüşünü öğrenmek için başka imkân vardır. Bütün mesele, Başsavcılıkla Daire arasında değil, en az iki Daire arasında görüş ayrılığı bulunmasında Genel Kurula gidilmesinin kabul edilmesindedir. İçtihat birleştirme mekanizma-sı 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 karşı-lanmış olacaktır.

*3) Başsavcının itirazının şartları.*

Başsavcının itiraz yoluna ancak şu şartlar gerçekleştiğinde gidilebilir:

a) İtiraz edilen karar, ceza dairesinin, cezaî nitelikte olmak üzere İcra ve İflâs işlerine bakan Hukuk Dairesinin kararı değildir (CMK 308, İİK 366, YK 7/9).

b) İtiraz edilen karar, temyiz muhakemesinde verilen bir karar olmalıdır.

c) İtiraz edilen karar, işin daire ile ilişliğini kesen bir karar olmalıdır.

ç) İtiraz edilen karar, bozma kararı olmamalıdır. Çünkü esas mahkeme-nin uymama yetkisi vardır. Mahkemenin uymaya mecbur olduğu haller

bakımından bir istisna elbet kabul edilmelidir. İlerde uymama yetkisi kaldırıldığında, bu dördüncü şarta ihtiyaç kalmayacaktır.

d) Bu yola, mülga CMUK daki karar düzeltmede olduğu gibi, sadece sanık lehine gidilmelidir.

#### 4) Başsavcının itirazının sebepleri.

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:

a) İleri sürülmüş bir iddianın cevaplandırılmaması halinde karar düzeltme yoluna gidilebilir. Eğer bu sebep tek başına değilse ve hukukî bir hata da varsa, karar düzeltme ve itiraz yollarına ayrı ayrı gidilmesi uygun olmayacağından, hepsi itiraz sebebi olmalıdır.

b) Bozma sebebi olduğu ileri sürülmeden, sırf eleştiri için gösterilen aykırılıkların kabul edilmemesi durumunda, böylesine platonik bir amaçla Genel Kurul hâkimleri kendi önemli işlerinden alıkonulmamalıdır.

c) Tebliğnameye uygun karar verilmesi durumunda, Başsavcılığın önce ileri sürmediği bir sebeple itiraz edebilmesi, istisnanın amacına da ters düşer.

#### 5) Başsavcılığın itiraz davasını açması.

Başsavcılık olağanüstü itiraz dâvasını, dâva dilekçesi niteliğinde olan, itirazname denilen “itiraz yazılı isteğini” vermekle açar. Kanun 30 günlük süre kabul etmiştir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz.

Hangi noktalara itiraz edildiği hukukî gerekçeleri ile süre içinde belirtilir. 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.

Kanun yararına bozmadaki istisna, kıyas yolu ile genişletilemez.

Başsavcı, yersizliğini gördüğü dâvasını gerilabilir. Sanığın muvafakati aranmaz.

6) *Başsavcının itirazı davasının görülmesi.*

Olağanüstü itiraz 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, hattâ 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.

Yargılama sırasında, örneğın zamanaşımı gibi bir düşme sebebi bulunduğu görülürse, bu sebeple kanunyolu muhakemesini de önleyeceğinden düşme kararı verilir. İstisna olarak, derhal verilebilecekse ve lehte ise ıslah kararı verilebilir.

Verilen bozma kararlarına uyma mecburî olmalıdır.

Yerine getirmenin geri bırakılması sorunu burada da, muhakemenin tekrarlanmasında olduğu gibi, çıkmayacaktır. Çünkü kararın niteliği bakımından kesin olmasına rağmen, dâva için 30 günlük süre tanınması, sürenin ve açılmışsa dâvanın sonuna kadar yerine getirilmenin geri bırakılmasını kanunun kabul ettiğini, hâkim kararına ihtiyaç duymadığını gösterir.

#### **IV– Karar düzeltme.**

CMK tarafından önce kabul edilmeyen karar düzeltme yolu, 2012–6352 sayılı Kanun ile tekrar canlandırıldı. CMK madde 308’e eklenen iki üçüncü fıkralar uyarınca, itiraz üzerine dosya, kararına itiraz edilen daireye gönderilir. Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir (CMK “2012–6352” 308/2 ve 3).

Kanun koyucunun itirazdaki genel uygulamayı Başsavcının itirazına da yansıttığı görülmektedir.

## § 48– KANUN YARARINA BOZMA

### I– Kanun yararına bozma kavramı (CMK 309).

Ceza Muhakemesi Kanunu “olağanüstü kanunyolları” 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, kanunyollarının olağan ve olağanüstü diye ikiye ayrılması, her yerde aynı kıstasa göre yapılmamaktadır. Örneğin Fransız Kanunu, hukukî ve maddî meselelerin tekrar ele alınabilmesi halinde, olağan kanun yolu kabul eder, sadece hukukî meselenin tetkik edildiği kanunyollarını, örneğin temyiz yolunu olağanüstü sayar.

Hakim 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 hakimliğinin başvuru yolu üzerine verdiği “son kararlar” (KK 28/8) ile itiraz üzerine numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hakimliğince veya ağır ceza mahkemesince verilen kararlar (KK 29/3) bakımından da geçerli sayılmalıdır. Bu yol açılmadığı takdirde, kabahatlerde içtihat birliği sağlanamaz.

“Kanun yararına bozma” denilen (CMK 309), aslında olağanüstü bir temyiz davası niteliği taşıyan bu davayı Yargıtay Başsavcılığı, “Adalet Bakanının yazılı emri” (artık “istem bildirme” deniliyor) ile açabilir. Başsavcılık bu emre uymağa mecbur olduğundan, dâva açmak yetkisinin Adalet Bakanlığı makamına verildiği de söylenebilir.

### II–Kanun yararına bozma yolunun niteliği.

Hakim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı<sup>334</sup>, o karar veya hükmün Yargıtayca

<sup>334</sup> Maddede yer alan Adalet Bakanı kelimesi 5560 numaralı kanun ile Adalet Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.



kanun yararına bozulması 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).<sup>335</sup>

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı da sınırlı hallerde (hükümlünün cezasının kaldırılması gerekiyorsa, daha hafif ceza verilmesini gerektiriyorsa) kanun yararına re'sen kullanılabilir (CMK 310/1). Ancak kanun 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).

Bu yola evvelce “yazılı emirle bozma” deniliyordu. Bizce olağanüstü temyiz denilmeli idi. Zira söz konusu olan kanunyolu “temyiz”dir ve kesin kararlara karşı olduğundan “olağanüstü”dür. Aykırılık sonucunun ortadan kaldırılması için başka bir imkân bulunmamalıdır.

Kanun yararına bozma yolunda bozma nedenleri 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.

### **III- İçtihat birliğinin sağlanması sorunu.**

İstinaf veya temyiz denetiminden geçmeden kesinleşen hakimlik ve mahkeme kararlarının Yargıtayda incelenmesinin sağlanması, yerindedir. Böylece ülkede Kanun hükümlerinin yeknesak bir şekilde uygulanması

<sup>335</sup> Adli Yargı Bölge Adliye Mahkemelerinin Resmi Gazetede ilan edilecek olan göreve başlama tarihinden önce temyiz yoluna başvuru kararları hakkında, bunlar kesinleşinceye kadar mülga CMUK daki temyize ilişkin hükümler uygulanmaya devam etmektedir. Yazılı emri düzenleyen CMUK 343 ise yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, mülga kanun yürürlükte iken verilen hükümler açısından bazı hallerde lehe kanun olarak uygulanma gündeme gelmiştir.

sağlanabilir. Bu olağanüstü yolun faydası, Kanunun eşit olarak uygulanması, varsa kesinleşen kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesi, bu giderme sanığın lehinde ise onun da faydalanmasıdır. 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 öğretememiz de imkânsız değildir.

Bu yolun zararlı yönü, yargının kesinlik otoritesine ters düşmesidir. Bu nedenle, kanun yararına bozma yolu çok istisnaîdir. 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.

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.<sup>336</sup>

#### **IV– Kanun yararına bozmanın şartları.**

Hâkimlik veya mahkeme makamlarının verdikleri, kanunun hüküm dedikleri de dahil, her hangi bir karar kesinleştikten sonra, olağanüstü temyiz yoluna ancak şu şartlarla gidilebilir:

*1) Karar istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmelidir.*

Hakim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen<sup>337</sup> kararlara karşı kanun yararına bozma istenebilir. İstek Adalet Bakanlığı (CMK 309/1) ve çok sınırlı olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılabilir. Kanunun belirttiği şart bundan ibarettir.

Ancak bu yolun istisnaî oluşu, uygulamanın sınırlı olmasını gerektirir. Bu nedenle, kabahatler açısından uygulama alanı bulup bulamayacağı

<sup>336</sup> Çolak/Taşkın 2007 (Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007), 1311.

<sup>337</sup> CGK 27.12.2005, K. 173.

tartışılmış ve önce kabahatler hukukunda uygulanamayacağı<sup>338</sup>, daha sonra ise belli hallerde uygulanabileceğini<sup>339</sup> içtihat edilmiştir. Biz de kanun yararına bozmanın kabahatler hukukunda hukukta uygulama birliği sağlayacağı için uygulanmasından yana olmakla birlikte, istisnai bir yol niteliğini kabul ettiğimiz için, aşağıdaki şartlar da aranması gerektiğini düşünüyoruz.

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 gidilmesi, ne bis in idem ilkesinin inkârı anlamına geldiğinden, asla kabul edilmemelidir.

Verilen karar, ceza yargılaması kararı olmalıdır. Zira Ceza Muhakemesi Hukukunun bu istisnaî yolu ancak ceza muhakemesinde uygulanabilir.

Verilen karar kesinleşmiş olmalıdır. Kesinleşme iyice araştırılmalıdır.

Kesinleşen karar tâbiri, birinci ve ikinci derecede kesin olarak verilenler olarak anlaşılmalıdır. Çünkü ancak bu hallerde ilgililere kanunyoluna gideyiniz diyemeyiz. Kesin olmayan bir karara karşı ilgili kanunyoluna gitmemişse veya eski hale getirme istememişse veya eski hale getirme veya itiraz dâvaları kabule şayan görülmemişse, yani bu karar sonradan kesinleşmişse, Yargıtay bunlarla uğraştırılmamalıdır. Benzer bir karara karşı olağan yola gitmesi savcıya emredilmekle, hatanın belirtilip tekrar edilmesinin önlenmesi demek olan kanun yararı sağlanmış olacaktır.

Kararın sadece gerekçesi hatalı olmamalıdır. Aykırılığı çözmek için başka çare olmamalıdır.

Yargılama makamlarının asıl ceza dâvasını çözmeye devam etmesi imkânsız olmalıdır. Asıl ceza dâvası devam ederken bu olağanüstü yolla Yargıtay uğraştırılmamalıdır. Uyuşmazlığın esasını çözen kararlarda

<sup>338</sup> CGK 23.3.2010, K. 2010-58.

<sup>339</sup> CGK 12.4.2011, K. 2011-47.

Yargıtayın bir karar vermesi mümkün olmalıdır. Zira bu karar bozulunca dosya esas mahkemeye gönderilmeyecektir.

Maddî bir meselede verilen ve sadece o dâvayı ilgilendiren karardaki hatanın belirtilmesinde “kanun yararı” yoktur. Yargıtayın bozma kararındaki hukukî görüşe uygun bir karar olmamalıdır. Zira hukukî hata varsa Yargıtayındır ve bu yol Yargıtayın hatası için kabul olunmamıştır.<sup>340</sup>

Karar muhakeme masraflarına ilişkin olmamalıdır.

