

HAKİM ve SAVCILAR HAKKINDAKİ SUÇ SORUŞTURMA ve KOVUŞTURMALARINDA UYULACAK USUL ve ESASLAR

The Procedures and Principles That Must Be Followed In Crime Investigations And Prosecutions Against Judges And Prosecutors

Bahattin ARAS*

ÖZ

Anayasa’da ve Hakimler ve Savcılar Kanunu’nda hakimlerin ve savcılarının görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlar ile kişisel suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması ile ilgili özel yetki ve görev düzenlemeleri belirlenmiştir. Bu düzenlemeler “mahkemelerin bağımsızlığı” ile “hakimlik ve savcılık teminatı” ilkelerinin bir gereğidir. Hâkim ve Cumhuriyet savcılarının işledikleri suçlara ilişkin; Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 82 ila 92. maddeleri arasında "görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar", 93. maddesinde "kişisel suçlar" ve 94. maddesinde "ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri" olmak üzere üç farklı soruşturma usulü öngörülmüştür.

Hakim ve savcılar hakkında ceza yargılamasında hangi merciin soruşturmayı, hangi merciin kovuşturmayı yürüteceği kanunda açık ve net bir şekilde belirtilmiştir. Yetki ve göreve ilişkin belirlenmiş olan bu esaslar, kesin nitelikteki özel düzenlemelerdir. 2802 sayılı Kanun’un hakim ve savcılarının soruşturma ve kovuşturmalarına yönelik belirlediği bu birbirinden farklı soruşturma usullerine ilişkin emredici hükümlere aykırı veya “karma uygulama” yapılarak soruşturma yürütülmesi mümkün değildir.

Bir soruşturmanın hakim ve savcılar bakımından usulüne uygun olabilmesi için suçun niteliğine göre belirlenmiş olan soruşturma usulüne göre bütün iş ve işlemlerin yapılmış, kararların alınmış olması gerekmektedir. Suç

Makalenin Geliş Tarihi: 12.11.2020, **Makalenin Kabul Tarihi:** 17.08.2021.

* Dr., Freelance Editör/Danışman, e mail: bahattinaras2018@gmail.com, ORCID :0000-0002-3551-7363

tipine göre belirlenmiş olan bu usullere aykırı hareket edilmesi veya karma uygulama yapılması halinde yapılan işlem ve kararlar hükümsüz hale gelecektir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Yargılaması, Hakim, Savcı, Görev Suçları, Kişisel Suç, Suçüstü Hali

ABSTRACT

Special authority and duty regulations, regarding the investigation and prosecution of personal crimes and crimes committed by judges and prosecutors about their duties or during their duties, are determined in the Constitution and the Code of Judges and Prosecutors, These regulations are the requirements of the principles of "independence of courts" and "guarantee of judgeship and prosecution". Three different investigation procedures regarding the crimes committed by the judges and public prosecutors have been stipulated in the Code of Judges and Prosecutors; "the crimes arising from duty or committed on duty" in the articles from 82 to 92 of the Code "the personal crimes" in the article 93, and "the flagrante delicto cases that fall under the jurisdiction of the high criminal court" in the article 94.

It is clearly stated in the Law which authority will carry out the investigation and which authority will conduct the prosecution in the criminal proceedings against judges and prosecutors. These principles, which have been determined regarding authority and duty, are special regulations of precise nature. It is not possible to conduct an investigation against the mandatory provisions or by making a "mixed practice", regarding these different investigation procedures determined by the Law No. 2802 for the investigation and prosecution of judges and prosecutors.

In order to have appropriate investigation against judges and prosecutors, all actions and decisions must be taken according to the investigation procedure determined by the nature of the crime. If these procedures, which are determined according to the type of crime, are violated or mixed practice is made, the proceedings and decisions made will become invalid.

Key Words: Criminal Trial, Judge, Prosecutor, Duty Crimes, Personal Crime, The Flagrante Delicto Cases

GİRİŞ

Hakim ve savcılar işledikleri disipline aykırı eylemlerinden sorumlu oldukları gibi suç sayılan eylemlerinden dolayı da sorumludurlar. Ceza kanunlarının herkes bakımından geçerli olduğu dikkate alındığında hakim ve savcıların suç sayılan eylemlerden dolayı sorumlu olmaması mümkün değildir¹. Yargı bağımsızlığının ve hakimlik teminatının bir gereği olarak hakimler ve savcılar hakkında disiplin soruşturmasında özel bir usul belirlendiği gibi hakim ve savcıların işledikleri iddia olunan suçlar bakımından da özel bir yargılama usulü öngörülmüştür².

Burada diğer memur ve kamu görevlilerinde olduğu gibi hakim ve savcılar bakımından özel yargılama usulü öngörülmesinin temelinde, sadakat ve tarafsızlıkla görevlerini yürüten hakim ve savcıların asılsız suçlama ve iftiralarla sık sık yargı mercilerinin önüne çıkmalarının ve yürüttükleri kamu hizmetinin aksamasının önlenmesi amacı yatmaktadır. Bu amacın sağlanması bakımından Anayasa’da ve kanunlarda hakim ve savcıların işledikleri iddia olunan suçlar bakımından özel soruşturma usullerinin uygulanmasını zorunlu kılan güvencelere yer verilmiştir.

Anayasa’nın 138, 139 ve 140. maddeleriyle koruma altına alınan **“mahkemelerin bağımsızlığı”** ile **“hakimlik ve savcılık teminatı”** ilkelerinin gereği olarak hakimlik ve savcılık mesleği icra edenlerin gerek görevleri ile ilgili gerekse görevleri sırasında işledikleri suçlar ile kişisel suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması ile ilgili özel yetki ve görev düzenlemeleri belirlenmiş ve bu düzenlemeler 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 82 ila 94. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır. Buna göre hâkim ve Cumhuriyet savcılarının işledikleri suçlara ilişkin; 2802 sayılı Kanun’un 82 ila 92. maddeleri arasında "görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar", 93. maddesinde "kişisel suçlar" ve 94. maddesinde "ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri" olmak üzere üç farklı hâl öngörülmüştür.

Suç iddiasının ihbar, şikayet, denetim ve teftiş üzerine veyahut resen öğrenilmesi neticesinde Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun önüne gelmesi üzerine görevli daire öncelikle bunun kişisel suç mu yoksa görev suçu mu veyahut ağır cezalı suçüstü halinde işlenmiş bir suç mu olduğu noktasında

¹ Muharrem Özen, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s.165.

² Melikşah Aydın, “Hakimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2, 2017, s.155.

değerlendirme yapacak ve vardığı sonuca göre ilgili Kanun'daki belirlenmiş olan usulü işletecektir. Disiplin sürecine ilişkin olarak da suç iddiasına ilişkin evrakın Daireye gelmesine müteakip ilgili daire gelen bu evrak üzerine disiplin bakımından araştırma, inceleme ya da soruşturma oluru alınıp alınamayacağı hususunu değerlendirecektir³.

Mevcut çalışmada hakim ve savcıların işledikleri iddia olunan suçlar bakımından Anayasa ve 2802 sayılı Kanun'da belirlenmiş olan özel yargılama usullerine dair esaslar ile bu konuda yasal düzenlemelerden veya idari ve yargısal uygulamalardan kaynaklı yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları⁴ ile Danıştay uygulamaları ışığında değerlendirilecektir.

I-) HAKİM ve SAVCILARIN İŞLEDİKLERİ SUÇLAR BAKIMINDAN BELİRLENMİŞ YARGILAMA USULLERİ

A-) HAKİM ve SAVCILAR HAKKINDAKİ SUÇ SORUŞTURMASININ BAŞLAMASI ve SORUŞTURMA USULÜNÜN BELİRLENMESİ

Bilindiği üzere Anayasa'nın 138, 139 ve 140. maddeleriyle koruma altına alınan **“mahkemelerin bağımsızlığı”** ile **“hakimlik ve savcılık teminatı”** ilkelerinin gereği olarak hakimlik ve savcılık mesleği icra edenlerin gerek görevleri ile ilgili gerekse görevleri sırasında işledikleri suçlar ile kişisel suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması ile ilgili özel yetki ve görev düzenlemeleri belirlenmiş ve bu düzenlemeler 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82 ila 94. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır⁵.

³ Eylem Baş, “Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, Y.2016, s.291.

⁴ Çalışmamızda atıf yapılan **AİHM** kararlarının orijinal metnine “[https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D%7D”; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine “<a href=)”, **Yargıtay** kararlarının orijinal metnine <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> adresinden dosya bilgilerini yazmak suretiyle ulaşabilirsiniz. Bu nedenle atıf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atıf yapılmamıştır.

⁵ Erhan Günay, Hâkim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar, Ankara: Seçkin Yayınları, 1997, s. 24; Mehmet Demir, “Hâkime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 3-4, Y.2015, s. 809.

Buna göre hakimler ve savcılar hakkında ihbar veya şikâyeti içeren dilekçe veya evrakın Cumhuriyet başsavcılıkları ile adalet komisyonlarının önüne gelmesi durumunda, herhangi bir araştırma, inceleme ve soruşturma işlemi yapılmaksızın; Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşları ile uluslararası mahkemeler veya kuruluşlarda görev yapan, geçici yetki veya görevlendirme ile başka bir kurum, kurul veya kuruluştaki çalışan hakimler ve savcılar, idari görevleri yönünden savcılar ve Komisyon işlerine yönelik görevleri yönünden adalet komisyonu başkan ve üyeleriyle ilgili olanların Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne iletilecektir. Sayılanların dışında kalan hakim ve savcılarla ilgili olan ihbar veya şikâyetlerin ise ilgili Daireye sunulmak üzere HSK Genel Sekreterliğine gönderilecektir. Aynı şekilde HSK'nın da bu suç iddialarına re'sen vakıf olması mümkün olduğu gibi yaptırılan teftiş ve denetimler sonucunda da öğrenilebilir⁶.

Hakimlerin ve savcılarının işledikleri iddia olunan görev suçlarında izin alınmaksızın, savcılar veya kolluk tarafından re'sen soruşturma yapılması mümkün olmadığından inceleme izni öncesi ancak bu kişilerce yitirilmesinden korkulan ve gecikme halinde zarara uğrayabilecek nitelikte olan deliller toplanabilir⁷.

Suç iddiasının yukarıda belirtilen yollardan biri vasıtasıyla Kurul önüne gelmesi üzerine görevli daire, öncelikle eylemin Anayasa'nın 144. maddesi kapsamında Adalet Bakanlığının görev alanında mı yoksa Anayasa'nın 159. maddesi kapsamında Kurulun görev alanında mı olduğunu değerlendirecektir⁸. Eylemin Anayasa'nın 159. maddesi kapsamında olduğunun anlaşılmasından sonra ise eylemin kişisel suç mu yoksa görev suçu mu veyahut ağır cezalı suçüstü halinde işlenmiş bir suç mu olduğu noktasında yapacağı değerlendirme neticesinde kişisel suç veya ağır cezalı suçüstü halinin var olduğu kanaatine varması halinde bu ihbar ve şikâyeti, gereğinin yapılması için görevli ve yetkili başsavcılığa gönderecektir. Ancak Cumhuriyet başsavcılığından disiplin yönünden değerlendirilmek üzere ilgili evrakın bir örneğinin ilgili daireye gönderilmesi istenir. Suç iddiasına ilişkin evrakın Daireye gelmesine müteakip ilgili daire gelen bu evrak üzerine disiplin bakımından araştırma, inceleme ya da soruşturma oluru alınıp

⁶ Baş, s.291.

⁷ Seyfullah Çakmak, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Araştırma, İnceleme ve Soruşturma İşlemleri", *Adalet Dergisi*, S.43, Y.2012, s.115; Baş, s.339.

⁸ Çakmak, s.116.

alınamayacağı hususunu değerlendirecektir⁹. Buna karşılık suç iddiasının görevden doğan veya görev sırasında işlenmiş olan bir eyleme dayanması halinde ise 2802 sayılı Kanun'un 82 ve devamı maddelerine göre hareket edilecektir.

Hakim ve savcılara yönelik suç iddiaları bakımından öngörülen özel yargılama kuralları iddia olunan suçun niteliğine göre değişmektedir. Suçun niteliğine göre belirlenen bu ayırım çerçevesinde 2802 sayılı Kanun'un 82 ila 94. maddeleri incelendiğinde hakimler ve savcılar için üç tür soruşturma ve kovuşturma usulünün benimsendiği görülmektedir. Buna göre;

- Hakim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları,
- Hakim ve savcıların kişisel suçları,
- Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri

bakımından ayrı ayrı usuller belirlenmiştir. Hakim ve savcıların işledikleri suçlara ilişkin; 2802 sayılı Kanun'un 82 ila 92. maddeleri arasında "görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar", 93. maddesinde "kişisel suçlar" ve 94. maddesinde ise "ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri" olmak üzere üç farklı hâl öngörülmüştür. 2802 sayılı Kanun'da düzenlenen soruşturma ve kovuşturma usullerine kısaca değinmek faydalı olacaktır.

B-) HÂKİM VE SAVCILARIN GÖREVDEN DOĞAN VEYA GÖREV SIRASINDA İŞLEDİĞİ SUÇLARDA SORUŞTURMA USULÜ

1-) Görevden Doğan veya Görev Sırasında İşlenen Suç Kavramı

Hakim ve savcılar bakımından özel yargılama esaslarının düzenlendiği ilk suç tipi görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlardır. Burada geçen "görevden doğan suçlar" ve "görev sırasında işlenen suçlar" kavramlarının açıklanmaya ihtiyacı vardır. Öncelikle "görevden doğan suç" kavramını anlam ve kapsamı bakımından Yargıtay kararlarında da tartışılıp belirlendiği gibi; görevle ilgili suçun yasal görevden doğan, görevle bağlantılı ve bu görevle illiyet bağı içerisinde olması gerekmektedir¹⁰. Görev ise, kamu

⁹ Baş, s.291.

¹⁰ Bknz. Ceza Genel Kurulunun 2004/50 E., 204/72 K. 23.03.2004 T.; 2004/10 E., 2004/40 K., 02.2004 T.; 2011/1 E., 2012/1 K. 02.03.2012 T. Sayılı Kararları.

görevlisine yasal düzenlemelerle verilmiş olan yetki ile yerine getirilecek bir eylemdir. Dolayısıyla görev tanımındaki eylemleri yerine getirirken kasten veya ihmalen bu yetkinin kötüye kullanılması sorumluluk doğuracaktır. Burada kamu görevlisinin görev kapsamında sorumlu tutulabilmesi için, görevinin bulunması, görevin yapılması için yetkili olması ve eylemin görevle bağlantılı olması gerekir¹¹. Bu açıklamalar ışığında hakim ve savcıların görevden doğan suçları, hakim ve savcılarının doğrudan mevzuat çerçevesindeki görev ve yetkilerini kullanırken gerçekleşen hukuka aykırı eylemlerdir.

Maddede geçen görevden doğan hukuka aykırı eylemler esasen görev suçunu oluşturmaktadır. Görev suçu ise, genel olarak kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar olarak ifade edilmektedir¹². Görev suçu için suça konu eylemin kamu görevlisinin görev alanına girmesi ve yetkisi kapsamında gerçekleşmesi gerekmektedir¹³. Burada önemli olan husus ise suçu doğuran fiil ile kişinin görevi arasında illiyet bağı bulunmasıdır¹⁴. Bu illiyet bağı bulunmaz ise kişinin kamu görevlisi olması eylemini görev suçu haline getirmez. Diğer bir ifade ile diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin suça konu eylemi, görevini yaparken veya görevini yapması nedeniyle işlemesi gerekmektedir¹⁵.

Görev suçlarında görev sebebiyle sahip olunan yetki ve imkânların kötüye kullanılması söz konusu iken “**görev sırasında**” işlenen suçlarda bu tür bir yetkinin veya imkânın kullanılması söz konusu değildir. Burada suç olan eylemin görev ifa edilirken gerçekleşmesi durumu söz konusudur¹⁶. Diğer bir ifade ile niteliği itibariye memur veya diğer kamu görevlisi olan veya olmayan herkes tarafından işlenebilen, görevin kendisiyle veya yapılmasıyla

¹¹ Handan Yokuş Sevük, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK, m. 257)”, *DÜHFD*, C.23, S.39, Y.2018, s. 270

¹² Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt. I, Ankara : Seçkin Yayınları, 11. Baskı,, 2021, s.77; Burcu Dönmez, “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2735.

¹³ İlhan Üzülmüş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S.1, Y.2012, s. 196-197.

¹⁴ Dönmez, s.2735.

¹⁵ İzzet Özgenç ve Cumhuriyet Şahin: “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2, Y. 2002, s. 191; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2020, s. 498; Dönmez, s.2735.

¹⁶ Dönmez, s.2737.

ilgili bulunmadığı halde, görev sırasında işlenen kişisel bir suç durumu söz konusudur. Bu tür suçlarda, failin suç teşkil eden eylemiyle yapılan görev arasında illiyet bağı bulunmamaktadır¹⁷.

2802 sayılı Kanun'da geçen “görev sırasında” kavramı ise, bir hakim ve savcının duruşmada, keşifte veya görevi ile ilgili hazır bulunmak zorunda veya hakkı olduğu yerlerde bulunurken işlediği veya karıştığı suçları kapsamaktadır. Burada kanun koyucu, yalnızca “görevinden doğan/görevi ile ilgili” dememiş, hakim ve savcının görevi sırasında işlediği iddia edilen adi suçları, yani görevi ile ilgili olmamakla birlikte hakimlik ve savcılık mesleğini icra ederken işlediği suçları da soruşturma ve kovuşturma iznine dahil etmiştir¹⁸. Bu kapsamda bir hakimin duruşma sırasında tartıştığı avukata hakaret etmesi halinde “görev sırasında” işlenmiş bir hakaret suçu söz konusu olacaktır. Ancak aynı hakimin duruşma bittikten sonra sokakta veya sosyal medyada avukata hakaret etmesi halinde “görev sırasında” işlenmiş bir hakaret suçu söz konusu olmayacaktır.

Bu noktada Yargıtay konuya bakış açısı önem arz etmektedir. Yargıtay'a göre görevin gereklerine aykırı hareket etmekten, kamu görevlisinin görevini kanun, idari düzenlemeler veya talimatların öngördüğü usul ve esaslardan başka surette ifa etmesi anlaşılmaktadır. Bu anlamda kamu görevlisinin herhangi bir şekilde kanuni yetkisini aşması, kanunun aradığı şekil şartlarına uymaması, takdir yetkisini amacı dışında kullanması, kanunun emir ve müsaade ettiği hareketinin gerektirdiği ön şartlara aykırı hareket etmesi, kendisine teslim edilen ve görevi sebebiyle kullanması gerekli eşyayı usulsüz kullanması gibi fiiller görevin gereklerine aykırılık kapsamında kalmaktadır. Bununla birlikte, Ceza Genel Kurulunun yerleşik kararlarında “görev sebebiyle işlenen suç” kavramını, memuriyet ve kamu görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen, diğer bir ifadeyle failin memur veya kamu görevlisi olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü ya da bu sıfatın ağırlaştırıcı hâl sayıldığı suçlar olarak tanımlamıştır¹⁹. Yargıtay'ın tespitleri hangi eylemlerin görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar kapsamında olabileceği ve görevin gereklerine aykırılığın kapsamının ne olduğu konusunda fikir vermektedir.

¹⁷ İbrahim Topuz, Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturma ve Yargılama Usulleri, Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2005, s. 101

¹⁸ Yaşar Kılınc, Hakim ve Savcıların Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2019, s.47 vd.

¹⁹ Bknz. Ceza Genel Kurulu 2019/116 Esas, 2019/275 Karar ve 02/04/2019 Tarihli Kararı.

Diğer taraftan görevden doğan ve görev sırasında işlenen suça ilişkin olarak akla ilk gelen suç tipi "**Görevi kötüye kullanma**" suçu olsa da²⁰ 2802 sayılı Kanun bu anlamda sadece görevi kötüye kullanma suçunu değil görevden doğabilecek diğer suçları da kapsamaktadır. Nitekim Yargıtay resmî belgede sahtecilik, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suçların görev suçu kapsamında değerlendirilebilecek suçlar olduğuna kararlarında vurgu yapmıştır²¹.

Yukarıda da vurgulandığı üzere hakim ve savcılarının görev sırasında işlenen suçları da birer kişisel suç olmakla birlikte bu suçların özelliği görevin ifası esnasında işlenmiş olmalarıdır. Bu bağlamda Yargıtay verdiği bir kararında Cumhuriyet Savcısı olan sanığın gece 01.30-02.00 sıralarında sarhoş vaziyette kimlikleri meçhul iki şahısla birlikte adliyeye gelerek içeriye girmek istemesi ancak gece bekçisinin uyarıları üzerine adliyeye giremeyip, sarhoşluğun etkisiyle Cumhuriyet Başsavcısına, Ağır Ceza Mahkemesi Başkanına, diğer hakim ve Cumhuriyet Savcılarına sinkaflı sözlerle küfür edip adliyenin giriş kapısı tarafındaki ana caddeye bakan bahçesine aleni olarak küçük tuvaletini yapması şeklindeki eylemlerine ilişkin olarak kişinin görevli olmadığı ve mesai dışında işlediği suçların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlara dahil edilemeyeceğine hükmetmiştir²².

²⁰ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet – Zimmet – İrtikâp Görevi Kötüye Kullanma, Ankara: Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2021, s.365 vd.

²¹ "...İddianamede içerikleri açıklanan bu dosyalarda, sanığın mahkeme üyesi olarak görev yaptığı ve FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün hedef ve politikaları doğrultusunda önem taşıdığı belirtilen bazı davalar ile iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına dair kararlar verilmesiyle ilgili olarak, hakimlik görevi sırasında gerçekleştirdiği iddia edilen hukuka aykırı işlemlerden dolayı yapılan ihbar ve şikâyetlerle ilgili soruşturmalar yürütüldüğünden bahsedilmiş ise de; "görevden doğan ve görev sırasında" işlendiği iddia edilen bu eylemler açısından soruşturmaların halen devam ettiğinin bildirildiği ve bu eylemlere dair görevi kötüye kullanma, resmî belgede sahtecilik, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi görev suçu kapsamında değerlendirilebilecek suç adlarına ve sevk maddelerine yer verilmediği, ayrıca iddianamede davaya konu edilen eylemler anlatılırken başka olaylara da değinilmesinin, bahsedilen diğer olaylardan dava açıldığı anlamına gelmeyeceğine dair Ceza Genel Kurulunun istikrarlı uygulamaları da dikkate alındığında, sanık hakkında Hakimler ve Savcılar Kurulu nezdinde yürütülen soruşturmaların içeriklerinden bahsedilmiş olmasının, sanığın göreviyle bağlantılı bu eylemleri yönünden dava açıldığını göstermeyeceği...(Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2017/1007 E., 2017/400 K., 10.10.2017 T.)"

²² "...Olay sırasında herhangi bir nedenle görevli olduğuna dair dosya içerisinde bilgi ve belge bulunmayan, bununla birlikte olaydaki konumu ve davranışları nedeniyle de adliyeye herhangi bir görevin ifası için gelmediği açıkça anlaşılan Adıyaman Cumhuriyet Savcısı olan sanığın, mesai saatleri dışında gece 01.30-02.00 sıralarında işlediği iddia edilen ve

2-) Görevden Doğan veya Görev Sırasında İşlenen Suç Soruşturmalarında İzin Sisteminin Geçerli Olması

a-) Genel Olarak

Kamu görevi yerine getiren kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili mesnetsiz iddialar karşısında yıpranmalarını ve görevlerini güven duygusu içerisinde yerine getirebilmelerini sağlamak için getirilmiş olan izin sistemi, kamu görevlisi hakkında görevinden kaynaklı suç iddialarına ilişkin gerekli değerlendirmeyi yapmak ve bir karara varmak yetkisinin iddia makamından önce başka bir devlet makamına verilmesini ifade etmektedir²³. İzin sisteminde failin kişiliğinden ziyade kamu yararı ölçütüne göre bir değerlendirme yapılmaktadır²⁴. Türk hukukunda izin sisteminin temel dayanağı Anayasa'nın 129/son maddesinde yer alan "Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirtilen istisnalar dışında kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır." hükmüdür. Bu hükümle birlikte izin şartı yargılama koşulu haline gelmiştir.

Öğretide ağırlıklı olarak izin sisteminin gerekli olduğu dile getirilmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre kamu hizmetlerinin devamlı ve sürekli bir şekilde sunulmasının sağlanması, devlet erkinin sağlıklı işleyişi açısından o alanda görev yapan memurların olur olmaz şikâyetlerle çalışamaz hale getirilmesinin önüne geçilmesi, kamu görevlisinin aleyhinde işlem yaptığı kişilerin kötü niyetli ihbar ve şikâyetlerinden, iftiralarından korunması ve kamu görevinin güven duygusu içinde yerine getirilmesinin sağlanması bakımından izin sistemi gereklidir²⁵. Nitekim AYM, benzer gerekçelerle

yukarıda açıklanan eylemlerinin görevinden doğduğunun veya görev sırasında işlendiğinin kabulü olanaklı değildir. Bu eylemler sanık Cumhuriyet savcısının kişisel suçu niteliğindedir... (Yargıtay CGK., 2007/YYB_222 E., 2007/273 K., 11/12/2007 T.)"

²³ Kenan Akbulut, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturulması Sisteminin Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C.11, S.116, Y.2016, (Memurlar), s.55; Baş, s.334.

