

Adalet Bakanlığı «1214 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bu kanuna bazı maddeler eklenmesine dair» bir kanun tasarısı hazırlamıştır. Bu tasarı hakkındaki düşüncelerimizi açıklamaya bir ödev sayıyoruz.

Adalet Bakanlığı 1966 yılında bir Öntasarı hazırlamış ve o zaman mevcut iki kürsünün başında bulunanlardan yani Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer ile bu satırların yazarından mütalaa istemişti. Bizler de, kürsülerdeki bütün öğretim üyeleri ile birlikte çalışmaya uygun bularak yedi imzalı bir rapor sunmuştuk. Tasarıda değiştirilmesi öngörülen maddeler hakkında mütalâa belirtmekle kalmıyan ve diğer maddelerde de gerekli değişiklikleri teklif eden bu rapor, İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü yayınlarının 14. s. olarak 1966 da «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun değiştirilmesine dair 1966 Öntasarısı hakkında rapor» adı altında neşredilmiştir. 1972 tasarısı ile 1966 öntasarısı ve bu rapor arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Onun için bu incelememizde bu rapordan «müşterek rapor» adı altında sık sık söz edeceğiz. Ancak, orada uzun uzun açıkladıklarımızı burada tekrardan çekinip atıf yapmakla yetineceğiz. Böylece ilk defa 1972 tasarısı ile karşımıza çıkan teklifler üzerinde daha fazla durma imkânı bulabileceğiz.

I. Madde değişiklikleri

Madde 26

Bu maddedeki para cezası 50 - 1000 liradan 100 - 2000 liraya çıkarılmak istenmektedir. Hâkimin reddi talebinin kötü niyetle kullanılmasını önlemek için bu artışı uygun buluyoruz.

Madde 27

Son fıkraya açıklık getirilerek sözü geçen kararın sorsoruşturmada verilen karar olduğu belirtilmektedir. Doğrudur. Ancak ön ve sorsoruşturmadaki kararların farklı şekillerde adlandırılması için de sebep olmadığına göre, buna da bir son vermek ve ret isteğinin kabul edilmemesi kararı önsoruşturmada verilmişse acele itiraz yoluna gidilebileceğini, sorsoruşturmada verilmişse esas hükümlerle birlikte kanun yoluna başvurulabileceğini söylemek daha uygun olurdu. Önsoruşturma terimi kanunumuzda geçmediğinden tereddüt edilirse onun yerine «hazırlık sorsoruşturmasında ve ilksorsoruşturmada» demek mümkündür. Fakat bu ikisini ifade eden bir terime ihtiyaç vardır. Netekim bu ihtiyaca ileride de temas edeceğiz. Kanunda bir defasında «hazırlık sorsoruşturması ile ilk sorsoruşturmayı içine alan önsorsoruşturmada» denilirse mesele kalmıyacaktır.

Madde 29

1) Bu maddede birinci değişiklik, hâkimin çekinmesi halinde de, taraflar hâkimin reddini istemişçesine, merciin karar vermesi yolundadır. Bu değişiklik belki bazı hâkimlerin işi başlarından atmalarını önliyecektir. O da bir dereceye kadar. Çünkü, pek çok halde, merci hâkimin gösterdiği sebebi kabul edecektir. Şu halde bu değişiklik çok defa davaların biraz daha uzamasına yol açacaktır. Nadir hallerde merciin çekinmeyi kabul etmediğini farzedelim. Yani «ben tarafsız kalamıyacağımdan korkuyorum» diyen hâkime «hayır, ille davaya bakacaksın» diyeceğiz. Fakat hakikaten çekinen hâkimin tarafsız kalmasını sağlayabilecek miyiz? Zorla davaya baktırdığımız hâkim yarın taraf tutan bir karar verirse ve bize «ben size söyledimdi, beni siz zorladınız» derse ne cevap verebiliriz? Bu kadar ciddi bir sebep var idiyse taraflar hâkimin reddini isteselerdi de diyemeyiz. Taraflar her şeyi bilemezler ve bilseler de hâkimin tepkisinden veya cezadan korkarak reddi istemiyebilirler. Görülüyor ki birinci değişiklik isabetli değildir.

