

# Ceza Muhakemesi Hukuku

## TUTUKLU(\*) İŞLERDE İLK SORUŞTURMA MECBURİ OLSUN MU?

Prof. Dr. Nurullah KUNTER

### 1. Giriş :

Prof. Dr. Öztekin Tosun, bu derginin ilk sayısında çıkan "Hazırlık soruşturmasında tutukluluk" başlıklı yazısında, bu soruşturmada, tutuklama kararı verildiğinde ceza davasının açılmamış olmasının sakıncalarını gidermek için, bizim ileri sürdüğümüz "kısa soruşturma" düzenlemesini reddedip tutuklama kararı istemekle işin ilersoruşturmaya geçmesinin kabul edilmesini istemiş, hatta kanunun değiştirilmesini önermiştir. Kanun değişikliği söz konusu olduğundan, öneri hakkında düşündüklerimizi açıklamak gereğini duyduk.

### 2. Önerinin kısasoruşturma ile ilgili gerekçeleri :

Yazar, tutuklamadan sonra ceza davası açılmamasının sakıncalarını gidermek için, hazırlık soruşturmasının şüpheliye suç isnat eden

(\*) Kullanılagelen terminolojiyi yanlış buluyor ve doğrusunu kullanıyoruz. Sanığa sanıklı demediğimiz gibi, tutuğa da tutuklu dememeliyiz. Bir kişiyi tutuklamak (tevkif etmek), onu tutuk (mevkuf) durumuna sokmaktır. Bir süre devam eden bu duruma da, tutukluluk değil, tutukluk (mevkufiyet) denilmelidir. Tutuklu ise, mevkuf değil, mevkufü karşılığı kullanılmalıdır. Bu vesile ile, metinde geçtiği için, belirtelim ki "zorunlu"yu da zaruri karşılığı kullanıyoruz. Mecburî karşılığı olarak da zorunlu denilirse, tabiat kanunlarından doğduğu için tabii bir kavram olan zaruret ile kaynağını hukuk normlarından alan ve dolayısı ile hukuki bir kavram olan mecburiyet (veya mecburilik) arasındaki fark gözden kaçırılmış olur. Türkçeleştirmenin amacı her halde dili fakirleştirmek değil. Bu nedenle, mecburî karşılığı olarak ayrı bir terim bulununcaya kadar, bu sözcüğü kullanmakta devam edeceğiz.

ve onu sanık durumuna sokan herhangi bir işlemten sonraki kısmının, sanıksız hazırlık soruşturmasından farklı bir biçimde, sanıklı hazırlık soruşturması da denilebilecek olan ve bizim "kısasoruşturma" diye adlandırdığımız ayrı bir devre olarak düzenlenmesi görüşümüzü reddetmekle işe başlamaktadır. Bu reddin gerekçeleri olmak üzere söylediklerini iki grupta ve şöyle özetleyebiliriz : 1) Savcı tutukluğu sürdürmemelidir. 2) Savcıya hâkim yetkileri verilmemelidir.

### 3. Tutukluğun sürdürülmesi sorunu :

Bu konuda ileri sürülen gerekçeyi şöyle bir tasımla ifade edebiliriz : 1) Şu kadar zamanda dava açılmazsa tutuğun salıverilmesini kabul etmek, o kadar süre için savcıya tutukluğu sürdürme yetkisi vermek demektir. 2) Sanığın özgürlüğünü ilgilendiren konuda savcıya yetki verilmemelidir. 3) O halde, kısasoruşturma kabul edilmemelidir.

Bu tasımdaki büyük önerme doğrudur. Fakat küçük önerme yanlış olduğu için, çıkarılan sonuç ne kadar mantikî olursa olsun yanlış olmaktan kurtulamamaktadır. Gerçekten, şu kadar zamanda dava açılmazsa tutuğun salıverilmesini kabul etmek, o kadar süre için savcıya tutukluğu sürdürme yetkisi vermek demek değildir. Belki ilk bakışta böyle sanılabilir. Fakat biraz incelenirse görülür ki bu süre --ki kısa olması kısasoruşturmanın kısalık vasfı değildir-- hâkimin verdiği tutuklama kararının devamı süresidir ve böyle bir kısa süre kabulü, tutukluğun devamı hakkında hâkimin yeni bir karar vermesine kanunköyucunun ihtiyaç duymaması demektir. Tutukluk sürüyorsa, savcı öyle istediği için değil, hâkim tutuklama kararı verdiği ve kısa süre içinde bir denetime ihtiyaç duyulmadığı içindir. Netekim kanunumuz tutuklama ile beraber hemen dava açmayan savcının, hazırlık soruşturması sonunda davayı açmama ya karar verip bizim "koğuşturmayaya sonverme" dediğimiz, uygulamada "takipsizlik" denilen kararı verdiğinde, hatta ondan önce de, tutuklama için zorunluk kalmadığını gördüğünde tutuğu salıverebilmesini kabul etmiştir (CMK 126). Bu yetki de savcıya süreyi uzatmak için değil, kısaltmak için verilmiştir. Tutukluğun savcı kararı ile kısaltmaması ile savcı kararı ile uzaması farklı şeylerdir.

