

S.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Muhakemesi
2006-2007ders notudur. 5560 s. kanun ile
yapılan değişiklikler ile güncellenmiştir.

Ders: Ceza Muhakemesi Hukuku
Dersin Hocası: M. Onursal CİN

Ceza Yargılaması Hukuku

Bir kimsenin fiilinin suç olduğu şüphesi üzerine başlayan ve bu şüphenin yenilmesine kadar devam eden bir dizi faaliyettir. Bu faaliyet, üç temel hareket tarzı şeklinde kendini gösterir:

- 1 Tez (iddia)
- 2 Antitez (savunma)
- 3 Sentez (Yargılama)

Savcı tezi ortaya atar, mesela, “(A) şahsı hırsızlık yapmıştır” (iddia). Böylece yargılama faaliyeti başlar. Bundan sonra zanlı veya vekili tarafından antitez ileri sürülür (savunma). Hakim de bu tez ve antitezi değerlendirerek bir senteze ulaşır (yargılama).

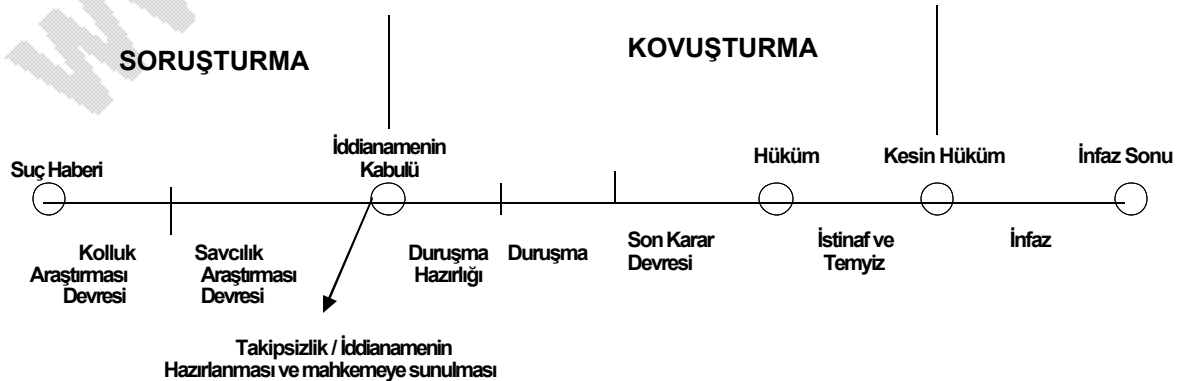
Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçek, şekli gerçek olmayıp, gerçeğin ta kendisidir. Ceza yargılamasının kuralları hukuk yargılamasına göre farklılık gösterir. Mesela, ceza yargılamasında tamamen delil serbestisi geçerlidir. Her şey, her şeyle ispat edilebilir. Hatta hakim kendisi dahi delil bulabilir. Ceza yargılamasında ikrar hakimi bağlamaz vs.

Ceza yargılaması sistemleri içinde bulundukları rejime göre de değişmektedir. Ceza hukukunda ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi geçerlidir. Bunun sonucu olarak yargılanan kimse hakkında suçlu olduğuna dair kesin bir kanaat oluşmamışsa beraat ettirilir. Bu, “masum birinin haksız yere özgürlüğünün kısıtlanmasındansa, suçlu birinin özgürce dışarıda dolaşması daha iyidir” şeklinde ifade edilmiştir.

Ceza yargılamasının temel kanunu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’dur. Bundan önce ise Ceza Muhakemeleri Usûl Kanunu yürürlükteydi. CMUK, Alman ceza usûl kanunundan alınmış olup liberal eğilimlidir. Yeni kabul edilen Ceza Muhakemesi Kanunu da liberal nitelikte olup, mehz kanuna paralellik arz etmektedir

Suç haberi ihbar, şikayet üzerine veya doğrudan doğruya alınabilir. Ceza yargılaması suç haberinin alınmasıyla başlar. Kolluk bu suçun işlenip işlenmediğini araştırır, inceleme yapar. Kolluk araştırması devresi kısa süren bir devredir. Kolluk, suç zanlılarını yakalamışsa, karakola getirip ifadelerini alır. Sonrasında bir dosya hazırlayarak, varsa zanlılarla birlikte, savcıya gönderir ve savcılık araştırması devresi başlar. Bu aşama biraz daha ayrıntılı ve uzun sürer. Burada savcı, kendi emrindeki kolluğa araştırma yaptırır, delil toplatır. Sonrasında da savcı toplanan delillere, kolluğun topladığı delillere bakar. Toplanan delil ve bulgular, savcıda, zanlının bu suçu işlemiş olduğuna dair yoğun şüphe uyandırıyorsa, savcı, bir iddianame hazırlayarak dava açar. Eğer savcı, ortada yoğun suç şüphesi görmezse takipsizlik kararı (kovuştur-mama kararı) verir. Artık bu konuda bundan sonra dava açılmaz (ancak suçtan zarar görenin itiraz hakkı vardır). Savcı, dava açılmasına karar vermiş-se, hazırladığı iddianameyi mahkemeye sunar ve dava açılmış olur. Hakim, iddianameyi şekil yönün-den inceler. İşte, suç haberinin alınmasından iddia-namenin mahkemeye sunulmasına kadar olan aşamaya soruşturma safhası denir (CMK m.2/1 e). Bu safhanın yetkilileri savcı, adli kolluk ve sulh ceza hakimidir. Bu evre, ceza yargılamasının iki evre-sinden biridir.

İddianamenin mahkemece kabulünden sonra başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre de kovuşturma safhasıdır (CMK m.2/1 f). İddianamenin kabulünden sonra duruşma hazırlığı devresi başlar. Burada yargılamaya başlanmadan önce gerekli olan yazışmalar, tebligatlar yapılır.



Bundan sonra da ceza yargılamasının en önemli aşaması olan duruşma devresi başlar. Buraya kadar yapılan tüm hazırlıklar aslında bu devre içindir. Taraflar mahkemeye davet edilir, yargılama yapılır ve nihayetinde son karar devresine geçilir. Aslında bu devre de duruşma devresinin için-dedir. Burada sanığa son bir söz verilir ve mahkeme bir karara varır. Böylece kanun yolları aşaması başlar. Mahkemenin verdiği karara karşı süresi içinde üst merciye başvurulmazsa, karar, kesin hüküm halini alır. Başvuru yapılırsa, karar, istinaf ve temyiz aşamalarından sonra kesinleşir. Kararın kesinleşmesiyle kovuşturma safhası da tamamlanmış olur. Bundan sonraki kısım ise infaz hukukunu ilgilendirir. İnfaz hukuku cezanın hangi tür cezaevinde, nasıl çektirileceği, şartlı tahliye gibi hususlarla ilgilendirir. Ceza yargılamasının baş aktörleri bu aşamada da vardır ancak, teknik olarak ceza muhakemesi hükmün kesinleşmesiyle sona erer.

Ceza Yargılaması Kurallarının Uygulama Alanları

Madde Bakımından Uygulanması

Ceza yargılaması hukuku kurallarının madde bakımından uygulanması denilince yargı normlarının konusu akla gelir. Bu çerçevede ceza yargılaması hukuku kurallarının uygulama alanı madde bakımından ceza uyumsuzluklarıdır. CMK'da istisnai olarak getirilen bir durum: Haksız yakalama, gözaltına alma, koruma tedbirlerinin haksız uygulanması ve tutuklamalardan dolayı açılacak tazminat davaları hukuki uyumsuzluk olmasına rağmen ceza mahkemelerinde açılır.

Yer Bakımından Uygulanması

Usul normlarının coğrafi olarak nerede uygulanacağını anlatır. Bu konuda 3 temel sistem vardır:

- Mülkilik sistemi:** Bir kişi hangi ülkenin egemenlik sahasında suç işlemişse o ülkenin usul kurallarıyla yargılanır. Kara Avrupası, Anglosakson sistemi ve Türkiye'de uygulanan sistem budur.
- Şahsılık sistemi:** Burada suçun işlendiği yer önemli değildir. Suç işleyen kimse tâbiyetinde olduğu ülkenin usul normlarıncı yargılanır. Örneğin; Kanada.
- Evrensellik sistemi:** Tâbiyet ve coğrafilik önemli değildir. Kişi nerede suç işlerse işlesin kendi istediği ülkenin usul normlarıyla yargılanır. Uluslararası hukukta uygulaması yoktur ancak birtakım uluslararası antlaşmalar olabilir.

*Mülkilik Sisteminin İstisnaları *

1. Yasama dokunulmazlığı: Mutlak dokunulmazlık parlamento üyelerinin meclis içindeki meclis çalışmalarıyla ilgili sözlerinin suç teşkil etse dahi yargılanamamalarıdır. Nispi dokunulmazlık ise milletvekilliği seçiminden önce veya sonra haklarında bir ceza kovuşturması açılması halinde yargılanamamaları sonucunu doğuran bir dokunulmazlık türüdür. Nispi dokunulmazlık Türkiye dışında geçerli değildir. Nispi dokunulmazlık halinde de ağır cezalı suçüstü durumlarında ve anayasanın 14.maddesindeki suçlardan yargılama yapılabilir.

2. Yabancı asker dokunulmazlığı: İstisnaen yabancı bir ülkede bulunan ve orada suç işleyen yabancı ülke askerleri, arada bu konuda sözleşme bulunması şartıyla o ülkenin yargılama hukuku normlarına tabi değildirler. Ör; NATO askerleri... Bu dokunulmazlık sınırsız değildir. Şartları; *Askerin işlemiş olduğu fiilin içinde bulunduğu ülkenin yasalarına göre suç teşkil etmesi gerekir. Ör; Türk askerinin Hollanda'da bulunduğu sırada uyuşturucu kullanması. *Suçun sadece yabancı kuvvetlerin malına, güvenliğine, resmi ya da sivil kişilerine ya da bu kişilerin mallarına karşı işlenmesi halinde bu bağışıklık söz konusu olur. Ör; İncirlik üssündeki bir amerikan askerinin diğer bir amerikan askerinin cüzdanını çalması. *Suçun resmi görev sebebiyle ya da resmi görevin yapılması sırasında işlenmesi gerekir. Bu şartlardan herhangi birinin bulunması yabancı asker dokunulmazlığını sağlamaya yeterlidir.

3. Diploması dokunulmazlığı : Yabancı bir ülkenin temsilcisi olarak, 1961 Viyana Sözleşmesi çerçevesinde, Türkiye'de görev yapan diploması temsilcilerinin dokunulmazlıkları mevcuttur. Diploması dokunulmazlığında, diploması ajanı sayılan herkes bu dokunulmazlığa sahiptir. Sözleşmeye göre büyükelçi, elçi, kâtipler ve ataşeler ile maslahatgüzarlar diplomatik dokunulmazlıktan yararlanırlar. Konsololar sözleşmede sayılmamıştır. Ancak uluslararası hukukta yerleşmiş gelenekler ve ikili anlaşmalarla bunların da diploması dokunulmazlığından yararlanacakları kabul edilmiştir. Konsololar, sadece görev

sebebiyle işlenen suçlarla ilgili olarak bu dokunulmazlıktan yararlanırlar. Diploması temsilcileri, kendi ülkelerinde yargılanırlar. Türk diplomatlarının yurt dışında işlediği suçlar için Ankara Mahkemeleri yetkilidir. Büyükelçi her türlü suçtan sorumsuz olduğu için, bulunduğu ülkede suç işleyen büyükelçi yargılanamayacak, ancak o ülke tarafından persona non gratha (istenmeyen kişi) olarak sınır dışı edilebilecektir. Diploması temsilcilerinin eşleri ve reşit olmayan çocukları da bu dokunulmazlıktan yararlanırlar.

Kişi Bakımından Uygulanması

Ana kural; bir ülkenin sınırları içinde yaşayan/bulunan herkesin o ülkenin yargılama erkine tâbi olduğudur. İstisnaları ise tıpkı yer bakımından uygulamada olduğu gibidir: Yasama dokunulmazlığı, yabancı asker dokunulmazlığı, diplomatik dokunulmazlık.

Zaman Bakımından Uygulanması

Ceza yargılaması kurallarının zaman bakımından uygulanması deyince, o ülkede değişmiş olan yargılama kuralları ile değişiklikten önce yürürlükte bulunan kanun hükümlerinin uygulanmalarındaki usûller akla gelir. Burada "derhal uygulama prensibi" geçerlidir. Yani, yeni bir yargılama yasası çıkmışsa, derhal uygulanır. Bir yasa, bir fiile yaptırımların uygulanmasını öngörüyorsa bu bir ceza yasasıdır, maddi ceza normudur. Buna karşılık bir yasa bir başka yasanın hukuka aykırı bulduğu ve ceza yaptırımı uyguladığı bir fiilin işlendiği şüphesiyle bir araştırma amacı taşıyorsa ve bu araştırma ve incelemenin hangi kurallar dahilinde yapılacağını öngörüyorsa bu da bir usûl (yargılama) yasasıdır.

Örneğin; TCK m. 73/1, ceza kanunu içinde düzenlenmiş olmasına rağmen maddi bir ceza normu değildir. Zira, maddi ceza normu olmanın temel unsurlarını içermemektedir. TCK m. 73/1 bir usûl normudur. Bu nedenle, bu maddede bir değişiklik yapılırsa lehe olanı uygulamak hata olur. Maddenin bir usûl normu olması hasebiyle olası bir değişiklik durumunda derhal uygulama prensibi geçerli olacaktır.

Bunun tam tersi bir husus da CMK m.60'ta düzenlenmiştir. Usûl kanununun içinde de olsa ve bir disiplin cezası getirirse de m. 60, bir maddi ceza normudur. Maddenin değişmesi durumunda derhal uygulama ilkesi geçerli olmayacak, lehe kanun uygulanacaktır. Kanun yapma tekniği açısından hatalı da olsa, CMK içerisinde infaz hukukuna ilişkin hükümler de vardır.

Eski kanun döneminde bitmiş davalarda ise, yeni kanun uygulanamaz. Zaman bakımından uygulama kuralları devam etmekte olan yargılamalara yöneliktir.

Derhal uygulamanın bazen zarar verici sonuçları olabilir. Bunun önüne geçmek için, istisnai olarak, eğer hak yaratıcı bir süre yeni kanunla kısıtlanıyorsa, bu takdirde eski kanunun uygulanmasına devam edilir. ÖRN; Temyiz başvurusu 15 gündür. Mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 gün sonra kanun değişerek temyiz başvuru süresini 7 güne indirmiştir. Bu arada temyiz başvurusu onuncu gün itibarıyla henüz yapılmamıştır. Böyle bir halde, derhal uygulama ilkesi olumsuz sonuç doğuracaktır. Kişi, kanunun kendisine tanıdığı 15 günlük süreye göre hareket etmektedir. Burada derhal uygulamayı kabul edersek, hukuki güvenlik ilkesi zarar görecektir. Bu nedenle böyle bir durumda eski kanun uygulanmaya devam edilerek, temyiz başvuru süresi 15 gün olacaktır. Ancak mesela, kararın tebliğinden itibaren 5 gün geçtikten sonra kanun değişmiş ve süreyi 7 güne indirmişse ne olacaktır? Bu durumda ise, derhal uygulama prensibi geçerli olacak ve yeni kanun uygulanacaktır. Zira, süre geçmemiştir, sürenin dolmasına iki gün daha vardır. Getirilen düzenleme sonuç olarak bir hak kaybı yaratmayacaktır. Yani, yeni getirilen bir düzenleme bir hakkı elimizden almadıkça, derhal uygulama ilkesi geçerli olacaktır.

SORU : Temyize kapalı olan bir karar, kararın verilmesinden sonra bir kanun değişikliğiyle temyizi mümkün hale getirilirse bu karara karşı temyize gidilebilir mi?

Burada artık bir kesin hüküm vardır. Kesin hükümden sonra da böyle bir uygulama yapılamayacaktır.

CEZA HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ

Ceza hukukunun temel ilkeleri 3 tasnif içerisinde yer alır. Bunlar şunlardır:

- ? Yargılamanın hazırlanışına ve yürüyüşüne ilişkin ilkeler
- ? İspata yönelik ilkeler
- ? Yargılamanın şekline (biçime) ilişkin ilkeler

YARGILAMANIN HAZIRLANIŞINA ve YÜRÜYÜŞÜNE İLİŞKİN İLKELER

Kavuşturmanın Kamusalılığı İlkesi

Yargılamanın hazırlanışına ilişkin bir ilkedir. Kovuşturma, bir kimseye suç isnat etmek anlamına gelir. (Burada kullanılan 'kovuşturma' ibaresi, ceza

yargılamasının safhalarından olan kovuşturma olmayıp, daha genel bir anlam taşımaktadır.) Bu bakımdan kovuşturma, ceza yargılaması içinde iddia faaliyeti olarak yer alır. Her kovuşturma faaliyeti bir iddia faaliyeti iken, her iddia faaliyeti kovuşturmaya ilişkin değildir. ÖRN: Yargılama sonucunda hakim kara verdikten sonra savcı, sanık aleyhine temyize başvurunca, iddia faaliyeti devam etmektedir. Zira savcı, verilen hüküm/ceza/yeterli bulmamaktadır.. Dikkat edilmelidir ki, burada savcının temyize gitmesi başlı başına bir suç isnadı değildir.

İddia kamusaldır. Zira, işlenen her suçun mağduru aynı zamanda devlettir. İşlenen her suçta kamu düzeni bozulmaktadır. Kamu düzenini sağlamak da devletin görevidir. Bireye karşı işlenen suçlarda da birey devletin koruması altındadır. Tüm bu nedenlerle, bir suç işlendiğinde kural olarak suçtan zarar gören şikâyetçi olmasa, rahatsız olmasa dahi devlet kendiliğinden kovuşturma başlatır. ÖRN: (A) tatildeyken evine hırsız girmesi durumunda bu durum kendiliğinden kovuşturulur. Hırsız yakalanır, yargılanır ve cezalandırılır. (A)'nın şikâyet etmesi şartı aranmaz, hatta bundan haberi dahi olmayabilir. Burada amaçlanan, suçluları cezasız bırakmama gayesidir. Kovuşturma kamusal olmasa birçok suç çeşitli nedenlerle cezasız kalabilirdi.

Kovuşturma, kamusal nitelikte olmakla birlikte, bu ilkenin sınırlandığı haller de vardır. Eski CMUK'ta istisnalar mevcut iken, bugünkü CMK'da istisnaya yer verilmemiştir. Sınırlamadan kastedilen, savcının istediği zaman kamu davası açmasıdır. Ceza yargılaması hukukumuzda iki türlü sınırlamanın var olduğu görülür:

1. Takibi Şikâyeteye Bağlı Suçlar : Takibi (kovuşturulması) şikâyeteye bağlı suçun konulmasının nedeni, suç mağdurunun daha fazla zarar görmesini önleme düşüncesidir. Öyle suçlar vardır ki, bu suçlarda kovuşturma yapıldığı zaman suçun mağduru, suç ile gördüğü zarardan daha fazla zarar görebilir. Mesela, cinsel taciz, hakaret gibi suçlar böyledir. Bu tür suçların bu özellikleri TCK'da özel hükümler arasında mutlaka belirtilir. Takip için şikâyet yapıldığında ise kovuşturmayı yine savcı yapar. Şikâyetle ihbar arasında ise şu farklar vardır: Şikâyet sadece takibi şikâyeteye bağlı bir suçta ve sadece suçtan zarar gören tarafından yapılırken; ihbarda hemen hemen her suç için, suçun doğrudan doğruya zarar göreni olmayan kimseler tarafından yapılan bir bildirim söz konusudur. Takibi şikâyeteye bağlı olmayan bir suçta mağdurun bildirimde bulunması da ihbardır. Takibi şikâyeteye bağlı suçlarda şikâyet olmasa, bunun yerine ihbar mevcut olsa dahi, savcı belli işlemleri

yapar. Bilgi, delil toplar, gerekirse suç failini de yakalayarak mağdura şikâyetçi olup-olmadığını sorabilir.

SORU : Çocuk yüzünden çıkan bir tartışmada (A), (B)'nin eşine hakaret etmesi üzerine (B), hakareti karakola bildirmiştir. (B)'nin yaptığı bildirimin niteliği nedir?

Hakaret, takibi şikâyeteye bağlı bir suçtur. Ancak (B), suçun doğrudan doğruya zarar göreni değildir. Bu nedenle (B)'nin yaptığı bildirim, ihbardır. Eğer bu bildirimi (B)'nin eşi yapsaydı şikâyet olacaktı. Ya da (A), (B)'nin eşine hakaret etmek yerine mesela bir tokat atmış olsaydı, burada takibi şikâyeteye bağlı bir suç olmayacak, ister (B), ister (B)'nin eşi bildirimde bulunsun, bunun adı ihbar olacaktı.

Aynı örnekte suçun mağduru çocuk olsaydı, (B)'nin yaptığı bildirim yine şikâyet olurdu. Zira, çocuk reşit olmadığından şikâyeti velisi yapacaktı. Ancak çocuk reşit değilse, (B)'nin yapacağı bildirim yine ihbar olur.

2. Takibi İzne Bağlı Suçlar : Suçtan dolayı kovuşturma yapılabilmesi için, devletin iddia makamının sorması üzerine, bir başka devlet mercii izin verme yetkisine sahipse, takibi izne bağlı suçtan bahsedilir. Mesela, TCK m. 299'da düzenlenen cumhurbaşkanına hakaret suçunda kovuşturma yapılabilmesi, adalet bakanının iznine tâbidir. Keza m. 305'te düzenlenmiş olan temel milli yararları karşı faaliyet suçu için de yine adalet bakanının izni gerekir. 765 s. TCK m. 149, bugün 5237 s. TCK'da m. 301/2 olarak muhafaza edilmiştir. Bu suç eskiden takibi izne bağlıyken, 5237 s. TCK'da bu şart kaldırılmıştır. Bunlardan başka, iznin en çok kullanıldığı alan, kamu görevlilerinin yargılanmaları hususudur. Kamu görevlilerinin yargılanabilmeleri için, kendi kurumlarınca 'lüzumu muhakeme' kararı ile izin verilmesi gerekir. Burada da yine kovuşturma, kamusal davayı yürüten cumhuriyet savcısı tarafından yapılır; yoksa yetki, izni veren makama ait değildir. Ayrıca Bankalar Kanunu'nda da, kovuşturma için BDDK'dan izin alınmasını gerektiren hükümler vardır.

Gerek takibi izne bağlı gerek takibi şikâyeteye bağlı olsun, bu durumlar, kovuşturmanın kamusalılığı ilkesinin istisnaları değildir. Bunlar, kovuşturmanın sınırlarını oluşturur. CMUK döneminde ise bir istisna mevcut idi. Bu da 'şahsi dava' durumuydu. Bazı suçlarda, suçtan doğrudan doğruya zarar gören davayı açmak ve yürütmek hakkını haizdi. Bu duruma CMK'da yer verilmediğinden, bugün için böyle bir istisna bulunmamaktadır.

Son olarak, savcının gerek takibi şikâyeteye bağlı

ve gerekse takibi izne bağılı suçlarda dava açma zorunluluğı yoktur. Şikâyet ya da izin hakkını kullanan kişiler sadece savcayı yetkilendirmiş olurlar. Cumhuriyet savcısı, yapacağı soruşturma sonunda delilleri yeterli görmez ya da yoğun suç şüphesi bulamazsa, kamu davası açmaz.

Yargılamanın Davasız Yapılamaması İlkesi

Davanın yürüyüşüne ilişkin bir ilkedir. Bu ilke, eğer ortada yetkili bir kimse tarafından açılmış bir dava yoksa, yargıcın, yargılama faaliyeti yapamamasını ifade eder. Bununla ilgili iki sistem vardır:

Tahkik Sistemi : Bu sistem, cezalandırma hakkının devletin tekelinde olduğunun anlaşılmasıyla devreye girmiştir. Buna göre; yargıç, yargılamanın her şeyidir. Yargılamada savcı ve avukat yoktur. Yalnızca yargıç ve sanık vardır. Davayı yargıç kendisi açar ve yargılamayı yürütür. Bu sistemde sanık ve savunma hakları da yoktur.

İtham Sistemi : Fransız İhtilali sonrasında ortaya çıkmış ve bizde de uygulamaya geçmiş sistemdir. Yargılama ve cezalandırma yetkileri yine devlete ait olmakla birlikte iki ayrı organca yerine getirilmektedir: Savcı ve hakim. Savunma ve sanık hakları gelişmiştir. Bu sistemde, yargıç, ortada hukuka uygun olarak açılmış bir dava yoksa, yargılama yetkisine sahip değildir. Buna göre, bir duruşma esnasında sanık yeni bir suç işlese dahi, yeni bir dava açılmadan yargılanamaz. ÖRN: Hırsızlıktan yargılanan sanığın sinirlenerek hakime tokat atması halinde, yeni bir dava açılmalıdır. Yoksa sanık, aynı davada yargılanamaz.

İddianameyle Bağlılık İlkesi

Savcı, hangi sanığın hangi suçu için dava açmışsa, yargıç ancak o failin o fiilini yargılayabilir. Bu ilke Yargılamanın Davasız Yapılamaması İlkesinin tamamlayıcısıdır. Duruşma esnasında yeni bir suç işlenmesi ya da önceden işlenmiş olan bir suçun ortaya çıkması halinde dahi sanık, bu duruşmada yargılanamaz. ÖRN: Adam kaçırma suçundan yapılan duruşma esnasında tanığın 'sanığı tanımım, geçen yıl da (D)'yi kaçırmıştı' demesi. Bu durumda sanığın yargılanabilmesi için yeni bir iddianame gereklidir.

Bu ilkelerin olmasının sebebi, hukuki güvenliktir. Zira, bu ilkeler olmasa tanık olan, hatta duruşmada izleyici olan kimseler dahi sanık sandalyesine oturabilirdi.

Bazen, kişiler hakkında açılmış bir dava olmadan da karar verilebilmektedir. Bunlar, dava-

sız yargılama yapılamaması ilkesinin istisnalarıdır. Bu istisnalar CMUK'ta iki tane, CMK'da ise bir tanedir:

Otomatik İstinaf : C M K m . 2 7 2 ' d e düzenlenmiştir. Ancak kanun yollarında henüz CMK hükümleri yürürlüğe girmediğinden halen temyize ilişkin CMUK hükümleri uygulanmaktadır.

CMUK m. 305 : CMK m. 272'ye benzer. Maddeye göre, 15 yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar verilmesi durumunda, taraflar temyiz talebinde bulunmasa dahi, mahkeme dosyayı re'sen temyize yollar.

Bozmanın Sirayeti : CMUK m. 325 (CMK m. 306)'te düzenlenmiştir. Buna göre; birden fazla failin yargılandığı bir dava sonunda, faillerden bir veya birkaçı kanun yollarına başvurmuş ve karar lehine gelmişse, bundan kanun yollarına başvurmayan öbür failer de yararlanır.

Kamu Davasının Mecburiliği İlkesi

Savcının, herhangi bir olayda dava açmaya yetecek kadar şüphe ve delil elde etmesi durumunda şüpheli adını verdiği kişi hakkında dava açmak zorunda olmasına, kamu davasının mecburiliği prensibi denir. Bu ilke CMK m. 170/2'de ifade edilmiştir. Maddeye göre, soruşturma sonunda toplanan deliller, suçun işlendiğine dair yeterli şüphe oluşturuyorsa, savcı bir iddianame hazırlamak zorundadır. Bu ilkenin amacı, hiçbir suçun cezasız kalmaması ve bunun sonucu olarak halkın adalete olan güveninin sarsılmasını önleme düşüncesidir.

Maslahata Uygunluk İlkesi : Kamu davasının mecburiliği ilkesinin tam karşısında yer alır. Eğer savcı, kişinin suç işlediğini biliyor, elinde delil olmasına rağmen dava açmıyorsa, bu ilke gereği sorumlu tutulamaz. Diğer bir deyimle, savcı, suç işlediği iddia edilen kimse hakkında yeterli delil toplamasına rağmen dava açmak zorunda değildir. Savcı burada bir değerlendirme yapmaktadır: Dava açmasını gerektiren kamu yararı mı yoksa dava açmamasını gerektiren kamu yararı mı daha üstündür? İşte bu değerlendirme, maslahata uygunluk ilkesini ortaya çıkarmıştır. Mesela; yargılama sonunda bir devlet sırrının ifşa olacak olması, çocuk suçluyu koruma düşüncesi, çok önemli olmayan bir konuda yapılacak yargılamanın oldukça önemli külfetler doğuracak olması, önemli bir politikacının suç işlemesi gibi haller örnek olarak gösterilebilir. Son olarak belirtmek gerekir ki, maslahata uygunluk ilkesi bizim hukukumuzda geçerli değildir.

Kamu davasının mecburiliği ilkesinin de bazı istisnaları vardır. CMUK döneminde bu istisnalar iki tane iken, bugün CMK'da tek bir istisnaya yer verilmiştir. Bu istisnalar şöyle sayılabilir:

Şahsi Dava : Eski kanun döneminde var olan bir sistem olup, tam anlamıyla bir istisna teşkil eder. CMK bu kuruma yer vermemiş olduğundan, bugünkü hukukumuzda uygulanmamaktadır.

CMUK m. 149 : 36 yıl ve daha fazla ceza alan bir kimsenin yeni bir suç işlemesi halinde, savcı, dava açıp-açmamakta serbesttir. Eskiden müebbet hapis cezasına çarptırılan kimseler dahi en çok 36 yıl cezaevinde yatarak cezasını tamamlıyordu. Bunların işledikleri yeni suçlar ise, çektikleri cezaya etki etmediğinden savcıya bir takdir hakkı tanınmıştı. Savcı zaten 36 yıldan fazla cezaevinde kalmayacak olan kişilerin yeni işlediği suçlardan dolayı dilerse dava açmayabiliyordu. Bugün ise infaz kanunu değişerek müebbet hapis cezasının ömür boyu olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca savcı, müebbet hapse mahkûm edilen bir kimsenin yeni işlediği suçlardan dahi dava açmak zorundadır. Zira CMK bu istisnaya yer vermemiştir.

CMK m. 171 : Bugün geçerli olan tek istisna budur. Buna göre, işlenmiş suçta etkin pişmanlık ya da şahsi cezasızlık gibi hususların varlığı durumunda savcı, kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilir. Yine, maddenin 5560 sayılı kanunla değişik ikinci fıkrasına göre, cumhuriyet savcısı, belli şartların varlığı halinde kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle erteleyebilir.

Mecburilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak, cumhuriyet savcısı, açmış olduğu ceza davasını geri alamaz. Yani, kamu davası açılmışsa, savcı, artık davayı yürütmek zorundadır. Ancak bunun bir istisnası olarak CMK m. 266'ya göre, savcı temyize başvurduğunda, sanık lehine olmak üzere, temyiz dilekçesini geri alabilir.

İSPATA YÖNELİK İLKELER

Re'sen Araştırma İlkesi

Hakim, kendiliğinden, hiç kimseden izin almaksızın ve hiç kimse tarafından uyarılmaksızın bizzat delil toplayabilir, araştırabilir, bunları serbestçe değerlendirebilir ve yargılamaya katabilir. Hakim, savcının ya da sanık vekilinin dahi tanık listesinde göstermediği bir kimseyi tanık olarak mahkemeye çağırarak dinleyebilir. Re'sen Araş-

tırma İlkesi, maddi gerçeği bulmaya yönelik bir ilkedir. Hakim her türlü delili araştırabileceği gibi, hiçbir delille de bağlı değildir. Hatta hakim, başka bir takım delillerle desteklenmedikçe, ikrarla dahi bağlı değildir.

Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi (Vasitasızlık İlkesi)

Mahkeme, yargılama esnasında sonuca ulaşabilmek için, mutlak suretle önemli dayanaklar tespit etmelidir. İşte bu yasal dayanaklar, delillerdir. Hakim delillerle bizzat temasa geçmelidir. Yani, hakim, gerekirse delillerle duyu organlarını kullanarak bağlantı kurmalıdır. Mesela, hakim, suç aleti olan bıçağın çok keskin olduğundan emin olmak için bıçağa dokunmalı, savcının 'bıçak çok keskin-dir' iddiasıyla yetinmemelidir. Ya da bir fabrikanın dumanlarının çevreye çok kötü kokular saçarak çevre suçunun oluşması durumunda, keşif yaparak gerçekten kötü kokular olup-olmadığını anlamalıdır. Aynı şekilde hakim, tanıkların vücut dilinden, mimiklerini vs gözlemleyerek doğruyu söyleyip-söylemediklerini anlamaya çalışmalıdır. Bu ilkenin de, yargılamanın ruhuna aykırı olmamak kaydıyla, istisnaları mevcuttur. Bu istisnalar CMK m. 180'de düzenlenen istinabe ve naiplik durumlarıdır. Bu hallerde, mesela istinabe halinde, hakim, kendisi delille doğrudan bir vasita kuramayacak, istinabe ya da naiplik yoluyla delil elde edecektir. Mesela, İstanbul'da yapılan bir yargılamanın tanığı olarak dinlenmesi gereken kişi Kars'tadır. Hakimin Kars'a gitmesi ya da tanığın İstanbul'a gelmesi usûl ekonomisine aykırı olacağından, hakim, Kars Mahkemesi'ne istinabe eder. Bu yolla tanık dinlenir, sorulan sorulara vereceği yanıtlar bir tutanakla tespit edilerek İstanbul'a yollanır. Yine, bilirkişilik kurumu da bu ilkenin bir istisnasıdır.

Delillerin Serbestliği (Her Şeyin Delil Olabilmesi) İlkesi

Delillerin serbest olması demek; belirli hususların, sadece belirli hususlarla değil, her şeyin her şeyle ispatlanabilmesidir. Bir başka ifadeyle, ceza yargılamasında ispat için her türlü delilin kullanılabilmesi asıldır. Bunun için gereken tek şart, delilin hukuka uygun olmasıdır. Bu prensip de CMK m. 217/2'de kendini gösterir. Elde edilen hukuka uygun delil, yargıcı ikna etmelidir. İlkenin sınırlandığı haller vardır. Mesela, bilirkişi raporunun kabul edilmemesi için, daha sağlam deliller bulunması gerekir. Örn; DNA analizi sonunda (A) ile (B) kardeş çıkmıştır. Hakim bunu, aynı türden bilimsel ve teknolojik hususlarla çürütebilir. Mesela, DNA testi için alınan kan, tükürük, sperm vs'nin o kişiye ait olmadığını ispat ederse, bu delil de çürümüş olur. Ya da mesela, alkollü araç kullanırken yaka-

lanan kimsenin yargılanmasında, kişinin alkollü olduğu delili, ölçme cihazının bozuk olduğu gibi basit bir delille de çürütülemez. Bunun için daha sağlam bir gerekçe lâzımdır.

Bu ilkenin bir de istisnası vardır ki bu da CMK m. 222’de düzenlenmiş olan durumdur. Maddeye göre, duruşmanın nasıl yapıldığı, esaslara uyulup-uyulmadığı gibi hususlar ancak tutanakla ispat olabilir. Bu tutanağa karşı ancak sahtecilik iddiası ileri sürülebilir. Bunun dışındaki her konuda tam bir delil serbestliği vardır, her şey, her şeyle ispat olunabilir.

Şüpheden Sanığın Faydalanması İlkesi

Yargılamada fiille ilgili şüpheli bir husus kaldığında, bunun sanık lehine yorumlanması gerekliliğine şüpheden sanığın yararlanması ilkesi denir. Bu husus, doğrudan ifade edilmese bile, Anayasa m. 38 ve AİHS m. 6/2’de temelini bulur. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, ceza hukukun evrensel ilkelerindendir. Bu ilkeye göre, yargılama esnasında ortadan kaldırılamayan bir şüphe varsa, bu, sanık lehine yorumlanır. Bu ilke, sanığın fiilinin ispatıyla ilgilidir. İspatta bir eksiklik, bir şüphe varsa bu ilke uygulanır. Hukuki konulardaki şüpheyne bu ilke uygulanmaz. Mesela, şikayete bağlı suçtan dolayı yapılan bir yargılamada, hakim, şikayet dilekçesinin zamanında verilip-verilmediğine dair tereddüde düşerse ve de dilekçenin süresinde verilip-verilmediği anlaşılamazsa, burada sanığın lehine olarak bu ilke uygulanmaz. Örn; polis çıkmaz bir sokakta hırsız kovalıyor, sonunda yakalıyor ve hırsızın silahına davranması üzerine ateş ederek hırsız vuruyor. Olayda tanık yoktur, polisin ateş etmesinin meşru müdafaa oluşturup-oluşturmadığı hususunda bir kesinlik yoktur. İşte böyle bir olayda kamu davasının açılması üzerine, bu ilke uygulanacak ve polis beraat ettirilecektir. Yeter ki polis, orantılılık ilkesi çerçevesinde hareket etmiş olsun. Yoksa, sadece kaçmakta olan silahlı bir zanlıyı vurup öldürmesi durumunda, polisin hareketinin savunulacak bir yanı yoktur. “Delil yetersizliğinden beraat”ların tamamı, bu ilkenin bir görünümüdür. Tartışılan bir husus olarak, yatak odasındaki hırsız vurmak örneği yerinde görülebilir. Zira, hukuk düzeni, bireyden korkak davranmasını bekleyemez. Yatak odasına kadar girmiş bir hırsız, başucundaki çekmecedeki silaha uzanarak vuran kimse bu ilkedan yararlanacaktır.

YARGILAMANIN BİÇİMİNE (ŞEKLE) İLİŞKİN İLKELER

Yargılama belirli bir prosedür dahilinde, belirli süreler içerisinde ve belli aşamalardan geçerek

yürütülen bir faaliyet olduğundan, bu metoda yargılamanın biçimi, buna ilişkin hususlara da yargılamanın biçimine ilişkin ilkeler adı verilir.

Sözlülük İlkesi

Öncelikle, sözlülük ilkesi, ceza yargılamasının tüm aşamalarına hakim olan bir ilke değildir. Bu ilke, özellikle kovuşturma safhasının duruşma evresinde kendini gösterir. Mesela, sanığın sorgulanması, tanık ifadeleri, keşif, sanığın savunması, bilirkişi raporunun dinlenmesi gibi usûller sözlü olarak yapılır. Bunun faydası, sıcağı sıcağına açık bir yargılama olmasıdır. Sakıncası ise, çok tanık dinlenmesi gibi yoğunluğun olduğu durumlarda ifadelerin karıştırılması, unutulması ve bunun sonucunda delillerin kaybolması ihtimalinin söz konusu olabilemesidir. Bu sakıncayı giderebilmek amacıyla CMK ile yeni bir imkân getirilmiştir. Buna göre sorgu ve ifade odaları ile duruşma salonlarında kayıt yapılabilmesini sağlayan teknik cihazların kullanılması hususudur. Ancak ödenek yokluğu nedeniyle, bazı büyük şehirlerdeki birkaç sorgu ve ifade odası dışında bu sistem uygulamaya geçememiştir.

Kamuya Açıklık (Aleniyet) İlkesi

Aleniyet ilkesi de duruşma evresine ilişkin bir ilkedir. Zira bundan önceki safhalar gizlidir. Duruşmalar kural olarak herkese açıktır (CMK m. 182/1). Bir duruşmayı ilgili-ilgisiz herkes izleyebilir. Bununla beraber kanun, bazı hallerin varlığı halinde aleniyetin ortadan kaldırılarak duruşmanın gizli yapılabileceğini düzenlemiştir (CMK m.182/2). Bazense zorunlu olarak kapalılık esası benimsenmiştir (CMK m. 185). Mesela, bir tecavüzcünün yargılanmasında adliye inzibatını bozabilecek bir durum varsa, hakim, duruşmayı kamuya kapatabilir. Yine, CMK m. 183’e göre, bazı durumların haricinde olmak üzere, duruşma salonu ya da adliye koridorlarında da fotoğraf ya da hareketli görüntü kaydı alınamayacaktır. Bunun sebebi, sanığın lekelenmeme hakkıdır. Ayrıca kişiler elleri kelepçeli olarak da görüntülenemeyecektir. Bu da yine sanığın lekelenmeme hakkıyla ilgilidir. Ancak uygulamada kişiler elleri kelepçeli olarak görüntülenmekte fakat yüzleri televizyon ekranlarında gizlenmiş olarak verilmektedir. Maddenin gerekçesine göre, sanığın yanındaki güvenlik güçlerinin de deşifre olmaması, yüzlerinin görülmemesi gerekir. Uygulamada buna riayet edilmemektedir. TCK m. 285, duruşmaların gizliliğini ihlal etmeyi bir müeyyideye bağlamak-tadır. Zorunlu olarak kapalılık esasına örnek ise, CMK m. 185’tir. Buna göre, sanığın 18 yaşını doldurmamış olduğu yargılamaalarda duruşmaların kapalı yapılması ve hükmün de kapalı oturumda verilmesi zorunludur (Bu hük-

mün CMUK'taki düzenlemesinde yaş sınırı 15 idi). Avukat ve avukat stajyerlerinin ise, kapalı duruşmalarda da bulunma hakları vardır. Bu durumda hakim, duruşmanın kapalı yapıldığı ve dışarı bilgi verilmemesi hususlarında bu kimseleri uyarır. Aleniyet ilkesinin hiçbir şekilde ihlal edilmemesi gerekir. Aksi durum CMK m. 289/1 f bendi gereği hukuka kesin aykırılık kabul edilir ve Yargıtay tarafından mutlaka bozulur.

Yargılamanın Çabukluğu İlkesi

Ceza yargılamanın sadece suçluların değil, masumların da karıştığı bir yargılama olması, suçluların bir an önce cezaya mahkûm edilerek infaza başlaması; masumların da yargılanmalarıyla zarar görmüş olan itibarlarının bir an önce iadesi için yargılamanın çabuk yapılmasını gerektirir. Anayasa m. 141, bunun, mahkemelerin bir görevi olduğundan bahsetmektedir. AİHS de herkesin, davasının bir an önce bitirilmesi hakkının olduğu hususunu düzenlemiştir. Mevcut yargılama sistemimizde duruşma tektir. Ancak muhtelif sebeplerden dolayı tek celse pek mümkün görünmemektedir. Aynı şekilde, ceza yargılamasında bazı işlemlerin süreye bağlanması ya da itiraz sürelerinin, kanun yoluna başvuru sürelerinin kısa tutulmasının sebebi de bu ilkedir.

CEZA MUHALEMESİNİN ŞARTLARI

Hatırlanacağı üzere, ceza muhakemesi, suç haberinin alınmasıyla başlar. Suç haberinin alınması da şikâyet, ihbar veya doğrudan doğruya haber alma yoluyla olabilir. Bazen suç haberinin alınmasından sonra ciddi şekilde fail ve fiilin belli olmasına rağmen cumhuriyet savcısı dava açmayabilir. Bunun için bazı şartlar gereklidir. İşte, ortada yeterli delil olmasına rağmen, cumhuriyet savcısının dava açabilmesi için varlığı gereken şartlara dava şartları denir. Bazen ise, tüm şartlar sağlanmış fakat yargılamaya başlanamamaktadır. Duruşma safhasının (yargılamanın) başlayabilmesi için varlığı gerekli olan bu şartlara da yargılama şartları denir. Bu iki kavram bir araya geldiğinde ise, inceleme konumuz olan Ceza Muhakemesinin Şartları üst başlığı ortaya çıkar.

Dava Şartları

Dava şartları, toplanan delillerin sonucunda, cumhuriyet savcısının kamu davası açabilmesi için varlığı zorunlu olan şartlardır. Bunlar da; şikâyet, izin, talep, yargı bulunmaması, açık dava bulunmaması, ön ödemenin yerine getirilmemesi, uzlaş-

manın bulunmaması olarak sıralanabilir. Bu şartların bulunmadığı bir olayda, savcının kamu davası açması mümkün değildir. Yani, bunlar kamu davasının açılabilmesi için sine qua non (olmazsa olmaz) niteliktedir.

Şikâyet

Şikâyet, ceza kanununda takibi şikâyeteye bağlı olarak düzenlenen bir suçtan ötürü suçun doğrudan doğruya zarar göreni tarafından süresi içinde yapılmış yazılı bildirimdir. Şikâyetin belli unsurları vardır:

- ? Ortada takibi şikâyeteye bağlı bir suç olmalı,
- ? Suçtan doğrudan doğruya zarar gören bir kimsenin bulunması ve bildirimi bu kimsenin yapması,
- ? Şikâyetin süresi içinde yapılması

Şikâyet, mevzuatımızda TCK'da tanımlanmıştır. Buna göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyetinde bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. TCK m. 73'te düzenlenmiş olan süre, hak düşürücü niteliktedir. Süre failin ve fiilin öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlar. Şikâyet hakkı bulunan kimse süreyi kusursuz olarak geçirirse eski hale getirme imkânı vardır.

Şikâyetin tanımı TCK'da verilmiş, şikâyet usulü ise CMK m. 158'de düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre, şikâyet mutlaka yazılı olarak yapılmalıdır. Kanuna göre yazılı ya da tutanağa geçirerek sözlü olarak yapılabilir. Ancak böyle yapılması yeterli değildir. Gerek yazılı, gerekse sözlü olarak tutanağa geçirilmesi durumunda, dilekçenin altının şikâyetçi tarafından imzalanması şarttır. Dilekçe için bir şekil şartı öngörülmemiştir. İlgili, şikâyetçi olduğunu yahut davacı olduğunu yahut ihbarcı olduğunu dilekçede belirtmişse, şikâyet yapılmış olur. Başka bir ifadeyle, önemli olan, ilgilinin suçun kovuşturulmasını talep etmesi ve bunun dilekçeden anlaşılmasıdır. Kanunda sözlü olarak yapılmasından bahsedilmesindeki maksat, karakola yapılan bildirimdir. Ancak kolluk, bunu şikâyet şartı gerçekleşmiş sayamaz. Görevli kolluk amiri, ilgilinin ifadelerini aynen tutanağa geçirmek ve bundan sonra ilgilinin imzasını, okuma yazması yoksa parmak izini dilekçenin altına iliştiirmek zorundadır. Şikâyet şartı ancak bundan sonra gerçekleşmiş olur.

Şikâyetten Vazgeçme ve Şikâyetin Geri Alınması

Süresi içinde henüz usulüne uygun olarak bir şikâyet yapılmamışken suçtan zarar görenin artık şikâyetin süre sonuna kadar yapılmayacağını bildirmesine teknik olarak şikâyetten vazgeçme (fera-

gat) denir. Bununla, var olan şikâyet etme hakkından, peşinen vazgeçilmektedir. Şikâyetin geri alınması ise; Suçtan zarar görenin süresi içinde şikâyet hakkını kullanarak şikâyet beyanında bulunmasından sonra –uzlaşma, affetme gibi sair sebeplerle- şikâyetini geri almasıdır. Buradaki fark şu noktada kendini gösterir: Hiç yapılmamış bir şikâyetin artık yapılmayacağını bildirme, vazgeçme; önceden yapılmış olan bir şikâyetten dönme de şikâyetin geri alınmasıdır.

Her ne kadar teknik olarak vazgeçme ve geri alma tanımlardaki gibiyse de TCK sadece şikâyetten vazgeçmeyi düzenlemiştir. Fakat TCK m. 73/4'teki vazgeçme, aslında teknik anlamda şikâyetin geri alınmasıdır. Yani, kanunun 'vazgeçme' dediği şey, teknik anlamıyla şikâyetin geri alınmasından başka bir şey değildir.

CMK m. 158/6 ile TCK m. 73/4'ün Kıyaslaması

Buradaki esas nokta, takibi şikâyete bağlı bir suçun "yanlışlıkla" re'sen kovuşturulma ihtimalinin kanun koyucu tarafından öngörülerek düzenleme altına alınmış olmasıdır. Kanun, bir cumhuriyet savcısının takibi şikâyete bağlı bir suçu gözden kaçırarak kamu davası açması halini ve iddia-nameyi inceleme yetkisi olan hakim de bu durumu fark etmemesi hallerini öngörüyor. Uygulamadaki farklılığın aksine, M: Onursal Cin'in görüşüne göre, CMK m. 158/6'daki düzenleme, gerçek anlamda bir vazgeçmedir. Yani, hiç yapılmamış bir şikâyetin artık yapılmayacağından bahsediyor. Kanun, mağdura durumun anlaşılma-sından sonra bir irade özgürlüğü tanıyor. Mağdur şikâyetinden vazgeçerek davanın düşmesini sağla-yabilir. Davanın açılması durumunda ve mağdurun da vazgeçmemesiyle yargılamaya devam olunduğundan mağdurun bu beyanı teknik anlamda vazgeçmedir. Zira, şikâyet var kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bir kararına göre, savcı ve hakim bunu gözden kaçırmışsa, duruşmada bu durumu fark eden hakim mağdura şikâyetçi olup-olmadığını sormalıdır. Mağdur şikâyet ederse davaya devam olunur. Etmez ise, artık ilgili şikâyetçi olmadığını söylediğinde, aslında artık şikâyetinde bulunmayacağını bildirmekte, yani teknik anlamda vazgeçmektedir. Yani, bu durum, TCK m. 73/4'teki geri alma müessesesi değildir. Zira daha önce herhangi bir şikâyet beyanı yapılmamıştır. Olmayan bir şey ise geri alınamayacağından söz konusu düzenleme bir vazgeçmedir.

Şikâyetten vazgeçme ile şikâyetin geri alınması farklı hükümlere tâbidir. Vazgeçme, tek taraflı bir işlemdir. Oysa gerçek anlamda şikâyetin geri alınması (TCK m. 73/4), kabule bağlı bir beyandır. Burada hakkında şikâyet dilekçesi verilen kişi tarafından bu beyanın kabul edilmesi gerekir.

Bunun sebebi ise, vazgeçmede şikâyet edilen kişinin zarar görme ihtimalinin olmamasına karşılık, geri alma halinde çeşitli nedenlerden dolayı, şikâyet edilen kişinin hak kaybına uğrayabileceği endişesidir. Şöyle ki, vazgeçme halinde, ortada zaten bir şikâyet olmadığı için sanığın zarar görmesi mümkün değildir. Zira, savcılık henüz işlemlere başlamamış, kamu davasını açmamıştır. Ancak şikâyet sonrası savcılık bazı işlemler yapar ve hatta yargılamaya başlanabilir. Bu durumda ise, yargılanan kişi hak kaybına uğrayabilecek, belki de haksız yere yargılanması ile prestijinin zedelenmesi gibi haller ortaya çıkabilecektir. Tüm bu nedenlerle şikâyet edilen kişiye, geri almayı kabul etmeyerek yargılamaya devam edilmesini isteme hakkının tanınması yerindedir. Zira, şikâyet edilen kimse, yapılacak yargılama sonunda masum olduğunun mahkeme kararıyla saptanmasından sonra, haksız yere şikâyetinde bulunana karşı tazminat davası açabilecek ve hatta cumhuriyet savcılığına iftiraya uğradığına dair şikâyetinde bulunabilecektir.

Şikâyetin Sirayeti (Yayılmaması)

Suçtan zarar görenin birden fazla olması durumunda, bunlardan yalnızca bir tanesinin şikâyetinde bulunması, dava şartını gerçekleştirir ve savcı kamu davasını açar. Bir kişinin şikâyet etmesiyle, diğerleri de sanki şikâyet etmiş gibi olur. Ancak, şikâyet hakkını kullanmayan bu kişiler, davaya müdahil olamaz. Şikâyetin sirayeti, yalnızca davanın açılması bakımındandır. Aynı şekilde failin birden fazla, suçtan zarar görenin tek kişi olması durumunda da, suçtan zarar görenin şikâyeti, tüm faille dava açılmasını sağlar. Bu, gerçek anlamda şikâyetidir. Şikâyetin geri alınması ya da şikâyetten vazgeçme halinde, bu kişinin tazminat vs gibi hakları ortadan kalkacaktır. Vazgeçmeden vazgeçme ise mümkün değildir.

Dava Süresi

TCK ve bazı özel kanunlar, kamu davasının açılabilmesini belli sürelerle sınırlandırmıştır. Bunlara dava süresi denir. Bunlara uyulmazsa, savcının dava açma hakkı ortadan kalkar. Dava süresi, dava zamanaşımı ya da şikâyet süresi değildir. Mesela, şikâyetinde, süre geçtikten sonra kaybedilen şey haktır. Oysa dava süresinin geçirilmesi durumunda cumhuriyet savcısının kamu davası açma hakkı ortadan kalkmaktadır. Dava zamanaşımında ise, devletin cezalandırma yetkisi ortadan kalkar. Özel kanunlara örnek olarak, Basın Kanunu m.26'da günlük ve süreli yayınlarla ilgili olarak dava açılabilmesi için 2 ve 4 aylık dava süreleri öngörülmüştür. Yine bir başka özel kanun olarak, TRT Kanunu'nda TRT aracılığıyla suç işlenmesi halinde 60 günlük dava açma süresi vardır. Bu süreler,

dava şartı olduğundan, sürelerin geçirilmesinden sonra dava açılmaz. Son olarak, süre, failin ve fiilin öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlar.

İzin

İzin, bir kamu davasının açılabilmesi için, yetkili merciin, bu konuda verdiği yazılı onaydır. Bir başka ifadeyle, dava açılmasının uygun görüldüğünün merci tarafından bildirilmesidir. Mesela, cumhurbaşkanına hakaret suçunda kavuşturma yapılabilmesi için adalet bakanının izni gereklidir. Yine, devlet memurları ve kamu görevlilerinin, görevlerinden dolayı yargılanabilmeleri için önce kurumlarınca bir soruşturma yapılması ve bunun sonucunda da yargılanma izni (lüzumu muhakeme kararı) verilmesi gereklidir.

Talep

Sermaye Piyasası Kanunu'na göre, SPK, bazı bankacılık suçlarında savcılığa başvuruda bulunuyor. Bu başvurunun niteliği tartışmalı. M. Onursal Cin'e göre, bu bir şikâyet değildir, zira, SPK suçtan doğrudan zarar görmüyor. Bu bir izin de değildir, çünkü başvuru, kovuşturma için zorunlu bir unsur değil. İşte buradaki başvuru taleptir. Zira, talep, bir konuda resmi bir merciin cumhuriyet savcısına kamu davasının açılabilmesi için yapılan başvuru. TCK m. 12 ve 13, talep için örnektir. Ancak m.12'te 'istem' ibaresi bulunmaktadır ki bunu da talep olarak anlamak gerekir. Talep, CMUK döneminde bulunan, adalet bakanının doğrudan dava açılması talebi değildir. Zira, şu an yürürlükte bulunmayan bu hüküm, aslında adalet bakanının cumhuriyet savcısına verdiği bir emirdir.