²⁴ Topuz, s.17.

²⁵ Bu konudaki görüşler bkz. Selahattin Keyman, "Memurin Muhakematı Kanunu", *AÜHFD*, C.19, S.1-4, Y.1962, s.176; Ahmet Erdoğan, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunun Kaldırılması Özleminde Olanlar", *İdare Dergisi*, S.281, Y.1963, s.61; Macit Kayra, "Memurlar Ayrı Muhakeme Usulüne Tabi Olmalı mıdır?", *Siyasi İlimler Mecmuası*, S.232, Y.1950, s.138,139; Ömer Asım Livanelioğlu, "Ceza Usul Hukukumuzda Memur Yargılamaları", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, Y.1995, s.43,44; Kemal Aral, "Memurların Vazifelerinden Doğan Suçlarından Dolayı Kovuşturma ve Yargılanmaları", *İdare Dergisi*, S.194, Y.1948, s.106; Hayri Orhun, *Türkiye'de Memurların Hukuki Rejimi*, İstanbul:

memurlara özgü yargılama usulünün varlığını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır²⁶.

Diğer taraftan suç işlemiş bir kamu görevlisinin bu izin sistemi nedeniyle bir ayrıcalığa tabi tutulacağı, tarafsızlığından kuşku duyulan idari mercilerin soruşturma yapması ya da soruşturma izni vermesinin dürüst yargılama hakkını ihlal edeceği ve ceza uyumsuzluklarının idari bir sistem içinde karara bağlanmasının kuvvetler ayrılığı sistemine aykırı olacağı da karşıt görüş olarak ileri sürülmektedir²⁷. Kanaatimizce izin sistemin yargısal denetimle birlikte etkin işletilmesi halinde dile getirilen endişelerin giderilmesi mümkündür. Bunun içinde yargının bağımsızlığının ve etkinliğinin sağlanması önemlidir. Zira burada kamu görevlisine bir "ayrıcalık" tanınmasından ziyade kamu görevini yerine getiren kamu görevlisinin kendisini güvende hissetmesini ve kötü niyetli etki ve müdahalelere karşı korunmasını amaçlayan bir "güvence" durumu söz konusudur.

Yargı mensuplarının işledikleri iddia olunan bazı suçların soruşturmaları doğrudan yürütülürken bazı suçlar bakımından Anayasa'nın 139 ve devamı maddeleri çerçevesinde 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile "izin"

İçişleri Bakanlığı Yayınları, 1946, s.141; Hüsamettin Kırmızıgül, Uygulamada ve Teoride Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usulü, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1995, s.185, 186; Hakkı Kamil Beşe, Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri, Ankara :1943, s.8; Türker Karavaizoğlu, 4483 Sayılı Kanun'un Öngördüğü Soruşturma Usulleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul:2010, s.11; Mustafa Avcı, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", *AÜEHFD*, C. XI, S.3-4, Y.2007, s. 274 vd.; Metin Günay, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, s. 619; İlyas Şahin, "4483 Sayılı Kanunda Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri Ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S.3, Y. 2015, (AGM), s.254.

²⁶ Anayasa Mahkemesinin ilgili kararları: 1991/26 E- 1992/11 K, 27.2.1992 T.; 1992/27 E., 1992/31 K., 5.5.1992 T.; 91/29 E. ve 91/42 K., 04.03.1993 T.

²⁷ Öztürk, s.785 vd.; Hamide Zafer, "4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.74, S.4, Y.2000, s.228; Uğur Mumcu, "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması", *AÜHFD*, C.23, S.1-4, Y.1971, s.181; Öztürk, Bahri: "Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C.1, S.1, Y.1978, (AGM), s.62; Nurullah Kunter, "Memurin Muhakematı Kanunu ve Tenkidi", *Siyasi İlimler Mecmuası*, S.282, Y.1954, (AGM), s.191; Çetin Özek, "Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi", *İÜHFM*, C.XXVI, S.1-4, Y.1960, s.81; Sami Selçuk, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'ın Değerlendirilmesi", *Prof.Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No:716, 1998, s.300-301.

sistemi getirilmiştir²⁸. Daha önce de vurgulandığı üzere hakimlerin ve savcılarının yerine getirdikleri yargı yetkisinin niteliğinden kaynaklı olarak işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları diğer kamu görevlilerinden de farklı kurallara bağlanmıştır. Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk milleti adına yargı yetkisini kullanan yargı mensuplarının hiçbir baskı ve etki altında kalmadan, hukuka ve vicdanlarına uygun bir şekilde karar verebilmeleri ve yargılama görevlerini gereği gibi yapabilmeleri için görevleriyle ilgili her suç iddiasıyla yargılamaya konu edilmemeleri gerekir. Burada hakim ve savcılara tanınmış bir imtiyazdan ziyade yargılama görevinin herhangi bir etki altında kalmaksızın yerine getirilmesindeki kamusal yararın güvenceye alınması söz konusudur. Diğer bir ifadeyle hakim ve savcılar için öngörülen izin sistemi onlar bakımından yargı bağımsızlığı veya dokunulmazlığı olmaktan ziyade hukuk devleti ilkesinin ve yargı bağımsızlığı ilkelerinin doğal sonucudur²⁹. Buradaki güvence, hakim ve savcının şahsından ziyade kamu yararından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla hakimlerin ve savcılarının görev nedeniyle ya da görev sırasında işledikleri fiiller nedeniyle, soruşturmaya tabi olup olmayacakları ve gerekirse haklarında kovuşturmanın başlayıp başlamayacağı hususunda bir makamın izninin aranması yerinde bir uygulamadır³⁰.

Bu bağlamda yargı mensuplarının yalnızca görevden doğan veya görev sırasında işlemiş oldukları suç iddiaları bu izin sistemi kapsamında olup diğer kişisel suçları bakımından izin esaslı geçerli değildir. Ancak izin sistemi hakim ve savcının görevini yerine getirdiği için haksız suç ithamlarına karşı korunması ve esasen yasama ve yürütme erkinin hakim ve savcının yerine getirdiği görevinden rahatsız olması nedeniyle yargı mensubunu yıpratıcı soruşturmalara girişmelerini engellemek noktasında önemlidir. Burada yargının bağımsız bir şekilde görevini yerine getirebilmesi için bu tip güvencelere zorunlu olarak ihtiyaç vardır. Burada hakim ve savcının korunmasından ziyade kamu yararı içeren yargının bağımsızlığını korumak ve yargı görevi ifa edilmesi nedeniyle hakim ve savcılarının kötü niyetli ihbar ve şikayetler nedeniyle yıpratılmalarını engellemektir.

Hakim ve savcılar için öngörülen özel yargılama usullerine ilişkin hükümlere göre hakim ve savcılarının görevle ilgili ya da görev esnasında

²⁸ Osman Ermumcu, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2013, s.3; Özen, s.267.

²⁹ Yunus Eraslan, Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2018, s.97-98.

³⁰ Baş, s.335.

işledikleri suçların soruşturma usulünde izin usulü öngörülmesine ve özel soruşturma usul ve esasları geçerli olmasına karşın kişisel suçlardan dolayı özel bir soruşturma usulü öngörülmemiş yalnızca 2802 sayılı Kanun'da özel yetki kuralları öngörülmüştür. Bunun dışındaki haller bakımından ise genel hükümler geçerlidir. Belirlenen özel yargılama usullerine uyulmadan yargılama yapılması usulsüz olacağından ve yargılama esnasında toplanan deliller de hukuka aykırı olacağından hükme esas alınmaz³¹.

b-) İzin Sistemine Aykırılığın Sonuçları

Yukarıda da vurgulandığı üzere izin şartı soruşturma açısından bir dava şartı ve yargılama açısından yargılama şartıdır³². Hakim ve savcının yargılanabilme şartı olan izin şartının yargılama sürecinde yerine getirilmediğinin anlaşılması halinde CMK'nın 223/8. maddesi gereğince durma kararı verilmesi gerekir. Zira ceza yargılamasındaki hüküm çeşitlerinin düzenlendiği CMK'nın 223. maddesinin sekizinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde; şartın gerçekleşmesini beklemek üzere, itirazı kabil olan durma kararı verilecektir³³. Henüz kovuşturma başlamamış ise Cumhuriyet başsavcılığınca dosyanın HSK'ya gönderilmesi ve gerekli izin ve kararlara göre diğer işlemlere devam edilmesi gerekir. Bu kapsamda izin şartının arandığı durumlarda yetkili merciin izin vermesi için durma kararı verilmesi gerekir. Örneğin, kamu görevlisinin görevi ile ilgili bir suç nedeniyle, yetkili merciden soruşturma izni alınmadan dava açılmış ve izin alınmadığı duruşma sırasında anlaşılırsa, mahkeme durma kararı verecektir. Eğer soruşturma izni verilmez ise mahkeme davanın düşmesine karar verecektir. Ancak muhakeme şartının gerçekleşmemesi, ilgilinin fiilini ve fiilin vasfını ortadan kaldırmayıp sadece

³¹ Baş, s.336.

³² Özek, s.21; Karavaizoğlu, s.16; Gökcan/Artuç, s. 293-294.

³³ "...Daha önce kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın reddine karar verilmesinden sonra yeni delil varlığı nedeni ile sanık hakkında kamu davası açılabilmesinin itirazın reddine karar veren Ağır Ceza Mahkemesi Başkanının bu hususta karar vermesi şartına bağlı olduğunun ve soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da, şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; öncelikle şartın gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilmesi, sonrasında ise daha önce kovuşturmaya yer olmadığına dair itirazı karara bağlayan merciin, yeniden kamu davası açılabilmesi konusundaki kararının beklenilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekir...(2. CD., 2012/306 E., 2012/4994 K., 1. 3. 2012 T)".

muhakeme faaliyetine engel olduğu hususu unutulmamalıdır³⁴. Ayrıca kovuşturma aşamasında, “izin” veya “karar” alınması ya da diğer öngörülen şartların yerine getirilmesi gerektiğinden bahisle durma kararı verilmesi halinde izin veya kararın alınmasına kadar dava zamanaşımı duracaktır.

3-) Görevden Doğan veya Görev Sırasında İşlenen Suç Nedeniyle Yargılama Usulü

2802 sayılı Kanun’un 82 ila 92. maddeleri arasında hakim ve savcılarının görevden doğan (Örn: görevi kötüye kullanma) veya görev sırasında işlemiş oldukları suçlara (Örn: duruşma sırasında tehdit, hakaret) ilişkin soruşturma ve kovuşturma usulü düzenlenmiştir.

a-) İnceleme İzni Verilmesi ve Müfettiş veya Muhakkik Atanması

2802 sayılı Kanun ve 6087 sayılı Kanun’daki düzenlemeler uyarınca ihbar veya şikâyetle isnat edilen fiilin, Kurul Birinci Dairesi³⁵ tarafından görev suçu olarak değerlendirilmesi halinde, ilgili dairece ihbar veya şikâyet ya işleme konulmaz ya da işleme konularak Kurul Başkanının iznine sunulur. Hakim ve savcılar hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için 2802 sayılı Kanun’un 97. maddesindeki düzenlemeler uyarınca şekil ve esas bakımından belli hususları içermesi gerekmektedir³⁶. Bu madde de belirtilen hususların varlığının tespiti halinde dilekçe işleme konulacaktır. Aksi takdirde dilekçe işleme konulmayacaktır. Bu bağlamda öncelikli olarak yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına zarar görmemesi bakımından hakim ve savcılar hakkında yapılan şikâyetlerin somut delille desteklenmesi gerekmektedir³⁷. Burada verilecek olurun inceleme konusu

³⁴ Bahattin Aras, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara :Yetkin Yayıncılık, 2014, s.294-295; Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Asil Yayınevi, 2006, s.386; “...Ekip otosunda görevli polis memuru olan sanığın, devriye görevi sırasında atılı suçu işlediğinin iddia edilmiş olması karşısında; bu husus araştırılarak sonucuna göre 4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun” hükümlerine göre soruşturma izni için durma kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargulamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi kanuna aykırıdır... (9. CD., 2007/5482 E., 2008/626 K., 4. 2. 2008 T.)”.

³⁵ Bu konuda 2010 Anayasa Değişikliği sonrası görevli daire Üçüncü Daire olmasına rağmen 2017 Anayasa değişikliği ile 6087 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle bu görev Birinci Daireye verilmiştir.

³⁶ Baş, s.291.

³⁷ Eraslan, s.201; Hüsnü Aldemir, Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı,2019, s.426 vd.

olayı ve kişiyi kapsayacak şekilde verilmesi yeni bir kişi ortaya çıktığında ise yeniden olur alınması gerekir³⁸. Şayet izin alınırsa evrak gereği yapılmak üzere HSK Teftiş Kuruluna ya da kıdemli bir muhakkike tevdi edilir. Burada görevlendirilen muhakkik hakim ya da savcılar, adalet müfettişlerinin sahip oldukları yeminli tanık dinleme, gerektiğinde istinabeye başvurabilme gibi yetkilere sahiptir³⁹.

Kurul Başkanı olan Adalet Bakanının izni ile Daire tarafından görevlendirilen hakim ya da savcıların incelemeleri bizzat yapması ve başka birisine ya da kolluğa yaptırmaması gerekir. Müfettiş veya muhakkik incelemesi başvuranın dilekçesindeki veya alınan beyanındaki iddialar kapsamında yapacaktır. İnceleme ve araştırma aşamasında öncelikle ihbar eden ya da şikâyette bulunan dinlendikten sonra bildirilen delillerle birlikte müfettiş veya muhakkik tarafından tespit edilen delillerin toplanması aşamasına geçilir. Bu aşamada tanıkların ifadesi alınacak ve gerekli diğer evrak ve dokümanlar toplanıp incelenecek ve tutanağa bağlanacaktır⁴⁰.

Müfettişlerin hakim ve savcılarla ilgili olarak “konu yönünden” inceleme ve soruşturma yetkisi, “ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında”, “görevlerinden dolayı” veya “görevleri sırasında” suç işleyip işlemedikleri ile hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığı konularıyla sınırlıdır. Hakim ve savcıların kişisel suçlarına ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hallerine ilişkin soruşturma ve kovuşturma usulü, 2802 sayılı Kanun’da ayrıca düzenlenmiş olup soruşturmaya yetkili makam, müfettişler değil, maddede belirtilen Cumhuriyet başsavcılıklarıdır. Müfettişlerin hakim ve savcılarla ilgili olarak konu yönünden inceleme ve soruşturma yetkisi, bunların görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlarla sınırlı olduğundan, bunun doğal sonucu olarak müfettişlerin hakim ve savcılarının suçlarına iştirak edenlerle ilgili inceleme ve soruşturma yetkisi de 2802 sayılı Kanun’un 86. maddesindeki düzenleme gereğince bu kişilerin, hakim ve savcılarının belirtilen nitelikteki suçlarına iştirak etmeleri hâliyle sınırlıdır. Anılan kişilerin hakim ve savcılarının kişisel suçlarına iştirak etmeleri hâlinde müfettişlerin inceleme ve soruşturma yetkisi bulunmamaktadır.

³⁸ Çakmak, s.118.

³⁹ Baş, s.339; Kılınç, s.129-131.

⁴⁰ Selman Eskiler, Hakim ve Savcılarının Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2020, s.110.

Müfettiş veya muhakkik, inceleme neticesinde ulaştığı deliller ışığında soruşturma izninin verilmesinin gerekli olup olmadığı yönündeki kanaatini içeren fezlekeyi düzenleyerek Kurulun ilgili Dairesine gönderecektir. Müfettiş veya muhakkik yapılan incelemenin neticesinde;

➤ İhbar ya da şikâyetin konusunu doğrulayan bir delil elde edilememişse, soruşturma izni verilmesine yer olmadığına;

➤ Şikâyet konusunu doğrulayan delil elde edilmişse, ilgili hakkında soruşturma izni verilmesine,

dair düşünce yazısını içeren fezlekesini Daireye sunar. İnceleme aşamasında henüz soruşturma başlamadığından hakkında inceleme yapılan hakimnin ya da savcının savunması alınamaz⁴¹.

Müfettiş veya muhakkik tarafından gerçekleştirilen araştırmanın ve incelemenin neticesinde, soruşturmaya geçilmesine gerek görülmemesi halinde, ilgili Daire tarafından soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilir. İhbar ve şikâyetin işleme konulmamasına ya da araştırma ve inceleme neticesinde soruşturma izni verilmesine yer olmadığına dair işlem tesis edilmesi durumunda, yapılan işlem sonucu hakkında, fiilden zarar gören şikâyetçiye, başvurabileceği kanun yolları ve süresi gösterilmek üzere bilgi verilirken fiilden zarar görmeyen ihbarcılara ise bilgi verilmez. Kamu kurum ve kuruluşlarından gelen ihbar yazılarında bilgi talep edilmesi halinde, yalnızca yapılan işlem hakkında bilgi verilir.

Gerçekleştirilen araştırma ve inceleme neticesine göre soruşturmaya geçilmesine gerek görülmesi halinde Birinci Daire tarafından teklifte bulunularak, Kurul başkanından soruşturma yapılması için izin alınır⁴².

b-) Soruşturma İzni Verilmesi

Muhakkik veya müfettiş tarafından hazırlanan inceleme fezlekesinin Birinci Daireye gelmesi üzerine daire tarafından;

- 1-) Evrakın eksiklik ikmal için iadesi,
- 2-) Soruşturma izni verilmesine yer olmadığına,
- 3-) Soruşturma izni verilmesi

⁴¹ Baş, s.339.

⁴² Kılınç, s.131-136; Baş, s.339-340.

olmak üzere üç çeşit karar verebilir⁴³. İnceleme izni verilmesi üzerine hazırlanan müfettiş veya muhakkik raporuna göre şikâyet konusunu doğrulayan delil elde edilmişse, ilgili hakkında soruşturma izni verilmesine karar verilecektir. Ancak 6087 sayılı Kanun'un 9 ve 17. maddeleri gereğince HSK başkanınca, önce inceleme ve daha sonra soruşturma izni verilebileceği gibi, inceleme ve soruşturma yetkilerinin birlikte verilmesi de mümkündür. Yalnızca inceleme yetkisinin verildiği hallerde; henüz soruşturma başlamamakta, ancak soruşturmanın başlatılması için gereken delillerin toplanması amaçlanmaktadır⁴⁴. İnceleme aşamasında kurul müfettişlerinin görevlendirilmesi halinde, "inceleme yapılması, delil elde edildiğinde soruşturmaya geçilmesi" şeklindeki inceleme ve soruşturma yetkisini içeren bir "olur" verilmektedir. 2802 sayılı Kanun'un 83. maddesi gereğince müfettişlerin denetim veya soruşturma sırasında öğrendikleri ve gecikmesinde sakınca bulunan konuların soruşturulması için önceden izin alması gerekmesi de durumun hemen Adalet Bakanlığına bildirilmesi gerekir. Buna karşın, Kurul müfettişine inceleme ve delil elde edildiğinde soruşturmaya geçme izninin verilmesi halinde, soruşturma evresine geçilmesi müfettişin takdirine bırakılmıştır⁴⁵.

6087 sayılı Kanun'un 17. maddesi uyarınca kurul müfettişleri hakimlerin ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırırlar ve gerektiğinde haklarında inceleme ile soruşturma görev ve yetkisine sahiptirler. Kurul müfettişleri söz konusu görevlerini yerine getirirken; yapacakları araştırma, inceleme ve soruşturmalarda, lüzum gördükleri kimseleri yeminli dinleyebilirler, gerektiğinde istinabe yoluna başvurabilirler, sübut delilleri ile gereken bilgileri kamu kurum, kurul ve kuruluşlarından doğrudan toplayabilirler. Yapacakları inceleme ve soruşturmalarda, 6087 sayılı Kanun tarafından verilen yetkilere ek olarak CMK'ya göre işlem yapabilirler; kanunlarda kendilerine ve Cumhuriyet savcısına, soruşturmanın yürütülmesiyle ilgili tanınan tüm yetkileri kullanabilirler. Ancak CMK'da gecikmesinde sakınca bulunan hâllere ilişkin olmak üzere Cumhuriyet savcısına tanınan yetkiler (arama, elkoyma,

⁴³ Çakmak, s.118.

⁴⁴ Eskiler, s.110.

⁴⁵ Baş, s.339-340.

iletişimin denetlenmesi gibi) bu kapsam dışındadır. Söz konusu hallerde mutlaka hakim kararı gereklidir⁴⁶.

Soruşturma izni verilmeden evvel hakim ya da savcı hakkında koruma tedbiri uygulanması mümkün değildir. Kurul müfettişine inceleme ve delil elde edildiğinde soruşturmaya geçilmesi yönünde izin verilmesi halinde, soruşturma evresine geçilmesi müfettişin takdirine bağlanmış olduğundan inceleme evresinde elde ettiği deliller uyarınca soruşturma evresine geçilmesi düşüncesindeyse, bunu bir karara bağlayarak dosyaya koyacaktır. Elde edilen deliller çerçevesinde müfettişin soruşturma evresine geçilmesine karar vermesinden itibaren koruma tedbirlerine başvurabilir. Müfettiş ya da muhakkik veya Cumhuriyet savcısı koruma tedbirlerinin uygulanmasını ancak mahkemeden isteyebilir⁴⁷.

c-) Soruşturma Aşaması

Müfettiş ve muhakkikin gerçekleştirdiği araştırma ve incelemenin neticesine göre soruşturmaya geçilmesine gerek görülmesi halinde ilgili Daire tarafından ilgili hakkında soruşturma yapılması için Kurul başkanına teklifte bulunularak, soruşturma izni talep edilir. Dosya üzerinde yapılacak inceleme neticesinde HSK Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı tarafından “**soruşturma izni**” verilmesi üzerine dosya tekrar ilgili Daire olan Birinci Daireye gelir. Daire tarafından görevlendirilen müfettiş veya muhakkik eliyle soruşturma başlatılacaktır. Bu aşamada müfettiş veya muhakkik ilgilinin savunmasını aldıktan ve eksik delilleri topladıktan sonra raporunu hazırlayarak Daireye sunacaktır. Kanun’un 82. maddesinin son fıkrasında vurgulandığı üzere soruşturma aşamasında muhakkik olarak görevlendirilen hakim ve savcılar, adalet müfettişlerinin Kanun’un 101. Maddesinde belirtilen yetkilerini kullanmaya haizdirler.

aa-) Savunma Alınması

Soruşturma aşamasında muhakkik veya müfettiş, hakkında soruşturma izni verilen hakim veya savcının savunmasını 2802 sayılı Kanun’un 84. maddesine göre alacaktır. Kanundaki düzenlemeler uyarınca Kurul tarafından hazırlanan 2. No’lu Genelgede de vurgulandığı üzere araştırma ve inceleme izni verilen hâllerde hakim ve savcının savunması alınamaz. Hakim ve

⁴⁶ Çakmak, s.121; Baş, s.340.

⁴⁷ Baş, s.340.

savcının savunması ancak soruşturma izni verilen hâllerde alınabilir. Hakim ve savcı hakkında soruşturma izni verilmiş ise ilgilinin savunması 2802 sayılı Kanun'un 84. maddesindeki esaslar çerçevesinde alınacaktır. Ayrıca soruşturma konusu eylemin cezai yönden kovuşturmayı gerektirdiğinin değerlendirilmesi durumunda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şüpheliye tanınan hakların hatırlatılması suretiyle ilgilinin savunmasının alınması gerekmektedir.

2802 sayılı Kanun'un "*Soruşturmada savunma*" kenar başlıklı 84. maddesinde ve HSK'nın 2 No'lu Genelgesinin 6. bendindeki açık düzenlemede savunma hakkının kullanma esasları belirlenmiştir. Kanun'un 84. maddesi uyarınca hakim ve savcılarının savunmaları, soruşturmayı yapan görevlilerin üç günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirttiği bir tarihte alınır. Süresi içinde veya belirtilen tarihte savunmasını yapmayan bu hakkından vazgeçmiş sayılır.

Disiplin soruşturmasında olduğu gibi burada da itham edilen eylemin ayrıntılı ve açık bir şekilde ilgiliye bildirilmesi ve savunmasını yapmasına imkan verecek bir süre verilmesi gerekmektedir. Bu süre 3 günden az olamaz ancak bu konuda yaşanan hak ihlalleri ve AİHM'nin verdiği kararlar ışığında 3 gün yerine soruşturmanın niteliğine göre daha uzun bir süre verilmesi gerekir.

bb-) Müfettiş veya Muhakkikin Fezlekesini Hazırlaması

Müfettiş veya muhakkik, hakkında soruşturma yürütülen hakim ya da savcının savunmasını aldıktan ve savunmasında gösterdiği deliller ile birlikte diğer delilleri topladıktan sonra fezlekesini hazırlayacaktır.

Müfettiş veya muhakkik soruşturma izni verilen konuda hazırlayacağı fezleke ve rapor evrakını kendi düşüncesiyle birlikte Kurul Birinci Dairesine gönderecektir. Hazırlanacak fezleke taraf bilgilerinin yanı sıra tüm iddiaların inceleme ve soruşturma maddeleri şeklinde tek tek gösterilmesi, her bir fiilin tarihinin, inceleme ve soruşturmanın seyrinin ve delillerin nelerden ibaret bulunduğu belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca verilen izin üzerine yürütülen soruşturma sırasında ilgilinin savunmasında gösterilen delillerin toplanıp toplanmadığına, delillerin değerlendirilerek sonuca nasıl varıldığına ilişkin hususların da fezleke yer alması lazımdır⁴⁸.