2) Bu maddedeki ikinci değişiklik teklifi, bazı haller hâkimin vazifesini ifadan memnuiyeti zannını uyandırırca «ret talebini inceliyen merciin» bu bapta resen karar vermesi yolundadır. Bugünkü şekle göre «esas davayı tetkik eden merci» resen karar verebil-

mektedir. Değişme sebebi olarak, bu fıkranın, ancak işi gören mahkemede bu sebeple reddi istenen hâkim katılmadan karar verilebilmesi halinde uygulanabildiği, halbuki esas fikrin «istek halinde karar veren merciin istek olmadan da bu hallerde karar vermesi» olduğu gösterilmiştir. Fikir esas itibariyle doğrudur. Fakat maddedeki değişiklik tatbikatta değişikliğe pek yol açmayacaktır. Zira ret talebini inceliyen merci, zaten kaide olarak esas davaya bakan mahkemedir. Bu mahkeme içlerinden biri bakımından böyle bir sebep görürlerse ve mahkeme teşekkür edebiliyorsa, gerekli kararı resen verir. Fakat mahkeme teşekkür edemiyorsa, ret talebini inceliyecek merci bir başka mahkemedir. Onun durumu öğrenip resen karar verebilmesi nasıl mümkün olacaktır? Bunu sağlayacak mekanizma getirilmezse, meselâ o mahkemenin diğer hâkimlerine merci durumdan haberdar etmek mecburiyeti konmazsa, başka merciin karar vermesi hemen hemen mümkün olmayacaktır.

3) Bu maddede üçüncü değişiklik olarak, çekinen hâkimin ancak gecikmeyecek işleri yapabileceği yolunda 28. maddedekine benzer bir fıkra ilavesi önerilmektedir. Çekinen hâkimler tatbikatta acaba gecikmeyecek işleri de yapmakta mıdır? Bilmiyoruz. Sanmıyoruz da. Bu değişikliğin bir ihtiyacı karşılayacağı kanısında değiliz.

Madde 30

1) Tek fıkralı bu maddeye iki fıkra ilâve edilmek istenilmektedir. Yeni 2. fıkraya göre, karar verecek merci, zabıt kâtibinin yanında çalıştığı hâkim veya mahkeme başkanı olmaktadır. Bugünkü sisteme göre ise hâkimler hakkındaki hükümlere atıf yapan birinci fıkra dolayısı ile, zabıt kâtibinin mensup olduğu mercidir. Bu merci mahkeme ise, mahkemedir, başkanı değil. Neden mahkemeden almıyor? Gerekçede bunun sebebi açıklanmış değildir. Biz değişiklik için ciddi bir sebep göremiyoruz ve ciddi bir sebep olmadan maddede değiştirmenin de sakıncalı olduğu kanısındayız.

2) Eklenmek istenilen 3. fıkraya göre, aynı işte zabıt kâtibinin hâkim ile birlikte reddine karar verecek merci, hâkime göre tayin olunacaktır. Tatbikatta reddolunan zabıt kâtibî hakkında da o mahkemenin reddi istenilen hâkimi mi karar veriyordu da buna ihtiyaç

duyuldu. Sanmıyoruz. Ama böyle ise, bu değişiklik faydalı olabilir.

Madde 31

Kararın duruşma sırasında veya dışında verildiğine göre tarafların dinlenip dinlenmeyeceğini, savcının mütalâası alınıp alınmayacağını düzenliyen bu maddenin sonsoruşturmaya ilişkin olduğu açıklanıyor. Çok yaygın olan hatalı uygulamayı önliyeceğinden, değişiklik teklifi isabetlidir.