### 3) İstisnalar.

Uygulamanın yarattığı ihtiyaçlarla, bu kurala istisnalar tanınmıştır. 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 olmasıdır<sup>341</sup>, veya yol açıktır ama, sùjelerden hiç biri tarafından kullanılmadığı<sup>342</sup> için, üst mahkemenin önüne gitmemiştir.

Kanun yararına bozma yolunun temel koşulu “hukuka aykırılıktır“. 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.

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

<sup>340</sup> 2 CD 27.1.2010, E. 2009/53798 K. 2010/1580.

<sup>341</sup> İstinaf yolu CMK 272 ile bazı kararlar açısından kapatılmıştır: sonuç olarak belirlenen ikibin lira dahil adli para cezasına mahkumiyet 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, Ağustos 2013 itibarıyla bu hükümler uygulanmadığı için, mülga CMUK 305 deki sınırlar esas alınmaktadır.

<sup>342</sup> 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 hukuki bir hata varsa, kanun yararına bozma yoluna gidebilmek mümkün hale gelmiştir (Çolak/Taşkın 2007, 1312).

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, her hangi 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.

#### **V– Kanun yararına bozma davasının açılması.**

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.

Bu dâvayı Adalet Bakanlığının emriyle Başsavcılık açar. Bakanlığın emir vermesi Anayasaya aykırı değilse de, açma yetkisinin kanun makamı olan Başsavcılığa doğrudan verilmesi yerinde olmuştur.

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.

#### **VI– Kanun yararına bozma muhakemesi.**

Muhakeme faaliyeti iddia makamının, daha doğrusu Bakanlığın iddiası ile yargılama makamının çalışmalarına inhisar eder. Yargılama görevini, Yargıtayın daire bakımından görev yönünden yetkili dairesi yapar. Daire veya Genel Kurul, 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. Yargıtayın vereceği kararlara uyma mecburîdir

İddia ile bağılılık vardır. Muhakeme faaliyeti Bakanlığın iddiası ile yargılama makamının çalışmalarına inhisar eder. Yargılama sadece gösterilen noktalarda yapılır. Bozma sebepleri varit görülürse karar bozulur, görülmezse kanun yararına bozma dâvası reddolunur.

Yargılama sırasında örneğin zamanaşımı gibi bir düşme sebebi çıkarsa, kaide olarak, düşme kararı verilecektir. İstisna olarak, derhal verilebilecekse ve lehte ise ıslah kararı verilebilir.

## VII– Kesinleşen kararın durumu.

### 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 kanunyolunda “direnmeyi“ kabul etmediği için (CMK 309/5), verildiği anda kesin olan bu karardan sonra yapılacak olan esas mahkemesi yargılamasında “lehe“ karar verilmesi mecburiyeti düzenlenmemiştir.<sup>343</sup>

### 2) Mahkumiyet hükmününün davanın esasını çözmeyen yönüne ilişkin bozma kararı.

Bozma nedeninin, mahkumiyet hükmünün, davanın esasını çözmeyen yönüne ilişkin olması halinde, kararı veren hakim 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 olmaz (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.

<sup>343</sup> Diğer kanun yararına bozma hallerinde „daha ağır ceza vermeme“ (CMK 309/4-b) veya „mahkumiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise aleyhe 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.

3) *Davanın esasını çözen ve mahkumiyet kararı olmayan hüküm.*

Davanın esasını çözen ve mahkumiyet 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.*

a) *Genel olarak.*

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 “ıslah“ 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) mahkumiyet 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, tadadı bir sayma metodu uygulanmıştır.

Yasal nedenlerin sınırlı olması, bu kanun yolunun olağan üstü olmasının doğal sonucudur.

Yargıtayın dâvayı esastan kabul edip kesinmeşmiş 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.

*b) Uyuşmazlığın esasını çözen kararlar açısından.*

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. Bu kararları hâkimlik makamları vermiş olsa bile durum değişmemelidir. Durma kararı uyuşmazlığa son vermediğinden, buraya girmemektedir. Sanık lehinde veya aleyhinde oluş, sonuca göre tâyin edilmelidir.

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 muhakeme, daha doğrusu öğrenme muhakemesi yapılmaz. Bu nedenle uymama da söz konusu olmaz. Yargıtay gerekiyorsa, bozulan karar yerine kendisi esasa karar verir, yani hatalı kararı ıslah eder. O halde Yargıtay hükümlünün cezasının kaldırılması veya daha hafif bir ceza verilmesi gereken hallerde esasa karar veremeyecekse, bozma kararı da vermemeli, dâvayı reddetmelidir.

Sözü geçen kararlarını bozulmasından sonra Yargıtayın vereceği kararları kanun göstermiştir: a) Bozma sebebi cezaların hepsinin veya bazılarının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılması kararı verilecektir, b) Bozma sebebi daha hafif bir ceza verilmesini gerektiriyorsa, çektirilecek olan 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. Bizce, uymama söz konusu olmadığından, bozma, hatalı kararı derhal ortadan kaldırır. Ortadan kalkan bir kararın yerine getirilmesini mantık kabul etmez. Madem bozma aleyhte tesir etmiyecektir, o halde bozma sanık aleyhine olacaksa, Yargıtay bozma kararı vermemeli, dâvayı reddetmelidir.

Kanun “mahkeme kararı” derken sadece dar manada ceza muhakemesini gözönünde tutmuşsa da, diğer ceza dâvalarının muhakemesinde dâvalardaki uyuşmazlıkların esasını çözen mahkeme kararları da, ancak sanık lehine ıslah edilebilecekse, bu olağanüstü yolla bozulmalıdır.

*c) Uyuşmazlığın esasını çözmeyen kararlar açısından.*

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 lâıyk olmayanlar hakkında mümkün olabilmelidir.

*ç) Bozmanın aleyhe sonuç doğurmaması meselesi.*

5271 sayılı 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 (CMK 309/4–a).

İkinci kategori olarak mahkumiyet 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 mahkumiyet 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 kanunyolu 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, mahkumiyet 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 ıslah kararı verebildiği hallerden olduğu için yerindedir.

### **VIII– Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başvurması (CMK 310).**

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Adalet Bakanlığına bağlı olmaksızın, kendiliğinden kanun yararına bozma yoluna gidebilmesi sınırlı olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay incelemesinin sonunda hükümlünün cezasının kaldırılması gerektiği ortaya çıkarsa, Cumhuriyet Başsavcısı re’sen kanun yararına bozma yoluna gidebilir; cezanın kaldırılması ve daha hafif bir cezaya hükmedilmesi gereği anlaşılırsa, gene aynı hüküm geçerlidir (CMK 310/1).

Ancak, 309 uncu madde gereğince Adalet Bakanlığı tarafından kanun yararına bozma yoluna başvurulduğunda bu yetki, artık Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanılamaz (CMK 310/2).

## § 49– YARGILAMANIN YENİLENMESİ

### I– Kesin hüküm, yargının değeri ve kesin hükmün kaldırılması.

#### 1) Hükümün kesinliği.

İlk derece mahkemesinin verdiği hüküm, kesinleştikten sonra yerine getirilir. Ancak, olağan üstü kanun yollarının konusunu teşkil edebilir. Bu yollar “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi” (CMK 308) “kanun yararına bozma” (CMK 309), (CMK 310) ve “yargılamanın yenilenmesi” (CMK 311) olarak düzenlenmiştir.

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 olağanüstü yoluna gidilebilmesi kabul edilmiştir. Hattâ, yeni delil ve olay olmadan da şüphenin geri dönmesi imkânı kabul edilmiştir. Gerçekten kanun yararına bozmada, yani Adalet Bakanının Başsavcılığa yazılı emir vererek, Yargıtaydan geçmeyen işlerde temyiz muhakemesi yaptırabilmesi için yeni delil ve olaylara dahi lüzum yoktur. AİHM’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 hem norm ve gerekiyorsa müeyyide uygulanması bakımlarından bir otorite anlaşılır. Ancak otoritenin sadece olay belirlenmesi anlamına kullanılması da mümkündür.

Ceza muhakemesinde yargının otoritesini, kesinliği ve değeri olarak iki bakımdan incelemek istiyoruz.

Yargı, muhakemenin üç makamı bakımından uyuşmazlığı yarıp atan karar olduğuna göre 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 düşünmüş ve bulunmuştur. Bunlar, aykırılıkları giderme çareleri dir. Bunlardan düzeltme, gerilme, bozma, ıslah ve yenileme adlı çarelere başvurulması “kanunyolu” adı verilen talî dâvanın açılması ile sağlanır.

Uyuşmazlığı çözen kararların kesin olması veya değilse şu veya bu suretle, bir an gelip artık kesinleşmesi, yargılama faaliyetinin zarurî ve tabî bir icabıdır. Zira yargılama, uyuşmazlığın çözülmesi, bir sonuca bağlanması demektir. Uyuşmazlığı değişmez bir şekilde çözmek, bir sonuca bağlamamak yargılama görevine aykırı düşerdi.

Yargılarda da hata olması ihtimali yok değildir. Hakikatı araştıran Muhakeme Hukuku bu ihtimali de nazara almış ve her hatayı değilse bile önemli saydığı bazıları gidermek için düzeltme, ıslah, bozma ve yenileme çarelerine başvurulması için kanun yararına bozma, Başsavcının itirazı ve yargılamanın yenilenmesi adlı “olağanüstü kanunyolları” kabul etmiştir. Olağanüstü kanunyolu dâvası açılması kabul edilen hallerde, yargılanmış olan uyuşmazlık, şüphenin geri dönmesi üzerine, yeniden yargılanacak uyuşmazlık olur. Yargı da yeniden yargı oluncaya kadar yargı olmaktan çıkar.

## 2) Müeyyidenin kesinliği.

Mahkûmiyet yargıları ancak suçluluk bakımından kesin olmalıdır. Klâsik Muhakeme Hukuku, müeyyidelerin nev’i ve miktarı bakımından da kesinlik otoritesini kabul etmiştir. Ancak cezanın topluma yararlığı gayesi ve müeyyidenin suçlu şahsiyetine uydurulması prensibi bu kaideden ayrılmayı gerektirir. Hattâ suç ve suçluluk hakkındaki görüşlerin değişmesi veya suçluluğun silinmesinin toplumca faydalı görülmesi gibi sebepler suçluluk bakımından kesinlik kaidesinden de ayrılmayı gerektirmiştir.

Her iki bakımdan istisnalar kanunlarımızda da mevcuttur. Örneğin 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.

Müeyyideyi tâyin eden kararın kesin olmaktan çıkarılması, yine hâkimin bu kararı değiştirebilmesi demektir ki bugün bir çok memleketlerde görülen “mahkemenin verdiği hükmü idarenin değiştirebilmesi ve hükümsüz hale getirebilmesi” sakıncasını da önleyecektir.

Hâkimin müeyyideyi değiştirmesinin de sakıncalı tarafları vardır. Bunun için, bu konuda ne kadar ihtiyatlı hareket edilse yeridir. Müeyyidenin önceden geniş tutularak sonradan ancak lehte değiştirmeler kabul edilmesi uygun olur. Cezaevlerinde bir tretman tatbik edemeyen memleketlerde, tretman zaruretiyle ve müeyyideyi şahsiyete uydurmak gayesi ile müeyyide bir değişiklik elbet söz konusu olamayacaktır.