Yargı Bulunmaması

Eğer failin fiili yargılanmış ve sonucunda da karara bağlanmış ya da verilen karar kesin hüküm halini almışsa, artık aynı failin aynı fiilinden dolayı dava açılması mümkün değildir. Buna da yargı bulunmaması denir (CMK m.223/7).

Açık Dava Bulunmaması (Derdestlik)

Eğer bir failin bir fiili için açılmış bir dava varsa, artık aynı fiilden dolayı başka bir dava açılmaz (CMK m.223/7).

Yeni Delil Bulunması

Kural olarak, bir fail, işlediği bir fiilinden dolayı yargılanmış ve verilen karar da kesin hükme bağlanmışsa, aynı fiille ilgili olarak yeniden yargılama yapılamaz. Ancak, istisnai olarak CMK m. 311'de olağanüstü bir yargı yolu öngörülmüştür. Bu konuda eğer yeni bir delil ortaya çıkmışsa, failin fiili yargılanmış ve hatta kesin hükme bağlanmış olsa

dahi, yeni bir delilin ortaya çıkmasıyla yargılama yenilenir. Yeni delil yargılamaya sunulmamış, getirilememiş ya da getirilmişse de üzerinde durulmamış, hakim dikkat etmediği bir delil olmalı ve üzerinde durulsaydı yargılamayı etkileyebilecek nitelikte olmalıdır. Böyle bir durumda yargılama canlandırılır.

Evlenme Bulunmaması

765 s. TCK'da evlenme vaadiyle kandırarak kızlık bozma suçu vardı. 5237 s. TCK bu hükme yer vermemiş, böyle bir hali, yerinde olarak, direkt tecavüzden sorumlu tutmuştur. Bu suçta mağdurun faille evlenmesi durumunda ise kamu davası açılmıyor, açılmışsa da derhal düşürülüyordu. İşte bu da bir dava şartı olarak, arada evlilik bulunmamasıdır. Mevcut TCK'da ise evlenme bulunmaması şartına m.230/5'te rastlanmaktadır. Şöyle ki; hükme göre, resmi nikâh yapmadan önce dini nikâh yaptırmak suçtur. Böyle bir durum cumhuriyet savcısı tarafından re'sen kovuşturulacaktır. Ancak, hükmün devamında, medeni nikâh yapılması durumunda kamu davasının ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı belirtilmektedir. Öyleyse, bu suçtan dolayı dava açılabilmesi için, arada evlenme bulunmaması gerek-mektedir.

Uzlaşma

Uzlaşma, ceza hukukumuzda yeni bir kurumdur. Uzlaşma kurumu, bizim örnek aldığımız Kıta Avrupası sisteminin özünü oluşturan Alman, Fransız, İsviçre ceza hukuklarında bulunmaktadır. Uzlaşma müessesesi Anglo-Amerikan sisteminde ve sonrasında İngiliz sisteminde bulunmaktadır.

Uzlaşma, takibi şikâyete bağlı bir suçtan dolayı suç failinin suçu ve mağdurun mağduriyetini gidermeyi kabul etmesiyle kamu davası açılmaması durumudur. Bir başka ifadeyle, uzlaşma, takibi şikâyete bağlı bir suç için henüz kovuşturma aşamasına geçilmeden, tarafları, soruşturma aşamasında sulh ile sonuçlandırmaktır. Uzlaştırma kurumu ile amaçlanan, takibi şikâyete bağlı suçlarda tarafların anlaşarak adliyenin dava (iş) yükünü azaltmaktır. Uzlaştırma, çok fazla yaptırımı olmayan, mağdurun mağduriyetinin bir nebze de olsa giderilmesi mümkün olan işlerde uygulanır.

Uzlaşma kurumu CMK m. 253'te düzenlenmiştir (5560 sayılı kanundan önceki düzenleme hem TCK hem de CMK hükmü olarak mevcuttu). Uzlaşma usulünde şu hususların bulunması zorunludur:

? Ortada takibi şikâyete bağlı bir suç veya takibi şikâyete bağlı olmayan şu suçlardan biri olmalı:

- Kasten yaralama (f. 3 hariç)
- Taksirle yaralama
- Konut dokunulmazlığının ihlâli

- Çocuk kaçırma ve alıkoyma
 - Ticari sırlarla ilgili suçlar.
- ? Bu suçun mağduru ya da zarar göreni gerçek ya da özel hukuk tüzel kişisi olacak,
- ? Fail, mağdurun mağduriyetinin tamamını ya da önemli bir kısmını gidermeyi kabul etmiş olacak,
- ? Mağdur, zararın tümünün ya da önemli bir kısmının giderildiği takdirde uzlaşacağını bildirmiş olacak,
- ? Tarafların irade beyanları özgür olacak,
- ? Beyanların özgür olduğu cumhuriyet savcısınca tespit edilecek.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa dahi, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaşma mümkün değildir. Takibi şikâyete bağlı olanlar hariç, bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, özel kanunlarında hüküm olması gerekir.

CMK'nın 5560 sayılı kanunla değişik 253. maddesi uzlaşmanın usulü düzenlenmektedir. Buna göre, uzlaşmaya tâbi bir suçta cumhuriyet savcısı veya savcının talimatı üzerine adli kolluk görevlisi şüpheli ile mağdur veya suçun zarar görenine uzlaşma teklifinde bulunur. Taraflar, tekliften itibaren üç gün içinde uzlaşma teklifini kabul ettiklerini bildirmedikleri takdirde, teklifi reddetmiş sayılırlar. Uzlaşma teklifinde bulunulması ve uzlaşma işlemlerine başlanması, suçla ilgili olarak delil toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

Tarafların uzlaşma teklifini kabul etmeleri halinde, savcı uzlaştırma işlemlerini kendisi yürütebileceği gibi, barodan bir avukat görevlendirilmesini isteyebilir ya da hukuk eğitimi görmüş kişiler arasından bir uzlaştırmacı görevlendirebilir. Uzlaştırma, 30 gün içinde sonuçlandırılır. Gerekli hallerde savcı, bu süreyi 20 gün daha uzatabilir.

Uzlaştırma müzakereleri gizlidir. Uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliğine uygun davranması gerektiği hususu hatırlatılır. Cumhuriyet savcısının uzlaşma boyunca uzlaştırmacıya talimat verme yetkisi vardır. Müzakerelerin sonunda uzlaştırmacı, hazırladığı ayrıntılı bir raporu savcıya sunar. Bu rapor, ilk anlamında ilâm mahiyetini haiz belgelerdendir. Uzlaşma mümkün olmazsa, yenden uzlaşma yoluna gidilemez. Uzlaşmanın gerçekleşmesi durumunda, şüphelinin edimlerini yerine getirmesi halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

Uzlaşma işlemleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ya da kovuşturmada delil olarak kullanılamaz.

Uzlaştırmacıya, çalışması ve masraflarının

karşılığı olarak uygun bir ücret, cumhuriyet savcısı tarafından takdir edilir.

Uzlaştırma müzakereleri sırasında, dava süresi ve zamanaşımı işlemez. Uzlaştırma işlemleriyle ilgili verilen kararlar kanun yoluna açıktır.

Sonuç olarak; bir kamu davasının açılabilmesi için, fail ve mağdurun uzlaşmamış olması gereklidir. Zira, bu bir dava şartıdır.

Önödemenin Yerine Getirilmemesi

Önödeme, kamu davası açılmadan ve/veya yargılama yapılmadan failin cezalandırılmasına imkân veren bir müessesedir. Önödemenin birkaç türü vardır. Burada bizi ilgilendiren, kamu davası açılmadan yapılan önödemedir. Bir suç yalnız adli para cezası ya da yukarı sınırı üç aya kadar hapis cezasını gerektiriyorsa, savcılığın bu suçla ilgili belirlediği miktarı 10 gün içinde ödeyen fail hakkında kamu davası açılmayacaktır. Önödeme, bir usul normu olmasına rağmen, TCK'da düzenlenmiştir (m.75).

Önödeme, önceki kanun döneminde yalnızca kabahatler hakkında uygulanabiliyordu. 5237 s. TCK kabahat-cürüm ayrımı yapmamış, kabahatler ayrı bir kanun olarak düzenlenmiştir (Kabahatler Kanunu).

TCK m. 75/2 gereğince önödemenin yapılması durumunda kamu davası açılmayacağından, açılmış ise düşeceğinden, önödemenin yerine getirilmemesi de bir dava şartıdır.

Dava Şartlarına Uymamanın Sonuçları

Dava şartlarına uymamanın en temel sonucu; savcının kamu davasını açamamasıdır. Buna rağmen, eğer bu şartların gerçekleşmediği gözden kaçırılarak dava açılırsa, kanun koyucu sorunu ikili bir ayrımla çözümlüyor. Buna göre, böyle bir durumda dava şartının gerçekleşmesi ya mümkündür ya da mümkün değildir.

Dava şartının gerçekleşmesi mümkün değilse, yine iki ihtimal ortaya çıkar: Uyuşmazlık daha önce yargılanmıştır veya daha önce yargılanmamıştır. Eğer uyuşmazlık daha önce yargılanmış değilse, mahkeme, düşme kararı verecektir. Eğer yargılanmışsa, davanın reddine karar verecektir.

Şartın gerçekleşmesi mümkünse, yine ikili bir ayrım vardır: Yargılama başlamıştır ya da henüz başlamamıştır. Yargılama henüz başlamamışsa, davanın reddine karar verilir (CMUK'ta buna davanın kabule şayan olmaması nedeniyle reddine karar verilir denir). Dava başlamış ise, mahkeme durma kararı verir.

Yargılama Şartları

Kovuşturma aşamasından duruşma devresine geçebilmesi için var olması, gerçekleştirilmesi gereken şartlara, yargılama şartları denir. Bunlar dört tanedir:

- ? Sanığın hazır bulunması,
- ? Sanığın akıl hastası olmaması,
- ? Bekletici sorunun çözümü,
- ? Yasama dokunulmazlığının bulunmaması.

Bu dört şarttan herhangi biri mevcut değilse yargılama yapmak mümkün değildir.

Sanığın Hazır Bulunması

Ceza davasının açılabilmesi için, kişinin kimliğinin ve fiilinin bilinmesi gereklidir. Yargılama için ise, sanığın mutlaka mahkemede hazır bulunması gerekir. Ancak CMK m. 193'e göre, toplanmış olan mevcut delillerle sanığın mahkûmiyeti dışında bir karar verilmesi gerektiği yönünde bir kanata varılırsa, sanığın yokluğunda dava bitirilebilir. Sanığın duruşmada hazır bulunmasının bazı istisnaları mevcuttur. Sanık hazır bulunmasa da yargılama yapılabilecek haller, CMUK döneminde üç, yeni CMK döneminde iki tanedir: Sanığın yokluğu ve kaçaklık.

CMUK döneminde gaiplik de bir istisna idi. CMK, gaipiler hakkında duruşma yapılamayacağını düzenliyor. Gaiplik, nerede olduğu bilinmeyen ya da yurt dışında olup da mahkeme önüne getirilmeyen ya da getirilmesi uygun görülmeyen kimsedir (CMK m. 244). Gaip ile bağlantı yok, bu nedenle zorla getirilemez. Yurt dışında bulunup, mahkeme önüne getirilememekten kasıt, kişinin başka ülkede cezaevinde olduğudur. Uygun görülmeyen; kişinin çalıştığı yerden izin alamayıp, mahkemeye gelememesi halidir ya da mesela, tedavi gören kimsenin durumu.

1. Sanığın Yokluğu

Kendisiyle temasa geçilebilen, yaşadığı yer, meskeni bilinen, gerektiğinde mahkemeye zor kullanılarak getirilebilen sanık, diğer şartlar da mevcutsa yok sayılabilir. Şartlar şunlardır:

- ? Sanığın duruşma esnasında mahkemeden uzaklaşması (savuşma)
- ? Sanık gelmese de duruşma yapılabilen yokluk halleri
- ? Sanığın duruşmadan vareste tutulması
- ? Sanığın duruşmadan çıkarılabildiği haller.

- ? **Sanığın Duruşmadan Uzaklaşması (Savuşma)**: Yargılamada kural olarak, sanık, duruşma sonuna kadar salonda tutulur ve savuşmasının önüne geçmek için gereken tedbirler mahkemece alınır (CMK m.194).

Ancak zaman zaman hataen ya da ihmalen sanığın duruşma salonunda bulunmadığı görülür. Mesela, öğleden sonraya uzayan bir duruşmada, sanığın öğleden sonraki oturuma katılmaması hali böyledir. Savuşma, firar değildir. Zira, sanık mahkemeye gelmiş, bir süre duruşmaya katılmış, sonradan çıkmıştır. Savuşma, geçici olarak duruşma salonunda bulunmama demektir. Kovuşturma makamları, savuşan sanıkla irtibata geçebilecek durumdadır. Bu da savuşma ile kaçaklığın farkıdır.

Yargılama, savuşan sanığın yokluğunda devam eder. Ancak bunun iki şartı vardır. İlk olarak, savuşan sanığın önceden sorguya çekilmiş olması gerekir. İkinci olarak, sanığın hazır bulunmasına mahkeme tarafından gerek görülmemiş olabilir. Bu şartların mevcudiyeti halinde, yargılamaya sanığın yokluğunda devam edilebilir ve hatta dava bitirilebilir (CMK m.194/2).

Mesela, bilgisayarda çocuk pornosu bulundurmak suçtur (TCK m.226). Böyle bir kimsenin bilgisayarı IP numarasından tespit edilerek, bu kişinin evine arama ve koyma kararıyla baskın yapılabilir. Bilgisayarda müstehcen görüntülerin bulunmasıyla suç tamamlanmıştır. Bu kimse, duruşmaya gelerek sorguya çekilmiş ve bundan sonraki duruşmalara katılmamışsa, yokluğunda yargılamaya devam edilerek hüküm kurulur.

- ? **Sanık Gelmese De Duruşma Yapılabilen Yokluk Halleri**: CMK m.195'e göre; suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese de duruşma yapılabilir. 765 s. TCK döneminde bu durum, kabahatler için mevcuttu. Artık cürüm-kabahat ayrımı ortadan kaldırılmıştır. 5237 s. TCK'ya göre, suçun cezası 1 ay dahi olsa sanığın yokluğunda duruşma yapılamaz.

Sanığın gelmemesi halinde de duruşma yapılabilmesi için, sanığa gönderilecek davetiyede 'gelmezse duruşmaya yokluğunda devam edileceği' hususu mutlaka belirtilmelidir (CMK m.195).

- ? **Sanığın Duruşmadan Vareste (Bağışık) Tutulması**: Duruşmaya katılmak mecburiyetinde bulunan bir sanığın isteği üzerine ve hakim de kararıyla, bu mecburiyetten kurtarılması, vareste tutulmadır (CMK m.196). Bunun için sanığın sorgusunun yapılmış olması gerekir. Ayrıca geçerli bir mazeretin bulunması da gerekir. Mesela, yargılamanın yapıldığı yerde oturmamak, sağlık sebepleri,

kanunda da düzenlenen geçerli mazeretlerdir. Hiçbir mazeretin olmamasına rağmen, varestede tutulma talebi yapılabilir. Ancak, hakim bunu dikkate alacaktır.

- ? Saniğin Duruşmadan Çıkarılabileceği Haller Bununla ilgili olarak, kanunda 3 tane düzenleme vardır: CMK m. 200, 203 ve 204.
- ✓ Sorgu Sırasında Saniğin Mahkemeden Çıkarılması (CMK m.200) : Sanık, sorgulanan diğer sanık veya tanıkları etki altında bırakıyor, rahatsız ediyor ya da bunlar saniğin yanında doğruyu söyleyemiyorlarsa, saniğin duruşma salonundan çıkarılmasına karar verilebilir. Ancak, bununla saniğin savunma hakkı da kısıtlanmamalıdır. Sanık, duruşma salonuna yeniden alındığında, yokluğunda yapılan işlemler kendisine anlatılır (m. 200/2). Geçici bir yokluk halidir.
 - ✓ Duruşmanın Disiplini (CMK m.203) : Mahkeme başkanı veya hakim, duruşma disiplinini bozucu davranışlar içerisinde bulunan kişi (ve elbette saniği de) duruşmadan çıkartabilir. Saniğin çıkartılması durumunda, savunma hakkının kısıtlanmamasına dikkat edilir. Bu da geçici bir yokluk halidir.
 - ✓ Saniğin Yokluğunda Yargılama (CMK m.204) : Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, salondan çıkartılır. Mahkeme, böyle bir saniğin duruşmada bulunmasını savunması bakımından zorunlu görmezse, yargılamayı saniğin yokluğunda sürdürerek hüküm verebilir. Ancak bu durumda saniğe –eğer yoksa- bir müdafii atanır. Bu hal ise, geçici nitelikte değildir.

2. Kaçaklık

Kaçak, nerede olduğu bilinmeyen, kendisine ulaşamayan, hakkında yapıldığını bildiği bir kovuşturmayı sonuçsuz bırakma amacıyla yurtiçi veya yurtdışında saklanan kimsedir. Kaçaklar hakkında yoklukta yargılama yapılabilir. Ancak bunun için bir şart gerekli. Buna göre; kaçağın yargılanabilmesi için, sorgusunun yapılmış olması mutlaka gerekir. Sorgulamasının yapılmasından sonra firar eden saniğin yokluğunda yargılama yapılarak dava sonuçlandırılabilir. Bu da, sanık olmaksızın duruşma yapılamamasının bir istisnasıdır.

Ayrıca, sorgusu yapılmamış olan kaçak sanık

hakkında da yargılamaya devam olunabilir. Ancak, sorgusu alınmamış sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemez.

Saniğin yokluğu hallerinden farklı olarak, kaçak saniğe ulaşamamaktadır. Saniğin yokluğu hallerinde ise, saniğe ulaşılabilir. Saniğin yokluğu hallerinde ise, saniğe ulaşılabilir.

CMK m. 247 : “Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan...” Türkiye’de suç olan bir husus, saniğin bulunduğu ülkede suç olmayabilir ya da iadeye tâbi olmayabilir. Bu durumda saniğin, bulunmakta olduğu ülkede saklanmasına lüzum yoktur. Kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt dışında bulunması yeterlidir.

CMK m.247/2 ile m.248’in incelenmesi

CMK m. 247/2’ye göre, hakkında m. 248/2’de sayılan suçlardan dolayı kovuşturma başlatılmış olan saniğe, önce mahkeme tarafından tebligat yapılır. Bundan sonra sanık, tebligata uyarak mahkemeye gelmezse, zorla getirilir. Eğer bu da yerine getirilemezse, m.247/2’deki prosedüre uygun olarak saniğe ilân yapılır. Bundan sonradır ki, sanık hakkında m.248’deki tedbirlere başvurulabilir.

Burada maddenin lafzından yola çıkarak akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba CMK m. 248/2’deki suçlar, kaçaklığın ön şartı mıdır? Maddenin yazılışına bakılarak ilk olarak bu soruya olumlu cevap vermek mümkündür. Ancak, bu pek de olumlu sonuçlar doğurmayacaktır. Ayrıca, m.247/2, kanun metnine sonradan eklenmiş bir fıkradır. Sorun, yeterince özen gösterilmeden eklendiği anlaşılan bu fıkranın kaleme alınış tarzındadır. Bu nedenle, söz konusu ek fıkrayı dikkate almadan yapılan bir değerlendirmede herhangi bir çelişki ortaya çıkmamaktadır.

Eğer, m.248/2’de sayılan suçlar, kaçaklık için bir ön şart olarak kabul edilirse, m.248/1’in ilk cümlesinde saniğe ‘kaçak saniğin...’ denmemesi gerekirdi. Zira, saniğin kaçak addolunabilmesi için bu suçlardan kovuşturma başlatılmış ve bundan sonra da m.247/2’deki prosedüre uygun olarak işlem yapılması gerekirdi. Ancak bu işlemlerden sonra sanık, kaçak olarak adlandırılabilirdi. Öyleyse, henüz kaçaklığına karar verilmemiş bir kimse hakkında, m.248/1’in ilk cümlesinde ‘kaçak’ ibaresinin kullanılması bir çelişki yaratmaktadır. Bu nedenlerle, katalog suçlar (m.248/2), kaçaklığın ön şartı değildir. Zira, bunu bir ön şart olarak kabul edersek, TCK’da en ağır cezayı gerektiren suç olan kasten insan öldürmenin bu fıkra da yer almamasını nasıl açıklayacağız? Bunu bir ön şart olarak kabul ettiğimizde, mesela kasten insan öldüren ve ilk sorgusu yapıldıktan sonra kaçan bir kimseyi

yargılamak imkânsız hale gelecektir.

Sonuç olarak, söz konusu hükümlerden anlamamız gereken, m.248/2'deki suçların kaçaklığın ön şartı olmadığıdır. Bir kimse, pekala katalogda yer almayan suçlardan dolayı da kaçak olabilir. Ancak, bu kimse hakkında tedbire başvurulamaz. CMK m.248/2'deki suçlar, sanık hakkında tedbire başvurulmasını sağlayan suçlardır. Yargılanmakta olan bir kimse hakkında m. 247/2'deki prosedür uygulanarak kaçaklığına hükmedilecek; kavuşturulan suç, m.248/2'deki suçlardan biriye ayrıca el koyma tedbirine başvurulabilecektir. Kovuşturulan suç, katalog suçlardan değilse de, tedbir uygulanamayacak, ancak yargılamaya devam edilecektir. Ancak bunun için, elbette ki sanığın bir defa da olsa sorgulanması şarttır. Ayrıca hakim, sorgusu yapılmış da olsa, sanık hakkında kaçaklığa hükmetmek suretiyle yokluğunda yargılamaya devam etmek zorunda değildir. Hakim, dilerse sanığın getirilmesini de bekleyebilir.

Sanığın Akıl Hastalığının Olmaması

Kişi, suç işledikten sonra bir akıl hastalığı ya da akıl zayıflığına tutulursa, bu kimse hakkında yargılama yapılamaz. Burada ana kriter, akıl hastalığının suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkmasıdır. Suç sonrasında akıl hastalığının ortaya çıkması için, bunun mutlaka suçun verdiği elemle olması gerekmez. Akıl hastalığı, başka herhangi bir sebeple de ortaya çıkabilir. Mesela, sanığın cezaevinde tecavüze uğraması. Bir diğer kriter de, sanığın tutulduğu hastalığın, savunmasını etkin bir şekilde yerine getirmesini engelleyici nitelikte olması gerekir. Yoksa, akıl hastalığına tutulan herkes bundan faydalanamaz.

Bekletici Meselenin Çözümü

Ceza mahkemesi, yargılama esnasında kendi uzmanlık alanı dışında bir konuyla karşılaşır, bu uyuşmazlığın çözümü için uzman mahkemeye başvurabilir. Mesela, arazi uyuşmazlığı nedeniyle doğan bir yaralama suçunda, arazinin kimin olduğu, taraflardan hangisinin taşınmaza tecavüzde bulunduğu tespiti için, hukuk mahkemesinden görüş sorulabilir. Bu durumda ceza mahkemesi, hukuk mahkemesinden gelecek cevaba göre hareket edeceğinden, bunu bir bekletici sorun yapar. Bekletici sorun ise, bir yargılama şartıdır. Ancak mahkeme, sorunu isterse CMK m.218'e göre de kendisi çözümleyebilir. Yani, ceza mahkemesi hakimi, ortaya çıkan sorunu CMK hükümlerine göre çözümleme yetkisine sahiptir. Böyle bir hükmün CMK'da bulunmasının sebebi, Türk Yargılama Sistemi'ndeki çarpıklıktır. Ayrıca, haki-

min meseleyi kendisini çözmesi, daha isabetli olacaktır. Kaldı ki, hakimın böyle bir meseleyi çözebilecek donanımı genellikle mevcuttur. Zira, ülkemizde hakimler zaman içinde pek çok değişik türden mahkemede görev aldıklarından, ceza mahkemesi hakiminin, daha önce mesela bir hukuk mahkemesinde aynı türden işlerle uğraşmış olması, mesleki tecrübesi, meselenin çözümünde kendisine bir avantaj da sağlayacaktır. Bunun getirisi ise, yargılamanın daha çabuk bitirilmesi olacaktır.

CMK m.218/2 ise, istisnai bir durumdur. Buna göre, kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının tespitiyle ilgili bir sorunun doğması halinde, mahkeme, ilgili kanuna göre bu sorunu kendisi çözer. Bu da bekletici mesele yapma yasağıdır.

Geçici Yasama Dokunulmazlığının Bulunmaması

Daha önce de değinildiği gibi, anayasamıza göre, milletvekillerinin yargılanabilmeleri için, milletvekilliğinin sona ermesi gerekir. Bu da belli bir süreye tâbidir. Milletvekili, bu süre içinde tutuklanamaz, tanıklığı istenemez, ifadesi alınamaz, yargılamaya devam edilemez.

Yargılama Şartlarının Gerçekleşmemesinin İki Doğal Sonucu

Eğer bir yargılamada, yargılama şartları gerçekleşmemişse, mahkeme, bu şartların gerçekleşme imkânının olup-olmadığını inceleyecektir. Eğer, şartların gerçekleşme imkânı varsa, mahkeme 'durma kararı' vererek şartın gerçekleşmesini bekleyecektir. Mesela, bekletici sorunun çözümü, akıl hastalığının ortadan kalkması gibi.

YARGILAMA SÜJELERİ

Yargılamada rol alan, bağımsız haklar kullanan ve yükümlülükleri olan, kullandığı hakla-ıyla yargılamanın akıbetinde etkili olan bir kısmı yargılama için olmazsa olmaz kişilerdir. Bu kişiler, hakim, savcı, sanık, müdafî ve müdahildir. Bir de yargılamaya katılanlar sınıfı vardır ki, bunlar da bağımsız haklar kullanan ve yükümlülükleri olan kişiler olmalarına rağmen, yargılamanın akıbetini doğrudan değiştiremeyecek olan kimselerdir. Yargılama süjeleri ile yargılamaya katılanlar arasındaki en büyük fark, yargılamanın akıbetini değiştirip değiştiremeyeceklerindedir. Tanık, bilir-kişî, tercümanlar yargılamaya katılanlar sınıfında yer alır. Ayrıca zabıt kâtibi ve mübaşirler vardır. Bunlar da yargılamaya katılır ancak yargılama ile doğrudan bağlantılı hakları yoktur. Bunlar duruşmanın

güvenliği, tutanak tutma, tanıkları içeri alma gibi yardımcı görevler üstlenirler. Bu nedenle bunlara yargılamanın yardımcıları denir.

Hakim (Yargıç)

Ceza yargılamasında uyuşmazlığı çözen kimse yargıçtır. Kendisine yargıç denilmesindeki anlam budur. Yargıcılık niteliği anayasada ve bazı özel kanunlarda sayılmıştır. Yargıç olmanın şekli koşulları; bir hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra Hakimlik-Savcılık Sınavını kazandıktan sonra sözlü mülakatı geçmek ve bundan sonraki staj aşamasını tamamlamaktır. Bir yargıcın sahip olması gereken en önemli özellik, önyargılı olmamaktır. Şüphesiz ki, toplanan delilleri kendi vicdani kanaatlerine göre takdir eden yargıcın vicdanının önyargılardan uzak olması çok önemlidir.

Yargıçların kavramsal olarak değişik ayrımlara tâbi tutulması mümkündür:

Olağan Yargıç / Olağanüstü Yargıç : Olağan yargıç (tabii hakim = kanuni hakim), suçtan önce kurulmuş ve yetkili kılınmış bir mahkemenin yargıçıdır. Olağanüstü yargıç ise, bir suçun işlenmesinden sonra ve sırf o suçu yargılamak için kurulmuş ve yetkilendirilmiş olan bir mahkemenin yargıçıdır. Sıkıyönetim Mahkemeleri, İstiklâl Mahkemeleri böyledir. Öcalan'ın yargılanmasında ise böyle bir hal mevcut değildir. Zira, bu yargılama için yeni bir mahkeme kurulmamış, kanunda yer alan hallerden biri olan güvenlik sebebiyle yargılamanın güvenli bir yerde yapılması sağlanmıştır.

Aslolan, olağan mahkeme ve olağan yargıcılıktır. Sonradan bazı kimse ve suçları yargılamak için mahkeme kurulması, hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz.

Meslekten Yargıç / Meslekten Olmayan Yargıç : Meslekten yargıçlar, yargıyı meslek olarak edinmiş kişilerdir. Bunlar bir hukuk fakültesinden veya idari yargıda olduğu gibi farklı bir fakülteden mezun olup, daimi olarak yargılama faaliyetiyle uğraşmaktadırlar.

Buna karşılık, meslekten olmayan yargıçlarda durum daha farklıdır. Meslekten olmayan yargıç uygulaması dünyada üç çeşittir:

- ? Halktan yargıçlar. Bu sistem, doğrudan demokrasinin uygulandığı İsviçre'nin Uşi Eyaleti'nde vardır. Burada meslekten yargıcın yanında, halktan birisi de yer alarak yargılamaya katılır.
- ? Uzmanlara yargıcılık görevi verme. Bu sistemde belirli hassasiyeti olan konularda (askeri, çocuklarla ilgili) belirli uzmanlara

yargıcılık görevi veriliyor. Çocuk mahkemelerinde pedagog, psikolog gibi uzmanlar veya askeri mahkemelerde belirli rütbeli askerler, hakimin yanında oturuyor ve yargılamaya aktif olarak katılıyorlardı. Şu anki uygulamada sadece çok az olarak bazı askeri mahkemelerde subay üyeler bu görevi yerine getirmektedir. Çocuk mahkemelerinde ise şu an pedagog, psikolog gibi uzmanlar sadece uzman bilirkişi sıfatıyla bulunmaktadır.

- ? Jüri sistemi. Bu sistem, şu an ABD'nin 16 eyaletinde uygulanmakta ve giderek terk edilmektedir. Burada halktan vergisini ödemiş, okuma-yazma bilen, sabıkasız, seçimlerde oy kullanmış olan kimseler arasından jüri seçilerek mahkemede görev almaktadır. Bu sistemde hakimin sonuca yönelik doğrudan bir yetkisi yoktur. Hakim, duruşmanın disiplinini sağlamak, yazışmaları yapmak gibi görevleri ifa eder. Sanığın suçlu olup-olmadığına jüri karar verir. Hakim, bundan sonra o eyalet yasalarına göre o suç için ceza belirler. Jüri sisteminde sanığın suçluluğuna karar vermek için eskiden tam sayı aranırken, şu an jüri üye sayısının ¾'ünün vereceği kararla sanık suçlandırılır.

Anayasa m.37'de Düzenlenen Tabii Yargıcılık İlkesi

Anayasa, bu ilke ile, herkesin tâbi olduğu mahkeme önüne çıkarılmasını öngörüyor. Devletin suç ve ceza ihdas etmesinin sonucu olarak hangi suçun hangi mahkemede yargılanacağını önceden bilinebilir olması gerekir. Suç işleyen bir kimse, bu suçundan dolayı hangi mahkemede yargılanacağını önceden bilir. Kanuni hakim ilkesi, hukuki güvenlik açısından, halkın adalete olan güveni açısından çok önemlidir. Böyle bir ilke olmasaydı halkın yargıya, adalet sistemine olan güveni zedelenecekti. Bu ilkenin yerine getirmiş olduğu önemli bir fonksiyon da yargıyı, yürütmenin eline vermemektir. Zira, yürütme güçlüdür. Bu ilke olmasa, politikacıların müdahalesi sonucu diledikleri kişiyi diledikleri mahkemede yargılabilmeleri durumu ortaya çıkabilirdi. Sonuç olarak, bu ilkenin terki, devleti hukuk devleti olmaktan uzaklaştırarak, bir polis devleti haline getirebilecektir.

Yargı ve Yargıç Bağımsızlığı

Yargıcın bağımsızlığı çok önemlidir. Yargıç, hiçbir baskı altında kalmadan tamamen kendi vicdani kanaatlerine göre karar vermelidir. Yargı ve yargıç bağımsızlığının bazı alt unsurları vardır:

- ? **Emir ve Talimat Almama :** Yargıçlar, yargılama görevleriyle ilgili olarak hiçbir kimseden emir ve talimat almamalıdır. Bu, yargıç için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür.
- ? **Karar Vermede Özgürlük :** Yargıç her zaman kararını, üzerinde çalıştığı dosya üzerindeki delillere dayanarak verir. Buna kimse etki etmemelidir. Yasa koyucu bunun için bazı koruyucu tedbirler almıştır. Basına ve yürütmeye karşı bazı yasaklar getirilmesi gibi.
- ? **Sorumsuzluk :** Yargıçlar, karar verirken sorumsuzdurlar. Bu sorumsuzluk hukuk mantığı içinde olayları değerlendirme ve kanunları uygulama çerçevesinde değerlendirilmelidir. Yargıç, karar verirken ceza almayacağını bilerek karar vermelidir. Ancak bu ilke eleştirilmektedir. Yöneltilen eleştiriye göre; nasıl ki adli tabipler meslekte acemilik, dikkatsizlik gibi sebeplerle yapmış oldukları müdahalelerden dolayı taksirle yaralama suçundan sorumlusalar, hakimler de aynı sebeplerle cezai olarak sorumlu tutulabilmelidirler.
- ? **Yasaya ve Hukuka Bağlılık unsuru :** Yargıcın sorumsuzluğu sınırsız değildir. Yargıç, bir kadı değildir; hukuka, mevzuata uygun karar vermek zorundadır. Yargıç, maddi ceza normlarıyla bağlıdır, bu nedenle de sorumsuzluğu sınırsız değildir.

Türk Hukuku'ndaki Yargıç Bağımsızlığı Hakkındaki Düzenlemeler

Bu konudaki en temel çerçevenin anayasada çizildiği görülür. Anayasa m.138/I ve II'ye göre; hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Bunlara ilaveten kanun koyucu, bağımsızlığı sağlama çareleri olarak bir takım düzenlemeler yapmıştır. Bunlar yargıcın üç güce (yasama, yürütme, yargı) ve diğer güçlere (basın, çıkar grupları vs.) karşı korunmasını kanunlarla teminat altına almıştır.

Yargıya karşı en büyük tehlikeyi yürütme oluşturmaktadır. Bu nedenle de yargı, öncelikle yürütmeye karşı korunmuştur. Anayasanın 139/I hükmü bu yönde bir düzenlemedir. Maddeye göre; hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istedikçe anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldı-

rılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Ancak hakim, mesela bir suç nedeniyle geçici olarak görevinden uzaklaştırılması bu hükme aykırı değildir. Hakimlerin bağımsızlığına ilişkin, anayasal bir kurum olarak HSYK vardır. Hakimler ve savcılar yüksek kurulu, hakimlerin terfileri, birinci sınıfa ayırma gibi özlük işlerini düzenler. Bu kurulun özerk olması çok önemlidir. 1961 Anayasası döneminde buna benzer olarak Yüksek Hakimler Kurulu vardı ve tamamıyla seçilmiş hakimlerden oluşmuştu. Bu kurul 1981'de kaldırılmış ve 1982 Anayasası ile de bugünkü HSYK oluşturulmuştur. HSYK'nın başkanı Adalet Bakanıdır. Kurulun doğal üyesi ise Adalet Bakanı Müsteşarıdır. Ancak yürütmenin bir kolu olan bakanlar kurulunun bir üyesinin HSYK gibi bir kurulun başkanı olması ve bakanlığın en üst bürokrati olan müsteşarın da kurulun doğal üyesi olması bir takım sakıncalara yol açabilecek niteliktedir. Kurulun diğer beş üyesi ise meslekten hakimlerdir. Bunların üçü Yargıtay, ikisi de Danıştay tarafından seçilir. Seçim usulü ise şöyledir: Yargıtay kendi üyeleri arasından üç asil ve üç yedek, Danıştay da yine kendi üyeleri arasından iki asil ve iki yedek üye seçerek bunları liste halinde cumhurbaşkanına sunarlar. Yürütmenin bir başka kolu olan cumhurbaşkanı ise kimlerin üye olacağını bu listeden seçer. Kurulun üyelerini kendisinin seçememesi, kurul üyelerinin seçilmelerinde yürütmenin rolü, kurul kararlarının yargı yoluna kapalı olması çok önemli sorunlardır ve haklı olarak eleştirilmektedir. Zira, HSYK, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi gibi yüksek mahkemelere de üye seçebilen çok önemli bir kuruldur. HSYK'nın kendisine ait bir binasının olmaması, faaliyetlerinin Adalet Bakanlığı binası içinde ve yazışmalarının bakanlığın sekreteryası yardımıyla sağlanıyor oluşu da oldukça düşündürücü hususlardır.

Yargıcın yasama organına karşı bağımsızlığı da çok önemlidir. Anayasa m.138/III ve IV, bu yönde getirilmiş düzenlemelerdir: Görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

Yargıcın, yargı gücüne karşı da korunması gerekir. Yargıçlar arasında hiyerarşik bir sıralama olmamasının nedeni budur. Kıdemli bir yargıcın, mesleğe yeni başlayan bir yargıca emir ve talimat vermesi mümkün değildir. Bununla birlikte, Türk hukukunda içtihadı birleştirme kararları yargıcı bağlamaktadır.

Yargıcın, bunların dışında kalan diğer güçlere

karşı da korunması çok önemlidir. Mesela, yargıcın basına, toplumdaki çıkar ve güç odaklarına karşı korunması gerekmektedir. Bunun için de yasalarda çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Mesela; TCK m.285, 286, 288, doğrudan doğruya yargıç bağımsızlığı ile ilgili olan m.277, Basın K. m.19 gibi.

Yargıcın Hak ve Ödevleri

Yargıcın en temel hakkı, bağımsızlık ve güvence içinde çalışmaktır. Bir anayasa hükmü olarak hakimler azlolunamaz, kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve sair özlük haklarından mahrum edilemez. Yargıcın bir diğer hakkı meslekte yükselmedir. Yargıçların meslekte yükselmeleri belli kriterlere göredir. Mesela, bilgi, çalışkanlık vs. Ülkemizde bundan önceki sistemde yargıçların görevde yükselmeleri, Yargıtay'ın içtihatlarına uyup-uymamaları nispetindeydi. Şu an ise, not verme sistemi geçerlidir. Bu sistemde, yargıcın verdiği karar, Yargıtay ilgili dairesinde belli kriterlere göre 4 çeşit notla notlandırılır. Notlandırmada dikkate alınan kriterler ise, hükmün hukuki isabeti; açıklanan kanaat ve gerekçede hukuki hata bulunup-bulunmadığı; gerekçeyi yazmadaki hakimiyet; davanın gereksiz yere uzatılıp-uzatılmadığı; usûl kurallarına uymadaki maharet gibi hususlardır. Bunlara göre yargıca not verilerek, HSYK'daki sicil dosyalarına işlenir ve HSYK da buna göre hakimlerin atamalarını, terfilerini gerçekleştirir. Notlandırma sisteminde 'hukuki isabet' aranması sakıncalıdır. Zira, bunun sonucunda hakimler, terfi edebilmeleri için Yargıtay içtihatlarına uymak zorunda olduklarını hissetmek durumunda kalabileceklerdir. Bunun ise, yargıç bağımsızlığına aykırı olacağına şüphe yoktur.

Yargıcın ödevlerine gelince; yargıcın öncelikle yargılama ödevi vardır. Buna göre, hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi dahilinde olan bir davaya bakmaktan kaçınmaz. Hakimın görevini gereği gibi yerine getirmemesinde 765 s. TCK'da hükümler vardı. 5237 s. kanun ile bunlar kaldırılmıştır. Şu an hakimın görevini gereği gibi yerine getirmemesi durumunda uygulanabilecek olan hükümler, 'görevi kötüye kullanma' ve 'görevi ihmal' suçlarıdır. Ayrıca yargıcın bundan başka tazminat sorumluluğu da mevcuttur.

Yargıcın en önemli ödevi ise, tarafsızlıktır. Zira yargıç, uyuşmazlıkta sentez işin yaptığından, önyargısız ve tarafsız olarak sonuca gider. CMK'da buna yönelik hükümler mevcuttur. Buna göre, yargıç şu üç halde davaya bakamayacaktır: *Yargıcın yasaklanması, *yargıcın reddi, *yargıcın çekinmesi.

? Yargıcın Yasaklanması : Kanun koyucu, bazı

nedenlerin varlığı halinde hakimlerin davaya bakmasını yasaklamıştır. Bunlar kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. Bu hallerde hakimın tarafsız olamayacağı yönünde yasal bir faraziye vardır. Yani, kanunda belirtilen hallerin varlığı durumunda hakimın tarafsız kalamayacağı kanun koyucu tarafından var sayılmış ve hakimın bu davalara bakması yasaklanmıştır. Bu haller, CMK m.22 ve 23 hükümleridir.

CMK m. 22'de hakimın davaya bakamayacağı haller bendler halinde sayılmıştır. Bunlardan birinin varlığı durumunda hakim, o davaya bakamayacaktır. Bu haller şunlardır:

- o Hakimın suçtan zarar gören olması,
- o Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında (sonradan ortadan kalkmış olsa bile) evlilik, vesayet ya da kayımlık ilişkisinin bulunması,
- o Hakim, şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan ise,
- o Hakim ile sanık, şüpheli veya mağdur arasında evlat edinme ilişkisi varsa,
- o Hakim ile sanık, şüpheli veya mağdur arasında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa,
- o Hakim ile sanık, şüpheli veya mağdur arasında –evlilik sona ermiş olsa bile– ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,
- o Hakim, aynı davada önceden savcılık, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmış ise,
- o Hakim, aynı davada önceden tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, artık bu davada hakimlik yapamaz.

CMK m.23'e göre ise hakim, önceden karar veya hükmüne katıldığı bir davanın yüksek görevli bir mahkemede verilecek olan karar veya hükmüne iştirak edemez. Hakim, soruşturma evresinde görev aldığı bir hususun kovuşturma aşamasında da görev yapamaz. Yine, hakim, yargılamanın yenilenmesi halinde önceki yargılamada görev aldığı davanın incelemesine katılamaz.

Ancak, Yargıtay'ın soruşturma aşamasında görev alan hakimın kovuşturma aşamasında aynı konuyla ilgili olarak görev yapamayacağı yasağını yumuşatan bir içtihadı vardır. Buna göre; eğer soruşturma aşamasında görev yapan hakim oy veya kanaat açıklamasında bulunmadıysa, kovuşturma aşamasında da görev yapabilir. Mesela, görevsizlik kararı vermek kanaat açıklama değildir. Ancak,

tutuklama ya da tutukluluğun devamına karar vermiş olmak, Yargıtay'a göre, kanaat açıklamadır. Ayrıca Yargıtay, delil toplama, keşif gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılan görevlerin de sonradan kovuşturma aşamasında görev alma yasağı oluşturmayaacağı görüşündedir.

Yasaklama, kamu düzeniyle ilgili olduğu için, re'sen her durumda incelenir. Hakim, kendisinde bir yasaklılık olup-olmadığını her zaman inceleyecek ve kendinde böyle bir durum olduğunu düşünürse o davaya bakmayacaktır. Eğer hakim, böyle bir durumun varlığına rağmen kanuna aykırı olarak davaya bakmaya devam ederse, o ana kadar yapmış olduğu gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılması gerekenler dışında yapmış olduğu işlemler kabul edilmez. Yargıtay'a göre, gecikmesinde sakınca bulunan haller; o an yapılmazsa, bir daha yapılmasının mümkün olamayacağı hallerdir. Bunun dışında kalan işlemler ise tekrarlanır. Yasak hakimın hüküm vermesi halinde ise, CMUK'un mutlak bozma sebebi dediği, CMK m.289/1 b gereği, hukuka kesin aykırılık hali oluşur. Böyle bir hüküm ise, yüksek mahkemede esasa hiç girmeden, usûlden bozulur.

? Yargıcın Reddi : Yargıcın reddi mevzuu, başlı başına hakimın yasaklılığı gibi değildir. Yargıcın reddi, yasaklılık nedeni bulunan yargıcın davaya bakmamasını sağlamak için taraflara verilmiş bir haktır. Yargıcın reddi için şu iki şarttan birinin mevcudiyeti gerekir:

- CMK m.22 ve 23'teki yasaklılık sebeplerinden birisi varsa yargıç reddedilebilir. Bunu talep edebilecek kişiler kanunda sayılmıştır: Savcı, şüpheli, sanık, müdafii, müdahil veya bunların vekili tarafından hakimın reddi istenebilir (CMK m.24/2).
- Eğer yargıcın bir yasaklılık sebebi yok fakat yargıcın tarafsızlığını şüpheye düşüren bir durum söz konusu ise, aynı kişiler red mekanizmasını harekete geçirebilirler.

CMK m. 24'te 'tarafsızlığı şüpheye düşürecek diğer sebepler'den bahsetmektedir. Bunlar, hakimın yasaklanmasında olduğu gibi kanunda düzenlenmiş değildir. Yani, hakimın reddinde, tarafsızlığın şüphesi için yasal bir faraziye yoktur. Bu, ayrı ayrı her olayda ve tek tek incelenir. Bu sebepler, hakimden hakime değişir. Mesela, hakim ile sanık arasında

nişanlılık ilişkisi bulunması ya da bu ilişkinin önceden sona ermiş olması; kanunda sayılmayan derecelerde akrabalık ilişkilerinin varlığı; hakimın kardeşiyle yoğun ticari ilişkileri olan birinin yargılanması; sanığın hakimın asker arkadaşı olması ve benzeri hallerde hakimın reddi talep olunabilir.

Hakimin reddi, eğer yasaklılık nedenlerinin varlığından dolayı talep ediliyorsa (m. 22, 23), bunun için bir süre sınırı öngörülmemiştir. Taraflar, yargılama bitene kadar hakimın reddi talebinde bulunabilir. Bunun sebebi, kanun koyucunun yasaklılık nedenlerinin bulunduğu bir davaya o hakimın bakmamasını çok önemli görmüştür. Öyle ki, yasaklılık nedeni bulunan bir hakimın o davaya bakmaya devam etmesi bir mutlak bozma nedenidir. Hakimın reddi, eğer tarafsızlığı şüpheye düşüren bir durumdan dolayı yapılıyorsa, duruşmada sanığın sorgusundan evvel red talebi yapılmalıdır (CMK m.25/1). CMUK döneminde iddianamenin okunmasına kadar olan bu süre, yeni kanun ile kısaltılmıştır. Burada süre getirilmesinin sebebi, tarafların bu konuda herhangi bir red sebebi ileri sürmemeleri durumunda, yargılamanın kesin olmayan bir şüphe nedeniyle uzamaması sağlanmak istenmiştir. Ayrıca, tarafların red sebebini sonradan öğrenmeleri ya da sonradan böyle bir durumun ortaya çıkması halinde, öğrenme tarihinden itibaren 7 gün içinde red mümkündür (CMK m.25/2). Eski kanun döneminde böyle bir süre yoktu, bu süreyi ispat etmek uygulamada zor olabilecektir.

Red istemenin yöntemi m.26'da düzenlenmiştir. Buna göre; hakimın reddi talebi, hakimın mensup olduğu mahkemeye yapılır. Bunun şekli ise şikâyetle olduğu gibi, yazılı bir dilekçe ile ya da tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü olarak yapılabilir (m.26/1). Red isteminde bulunan, bunun sebeplerini olgularıyla birlikte açıklamalıdır (CMK m.26/2). Bunun anlamı, sırf davayı uzatmak amacıyla, red talebinin yapılamamasıdır. Red talebi, olgularla, vakıalarla desteklenmelidir. Bu husus ise, ceza muhakemesi hukukunda, ispat külfetinin yokluğu ilkesinin istisnasıdır. Yani, red talebinde bulunan, red sebeplerini ispatlamalıdır. Bunu her türlü delille ispat edebilir. CMUK döneminde var olan yeminle ispat yasağı, yeni kanuna alınmamıştır.

Reddi talep olunan hakim, bununla ilgili görüşlerini yazılı olarak bildirir (CMK m.26/3). Böylece hakim, davadan elini çeker. Bundan sonra, talep, başka hakim(ler) tarafından incelenecektir.

Hakimin reddi istemine ilişkin karar, kural olarak hakimin mensup olduğu mahkeme tarafından verilir. Bu istemin görüşülmesine hakimin kendisi katılamaz. Bundan dolayı mahkeme teşekkül edemezse, karar verecek mahkeme şu usûle göre belirlenir:

- Reddi istenen hakim, asliye ceza mahkemesi hakimi ise, bu mahkemenin yargı çevresi içinde bulunan ağır ceza mahkemesi,
- 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 coğrafi olarak en yakın ağır ceza mahkemesi,
- Hakim, sulh ceza hakimi ise, yargı çevresindeki asliye ceza mahkemesi; eğer tek hakim var ise, yargı çevresi içindeki ağır ceza mahkemesi talebi inceler.

Bu, çok temel bir kuraldır. Görevsizlik, yetkisizlik incelemeleri gibi hususlar için de aynı hiyerarşik sıralama uygulanır. Bu tür incelemeleri hep bir üst mahkeme yapar. ÖRN: Akşehir asliye ceza mahkemesi hakiminin reddi halinde, talebi Akşehir ağır ceza mahkemesi inceler. Eğer ağır ceza mahkemesi hakimi reddedilirse bu talebi kendisi inceler. Ancak reddi istenen hakim müzakereye katılmaz, onun yerine varsa yedek üye katılır. Eğer yedek üye yoksa, o ağır ceza mahkemesi talebi inceleyemez. Zira, ağır ceza mahkemesi üç hakimle toplanır ve karar alır. Böyle bir durumda bakılır: O yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi var mıdır? Var ise, talebi, numara sırası esasına göre, o yer ağır ceza mahkemesi inceler. Eğer o yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi yoksa, red istemini coğrafi olarak en yakın ağır ceza mahkemesi inceler. Akşehir sulh ceza mahkemesi hakiminin reddi talep olunuyorsa, bu istemi, Akşehir asliye ceza mahkemesi hakimi inceler. CMK m.27/2'de 'tek hakim'den bahsedilmektedir. Bundan maksat, o yerdeki iş yoğunluğundan dolayı sulh ceza ve asliye ceza mahkemesi hakimliklerinin bir tek hakimde toplanmış olması halidir. Böyle bir durumun varlığı halinde ise, red talebini yargı çevresi içindeki ağır ceza mahkemesi hakimi inceler.

Red isteminin kabulüyle, hakim o davadan alınarak başka bir hakim görevlendirilir.

Red isteminin kabulüne ilişkin kararlar kesindir. Reddin kabul edilmemesine ilişkin kararlara karşı ise itiraz yolu mevcuttur. Ancak itiraz üzerine verilecek red kararı başlı başına itiraza konu olamaz, esas hükümle birlikte incelenir (CMK m.28).

Red sebebiyle yargılamadan çekilen hakimin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yaptığı işlemleri geçerlidir. Bunun dışında kalan işlemler ise, yeni hakim tarafından tekrarlanır.

Red isteminin kötüye kullanılması da mümkündür. Taraflar, yargılamayı uzatmak, hükmü geciktirmek gibi amaçlarla red isteminde bulunabilir. Bu durum karşısında CMUK döneminde para cezası öngörülmekteydi. Bugünkü CMK sistemi ise buna yer vermemiş, m.31'deki düzenlemeyle yetinmiştir. Buna göre; mahkeme şu durumlarda red istemini geri çevirir:

- Red istemi süresi içinde yapılmamışsa,
- Red sebebi ve dayanak delil gösterilmemişse,
- Red isteminin yargılamayı uzatmak amacını taşıdığı açıkça anlaşılmaktaysa.

Bunlardan birinin varlığı halinde reddi istenen hakim, dosyayı merciye göndermeden kendisi geri çevirebilecektir. Bu karara karşı da itiraz yolu açıktır.

2 Yargıcın Çekinmesi : Eğer yargıcın yasaklılık hallerinden biri mevcutsa ya da kanunda belirtilmemiş olan tarafsızlığı şüpheye düşüren durumların varlığı halinde yargıç, tarafların reddini beklemeden kendisi davadan çekinebilir. Bu, bir nevi hakimin kendini reddetmesidir. CMUK'ta her iki durumda da red talebini incelemekle görevli olan merci, hakimin çekinmesini incelemekteydi. CMK'ya göre ise, yargıç, yasaklılık sebebi olduğu gerekçesiyle çekindiği zaman merci inceleme yapmaz, çekinme doğrudan hüküm ve sonuç doğurur (m.30). Ancak, hakimin tarafsızlığının şüpheye düştüğü bir durum varsa, merci bunu inceleyerek böyle bir durumun var olup-olmadığını araştırır. Merci, böyle bir durumu tespit ederse, artık başka bir hakim görevlendirilir. Hakimin, kendisinde tarafsızlığı şüpheye düşüren bir durumun varlığını ileri sürerek çekinmek istemesini bir üst merciin incelemesi, hakime güvensizlik olarak yorumlanmakta ve bu nedenle eleştirilmektedir.

Yasaklılık halinde olduğu gibi, çekinme halinde de yargıcın gecikmesinde sakınca bulunan ve yenilenmesi mümkün olmayan

hallerde yaptığı işlemler geçerlidir. Yenilenmesi mümkün olmayan hallere örnek olarak; tanığın ifadesinin yasaklılık nedeni bulunan hakim tarafından alınmasından sonra, tanığın ölmesi ve hakimin değişmesi halidir. Bu durumda tanığın yeniden dinlenmesi mümkün değildir, çekinen hakimin yaptığı ifade alma işlemi geçerlidir. Ancak, yeni hakim, elbette ki bu hususu göz önünde bulunduracaktır.

Çekinme halinde süre, tarafsızlığı şüpheyeye düşüren hallerde olduğu gibidir. Yani, yasaklılık nedenlerinin bulunmaması nedeniyle çekinme, bir süreye tâbi olmayacak; buna karşılık tarafsızlığı şüpheyeye düşüren durumların varlığı halinde CMK m.25/2'e öngörülen 7 günlük süre uygulanacaktır.