Madde 32

Maddenin bugünkü şeklinde sadece aleyhinde kanunyollarına müracaat mümkün olan veya bir talebin reddine dair olan kararların gerekçeli yazılması mecburiyeti varken Anayasanın «bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır» diyen 155. maddesi değişikliğin birinci sebebidir. İkinci sebep de muhalefet şerhlerinin çok defa yazılmaması, yazılsa da gerekçelerinin gösterilmemesidir. Gerekçe gösterme kavramına, muhalefet şerhlerinin de belirtilmesi ve gerekçeli olması elbet girer. Buna bir diyeceğimiz yoktur. Yalnız, gerekçe bakımından hiç bir istisna öngörülmemesini doğru bulmamaktayız. Anayasada sadece mahkeme denildiği halde tasarıda hâkimlik ve mahkeme denilmekle, hâkimlik ve mahkeme makamları arasında Anayasanın yapmadığı ayrımın yapılması ileri bir adımdır. Çok isabetlidir. Ancak Anayasanın «her türlü karar» demesindeki maksat aşılmamalıdır. Anayasa, mahkeme ve hâkimlik makamları ayrımını yapmadığından, — o zamanlar bu ayrım pek bilinmiyordu —, her türlü karar derken, hâkimlik kararlarını hariç tutmamak istemiştir. Asıl maksat, gerekçede de belirtildiği üzere, «bazı yargı mercilerinin kararlarının tamamen gerekçesiz ve çok zaman bir satırdan ibaret olması şeklindeki mahzurları önlemek» idi. Mahiyeti itibariyle gerekçesiz olması gereken bazı kararlar vardır ki Anayasa bunların da gerekçeli olmasını istemiş değildir. Anayasa yapanlar, Muhakeme Hukukunun bu konudaki incelikleri üzerinde durmağa vakit bulamamışlardır.

Bazı kararların gerekçesiz yazılması gereğini şöyle açıklayabiliriz: Kamu Hukukunda yetkiler süjeye lüzum şartını tayin yetkisini bırakıp bırakmadıklarına göre, mecburî yetki ve ihtiyarî yetki diye ikiye ayrılır. Mecburi yetkilerde kanun süjeye bir taraftan yetki vermiş, diğer taraftan da mecburiyet yüklemiş, onu serbest bırakmamıştır. İhtiyarî yetkide ise süje yetkili olduğu işi kanunun aradığı şartlar gerçekleşse dahi yapmağa mecbur değildir. Bu iş onun «ihtiyar»ına bırakılmıştır. İhtiyar demek ise o işin yapılıp yapılmamasının lüzumlu olup olmadığını her seferinde süjenin araştırması mecburiyeti demektir. Kanunkoyucu süjenin yetkili olacağı hareketleri veya o hareketin yapılması için aranacak şartları kendisi önceden kestiremezse, bunu süjeye bırakır. Meselâ belli bir suçta verilecek cezanın hapis mi para cezası mı olması gerektiğinde tereddüt ederse, ikisini de yazar. Her davada bunlardan birini seçme işini, yani hangisini lüzumlu gördüğünü tayin işini hâkime bırakır. Tutmada da böyledir. Kanun kestirebildiği sebepleri yazar. Ama bunların mevcudiyetine rağmen her hâdisede tutmanın lüzumlu olup olmadığını hâkimin araştırmasını isterse tutmayı mecburi kılmamış, ihtiyarî yapmış demektir.