#### 4. Kısasoruşturmada savcının yetkisi sorunu :

Önerinin ikinci gerekçesini de şu tasımla özetleyebiliriz : 1) Kısasoruşturmada savcıya hâkim yetkisi verilmektedir. 2) Savcıya hâkim yetkisi verilmemelidir. 3) O halde kısasoruşturma kabul edilmemelidir. Burada da büyük önerme doğrudur. Biz de, yazarın da belirttiği gibi, hep bunu savunmuşuzdur (Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. bası, 1978, no. 280). Doğru olmayan yine küçük önermedir. Yazar, kısasoruşturmayı savcının hâkim yetkisi ile yaptığı tezini ileri sürerken bazı İtalyan yazarlarına dayanmaktadır. Unutulmamalıdır ki durum İtalya'da tartışmalıdır. Aksi mütalâada olanlar da vardır. Meselâ Manzini'ye göre, 391. maddede sorgu hâkiminin ilksoruşturmada yaptığı bütün işlemleri, kanunun aksini göstermediği haller ile uzun ve karmaşık olması nedeniyle kısasoruşturma (onların tâbiri ile basit soruşturma) ile bağdaşamayacak haller dışında, savcının yapabileceğinin söylenmesinin nedeni, savcıya hâkim yetkisi vermek değil, savcının taraf olmasına rağmen hâkim kadar olmasa da hakikatı araştırabileceğinin kabul edilmesi ve bir de tanıklara ve bilirkişilere yemin ettirmenin hâkime özgü bir işlem sayılmamasıdır (Trattato di diritto procussuale penale, 3. bası, c. V, 230 - 232). Foschini de kanunun kısasoruşturma ve ilksoruşturma hükümlerinin çok defa yanlış anlaşıldığını, morfolojik uygunluk prensibi gözden kaçırıldığı için, bunların mücerret şemaya göre birbirini takip eden değil, paralel iki devre olarak kabul edildiğini ve bu yüzden kısasoruşturmada savcıya hâkim yetkisi verildiğinin söylendiğini belirtmiştir (Sistema del diritto processuale penale, c. II, 2. bası, 1966, s. 35, 124).

Kaldı ki İtalya'da aksi kabul edilse bile, Türkiye'de kısasoruşturmanın savcıya hâkim yetkileri vermeden düzenlenmesi elbet imkânsız değildir. Kanunumuz kısasoruşturmayı düzenlemediğine göre bizde kısasoruşturmada savcıya hâkim yetkileri verildiği söylenemez. Bugünkü hazırlık soruşturması düzenlemesinin yetmediğini, sanıklı hazırlık soruşturmasının kısasoruşturma adı altında ayrıca düzenlenmesinin teminat bakımından zorunlu olduğunu ilk defa ortaya atan biz ise, kısasoruşturma düzenlendiğinde savcının araştırmaları (soruşturma bile demiyoruz) "hâkim yetkileriyle değil, savcı yetkileri ile" yapacağını, hazırlık soruşturmasını "başlangıç soruşturması" ve "kısasoruşturma" diye ikiye bölerek açıklama-

ğa başladığımız 2. basıdan yani 1964 denberi açıkça söyleyegelmişizdir (No. 442) Bu durumda yazarın bizi, sanki savcıya hâkim yetkileri verilmesini eleştirdiğimiz halde kısıyoruşturmada hâkim yetkisi vermekle çelişikliğe düşmüşüz gibi göstermesini nasıl açıklayacağımızı doğrusu bilemiyoruz.

##### 5. Tutuklama istemekle ilksoruşturmaya geçilmesi sorunu.

Yazar, kısıyoruşturmaya geçilme kabul edilemiyeceği sonucuna iki gerekçeye dayanarak vardıktan sonra, ceza davasının açılmamış olmasının sakıncalarını gidermek için, geriye kalan tek yolu önermektedir: Tutuklama istemekle işin ilk soruşturmaya geçtiğinin kabul edilmesi.