YARGICIN YETKİLERİ

Kişilerin suç işlemleri durumunda nerede ve hangi kurallarla yargılanacaklarını bilmeleri, hukuk devleti açısından önemli bir husustur. Kişilerin nerede ve hangi kurallar dahilinde yargılanacaklarını ise kanun koyucu belirler. Bununla ilgili kurallar, ikili bir ayırım içinde incelenebilir:

- Görevsel yetki
- Yer itibarıyla yetki

Yargıcın Görevsel Yetkisi

Görevsel yetki (madde itibarıyla yetki=görev=vazife) denildiğinde anlaşılması gereken, yargıcın kanun tarafından çizilmiş görev kurallarıdır. Görev, ilk derece yargılamasına ilişkin bir unsur olup, istinaf ya da temyiz aşamalarında uygulanmaz. Görevsel yetki, bir yargıcın kanunun hangi maddelerinde yer alan suçları yargılayacağına bakılarak tespit edilir. Bir başka ifadeyle, görevsel yetki, ceza kanununda ya da ceza normu içeren özel kanunlarda belirtilen suç tiplerine veya bu suçların müeyyidelerine göre yargıcın yargılama yetkisinin sınırlarının belirlenmesidir. Yargıcın görevsel yetkisini belirlemede bazı kriterler vardır. Bunlar:

Niteliksel Kriter : Yetki bölüşümünün suçların niteliğinin esas alınarak yapılması halinde niteliksel kriter geçerlidir. Mesela, bir kanunda cürüm /kabahat ayrımı yapılmış ve cürümlerin bir mahkemede, kabahatlerin başka bir mahkemede yargılandığı düzenlenmişse, niteliksel ölçüt söz konusudur. Yine, 'şu suçlar A mahkemesinde, şu suçlar B mahkemesinde yargılanacaktır' şeklinde bir düzenleme varsa, yine bu kriter uygulanmaktadır.

Niceliksel Ölçüt : Niceliksel kriterde suçlardan değil, cezaların miktarından hareket edilerek belirleme yapılır. Mesela, '2 yıla kadar olan suçlar

A mahkemesinde, 5 yıla kadar olan suçlar B mahkemesinde yargılanır' şeklinde bir kural varsa, yetki kuralları bu kriter esas alınarak belirlenmiştir denilir.

Karma Ölçüt : Avrupa'da pek rastlanmaz. Daha çok bizim hukuk sistemimizde uygulanmaktadır. Karma ölçüt, yetki kurallarının hem niteliksel hem de niceliksel kriterlerin, yani hem suçun niteliğinin hem de cezanın miktarının birlikte değerlendirildiği sistemdir. CMUK sisteminde ağırlıklı olarak niteliksel, istisnai olarak niceliksel ölçüt; CMK sisteminde ise ağırlıklı olarak niceliksel, istisnai olarak niteliksel ölçütün geçerli olduğu görülür.

Görevsel Yetki Kuralları

Bizim sistemimizde genel mahkemeler: Sulh Ceza Mahkemesi, Asliye Ceza Mahkemesi ve Ağır Ceza Mahkemesi'dir.

Sulh Ceza Mahkemesi

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.10'a göre, kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, 2 yıla kadar hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasında sulh ceza mahkemeleri görevlidir. Burada hem niteliksel hem de niceliksel ölçütün bir arada bulunduğu görülür. Söz konusu maddede belirtilen, kanunların ayrıca görevli kıldığı hallere örnek olarak, sulh ceza mahkemesi kovuşturma öncesinde yer alan şu işlerde de görevlidir:

- Soruşturma aşamasında verilecek tutuklama kararlarında,
- Kovuşturma tedbirlerine hükmetmede.

Sulh ceza mahkemeleri, adliye teşkilatı kurulmuş olan her ilçede bulunur. Eskiden her ilçede bir sulh ceza mahkemesi bulunurdu. Ancak şu an her ilçeye adliye teşkilatı kurulmaması hasebiyle, her ilçede sulh ceza mahkemesi bulunmaz. Bunun sebebi, küçük ilçelerde nüfus yoğunluğu ve bunun sonucunda iş yükü olmamasıdır. Sulh ceza mahkemeleri tek hakimlidir ve savcılar kural olarak sulh ceza yargılamalarına girmez.

Asliye Ceza Mahkemesi

Görevsel yetki alanı çok geniştir. Savcılık teşkilatı, asliye ceza mahkemelerinin yanında kurulur. Ağır ceza mahkemelerinde davaya giren savcılar da asliye ceza mahkemesinin yanında konuşlandırılmış olan savcılardır. Asliye ceza mahkemeleri tek hakimlidir. 5235 sayılı kanun m.11'e göre;

asliye ceza mahkemeleri, kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır. Asliye ceza mahkemesinin görevinde alt sınırı, sulh ceza mahkemesinin üst sınırı; üst sınırını ise, ağır ceza mahkemesinin alt sınırı oluşturur. Yani, asliye ceza mahkemesi, 2 yıldan fazla ve 10 yıla kadar (10 yıl dahil) hapis cezasını gerektiren suçların yargılanmasında görevlidir. Bu, niceliksel ölçüttür. Ancak, niteliği gereği asliye cezaya ait olan bazı suçların kanunda sayılarak ağır ceza mahkemesinin görevine verilmesi nedeniyle niteliksel ölçüt de geçerlidir. Ayrıca asliye ceza mahkemesinin ayrıca görevlendirildiği bazı suçlar da vardır. Mesela, Basın Kanununa göre, sulh ceza mahkemesine ait olan bazı suçlar da asliye ceza mahkemesinde görülür.

Ağır Ceza Mahkemesi

Ağır ceza mahkemesi, belirli iş yüküne ve nüfus oranına göre kurulan ve bünyesinde müstakil bir savcılık teşkilatı bulunmayan toplu bir mahkemedir. Ağır ceza mahkemesi, üç yargıçla toplanır ve oy çokluğuyla karar verir. Heyet halinde görev yapan mahkemenin bir başkanı vardır. Başkanın oy üstünlüğü yoktur, daha çok duruşmayı yönetme ve duruşmanın disiplinini sağlama gibi görevleri yerine getirir. Ağır ceza mahkemelerinin görev ve yetkisi 5235 sayılı kanun m.12'de düzenlenmiştir. Buna göre, ağır ceza mahkemesi, kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, TCK'da yer alan yağma, irtikap, resmi belgede sahtecilik, nitelikli dolandırıcılık, hileli iflas suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve 10 yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla görevlidir. Bu mahkemenin görevinde karma niteliğin var olduğu görülür. Zira hem suç isimleri sayılıyor hem de görev, ceza sürelerine göre de belirleme yapılıyor. Yazılmış olan bu suçlar TCK'da asliye cezalı suçlar olarak görülür. Fakat kanun koyucu özel bir düzenleme ile bu suçların ağır cezada görülmesini emretmiştir. Sebebi, bu suçların özelliğinden dolayıdır. Maddede bazı suçlar sayılarak ve ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve 10 yıldan fazla hapis olarak belirlenerek görev hususu düzenlenmiştir.

Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenler belirtilmek-sizin, kanunun gösterdiği üst sınır göz önünde bulundurulur. Yani, maddenin ham haline bakılarak ne kadar ceza verilebilecekse, ona göre belirlenir. Mesela, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülüyorsa, asliye ceza; yine 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ya da para cezası öngörülüyorsa asliye ceza

mahkemesi görevlidir. Önemli olan hakimın en çok ne kadar cezaya hükmedebileceğidir. Kanun hükmünde 8 yıldan 12 yıla kadar ceza öngörülmüşse, ağır ceza mahkemesi görevlidir.

Özel Ağır Ceza Mahkemesi

Adı eskiden DGM olan, şimdi özel ağır ceza mahkemesi olarak isimlendirilen bir mahkeme daha vardır ki, bu ağır ceza mahkemesi, doktrinde özel ağır ceza mahkemesi olarak isimlendirilir. Zira, bu bir ihtisas mahkemesidir. Bu mahkemenin hangi suçlara bakacağı özel olarak tek tek belirtilmiştir. Bu mahkemeler de adalet bakanlığının istemi ve HSYK kararıyla birkaç ili kapsayacak şekilde kurulur. CMK m.250, özel ağır ceza mahkemesinin görevlerini şöyle belirlemiştir: TCK'da yer alan * örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, * haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve * ikinci kitap, dördüncü kısmın ilgili suçlarının yargılanmalarında özel ağır ceza mahkemesi yetkilidir. Bunlar da normal ağır ceza mahkemesidir. O yerdeki ağır ceza mahkemesinin bir ya da birden fazla dairesi CMK m.250'deki görevleri uygulamakla görevli ağır ceza mahkemesidir. Sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri genel mahkeme; bu ise özel mahkemedir.

Görevsel Yetki Kurallarının İstisnaları

Görevsel yetki kuralları kamu düzenine ilişkindir. Kamu düzenine ilişkin olması, bunlara uyulmaması halinde CMK m.289'a kesin aykırılık oluşturur ve mutlak bozma nedenidir. Yargıç her aşamada görevsiz olduğunu denetleyebilir ve görevsizlik kararı verebilir. Hukuki güvenlik gereği bu görev durumu, yargıç tarafından her aşamada kontrol edilmelidir.

İstisnalar dendiğinde sanığın lehine olan durumlar anlaşılır. Bu hallerde alt yetkili mahkemenin işine üst yetkili mahkeme bakmaktadır. Örneğin, sulh cezalı bir davaya, asliye ceza mahkemesi; asliye cezalı bir davaya da ağır ceza mahkemesi bakmaktadır. Ancak tersi hiçbir zaman mümkün olmaz. Buna uyulmaması hali, kamu düzenine aykırılık ve mutlak bozma sebebi oluşturur. Bunun temel mantığı sanığın daha güvenceli bir mahkemede yargılanmasıdır. Bu istisnalar iki tanedir:

1. Bağlantı Nedeniyle Yüksek Görevli Mahkemede Yargılama : Birden çok uyuşmazlık arasında objektif ya da subjektif yönden bağlantı bulunması halinde bu davalar birleştirilerek yüksek görevli mahkemede görülür. Burada

bağlantı kavramı karşımıza çıkmaktadır. Eğer bir sanık birden fazla suç işlemişse, ortada sübjektif dar bağlantı vardır. Hem dolandırıcılık hem de adam yaralama suçunda sübjektif dar bağlantı vardır. Suçun obje yönünde bir ortaklık varsa, yani, bir suç birden fazla kimse tarafından işlenmişse objektif dar bağlantı vardır. Örneğin, hırsızlığın birden fazla kişi tarafından iştirak halinde işlenmesi. Bir bağlantının olması halinde, şartları varsa, birleşme uygulanır. Birleşme yapıldığında bu dava, yüksek görevli mahkemede görülür. Örneğin, bir sanık iki suç işledi, bu suçların biri asliyelik diğer ağır cezalıdır. Bu durumda sübjektif bağlantı vardır ve şartları da varsa, hakim, bu iki davayı birleştirebilir ve bu dava, ağır ceza mahkemesi tarafından görülür. Bir sulh cezalık suç ve asliye cezalık suçun bir arada olması durumunda, birleştirme, asliye cezada yapılır. Bu da sanığın lehine olduğu için bir istisna olarak kabul edilir. Birleştirmenin şartları:

- ? Ortada bağlantının var olması gerekir
- ? Birleştirmede gerek ve fayda olmalı
- ? Birleştirmeye olanak olmalıdır.

Gerek ve fayda, usûl ekonomisi çerçevesinde düşünülmelidir. Daha çabuk ve sağlıklı bir yargılama yapılmasının yargılamayı kolaylaştırıp-kolaylaştırmadığına bakılır. Mesela, Kars ve Edirne mahkemelerindeki davaların birleştirilmesinde gerek ve fayda yoktur. Edirne mahkemesinde, Kars'taki delillere ulaşmak, ifade almak kolay değildir. Örneğin; serhad kenti Edirne'den bir öğrenci grubu Ağrı Dağı'na tırmanmak için hareket ediyor, Kars'taki konaklama esnasında aralarında kavga ediyorlar ve suç oluşuyor. Kars'ta yaşayan birkaç kişi bu olaya tanık oluyor. Daha sonra öğrenci grubu Edirne'ye geri dönüyor. Bu durumda tanıkların Kars'ta olmaları sebebiyle, yargılama, Kars'ta yapılabilir. Olanak olmasından kasıt, mesela, bağlantılı uyuşmazlıkların biri soruşturma diğeri kovuşturma evresindeyse, bu davaları birleştirmeye olanak yoktur. Zira, soruşturma gizli, kovuşturma aleni yapılır ve bir davada hem gizliliği hem de aleniyeti sağlamak mümkün değildir. Ancak mesela, birisi soruşturma aşamasının sonunda (iddianamenin mahkemeye sunulması), diğeri ise kovuşturmanın başındaysa (ceza davasının yeni açılması) hakim, bu ikisini birleştirebilir.

2. Yüksek Mahkemede Açılmış Bir Davanın Alt Yetkili Mahkemeye Gönderilmesi : Maddenin

5560 sayılı kanunla değişik haline göre, duruşmada, suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden dolayı görevsizlik kararı verilerek dosya, alt dereceli mahkemeye gönderilemez. Örneğin, yağma suçu için ağır ceza mahkemesinde başlanmış olan bir yargılamada, aslında ortada hırsızlık suçu olduğu anlaşıldığında dosya, asliye ceza mahkemesine gönderilemeyecektir.

Görevsel Yetki Uyuşmazlığı

Görevsel yetki uyuşmazlığı iki türlü olur: Görevsel yetkililik uyuşmazlığı (olumlu) ve görevsel yetkisizlik uyuşmazlığı (olumsuz). Bizim hukuk sistemimizde görevsel yetkililik uyuşmazlığı söz konusu olmaz.

Görevsel yetkisizlik; birden fazla mahkeme, açılmış bir dava için yetkisiz olduğunu iddia ediyorsa, görevsel yetkisizlik uyuşmazlığı söz konusu olur. Örneğin savcı, asliye ceza mahkemesinde dava açmış ve asliye ceza mahkemesi, bu işin ağır cezanın görevinde olduğunu söyleyerek dosyayı ağır cezaya göndermiş, bunun sonrasında da ağır ceza mahkemesi o işin asliye ceza mahkemesinin görevinde olduğunu söylerse, görevsel yetki uyuşmazlığı doğmuş olur. Bu durumda, görevsel yetki uyuşmazlığını çözmek, merci kararıyla olur.

Merci tayini ise; bir ağır ceza mahkemesinin yargı çevresi içinde iki asliye mahkemesi arasında böyle bir görevsizlik uyuşmazlığının çıkması halinde bunu ağır ceza mahkemesi çözer. Eğer bu iki mahkemeden birisi ağır ceza mahkemesi ise, uyuşmazlığı Yargıtay'ın üçüncü dairesi çözer. Olumsuz uyuşmazlığın çıktığı mahkemeler, farklı ağır ceza mahkemeleri ise, yine Yargıtay'ın üçüncü dairesi bu uyuşmazlığı çözümler.

Yüksek Görevli / Müsterek Yüksek Görevli Mahkeme Ayrımı : Müsterek yüksek görevli mahkeme, hem asliye ceza hem de ağır ceza mahkemesinin müstereken bağlı olduğu ilk yüksek dereceli mahkemedir, yani Yargıtay'dır. Yüksek görevli mahkeme ise, ağır cezadır. Burada, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresi içinde (ağır ceza olmayan) iki mahkeme arasında görevsel yetki uyuşmazlığı çıkmaktadır. Bu uyuşmazlığı yüksek görevli mahkeme olan, ağır ceza mahkemesi çözümler. Mesela, Konya Asliye Ceza Mahkemesi ile Konya SulhCeza Mahkemesinin yüksek görevli mahkemesi, Konya Ağır Ceza Mahkemesidir. Konya Ağır Ceza ile Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinin müsterek yüksek görevli mahkemesi ise, Yargıtay 3. ceza dairesidir. Yargıtay 3. ceza dairesi, hangi mahkemeyi görevlendirmişse, artık o mahkeme davaya bakar.

Görevsel Yetkisizlik Kararının İçeriği

Görev itibarıyla yetkisiz olduğunu düşünen yargıç, davaya görevsizlik kararı ile son vererek, dosyayı, görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye gönderir (CMK m.5). Maddeye bakıldığında çıkan anlam şudur: hakim, görevsizlik kararını sadece kovuşturma aşamasında verebiliyor. Görevsiz bile olsa, hakim, iddianameyi kabul ediyor, görevsizlik kararını sonrasında veriyor.

Hakim, görevsizlik kararını vermekle yetinemez. Kararında görevli olduğunu düşündüğü mahkemeyi de göstermek zorundadır.

CMK m.5/2'ye göre, adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından verilen görevsizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Hakim, itiraza yönelik düşüncelerini belirtir ve itirazı çözecek merciye gönderir. Yüksek görevli ya da müşterek yüksek görevli mahkeme olarak belirlenen merci de uyuşmazlığı çözüme bağlar. İtiraz hakkı CMUK döneminde yalnızca savcı ile sınırlanmışken, CMK ile iddiaya da, savunmaya da itiraz hakkı tanınmıştır.

Yargıcın Yer İtibarıyla Yetkisi

Yerel yetki, yargıcın yetkisinin yer esasına göre belirlenmesidir. Yerel yetki, yargıcın coğrafi olarak hangi sınırlar içinde kalan davalara bakmaya yetkili olduğunu düzenler. Yerel yetki, görevsel yetkiden farklı olarak, pratik ihtiyaçlardan kaynaklanır. Yani, yerel yetki kamu düzenine ilişkin değildir. Yargıcın pratikliği, çabukluğu öne sürerek yapmış olduğu işlemlerdir. Yer itibarıyla yetkisiz yargıcın yaptığı işlemler mutlak bozma sebebi oluşturmaz. Bir başka husus olarak, yer itibarıyla yetkisizlik itirazları, bir süreye bağlanmıştır. Görevsel yetkide ise, itirazlar, yargılamanın sonuna kadar ileri sürülebilir. Yer itibarıyla yetkide mahkemeler arasında astlık-üstlük ilişkisi yoktur. Görevsel yetkide ise, bu açıdan bir astlık-üstlük ilişkisi vardır. Görevsel yetkide, ağır cezalı bir işin asliye ceza mahkemesinde görülmesi mümkün değil iken, yerel yetkide bu mümkün olabilir.

Yerel Yetki Sistemleri

1. Tek Yere Yetki Verme Sistemi : Coğrafi açıdan bir tek yerin mahkemesi yargılamada yetkilidir.

2. Birden Çok Yere Yetki Verme Sistemi : Aynı uyuşmazlık için birden fazla yere yetki verilebilen sistemdir. Örneğin, bir davanın hem Konya'da hem de Mersin'de açılabilmesi halinde, bu sistem geçerli demektir.

3. Karma Sistem : Bazı yerlerde bir tek yere, bazı yerlerde de birden fazla yere yetki verildiği sistemdir.

Türk sisteminde tek yere yetki verme sisteminin kabul edildiği söylenir. Ancak bizim sistemi-mizde kural ve istisnalar karışmıştır.

Tek yere yetki verildiğinde, yetki uyuşmazlıkları minimum derecede kalır. Birden çok yere yetki verildiğinde ise, yetki uyuşmazlıkları daha fazla olur. Birden çok yer mahkemesi yetkili olduğu için, mahkemeler işi birbirlerinin üzerine atabilirler.

Türkiye'deki Yer İtibarıyla Yetki Kuralları

- ? Türkiye'de işlenen suçlarda yetki
- ? Yabancı ülkelerde işlenen suçlarda yetki
- ? Türk deniz, hava ve demiryolu taşıtlarında veya bu taşıtlarla işlenen suçlarda yetki

1. Türkiye'de İşlenen Suçlarda Yetki (CMK m.12)

Kural olarak, suç nerede işlenmişse yargılama yetkisine o yer mahkemesi sahiptir. Ancak, buradaki sorun, suçun işlendiği yerin tespit edilmesine ilişkin kriterlerin m.12'de belirtilmemiş olmasıdır.

Anı suçlarda, suçun işlenmesiyle, neticenin aynı anda gerçekleşmesinde bir sorun yoktur. Zira suç, fiille eş zamanda ve aynı yerde gerçekleşir. Ancak, neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda nasıl bir çözüm yolu bulunacaktır? Mesela, sınırın öbür tarafından ateş edilip bir Türk vatandaşı yaralanırsa, hangi yer mahkemesi yetkili olacaktır? Ya da Manisa-İzmir sınırında bir avcı, tavşana ateş ederken, mülki olarak İzmir iline ait yerdeki birini vurursa suç nerede işlenmiş sayılacaktır? Bu konuda, doktrindeki bir görüşe göre; fiil nerede gerçekleşmişse, suç orada işlenmiş sayılır. Bir başka görüşe göre ise, neticenin meydana geldiği yerin yetkili olacağını, suçun orada işlenmiş sayılacağını belirtmiştir. Uygulama ise, karma bir biçimde gelişmiştir. Bu yanlıştır. Asıl kriterler belirlenmiyorsa, yardımcı kriterler kullanılmalıdır.

Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda, son icra hareketinin yapıldığı; kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda da son suçun işlendiği yer mahkemesi yer itibarıyla yetkilidir (CMK m.12/2). Örneğin, (A), (B)'yi İstanbul'dan kaçırr, bağlar ve İzmit'e getirir, burada yakalanırsa, İzmit mahkemeleri yetkilidir. Çünkü, bu bir zincirleme (müteselsil) suçtur ve kesintiye uğradığı yer mahkemesi yetkili olacaktır. Yine, mesela, bir marketteki kasiyerin her gün kasadan 10 YTL çalması ayrı ayrı suçlar değil, bir tek suç sayılır (müteselsil suç). Bir başka örnek; benzin kamyonu sürücüsü (A) gittiği iller olan Eskişehir, Kütahya ve Afyon'da, kamyonundan bir miktar benzin bırakarak kazanç sağlamıştır. Sonra da Afyon'da yakalanmış-

tır. Burada da yine, zincirleme suç vardır ve Afyon mahkemeleri yetkili olacaktır.

Sistemimizde ana kural, suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olmasıdır. Ancak, suçun işlendiği yerin belli olmaması halinde yedek yetki kuralları uygulama alanı bulur. Bu kurallar şunlardır:

- ? Şüpheli veya sanığın yakalandığı yer mahkemesi. Suçun işlendiği yer tespit edilemiyorsa, sanığın yakalandığı yer mahkemesi yetkili sayılır.
- ? Şüpheli veya sanığın ikametgâhı mahkemesi. Sanık yakalanamamışsa, dava ikametgâhı mahkemesinde açılır.
- ? Şüpheli veya sanığın Türkiye’de son oturduğu yer mahkemesi. Sanığın ikametgâhı da tespit edilemiyorsa, son oturduğu yer mahkemesi yetkili sayılır.
- ? İlk usûlî işlemin yapıldığı yer mahkemesi. Sanığın son oturduğu yer mahkemesi de tespit edilemiyorsa sanık hakkında ilk usûlî işlemin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olur. Mesela, sanık hakkında bütün yedek kriterlere başvurulmuş, yetkili yer mahkemesi tespit edilememiş, bundan sonra sanık hakkında mesela Rize’den bir şikâyet gelmişse, artık ilk usûlî işlem Rize’de yapılmıştır, Rize mahkemeleri yer itibarıyla yetkilidir.

Örn : A’da ikamet eden (Z) şahsı, nehrin D ilçesindeki bölümünde ölü bulunuyor. Bu nehir, A, B, C, D ilçelerinden geçmektedir. A’da ikamet eden (Z), burada mağdurdur. Olayda şüpheli veya sanık da yoktur. Yedek kriterler uygulanamamaktadır. Bu nedenle son yedek kriter olan ilk usûlî işlemin yapıldığı yer mahkemesi yer itibarıyla yetkili olacaktır. Zira, (Z)’nin cesedi D ilçesinde bulunmuştur, yani, ilk usûlî işlem burada yapılmıştır.

Türkiye’de İşlenen Suçlarda Yerel Yetkinin İstisnaları : Bazen, işlenen suçlarda birden fazla yetkili mahkeme olabilir. Bunlar da Türkiye’de işlenen suçlar için yerel yetkinin istisnalarını oluşturur. Mesela, CMK m.12/3’e göre, suç, Türkiye’de yayımlanan bir basılı eser ile işlenirse, yayım merkezi olan yer mahkemesi yetkilidir. Mesela, yayım merkezi İstanbul olan bir gazetenin Ankara muhabiri, henüz açılmamış bir dava hakkında gizli bilgiler elde ediyor ve bunları gazetede yayımlatıyor. Gizliliğin ihlâli suçu Ankara’da işlenmiş almasına rağmen, CMK m.12/3 hükmü gereği, İstanbul mahkemeleri yetkilidir.

Eser bazen birden fazla yerde de basılabilir. Mesela, gazetelerin Anadolu baskıları olur ve

bunlar İstanbul baskısında yayımlanmaz. Böyle bir durumda suç işlenirse, yine CMK m.12/3 gereği, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir. Örneğin, Aydın’da yaşayan biri evinde parti vermektedir. Bir gazeteci bunu gizlice çekmiş ve yayım merkezi İstanbul olan bir derginin İzmir’de basılan Ege baskısında yayımlamıştır. Burada özel hayatın gizliliğinin ihlâli söz konusudur. Bu durumda hem İstanbul hem de İzmir mahkemeleri yetkili olacaktır.

Eser, takibi şikâyeteye bağlı olan hakaret suçu için, mağdurun yerleşim yeri veya oturmuş olduğu yerde dağıtılmışsa, o yer mahkemeleri de yetkilidir ayrıca mağdur, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m.12/4). Örneğin; ünlü bir iş adamına İstanbul merkezli ve İzmir’de de basılan bir gazetede hakaret edilmiştir. Aydın’da oturan kişinin şikâyetçi olması halinde ve gazetenin orada da dağıtılıyor olması kaydıyla Aydın veya İstanbul’da dava açılabilir. İzmir’de ise açılmaz, yani burada basım kriteri dikkate alınmaz. Mesela; gazetenin yayım merkezi İstanbul, dağıtıldığı yer Nevşehir’dir. Gazete aracılığıyla belediye başkanına hakaret edilmiştir. Burada devlet memuruna hakaret söz konusudur ve re’sen kovuşturulur. Bu durumda sadece İstanbul’da dava açılır.

CMK m.12/5’e göre, görsel ve işitsel yayınlarda m.12/3 hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın ile kastedilen televizyon ve radyodur. İnternet burada düzenlenmemiştir ancak kıyasen bunun da uygulanması gerekir. Bu durumda internet site merkezinin kuruluş yeri, yayım merkezi kabul edilir. Örneğin; A gazetesi Hakkari’ye gelmemektedir ama orada oturan biri hakkında hakaret suçu işlenmiştir. Mağdur o gazeteye herhangi bir yolla ulaşabilirse -mesela internet- mağdurun ikametgâhında da dava açılabilir.

SORU : İstanbul’dan yayın yapan Kanal Z’nin yansıtıcıları var ve bununla yayın, diğer başka illere de gönderiliyor. Bazen kanalların bölgelere göre yayınları arasında farklılıklar olabilmektedir. Kanal Z’nin Avrupa yayınında, daha önce Almanya’da çalışmış ve emekli olup Tokat’a dönmüş A’ya hakaret edilmiştir. A’nın Almanya’da olan akrabaları bu durumu A’ya haber vermişlerdir. Bu olayda hangi mahkeme(ler) yetkili olabilir?

Takibi şikâyeteye bağlı hakaret suçunda mağdurun yerleşim yeri veya oturduğu yerde dağıtılmışsa, o yer mahkemesi yetkilidir (m.12/4). M. 12/5’te ise, takibi şikâyeteye bağlı olduğu belirtilmemiştir, bu fıkra, her suç için uygulanabilir.

2. Yabancı Ülkelerde İşlenen Suçlarda Yetki

Yabancı ülkede suç işleyen bir Türk, TCK m.10, 11, 12, 13 çerçevesinde Türkiye’de yargılanabilir. Hatta o ülkede cezalandırılmış olsa bile, Türkiye’de yeniden mahkûm edilebilir.

CMK m.13 bir yedek kriterdir. Suçun işlendiği yerde dava açmak imkânsız olduğu için bu kriterle başvurulur. Yabancı ülkede suç işleyip de Türkiye’de yargılanacak olan kimseler için bu kural uygulanır. Buna göre, yabancı ülkede suç işleyen, yakalandığı yerde; yakalanamamışsa, ikametgâhı mahkemesinde; eğer bu da yoksa, son oturduğu yer mahkemesinde yargılanır.

Bunlardan hiçbiri belirlenemiyorsa, CMK m. 14/3’e göre, yetkili mahkeme, Adalet Bakanının istemi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başvurusu üzerine Yargıtay tarafından belirlenir.

Kişi gaip ya da kaçak olabilir. Bu, işlenen suçta ve olaya göre belirlenir.

Yabancı Ülkelerde İşlenen Suçlarda Yerel Yetkinin İstisnaları : Şüpheli, sanık veya cumhuriyet savcısı talepte bulunursa, Yargıtay, suçun işlendiği yere daha yakın bir mahkemeyi yer itibariyle yetkili olarak görevlendirilebilir. Yargıtay, talep üzerine, fayda olup-olmadığını inceleyerek karar verir. Örneğin; Bulgaristan’da yaşayan biri burada suç işleyerek Türkiye’ye kaçmış ve Eskişehir’de yakalanmıştır. Bu durumda Eskişehir mahkemeleri yetkilidir. Ancak sanık, ulaşım nedeniyle yaşadığı yere yakın bir yerde yargılanmak isteyebilir. Bu durumda açıklanan usûle göre, mesela Edirne’de yargılanabilir. Ancak bu, çok istisnai bir durumdur.

Diplomasi dokunulmazlığı da bir istisna oluşturmaktadır. Buna göre, diplomatik dokunulmazlıktan faydalananlar, görev yaptıkları ülkede yargılanamaz. Ancak bu, kendi ülkelerinde yargılanamayacakları anlamına gelmez. Bu dokunulmazlıktan yararlananlar yabancı ülkede görevleriyle ilgili bir suç işlemişlerse, Yargıtay’ın ilgili ceza dairesinde yargılanırlar. Bu durumda ilgili daire, bir ilk derece mahkemesi gibi yargılama yapar. Eğer bir kişisel suç söz konusu ise, Ankara mahkemeleri yetkilidir.

3. Türk Deniz, Hava ve Demiryolu Taşıtlarında veya Bu Taşıtlarla İşlenen Suçlarda Yetki

Örneğin; İstanbul’dan Konya’ya giden bir uçakta, Marmara Denizi’nin üzerindeyken yolcu (A), hostes (B)’ye karşı suç işlemiştir. Bu durumda İzmit, İstanbul, Konya mahkemelerinden hangisi yetkili olacaktır? Bu konuda CMUK döneminde net

düzenleme yoktu. CMK m.15 ile tereddütler bertaraf edilmiştir. CMK, uluslararası alanda ve yurt içinde işlenen suçlarda yetkiyi birleştirmiştir. Buna göre, böyle bir durumda yetkili m.15/2 ve m.15/1’e göre; ya ilk uğradığı havalimanı (Konya) ya da bağlı olduğu havalimanının bulunduğu yer (İstanbul) mahkemesidir.

Yani, Türk deniz, hava ve demiryolu taşıtları ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda yetki konusunda bir seçimlik durum vardır. Bu seçim hakkı, suçtan zarar görene aittir. Bunun sebebi, yer itibariyle yetkinin kamu düzeninden olmamasıdır. Buna göre yetki:

- ? Ya geminin uğradığı ilk liman
- ? Ya da bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesine göre belirlenir. Uygulamada çoğunlukla, bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesinin yetkilendirildiği görülmektedir.

Bağlama limanı, ilgili aracın sahibi olan şahıs ya da tüzel kişinin ticaret siciline kayıtlığı olduğu yerdir. Mesela, THY’nin bağlama limanı İstanbul, Devlet Demiryolları için Ankara’dır. Geminin isminin altında yazan şehir, onun bağlama limanını gösterir. Geminin –ya da diğer taşıtların- bağlama limanları yabancı bir ülkedeysse, o taşıtın Türk bayrağı taşıma yetkisi yoktur.

CMK m.15’teki yetkiye ilişkin seçimlik durumun sebebi; suçun mağduru ya da failinin, taşıtın kalkış yaptığı ya da gittiği yerde ikamet ediyor olma ihtimalinin kuvvetli olmasıdır. Yer itibariyle yetki, kamu düzeninden olmadığı için, iki savcının kendisini yetkili görmesi durumunda, dava, uygun olan yerde görülür.

Yer İtibariyle Yetki Kurallarının İstisnaları

1. **Bağlantılı Uyuşmazlıkların Birleştirilmesi :** Bu durum, yerel yetkili mahkemeler için söz konusu değildir. Mesela, bir kimse Ankara ve Eskişehir’de suç işlerse, her mahkeme, o suç için yetkilidir. Böyle bir durumda, davalar arasında bağlantının faydalı görülmesi halinde, uyuşmazlıklar birleştirilir ve davaların ikisi de bu yer mahkemelerinden birinde görülür. Burada, görevsel yetkideki gibi mahkemeler arası hiyerarşik bir durum yoktur. Yetki, savcıların anlaşmasıyla belirlenir. Savcılar uzlaşabilirlerse bir sorun yoktur, yargılamaya artık belirlenen mahkemede devam edilir. Eğer savcılar uzlaşamazlar ise, durum, müşterek yüksek görevli mahkeme tarafından çözülür. Ancak uygulamada genelde buna pek rastlanmaz, savcılar uzlaşırlar. Bu konuda Yargıtay’ın teamül haline gelmiş bir uygulaması vardır. Buna göre; Yargıtay, suçla-

rdan hangisinin cezası fazla ise, yargılamayı o suçu yargılayacak mahkemeye vermektedir. Mesela, örneğimizde Eskişehir’de işlenen suçun cezası 3 yıl, Ankara’dakinin cezası 2 yıl ise, birleştirme Eskişehir mahkemelerinde yapılır. Ancak bu yazılı bir kural değil, Yargıtay’ın kendi uygulamasıdır. Bu nedenle tam tersini de yapabilir.

Görevsel yetkiden farklı olarak, burada kamu düzenine ilişkin bir durum yoktur. Burada mahkemenin yetkisinin başka bir yer mahkemesine devredilmesi söz konusudur. Yetkili yer mahkemesinin görevi kaldırılarak, o suç için aslında yetkisiz olan başka bir yer mahkemesi yetkili kılınmış olmaktadır.

2. Yargılamanın Aktarılması (Davanın Nakli) : Yargılamanın aktarılması, yargılamanın yapıldığı yerin belirli nedenlerle yetkili merci tarafından değiştirilerek, yetkisiz olan bir başka mahkemenin yetkili hale getirilmesidir. Burada, yargılama, bazı sebepler nedeniyle artık yer itibarıyla yetkili mahkemede görülemeyecek durumdadır. CMK’da bu sebepler ikiye ayrılarak incelenir

a) **Hukuki ve Fiili Sebepler :** Eğer bir yargılama, hukuki ya da fiili bir takım sebeplerden dolayı yer itibarıyla yetkili mahkemede yapılamaz hale gelmişse, merci, vereceği kararla başka bir yeri yetkili kılar. Mesela, reddi sebebiyle yargıcın artık bakmadığı bir davada, o yerde söz konusu davaya bakacak başka bir yargıcın bulunmaması hukuki bir sebeptir. Fiili sebep için en tipik örnek ise, yargıcın ölmesi ve o adliyede davaya bakacak başka bir yargıcın bulunmaması halidir. Yargıcın hastalık vs sebeplerden dolayı birkaç ay görevini yapamaması (ve başka bir yargıcın bulunmaması) da fiili sebeptir. Bu durumlarda, yargılama aktarılabilir.

b) **Kamu Güvenliği Nedeniyle Yargılamanın Aktarılması :** Eğer yargılamanın yapılması gereken yerde davanın görülmesi sebebiyle orada kamu güvenliği tehlikeye girecekse, kamu düzenini bozan, haklı infiale sokan olaylar yaşanacaksa, yetkili merci o davada bir başka mahkemeyi yer itibarıyla yetkili kılabilir. Bu aktarma nedeni, sübjektif unsurlar içerdiği için bölgeden bölgeye, şehirden şehre farklılık gösterir. Bir bölge için kamu düzenini tehlikeye sokabilecek durum, bir başka bölge için böyle bir risk taşımayabilir. Mesela, Sivas Madımak Olayında Kayseri DGM yetkili iken, bu sebeplerle yargılama, Ankara DGM’ye aktarılmıştır. Yine, Veli Göçer’in yargılaması, Kocaeli’de değil, Konya’da yapılmıştır. Ancak yine bir başka bina

çökmesi Konya’da yaşanmış (Zümrüt Apartmanı), Sedat Kaya’nın yargılaması ertelenmeyerek, Konya’da yapılmıştır.

Yargılamanın aktarılmasında usûl; aktarma nedenine göre değişiklik gösterir. Eğer hukuki veya fiili sebeplerle aktarma söz konusu ise, davanın aktarılmasını talep etme yetkisi davanın taraflarına aittir (savcı, sanık, müdafî, vekiller vs). Kamu güvenliği nedeniyle yargılamanın aktarılmasını talep yetkisi ise, Adalet Bakanlığına aittir. Bu konuda bakanın böyle bir yetkisinin bulunmasının anayasa aykırılığı iddiasıyla doğan bir uyumsuzlukta, Anayasa Mahkemesi, 1977 yılında, bakanın sadece talepte bulunduğu, davanın nakline bir etkisinin olmadığı gerekçeleriyle, bakanın söz konusu yetkisini anayasa aykırı bulmamıştır. Bu düzenleme CMK’ya da alınmıştır.

Yargılamanın aktarılmasına karar verecek organ da talepte bulunana bağlı olarak değişiklik arz eder. Hukuki veya fiili nedenlerle yargılamanın aktarılmasında karar verecek merci, yüksek görevli mahkemedir. Yüksek görevli mahkeme, sadece kendisinin bulunduğu yargılama çevresindeki davayı aktarabilir, bir başka yargılama çevresindeki dava ile ilgili karar veremez. Örneğin, Bozkır Asliye Ceza Mahkemesi hakiminin fiili sebeplerle görevine bakmadığı halde, yargılamanın hangi yere aktarılacağını Konya Ağır Ceza Mahkemesi tespit eder. Konya Ağır Ceza Mahkemesi de sadece kendi yargı çevresi içindeki bir mahkemeyi belirler, yoksa Karaman Asliye Ceza Mahkemesi’ni yetkili kılamaz. Kamu güvenliği nedeniyle yargılamanın aktarılmasında karar verecek olan merci, Adalet Bakanının istemi üzerine Yargıtay’dır. Yargıtay, tüm mahkemelerin yüksek derecede görevli mahkemesi olduğu için, talep üzerine, herhangi bir yerdeki bir davayı, istediği bir yere aktarabilir. Yargıtay’ın bu konuda verdiği kararlar ise kesindir.

Aktarma, yargılamanın başlamasından sonra da yapılabilir. Ya da mesela, Yargıtay, bakanın istemini reddeder, sonrasında yargılamanın başlamasıyla birlikte kamu düzenini bozacak olaylar medyaya gelmeye başlar. Bu durumda da bakanın istemi üzerine Yargıtay, yargılamayı aktarabilir. Yani, bunun için bir süre sınırı öngörülmemiştir.

Yargılamanın aktarılmasının sonucu ise; a) Yargılama, ister hukuki veya fiili, ister kamu güvenliğine ilişkin sebeplerle aktarılmış olsun, davanın nakledildiği mahkeme, o davaya bakmak zorundadır. Yargılamayı aktaran merci, yetkisiz bir merci ise, aktarılan mahkemenin aktarma kararına uyma yükümlülüğü yoktur.

b) Yargılamanın aktarılmasından sonra, aktarma sebebi ortadan kalkarsa, davanın geri gönderilmesi

gibi bir durum olamaz.

- c) **Afet Nedeniyle Yargılamanın Aktarılması :** Bu aktarma sebebi, CMK'da düzenlenmiş değildir. Bu duruma, Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu m.23'te rastlanır. Buna göre, deprem, sel, çığ, heyelan gibi tabii felaketler durumunda felakete uğrayan bölgede yargılama yapılamayacak hale gelmişse, Adalet Bakanlığı tarafından tüm dosyalar aktarılır. Örneğin, Marmara depreminden sonra Adapazarı adliyesindeki dosyaların tamamı civar illere aktarılmıştır. HSYK K. m.23'te 'geçici' ibaresi bulunmaktadır. Bu konuda doktrinde tartışmalar olmuştur. Bir görüşe göre; bu kelime, aktarmanın geçici olduğunu, felaketin etkisinin geçmesinden sonra dosyaların geri gönderileceğini ileri sürülürken; bir diğer görüş de, felaket tarihinden sonra meydana gelen olayların geri gönderileceği, felaketten öncekilerin aktarıldığı yerde görülmeye devam edeceğini ifade etmektedir. M. Onursal Cin'e göre, 'geçici' ibaresi, felaketin etkilerine ilişkindir. Yani, felaketin etkileri ortadan kalktıktan, adliyeler yeniden yeterli personel ve çalışma koşullarına kavuştuktan sonra dosyalar geri gönderilir. HSYKK m.23'e göre yargılamanın aktarılması hali, CMK'daki sebeplere göre geçici nitelikte olması sebebiyle farklıdır. Yani, HSYKK m.23'teki hale göre yargılamanın aktarılması 'geçici' nitelik taşıırken; hukuki veya fiili ve kamu güvenliğine ilişkin sebeplerle aktarma sürekli bir nitelik arz eder.

3. İstinabe : İstinabe, bir yargıç veya mahkemenin belirli bir yargılama işleminin yapılması konusunda sahip olduğu yetkiyi geçici olarak, yer itibariyle yetkisiz bir mahkemeye devretmesidir. İstinabe, pratik ihtiyaçlardan kaynaklanan ve usûl ekonomisini sağlamaya yönelik bir kurumdur. Türk hukukuna göre, her türlü işlem istinabe ile yapılabilir. İstinabe, hem yer itibariyle yetki kurallarının hem de delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinin istisnasını oluşturur.

İstinabe, tüm kıta Avrupası sisteminde görülür. Ancak, kıta Avrupasında istinabenin sınırı, bizim hukukumuza oranla daha dardır. Kıta Avrupasında delillerin doğrudan doğruyalığına önem verilmiştir. AİHS m.6'da adil yargılanma hakkından bahsedilir. Adil yargılanma hakkı, tüm ceza yargılaması ilkelerini içine alan ve bu ilkelerine uyulmasının zorunlu olduğu bir hakkı ifade eder. Bu madde dolayısıyla AİHM de bazı içtihatlar geliştirmiştir.

AİHM, özellikle sanıkların istinabe yoluyla sorgulanmasına karşı çıkar. Türkiye AİHS'ye üye olmasına ve AİHM'nin de yargı yetkisini tanınmasına rağmen, istinabe kurumunu oldukça geniş uygulamaktadır.

İstinabe, görevsel yetki açısından eş durumda olan mahkemeler arasında olmalıdır. Bir Asliye Ceza Mahkemesi, Ağır Ceza Mahkemesini; bir Ağır Ceza Mahkemesi, Asliye Ceza Mahkemesini; Asliye Ceza Mahkemesi, (bir istisna dışında) Sulh Ceza Mahkemesini istinabe edemez. Bunun tek istisnası, bir Asliye Ceza Mahkemesinin, fiili imkânsızlık nedeniyle ya da o yerdeki Asliye Ceza Mahkemesinin görevini yerine getiremediği durumlarda, Sulh Ceza Mahkemesini istinabe edebilir. Bundan başka, bir de uluslararası istinabe vardır. Ülkeler arasında bu konuda bir takım adli yardım sözleşmeleri vardır. Bu durumda, ülkeler, birbirlerini istinabe edebilirler.

İstanbul'da görülmekte olan bir davanın önemli bir tanığı Kars'ta yaşamaktadır. Bu kişinin İstanbul'a gelmesi, usûl ekonomisine aykırıdır. Zira, tanık masrafları mahkeme tarafından karşılanır. Bu nedenle hem zaman hem de maddi olarak oldukça masraflı olacak bu iş yerine, istinabe kurumu uygulanır. Bu durumda tanık, Kars'ta dinlenir. İstanbul'daki mahkeme, Kars'taki eş görevli mahkemeden, tanığın dinlenmesini ister. Böyle bir durumda İstanbul mahkemesi istinabe eden; Kars mahkemesi de istinabe olunan (edilen) mahkemedir. Tanığın Kars'ta dinlenmesi usûl ekonomisine uygun olmakla birlikte, bu durumun bazı sakıncaları da olabilir. Tanık ve bilirkişi için istinabe yoluna başvurulması çok fazla sakınca doğurmasa da, sanığın istinabe yoluyla sorgusunun alınması çok sakıncalıdır.

Savcılar arasında da istinabe mümkündür. Savcı, soruşturma aşamasında ihtiyaç duyduğu birinin başka bir yargı çevresi içinde olduğunu görürse, bu kişinin dinlenmesi için usûl ekonomisi gereği istinabe yoluna başvurabilir.

İstinabe eden mahkemenin, istinabe olunan mahkemeden isteği, ilgili kişinin dinlenmesi, ifadelerinin tutanağa geçirilerek istinabe eden mahkemeye yollanmasıdır. Ancak, uygulamada istinabe edilen mahkeme açısından bu işlem, çok özenli olarak yapılmamaktadır. Hatta, ifadenin alınması, hakim tarafından değil, mahkeme kaleminde tutanak tutulması suretiyle yapılabilmektedir.

Bilirkişilikte de istinabe mümkündür. Mesela, Konya mahkemesi, İzmir'de yaşayan birini bilirkişi tayin etmiştir. Konya mahkemesi, dosyayı direkt olarak bilirkişiye göndermez. Dosya önce, İzmir'deki eş görevli mahkemeye istinabe yoluyla gönderilir. İzmir mahkemesi, bilirkişiye dosyayı gönderir. Bilirkişi bundan sonra raporunu İzmir mahkemesine

yapar ve İzmir mahkemesi de dosyayı bilirkişinin raporuyla birlikte Konya mahkemesine yollar.

İstinabe, hukukumuzda bir tek maddede düzenlenmiş değildir. CMK'nın çeşitli maddelerinde istinabeye ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Bunlardan m.180 ile m.196 önemlidir.

İstinabe olunan mahkeme, istinabe eden mahkemenin isteklerinin dışına çıkamaz, o isteklerle bağlıdır. Aksi halde, görevsel ve yetkisel bir yargıcın yaptığı işleminden bahsedilemez. (A) şahsını dinlemesi gereken mahkeme, -o yargılama için aslında gerekli olsa dahi, istinabe eden mahkemece belirtilmemişse- (B) şahsını dinleyemez. Ya da (M) bilirkişisi yerine -daha iyi olduğunu düşünse bile- (N) bilirkişisinden rapor isteyemez. İstinabe olunan mahkeme, isteğe birebir uymak zorundadır.

CMK m.180 : Madde, tanık ve bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenmelerini düzenlemektedir. İlk fıkrada, hastalık ya da malûllük veya giderilmesi olanaksız olan başka bir nedenle bir tanık ya da bilirkişinin duruşma gününde hazır bulunmasının mümkün olamayacağının anlaşılması halinde, istinabe yoluna gidilebilir. İkinci fıkra, yargılamanın yapıldığı yer mahkemesinin yargı çevresi dışında oturan tanık ve bilirkişi hakkında da aynı hükmün uygulanacağını düzenlemektedir. Fıkra 3, CMUK'a 1985 yılında yapılan bir eklemeye hukuku muza girmiş ve CMK'ya da alınmıştır. Burada bir kural ve bir istisna söz konusudur. buna göre; büyükşehir belediye sınırlarında, zorunlu olmadıkça istinabe yapılamaz. Aynı il içinde istinabe mantıklı değildir, zira, istinabe için de hazırlık yapılması, zaman harcanması ve masraf yapılması gerekmektedir. Bu durumda istinabenin amacına uygun hareket edilmiş, usûl ekonomisi sağlanmış olmaktadır. Bu nedenle söz konusu hüküm getirilmiştir. Maddede yer alan 'zorunluluk'tan kasıt, kanunda tanımlanmamakla beraber, kimsesizlik, sağlıklı bulunmamak ya da çeşitli mücbir sebeplerin bulunması gibi kriterlerle ölçülmektedir. Ayrıca, mesafenin de uzak olması gerekir. Böyle durumların varlığı halinde, büyükşehir belediye sınırları içinde de olsa, istinabeye olanak sağlanmıştır. Fıkra dört ise, yerinde olmayan bir düzenlemedir. Zira, aynı madde içerisinde ard arda düzenlenmiş olan fıkra üç ile dört çok büyük tezattır. Buna göre mesela, Kadıköy mahkemesi, Bakırköy'de bulunan bir tanığın dinlenmesi için Bakırköy mahkemesini istinabe etmiştir. Bakırköy mahkemesi yaptığı tebligatta tanığın Kadıköy'e daha yakın olan Üsküdar'da ikamet ettiğini tespit etmiştir. Bu durumda, istinabe eden

mahkemeye daha yakın olan tanığın CMK m.180/4 gereği daha uzak bir mahkeme olan, Bakırköy mahkemesinde ifade vermeye gitmesi gibi tuhaf bir durum ortaya çıkabilecektir. Beşinci fıkra ise, bu sakıncayı ortadan kaldırmaya yöneliktir. Buna göre, tanık veya bilirkişinin görüntülü ve sesli iletişim tekniği ile dinlenilme olanağı varsa, bu yöntem kullanılır. Bu konuyla ilgili maddede atıf yapılan yönetmelik ise henüz hazırlanmamıştır.

CMK m.196 : İlk fıkraya göre, sorgusu yapılmış olan sanık veya sanığın yetkisiyle müdafii talepte bulunursa, mahkeme, sanığı duruşmadan varestede tutabilir. İkinci fıkraya göre, sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere istinabe yoluyla sorguya çekilebilir. Bununla istinabenin alanı çok geniş tutulmuş olmaktadır. Hocaya göre, beş yılın üst sınırı olarak belirlenmesi daha isabetlidir. Kıta Avrupası sisteminde sanığın sorgusu hiçbir şekilde istinabe yoluyla yapılamaz.

4. Naiplik: Naiplik, 180. maddede istinabe ile birlikte ifadesini bulur. Naiplik, kurul halinde çalışan bir mahkemenin bir ya da birden fazla ferdinin, bir yargılama işlemini tek başlarına yapabilmesine olanak sağlayan bir uygulamadır. Bu anlamda naiplik kurumuna kurul halinde çalışan Ağır Ceza Mahkemelerinde rastlanır. Naipliğin istinabeden en önemli farkı, naibin sorgulama yapamamasıdır. Örneğin, Ağır Ceza Mahkemesi, keşfe karar verdi. Tüm mahkeme üyeleri kurul halinde keşif mahalline gitmek yerine, üyelerden birini naip tayin eder ve keşfe o hakim gider. Niyabet ile sanığın sorgusu yapılamaz. Bunun sebebi ise, CMK m.196/2'dir. Yani, sanığın sorgusunun istinabe ile yapılabilmesi için, suçun cezasının alt sınırının beş yıldan fazla olmaması gerekir. Ağır Ceza Mahkemesinin görevsel yetkisi ise, 10 yıldan üzeri suçlar içindir. Bu sebeple, niyabet ile sanığın sorgusu yapılamaz.

Yer İtibariyle Yetkisizlik Kararı ve Usûlü

Yer itibariyle yetkisizlik kararı CMK m.18 hükmüne göre, süreye tâbi kılınmıştır. Bunun sebebi, yer itibariyle yetki kurallarının, görevsel yetkide olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin olmamasıdır. Bu nedenle de yer itibariyle yetkisizlik iddiası belli süre içinde ileri sürülmelidir. CMK m.18 hükmüne göre, sanığın sorgusundan sonra artık yetkisizlik iddiası ileri sürülemeyeceği gibi, yargıç da re'sen yetkisizlik kararı veremez. İddianamenin okunmasından sonra yetkisizlik itirazında bulunul-

ması ya da hakimin re'sen bu kararı vermesi gerekir. CMUK döneminde yetki itirazı, iddianame-nin okunmasından öncesine kadar yapılabil-mek-tydi. CMK bunu uzatarak hem zaman kazan-dır-mayı hem de yargıca, iddianamenin okunmasıyla yetki konusunda bir fikir vermeyi amaçlamıştır.

Eğer mahkemenin yet itibariyle yetkisiz olduğuna dair bir iddia veya yetkisizlik itirazı ile mahkemenin yetkisiz olduğu itirazında bulunuluyorsa, bunu o yargılamaya bakmakta olan mahkeme hakimi inceler.

Görevsel yetkide olduğu gibi, yer itibariyle yetkide de, hakim yetkisizlik kararı vermişse yapmış olduğu gecikmesinde sakınca bulunan işlemler geçerlidir.

SORU : CMK m.20 ile m.289/1-d bir çelişki oluşturmaktadır mı?

CMK m.20'ye göre, mahkemece yapılan işlemler sadece yetkisizlik sebebiyle geçersiz sayılmaz. M.289/1-d'ye göre ise, yetkisiz mahkemenin yaptığı işlemler hukuka kesin aykırılık oluşturup mutlak bozma sebebidir. Ancak bu bir tezat oluşturmaz. Şöyle ki; eğer mahkemeye, süresi içinde bir yetkisizlik itirazında bulunmaz ve mahkeme de bu konuda kendiliğinden bir karar almamış ve dava bu şekilde, yetkisiz yargıç tarafından bitirilmişse, m.20 uygulanır ve dava sırf yetkisizlikten dolayı geçersiz sayılmaz. Fakat süresi içinde yetkisizlik itirazında bulunulmuş ve hakim de gerçekten yetkili olmamasına rağmen bu itirazı reddetmiş ve davayı devam ettirmişse, m.289/1-d uygulanarak dava, yetkisizlikten dolayı bozulur. Yani, yetki konusu hiç açılmamışsa, sorun yoktur. Zira, yer itibariyle yetki kamu düzeniyle ilgili değildir. M. 289/1-d'nin sebebi, hakimin bir hukuk kaidesini çiğnemesidir. Elbette ki, mahkeme yetkiliyse, m. 289/1-d uygulanamayacaktır.