Hukukta gelişme ihtiyarî olsun, mecburi olsun, yapılan değerlendirmelerin kontrolü yönünde olmuştur. Ancak yine de kontrolün yapılmasının imkânsız olduğu haller vardır ve bu hallerdeki değerlendirmenin (takdirin) serbest değerlendirme olduğu kabul olunur. Gelişme serbest değerlendirmede de kendisini göstermiştir. Zamanla bir çok noktaların kontrol edilebileceği görülmüş ve serbest değerlendirme yetkilerinin sınırları daralmıştır. Serbest değerlendirme yetkisi ile gerekçe göstermek mecburiyeti arasında sıkı bir ilişki vardır. Serbest değerlendirmede hukuki kontrol kaide olarak mümkün değildir. Jüri kabul edilen memleketlerde, jürinin mahiyeti icabı olarak, jüri kararlarında gerekçe aranmaz. Diğer taraftan, gerekçe mecburiyeti Muhakeme Hukukunda bazı pratik güçlüklerle karşılaşılmasına ve değerlendirme yetkilerinin kullanılmasına yol açabilir. Meselâ aşağı ve yukarı hadler arasında temel cezayı tayinde gerekçe aranıldığında, hâkimler gerekçe göstermenin güçlüğü karşısında hep cezanın aşağı haddini verme yolunu tutmuşlardır. Böylece meselâ sabit ceza sisteminden ayrılıp daha ileri gidilip aşağı ve yukarı hadler koymanın manası kalmamış ve sabit ceza sistemine yani geriye dönmüştür. Hatta bu yüzden «cezalar yeterli değil» diye kanunlardaki cezaları artırılması

yoluna gidilmiştir. Bütün bunların sebebi hâkimlerin sözü geçen halde gerekçe göstermeğe mecbur tutulmaları olmuştur. İşte şu veya bu sebeple, gerekçe gösterme mecburiyeti ile birlikte bulunmayan bu yetkilere «tam serbest değerlendirme yetkisi» adı verilmektedir. Gerekçe sadece hukukî kontrol için faydalı olmadığından, ilgilileri tatmin etmek, keyfiliğe engel olmak faydaları da bulunduğundan, sakınca olmayan hallerde, sırf bu faydaları yüzünden, gerekçe mecburiyeti ile birlikte kabul edilmeleri mümkündür ve Muhakeme Hukukunda gelişme de bu yoldadır (KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bası, 1970, s. 34-36, 174-178). Gerçekten, ihtiyarî yetkilerde de kaide gerekçenin mecburî olmasıdır. Ancak bunun da pratik zorunluklarla istisnaları olmalıdır ve netekim Muhakeme Hukukunun kabul ettiği istisnalar vardır. Her olayda lüzum şartının nedenini göstermek gerekmez. Zira faydasından çok zararı olabilir. Onun için süje, eğer varsa veya kabul edilebilirse, kanunî kaide ayrılabilmek için gerekçe gösterme mecburî tutulur, fakat kaideye uygun karar verilirken gerekçe aranmaz. Meselâ, kanunî şartlar gerçekleşmiş hâkim bunları elbet belirtecektir. Fakat bunlardan ayrıca tutmayı o kişi bakımından neden lüzumlu gördüğünü belirtmeden tutma kararı verebilir. Fakat kanunî şartların mevcudiyetine rağmen tutma kararı vermiyecekse, neden lüzum görmediğini açıklamalıdır. Keza, şartla salıvermenin tasvibi için de gerekçeye lüzum yoktur, zira kaide budur. Tasvip edilmezse gerekçe gösterilir. Buna karşılık, kısa hapis cezaları yerine başka ceza veya tedbir hükmolunması yolunda bir kaide yoktur. O halde kısa hapis cezaları hakkında 647 sayılı kanunun öngördüğü değişikliğin yapılmıyacağına açıklanması ve gerekçe gösterilmesi mecburi değildir (KUNTER, s. 35 not 26).

Anayasa hâkimlerin gerekçesiz karar vermelerini önlemek isterken, bu incelikleri düşünmemiş ve bu konuları düzenlemek istememiştir. Kimse Anayasanın, lüzum şartını değerlendirirken kaideye uygun hareket eden hâkimi de gerekçe göstermeğe mecbur kılmak istediğini iddia edemez. Şu halde 32. madde değiştirilirken «ihtiyarî yetkilerde, varsa veya kabul edilebilirse, kanunî kaideye uygun bir karar verilirken lüzum şartının ne için kabul edildiğinin gösterilmeyebileceği» yolunda bir hüküm ilâve edilmelidir.