### *3) Hukuki değer.*

Yargıların özelliğinin bir çeşidi de değerliliğidir. Hukukî değer, bizce amaca erişmek ve sonuç doğurmak hukukî imkânlarıdır. Bu iki imkân iki şekilde gerçekleşir: 1) Yerine getirme, 2) Gözönünde tutma. O halde değer de: 1) Yerine getirme değer (veya yerine getirilebilme), 2) Gözönünde tutulma değer (veya gözönünde tutulabilme) olarak iki çeşittir.

Yerinegetirme, birinci imkânın gerçekleşmesidir, yani amaca erişilmesidir. Örneğin bir mahkûmiyet kararının amacı, işlendiği sabit olan suçun cezaî müeyyidelerini tayin etmektir. Bu amaç, tayin edilen müeyyidelerin yerine getirilmesiyle gerçekleşir. Hükümlü yargıyı yerine getirmeye mecburdur. Çünkü yargı onun için bir emirdir. Hükümlü bu emre uymazsa, Devlet onu uymaya zorlar, yani yargıyı zorla yerine getirir.

Gözönünde tutma, sonuç doğurma imkânının gerçekleşmesidir. Gözönünde tutmakla gerçekleştirilen sonuç, değerin millî veya milletlerarası olmasına göre farklıdır.

Milletlerarası değer söz konusu olduğunda, gözönünde tutma ile gerçekleştirilen sonuç üç çeşittir: 1) “Ne bis in idem” sonucu, 2) Rastlantılı sonuç, 3) Ekleme sonuç.

Rastlantılı sonuçlar adını verdiklerimiz, yargıya konu olandan başka bir olayın yargılanması dolayısı ile yargıdan çıkarılan sonuçlar, bir başka deyişle, ona bağlanan sonuçlardır. Örneğin yabancı yargı gözönünde tutularak ikinci suçun cezasının –tekerrürde cezanın artırılmasını kabul eden sistemlerde- tekerrürle artırılmasında durum böyledir.

Ekleme sonuçlar dediklerimiz ise yeni bir olay ve yargılaması söz konusu olmadan, yargıya bağlanan sonuçlardır. Örneğin belli bir cezaya çarptırılmak memur olmaya engel olur. Yabancı yargıyı da millî yargı gibi sayınca, aynı ekleme sonuç, yabancı yargıya da bağlanacaktır.

Millî değer sözkonusu olduğunda gözönünde 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 gerçekleştirmeleri yerinegetirme sayılır. Gerçekten belli suç işleyen, örneğin hapis cezasına çarptırılması ile memur olamaması arasında müeyyide oluş bakımından fark yoktur. Cezanın çektirilmesi nasıl yargının yerine getirilmesi ise memurluğa son verilmesi de yargının yerine getirilmesidir.

Gözönünde tutmanın biri dar, biri geniş iki manası vardır. Biz bağlanan sonuçlar arasında “ne bis in idem”i de katmaya, yani geniş manada gözönünde tutmaya taraftarız. Ne bis in idem’i ayıranlar, gözönünde tutmayı sadece diğer sonuçlar bakımından, yani dar manada, kabul ederler.

#### 4) Aynı suçtan ikinci kez yargılanmama ilkesi (ne bis in idem).

Bir ceza muhakemesinin bir yargı ile sona ermesinin otorite diye adlandırılan özelliklerinden biri yargının değerliliğidir. Bu da yargının yerine getirilebilmesi ve gözönünde tutulabilmesidir. Gözönünde tutma, amacı gerçekleştirme olmayıp, sonuçlar çıkarmadır. Bu sonuçların bir çeşidi de aynı suçtan dolayı aynı sanık aleyhine tekrar ceza dâvası açılmamasıdır.

Spor Hukukunda da ne bis in idem etkisi 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 klubü veya WADC ve NADC tarafından doping nedeni ile “disiplin cezasına” çarptırılan bir sporcunun, ikinci defa adli anlamda cezalandırılması olugusu ortaya çıkmaktadır. İki davanın “konu-

ları” 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 sporcu hakkında dava açılmamasını veya “ne bis idem’i” kabul eden ceza muhakemesi sisteminin doğruduğu engelden kaynaklanan “kamu düzeni” (ordre public) düşünçesi ile ikinci ceza davasının açılmaması gerektiğini savunmaktadır.

Yargının değerlilik otoritesinin bir çeşidi olarak “ne bis in idem” diye Latince ifade edilen bu kural, CMK 223 ncü maddede “aynı fiil nedeniyle aynı sanık hakkında önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış dava varsa” diye ifade edilmiş ve bu durumda kovuşturma evresinde dâvanın reddi kararı verileceğini belirtmiştir.

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 dahi bu kuraldan ayrılmamayacağını, 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 mahkum olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz”, şeklinde ifade edilmiştir.

Uyuşmazlığı doğrudan doğruya veya dolayısı ile sona erdiren yargılar arasında, otorite bakımından geçici ve daimî diye bir fark gözetilemez, zira bütün yargılardaki otorite daimî mahiyettedir.

##### 5) “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.

*a) Maddi ve hukuki 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. 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. CMK’da “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. Sanığın eseri olan fiilin hukukî tavsifinin değişmesinin önemi yoktur. Yargı, fiilin muhtemel bütün tavsif şekilleri nazara alınarak verileceğinden aynı fiilin bir başka şekilde tavsifi ile dâva yeniden açılmaz.

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 açılabilir, zira ortada onun hakkında yargı yoktur. Kişinin aynı olmasının bir istisnası, fiilin maddi 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 mahkemede görülse dahi konular aynıdır. 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. Buna karşılık, tek fiil yoksa elbet iki dâva açılabilir ve iki ayrı karar verilebilir.

Yargının aynı sanık hakkında aynı eylemden dolayı ikinci ceza dâvası açılmasına engel olması için tarafların aynı olması şart değildir.

Bugün soruşturma evresinde, kovuşturma dâvasının reddi kararının yargı bulunması sebebine dayanılarak da verilebileceği şüphesizdir.

Otoritesi olmak için yargının doğru olması şart değildir.

Yargılama makamı, yargının doğru olmadığı kanısında olsa ve olağanüstü kanun yolu bulunsa dahi, ikinci dâva bakımından ret kararı vermek zorundadır. Aykırılığın giderilmesi için savcılığa haber verebilir. Fakat olağanüstü kanun yolu davasını açmak kendi işi değildir ve bu dâvanın sonunu beklemeye mahal yoktur.

Yargı bulunmaması şartı, talî ceza muhakemeleri bakımından da aranır.

#### *b) Maddi 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 etmek için sebep olmadığından, yargının öteki mahkemeyi bağlayacağını kabul etmek gerekir.

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.

c) *Ceza Mahkemesince verilen ve kesinleşen hükmün hukuk mahkemesi hakimini bağlayıp bağlamayacağı konusu.*

Bakınız § 36–VII–5

6) *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.

7) *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 (Lueckin kararı: Kühne 2010, 33).

8) *Uluslararası Ceza Divanındaki durum.*

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).

9) *Tekrar dava açmama ilkesi.*

Ceza dâvası, Devletin suçluların cezalandırma görevinin yerine getirilmesi için açıldığına ve dâva üzerine muhakeme denilen kollektif 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. “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. Ay-

nı davaya bakılmakta olmaması şartının UCD’ında bir istisnası olduğuna yukarıda değinmiştik.

#### 10) Kovuşturmanın aktarılması.

Aynı eylemden dolayı bir kişi hakkında iki ceza dâvası açılması, hattâ iki koğuşturma yapılması, Avrupa Konseyi üyesi Devletler arasında “Ceza Koğuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi” ile önlenmeye çalışılmıştır. Başka Devlette de koğuşturma başladığını veya ceza dâvası açıldığını öğrenen her Devlet, kendi kovuşturmasından vazgeçmek, dâva açılmışsa diğerinin sonuna kadar durdurmak veya kovuşturmayı o Devlete aktarmak gerekip gerekmediğini araştıracak, olumsuz sonuca varırsa diğer Devlete haber verecek ve iki Devlet, hakikatın öğrenilmesi ve en elverişli müeyyidenin uygulanması amacı ile tek kovuşturmayı içlerinden hangisinin yapmasının uygun olacağını tayin için gayret göstereceklerdir (CKAAS, 30–34).

## II– Kararın kesinleşmesi ve yargılamanın yenilenmesi.

### 1) Kararın kesinleşmesi.

Eskiden kanunyolu 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 yargılaşma demektedir.

Karar verildiği anda yargı ise bu olağan kanunyolu yok demektir ve geniş manada yargılaşma anı, karar adlı işlemin bütün unsurları ile tamamlandığı andır. Dar manada yargılaşma ise varolan kanunyolunun sonradan yok olması demektir. Bu da: 1) Kanunyoluna gidilmemekle (haktan vazgeçme veya süreyi geçirme), 2) Gidilip geri alınmakla, 3) Kanunyolu dâvasının ister kabul bakımından ister esastan reddedilmesiyle kendini gösterir. Süre konmamışsa, kanunyoluna gidilebildiği müddetçe, yargılaşma da söz konusu olmaz.

Birleştirilerek yapılan muhakemelerdekiler hariç, kararlar bölünmez bir bütündür. Kısmî yargılaşma, bu bütünlüğe aykırı düştüğü için kabul olunamaz. Birleştirilen muhakemelerde birlikte verilen kararlar aslında bir-

den fazladır. Bunlardan birinin yargılaşmaması, diğerlerinin yargılaşmasını engellemez.

2) *Yeni delil veya yeni olay nedeniyle yargılamanın yenilenmesi.*

Yargı bulunmaması muhakeme yapılması için menfi şarttır. 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 müsbet bir şartın gerçekteşmesine bağlıdır. Bu şart da “yeni delil veya yeni olayın meydana çıkması”dır.

Kanunun, 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 türkçeleştirdiği “vakıa”yı dar anlamda kullandığını göstermektedir. Yoksa, delil de geniş anlamda olay olduğuna göre ayrıca sayılması gerekmezdi.

Görölüyor 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.

Yeni delil veya yeni olay meydana çıkması, soruşturma evresinde 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.

Kanun yeni delil veya yeni olayı tarif etmemiştir. Yeni delil veya yeni olayı, yargılaşan kararın verildiği tarihte hâkimin bilmediği delil veya olay diye tarif edebiliriz.

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, muha-

kemenin dirilmesi veya yenilenmesi gayesi gütmesine, yenilenmenin sanık lehine veya aleyhine olmasına göre farklı olarak düzenlenebilir.

Kanun sadece kovuşturma evresindeki yargılardan sonra yeni delil veya olay çıkmasını düzenlemiş ve bu olağanüstü kanun yoluna “muhakemenin yenilenmesi (iadesi)” adını vermiştir. Önsoruşturmadaki yargılardan (CMK 173/6) sonra yeni delil veya olay meydana çıkması öngörölmüş, fakat ne yapılacağı gösterilmemişti. Biz bunu “muhakemenin dirilmesi” dediğimiz bir kanun yolu olarak düzenlemeğe çalışmıştık. 2013 yılında 6459 sayılı Kanun ile CMK 172 ye eklenen 3 üncü fıkraya bir ölçüde de olsa iyileştirme sağlanmış ve etkin soruşturma yapılmadan verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları üzerine AİHM tarafından ihlal kararı verildiğinde, yeniden soruşturma açılması sağlanmıştır.