SAVCILIK

Savcı, ceza yargılamasında iddia faali-yetini yürüten kamu görevlisidir. Ceza muhakemesinde yargıç, önüne getirilen uyuşmazlığı çözen kişiyken, uyuşmazlığı yargıcın önüne değişik boyutlarıyla hazırlayıp getiren kişi ise savcıdır. Savcı her ne kadar yargılama faaliyeti içinde yer alsada aslında yapmış olduğu iş, yürütmedir. Savcı yargılama faaliyeti içinde yürütmenin temsilcisi gibi çalışır.

Savcılığın Tarihi

İtham sisteminin geçerli olduğu yıllarda savcı-

lık kurumu bulunmamaktaydı. Bireysel öç alma dönemi geçip de kişilerin yargılanmaya başlamalarından sonra, mağdur veya yakınları, ceza yargılamasında taraf olmaktaydılar. Ortaçağ-da, merkezi otoritelerin güçlenmeye başlamasıyla, bugünkü anlamda savcıya benzer işler yapan kişiler, krallar tarafından görevlendirilmeye başlanmıştır. Eskiden bu kimselere, kralın soruşturmacıları denirdi. Bugün verilen ad ise, cumhuriyet savcısıdır. Bunların arasında yakın bir anlam bütünlüğü vardır. Kralın soruşturmacıları nasıl kralı korumaktaysa, bugün Cumhuriyet savcıları da devletin sistemini korumaktadır. Her suçun aynı zamanda da devletin bir hakkını ihlâl ettiğinin kabulüyle birlikte, savcılık kurumu doğmuştur.

Modern savcılık, bugününe en yakın haliyle 18. yüzyıl Fransası'nda (Fransız İhtilali sonrasında) ortaya çıkmıştır. Osmanlı Devleti'nde ise, savcılık teşkilatı, 1879 yılında kurulmuştur. Bu teşkilatla günümüz arasında çok fazla fark yoktur.

Bugünkü örgütlenme, her ilçede bir savcılık teşkilatı kurulmasıdır. Ancak bunda coğrafi kriterler dikkate alınmaz. Mahkemelerin görevleri dersinde işlendiği gibi, her Asliye Ceza Mahkemesinin yanında bir savcılık teşkilatı kurulur. Bu teşkilatta bir tane Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur. Bu yenidir. Zira, 1989'a kadar Cumhuriyet başsavcısı için Cumhuriyet savcısı; Cumhuriyet savcısı için de Cumhuriyet savcı yardımcısı terimleri kullanılmaktaydı. 20 yıl kıdemi olan bir savcı için dahi savcı yardımcısı tabirinin kullanılması kulağa hoş gelmediğinden, bu terimler 1989'da değiştirilmiştir. Her savcılık teşkilatında ne kadar savcı bulunacağı HSYK tarafından belirlenir.

Savcının Hukuki Statüsü

Savcı, her şeyden önce, idarenin bir ajanıdır. Savcı, adalet bakanının emrindedir ve kamunun menfaatlerini gözetir. Savcılık bir statüdür ve sahibine hak ve yükümlülükler getirir. Savcının iki temel görevi vardır:

1. Göreve İlişkin Denetleme Yetkisi
Denetleme, başsavcının, emrindeki diğer savcılar üzerinde denetleme yapabileceğini anlatır.

2. Yönetme
Yönetme ise, savcının, teşkilatı üzerindeki idari hak ve sorumluluklarını ifade eder. Savcının bu konudaki yetkileri üçe ayrılarak incelenebilir:

a) Emir Verme Yetkisi : Hakimler arasında astlık-üstlük ilişkisi yoktur, hakimler emir ve

talimat almazlar. Savcılar açısından ise bu husus geçerli değildir. Savcılar arasında astlık-üstlük ilişkisi mevcut olduğu gibi, savcılar emir ve talimat alırlar. Bu ilişki, başsavcı ile diğer savcılar arasındadır. Başsavcı, savcılık teşkilatını yönettiği için, mahiyetindeki savcılara emir verebilir. Ancak bu emirler de kamu yararına uygun olmalıdır. Konusu suç teşkil eden emir verilemez. Mesela, başsavcı, dava açmak üzere olan bir savcıya, dava açmaması için emir veremez. Ancak bunun tersi mümkündür. Örneğin, topladığı deliller üzerine yeterli suç şüphesi görmeyerek dava açmayan bir savcıya, başsavcı, kamu davası açması için emir verebilir. Bununla amaçlanan, hiçbir suçun soruşturmasız ve kovuşturmasız kalmamasıdır.

- b) **Görevi Bizzat Yerine Getirme Yetkisi** : Başsavcı, işler konusunda görev dağılımı yapabileceği gibi, istediği işi istediği savcıya da verebilir. Başsavcılar, genellikle davalara pek girmezler. Ancak, isterlerse davaya bizzat katılabilir.
- c) **İkâme Yetkisi** : Başsavcı, savcılara vermiş olduğu görevleri değiştirebilir. Mesela, başsavcı, savcı A'ya verdiği görevi ondan alarak savcı B'ye verebilir. Bu da savcılar arasında hiyerarşinin olduğunun açık bir göstergesidir.

Eskiden, CMUK m.170'te savcının kamu davasını açması konusunda Adalet Bakanının emir ve talimat verme yetkisi vardı. CMK, bu yetkiye yer vermemiştir. Adalet Bakanının emir verme yetkisi yerindeydi, zira, savcının tarafsızlığı söz konusu değildir. Savcı, bir idare ajanıdır ve hiyerarşik amiri de Adalet Bakanıdır. Bu nedenle, hiçbir suçun soruşturmasız ve kovuşturmasız kalmaması açısından, Adalet Bakanının kaldırılmış olan yetkisi, yerinde bir düzenleme oluşturmaktaydı.

Savcı, Bahri Öztürk'ün tabiriyle, soruşturma aşamasının imparatorudur. Ancak bu imparator bağımsız değildir, bağımsızlığı söz konusu olamaz. Savcı, Adalet Bakanının, yani yürütmenin emrinde olan bir kamu görevlisidir. Bu nedenle savcının denetlenmesi de yönetilmesi de doğal karşılanmalıdır. Zira, savcı, bir hakim değildir.

Savcının taraf olup-olmadığı hususunda tartışmalar mevcuttur. Taraf olmak, yargılamaya katılarak kendi çıkarlarını korumak için diğer taraflardan bağımsız haklar kullanmaktır. Bir süje olarak, bir de makam olarak taraf vardır. Bu tanım çerçevesinde sanık, taraftır. Müdafî de taraftır. Tanık, süje olarak

taraf iken; müdafî makam olarak taraftır. Zira, müdafî, kendi adına değil, müvekkili lehine haklar kullanmaktadır. Bu açıdan savcının taraf olup-olmadığı tartışılmaktadır. Hocaya göre savcı, makam olarak taraftır. Alman doktrininde savcının taraf olmadığı görüşü hakimdir. Savcı, sanığın aleyhine delil toplayabileceği gibi, lehine de delil toplayabilir. Bunun gibi, savcı, sanık lehine de temyize gidebilir. Bu düşüncelerle, Alman hukukunda savcının taraf olmadığı savunulmaktadır. Bu görüşe karşı olanlar da şunları ifade etmektedirler: Savcı lehte de hareket edebilir ancak savcı, lehe delil toplayarak sanığı beraat ettirdiğinde de aslında kamu yararını gözetmektedir. Masum birinin ceza almamasında da kamu yararı vardır. Dolayısıyla savcı, devleti temsil etmektedir, bir taraftır. Mesela, savcının başka bir yere tayini çıktığında dava durmaz, başka bir savcı gelerek davaya devam eder. Yani, bir makamın varlığı söz konusudur. Buna karşılık, yargıç ise taraf değildir. Yargıç, sentez işini yapar. Yargıç tarafsızdır ve aynı zamanda taraf değildir.

Yargıcın taraf olmaması sebebiyle ve yargıcın tarafsızlığını korumak amacıyla kanunda bazı tedbirler öngörülmüştür. Mesela, yargıcın reddi, çekinmesi gibi. Oysa ki savcının reddi ya da çekinmesi gibi tedbirler ne bizde ne de Alman Hukuku'nda yoktur. Ceza yargılamasında sanık olsun, savcı olsun, reddedilemez. Çünkü, her ikisi de birer taraftırlar.

Savcının taraf olmadığını iddia eden görüşler varsa da savcının taraf olduğu genellikle kabul edilmektedir. Savcının bağımsızlığı, yargı teşkilatı güçlerine karşı değil, basın, kamuoyu gibi diğer güçlere karşıdır.

Savcının Hak ve Yükümlülükleri

Savcıların tayin, terfi gibi özlük haklarını da, hakimlerde olduğu gibi, HSYK belirler. Yine, hakimlerde olduğu gibi, adalet bakanının savcıyı, HSYK onayıyla başka bir yere tayin ettirebilmesi mümkündür.

Savcının Görev Alanı

Savcının görev alanı ile kastedilen, savcının coğrafi olarak nerede görev yapacağıdır. Savcılar, yanında kuruldukları mahkemenin görev alanıyla sınırlı olarak işlemlerini sürdürürler. Ereğli savcısı, Ereğli ilçesiyle sınırlı olarak görev yapar. Konya savcısı, 20 km ötedeki Sarayönü'ndeki işlerde yetkili değildir. Savcılar arasında yardımlaşma mümkündür, uygulamada savcılar genellikle birlikte

hareket ederek sorunu çözmektedirler.

Cumhuriyet Savcısının Görevleri

Cumhuriyet savcısının en temel görevi, suç haberini aldıktan sonra araştırma ve soruşturma yapmaktır. Cumhuriyet savcısı, öncelikle, almış olduğu suç haberinin doğru olup-olmadığını araştırır. Bu aşamada önce suç haberinin niteliği hakkında gerekli araştırmayı yapar. Savcı, bu araştırmayı yaparken tek başına değildir. Bu konuda kendisine yardımcı olan bir adli kolluk teşkilatı vardır. Her ne kadar ceza hukukunda hakim re'sen delil toplayabiliyorsa da bunu, savcı da soruşturma aşamasında yapabilir.

Cumhuriyet savcısının ikinci ve asli görevi, gerekli araştırma ve soruşturmayı yaptıktan sonra kamu davasını açmak ve yürütmektir. Savcı delilleri yeterli görürse, 5560 s. Kanunla yapılan değişiklikler sonucunda maslahata uygunluk ilkesi gereği, kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesini uygulayabilir. Eğer ortada yeterli suç şüphesi olmasına rağmen savcı, kamu davası açmazsa adli ve idari denetime tutulur. Adli denetim, takipsizlik kararına karşı yapılabilen itirazdır. İdari denetim ise, savcının, Adalet Bakanlığı müfettişlerince denetlenmesidir.

Savcının üçüncü hak ve yükümlülüğü ise, koruma tedbirlerine başvurabilmesidir. Cumhuriyet savcıları, arama, yakalama, el koyma gibi bazı tedbirlere istisnai durumlarda kendiliğinden başvurabilirler. Bunlar aslında hakim kararıyla olur. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bu tedbirlere cumhuriyet savcısı da başvurabilir.

Savcının bir başka görevi, kanun yollarına başvurabilmesidir. Savcı, tanığın lehine ya da aleyhine olarak kanun yollarına başvurabilir. Cumhuriyet savcısı, mahkûmiyet almış bir sanığın masum olduğuna ya da daha az ceza alması gerektiğine inanıyorsa, sanığın lehine olarak kanun yollarına başvurabilir. Veyahut savcı, beraat etmiş bir sanığın suçlu olduğuna ya da ceza almış bir sanığın daha fazla ceza alması gerektiğini düşünüyorsa, sanığın aleyhine olarak kanun yollarına gidebilir.

Başka bir görev olarak, cumhuriyet savcısı, cezaların infazını sağlar. Hakim bir mahkûmiyet hükmü kurduğunda bu hüküm Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Savcılık, burada infaz hususunda birtakım işlemler yapar. Adliyedeki Cumhuriyet savcısı, cezaevi savcısı ile ve gerekli yerlerle yazışmaları sağlar. Hakim, hükmü verir, infazla ilgilenmez. İnfazın uygulanması, adliyedeki savcı ile, cezaevi savcısının yazışmalarıyla yapılır.

Cumhuriyet savcılarının bildirimle ilişkin birtakım

yükümlülükleri vardır. Kişiler, adliyeye davet edildiğinde bu çağrılarının yerine bildirimini sağlamak, çağrıya uymazlarsa, zorla getirme kararlarını uygulamak görevleri cumhuriyet savcısına aittir.

Savcıların CMK çerçevesinde görev ve yetkileri bunlardır. CMUK'ta, savcılarının aile hukuku gibi bazı alanlarda özel hukuk görevlerinin de olduğu düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeler, CMK'ya alınmamıştır.

CMK m. 160 ve m. 161, savcının görevleriyle ilgili önemli hükümler içerir:

m.160 : Suç haberini alan savcının, araştırma yükümlülüğünü düzenlemektedir. F.2, savcının, adil yargılanma için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle şüphelinin haklarını koruyarak, leh ve aleyhine delil toplayacağını düzenler. Savcı, maddi gerçeği araştırmak zorunda olduğu için, sanığın lehine olan delilleri de toplamak zorundadır.

m.161 : Madde, Cumhuriyet savcısının görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Ancak, savcılarının görev ve yetkileriyle ilgili kurallar sadece bunlar değildir. CMK'nın başka maddelerinde de savcının görev ve yetkileriyle ilgili kurallara rastlamak mümkündür. F.1'e göre, savcı, yetkilerini kullanırken tüm kamu görevlilerinden daha üstündür. Savcı, istisnalar bir yana, dilediği kamu görevlisinden, dilediği bilgiyi alabilir. Savcı etrafındaki kamu görevlileri üzerinde etki ve yetkiye sahiptir. Savcının emrinde silahlı bir kolluk gücü (adli kolluk) vardır. Yine aynı fıkraya göre, savcılar, birbirlerini istinabe edebilirler.

Adli Kolluk

Batı hukukunda, genel kolluk hizmetlerinden arındırılmış, sadece adli hizmetlere yöneltilmiş, bununla ilgili eğitim almış, delil toplayan, soruşturma sonuna kadar iddia makamının emrinde bulunan ve maddi gerçeği bulma amacı taşıyan silahlı bir kolluk gücü vardır ki bu, adli kolluktur.

Bizim hukukumuzda adli kolluk, CMK m. 164'te tanımlanmıştır. Ancak, f.1, biraz karışık bir düzenlemedir. F.3'te ise, adli kolluğun sadece adli işlerde savcının emrinde olduğu hususu düzenlenmektedir. Kalan işlerde adli kolluk, idari amirine, yani, emniyet müdürüne bağlıdır. Suçlulukla mücadele açısından bu düzenleme yerinde değildir. Zira, tamamen teknik bir konu olan delil toplama, araştırma işlemlerini bu konuda uzmanlaşmış ve yalnızca bu alanda çalışan bir kolluğun yapması çok daha uygun olacaktır.

Savcı, suç haberini aldıktan sonra, suç haberinin ciddi olup-olmadığını adli kolluktan yararlan-

rak araştırır. Cumhuriyet savcısı, mutlaka iddianameyle dava açar. Sözlü dava açılması mümkün değildir. Ayrıca, her yazılı belge de iddianame sayılmaz. Ancak bunun bir istisnası vardır. 2547 sayılı YÖK Kanunu çerçevesinde verilen lüzumu muhakeme kararları iddianame niteliğindedir. Bu, savcının iddianame hazırlamasına gerek olmadan dava açabildiği istisnai bir durumdur. Bu lüzumu muhakeme kararı, iddianame olarak doğrudan doğruya mahkemeye intikal eder ve kamu davası açılmış olur.

Kamu Davası Açma Görevi

CMK m.170 hükmüne göre, “kamu davası açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.” İddianamenin hem görevsel hem de yer itibarıyla yetkili mahkemeye sunulması gerekir. Bu, iddianamenin geçerli olabilmesinin ilk şartıdır.

M.170/3'te, iddianamede bulunması zorunlu hususlar düzenlenmiştir. Türkiye’de zorunlu müdafilik sistemi yoktur. Kişi, avukat tutmayabilir. Müdafî olmayınca, o iddianame geçersiz sayılmaz. Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisinin iddianamede yazılması da zorunlu değildir. Çünkü, böyle bir temsilci olmayabilir. Aynı fıkranın (e) bendinde, ihbarda bulunan kişinin kimliğinin de, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde, iddianamede yazılacağı belirtilmektedir. Suçu ihbar etmemenin suç olmasıyla, ihbarcının iddianamede isminin yazılacağı belirtilmesi bir tezat teşkil etmektedir. Bu kadar önemli bir konu savcının takdirine bırakılmalıdır. İhbarcının kimliğinin iddianameye yazılması yanlıştır. İngiliz, Amerikan ve Alman hukuklarında ise, ihbarcının adının iddianamede belirtilmesi suç oluşturmaktadır. Bizde de olması gereken budur. Şikâyet eden ise, zaten suçun mağduru. Bu yüzden şikâyetçinin kimliğinin belirlenmesinde sakınca yoktur. Yine aynı fıkranın (h) bendinde yüklenen suçun ve uygulanması gereken kanun maddelerinin de iddianamede belirtileceği yazmaktadır. Bu düzenleme neticesinde hakimler ile savcılar arasında bazı sorunlar çıkabilecektir. Zira, savcının yanlış nitelendirmesi sonucunda ağır cezalı bir suçun davası, mesela asliye cezada açılabilir. (j) bendi ise, iddianamede bulunması gereken hususlar arasında suçun delillerinin de belirtilmesinin gerektiği yazılıdır. Burada dar bir yorumlama yapmak gerekir. Genel gerekçede, ‘suçun bütün delilleri’nden bahsetmekteyse de bu, uygulama açısından pek mümkün değildir. Yargıtay’a göre, anlaşılması gereken, suçla ilgili ne delil elde edildiyse, bunların yazılmasıdır. Aslında kontrol edilmek istenen, bulunan delillerin kamu davası

açmaya yeterli olup-olmadığı hususudur.

M.170/4’e göre, “iddianamede, yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır.” “Delillerle ilişkilendirmek şarttır” ibaresi, çok yerinde bir düzenlemedir.

M.170/5, CMK ile getirilen önemli değişikliklerden biridir. Buna göre; “iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.” Cumhuriyet savcısı, makam itibarıyla taraftır. Ne delil bulduysa alıp iddianameye eklemek zorundadır. Ancak uygulamada, savcıların, lehte olan delilleri iddianameye pek yazmadıkları görülmektedir. Bu, yanlıştır. Çünkü lehte ve aleyhte olan delilleri inceleyecek olan kişi, hakimdir. Yani, iddianamede lehte olan hususlar da yer almalıdır.

İddianamenin İadesi

İddianame, kamu davasının açılabilmesinin kurucu unsurudur. Acaba iddianamede bulunması gereken unsurlar eksikse, ne olacaktır? CMK m. 174/1-a hükmüne göre, m. 170’teki zorunlu unsurlardan bir tanesi bile eksik olursa, iddianame iade edilir.

M. 174/1-b’ye göre ise, suçun ispatına etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianame de iade edilir. Suçun sübûtu için çok önemli bir delil yazılmamışsa, iddianame iade edilir.

M. 174/1-c’ye göre de; iş, önödeme veya uzlaşmalı bir suçsa ve bu usuller uygulanmamışsa, iddianame yine iade edilecektir.

Savcılar, bu madde sebebiyle, hakimlerin iddianamelerini genellikle iade edeceklerini düşünmekteydiler. Kanunun yürürlüğe girdiği ilk dönemde iddianame iadesinin oranı %21’e kadar çıkmıştı. Şimdi bu oran, %7,5’lara kadar inmiştir. Bunun sebebi kanunun daha iyi anlaşılmasına başlanmasıdır. Şu an iddianameler, daha makul sebeplerle iade edilmektedir.

M.174/2 hükmü 25.5.2005’te değiştirilmiştir. Madde hükmüne göre; “suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez.” Yani savcı, işlenmiş olan fiilin ne olduğunu düşünüyorsa, ona göre dava açar. Hakim, aynı düşüncede değilse bile iddianameyi iade edemez. Suçun hukuki nitelendirilmesindeki farklılıklar nedeniyle pek çok sakınca ortaya çıkabiliyor. Zaman zaman savcılar, suçu doğru tespit edemeyebiliyor. Çünkü olaya kendi bakış açılarıyla değil, Yargıtay’ın bakış açısıyla bakıyorlar. Mesela, görevli memurun devlet adına satın alınan malları teslim almadan evrakı

imzalaması Yargıtay'a göre sahtekârlık suçunu oluşturmaktadır. Oysa ki burada, görevi kötüye kullanma suçu vardır. Hakim ve savcılar, kendilerini fazlasıyla Yargıtay'a bağlı hissetmektedirler. Bu maddenin ilk halinde, hukuki nitelendirme de bir iade sebebiydi. Madde gerekçesinde, iddianame-nin iadesi müessesesiyle yargılamanın hızlanacağı belirtilmektedir.

M. 174/3'e göre, en geç 15 gün içinde iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılır. Bu hüküm de sonradan eklenmiştir. Mesela, hakim, iş yoğunluğu sebebiyle iddianameyi okuyamaz ve bunun sonucunda süre geçerse, bunun bir yaptırımı yoktur. Sadece artık iddianame iade edilemeyecektir. Sonrasında ise, duruşma aşamasında, bu iddianamede hatalar varsa, bunların düzeltilmesiyle zaman harcanacaktır.

M. 174/4 hükmüne göre ise, savcı, iddianame-nin iadesinden sonra, eksiklikleri ve hataları düzeltip iddianameyi mahkemeye verir. Hakim, ilk kararda belirtmediği sebeplerle iddianameyi artık iade edemez.

Örneğin; hakim, (a), (b), (c), (d) unsurlarının tamam, (e), (f) ve (g) unsurlarının ise eksik olduğunu söyleyerek iddianameyi iade etmiştir. Savcı, (e), (f) ve (g)'yi tamamladı ancak ikinci iddianameyi yaparken (a) bendini eksik yaptı. Bu durumda hakim, iddianameyi tekrar iade edemez, bu haliyle kabul etmek zorundadır. Çünkü, iade ederken sadece (e), (f), (g) unsurları belirtilmiş, (a) unsuru belirtilmemiştir.

Hakim, iddianameyi ilk kez hangi sebeple iade ettiyse, savcı ancak onları düzeltir. İkinci iddianamede bu sebebin dışındaki bir unsur eksikse, bu iddianame iade edilemez. İddianame, (e), (f), (g) unsurları eksik olduğu için iade edilmiş ve yeniden geldiğinde yine bu unsurlar eksikse, o zaman hakim, iddianameyi tekrar iade edebilir.

M. 174/5, iddianamenin iadesi kararlarına karşı, Cumhuriyet savcısının itiraz edebileceğini düzenlemektedir.

Takipsizliğe İtiraz

Verilen takipsizlik kararına itiraz, 15 gün içinde bu kararı veren Cumhuriyet savcısının görev yaptığı yere en yakın Ağır Ceza Mahkemesine yapılır (m.173/1). Yapılan değerlendirme sonunda Cumhuriyet savcısının takipsizlik kararı doğruysa, itiraz reddedilir. Şayet karar yerinde değilse, Ağır Ceza Mahkemesi başkanı itirazı kabul eder. Bu durumda Cumhuriyet savcısı artık kamu davasını açmak zorundadır (m.173/4).

Takipsizlik kararının verilmesinden sonra yeni delil ortaya çıkması halinde, takipsizlik kararı

verilen durum için kamu davası açılabilir (m.172/2). Yeni delil ile kastedilen sadece yeni ortaya çıkmış bir delil değildir. Yargıtay'a göre, daha önce araştırılan, dosyaya yazılan ancak önemsenmeyen ve incelenmeyen deliller de yeni delil olarak kabul edilecektir.

Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi

CMK m. 171'e göre, etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık hallerinde Cumhuriyet savcısının, kamu davası açma konusunda takdir yetkisi vardır. Bu, savcılara verilen sınırlı bir yetkidir. Zira Cumhuriyet savcısı, kural olarak kamu davasını açmak zorundadır.

Kamu davasını mecburiliğinin karşısında, maslahata uygunluk ilkesi vardır. Bu ise, bizim sistemimizde geçerli değildir.

5560 sayılı kanunla CMK'da bazı değişiklikler yapılmıştır. Buna göre savcı artık, şartlar mevcutsa, kamu davasını açmayı beş yıl süreyle erteleyebilmektedir. Cumhuriyet savcısına verilen yetki, kamu davası açmayı erteleme yetkisidir. Savcı, yeterli suç şüphesi olmasına ve dava açıldığında kişinin ceza alabileceği ihtimaline rağmen, dava açmayı erteleyebilir.

Ertelenmenin Şartları

1. Şüphelinin, daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması (m.171/3-a)
2. Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde, şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi (m.171/3-b)
3. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından, kamu davası açılmasına göre daha yararlı olması (m.171/3-c)
4. Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi (m.171/3-d)

Asıl şart ise, suçun takibinin şikâyetle bağlı olması ve cezasının üst sınırının 1 yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirmesidir.

Faile İlişkin Şartlar

- ? Savcının, kamu davasının açılmamasının, fail açısından daha iyi olacağını düşünmesi
- ? Ceza alacak şekilde, kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmamış olması
- ? Pişman olması

Bu koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Takibi şikâyeteye bağlı bir suçta, suçtan zarar gören dava açılmasını ve failin siciline bu suçun işlenmesini ister ancak bu maddeye göre mağdurun suçun kovuşturulması istemi yok sayılmış olmaktadır. Türk hukuk sisteminde kavuşturma kamusaldır. Anglo-Amerikan Hukuku ise, tercihini uzlaşmadan yana kullanmıştır. Uzlaşma, bizim sistemimize yeni girmiş olan bir kurumdur. Değişen 171. maddeye göre savcıya verilen takdir yetkisi ile mağdurun dava açılmasını istemesi hiçe sayılmaktadır.

Örneğin, kasten vurup, taksirle yaralama süsü verilebilir. Fail, hastane parası, tazminatı vs. ödüyor. Daha önceden de kasıtlı bir suçu yok ve kamu davasının açılmasının ertelenmesini istiyor. Bu maddeye göre Cumhuriyet savcısı, kamu davasını erteleyebilir. Ancak bunun sonucunda mağdurun hakları hiçe sayılmış olur. Bu değişiklik, çok sağlıklı bir düzenleme değildir.

Savcı, iddia makamıdır ama CMK m.171 ile savcıya hakim yetkisi verilmiştir. Bu, anayasal bir yetkidir, hakimden başka kimse kullanamaz. Ancak bu madde ile savcıya da bu yetki tanınmıştır. Cumhuriyet savcısı, kamu davasını açmayı ertelince faile 5 yıllık bir süre tanıyor ve bu 5 yıl içinde fail başka bir suç işlemese, bu suçu da işlememiş sayılıyor. Buna karar verecek olan ise aslında hakimdir.

M. 171/4'e göre fail, erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde ise, kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemeyiz. Burada taksirden bahsedilmemiştir ama taksirli davranışta da kusur vardır. Yani bu maddede "kasıtlı suç" şartı konulması çok isabetli olmamıştır.

Suçtan zarar gören, savcının bu kararına m.173 hükmüne göre itiraz edebilir. Ancak uygulamada bu itirazlar genellikle reddedilmektedir.

CMK m. 171 ile savcıya verilen bu yetki, kovuşturmanın kamusalılığı ilkesinin bir istisnasıdır. Maslahata uygunluk ilkesi yönünde bir düzenleme oluşturmaktadır.

Sulh Ceza Mahkemesi Hakimine Savcı Yetkisi Verilmesi

CMK m.163'e göre, suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa ve olay, genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza mahkemesi hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Ancak, savcıya erişilememesi gibi bir durum mümkün olmamalıdır. Savcılara her an erişilebilmelidir. Başsavcılar, nöbetçi savcı lis-

tesi çıkarır ve bu nöbetçi savcılar sabaha kadar adli hizmet vermek zorundadır.

Tutuklama, sadece hakim tarafından verilen bir karardır. Sulh ceza mahkemesi hakiminin ise savcı yerine karar verdiği durumlarda, tutuklama kararı verebilen-veremeyeceği hususu tartışmalıdır.

SANIK

Hakim ve Cumhuriyet savcısı, makam olarak yargılama süjesidir. Sanık ise, kendi nam ve hesabına yargılama süjesidir. Sanık, suç işlediği sanılan kimsedir. Sanıksız bir ceza yargılaması düşünülemez. Sanıklık, başlı başına bir statüdür. Bu statü ile sanığın hakları ve yükümlülükleri vardır. Sanığın en temel hakkı, savunma hakkıdır. Bunun yanında adil yargılanma hakkı ve hak arama hakkı da vardır

Sanıklığın Şartları

1. Hayatta olmak ve gerçek kişi olmak. Türk ceza yargılamasında tüzel kişilerin sanıklık ehliyeti yoktur.
2. Belirli olmak. Bu, ikiye ayrılır:
 - a. Ferdin belirli olmak
 - b. Kişinin kimliğinin belirli olması

Sanık olmak için kişiyi öncelikle ferdin belirlemek, sonra da bu kişinin kimliğini belirlemek gerekir. Örneğin, bir futbol müsabakasında hake-min kararını beğenmeyen sarı şapkalı, montlu bir kişi, hakeme taş atmış ve hakemin yaralanmasına neden olmuştur. Kolluğun onu kıyafetiyle belirlemesi yetmez. Kamu davası açılıp, sanıklık statüsüne geçilebilmesi için ferdin belirli olmanın yanında kimliğinin de belirlenmesi şarttır.

Sanıklığın Başlangıcı ve Sonu

Sanıklık, bir kişi hakkında ceza davasını açılması ile, yani kovuşturmanın başlaması ile başlar, hükmün kesinleşmesine kadar sürer (CMK m.2).

Sanıklık, kovuşturmanın başlamasıyla başladığına göre; kovuşturmanın bitmesiyle de sona erecektir. Kovuşturma, kişiye uç isnat etmedir. Kovuşturma aşamasında, mahkemeler bir takım kararlar vermektedir. Örneğin; beraat, mahkûmiyet gibi. Kovuşturma aşamasında verilen beraat kararından sonra kovuşturma henüz bitmemektedir ancak beraat etmiş kişiye de kanuna göre sanık dememiz gerekiyor. Beraat etmiş kişi, halihazırda suç şüphesi altında değildir ve bu kişiye sanık demek gerekir. Ama bunun tersini savunanlar, savcı-

nın temyize gittiği, yani kişi beraat etmiş de olsa hâlâ suç şüphesi altında olduğu gerekçesiyle sanık denilmesini savunmaktadırlar. Kişi hakkında mahkûmiyet kararının verilmesinden sonra kişi, artık hükümlüdür. Ancak, mahkûmiyet kararı henüz kesinleşmemiştir. Kişi hakkında temyize başvurulduğunda bu, hükmün icrasını durdurur. Çünkü 'mahkûmiyet karinesi' çerçevesinde kişiler, kesin karar alınana kadar masumdur. Ama bu kişi tutuklu kalmaya devam eder.

Tutuklu ile hükümlü arasında infaz rejimine göre çok büyük farklar vardır. Tutuklu, bir takım ihtiyaçlarını cezaevinde karşılayabilir ancak hükümlü bunu yapamaz.

Kovuşturmanın tamamlanmasıyla sanıklık sıfatı düşer. Ölüm, genel af, dava zamanaşımı gibi durumlarda da sanıklık sıfatı düşer.

Sanıklık Statüsünün Sonuçları

İfade ve Sorgu

İfade ve sorgu, devlete hesap vermek adına sanık için bir yükümlülük iken, savunma yapmak adına bir haktır. (Savunma hakkı, ifade ve sorguyu yükümlülük olmaktan çıkarır)

1992 tarihli 3482 sayılı kanun değişiklikleri ile ifade ve sorgu düzenlenmiştir. Bu değişikliklere kadar ifade ve sorgu ayrı ayrı tanımlanmamakta; her ikisi de aynı anlamda kullanılmaktaydı. Yapılan bu değişiklik ile kanuna metin olarak girmişse de tanım olarak girmemiştir. İfade ve sorgu ancak CMK ile tanımlanmıştır (m.2). Buna göre;

İfade : Şüphelinin kolluk veya Cumhuriyet savcısı önünde, soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesidir.

Sorgu : Şüpheli veya sanığın hakim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesidir. İfade ve sorgu, önemli bir delil aracıdır.

Sorgu ve İfade Alma Yöntemi

Kişi, davetiye ile çağrılır. Bu çağrıda, çağrılma nedeni belirtilir. Gelmediği takdirde zorla getirileceği de kişiye davetiye ile bildirilir (CMK m.145).

CMK m. 147, ifade ve sorgu usûlünü düzenlemektedir. Buna göre, öncelikle şüpheli veya sanığın kimliği tespit edilir. CMK'ya göre, her ifade alma ve sorgu işleminde kimlik tespitine gerek yoktur. İlk yapılan ifade veya sorguda kimlik tespitinin yapılması yeterlidir. Ancak uygulamada bu konuda birçok problem yaşanmaktadır. Aynı ad ve soyada sahip kişilerin olması, sorun teşkil edebilmektedir. Bu nedenle her seferinde ayrıntılı ola-

rak kimlik tespiti yapılması faydalıdır. Her ifade ve sorgu için kimlik tespiti yapılması gerektiği hususu gerekçede yazmaktadır. Hakimler de gerekçeye bağlı olarak karar vermektedirler (m.147/1-a).

M. 147/1-b hükmü, isnadın bildirilmesini düzenlemektedir. Isnadın bildirilmesi, şüpheli veya sanık açısından bir hak iken; kovuşturma ve soruşturma makamı açısından bir yükümlülüktür.

Müdafiden Yararlanma Hakkı

3842 sayılı yasayla düzenlenmiştir. Kişinin yanında avukat bulunması, yapılabilecek çeşitli hukuka aykırılıkların önüne geçer. Kişi, müdafî tutamıyorsa, kendisine baro tarafından avukat tayin edilir. Artık vatandaşlar da, yanında müdafî olmadan bu işlemlere başlamıyor.

Bu uygulamanın en sakıncalı tarafı, avukatların şüpheli veya sanığa hukuk dışı yardımlar yapabilmeleriydi. Şimdi müdafî, şüpheli veya sanık ile, ses geçirmez camların olduğu bir odada konuşabilmektedir. Müdafî ile şüpheli veya sanığın konuşmalarını kimse duymamaktadır. Müdafiden faydalanma konusunda bazı sınırlamalar getirilmiştir. Mesela, CMK'ya göre, kovuşturma aşamasında şüpheli veya sanık, istediği kadar müdafî seçebilir; soruşturma aşamasında en fazla üç avukatın yardımından faydalanabilir.

Susma Hakkı

İfade ve sorgu esnasında şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin konular hariç, diğer konularda susma hakkını kullanabilir. Şüpheli veya sanık, hiçbir soruyu cevaplamayabilir. Eski çağlarda, yani, sanıktan delile ulaşılan zamanlarda sanık, her türlü zorlamaya maruz kalmıştır. Bu yüzden bugün susma hakkı getirilmiştir. Susma hakkının olmadığı yerde kişiyi zorla ikrarda bulunmaya yöneltme olabilmektedir. Susma hakkını tanıyan sistemler, sanığı kullanmadan, onun vücut bütünlüğüne zarar vermeden delilleri bulmayı savunmuşlardır. Kanun koyucu, sanık veya şüphelinin yalan beyanda bulunmaması için ona susma hakkını tanımıştır. Ancak, ceza yargılamasında sanığın susması, onun suçlu olduğunu da göstermez. Ceza yargılamasında sükût, ikrardan gelmez.

İfade ve Sorgunun Biçimi

CMK m. 145'e göre, önce sanık veya şüpheliye öncelikle bir davetiye yollanır. Ayrıntılı bir kimlik tespiti yapılır. O kişi olduğu tespit edilince, kendisine isnat bildirilir (m.147/1-b). Ayrıca, bir müdafiden yararlanma hakkının olduğu, müdafii yoksa, kendisine barodan bir müdafî tayini isteyebileceği (m.147/1-c) ve susma hakkına sahip

olduğu (m.147/1-e) hususları bildirilecektir. Susma, bir haktır, kötüye yorumlanamaz. Şüpheli veya sanığın, bu hakkından dolayı, aleyhinde bir durum yaratılamaz. Ceza yargılamasında, eski zamanların aksine, sanıktan delile değil, delilden sanığa ulaşılır.

M. 147/1-f'ye göre, şüpheli veya sanığa, şüpheden kurtulması için somut deliller toplanmasını talep edebileceği ve lehine olan hususları ileri sürebileceği haklarına sahip olduğu hatırlatılır. Aslında bu düzenlemenin yer almasına dahi gerek yoktur. Zaten bu, sanık veya şüphelinin en temel hakkıdır. Bu anlamda bu hususun kanuna yazılıp-yazılmamasının bir önemi yoktur. Bu hak, şüpheli veya sanığa lehine olan delillerin toplanmasını isteme hakkı verirken; ifade veya sorguyu yapacak olan makamlar açısından ise delillerin toplanması ve aydınlatma yükümlülüğü doğurur.

Örneğin, bir suç işlendi ve zanlısı yakalandı. Fakat bu kimsenin suçla bir ilgisi yok. Kendisine isnat edilen suç bildiriliyor ve suçun, bu kişinin yurt dışında olduğu bir tarihte işlenmiş olduğu anlaşıyor. İşte bu kimse, karakolda, ifade aşamasındayken, o suçun şüphelisi olarak kolluktan, yurt dışında olduğunun tespiti için, pasaportunun getirilmesini talep edebilir. Şüpheli, somut olarak bu konudaki delillerin toplanmasını isteyebilir. Ancak burada önemli olan husus somut delillerin var olmasıdır. Mesela, aynı durumda bulunan bu şüpheli, 'kahvedeki arkadaşlarıma sorun, ben böyle bir şey yapmam, herkes beni tanır' gibi ifadelerde bulunması, somut delil oluşturmaz. Ama suç anında kahvede okey oynadığını ve bunu bilen şahitleri olduğunu ve onların tanık olarak dinlenmesini istemesi, somut delil oluşturur.

Şüpheli veya sanık, isnattan kurtulabilmek için, somut delillerin getirilmesini ister. Bu, ifade alma ve sorgulamayı yapan makamlar açısından bir aydınlatma yükümlülüğüdür.

Şüpheli veya sanığın bir başka hakkı, yakınlarına haber verilmesini isteme hakkıdır. Bu hak, makamlar için, yine bir aydınlatma yükümlülüğü oluşturur. Şüpheli veya sanığın gözaltına alındığını, ifadesinin/sorgusunun alındığını, kolluk makamları mutlaka ilgilinin bir yakınına bildirir. Şüpheli veya sanığın kendisinin telefon açmasına izin verilmez. Onun söylediği kimseye, kolluk telefon eder.

Tüm bu işlemlerin sonucunda bir tutanak düzenlenir (m.147/1-i). İfade ve sorguda yapılan tüm işlemler bu tutanakte tespit edilir. Düzenlenecek bu tutanakte yazılacak hususlar şunlardır:

- ? İfade veya sorgu işleminin yapıldığı yer ve tarih
- ? İfade veya sorgu sırasında hazır bulunanların sıfatları ve şüpheli veya sanığın açık kimliği

- ? İfade veya sorgu sırasında yapılması gereken tüm işlemlerin yapılıp-yapılmadığı ve yapılmayan işlemler ile bunların sebepleri
- ? Tutanak içeriğinin ilgili ve müdafiyeye okunduğu husus ve imzaları
- ? İmzadan çekinme halinde bunun sebebi.

Peki, şüpheli veya sanık için hak; yetkili makamlar için yükümlülük olan hususlar takdiri midir? Yani bu işlemler yerine getirilmeyebilir mi? Bu, mümkündür. Bazı işlemler yapılamayabilir. Mesela, baroların müdafii tayini hususu, ödenek yokluğu gibi nedenlerden dolayı gereği gibi yerine getirilememektedir. Yapılamamış olan işlemler varsa, bunlar tutanağa yazılır. Mesela, müdafii gelmemişse, müdafinin gelmediği ve bunun sebebi tutanakte mutlaka belirtilir.

İmzadan çekinme halinde, bunun nedenleri de yazılır. İfade veya sorgu sırasında bulunanlar tutanağın okunmasından sonra tutanağı imzalar. Şüpheli veya sanığın imzadan imtina hakkı vardır ama bunun sebebini belirtmelidir.

İfade Alma ve Sorguda Yasak Yöntemler

Bunun adı CMUK döneminde 'yasak sorgu yöntemleri' idi. Daha önceden ifade ve sorgu ayrı kavramlar değildi. Şimdi ise ayrıdır. Sorguyu hakim yapar. CMK m.148'e göre, şüpheli veya sanığın beyanı, özgür iradesine dayanmalıdır. Buradaki "özgür irade", en önemli noktadır. Madde hükmüne göre, şüpheli veya sanığa, bu özgür iradeyi zedeleyici kötü davranış, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçlar kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

Kötü davranma, müessir fiil (yaralama) suçunun oluşumuna yol açacak, müessir fiil derecesine varacak eylemlerin yapılmasıdır. Eza verici ve manevi zararlar verecek hareketlerin uygulanması da kötü davranma oluşturur ve yasak sorgu metodudur. Tokat atma, su sıkma, tükürme gibi eylemler bu gruba girer.

İlaç verme, CMUK döneminde 'zorla ilaç verme' idi. Şimdi bu 'zorla' ibaresi kalktı. Kişiye, rızası dışında bir takım kimyasal maddeler iştirilmesi, enjekte edilmesi yasak sorgu metodlarındandır.

Yorma ile kastedilen, kişinin bedensel ve zihinsel olarak özgür ifade vermesini engelleyici şekilde ve kasıtlı olarak yorgun düşürülmesidir. Bu şekilde verilen bir ifade geçerli değildir. Örneğin; kişinin gece saat 2'de gözaltına alınması ve sabaha kadar savcıdan imza alınacağı gerekçesiyle bekletilmesi. Veya 24 saatlik gözaltı süresinde 23,5 saat ifade

alınmayarak, sürenin bitimine yarım saat kala sorguya başlanması. Ya da şüphelinin uyutulması, yüksek sesle müzik dinletilmesi vs durumlar böyledir.

Aldatma, iki türlü olur: Hukuka ilişkin aldatma ve olaya ilişkin aldatma. İfade veren ya da sorguya çekilen kişi hakkında hukuka aykırı yöntemlerle yanıltıcı bilgiler vermek suretiyle alınan beyanlar, delil olarak değerlendirilemez. Örneğin, kişiye hapis cezası verilmeyeceği, para cezası alacağı, zaten işlediği suçun basit bir suç olduğu söylenecek ifade alınması durumunda hukuka ilişkin aldatma vardır. Ya da kişinin şüpheli sıfatıyla ifade vermesi gerekirken, kendisine tanık sıfatıyla ifade vereceği söylenirse, bu şekilde alınan ifade de geçerli değildir. Zira, burada da hukuka ilişkin aldatma vardır. Olaya ilişkin aldatma ise, şüpheli veya sanığa, olayın, değiştirilerek söylenmesi, olayın, aslında olmayan bir senaryo şeklinde aktarılmasıdır. Mesela, şüpheliye suç ortaklarının konuştuğunun ve her şeyi anlattıklarının söylenmesi halinde böyle bir aldatma vardır. Bu da yasak sorgu metadlarından biridir. Aldatma durumunda da, şüpheli veya sanıktan alınan ifade, delil olarak kullanılamaz.

CMK m.148'deki en önemli, en temel ifade, iradenin özgür olmasıdır. Bunu engelleyen her şeyin bertaraf edilmesi gerekir. Maddede sayılanlar tahdidi değildir. İradeyi zedeleyen her şey, bu madde kapsamına girer.

İşkence, başlı başına önemli bir konudur. İşkenceyi TCK m.94 şöyle tanımlamıştır: Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması ya da yol açacak davranışların, bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesidir. 765 sayılı TCK ise 243. maddesinde işkenceyi şu şekilde tanımlamıştır: Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümleri söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa (...) cezalandırılır. Görüldüğü üzere 765 sayılı TCK bu suç açısından saik belirlemiştir. Bu saik de ruhen veya bedenen acı çektirmek; delil elde etmek amacıyla konuşturmak ya da konuşmasını engellemektir. 5237 sayılı TCK'da ise böyle bir saik aranmamıştır. Mesela, sivil polisin vatandaşa kimlik sorması ve vatandaşın da sivil polisten kimliğini tanıtmamasını istemesi sonucunda polisin sinirlenerek vatandaşa tokat atması halinde de bu suç oluşabilecektir. Zira, TCK m.94'ün lafzından böyle bir anlam çıkmaktadır. Bu açıdan, önceki kanundaki tanım daha sağlıklı görünmektedir.

İşkence oluşturan fiillerin tamamı aslında TCK

'dan bağımsız birer suçtur. Zira işkence sonucunda kasten yaralama, cinsel saldırı gibi suçlar da oluşmaktadır. Ancak işkence, bunların üstünde ve bunlardan ayrı bir suç tipidir. Hepsinden daha ağırdır. Her iki kanundaki tanımlara bakıldığında, yeni düzenlemede bu suçun kapsamının daha geniş olduğu görülür. Sokakta sivil polisten yenen bir tokat bile işkence suçu oluşturabilir. Buna karşılık, objektif koşullardan dolayı bu suçtan yargılamaya yapılabilmesi imkânı oldukça azalmıştır. Bu yüzden işkence suçunda 'sistematiğe olma' şartı aranması daha sağlıklı olacaktır. Madde metninde ve gerekçesinde, Yargıtay uygulamalarında sistematiğe olmasıyla ilgili bir düzenleme, ipucu yoktur. Somut kriter yoktur. Bu, bir sakıncadır. O. Cin'e göre, gerekçe madde metnine dahil olmadığı için, m.148'dekilerin tümü aslında işkencedir. Ama maddeye göre, her suç işkence olarak değerlendirme imkânı yoktur. Hakim takdir yetkisi vardır. M.148'deki yasak metodlar içinde işkence de olduğu için, diğerleri kendi suçlarından yargılanacaktır.

Cebir, kötü davranma ve işkence suçları kademelidir. Cebir, kişinin yaralanması sonucuna varacak derecede şiddet kullanmadır. Yasak sorgu metodlarındandır.

Araç kullanma, filistin askısı gibi bir takım aletlerin kullanılarak ifade veya sorgu yapılmasıdır. Bu da yasak sorgu metodlarındandır.

Bunlara benzer her türlü yöntem, ne olursa olsun, ifade ve sorgulamada yasak metodlardan kabul edilir. Yalan makinesine bakılacak olursa; Alman Hukuku'nda yalan makinesi, hukuka aykırıdır. Zira bu makine, kişinin gerginleşmesine, heyecanlanmasına ve bunun sonucunda aletin yanlış bilgi vermesine yol açabilir. Ya da profesyonel bir yalancı, bu makineden geçebilir. Yalan makinesinin yalanı tam olarak tespit ettiğini söylemek zordur. Alman hukukçularına göre, aletin tam olarak doğru çalışacağının da bir garantisi yoktur. O. Cin'e göre, yalan makinesinin uygulanmamasının en temel sebebi, şüpheli veya sanığa susma hakkının tanınmış olmasıdır. Susma hakkına sahip olan ve bu hakkını kullanan bir kimseyi zorla yalan makinesine bağlamak, hukuka uygun olmasa gerektir.

Hipnoz gibi usûller de yasak sorgu metodlarındandır. Hipnoz, Japonya ve Güney Kore gibi bazı uzakdoğu ülkelerinde ifade ve sorgu esnasında kullanılabilen bir yöntemdir.

CMK m.148/2'de, ifade ve sorgu esnasında şüpheli veya sanığa, hukuka aykırı bir yararın vaad edilemeyeceği hususu düzenlenmektedir. Buna göre, ifade veya sorguyu yapanlar, gerçekleştiremeyeceği vaatlerle ifade ve sorgu alırlarsa, bu şekilde alınan ifadeler hukuka aykırıdır. Örneğin, aslında alt sınırı 6 yıl olan bir ceza için şüpheli veya

sanığa “konuşursan 2 yılla kurtulursun” ya da “konuşursan seni para cezası ile kurtarıyoruz, zaten işlediğin basit bir suçtur” gibi vaadlerde bulunmak da bu şekilde alınan ifadeleri geçersiz kılar. Ancak bazı hallerde ise bu tür beyanlar, hukuka aykırılık teşkil etmez. Mesela, organ ticareti suçunda, suçun haber alınmasından sonra doku ve organını satan kişi gönüllü olarak suçun ortaya çıkmasına yardım eder ya da suçluların yakalanmasına yardım ederse, cezası dörtte birden yarısına kadar indirilir (TCK m.93/2). Böyle bir halde, “konuşursan cezanda indirim olacak” denilmesi, hukuka aykırı değildir. Zira, burada kanun tarafından belirlenmiş bir durum vardır. Böyle bir hakkı kanun zaten tanımaktadır.

M. 148/3, f.1 ve f2’nin sonucunu ortaya koymaktadır. Hukuka aykırı olarak elde edilen ifadeler, rıza ile verilmiş olsalar dahi, delil olarak kabul edilemezler. Anglo-Amerikan Hukuku’nda bu, “zehirlir ağacın meyveleri de zehirlidir” şeklinde ifade edilmektedir. Bu kavram, 1992 yılında ceza yargı-lama sistemimize girmiştir.

Fıkra 4 önemli, akıllıca plânlanmış bir maddedir. Esasen CMUK’ta bulunmayan, CMUK’ta var olan bir sorunu çözmek amacıyla CMK’ya alınan bir hükümdür. Eski sistemde, şüpheli veya sanık, karakolda her şeyi kabul edip, tutanağı imzaladıktan sonra, mahkemeye geldiğinde vermiş olduğu ifadeyi inkâr etmekteydi. Bunun sonucunda karakolda yapılan tüm işlemler boşa gitmekte ve zaman, para ve delil kaybına yol açmaktaydı. Fıkra hükmüne göre; müdafî hazır bulunmaksızın kolluk-ça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. Bu hüküm, öncelikle, eski sistemin devam ettiğini göstermektedir. Ancak, müdafîin olmaması şartıyla. Müdafî olmadan alınan ifade, mahkemede aynen doğrulanmazsa, ilk ifade geçersiz olacaktır. Bu hükmün mefhumu muhalifinden, ifade esnasında müdafîin bulunması halinde mahkeme önünde artık ilk ifadenin inkâr edilemeyeceği, edilse bile hakim tarafından dikkate alınmayacağı sonucuna varılmaktadır. Eskiden ilk ifadenin geçersizliğine dair müdafîin beyanı da olabilmekteyken, kanun koyucu, artık müdafîin bu beyanlarını kabul etmemektedir. Kaldı ki müdafîi esasen, hukuka aykırılığı önlemek, eğer böyle bir hal varsa buna şahit olmak için karakolda olmaktadır. Artık ifade esnasında ses ve görüntü alınabilmesi nedeniyle, bu konuda daha az sıkıntı olacağı düşünülmektedir.

Fıkra 5, f.4 ile bağlantılı ve çok yerinde bir düzenlemedir. Buna göre, ifadenin reddedilmesi halinde artık yeni ifade alma işlemi kolluk tarafından değil, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. CMK’nın başarılı hükümlerindendir. Zira

burada zaten kolluk suçlanmaktadır, şüpheli veya sanığın, ifadesinin tekrar alınması için, yeniden kolluğa gönderilmesi, çok da isabetli olmayacaktır.

Sanığın Hak ve Yükümlülükleri

Sanığın en temel hakkı, savunmadır. Savunma da bireysel savunma ve toplumsal (kamusal) savunma olarak ikiye ayrılır. Bireysel savunma, sanığın bizzat, hiçbir yardım olmaksızın kendini savunmasıdır. Aslında CMKda sanığa tanınan tüm haklar, savunma üst başlığı altında toplanabilir. Hazır olma hakkı, serbestçe söz alma hakkı, isnad öğrenme hakkı, delilleri ileri sürme hakkı, temyize başvurma hakkı hep savunma hakkının alt başlıklarıdır. Müdafî aracılığıyla savunma ise, kamusal savunmadır. Nasıl ki savcı, kamusal iddia makamı ise; müdafî de kamusal savunma makamıdır. Suçlu olmayan birinin ceza almaması için savunulmasında da kamu menfaati bulunmaktadır.

Sanığın en temel ödevi ise, boyun eğme mecburiyetidir. Sanık, hakkında yapılan bir takım işlemlere razı olmalıdır. Mesela sanık, yakalandığı zaman teslim olmalı; malları müsadere edildiğinde bu malları teslim etmeli; mahkûmiyet kararı alıp, hükümlü statüsüne girdiğinde cezaevine girmeli; ifade ve sorgu için çağrıldığında, gitmelidir. Bunlara aykırılık halinde TCK ve bazı özel kanunlarda yaptırımlar öngörülmüştür. Bunlardan başka sanığın bir mecburiyeti daha vardır ki, bu da yargılama şartlarından olan hazır bulunmadır. Ayrıca sanığın, kimliği hakkında sorulan sorulara doğru cevap verme zorunluluğu da vardır.

MÜDAFİ

Müdafî, ceza yargılaması hukukunda sanık adına savunma görevi yapan kişidir. Bu çerçevede, ilk çağlardan beri savunma hakkının tanınmasıyla birlikte, sanığa yardımcı olan, onun yapamayacağı işleri yapan bir avukata ihtiyaç duyulmuş ve müdafî kabul edilmiştir.

Vekil ve müdafî birbirinden farklı kavramlardır. CMK m.2’deki tanımlarına göre müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan kişiyken; vekil, katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden kişidir.