Madde 45

Bu maddede esas değişiklik, tutuklu işlerde tanıkların davetiye gönderilmeden zorla getirtilebilmelerinin mahkemelere ve sorgu hâkimlerine tanınmasıdır. 1966 tarihli müşterek raporumuzda da bunu kabul etmiştik. Ancak bu istisnai imkân tatbikatta kaide haline gelmemelidir. Bunun için maddede «*istisna olarak verebilirler*» denilmesi uygun olur. Diğer taraftan çağırılıp da gelmiyen tanığa çıkarılan zorla getirme (ihzar) müzekkeresi ile daha önce çağırılmamış olan tanığa çıkarılan zorla getirme müzekkeresi arasında ayırım yapılarak kolluğun ikinciler hakkında daha anlayışlı davranması sağlanmalıdır. İhzar yerine zorla getirme denilmelidir. Nettekim 46. madde bugün dahi «.ihzar müzekkeresi ile zorla getirtilebilir» diyor. Şu halde ihzar, zorla getirme demektir.

Madde 46

1) Birinci değişikliğe göre, davetiye ile çağırılan tanık gelmezse ve mazeretini de bildirmezse, zorla getirtilmesi mecburi olacaktır. Bugün, zorla getirme ihtiyaridir. Usulü dairesinde çağrılmak şart olduğuna göre mahkeme davetiyenin tebliğ edildiğini araştıracak demektir. Fazla olarak tasarı mazeret bildirmeme şartını da aramıştır. Bu sebeple davetiyeyi aldığı henüz belli olmıyan veya alıp da mazeret bildirenlere bu madde uygulanamayacaktır. Bu sebeple işleri uzatmamak için bu şartlarla bir davetiye ile yetinilmesinin kabul olunabileceği düşünülebilirse de tanığın gelmesine son dakikada elinde olmıyan bir engel çıkabileceği yahut mazeret yazı veya telinin postada gecikebileceği de hesaba katılmalıdır. Bu sebeple her olayda zorla getirtme lüzumunu tayinin hâkime bırakılması yani bugünkü sistemin muhafazası daha isabetli olacaktır. Hâkime güvenmemiz lâzımdır. Zaten hâkim davayı uzatmak istiyorsa bunu önlememiz hemen hemen imkânsızdır.

2) Para cezası artırılmış, ödenmezse hapse çevrileceği hükmü kaldırılmıştır. Birincisi daha tesirli kılacağı için, ikincisi Cezaların İnfazı Kanununun 5. maddesi ile zımnen ilga edildiğinden, isabetlidir.

3) Zorla getirtilen tanıklar aleyhine hükmedilmiş ceza ve masrafların kaldırılması için, tasarı «mazeretin doğruluğunu isbat eden delil ve vesikaları gösterme» şartını aramaktadır. Bir kere vesika (belge) de delil olduğundan ayrıca gösterilmesi yersizdir. Diğer taraftan maddenin bu kadar teferruata girmesi de uygun değildir. Bugünkü metinde mevcut «gelmemesini mazur gösterecek kâfi sebepler varsa» veya «mazereti makbul görülürse» yollu tam bir isbat aramıyan deyimle yetinilmelidir.

4) Bugünkü metinde «ilk tahkikat sırasında» denildiği halde tasarıda «hazırlık ve ilk soruşturma» denilmiştir. Bir kere, dil bakımından «hazırlık soruşturması ve ilk soruşturma» denilmelidir. Kaldı ki biz bu ikisini birden ifade edecek «önsoruşturma» terimini tercih ediyoruz. Netekim mehzada da bu terime karşılık ayrı bir terim kullanılmıştır. Diğer taraftan hazırlık soruşturması sırasında hâkimlerin tanık dinlemeleri mümkün olduğundan, kanunda olduğu gibi ilk tahkikata hasretmenin manası olmadığından, bu da mehzadaki önsoruşturma tâbirinin yanlışlıkla ilk soruşturma diye tercümesinden ileri geldiğinden, değişiklik isabetlidir. Hazırlık soruşturmasına da teşmilini ve önsoruşturma denilmesini hep istemiştir (KUNTER, s. 419).