Bir an için yukarıda söylediklerimizi, yani kısıyoruşturma aleyhindeki görüşün yanlış iki hükümden kaynaklandığını unutalım ve yazarın sadece bu öneriyi desteklemek üzere ileri sürdüğü şu üç gerekçeyi ele alalım: a) mantıka uygundur, b) sanık için koruyucu bir çözümdür, c) muhakemeyi hızlandırır.

##### 6. Mantığa uygunluk gerekçesi:

Yazar burada da anladığımızı göre şöyle bir tasım ile akıl yürütmektedir: 1) Tutuklama kararı vermek için "kuvvetli emareler"e ihtiyaç vardır. 2) "Kâfi emareler" varsa, savcı dava açmağa mecburdur. 3) O halde, kuvvetli emareler varsa kâfi emareler de evleviyetle var olduğundan, tutuklama istemekle (yani hemen) dava açılması gerekir. Kişinin hem tutuklanması hem de ceza davasının açılmaması mantığa aykırı olur.

Öteki tasımlardan farklı olarak, burada küçük önerme de büyük önermede doğru. O halde bunlardan mantık kurallarına göre çıkan sonucun da doğru olması gerekmez mi? Elbet gerekir. Ama, yine de yazarın çıkardığı sonucu doğru bulmağa imkân yok. Bir diğer söyleyişle, tutuklanan kişi hakkında hemen kamu davası açılmaması, yahut kamu davası açılmadan bir kişinin tutuklanması mantığa aykırı değil. Nedeni ise çok basit. Yazarın çıkardığı sonuç, bu iki önermeden mantık kurallarına göre çıkması gereken sonuç değil de ondan. Mantık kurallarına uygun sonuç çıkarmak ister-

seniz “tutuklama isteme durumunda dava açılması mecburidir” diyeceksiniz. O kadar. “Hemen dava açılması mecburidir” diyemezsiniz çünkü büyük önermede “hemen” sözcüğü yok. Kanunumuz savcıya dava açma mecburiyeti yüklüyor ama “hemen dava aç” da demiyor. Gerçekten savcı talepname ile olduğu gibi, doğruca sorsoruşturmaya geçmek üzere iddianame ile de dava açabileceğine, bu takdirde sorsoruşturma açılmasını haklı gösterecek derecede, yani ilksoruşturma açılmasını haklı gösterenden daha fazla “emare” arayacağına göre, hazırlık sorsoruşturması her zaman dava açılmasına yer olup olmadığının araştırılmasından ibaret değildir. Dava açılmasına yer görülmesinden, yani şüpheliye suç isnat edilip ona sanık sıfatı verilmesinden (bir diğer söyleyişle, koğuşturmanın başlamasından) sonra dava açılmaya kadar yapılacak işlemler de hazırlık sorsoruşturmasına dahildir. Bundan çıkan sonuç, davanın hemen açılmayabileceğidir. Ortaya sanık çıktıktan sonraki işlemler, bilindiği gibi, ilksoruşturma yapan sorgu hâkimlerinin yükünü teminata zarar vermeden azaltmağı amaçlar. Muhakemenin gelişmesi tarihi bunu göstermektedir. İşte bizim kısasoruşturma dediğimiz, bu işlemlerin bütünüdür. Savcı iddianame ile mi, talepname ile mi dava açacağını, bir diğer söyleyişle kısasoruşturma ile iddianame verebilecek duruma gelebilip gelemeyeceğini tayin için bir araştırmaya ihtiyaç duyabilir. İddianame verebileceğini gördüğünde, ilksoruşturma için yeten zayıf isnadı sorsoruşturma açacak dereceye yani orta kuvvete çıkarmak için de araştırma yapması gerekebilir. Hatta bu da yetmiyebilir. Sorgu hâkiminin sorsoruşturma açılmasını haklı göreceği duruma geldikten sonra fakat açma kararını henüz vermeden önce yapacağı işlemleri de savcı yapmalı, yani işi olgun bir hale getirdikten sonra iddianameyi düzenlemelidir. Savcı kısasoruşturmadaki araştırmaları sonunda, önceki “kâfi emare var” hükmünün değiştiğini görüp kâfi emare bulunmadığı, yani dava açılmasına yer olmadığı sonucuna da varabilir ve tutuğu salıverebilir. Bütün bunlarda, yazarın sandığının aksine, mantıksızlık yoktur, çünkü kanun, kâfi emareler varsa dava açılması mecburidir demiştir ama, davayı hemen açmak mecburiyeti koymamıştır. Dava açma mecburiyeti başka şey, davayı hemen açma mecburiyeti yine başka şeydir.