Müdafî olmanın ilk şartı avukat ya da dava vekili olmaktır. Avukat olmanın şartları; T.C. vatandaşı olmak, hukuk fakültesini bitirmiş olmak, stajını tamamlamış olmak, staj bitim belgesi alarak baroya kayıt olmaktır. Dava vekilleri ise, avukat sayısının az olması sebebiyle yaşanan sıkıntıların giderilmesi

için hukuk tahsili görmemiş, lise mezunu kimselere, avukat sayısının 5'ten az olduğu yerlerde tanınmış bir imkândır. Uygulamada artık buna gerek kalmamaktadır. Artık yeni ruhsat verilmemekte, önceden verilmiş olanlar kullanılmaktadır.

Her avukat, müdafî olamaz. Avukatın yasaklılık sebepleri bulunmamalıdır. CMK ve Avukatlık Kanunu'ndan kaynaklanan bir takım yasaklılık sebepleri vardır. CMK m.151/3 hükmüne göre, belirli suçlardan yapılan yargılamanın müdafî hakkında, o suçlardan dolayı kovuşturma başlatılmışsa, o avukat o yargılamada müdafîlik yapamaz. Avukatlık Kanunu'na göre, kamu kurumlarının avukatlığını yapanlar, o kamu kurumuna karı vekillik üstlenemez. 5 yıllık doçent ve profesörlerin –part-time'a geçmek koşuluyla- avukatlık yapma hakkı vardır. Ancak bunlar da üniversitelerine karşı olan davalarda avukatlık yapamaz. Yine, Av. K. m.13, avukatın, hakim ya da savcı eşinin bulunduğu davalara giremeyeceğini düzenlemektedir. Yine, aynı işte önceden hakim ya da savcı veya hakem olarak görev yapmış olmak da, o davada avukatlık yapmaya engeldir (Av. K.). Ancak, hükme tesir edecek karar vermemiş olması halinde, Yargıtay'ın kararı buraya da belki uygulanabilir. Mesela, hakim, görev dağılımının hemen sonrasında emekli olmuş olabilir. Ancak bu, baroların disiplin ve etik kuralları ile ilgili yönetmeliğine aykırıdır. Avukatlık Kanunu'na göre, yeni emekli olmuş olan hakim ve savcı, emekli olduğu yerde avukatlık yapamaz. Bu yasaklara karşı gelmenin yaptırımı bir takım idari disiplin soruşturmalarıdır.

Yerleşmiş bir teamüle göre, müdafî, müdafîlik yaptığı bir davada tanıklık yapmamalıdır. Buna yasal bir engel yoktur, bu sadece bir teamüldür. Tanık, ceza yargılamasında çok önemli bir delildir. Müdafî eğer tanıklık yaparsa, bir delilin kaybına yol açabilecektir. Müdafî, eğer sanık lehine tanıklık yaparsa hakim dinler ama bunu hükme esas almaz. Zira müdafî, sanığı savunmaktadır, ondan ücret almaktadır. Onun aleyhine bir şey söylemeyeceği doğaldır. Eğer o avukat, olaya gerçekten tanık olmuşsa, müdafîliği bırakıp tanıklık yapmalıdır.

Müdafîin Yetkileri

Sanığı Temsil Yetkisi

Müdafîin en temel yetkisi, sanığı temsil yetkisidir. Bu yetki tıpkı sanığın savunma hakkı gibi üst bir kavramdır. Pek çok alt yetkiyi içerisinde barındırır. Müdafî, bu çerçevede ilk olarak dosya inceleme yetkisine sahiptir. Dosya inceleme yetkisi CMK m.153'te düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre müdafî veya vekiller yargılamanın değişik aşamalarında dosyayı incelemek ve harçsız olarak örnek

almak hakkına sahiptir. Müdafî veya vekil, savunmasını üstlendiği kimseyle alâkalı olarak yapılmış tüm işlemleri görme hakkına sahiptir. Müdafî veya vekil, müvekkili hakkında yapılmış olan işlemleri bilecek ki, müvekkiline (şüpheli veya sanık) faydalı olabilsin.

Dosyayı İnceleme Yetkisi

M. 153/1'e göre, müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Maddenin 2. fıkrasına göre ise, müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetki kısıtlanabilir. CMUK'ta, 1992 yılına kadar müdafînin soruşturma evresindeki dosyayı inceleme yetkisi yoktu. Bu durum, AİHM kararlarına göre savunmanın kısıtlanması olarak değerlendiriliyordu. 1992'de yapılan değişikliklerle, müdafîye soruşturma evresinde de inceleme yetkisi tanınmıştır. Fıkra 2 hükmüne göre müdafî, dosyadan harç ödemeksizin belge örneği alabilir. Ama savcı, sulh ceza mahkemesine başvurarak bu konuda müdafîye kısıtlama kararı alabilir. Ama bu, sınırlı bir yasaklılık kararı olur. İfade ve sorgu tutanakları; bilirkişi mütalaaları; tatbikat ve keşif tutanakları; yer gösterme, vücut muayenesi tutanakları gibi bazı belgeler ise, müdafînin incelemesine açık olmak zorundadır. Bunlara hiçbir şekilde kısıtlama getirilemez. Müdafî, bunları dilediği gibi inceler. Bununla amaçlanan, müdafînin temsil ettiği sanık veya şüphelinin hakkını serbestçe savunabilmesidir. Bu önemlidir, zira, şüpheli veya sanık bazen kendini anlatamayabilir. Müdafî bu yüzden tutanakları inceleme imkânına her zaman sahip olmalıdır. Özetle müdafî veya vekil, soruşturma aşamasında da dosyayı inceleyebilir ve harç ödemeksizin kopya alabilir. Bununla beraber, savcı sakınca görüyorsa, bir takım kaygıları varsa, sulh ceza mahkemesi hakimine başvurur. Böylece, bazı belgeler incelemeye kapatılabilir.

Fıkra 3, hangi belgelerin yasaklama dışında tutulacağını düzenlemektedir.

Fıkra 4, müdafînin inceleme yetkisinden bahsetmektedir. Ancak burada teknik olarak bir sorun vardır. Madde metninde iddianamenin kabulünden sonra delilleri inceleyebilme yetkisine müdafîin sahip olduğundan bahsetmekte. Avukatın şüpheli veya sanıkla konuşabilmesi, bilgi edinmesi açısından çok önemli. Ancak avukat, şüpheli veya sanıktan da bilgi elde edememişse, tek bilgi kaynağı dosyadır. Madde metninde müdafîden bahsetmekte, henüz müdafî veya müdahil olmamış avukatın dosya inceleme yetkisinin olmadığı gibi bir anlam

çıkılmaktadır. Müdafî ise zaten, vekaletname olarak şüpheli veya sanığın avukatlığını üstlenen kimse-
dir. Avukat, vekalet almadan önce dosyayı ince-
lemeyecek midir? Uygulamada, bazı adliyelerde
hakim ve savcılarının inisiyatifiyle avukatlara incele-
me yapma izni verilmekte; bazı adliyelerde ise,
kanunu katı bir şekilde uygulayarak dosya incele-
meye izin verilmemektedir. Madde metninde
avukat ibaresinin kullanılması daha sağlıklı ola-
caktır. Dosya incelemeye de dosyadan evrak
kayıp-larını engellemek için sınırlamalar geti-
rilmiştir. Mesela, dosya, mahkeme ya da savcılık
kalemünde incelenir.

Fıkra 4'te ayrıca, kovuşturma aşamasından
bahsedilmektedir. Kovuşturma aşamasında artık
avukatın inceleme yetkisine bir sınırlama getirile-
meyeceği gibi; avukatın dosya inceleme yetkisi de
genişletilmektedir. Soruşturma aşamasında, dilerse
savcı, delilleri dosyaya koymayabilir. Ancak, delil-
ler, kovuşturma aşamasında dosyada mevcut
olmak zorundadır. İddianame ile, soruşturma
aşamasından kovuşturma aşamasına geçerken,
artık olaylar ve deliller arasında ilişkilendirme
yapıldığı için, kovuşturma aşamasında iken
delillerin kaybolması artık çok da sorun olmaz.
Bunlar zaten iddianamede belirtilmiştir. Hakim,
artık olaylara ve delillere vâkıf olmuştur. Bir diğer
fark da; kovuşturma aşamasında artık, soruşturma
aşamasından farklı olarak, delillerin de incele-
nebilmesidir.

İşlemlerin Bildirilmesini İsteme Yetkisi

Ceza yargılamasında müdafî veya vekilin
temsilci olarak yer aldığı her davada savunulan ya
da temsilciyle yapılan tüm işlemler müdafî veya
vekile bildirilir. Bu konuda CMUK döneminde bir
Yargıtay kararı vardı. Buna göre; vekille takip
edilen işlerde bildirim, vekile yapılır. Karara göre,
tutanaklar, müzekkereler vs. hep vekile bildiri-
lecektir. Avukatın bu konuda hakkı vardır. Bu
Yargıtay kararı, CMK ile de kanunumuza alınmıştır.
Alman Hukuku'nda ise; bir işlem, avukat aracılığı
ile takip edilse de hem işlemin tarafına hem de
avukata bildirim yapılmaktadır. Avukatın görevini
gereği gibi yerine getirmemesi hali karşısında,
temsil ettiği kimsenin hakkının kaybolmaması
açısından, Alman Hukuku'ndaki bu düzenleme
daha sağlıklıdır. Böylece, müvekkil de olaylara
vakıf olacaktır. Alman Hukuku'na göre hem vekile
hem asile tebligat yapıldığında süre, son tebliğ
tarihinden itibaren başlar. Bunun sebebi, sanığın
lehine olmasıdır. Bizdeki düzenleme, bazen vekilin
asili bilgilendirmemesi gibi uygulamaları engelleye-
memektedir.

Hazır Bulunma Yetkisi (m.197)

Müdafî, sanık hazır bulunmasa da her şekilde
sanığı temsilen, duruşmaya iştirak edebilir.
CMUK'ta sanık girmeyince müdafî de duruşmaya
alınmamaktaydı. Bu durum, savunma hakkının
kısıtlanması anlamında olduğu için, CMK'da yer
verilmemiştir.

Yakalanan ve Tutuklananla Görüşme Hakkı (m.149/3)

Madde hükmüne göre; avukatın şüpheli veya
sanıkla, yargılamanın her aşamasında görüşme,
ifade ve sorgularda yanında hazır bulunma ve
hukuki yardımda bulunma hakkı vardır ve bu hak,
hiçbir şekilde engellenemez ve kısıtlanamaz.

Bu hak çok önemlidir. Zira, mesela kişi
yakalanarak cezaevine kondu. Avukatın bilgisi yok,
henüz vekaleti de yok, ne olacak? Madde hükmün-
de 'avukat' demektir. Avukat, cezaevine giderek
şüpheli/sanıkla görüşerek bilgi alır ve gerekirse bir
vekalet alarak savunmasını üstlenir. Bu madde
hükmüne göre müdafî olmaya gerek yoktur. Müdafî
olmayan avukat da, avunma hakkının bir gereği
olarak şüpheli veya sanık ile her yerde görüşebilir.
Bu hak engellenemez, kısıtlanamaz. Ama bu,
sınırsız bir hak da değildir. Mesela, cezaevi kural-
larına göre, belirli görüşme süreleri ve usûlleri
vardır. Bunlara uyulmalıdır.

Kanun Yolu Davası Açma Hakkı (Kanun Yollarına Başvurma Hakkı)

Müdafî, şüpheli/sanığın lehine olan her türlü
işlemi yapabilmelidir. Kanun yoluna başvuru için
vekaletnamede bu yetki verilmiş olmalıdır. Ama
genel dava vekaletnamesinde bu yetki zaten
belirlenmektedir. Ancak, yargılama sonunda sanığın
aleyhine bir durumun çıkması halinde, müdafî,
sanıkla konuşmalı ve ona göre hareket etmelidir.
Bu bir kural değildir, etik bir durumdur.

Bu hak, asla ve asla sanığın aleyhine olamaz.
Müdafî sanığın ancak lehine olarak kanun yoluna
başvurabilir. Savcı ise, hem lehe hem de aleyhe
başvuru yapabilir.

Ücret İsteme Yetkisi

Müdafî, şüphesiz ki, yaptığı işlemin karşılığı
olarak ücret isteyebilir. Bu konuda Barolar Birliği'nin
ve il barolarının asgari ücret tarifeleri vardır.
Bunlarda belirlenen miktardan az olmamak üzere,
avukat, vekilinden ücret talep edebilecektir.

Doğrudan Soru Sorma Yetkisi

Doğrudan soru sorma yetkisi, CMUK döneminde de bazı kısıtlamalarla mevcut idi (CMUK m.232). Çapraz sorgu olarak da bilinen ama CMUK döneminde tam olarak bu nitelikte olmayan bir yetkidir. Duruşma esnasında müdafî, savcı ve gerekli gördüğü takdirde mahkeme reisi, bilirkişi ve tanıklara soru sorma yetkisine sahipti. CMUK'ta müdafî ve savcı, önce kendi tanıklarına soru sorma ve sonra tanıkların karşı tarafa teslim etme yetkisine sahipti. Ancak bu yetkinin kullanılabilmesi için, hakimin izin vermesi gerekiyordu. Bu hükmün uygulanmasıyla ilgili olarak bir diğer zorluk, bu yetkinin kullanılabilmesi için savcı ve müdafîin birlikte (müttefikan) hakimden talepte bulunmaları gerekiyordu Bundan sonra da hakimin kabulü gerekiyordu. Ancak uygulamada bu ittifak sağlanamadığından, bu yetki de uygulanamamaktaydı. Bu nedenle doktrinde bu hükme, 'uyuyan madde' denilmektedir.

CMK, 201. maddesiyle, savcıya ve avukata (ister müdafî ister vekil olsun) doğrudan doğruya ve sınırsızca soru sorma yetkisi tanınmaktadır. Bunun için CMUK'ta olduğu gibi müdafî ve savcının ittifakı ya da hakimin izin vermesi gibi şartlar da aranmamaktadır. Hakimin, doğrudan soru sormadaki yetkisi, bir trafik polisinin yetkisi gibidir. Hakim, yalnızca düzeni temin edecek, müdafî dilediği soruyu sorabilecektir. Hakim, yalnızca duruşma disiplininin bozulmamasından sorumludur. Hakimin, soruyu beğenmezse, sorulmamasını isteme gibi bir yetkisi yoktur. Hakim, ancak, itiraz edilmesi üzerine soruya engel olabilir. CMK m.201'e göre bu hak, yalnızca avukata ve savcıya tanınmıştır. Avukat ve savcı; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış kişilere, doğrudan soru sorabilirler. Sanık ve müdahil ise, doğrudan soru soramamakta; bunun için hakimin aracılığına başvurmak zorundadır (m.201/1 c.2).

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, bu yetkinin önemidir. Doğrudan soru sorma yetkisi ile artık, avukatın ceza yargılamasında çok aktif bir silahı vardır. Avukat, serbestçe çıkıp, dilediği soruyu sorabilecektir. CMK m.201, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için çok önemli bir haktır. Ceza yargılamasının daha sağlıklı işleyebilmesi, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve sanığın savunma hakkı açısından -ve özellikle avukatlarca- bu maddeye sahip çıkılmalıdır.

Görevini Özgürlük İçinde Yapma Yetkisi

Müdafîin görevini özgürlük içinde yapabilmesi için, bir takım ek güvencelere sahip olması gerekmektedir. Bu anlamda müdafîe hiç kimse emir ve talimat veremez. Müdafîin yasal olarak da

birtakım güvenceleri vardır (savunma dokunulmazlığı gibi). Bir müdafî veya vekil, savunma görevini ya da vekillik görevini yaparken, mahkemeye sunduğu dilekçelerde ve duruşma esnasında kullandığı kelimelerde hakaret suçunu oluşturan unsurlar olsa bile, cezalandırılmaz. İşte bu, savunma dokunulmazlığıdır. Örneğin, avukatın duruşmada tanığa "tefeci" diye hitap etmesi durumunda hakaret suçu oluşmaz. Ancak bazı barolar, meslektaşlarının birbirlerine bu şekilde hitap etmelerini, disiplin cezası ile cezalandırabilmektedirler.

Müdafîin Ödevleri

Aldığı İşi Sonuna Kadar Götürme Görevi

Müdafîin bu yetkisi, Avukatlık Kanunu m.171'den kaynaklanır. Müdafî, aldığı işi sonuna kadar götürmekle yükümlüdür ancak geçerli bir sebeple müdafîlik görevinden çekilebilir de. Böyle bir durumda müdafîlik görevi hemen sona ermez. Avukatlık Kanunu'na göre müdafîin görevi 15 gün daha devam eder. Bu da yeni müdafî tayin edilmesi ve yeni müdafîin dosyayı inceleyebilmesi, dosyaya hakim olabilmesi için getirilmiş bir hükümdür.

İşi Dürüstlük Kuralına Uygun Olarak Yapma Görevi

Müdafî, aldığı işi dürüstlük kurallarına uygun olarak yerine getirmelidir. Müdafînin işi kabul etme yetkisi de vardır. İstemezse, uygun görmezse, o işi almayabilir.

Sır Saklama Ödevi

Sır saklama ödevi, müdafîye düşen önemli görevlerden birisidir. 765 s. TCK m.198'de sır saklama yükümlülüğü vardı. 5237 s. TCK ile bu suç değişmiş ve m.135, 136 ve 137'de daha değişik biçimde yer almıştır. Bu hükümlere göre, verilerin paylaşılması meslekten dolayı kolaylaşıyorsa, nitelikli halden cezalandırılır (TCK m.137/1-b). Müdafî, eriştiği müvekkilinin sır niteliğindeki bilgilerini açıklayamaz. CMK m.46, belli meslek gruplarına tanıklıktan çekinme hakkı tanımaktadır. Buna göre, avukatlar, avukat stajyer ve yardımcıları, mesleki görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgiler konusunda tanıklıktan çekinebilirler. Bu maddenin CMUK'taki haline göre (m.48), müdafiler, sır sahibinin muvafakati olduğu takdirde tanıklıktan çekemezlerdi. CMK m.46, Avukatlık Kanunu'na paralel bir hüküm getirerek, bunu değiştirmiştir. Yani artık, sır sahibi muvafakat etse dahi, avukat isterse yine de tanıklıktan çekinebilir.

Müdafî Sayısı

CMK m. 149'a göre, şüpheli veya sanık, yargılamanın her aşamasında, istediği sayıda müdafî seçebilir. Ancak, ifade alma esnasında en fazla üç avukat bulunabilir (m.149/2).

Aynı şekilde, bir müdafî, birden fazla şüpheli veya sanığın savunmasını üstlenebilir. Ancak bunun için, şüpheli veya sanıkların menfaatlerinin birbirleriyle çatışmaması gerekir. Mesela, duruşma esnasında sanıklar birbirlerini suçlamakta, uzlaşmamakta iseler, bu takdirde müdafîin, bu sanıkların hepsinin savunmasını üstlenmesi mümkün olamayacaktır. Zaten kanun da menfaatlerin çatışmamasını, birden fazla kişinin savunmasının üstlenilmesi için bir şart olarak aramıştır (m.152). Bu hüküm, CMUK döneminde verilmiş olan bir Yargıtay içtihadının kanun metnine girmesidir.

Alman kanununda ise, her şüpheli veya sanık için ayrı ayrı bağımsız müdafiler atanması gereklidir. Bir müdafî, birden fazla şüpheli veya sanığın savunmasını alamaz.

Zorunlu ve İhtiyari Müdafilik

Müdafilikte iki sistem vardır: İhtiyari müdafilik ve zorunlu müdafilik. Bunlara ilaveten bir de doktrinde "yumuşatılmış ihtiyari sistem" denilen ve bizde uygulanan karma sistem vardır.

Zorunlu müdafilik, 'müdafisiz sanık olmaz' ilkesi çerçevesinde, kişilerin işledikleri suça ve bu konuda bir talepleri olup-olmadığına bakılmaksızın, mutlaka bir müdafî aracılığıyla savunulmasının gerektiği sistemdir. Bu sistemde şüpheli veya sanık ya kendisi müdafîini getirir, ya da devlet kendisine bir müdafîi tayin eder. Bu sistemin uygulandığı ülkelerde, bir istisna mevcuttur. Buna göre, mesleğin hukuk olması halinde, şüpheli veya sanığın bir müdafîe sahip olma zorunluluğu yok-tur. Bu istisnaya göre; avukatlar, hakimler, savcılar ve akademisyenler, ceza yargılamasında, müdafî olmaksızın kendilerini savunabilirler.

İhtiyari müdafilikte ise; suçun niteliğine, şüpheli veya sanığın sosyal durumuna kısaca hiçbir şeye bakılmaksızın, müdafî tayini hususu kişinin kendi isteğine bırakılır. 1920 öncesinde uygulanan sistem böyleydi.

Bizim sistemimiz olan yumuşatılmış ihtiyari sistemde; genellikle ihtiyari sistem, bazı istisnai durumlarda da zorunlu müdafilik sisteminin geçerli olduğu görülür. Ceza Muhakemesi Kanunumuz'da zorunlu müdafiliğe örnek olarak m.150/II ve III, örnek olarak verilebilir. Buna göre, şüpheli veya sanık, çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın

bir müdafî görevlendirilir. Üçüncü fıkraya göre de; alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada da yine zorunlu müdafî tayini söz konusudur.

İSPAT ve DELİLLER

İspat, bir fiilin cezalandırılıp-cezalandırılmayacağının kesin olarak tespittir. Her ceza yargılamasında uyuşmazlığın iki boyutu vardır: Maddi boyut ve hukuki boyut.

Uyuşmazlığın maddi boyutu, fiilin bir kişi (şüpheli) tarafından işlenip-işlenmediğinin tespit edilebilme faaliyetlerini ifade eder. Hukuki boyut ise; maddi boyutun halledilmesinden sonra, işlendiği belirlenen fiilin suç oluşturup-oluşturmadığının belirlenmesi ve bunun sonrasında suç oluşturuyorsa, bu suçun ne şekilde cezalandırılacağına ilişkin problemin çözülmesidir.

Bir olayda ispat tam olarak gerçekleşmeli, sanığın fiili tam olarak belirlenmelidir. Zira ispat, uyuşmazlığın maddi boyutudur. İspatın geçmişte yaşanmış bir olaya ilişkin olması, bir takım zorluklara da yol açabilir. İspat, eylemin maddi boyutunu aydınlatan bir olgu olduğu için, maddi boyutu oluşturan olguların tek tek aydınlatılması gerekir. Bütünün aydınlatılabilmesi için, önce bu bütünü oluşturan parçalar aydınlatılmalıdır.

İspat nisbidir, kişiden kişiye değişebilir. Görülmekte olan bir davada ispat savcıya göre mevcut delillerle sağlanmışken, hakime göre henüz ispatlanmamış olabilir. Ya da hakim ispatın sağlandığını düşünürken tayini çıksa ve yeni bir hakim gelerek aynı uyuşmazlığa baksa, yeni atanan hakime göre ispat gerçekleşmemiş olabilir. İspatın, uyuşmazlığın maddi boyutuna ilişkin oluşu, ana olgunun ispatı için küçük olguların ispatı gerektiği hususu da mutlak olarak anlaşılmamalıdır. Yani, bir olguyu oluşturan küçük küçük olguların bir kısmı ispata faydalı olurken; bir kısmı da faydalı olmayabilir. Mesela, ölümle sonuçlanan bir trafik kazasında arabanın rengi, lastik izleri, markası, motoru, sürücünün kıyafeti, aracın plakası gibi hususlar öncelikle önemlidir. Ancak ikinci aşamada, araç sürücüsünün yakalanmasından sonra aracın rengi, sürücünün kıyafeti gibi hususların önemi kalmaz. Olayda tüm olguların ispatlanması da şart değildir. Gerekli noktaların aydınlanması yeterlidir. Ama mesela, araç sürücü yakalanmazsa, diğer hususlar da önemli.

İspat, failin aleyhine sonuçlandığında, suç sabit olur ve uyuşmazlığın maddi boyutu kapanarak, hukuki boyutu başlar.

İspatın Kapsamı ve İspat Çeşitleri

1. Doğrudan Doğruya ve Önemli Olgularla İspat : Bir konuda bir olgu tek başına ispatlanabiliyorsa veya bir uyumsuzluğu tek başına ispatlayabilecek bir delil varsa buna doğrudan doğruya ya da önemli olgularla ispat adı verilir. Örneğin, bir tanık ifadesi, yeri geldiğinde doğrudan doğruya ispat olabilir. (A), (B) ve (C) seyir halindedirler. Aracı (A) kullanmaktadır. Seyir esnasında (B) ile (C) arasında çıkan bir tartışmada (B), (C)'ye vuruyor. (A), arabayı bir karakola götürerek durumu bildiriyor. (A)'nın buradaki beyanı, doğrudan doğruya ispattır. Zira başka tanık yoktur. Ortada bu tip bir doğrudan delil de yoksa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği (B), bundan faydalandırılır.

2. Dolaylı Olgularla (Belirtilerle) İspat : Bunların tek başına ispat gücü yoktur. Mutlaka doğrudan doğruya bir olgu ortaya konmalı ki, buna dayanarak ispat mümkün olsun. Dolaylı belirtiler aslında bizi doğrudan doğruya delil elde etme yoluna iterler, bunlar işaretçidirler. Örneğin; (A), İstanbul'da ara sokaklardan birinde bıçakla öldürülüyor. Polis, iki sokak ötede elinde bıçak bulunan, gömleği kanlı birini yakalıyor. Bu, dolaylı bir delildir. zira bu kimsenin (A)'yı öldürdüğü hususu ispatlanmamıştır. Bu kimse belki kasaptır vs. İşte bu, dolaylı bir delildir. Bu da bizi, delil elde etmeye iter. Mesela; ölünün vücudundaki bıçak izlerini yakalanan kişiye yakalanan adamın gömleğindeki, bıçağın üzerindeki kanın DNA analizi yapılarak aynı olup-olmadığı tespit edilebilir.

3. İspatı Gerekmeyen (Bilinen) Hususlar : Bunlar, genel bilgilere ilişkin olgulardır. Bir ansiklopediye, sözlüğe veya bir haritaya bakılarak tespit edilebilen hususlardır. Mesela, Türkiye'nin dünyadaki yeri, bir haritaya bakılarak kolaylıkla anlaşılabilir. Yine, tabiat olayları, tarihi olaylar (II. Dünya Savaşının başlama tarihi), o şehirde yaşayanların yakından bildiği olaylar (Konya'daki Zümrüt Apartmanı'nın çökmesi sonrası müteahhit-belediye ilişkileri, enkaza yardım bahanesiyle giren hırsızların ölümleri soyması) gibi hususlar hep ispatı gerekmeyen, bilinen hususlardır.

4. Yargıcın Mesleki Bilgi ve Tecrübesi Işığında Tespit Edilebilen Şeyler: Örneğin, bir cinayetle ilgili soğukkanlılığın tespitini yargıç yapabilir. Bunun için bilirkişi tespiti yapılması gereksizdir. Bunlar da ispatı gerektirmeyen genel bilgilerdir.

İspat Yasakları

Ceza yargılamasında delil elde etme ve delil değerlendirme konusunda bir takım sınırlamalar vardır. Acaba her türlü delil ceza yargılamasında kullanılabilir mi? Delil elde etme yasakları, ceza yargılamasında her ne pahasına olursa olsun, maddi gerçeğe ulaşılması gerektiği anlayışının tersini ifade eder. Bir hukuk devletinde, ceza yargılamasında her ne kadar delil serbestisi olsa da, bu delilleri sahih yollardan elde etmek gerekir. İspat yasaklarının değişik boyutları vardır:

İspat Aracı Olma Yasağı

Bazı deliller ispat aracı olarak kullanılamaz. CMK, m. 45 ve 46 hükümlerinde belli kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanımıştır. İşte bu kimseler, tanıklıktan çekinme hakkına sahip oldukları kendilerine hatırlatılmadan, dinlenemez. İspat aracı olarak kullanılamazlar.

İspat Konusu Olma Yasağı

Buna göre, belirli olgular ispat konusu yapılamaz. CMK m.47'de düzenlenen devlet sırrı kavramı böyledir. Yeni kanun, CMUK'tan farklı olarak devlet sırrını tanımlamaktadır. Kural olarak devlet sırrı olan bilgiler mahkemeye karşı saklanamaz. Ancak f.3 hükmü buna bir istisna getirmiştir. Bu istisnaya göre, alt sınırı 5 yıl ve daha fazla olan suçların haricindeki suçlarda, 47. madde hükmü uygulanmaz.

Yöntemlere Aykırı Davranma Yasağı

İfade ve sorgudaki yasak usuller, aynı zamanda birer delil elde etme yasağıdır.

Nisbi İspat Yasağı

Doktrinde böyle adlandırılmaktadır. Delil elde edilmesi, belli kişilerin emriyle ve belli kişiler tarafından yapılabileceğinden, bu kimseler dışındaki yetkisiz kimselerce delil toplama işlemlerinin yapılması bu kapsamdadır. Örneğin, ölü muayenesi, otopsi, beden muayenesinin kim tarafından yapılacağı; buna kimin ve nasıl karar vereceği kanunda bellidir. Buna aykırı davranılamaz. Mesela, bir hemşire otopsi yapamaz.

Delil Değerlendirme Yasakları

Delil değerlendirme yasakları hususunda doktrinde iki farklı görüş vardır: Bir kesim, bu yasaklara uyulmadan delil değerlendirmesini yasak kabul ederken; diğer bir kesim de bu yasaklardan farklı olarak değerlendirmektedir. Türk Hukuku'nda ise durum farklıdır. Yasak olarak elde edilen

delillerin hepsi, delil yasakları kapsamındadır.

Alman Yüksek Mahkemesi'nin bu konuda bir içtihadı vardır. Haklar çerçevesi teorisine göre, eğer hukuka aykırı olarak elde edilen delil, sanığın aleyhinde kullanıldığı zaman, sanığın haklar çerçevesini önemli ölçüde zedeliyorsa, delil değerlendirme yasağındadır. Ancak, hukuka aykırı olarak elde edilen delil, sanığın haklar çerçevesini önemli ölçüde zedelememekte ise, bu delil artık yasak kapsamında değildir.

Tanıklıktan çekilme hakkı olan bir kimseye bu hakkının hatırlatılmaması sonucunda yaptığı tanıklık beyanı ne olacaktır? Alman teorisine göre; evet, bu şekilde delil elde edilmesi hukuka aykırılık oluşturmakta ancak bu bildirimin yapılması sanığı değil, tanığı koruyucu niteliktedir. Zira, yalan tanıklık etmek suçtur. Sanığın, tanıklıktan çekilme derecesindeki yakınları şüphesiz ki sanığı koruyucu beyanlarda bulunacaktır. Bu hak, aslında bir çeşit susmadır. Bu kişiye isterse konuşmabileceği ve bunun aleyhinde olmayacağı bildirilmelidir ancak bu yapılmaz ve tanık da sanığın aleyhine olarak konuşur, bunun sonucunda da sanık mahkûmiyet alırsa, Alman Yüksek Mahkemesi'ne göre, temyize gidilmesi halinde, sanığa sorulmalıdır: Eğer tanığa bu hakkı hatırlatılsaydı yine de aynı şekilde, sanığın aleyhinde beyanda bulunacak mıydı? Eğer ki tanık, buna 'evet' diyorsa, artık hukuka aykırı bir delilden bahsedilemez. Bu tanık beyanı değerlendirilir. Mahkeme, bu yorumuyla temyiz aşamasında bir kontrol imkânı sunmaktadır. Ancak, tersi olur ve tanık, 'hayır, bu şekilde beyanda bulunmazdım' diyorsa, bu delil kullanılamaz ve hükme esas alınamaz.

İspat Konusu Olma Yasağının İhlaliyle Elde Edilen Deliller

Devlet sırrının açıklanmasıyla ilgili olarak, CMUK'ta izin sistemi vardı. Buna göre memur, amirinden izin almak suretiyle devlet sırrını açıklayabilirdi. Aslında burada korunan menfaat, meslek sırrıdır. Şimdiki düzenlemede ise, alt sınırı 5 yıl veya daha fazla olan suçlarda, devlet sırrı mahkemeden saklanamıyor, ancak alt sınırı 5 yıl ve daha fazla olan suçlar haricindeki suçlarda devlet sırrı amirin izni olsa bile açıklanamıyor. Bu konuda Alman Yüksek Mahkemesi'nin görüşü şu şekildedir: Açıklanmaması gereken bir devlet sırrı, bir kez açıklanmışsa, artık sır olmaktan çıkmıştır. Bu durumda sırrı ihlal eden kimse cezalandırılır. Bu kişinin cezalandırılması, beyanının yasak delil olduğu anlamına gelmez.

Tanığa, yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek cevapları vermekten kaçınma hakkı

da tanınmıştır. Ancak bu hakkı da kendisine hatırlatılmalıdır. Örneğin; ortada bir çocuk düşürme suçu vardır. Doktor yargılanmaktadır. Bilindiği üzere bu suçta, anne de cezalandırılmaktadır. Doktorun muayenehanesindeki bir defterde (A)'nın ismi geçtiğinden, tanık sıfatıyla mahkemeye çağırılmıştır. (A)'nın ablası 12 haftalıkken bebeğini aldırıştır. (A)'ya tanık olarak sorular sorulurken (A), ablasının kovuşturmaya uğramasının önüne geçmek için, bazı soruları cevaplamaktan kaçınabilir. (A)'nın tanıklıktan çekilme hakkı ise yoktur, zira ablası değil, hekim yargılanmaktadır. Eğer (A)'ya bu hakkı hatırlatılmadan sorular sorulur ve (A) da ablasının da bu suçu işlediğini söylerse, bu, bizim hukukumuza göre bir yasak delildir ve hiçbir şekilde değerlendirilemez. Alman Yüksek Mahkemesi'ne göre ise, burada da tanığa eğer hakkı hatırlatılmış olsaydı, ne şekilde hareket edeceği sorulmalı, buna göre değerlendirilmelidir.

Bant kayıtları, hatıra defterine işlenen kayıtlar vs. Alman Hukuku'na göre belirli koşullarla ispat gücüne sahiptir. Alman Hukuku'nda da kural, hukuka aykırı olarak elde edilmişlerse bu delillerin de yasak kapsamında olacağıdır. Ancak bir istisna da mevcuttur. Buna göre, henüz işlenmemiş ama işlenmeye hazır bulunan bir suç bu şekilde bant kaydı vs. ile haber alınır ve suçun önlenabilir olmasının menfaati de yüksekse, bu, delil olarak değerlendirilir.

(A), (B)'ye telefonda, para vermezse çocuğunu kaçıracağını söylüyor. Bu beyanın banda alınarak polise verilmesi durumunda, Alman Hukuku'na göre bu bir delildir. Ancak suç bitmiş, çocuk kaçırılmış ve bundan sonra iki kişinin konuşması banda alınarak polise verilmişse, bu kayıt yasak delildir.

Sanığa susma hakkının hatırlatılmaması sebebiyle alınan beyanlar da yine Alman Hukuku'na göre delil niteliğinde değildir. Bu durumda sanığa aynı soruyu sormak gerekmez. Zira, sanık temyize başvurmakla zaten kendisini savunmaktadır.

Nisbi ispat yasağında, belirli delillerin belirli kişiler haricindekiler tarafından yapılması durumunda, bunlar hiçbir şekilde delil olarak kabul edilmemektedir. El koymalar, gizli izlemeler, telefon dinlemeler vs. bunların nasıl ve kim tarafından yapılacağı, bu kararları kimin vereceği kanunda bellidir. Bunlara uyulmaması halinden bu şekilde elde edilen bulgular, hiçbir şekilde delil olarak kabul edilmez.

Özel Kişilerce Delil Elde Etme Yasakları

Alman Hukuku'na göre de böyle durumlar yasak delildir. Soruşturma ve kovuşturma organlarının haricindeki kimselerin delil elde etmesi ve bunu

özel hayata girerek yapmaları, yasak delil kapsamındadır. Örneğin, suç aleti olan tabancayı çalarak savcıya götürme durumunda, tabanca, bir yasak delildir. Bu anlamda, ülkemizde, kendini 'özel dedektif' ilan edenlerin ya da magazin programlarında yapılanların da suç oluşturduğu söylenebilir.

Eğer özel kişilere delil elde etme imkânı tanınsaydı, bir takım değerlerin ihlali gibi sonuçlar doğabilecekti. Mesela, herkes birbirinin peşine düşebilecek, özgürlüklerin kısıtlanması ya da işkence gibi uygulamalar meydana gelebilecekti.

Ceza yargılaması hukukumuzda, 1992 yılına gelinceye dek bu kavramlar yoktur. 1992 yılında CMUK'a getirilen 254/2 madde hükmü tartışmalara yol açmıştır. Zira bu hüküm, Kıta Avrupası'nda da bulunmayan, ABD'nin suç oranlarının çok yüksek olduğu ve kolluğun yakaladığı suçlu başına prim aldığı Kansas Eyaleti'nden alınmıştır. Bunun bizim sistemimize uygun olduğunu söylemek çok da mümkün değildir. Kansas'ta bu yasak, kolluğun bir takım hukuka aykırı uygulamalarının önüne geçmek amacıyla getirilmiş ve kısa sürede yakalanan suçlu oranının %82 oranında düştüğü görülmüştür. Ancak, belirtildiği gibi, bizim sistemimiz açısından çok yerinde bir düzenleme değildir.

Yargıtay, m. 254/2 hükmü ile ilgili olarak verdiği değişik kararlarıyla uygulamayı farklı yönde geliştirmeye çalışmış ancak çok da başarılı olamamıştır. Örneğin Yargıtay, bir kararında sanığın susma hakkının hatırlatılmaması sonucunda verdiği ifadeden dolayı mahkûm edildiğini, bu hakka sahip olduğunun kendisine hatırlatılmamasının hukuka aykırılık oluşturduğunu ancak başka delillerle sonuca ulaşılmış ise, artık bu kararın bozulamayacağını ifade etmiştir.

Bir olayda, polis eve izinsiz girerek çuvallar dolusu hint kenevirini yakalıyor. Mahkeme devam ederken kişi samimi ikrarlarıyla suçu kabul ediyor. Mahkeme mahkûmiyet veriyor ve dosya temyize gidiyor. Yargıtay, izin alınmadan eve girildiğini ve ortada gecikmesinde sakınca bulunan bir halin de mevcut olmadığını söylüyor ve ekliyor: 'Yerel mahkeme, hükmünü bu hukuka aykırı şekilde, izin alınmadan yapılan baskında elde edilen hint kenevirlerine göre değil, sanığın samimi ikrarlarına dayanarak vermiştir.' Bu, tehlikeli bir yaklaşımdır. Bu, yasanın arkasından dolanmadır. Madde hükmü açıktır, hukuka aykırı deliller hiçbir şekilde kullanılamaz. Zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir. Alman hukukunda ise delil değerlendirme yasağı, bizde olduğu gibi mutlak anlamda bir delil değerlendirme yasağı değildir.

2001 anayasa değişikliği ile, delil değerlendirme yasağı anayasal bir ilke haline getirilmiştir (Anayasa m.38). Bu hükmü göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Bunun anayasaya girmesi çok önemlidir. Zira, bu yasağın önceden sadece CMUK'ta yer alması, yalnızca ceza yargılamasında uygulanması anlamına gelmekteydi. 2001 sonrası durumda ise, artık hukuki ve idari uyumsuzluklarda da kanuna aykırı olarak elde edilen deliller kullanılamayacaktır. Örneğin, bir boşanma davasında eşinin kendisini aldattığını gizli kamera kayıtlarına dayanarak ispatlayan ve bundan dolayı tazminat talep eden tarafın bu istemi kabul edilmeyecektir. Zira, mahkemeye sunulan bulgu, kanuna aykırı olarak elde edilmiştir, delil değildir. Anayasa hükmünde, soruşturma ve kovuşturma makamlarından bahsetmediği için, bu yasak, özel kişileri de kapsar. Sorun tam olarak çözülememekle birlikte, bunun anayasal bir ilke haline getirilmiş olması önemlidir.

CMK m. 217, yüklenen suçun, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispatlanabileceğinden bahsetmektedir. Bunun iki anlamı vardır:

? Ceza yargılamasındaki bir ilke vurgulanmaktadır: Ceza yargılamasında her şeyin her şeyle ispatlanabilmesi. Her şey, her şeyle ispatlanabilir, yeter ki delil hukuka uygun olarak elde edilmiş olsun. Türk ceza yargılamasında delil yasakları eşittir delil değerlendirme yasakları diyebiliriz. Bunun anlamı, hukuka aykırı olarak elde edilen hiçbir delil kullanılamayacağıdır.

? CMUK m. 254/2 (ve CMK m. 217) hükmüne göre, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, dosyada dahi bulundurulamayacaktır. Yukarıdaki örnekte, hint kenevirlerinin yakalandığına ilişkin tutanaklar, dosyaya konulamayacaktır. Hakim, dosyadaki bir delilin hukuka aykırı olduğunu fark ettiği an, o delili dosyadan çıkartacaktır. Zira böyle bir delil asla kullanılamaz. Delilin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi CMK'daki delil toplamaya ilişkin normların ihlalidir, böyle bir delil değerlendirilemez. Arama, yakalama ve el koyma, otopsi, vücut muayenesi, gerekçeli hakim kararı olmaksızın telefon dinlenmesi gibi tedbirler de ilgili kişiler tarafından yapılmalıdır. Bunun aksi de yasak delil anlamına gelir.

Özetle, CMK sisteminde delil elde etme yasakları, aynı zamanda delil değerlendirme yasaklarıdır da. Bunun, bizim hukukumuz açısından bir istisnası da yoktur.

TANIK

Tanık, ceza yargılamasının tarafı olmayan, fakat tarafsız da addedilemeyen, beş duyusuyla elde

ettiği gözlemlerini hakim önünde açıklayan kişidir. Tanığın, yargılamanın tarafı olmaması, son derece açık bir konudur. Yargılamada iddia makamında da, savunma makamında da tanıklar olur. Tanık, olayın aydınlanmasında çok önemli bir rol ifa eder. Ancak tanık beyanı, zaman zaman güvenilmeyen beyanlar da olabilir. Tanık ifadesi önemlidir ama çok geçmişe dönük ifadeler güvenilir olmayabilir.

Herkes tanık olabilir. Hasım, eş, dost, akraba, hatta yalancı tanıklıktan mahkûm olmuş olanlar bile tanıklık edebilir. Ama tanıklık, bir takım sıfatlarla bağdaşmaz. Tanıklık, ferdidir. Mesela; sanık, tanık olamaz. Sanık, sanığı olduğu davada tanıklık edemez. Yine, iştirak halinde işlenen suçlarda sanıklar birbirleri için tanıklık edemez. Yani, bir sanık, bir diğ erinin tanığı olamaz.

Tanıklık, yargıc ılıkla da bağdaşmaz. Yargıç, tanık olabilir ancak, tanığı olduğu bir davada artık yargıc ılık görevini yapmamalıdır. Zira, tarafsızlığını yitirir. Savcı da aynı şekilde, tanık olduğu bir davada, savcılık görevini ifa etmemelidir.

Müdahil, davaya suçtan zarar gören sıfatıyla katıldığı için, tanık olamaz. Müdahil için de tanıklık, göreviyle bağdaşmaz.

Müdafi açısından ise, yasal bir engel yoktur. Ancak, daha önceden de belirtildiği gibi, bu, etik açıdan doğru bulunmamaktadır.

Özetle, kural olarak herkes tanık olabilir, fakat tanıklık bazı görevlerle bağdaşmaz.

Tanığın Ödevleri

Tanığın üç temel ödevi vardır: Hazır bulunma; beyanda bulunma ve yemin etme olmak üzere.

1. Yargıç Önünde Hazır Bulunma

Bir ülkenin yargı erkine tâbi olan herkes, tanıklık için hakim önünde hazır bulunmak zorundadır. Bu, o ülkede yaşayan ancak vatandaş olmayan (çalışan vs. yani, ikamet anlamında) yabancılar için de geçerlidir. Ama turist olarak gelenlerin böyle bir ödevi yoktur, bunlar, o ülkenin yargı erkine tâbi değildirler. Hazır bulunma ödevinin bir gereği olarak savcılık, ilgili kişiye bir çağrı kâğıdı çıkarır. Gelmesinin zorunlu olduğu, eğer gelmezse zorla getirileceği ve bu takdirde zorla getirilme masraflarının da kendisine ödettirileceği, bu çağrı kâğıdında belirtilir.

2. Beyanda Bulunma

Tanık, beyanda bulunmak zorundadır. Bu, tanığın kamu ödevidir. Tanık, ayrıca sorulara mutlaka doğru olarak cevap vermek zorundadır. Zira, aksi takdirde yalancı tanıklık suçu işlenmiş olur. Tanıklık etme konusunda her ne kadar zorlama

varsa da, tanıklığın istisnaları da mevcuttur. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlara, bu hakları dinlenmelerinden önce hatırlatılır (m.45/3). Buna göre, şunlar, tanıklığın zorunlu olmasının istisnasını oluşturur:

? **Şahsi Sebeplerle Tanıklıktan Çekinebilenler** : CMK m. 45 hükmünde, şahsi sebeplerle tanıklıktan çekinme hakkı olan kimseler düzenlenmiştir. Buna göre, sanık ile arasında maddede yazılan derecede yakın akrabalık olan kimseler tanıklıktan çekinebilir. Kanun koyucu bu düzenleme ile, sanığın yakın akrabalarını korumak istemiştir. Zira, yakın akrabalar, sanığı koruma amacıyla yalan söyleyebileceklerdir. Yalan tanıklık ise, suçtur. Amaç, bu kimseleri suç işlemeye teşvik etmemektir. Zaten uygulamada hakim, sanığın akrabalarının beyanlarına çok da itibar etmemektedir. Genellikle, yakın akrabaların beyanlarıyla hüküm kurulmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olanların dinlenmeleri hususu düzenlenmiştir.

? **Meslekleri Sebebiyle Sınırlı Olarak Tanıklıktan Çekinebilenler** : CMK m.46, bunu düzenlemektedir. Madde hükmüne göre, avukatlar, stajyerleri ve yardımcıları; çeşitli görevlerdeki tıp mensupları; müşavir ve noterler, maddede yazılan sebeplerin varlığı halinde tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. 765 sayılı TCK'daki meslek sırrı kavramı, yeni kanuna alınmamıştır. Şimdiki düzenleme biraz daha farklıdır. Önceden ilgili kişi, izin verdiğinde tanıklık etme zorunluluğu varken; şimdi avukatlar ve stajyerleri ile yardımcıları, izin verilmiş olsa dahi, tanıklıktan çekinebilirler. Bu hüküm, Avukatlık Kanunu'ndaki düzenlemenin CMK'ya alınmasıdır.

Maddenin (b) bendi, hekimler ve diğer tıp mensuplarından bahsetmekte, psikoloğa ise yer vermemektedir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun da psikoloğu hekimler arasında tanımlamamaktadır. Oysa ki bir kimse, sırrını psikiyatriste değil daha çok psikoloğa anlatır. Bu nedenle madde metninde psikoloğa da yer verilmesi daha isabetli olacaktır.

CMUK'ta tanıklık etmesi izne bağlı olanlar vardı. Devlet sırrı olan bir konuda amirin izni olursa, sır açıklanabiliyordu. CMK bu izin şartını kaldırarak farklı bir düzenleme getirmiştir.

? **Bazı Sorulara Cevap Vermekten İmtina Edebilenler** : Önceden de belirtildiği gibi,

tanığın, kendisi veya bir yakını hakkında kovuşturma açılmasına neden olabilecek sorulara cevap vermeme hakkı mevcuttur. Bu kimselere, böyle bir hakka sahip oldukları, önceden hatırlatılır.

3. Yemin Mecburiyeti

İstisnai durumlar hariç olmak üzere, bir tanık, yemin ederek beyanlarını güçlendirmek zorundadır. Yemin, tanıklığın kurucu unsurudur. Yemin olmazsa, tanıklık da olmaz. Yemin mecburiyetinin istisnaları ise şunlardır:

? Yemin Yasağı Uygulanan Tanıklar : Onbeş yaşını doldurmamış olanlar; yeminin manasını kavrayamayacak derecede ayırt etme gücünden yoksun olanlar; soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlarda suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlara yemin ettirilmez (m.50).

? Yeminden Çekinme Hakkı Olan Kimseler : Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar, bu haklarını kullanmayıp tanıklık etmek isterlerse, yeminden çekinerek beyanda bulunabilirler. Yine, bu hakka sahip oldukları kendilerine hatırlatılmak zorundadır (m.51).

Tanıklık ve Yeminden Sebepsiz Çekinme

Tanıklık ve yeminden nedensiz çekinme halinde CMK m.60 hükmü uygulanır. Bu hüküm, bir maddi ceza normudur. Maddeye göre, tanıklık veya yeminden sebepsiz olarak çekinen kimse maddi zararları karşılamak zorunda olduğu gibi, hapisle de tazyik edilir.

Tanığın Dinlenmesi İşlemi

Yargıç, öncelikle tanığın kimlik tespitini yapar ve kim olduğunu, yaşını, mesleğini, ikametgâhını belirler. Bundan sonra, olaya ne şekilde vâkıf olduğu, gerçekten tanık olup-olmadığını tespitinden sonra, kendisine yapacağı işin önemi, sözünün hiç kesilmeyeceği, buna zorunlu olduğu ve doğru beyanlarda bulunması gerektiği, aksi takdirde cezalandırılabileceği bildirilir.

Her tanığın beyanları ayrı ayrı dinlenir. Bir tanık dinlenirken, diğer tanıklar mahkeme salonunun dışında bekletilir ve ifadesi alınan tanık dışarı çıkarılır. Eğer tanıkların ifadeleri arasında çelişkiler varsa, bunların hakim önünde yüzleştirilmeleri gerekir. Hatta Yargıtay, böyle bir durumda, yüzleş-

tirmenin yapılmamış olmasını bir bozma sebebi olarak kabul etmektedir.

Tanığın beyanları alınırken de, şüpheli ve sanık için geçerli olan yasak metodlar, aynen geçerlidir. Tanığı hataya düşürerek, hile yaparak beyanlarının değişmesini sağlamak, iradeyi bozucu her türlü müdahalelerde bulunmak da yasaktır. Yani, aynı güvenceler, tanık için de geçerlidir.

Belirtildiği gibi, tanığın yemin etmesi zorunludur. Yemin, kanunumuza göre, tanığın dinlenmesinden önce yapılır. Ancak, tanıklığın caiz olup-olmadığı konusunda hakimde şüphe varsa, hakim, yemini sona da bırakabilir. Sonradan yemin etmek, daha sağlıklıdır. Zira tanık, baştan yemin ettikten sonra, yalan beyanda bulunurken, çelişkiye düşmemek, yalanının ortaya çıkmaması için yalan söyleyebilir. Oysa sonradan yemin verilmesinde, belki de yemin etmeyebilir. Ayrıca yemin, yemin metnindeki ulvi değerleri tanıyan, önemseyen insanlar için geçerlidir. Bu nedenle kişiler, yalan yere yemin edebilirler. Bu nedenle tanıklık, Türk ceza yargılamasında çok önemli bir delil değildir.

Yeminin Biçimi (m.55)

Yemin esnasında herkes ayağa kalkar. Yemin, "bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim" şeklinde edilir. Bugün yemin, ceza yargılamasında rutin bir haline gelmiştir.

Yemin işlemi her ülkenin sisteminde farklı olabilir. Örneğin, ABD'de yemin, İncil üzerine verilir.

Tanık, birden fazla defa dinlenebilir. Bu takdirde, önceden etmiş olduğu yemin yeterlidir. Tekrar yemin etmesine gerek yoktur.

Tanığın Hakları

1. Tanığın, olay hakkında bildiğini tam olarak anlatma hakkı vardır.

2. Tanık, yapmış olduğu iş için masraflarının karşılığı olarak tazminat isteyebilir. Ancak, bu otobüs yol parası gibi cüz'i bir miktardır. Yoksa, uçak bilet parası ödenmez.

3. Tanık, saldırılardan korunma ve güvence içinde görevini yapma hakkına sahiptir. Tanık, gerek yargılama sırasında ve gerekse yargılama sonrasında kendisinin uğrayabileceği zararlardan korunmasını talep edebilir. Özellikle örgütlü suçlarda bu husus gereklidir. Bu amaçla tanık koruma programları geliştirilmiştir. Bu programlarda tanığı koruma amacıyla, kişinin kimliğinin, işinin, gayrimenkullerinin değiştirilmesinden, yüze estetik operasyon yapmaya kadar çeşitli uygulamalar

mevcuttur. Bu, biraz da ispatlanmış suçun büyüklüğüne göre değişmektedir. Tanık koruma programı ilk olarak ABD’de ortaya çıkmış ve başarısız olmuş, sonrasında geliştirilmiştir.

Bizde de böyle bir uygulama ilk defa ÇASÖMK (Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu) ile ortaya çıkmıştır. Bu konuyla ilgili olarak çıkarılan gizli yönetmelik, uygulamada bazı aksaklıklara yol açmıştır. Bu amaçla 2005 yılında meclise sunulan Tanık Koruma Yasa Tasarısı ile ilgili çalışmalar devam etmektedir.

BİLİRKİŞİ (m. 62-73)

Bilirkişi, deliller üst başlığı altında incelenebilen önemli bir delildir. Bilirkişi, sahip olduğu teknik bilgi çerçevesinde hakime yardımcı olan kişi veya kurumdur. Bilirkişi olabilmenin en önde gelen şartı, özel bilgi sahibi olmaktır. Zira, hakim, kendi mesleki ve teknik bilgisiyle çözemediği konuları bilirkişiye danışır. Bilirkişi, hakimın yardımcısıdır, ama asla hakimın yerine geçemez, hakimlik fonksiyonu ifa edemez. Sadece kendisine sorulan sorulara cevap vermekle mükelleftir. Bundan fazlası, bilirkişilik görevinin sınırını aşar.

Bu çerçevede ortaya konacak ilk kural, bilirkişiliğin ihtiyari bir mesele oluşudur. Madde metninde de belirtildiği gibi hakim bilirkişiye “... başvurabilir”. Bilirkişiye başvuru, kural olarak zorunlu değildir. Hakim, günlük bilgisiyle ya da mesleki bilgi ve tecrübesiyle çözebileceği hususlarda bilirkişiye başvuramaz. Bizim sistemimizde hakimlerin bir alanda ihtisaslaşmayarak değişik mahkemelerde görev yapmaları aslında bu yönden bir avantajdır. Bir ceza hakimi, daha önce görev yapmış olduğundan, hukuki konularda da bilgi sahibi olabilir. Ancak hakimın zaten hukuka dair her konuda uzman olduğu kabul edilir. Bu çerçevede hakimın, bir başka hukukçu olarak bilirkişiye başvurması hukuka aykırıdır. Mesela, hukuk fakültesi öğretim görevlilerinin bilirkişilik yapmaları aslında etik açıdan doğru bir davranış değildir. Ancak uygulamada buna riayet edilmemektedir. Bunun en temel gerekçesi de, iş yoğunluğudur.