⁴⁸ Baş, s.343.

6087 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi uyarınca Birinci Dairenin talebi üzerine verilen soruşturma izni kararı üzerine hazırlanan müfettiş veya muhakkik fezlekesi ile birlikte dosya soruşturma aşamasının tamamlanması için Kurul İkinci Dairesine gönderilecektir.

d-) Kovuşturma İzni Kararı Verilmesi

6087 sayılı Kanun'un 9. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca görevlerinden dolayı veya görevleri sırasındaki suç soruşturması ile disiplin soruşturma ve kovuşturması sonucu hakkında karar vermek yetkisi Kurul İkinci Dairesine aittir. Buna göre soruşturma dosyasının Birinci Daire tarafından İkinci Daireye gönderilmesi üzerine Dairece, soruşturma konusu fiilin, disiplin bakımından ya da cezai bakımdan kovuşturmayı gerektirir nitelikte olup olmadığı değerlendirilecektir. Eğer disiplin bakımından ya da cezai bakımdan kovuşturmayı gerektirir nitelikte olmadığı kanısına varılırsa 2802 sayılı Kanun'un 87. maddesi uyarınca soruşturma evrakının işlemden kaldırılmasına karar verilecektir. Buna karşılık Daire fiilin disiplin bakımından ya da cezai bakımdan kovuşturmayı gerektirir nitelikte olduğu kanaatinde ise cezai bakımdan kovuşturma izni verecek ve dosya aslını kovuşturma işlemleri için ilgili savcılığa gönderirken disiplin işlemlerine esas olmak üzere dosyanın bir suretini Dairede tutacaktır⁴⁹.

6087 sayılı Kanun'un 4/1-c ve 9. maddeler uyarınca Kurul'un görevli İkinci Dairesi'nin vereceği kovuşturma izninin verilmesine ilişkin kararda iddianamenin hangi yer Cumhuriyet savcılığınca düzenleneceği ve son soruşturmanın açılması kararı verilmesi için hangi mahkemeye sunulacağı gibi yetkiye ilişkin hususlar açıkça belirtilmelidir. 2802 sayılı Kanun'un 89/1. maddesi uyarınca dosya ilgilinin fiilini gerçekleştirdiği tarih itibarıyla yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına; Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda görevli olanlar bakımından Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilecektir. Kovuşturma izni verildiği sırada ilgili hakim veya savcının başka bir yere tayin olmuş olması önemli olmayıp burada suçun işlendiği yer esas alınacak ve dosya buna göre ilgili başsavcılığa gönderilecektir⁵⁰.

2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 159. maddesinde yapılan değişiklikler ve bu değişiklikler çerçevesinde çıkarılan 6087 sayılı Kanun

⁴⁹ Baş, s.343-344.

⁵⁰ Baş, s.344.

hükümleri çerçevesinde 2802 sayılı Kanun güncellenmemiştir. Bundan dolayı 2802 sayılı Kanun'daki hükümlerin mevcut Anayasa değişikliği ve 6087 sayılı Kanun ile çelişen hükümleri bulunmaktadır. Ancak bu noktada Anayasa değişikliği ve 6087 sayılı Kanunla getirilen hükümler uygulanacaktır. Uygulamada 2802 sayılı Kanun güncellenene kadar sorun yaşanmaması bakımından HSK'nın "*Hâkim ve savcılar hakkındaki araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri*" konulu 2 No'lu Genelgesinin 20. bendinde "*Hâkim ve savcılar hakkındaki araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması işlemlerinden Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görev ve yetkisi kapsamında kalan hususlara ilişkin olmak üzere; 2802 sayılı Kanunun bu genelgeye konu edilen ilgili maddelerinde geçen "Adalet Bakanlığı", "Adalet Bakanı" veya "Ceza İşleri Genel Müdürlüğü" ibarelerinin; "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", "İlgili Daireleri" ve "Kurul Başkanı" olarak değiştiğinin inceleme ve soruşturmalar sırasında göz önünde tutulması," gerektiği belirtilmiştir.*

e-) Son Soruşturmanın Açılması Kararı

aa. Genel Olarak

5271 sayılı Kanun'da bulunmayan "son soruşturmanın açılması" kavramı esasen kamu görevlilerini yargılanması usulünde öngörülen bir aşamadır. Buna göre kamu görevlisi hakkında yürütülen ceza yargılamasında, ilk soruşturmada elde edilen sonuçlara göre, kişinin cezayı gerektiren bir suçu işlediğine ilişkin yeter derecede kuşku bulunması durumunda, son soruşturmanın açılmasına karar verilir. Kişi hakkında kovuşturma aşamasına geçilebilmesi için son soruşturmanın açılması kararının verilmiş olması gerekir. Bu bağlamda 2802 sayılı Kanun'un 89/2. maddesi uyarınca düzenlenecek iddianame doğrudan kovuşturma aşamasına geçilmesine imkan vermemektedir. Hazırlanan iddianamenin ağır ceza mahkemesine gelmesinden sonra taraflarca talep edilen veya mahkemenin kendisinin gerekli olduğunu değerlendirdiği bilgi, belge ve deliller toplandıktan sonra ağır ceza mahkemesi son soruşturmanın açılmasına karar verecektir. Ancak ağır ceza mahkemesinin bu kararı ile kovuşturma aşamasına geçilebilmektedir. Dolayısıyla Kanun'un 89/2. maddesinde geçen "iddianame" kavramı teknik manada iddianamenin hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır. 5271 sayılı Kanun'daki iddianamenin hüküm ve sonuçlarını son soruşturmanın açılması kararı doğurmaktadır. Esasen gerek 2802 Kanun'un ve gerekse diğer kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin mevzuatın 5271 sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmesi faydalı olacaktır. Bu noktada Cumhuriyet başsavcılığının

2802 sayılı Kanun'un 89/2. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemesine sunacağı belgenin "talepname"; ağır ceza mahkemesinin düzenleyeceği son soruşturmanın açılması kararının da "iddianame" olarak vasıflandırılması yerinde olacaktır.

Bu noktada 5271 sayılı Kanun sonraki tarihli kanun olsa da 5271 sayılı Kanun'un genel nitelikli kanun olması ve 2802 sayılı Kanun'un ise özel nitelikte ve içerdiği güvenceleri Anayasa'nın 139 ve devamı maddelerinden alması nedeniyle 5271 sayılı Kanun'un yeni sistematığının 2802 sayılı Kanun'daki sistematığı zımnen ilga etmesi söz konusu olamaz.

2802 sayılı Kanun'un 89/2. maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısı beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek evrakı, son soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine sunar. Kanundaki düzenleme uyarınca başsavcılığın bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile başsavcılığın talepte bulunmak için yeterli delil olup olmadığını inceleme ve takdir yetkisi bulunmamaktadır. Aynı şekilde savcılığın gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında delil toplama ve soruşturmayı genişletme yetkisi de yoktur⁵¹. Ayrıca Kanun'un 89/2. maddesinde "iddianame" tabiri kullanılmış ise de bu teknik olarak bugün CMK sisteminde geçerli olan "iddianame" kavramının karşılığı olmadığından bunun iadesinin mümkün olmadığı iddia edilmektedir⁵². Ancak Yargıtay⁵³ 2802 sayılı Kanun'da bulunmasa bile CMK

⁵¹ "...Son soruşturmanın açılması kararı, dava açan bir usul işlemi olma niteliğinden ötürü uygulamada iddianame gibi değerlendirilmektedir. Buna göre, soruşturma sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda kamu davası açmaya yeterli şüphe oluşturuyorsa son soruşturmanın açılması kararı düzenlenmelidir, incelenen dosyada, şüpheli Cumhuriyet Savcısının 127 adet soruşturma dosyasını kendi sorumluluğunda bulunmasına karşın 3 yıl süreyle işlemsiz bıraktığı, savsama eyleminin 2005 yılı müfettiş denetimi sırasında ortaya çıktığı, davanın açılmasını sağlayacak olan son soruşturmanın açılması kararını vermek için yeterli şüphenin bulunduğu, delilleri değerlendirme, tartışma ve suçu nitelemenin yargılamayı yapacak mahkemenin görevi olduğu, nitekim Cumhuriyet Savcısının dava açma görevini düzenleyen 5271 sayılı CYY'nın 170.maddesi hükmüne göre, suçun işlendiği hususunda "yeterli delil" değil, daha geniş anlamlı bir kavram olan "yeterli şüphe" bulunmasının, savcının dava açan iddianameyi düzenlemesi için gerekli bir neden ve zorunlu koşul olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda şüpheli hakkında dava açılması kararı verilerek yapılacak yargılama sırasında şüphelinin lehine ve aleyhine tüm delillerin görevli mahkemesince tartışılması hukuken isabetli olacaktır...(Yargıtay 4. CD. E. 2006/8379 K. 2007/1165 T. 6.2.2007), Aktaran Baş, s.352)

⁵² Hasan Tahsin Gökcan, ve Mustafa Artuç, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s.840; Baş, s.346.

⁵³ "...Bu ahvalde 2802 s. Kanunda iddianamenin iadesine ilişkin bir hüküm bulunmasa da, uygulanması gereken 5271 sayılı CMK'nın 170. maddesi gereğince, mahkemece gerekli

hükümlerinin kıyasen uygulanmak suretiyle iddianamenin iadesi hükümlerinin hakim ve savcılar hakkında yapılan soruşturmalar bakımından da uygulanacağını hükme bağlamıştır. Ancak Kanun'da belirlenen beş günlük süre içerisinde iddianamenin hazırlanıp ilgili ağır ceza mahkemesine ibrazı zorunlu olduğu düşünüldüğünde bu iade ile birlikte bu beş günlük sürenin uzaması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ayrıca iddianame ile bir suç hakkında kamu davası açılmakta oysa 2802 sayılı Kanun'un 89. maddesinde düzenlenmiş olan iddianamede bir dava açma söz konusu değildir. İlgili savcılık hiçbir delil olmasa da ilgili ağır ceza mahkemesinden son soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere bir talepte bulunmaktadır. Dolayısıyla burada "iddianameden" ziyade "talepname" söz konusu olduğundan iddianamenin iadesinin teknik olarak uygulanması mümkün değildir. Zira İkinci Dairenin gönderdiği kovuşturma izni üzerine ilgili savcılığın gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında delil toplama ve soruşturmayı genişletme yetkisi bulunmamaktadır. Şimdi iade ile birlikte bu işlemleri yapması istenecektir. Bu nedenle şüpheli ve sanık lehine olan ve etkin bir yargılama için gerekli olan iddianamenin iadesi kurumunun, uygulanabilir şekilde 2802 sayılı Kanun'da yeniden düzenlenmesi gerekir.

2802 sayılı Kanun'un 89/3. maddesindeki düzenleme uyarınca dosya kendisine gelen Ağır Ceza Mahkemesi, Başsavcılıkça hazırlanmış olan iddianamenin bir örneğini CMK uyarınca, hakkında kovuşturma yapılana tebliğ eder. Bu tebliğ üzerine ilgili, Kanun'da yazılı süre içinde delil toplanmasını ister veya kabul edilebilir istekte bulunursa bu husus göz önünde tutulur ve gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere burada Ağır Ceza Mahkemesinin delil toplama ve soruşturmayı genişletme noktasında takdir hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda talep edilen ve kendisinin gerekli olduğunu değerlendirdiği bilgi, belge ve deliller toplandıktan sonra ağır ceza mahkemesi son soruşturmanın açılmasına ya da açılmasına yer olmadığına karar verecektir⁵⁴.

şartları taşımadığı değerlendirilen iddianame iade edilebilecek olup somut olayda; kovuşturma izni verilmesi üzerine dosyanın Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığına ulaşmasından itibaren beş günlük kanuni süre içerisinde iddianamenin düzenlenmesi ve iade kararından sonra düzenlenen diğer iddianamede de bu süreye riayet edilmesi nazara alındığında; sanıklar ve müdafilerin iddianamenin iadesi kurumunun haklarında uygulanmayacağına ve iddianamenin düzenlenmesinde beş günlük kanuni süreye uyulmadığına dair itirazları yerinde görülmemiştir...(Yargıtay CGK., 2017/16-956 E., 2017/370 K. ve 26.09.2017 T.)"

⁵⁴ Eskiler, s.119.

bb-) Son Soruşturmanın Açılması Kararı ve Son Soruşturma Mercileri

Ağır ceza mahkemesi gelen iddianame üzerine yapacağı değerlendirme neticesinde son soruşturmanın açılması kararı verebilir. Ancak en yakın ağır ceza mahkemesi son soruşturmanın açılması kararı verdiği takdirde dosyanın gönderileceği mahallin açıkça kanuni düzenlemeye uygun olarak gösterilmesi gerekir. 2802 sayılı Kanun'un "Son soruşturma mercileri" kenar başlıklı 90. maddesi uyarınca haklarında son soruşturma açılmasına karar verilenlerden; birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetine dahil bulunan hakim ve Cumhuriyet savcılarının, son soruşturmaları Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde görülür. Bunun dışında kalan diğer hakim ve savcılarının son soruşturmaları, yargı çevresi içinde buldukları yani suç işledikleri yerin bağlı olduğu ağır ceza mahkemesi tarafından yürütülecektir⁵⁵. Bu aşamada hakim ve savcının başka bir yere tayin edilmiş olması sonuca etkili değildir.

2802 sayılı Kanun'un 15/1. maddesi uyarınca hakimlik ve savcılık mesleği; üçüncü sınıf, ikinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıf olmak üzere dört sınıfa ayrılır. Uygulamada karışıklık olmaması ve görevli mahkemenin doğru belirlenmesi bakımından hakimin veya savcının birinci sınıfa ayrılma tarihi, HSK Genel Sekreterliğinden sorularak tespit edilmelidir⁵⁶. Burada soruşturmanın açılmasına karar verildiği an itibariyle hakim ve savcının birinci sınıfa ayrılmış olması yeterlidir yoksa eylemin gerçekleştiği tarih itibariyle birinci sınıfa ayrılmış olması şart değildir⁵⁷.

⁵⁵ "...Birinci sınıfa ayrılmadığı anlaşılan sanık M. A'nın Mardin Ağır Ceza Mahkemesine bağlı bulunan Savur ilçesinde C. Savcısı olarak görevli olduğu sırada ve görevi nedeniyle suç işlediğinin iddia edilmesi üzerine hakkında inceleme ve soruşturma başlatılmıştır. Bu aşamada Ermenek İlçesine C. Savcısı olarak atanan sanık, son soruşturmanın açılması kararının verildiği tarihte bu görevde bulunmaktadır. Görüleceği üzere sanık, son soruşturma kararının verildiği tarihte, suç yeri itibariyle yetkili ve yasada istisnai olarak belirlenen özel kural gereğince de kendisini yargulamakta görevli bulunan Mardin Ağır Ceza Mahkemesi heyetine dahil olmadığı gibi, birinci sınıfa da ayrılmamıştır. O halde, sanık M. A. ile ona tabaen diğer sanıklar hakkındaki yargılama yetki ve görevi, **suç yerinin bağlı bulunduğu Mardin Ağır Ceza Mahkemesidir. Bu nedenle, Mardin Ağır Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılmasına karar verilmelidir...** (Yargıtay CGK E. 2004/218 K. 2004/232 T. 28.12.2004)" (Aktaran Baş, s.348 Dn.291)

⁵⁶ Gökcan/Artuç, s.841.

⁵⁷ Kılınç, s.137; "...Görüldüğü üzere hâkim ve Cumhuriyet savcılarının görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlar nedeniyle son soruşturmaları yapacak mercinin belirlenmesinde meslek sınıfları ve görev sıfatlarını esas alan Kanunumuzun sistemine göre; birinci sınıfa ayrılmış bulunanlar ile ağır ceza mahkemesi heyetine dahil bulunanlar yönünden Yargıtayın görevli ceza dairesi; bunlar

Zira 2802 sayılı Kanun'un "Son soruşturma mercisinin saptanması" kenar başlıklı 91. maddesi uyarınca 2802 sayılı Kanun gereğince haklarında kovuşturma yapılacak olanların, son soruşturma mercilerinin saptanmasında, son soruşturma zamanındaki sıfatları; son soruşturmadan önce görevden ayrılanların ise ayrılma zamanındaki sıfatları esas alınır. Geçici yetkililer hakkında soruşturma ve kovuşturma mercilerinin saptanmasında yetkili buldukları yerdeki sıfatları esas tutulur. Dolayısıyla hakim veya savcılarının suçun işlendiği zamanda birinci sınıfa ayrılıp ayrılmamalarının bir önemi yoktur. Burada son soruşturmanın açılması kararını verecek Ağır Ceza Mahkemesi'nce, şüphelinin birinci sınıfa ayrılmasına karar verilmiş olup olmadığı Kurul Genel Sekreterliğinden öğrenildikten sonra dosya görevli merciye gönderilecektir. Ancak son soruşturmanın açılması kararından sonra hakkında soruşturma yapılan hakimin ya da savcının birinci sınıfa ayrılmasının görev kuralı bakımından bir önemi bulunmamaktadır⁵⁸.

Diğer taraftan yine Yargıtay'da yargılanacak olan "ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olanlar" ibaresi ağır ceza mahkemesi başkanları, heyet üyeleri ve ağır ceza mahkemesi duruşmasına çıkan savcılar⁵⁹ ile yine hakimlerden veya savcılardan bu heyete geçici olarak dâhil olanları kapsamaktadır. Dolayısıyla ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olan bu hakim ve savcılarının bu görevdeyken görevden kaynaklı işledikleri suçlarla ilgili yargılama yapılıyorsa görevli mahkeme Yargıtay'ın ilgili dairesidir. Bunun dışında kalan suçlar bakımından ise yargı çevresi içinde buldukları ağır ceza mahkemesi görevlidir⁶⁰. Nitekim Yargıtay geçici veya genel yetki ile ağır ceza

dışında kalanlar bakımından ise bağlı buldukları ağır ceza mahkemesi görevlidir. Yasa koyucu mevcut düzenleme ile hâkim ve Cumhuriyet savcılarının mesleki sınıflarını dikkate almak suretiyle, birinci sınıfa ayrılmış bulunan meslek mensuplarının birinci derece mahkemeleri yerine üst dereceli mahkemede yargılanmalarını, görev sıfatlarını esas almak suretiyle de hâkim ve Cumhuriyet savcılarının görevli buldukları mahkemede yargılanmalarından doğabilecek sakıncaları gidermeyi amaçlamıştır. Nitekim son soruşturma mercilerinin saptanmasında, son soruşturma kararının verildiği tarihteki sıfatın esas alınacağı kuralı da aynı maksat doğrultusunda getirilmiştir... (Yargıtay CGK., 2018/452 E. , 2019/630 K., 24/10/2019 T.)".

⁵⁸ Baş, s.348; Gökcan/Artuç, s. 842.

⁵⁹ "...Son soruşturma kararının verildiği tarihte Bilecik C. Savcısı olan sanığın Ağır Ceza Heyetine dahil sayılması nedeniyle 2802 sayılı Yasanın 90 ve 91.maddeleri buyurucu hükümleri karşısında, Yargıtay ilgili ceza Dairesince yargılanması gerektiği gözetilmeden, görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla hüküm kurulması, yasaya aykırıdır...(Yargıtay 4. CD. 2003/1143 E. 2003/695 K. 12.3.2003 T.); (Aktaran, Gökcan/Artuç, s. 870).

⁶⁰ Gökcan/Artuç, s.841-842; Baş, s. 347.

mahkemesi heyetine dahil olan hakimler ile ağır ceza mahkemesinin yargılama faaliyetlerinde savcılık makamını temsil eden Cumhuriyet savcılarının bu görev süresi ile sınırlı olarak ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olabileceklerini kabul etmiştir⁶¹.

Yine burada hakim veya savcının suçun işlendiği tarih itibarıyla ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olması şart olmayıp son soruşturmanın açılması kararının verildiği anda ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay⁶² verdiği kararlarda bu hususa açıkça vurgu yapmıştır.

⁶¹ “...Uygulamada duraksamalara yol açabilecek olan “ağır ceza mahkemesi heyetine dâhil bulunmak” kavramı Hakimler ve C. Savcılar yönünden ayrı ayrı açıklanacak olursa; Bir Hakim ağır ceza mahkemesi heyetine dâhil kabul edilebilmesi için, ağır ceza mahkemesi başkan veya üyesi sıfatıyla o yere atanmış olması veya müstemir yetki ile ağır ceza mahkemesi başkan veya üyeliği görevini yapıyor bulunması gerekir. Esasen, ağır ceza mahkemesi kuruluşu bulunan yerdeki diğer mahkemelerde görevli olan, ancak ağır ceza heyetine dâhil bir hakimin izin, hastalık, emeklilik gibi nedenlerle görevinden ayrılması üzerine, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nün 18.5.1981 gün ve 15-72 sayılı genelgesi uyarınca Adalet Komisyonu Başkanları tarafından, uhdelerindeki asıl görevlerine ek olarak geçici süreyle ağır ceza mahkemelerinde görevlendirilen Hakimler ise, salt bu görevin süresi ile sınırlı biçimde, “ağır ceza mahkemesi heyetine dâhil Hakim” olarak kabul edilmelidirler. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 30.12.1946 gün ve 207-205 sayılı kararında; “sulh Hakimlerinin ağır ceza mahkemelerinde ledelicap yetki ile üye bulunması asli sıfatının selbini icap ettirmeyeceğinden, asli vazifesinden mütevellit suçlardan dolayı muhakemesi ağır ceza mahkemesinin görevi dâhilinde olup, Yargıtay’ın hususi dairesi görevinden hariçtir” denilmekle bu hususa işaret edilmiştir. C. Savcılar yönünden ise durum farklılık göstermektedir. Ağır ceza mahkemesi kuruluşu bulunan yerlerdeki C. Başsavcılar yasadan kaynaklanan görevleri nedeniyle ağır ceza mahkemesi heyetine dâhil sayılırlar. Aynı yerde görev yapan C. Savcılar ise, ancak C. Başsavcısının yapacağı iş bölümü gereği savcılık örgütünü ağır ceza mahkemesi nezdinde temsil edebilmektedirler. O halde, C. Savcılar da ağır ceza mahkemesinin yargılama faaliyetlerinde savcılık makamını temsil ile görevlendirilmeleri durumunda ve bu görev süresi ile sınırlı olarak ağır ceza mahkemesi heyetine dahil kabul edilmelidirler. 5190 sayılı Yasaya göre görev yapan C. Başsavcı vekili ile C. Savcılar ise sözü edilen Yasa gereği ağır ceza mahkemesi heyetine dâhil sayılmalıdır...(Yargıtay CGK., 2004/218 E., 2004/232 K. ve 28.12.2004 T.)” (Aktaran, Baş, s.347 Dn.288.)

⁶² “...Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Suç tarihinde birinci sınıfa ayrılmamış olan sanık M. H.’in İnebolu Hakimi olarak görevli olduğu sırada ve görevi nedeniyle işlediği iddia edilen eylemler nedeniyle hakkında inceleme ve soruşturma başlatıldığı, soruşturma devam ederken Kars Ağır Ceza Mahkemesi üyeliğine atandığı, son soruşturmanın açılması kararının verildiği tarihte de Kars Ağır Ceza Mahkemesi üyesi olarak görevli olduğu hususları göz önüne alındığında, son soruşturmanın açılmasına karar verildiği tarihte ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olan sanık hakkında 2802 sayılı Kanunun 90 ve 91. maddeleri uyarınca yargılama yapma yetki ve görevi Yargıtay 5. Ceza Dairesine ait bulunmaktadır...(Yargıtay CGK., 2012/1424 E., 2013/4 K.,15/01/2013 T.)

Bu bilgiler ışığında somut olarak örnekleme gerekirse Sivas Cumhuriyet savcısı hakkında görevden doğan veya görev sırasında işlemiş olduğu suçtan soruşturma izni ve akabinde de kovuşturma izni verilmesi üzerine evrak Tokat Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecek, Tokat Cumhuriyet Başsavcısı 5 gün içerisinde iddianame tanzim ederek Tokat Ağır Ceza Mahkemesinden son soruşturmanın açılması veya açılmaması yönünde karar talep edecektir. Tokat Ağır Ceza Mahkemesi tarafından son soruşturmanın açılması kararı verildiği sırada Sivas savcısı birinci sınıfa ayrılmış veya Ağır Ceza Mahkemesi heyetinde görevli ise dosya kovuşturma yapılmak üzere Yargıtay ilgili Ceza Dairesine gönderilecektir. Aksi takdirde dosya görev yaptığı yer olan Sivas Ağır Ceza Mahkemesine gönderilecektir.

f-) Son Soruşturmanın Açılmasına Yer Olmadığına Dair Karar ve İtiraz Usulü

Düzenlenmiş olan iddianame ile gelen talebi değerlendiren ağır ceza mahkemesi son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verir ise hakim ve savcı hakkında soruşturma bitmiş olacaktır. Ancak verilecek böyle bir karar itirazı kabil bir karar olacaktır. 2802 sayılı Kanun'un "*İlk soruşturmada itiraz usulü*" kenar başlıklı 92. maddesi uyarınca Kanun'un 89. maddede yazılı mercilerin tutuklamaya ve salıvermeye veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararlarına Cumhuriyet savcısı veya ilgililer tarafından genel hükümlere göre itiraz olunabilir. Bu itiraz, ilgilinin yargı çevresi içinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere, kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesinde incelenir. Buna göre ağır ceza mahkemesince son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair karar verilirse, Cumhuriyet savcısı genel hükümlere göre bu karara itiraz edebilir. Yapılan itiraz CMK'nın 268 ve devamı maddelerindeki hükümlere göre incelenecektir⁶³.