### *3) Yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun niteliği.*

Yargılardaki aykırılıkları giderme için kabul edilen olağanüstü kanun yolu bizde çeşitlidir. Bunları soruşturmanın tekrarlanmasını gerektirip gerektirmediğine göre ikiye ayıracağız:

Soruşturma veya kovuşturma evrelerinin tekrarlanmasını gerektirebilen olağanüstü yol da üçe ayrılabilir: a) Önsoruşturmanın tekrarlanmasını gerektirebilen yol. Buna “muhakemenin dirilmesi” diyoruz, b) Sonsoruşturmanın tekrarlanmasını gerektirebilen yol. Buna da “yargılamanın yenilenmesi” (CMK 311) adını veriyoruz. c) Ceza Genel Kurulunun Yargıtay hâkimlerini yargılarken yaptığı sonsoruşturmanın 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.

Ön veya sonsoruşturmanın tekrarlanmasını gerektirmiyen olağanüstü yol da üç çeşittir: a) Yargıtay kararlarının düzeltilmesini düzenleyen mülga karar düzeltme yolu, b) Yargıtay kararlarındaki aykırılığın ıslahına yönelik yol: Olağanüstü itiraz, c) Yargıtay dışında kalan yargılama makamlarının yargılarının bozulması ve gerekiyorsa ıslahı 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. Örneğin olay mahkemelerindeki duruşmanın sözlülük ve vasıtasızlık ilkeleri en katı ve geniş biçimde ceza muhakemesi dalında uygulanıldığından, ceza muhakemesinde istinafın kabulü ve düzenlenmesi diğer dallardakinden farklı olacaktır.

Yargıtayın temyiz yolunda verdiği kararlara karşı sadece olağanüstü kanunyolları vardır. Bunlar da “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi” (CMK 308), “kanun yararına bozma” (CMK 309, 310) ve “yargılamanın yenilenmesi” (CMK 311) yollarıdır. Bu olağanüstü yollar Yargıtayın hukukî derece mahkemesi olarak verdiği kararlar bakımından düşünülmüştür. Yargıtayın esas mahkeme olarak faaliyette bulunması ve bu sırada örneğin tutuklama kararı vermesi de mümkündür. Hattâ bir başkan veya üyenin ilksoruşturma ile görevlendirilmesi, yani hâkimlik makamı olarak karar vermesi de mümkündür. Bu hallerde itiraz bakımından genel normlar uygulanır.

#### 4) 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 olmaksızın<sup>344</sup> 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 kadar 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

<sup>344</sup> Öztürk 2009, 652. Süre, sadece CMK 311/1-f de, AİHM kararı ile ilgili olarak öngörülmüştür.

yenilenmesi istemi açısından gerekleŒmiŒ bulunup bulunmadığı, “yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule Œayan olup olmadığının” incelenmesi yolu ile belirlenir: hükmi veren mahkeme istemin kabule değer olup olmadığına karar verir (CMK 318/1). Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı iŒte görev alamaz (CMK 23/3).

Mahkeme istemin “kabule Œayan olup olmadığına” karar verirken, ileri sürülen yenileme nedelerinin esas mahkemesi tarafından verilip kesinleŒen ilk “hükmün temellerini sarsıp sarsmadığı” konusunda bir değerlendirme yapar. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, kendisini tartıŒma 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 tmnn nazara alarak yapması gerekir.

KesinleŒen bir hükümle sonulanmıŒ bir dava, kanunda sınırlı olarak sayılan hallerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar grlr; bu hallerden biri de, “yeni olaylar veya yeni deliller konulup da bunlar yalnız baŒına 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 edilmemiŒtir (CMK 314).

UyuŒmazlıđı kesip atan “yargı”larda adl hata denilegelen bir yanlıŒlık yapılmıŒ olduğu sonradan anlaŒılabilir. Gerçi, uyuŒmazlıđın yargılanmıŒ olmasının kesinlik ve değerlik otoritesi olmalıdır. Ancak, hepsinin değilse bile, bazı önemli aykırılıkların giderilmesi de ceza muhakemesinin hakikatı araŒtırma gayesinin icaplarındandır.

Yargılamanın yenilenmesi ancak hükümlere karŒı açık olan bir kanun yoludur. Hükmün yargı halini almıŒ olması lazımdır. Kanunyollarına baŒvurma 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 hükmü 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 ıslah kararlarının (CMK 303) yenilenmesi için, hükmü vermiş olan mahkemeye başvurulur (CMK 318/2).

Yargılamanın yenilenmesi davası kabul edildiği durumlarda, önceki yargılamada görev yapan hakim, 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 mahkumiyet yargısı ibraz edilir.

Yargılamanın yenilenmesi davasının açılması hükmün infazını ertelemez, ancak mahkeme infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (CMK 312).

Yargılamanın yenilenmesi, bir kanunyolu olduğundan, her kanun yolunda olduğu gibi, iddia görevi nazara alınırsa “yargılamanın yenilenmesi dâvasından”, kolektif 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.

Dâva zamanaşımı, bütün olağanüstü kanun yollarında 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 gerekmez. Aynı şekilde, genel af da, lehe yenilemelere engel değildir.

##### 5) Yargılamanın yenilenmesi dâvasının açılması.

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 hükümlere karşı açık bir kanunyoludur. Hükümün yargı halini almış olması lâzımdır. 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 dahil, muhakemenin yenilenmesi dâvasını açabileceklerdir. Hükümlü ölmüşse, onun yerine 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).

Bu dâva, hatalı hüküm verdiği iddia olunan mahkemeye verilen bir dilekçe ile açılır (CMK 317/1). Ancak, yargılamanın yenilenmesi davası, ilk hüküm veren hakim tarafından görülemez. Bir hakimin kendi kararı karşısında objektif kalması zordur. Bu nedenle, yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hakim, 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 ispat için ya bir mahkûmiyet yargısı yahut yargılama yapılmamasının veya devam edememesinin, delillerin yokluğundan başka örneğin zamanaşımı, sanığın ölümü gibi bir sebepten ileri geldiğini gösteren bir delil ibraz edilecektir (CMK 316).

Bir sebebe dayanılarak açılan muhakemenin yenilenmesi dâvası reddedilse de, yeni bir sebebe dayanılarak yeniden bir dâva açılabilir.

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 olu-

nan hükmün infazını geri bıraktırmaz 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.

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.

### III– Yargılamanın hükümlü lehine yenilenmesi sebepleri.

#### 1) 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.

#### 2) Sahte belge.

Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen 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.

#### 3) Yalancı tanık.

Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanığın veya bilirkişinin hükme müessir olacak surette hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu 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 edeceğinden, 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.

*4) Suçlu hakim.*

Hükme katılmış olan hakimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkumiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise (CMK 311/1–c). Kanun, bu sebeple, hâkimlerin bir görev suçu işlemlerini aramakta ve disiplin suçlarını hariç tutmaktadır.

*5) Hukuk mahkemesinin hükmü.*

Mahkûmiyet kararının dayandığı hukuk mahkemesi hükmünün, yargı halini almış bir diğer karar ile ortadan kalkması (CMK 311/1–d). Bu hükmü, kıyas yolu ile idare mahkemesi kararlarına da uygulamak doğru olur.

*6) 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“ yargılama yenilenebilir (CMK 311/1–e).

Kanun hem yeni olay (vakıa) 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 mahkum edilmesini gerektirecek nitelikte olmalıdır. Bizce yeni olaylar arasında, “içtihat değişikliği” olayı da vardır.

Yargılamanın yenilenmesinin sebepleri, yani yenileme dâvasının kabule sayan görülmesi sebepleri, uyuşmazlığı kesip atmış olan yargılarda, yeneden 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 mese-

leye ilişkin olan ve kısaca hukukî hata da denilebilecekler için de yenileme mümkündür.

Yeni olaylar arasında, bizce, “içtihat değişikliği olayı” da vardır. Yargılaşan 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 beraatini veya daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün, yani sonuç cezanın tâyininde kullanılması takdire bırakılmayıp, kanun gereği olan normların 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 denile gelen serbest değerlendirme yetkisine bırakılmamış bulunan her hangi bir hukuk normunun uygulanması sonunda cezanın hafifliyebileceğinin görülmesi” diye anılıyor ve ancak böyle bir yeni delil veya yeni olayın, dolayısı ile onların ortaya çıkardığı hatanın, lehte yenilenmenin kabulünü gerektirecek ölçüde önemli sayıldığını kabul ediyoruz.

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). 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.

#### 7) Yeni delil olarak bilirkişi raporu.

Ceza yargılamasının yenilenmesi isteminin “dayandığı yeni delil” (CMK 317/2) olarak “yeni bir bilirkişi raporu” sunulması, sadece çok dar

koşullar altında kabul edilebilir.<sup>345</sup>

Bilirkişi, “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde” hakime “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.<sup>346</sup>

Buna mukabil, yeni bilirkişinin sadece aynı “bağlantı olaylarından” yola çıkarak, yeni sonuçlara varması, bilirkişi raporunun yeni delil olarak kabul edilmesi için yeterli değildir.

<sup>345</sup> 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.

<sup>346</sup> 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.

8) *AİHM'nin Sözleşmeye aykırılık tesbit eden kararı.*

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).<sup>347</sup>

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, muhake-

<sup>347</sup> 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 (1) 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 mahkum 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 Komitesininin 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.

menin iadesi sebepleri arasına eklenerek (CMUK “2003–4793” 327/6) CMUK 327a madde yürürlükten kaldırıldı.

Ceza Muhakemesi Kanunu, sadece ihlal kararı ile yetinmeyip “hükmün bu aykırılığa dayandığıının 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 hakim, 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 hakimin 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 olmadığıın kontrol edilmesidir.

Diğer bir ifade ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni bir “olgu muhakemesi” yapmaz, bunu yapmasına da maddeten imkan yoktur. Çünkü, Sözleşmeye taraf olan bütün devletlerin ülkelerinde gerçekleşen milyon-

larca 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. Örneğin, 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 mahkumiyet 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 istenememelidir.<sup>348</sup>

<sup>348</sup> Öztürk 2009, 653.



Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 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 fiili olgu denetimi yapması arzulanmaktadır. Böyle bir gelişme, devletin temel unsurlarından biri olan yargı bağımsızlığını ciddi bir şekilde tehdit etmektedir.<sup>349</sup>

*9) AİHM'nin etkin soruşturma yapılmadığını tesbit eden kararı.*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin etkin soruşturma yapılmadan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğini tespit eden kararının kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi halinde, yeniden soruşturma açılması mecburiyeti getirilmiştir (CMK “2013–6459” 172/3). Bu konudaki açıklamalar için muhakemenin dirilmesi bahsine bakınız (aşağıda VIII).

**IV– Hükümlünün veya sanığın aleyhine yenileme sebepleri.**

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

---

<sup>349</sup> 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 mahkum etmişti. Başvurucular ayrıca „eski hale iade talebinde“ bulunmuşlar ve köyelerine 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).

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.

Kanun şu hallerde aleyhe yenilenmeyi kabul etmiştir: İlk iki sebep, “sahte belge” (CMK 314/1–a), “suçlu hâkim” (CMK 314/1–b) diye gösterebileceğimiz, lehte yenilemenin ilk iki sebebi ile aynıdır.

Mülga CMUK 330/2 deki “yalancı tanık veya bilirkişi”, yargılamanın aleyhe yenilenmesi sebepleri arasına alınmamıştır.

### 1) Sahte belge.

Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliğinin anlaşılması halinde yargılama yenilenebilir (CMK 314/1–a). Burada “suç teşkil eden” sahtelik söz konusudur. Sahtelik suç teşkil etmiyorsa, yargılama yenilenemez.