Bundan başka, küçük şehirlerde, nüfuzlu bazı kimselerin yargılanmalarında hakim, topu bilirkişiye atmakta, bir nevi kendi yükünü azaltabilmektedir. Ancak, ‘bilirkişi adaleti’ diye bir şey olamaz. Bilirkişi, sadece bir yardımcıdır. Hukuk alanında bilirkişilik olamaz, olmamalıdır. Uygulamada avukatların bile bilirkişilik yaptıkları görülmektedir. Hukuki konularda bilirkişiye mahal yoktur.

Zorunlu Bilirkişilik Halleri

Bilirkişilik her ne kadar ihtiyari ise de, kanundan kaynaklanan bazı istisnalar da mevcuttur. Bunlara zorunlu bilirkişilik halleri denir. Bu hallerde hakimın, mutlaka bir uzman yardımından faydalanmadan, meseleyi çözümleyemeyeceği faraziyesi vardır. Bu haller, şunlardır:

- ? CMK m.73’te düzenlenen, kalpazanlık
- ? CMK m.74’te düzenlenen, sanığın şuurunun tetkiki
- ? CMK m.86-87’deki ölü muayenesi ve otopsi
- ? CMK m.89’da düzenlenen zehirlenme şüphesi bulunan haller
- ? Umumi Hıfzısıhha Kanunu m.10’dan kaynaklanan tıbbi uygulama hataları için hekimlere karşı açılmış davalarda da yine zorunlu bilirkişilik müessesesi vardır.

Kanun koyucu bu hallerde, hakimın bir uzman yardımı almadan meseleyi çözümleyemeyeceğine dair yasal bir faraziye kabul etmiştir. Hakim, bu tür hallerde meseleyi tek başına çözemez, uzman yardımı alması şarttır. Aksi hal, eksik incelemeden dolayı bozmayı gerektirir.

Bilirkişinin kim olacağı ve sayısının belirlenmesinde hakim yetkilidir. Hakim, istediği kişiye dosyayı yollayabilir ve dosyayı yollayacağı kişi sayısını dilediği gibi belirleyebilir. Ancak bu konuda birtakım sınırlamalar da mevcuttur. Mesela, CMUK döneminde en fazla üç tane bilirkişi belirlenebileceği düzenlenmişti. CMK bu konuda bir sınırlama getirmemektedir. Böyle bir sınır olmaması yerindedir. CMK, 66. madde hükmüyle, kimlerin bilirkişi olabileceğini belirlemektedir. Bu hüküm CMUK’ta bulunmamaktaydı. Buna göre, her il için Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca bir liste hazırlanır. Bu listeye, daha önceden, bilirkişilik yapmak üzere başvuran ve uygun görülerek bilirkişilik yapmasına izin verilen kimseler yazılır. Kanuna göre, hakim, bilirkişi tayin ederken bu listeden ya da başka bir ilin listesinden bir bilirkişi seçebilir. Hatta, 2. fıkra hükmü, hakimın, gerekçesini göstermek kaydıyla listede adı olmayan birini de bilirkişi tayin edebileceğini hükme bağlamaktadır. Yani aslında, bu anlamda da bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu hükme göre hakim, herkesi bilirkişi tayin edebilir. Her ne kadar her ilin kendine ait bir listesi olsa da, bu konuda hakimi sınırlayan bir durum yoktur.

Hakim, bir ya da birden fazla kişiden oluşan bir heyete dosya göndererek, onlardan mütalaa bekleyebilir. Bu heyetin görüşü hakimi bağlamaz. Hakim, ancak dilerse bu görüşe itibar edebilir. Zira, bilirkişi de bir delildir ve ceza yargılamasında hakim, delilleri serbestçe takdir eder. Bununla beraber hakim, mütalaaı yeterli bulmazsa,

mütalaanın genişletilmesi için dosyayı aynı kişiye yollayarak daha ayrıntılı bir rapor isteyebileceği gibi, bir başka kişiye de yollayabilir. Hatta bu iki bilirkişinin raporları birbiriyle çelişmekte ise, hakim, üçüncü bir kişiyi de bilirkişi olarak tayin edebilir. Ancak bunlar hep zaman kaybıdır. Bu yüzden bilirkişi dikkatle belirlenmelidir. Özellikle tutuklu işlerde raporların gecikmesinden dolayı insanlar lüzumsuzca özgürlüklerinden mahrum olabilmektedirler.

Bilirkişilik Yapma Mecburiyeti

Zorunlu bilirkişilik, mutlaka bilirkişiye başvurulması gereken hallerdir. CMK m.65'te bilirkişiliği kabul yükümlülüğü düzenlenmektedir. Maddede yazılan ve bilirkişiliği kabul etmek zorunda olan bu kişilere de zorunlu bilirkişiler denir. Buradaki zorunluluk, kendisine tevdi edilen bilirkişiliği reddedememektir. 65. maddedeki kişiler kural olarak bilirkişiliği reddedemezler. Bunlar:

- ? Resmi bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlarla bilirkişi listesinde adı geçenler,
- ? İnceleme açısından gerekli fen ve sanatları bilenler,
- ? İnceleme açısından gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlardır.

Örneğin, kişi, tıp fakültesi diplomasını almakla hekim olmuştur. Kanunen bilirkişilik yapmaya müsaittir. Ancak bu kişi, hekimlik yapmamaktadır, hekimliği meslek olarak edinmemiştir. Dolayısıyla bilirkişilik gerek o işi meslek edinenlere gerekse de meslek edinen bulunamadığında o işi bilenlere yaptırılabilir.

Maddenin (a) bendinde belirtilen resmi bilirkişiler; zorunlu bilirkişilik hallerinde, sahip olduğu bilgi birikimiyle mahkemeye yardımcı olmakla görevlendirilmiş ve bu amaçla kurulmuş tüzel kişilerdir. Örneğin, Adli Tıp Kurumu, resmi ve zorunlu bilirkişidir. Adli Tıp Kurumu, Adalet Bakanlığına bağlı olarak kurulmuş, birden fazla konuda inceleme yapabilmek için uzman bulunduran bir kamu kurumudur. Kalpazanlık hallerinde dosya, inceleme için mutlaka Adli Tıp Kurumuna gönderilir. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'na göre de bazı hallerde zorunlu ve resmi bilirkişi, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olan Yüksek Sağlık Şurasıdır. Bu şura, yapısı itibarıyla yürütmenin kontrolündedir. Şuranın alacağı kararlarda, oylamada bir eşitlik çıkması halinde başkanın oyu iki oy sayılır.

Bilirkişilerin de tıpkı hakim gibi reddi, çekinmesi ve yasaklanması mümkündür. Hakimin reddini gerektiren sebepler, bilirkişilerin reddi için de aynen geçerlidir (m.69). Hatta, bunun usulü de, yine

hakimlerin reddinin usulünde olduğu gibidir. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan bir kimse, bilirkişilikten de çekinebilir (m.70). Bilirkişinin yasaklılık haline örnek olarak m.87/3 verilebilir. Buna göre, ölen kimseyi son tedavi eden doktora otopsi yapma görevi verilemez.

Bilirkişinin Hukuki Statüsü

Bilirkişilik statüsü, kanunda tanıklık statüsüyle paralel olarak düzenlenmiştir. Kanunun 62. maddesi, bilirkişilikle ilgili olarak, tanıklık hükümlerine atıf yapmaktadır. Bu çerçevede, bilirkişinin ilk ödevi, mahkeme önünde hazır bulunmadır. Ancak, bilirkişiler çok istisnai durumlarda mahkeme önünde hazır bulunurlar. Uygulamada hakimler, genellikle bilirkişilerin hazır bulunmalarına gerek görmez. Bunun yerine bilirkişilerin yazılı beyanları söz konusu olur. Bilirkişi, dosyayı almak üzere mahkemeye gitmelidir. Bilirkişinin adliye giderek dosyayı alması ve çağırıldığında hakim önünde hazır bulunması, ödevidir.

Bilirkişinin bir diğer ödevi, beyanda bulunmadır. Bilirkişi, beyanlarını sözlü ya da yazılı olarak üç ay içerisinde mahkemeye ulaştırmak zorundadır. Bu süre içinde tamamlayamazsa, hakim, üç ay daha süre verebilir.

Bilirkişi Beyanının Sınırlamaları

Bilirkişi, beyanda bulunurken (raporunu yazarken) belirli sınırlamalara tâbidir. Bu sınırlamalar şunlardır:

- ? Bilirkişi, hiçbir zaman hakim görev alanına giren bir yorum yapamaz. Yani, hukuki konularda yorum yapamaz. Bilirkişi, kendisine hangi soru sorulduysa ancak onu cevaplandırabilir. Mesela, taksirli bir suça ilişkin bilirkişiden mütalaa istendiğinde, bilirkişi, sadece tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi taksiri oluşturan unsurların var olup-olmadığını inceler ve sadece bu konuda görüş bildirir. Bundan ötesine karışamaz, karışmamalıdır.
- ? Yeni ceza sistemimize göre, kusurun matematiksel oranlarla ifadesi mümkün değildir. Bilirkişiler artık 2/8, 6/8 gibi oranlarla bilirkişi raporu düzenleyemezler. Ancak, bununla ilgili olarak kanuni bir düzenleme de mevcut değildir. Bu husus, yalnızca TCK m.22'nin gerekçesinde yazmaktadır. Bunun kabul edilmesi, derhal metin içerisine alınması gerekmektedir. Uygulamada bilirkişiler hala bu şekilde raporlar vermekte, ancak gelen itiraz üzerine hakim itirazı kabul ederek raporu geri göndermektedir.

CMK m.67/6 ve m. 68/3 hükümlerinde uzman mütalaasından bahsedilmektedir. CMUK döneminde, avukatlar, işin içinden çıkamadıklarında ya da o konuyla ilgili Yargıtay kararı da bulamadıklarında, hakimi ikna edebilmek amacıyla, uzman görüşü alarak dosyaya koymaktaydılar. Bu uzmanlar, üniversitelerdeki o konuda iyi seviyedeki öğretim görevlileridir. Bu iş, belli bir ücret karşılığı yapılmaktaydı. Hakimler ise, bu uygulamaya pek sıcak bakmamakta, dosyada olan bu mütalaalara pek de itibar etmemekteydiler. CMK, CMUK'tan ayrılarak bu konuyu bir kanun hükmü olarak düzenlemiştir. Hatta, CMK sistemine göre avukatlar, uzman kişiyi duruşmaya getirerek dinletebileceklerdir. Bu uygulamada, yeni bir gelir kapısının açılmasına neden olabilecektir. Bu nedenle çok da etik değildir.

Bilirkişinin bir başka yükümlülüğü ise, yemin etme ödevidir. Bilirkişiler, tanıklara ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilir (m.62). Aynı şekilde, bilirkişinin yemin etmeksizin mütalaa sunması, eksik mütalaa oluşturacaktır. CMUK'a göre bilirkişiler, dosyayı adliyeye giderek aldığı ya da mütalaasını mahkemeye sunarken, bilim ve fenden ayrılmayacaklarına yemin etmekteydiler. Yeni sistemde ise, belirlenen listedeki bilirkişilerin adliyeye gelerek, sene başında toptan yemin etmeleri yeterlidir. Eğer hakim, liste dışından bir kimseyi bilirkişi tayin ederse, bu kişinin adliyeye gelerek, eski sistemde olduğu gibi, kendisini atamaya yetkili merci (hakim) önünde yemin etmesi gerekir. Ancak uygulamada genellikle atamaya yetkili merci önünde değil de, mahkeme kaleminde yazı işleri müdürünün önünde yemin edildiği görülebilmektedir. Bilirkişi, kanunen yemin yükümlülüğü altındadır ve yemin, bilirkişiliğin kurucu unsurudur.

Bilirkişinin Görevlerini Yapmamasının Yaptırımları

CMUK döneminde bilirkişi adliyeye gitmez ya da kabul etmesine rağmen süresi içinde raporunu sunmazsa, 765 s. TCK m. 282'ye atıf yapılmaktaydı. Bu madde, kanunen yerine getirilmesi gereken bir görevin yerine getirilmemesini düzenlemektedir. Bu bir kabahat idi ve bilirkişiye disiplin hapsi uygulanabileceği hükmü düzenlenmekteydi. Yeni ceza sistemimizde 765 s. TCK m.282'ye karşılık gelen bir hüküm yoktur. CMK m.60'a atıf yapılmaktadır. Bu madde, tanığa uygulanan bir hükümdür atıf gereği bilirkişi hakkında da uygulanabilir. CMK m.60, üç aylık disiplin hapsi ve zararların giderilmesini hükme bağlamaktadır.

Görevini yapmayan bilirkişiye uygulanması öngörülen ceza yerindedir. Zira, bilirkişinin görevini

yapmaması ya da geç yapması, zararlara yol açabilir. Ceza yargılaması, masumların da yargılanabildiği bir hukuk dalıdır. Bilirkişilik önemlidir. Bilirkişi mütalaasının gelmemesi ya da geç gelmesi yüzünden gereksiz yere özgürlüğünden mahrum kalan kimseler olabilir.

5237 s. TCK'da bilirkişilik göreviyle ilgili olarak bir suç tipi vardır. M.276'da düzenlenen, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık hususudur. Buradaki 'gerçeğe aykırı' ibaresi çok yerinde olmayan bir düzenlemedir. Zira, birbirinden farklı iki ayrı bilirkişi mütalaasının olması halinde, maddenin lafzına bakılacak olursa, bu bilirkişilerden birinin mütalaasına bakılarak, hakkında kovuşturma açılması mümkün olabilecektir. Aynı şeyler tercümanlık için de geçerlidir. Madde hükmünde özel kastın da belirtilmesi, 'maddi gerçeği saptırmak amacıyla' denilmesi uygun olurdu.

Bilirkişinin Hakları

Bilirkişi, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için kendisine danışılan konuyu cevaplandırabilmek adına, gerek görürse, davanın taraflarını dinleyebilir, taraflara soru sorabilir ve beyanlarını okuyabilir. Bilirkişi, kendisine sorulan asli problemin çözümü için, çözülmesi gereken tali bir problemle karşılaşsa, mahkemeye danışarak bir alt bilirkişi tayinini isteyebilir. Özellikle Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda bununla ilgili durumlara rastlanır. Örneğin, Yüksek Sağlık Şurası'nda her tür uzman bulunmadığı için, Şura, kendisine yollanan dosyanın, bir alt bilirkişiye yollanmasının talep edebilir. Mesela, bir çocuk ölümünde bilirkişi olarak Yüksek Sağlık Şurası tayin ediliyor fakat Şurada pediatri uzmanı yok. İşte böyle bir durumda Şura, bir pediatri uzmanına başvuru yapmak için mahkemeden izin ister. Adli Tıp Kurumu içinse böyle bir durum söz konusu değildir. Zira, Adli Tıp Kurumu'nun bünye-sinde her türlü uzman çalışmaktadır.

Bilirkişinin bir başka hakkı, tanıklıkta olduğu gibi, yapılan işin karşılığı ve bu işle orantılı olarak bir tazminat almaktır. Yargıtay, bunun harcanan emek ve zamanla ilgili olarak hesaplanacağını söylemektedir. Uygulamada mahkemeler bilirkişiler için genellikle maktu ücret takdir etmektedirler.

KEŞİF

Keşif, yargıcın ispat konusunda kanaat sahibi olması için yaptığı bir araştırmadır. Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinde tanımlandığı gibi, yargıcın delillerle beş duyusu aracılığıyla irtibata geçmesi, keşiftir. Keşifte yetkili merci, kural olarak

hakimdir. Zira, keşif, delil elde etme yolu değil, bir delil değerlendirme yöntemidir. Bu açıdan bakıldığında kanun koyucu, keşfi düzenleyen 83. maddesinde amaca uygun olmayan bir düzenleme yaptığını söylemek mümkündür. Zira madde hükmünde, Cumhuriyet savcısının da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde keşif yapabileceği hususu belirtilmektedir.

Her şey, canlı cansız tüm nesneler, vakıalar keşfe konu olabilir. Mesela, bir kavşaktaki trafiğin gerçekten sıkışık olup-olmadığı keşif konusu olabilir. Hakimin suç aleti olan bıçağı eline alarak incelemesi, kontrol etmesi de bir keşiftir. Bir fabrikanın gürültülü çalışıp-çalışmadığını ya da bir çevre suçunda fabrikanın etrafa kötü koku yayıp-yaymadığı da keşif konusu olabilir. Keşif, delillerin değerlendirilmesi bakımından hakime tanınmış bir yetkidir. Keşif, savcının işi değildir, olmamalıdır. Savcının keşif yapmasında hiçbir hukuki yarar yoktur. Savcı bu delili zaten kovuşturma aşamasında tespit etmiş, dosyaya koymuştur. Hakim de bu nedenle keşif yapmaktadır. Bu anlamda savcının keşif yapmasının bir manası yoktur.

M. 83/2, keşifte tutanak tutulma zorunluluğunu düzenlemektedir. Tutanakta, keşfe konu olan delillerin durumu hakkında bilgi verilir ve elde edilmesi umulup da bulunmayan deliller yazılır.

M. 84 hükmü, keşifte bulunabilecek kimseleri düzenlemektedir. Maddeden anlaşıldığına göre, bu kimselerin bulunması ihtiyaridir. Ancak, zorunlu müdafilik ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla zorunlu müdafinin mutlaka bulunması gerektiği düşünülebilir. Maddedeki ihtiyarilik, zorunlu müdafilikte ortadan kaldırılmalıdır. Aynı maddenin 4. fıkrasında, hazır bulunmaya hakkı olanların keşiften önce haberdar edilmeleri gerektiği hususu düzenlenmektedir. Burada önemli olan, müdafinin haberdar edilmesidir. Madde metninde süre belirtilmemiştir. Bu, keşiften bir hafta önce de olabilir, bir gün önce de. Keşiften birkaç gün önce haber verilmesi gerektiğinin madde metnine alınması daha sağlıklı olacaktır.

Keşif, delillerin doğrudan doğruyalığı çerçevesinde, hakimin ağırlıklı olarak duruşma salonundan çıkarak; bazen de duruşma salonunda delillerle yüz yüze gelmesidir.

YER GÖSTERME (m.85)

Yer gösterme, bugüne kadar hiçbir kanunda yer almayan ve hiçbir yasal dayanağı bulunmayan ama uygulanan bir delil elde etme yoludur. Yer gösterme daha çok kolluk tarafından yaptırılır. Yer gösterme işlemi, kendisine yüklenen suçla ilgili olarak bir ikarda bulunmuş kimselere yaptırılır. Yer

gösterme işlemi m.250/1'deki suçların söz konusu olduğu hallerde, adli kolluk amiri tarafından da yaptırılabilir.

Fıkra 2'de, müdafinin de, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, yer gösterme esnasında hazır bulunabileceği düzenlenmiştir. Burada ihbar yükümlülüğü konmaması sakıncalıdır. Yer gösterme işleminden önce, keşifte olduğu gibi, müdafie bildirim yapılmalı ve müdafinin katılı sağlanmalıdır. Yine, fıkra'da 'soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla' ibaresi de yerinde olmamıştır.

BEDEN MUAYENESİ (m. 75)

Delil elde etmek maksadıyla yapılan vücut muayenesi kavramıyla, şüpheli veya sanığın gözüaltına alındığı durumlarda yapılan vücut muayenesi kavramları birbirinden farklıdır. Gözüaltına alınma durumlarında şüpheli veya sanık, iki defa doktor kontrolüne götürülür. Bununla amaçlanan, kişinin kötü muayeneye maruz kalmasının önüne geçektir. Buradaki beden muayenesi ise, delil elde etme amaçlı olarak bedenin muayene edilmesi ve vücuttan (saç, tükürük, kan gibi) örnek alınmasıdır. Bunun için kural olarak hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise savcının emri gerekir.

İç beden muayenesi kanunda tanımlanmamıştır. Sadece f.4'te bilgi verici bir ibare bulunmaktadır. Buna göre, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de, iç beden muayenesi sayılır. Aslında iç-dış beden muayenesi kavramları yalnızca bizim hukukumuzda olan kavramlardır.

Fıkra 5'e göre, üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz ve kişinin vücudundan örnekler alınamaz. Ancak taksirle yaralama gibi bazı suçlarda bu hükmün alkol vs. muayenesinin yapılmasına engel olacağı fark edilince, 5353 s. Kanunla, 75. maddeye 7. fıkra hükmü eklenmiştir. Buna göre, özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.

M. 76, diğer kişiler hakkında hakim kararıyla ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının emriyle iç veya dış beden muayenesi yapılabilceği, vücuttan çeşitli örneklerin alınabileceği hususlarını düzenlemektedir.

Bu konuda bir muayene yönetmeliği çıkarılmıştır. Bu yönetmelik, iç beden muayenesini tanımlamaktadır. Yönetmeliğin 5. maddesinden çıkan anlam, dış beden muayenesini kolluğun da yaptırabileceğidir. Madde metninde, 'girişimsel olmayan' metodların kolluk tarafından yaptırılabilceği düzenlenmektedir. Tıpta anjiyografi, endoskopi, retroskopi gibi metadlar girişimsel kabul edilirken; ultrason, röntgen ve MR gibi tetkikler

girişimsel olmayan metodlardır. Bu çerçevede, kolluk, hakim kararı olmaksızın bu yollara başvuru-
rabilecektir. Örneğin, kuyumcуда bir hırsızlık olayı
oluyor ve kadın çaldığı bileziği cinsel organına
saklıyor. Yakalandığında, hakim kararı olmaksızın
bu yönde bir arama yapılamayacaktır, zira iç beden
muayenesine girmektedir. Ancak, kolluk kuvvetleri
kadını bir hastanede ultrason ya da röntgene
sokarak, bileziği tespit ettirebilecektir. Bununla aynı
sonuca, bir başka yoldan ulaşılmış olacaktır. Bu
düzenleme yerinde değildir. Zira, vücut dokunul-
mazlığı çok önemli bir konudur. Ayrıca, ceza
yargılaması, masumların da karıştığı bir hukuk
dalıdır. Bu nedenle kişilerin bir iftira sonucu da bu
tip muamelelere tâbi tutulabilmeleri ihtimal dahi-
lindedir.

M. 78 hükmüne göre, moleküler genetik incele-
meler, DNA analizleri vs. yapılarak şüpheli veya
sanıkla uyuşup-uyuşmadığı hakim kararıyla yapıla-
bilir. Bu bilgiler gizlidir, açıklanamaz.

M. 81, fizik kimliğin tespitini düzenlemektedir.
Şüpheli veya sanığın kimliğinin tespiti için gerekli
olması halinde iris içi, kornea görüntüleri, yara
izlerinin fotoğrafının çekilmesi, beden ölçüleri, ses
ve görüntü kaydı vs. gibi işlemler yapılabilir. Bu
bilgiler, takipsizlik ya da beraat kararı verilmesi
halinde, Cumhuriyet savcısının huzurunda yok
edilir. Eğer mahkûmiyet kararı verilirse, bu bilgiler
Emniyet arşivlerinde suç sicilden silinmiş olsa bile,
ömür boyunca kalmaya devam eder.

KORUMA TEDBİRLERİ

Koruma Tedbirlerinin Teorik Esasları

Ceza yargılamasını kolaylaştırabilmek için bazı
önlemlere başvurulabilmesi; maddi gerçeğe
ulaşabilmek adına birtakım özgürlüğü kısıtlayıcı
tedbirlerin uygulanması mümkündür. Bu tedbirlere,
koruma tedbirleri denmektedir. Koruma tedbirleri,
infaz hukukunda karşımıza çıkan güvenlik tedbir-
lerinden farklıdır.

Koruma tedbirleri, ceza yargılaması faaliyetinin
sağlıklı yapılabilmesi için bir takım temel hak ve
özgürlüklerin sınırlandırılmasıdır. Kişi, kaçmasından
endişe edildiğinde tutuklanabilir; kişinin silahına el
konabilir; meskeninde arama yapılabilir. Bunların
hepsi aslında anayasada yer alan bazı hürriyetlerin
ihlali anlamına gelmektedir. Mülkiyet hakkının ihlali
gibi. Bu çerçevede, hukuk devleti olarak nitelen-
diren devletler, anayasalarında buna ilişkin hüküm-
ler bulundurmamalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anaya-
sası da 19-22. maddelerinde temel hak ve
hürriyetlerin kanunla sınırlandırılabilmesi ve bunun
hakim kararıyla olabileceği yönünde çerçeve

düzenlemeler mevcuttur. Yani, kısıtlamalar bir
takım özel ceza yasalarıyla getirilemez; bunlara
mutlaka anayasada yer verilmelidir.

Koruma Tedbirlerinin Uygulanabilmesinin Ön Koşulları

Koruma tedbirlerine başvurulabilmesinin iki ön
koşulu vardır: Gecikemezlik ve görünüşte haklılık.
Bu önkoşullar gerçekleşmedikçe koruma tedbir-
lerine başvurulması, hukuka aykırılık oluşturur.

1) Gecikemezlik

Gecikemezlik, bir koruma tedbirine başvurulma-
dığında ceza yargılamasının yapılamaması ya da
yapılsa bile, verilmiş olan hükmün icra edileme-
mesi, kâğıt üzerinde kalma tehlikesine karşı gerekli
olan bir ön şarttır. Örneğin, sanığın varlığının
gerekli olduğu bir davada sanık kaçarsa, o
yargılama yapılamayacaktır. Sanığın ceza almasın-
dan sonra kaçması halinde ise, verilmiş olan hüküm
kâğıt üzerinde kalacaktır. Kanunlarda gecikemezlik
genellikle 'gecikmesinde sakınca bulunan haller'
olarak nitelendirilmektedir. Koruma tedbirlerinde
yetkili olan genellikle hakimdir ancak gecikemezlik
hallerinde bu yetki savcı ve bazen de kolluğa da
verilmiştir. Bir olayda gecikemezlik olup-olmadığını,
o tedbiri uygulayacak makam gözetmelidir. Örne-
ğin, banka soygunu yapan bir grubun saklandığı
yerde arama yapılması için hakim kararı alınması
gecikmeye yol açabileceğinden, kolluk orada arama
yapabilecektir.

2) Görünüşte Haklılık

Görünüşte haklılık, yargılama önlemine başvu-
rulduğunda, uygulanan tedbirin işlenen fiille orantılı
olması; uygulanan tedbirin dış görünüşte haklı bir
kanaat uyandırması gereğidir. Örneğin; kişinin kaç-
masından endişe edilmemektedir. Deliller toplanmış
ve işlediği suçun cezası 3 yıl civarında olarak tah-
min ediliyor. Böyle bir durumda kişinin tutuklan-
masının görünüşte haklılığı yoktur ama bunu takdir
etme yetkisi, tedbiri uygulayacak makama ait oldu-
ğundan, hakim takdirine pek bir şey söylemek
mümkün değildir. Görünüşte haklılığın ön şartı, ted-
birin tartışmaya açık olmasıdır. Yani, tedbire muha-
tap olan kimse, tedbirin haksız olduğu gerekçesiyle
uygulanan tedbire itiraz hakkına sahiptir.

Koruma Tedbirlerinin Özellikleri

Koruma tedbirlerinin iki temel özelliği vardır:

1. Araç olma
2. Geçici olma

1) Araç Olma

Koruma tedbirleri tamamen ceza yargılamasının hizmetinde olan araçlardır. Amaç, maddi gerçeğe ulaşmak; araç, yargılamanın tamamlanmasını sağlamaktır. Bu çerçevede koruma tedbirleri, bir araçtır. Koruma tedbirleri, aynı zamanda birbirine de araçlık ederler. Örneğin; bir kimseyi tutuklamak için önce yakalamak, yakalamak için de önce aramak gereklidir.

2) Geçici Olma

Ceza yargılaması önlemlerinin (koruma tedbirleri) tamamı geçicidir. Müebbet hapis cezasını bir yana bırakarak cezaların bile kalıcı olmadığını düşündüğümüzde, bir koruma tedbirinin geçici nitelikte olmaması düşünülemez. Koruma tedbirleri, ihtiyaç kalmadığında ortadan kaldırılırlar. Bu nedenle belli sürelerle sınırlandırılmıştır, tedbirler mutlaka belli bir süreye tâbidir. Ama bu da tedbirlerin tümü için geçerli değildir. Mesela, mülkiyet hakkının, bir tutuklama gibi hürriyeti kısıtlayıcı bir yanı olmadığı için, bu tedbire başvurulduğunda derhal ortadan kaldırılmayabilir.

Koruma tedbirleri uygulanmazsa, yürütülmekte olan bir davanın sonuçlandırılabilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Koruma tedbirleri uygulanmazsa, delillerin karartılması tehlikesi vardır. Koruma tedbirleri, maddi gerçeğe ulaşabilmek için, elimizdeki en önemli tedbirlerdir. Koruma tedbirleri, ceza olarak kullanılamazlar.

Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesi, koruma tedbirlerine başvurulurken, mutlaka uyulması gereken bir ilkedir. Failin işlemeyi düşündüğü fiille uygulanan ceza tedbiri arasındaki dengedir. Örneğin, bir kişiye daha hafif bir koruma tedbiri uygulanması yeterli olacakken, daha ağır bir tedbir uygulanmamalıdır. Mesela, kişi hakkında adli kontrole başvurulması yeterli olacak ise, tutuklanmasına gerek yoktur.

Yakalama

Kanun koyucu, koruma tedbirlerinin birinci bölümünde, yakalama ve gözaltına almayı ikiye ayırmıştır. Aslında bunlar birbirinden çok da farklı olmayan tedbirlerdir. Yakalama, suç şüphesi altında olan kişilerin özgürlüklerinin, henüz bir yargıç kararı olmaksızın kısıtlanmasıdır. Yakalama, diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak hakim kararına ihtiyaç göstermediğinden, gerek anayasa ve gerek CMK'da çok sıkı şartlara bağlanması

gereklidir. Zira, diğer koruma tedbirlerinde hakim kararına ihtiyaç duyulurken, yakalama için hakim kararına gerek yoktur. Yakalamanın diğer koruma tedbirlerinden farklı olduğu bir diğer taraf, yakalamaya herkes tarafından başvurulabilmesidir. Ancak bunun belli şartları vardır.

Herkesin Yakalama Yapabileceği Durumlar

Kanun, 90. maddesinde herkesin yakalama yapabileceği durumlara değinmiştir. Buna göre, şu hallerde vatandaş da yakalama yapabilir:

- ? Kişiye suç işlerken rastlanması
- ? Suçüstü halinde, izlenen kişinin kaçma olasılığının bulunması ya da kimliğinin derhal belirlenmesi durumunun olmaması.

Hangi durumların suçüstü sayılacağı, kanunun m. 2/j bendinde tanımlanmıştır. Bu hükme göre, henüz suç tamamlanmamış olsa da (işlenmekte olan suç) vatandaşa yakalama yetkisi tanınmıştır. Devamında, henüz işlenmiş, icra hareketleri bitmiş suçtan bahsedilmektedir. Örneğin, A, B'yi bıçaklıyor ve biraz sonra iki sokak ötede yakalanıyor. Bu da suçüstü halidir. Bunun devamında, şüphelinin fiilin az önce işlendiğine dair emareler gösteren delillerle yakalanması halinin de suçüstü olacağı belirtilmektedir. Bunun tespiti biraz zordur. Fiilin ne zaman işlendiğinin tespiti çok kolay değildir, burada yakalama yapacak kişilere bir takdir hakkı verilmiştir. Örneğin, bir vatandaş, boş bir yerde bir kimsenin hızlı hızlı bir kadın çantasını boşalttığını ve içinden bazı şeyleri alarak çöpe attığını görüyor. Kanun hükmüne göre bu da suçüstü halidir, vatandaş yakalama yapabilecektir. Henüz işlenmiş bir suç (kapkaç) olduğunu gösteren deliller mevcuttur.

Kanunun m. 2/j'de saydığı hallerde vatandaş yakalama yapabilecektir. Ancak kanun koyucu bir şart daha aramıştır. Bu da m. 90/1-b hükmüdür. Buna göre, şüphelinin kaçma olasılığının bulunması ya da kimliğinin hemen tespit edilemiyor olması gereklidir. Örneğin, kişi, bir adamın sokak ortasında birisini satırla doğradığını ve bunun da mahallenin şen kasabı olduğunu görüyor. Şüphelinin kimliği de tespit edilmiş oldu. Şimdi bu kişi yakalanamayacak mıdır? Kaçıp kaçmayacağını tespiti, kişiden kişiye değişebilir. Kanun koyucunun koyduğu bu hüküm karşısında, herkes, böyle bir durumda şüphelinin kaçacağından endişe duyar. Kimlik şartının gerçekleşmesi de zordur, bunu her zaman tespit edebilmek kolay değildir.

Vatandaşın yakalama yapmaması suç değildir. Mağdura yardım etmemek suçtur. Yakalama yetkisi kötüye kullanılabilecek bir yetkidir. Şartlarının ağırlaştırılması daha uygundur.

Kolluğun Yakalama Yetkisi

Hukukta var olan evleviyet kuralı çerçevesinde, vatandaşın yapabileceği yakalama işlemini kolluk haydi haydi, öncelikle yapma yetkisine sahiptir. Bu sebeple kanun koyucu, kolluğun suçu önlemek görevinde olduğundan bahisle ek bir yakalama yetkisi vermiştir. Bu da, suçüstü halinin dışındaki yakalama yetkisidir. Kolluğun yakalama yapabilmesinin şartları ise şunlardır:

- ? Tutuklama ya da yakalama kararı verilmesini gerektiren bir durumun olması gerekir.
- ? Gecikmesinde sakınca bulunmalıdır. Yani, kolluğun bu tedbire başvurmaması halinde, daha sonra yakalamaya başvurulamama durumu olacak ya da delil elde edilememe tehlikesi mevcut olacaktır.

Kolluğun yakalama yetkisini kullanabilmesi için, bu iki şartın bir arada bulunması gerekir. Bu durumların varlığı hallerinde yakalamayı ancak kolluk amirleri yapabilir. Kolluk memurlarının yakalama yapabilmesi için bunlara ilaveten bir şart daha aranır: Memurun amirine derhal başvurabilme olanağının olmaması. Bu, sübjektif bir kriterdir.

Kanun koyucunun kanunda yer vermediği ancak Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde düzenlediği bir tedbir vardır: Muhafaza altına alma. Bu, CMK'da yer almayan bir tedbirdir. Yönetmeliğin 4. maddesi, muhafaza altına almayı tanımlıyor. Buna göre, muhafaza altına alma, kanunun yetki verdiği hallerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin ilgili kurumlara veya kişilere teslimine kadar sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulmasıdır. Yönetmeliğin aynı maddesi, yakalamayı ise şöyle tanımlamaktadır: Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına alma veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce hakim kararı olmaksızın özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınması. Buna göre, önce yakalama işlemi, bundan sonra gözaltına alma ve sonra da muhafaza altına alma işlemleri yapılacaktır.

Yakalamanın Sonuçları

Kanun koyucu, yakalama terimini geniş bir kapsamda kullanmaktadır. Yakalama denilince ilk

etapta tutma işlemi akla gelmelidir. Kanunda yakalama ile kastedilen, aslında 'tutma'dır. Bunun sonucunda kişinin serbest hareket etme özgürlüğü kısıtlanır. Kişinin, etrafa zarar vermesi engellenecek şekilde tutulmasıdır. Bu nedenle, böyle hallerde vatandaş da yaptığı yakalamalarda, şüphelinin elini-ayağını bağlayabilir. Ancak bu da orantılı olmalı, müessir fiil seviyesine ulaşmamalıdır. Kolluk kuvvetleri bu açıdan kelepçe takma gibi bazı enstrümanlara sahiptir. Madde 93 hükmüne göre, kaçacaklarına veya kendisi veya bir başkasına zarar verecekleri şüphesini uyandıran, mesela direnen, tekme atan kişilere kelepçe takılabilir. Bu açıdan, kelepçe takmanın bir sınırı olmadığı söylenebilir. Bu işlemden sonra, sıvazlama denilen bir üst aramasıyla, kişinin üzerinde bir kesici delici alet, patlayıcı vs. olup-olmadığı araştırılır. Bundan sonra da kendisine derhal hakları bildirilir. Tutulan kişinin, ifade ve sorguda olduğu gibi bazı hakları mevcuttur. Öncelikle isnadın bildirilmesi, susma hakkının ve bir müdafiden yararlanma hakkının olduğunun sözlü olarak bildirilmesi gerekir. Bunlar yapılmadığı takdirde, kişinin yolda söyledikleri aleyhine delil olarak kullanılamaz.

Yakalamanın en doğal sonucu, serbest bırakılmadır. Kişi, kendisine isnat edilen suçla ilgili olarak kendisini aklayabilirse ya da soruşturma makamları yeterli delil ortaya koyamazsa, serbest bırakılır. Yakalamanın bir başka doğal sonucu da, gözaltına almadır. Gözaltına alma, yakalamadan ayrı bir koruma tedbiri değildir. Aslında, tamamen yakalamanın bir sonucudur. Ancak her yakalamanın sonunda mutlaka gözaltına alınma gerçekleşmez. Kişi, serbest bırakılmadığı durumlarda gözaltına alınır.

CMK m. 91'de gözaltına alınmayla ilgili bir takım düzenlemeler vardır. Kişi yakalandığı andan itibaren bu hükümlere göre bir yol takip edilmektedir. Kolluk, bir kimseyi yakaladığında savcıya haber vererek onun emir ve talimatlarını beklemelidir. Ancak fiili imkânsızlıklar nedeniyle bu her zaman mümkün olmuyor. Her gün onlarca, yüzlerce kişi yakalanmakta olduğundan, bunların tümünü hemen savcı karşısına çıkarmak çok mümkün değildir. Bu nedenle uygulamada, genellikle bir kişi yakalandığında önce karakola getirilerek bazı işlemler tamamlanmakta, bundan sonra savcının karşısına çıkarılmaktadır. Şüpheli, savcının önüne geldiğinde, bir takım usûli işlemler yapılmış olduğundan, soruşturma hızlanmaktadır. Son olarak da savcı, şüphelinin serbest bırakılmasına karar vermekte ya da tutuklanması talebiyle sulh ceza hakimine sevk eder. Eğer serbest bırakılmayacaksa, bu kişinin mutlak suretle hakim önüne çıkarılması gereklidir. Bu, aynı zamanda anayasal bir emirdir.

Maddenin 2. fıkrasında bir kriter ortaya konmuştur. Buna göre, gözaltına alma, soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin suçu işlediğini düşündürecek emarelerin varlığına bağlıdır.

Şüphelinin yakalanmasından sonra kolluk tarafından ifadesi alındı, savcıya çıkarıldı. Gerek görülerek gözaltına alındı ve sağlık kontrolüne gönderildi. Bundan sonra, belli süre dolunca savcı bu kişiyi ya serbest bırakır ya da tutuklama isteğiyle sulh ceza hakimine müracaat eder. Anayasa ve kanun, bunun için bazı süreler öngörmüştür. Bunlara mutlaka uyulmalıdır. Anayasa, gözaltı süresinin zorunlu olarak yolda geçecek süre hariç olmak üzere, en çok 48 saat olabileceğini hüküm altına almıştır. CMK ise, 91. maddesiyle, bir adım daha ileri giderek bu süreyi yine yol hariç 24 saate kadar olmak üzere belirlemiştir. CMK ayrıca, CMUK'tan farklı olarak, yolda geçecek sürenin en çok 12 saat olabileceğini de hüküm altına almıştır.

CMK m. 251/5, m. 250'deki katalogda yer alan suçlar için gözaltı sürelerini ise, 48 saat olarak belirlemiştir. Yine, toplu olarak işlenen suçlarda delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının fazlalığı nedeniyle gözaltı süresinin, Cumhuriyet savcısı tarafından yazılı olarak ve her seferinde bir günden fazla olmamak kaydıyla, toplam üç gün uzatılabilir (m. 91/3). Gözaltı süresinin birer birer uzatılması isabetli olmuştur. Yani, m. 91/3'teki hallerde, uzatma süresi en çok 3 gün, toplam gözaltı süresi de en çok 4 gün olabilir.

M. 91/4 hükmü, yakalanan kimseye ve belli derecedeki yakınlarına bir itiraz hakkı tanımaktadır. İtiraz üzerine hakim, gözaltı süresi bitmeden itirazı karara bağlar. Hakim, itirazı yerinde görürse serbest bırakır; uygun bulmaz ise talebi reddeder.

M. 91/5 hükmü, doktrinde yeniden yakalama yasağı adı verilen durumdur. Buna göre, şüpheli, gözaltı süresinin dolmasından veya hakim tarafından serbest bırakılmasından sonra, bu kişi hakkında, yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça tekrar yakalama işlemi yapılamaz. Bu hüküm olmasa, kişilerin tekrar tekrar yakalanabilmeleri durumu ortaya çıkabilecektir.

Yakalanan ya da gözaltına alınan kişi, hakim karşısına geldiğinde; hakim, kişiden bilgi alır, kimliğini tespit eder, sonra savcının mütalaasını alarak bir karar verir. Eğer bu işlem kovuşturma aşamasında gerçekleşirse, kişi, yetkili mahkeme önüne çıkarılır ve yetkili mahkeme, tutuklu ya da tutuksuz yargılanmasına karar verir. Peki, bu kişi yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bir yerde yakalanırsa ne olacaktır? Kural, ilgilinin 24 saat içinde mahkeme önüne çıkarılmasıdır. Bu da böyle bir durumda pek mümkün olmadığı için, kişi en yakın sulh ceza hakiminin önüne çıkarılır. Eski

kanun döneminde hakim ya serbest bırakır ya da bir gönderme kararı vermektedir. CMK bu konuda bir sevk tutuklaması getirmektedir. Buna göre hakim, sanığı serbest bırakmazsa, yetkili mahkeme önüne gönderme amaçlı olarak tutuklar ve özel bir araçla yetkili mahkeme önüne gönderir. Bu, tam manasıyla bir tutuklama değildir. Aslında, kişinin serbest bırakılmasına ya da tutuklanmasına karar verecek olan kendi mahkemesidir. Başka bir mahkemenin serbest bırakma kararı verebileceğinin kanunumuzda yer almasının sebebi, bu konudaki bir takım uluslararası sözleşmelerdir. Uygulamada genellikle serbest bırakılmamakta, sevken tutuklama yapılarak, yetkili mahkeme önüne yollanmaktadır.

Yakalama Müzekkeresi

Yakalama kararı, yakalamanın yazılı bir belgeye dayanmasıdır. Kural olarak buna hakim karar verir. Yakalama, kişinin hürriyetinin kısıtlanmasıdır.

Yakalama müzekkeresi, m. 98'de düzenlenmiştir. Buna göre, çağrı üzerine gelmeyen veya kendisine çağrı yapılamayan kimse hakkında savcının isteğiyle, sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Maddeden, önce bir çağrı yapılacağı anlaşılmaktadır. Kişiyi evinden baskın yapar gibi almak her zaman mümkün değildir. Yakalama için önce bir çağrı yapılacak ve yapılmış olan bu çağrıya cevap verilmemiş veyahut çağrı yapılmıyor olacaktır.

M. 98/2, Cumhuriyet savcısı ile kolluğun yakalama emri verebileceği halleri düzenlemektedir. Buna göre, yakalanmışken kolluğun elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya cezaevinden firar eden kişi hakkında Cumhuriyet savcısı ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilir. Yine, kaçak sanık hakkında da yakalama emri düzenlenebilir.

Yakalama müzekkeresi, kolluk güçlerine hitaben yazılır. Kolluk güçleri, hakkında yakalama emri çıkarılan kişiler için bilbordlara, herkesin görebileceği çeşitli yerlere ilanlar asabilir.

Yakalama işleminin hukuka aykırı olarak yapıldığı durumlarda tazminat istenebileceği de şüphesizdir.

Yakalama Yönetmeliği, 5. maddesinde hangi hallerde yakalama yapılabileceğiyle ilgili uzun bir liste yapmıştır. Yine, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda da bununla ilgili hükümler mevcuttur.

Tutuklama

Tutuklama, bir yargıç kararıyla, anayasa ve yasada belirtilen koşulların gerçekleşmesi ile bir

kişinin suçluluğu hakkında henüz kesin karar verilmeden önce özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Tutuklama, kişi hak ve özgürlüklerini en ağır biçimde sınırlandıran bir koruma tedbiri olması sebebiyle münhasıran hakim tarafından uygulanabilir. Bunun istisnası yoktur, tutuklamaya hakimden başkası karar veremez. Hakkında tutuklama kararı verilen kişi önce yakalanır ve ardından tutukevi denen bir infaz kurumuna konur. Henüz yeterli tutukevi bulunmadığından, tutuklanan kişiler, cezaevlerinde tutuklular için hazırlanmış özel bölümlere de konabilirler. Tutuklular, bir arada bulunurlar, kesinlikle mahkûmlarla aynı yerde tutulamazlar. Hakkında tutuklama kararı verilerek yakalama işlemi yapılmış kimseye tutuklu; bu duruma da tutukluluk denir. Tutuklamanın ağır ve yalnızca özel hallerde başvurulabilen bir tedbir olması göz önünde bulundurularak, orantılılık ilkesine dikkat edilerek uygulanması gerekir. Orantılılık ilkesine, m.100/1'in ikinci cümlesinde yer verilmiştir. Bu hükmün doktrinel bir ifade olarak kalmaması, kanunda orantılılık (ölçülülük) ilkesine yer verilmesi önemlidir. Orantılılık ilkesine göre, mesela, kişi hakkında adli kontrol uygulanması yeterli olacakken tutuklama kararı verilemez, verilmemelidir.

Tutuklama, kişilerin işlerini, özel hayatlarını, ailevi durumlarını da yakından ilgilendiren bir tedbirdir. Bilindiği üzere ceza yargılaması, sadece suçluların bulunduğu değil, masumların da karıştığı bir yargılamadır. Bu nedenle, kişileri haksız yere tutuklayarak hak ihlallerine sebebiyet vermek, bunun için de bazı şartlara uymak gereklidir.

Her tutuklama tedbiri gibi, tutuklama da ihtiyaridir. Gerek kanunda gerek anayasada "...tutuklanabilir" demek suretiyle bu belirtilmiştir. Ancak uygulamada çok sıklıkla başvurulmakta ve bazen hukuki güvenlik ilkesi zedelenmektedir.

Tutuklamanın Üç Temel Amacı

- ? Şüpheli veya sanığın el altında bulundurulması
- ? Verilen kararların kağıt üzerinde kalmasını engellemek amacıyla, kişinin tutuklu kalmasını sağlamak
- ? Maddi gerçeğe götürecek delillerin karartılmasını önlemek.

Bu amaca ulaşılması halinde sağlıklı yargılama yapılabilecektir. Tutuklama konusunda CMUK ile CMK arasında çok önemli farklılıklar vardır. CMK, tutuklamayı çok daha ciddi şartlara bağlamıştır. Yeni bir kurum olarak adli kontrol de tutuklamaya alternatif olarak getirildiği için, tutuklama sayısının azaltılması öngörülmektedir.

Tutuklamanın Şartları

Tutuklamanın şartları, maddi ve şekli şartlar olmak üzere ikiye ayrılabilir.

Maddi Şartları :

- ? Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması
- ? Suçun cezasının sadece adli para cezasını gerektirmesi ya da cezanın üst sınırının bir yılı aşmaması
- ? Tutuklama nedenlerinin bulunması.

? **1. Şart :** CMUK'ta tutuklama için "belirti" yeterliydi. CMK ise, "somut olgu" aramaktadır. CMK m. 170 hükmüne göre, kamu davası açılması için "yeterli şüphe" aranmaktadır. Kanun koyucu, tutuklama için ise, "yeterli şüphe"yi yeterli görmemiştir. Tutuklama için, bir kamu davasının açılabilmesi için gerekli olanlardan daha fazlasına ihtiyaç vardır. Bu da, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular, kişinin aleyhine önemli delillerin bulunmasıdır. Uygulamada bu konuda bazı sıkıntılar vardır. Kişi tutuklanmakta, savcı bundan sonra yeterli şüphe elde edip iddianame düzenlemek için aylarca soruşturmayı uzatabilmektedir. Madem kuvvetli suç şüphesinin olduğuna ilişkin savcının şüphesi vardır, öyleyse neden iddianame düzenlememektedir? Kamu davası, tutuklamadan daha az delile dayanarak açılabilir. Uygulamada tutuklama, bir ön ceza olarak uygulanmaktadır. Oysa, bilindiği üzere ceza yargılaması, masumların da dahil olduğu bir yargılamadır. Bu sebeple dikkatli davranılmalıdır. Tutuklama, çok ağır sonuçları olan bir tedbirdir. Örneğin, bir kimse evinden yaka paça alınarak götürüldüğünde, bir süre sonra serbest bırakılsa da, çevresinde olumsuz kanaatler oluşabilecektir. Kuvvetli delil, öyle bir delildir ki, sanığın o delille mahkûm edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Oysa, yeterli şüphe hali böyle değildir.

? **2. Şart :** Eğer bir suçun cezası, sadece adli para cezasını gerektiriyorsa, bu suçla ilgili olarak tutuklama yapılamaz. Yine, ortada üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olmalıdır.

? **3. Şart :** Tutuklamanın nedenleriyle şartları birbirinden farklı hususlardır. Tutuklama nedenleri m. 100'de ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Bunlar, tutuklama için kesin nedenler değildir. Kanun koyucu yasal bir faraziye koymamıştır. Zira "...var sayılabilir" demektir. Mesela, delilleri yok etmek veya gizlemek

hususunda bir şüphe varsa, kişi dışarıda kaldığı sürece delilleri yok etmek isteyebilecektir. Ancak kanun koyucu, bunu da yeterli görmemiş ve somut olgu aramıştır. F.2’de bunlar sayılmıştır. F.3’te ise, CMUK’tan farklı olarak bir suç kataloğu düzenlenmiştir. Yine burada da “... var sayılabilir” demektir. Bu katalog suçlarında da somut olguların varlığı aranır.

Biçimsel Şartları :

- ? **Yargıcın yazılı bir tutuklama kararının bulunması.** M. 101’e göre, tutuklama kararı mutlaka yazılı olup, bir müzekkereye dayanmalıdır. Yargıç, CMK sistematüğinde tutuklama için yargılama yapacak, bir mini celse açacaktır. Zira, tutuklama işlemi yüze karşı yapılır. Bu, eski kanun dönemindeki tabirle ‘vicahi’ olarak da bilinir. Bundan başka bir de gıyabi tutuklama vardır. Gıyabi tutuklama, kişinin yokluğunda verilen tutuklama kararıdır. Bir istisna dışında, CMK’da yer verilmemiştir. Bu da, suçluların iadesi durumudur. Suçluların iadesiyle ilgili olarak hazırlanan dosyada gıyabi tutuklama kararı bulunur. Bunun dışında, tutuklama kararı, ancak hakim tarafından yazılı olarak ve yüze karşı verilir. Hakim, bu kişinin sorgusunu yapacaktır. Bu sorguda müdafilik zorunludur. CMK m. 101/3 hükmünde yer alan “... yararlanır” ibaresi, bunu göstermektedir.
- ? **Yargıcın tutuklama kararı vermeye yetkili yargıç olması.** Yetkili yargıç, yargılamanın değişik aşamalarında farklılık gösterir. Soruşturma aşamasında yetkili yargıç, sulh ceza mahkemesi yargıcı; kovuşturma aşamasında ise, yetkili mahkemedir. Eğer kovuşturma aşamasında mahkeme, kişinin tutuklanması amacıyla bir yakalama müzekkeresi düzenliyorsa, kişi sevkle geliyor ve mahkeme, tutuklama yargılaması yapıyor.

Tutuklama kararı, eskiden gıyabi tutuklama mümkün olduğu için, mahkeme tarafından düzenlenen tutanak savcılığa gönderiliyor ve işlemler savcılık aracılığıyla yapıyordu. Kişi, doğrudan tutukevine gönderiliyordu. Yeni sistemde, yakalama emrinin verilmesinden sonra, kişi hakim önüne çıkar ve ancak hakim vereceği kararla tutuklanarak tutukevine yollanır.

Tutuklama işleminin niçin yapıldığı, gerekçesi, somut olguların var olup-olmadığı kişinin yüzüne karşı mutlaka bildirilmelidir. Ayrıca, kişinin tutukevine gönderilmesinden sonra en geç 24 saat içinde tutuklama hükmünün özü yazılı olarak kendisine bildirilir.

Tutuklama Kararı Veren Yargıcın Görevleri

- ? **Sanığın yakınlarına haber verme.** Kişi tutuklandığında, 107. madde çerçevesinde bir yakınına veya kendisinin belirlediği bir kimseye hakim kararıyla bildirim yapılır. Bildirimi kişinin kendisi yapamaz, bu, soruşturma ve kovuşturmanın sağlıklı işleyebilmesi açısından önemlidir. Ancak, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, bildirim tutuklunun yapmasına da izin verilebilir (m. 107/2). Bu, aynı zamanda anayasal bir hükümdür.
- ? **Şüpheli veya sanığı sorguya çekmek.** Sorgu, m. 101/3 çerçevesinde, müdafinin de katılımıyla yapılacaktır. Kişiye mutlaka rahat bir savunma hakkı tanınacak, susma hakkının olduğu hatırlatılacaktır.
- ? **Tutuklunun âkıbetini belirleme ödevi.** Kanun, m. 104/2’de şüpheli veya sanığın tutukluluk halinin devamına veya serbest bırakılmasına hakim karar verebileceği düzenlenmiştir. Hakim, tutuklama kararı verirken belirttiği ilk gerekçesiyle bağlıdır. Hakim, bu gerekçedeki sebeplerin giderilip-giderilmediğini m. 108 hükmüne göre kontrol eder. Ceza yargılamasındaki yoğunluktan dolayı duruşmalar arasındaki süre çoğunlukla 30 günden fazladır. Bu nedenle, kovuşturma aşamasında duruşmalar beklenmeyecek, otuzar günlük süreler halinde kontrol devam edecektir. Hakim her seferinde tutukluluğun devamı için gerekçe gösterecek, ilk gerekçedeki sebeplerin halen mevcut olup-olmadığını inceleyecektir. Mesela, şüpheli / sanık hakkındaki tüm delillere ulaşılmış, tanıklar dinlenmiş vs. ise, artık delillerin karartılması tehlikesi de bulunmayacağından, tutukluluğun devamında bir menfaat yoktur.