5) İsbetli gördüğümüz bu değişiklikten, tasarının gerekçesinde olduğu gibi, hazırlık soruşturmasında savcıya da bu yetkinin verildiği manası çıkarılamaz. Zira maddede yetkili olarak sadece hâkimler sayılmıştır. Savcıya bu yetkinin verilmesi temenni dahi edilemez. Zira savcı başka, hâkim başkadır. Muhakeme görevi içinde farklı görevleri olduğuna, biri iddia diğeri kaza (yargılama) görevi yaptığına göre, fark muhafaza edilmelidir. Hatta tahkik sistemi diye türkçeleştirdiğimiz engizisyon sistemi ve onun zararları hakikaten istenilmiyorsa farkın muhafazası zorunludur. Meclis veya Senato Komisyonlarının gerekçelerinde bu noktanın açıklanması, Bakanlığın yorumunun kanuna uymadığının belirtilmesi uygun olacaktır.

Madde 63

1) Türkçeleştirmeler dışında bu maddenin getirmek istediği değişikliklerin birincisi, birinci fıkradaki para cezasının hapse çev-

rilmesi hükmünün kaldırılmasıdır. Cezaların İnfazı Kanunu ile zaten ilga edilmişti. İsbetlidir.

2) İlk soruşturmanın yanına hazırlık soruşturması da katılmıştır. 46. maddede belirttiğimiz sebeplerle önsoruşturma terimi kullanılmalıdır. Aksi takdirde dil bakımından gerekli düzeltme yapılmalıdır.

Madde 66

1) «Tehirinde mazarrat» kelimelerinin «gecikmede sakınca» diye türkçeleştirilmesi yanlıştır. Sakınca. «mazarrat» veya «zarar» in değil, «mahzur» un türkçesidir. Zaten burada da mazarrat veya zarar değil, zarar tehlikesi söz konusudur. Onun için «gecikmede tehlike varsa» denilmelidir (KUNTER, s. 436).

2) Fıkroda asıl değişmesi gereken husus, müşterek raporda da belirtmiş olduğumuz üzere, savcının bilirkişiye yemin veremeyeceği olmalıdır. Savcı, sanık gibi, kendi seçtiği bilirkişiyi duruşmaya getirebilir. Savcının seçtiği bilirkişi, tarafların seçtiği bilirkişidir. Hâkimin tayin ettiği bilirkişi ile karıştırılmamalıdır. 188. madde dolayısı ile bu konuya döneceğiz.

3) Tasarı resmi bilirkişinin kanunla görevlendirilmiş olmasını aramıştır. Hatta kanunun verdiği yetkiye dayanılarak resmi bilirkişiyi meselâ bir bakanın tayin etmesi Anayasanın 132. maddesine aykırı düşerdi. Bu sebeple tadil isabetli olacaktır.

4) Maddeye yeni bir fıkra ilâvesi istenmektedir. Buna göre «tedavi ve muhafazaya hükmolunması veya Ceza Kanununun 47. maddesinin uygulanması bakımından bilirkişi tetkikatı yaptırmaya hâkimler mecburdur. Bilirkişinin adli tabip yoksa mütehassıs bir hekim olması şarttır». Sanığın şuurunun tetkiki konusunda özel bir madde vardır. Değişiklik, gerekiyorsa, 74. maddede yapılmalıdır. 74. madde değiştirilmek istenenler arasında olduğundan bu konudaki düşüncelerimizi orada belirteceğiz.