### 2) Suçlu hakim.

Hükme katılmış olan hakimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkumiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise (CMK 314/1–b). Kanun, bu sebeple, hâkimlerin bir görev suçu işlemelerini aramakta ve disiplin suçlarını hariç tutmaktadır.

### 3) Beraat sonrası hakim önünde ikrar.

Sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hakim önünde güvenilir şekilde ikrarda bulunmuşsa yargılama aleyhe yenilenebilir (CMK 314/1–c).

Yargılamanın yenilenmesinin lehte sebeplerinden farklı olarak, aleyhe yenilenme nedenlerinde bir fazlalık vardır: “Sanığın beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hakim önünde güvenilir 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 “hakim önünde, güvenilir 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 mahkum lehine kast veya ihmâl ile hakikat hilafında tanıklıkta bulunduğunun veya rey verdiğiğinin 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 “hakim önünde ve güvenilir nitelikte olmasını şart koştı” (CMK 314/1–c).

Kanun yargılamanın yenilenmesi sebeplerine sınırlı sayıda sayarak göstermiş ve belli önemlilik ölçütünü aramış ve böylece nedenlerin genişletilemeyeceğini ifade etmiştir. 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).

CMK 315 nci 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. 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 denetlenmemesi, serbest değerlendirme yetkisinin kabulünün mantikî sonucudur ve değerlendirme farklılıklarının hata sayılmadığının kabulü anlamına

gelir. Seçimlik cezalardan birini seçmek de aynı esasa dayandığından, seçimlik cezanın değiştirilmesi için de yenileme kabul edilmemelidir.

### **V- Yargılamanın yenilenmesi muhakemesinin evreleri ve başvurulacak makam.**

#### *1) Genel bilgiler.*

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 vardır: 1) Dâvanın kabule şayan olup olmadığının araştırılması safhası, 2) İlsoruşturma safhası, 3) Sonsoruşturma safhası.

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.

Yargılamanın yenilenmesi istemi, kanunda belirlenen şekilde yapılmamış veya yargılamanın yenilenmesini gerektirecek yasal hiç bir 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 yedi gün 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).

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. 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).

Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini yerinde bulursa delillerin toplanması için bir naip hakimi veya istinabe olunan mahkemeyi görevlendirebileceği gibi, kendisi de bu hususları yerine getirebilir (CMK 320/1).

Delillerin mahkemece veya naip hakim 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 yedi günlük süre içinde görüş ve düşüncelerini bildirmeleri istenir (CMK 320/3).

### *2) Delillerin toplanması.*

Yargılamanın yenilenmesi dâvasının kabulüne dair olan karar, 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. Dinlenecek tanıklara ve bilirkişilere yemin verilip verilmemesini mahkeme takdir edecektir. Delillerin toplanması sırasında ilgililerin huzuru bakımından asıl ceza muhakemesindeki soruşturma evresinin hükümleri uygulanacaktır.

Delillerin toplanması bitince, savcı ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişi (yani sanık), yedi günlük 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” verir (CMK 321).

### *3) Yargılamanın yenilenmesi kararı.*

Yargılamanın yenilenmesine karar vermek, asıl ceza muhakemesindeki

“iddianamenin kabulü”, yani, “sonsuşturma açma kararı” niteliğinde olup, eski hükmü hukuk bakımından ortadan kaldırmak 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 red etmez, 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 kalkar: şüpheden kesin hüküm faydalanır; “in dubio pro res judicata”.

#### 4) 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 müta-lâasının 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 olmadığının) 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).

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).

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 mahkumiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar CMK 141 ile 144 uyarınca tazmin edilir (CMK 323/3).

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. 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.

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).

İstisna olarak, duruşma yapılmayan haller de vardır. Bu haller de duruşma yapılmayacağından, mahkeme ikinci safha sonunda, hem muhakeme-

nin yenilenmesi kararını verecek hem de üçüncü safhaya geçip onun sonunda söz konusu olacak kararı verecektir. Duruşma yapılmaması, üçüncü safha bakımından gerekiyorsa, delillerin toplanmasına mani değildir. Bu safhada dinlenen tanıklara ve bilirkişilere yemin verilecektir.

İstisna olarak duruşma yapılmıyacak haller şunlardır:

a) Hükümlü ölmüşse. Bu takdirde ancak beraatte karar verilebilir. Beraatten gayrı karar verilmesi gerekiyorsa, yine sonsoruşturma 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 sonsoruşturma safhası bakımından bahis konusu olan “beraat kararı”da verilecektir.

Duruşma yapılsın yapılsın, kovuşturma evresindeki muhakeme sonunda mahkeme düşme 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:

a) Yenileme kararı. Eski hükmün gerialınması ve yeni bir hüküm verilmesi, bir kelime ile “yenilenmesi” kararı.

b) 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.

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. Ancak, gerekiyorsa, yeni kararda, önce ödenmiş olan para cezasının, muhakeme masraflarının ve müsadere edilmiş eşyanın iadesine de karar verilmelidir.



Ceza Muhakemesi Kanunu yaptırım uygulanmasını ilişkin hükmü kabul etmedi.

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, kanunyolu dâvasında aleyhte değiştirmeme mecburiyetinin bir uygulaması olan bu norm isabetlidir. Kaldı ki burada, fazla olarak, aşılmaması gereken bir tavandan da söz edilebilmektedir.

5) *Önceki yargılamada görev alan hakimin aynı işte görev alamaması.*

Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz (CMK 23/3). Yargılamanın yenilenmesi istemi hatalı olduğu iddia edilen kesin hüküm veren mahkemeye verilecek olsa bile bu mahkemede önceki yargılamada görev alan hakimin görev almaması gerekir.

Bu düzenleme, hakimin tarafsızlığını sağlamak amacı<sup>350</sup> ile 2005 yılında Ceza Muhakemesi Kanunu ile kabul edilmiştir. Eğer hakim bir olayın özünü biliyorsa, aynı işte yargılama yapmamalıdır.<sup>351</sup>

Yargıtay bu kuralın uygulanmasını kanun yararına bozmayı da kapsayacak şekilde genişletme eğilimindedir. Biz genişlemenin devam etmesini ve bozmadan sonraki muhakemeyi de kapsamasını temenni ederiz.

<sup>350</sup> Öztürk (2009, 169), kemse tükürdüğünü yalamak istemediği için, bu düzenleme ile birlikte yargılamanın yenilenmesinin daha kolay olacağını tahmin etmektedir.

<sup>351</sup> 1 CD 13.1.2010, E. 2009/10007 K. 2010/4: Yargılamanın yenilenmesi isteminde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz. Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilip edilmediğine ilişkin kararın aynı mahkemece, ancak asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerekir. Asıl kararı veren heyette görev alan hakimin yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında karar veren heyette de görev alması usul ve yasaya aykırıdır. Yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair kararın ortadan kaldırılmasına ve talebin kabulüne karar verilmesi gerekir

### **VI– Kanun yolu.**

Yargılamanın yenilenmesi muhakemesi sonunda verilen hükümler temiz edilebilir.

Yenilemede kanun yollarına başvurmadaki genel hükümler uygulanacağından (CMK 317/1), yeni karar, şartlar varsa (CMK 306) yenileme istememiş olanlara da sirayet edebilir.

### **VII– Muhakemenin dirilmesi yolu.**

Muhakemenin dirilmesi dâvası ile soruşturma evresinde verilen ve uyuşmazlığı dolayısı ile halleden yargılarda hata olduğu iddia edilebilir, Bu yol özellikle Cumhuriyet Savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına karşı yapılan itirazın (CMK 173) reddi açısından söz konusu olur.

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.

Kanun, mehzaz kanun gibi, yargılamanın yenilenmesini sadece kovuşturma evresinde verilen yargılar bakımından kabul etmiştir. Soruşturma evresinde verilen yargılardaki hataların nasıl giderileceği esaslı surette düzenlenmemiştir. 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.

Muhakemenin dirilmesi de iddia bakımından dâva, kollektif olan muhakeme faaliyeti bakımından muhakemedir. Bu sebeple dâva zamanasını 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 lâıyk olmayan sanıklar bakımından kabul edilmelidir. Soruşturma evresinde verilen ve uyuşmazlığı dolayısıyla halleden yargılarda hata olduğu anlaşıldığında bu yola başvurulabilir.

Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, 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 açılamaz (CMK 172/2).

Bunun dışında, Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (CMK 172), bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğince itiraz yolu ile incelendiğinde (CMK “2014–6545” 173/1), itirazın reddedilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının yeni delil varlığı nedeniyle kamu davası açabilmesi için dilete hakkında karar vermiş olan sulh ceza hakimliğinin bu hususta karar vermesine bağlı tutulmuştur (CMK “2014–6545” 173/6).

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 dvası açmak demektir.

Muhakemenin dirilmesi dvası, 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 dvasının reddedilmesi durumunda “yargı”yı veren, kovuşturma dvasında yargılama yapan makamdır. Bu itibarla, muhakemenin dirilmesi dvası için bu makama müracaat edilecektir. Yeni delillerle evvelce kovuşturmama kararnameyi vermiş olan savcılığa da başvurulabilir. Fakat bu bir dva 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 kanun yollarına 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. Mahkumiyet 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 ispat 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.

Kanun kovuşturmaya 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 lâıyk olmayanlar bakımından kabul edilmeli ve buradaki “yeni deliller veya yeni olaylar” da sanığın “ne bis in idem“ teminatına lâıyk olmadığını göstermelidir. Adaleti aldatanlar, muhakemenin yenilenmesinde olduğu gibi, burada da elbet teminata lâıyk görülmeyeceklerdir. Ancak, delil eksikliğinden verilmiş kararlardan faydalananlar da, muhakemenin yenilenmesinden farklı olarak, teminata lâıyk görülmemelidirler. Örneğin, iddianamenin iadesi kararı (sonsoruşturmanın 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. Buna karşılık, iddianamenin iadesi kararı (sonsoruşturmanın açılmaması kararı) veya önsoruşturmada uyuşmazlığı yargılayan diğer bir karar, hukukî bir sebebe dayanarak verilmişse, örneğin 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.

Kanun muhakemenin dirilmesi dâvası açıldıktan sonra kollektif olarak yapılacak faaliyeti, yani muhakeme faaliyetini açıkça düzenlememiştir.

Burada iki ayrı hukuk durumu bulunduğu 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 reddilmesi (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 olma-

malıdır. Suçtan zarar gören, yeni delilleri Cumhuriyet savcısına göstermeli ve Cumhuriyet savcısı da muhakemenin dirilmesi dâvası açmalıdır. Kanun böyle bir yoruma mani hükümleri ihtiva etmemektedir.

İddianamenin iadesi kararı verildikten sonraki durum. Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianame mahkeme tarafından iade edildikten sonra, Cumhuriyet 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, savcı bu kararın gerılınarak sorsoruşturmanın açılmasına karar verilmesini keza isteyebilmelidir. Katılan da bu son iki halde, savcı gibi istekte bulunabilmeli, yeni dirilme dâvasını açabilmelidir.

Delillerin yeni olup olmadığını tâyin yetkisi, kaide olarak, Cumhuriyet savcısına aittir. İş kendisine gelince, mahkeme de delillerin yeni olup olmadığını araştırabilir.