### 7. Sanık için koruyucu olma gerekçesi :

Tutuklama istemekle ilksoruşturmaya geçilmesinin sanık için bir teminat olacağı şüphesizdir. Ancak aynı koruyuculuğun, sanıklı hazırlık soruşturmasının teminat sağlayacak biçimde ve özellikle kısa olarak düzenlenmesi ile gerçekleşebileceği de şüphesizdir.

### 8. Muhakemeyi hızlandırma gerekçesi :

Yazara göre, öneri sayesinde hemen ilksoruşturmaya geçildiğinden, daha sonraki bir devreye gelinivermektedir, yoksa "savcının sorgu hâkimine başvurarak ilksoruşturmayı isteyip işin gecikmesine neden olması olasılığı vardır". Bu gerekçe yanıltıcıdır, zira sadece bir ihtimale dayanmaktadır. Ya diğer ihtimaller gerçekleşirse? İddianame ile dava açılacak veya koğuşturmaya son verme (uygulamadaki adı ile takipsizlik) kararı verilecekse, ilksoruşturmayı mecburî kılmanın muhakemeyi hızlandıracağı elbet iddia edilemeyecektir.

İlksoruşturmaya "gelinivermek" demek, kısasoruşturmanın atlanması demektir. Morfolojik uygunluk prensibi gereğince ihtiyaç duyulmayan hallerde yapılan bu "atlama", kanunumuz bugünkü sistemine göre imkânsız değildir. İlksoruşturmanın mecbur olduğu işlerde kamu davası açılmasına yer görür görmez, ilksoruşturmanın ihtiyarı olduğu işlerde de kısa bir sürede iddianame düzenleyemeyeceğini anlar anlamaz savcının hemen talepname vermesi gerektiği belirtegelmişizdir (No. 424). Zaten mümkün olan bir şeyi mecburî kılmak istemenin ise bir tek anlamı vardır : İhtiyaç duyulan hallerde dahi kısasoruşturma yapılmasını önlemek. Biz, ilksoruşturmanın kaldırılmasına karşı olduğumuz halde, ilksoruşturmanın mecburî kılınmasını tutuklu işlerde sonucunu doğuracak olan bu öneriye katılmıyoruz. Çünkü ilksoruşturmanın aleyhinde olmak başka şey, her işte veya her tutuklu işte ilksoruşturmayı mecburî kılmak yine başka şeydir. Biz, ihtiyaç duyulmayan hallerde, hiç olmasa ağırcezalılı işlerde sonsoruşturmaya geçilmesi için yine bir hâkim veya mahkeme kararı aranmak yani hâkim teminatından vazgeçmemek şartı ile, ilksoruşturmanın atlanabileceğini kabul ediyoruz (No. 433). Ama, ihtiyaç duyulan haller de olabilir. Onun için ilksoruşturma kaldırılmasını diyoruz. Şimdi, aynı şeyi kısasoruşturma

için söyleyeceğiz. İlksoruşturma yararlıdır ama oldukça karmaşık ve zaman alan bir mekanizmadır. Savcının kısa sürece basit bir araştırması ile yetinilebilecek işlerde bu mekanizmayı işletmek, yolun kısası ve kolayı varken uzununu ve gücünü seçmekten başka bir şey değildir. Kaldı ki hazırlık soruşturması ve onun bir bölümü olan kısasoruşturma, sorgu hâkimlerinin işlerini teminata zarar vermeden azaltıp savcılara verme sonucunu da doğuran morfolojik gelişme prensibi gereğince, muhakemenin baş tarafına sonradan eklenmiştir. Bunu kaldırmak, tarihî gidişe de ters düşecektir.

### 9. Sonuç :

Yazar, sonuç olarak 125. maddenin değiştirilmesini önermekte, hatta bir metin sunmaktadır. Fakat biz bu değişikliğin ve ileri sürülen metnin istenileni gerçekleştirme bakımından isabetli olup olmadığı ve istenmeyen sonuçlar da doğurup doğurmayacağı konularını tartışmakta yarar görmüyoruz. Zira, yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki önerinin beş gerekçesinden sadece bir tanesi ayakta kalabilmektedir. O da sanık bakımından teminatlı oluşturmaktır. Bu teminat ise bizim önerdiğimiz kısasoruşturma ile de sağlanabileceğinden, sadece bu gerekçe, önerinin kabulü için elbet yetmiyecektir. Buna karşılık, önerinin aleyhinde bulunmağı haklı gösteren çok ciddi sebepler vardır. Gerçekten önerilen değişiklik, muhakemenin oluşmasına ve gelişmesine zorunlu olarak yön veren morfolojik prensiplere ters düşecek ve gerekmeyecek durumlarda ilksoruşturmayı devreye sokarak muhakemelerin gereksiz olarak uzamasına yol açacaktır.