Madde 67

Bu maddeye yeni bir fıkra ilâvesi önerilmektedir. Buna göre «ret talebini işi soruşturmakta veya davayı görmekte olan hâkim

veya mahkeme inceler. Reddi istiyen taraf ret sebebini isbatla mü-kelleftir. Yemin delil olamaz». Görülüyor ki bu fıkra, hâkimin red-di hakkındaki 25. maddeye benzer durumdadır. Gerekçede, bilirki-şilerin reddi isteğine hangi merciin karar vereceği gösterilmediği için bu fıkranın sevk edildiği yazılıdır. Bu madde 1929 danberi uy-gulandığına göre artık kanunla doldurulması gereken bir boşluk söz konusu olmamalıdır. Kaldı ki ilk ve sonsoruşturma ayırımı yapmak ve «işî soruşturmakta veya davayı görmekte olan» hâkim demek isabetsizdir. Zira ilksoruşturmada da dava açılmıştır. Mak-sat hazırlık soruşturmasında sulh hâkimini ifade etmekse o zaman da hazırlık soruşturmasından söz edilmeliydi. Ret sebebini isbatı konusunda da hüküm ilâvesine lüzum yoktur. Hâkimin reddi se-bepleri ile reddolunacağı yazılı olduğuna göre oradaki hükümlerin uygulanacağı tabiidir.

Madde 74

1) Bugünkü maddede «maznunun şuurunu tetkik» denilmekte ve tasarı bunu «tedavi ve muhafaza altına hükmolunması veya Ce-za Kanununun 47. maddesinin uygulanması bakımından yapılan tetkik» olarak değiştirmek istemektedir. Müşterek raporda da be-lirtmiş olduğumuz üzere, isabetlidir.

2) Hazırlık soruşturmasında bugün bu tetkik kararını sorgu hâkiminin vermesindeki isabetsizliği (KUNTER, s. 473) gidermek üzere bu soruşturmada sulh hâkiminin gösterilmiş olması da yerin-dedir.

3) Maddenin 2. fıkrasındaki, müdafii olmıyan sanığa «müza-heret zımnında» resen müdafî tayini hakkındaki hüküm türkçeleş-tirilmiş ve «yardım için» denilmiştir. Müzaheret denildiğinde akla «adli müzaheret» gelmekte idi. Burada da aynı müessesenin kas-dedildiğini belirtmek için «adli yardım» denilmeildir.

4) Üçüncü fıkradaki kararname yerine karar denmesi de doğ-rudur. Biz Muhakeme Hukukunda, kararname tâbirinin sadece ida-rî mahiyetteki kararlar için kullanılmasına taraftarız (KUNTER, s. 335).

5) Maddenin son fıkrasına, altı haftalık sürenin yetmemesi halinde yapılacakları bildirmek üzere eklenenler ile mahsup hak-kındaki hükümler de isabetlidir. Bunlar zaten müşterek raporu-

muzda teklif edilmişlerdi. Ancak dosya gönderilmesi ile ilgili kısımlar, süre konusu dışında kaldığından ayrı bir fıkrada yer almamıştır.

6) 66. maddeye ilâve edilmesi teklif edilen hususun gerekirse yeri bu madde olacağını belirtmiştik. Bu teklife göre, sözü geçen bakımlardan bilirkişi incelemesi yaptırmaya hâkimler mecburdur ve bilirkişinin adli tabip yoksa mütehassıs hekim olması şarttır. Acaba hâkimler tedavi ve muhafazaya hükmederken veya 47. maddede uygularken bilirkişi incelemesi yaptırmıyorlar mı? Varken adli tabibe başvuruyorlar mı? Yoksa mütehassıs hekime gitmiyorlar mı? Biz değişikliğin esasının aleyhinde değiliz. Fakat ihtiyacı duymuyoruz. Eğer hakikaten ihtiyaç varsa 66. maddede yer alan teklif, 74. maddenin birinci fıkrası olmalıdır.