### **VIII– Muhakemenin tekrarlanması yolu, dâvası ve muhakemesi.**

Yargıtay hâkimlerini kişisel suçlarından dolayı esas mahkeme sıfatı ile yargılayan Ceza Genel Kurulu, en yüksek ceza hâkimlerinden olduğundan, bu kurulun bütün kararlarını ve bu arada hükmünü “uyuşmazlığı yarıp atan bir karar” saymak, yani ona yargı otoritesi tanımak zorunludur. Şu halde bu kurulun bu yargılamalarda verdiği bir hükümde da kanunyolunu gerektiren bir aykırılık olduğu iddiası ile açılması kabul edilen “kanunyolu dâvası”, ancak olağanüstü sayılabilir. 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 Genel Kurulunca verilen kararın yeniden tetkikini Ceza Genel Kurulundan isteyebilir” demekle yetinmişti (YK 42/7) Yargıtay Kanunu da (1983–2797), aynı yolu tutmuştur (YK 46/6).

Muhakemenin tekrarlanması yolu, muhakemenin yenilenmesinden fark-

lıdır. Zira yenilemenin sebepleri bir bir gösterildiği halde tekrarlamamın-  
kiler gösterilmemiştir.

Muhakemenin tekrarlanması, açıklamadan da farklıdır. Gerçekten açıklama dâvası dar manada talî dâva olduğu halde muhakemenin tekrarlanması dâvası, sübut meselelerinde veya hukukî meselede verilen hükmün hatalı olması sonucunu doğuran bir aykırılık iddiasına dayandığı için, kanunyolu dâvasıdır.

Muhakemenin tekrarlanması adını verdiğimiz bu olağanüstü kanun yoluna ihtiyaç var mıdır? Varsa örneğin Yücedivan bakımından da olmak gerekmez mi? Biz, Ceza Genel Kurulunun bir Yargıtay hâkimini yargı-larken çok dikkatli davranacağını umarak bir ihtiyaç olacağını sanmıyoruz.

Muhakemenin tekrarlanması dâvasını ancak sanık açabilir. Bunun için 15 günlük bir süre tanınmıştır (YK 46/6). Sebepler sanırlandırılmamış 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 Genel Kurulu, 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 Genel Kurulunun muhakemenin tekrarı yolunda verdiği kararların tekrar incelenmesi istenemez, yani tekrarlamamın tekrarlanması kabul edilmemiştir.

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.

### **IX– İnfazın geri bırakılması (CMK 312).**

Kanun bazen yargı halini alan mahkûmiyet kararlarının infazının bazı

şartlarla geribırakılmasını yani derhal infaz edilmemesini kabul etmiştir. Geribırakmaya kaide olarak, yargılama makamı karar vermelidir.

Geri bırakma başlamak üzere olan infazlarda söz konusu olduğundan, geribırakma süresi sonunda hükümlü gelerek infaza hazır olduğunu bildirmelidir. Gelmezse zorla getirilir ve yatırılmışsa, teminat irat kaydolunur. Gelmemek ayrıca cezayı gerektirmez, meğer ki geribırakma süresi içinde, uyulmaması cezayı gerektiren bir karar, örneğin cezanın haftasonu çektirilmesi kararı alınmış olsun.

İnfazın geribırakılması şu hallerde kabul edilmiştir:

1) Yargılara karşı olağanüstü kanun yollarına gidildiğinde infaz geri bırakılabilmektedir. Örneğin, muhakemenin yenilenmesi dâvası üzerine, mahkeme infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (CMK 312). Bu normlar, kıyas yolu ile kanun yararına bozmada da (olağanüstü temyizde) uygulanmalıdır. Olağanüstü itirazda ve muhakemenin tekrarlanmasında geri bırakan kanun olup ne savcı, ne de hâkimdir.

2) Yargıdan sonra, hakikî mananın açıklanması veya infazın gerekip gerekmeyeceği gibi, infaza tesir eden talî dâvaların açılmasında da infazın geri bırakılması kabul edilmiştir. Örneğin 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'nun 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 iti-



baren 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 mahkumiyetin 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 malüllükleri nedeniyle ailenin tarım topraklarının işlenebilmesinin olanaksız hale gelmesi veya hükümlünün hastalığının sürekli bir tedaviyi gerektirmesi gibi zorunlu ve çok ivedi faillerde, 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.

f) Yasama veya bakanlık dokunulmazlığı olanların cezalarının infazı, bu sıfatın sona ermesine bırakılır (Any. 83/3, 112/4).

g) Askere gitmeden önce işledikleri suçlardan dolayı genel mahkemelerce verilen bir sene daha az hürriyeti bağlayıcı cezalar hükümlü askerde iken infaza verilirse, infaz terhise kadar bırakılır (AsK “1941–4152” 39).

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’nun 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 ıncı madde geri bırakmaya savcının karar verebileceği yolundadır. Gerçekten savcının isteği reddetmesi halinde infaz hakimine başvurulacağı 16/3. maddede yazılıdır. Bu istisnâi madde dışında kalan hallerde, kaideye dönülmeli, yani savcılar yetkili olmamalıdır.

Uygulamada mahkemeden karar alınmamaktadır.

4) Kanunun infaz bakımından hükümlüye bazı kolaylıklar kabul ettiği hallerde bu kolaylık ölçüsünde geri bırakma var demektir. Örneğin para cezalarının taksitle ödenmesinde bu durum vardır (CGİK 106).

5) Geçici maddelerle infazın geri bırakıldığı da vardır. Örneğin sonradan erteleme imkânının çıkması halinde, erteleme için başvurulduğunda mahkeme geri bırakma kararı verebilir (1979-2248 g.m. 3).

### **X- İnfazın durması.**

İnfazın durması, başlamış olan infazın bir süre devam etmemesi, işleme-  
mesi demektir. Durma süresi sona erince infaz kaldığı yerden başlar. Dur-  
ma süresi cezadan sayılmaz. Kanunda infazın durmasına bazen “ertele-  
me”, bazen “geri bırakılma”, bazen “durdurma” denilmiştir (Örneğin  
CGİK 98/3, CMK 312).

İnfazın durması sonucunu doğuran sebeplerin hepsini kanunlar açıkça  
göstermemiştir. İnfazın geri bırakılması sebeplerinden bazıları, niteliği  
gereği olarak durdurucu tesir de gösterdiklerinden, kıyas yoluna başvur-  
mak mümkün oldukça, durdurucu sebepler arasında sayılabilirler.

İnfazı durduran sebeplerin başlıcaları şunlardır:

a) Hükümlünün milletvekili veya senato üyesi seçilmesi veya bakan  
olması (Any. 83/4, 112/4).

b) Açıklama dâvası, mahkûmiyet kararında değişiklik dâvası veya infa-  
zın durdurulması dâvası açılması. Mahkeme bu hallerde bir karar ile infa-  
zı durdurabilir (CGİK 98).

c) Olağanüstü kanun yollarına başvurulması. Kanun sadece yargılama-  
nın yenilenmesi dâvası açılınca, infazın mahkeme kararı ile durdurulabi-  
leceğini 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 muhak-  
kak 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 kaldırılamaması gerekir. Hasta

hükümlüleri için ilk önce cezaevi revirinde veya cezaevi hastanelerinde tedavi imkânları aranmalıdır. Bu mümkün olmadığı zaman, hasta hükümlü başka bir hastaneye kaldırılmalıdır. 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 yapmalıdır. Bu da mümkün olmadığı takdirde, kıyas yolu ile infazı geri bırakıcı bu hüküm infazın durmasında uygulanmalıdır.

Cezaevinden kısa bir süre izinli çıkmak, yerine getirmenin durdurulması sayılmaz. Zira izin ceza süresinden sayılır (CGİK 92).

## DOKUZUNCU BÖLÜM YARGILAMA GİDERLERİ

### § 50– YARGILAMA GİDERLERİ

#### I– Yargılama giderleri (CMK 324).

Ceza muhakemesi, bir çok giderlere yol açar. Tanıklara, bilirkişilere, tercümanlara posta giderleri, Harçlar Kanununa göre ödenen yol giderleri, avukat ücretleri 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.

Haksız çıkan tarafın muhakeme giderlerini ödemesi ilkesinin uygulanması ceza dâvası açısından şöyle olur: Beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halinde sanık kaide olarak gider ödemeye mahkûm edilemez. İstisna, kendisini suçlamasında olduğu gibi, kendi kusurundan ileri gelen giderler bakımındandır. Sanığın “zorunlu giderlerini” kamu dâvasında Devlet, öder (CMK 327). Bu zorunlu gider arasında müdafî ücreti de vardır. Sanığın giderlerini Devlet ödeyeceğinden, kamu dâvasına katılana, ödeyecek bir şey kalmaz.

#### II– Yargılama giderleri konusunda karar verilmesi.

Muhakeme giderleri konusunda karar verilmesi için asıl dâvadan ayrı bir dâva açma gerekmez. Asıl dâva açılınca, bu talî dâvanın da açıldığı kabul olunur. Bir diğer söyleyişle, muhakeme giderlerinden kimin sorumlu olduğu sorununu yargılama makâmı, ceza muhakemesinde de medenî muhakemede de, kendiliğinden çözer (CMK 324/2) (İçBK:29/5/57, 4–16). Muhakeme giderlerinin kime yükletileceği hükümde, daha doğrusu bunun temelini oluşturan kısa kararda gösterilecektir. Gösterilmemiş ve veya ek-

sik gösterilmişse, hüküm kesinleştikten sonra ilgiliye yükletilemez. Hükümden sonra yapılan giderler, hâkim veya başkan kararları ile sonradan yükletilebilir. Bu karara itiraz mümkündür (İçBK: 2/5/66 4–3).

Muhakeme giderlerinin kime yükleneyeceği, aslında bir alacak–borç ilişkisi olarak, alacaklı Devlet de olsa taraflar da olsa, özel hukuk sorunudur. Bu nedenle, her ne kadar genel usulden 2005 yılında kaldırılmış olsa da, asıl ceza dâvası ile birleştirilmiş bir şahsî hak dâvası karşısında olduğumuz açıktır.

Soruşturma evreminde sanık isterse, kendisine adlî yardım mekanizması işletilerek, parasız müdafî tayin edilir. Bu tayin, Avukatlık Kanunu (AvK 176) ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 334 ve devamı maddeleri hükümlerine göre cereyan eder. Bu hususta mahkemeye müracat edilebileceği, gibi Baro’ya da başvurabilir. Adlî yardım amacıyla tayin edilen müdafîin ücreti, sanık mahkûm olsa da (CMK 324, 325) ona yükletilmemelidir ki sanık kendisine bu yolla müdafîi tayinini istemekten çekinmesin.

### **III– Cezaya mahkumiyette yargılama giderleri (CMK 325).**

#### *1) Sanığın mahkum olması.*

Mahkûmiyet halinde, hükmün açıklanması geri bırakılsa ve ceza ertelense de (CMK 325/2), a) kamu dâvasında hazırlıktakiler dahil yapılan bütün 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 müdafîlik kabul etti. Sanık mahkum olursa zorunlu müdafîin önce Devlet tarafından ödenen ücreti, ödeme gücü varsa, mahkuma 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.

#### *2) Birden fazla sanığın aynı suçtan mahkum olması halinde yargılama giderleri.*

Birden fazla suçlu aynı suçtan mahkûm olanlara sebebiyet verdikleri yargılama giderleri ayrı ayrı yükletilir (CMK 326/2).

3) *Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazda yargılama giderleri.*

“Kovuşturma dâvası” reddedilirse Devletin ve sanığın giderleri dâvacıya yükletilir (CMK 173/3). 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.