4-) Görevden Doğan veya Görev Sırasında İşlenmiş Olan Suçta Suçüstü Halinin Bulunması

Suçüstü hali kavramı 5271 sayılı CMK'nın 2/1-j maddesi ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4. maddesinde tanımlanmıştır. 5271 sayılı CMK'nın 2/1-j maddesine göre suçüstü hâli işlenmekte olan suç yanında, henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra takip edilen veya suçun az önce işlendiğine dair eşya ya da delille

⁶³ Baş, s.347.

yakalanan kimsenin işlediği suçu da içermektedir. Buradaki düzenlemeler ışığında bir suçun işlenmesi sırasında veya işlenmesinden çok kısa bir süre sonra suç failinin, yakalanmış olması halinde suçüstü hali gerçekleşmiş olacaktır⁶⁴. Diğer bir ifade ile suçüstü halinde işlenmekte olan, işlendiği görülen, gözlemlenen bir durum söz kokusudur⁶⁵.

2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi uyarınca hakim ve savcılar hakkında genel hükümlere göre soruşturma yürütülebilmesi ortada ağır cezalı suçüstü halinin bulunmasına bağlıdır. Hakim ve savcının görevden doğan veya görev sırasında işlemiş olduğu suçun, ağır ceza mahkemesinin görevine girmesi ve suçüstü hâlinin mevcut olması durumunda soruşturma süreci Kanun'un 82-92. maddelerine göre değil Kanun'un 94. maddesine göre yürütülecektir. Buna göre hakim ve savcının görevden doğan veya görev sırasında işlemiş olduğu suçun, ağır ceza mahkemesinin görevine girmesi ve suçüstü hâlinin mevcut olması durumunda 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesinde yer alan "*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır*" hükmü gereğince ilgili Cumhuriyet başsavcılığı tarafından genel hükümlere göre soruşturma yürütülecek, düzenlenen iddianame aynı Kanun'un 89. maddesi gereğince son soruşturmanın açılması kararı verilip verilmeyeceğinin değerlendirilmesi için ağır ceza mahkemesine gönderilecektir⁶⁶.

Görüldüğü üzere, hakim ve Cumhuriyet savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçların soruşturması izne bağlı olup bu suçlar bakımından ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halinin varlığı halinde izin şartı aranmamaktadır. Hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yürütülecek ve nihayetinde son soruşturma kararının verilip verilmeyeceği hususunda 89. maddede belirlenmiş olan ağır ceza mahkemesinden talepte bulunulacaktır.

Öte yandan, 2802 sayılı Kanun'un 90 ve 93. maddelerinde "görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar" ve "kişisel suçlar"a dair kovuşturma makamları belirlenmiş, 94. madde kapsamındaki hâl bakımından ise kovuşturma makamları açıkça gösterilmemiştir. Ancak, anılan Kanun'un 90 ve 93. maddelerindeki açık düzenlemeler karşısında, aynı Kanun'un 94.

⁶⁴ Şahin/Göktürk, s.42; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 13. Baskı, 2020, s.337.

⁶⁵ Fazıl Sağlam, "Anayasa Hukuku Perspektifi ile "Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali" Kavram Üzerine Bir Deneme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 8, S.15, Y.2019, s.251.

⁶⁶ Yargıtay CGK., 2019/116 E., 2019/275 K., 02/04/2019 T.

maddesi kapsamında kalan suçlar yönünden kovuşturma makamları, sanığa atılı suçun "görevden doğan veya görev sırasında işlenen" ya da "kişisel" suç olup olmadığına göre belirlenecektir. Dolayısıyla, görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçun ağır ceza mahkemesinin görevine girmesi ve suçüstü hâlinin mevcut olması durumunda aynı Kanun'un 90. maddesine göre görevli ve yetkili mahkeme tespit edilecektir. Burada hazırlık soruşturması genel hükümlere göre olmakla birlikte kovuşturma aşaması yine 2802 sayılı Kanun'un 90. maddesinde belirlenmiş olan son soruşturma mercilerince yapılacaktır.

C-) HÂKİM VE SAVCILARIN KİŞİSEL SUÇLARINDA YARGILAMA USULÜ

1-) Genel Olarak

2802 sayılı Kanun'da özel soruşturma usulü uygulanan bir diğer suç tipi ise hakim ve savcılarının "kişisel suçları"dır. Kanun'un "*Kişisel suçlarda soruşturma ve kovuşturma*" kenar başlıklı 93. maddesi uyarınca hâkim ve savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesine; Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki hakim ve savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma Ankara Cumhuriyet Başsavcısı ve ağır ceza mahkemesine aittir.

Kanun düzenlemesinde kişisel suç tanımı yapılmamış olmakla birlikte burada hakim ve savcının kamusal görevinden kaynaklı olmaktan ziyade sosyal yaşamında işlediği suçlar kişisel suç kapsamındadır. Diğer bir ifade görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar haricindeki suçlar kişisel suç kapsamındadır⁶⁷. Yukarıda da izah edildiği üzere ihbar ve şikâyetler yoluyla veya teftiş ve denetimler veyahut Cumhuriyet başsavcılıklarının veya Komisyon başkanlarının bildirmesi üzerine kişisel suç iddiasının HSK'nın önüne gelmesi halinde görevli daire öncelikle bunun kişisel suç mu yoksa görev suçu mu olduğu noktasında yaptığı değerlendirme neticesinde kişisel suç olduğu kanaatine varması halinde bu ihbar ve şikâyeti, gereğinin yapılması için görevli ve yetkili yargı merciine gönderecektir. Ancak söz konusu Cumhuriyet savcısınca yapılan işlem neticesi ile ilgili evrakın örneğinin, disiplin yönünden değerlendirilmek üzere ilgili daireye

⁶⁷ Kılınç, s.141; Baş, s.224; Aldemir, s.651; Gökcan/Artuç, s. 828.

gönderilmesi istenir. Kişisel suç iddiasına ilişkin evrakın ilgili Daireye gelmesine müteakip ilgili daire disiplin bakımından araştırma, inceleme ya da soruşturma oluru alınıp alınamayacağı hususunu değerlendirecektir⁶⁸.

HSK tarafından çıkarılan 30/04/2014 tarihli **“Hakim ve savcılar hakkındaki araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri”** konulu 2 No’lu Genelgenin⁶⁹ sonuç kısmında da vurgulandığı üzere kişisel suça ilişkin soruşturmaların kolluğa bırakılmadan bizzat görevli ve yetkili Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yürütülerek sonuçlandırılacaktır. Soruşturma sonucunda düzenlenecek iddianame veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ve dosya örneğinin; kamu davası açıldığında ise yargılama neticesinde verilen mahkeme kararının kesinleşmiş tasdikli bir suretinin disiplin yönünden yapılacak değerlendirmeye esas olmak üzere Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilecekler dışındakilerin Genel Sekreterliğe gönderilmesi gerekir. Görüldüğü üzere kişisel suç soruşturmaları kolluğa yaptırılamayacağı gibi Cumhuriyet savcısına da yaptırılamaz. Bunların doğrudan Cumhuriyet başsavcısı tarafında yürütülmesi gerekmektedir. Genelge ile Cumhuriyet başsavcılıklarına hakim ve savcıların kişisel suç soruşturmalarının yürütülmesinde yapılması gereken işbölümüne dair hükümlere yer verilmiştir. Burada Cumhuriyet başsavcılıklarının kişisel suç niteleme ve delilleri değerlendirilme yetkileri konusunda bir talimat veya yönlendirme bulunmamaktadır. Dolayısıyla Cumhuriyet başsavcılıklarının yargısal yetkilerine bir müdahale de söz konusu değildir.

Kişisel suça ilişkin soruşturma kapsamında Cumhuriyet başsavcısınınca soruşturma sürecinde talimat yazısı da gerektiğinde muadil makama yazılır. Soruşturma yapılırken CMK’da öngörülen usul uygulanarak koruma tedbirlerinin tümüne başvurulabilir. Mesela Eskişehir’de görevli bir hakim, Antalya’da kişisel bir suç işlemesi halinde suçun işlendiği yer olan Antalya’da Antalya Cumhuriyet Başsavcısı, o olay nedeniyle toplanması gerekli olan tüm delilleri toplayıp, evraki tamamlayarak yetkisizlikle dosyayı, görevli başsavcılığa gönderecektir⁷⁰.

Kanun’un 93. maddesinde hakim ve savcılar kişisel suçları bakımından özel yetkili ve görevli mahkeme belirlenmesinin temel sebeplerinden biri

⁶⁸ Özen, s.282 vd.; Baş, s.291; Aldemir, s.651; Gökcan/Artuç, s. 828.

⁶⁹ “Hakim ve savcılar hakkındaki araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri” konulu 2 No’lu Genelgesi, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a13933a3-d473-4a8e-8b06-126972ee0d7c.pdf>, İET:02707/2021.

⁷⁰ Baş, s.350.

soruşturmanın tarafsız bir şekilde yürütülmesini sağlamak düşüncesidir. Kişisel suç soruşturmalarında Kanun koyucu tarafından hakim ve savcılar hakkında gerekli soruşturma işlemlerinin yürütülmesi ve koruma tedbirlerinin alınması sürecinde, ilgili hakim ve savcının birlikte görev yaptığı meslektaşlarının etkilenmemesi ve soruşturmanın tarafsızlığının sağlanması bakımından suçun işlendiği veya kamu düzeninin bozulduğu yer Cumhuriyet başsavcılığı yerine bir başka yer Cumhuriyet başsavcılığının soruşturmayı yürütmesinin yerinde olacağı değerlendirilmiştir. Bununla birlikte bu hâkim ve savcılar hakkındaki soruşturmaların yürütüleceği yer hususunun kanunla belirleneceği de Anayasa'nın 140/3. maddesinin emredici hükmüdür⁷¹.

Diğer taraftan Kanun'da açıkça görevli ve yetkili mahkeme belirtilmiş olduğundan yetkili Cumhuriyet başsavcısı şüpheli hakimın ya da savcının işlediği iddia edilen suç asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç da olsa ağır ceza mahkemesine dava açacaktır⁷².

2-) Kişisel Suçlarda Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Bu bölümdeki suçların soruşturma ve kovuşturma usulü 2802 sayılı Kanun'un 93. maddesinde düzenlenmiştir. Hakim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali dışında kalan suçlar bu kapsamdadır⁷³. Bu düzenlemeyi 680 sayılı KHK'nın 7. maddesi ile yapılan değişiklikten önceki ve sonraki hali açısından iki ayrı şekilde incelemek gerekmektedir.

a-) 680 Sayılı KHK Değişikliği Öncesi

06.01.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 680 sayılı KHK'nın⁷⁴ 7. maddesi ile yapılan değişiklikten önceki haliyle 2802 sayılı Kanun'un 93. maddesine göre hakim ve savcıların kişisel suçları hakkındaki soruşturma yetkisi ve görevi ilgilinin yargı çevresinde görev yaptığı yere en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına, son soruşturma (kovuşturma) yetki ve görevi ise o yer ağır ceza mahkemesine aittir. Somut olarak örneklemek gerekirse; Sivas Adliyesinde görevli bir hakim-savcı 2802 sayılı

⁷¹ Çakmak, s.122.

⁷² Baş, s.351.

⁷³ Eskiler, s.131-134; Kılınç, s.141.

⁷⁴ 680 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname", 06.01.2017 tarihli ve 29940 (Mükerrer) Sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170106M1-2.htm>, İET:02/0772021.

Kanun'un 93. maddesi kapsamında Türkiye'nin herhangi bir yerinde kişisel bir suç işlese, soruşturma işlemleri bağlı olduğu Sivas Ağır Ceza Mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi cumhuriyet başsavcılığı olan Tokat Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, kovuşturma işlemleri ise Tokat Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yürütülecektir. 2 No'lu Genelge uyarınca soruşturmanın Cumhuriyet Başsavcısı tarafından bizzat yürütülerek sonuçlandırılması gerekmektedir.

b-) 680 Sayılı KHK Değişikliği Sonrası

680 sayılı KHK⁷⁵ ile yapılan değişiklikle hakim ve savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesine aittir. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki hakim ve savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi Ankara Cumhuriyet Başsavcısı ve Ankara Ağır Ceza Mahkemesine aittir.

Somut olarak örneklemek gerekirse; Türkiye'nin herhangi bir yerinde kişisel suç kapsamında bir suç işleyen hakim-savcı ister Uşak Adliyesinde isterse Manisa Adliyesinde görev yapsın soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yer olan İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kovuşturma ise İzmir Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yürütülecektir. Çünkü her iki adliye de İzmir Bölge Adliye Mahkemesine bağlıdır.

Aynı şekilde Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki hakim ve savcılar suç nerede işlenmiş olursa olsun kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma Ankara Cumhuriyet Başsavcısı ve ağır ceza mahkemesine aittir⁷⁶.

Burada değişiklikle taşra hakim ve savcılarının kişisel suçları bakımından genel olarak "Cumhuriyet Başsavcılığı" yetkili kılınmışken Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki hakim ve savcılar bakımından bizzat "Cumhuriyet başsavcısı" yetkili kılınmıştır. Halbuki değişiklik öncesi her iki grup hakim ve savcı bakımından da kişisel suçlar ile

⁷⁵ KHK hükümleri 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanununun 6. maddesi ile aynen kanunlaşmıştır.

⁷⁶ Cihan Şahin, "Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları İle HSYK Ve Yargıtay Üyelerinin İletişimlerinin Denetlenmesi", *TAAD*, S.10, Temmuz 2012, s.585.

ilgili soruşturma işlemlerinin ilgili Cumhuriyet Başsavcısı tarafından bizzat yürütüleceği düzenlenmişti. HSK'nın 2 No'lu Genelgesi de bu doğrultuda düzenlenmiştir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanun'unun 98. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşları ile uluslararası mahkemeler veya kuruluşlarda görev yapan birinci sınıf hakim ve savcılar disiplin cezası, soruşturma ve kovuşturma bakımından Yargıtay üyeleri hakkındaki hükümlere tabidir. Dolayısıyla bu statüdeki hakim ve savcılar bakımından 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesine göre hareket edilecektir. Ancak bu kişiler bakımından soruşturma yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.

Diğer taraftan ilgili Başsavcılık yapacağı değerlendirme neticesinde kişisel suç iddiasına ilişkin olarak kamu davası açılmasına yer olmadığına da karar verebilir. Bu durumda kararın bir örneğini Kurulun ilgili Dairesi Olan Birinci Daireye sunulmak üzere Genel Sekreterliğe gönderecektir. Zira fiil suç olarak nitelendirilmese veyahut kamu davası açılmasına imkan verecek nitelikte delil bulunmasa bile disiplin yönünden işlem yapılmasına engel yoktur. Dairede eylemin niteliği ve delil durumuna göre gerçekleştirilecek inceleme neticesinde yeterli delil yoksa ya da fiil disiplin cezası verilmesini gerektirecek nitelikte değilse örneğin hakimin ya da savcının taksirle gerçekleştirdiği trafik kazasında çocuğunun ölmesi gibi, disiplin yönünden işlem yapılmasına gerek bulunmadığına dair karar verebilir⁷⁷. Disiplin soruşturması açılması için yeterli delil olduğunun değerlendirilmesi halinde ise disiplin yargılamasına ilişkin usul uygulanarak disiplin suçu sabit olması halinde gerekli disiplin cezası verilecektir.

c-) 680 Sayılı KHK'nın Kanuni Hakim Güvencesi ve Doğal Hakim İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

Bilindiği üzere mahkemelerin görev ve yetkisine ilişkin kuralların kanun yoluyla düzenlenmesi kanuni hakim güvencesini ifade etmektedir. Mahkemelerin görev ve yetkisine ilişkin kaidelerin yasamanın tasarrufunda bulunması kanuni hâkim güvencesinin bir tezahürüdür. Doğal hâkim ilkesi ise, hangi uyuşmazlıklarda hangi mahkemelerin görev ve yetkili bulunacağını, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce, belirli bir olayla bağlantılı olmaksızın, herkes için genel ve soyut kurallarla kanunda öngörülüş

⁷⁷ Baş, s.351.

olmasını ifade etmektedir⁷⁸. Görüldüğü üzere doğal hâkim ilkesi, mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmiş olmasının yanı sıra, bu kuralların önceden belirlenmiş olması kriterini de bünyesinde barındırmaktadır⁷⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de doğal hâkim ilkesinin bünyesinde, “kanuniliğin” yanı sıra “önceden belirlenmiş” olma koşullarını birlikte barındırdığını kararlarında belirtmiştir⁸⁰. Anayasa’nın “*Kanuni Hâkim Güvencesi*” başlıklı 37. maddesindeki “*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz*” hükmü esasen doğal hâkim ilkesi ile birlikte kanuni hâkim güvencesini de içermektedir⁸¹.

Diğer taraftan suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görece yargı yerinin belirlenmiş olması şeklinde tanımlanan doğal hakim ilkesi, adil yargılanma hakkının en önemli ögesi olan kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkının temelini oluşturmaktadır. Anayasa’nın 37. maddesinde düzenlenen doğal hakim ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına ya da hakim atanmasına engel oluşturur; sanığın veya davanın taraflarına göre hakim atanmasına olanak vermez. Bu ilkeyle suçun işlenmesinden sonra çıkarılacak bir kanunla oluşturulacak mahkeme önünde davanın götürülmesi ve böylece kişiye ya da olaya özgü mahkeme kurulması yasaklanmıştır⁸². Nitekim BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkelerindeki düzenleme uyarınca herkes, önceden konmuş hukuki usullere göre yargılama yapan olağan mahkemelerde veya yargı yerlerinde yargılanma

⁷⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları 13. Baskı, 2012, s.133; Öztürk, s.160; Özbek/Doğan /Bacaksız, s. 72; Suha Tanrıver, “Tabii Hâkim İlkesi Ve Medenî Yargı”, *TBB Dergisi*, S.104, Y.2013, s.12.

⁷⁹ A. Caner Yenidünya, “Kanuni Hakim Güvencesi ve Doğal Hakim İlkesi”, <https://caneryenidunya.com/kanuni-hakim-guvencesi-ve-dogal-hakim-ilkesi/>, İET:02707/2021.

⁸⁰ “...Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibariyle hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyumsuzluğun gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesinin bünyesinde, “kanuniliğin” yanı sıra “önceden belirlenmiş” olmaya da yer verilmiştir...(AYM, 2012/146 E., 2013/93 K., 17.07.2013 T.)

⁸¹ A. Caner Yenidünya, “Kanuni Hakim Güvencesi ve Doğal Hakim İlkesi”, <https://caneryenidunya.com/kanuni-hakim-guvencesi-ve-dogal-hakim-ilkesi/>, İET:02707/2021

⁸² AYM, 2009/52 E., 2010/16 K., 21.01.2010 T.

hakkına sahiptir. Olağan mahkemelere veya yargı yerlerine ait olan yetkilerin ellerinden alınması amacıyla, yerleşmiş yasal usulleri gereği gibi uygulamayan yargı yerleri kurulamaz.

Anayasa'nın 140/3. maddesinde hakim ve savcılarla ilgili hususların kanunla düzenleneceği emredici olarak hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere anayasal hükümler ve doğal hakim ilkesi uyarınca olağanüstü hal (OHAL) KHK'sı ile 2802 sayılı Kanun'un değiştirilmesi hukuken olanaklı değildir. Bu Anayasa'nın 37 maddesi bağlamında doğal hakim ilkesini ön aşaması olan kanuni hakim güvencesine aykırıdır. Ayrıca söz konusu KHK, OHAL sürecinde ilgili hakim ve savcılar hakkında soruşturma başladıktan sonra çıkarılmış olması nedeniyle doğal hakim ilkesine de aykırıdır. Dolayısıyla 680 sayılı KHK ile yapılan düzenleme Anayasa'nın 37 ve 140. maddeleri bağlamında doğal hakim ilkesine açıkça aykırıdır.

3-) Ağır Ceza Mahkemesinin Görevine Giren Suçüstü Hallerinde İşlenen Kişisel Suçlar

Soruşturma konusu kişisel suç bakımından ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinin bulunması durumunda soruşturma süreci 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine ve son soruşturma süreci ise 93. maddesindeki esaslara göre yürütülecektir. Dolayısıyla, hakim ve savcılarının, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli kapsamında işledikleri kişisel suçlar yönünden Kanun'un 94. maddesine göre suçun işlendiği yer Cumhuriyet başsavcılığı tarafından doğrudan yürütülecek soruşturma sonucunda düzenlenecek iddianame ile haklarında kamu davası açılması ve aynı Kanun'un 93. maddesi gereği ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki ağır ceza mahkemesince yargılama yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda Antalya'da kasten bir insanı öldüren Uşak hakiminin eyleminde ağır cezalı suçüstü hali varsa soruşturma işlemleri suçun işlendiği yer olan Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı; son soruşturma işlemleri diğer bir ifade ile kovuşturma işlemleri ise görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki ağır ceza mahkemesi olan İzmir Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yürütülecektir.

4-) Hakim ve Savcılarının Kabahat Eylemlerinin Soruşturulması

2802 sayılı Kanun'da hakim ve savcılarının kabahat niteliğindeki eylemleri bakımından uygulanacak usulü düzenleyen bir düzenleme yoktur. Adalet Bakanlığı, 2802 sayılı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında 2802 sayılı Kanun'un 93. maddesinin kenar başlığını "Kişisel

Suçlar ve Kabahat Eylemleri” olarak değiştirmiş ve kabahat eylemleri bakımından da kişisel suçlara ilişkin usulün uygulanacağı hükümler koymuştur. Ancak bu tasarı yasalaşmadığı için bu husus tartışmalı bir konu olarak kalmıştır. Ancak Yargıtay bu konuyu kişisel suç kapsamında değerlendirmektedir⁸³. Kabahatler Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 2802 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri ile Yargıtay kararları çerçevesinde yasal düzenleme yapılmaya kadar hakim ve savcıların kabahat niteliğindeki eylemleri bakımından 2802 sayılı Kanun’un 93. maddesindeki hükümler çerçevesinde burada belirlenmiş yargı mercilerince gerekli işlemlerin yürütülmesi yerinde olacaktır⁸⁴.

D-) AĞIR CEZA MAHKEMESİNİN GÖREVİNE GİREN SUÇÜSTÜ HALLERİNDE YARGILAMA

1-) Genel Olarak

Yukarıda bahsedilen görevden doğan ve görev sırasında işlenen suçlar ile kişisel suçlara ilişkin iki özel yargılama usulüne 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesinde istisnai bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; hakim ve savcıların işlemiş oldukları bir suçta ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halinin bulunması durumunda soruşturma ve kovuşturma işlemleri genel hükümlere göre yürütülecektir⁸⁵. Diğer bir ifadeyle; hakim ve savcıların işledikleri suç ister görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suç olsun isterse kişisel suç olarak değerlendirilen bir suç olsun olayda “*suçüstü hali*” var ise ve işlenen suç ağır ceza mahkemesinin görev alanına giriyor ise soruşturma işlemleri 5271 sayılı CMK’nın genel hükümlerine göre yürütülecektir. Burada soruşturma, suçun işlendiği yer Cumhuriyet başsavcılığınca yürütülecek ve CMK’nın genel hükümleri uygulanacaktır.⁸⁶

Kanun koyucunun ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde genel hükümlere göre soruşturma yapılmasına müsaade etmesindeki temel gerekçe suçüstü halinde isnadın ciddiliği konusunda kuvvetli bir karinenin bulunmasıdır⁸⁷. Esasen failin, fiilin ve delillerin aleni olarak ve derhal tespit edilebildiği bir durumda soruşturma iznini aramak yargılamanın temel mantığına da uygun olmayacaktır. Burada fiil, fail ve

⁸³ Yargıtay 7. CD., 2007/7389 E., 2009/3311 K., 18/03/2009 T.

⁸⁴ Çakmak, s.133-134.

⁸⁵ Eskiler, s.140-144; Özen, s.283.

⁸⁶ Baş, s.353; Gökcan/Artuç, s.831; Kılınç, s.140.

⁸⁷ Özbudun, s.301; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Yayınları, 22. Baskı, 2018, s.205; Metin Feyzioğlu, “Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul: 2004, s. 399.

deliller açıkça tespit ve elde edilebilir bir noktada olduğundan soruşturmanın etkinliği bakımından da genel hükümler uyarınca bunların ivedi olarak tespiti önemlidir. Ayrıca ağır cezalı suçüstü halinin olduğu bir durumda genel hükümler çerçevesinde etkin bir soruşturma yürütülmemesi kamuoyunun da tepkisine ve başkaca skandalların ortaya çıkmasına nedeni olabilir⁸⁸.

Kanun'un 94. maddesindeki emredici düzenleme uyarınca suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesi ve eylem bakımından suçüstü hükümlerinin gerçekleşmiş olması şeklindeki her iki koşulun birlikte bulunması gereklidir. Diğer bir ifade ile iddia olunan eylemde suçüstü hali söz konusu olmakla birlikte ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmiyor ise 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine göre değil görev suçu veyahut kişisel suça ilişkin hükümlere göre hareket edilecektir⁸⁹.