Tutukluluk Süreleri

Tutukluluk süreleri, m. 102’de düzenlenmiştir. F.1’e göre, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen suçlarda tutukluluk süresi, en çok bir yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde altı ay uzatılabilir. Bu süreler, 6.12.2006 tarih ve 5560 s. Kanunla yapılan değişiklikten önce daha kısaydı. F.2 hükmüne göre, ağır cezalı suçlarda tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Uzatma süresi ise üç yılı geçemez. Birden fazla defa uzatma yapılabilecek, ancak bu süre toplamda üç yılı geçemeyecektir. Yani madde hükmüne göre toplam beş yıla kadar tutukluluk mümkündür. Bu, oldukça uzun bir süredir. TCK’daki birçok suç için öngörülen ceza, bu süreden daha kısadır. Ayrıca böyle bir süre, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun sistematüğine, tutuklamanın bir tedbir

olma ruhuna aykırıdır. Kaldı ki, hiçbir uzatma süresi, asıl süreden daha fazla değildir. Yani, CMK'da tutuklamanın ucu açıktır. Kişi, yargılama bitinceye kadar tutuklu kalabilecektir.

Son olarak, CMK'nın yürürlük kanunu m. 12'ye göre, CMK m. 102 hükmü 1 Nisan 2008'de yürürlüğe girecektir. Bu tarihe kadar ise CMUK m. 110 uygulanacaktır. CMUK m. 110 hükmü, tutukluluk sürelerinde ağır cezalı olup-olmadığı yönünde bir ayırım yapmamakta; süreleri, soruşturma ve kovuşturma aşamasına göre ayırmaktadır. CMUK'un "tutuklulukta geçecek süre" başlığını taşıyan 110. maddesi şöyledir:

"Hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi azami altı aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre hazırlık soruşturmasında tutuklulukta geçen süre dahil iki yılı geçemez.

Soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle yukarıda belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılmamış veya hüküm tesis edilememiş ise, soruşturma konusu fiilin kanunda belirtilen cezasının alt sınırı yedi seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır.(...)"

Tutuklamanın Geri Alınması

Tutuklamanın geri alınması ile tutuklamaya itiraz farklı kavramlardır. Tutuklamanın geri alınması, usûlüne uygun olarak verilen bir tutuklama kararının gerekçe belirtilen hususların geçerliliğini yitirmesi durumunda, kaldırılmasıdır. Bu, 108. maddede yer alan tutukluluğun değerlendirilmesi konusunun dışındadır. Zira, tutuklamanın geri alınması soruşturma ve kovuşturma aşamasında dile getirilebilir. Tutuklamaya itiraz ise, verilmiş bir tutuklama kararının hukuka uygun olmadığı, yerindeliğinin tartışılabilirliği, orantılı olmadığı gibi sebeplerle derhal kaldırılması için yapılan bir istemdir.

Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında tutukluluğunun kaldırılmasını talep edebilir (m. 104/1). Mahkeme veya hakim, tutukluluğun devamına ya da kaldırılmasına karar verir. Red kararlarına itiraz edilebilir (m. 104/2).

SORU : CMK m. 103/2 hükmü ile, m. 104/2 hükmü arasında bir çelişki var mıdır?

M. 103/2'de, soruşturma evresinde, savcının serbest bırakabileceği hususu düzenlenmiştir. M. 104/2'de ise, şüpheli veya sanığın talebi vardır. Burada hem soruşturma, hem kovuşturma aşamasında bu talep yapılabilir. Maddeler arasında bir çelişki yoktur fakat m. 103/2 hükmü hukuka aykırıdır. zira, bir tedbir hangi makam tarafından verilirse, onu kaldırmaya da aynı makam yetkilidir. Tutuklama kararını münhasıran hakim verebildiği için, yine yalnızca hakimın kaldırması gereklidir. Takipsizlik hali ise, bir istisna oluşturur (m. 103/2 c.2). Hatırlanacağı üzere, tutuklama kararı, "kuvvetli suç şüphesi" üzerine başvurulabilen bir tedbirdir. M. 103/2 hükmü, böyle bir şüpheyle yakalanan kimsenin, savcının kararıyla serbest bırakılabileceğini düzenlemektedir. Oysa, takipsizlik kararı vermiş olan savcı, önceden "kuvvetli suç şüphesi" ile şüphelinin tutuklanmasını talep etmekteydi. Bu nedenle söz konusu hüküm, kanunu uygun fakat hukuka aykırıdır. nitekim uygulamada savcılar kanunun kendilerine tanıdığı bu yetkiyi kullanmamaktadırlar.

105. madde hükmü, geri almanın usûlünü düzenlemektedir. Bu, m. 108'deki durumdan ayrı, bağımsız bir mekanizmadır. Tutuklamaya itiraz ise, m. 101/5 hükmünde belirtilmiştir. Tutuklamaya itiraz, tutuklamanın hukuka aykırı olduğunun bildirilmesidir. "Mahkeme kararı", kovuşturma aşamasında verilen kararlardır. Soruşturma aşamasında verilen kararlar ise, "hakimlik kararı"dır ve bunlara karşı itiraz mümkündür. Mahkeme kararlarına ise kural olarak itiraz edilemez, bunlara karşı ancak esas hükümle birlikte temyiz yoluna gidilebilir. Ama tutukluluk ağır sonuçlar doğuran bir koruma tedbiri olduğundan, kovuşturma aşamasında verilen tutuklama kararlarına da itiraz mümkündür.

Tutuklunun salıverilmesinden sonra bir takım yükümlülükleri vardır. Buna göre, salıverilen tutuklu, açık adresini ve telefon numaralarını bildirmek zorundadır. Kişi, eğer adres değişikliği yapmışsa bunu da bildirmelidir. Aksi halde, önceki adresine yapılan tebligatlar geçerli kabul edilecektir.

CMK m. 246 ve m. 248'de tutuklamaya ilişkin istisnai bir takım hükümler vardır. Bunlar kaçaklık ve gaiplikle ilgilidir. Burada, gaiplerin ve kaçakların, mahkemeye getirilebilmeleri adına özel bir teminat şekli getirilmiştir. Buna göre, gaip veya kaçağı, duruşmaya geldiği takdirde tutuklanmayacağına ilişkin bir güvence verilebilir. Bu, Anglo-Amerikan sisteminden hukukumuza girmiş ve CMUK döneminde bulunmayan bir yeniliktir. Böyle bir teminat verileceği zaman, gaip veya kaçağın yakınlarına bu durum bildirilir. Bu kişilere verilecek teminat, duruşmaya geldikleri takdirde tutuklanmayacakları, duruşma bitene dek tutuksuz yargılanacaklarına

ilişkin bir güvencedir.

Tutuklu, serbest hareket etme imkânı kısıtlanarak tutukevine konur. Tutukevleri cezaevlerinden bağımsız, yalnızca tutukluların bulunduğu bir yerdir. Ancak yeterli tutukevi bulunmadığından, tutuklanan kişiler, cezaevlerinde tutuklular için ayrılmış, hükümlülerden ayrı yerlere de konabilirler. Tutuklular, henüz mahkûmiyet almadıklarından, hükümlülerden daha fazla haklara sahiptirler. Mesela, tutuklu olan bir öğrenci, okuldaki sınavlarına girebilir. Tutukluların sahip oldukları hak ve yükümlülükler CGTİK m. 114 ve m. 115'te düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre mesela, tutuklular mahkûmlardan farklı odalara konurlar; iştirak halinde işlenen suçlarda tutukluların her biri ayrı odalara konur (İnfaz K.).

SORU : CMK m. 91/5, m. 98/1 c.2 ve m. 101/4 hükümlerini değerlendiriniz.

İtiraz mercii, mahkeme; itiraz makamı ise, Cumhuriyet savcısıdır. Kişi tutuklanmayıp salıverilince, savcının itiraz hakkı vardır. M. 98/1 c.2'de, savcının bu itirazı üzerine, mercinin de yakalama kararı verebileceği hususu düzenlenmiştir. Oysa, m. 91/5'te, yakalamaya konu olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe, aynı konuda yeniden yakalama yapılamayacağı düzenlenmektedir. Hukuka aykırı gibi görünen bu duruma, "yeniden yakalamanın istisnası" denmektedir. Mercii, , salıverilen kişiyi, itiraz sonuçlandırılana kadar yeniden yakalayabilmektedir.

Adli Kontrol

Adli kontrol, Anglo-Amerikan orijinli olan ve CMK ile sistemimize giren bir koruma tedbiridir. Buna göre adli kontrol, tutuklama sebebinin varlığı halinde, üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçların soruşturma ve kovuşturmasında bir takım hak kısıtlayıcı tedbirler öngörmek suretiyle şüpheli veya sanığın el altında bulundurulmasına yönelik bir koruma tedbiridir.

Bu tedbir, tutuklamaya nazaran çok daha hafif bir koruma tedbiri olması sebebiyle, süreye tâbi tutulmamıştır. Adli kontrol çerçevesinde hakim, kanunda belirtilmiş bir takım yükümlülükleri şüpheli veya sanığa yükleyecek ve bunları yerine getirdiği takdirde tutuklama kararı vermeyecektir. Eğer şüpheli veya sanık, yükümlülükleri riayet etmezse, hakim, derhal tutuklama kararı verecektir.

Adli kontrole karar verme yetkisi de tıpkı tutuklamada olduğu gibi, münhasıran hakime aittir. Gecikmesinde sakınca bulunan haller söz konusu olsa dahi, savcının ve kolluk amirinin böyle bir

yetkisi yoktur. En çok uygulanan tedbir, yurtdışına çıkma yasağı ve belirli bir nakdi teminat yatırılmasıdır. Bununla beraber, hakim, kanundaki tedbirlerin sayısını ve dozunu arttırabilir veya azaltabilir. Bu, kişinin adli kontrol altında gösterdiği davranışları ile ilgilidir. Adli kontrolün getirilmesinin en temel sebebi, tutuklamanın bazı suçlar açısından çok ağır bir tedbir niteliğinde olmasıdır.

Adli kontrol olarak nelere hükmedilebileceği, kanunun m. 109/3 hükmünde bentler halinde sayılmıştır. Mesela, (b) bendinde kişinin, hakim belirleyeceği bir kuruma her gün giderek imza atmasına karar verilebilir.

Kişinin bu tedbirlere uyması zorunludur. Bunlara uyulmadığı takdirde hakim, adli kontrol kararını kaldırarak tutuklama kararı verebilir. Adli kontrol olarak, nakdi güvence de öngörülmektedir. Bu amaçla, mağdur veya suçtan zarar gören için bir miktar para da devlet kasasına yatırılabilir. Bu para, kişinin maddi durumuna göre belirlenmelidir. Zira, bir çoban ile bir iş adamı için 10.000 YTL aynı değerde değildir. Kişi yükümlülüklerine uyar ve yargılama sonunda beraat ederse, para kendisine iade edilir. Eğer yükümlülüklerine uymazsa, para devlet hazinesine irat kaydedilir. Kişi mahkûmiyet alırsa, paranın mağdura ilişkin kısmı mağdura verilir. Önceki sistemimizde kefaletle salıverilme müessesesi vardı. Bu, güvence ile karıştırılmamalıdır. Artık kefaletle salıverilme kaldırılmıştır. Kefaletle salıverilme, tutuklu olan kimseler için söz konusuydu. Şimdi ise, güvencede kişi zaten serbesttir. Tutuklu bulunan kişilerin kefaletle salınması gibi bir durum CMK sisteminde mümkün değildir.

Tutuklamada, tutuklu kalınan süreler, daha sonra mahkûmiyet alınması halinde, cezadan mahsup edilirken; adli kontrol altında geçirilen süreler cezadan mahsup edilemez (f. 6). M. 109/4 hükmüne göre, yurtdışına çıkma yasağı ve nakdi teminata ilişkin adli kontrol kararı verilmesi halinde, üst sınırı üç yıl ve daha az cezayı gerektiren bir suç olma şartı aranmaz. Örneğin, üst sınırı 4 yıl olan bir suçun yargılanmasında hakim kural olarak adli kontrole hükmedemezken, m. 109/4 gereği, yurtdışına çıkış yasağı koyabilir veya nakdi teminat yatırılmasına karar verebilir.

Aralık 2006'da eklenen f.7'ye göre, yargılanırken tutukluluk süresi sona erdiği için salıverilen kimseler hakkında da f.1'deki süre aranmaksızın, adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir. Mesela, 6 yıla yargılanan bir kimse, 1,5 yıl sonra salıveriliyor. Bu durumda, m. 109/3'teki tedbirlerden bir veya birkaçı uygulanarak kişi el altında tutulabilecektir. Burada üç yıllık üst sınıra bakılmayacaktır.

Arama

Arama, önemli bir koruma tedbiridir. Arama, ceza yargılamasının amacına ulaşabilmek için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerinin ve müsadereye tâbi nesnelerin elde edilmesi amacıyla konutta, işyerinde, başka kapalı yerlerde ve kişilerin üzerlerinde yapılan araştırma faaliyeti. Arama, bu amaçlara hizmet eden ve gizli olanın bulunmasını sağlayan bir işlem, bir araçtır. Araç olma özelliği aramada, diğer koruma tedbirlerine oranla daha fazla fazladır. Çünkü, arama yapılmak suretiyle yakalama ve elkoyma yapılabilmektedir. Anayasa, m. 20 ve m. 21’de özel hayatın dokunulmazlığından bahsetmiş ve devamında, bunun kanunla sınırlanabileceğini ve kanundaki mercilerin kararıyla kaldırılabilirliğini düzenlemiştir. Bu çerçevede, CMK, şüpheli veya sanığa ait yerlerde arama ve suçla ilgisi olmayan diğer yerlerde arama şeklinde bir sınıflandırma yapmıştır. Bu konuda değişik tasnifler mevcuttur, ancak kanunun tasnifi bu şekildedir.

Kanun, 116. maddesinde, arama için “makul şüphe” aramaktadır. Makul şüphe, Arama Yönetmeliği m. 6’da tanımlanmıştır. Ancak bu tanım oldukça soyut ve sübjektiftir. Maddeye göre, ihbar veya şikâyet olmalı ve bunu destekleyen “emareler”in bulunması gerekmektedir. İlerleyen fıkralarda ise “somut olgu” kavramı karşımıza çıkıyor ki, somut olgu aslında “kuvvetli şüphe”dir.

Arama aslında iki çeşittir: Adli arama ve PVSK’da düzenlenen önleme araması. Ancak bizi ilgilendiren, adli aramadır. Adli aramalar, delil elde etmeye, müsadereye yöneliktir. Koruma tedbiri olan arama budur. Önleme araması ise, kolluğun başvurduğu ve şartları CMK’ya göre daha hafif olan bir arama türüdür. Ceza yargılaması çerçevesinde arama, adli aramadır.

M. 119’a göre arama, hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, savcıya ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri üzerine yapılır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.7/son cümlede, sadece arama kararı vermek üzere 24 saat süreyle nöbetçi savcı görevlendirileceği hükmü düzenlenmektedir. Bu, aslında kanunda olması gereken bir hükümdür. Kanun ise, ‘savcıya ulaşamadığı haller’den bahsetmektedir.

Üçüncü kişiler hakkında da arama yapılabilir. Kanun, aramada, suç şüphesi altında olmayan kişiler için daha sıkı şartlar aramıştır. Zira burada kişi suç şüphesi altında değilken, özel hayatın gizliliğine dokunulmaktadır. Bu nedenle aramada ‘makul şüphe’ aranmışken, diğer kişilerin aramalarında ‘kuvvetli şüphe’nin varlığı şarttır (m. 117). 2. fıkra ise kuvvetli şüpheden bahsetme-

mektedir. Ancak “... kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır” demektir. ‘Olay’dan kasıt ise, olgudur, vakadır. Yani, kuvvetli şüphedir. Örneğin, bir kimse hakkında soruşturma yürütülmekte ancak delil bulunamamaktadır. Bu kişinin sürekli olarak bir arkadaşının evine gittiği, sık sık orada kaldığı tespit ediliyor. İşte burada, sürekli gittiği evde kuvvetli şüphe olduğu düşünülebilir. Kanun koyucu üçüncü kişiler için yapılacak aramaların şartlarını isabetli olarak zorlaştırmıştır.

Gerek suç şüphesi altında olan ve gerek olmayan kişilerle ilgili m. 118/1 genel bir kaide ortaya koymuştur. Buna göre, gece vakti arama yapılamaz. TCK’nın 6. maddesine göre gece, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve güneşin doğmasından bir saat önce sona eren zamandır. Kural, bu zaman diliminde arama yapılamamasıdır. Ama ortada çok kuvvetli suç şüphesi varsa, kaçan kişi kovalanırken gece vakti başlamışsa gece de arama yapılabilecektir. Bu, maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan istisnai haldir. Bunun için, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmalı veyahut yakalanmış veya gözaltına alınmışken kaçan kişi veya tutuklu ya da hükümlünün tekrar yakalanması amacı olması gerekir.

Ortak bir hüküm olan, m. 118/4’e bakıldığında, bir kuralın varlığı anlaşılmaktadır: Aramalarda Cumhuriyet savcısının hazır bulunması. Ancak uygulamada büyük bir takım çete operasyonu gibi durumlar dışında savcıların aramalara katılmadığı görülmektedir. Madde hükmüne göre, savcının bulunmadığı hallerde o yer ihtiyar heyetinden ya da komşulardan iki kişinin bulundurulması, kanun koyucu tarafından gerekli görülmüştür. Bunun sebebi, bu kişilerin tamamen gözlemci sıfatına sahip olmaları, kolluğun hukuka aykırı şekilde arama yapmalarına engel olacakları düşüncesidir. Cumhuriyet savcısının bulunmadığı hallerde, bu iki kişinin varlığı aynı hizmeti görecektir. Hukuka aykırı ya da orantısız arama yapılmışsa, bu kişiler, olaya tanıklık edeceklerdir. Zira, bu kişilerin, arama sonunda tutulacak tutanağı imzalamaları gerekecektir.

M. 120 hükmünde, aramada hazır bulunabilecekler belirtilmiştir. Fıkra 3, sonradan eklenmiştir. Buna göre, aramada avukatın hazır bulunmasına engel olunamaz. Burada, avukatın makul bir süre bekleneneğine dair bir açıklama yoktur. Kişi, derhal avukatına ulaşamayabilir. Vekili olmayan kimse ise, arama işlemlerinde kendisine barodan bir vekil talebinde bulunamaz. Aramada vekil hazır değilse, avukat, makul bir süre beklenmelidir. Bu bekleme sırasında ise kolluk, gerekli tedbirler alır. Kişi gözlem altına alınarak delilleri ortadan kaldırması,

telefon ederek birilerine ulaşması engellenir. Bu her iki tarafça kötüye kullanılabilir. Bu nedenle yorum yoluyla, makul bir süre beklenmesi gerektiği söylenebilir. Avukat bulunmazsa, elde edilen deliller hukuka aykırı değildir. Ama avukatın bulunmasına engel olunursa, delil yasakları kavramı ortaya çıkar, hukuka aykırılık söz konusu olur (m.217/2).

Her arama işleminin sonunda bir tutanak düzenlenir. Bu tutanakta, arama kararının çerçevesi, bu arama kararı çerçevesinde nelerin bulunduğu ve bulunmadığı, usûli işlemlere uyulup-uyulmadığı hususları belirtilir. Usûli işlemlere uyulmamışsa, kişi veya ilgili tanıkların tutanağa çekince koyma hakkı vardır. Çekince yoksa, imza atılmışsa, artık arama yeri sahibinin itirazının bir hükmü yoktur. İtiraz makamı, tutanağa göre hüküm verecektir. Bu nedenle tutanak çok önemlidir.

M. 122, belge ve kâğıtları inceleme yetkisinin Cumhuriyet savcısı veya hakime ait olduğunu düzenlemektedir. Savcının katılmadığı bir arama da kolluk, hangi evraklara el koyacağını inceleme yapmadan nasıl tespit edecektir? Bu nedenle kolluk, sınırlı da olsa, evrakı inceleyebilmelidir.

Üst Araması

Üst araması, kişinin beden bütünlüğüyle doğrudan ilgili olduğu için, kapalı olmayan yerlerin aranmasına ilişkin hükümlere tâbidir. Yani, üst aramasında da kuvvetli şüphe aranır. Kanun, üst araması için sıkı şartlar getirmiştir. Üst araması, sıvazlama şeklinde yapılır. Kişinin, belli oranda kıyafetlerinden arındırılması gerekebilir. Yönetmelikte bu konudaki bir hükme göre, aramayı, aranacak kişinin cinsiyetinden olan memur yerine getirir.

Önleme Araması

Önleme araması, CMK'daki koruma tedbiri olan aramadan tamamen farklı ve polisiye bir tedbirdir. Önleme araması PVSK hükümlerinden, özellikle m. 7'den kaynaklanır. Yönetmelikte de bu konuda hükümler vardır. Kolluk görevlileri, yönetmelikte belirtilen yerlerde önleme aramaları yapabilir. Önleme aramasında amaç, delili elde etme değil; suç eşyasına el koymak vb. suretiyle, suç işlenmesinin önlenmesidir. Önleme araması için, bir koruma tedbiri olan aramaya nazaran daha az şekli şart aranır. Örneğin, önleme aramalarında en büyük mülki amir de izin verebilir. Sıkça duyduğumuz 'huzur operasyonu' türü uygulamalar, aslında önleme aramalarıdır. Önleme aramalarında kuvvetli şüphe de aranmaz, makul şüphe üzerine önleme araması yapılabilir. Bu çerçevede kolluk, arabaları durdurarak içini arayabilir. Kimlik

sormak, bu anlamda bir önleme aramasıdır. Garlarda, havaalanı, stadyum gibi halkın toplu olarak bulunduğu yerlerde önleme araması yapılabilir. Bu arama sadece sıvazlama şekliyle yapılır. Kişi, kıyafetlerinden arındırılmaz. Önleme aramasında, dış beden muayenesine varacak derecede arama yapılamaz.

Özel Güvenlik Görevlilerinin Yapabileceği Arama

Özel güvenlik görevlilerinin de bazı şartlar dahilinde arama yetkileri vardır. Bunların yetkileri, Özel Güvenlik Teşkilatı Kanunu'nda tanınanlarla sınırlıdır. Özel güvenlik görevlileri, sıvazlama da yapamaz. Kişilerin alışveriş merkezlerindeki X-Ray cihazlarından geçirilmesi, özel güvenlik görevlilerinin yapabileceği aramadır. Cihazın alarm vermesi durumunda görevli, sadece elindeki metal dedektörü kullanabilir, yoksa kişinin üzerini arayamaz. Bu, hukuka aykırılık oluşturur. Yine, bu görevlilerin, kadınların çantalarını açtırmaları da hukuka aykırıdır. Ancak çanta, cihazdan geçerken uyarı verirse çantayı açtırarak uzaktan bakabilir veya kişiden çantayı boşaltmasını isteyebilir. Görevli, çantaya kendisi el atamaz. Bunun istisnası, özel güvenlik görevlisinin yanında, resmi kolluk görevlisinin bulunduğu durumlardır. Bu hallerde, toplu taşıma araçlarında, alışveriş merkezi girişlerinde, stadyum girişlerinde üst araması da yapılabilir. Elbette bunun için, resmi kolluk görevlisinin gerekli izne sahip olması da gerekir.

Elkoyma

Eşya üzerinde, zilyedinin yönetme yetkisinin tasarruf yetkilerinin rızası haricinde kaldırılmasıdır. Bu çerçevede, eski kaynaklarda zabıt, zapt gibi terimler de elkoyma koruma tedbirini belirtmek için söylenen terimlerdir. Elkoyma, sadece ceza yargılamasına özgü olan bir tedbir değildir. Değişik şartlar altında, hukuk yargılamasında da karşımıza çıkabilmektedir. Mesela, ihtiyati tedbir gibi. Elkoyma ile, birtakım suç delillerine el atılarak maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılır.

Kanun koyucu, elkoyma tedbiri ile birlikte bir kavram daha öngörmüştür: Muhafaza altına alma. Muhafaza altına alma, kabaca, el atılması istenen eşyanın, zilyedinin rızasıyla teslim edilmesidir.

Elkoymanın Konusu

CMK, elkoymanın uygulanabileceği iki grup vardır: Eşyalar ile hak ve alacaklar. Eşyalar üzerinde elkoyma ikiye ayrılabilir:

- ? Soruşturma ve ispat açısından faydalı görülen eşya

? Müsadereye tâbi eşya

Soruşturma ve ispat açısından faydalı görülen eşya, suçta kullanılan herhangi bir eşya olabilir. Örneğin, hürriyeti tahdit suçunda mağdurun kaçırıldığı otomobil, suçta kullanılan araçtır, eşyadır. Bu araca el konulması mümkündür.

Müşadere ise, TCK'da iki başlık altında toplanır: Suçta kullanılan veya suçun işlenmesiyle meydana gelen eşya ve bulundurulması, taşınması, kullanılması, alınıp-satılması yasak olan eşya. Bu kapsam altında değerlendirilebilen eşyalar müşadere tâbi olabilir. Elkoyma, müşadere içinde bir kavramdır. Müsadere, müşadere edilen eşya, devlet uhdesine geçer. Oysa elkoyma, bir tedbirdir. Soruşturma veya kovuşturma, elkonulan eşyanın zilyedinin lehinde sonuçlandığında, eşya iade edilir. Bunu için soruşturma ya da kovuşturmanın tamamlanması da gerekmez. Hakim, lüzum görürse, eşyayı zilyedine iade eder. Buna karşılık müşadere edilen eşya, geri verilmez. Mesela, uyuşturucu, bulunması, satılması yasak olan eşya kapsamında olduğu için müşadere edilir.

TCK, müşadereye tâbi eşyaları, m. 54 ve m. 55'te hükme bağlamıştır. M. 54 eşya müsadereyesini, m. 55 ise kazanç müşaderesini düzenler. Kazanç müşaderesi, müşadereye tâbi eşyaların bu eşyayla işlenen suçlardan sonra müşadere edilmesidir. Mesela, uyuşturucunun satılmasıyla bir gelir elde edilmiştir. Burada elde edilen gelir, müşadereye tâbi eşyanın ticaretinden sağlandığından, hukuka aykırıdır. Bu gelir, kazanç müşaderesine tâbi olacaktır. Ancak bunun için, gelirin, suçun mağduruna iade edilemiyor olması gerekir. Örneğin, uyuşturucu imalatı yapılan bir yerde hırsızlık oluyor ve uyuşturucu mallar çalınıyor ve satılarak gelir elde ediliyor. Soruşturma ve kovuşturma makamları faili yakaladılar. Uyuşturucu malları çalınan kişi, burada iade isteyemez. Çünkü, o da bir başka suçun failidir.

Ruhsatsız taşınan silah da müşadereye tâbi olacaktır. Müsadere edilen mallar, yargılama sonunda ilgilisi beraat etse bile, iade edilmezler.

Elkoyma, aramayla ikiz, aramanın doğal sonucu olan bir koruma tedbiri olduğundan, aramaya yetkili olan makam ve mercii, elkoymaya da yetkili olmalıdır. Bu nedenle elkoymaya da hakim; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı ve savcıya ulaşamayan hallerde de kolluk amiri karar verebilir (m. 127). Anayasa, bu konuda CMK'ya göre daha ayrıntılı bir düzenlemeye sahiptir. Buna göre, eğer savcı veya kolluk amirinin emriyle elkoyma yapılıyorsa, bunun 24 saat içinde hakime sunulması gerekir. Hakim 48 saat içinde karar verir. Buna uyulmazsa, el konulan eşya iade edilir.

Elkoyma önleminin uygulanması, menkul eşyanın teslimiyle; gayrimenkul eşyanın tapu siciline şerhiyle olur.

M. 123'e göre, muhafaza altına almada rızaen teslim şarttır. 2. fıkra ise, rıza bulunmaması halinde elkonulabileceği hususu düzenlenmektedir. 124. maddede, kişinin teslim etme yükümlülüğünden bahsetmekte, 2. fıkrasında da teslimden kaçınma halinde CMK m. 60 gereği disiplin hapsiyle tazyik edilebileceği hususu düzenlenmektedir. Burada hakimın takdir yetkisi vardır, dilerse m. 60'ı uygulamayabilecektir. Uygulamada zaten bu hükmün uygulanmasına çok da riayet edilmemektedir. Fıkra 2'nin devamında, bu hükmün şüpheli ve sanık ile, tanıklıktan çekinebilecekler hakkında uygulanmayacağı belirtilmektedir. Maddede sayılanlardan sonra geriye kalan, suç şüphesi altında olmayan kişilerdir. Bu, çok da isabetli değildir.

Elkonulması Yasak Olan Eşya

Kanun koyucu, suçun ispatına ilişkin her eşyaya elkoyma işleminin yapılabilmesini kabul etmiştir. Bazı kişilere ya da devlete ait bazı eşyalara el konamayacaktır. Bunlar, şöyle sıralanabilir:

- ? M. 126'daki düzenlemeye göre, şüpheli veya sanıkla, tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, o kişinin nezdinde bulunduğu müddetçe el konulamaz. Nezdinde bulunma, geniş bir kavramdır. Anılan kimsenin hakimiyet alanından bahsedilmektedir. Araç, ev, işyeri, posta kutusu kişinin doğrudan hakimiyet alanında olduğundan, buralardaki belgelere el konulamayacaktır. Bu, yerindedir. Özel elkoyma hallerinde ise, posta da elkoyma mümkündür.
- ? Devlet sırrı niteliğindeki belgelere de elkoyma işlemi yapılamayacaktır. 3. fıkraya göre, bu madde hükmü, alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlar için uygulanacaktır.
- ? Basın araçlarına da elkonamayacaktır. Anayasa m. 30'da bu konuda açık hüküm mevcuttur. Buna göre, basın ve eklentilerine el konamaz. Mayıs 2005'teki anayasa değişikliğinden önce, bazı suçlardan mahkûm olmama şartına bağlı olarak basın araçlarına elkoyma işleminin yapılamayacağını düzenlemekteydi. Mahkûm olmama şartı 2005'te kaldırılmıştır. Uygulamada mahkemeler, rejime ilişkin bazı suçlardan mahkûmiyet halinde, müşadere kararı vermektedir. Bu yerindedir, ancak anayasa bu şartı aramamaktadır.

Özel Elkoyma Türleri

Özel elkoyma türleri, genel elkoymadan birtakım farklılıklar göstermektedir. Karar verecek organlar açısından, ya da elkoyma için aranacak şüphenin dozu açısından bazı farklılıklar mevcut olduğundan, bunlara özel elkoyma türleri denilmektedir.

Postada Elkoyma : Kişilerin evlerinde, işyerlerinde veya üstlerinde bulunamayacağı düşünülen ya da orada yapılan aramalarda bulunamayan, henüz postadayken bulunacağı umulan deliller için, postada elkoyma yapılabilir (m. 129). Yazışmalarda, birtakım ispat vasıtalarına ulaşılabilecek düşünülen durumlarda hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla postada elkoyma kararı verilebilir.

Postada elkoyma kararını yerine getiren kolluk, postadan ya da özel kargodan aldığı paketleri açamaz. Bunları hakim veya savcıya götürür ve gerekli incelemeyi bunlar yapar. CMUK'ta inceleme yetkisi münhasıran hakime aittir. Ancak savcının da inceleme yapmasında bir sakınca yoktur. Zira savcı, şüpheli veya sanığın lehine de delil toplayabilmektedir.

Kanun, gönderi ve ileti terimlerini ise tanımamıştır. Genel gerekçede bunlar ile kastedilenin telgraf, mektup, koli, zarf gibi nesneler olduğu söylenmektedir. Bu çerçevede, e-postaların da denetlenmesi mümkündür. Ancak bizdeki yasal düzenlemeler buna çok müsaade etmemektedir. ABD'de e-postaların denetlenmesi durumunda, verilen bir tedbir kararı üzerine serverlar gerekli yönlendirmeyi yaparak, tedbir konulan hesaba gelen e-postaları yetkili mercilerin bilgisayarlarına gönderilmesini sağlamaktadır.

Avukat Bürolarında Elkoyma ve Postada Elkoyma

: CMK m. 130'da düzenlenmiştir. Elkoyma, aramanın doğal bir sonucudur. M. 130 hükmüyle, avukat bürolarında arama ve elkoyma da CMK sistemine girmiş ve avukatın yaptığı işin öneminden dolayı daha sıkı şartlara tâbi kılınmıştır. Avukat bürolarında bu tedbirler yalnızca hakim kararı üzerine ve Cumhuriyet savcısının gözetiminde yapılır. Kanun hükmüne göre, baro başkanı ya da avukatı temsilen bir başka avukat da bu sırada hazır bulundurulur. Bu, semboliktir. Zira, bürosunda arama ve elkoyma yapılacak avukat, zaten gerekli prosedürü biliyor olacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, avukatın bazı durumlarda karşı koyabileceğinden bahsetmektedir. Karşı koyma müessesesinin ne olduğu ise belli değildir. Bunun bir çeşit itiraz olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu, teknik olarak bir itiraz da

değildir. Özel hukuktaki def'iler gibi, itiraz benzeri bir durumdur.

M. 130 hükmündeki bir çelişki de, kişinin avukatıyla olan iletişimi ve yazışmalarının denetlene-meyeceğini düzenleyen kanunun, bu maddede avukat ile müvekkili arasındaki yazışmaların incelenbilmesine imkân vermektedir.

Kaçakların Mallarına Elkoyma : M. 248'deki katalogta yer alan suç tiplerinden dolayı, kaçak kimsenin mahkemeye getirilmesi amacıyla bu kişilerin mallarına el konabilir. Bununla amaçlanan, delil elde etmekten çok, kaçağı mahkemeye getirmektir.

Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma

: Kanunun 128. maddesindeki katalogta belirtilen suçlarda, kuvvetli şüphenin varlığı halinde, şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara; kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına; banka hesaplarına; diğer kişiler nezdindeki hak ve alacaklara; kıymetli evraka; ortağı olduğu şirketteki payına; kiralık kasa mevcuduna ve diğer malvarlığı değerlerine el konabilir. Bu hüküm, sadece hakim kararıyla geçerlidir. Bankalar Kanunu'na göre de bazı durumlarda ilgilinin tüm malvarlığı ile yakınlarının malvarlığına el konabiliyor. Bu konuda bir tartışma vardır. Bu el koymalarla ilgili olarak CMK'nın mı yoksa Bankalar K. hükümlerinin mi uygulanacağı hususu tartışılıyor. CMK'ya göre el koyma biraz daha sıkı şartlara tâbidir. O. Cin'e göre, yolsuzluklar mücadele açısından, TMSF'nin yaptığı işlemler yerinde ve hukuka uygundur.

Şirket Yönetimi İçin Kayyım Atama : Kanunun 133. maddesinde düzenlenmiştir. Bunun için kuvvetli şüphe aranır. Burada el konulan mal, hak veya alacak değil; yönetimdir.

Bilgisayarlarla İlgili Elkoyma İşlemleri

: M. 134'te düzenlenen bu elkoyma türüne göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada başka suretle delili elde etme olanağının bulunmaması halinde hükmedilebilen bir tedbirdir. Bilgisayarlara elkoyma ve kopyalama işlemleri, kovuşturma aşamasında yapılamayacaktır, maddenin söylediği budur. 'Başka suretle delil elde edilememesi' ibaresi ise, açık değildir. Bu maddenin getiriliş amacı bir tek suç için değildir. Ancak en çok müstehcenlik suçunda (çocuk pornografisi vs.) uygulanmaktadır. Bilgisayaradaki bilgilerin kopyalanması asıldır. Ancak bilgisayar şifreliyse ve şifrenin de o anda çözülmemesiyle bilgilere erişilememesi durumunda bilgisayarlara elkonabilir. Bu işlemler yapılmadan önce tüm bilgilerin bir yedeği çıkartılır ve istemesi halinde bir örneği kişiye verilir. Ancak, kişi

istemese de bir örnek kendisine verilmelidir. Bu, hangi bilgilerin o anda tespit edildiğinin ispatı açısından önemlidir.

Basılmış Eserlere Elkoyma : Bununla ilgili hükümler, Basın Kanunu'nda düzenlenmiştir (Basın K. m. 25). Eserin bütününe elkoyma, tamamını toplatma suretiyle el koymadır. Sınırlı elkoyma ise, sadece üç adedine el konulmasıdır. Toplatma işi daha farklıdır. Her suçtan dolayı toplatma yapılamaz. Toplama yapılabilecek suçlar kanunda sayılmıştır.

Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi

İletişimin dinlenmesi, oldukça önemli ve sonuç veren bir delil elde etme metodudur. Kişiler, telefon görüşmeleri yaparken savunmasızdırlar. Bu tedbir, CMK'ya yeni girmiştir. Kanunun 135 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu tedbirin uygulanabilmesi için, kuvvetli şüphenin varlığı aranır. İddianamenin düzenlenmesi içinse yeterli şüphe aranmaktaydı. Burada da kamu davasının açılabilmesi için gerekenden daha fazla şüphe elde edilecek ki, iletişim dinlenebilsin. Yeterli şüphe, iddianamenin hazırlandığı zaman, kişinin mahkûm olma şansının, beraat etme şansından daha fazla olmasıdır. Kuvvetli şüphe ise, kişinin mahkûm olmasının kuvvetle muhtemel olmasıdır.

Başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması da, bu tedbirin uygulanabilmesi için aranan bir şarttır. Kanun hem somut olgu, kuvvetli şüphe aramakta, hem de başka suretle delil elde etme imkânının bulunmamasından bahsetmektedir. Yani, hem elde somut olgu, yani delil olacak, hem de başka suretle delil elde etme imkânı bulunmayacaktır. Bu iki şartın bir arada aranmaması, 've' yerine 'veya' denmesi daha uygun olacaktır.

3. fıkrada yer alan 'daha' ibaresi, sürenin sanki iki defa uzatılabileceği gibi bir anlam vermektedir. Oysa, uzatma, bir defa yapılabilecektir. Bunun süresi de asıl süre gibi üç aydır. Suç örgütleriyle ilgili iletişimin dinlenmesi hallerinde ise, birer aylık dönemlerle sınırsız olarak uzatma mümkündür. Bu ise, tedbirin geçici olma niteliğine aykırıdır.

Fıkra 4'teki durum ise, dinlemeden farklıdır. Burada, yaydığı sinyallere göre, telefonun yerinin tespiti yapılmaktadır. Fıkra 6 ise, bir katalog ortaya koymuştur.

M. 136'da, müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon cihazlarıyla ilgili olarak 135. maddenin uygulanmayacağı düzen-

lenmiştir. Burada sayma sınırlı olarak görüldüğünden ve cep telefonundan bahsetmediğine göre, müdafinin cep telefonları dinlenebilecek, sinyallerinden bulunduğu yerin tespiti yapılabilecektir.

M. 137/3 hükmü, tespit ve dinleme kayıtlarının Cumhuriyet savcısının denetimi altında yok edileceği hususunu düzenlemektedir.

M. 138/2 hükmüne göre, iletişimin dinlenmesi esnasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmayan ancak 135'teki katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil derhal muhafaza altına alınarak Cumhuriyet savcılığına bildirilir.

Gizli Soruşturmacı

Günümüzde hızla artan suç ve suçlulukla mücadele açısından, gizli soruşturmacı, kolluğu daha kuvvetli hale getirmektedir. Suçla mücadele gittikçe zorlaşmakta, buna paralel olarak kanun koyucu da birtakım özel düzenlemeler getirmektedir. Bu çerçevede, kolluk güçleri, bir kamu görevlisini suç örgütünün içinde görevlendirebilir. Kamu görevlisi, o suçlar çerçevesinde, içerisine sızdığı örgütten gizli olarak soruşturma yapar. Bu tedbirin son derece gizli olarak uygulanması çok önemlidir.

Kanunda tedbirin nasıl uygulanacağı belirtilmiştir. 139. madde, bunun şartlarını ortaya koymuştur. Buna göre, gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için, kuvvetli suç şüphesinin varlığı ve başka suretle delil elde edilememesi şartları aranır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde hakim ve gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verir. Madde hükmünden anlaşılan, atanacak kişinin kamu görevlisi olma zorunluluğudur. Kamu görevlisi olmayan birisi, gizli soruşturmacı olarak atanamaz.

Kanun, soruşturmacının kimliğinin değiştirilebileceğinden bahsetmektedir. Oysa, kimliğinin değiştirilmesi şart olmalıdır. Hatta, batıdaki bazı hukuk sistemlerinde, gizli soruşturmacı olarak atanan kimselerin, tıpkı tanık koruma programlarında olduğu gibi, yüzlerinin değiştirildiği de görülmektedir. Bu, suçun tipi ve büyüklüğüne göre değişebilmektedir.

Fıkra 3, soruşturmacı görevlendirilmesinin gizliliğinden bahsetmekte ve bu gizliliğin, görevin sona ermesinden sonra da sürdürüleceğini düzenlemektedir. Kanun, örgütün işlediği suçlardan soruşturmacının sorumlu tutulamayacağını da f.5'te hükme bağlamıştır. Bunun düzenlenmesi şart değildir, bu sonuca zaten varılabilir. Aynı fıkra, soruşturmacının suç işleyemeyeceğini de düzenlemektedir.

Batı hukuklarında ise, soruşturmacının iştiraken suç işleyebileceği belirtilmiştir. Bir örgüte girmek, birtakım hukuka aykırı eylemlerde bulunmayı da gerektirir. Oysa ki, bir suç örgütünün içerisine çaycı, şoför vb. olarak giren kimselerin o suçları ortaya çıkarabilecek delilleri toplaması çok mümkün değildir. Bunun için de o suçlara iştiraken hareket etmesine izin verilmesi, delil toplanabilmesi için bunun bir hukuka uygunluk sebebi sayılması daha isabetli olur.

F.6, elde edilen özel bilgilerin, o soruşturma veya kovuşturma dışında kullanılamayacağını hükme bağlamaktadır. Örneğin, örgüt üyesinin şeker hastası olması, özel bilgidir. Elde ettiği bilgiler başka suçlarda da kullanılmalıdır. Alınan riskle elde edilmek istenen menfaat arasındaki orantı bunu gerektirir. Yeni suç tipleriyle ilgili bilgiler ise, tabii olarak kullanılabilir.

Kanun, 7. fıkra da bir katalog ortaya koymuştur. Katalog, hangi suçlar için gizli soruşturmacı görevlendirilebileceğini hükme bağlamaktadır.

Teknik Araçlarla İzleme

Bunun için de kuvvetli şüphe ve başka suretle delil elde etme olanağının bulunmaması şartları aranır. Bu tedbire tâbi tutulan kişinin evi ise izlenemez ve dinlenemez. Ancak mesela, hem ofis hem de ev olarak kullanılan bir dairede ofis kısmı dinlenebilir. Ancak burada da yine, kişinin yatak odası izlenemez ve dinlenemez. 140. madde bir katalog ortaya koymuştur. Bu tedbire hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı karar vererek 24 saat içinde hakim onayına sunar.

F.3, süreyi düzenlemektedir. Buna göre, teknik araçlarla izleme kararı en fazla dört hafta için verilebilir ve gerekirse bir defa uzatılabilir. Örgütlü suçlarda ise, birer haftalık olmak üzere sayısız defa uzatılabilir.

Fıkra 4, gizli soruşturmacıdan farklı olarak, 'deliller'den bahsetmektedir. Buna göre, elde edilen deliller, katalogta yer alan suçlarla ilgili soruşturma veya kovuşturma dışında kullanılamaz ve gerekli görülmediği takdirde savcının huzurunda derhal yok edilir.

Son fıkra ise, teknik araçlarla izleme tedbirinin, kişinin konutunda uygulanamayacağını açık olarak düzenlemektedir.

Koruma Tedbirleriyle İlgili Tazminat Talepleri

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümler, m. 141 vd. düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası, hangi hallerde tazminat istenebileceği bendler halinde düzenlenmiştir. 141. madde, her

tedbirden bahsetmemiştir. Madde metninden anlaşılan, yalnızca tutuklama, arama, yakalama, gözaltına alma, elkoyma gibi tedbirler nedeniyle tazminata hükmedilebileceğidir.

M. 142, tazminatın koşullarından bahsetmiştir. Buna göre, tazminata ilişkin davalar, kişinin oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde görülür. Bununla amaçlanan, zaten hakları zedelenmiş olan kişinin, bir de farklı bir yer mahkemesine başvurmak zorunda bırakılmaması düşüncesidir. Eğer Tanzimat talebi, o kişinin oturduğu yer ağır ceza mahkemesinden kaynaklanmaktaysa, kişi, en yakın ağır ceza mahkemesine başvuracaktır.

M. 143, tazminatın geri alınma usûlünü düzenlemektedir. Fıkra 2, devletin kamu görevlisine "rücu edeceğini" düzenlemekte ve kolluğun tepkisin çekmektedir. Ama bunun için bir şart vardır: Görevin kötüye kullanılması suçunu oluşturabilecek durumlarda rücu edilebilecektir.

KANUN YOLLARI (YASAL ÇARELER)

Ceza yargılamasında ilk derece mahkemeler bir son karar verdikten sonra, hukuk devleti ilkesi gereği, kişilerin bu son kararı tartışabilmeleri gerekir. Tarafların, sübutuna etki edecek delilleri ortaya koyamamaları mümkündür. Gerek sanığın, gerek savcının kendi lehlerine karar çıkmasını istemek haklarıdır. Bu da, kanun yolları ile olur.

Yasal çareler, olağan ve olağanüstü olarak ayrılmak üzere, toplam altı başlık altında toplanabilir. Olağan/olağanüstü kanun yolu, aleyhine başvuru kararın kesin hüküm kuvveti olup-olmadığına göre belirlenir. Henüz kesinleşmemiş hükümler aleyhine kanun yoluna başvuruluyorsa, olağan kanun yolundan bahsedilir. Kesinleşmiş kararlara karşı başvuru kanun yolları ise, olağanüstü kanun yolu olarak adlandırılır. İtiraz, temyiz ve istinaf olağan kanun yolları iken; Yargıtay Başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yollarıdır. Olağan kanun yolları, ikinci derece ve hukuki derece olmak üzere bir tasnife tâbi tutulabilir. İkinci derece kanun yolu denildiği zaman, aleyhinde kanun yoluna başvuru kararın hem maddi, hem hukuki yönden inceleneceği anlaşılır. Maddi yönden inceleme, delillerin incelenmesidir. Yani, ikinci derece kanun yollarında hem dosyadaki deliller ve bununla mevcut sonuca ulaşıp-ulaşılamayacağı, hem de hukuki yönden kanunun doğru uygulanıp-uygulanmadığı incelenir. İncelemeyi yapacak makamın da tek tek delilleri inceleme yetkisi vardır. Oysa hukuki incelemede

bu yapılmaz. Hukuki incelemede sadece yazılı hukuk kurallarına aykırılık bulunup-bulunmadığı hususu incelenir. Delillerin değerlendirilmesine gidilmez. Bu çerçevede itiraz ve istinaf ikinci dereceli, temyiz ise hukuki dereceli bir kanun yoludur.

Kanun yoluna kimler başvurabilir? Kanun yoluna başvurabilecek kişiler, CMK'nın m. 260, 261 ve 262. maddelerinde sayılmıştır. Bunlar, sanık, Cumhuriyet savcısı (sanığın lehine veya aleyhine), şüpheli, müdahil, henüz müdahil sıfatını almamış zarar gören, müdahil istemi hakkında henüz karar verilmemiş kimse, avukat (müdafi veya vekil), yasal temsilci (sanığın ya da müdahilin), şüpheli veya sanığın eşi (eğer suçun mağduru kendisi ise, sanığın lehine olarak kanun yoluna başvuramaz).

Kanun yollarına başvurunun temel olarak iki etkisi vardır:

1. Başvurunun engelleme etkisi
2. Başvurunun devretme etkisi

Bazı yasal yollara başvurulması, aleyhine başvuru-ıan kararın kesinleşmesi ve icrasına engel olur. Bu, engelleme etkisidir. Kanun yoluna başvuru, hükmün icrasını durdurur. Bu çerçevede istinaf, temyiz ve itiraz gibi olağan kanun yollarına başvurulduğunda, başvurunun engelleyici etkisi söz konusu olur. Ancak bu, itirazda istisnadır. Olağan kanun yollarına başvurulması durumunda, mahkûmiyetin infazına başlanamaz. Olağanüstü kanun yollarında, ortada kesinleşmiş kararlar olduğu için, durdurma etkisi yoktur. Zira, infaza başlanmıştır. Eğer, aleyhine kanun yoluna müracaat edilen karar, bu kararı vermiş olan merci tarafından değil de bir başka makam veya merci tarafından karara bağlanacaksa, bu duruma başvurunun devretme etkisi denir. Örneğin, itirazı, itiraza konu olan kararı veren merci değil, itiraz merci inceler. Öte yandan, karar düzeltme ve yargılamanın yenilenmesi gibi kanun yolları açısından devretme etkisi söz konusu değildir.

Kanun yollarında, ortak bir ilke olarak reformatio in peius (aleyhe cezayı arttırma yasağı) zikredilebilir. Bu, ceza yargılamasında önemli bir ilkedir. Buna göre, bir mahkemenin son kararı, sanık tarafından ya da sanığın lehine bir başka kişi tarafından kanun yoluna götürüldüğünde, sanık için daha önce verilmiş olan cezadan daha fazlası verilemez. Bu ilkenin kabul edilmesinin en temel sebebi, kişilerin kanun yoluna başvurmadan çekinmelerini engellemektir. Bu ilke olmadığı takdirde, kişiler, yerel mahkemenin kararlarını içlerine sindirmeseler de, daha fazla ceza alacakları korkusuyla, kararla yetinebileceklerdir. Bununla beraber, suçun vasfı temyizde değişebilir.

Kişi daha ağır bir suçtan hüküm giyebilir. Ancak bu durumda da verilmiş olan ceza arttırılamaz. Mesela, kişi hırsızlıktan dolayı 3 yıl mahkûmiyet almış ve temyizde suçun aslında daha ağır cezayı gerektiren yağma suçu olduğu anlaşılsa da bu kişinin hırsızlıktan dolayı aldığı 3 yıllık ceza arttırılamayacaktır.

İtiraz

Ceza yargılaması faaliyeti sürerken, henüz mahkemenin son kararı ortaya çıkmadan evvel birtakım ara kararlar alınmakta ve son kararların da bu ara kararlar üzerine bina edildiği düşünüldüğünde, bu ara kararların tartışılması gerekliliği ortaya çıkar. Bu nedenle kanun koyucu, ara kararlara karşı itiraz kanun yolunu kabul etmiştir. Kural, mahkeme kararlarına itiraz edilememesi, itirazın ancak hakimlik kararlarına karşı mümkün olmasıdır. Mahkeme kararlarına itiraz edilememesinin en temel sebebi, bu kararlara karşı temyiz yoluna gidilebiliyor olmasıdır. Ayrıca mahkeme tarafından verilen ve ara karar niteliğinden olan bir karar için yine, itiraz yolu değil, temyiz yolu açıktır. Örneğin, taraflardan birinin ileri sürdüğü ve incelenmesini istediği bir delilin hiç incelenmeksizin reddedilmesi durumunda bu, ancak son kararla birlikte temyiz yolunda incelenebilir. Bununla beraber kanunun 267. maddesinde 'kanunda gösterilen hallerde' ibaresi, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilemeyeceği kuralının istisnasının olduğu belirtilmektedir. Bunun en somut örneği, tutuklamaya karşı verilen mahkeme kararına itiraz edilebilmesidir. İtiraz yoluna başvuru hakkına sahip olan kişiler, kanun m. 260, 261 ve 262'de sayılan kanun yoluna başvuru hakkına sahip olanlardır. Buna göre, sanık, Cumhuriyet savcısı, şüpheli, müdahil, henüz müdahil sıfatını almamış zarar gören, müdahil istemi hakkında henüz karar verilmemiş kimse, avukat (müdafi veya vekil), yasal temsilci (sanığın ya da müdahilin), şüpheli veya sanığın eşi de suçun mağduru olmamak kaydıyla sanığın lehine olarak kanun yoluna başvurabilir. Hatta, kanunda açıkça yazılmamakla birlikte, tanık ve bilirkişiler de kendileriyle ilgili olarak verilmiş kararlara karşı itiraz yoluna gidebilir. Örneğin, CMK m. 60'ta düzenlenmiş olan disiplin hapsi verilmesi durumunda, bu kişilerin de itiraz edebilmesi mümkündür.

İtiraz, kural olarak yazılı olarak başvurulması gereken bir kanun yoludur. Yani, itirazın şekli şartı, yazılı olmasıdır. Her ne kadar kanun sözlü beyan ile yapılabileceğini düzenlese de, yapılan bu beyanların tutanağa geçirilmesi ve altının imzalanması sonucunda yine yazılı şekil ortaya çıkmaktadır.

CMUK döneminde iki tür itiraz vardır: Bir süreye bağlı olmayan adi itiraz ve yedi günlük süreye tâbi olan acil itiraz. CMK, böyle bir ayrıma yer vermemiş, tüm itirazları acele itiraz gibi düşünerek süreye bağlamıştır. Bu çerçevede, kanunun 268. maddesine göre itiraz, ilgililerin kararı öğrenmelerinden itibaren 7 gün içinde yapılır. Süre, öğrenme duruşmada olmuş ise, tefhim; yokluğunda karar verilmişse tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bir karara itiraz etmek, kural olarak onun yerine getirilmesini engellemez. İtiraz kanun yolunda kural olarak engelleme etkisi yoktur. Ancak, m. 269/2'de buna bir istisna getirilmiştir. Buna göre, itiraz kararını veren makam ya da itiraz mercii, kararın geri bırakılması kararı verebilir. Böylece, kararın icrası belli süreyle durdurulabilir. Ancak uygulamada çok sık görülen bir durum değildir.