4) *Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde.*

CMK’da 2006–5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten bu yana önem kazanan diğer bir ayrıntı da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının “itiraz edilebilen bir mahkeme kararı” olmasıdır (CMK “2006–5560” 231/12). Bilindiği gibi, itiraz verilen kararın maddi ve hukuki yönlerini tekrar incelemeyi gerektiren, istinaf benzeri bir kanunyoludur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiğinde, itirazı inceleyecek olan makam da, hem maddi, hem de hukuki inceleme yapacaktır. Buradaki maddi inceleme, “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kanunda öngörülen koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği noktası ile sınırlı” olarak açılmış bulunan “tali dava” ile ilgili bir incelemedir. Yoksa, itirazı inceleyecek olan makam bir istinaf mahkemesi gibi davranıp, delillerin takdirine giremez: burada sadece hükmün şekil açısından doğru kurulup kurulmadığı incelenebilir. Bu nedenle, yargılama giderleri de incelenebilir. Kanunun avukatlık ücreti ile ilgili CMK 325/2 maddesinde “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” ifadesi geçtiğinden, avukatlık ücretinin kararda yer almaması durumunda, bu karara itiraz edilebilir, incelemeyi yapan merci avukatlık ücreti hakkında da inceleme yapar.

5) *Hüküm kesinleşmeden sanığın ölmesi halinde yargılama giderleri.*

Hüküm kesinleşmeden sanık ölürse, mirasçılar giderleri ödemekle yükümlü tutulamazlar (CMK 325/4).

6) *Aynı sanığın birleştirilen davalarında yargılama gideri (CMK 326).*

Birden çok suçtan dolayı aleyhinde kovuşturma yapılmış olan kimse, bunların bir kısmından mahkûm olmuş ise beraat ettiği suçların duruşma-

sının gerektirdiği giderleri ödemekle yükümlü değildir (CMK 326/1).

*7) İştirak halinde işlenen suçlarda yargılama gideri.*

Birden fazla suçlu aynı suçtan mahkûm olanlara sebebiyet verdikleri yargılama giderleri ayrı ayrı yükletilir (CMK 326/2).

Bu ilkenin uygulanması “şahsî hak dâvası” açısından şöyle olmakta idi: Eğer ceza dâvası yanında şahsî hak dâvası da açılmışsa, bunun muhakeme giderlerinin kime nasıl ödeteleceğini kaide olarak Medenî Muhakeme düzenler. Şahsî hak dâvasında başvurma ve celse harçları alınmamaktadır. 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 hakka kısmen hükmolunmuşsa muhakemenin gerektirdiği giderlerle dâvacı ve dâvalının zorunlu giderleri bu oranda bölüşülürdü (CMUK 413/2).

**IV– Beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararında yargılama giderleri (CMK 327).**

Beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halinde sanık kaide olarak gider ödemeye mahkûm edilemez. İstisna, kendisini suçlamasında olduğu gibi, kendi kusurundan ileri gelen giderler bakımındandır. Sanığın “zorunlu giderlerini” kamu dâvasında Devlet, öder (CMK 327). Bu zorunlu gider arasında müdafî ücreti de vardır. Sanığın giderlerini Devlet ödeyeceğinden, kamu dâvasına katılana, ödeyecek bir şey kalmaz.

Hakkında beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişinin önceden ödemek zorunda kaldığı giderler, Devlet Hazinesince üstlenilir (CMK 327/2).

**V– Diğer bazı haller.**

“Dâvanın düşmesi veya reddi” halinde, sanığın suçlu olup olmadığı belli olmadığından, muhakeme giderleri ona yüklenemez. Ancak önödemedede dâva düşerse, gider yükleme (TCK 75/1) haklıdır. Cezanın düşmesi şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez.

Ancak, genel af halinde yargılama giderleri de istenemez (TCK 74/3).

“Muhakemenin durması” geçici olduğundan muhakeme masraflarına hükmedilmemelidir.

“Cezanın düşmesi” halinde, ortada suç ve suçlu bulunduğundan, giderleri sanık ödemelidir (TCK 74/3).

“İddianamenin iadesi” ve “sonsoruşturma açılmaması kararı” beraat ile bir tutulmalıdır.

“Kovuşurma dâvası” reddedilirse Devletin ve sanığın giderleri dâvacıya yükletilir (CMK 173/3). 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.

Suç uydurup iftirada bulunduğu sabit olan kimse bu nedenle yapılmış giderleri öder (CMK 329).

Hüküm kesinleşmeden sanık ölürse, mirasçılar giderleri ödemekle yükümlü tutulamazlar (CMK 325/4).

Eski hâle getirme isteminden doğan giderler, hasım tarafının esassız karşı koymasından meydana gelmiş değilse, bu istemi ileri sürene yükletilir.

#### **VI– Karşılıklı hakaret halinde gider (CMK 328).**

Cezâ davasını düşürmeyen, bir diğer söyleyişle muhakemenin ilerlemesine engel olmayan sorumsuzluk sebepler grubuna ceza verilip verilmeyeceği ancak muhakeme sonunda anlaşılacak haller girmelidir. Örneğin 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. Biz “cezanın düşürülmesi” de diyebileceğimiz “sorumsuzluk” kararının da eklenmesine taraftarız. Gerçekten bu hallerde eylemin suç, sanığın suçlu olduğu anlaşılmıştır. Sadece ceza verilmemektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 223/4), bu halde “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verileceğini hüküm altına almıştır.



Bunu beraat ile bir tutmak yersiz olur. Hattâ bunu belli bakımlardan mahkûmiyetin bir çeşidi saymak mümkündür. Zira bu hallerde, sanık mahkûm olmuşçasına, örneğın muhakeme masraflarına, hükmolunmalıdır. Nitekim CMK 328. maddesi ile bu esası kabul etmiştir. Buna karşılık, böyle bir karara dayanılarak örneğın ertelenmiş ceza yerine getirilmemelidir. Mahkûmiyetten farklı sonuçlar bu karara, örneğın sorumsuzluk gibi, ayrı bir ad verilmesini haklı göstermektedir. Kanun ayrıca sorumsuzluk kararı kabul etmediğinden, CMUK tatbikatında önce mahkûm edilmekte, sonra ceza düşürülmekte, yani sorumsuzluk kararı cezanın düşürülmesi adı altında verilmekte idi.

Karşılıklı hakaret hallerinde taraflardan biri veya her ikisi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi; bunlardan birinin veya her ikisinin giderleri karşılamaya mahkum edilmesine engel olmaz (CMK 328).

### **VII– Kanun yolu davasında gider (CMK 330).**

“Kanun yolu dâvası”, ayrıca düzenlenmiştir (CMK 330). Kanun yolu dâvasını kazanan gider ödemez. 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 330/2).

Kanun yollarından birine başvuran taraf, bu başvurusunu geri almasından veya başvurunun reddolunmasından ileri gelen giderleri öder. Kanun yollarına başvuran Cumhuriyet savcısı ise sanığın ödemek zorunda bulunduğu giderler Devlet Hazinesine yükletilir (CMK 330/1).

Kanun yoluna başvuranın istemi kısmen kabul olunmuş ise mahkeme uygun gördüğü şekilde giderleri bölüştürür.

Kesinleşmiş bir hüküm ile sonuçlanan bir duruşma hakkındaki yargılamanın yenilenmesi isteminden ileri gelen giderler hakkında da aynı hüküm geçerlidir.

## § 51- ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER

### I- Adli Tatil (CMK 331).

Kanunun 331. maddesinde adli tatil düzenlenmiştir. Maddede değişiklik yapan 650 sayılı KHK'nın 27. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi sebebiyle 2013 yılında adli tatilin tarihi belli değildi. Son anda yapılan yasal düzenleme ile sorun halledilmiştir; 20 Temmuz-31 Ağustos.

Adli tatil süresi belli işlemler bakımından koruyucu süre sayılır. Zira soruşturma ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmaların ve ivedi sayılacak diğer hususlar dışında kalan işlemler bu süre içinde yapılamaz (CMK 331/2).

Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay, adli tatil süresince yalnız tutuklu işlerin incelemelerini yaparlar (CMK 331/3).

Adli tatile rastlayan süreler işlemez. Bu süreler tatilin bittiği günden itibaren üç gün uzamış sayılır (CMK 331/4).

Adli tatilde ilk derece mahkemeleri ile Cumhuriyet savcılıklarının çalışma usulü maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. 2. fıkraya göre soruşturmalar ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmaların ve ivedi sayılacak diğer hususların HSYK tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Maddenin 3. fıkrasında ise Bölge Adliye Mahkemeleri ile Yargıtay'ın adli tatilde çalışma usulü düzenlenmiştir. 3. fıkraya göre bu mahkemeler sadece tutuklu işler ile Meşhud Suçların Muhakemesi Usulü Kanunu gereğince bakması gereken işlere bakacaktır.

Adli tatile ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 102 ve 103. Maddeleri ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 8 ve 62. maddelerinde de düzenlemeler bulunmaktadır.

CMK'nun 331. maddesine göre adli tatilde soruşturmalar yürütülecektir. Soruşturma evresinde olan dosyalar bakımından adli tatilin bir önemi bulunmamaktadır. Kovuşturma evresinde olan dosyaların adli tatilde işlem görmesi, tutuklu iş olmasına veya ivedi sayılan iş olmasına bağlıdır. Bir işin ivedi iş sayılması için Kanunda açıklık olması gerekir. Örneğin Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinde, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan davalara, tutuklu olup olmadığına bakılmaksız-

zın, adli tatilde de bakılacağı belirtilmekteydi.

İvedi sayılmayan ve/veya tutuklu olmayan işlere adli tatilde bakılması bozma sebebi olmaktadır. Bu tür işlere adli tatilde bakılması halinde, hüküm verilmemişse veya esasa etkili bir işlem yapılamışsa Yargıtay bozma sebebi saymamaktadır.

Adli tatilde bakılmayan işlerde, adli tatile rastlayan süreler tatilin bittiği günden başlayarak üç gün uzar. Üç günlük sürenin son günü resmi tatile rastlaması halinde, tatilden sonraki günün bu üç günlük süre içinde kaldığı ve uzadığını kabul etmek gerekir.

Adli tatil içinde tebligat yapılmış ise süreler adli tatilde işlemeyeceğinden, süre tatilin bitiminden itibaren işlemeye başlar.

## **II- Bilgi isteme (CMK 332).**

Maddede soruşturma ve kovuşturma evresinde, Cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkeme tarafından yazılı olarak istenen bilgiyi vermemek, cevap vermemek suç olarak düzenlenmiştir.

Suç ile yargı mekanizmasının işleyişi korunmaktadır. Ceza muhakemesinin amacı madde gerçeğın, hukuk devleti ilkelerine ve insan haklarına uygun bir şekilde ve mümkün olduğunca hızlı bir şekilde ortaya çıkarılmasıdır. Bu amaca ulaşmak için maddede sayılan kişiler tarafından istenen bilgilerin seri bir şekilde bu kişilere ulaştırılması gerekmektedir. Adaletin hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak, sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla maddede belirtilen eylem suç haline getirilmiştir.

Suçun konusu, maddede sayılan kişiler tarafından istenen bilgiler oluşturmaktadır. Maddi unsur ise bilginin verilmemesidir, bu bakımdan ihmalî bir suçtur. Cumhuriyet savcısı, mahkeme veya hakim tarafından istenen bilginin verilmemesi halinde suç oluşacağı gibi, isteğe on gün içinde cevap verilmemesi halinde de suç oluşacaktır.