2-) Ağır Cezalı Suçüstü Hali Kavramı

Suçüstü hali kavramı 5271 sayılı CMK'nın 2/1-j maddesi ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4. maddesinde tanımlanmıştır. 5271 sayılı CMK'nın 2/1-j maddesine göre suçüstü hali; işlenmekte olan suç yanında, henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra takip edilen veya suçun az önce işlendiğine dair eşya ya da delille yakalanan kimsenin işlediği suçu da içermektedir. Buradaki düzenlemeler ışığında bir suçun işlenmesi sırasında veya işlenmesinden çok kısa bir süre sonra suç failinin, yakalanmış olması halinde suçüstü hali gerçekleşmiş olacaktır⁹⁰. Diğer bir ifade ile suçüstü halinde işlenmekte olan, işlendiği görülen, gözlemlenen bir durum söz kokusudur⁹¹.

Ağır cezalı suçüstü halinin varlığının tespiti hakim ve savcılar bakımından soruşturma usulünün belirlenmesinde önemli olduğu kadar hakim ve savcılar bakımından uygulanacak koruma tedbirleri bakımından da önem arz etmektedir. Bundan dolayı konunun anlaşılması bakımından öncelikle suçüstü halinin açıklanması gerekmektedir.

2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi uyarınca hakim ve savcılar hakkında genel hükümlere göre soruşturma yürütülebilmesi için kanunun aradığı iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmekte olup bu husus emredici niteliktedir.

⁸⁸ Sağlam, s.228.

⁸⁹ Çakmak, s. 125; Baş, s. 353.

⁹⁰ Şahin/Göktürk, s.42;Özbek/Doğan/Bacaksız, s.337.

⁹¹ Fazıl Sağlam, "Anayasa Hukuku Perspektifi ile "Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali" Kavram Üzerine Bir Deneme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 8, S.15, Y.2019, s.251.

Bu şartlardan ilki soruşturma konusu suçun ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suç olması diğeri ise olayda “suçüstü hali”nin bulunmasıdır. Suçüstü hali özellikle OHAL döneminde yargılanan hakim ve savcı soruşturmaları bakımından gündeme gelmiştir. HSK Genel Kurulunun 24.08.2016 gün ve 2016/426 sayılı kararının 4. sayfasının ilk paragrafında meslekten çıkarılan hakim ve savcılar hakkındaki soruşturmanın 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesine göre başlatıldığı kabul edilmiştir⁹².

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçların hangileri olduğu 5235 sayılı Kanun’un 12. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332. maddeler hariç) ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemelerinin görevli olduğu hüküm altına alınmıştır. Aynı madde ile Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere dair hükümler de saklı tutulmuştur.

Suçüstü halinden ne anlaşılması gerektiği 5271 sayılı CMK’nın 2/1-j maddesi ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin 4. maddesinde açıklanmıştır. Kanun’daki düzenleme uyarınca “*suçüstü hali*;

1) *İşlenmekte olan suç,*

2) *Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç,*

⁹² “...FETÖ/PDY silahlı terör örgütüyle iltisak düzeyinde de olsa bağlantısı tespit edilen hâkim ve Cumhuriyet savcılarını yönünden, 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 94’üncü maddesi kapsamında ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlinin mevcut olduğu tespitinden hareketle genel hükümler kapsamında adli soruşturmaya başlanıldığı, anılan soruşturma kapsamında bugün itibarıyla 2.146 hâkim ve Cumhuriyet savcısının tutuklu bulunduğu, haklarında yakalama emri düzenlenen 190 kişi hakkında yakalama emirlerinin infazı için çalışmaların devam ettiği, 539 kişinin adli kontrol tedbiri uygulanarak serbest bırakıldığı,...(HSK Genel Kurulunun 24.08.2016 gün ve 2016/426 sayılı Kararı, s.4)”

3) *Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç*”,

ifade etmektedir. Kanun'daki düzenleme uyarınca failin mağduru bıçaklaması durumunda CMK'nın 2/j-1; failin mağduru bıçakladıktan sonra takip üzerine yakalanması durumunda CMK'nın 2/j-2; failin bıçaklama eyleminden hemen sonra elinde kanlı bıçakla yakalanması durumunda ise CMK'nın 2/j-3 maddesindeki suçüstü hâlleri söz konusu olacaktır. Burada sadece suçüstü hali, o sırada işlenmekte olan suçla sınırlı tutulmamış ayrıca suçüstü sayılan haller de tanıma dahil edilmiştir⁹³.

Görüldüğü üzere işlenen bir suç, diğer suçlardan ayırarak, "suçüstü" haline getiren unsurun ortaya konulması halinde kavramın özü belirlenmiş olacaktır. Başlı başına bir suçun işlenmesinin o suçü meşhut suç haline getiremeyeceği ortadadır. Aksi takdirde işlenen bütün suçlar suçüstü halinde işlenmiş suç olacaktır. Bu durumda suçüstü halini ortaya çıkaran temel unsuru, "kısa süre" ve "yakalama" özelliklerinde aramak gerekecektir. Dolayısıyla bir suçun işlenmesi sırasında veya işlenmesinden çok kısa bir süre sonra suç failinin, yakalanmış olması halinde suçüstü hali gerçekleşmiş olacaktır. Burada suçun niteliğinden ve suçlunun kim olduğundan haberdar olunması suçüstü hali için önemlidir. Ancak failin suç işlediği veya bir suçun işlendiği konusunda kimsenin bilgisinin bulunmadığı durumlarda, suçüstü halinden söz edilemez⁹⁴. Burada suçüstü durumun ortaya koyan fiili bir durum vardır. Dolayısıyla suçüstü hali, suçun işlenmesi anından itibaren kısa bir zaman içerisinde suçun ve failin kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıkça belirlenmiş olması halidir⁹⁵. Diğer bir ifade ile fiil ve failin belli olması ve bunun çok kısa bir zaman içerisinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Bir suçun suçüstü haline tabi olduğunun somut olarak yukarıda belirtilen koşulların varlığının ortaya konulması ve her bir suç bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Karine olarak bir suçun doğrudan suçüstü haline tabi olduğunu kabule imkan yoktur. Suçüstü hali bir suçun işlenmesine ilişkin olarak fiil ve failin çok kısa bir zaman aralığı içerisinde bilinir olmasını ifade etmektedir. Burada fiili ve aniden gelişen bir durum söz konusudur.

⁹³ Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, Y. 2007, s.1218.

⁹⁴ Teoman Gökçe, “Türk Hukukunda Meşhut Suç Kavramı, Unsurları ve Görünüş Şekilleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.1, Y.2002, s.86-87.

⁹⁵ Şahin/Göktürk, s.42; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.337; Gökçe, s.88.

3-) 2802 Sayılı Kanun'un 94. Maddesinin Kapsamı

Ağır cezalı suçüstü halinde işlenen suçlara ilişkin soruşturma usulünü düzenleyen 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi, Kanun'un "*Soruşturma ve Kovuşturma*" kenar başlıklı Yedinci Kısımında yer almaktadır. Bu Kısımda birinci bölüm soruşturmayı, ikinci bölüm kovuşturmayı, üçüncü bölüm kişisel suçları ve dördüncü bölüm ise ortak hükümleri düzenlemektedir. Kanun'un 94. maddesi dördüncü bölümde yer almaktadır. Bu belirtilen bölümlerdeki hükümlere uygulanmak üzere de dördüncü bölüm olan "Ortak hükümler" bölümü düzenlenmiştir. Dolayısıyla Kanun'un 94. maddesinin yer aldığı ortak hükümler hem görevden kaynaklı veya görev sırasında işlenen suçlar hem de kişisel suçları kapsamaktadır. Bu belirtilen her iki suç tipinden hangisi olursa olsun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giriyor ve suçüstü hali varsa Kanun'un 94. maddesi uygulanacaktır. Diğer bir ifade ile 2802 sayılı Kanun'da belirlenmiş özel soruşturma usulleri içinde bir üst nitelikte özel bir soruşturma usulü kabul edilmiştir.

Ağır cezalı suçüstü hâlinin söz konusu olduğu durumlarda soruşturmada suçun görevle olan bağlantısı dikkate alınmaz. Suç bakımından yetkili olan ilk derece Cumhuriyet savcısına soruşturma genel usullere göre yürütülür⁹⁶. Hakim ve Cumhuriyet savcılarının görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlarda, suçüstü hali söz konusu değilse ağır ceza mahkemesinin görev alanında kalsa da soruşturma Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca yürütülecektir⁹⁷. Aynı şekilde ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmeyen kişisel suçta, suçüstüne ilişkin şartlar gerçekleşmiş olsa dahi ağır ceza mahkemesinin görev alanında değilse hakim ya da Cumhuriyet savcısı hakkındaki soruşturma ve kovuşturma yukarıdaki esaslar çerçevesinde yürütülecektir⁹⁸.

Nitekim Yargıtay irtikap, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte yardım etme ve rüşvet almaya teşebbüs suçundan yargılanan bir ağır ceza mahkemesi başkanına ilişkin olarak verdiği kararda⁹⁹; birinci sınıf hakim olan sanık

⁹⁶ Baş, s.337.

⁹⁷ Şahin, s.589.

⁹⁸ Şahin, s.585.

⁹⁹ "...Birinci sınıf hakim olan sanık A. K. olay tarihinde 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesi uyarınca kurulan İzmir Özel Yetkili ... Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı olarak görev yapmaktadır.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda, hakim ve Cumhuriyet savcılarının işledikleri suçlara ilişkin; 82 ila 92. maddeleri arasında düzenlenen "görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar", 93. maddesinde düzenlenen "kişisel suçlar" ve 94. maddesinde

düzenlenen "ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri" olmak üzere üç farklı hal öngörülmüştür.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun konumuzla ilgili olan "Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri" başlıklı 94. maddesi; "Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcılar tarafından bizzat yürütülür. Bu halde durumun hemen Adalet Bakanlığına bildirilmesi zorunludur" şeklinde olup, "Suça katılma" başlıklı 86. maddesinde ise; "Hakim ve savcıların suçlarına iştirak edenler aynı soruşturma ve kovuşturma mercilerine tabidirler" hükmü bulunmaktadır.

Öte yandan 5271 sayılı CMK'nun tanımlar başlıklı 2. maddesinde SUÇÜSTÜ HALİ;

"j) Suçüstü:

1. İşlenmekte olan suç,
2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç,
3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç" biçiminde tanımlanmıştır.

Buna göre, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinde, herhangi bir izin sistemi getirilmediği gibi, suçun türüne veya yapılan göreve ya da sahip olunan üvvana ilişkin herhangi bir ayırım yapılmadığından hakim ve Cumhuriyet savcılarının soruşturması genel hükümlere göre yapılacaktır.

Somut olayda; İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen bir ihbar mektubunda, bir kısım avukatların örgütlü bir şekilde İzmir F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarında bulunan tutuklu kişilerle temas kurup, tahliye ettirmek için büyük miktarda para talep ettikleri, aksi taktirde tahliye olmalarının mümkün olmadığını söyleyerek baskı kurduklarının belirtilmesi üzerine İzmir C.Başsavcılığına 2008/... sayılı soruşturma başlatıldığı,

Bu soruşturmanın devam ettiği sırada suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve tefecilik suçundan İzmir F Tipi Kapalı Cezaevinde tutuklu bulunan müşteki V. O. Ç.'in başvurusu nedeniyle 27.03.2008 tarihinde Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesinde; para karşılığı tahliye edilmesi konusunda kendisine birçok avukatın gelip teklifte bulunduğunu beyan etmesi üzerine, 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesi uyarınca kurulan İzmir Özel Yetkili Nöbetçi Ağır Ceza Mahkemesinin 30.06.2008 gün ve sayılı kararıyla CMK'nun 139. maddesine göre; "suç örgütünün faaliyetlerinin ortaya çıkartılabilmesi amacıyla" kod numaralı görevlinin "Avukat K. K." ismiyle gizli soruşturmacı olarak görevlendirildiği,

Eldedilen deliller üzerine 18.10.2008 tarihinde sanıklar A. E., İ. C. V., H. K. ve H. Ş.'in, 20.10.2008 tarihinde de sanık M. K.'un telefonlarının CMK'nun 135 ve 140. maddeleri uyarınca dinlenip tespiti, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, teknik araçlarla gizli olarak izlenmelerine, ses ve görüntü kayıtlarının alınmasına karar verildiği,

Daha sonra meydana gelen gelişmeler nedeniyle müşteki V.'nin tahliyesi konusunda sanık A. K.'un da suça katıldığı yolunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması gerekçesiyle 20.10.2008 tarihinde kullandığı 5 adet telefonunun CMK'nun 135. maddesi gereğince dinlenip tespiti, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verildiği, bir gün sonra da başka bir telefonunun dinlenilmesine ve aynı kanunun 140. maddesi gereğince teknik araçlarla gizli olarak izlenmesine, ses ve görüntü kayıtlarının alınmasına karar verildiği,

22.10.2008 günü İzmir C.Başsavcılığının sayılı yazısı üzerine Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından aynı gün ve ... sayılı yazı ile; "A. K. hakkında ihbar yazısı ve eklerinde belirtilen konular ve mahallinde ortaya çıkabilecek sair hususlarla ilgili olarak C.Başsavcı Vekili M. D.'in soruşturma için görevlendirildiği" hususunun bildirildiği,

hakkında, suçüstü hükümlerine göre doğrudan yürütülen soruşturmanın usulüne uygun olup olmadığı değerlendirirken 2802 sayılı Kanunda, hakim ve Cumhuriyet savcılarının işledikleri suçlara ilişkin; 82 ila 92. maddeleri arasında düzenlenen "görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar", 93. maddesinde düzenlenen "kişisel suçlar" ve 94. maddesinde düzenlenen "ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri" olmak üzere üç farklı hal öngörüldüğünü vurgulandıktan sonra ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinde, herhangi bir izin sistemi getirilmediği gibi, suçun türüne veya yapılan göreve ya da sahip olunan unvana ilişkin herhangi bir ayırım yapılmadığından hakim ve Cumhuriyet savcılarının soruşturması genel hükümlere göre yapılacağını vurgulamıştır. Sanık hakimle birlikte hareket eden diğer kişilerin tahliye karşılığı olan rüşvet parasını teslim ederken suçüstü yakalanması ve devamında sanık hakim de gözaltına alınması sürecinde sanık hakim hakkındaki soruşturmanın, suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesi ve CMK'nun 2. maddesi kapsamında suçüstü halinin mevcut olması nedeniyle 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 94. maddesi uyarınca genel hükümlere göre yapılmasında bir isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir. Bu dosyada soruşturma genel hükümlere göre yürütülmüş ancak ilgili hakim irtikap, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte yardım etme ve rüşvet almaya teşebbüs suçları, görev sırasında veya görevden doğan suçlar olması nedeniyle 2802 sayılı Kanun'un 82 ve devamı maddelerindeki hükümler uyarınca Yargıtay 5. Ceza Dairesinde yargılanmıştır. Dolayısıyla işlenmiş olan suç ister kişisel suç ister görev suçu olsun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçüstü hali varsa soruşturma genel hükümlere; kovuşturma ise suçun kişisel veya görev suçu olma niteliğine göre yapılacaktır.

2802 sayılı Kanun'un 90 ve 93. maddelerinde "görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar" ve "kişisel suçlar"a dair

22.10.2008 günü yapılan duruşmada müşteki V. O. Ç.'in yargılandığı suçlardan oyçokluğuyla tahliyesine karar verildiği, sanık A. K.'un da müştekinin tahliyesi yönünde oy kullandığı, tahliye sonrasında tahliye nedeniyle verilmesi kararlaştırılan 350.000 Liranın sanık M. K.'a Dalaman'da gizli soruşturmacı tarafından teslim edildiği sırada bu sanığın, sanık A. E. ile birlikte görevlilerce yakalandığı, aynı gün saat 22.15 sıralarında sanık A. K.'un usulüne uygun olarak gözaltına alındığı anlaşılmakla; sanık A. K. hakkındaki soruşturmanın, suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesi ve CMK'nun 2. maddesi kapsamında suçüstü halinin mevcut olması nedeniyle 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 94. maddesi uyarınca genel hükümlere göre yapılmasında bir isabetsizlik bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır..." (Yargıtay CGK., 2011/5.MD-137 E., 2013/58 K., 19/02/2013 T.)

kovuşturma makamları belirlenmiş olmasına karşın 94. madde kapsamındaki hâl bakımından ise kovuşturma makamları açıkça gösterilmemiştir. Zira 94. maddede sadece ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinin varlığı halinde “hazırlık soruşturmasının” genel hükümlere göre yürütüleceği düzenlenmiştir. Ancak, anılan Kanun’un 90 ve 93. maddelerindeki açık düzenlemeler karşısında, aynı Kanun’un 94. maddesi kapsamında kalan suçlar yönünden kovuşturma makamları, sanığa atılı suçun "görevden doğan veya görev sırasında işlenen" ya da "kişisel" suç olup olmadığına göre belirlenecektir. Dolayısıyla, görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçun ağır ceza mahkemesinin görevine girmesi ve suçüstü hâlinin mevcut olması durumunda aynı Kanun’un 90. maddesine göre görevli ve yetkili mahkeme tespit edilecektir. Aynı şekilde hakim ve savcılarının, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli kapsamında işledikleri kişisel suçlar yönünden ise; yukarıda belirtilen prosedürler işletilmeksizin anılan Kanun’un 93 ve 94. maddelerine göre ilgili Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından doğrudan yürütülecek soruşturma sonucunda düzenlenecek iddianame ile haklarında kamu davası açılması ve aynı Kanun’un 93. maddesi gereği ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki ağır ceza mahkemesince yargılama yapılması gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay¹⁰⁰ verdiği kararlarda hakim ve Cumhuriyet savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçların soruşturması izne

¹⁰⁰ “...Hakim ve Cumhuriyet savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçların soruşturması izne bağlı olup, bu nitelikte olmakla birlikte ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde ya da kişisel suçlarda izin şartı aranmamaktadır. Öte yandan, Hakimler ve Savcılar Kanununun 90 ve 93. maddelerinde "görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar" ve "kişisel suçlar"a dair kovuşturma makamları belirlenmiş, 94. madde kapsamındaki hâl bakımından ise kovuşturma makamları açıkça gösterilmemiştir. Ancak, anılan Kanunun 90 ve 93. maddelerindeki açık düzenlemeler karşısında, aynı Kanunun 94. maddesi kapsamında kalan suçlar yönünden kovuşturma makamları, sanığa atılı suçun "görevden doğan veya görev sırasında işlenen" ya da "kişisel" suç olup olmadığına göre belirlenecektir. Dolayısıyla, görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçun ağır ceza mahkemesinin görevine girmesi ve suçüstü hâlinin mevcut olması durumunda aynı Kanunun 90. maddesine göre görevli ve yetkili mahkeme tespit edilecektir. Hakim ve Cumhuriyet savcılarının, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli kapsamında işledikleri kişisel suçlar yönünden ise; yukarıda belirtilen prosedürler işletilmeksizin anılan Kanunun 93 ve 94. maddelerine göre ilgili Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından doğrudan yürütülecek soruşturma sonucunda düzenlenecek iddianame ile haklarında kamu davası açılması ve aynı Kanunun 93. maddesi gereği ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki ağır ceza mahkemesince

bağlı olmakla birlikte ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde ya da kişisel suçlarda izin şartının aranmayacağı, Kanun'un 90 ve 93. maddelerindeki açık düzenlemeler karşısında, aynı Kanununun 94. maddesi kapsamında kalan suçlar yönünden kovuşturma makamlarının, sanığa atılı suçun "görevden doğan veya görev sırasında işlenen" ya da "kişisel" suç olup olmadığına göre belirleneceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçun ağır ceza mahkemesinin görevine girmesi ve suçüstü hâlinin mevcut olması durumunda aynı Kanununun 90. maddesine göre ve kişisel suçlarda ise Kanununun 93 ve 94. Maddelerindeki hükümlere göre görevli ve yetkili mahkeme tespit edilecektir. Görüldüğü üzere Kanun'un 94. maddesi sadece "hazırlık soruşturması" bakımından geçerlidir. Her ne kadar madde metninde hazırlık soruşturması denilmiş ise de 5271 sayılı Kanun sistematüğinde "hazırlık soruşturması" kavramı bulunmamakta ve yalnızca "soruşturma" kavramı yer almaktadır. Dolayısıyla 5271 sayılı Kanun'un soruşturma aşamasına ilişkin genel hükümlerine göre hareket edilecektir. Soruşturmasının tamamlanmasından sonraki işlemlerin ise suçun görevden doğan veya görev sırasında işlenmiş bir suç mu yoksa kişisel suç mu olduğuna bağlı olarak yapılacaktır. Diğer bir ifade ile kovuşturma aşaması bu iki suç türü için belirlenmiş kovuşturma usulüne göre yürütülecektir.

Diğer taraftan ağır cezalı suçüstü halinin önem kazandığı bir diğer hal ise koruma tedbirleridir. 2802 sayılı Kanun'un 85 ve 88. maddeleri gereğince; ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında suç işlediği iddia edilen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz ve sorguya çekilemezler. Yine ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışındaki soruşturma sırasında tutuklama istemleri son soruşturmanın açılmasına karar vermeye yetkili mercii tarafından incelenerek karara bağlanır. Yargıtay verdiği kararlarında Kanun'un 85 ve 88. maddelerinde belirtilen hususların istisnai olmadığı ve bu konuda takdir yetkisinin bile bulunmadığı açıkça belirtilmiştir¹⁰¹.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hakim ve savcılar hakkında yapılacak bir soruşturma veya kovuşturmada hangi merciiin soruşturmayı, hangi merciiin kovuşturmayı yürüteceği yine hangi merciiin tutuklama istemini değerlendireceği kanunda açık ve net bir şekilde belirtilmiş olup düzenlenen yetki ve görev hususları kesin nitelikteki özel

yargılama yapılması gerekmektedir....(Ceza Genel Kurulu 2017/1007 E., 2017/400 K., 10.10.2017 T.)

¹⁰¹ Ceza Genel Kurulu, 2003/40 E., 2003/38 K. ve 11/03/2003 T.

düzenlemelerdir. Yani bu düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup herhangi bir şekilde aksi yönde işlem tesis edilemez. Yargı içtihatları da bu doğrultudadır.

4-) Temadi Suçlarda Suçüstü Hali

a-) Genel Olarak

Öğretide tanımı konusunda uzlaşa bulunamayan mütemadi suç¹⁰², bir fiil neticesinde meydana gelen sonucun hemen sona ermeyip, devam ettiği suçlara denilmektedir. Diğer bir ifade mütemadi suç, suçun kanuni tanımında gösterilen tipik hareketin icrasının devam ettiği suçlardır. Burada suçun tamamlanması ve bitmesi farklı zamanlarda gerçekleşebilmektedir¹⁰³. Mütemadi suç, devam eden ve hemen sona ermeyen sonucun kendisi olduğundan dolayı sonuç devam ettiği sürece, suçun da işlenmesine devam edilmektedir¹⁰⁴. Öğretide, mütemadi suçta hem hareketin hem de neticenin devam ettiği fikri de ileri sürülmektedir¹⁰⁵. Yargıtay'a göre ise mütemadi suçta devam eden, derhâl sona ermeyen şey neticenin kendisidir ve bu netice devam ettikçe suç da işlenmektedir¹⁰⁶.

Diğer taraftan bir suçun mütemadi suç sayılabilmesi için, failin temadiye istediği anda son verebilmesinin mümkün olabilmesi gerekir¹⁰⁷. Mütemadi

¹⁰² Öğretide mütemadi suç, neticenin hemen sona ermeyip devam ettiği suçlar olarak tanımlayanlar olduğu gibi, neticenin gerçekleşmesi ve tamamlanmasından sonra devam eden suç veya kesintisiz suçları hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam eden suçlar ya da hareketin icrasının belli bir süre devam ettiği suçlar veyahut hareket ve bunun doğurduğu neticenin devam ettiği suçlar olarak tanımlayanlar da vardır. Bu konuda ayrıntılı açıklama ve tanımlar için bkz. Ayhan Önder, "Mütemadi Suç", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.29, S.1-2, Y.1963, s.75-120; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2018, s.269

¹⁰³ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 16. Baskı, 2020, s.189

¹⁰⁴ Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara: Sevinç Matbaası, 2. Bası, 1975, s. 43.

¹⁰⁵ Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954, s.96.

¹⁰⁶ "...mütemadi suçta devam eden, derhâl sona ermeyen şey neticenin kendisidir ve bu netice devam ettikçe suç da işlenmektedir. Bu esastan çıkan sonuç şu olmalıdır ki mütemadi suçlar ne neticenin ilk gerçekleştiği anda, ne de temadinin sona erdiği anda değil, belki temadinin başlaması ile bitmesi arasında geçen süre içinde, yani mütemadi suçun hukukî konusunu teşkil eden hak ve menfaatin ihlâline devam edildiği sürece icra edilmiş olurlar...(Yargıtay 19.CD., 2018/8071E., 2019/4137 K., 11/02/2019 T.)"

¹⁰⁷ Gökçe, s.93.

suçtaki devamlılık failin iradi bir davranışına bağlıdır¹⁰⁸. Mütemadi suçlarda temadi ne kadar uzun sürerse sürsün bir ihlal ve bir suç söz konusudur.