İtiraz yargılaması genel olarak bir üst merci tarafından yerine getirilir. Kanun, m. 268/3 hükmünde itiraz incelemesini yapacak mercileri tek tek saymıştır. Ancak genel kural sulh ceza hakiminin kararlarına karşı, yargı çevresindeki asliye ceza hakimi; asliye ceza hakiminin kararlarına karşı yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesi; bunların kararlarına karşı numara sırasına göre bir sonraki ağır ceza mahkemesi ve bu yoksa en yakın ağır ceza mahkemesinin inceleme yapmasıdır. Fıkranın (a), (b), (c) bentleri genel kuralı saymakta, (d) ve (e) bentleri ise, diğer hallerdeki yetkili mercii düzenlemektedir.

İtirazın incelenmesi, kural olarak duruşmasız yapılır. Kanun koyucu inceleme, istisnaen duruşmalı olarak da yapılabileceğini hükme bağlamıştır. İtiraz mercii, incelemesini her ne kadar duruşmasız yapacak olsa da, tarafların görüşlerini alabilir. Ancak kararını evrak üzerinden kendisi verir.

İtiraz incelemesi, hem maddi hem de hukuki yönlerden yapılabilecektir. Yani, itiraz incelemesi, ikinci derecelidir. Bu çerçevede, itiraz dilekçesi verildiğinde öncelikle itiraza konu olan kararı veren makam, dilekçeyi inceler ve gerek görürse kararını değiştirebilir. İtiraza konu olan kararı veren makam, eğer kararını değiştirmeyecek olursa, dilekçeyi, itirazı incelemeye yetkili olan mahkemeye gönderir. Mercii, dilekçeyi eline aldığı anda iki tür karar verebilir: itirazı ya kabul eder, ya da reddeder. İtirazı kabul etmesi halinde, itiraza konu olan kararı değiştirir. İtiraz makamının verdiği kararlar kural olarak kesindir. Kanun koyucu, bunun tek istisnasını, tutuklama ile ilgili olarak dercetmiştir. M. 271/4 hükmüne göre, merci tarafından ilk defa verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Mesela, kişinin yakalanarak tutuklama istemiyle hakim karşısına çıkarılması ve hakim tutuklama talebini reddet-

mesi halinde, savcı bu karara itiraz ettiğinde, merci tutuklama kararı verirse, bu karara karşı itiraz yoluna gidilebilecektir. Bu, itiraza karşı başka kanun yolu olmamasının istisnasıdır.

ÖNEMLİ ! ! ! : CMK m. 223'te hangi kararların hüküm sayılacağı belirtilmiştir. Mahkemenin verdiği son kararlara karşı temyiz ve istinaf yoluna gidilebildiğinden, bu madde önemlidir. Maddeye göre, hüküm, duruşmanın sonunda verilir. Madde, hangi hallerde düşme, hangi hallerde red kararı verileceğini de düzenlemiştir.

İstinaf

Olağan ve ikinci derece bir kanun yoludur. Yerel mahkemenin verdiği karar hem delilleriyle hem de olgularıyla incelenir. Yerel mahkeme nasıl inceleme yapıyorsa, istinafta da aynı şekilde yargılama yapılır. İstinafın itirazdan farkı; itirazın, son kararlara karşı başvurulamamasıdır. Bu çerçevede istinaf, uygulama ve doktrinde çok tartışılan bir kanun yoludur. Cumhuriyetin ilk yıllarında kısa bir süre uygulanmış ve 1924 yılında kaldırılmıştır. Kıta Avrupasında pek çok ülkede bulunsada, istinafın uygulanma şekli, bizden farklıdır. Avrupa ülkelerinde gerekli altyapı sağlamıştır, bu nedenle de davaların uzaması gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Bizim sistemimizde başarılı şekilde uygulanması biraz zordur. Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasıyla, büyük şehirlerdeki kıdemli hakimlerin bu mahkemelere, küçük şehirlerdeki hakimlerin de büyük şehirlere tayin edilmesi öngörülmektedir. 5235 sayılı kanunun geçici ikinci maddesi, Bölge Adliye Mahkemelerinin yürürlüğe girmesini iki yıl süreyle ertelemiştir. Bu süre, 1 Haziran 2007'de dolacaktır. İstinaf kanun yolu henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan, temyiz kanun yolunda da halen CMUK hükümleri yürürlüktedir.

CMK'nın 272. maddesi, hangi kararlara karşı istinafa gidilip-gidilmeyeceğini gösterir. İlk fıkraya göre, ilk derece mahkemelerinin verdiği hükümlere karşı istinaf kanun yoluna gidilebilir. Nelerin hüküm olduğu ise, m. 223'e bakarak tespit edilir. 15 yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar için ise, temyizde olduğu gibi kendiliğinden incelenmesi söz konusudur (otomatik istinaf). Bölge Adliye Mahkemesi, 15 yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaları otomatik olarak inceler.

Fıkra 2, hükme esas teşkil eden bazı kararların da esas hükümle birlikte istinaf edilebileceğini düzenlemektedir. Buna göre, mesela, duruşmada ileri sürülüp reddedilen bir delil, istinaf edilebilecektir.

F.3'te istinafin istisnası düzenlenmektedir. Buradaki hallerde istinaf yoluna başvurulamaz. Bir başka ifadeyle, artık kesinleşmiş bulunan kararlara karşı istinaf yoluna gidilemez.

M. 273'e göre, istinaf başvurusu yedi gün içinde yapılır. İtirazın şekli şartı, yazılı olmasıdır. Kanunda her ne kadar tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü olarak yapılabileceği belirtilmişse de, nihayetinde kişinin sözlü beyanı da yazılı hale getirilerek imzalandığı için, sonuçta Bölge Adliye Mahkemesine yazılı bir talep gidecektir. Yedi günlük süre, hükmün açıklanmasından itibaren başlayacaktır. Hüküm, yüze karşı (tefhim) ya da sanığın yokluğunda açıklanmış ise, tebliğ ile sanığa bildirilir. Süre, tefhim ya da tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar. Uygulamada adı süre tutum dilekçesi olan bir uygulama vardır. Bu, kanuna alınmamıştır. Buna göre, duruşmada kararın tefhiminden sonra gerekçeli kararın yazılması daha ileriki bir tarihte mümkün olabildiğinden, avukatlar bir süre tutum dilekçesi vererek, kanun yolu süresinin başlamasını gerekçeli kararın açıklanmasına kadar ertelemektedirler.

Kimler İstinaf Yoluna Başvurabilir?

Kimlerin istinaf yoluna başvurabileceği kanunda düzenlenmemiştir. Temyiz kanun yoluna başvurmaya yetkili olan kişiler (m. 260, 261, 262) burada da yetkilidir. M. 273/5, savcının, istinaf başvurusunda gerekçe yazması gerektiğini düzenlemektedir. Ama kanun, sanık için bunu belirtmemiştir. Bu durum, silahların eşitliği prensibine aykırıdır. Sanık için de gerekçe istenmelidir.

M. 275, istinaf yoluna başvurunun etkisini düzenlemektedir. Buna göre istinaf yoluna başvurmak hükmün kesinleşmesini engeller ve icrasını durdurur. Yerel mahkemenin verdiği son karar infaz edilemez.

Mahkeme, istinaf dilekçesinin bir örneğini karşı tarafa tebliğ eder. Diğer tarafın 7 gün içinde cevap verme hakkı vardır. Cevap vermezse de bir hak kaybına uğramaz, cevap vermesi durumunu güçlendirir. Bundan sonra yerel mahkeme, dosyayı Bölge Adliye Mahkemesine yollar. Ancak bundan önce bir kabule şayanlık denetimi vardır. Kabule şayanlık denetimi ehliyet, süre ve yerindelik açısından yapılır. Buna göre, başvuran kişinin başvurmaya yetkili olup-olmadığı (ehliyet); istinaf talebinin süresi içinde yapılıp-yapılmadığı (süre); hükmün istinaf edilebilir nitelikte olup-olmadığı (yerindelik) incelenir. Yapılan bu denetim sonucunda şartlardan birinin eksik olduğu görülürse, kabule şayan olmadığı gerekçesiyle talep reddedilir. Mahkeme, talebi kabule şayan görürse, dosyayı Bölge Adliye Mahkemesine yollar. Red kararlarına karşı itiraz mümkündür. Bu itirazlar,

Bölge Adliye Mahkemesine yapılır.

Yerel mahkemenin gönderdiği dosya, öncelikle Bölge Adliye Mahkemesi Başsavcılığı uhdesindeki savcılarca incelenir (m. 278). Burada savcılık bir tebliğname düzenler. Bu tebliğnamede iddia makamının konuya ilişkin görüşleri bulunur. Bundan sonra başsavcılık, dosyayı ilgili ceza dairesine yollar. Ceza dairesi, bu tebliğnameyle bağlı değildir.

M. 279'a göre, Bölge Adliye Mahkemesi, yetkili olmadığını anladığı takdirde, dosyayı yetkili Bölge Adliye Mahkemesine gönderir. Bu incelemeyi, ilgili ceza dairesi yapar. Kabule şayanlık denetimini, yerel mahkeme de yapmakta olduğundan, yetkili Bölge Adliye Mahkemesini burası da belirleyebilecektir. İlgili ceza dairesi, kabule şayanlık denetimini, yerel mahkemenin yaptığı gibi yapar (m. 279/1-b). Eksik varsa reddeder, yoksa esastan inceler.

M. 280 hükmüne göre, Bölge Adliye Mahkemesi, üç tür karar verebilir:

- a) Red kararı
- b) Bozma kararı
- c) Yerel mahkemenin yerine geçerek karar verebilir. Bunlar, m. 280 hükmünde belirtilmiştir.

Bozma kararı, sadece m. 289'daki hukuka aykırılık hallerinde mümkündür. Bu hallerden birinin varlığı durumunda, Bölge Adliye Mahkemesi, bozma kararı verecek ve dosyayı ilk derece mahkemesine geri yollayacaktır. M. 289'daki hallerin dışında bir hukuka aykırılık olursa (delillerin eksik nitelendirilmesi gibi), temyiz yolundan tamamen farklı olarak, Bölge Adliye Mahkemesi, tıpkı yerel mahkeme gibi dosyayı kendisi görecektir. Bölge Adliye Mahkemesi, dosyayı inceleyen yerel mahkemedeki delillerden şüphesiz faydalanacak ama yapacağı yeni yargılama ile farklı bir karara varabilecektir. Bu kararlara karşı da temyiz yoluna gidilebilecektir.

M. 283'te aleyhe bozma yasağı (reformatio in peus) düzenlenmiştir. Direnme yasağı ise, m.284'te düzenlenmiştir. Buna göre, eğer Bölge Adliye Mahkemesi, m. 289'daki hukuka kesin aykırılık hallerinden birini saptamış ve dosyayı yerel mahkemeye geri yollamışsa, yerel mahkemenin bu konuda direnme hakkı yoktur. Yerel mahkeme, bozma kararına karşı kendi kararını düzelterek, yeni bir hüküm vermelidir. Bu karar da istinafa açıktır.

Temyiz

Temyiz incelemesi, ilk derece mahkemelerince verilen kararların hukuka aykırılıklarının tartışıldığı

yerdir. Bu çerçevede, yerel mahkemelerde görülen davaların %72'sinin temyizde incelendiği görülmektedir. Aslında bu, yüksek bir orandır. Temyiz olağan ve hukuki dereceli bir kanun yoludur. Olağandır, çünkü mahkemelerin henüz kesinleşmemiş kararlarına karşı gidilebilir. Hukuki derecelidir, çünkü temyiz incelemesinde sadece hukuka aykırılıklar tespit edilir. Olguların değerlendirilmesi, Yargıtay'da yapılan temyiz incelemesinde değerlendirilmez. Zira, temyiz, ikinci derece değil, hukuki derece bir kanun yoludur. Temyizde, sadece yargılama kurallarına aykırılık olup olmadığı incelenir. Kaide bu olmakla birlikte, Yargıtay'ın bazen yetkisinin dışına çıktığı görülmektedir. Yargıtay'ın bunun için öne sürdüğü gerekçesi, istinaf kanun yolunun hukukumuzda mevcut olmayışdır. Bu, çok yerinde değildir. İstinafın devreye girmesiyle, Yargıtay, tam anlamıyla temyiz işini gören bir merci haline gelecektir.

Temyizin amacı, öncelikle maddi gerçeğe ulaşmak; gerçeğin ve doğru kararların ortaya çıkmasını sağlamaktır. Temyizin bir başka amacı, ülke sathındaki yargı kararlarında, yeknesak uygulamaları sağlamaktır. Bu da içtihatlar ile yerine getirilir.

Temyize Başvurmanın Üç Etkisi

1) **Engelleme (Durdurma) Etkisi** : Temyize başvurulması, hükmün icrasını durdurur. Bir başka ifadeyle, yerel mahkemelerden verilen kararların icrası askıya alınır. Mahkemenin karar vermesinden sonra, dosya temyizden geçip karar kesinleşmeden, infaza başlanamayacaktır. Bunun sebebi, ceza yargılamasının, suçluların olduğu kadar, masumların da karıştığı bir yargılama dalı olmasıdır.

2) **Devretme Etkisi** : Temyiz incelemesi, hükmü veren yerel mahkeme tarafından değil, bir üst merci olan Yargıtay'ın ilgili ceza dairelerince yapılır. Temyiz dilekçesi, ilk derece mahkemesine verilmekle beraber, mahkeme dosyayı Yargıtay'a yollar.

3) **Genişleme (Sirayet) Etkisi** : Bu, temyize münhasır olan bir etkidir. Bu noktada, temyiz yolunda bazı şartların gerçekleşmesi halinde, temyize başvurmamışların da, tıpkı başvuranlar gibi, elde edilen lehte sonuçlardan faydalanabilir. Buna, temyiz yayılma etkisi (sirayeti) denmektedir. Ancak uygulanabilmesi, bazı şartlara bağlıdır.

Temyiz İstemi Nedir?

Temyiz istemi denilince, temyiz yolunda neyin tartışılacağı anlaşılır. Temyiz istemi iki çeşit ola-

bilir: Maddi hukuka aykırılık ve yargılama hukukuna aykırılık. Bu çerçevede, temyiz isteminin içinde bulunması gereken bir unsur daha vardır. Bu aykırılıkların olması yetmez, tüm bu aykırılıkların hükme tesir edip-etmediği de araştırılır. Mahkemenin vermiş olduğu son kararın, bu hukuka aykırılık tesiri altında kalıp-kalmadığı araştırılır. Temyiz istemi aslında bir çeşit hukuka aykırılıkların yüksek mahkemede incelenmesi isteminden ibarettir. Bu çerçevede, CMUK'ta 'hukukun zedelenmesi' olarak belirtilen, CMK'da ise 'hukuka kesin aykırılık halleri' şeklinde ifade edilen temyiz nedenleri de iki şekilde ortaya çıkar:

- ? Hukuku uygulamamak
- ? Hukukun yanlış uygulanması

Hukuku uygulamamak ile, var olan bir hukuk kaidesinin, uygulanması gereken bir yerde, hiçbir şekilde uygulanmaması anlaşılır. Mesela, mahkemenin son kararında var olan bir şahsi cezasızlık nedeninin belirtilmesi gerekirken, sanki hiç yokmuş gibi karar vermesi durumu, hukuku uygulamamaktır. Hukukun yanlış uygulanması ise, hükme tesir eder nitelikteki bir hukuk normunun, uygulanması gerekenden farklı uygulanmasından dolayı maddi gerçeğin yanıltılmış olmasıdır. Örneğin, yerel mahkeme hakiminin suçun unsurlarında hataya düşerek, aslında var olan zimmet suçunu, emniyeti suiistimal olarak değerlendirmiş olması durumu böyledir.

Bu haller, temyiz isteminin özüdür. CMK m. 288'e baktığımızda bunu görüyoruz. CMUK m. 307, hukuka aykırılık yerine 'hukukun zedelenmesi' demektedir.

5320 s. Yürürlük Kanunu m. 8'e göre, Bölge Adliye Mahkemeleri yürürlüğe girene dek, temyizde CMUK hükümleri uygulanacaktır. Zira, CMK, temyiz hükümlerinde istinafa yollama yapmaktadır. CMUK'un temyize ilişkin hükümleriyle, CMK arasında genellikle büyük farklılıklar değil, bazı nüanslar vardır. Genel itibarıyla, inceleme ve karar verme usûlleri birbiriyle paraleldir.

Temyiz Nedenleri

Temyiz nedenleri iki farklı başlık altında toplanabilir: Nisbi temyiz nedenleri ve mutlak temyiz nedenleri. Temyiz nedenlerinin nisbiligi ve mutlaklığı, sadece hükme tesir edip-etmeme açısından kendini gösterecektir. Kanunda bu ayrım yoktur.

Nisbi temyiz nedenleri dendiği zaman, bir hukuka aykırılığın ya da hukukun zedelenmesinin, mahkemenin vermiş olduğu son karara etki etmesi durumunda, bir temyiz nedeninin varlığından söz edilir. Ama aynı kaideye muhalefet zaman zaman temyiz sebebi olmayabilmektedir. Mesela, mahkeme yeminsiz dinlenmesi gereken bir tanığı yeminle

dinlemiş ve tanığın ifadelerini de hükme esas almışsa, burada bir temyiz nedeninden söz edilebilir. Bir yargılama hukuku kuralı ihlâl etmiş ve bu, hükme tesir etmiştir. Ama aynı olayda bu tanığın yeminli ifadeleri hükme esas alınmamışsa, ortada bir temyiz nedeni yoktur. Bu çerçevede bir yargılama hukuku kuralına aykırılığın son karara etkisi temyiz sebeplerinin nisbiliği olarak adlandırılır. Yani, her hukuka aykırılık, geçerli bir temyiz nedeni olarak kabul edilmeyecek, son karara etki edip-etmediğine bakılacaktır.

Maddi ceza normuna, maddi hukuka ilişkin bir zedelenmeye yol açılması durumunda ise, bu halin, esas hükme mutlaka tesir edeceği kabul edilmektedir. Mesela, mahkeme, dolandırıcılık suçunun unsurlarını yanlış belirlemiş ve buna göre hüküm vermişse, bunun son karara etki edip-etmediği incelenmez. Bu nedenle nisbi temyiz nedenleri incelenirken, yargılama hukuku normu olup-olmadıklarına bakmak gerekir. Eğer aykırılık oluşturan kural, bir maddi norm ise, ortada zaten mutlak bir temyiz nedeni vardır.

Bunun dışında, doktrinin mutlak temyiz sebepleri olarak nitelendirdiği CMUK m. 308'deki kanuna muhalefet halleri, CMK m. 289'daki isimlendirmesiyle hukuka kesin aykırılık halleri vardır. Bu durumların varlığı halinde, tıpkı ortada bir maddi ceza normuna aykırılık varmış gibi, hükme tesir edip-etmediğine bakılmayacaktır. Bu hallerde, kanun koyucunun kabul ettiği yasal bir faraziye vardır. Doktrinde buna mutlak bozma sebepleri denmiştir. Bu haller, m. 289 hükmünde bendler halinde sayılmıştır. Mesela, (a) bendinde, mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olmasıyla kastedilen, mahkemenin görevsiz hakimlerden oluşması ya da yargılamanın, çekilmesi gereken hakim tarafından yapılması gibi durumlardır. Yine, (h) bendine göre, mesela, hüküm verilirken son sözün sanığa verilmemiş olması hukuka kesin aykırılık halidir. (i) bendi, CMK ile getirilmiş olan bir yeniliktir. CMK'nın temyize ilişkin hükümleri yürürlüğe girinceye kadar bu bend bir mutlak bozma nedeni değildir. Temyize ilişkin olarak halen CMUK hükümleri yürürlükte olduğundan, hukuka aykırı olarak elde edilen bir delil halinde, nisbiliği araştırılacak ve ancak esas hükme etki etmişse bozma kararı verilebilecektir. (h) bendinde, sanığın savunma hakkının sınırlandırılmasının, mutlak bozma nedeni olduğundan bahsedilmektedir. Bu durum sanık lehine olmakla birlikte, bir istisnaı vardır. Bu da CMUK m. 309, CMK m. 290 hükmüdür. Buna göre, mesela, karardan önce son söz sanığa verilmemiş fakat sanık beraat etmiştir. İşte burada, Cumhuriyet savcısı, sanığın savunma hakkının kısıtlandığı iddiasıyla sanık aleyhine

temyize başvuramayacaktır. CMUK m. 309 ve CMK m. 289, Cumhuriyet savcısına böyle bir yetki vermemektedir.

SORU : CMK m. 289 ve CMUK m. 308 ile yapılan düzenlemenin sebebi nedir? Kanun koyucu neden hukuka aykırılıktan bahsetmiştir?

Sebepler, bunların hepsinin yargılama hukukuna ilişkin aykırılıklar olmasıdır. Zaten maddi ceza normlarında hukuka aykırılık, mutlaktır. Bunlarda esas hükme tesir edip-etmediği araştırılmaz. Kanun koyucu, m. 289'da belirttiği durumlarda mutlaka hukuka aykırılık varsaymaktadır. Temyiz nedenlerinin nisbiliği, yargılama normlarına aykırılıkta söz konusudur.

Temyiz Yoluna Başvurmanın Şartları

Temyiz yoluna başvurmak, aslında bir dava, bir temyiz davası açmaktır. Bunun için bir yetkiye yani temyiz yoluna başvurmak hakkına sahip olmak gerekir. Kanun yollarına başvurmaya yetkili olanlar (m. 260, 261, 262), temyiz yoluna başvurmaya da yetkilidir. Temyiz, mahkemelerin son kararlarına karşı başvurulmuş bir yol olduğu gibi, birtakım verilmekle itiraz edilemeyen önemli mahkeme kararlarına karşı da gidilebilir.

CMK m. 286 ve CMUK m. 305, hangi kararlara karşı temyiz yoluna gidilebileceğini, hangi kararlara karşı gidilemeyeceğini düzenlemektedir. Bunlar birbirinden tamamen farklı hükümlerdir. CMUK'ta istinaf olmadığı için, 15 yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalarda, otomatik temyizden bahsedilir. CMK'da ise re'sen istinaf olduğundan, böyle bir hüküm yoktur. CMUK m. 305 hükmüne göre, 2.000 YTL'ye kadar para cezalarına dair hükümler; yukarı sınırı 10.000 YTL'yi geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri ve çeşitli kanunlarda kesin hüküm niteliğine sahip olduğu belirtilen hükümler temyiz olunamaz.

Temyizi kabil bir kararın varlığı durumunda, hükmün tefhim ya da duruşma sanığın yokluğunda yapılmışsa tebliğinden itibaren 7 gün içinde hükmü veren mahkemeye yazılı ya da sonradan tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü olarak temyiz başvurusu yapılır. İstinaf gibi temyizde de şekil yazılı olmasıdır. İstinaftan farklı olanı ise, temyizde, temyiz sebeplerinin, ve hangi hukuk normlarının ihlâl edildiğinin gerekçede mutlaka yazılması ve bunların hükme hangi olgularla tesir ettiği belirtilmesi zorunluluğudur. Temyiz dilekçesi, teknik bir dilekçedir. Bu nedenle temyiz, bir avukat tarafından yapıldığında daha sağlıklı olacaktır. Bu çerçevede temyiz dilekçesi, yerel mahkemeye sunulur. CMUK, bu konuda istisnai bir hüküm koymuştur.

Buna göre, sulh ceza mahkemelerinin kararlarının temyizi durumunda, Cumhuriyet savcılarının aylık süre verilmiştir. Bunun sebebi, Cumhuriyet savcılarının sulh ceza mahkemelerindeki yargılamalarda bulunmamalarıdır.

Tıpkı istinafta olduğu gibi, temyiz dilekçesi de yerel mahkemede kabule şayanlık denetimine tâbidir. Bu denetim, yine üç noktada yapılır: Süre, ehliyet ve yerindelik. Kişinin temyiz talebini süresi içinde yapıp-yapmadığı, kararın temyizi kabil olup-olmadığı, temyiz eden kişinin temyiz başvuru hakkı olan kimselerden olup-olmadığı hususları, kabule şayanlık denetiminde yerel mahkeme tarafından incelenir. Bunlardan herhangi birinin bulunmaması durumunda, talep, kabule şayan olmaması nedeniyle reddedilir. Bu red kararına karşı Yargıtay'da itiraz edilebilir. Bu, teknik olarak bir itirazdır. Yargıtay, dosyayı kabule şayan görürse, artık temyiz incelemesine başlayabilecektir. Kabule şayanlık denetiminden sonra yerel mahkeme, davanın karşı tarafına temyiz dilekçesini gönderir ve 7 günlük sürede cevap verme hakkının bulunduğunu bildirir. Taraflar dilerse, bu süre içinde beyanlarda bulunabilirler. Bulunmamaları ise aleyhlerine değildir. Beyanda bulunmaları durumunda, bu cevaplar dosyaya eklenir ve dosya, savcılık tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bir tebliğname hazırlanır. Bundan sonra dosya incelenmek üzere ilgili ceza dairesine yollanır. Bu tebliğnamede bir telkin bulunur. Ama ceza daireleri bu tebliğnameyle bağlı değildir. Tebliğnamenin hazırlanmasından sonra dosya ilgili ceza dairesine gelir. İlgili ceza dairesi, işbölümü çerçevesinde belirlenir. Yargıtay'daki onbir ceza dairesinin her birinin baktığı ayrı konular vardır. Burada bir kez daha kabule şayanlık denetimi yapılır ve tıpkı istinafta olduğu gibi, dosya kabule şayan bulunduyorsa esastan incelenmeye başlar. Eğer kabule şayan bulunmadıysa temyiz istemi reddolunacak ve red kararına karşı yapılacak bir olağan kanun yolu da kalmadığından, karar kesinleşmiş olacaktır. Bundan sonra, ilgili dairenin tetkik hakimleri dosyayı inceleyecek ve bir rapor düzenleyecektir. Tetkik hakiminin hazırlayacağı raporun bir bağlayıcılığı yoktur. Tetkik hakimi, yerel mahkeme kararının daire içtihatlarına aykırı olup-olmadığının incelemesini yapar. Bundan sonra da beş kişilik heyet toplanmakta ve oy çokluğu ile karar almaktadır. Çoğunluğun kararına karşı olan üye bu karara şerh koyacak ve bu karara niye katılmadığını gerekçelendirecektir. Yargıtay'da kural, mürafaasız (duruşmasız) yargılamadır. Ancak, bazı durumlarda duruşma yapılabileceği de kanun koyucu tarafından hükme

bağlanmıştır. CMUK m. 318 hükmü, ağır cezalı işlerde temyiz incelemesinin duruşmalı yapılacağı düzenlenmektedir. Maddede "...yapılır" demektir. CMUK'ta ağır cezaya müteallik hükümlerden bahsetmekte, ancak uygulamada ağır ceza mahkemesinden verilen her karar için duruşma yapılmamaktadır. Mesela, ağır cezada yargılanmasına rağmen, 8 yıl hapis cezası verilen bir yargılamanın temyiz incelemesinde, bu süre, ağır ceza mahkemesinin alt sınırının altında olduğu için, duruşmasız yapılabilir. Ağır cezada görülmüş olan her davanın temyizi duruşmalı yapılmalıdır. CMK m. 299 hükmü, duruşmalar hususunda uygulamadaki durumu kabul etmiştir. CMK, süre sınırı koyarak 10 yılı benimsemiştir. Buna göre, Yargıtay'da duruşma yapılabilmesi için yeni kriter ağır ceza mahkemesinde yargılanan suçlar değil, süredir. CMUK hükmünden anlaşılan ise, ağır ceza mahkemesinin yargıladığı her türlü suçtur.

CMUK'ta çok eleştirilen bir hüküm, duruşmalara tutuklu sanığın gelme talebinde bulunamamasıdır. Ağır cezalı bir suçtan mahkûmiyet alarak tutuklu olan bir kimsenin Yargıtay'a getirilmemesi, savunma hakkına aykırıdır.

Temyiz İncelemesinin Kapsamı

Ceza yargılaması hukukuna egemen olan önemli bir ilke davasız yargılama yapılamaması ilkesidir. Yine buna bağlı olarak iddianameyle bağlılık ilkesi söz konusudur. Buna göre, yargılama makamları, önüne gelen taleplerle bağlıdır. Yani mahkeme, iddianamedeki hususlarla bağlıdır. Ancak kanun koyucu, bu ilkenin bir istisnası olarak temyizi ortaya koymuştur. Buna göre, temyiz incelemesinde sadece temyize gönderilen hususlar değil, tüm hukuka aykırılıklar incelenir. CMUK m.320, bunu ortaya koymaktadır. Temyiz incelemesinde Yargıtay, ileri sürülmeyen hukuka aykırılıkları dahi araştırır. Bununla beraber, CMK m. 301, iddianameyle bağlılık ilkesini benimser niteliktedir. Bu hüküm yürürlüğe girince Yargıtay artık temyiz dilekçesinde ileri sürülmeyen konuları inceleyemeyecektir.

Yargıtay, yapacağı temyiz incelemesi sonucunda bir son karar verecektir. Bu son karar, dört türlü olabilir:

- ? Red
- ? İslah
- ? Düşme
- ? Bozma

Red kararı, uygulamada onama ya da bazen tasdik olarak da adlandırılmaktadır. Red kararı, temyiz incelemesi sonunda, yerel mahkemenin

verdiği kararda herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığının göstergesidir. Yargıtay, hukuka aykırılık tespit etmemişse, red kararı verecektir. Bu red kararı üzerine hüküm kesinleşir ve buna karşı başvurulabilecek olağan bir kanun yolu yoktur. Eğer yerel mahkeme hükmü, mahkûmiyet vermişse, artık infaza başlanacaktır.

İslah kararı, Yargıtay'ın mevcut görevleri ve oluşumu çerçevesinde, istisnai olarak ve yalnızca kanunda sınırlı olarak sayılan hallerde verilebilen bir karardır. Yargıtay, yapmış olduğu inceleme sonucunda bir hukuka aykırılık tespit eder ve kararı bozarsa, bazı hallerde esas mahkemenin yerine geçerek yeni bir hüküm tesis eder. İşte, yeni tesis edilen bu hüküm, ıslahtır. İslah kararlarında sadece hukuka aykırı kısım düzeltilir, yeni baştan yargılama yapılmaz. İslah kararı ile birlikte, yerel mahkemenin verdiği karar kesin hüküm halini alır ve artık buna karşı olağan bir kanun yolu yoktur. CMUK m. 322, hangi hallerde ıslah yapılabileceğini düzenlemektedir. Buna benzer bir hüküm, CMK m.303'te vardır. 5320 s. Yürürlük Kanununun 8. maddesi hükmüne göre, CMUK m.322, (4., 5. ve 6. fıkraları hariç olmak üzere) istinaf ve temyizle ilişkin CMK hükümleri yürürlüğe girinceye kadar uygulanacaktır. İslah halleri, genellikle maddi hata olarak değerlendirilebilecek küçük hatalardır. Örneğin, mahkemenin vermiş olduğu kararında yalnızca kanun madde numarasını farklı yazması hali. Böyle bir durumda bozma kararı verilerek dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi yerine, ıslah ile ilgili madde düzeltilir.

Düşme kararı, Yargıtay ilgili ceza dairesi, inceleme esnasında dosyada bir düşme sebebine rastlaması durumunda verdiği karardır. Düşme sebebi, iki şekilde ortaya çıkabilir:

- ? İlk derece yargılaması esnasında var olup da yerel mahkemenin gözünden kaçmış veya mahkemece reddolunmuş hususlar olabilir.
- ? Düşme sebebi, Yargıtay'daki temyiz incelemesi döneminde de ortaya çıkabilir.

Her halde Yargıtay, düşme kararı verir. Örneğin, kovuşturma aşamasında iken, genel af çıkıyor. Sanık, af kapsamında olduğunu iddia ediyor ve yerel mahkeme de reddediyor. Yargıtay, böyle bir durumu tespit ettiğinde, hemen düşme kararı verir. Bir başka örnek, yargılama yapılıyor ve karar temyize geldiğinde hükümlü ölüyor. Yargıtay, burada da düşme kararı verir. Yapılan temyiz incelemesinde, eldeki mevcut delillerle derhal beraat ettirilmesini gerektiren bir hal varsa Yargıtay, düşme kararı yerine, beraat kararı vermelidir. Bunun amacı, düşme yerine, davanın esastan halledilmesidir. Düşme kararları de kesin

hüküm oluşturur ve bunlara karşı gidilebilecek olağan bir kanun yolu yoktur.

Bozma kararı ise, yapılan temyiz incelemesi sonucunda, temyiz isteminde bulunan taraf haklı bulunursa (yerel mahkemenin kararında hukuka aykırılıklar tespit edilirse), Yargıtay bozma kararı verecektir. Yargıtay, bozma kararı verdiğinde, ne gibi hukuka aykırılıkların bulunduğu, hangi yönden bozulduğunu da gerekçeli olarak bildirmek zorundadır. Mahkeme, son kararını dayandırdığı birtakım olguları, hukuka aykırı şekilde değerlendirmiş ise, Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararıyla o olgular da ortadan kalkacaktır. Yargıtay'ın bozma kararı ile hüküm tamamıyla ortadan kalkacak ve yerine yeni bir hüküm tesis edilecektir. Bu, eleştirilmektedir. Bozma kararı sonucunda yerel mahkemenin hükmü geçersiz sayıldığından, yeniden bir yargılama yapma ihtiyacı doğar. Bu çerçevede Yargıtay, bozma kararı verdiğinde, dosyayı ister o mahkemeye ister başka bir mahkeme gönderir. Esas hükmü veren mahkemeden başka bir mahkemeye gönderildiği takdirde görev ve yetki esaslarına dikkat edilmek zorundadır. Buna, bozmadan sonraki derece denir. Örneğin, Konya 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararını bozan Yargıtay, dosyayı başka bir mahkemeye yollayacaksa, mesela, Konya 2. Asliye Ceza Mahkemesi'ne yollayabilir. Ancak Karaman Asliye Ceza Mahkemesi'ne gönderemez.

Yargıtay'ın verdiği bozma kararıyla birlikte, dosyayı yerel mahkemeye göndermesinden sonra, yerel mahkeme iki şekilde davranabilir:

- ? Direnme (ısrar) kararı verebilir
- ? Uyuma kararı verebilir.

Direnme kararı, yerel mahkemenin, daha önce vermiş olduğu ve Yargıtay tarafından bozulan kararında herhangi bir hukuka aykırılık görmediğini ve yeniden yargılamaya girişmeyeceğini bildirmesidir. Mahkeme, direnme kararı vermek için davanın taraflarını çağırarak bunu bildirir ve mütalaalarını alır. Tarafların bu direnme kararına karşı temyize başvurma hakları vardır. Taraflardan birinin temyize başvurusuyla dosya artık Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gider. Dosya artık burada incelenir. CGK, önüne gelen direnme kararı hakkında öncelikle bir kabule şayanlık denetimi yapar. CGK, inceleme sonunda iki türlü karar verebilir:

- ? Direnme kararını temyiz eden tarafın talebini kabul edebilir
- ? Bu talebi reddedebilir.

Direnme kararına karşı yapılan temyiz talebinin reddedilmesi durumunda, yerel mahkemenin kararı hukuka uygun bulunmuş olacaktır. Diğer taraftan,

eğer temyiz talebini reddederse, verilmiş olan karar, kesin hüküm halini alacaktır. CGK, direnme kararına karşı yapılan temyiz talebini kabul ederse, bozma kararı vererek dosyayı yerel mahkemeye geri gönderecektir. Bu karara karşı yerel mahkemenin direnme hakkı yoktur. Mutlaka uyma kararı vererek yargılama yapacaktır. Ancak mahkeme, birebir bu bozma kararıyla da bağlı değildir. Uyulacak husus, sadece yeni bir yargılama yapılmasıdır. Mahkeme, yargılamayı baştan yaparak yine aynı sonuca ulaşabilecektir. Son olarak CGK, dosyayı esas hükmü veren mahkeme yerine, bir başka mahkemeye de yollayabilir. Bu durumda bu mahkeme de esas hükmü veren mahkeme gibi hareket etmek zorundadır.

Uyma kararı ise, yerel mahkemenin, vermiş olduğu karardaki hukuka aykırılıkları kabul ederek yeni bir yargılama işlemine girişmesidir. Bu çerçevede bozma kararını tebliğ alan mahkeme, tarafları çağırarak bu karara uyacağını bildirir, tarafların görüşlerini alır ve ilk derece mahkemesi, yargılamanın kovuşturma aşamasını tamamlar. Uyma kararı verilmesinin en önemli sonucu, mahkemenin daha önce verdiği kararın tamamen ortadan kalkmasıdır. Mahkeme artık yeni bir yargılama yapacak ve yeni bir hüküm verecektir. Yerel mahkeme, yaptığı bu yeni yargılama sonucunda yeni bir hüküm ihdas edecek ve bu hükmün daha önce verilmiş olan hükümden bağımsızlığı aranmayacaktır. Yerel mahkeme, istediği gibi bir karara ulaşabilecektir. Belki daha az ceza verecek, belki de cezayı daha ağırlaştıracaktır. Bu hale, uymadan sonraki serbestlik kuralı denir. Yerel mahkemenin daha önce verdiği kararın aynısına ulaşması, ısrar kararıyla karıştırılmamalıdır. İsrar kararı, mahkemenin, kararındaki hukuka aykırılıkları kabul etmeyerek yeni bir yargılama yapmamasıdır.

Uymadan sonraki serbestlik çerçevesinde aynı sonuçlara ulaşılabilir. Bununla beraber, uymadan sonraki serbestlik tamamen sınırsız değildir. Bu kuralın iki tane sınırı vardır. Her ne kadar yerel mahkeme uymadan sonra yeni bir yargılama yapsa da, bu yargılama esnasında iki noktaya uymak zorundadır. İlk sınır; bozmanın belirli bir eksiklik nedeniyle olması halidir. Mahkeme, Yargıtay'ın bozmayı birtakım eksikliklere dayandırması halinde, bu eksiklikleri yeni yapacağı yargılamada mutlaka tamamlamalıdır. Örneğin, Yargıtay, bozma kararındaki bir savunma tanığının dinlenmemiş olmasına değinmişse ve bunu bozma nedeni olarak göstermişse, yerel mahkeme yeni yapacağı yargılamada o savunma tanığını mutlaka dinlemek zorundadır. Mahkeme dinlemeyi yapacak ama takdir yine kendisine ait

olacaktır. Yine, Yargıtay bozma kararında keşif yapılması gerektiğini belirtmiş ve hükmü bu nedenle bozmuşsa, uymadan sonra yapılacak yeni yargılamada mahkeme bu eksikliği mutlaka tamamlayacaktır. İkinci sınır ise, yalnız sanık lehine temyiz yoluna başvurulması halidir. Böyle bir durumda aleyhe arttırma yasağı devreye girecek ve daha önce verilmiş cezadan daha ağırlarını veremeyecektir. Bozma kararı sanığın aleyhinde verilmişse, uymadan sonraki serbestlik çerçevesinde hakim, daha ağırlarını da verebilecektir. Mahkeme, suçu niteleme hakkına sahiptir. Örneğin, hırsızlık olarak nitelediği suçun aslında yağma olduğunu anlayarak bunu düzeltebilecek, ancak cezayı ağırlaştıramayacaktır.

Yeniden yargılama yapılmasından sonra verilen hükme karşı taraflar yine temyiz yoluna başvurabilir. Bunun sonucunda artık uymadan sonraki karar temyize götürülmezse, kesin hüküm olacaktır.

Temyizin Sirayeti (Genişleme Etkisi)

Temyizin sirayeti, sadece temyize münhasır bir etkidir. Diğer kanun yollarında bulunmaz. Normal şartlar altında davasız yargılama olmaz ilkesinin gereği olarak, bir talep olmadan o kişiyi ilgilendiren bir hüküm kurulamayacakken, kişiler başvurmasa bile, haklarında kararlar ortaya çıkabilecektir. Temyizin sirayeti için aynı anda ve birlikte bulunması gereken üç tane şart vardır:

- ? Temyiz edilen hükmün, sanığın lehine olarak temyiz edilmiş olması
- ? Yargıtay'ca verilen bozma kararının, cezanın uygulanmasından doğan bir hatadan kaynaklanması. Son kararda cezayı tespit ederken bir hata yapılırsa, temyiz sirayeti söz konusu olabilir.
- ? Lehte bozma kararının tüm sanıklara fiilen uygulanabilir nitelikte olması gerekir.

Bu üç şartın bir arada bulunması halinde temyize hiç başvurmayan kişiler de kendileriyle ilgili olmayan bu hükümden faydalanabileceklerdir. Örneğin, aynı suçtan yargılanmakta olan (A), (B) ve (C) vardır. (A), 16 yaşında, diğerleri ise 18 yaşını doldurmuşlardır. (A), temyiz yoluna başvuruyor. Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, kararı lehte bozarak şu gerekçeyi bildiriyor: "ilk derece mahkemesi, sanıkların yaş küçüklüğünden dolayı, cezasını indirilmesinin gerektiğini belirtmekle beraber, ceza indirimini hukuka aykırı şekilde yapmış ve hükmün bozulması gerekmiştir". İlk şart gerçekleşmiştir, ortada sanık lehine bir bozma kararı vardır. Bozma kararı, cezanın hesaplanmasındaki bir hatadan kaynaklandığından ikinci şart

da gerçekleşmiştir. Son şart gerçekleşmemiştir. Zira, bozma sebebi fiilen diğer sanıklara uygulanabilir nitelikte değildir.

Bir başka örnek: (A), (B) ve (C), birlikte suç işlemişler ve yargılanmışlardır. (A), temyize başvurmuş ve Yargıtay lehte olarak bozma kararı vermiştir. Gerekçesi şudur: “sanıkların mahkûmiyetini içeren yerel mahkeme kararında, sanıkların cezasının haksız tahrik indiriminden faydalandırılarak hesaplanmasında hataya düşülmüş ve bu da bozmayı gerektirmiştir”. Temyiz edilen hüküm, sanık lehine olarak bozulmuş ve bozma kararı, cezanın hesaplanmasından kaynaklanan bir hatadan doğmuştur. Bu olayda, üçüncü şart da gerçekleşmiştir. Haksız tahrik indirimi, her üçüne de uygulanmalıdır. Bu örnekte, temyizın sirayeti söz konusu olacaktır.

Temyizin genişleme etkisinde, daha önceki karar ortadan kalkacak ve yeni bir yargılama yapılacaktır.

OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLLARI

Olağanüstü kanun yollarının, olağan kanun yollarından en büyük farkı, kesinleşmiş hükümlere karşı ve olağan kanun yollarının tüketilerek gidilmesidir. Olağanüstü kanun yolları, tıpkı olağan kanun yollarında olduğu gibi devretme ve engelleme etkisine zaman zaman sahiptir. Bu konuda bir standart yoktur. En temel olarak olağanüstü kanun yolları, kesinleşen hükümlere karşı gidilebilir ve aynı zamanda olağanüstü kanun yolu başvuruları bir süreyle tâbi değildir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı (CMK m. 308)

Yeni kanun, öncekinden farklı olarak ‘Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’ demiştir. Başsavcının itirazı her ne kadar kanun koyucu tarafından olağanüstü kanun yolları başlığı altında düzenlenmişse de aslında olağan bir kanun yoludur. Ama kanundaki düzenleniş yeri itibarıyla, olağanüstü kanun yolu olarak değerlendirilmektedir. Bu kanun yolu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, ceza dairelerinin kararlarına karşı gittiği bir kanun yoludur. Dolayısıyla, bu yola başvurma yetkisi, münhasıran Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına aittir. Kanun koyucu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bu yola başvurması için normal şartlarda 30 günlük bir süre koymuştur. Ancak sanık lehine başvurulması durumunda herhangi bir süre söz konusu değildir.

Uygulamada, başsavcılık bu yola genellikle ilk etapta verilen tebliğnameye aykırı bir karar çıkması durumunda gitmektedir. Bu nedenle bu, sübjektif bir kanun yoludur. Dolayısıyla, çok sık uygulanan bir kanun yolu da değildir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bu yola başvurması durumunda, Yargıtay’ın ilgili ceza dairesinin vermiş olduğu karar yerine getirilmez. Yani, başsavcının itirazı, durdurma etkisine sahiptir. Bu özelliğiyle olağanüstü kanun yollarından ayrılır. CMK’nın 308. maddesinde düzenlenmiş olan bu usûl, istem üzerine de harekete geçirilebilir. Davanın taraflarınca başsavcı bu konuda uyarılabilir. Bu durumda başsavcı bir tebliğname hazırlayarak CGK’ya başvuracaktır. CGK, öncelikle kabule şayanlık denetimi yapacak ve kabule şayan bulursa dosyayı esastan inceleyecektir. Bu inceleme sonunda ise dört çeşit karar verebilecektir: Red, düşme, ıslah veya bozma. İlk üç kararda hüküm kesinleşecek; bozma kararındaysa, yeni bir yargılama yapılması istenecektir. Bir karar verildiği anda ya da hakimlerin imzalamasıyla kesinleşmez. Kesinleşme için, kararın taraflara tebliğ edilmesi gerekir. Bu nedenle infaz, ilgililere yapılacak tebligattan sonra başlayacaktır. Uygulamada ceza dairesinin karar vermesinden sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmektedir. Başsavcılığın itirazı yoksa, dosyayı yerel mahkemeye gönderir ve tebligat ile de hüküm kesinleşir. Yani, bu yola, henüz hüküm kesinleşmeden önce başvurulmaktadır. Bu da Başsavcının itirazının, olağan bir kanun yolu olduğunu göstermektedir.

Kanun Yararına Bozma (Yazılı Emir) (m. 309)

Gerek yargıçların ve gerekse mahkemelerin istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlarına karşı başvurulacak bir kanun yoludur. Amacı, bu kararlardaki hukuka aykırılıkları ortadan kaldırmaktır. Kanun yararına bozma, kişiler için yarar sağlamaktan çok, ülke çapında kanunların doğru uygulanmasını sağlama amacını taşımaktadır.

Bu kanun yolunun uygulanabilmesi için yetkili makam, 2006 aralık değişikliklerinden sora ‘Adalet Bakanlığı’ olmuştur. CMUK döneminde ise yetkili makam, Adalet Bakanı idi. Bu dönemde bakanlık bünyesinde bir yazılı emir masası bulunmaktaydı. Mevcut sistemde, Adalet Bakanlığında ceza işleri bünyesinde kanun yararına bozma bürosu vardır. Burada asıl mesleği hakimlik olan bürokratlar görev yapmaktadır. Bu kimseler, temyiz veya istinaf incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş

mahkeme kararlarındaki hukuka aykırılıkları tespit ettiklerinde, bakanlık, bu yola başvurmaktadır. Eski uygulamada bu işi bakanın kendisi yapmaktaydı. İlgililerin başvurusu üzerine Adalet Bakanı, uygun gördüklerini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına yazılı emir yoluyla yolluyordu. Şimdi bu yetki bakandan alındığı için, gerekli incelemeleri büro yapacak ve bu yola başvuracaktır. Bakanın tüm bu işlemlere tek başına yetiştirebilmesi mümkün değildir. Büro, tespit işlemini yaptıktan sonra bakanlık adına Başsavcılığa yazı yazmakta ve başsavcı da belirtilen hususlarla bağlı olarak kanun yararına bozma işlemlerini yürütmektedir.

Kanun yararına bozma incelemesi evrak üzerinden (duruşmasız) yapılır. Başsavcı, dilekçeyi ilgili ceza dairesine verir. Ceza dairesi dört türlü karar verebilir: Red, düşme, ıslah, bozma. Kanun yararına bozmada en önemli durum, bozma kararının etkisinde kendini gösterir. Bozma kararı uyuşmazlığın esasını çözmesine veya çözmemesine göre farklı sonuçlar doğurabilir. Kanun yararına bozma, aslında bir çeşit olağanüstü temyizdir. Sanık aleyhine hüküm ve sonuç doğurması burada da geçerlidir. M. 223'te düzenlenip hükmün esasını çözmeyen bozma ve düşme kararları vardır. Kanun yararına bozmada iade edilmek istenen şey, hukuka uygunluktur. Sanığın aleyhine arttırma yapılamaz. İnceleme sonunda sanığın aleyhine bir karar çıksa dahi, ceza arttırılamaz. Amaç, kanunun doğru uygulanmasıdır.

Yargılamanın Yenilenmesi (Muhakemenin İadesi)

Yargılama sonucunda ortaya çıkan kesin hükümde birtakım yanlışların sonradan ortaya çıkması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. Bu kanun yoluna gidebilmek için herhangi bir süre öngörülmesi değildir. Kişinin, mahkûm iken ya da infazının sona ermesinden sonra, hatta öldükten sonra dahi başvurulması mümkündür. Amaç, maddi gerçeğe ulaşmak olduğu için, aradan yıllar geçmiş olsa bile, kesin hükümler dahi bu yolla ortadan kaldırılabilir.

Yargılamanın yenilenmesine başvuru hakkı olanlar, genel olarak kanun yollarına başvurmaya hakkı olan kişilerdir (m. 260, 261 ve 262). Bunun dışında, kişinin ölmüş olması halinde, altsoyu, kardeşleri, eşi ve mirasçıları da başvuruda bulunabilecektir. Kişinin ölmüş olması ve mirasçısının da olmaması halinde, Adalet Bakanı da yargılamanın yenilenmesine başvuru hak ve yetkisine sahiptir.

Yargılamanın yenilenmesi, her ne kadar maddi gerçeğin bulunmasına hizmet etse de bazı durum-

larda başvurulamaz. Mesela, m. 315 çerçevesinde, kanunun aynı maddesindeki sınır içinde yargılamanın yenilenmesi istenemez. Yine, f.2'ye göre, hatanın giderilmesini sağlayacak bir yol varsa, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir. Kişi, kasten yaralamadan mahkûm edilmiş ve olağan kanun yollarının tüketilmesiyle hüküm kesinleşmiş olsun. Ceza infaz edilmekte iken, suçtan zarar gören (yaralanan) kişi daha önce mahkemede değerlendirilmemiş ya da bilinmeyen bir delil elde ederek yargılamanın yenilenmesini talep etmektedir. Kişi demektedir ki: "yaralama sonucunda yüzümde oluşan yaranın geçici olduğu söylendi fakat aradan zaman geçmesine rağmen tedavi edilemedi, iyileşmedi. Yüzde sabit yara daha ağır cezayı gerektirmektedir. Bu nedenle hükümlü, daha ağır bir ceza almalıdır". Böyle bir halde, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir. Zira, kanun koyucu, aynı maddede yer alan sınır içinde olmak üzere, cezanın değiştirilmesi amacıyla yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir (m. 315/1). Ama kişi, kasten yaralama suçundan dolayı mahkûm edilmiş ve sonrasında bulunan deliller çerçevesinde, yaralamanın taksirle olduğu ortaya çıkmıştır. Böyle bir durumda hükümlü, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilecektir. Zira, bu suçların düzenlendiği maddeler farklıdır. M. 315/2'de kastedilen ise, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazıdır.

Yargılamanın yenilenmesi nedenleri sınırlı sayıdadır. Bunların dışında, kişi haklı olsa bile yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez. Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilecek haller, kanunun 311. maddesinde sayılmıştır. Sanık veya hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenleri ise, 314. maddede düzenlenmiştir. Bu üç halde sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilecektir. CMUK döneminde bunların yanında bir tane daha vardı ki, bu da yalancı tanıklık durumuydu. Bu bir eksikliktir. Mesela, kişi yalancı tanık nedeniyle beraat ediyor ve daha sonra tanığın yalan beyanlarda bulunduğu anlaşılıyor. Böyle bir halde sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir.

Yargılamanın yenilenmesi istemi, delillerle birlikte, hükmü veren mahkemeye yapılır. Mahkeme, ilk olarak kabule şayanlık denetimi yapacak ve eğer kabule şayan görürse, dosyayı incelemeye başlayacaktır. Bu aşamada, gerektiği takdirde, soruşturma işlemlerinin de yenilenmesi mümkündür. Bu açıdan mahkeme, delil de toplayabilecektir. Bunların sonucunda işi esastan inceleyen mahkeme, gerçekten yargılamanın yenilenmesi sebebi yerinde görürse, beraat ya da mahkûmiyet gibi

verilebilecek kararları verecek; eğer talebi yerinde görmez, mesnetsiz bulursa da ret kararı verecektir. Bu red kararıyla birlikte, önceki hüküm, kesin hüküm olmaya devam edecektir.

Normal şartlar altında kural, hükmün icrasının durmayacağıdır. Yani, yargılamanın yenilenmesi yolunda, engelleme etkisi yoktur. Zira, ortada kesin bir hüküm vardır. Kişi sırf bunu talep etti diye cezaevinden dışarı çıkarılmayacaktır. Ama yargılamanın yenilenmesi talebiyle birlikte ortaya konan deliller, mahkûmun derhal beraat ettirilmesini sağlayacak nitelikteyse veya hükümlünün beraat ettirilmemesi ileride telafisi imkânsız zararlar doğuracaksa hakim, hükmün infazını durdurabilir. Örneğin kişi, sahte bir belgeyle mahkûm oldu ve bunun sonucunda da bir kişiye 500.000 YTL gibi bir miktarda para ödemesi gerekmektedir. İmzanın sahteliği hususunda çok önemli delillerle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulduğunda, hakim, hükmün icrasını durdurabilecektir. Zira, böyle büyük bir miktarda paranın ödenmesinden sonra telafisi çok güç olacaktır. Durdurma, daha çok bu tür parayla ilgili durumlarda verilir. Cezaevindeki bir hükümlünün salınması içinse çok somut deliller olması aranır.

M. 323/3'te, yargılamanın yenilenmesi incelemesi sonucunda haksız yere cezaevinde kaldığı anlaşılan kişinin maddi ve manevi zararlarını tazmin için başvurabileceği hususu düzenlenmektedir. Bu tazminat istemleri, m. 141-144'te düzenlenmiş olan, koruma tedbirleriyle tazminat istemleri hükümlerine göre yapılacaktır.