Suç, kasden ve taksirle işlenebilir. Bu bakımdan bilginin istenmiş olması halinde, kişi dikkatsizlik, özensizlik sebebiyle bilgiyi ongün içinde vermemesi halinde suç oluşacağı gibi, bilerek ve isteyerek vermemesi halinde de suç oluşacaktır.

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen "hiç kimse kendisini ve kanun-

da gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunma veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmü ile birlikte yorumlandığında, şüpheli veya sanıktan bu tür bilgilerin istenmesi halinde suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla şüpheli veya sanıktan istenen bilgi Anayasa’nın 38. maddesi hükmü kapsamında değilse, bu bilginin on gün içinde verilmemesi halinde de suç oluşacaktır.

Ancak Vergi Usul Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu gibi bazı kanunlar, bilgi ve belge verme zorunluluğunu kanun hükmü olarak düzenlemektedir. Bu bilgi veya belgelerin verilmesi gereği Kanunda açıkça belirtildiği için Anayasa’nın 38. maddesi tartışılmayacaktır.

Bilgi ve belge vermeme başka bir suç olarak ayrıca düzenlenmişse bu takdirde, özel hüküm olan ilgili suç tipi uyarınca (örneğin VUK) failin cezalandırılması gerekir. Örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun “Bilgi ve belge vermeme, denetimin engellenmesi” başlıklı 111. maddesine göre, “Kurul veya bu Kanuna göre görevlendirilenler tarafından istenen bilgi, belge ve elektronik ortamda tutulanlar dâhil kayıtları hiç veya istenen şekliyle vermeyen kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Sermaye Piyasası Kanununda düzenlenen bu suçun oluşması için, bilgi veya belge isteyen Sermaye Piyasası Kurulu ve SP Kanununca görevlendirilmiş kişi olması gerekir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenen bilgilerin verilmemesi SPK’nun 111. maddesinde düzenlenen suçu oluşturmayacak, diğer unsurların da varlığı koşuluyla CMK’nun 332. maddesinde düzenlenen suçu oluşturacaktır.

CMK’nun 332. maddesinin 2. fıkrasında, on gün içinde mazeret belirtmeksizin bilgi vermeyenin Türk Ceza Kanunu’nun 257. maddesi uyarınca cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bilindiği üzere TCK’nun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, özgü suçtur. Sadece kamu görevlisi (memur) sıfatı olanlar tarafından işlenebilir. Bu halde Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkemenin bilgi istediği kişinin kamu görevlisi sıfatı olmayan bir kişi ve özel hukuk tüzel kişininin yetkilisi olması halinde suç oluşacak mıdır? CMK’nun 332. maddesinde düzenlenen suç, özgü suç değildir. Bu bakımdan herkes suçun faili olabilir.

CMK'nun 332. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bilgi istenen kişi dokunulmazlıklar sebebiyle özel soruşturma kovuşturma usulüne tabi olan bir kişi ise yasama dokunulmazlığı dışında (Anayasa m. 83), dokunulmazlıklara ilişkin hükümler uygulanmayacak, Cumhuriyet savcılığınca, herhangi bir yerden izin, karar alınmasına gerek olmaksızın doğrudan soruşturma yapılması gerekecektir. Bu bakımdan failin hakim, savcı, avukat, asker, noter, kaymakam, vali, müsteşar veya MİT Kanunu'nun 26. maddesi kapsamında olan bir kişi olması halinde de hakkında doğrudan soruşturma yapılacaktır.

Maddede doğrudan "TCK'nun 257. maddesi uyarınca cezalandırılır" ifadesi kullanılmamış, "TCK'nun 257. maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır" ifadesi kullanılmıştır. Bu halde on gün içinde bilgi vermeme halinin, zarara sebebiyet vermesi aranır. Zira TCK'nun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması" gereği belirtilmektedir. Bu halde sadece on gün içinde bilgi vermemek suç oluşmayacak, ayrıca zararın meydana gelmesi aranacaktır.

**17 Ekim 2014 itibariyle, TCK ve CMK’da öngörölen değişiklikler hakkında:**

Türk Ceza Kanunu’nun 106. maddesinde yapılan değişiklikle 1. fıkrada yer alan bütün tehdit türleri şikayete ve uzlaşma usulüne tabi kılınmıştır. Değişiklik öncesinde hayat, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelik saldırı tehdidi re’sen kovuşturuluyor, malvarlığı zararı tehdidi ise şikayete bağlı bulunuyordu. Malvarlığı itibariyle büyük zarara uğratma tehdidi daha evvelce altı aya kadar hapis veya adli para cezası iken şimdi bu ceza değerleri ile bütünleştirilmekte ve altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına çıkartılmaktadır. Gerekçede bunun somut olayda hakimnin daha adil karar vermesini sağlamak için gerçekleştirildiği belirtilmektedir. Yapılan değişiklik sonrasında tüm tehdit türleri tek çatı altında birleştirilerek şikayete bağlandığı için CMK 253 kapsamında uzlaşma usulünün uygulanması muhakeme şartı olacaktır. CMK 253/3’teki cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yolunun kapalı tutulduğuna ilişkin düzenleme ileride tartışma konusu olabilir. Zira, tehdit “hürriyete karşı bir suç” olup “cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç” değildir. Cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı tehdidinde uzlaşma yoluna başvurulması bizi cinsel suçlarda uzlaşmanın kabul edildiği yıllardaki tartışmalara geri götürecektir.

Buna karşılık 106. maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle iki alt bent eklenerek kamu görevlisinin yerine getirdiği görev nedeniyle tehdit edilmesi ile kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak işlediği tehdit suçları daha ağır cezalandırılmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 116. maddesinde yapılan değişiklik ile 2014-6526 sayılı kanun değişikliği öncesindeki düzenlemeye geri dönölmüş, şüpheli veya sanıkla ilgili arama bahsi açısından “somut delillere dayalı kuvvetli” şüphe yerine, “makul” şüpheye yer verilmiştir. Gerekçede belirtildiği üzere bu dönüşün nedeni, uygulamada yaşanan güçlükler ve bunun yanında somut delillere dayalı kuvvetli şüphe istenmesi ile arama kurumun amacı ve işlerliğinin zayıflamasının söz konusu olmasıdır. Bu vesile ile makul şüphe ve makul sebep kavram ve ayrımları hatırlanmalıdır. Makul şüphe somut olgu karşısında sıradan vatandaşların yaptığı değerlendirmedir. Mesela çamurlu tarlada işlenen bir cinayetin arkasından köy camii önündeki ayakkabılardan bir çiftin çamurlu olması ayakkabı sahibinin tarlada yürüdüğü ve cinayetin faili olabileceği konusunda sıradan vatandaşlar üzerinde bir izlenim doğurabilir. Halbuki somut delile dayanarak arama yapılabildiği durumda önce faili yakalamak, delil elde etmek ve ondan sonra arama yapmak gerekiyordu ki, bu doğal olarak mümkün olmayan bir şeyi istemektir. Bu nedenle makul şüphe kavramına geri dönölmesi doğru olmakla birlikte bu kavramın içeriğinin topluma doğru olarak yansıtılması da gereklidir. Makul sebep ise somut olguların uzmanı üzerinde bıraktığı izlenimdir. Mesela bir kişinin turnaklarında beyaz lekeler bulunması sıradan vatandaşa bir şey ifade etmese de konunun uzmanı bundan bazı sonuçlar çıkarılabilir. Önleyici yetkilerin kullanılmasında PVSK 4A ve 9 maddelerinde makul sebep kavramının bu şekilde kullanıldığı ve polisin meslek tecrübesi dolayısıyla yaptığı değerlendirmelere önem verildiği görölmektedir.

135. maddede yapılan değişiklik ile esasında iletişimin denetlenmesi bahsi açısından iki farklı karar mercii oluşmuştur. Maddenin birinci fıkrasında 2014-6526 sayılı

## *Yenisey/Nuhoglu Ceza Muhakemesi Hukuku*

kanun ile yapılan değişiklik kısmen muhafaza edilerek ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile karar verilmesi ilkesi korunmuş, fakat verilecek kararlar arasından “tespit etme” çıkarılmıştır. Bunun anlamı, ilk fıkranın yalnızca iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi açısından uygulanabileceğidir. Maddeye eklenen yeni fıkraya ile iletişimin tespiti konusunda yetkili olarak soruşturma aşamasında hakim, kovuşturma aşamasında mahkeme belirlenmiştir. Bu şekilde yapılan düzenleme ile iletişimin tespiti adeta ayrı bir koruma tedbiri gibi düzenlenmiştir. Böylece hem iletişimin tespiti hem de mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti sulh ceza hakimliği tarafından karar bağlanırken, iletişimin denetlenmesine ilişkin diğer 3 işlem ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile verilecek karar üzerine uygulanabilecektir. Ayrıca her ne kadar değişiklik metninde hakim denilse de, soruşturma evresinde bunun sulh ceza hakimliği olarak algılanması gerekmektedir.

Ayrıca çeşitli maddelerde belirtilen katalog suçlar açısından değişiklik ve uyumlaştırma yoluna gidilmiştir. Bu amaçla CMK 128. maddede değişiklik yapılarak 2. fıkrasının 17 numaralı alt bendi değiştirilmiş, “silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama suçları” yerine “Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar” getirilmiştir. CMK 135/7, CMK 139/7 ve CMK 140/11’de yer verilen kataloglarda ise değişiklik yapılarak “silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama suçları” yerine “devletin güvenliğine karşı suçlar” getirilmiş, ayrıca “Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar” da kataloga yeni eklenmiştir. Böylece bu suçlarda gizli soruşturma yöntemlerinin kapsamı genişletilmiştir.

Müdafinin dosya inceleme yetkisine ilişkin 153. maddenin 2014–6526 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılan ve soruşturma dosyasının incelemesinin kısıtlanması imkanına ilişkin 2, 3 ve 4. fıkraları yeniden düzenlenmektedir. Böylece kısıtlama kararı uygulamasına geri dönülmektedir. Bu değişikliğin gerekçesinde soruşturma evresinde gizlilik ilkesinin esas olduğu ve bu ilke ile temel olarak şüphelinin suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkı ve soruşturma işlemlerinin sağlıklı biçimde yürütülmesi amacının gözetildiği belirtilmiştir. Mukayeseli hukukta soruşturma evresinde iddianamenin hazırlandığı dosyaya not edilene kadar müdafinin dosyanın tamamını incelemesine izin verilmez. Ancak iddianame hazırlandıktan sonra bul edilene kadar hiçbir kısıtlama getirilmeksizin müdafinin dosyanın tamamını incelemesine ve savunma hazırlamasına yeterli süre de tanınarak izin verilir. Yapılan ilk değişiklik hatalı, bu hatadan geri dönüş yerinde olmakla birlikte önce verilen bir hakkın sonradan ortadan kaldırılması toplum üzerinde daima olumsuz etkiler doğurur. Kanun koyucunun ilk hatayı yapmamış olmasını dilerdik. Müdafinin dosya incelemesinde şüphelinin bilmemesi gereken hususların müdafiden de gizlenmesi gereklidir. Ancak tutuklama kararı verilebilecek olan durumlarda tutuklama kararı verilirken kullanılacak tüm ver ve delillerin müdafinin incelemesine sunulması Mooren kararı gereği kanuna dahil edilmeliydi.

Soruşturmada Cumhuriyet savcısının hakim kararı istemini düzenleyen 162. maddede ikinci fıkraya eklenmiştir. Böylece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda Cumhuriyet savcısı soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza hakiminden de karar alabilecektir.