Temadi eden suçların da suçüstü halinde işlenmesi mümkündür. Buna göre mütemadi suç, faili yakalanıncaya kadar işlenmesine devam edilen suçlar olduğundan söz konusu suçların faili suçüstü yakalandığı takdirde temadi eden suç, suçüstü hükümlerine tabi hale gelecektir¹⁰⁹. Ancak temadinin tek başına devam ediyor oluşu suçu suçüstü hükümlerine tabi kılmaz.

Suçüstü halinin mevzuatımızda işlenen suç türüne göre farklı tanımları bulunmamaktadır. Bu yönüyle temadi eden suçlar ile ani hareketli suçlar bakımından uygulaması farklı olan bir suçüstü rejimi söz konusu değildir. Temadinin kesilmesi suçun işlendiği/tamamlandığı anı ortaya koymakla beraber temadi kesilen suç yönünden aynı zamanda suçüstü halinin de var kabul edilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir.

Diğer taraftan işlenen suçta temadimin devam ettiğinin fiil ve fail bakımından delilleriyle ortaya konulması gerekir. Kişi bir suçtan yakalanmış olsa da atılı suça ilişkin temadinin devam ettiğinin ortaya koyan somut olgu, olay veya delil bulunması gerekir. Nitekim AİHM **Ecer ve Zeyrek–Türkiye Davasında**, 1991 yılında yürürlüğe giren 3713 sayılı TMK'nın 1988 ve 1989 yıllarında işlenen “fillere” uygulanması nedeniyle Türkiye'nin 7. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Şöyle ki Diyarbakır DGM savcısı, 19 Ekim 1993 yılında hazırladığı iddianame ile başvuruçuların, 1988 ile 1989 tarihleri arasında PKK üyelerine lojistik destek sağlamaları, yiyecek depolamaları ve kırsaldaki silahlı militanlarla irtibat içinde olmaları nedeniyle 765 sayılı TCK'nın 169. maddesi ile 3713 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca cezalandırılmalarını talep etmiştir. Yerel mahkeme, başvuruların belirtilen sevk maddeleri ile mahkumiyetlerine ve cezalandırılmalarına hükmetmiş, Yargıtay da bu kararı onamıştır. Başvuruçular, 1988 ve 1989 tarihindeki eylemler bakımından, 1991 tarihli 3713 sayılı Kanun'un 5. maddesinin uygulanmasının, Sözleşmenin 7. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Hükümet, başvuruçuların itham edildikleri suçun TCK'nın 169. maddesi kapsamında, devam eden (mütemadi) bir suç olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürdüğünü kaydetmiş, ancak AİHM, bu görüşü dikkate almamıştır. AİHM'e göre, “**mütemadi suç**” un tanımı

¹⁰⁸ Alacakaptan, s.48-52; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku* Cilt: I., İstanbul: Beta Yayınevi, 12. Baskı, 1997, s.385-386.

¹⁰⁹ Gökçe, s.93.

gereğince, “Bir süre boyunca işlenen bir suç tipidir ve bir sanık, mütemadi (devam eden) bir suçla itham edildiğinde, **hukuki güvenlik ilkesi** uyarınca, bu suçu oluşturan cezai sorumluluğu ortaya çıkaran fiillerin iddianamede açıkça belirtilmesi gerekir. Oysaki DGM 12 Mayıs 1994 tarihli kararında, başvuruçuların “1988 ve 1989” da işlenen fiilleri nedeniyle mahkum edildiklerini belirtmiştir. Bu durumda sanıkların aleyhine uygulayarak 1988 ve 1989 tarihinde eylemleri bakımından, temadinin devam etmediği 1991 yılında çıkarılan ve aleyhe sonuçlar doğuran 3713 sayılı Kanun’un 5. maddesinin uygulanmasının, Sözleşmenin 7. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir.

Mahkeme, işlenen suçun süreklilik (mütemadi) niteliği taşımasının, ilgili suçun belli bir zaman dilimi içinde işlendiği anlamını taşıdığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin görüşüne göre bir kimse süreklilik niteliği taşıyan bir suçu işlemekle itham edildiği zaman yasal kesinlik kuralı söz konusu suçu oluşturan fiillerin iddianamede açıkça belirtilmesini gerektirmektedir. Ayrıca, ulusal mahkeme tarafından verilen karar, davalı hakkında verilen hükmün ve cezanın süreklilik niteliği taşıyan bir suç unsuru taşıdığı yargılama ile ortaya çıktığı bulgusunu açıkça ortaya koymalıdır¹¹⁰.

Özetle temadi eden suçların koşulları bulunması halinde bu suçların suçüstü haline tabi olması mümkündür. Ancak bir suçun sırf temadi eden suçlardan olması o suçu suçüstü hükümlerine tabi hale getirmez. Öncelikle temadinin devam ettiğinin delilleriyle ortaya konulması ve devamında da temadi suçunun suçüstü haline geldiğinin, suçüstü sayılan eylemlerin somut delilleriyle ortaya konulması gerekir. Ancak bu konuda özellikle OHAL sürecinde yapılan soruşturmalarda gerek Yargıtay’ın bu yöndeki kabulü ve gerekse yargı mercilerinin kararları¹¹¹ nedeniyle konu tartışmalı hale gelmiştir.

b-) Terör Suçları Bakımından Suçüstü Hali ve Mütemadi Suç Hali

OHAL döneminde ihraç edilen hakim ve savcılar bakımından 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesi bağlamında örgüt üyeliği suçu bakımından suçüstü hükümlerinin geçerli olduğundan bahisle soruşturmalar CMK’nın genel hükümlerine göre yürütülmüştür. Yapılan yargılamalarda suçüstü halinin

¹¹⁰ AİHM, Ecer ve Zeyrek / Türkiye Kararı, Başvuru No:29295/95, 29363/95, K.T:27.02.2001, Prg.33.

¹¹¹ Bknz Yargıtay 16. CD., 2019/5367 E., 2019/6798 K., 08/11/2019 T.

bulunmadığına ilişkin itirazlar dile getirilmiş ancak bu itirazlar yargılama makamları ve Yargıtay tarafından dikkate alınmamıştır¹¹².

Diğer taraftan her ne kadar soruşturma makamları ve Yargıtay tarafından OHAL sonrası haklarında soruşturma yürütülen hakim ve savcılarının suçlandığı örgüt üyeliği suçlarında suçun temadi etmesi nedeniyle suçüstü halinin varlığı karine olarak kabul edilmiş ise de Türk Hukukunda önceden beri, örgüt üyeliği suçunda karine olarak suçüstü halinin var olduğu kabul edilmemiştir¹¹³. Her bir suç iddiasına ilişkin suçüstü hali ve temadi durumlarının somut delillerle ortaya konulması gerekmektedir.

Şöyle ki, 2802 sayılı Kanun'daki düzenlemeye benzer düzenleme Anayasa'nın 83/2. maddesinde milletvekilleri hakkında da yer almaktadır. Anayasa'nın 83/2. maddesine göre; milletvekilleri, **ağır cezayı gerektiren suçüstü hali** olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılamaz. Bu hükme göre, bir kısım milletvekilleri hakkında, silahlı terör örgütü üyeliği ve yöneticiliği suçlamaları ile ilgili Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından bu eylemler suçüstü hali olarak kabul edilmediğinden, bu milletvekilleri hakkında fezlekeler düzenlenerek meclise gönderilmektedir. Nitekim ülkemizde 2016 yılı içerisinde yapılan Anayasa değişikliği ile tüm milletvekillerinin dokunulmazlıkları kaldırılmış ve TBMM'de beklemekte olan terör örgütü üyeliğine ilişkin suç fezlekeleri ilgili Cumhuriyet başsavcılıklarına iade edilmiş ve milletvekillerinin ifadeleri ancak bu aşamadan sonra alınabilmiştir. Bu kapsamda bir kısım milletvekilleri hakkında PKK silahlı terör örgütü üyesi ve yöneticisi oldukları iddiasıyla mecliste bekletilen fezlekelerin Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderildiği medyaya yansımıştır. Ancak bu suçlamalarla ilgili savcılıklar tarafından dokunulmazlıklar kaldırılmadan önce eylemler suçüstü hali olarak kabul edilmediğinden haklarında ifade alma, gözaltı veya tutuklama tedbirleri uygulanmamıştır. Bu uygulamadan, Türk hukukunda örgüt üyeliği suçunun, kendiliğinden suçüstü halinde işlenen suçlardan olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır ve bu uygulama TBMM tarafından da benimsenmiştir.¹¹⁴.

Bu durumda örgüt üyesi olma suçlaması nedeniyle 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine göre yürütülen soruşturmalarda suçüstü hali olmadığı için ilgili

¹¹² Yargıtay CGK., 2019/623 E., 2020/524 K., 17.12.2020 T.

¹¹³ Sağlam, s.224; Ersan Şen, "Örgüt Üyeliği Suçüstü Hali Sayılabilir mi?", <https://www.hukukihaber.net/orgut-uyeligi-sucustu-hali-sayilabilir-mi-makale,6680.html>, (Suçüstü) İET:18/04/2020.

¹¹⁴ Levent Polat, Haksız Arama Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2007, s.13.

hakkında yapılan arama, gözaltına alma, sorgu ve tutuklama işlemleri Anayasa'nın 139, 140. maddeleri, 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesine ve AİHS'nin 5/1. maddesine açıkça aykırıdır. Kaldı ki OHAL öncesi bir kısım hakim ve savcılar hakkında yürütülen tüm soruşturmalarda (bazı polislerin tahliye edilmesi, MİT Tırları, Selam Tevhid, Kozmik Oda dosyalarında olduğu gibi) Cumhuriyet Savcılığı resen harekete geçmemiş öncelikle Kurul tarafından 2802 sayılı Kanun'un 82-92. maddeleri arasında belirtilen prosedüre uygun işlemler tesis edilmiş ve sonrasında bu maddelerde öngörülen yer Cumhuriyet başsavcılıkları ve ağır ceza mahkemeleri tarafından gerekli işlemler yapılmış ve yargılamaları da Yargıtay nezdinde gerçekleştirilmiştir.

Burada bilinmelidir ki terör ve suç örgütü kuruculuğu, yöneticiliği ve üyeliği suçlarında mütemadi suç hali söz konusudur. Ancak ortada örgütün faaliyeti kapsamında işlenen bir suç veya amaç suç yoksa, sırf örgüte bağlı suçun ve bu bağlamında örgüt üyeliği suçu için CMK'nın 90/1. maddesine göre suçüstü halinde bir yakalama söz konusu olamaz. Zira CMK'nın 90/1. maddesinde yakalama tedbiri için, kişiye suç işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçma olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması aranmaktadır. Terör örgütünün faaliyetleri kapsamında işlenen suçlar ile amaç suçunun işlenmesi ile ilgili suçüstü hali var ise, elbette yakalama CMK'nın 90/1. maddesine uygunluk taşıyacaktır¹¹⁵.

Diğer taraftan örgütlü suçların takip ve tespitinde yaşanan güçlüğü, terör örgütü kurmanın bağımsız bir suç tipi olduğunu, mütemadi suç olması nedeniyle suçun neticesinin devam etmesi sebebiyle de her an suçüstüne, dolayısıyla da yakalama ve gözaltına alma tedbirlerine konu edilebileceği savunulsa da bu tür bir yaklaşım CMK'nın 90 ile 91. maddelerine uygun düşmeyecektir. Suç veya terör örgütü suç tipinin özelliği olan, temadinin kesilme anına kadar netice devam edeceğinden bahisle suçüstünün varlığını kabul etmek, esas itibarıyla CMK'nın 90/1. maddesinin aradığı şartlarla uyumlu değildir. Daha önce de vurgulandığı üzere örgütlü suçlarda bu uyum, ancak örgütün faaliyetleri veya amacı kapsamında işlenen suçlar bakımından gündeme gelebilir. Mesela örgütün işlediği yağma, insan öldürme, insan kaçırmaya, ihaleye fesat karıştırma, casusluk, işkence ve eziyet gibi suçlarla

¹¹⁵ Ersan Şen, "Gözaltı", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1221747-gozalti>, (Gözaltı).İET: 17/04/2020.

ilgili “suçüstü” olabilir ki, elbette bu durumda CMK’nın 90 ve 91. maddelerinin uygulama alanı bulması mümkündür¹¹⁶.

c-) Yargıtay’ın Temadi Suça ve Ağır Cezalık Suçüstü Haline Bakış Açısı

Örgüt üyeliği, temadi suç ve suçüstü hali kavramları son dönemde hakim ve savcılar hakkındaki yargılamalarda sıklıkla gündeme gelen kavramlar olmuşlardır. Bu nedenle Yargıtay’ın 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesi ve 5271 sayılı Kanun’un 2/j maddesini ele alış biçiminin ayrıca ele alınması faydalı olacaktır. Yargıtay 15 Temmuz darbe girişimi sonrası terör örgütü üyesi olma suçlamasıyla hakkında dava açılmış olan bir yargı mensubu hakkındaki bir davada “...*Bununla birlikte, Yargıtay’ın istikrar bulan ve süregelen kararlarında açıklandığı üzere; mütemadi suçlardan olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunda, daha önce örgütün kendisini feshetmesi, kişinin örgütten ayrılması gibi bazı özel durumlar hariç olmak üzere kural olarak temadinin yakalanmayla kesileceği, dolayısıyla suçun işlendiği yer ve zaman diliminin buna göre belirlenmesi gerektiği, bu nedenle silahlı terör örgütüne üye olma suçundan şüpheli konumunda bulunan hakim ve Cumhuriyet savcuları yakalandıkları anda ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halinin mevcut olduğu ve 2802 s. Kanununun 94 üncü maddesi gereğince soruşturmanın genel hükümlere göre yapılacağı anlaşılmakta olup sanıklar ve müdafilerinin aksi yöndeki itirazlarına itibar edilmemiştir...*”¹¹⁷ şeklinde karar vermiştir.

Ancak bu geçmiş uygulama ve içtihatlara aykırı bir yorum olduğu gibi suçüstü ve temadi kavramlarını genel kabul görmüş tanımlarına da aykırıdır. Tekrar vurgulanacak olursa suçüstü halinin olabilmesi için; ortada örgütün amacı ve faaliyetleri kapsamında işlenmekte olan veya henüz işlenmiş bir suçun varlığı gerekmektedir. CMK m.2/1-j maddesi işlenmekte olan veya henüz işlenmiş fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra takip edilerek yakalanan şüphelinin işlediği suç veya fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanmayı suçüstü halleri kapsamında saymıştır. Bu hükümler incelendiğinde, terör örgütü üyeliğinin suçüstü hallerinden sayılabilmesi karine olarak mümkün değildir¹¹⁸. Örgüt üyesi olduğu iddia

¹¹⁶ Ersan Şen, “Gözaltı”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1221747-gozalti>, (Gözaltı).İET: 17/04/2020

¹¹⁷ Yargıtay CGK., 2017/16-956 E., 2017/370 K., 26.09.2017 T.

¹¹⁸ Sağlam, s.224; Ersan Şen, “Örgüt Üyeliği Suçüstü Hali Sayılabilir mi?”, <https://www.hukukihaber.net/orgut-uyeligi-sucustu-hali-sayilabilir-mi-makale,6680.html>, (Suçüstü) İET:18/04/2020.

edilen kişinin örgüt adına amaç suç veya araç suçları, CMK m.2/1-j maddesinde belirtildiği şekliyle suç işlerken veya henüz işlemiş olduğu fiilin işlenmesinden hemen sonra takip edilerek yakalanması veya amaç veya araç suçu pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanması gerekir.

Yine Yargıtay temadi eden suçların aynı zamanda karine olarak suçüstü hali hükümlerine tabi olduğuna ilişkin kararları verirken “...*Fiili olarak terör örgütünden daha önce ayrılmış olmamak ve faaliyetlere devam ediyor olmak koşuluyla, terör örgütü yöneticisi ya da üyesinin yakalanma tarihi, suç işlenmeye devam edildiğinden (CMK 2/1-j), 5235 sayılı Kanunun 12/1 maddesi de gözetildiğinde ağır cezalı suçüstü hali olarak kabul edilmelidir...*”¹¹⁹ şeklinde gerekçeye yer vermiştir. Yargıtay bir taraftan karine olarak temadi suçları suçüstü hükümlerine tabi kabul ederken diğer taraftan bunu “*Fiili olarak terör örgütünden daha önce ayrılmış olmamak ve faaliyetlere devam ediyor olmak*” koşullarına bağlamıştır. Bu gerekçeye göre 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesi kapsamında suçüstü hükümlerinin uygulandığı dosyalarda soruşturmanın ilk işlemi ile birlikte bu belirtilen koşulların var olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Ancak bu soruşturmalarda bu şekilde bir tespit yapılmadığı gibi Yargıtay’da incelediği hiçbir dosyada bu koşulların var olduğunu somut gerekçelerle ortaya koyamamış ve bu konuda bir değerlendirme de yapmamıştır. Burada Yargıtay ileri sürdüğü karine için geliştirdiği bu koşulların varlığını somut gerekçelerle ortaya koyması gerekir.

Yargıtay bir başka karında ise “...*Burada failin cezai eyleminin muhakkak herkes tarafından görülmesi gerekmekte, yakalama anı itibarıyla örgüt üyeliğinin sürekliliğine dair icra hareketlerinin devam ettiğinin ve failin örgütten ayrılmaya dönük bir eyleminin bulunmadığının yetkili makamlarca bilinmesi yeterlidir. Bunun ötesinde, failin gerçekte örgüt üyesi olup olmadığı veya hakkında CMK’nın 100. maddesinde öngörülen tutuklama şartlarının bulunup bulunmadığı ise farklı bir durumdur. Fail soruşturma evresinde sunacağı deliller doğrultusunda tutuklanmayacağı ya da adli kontrole dahi tabi tutulmayabileceği gibi, kovuşturma evresinde hakkında beraat kararı da verilebilecektir...*” şeklinde ifadelerle yer vermiştir. Yer verilen bu ifadelerin hukuki olarak kabulü mümkün değildir. Şöyle ki Yargıtay “...*yakalama anı itibarıyla örgüt üyeliğinin sürekliliğine dair icra hareketlerinin devam ettiğinin ve failin örgütten ayrılmaya dönük bir eyleminin bulunmadığının yetkili makamlarca bilinmesi...*”¹²⁰ gibi koşullar

¹¹⁹ Yargıtay 16. CD., 2019/5367 E., 2019/6798 K., 08/11/2019 T.

¹²⁰ Yargıtay CGK., 2019/312 E., 2019/514 K., 02/07/2019 T.

ortaya koymasına rağmen 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine göre ağır cezalı suçüstü halinin var olduğu değerlendirilen hakim ve savcılar ile ilgili yaptığı temyiz değerlendirmelerinde ilgili kurumların ilgili hakim ve savcının yakalama anı itibarıyla örgüt üyeliğinin sürekliliğine dair icra hareketlerinin devam ettiğini ve failin örgütten ayrılmaya dönük bir eyleminin bulunmadığını ispatlayacak deliller ve belgeler ortaya koyup koymadığını ve bu deliller ışığında 94. maddeye göre hareket edildiğine dair herhangi bir iddia ve değerlendirmede bulunmamıştır. Yargıtay burada farazi olarak temadinin devamına ilişkin koşulları aramasına rağmen bunların varlığını incelediği dosyalarda değerlendirmeye almamıştır. Kaldı ki “yakalama anı itibarıyla örgüt üyeliğinin sürekliliğine dair icra hareketlerinin devam ettiği ve failin örgütten ayrılmaya dönük bir eyleminin bulunmadığı” hususları suçüstüne imkan tanımaz. Devlet kurumları bu koşulların varlığını tespit edip dosyalara ibraz etseler bile bu ancak temadinin devam ettiğini ortaya koymak bakımından önemlidir. Burada temadi eden suçta, suçüstü bakımında ilgilinin amaç suç veya bu amaç suça ulaşmak için araç suçlardan birini işlerken suçüstü yakalanması gibi bir durumun olması gerekir. Diğer bir ifade ile terör örgütünün yaptığı darbe girişimine fiilen katılmış ve bu sırada tankın içinde yakalanmış olması veyahut terör örgütünü nihai amacına ulaşmak için bir yere molotof kokteyli veya el bombası atarken yakalanması halinde ilgili kişi bakımından örgüt üyeliği suçlamasından suçüstü hali gerçekleşmiş olacaktır. Aksinin kabulü hukuki olmaktan ziyade 94. maddenin kullanılması için üretilmiş bir karineden ibaret olacaktır.

d-) AİHM'in Konuya Bakış Açısı

AİHM Alparslan Altan Türkiye Kararında¹²¹, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun suçüstü haline ilişkin son içtihatlarındaki bu tespitlere ağır eleştiriler getirmiştir. Mahkeme, Yargıtay'ın temadi eden suçlar hakkında yerleşik içtihadının nasıl CMK'nın 2. maddesine göre işlenmekte olan bir suç şartını arayan “suçüstü hali” kavramının kapsamını genişletmesine dayanak oluşturduğunu anlamamıştır. Çünkü Yargıtay'ın mütemadi suçlarla ilgili önceki kararlarının; mütemadi suçların özelliklerini belirlemek ve ceza mahkemelerinin yetkisi ile zamanaşımı kuralının bu konuya uygulanabilirliğini tespit etmeye ilişkin olduğu görülmektedir¹²².

¹²¹ AİHM Alparslan Altan/Türkiye Kararı, Başvuru No. 12778/17, K.T: 16/04/2019.

¹²² Ersan Şen, “Örgüt Üyeliği Suçüstü Hali Sayılabilir mi?”, <https://www.hukukihaber.net/orgut-uyeligi-sucustu-hali-sayilabilir-mi-makale,6680.html>, (Suçüstü) İET:18/04/2020.

AİHM, suçüstü halinin yasal tanımını dikkate alarak, terör örgütü üyeliğinin suçüstü hallerinden sayılamayacağına, bu yolla kişinin yakalanıp, gözaltına alınamayacağına ve tutuklanamayacağına karar vermiştir. Mahkeme; yerel mahkemeler tarafından yapılan fiili ve hukuki hataları tanıma yetkisinin sınırlı olduğunu söylemekle birlikte, suçüstü halinin tanımı ile bu kavrama ilişkin uygulamada yapılan yorumu ve suç veya terör örgütü üyeliğinin suçüstü kapsamında kabul edilmesini eleştirmiş ve hükmün makul olmayacak şekilde genişletildiğine karar vermiştir¹²³.

AİHM, Anayasa Mahkemesi eski üyesi Alparslan Altan hakkında ağır cezalık suçüstü halinin var olduğundan bahisle yapılan soruşturmalarda gözaltına alınma ve tutuklanma sürecinde AİHS'nin 5/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁴

AİHM ilgili kararında başvuranın, darbe teşebbüsüyle bağlantılı biçimde gözaltına alındığı ancak yalnızca örgüt üyeliği ile tutuklandığına vurgu yapmış ve kanunların yorumu ulusal mahkemelere ait olmakla birlikte, Yargıtay'ın suçüstü halinin yorumunu başvuranın da bulunduğu ve örgüt üyeliğinden suçlanan hakim ve savcılara tanınan korumalardan mahrum bırakılacak şekilde yorumlamasının, aşırıya kaçan bir yorum olduğunu belirtmiştir. **(Prg.109)** Ayrıca Yargıtay'ın 10 Ekim 2017 tarihli yorumundan, devam eden suçun ne olduğuna dair yerleşik içtihadı nasıl böylesine genişletilebildiğinin nedenlerinin anlaşamadığını da vurgulamıştır. **(Prg.114)**

Mahkeme, özgürlükten mahrumiyet söz konusu olduğunda, genel nitelikli yasal kesinlik ilkesinin gerekliliklerinin yerine getirilmesi bilhassa önemli olduğundan ulusal hukuk uyarınca kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasına ilişkin koşulların açık şekilde tanımlanmasının ve bizzat kanunun uygulamasının öngörülebilir olmasının önem arz ettiğini, böylece Sözleşmede düzenlenen "kanunilik" standardının karşılanmış olacağını vurgulamıştır. Bu standardın, tüm mevzuatın -dava koşullarında makul olduğu nispette- kişinin, gerekirse hukuki yardım alarak, belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları öngörebilmesini mümkün kılacak ölçüde yeterince açık olmasını gerektirdiğini belirtmiştir¹²⁵. **(Prg.103)**

¹²³ Ersan Şen, "Örgüt Üyeliği Suçüstü Hali Sayılabilir mi?", <https://www.hukukihaber.net/orgut-uyeligi-sucustu-hali-sayilabilir-mi-makale,6680.html>, (Suçüstü) İET:18/04/2020.

¹²⁴ AİHM Alparslan Altan/Türkiye Kararı, Başvuru No. 12778/17, K.T: 16/04/2019.

¹²⁵ Sağlam, s.254.

AİHM, yerel mahkeme, Yargıtay ve AYM'nin "suçüstü halinin" yorumlanmasına ilişkin olarak da mahkemenin rolünün, yapılan yorumun etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını tespit etmekle sınırlı olduğunu; genel olarak, yerel mahkemelerin yürürlükteki yasal hükümlere ters düşen istisnaları içtihatlarına dâhil etmeleri halinde yasal kesinlik ilkesinin tehlikeye düşebileceğini vurgulamaktadır. **(Prg.111)**

Mahkeme, CMK'nın 2. maddesinin, suçun işlendiği esnada ya da işlendikten hemen sonra tespit edilmesi durumuyla bağlantılı olan *suçüstü* (*in flagrante delicto*) kavramının klasik bir tanımına yer verilmesine karşın, hükümetin savunmasında yer verdiği Yargıtay içtihadına göre, CMK'nın 100. maddesi uyarınca, bir suç örgütüne üye olma şüphesini, herhangi bir fiili unsur veya devam eden cezai bir eylem belirtisine ihtiyaç duyulmaksızın suçüstü olarak nitelendirme bakımından yeterli görülebilmesini suçüstü kavramının kapsamlı bir yorumudur. Mahkeme söz konusu kavramın genişletilmesi sonucunda, bir suç örgütüne dâhil olduğundan şüphelenilen hakimlerin, Türk hukukunun yargı mensuplarına tanıdığı yargısal korumalardan (Anayasa Mahkemesi üyesi olan başvuran da 6216 sayılı Kanun uyarınca söz konusu korumaya tabidir) mahrum bırakılması durumunu ortaya çıkaracağını belirtmiştir. Sonuç olarak, mevcut davadakine benzer koşullarda, bu kavramın geniş bir şekilde yorumlanması, yürütme organının müdahalelerine karşı yargı mensuplarına sağlanan usule ilişkin güvenceleri etkisiz hale getirmektedir. **(Prg.111-112)**

Kararda Yargıtay'ın devam eden suç kavramına ilişkin yerleşik içtihadında, CMK'nın 2. maddesinde düzenlenen ve geçerli bir cezai eylemin varlığını temsil eden suçüstü kavramının kapsamının genişletilmesinin nasıl haklı görülebildiğinin anlaşılacağı vurgulanmıştır¹²⁶. **(Prg.60-62)**

Bütün bu hususları göz önüne alan Mahkeme, ulusal mahkemelerin suçüstü kavramının kapsamını genişletmelerinin ve mevcut davada iç hukuku uygulamalarının, sadece yasal kesinlik ilkesi bağlamında bir sorun teşkil etmediği (bk.103. paragraf), aynı zamanda bariz bir şekilde mantıksız olduğu kanaatine varıldığını; dolayısıyla, başvuranın Anayasa Mahkemesi üyelerine sağlanan usule ilişkin güvencelerden mahrum bırakılmak suretiyle, CMK'nın 100 maddesi uyarınca tutuklanmasının, Sözleşme'nin 5/1 maddesi gereğince kanunda öngörülen bir usul doğrultusunda gerçekleştirilmemiş olduğuna karar vermiştir.

¹²⁶ Sağlam, s. 253.

AİHM hakim ve savcılar için tanınan anayasal ve yasal korumaları bertaraf etmek adına, suçüstü kavramının ulusal mahkemelerce (AYM dahil) genişletilmesi ve uygulanmasının hem **hukuki belirlilik ilkesi** açısından sorunlu hem de açıkça gayri mantıki bir nitelik taşıması ve başvuranın, AYM üyelerine tanınan güvencelerden yoksun bırakılarak tutuklanması nedeniyle, AİHS'nin 5/1. maddesi anlamında tutuklamanın hukukiliği ilkesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Diğer taraftan Sözleşmenin 15. maddesi bağlamında yaptığı değerlendirmede de suçüstü kavramının kapsamlı bir şekilde yorumlanmasının olağanüstü hâl durumuna uygun bir cevap olarak değerlendirilemeyeceğini; kaldı ki, olağanüstü hâl durumunun gerektirdiklerine cevaben benimsenmeyen böyle bir yorumun, yalnızca yasal kesinlik ilkesi bakımından bir sorun teşkil etmekle kalmayıp, aynı zamanda (112. paragrafta belirtildiği üzere) yürütme organının müdahalelerine karşı yargı mensuplarına sağlanan usule ilişkin güvenceleri etkisiz hale getireceğini belirtmiştir. Ayrıca, böyle bir yorum, olağanüstü hâl durumunun yasal çerçevesinin dışına çıkan hukuki sonuçlar doğurduğundan olağanüstü hâlin kendine özgü koşullarının bu yorumu haklı göstermediği vurgulanmıştır¹²⁷. **(Prg.118-119)**

Görüldüğü üzere AİHM, “suçüstü hali” kavramının mahkeme kararı yoluyla genişletilmesi ile ulusal mahkemelerin iç hukuku somut olaya uygulamasının sadece “hukuki güvence” ilkesi açısından soruna yol açtığına değil, bu durumun açıkça, makul olmayacak şekilde gerçekleştiği sonucuna da varmıştır¹²⁸.

AİHM'nin Alparslan Altan /Türkiye kararındaki tespitleri de dikkate alındığında terör örgütü üyeliği suçunun mütemadi suçlardan olması ceza yargılaması tedbirleri bakımından bu suçun suçüstü hali sayılmasına yol açmaz. Terör örgütü üyeliğine ceza hukuku kabulü ile mütemadi suç diyerek, doğrudan doğruya suçüstü halinin öngördüğü ceza yargılaması tedbirlerinin uygulanması hukuka uygun değildir¹²⁹.

¹²⁷ Sağlam, s.254.

¹²⁸ Ersan Şen, “Örgüt Üyeliği Suçüstü Hali Sayılabilir mi?”, <https://www.hukukihaber.net/orgut-uyeligi-sucustu-hali-sayilabilir-mi-makale,6680.html>, (Suçüstü) İET:18/04/2020.

¹²⁹ Ersan Şen, “Örgüt Üyeliği Suçüstü Hali Sayılabilir mi?”, <https://www.hukukihaber.net/orgut-uyeligi-sucustu-hali-sayilabilir-mi-makale,6680.html>, (Suçüstü) İET:18/04/2020.

Benzer şekilde **AİHM, Hakan Baş/Türkiye Kararında da**¹³⁰, tutuklama tarihi itibarıyla hakim olarak görev yapan başvuru hakkında hak ihlali kararı verirken de benzer tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkemeye göre Yargıtay içtihatları uyarınca suç örgütü üyeliği şüphesinin, devam eden cezai bir eylemin herhangi bir mevcut olgusal unsurunu ya da herhangi bir diğer belirtisini ortaya koyma ihtiyacı olmaksızın suçüstü unsurunu tanımlamaya yetemeyeceğini tespit etmiştir. Dolayısıyla AİHM, ulusal mahkemelerin suçüstü kavramının kapsamını genişletmesinin ve iç hukuk, yani 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi tatbiklerinin sadece hukuki belirlilik açısından sorunlu olmadığına; aynı zamanda açıkça gayri makul de olduğuna hükmetmiş ve bu noktada Alparslan Altan/Türkiye Kararına atıfta bulunmuştur.

Son olarak Mahkeme AİHM Turan ve Diğerleri Kararında¹³¹ da benzer gerekçelerle darbe girişimi sonrasında yasadışı örgüt üyeliğinden şüphelenilen yargı mensuplarının, “*ağır cezalı suçüstü*” kavramının makul olmayan bir şekilde genişletilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ayrıca Mahkemeye göre, görevlerini bağımsız şekilde yerine getirebilmeleri bakımından ulusal hukuk tarafından yargı mensuplarına yargısal koruma sağlanması hâlinde; bu düzenlemelere gereği gibi uyulması gerekir. Bu nedenle mahkeme Sözleşme hükümleri çerçevesinde tutuklama kararının uygulanma biçimini incelerken, demokratik bir toplumda, yargının devlet organları arasında işgal ettiği önemli yer ile güçler ayrılığı ve yargının bağımsızlığının korunması gerekliliğine verilen önem gözetildiğinde; yargı mensuplarının korunmasına bilhassa özen gösterilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.

AİHM'nin görüşüne göre, suçüstü kavramının geniş kapsamlı bir yorumu kesinlikle, olağanüstü hâle uygun bir karşılık olarak görülemez. Dahası, sadece hukuki belirlilik bakımından sorunlu olmayan, ayrıca onları yürütmenin müdahalesinden korumak için yargı mensuplarına sağlanan usulü güvenceleri etkisizleştiren böyle bir yorum, olağanüstü hâlin gereklerine bir karşılık olarak da kabul edilmemiştir ve bunun, olağanüstü hâlin yasal

¹³⁰ AİHM Hakan Baş/Türkiye Kararı, Başvuru No. 66448/17, K.T: 03.03.2020.

¹³¹ AİHM Turan ve Diğerleri Kararı, Başvuru No:75805/16 ve diğer 426 başvuru, K.T:23/11/2021

çerçevesinin çok dışına taşan hukuki sonuçları bulunan bir durum olduğunu vurgulamıştır.

5-) Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubunun Bu Konudaki Görüşü

Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu tarafından 19-23 Kasım 2018 tarihlerindeki 83. oturumunda Yargıtay üyesi Hamza Yaman/Türkiye Hakkında (Görüş No. 78/2018) vermiş olduğu kararında “...Çalışma Grubu ayrıca, suçüstü halinde tutuklama meselesi üzerinde de yorumda bulunmak istemektedir. Her iki tarafın da beyanına göre, Yargıtay üyeleri ancak ağır cezayı gerektiren bir suçu işlerken yakalandıklarında tutuklanabilirler ve soruşturulabilirler. Başvurucu bu olayda, Sayın Yaman’ın darbe teşebbüsünü haberlerden öğrendiğini ve ikametgâhında tutuklandığını iddia etmektedir. Dolayısıyla suçüstü halinde tutuklanmamıştır. Hükümet terör örgütü üyeliğinin temadi eden bir suç olduğunu ve silahlı bir terör örgütü üyesi olduğundan şüphelenilen yargı mensuplarının tutuklama anında suçüstü halinde yakalandıklarının kabul edileceğini bildirmiştir. Çalışma Grubu, masumiyet karinesine ters düştüğünden Hükümetin gerekçesiyle aynı fikirde olamaz. Çalışma Grubu içtihatlarında devamlı olarak ya bir suçun işlenirken veya ondan hemen sonra şüpheli tutuklanırsa ya da bir suç işlendikten kısa bir süre sonra sıcak takiple yakalanırsa bir suçun suçüstü olacağına hükmetmiştir. Sonuç olarak, Çalışma Grubu Sayın Yaman’ın suçüstü halinde tutuklanmadığını ve gerekli usuller izlenmediğinden tutuklanması için ileri sürülen yasal bir temel bulunmadığını değerlendirmektedir.”(Prg. 70) demek suretiyle 15 Temmuz darbe girişimi sonrası “ağır cezalı suçüstü halinin” varlığı gerekçe gösterilerek yapılan tutuklamalarda “suçüstü halinin” oluşmadığını evrensel belge ve ilkeler çerçevesinde ortaya koymuştur.

Çalışma Grubunun da Kararında vurguladığı üzere suçüstü hali için kişinin ya bir suç işlenirken veya ondan hemen sonra yakalanması ya da bir suç işlendikten kısa bir süre sonra sıcak takiple yakalanması gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında ortada ağır cezalı suçüstü hali olmamasına rağmen 2802 sayılı Kanun’un emredici hükümlerine aykırı soruşturma işlemleri yapıldığı ve tutuklama tedbiri uygulandığı açıktır.

E-) 2802 SAYILI KANUN GEREĞİNCE SUÇ SORUŞTURMALARINDA “KARMA UYGULAMA YASAĞI”

1-) Karma Uygulama Yasası

Yukarıda da açıkça anlatıldığı üzere, hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları ve kişisel suçları ile ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinin var olduğu suçlarda uygulanacak yargılama usul ve esasları ayrı ayrı düzenlenmiştir. 2802 sayılı Kanun’un hakim ve savcılarının soruşturma ve kovuşturmalarına yönelik belirlediği bu birbirinden farklı soruşturma usulüne ilişkin emredici hükümlerini bertaraf etmek adına “karma uygulama” yapılarak soruşturma yürütülmesi mümkün değildir. Suçun haber alınması anından itibaren Kurulun ilk yapacağı değerlendirmedeki suçun görev suçu, kişisel suç veya ağır cezalı suçüstü halinin varlığına ilişkin kabulüne göre hareket edilecektir. Diğer bir ifade ile görev sırasında veya görevden kaynaklı olduğu değerlendirilen ve buna göre de disiplin soruşturması başlatılan eylemin sonradan “kişisel suç” olduğu değerlendirilerek Kanun’un 93. maddesine göre soruşturmaya devam edilmesi mümkün değildir.

Bu tartışma özellikle OHAL sonrası meslekten çıkarılan hakim ve savcılar bakımından sorun olmuştur. Şöyle ki 15 Temmuz darbe teşebbüsü gecesi Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı’nın resen 2745 hakim ve savcı hakkında soruşturma başlatması ve bu konuda HSK’ya ihbarda bulunması üzerine 16.07.2016 tarihinde toplanmış olan Üçüncü Daire 2016/9052 sayılı Kararında 2740 hakim ve savcı hakkında soruşturmanın 2802 sayılı Kanun’un 82. maddesi uyarınca “müfettiş” marifetiyle yürütülmek suretiyle soruşturma izni vermiştir¹³². Daire bu kararı ile 2740 kişiyle ilgili “Anayasayı ihlal ve terör örgütü üyeliği” suçlamalarını görevleriyle ilgili ya da görevleri sırasında işlenen suçlar olarak kabul etmiştir. Zaten bu suçların görev sırasında işlenebilen suçlardan olabileceği CMK’nın 161/8. maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar 2802 sayılı Kanun’da özel hükümler bulunması nedeniyle bu hükmün hakim ve savcılar hakkında uygulanması mümkün değilse de, bu hüküm kanun koyucunun görev sırasında işlenebilecek suçlara ilişkin kabulü anlamında yol göstericidir.

¹³² Karar resmi Gazete’de ve Kurul’un internet sayfasında yayımlanmamasına karşın Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında değerlendirilmiştir. Bknz. AYM Yıldırım Turan Kararı, Başvuru No: 2017/10536, K.T: 4/6/2020.

Burada Üçüncü Daire Kanun'un 82. maddesi gereğince soruşturma izni vermiş olmasına rağmen hakim ve savcılarla alakalı iş ve işlemler 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine göre yürütülmüştür. Zaten HSK Genel Kurulunun 24.08.2016 gün ve 2016/426 sayılı kararının 4. sayfasının ilk paragrafında meslekten çıkarılan hakim ve savcılar hakkındaki soruşturmanın 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine göre başlatıldığı kabul edilmiştir¹³³.

Hakim ve savcı teminatı ile mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin zarar görmemesi bakımından soruşturmanın 2802 sayılı Kanun'da öngörülen özel soruşturma usullerinden hangisine göre yapılacağı Kurulun tespitine göre belirlenecektir. Bu noktada soruşturma izni veren Üçüncü Daire görevden kaynaklı ve görev sırasında işlendiğinden bahisle 2802 sayılı Kanun'un 82. maddesine göre müfettiş marifetiyle soruşturma yapılması için izin vermesine karşın soruşturma işlemleri 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine göre başlatılmış ve gözaltı, yakalama, tutuklama ve diğer tedbir ve işlemler de buna göre genel hükümlere göre gerçekleştirilmiştir. Diğer bir ifade ile karma bir uygulama yapılmıştır. Bu ise yürütülen soruşturmalarda usule aykırılık sorununu gündeme getirmektedir.

Diğer taraftan 3. Daire tarafından verilen soruşturma iznine aykırı olarak, 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesine göre soruşturmalar yürütülüp bütün usuli işlemler de bu madde gereğince genel hükümler çerçevesinde hakim ve savcılarının görev yaptıkları yer Cumhuriyet başsavcılığı ve buradaki mahkemeler tarafından yerine getirilmiştir. Daha sonra soruşturma dosyaları Türkiye'deki bütün dosyalar ağır cezalı suçüstü halinin varlığını tespit edip resen soruşturma başlatan, diğer il başsavcılıklarına da ağır cezalı suçüstü haline göre gerekli soruşturmaları yapmaları konusunda ihbar ve talimatta bulunan ve ana dosyanın yer aldığı Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/104109 esas sayılı dosyasıyla birleştirilmek üzere yetkisizlik kararları ile gönderilmiştir¹³⁴.

¹³³ "...FETÖ/PDY silahlı terör örgütüyle iltisak düzeyinde de olsa bağlantısı tespit edilen hâkim ve Cumhuriyet savcıları yönünden, 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 94'üncü maddesi kapsamında ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlinin mevcut olduğu tespitinden hareketle genel hükümler kapsamında adli soruşturmaya başlanıldığı, anılan soruşturma kapsamında bugün itibarıyla 2.146 hâkim ve Cumhuriyet savcısının tutuklu bulunduğu, haklarında yakalama emri düzenlenen 190 kişi hakkında yakalama emirlerinin infazı için çalışmaların devam ettiği, 539 kişinin adli kontrol tedbiri uygulanarak serbest bırakıldığı...(HSK Genel Kurulunun 24.08.2016 gün ve 2016/426 sayılı Kararı, s.4)"

¹³⁴ Soruşturma sürecinin bu şekilde işlediği Anayasa Mahkemesi'nin Adem Türkel Kararında (Başvuru No: 2017/632, K.T: 23/1/2019) belirtilmiştir.

Yetkisizlik kararlarını verilmesinden sonra bütün dosyaların Ankara'da tek dosyada birleşmesinden sonra 6 Ocak 2017 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 680 sayılı KHK¹³⁵ ile 2802 sayılı Kanun'un 93. maddesinde yapılan değişiklikle hakim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisinin, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesine ait olduğu kabul edilmiştir. Bu defa Ankara C. Başsavcılığı yetkisizlikle kendisine gelen dosyaları 680 sayılı KHK ile yapılan değişikliği gerekçe göstererek soruşturmanın 93. madde belirtilen kişisel suç için görevli olan mahal başsavcılıklarına karşı yetkisizlikle geri göndermiştir. Bu defa ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılıkları iddianame tanzim etmiş ve davaları aynı yer ağır ceza mahkemesine açmışlardır.

Halbuki OHAL öncesi aynı suçlamalarla Balyoz, Ergenekon, MİT Tırları ve Selam Tevhid Terör Örgütü operasyonlarında görev almış olan hakim ve savcılar hakkındaki bütün işlem ve kararlar Kanun'un 82 ve devamı maddelerine göre yürütülmüş ve davaları da OHAL sonrası yine bu usule göre açılmış ve yargılamaları 2802 sayılı Kanun'un 82 ve 92. maddeleri arasındaki emredici düzenlemeler ışığında Yargıtay ilgili Dairesince yapılmıştır. Ancak diğer hakim ve savcılar bakımından herhangi bir hukuki gerekçe gösterilmeden karma uygulama yapılmış ve nihayetinde 2802 sayılı Kanun'un 93. maddesine göre dava açılmış ve yargılamalar yapılmıştır. Görüldüğü üzere, Üçüncü Dairenin iddiaların görev suçu olduğuna ilişkin kabulü ve 2802 sayılı Kanun'un 82. maddesi uyarınca soruşturma izni verilen eylemlerden dolayı önce işlemler ağır cezalı suçüstü haline göre yapılmış ancak kovuşturma işlemleri bakımından Kanun'un 89 ve 90. maddelerine göre hareket edilmesi gerekirken, dava açma aşamasında bu defa eylemin niteliğinin kişisel suç olduğu değerlendirilmiş ve 680 sayılı KHK ile değişmiş 93. maddeye göre dava açılmıştır. Böylelikle bir soruşturmada birbirinden bağımsız olması gereken ve karma uygulanmasına imkan olmayan her üç özel yargılama usulü de uygulanmıştır.¹³⁶

¹³⁵ KHK hükümleri 1/2/2018 tarihli, 7072 sayılı Kanununun 6. maddesi ile aynen kanunlaşmıştır.

¹³⁶ Soruşturma sürecinin bu şekilde işlediği Anayasa Mahkemesi'nin Adem Türkel Kararında (Başvuru No: 2017/632, K.T: 23/1/2019) belirtilmiştir.

2-) Karma Uygulama Yapılması Halinde Toplanan Delillerin Durumu

Anayasa'nın 139 ve devamı maddelerinde hakimlik teminatına yer verilmiş ve mahkemelerin bağımsızlığının korunması için hakim ve savcıların suç soruşturmalarına ilişkin esasların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda 2802 sayılı Kanun'da her bir suç türüne ilişkin olmak üzere üç farklı usul benimsenmiştir. Bir soruşturmanın hakim ve savcılar bakımından usulüne uygun olabilmesi için suçun niteliğine göre belirlenmiş olan soruşturma usulüne göre bütün iş ve işlemlerin yapılmış, kararların alınmış olması gerekmektedir. Karma uygulama yapılması halinde yapılan işlem ve kararlar hükümsüz hale gelecektir.

Diğer taraftan usulsüz yürütülen soruşturmaların temel özelliği soruşturma ve kovuşturmanın yetkisiz ve görevsiz yargı mercilerince yürütülmüş olmasıdır. 5271 sayılı CMK'nın görev ve yetkiye ilişkin düzenlemelerinde görevsiz ve yetkisiz mercilerin gerçekleştirdiği işlemlerin niteliği düzenlenmiştir. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un "*Görevli olmayan hakim veya mahkemenin işlemleri*" kenar başlıklı 7. maddesi uyarınca yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hakim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür. Dolayısıyla ağır cezalı suçüstü hali mevcut olmamasına rağmen bu kapsamda yapılan işlemler hükümsüz hale gelecektir. Aynı şekilde bu işlem ve kararlara istinaden toplanan deliller de hukuka aykırı hale gelmiş olmakla bunların CMK'nın 206. maddesi gereğince dosyadan çıkarılması gerekmektedir. Zira karma uygulama nedeniyle işlem ve kararlar görevsiz ve yetkisiz mercilerce alınmıştır. 680 sayılı KHK ile Kanun'un 93. maddesinde yapılan değişiklik ile eylemlerin kişisel suç kapsamına alınmış olması, aşamalarda görev yapan mercilerin işlem ve kararlarının hükümsüzlüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

Diğer taraftan AİHS'nin 6/1. maddesinde "her şahıs yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının görülmesini istemek hakkına sahiptir" hükmü yer almaktadır. Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme kuralı, adil yargılanma ve savunma hakkının temelidir. Yukarıda özel soruşturma usulüne yönelik aykırılıklar kısmında da belirtildiği üzere soruşturma aşamasında kanunda belirtilen usule aykırı davranılması neticesinde hakim ve savcı, yargılanması gereken merci dışında bir mercide yargılanmış olacaktır. Bu özellikle 680 sayılı KHK bakımından da geçerlidir. Kanuni hakim güvencesi bağlamında hakim ve savcının yargılanacakları mercii KHK ile değiştirilmiştir. Dolayısıyla usulsüz soruşturma yapılması halinde soruşturma ve kovuşturma doğal hakim ilkesine aykırı yürütülmüş

olacağı gibi kovuşturma aşamasında da adil yargılanma hakkının en temel unsuru olan yasayla kurulmuş bir mahkemede yargılanma hakkı da ihlal edilmiş olacaktır.

Adil yargılanma hakkının en önemli gereklerinden olan “yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma kuralı”, gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkilerinin gerekse de izleyecekleri yargılama usulünün yürütmenin düzenleyici tasarrufları ile değil yasa yolu ile ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce belirlenmesini gerektirir. Aynı şekilde Anayasa’nın 140/3. maddesinde hakim ve savcılarla ilgili hususların kanunla düzenleneceği emredici olarak hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla 680 sayılı OHAL KHK’sı ile uyuşmazlık konusu olaydan sonra mahkemelerin yetkisinin değiştirilmesi yoluna gidilmiş olması kişinin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka merciler oluşturularak Anayasa’nın 37/1 ve 142 maddesi ile AİHS’nin 6/1 maddesi açıkça ihlal edilmiştir.

3-) Soruşturmanın Usule Aykırı veya Karma Uygulamayla Yapılması Halinde Usulsüzlüğün Giderilme Yolları

a-) İddianamenin İadesi Yoluyla Eksikliğin Giderilmesi

Yukarıda belirlenmiş olan soruşturma usulüne ait ilkelere aykırı veyahut karma uygulama yapılarak ceza soruşturması yürütülmesi halinde bu usulsüz bir soruşturma olacaktır. Öncelikle davanın açıldığı mahkemenin iddianamenin kabulü aşamasında bu hususu değerlendirmesi gerekir.

Yasal koşulları CMK’nın 174. maddesinde düzenlenmiş olan iddianamenin iadesi kurumu, makul süre içinde yargılanma hakkını gerçekleştirebilmek bakımından âdil yargılanma hakkını teminat altına almaktadır¹³⁷. Gerçekten de iddianamenin iadesi kurumuna ceza muhakemesi sisteminde yer verilmesiyle birlikte, delillerin soruşturma evresinde toplanması ve kovuşturma evresi için tüm hazırlıkların eksiksiz biçimde yapılması amaçlanmıştır. Bu yolla kovuşturma evresi en kısa sürede sonlandırılarak, uzun yargılamaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır¹³⁸.

¹³⁷ Serkan Meraklı, “İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, Özel Sayı, Y.2014, s.1603.

¹³⁸ Özbek /Doğan/Bacaksız, s.495; Bahri Öztürk, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2020, s.495; Şahin/Göktürk, s.113.

Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının makul sürede bütün delilleri toplamaları ve şüphelinin atılı suçu işlediğine dair yeterli şüpheye ulaşılması halinde dava açmaları gerekmektedir. Bu noktada yeterli şüphenin bulunmadığı durumlarda iddianame düzenlenmemek suretiyle bir nevi filtre görevi görmeleri gerekir. Bu şekilde yürütülmeyen bir soruşturma sonucunda hazırlanmış olan bir iddianamenin mahkemenin önüne gelmesi halinde mahkemece iddianamenin iade edilmesi gerekir¹³⁹.

5271 sayılı CMK'nın "İddianamenin iadesi" kenar başlıklı 174. maddesi uyarınca mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar belirtmek suretiyle; 170. maddeye aykırı olarak düzenlenen ve soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin alınmaksızın veya talep olmaksızın düzenlenen, iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir¹⁴⁰. Buna göre hakim ve savcı hakkında 2802 sayılı Kanun'da belirtilmiş olan soruşturma usulüne aykırı olarak soruşturma yürütüldüğünü değerlendiren ağır ceza mahkemesi 2802 sayılı Kanun'daki izinlerin alınmamış olması veya alınmış olmakla birlikte davanın görevli ve yetkili yargı merciine açılmadığı kanaatinde ise iddianameyi iade etmelidir. Mesela görev suçu kapsamında kalan bir eylem kişisel suç olarak değerlendirilmiş ve ona göre işlem yapılmış ise yerel mahkemenin soruşturma izni alınmadığından ve diğer usulü işlemler de buna göre yapılmadığından bahisle iddianameyi CMK'nın 174/1-a-d maddesine göre iade etmesi gerekir. Burada hukuki nitelendirme nedeniyle CMK'nın 174/2. maddesindeki iade yasağı hususu gündeme gelebilir. Ancak CMK'nın 174/1-d maddesinde soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin alınmaksızın veya talep olmaksızın düzenlenen iddianamenin iade edileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme nedeniyle mahkemenin iddianameye konu suçu değerlendirmesi hukuki nitelendirme kapsamına girmez. Burada suçun unsurlarına yönelik hukuki nitelendirme yapılmaktan ziyade suçun failinin kamu görevlisi olması nedeniyle suçun işlendiği yer, zaman ve koşullar çerçevesinde izne tabi bir suç olup olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile hakaret nedeniyle hakim hakkında düzenlenmiş olan iddianamede, hakimnin buradaki eyleminin hakaret mi veya tehdit mi olduğu noktasına

¹³⁹ Ahu Karakurt, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi", *TBB Dergisi*, S.82, Y.2009, s.2.

¹⁴⁰ Özbek/Doğan /Bacaksız, s.495; Öztürk, s.495; Şahin/Göktürk, s.113.

hukuki bir nitelendirme yapılmamaktadır. Burada iddianamede belirtilen hakaret eyleminin görev sırasında mı yoksa görev haricinde işlenmiş kişisel bir suç mu olduğu noktasında bir değerlendirme yapılmaktadır. Dolayısıyla izin koşulunun yerine getirilmemesi nedeniyle yapılmış olan bir iade CMK'nın 174/2. maddesindeki iade yasağı kapsamında değerlendirilemez.

b-) Durma ve Görevsizlik Kararı Verilmesi

Hakim ve savcı hakkında davanın açıldığı mahkeme soruşturmanın usule aykırılığını iddianamen iadesi aşamasında fark etmemiş ise kovuşturma aşamasında da bu eksikliğin giderilmesi mümkündür. 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. 2802 sayılı Kanun'da yer alan izinlerin alınması soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesinin temel şartlarından olduğundan yerel mahkeme bu hususu tespit ettiğinde bu eksikliğin giderilmesi amacıyla durma kararı vermesi gerekir. Görev suçu kapsamında olan bir eylem için soruşturma ve kovuşturma izinleri alınmamış ise mahkemenin durma karar vermesi gerekir¹⁴¹.

Durma kararı sonrası eylemin tabi olduğu usule ilişkin hususlar tamamlandığında eylem yerel mahkemenin görev alanında değilse dosyanın yargılamayı yapmak üzere görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmek üzere görevsizlik karar verilmesi gerekir. Buna göre yargılamaya konu eylem ve faaliyetlerin görev sırasında gerçekleştiği iddia ediliyorsa ilgili hakkında Kanun'un 82-92. maddeleri arasındaki soruşturma usulüne ilişkin hükümlere göre işlem yapılması, işlem ve kararların burada belirtilen görevli ve yetkili yargı mercilerince yerine getirilmesi ve birinci sınıfa ayrılmış bir yargı mensubu olması veya ağır ceza heyetinde yer alması halinde yargılamamın Yargıtay nezdinde yapılmak üzere diğer hakim ve savcılar bakımından ise görev yaptığı yer mahkemesine görevsizlik kararı verilmesi gerekmektedir.

F-) 2802 SAYILI KANUN'DAKİ ÖZEL SORUŞTURMA USULLERİ VE CMK'NIN 161/8. MADDESİ

2802 sayılı Kanun hakim ve savcıların işlediği iddia olunan görev suçu, kişisel suç ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hallerinin tamamını düzenlemiş özel bir kanundur. Dolayısıyla her türlü suç iddiasının bu özel Kanun'da belirlenmiş usul ve esaslara göre yürütülmesi gerekir. Buna

¹⁴¹ Özbek/Doğan /Bacaksız, s.707; Şahin/Göktürk, s.180;Öztürk, 647.

karşılık uygulamada CMK'nın 161/8. maddesinin hakim ve savcılar bakımından da uygulanacağı bazı Yargıtay karar içeriklerinde dile getirilmiştir¹⁴². Bundan dolayı bu maddenin de incelenmesi faydalı olacaktır.

1-) 2802 Sayılı Kanun'un Özel Kanun Oluşu

CMK'nın 161/8. maddesindeki düzenlemede *"Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve*

¹⁴² "...Bu bağlamda ele alınması gereken ve 2575 ile 2797 sayılı Kanun'ların yürürlük tarihinden sonra, somut olayımızda suç tarihinden önce 06.03.2014 tarihli ve 28933 sayılı mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesiyle, 5271 sayılı CMK'nın 161. maddesine eklenen sekizinci fıkrada; "Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır." hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemede görüleceği üzere, aralarında silahlı örgüt suçunun da sayıldığı bazı suçların vahameti ve bu suçlarla korunan hukuki değer dikkate alınarak 2937 sayılı Kanun'da sayılan kişilere yönelik istisna haricinde, bu suçların soruşturmasının genel hükümlere göre yürütüleceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

Nitekim özel soruşturma usullerine istisna getiren benzer bir hükme, Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlarla ilgili yine kural olarak özel soruşturma usulleri uygulanmasının ve buna bağlı hukuki teminatların öngörüldüğü 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Disiplin ve Ceza İşleri" başlıklı Dokuzuncu Bölümünde yer alan "Genel Esaslar" başlıklı 53. maddesinin yedinci fıkrasında da "İdeolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükun, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, yukarıda yazılı usuller uygulanmaz; bu hallerde kovuşturmayı Cumhuriyet Savcısı doğrudan yapar." şeklinde yer verilmiştir.

Her iki düzenleme birlikte ele alındığında, konumuza ilişkin olarak özellikle de 2575 ve 2797 sayılı Kanun'larda kural olarak özel soruşturma usulleri öngörülmüş olmasına rağmen, sonradan CMK'nın 161. maddesinin sekizinci fıkrasının yürürlüğe konulması karşısında, yasa koyucunun salt bu fıkrada sayılan suçların niteliğini gözeterek ayrıca suçüstü hâlinin varlığını araştırmaya gerek bulunmaksızın, 2937 sayılı Kanun'da sayılanlar dışında bu suçları işleyen kişiler hakkında, ilgili kanuni düzenlemeler uyarınca özel soruşturma usulleri uygulanmasının istisnasını öngören bir hüküm ihdas ettiği ve bu yönde bir sistem oluşturduğu anlaşılmaktadır...(Yargıtay CGK., 2019/460 E., 2019/572 K., 01/10/2019)

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu noktada Anayasa'nın 139 ve devamı maddelerinde yer alan hakim-savcı teminatının bir gereği olarak özel bir düzenleme olan 2802 sayılı Kanun'un 82 ila 92. maddeleri arasındaki hükümlerin CMK'nın 168/1. maddesinde yer alan genel hükümle bertaraf edilmesi mümkün değildir. Zira hakim ve savcılar hakkında genel hükümlere göre soruşturma usulü sadece 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesindeki “ağır cezalı suçüstü” halinde mümkündür. Bunun haricinde Başsavcılıklara hakim ve savcılar hakkında doğrudan işlem yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nun **302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316.** maddelerinde yer alan suçların işlendiği iddiasıyla yapılan soruşturmaların da 2802 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine göre yürütülmesi gerekmektedir.

CMK'nın 161/8 maddesine göre, anayasal düzene karşı görevi sırasında veya görevinden dolayı işlenen suçlarda, Cumhuriyet savcılığınca doğrudan soruşturma yapılır. Anayasa'nın 159/9. maddesinin ilk derece hakim ve savcılarına ilişkin özel düzenlemesi ve bu normun hiyerarşideki üstünlüğü dikkate alındığında, ilk derece hakim ve savcılarının soruşturulması açısından CMK'nın 161/8. maddesi hükmü kesinlikle uygulanamaz. Ayrıca Anayasa'nın 159/9. maddesinin hükmünün ana gerekçesi yargı bağımsızlığını ve adil yargılamayı teminat altına almak olup, hakim ve savcılar için öngörülmüş özel güvencelere uyulmadan alınan kararlar tamamen usulsüz olacaktır.

Yukarıda da vurgulandığı üzere 5271 sayılı Kanun sonraki tarihli kanun olsa da genel nitelikli kanun olması ve 2802 sayılı Kanun'un ise özel nitelikte ve içerdiği güvenceleri Anayasa'nın 139 ve devamı maddelerinden alması nedeniyle 5271 sayılı Kanun'un kaynağını Anayasa'dan alan 2802 sayılı Kanun'daki özel yargılama hükümlerini ilga etmesi söz konusu olamaz.

2-) CMK'nın 161/8. Maddesinin Yalnızca Soruşturma Aşamasına İlişkin Olması

CMK'nın 161/8. maddesi yalnızca soruşturma aşamasının genel hükümlere göre yürütüleceğini düzenleyen bir hükümdür. Dolayısıyla Yargıtay'ın CMK'nın 161/8. maddesinin uygulanabilirliği konusundaki kabulüne göre hareket edilse bile CMK'nın 161/8. maddesi yalnızca “soruşturma” aşaması bakımından genel hükümlere göre hareket edileceğini düzenlediğinden bu madde kapsamındaki suçlar görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olduğundan yine kovuşturma aşaması için özel yargılama usullerine göre hareket edilmesi gerekir.

Maddenin lafzından çıkan bir diğer sonuç ise Türk Ceza Kanunu'nun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316. maddelerinde düzenlenen suçların, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmesinin mümkün olduğu hususudur. Burada sadece maddenin lafzi yorumunun çıkardığı sonuç çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316. maddelerinde düzenlenen suçların, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmesinin mümkün olması karşısında bu tip suç iddialarının özel kanun olan 2802 sayılı Kanun hükümlerine göre soruşturma ve kovuşturmalarının yapılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hakim ve savcılara bu tip bir suç isnadında bulunulması ve ağır cezalı suçüstü halinin var olması halinde Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılacak ve kovuşturma ise 2802 sayılı Kanun'un 90. maddelerinde belirlenmiş olan mercilerce yürütülecektir. Ağır cezalı suçüstü halinin bulunmaması durumunda ise 2802 sayılı Kanun'un 82-92. maddelerine göre hareket edilmesi gerekir.

SONUÇ

Anayasa'nın 138, 139 ve 140. maddeleriyle koruma altına alınan "mahkemelerin bağımsızlığı" ile "hakimlik ve savcılık teminatı" ilkelerinin gereği olarak hakimlik ve savcılık mesleği icra edenlerin gerek görevleri ile ilgili gerekse görevleri sırasında işledikleri suçlar ile kişisel suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması ile ilgili özel yetki ve görev düzenlemeleri belirlenmiştir. Bu düzenlemeler 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82 ila 94. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır. Yargı mensupları bakımından getirilen bu özel bir yargılama usulleri, yargı yetkisini kullanan hakim ve savcıların sürekli soruşturma baskısı altında kalmadan bağımsız bir şekilde görevlerini yerine getirmelerini sağlamak ve kötü niyetli ihbar ve şikayetler nedeniyle onların yıpranmasının önüne geçmek amacı ile getirilmiştir¹⁴³. Burada hakim ve savcılar için tanınmış bir imtiyazdan ziyade yargılama görevinin herhangi bir etki altında kalmaksızın yerine getirilmesindeki kamusal yararın güvence altına alınması yatmaktadır.

Hâkim ve savcılarının işledikleri suçlara ilişkin; 2802 sayılı Kanun'un 82 ila 92. maddeleri arasında "görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar", 93. maddesinde "kişisel suçlar" ve 94. maddesinde "ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri" olmak üzere üç farklı hâl öngörülmüştür. 2802 sayılı Kanun'un hakim ve savcılarının soruşturma ve

¹⁴³ Mahmut Şen, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları", *TBB Dergisi*, S.121, Y. 2015, s.45.

kovuşturmalara yönelik belirlediği bu birbirinden farklı soruşturma usullerine ilişkin emredici hükümleri bertaraf etmek adına “karma uygulama” yapılarak soruşturma yürütülmesi mümkün değildir. Suçun haber alınması üzerine soruşturmaya Kurul’un eylemin suçun görev suçu, kişisel suç veya ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinde işlenmiş suç tiplerinden hangisine uyduğu noktasında yapacağı tespite göre devam edilecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hakim ve savcılar hakkındaki suç soruşturma ve kovuşturmaları için belirlenen usul, yetki ve görev kuralları, kesin nitelikteki özel düzenlemelerdir. Yani bu düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup herhangi bir şekilde aksi yönde işlem tesis edilemez. Bir soruşturmanın hakim ve savcılar bakımından usulüne uygun olabilmesi için suçun niteliğine göre belirlenmiş olan soruşturma usulüne göre bütün iş ve işlemlerin yapılmış, kararların alınmış olması gerekmektedir. Karma uygulama yapılması halinde yapılan işlem ve kararlar hükümsüz hale gelecektir.

Anayasa’nın 139 ve devamı maddeleri çerçevesinde 2802 sayılı Kanun’la hakim ve savcıların işlediği iddia edilen görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar hakkındaki soruşturmalar bakımından “izin” sistemi getirilmiştir. Hakim ve savcının yargılanabilme şartı olan izin şartının yargılama sürecinde yerine getirilmediğinin anlaşılması halinde iddianamenin iadesi veya CMK’nın 223/8. maddesi gereğince durma kararı verilerek bu eksikliğin giderilmesi gerekir. Diğer taraftan hakim ve savcıların kişisel suçları ile ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halleri bakımından ise izin sistemi söz konusu değildir. Bu suç tipleri bakımından özel soruşturma ve kovuşturma makamları belirlenmiştir.

Hakim ve savcılar bakımından özel yargılama usullerini düzenleyen 2802 sayılı Kanun özel yasa niteliğindedir. Anayasa’daki teminatlarda dikkate alındığında hakim ve savcı soruşturmaları bakımından CMK’nın 168/1. maddesinin doğrudan uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Zira hakim ve savcılar hakkında genel hükümlere göre soruşturma usulü sadece 2802 sayılı Kanun’un 94. maddesindeki “ağır cezalı suçüstü” halinde mümkündür. Bunun haricinde Cumhuriyet Başsavcılıklarına hakim ve savcılar hakkında doğrudan işlem yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu’nun **302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316.** maddelerinde yer alan suçların işlendiği iddiasıyla yürütülecek soruşturmaların da 2802 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerine göre yürütülmesi gerekmektedir.

2802 sayılı Kanun’da özel soruşturma usulü uygulanan bir diğer suç tipi ise hakim ve savcıların “kişisel suçları”dır. 680 sayılı KHK ile 2802 sayılı Kanun’un kişisel suçları düzenleyen 93. maddesinde değişiklikler yapılmıştır.

Anayasa'nın 140/3. maddesinde hakim ve savcılarla ilgili hususların kanunla düzenleneceği emredici olarak hüküm altına alınmıştır. Bu durumda olağanüstü hal (OHAL) KHK'sı ile 2802 sayılı Kanun'un değiştirilmesi hukuken olanaklı değildir. 680 sayılı KHK ile yapılan düzenleme Anayasa'nın 138, 139 ve 140. maddeleri bağlamında "hakim-savcı teminatına" ve doğal hakim ilkesine açıkça aykırıdır. 685 sayılı KHK'nın sonradan kanunlaşmış olması bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır.

Uygulamada temel sorun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinde işlenen suçlarda ortaya çıkmaktadır. 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesinde ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hallerinde işlenen suçlara ilişkin düzenleme yer almaktadır. Hakim ve savcıların ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suç işlemeleri ve olayda suçüstünün varlığı halinde soruşturma görevi suçun işlendiği yer Cumhuriyet Başsavcılığına, kovuşturma ise suçun görevden doğan/görev sırasında işlenmiş suç veya kişisel suç olma niteliğine göre belirlenecektir. Burada eylemin suçüstü haline tabi olduğunun ortaya konulması ve her bir suç bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Karine olarak bir suçun doğrudan suçüstü haline tabi olduğunu kabule imkan yoktur. Suçüstü hali bir suçun işlenmesine ilişkin olarak fiil ve failin çok kısa bir zaman aralığı içerisinde bilinir olmasını ifade etmektedir. Burada fiili ve aniden gelişen bir durum söz konusudur. Yani bir karineden ziyade fiili bir durum söz konusudur. Dolayısıyla AİHM tarafından da vurgulandığı üzere suçüstü halinin hakim ve savcılar için öngörülen anayasal güvenceleri bertaraf etmek için yorumla aleyhe genişletilmesi hukuka aykırı olacaktır.

Uygulamada sorun olan konulardan biri de 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi çerçevesinde temadi suç ile suçüstü hali kavramları arasındaki ayırımıdır. Temadi eden suçların koşulları bulunması halinde bu suçların suçüstü haline tabi olması mümkündür. Ancak örgüt üyeliği suçunda olduğu gibi bir suçun sırf temadi eden suçlardan olması o suçu suçüstü hükümlerine tabi hale getirmez. Öncelikle temadinin devam ettiğinin delilleriyle ortaya konulması ve devamında da temadi suçunun suçüstü haline geldiğinin, suçüstü sayılan eylemlerin somut delilleriyle ortaya konulması gerekir. Bu bağlamda Türk hukukunda örgüt üyeliği suçunun, kendiliğinden suçüstü halinde işlenen suç olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Terör örgütü üyeliğinin suçüstü hallerinden sayılabilmesi karine olarak mümkün değildir¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Ersan Şen, "Örgüt Üyeliği Suçüstü Hali Sayılabilir mi?", <https://www.hukukihaber.net/orgut-uyeligi-sucustu-hali-sayilabilir-mi-makale,6680.html>, (Suçüstü) İET:18/04/2020

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2018.
- Akbulut, Kenan. “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturulması Sisteminin Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.11, S.116, Y.2016, s.54-62.(Memurlar).
- Aksoy İpekçioğlu, Pervin. “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, Y. 2007, s.1215-1254.
- Alacakaptan, Uğur. Suçun Unsurları, Ankara: Sevinç Matbaası, 2. Baskı, 1975.
- Aldemir, Hüsnü. Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2019.
- Aral, Kemal. “Memurların Vazifelerinden Doğan Suçlarından Dolayı Kovuşturma ve Yargılanmaları”, *İdare Dergisi*, S.194, Y.1948, s.106-115.
- Aras, Bahattin. Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2014.
- Avcı, Mustafa. “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, *AÜEHFD*, C. XI, S.3-4, Y.2007, s. 273-294.
- Aydın, Melikşah. “Hakimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2, Y.2017, s.133-162.
- Baş, Eylem. “Hâkimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, Y.2016, s.265-359.
- Beşe, Hakkı Kamil. Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri, Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1943.
- Çakmak, Seyfullah. “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Araştırma, İnceleme ve Soruşturma İşlemleri”, *Adalet Dergisi*, S.43, Y.2012, s.104-135.
- Demir, Mehmet. “Hâkime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 3-4, Y.2015, s. 805-861.
- Dönmez, Burcu. “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, Y.2017, s. 2727-2748.
- Erdoğan, Ahmet. “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunun Kaldırılması Özleminde Olanlar”, *İdare Dergisi*, S.281, Y.1963, s.61-76.
- Ermumcu, Osman. Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2013.

- Eskiler, Selman. Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2020.
- Feyzioğlu, Metin. “Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, 2004, s. 397-425.
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2012.
- Gökçe, Teoman. “Türk Hukukunda Meşhut Suç Kavramı, Unsurları ve Görünüş Şekilleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.1, Y.2002, s.85-104.
- Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2018.
- Günay Erhan. Hâkim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar, Ankara: Seçkin Yayınları, 1.Baskı, 1997.
- Günday, Metin. İdare Hukuku, Ankara:İmaj Yayınevi, 10. Baskı, 2013.
- Karakurt, Ahu. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi”, *TBB Dergisi*, S. 82, Y. 2009, s.1-31.
- Karavaizoğlu, Türker. 4483 Sayılı Kanun’un Öngördüğü Soruşturma Usulleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2010.
- Kayra, Macit. “Memurlar Ayrı Muhakeme Usulüne Tabi Olmalı mıdır?”, *Siyasi İlimler Mecmuası*, S.232, Y.1950, s.138-39.
- Keyman, Selahattin. “Memurin Muhakematı Kanunu”, *AÜHFD*, C.19, S.1-4, Y.1962, s.176;
- Kılınç, Yaşar. Hakim ve Savcıların Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2019.
- Kırmızıgül, Hüsamettin. Uygulamada ve Teoride Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usulü, İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş, 1995.
- Kunter, Nurullah. Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1954.
- Kunter, Nurullah.“Memurin Muhakematı Kanunu ve Tenkidi”, *Siyasi İlimler Mecmuası*, S.282, Y.1954, s.191-193. (AGM),
- Livanelioğlu, Ömer Asım. “Ceza Usul Hukukumuzda Memur Yargılamaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, Y.1995, s.43-58.

- Meraklı, Serkan. “İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel S., Y.2014, s.1595-1652.
- Mumcu, Uğur. “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması”, *AÜHFD*, Y.1971, C.23, S.1-4, s.133-182.
- Orhun, Hayri. Türkiye’de Memurların Hukuki Rejimi, İstanbul: İçişleri Bakanlığı Yayınları, 1946.
- Önder, Ayhan. "Mütemadi Suç", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.29, S.1-2, s.75-120.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 13. Baskı, 2020.
- Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 13. Baskı, 2012.
- Özek, Çetin. “Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi”, *İÜHFM*, C.XXVI, S.1-4, Y.1960, s.34- 85.
- Özen Muharrem. Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2004.
- Özgenç, İzzet ve Cumhur Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2, Y. 2002, s. 189-238.
- Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınları, 16. Baskı, 2020.
- Öztürk, Bahri. “Memurların Özel Bir Muhakeme Usulüne Tabi Olmasının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C.1, S.1, 1978, (AGM), s.56-62.
- Öztürk, Bahri. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2020.
- Polat, Levent. “Haksız Arama Suçu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul:2007.
- Sağlam, Fazıl. “Anayasa Hukuku Perspektifi ile “Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali” Kavram Üzerine Bir Deneme”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 8, S.15, Y.2019, s.223-258.
- Selçuk, Sami. “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ın Değerlendirilmesi”, *Prof.Nurullah Kunter’e Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No:716, 1998, s.299-326.

- Soyaslan, Doğan. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2020.
- Şahin, Cihan. “Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları İle HSYK Ve Yargıtay Üyelerinin İletişimlerinin Denetlenmesi”, *TAAD*, , S.10, Temmuz 2012, s.569-610.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt. I, Ankara: Seçkin Yayınları, 11. Baskı, 2021.
- Şahin, İlyas: “4483 Sayılı Kanunda Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri Ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S.3, Y.2015, s.249-319 (AGM).
- Şen, Ersan. “Örgüt Üyeliği Suçüstü Hali Sayılabilir mi?”, <https://www.hukukihaber.net/orgut-uyeligi-sucustu-hali-sayilabilir-mi-makale,6680.html>, (Suçüstü) İET:18/04/2020.
- Şen, Ersan. “Gözaltı”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1221747-gozalti>, İET: 17/04/2020 (Gözaltı).
- Şen, Mahmut. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları”, *TBB Dergisi*, S.121, Y. 2015, s.17-66.
- Tanrıver, Suha. “Tabî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, *TBB Dergisi*, S.104, Y.2013, s.11-35.
- Topuz, İbrahim. Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturma ve Yargılama Usulleri, Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2005.
- Turhan, Faruk. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Asil Yayınevi, 1. Baskı, 2006.
- Üzülmez, İlhan. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S.1, Y.2012, s.191-216.
- Yenidünya, A. Caner. “Kanuni Hakim Güvencesi ve Doğal Hakim İlkesi”, <https://caneryenidunya.com/kanuni-hakim-guvencesi-ve-dogal-hakim-ilkesi/>, İET:02707/2021.
- Yokuş Sevük, Handan. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK, m. 257)”, *DÜHFD*, C.23, S.39, Y.2018, s. 257-316.
- Yurtcan, Erdener. Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet-Zimmet-İrtikâp-Görevi Kötüye Kullanma, Ankara: Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2021.
- Zafer, Hamide. “4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”un Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.74, S.4, Y. 2000, s.981-1013.