Madde 106

1) Birinci fıkradaki değişiklik «tevkif» yerine «tutuklama» denilmesinden ibarettir. Anayasanın dil bakımından tesirinde kaldığı görülüyor. Gerçekten Anayasa hiç de lüzumu yokken, her halde yazarlar arasında ceza muhakemesi hukukçusu olmadığından, tutuklama terimini icat etmiştir. Anayasayı yazarlar her halde tutma ile karışmasını diye tutuklama demişler, tevkiften ayrı bir tutma olduğunu sanmışlar, tevkiften ayrı olanın yakalama olduğunu, tevkife ise doktrinde (KANTAR, s. 114) tutma denildiğini hesaba katmamışlar, hatta garabeti daha ileri götürerek tutuklama dahi bir kimseyi tutuk yapma demek olduğuna göre mevkuf karşılığı tutuk diyecek yerde tutuklu demişlerdir. Buna göre mevkufu iş yerine tutuklulu iş demek gerekecektir. Kanunların Anayasaya uygunluğu dili bakımından değil, özü bakımından aranır. Biz kanunda tutuklama yerine tutma dersek Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı diye onu iptal etmez. Bu sebeplerle hatalı yoldan bir an önce dönmeliyiz.

2) Bugünkü maddeyi kelime kelime tercüme etmek de dil bakımından doğru değildir. «Sanığın tutuklanması hâkim tarafından verilen bir tutuklama müzekkeresi ile olur» yerine «Sanık ancak hâkim tarafından verilen bir müzekkere ile tutulabilir» denilmesi daha uygun olacaktır.

3) Bugünkü 3. fıkrada yapılması istenilen değişiklik, Anayasaya uygun olduğundan isabetlidir. Ancak «yakalanması anı» yerine «tutulması anı» denilmelidir. Yakalama, hâkim kararı olmadan yapılandır. Burada ise hâkimin tutma kararı ve ona dayanılarak çıkarılan ve polise emir verme mahiyetinde olan tutma müzekkeresi vardır. Hakkında tutma kararı verilen kişi, hürriyeti tahdit edildiği anda yani tutulduğunda tutuk olur. Tutukluk durumu da o andan başlar. «Tevkif evi» yerine de «tutukevi» denilmesi iyi olur. Kelime kelime tercüme edip tutmaevi veya tutuklama evi denilmesi tükçeye uygun düşmemektedir.

4) Tebliğin nasıl yapılacağı ve belgenin nerede saklanacağı hakkındaki hükümler de isabetlidir.

5) Tutma kararına itiraz hakkının tutuğa bildirilmesi de faydalıdır.

Madde 107

Bu maddeye ikinci bir fıkra ilavesi önerilmektedir. Anayasa gereği olan bu ilave, dil farkı bir yana, müşterek rapordaki teklifimize uygundur.

Madde 108

1) Gerekçede Anayasaya uydurmak için 4. fıkrada değişiklik yapıldığı söylenmekte ise de diğer fıkralarda da değişiklikler vardır. Birinci fıkradaki değişiklik, esas itibariyle ve dil farkı bir yana müşterek rapordaki teklifimize uygundur. Tabii 24 saat, Anayasadaki son değişiklikten sonra 48 saate çıkarılmıştır. Ancak, yolda geçen zamanın süreden sayılmıyacağı söylenirken, Anayasadaki gibi «en yakın mahkeme» denilecek yerde «yetkili mahkeme» denilmiştir. Yetkili mahkemeye gönderme için gerekecek zaman çok defa en yakın mahkemeye gönderme zamanından fazladır. Tasarı bu bakımdan Anayasaya uydurulmalıdır.

2) Anayasa son tadilden sonra, kanunun açıkça belli ettiği hallerde, toplu olarak işlenen suçlarda 48 saatlik süreyi 7 güne çıkarmıştır. Kanunu buna uydurmağa çalışan teklifte bazı aksaklıklar vardır. Gerçekten, Anayasanın sözünü ettiği «kanunun açıkça

belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda» sürenin 7 güne çıkarılmasının sebebi, Anayasanın gerekçesinde «gerek sanıkların sayısının çokluğu gerekse bu tip olayların mahiyeti icabı delillerin toplanmasının uzun bir zamana bağlı olması» diye gösterilmiştir. Şu halde teklifteki gibi üç kişinin birlikte suç işlemesi hali Anayasanın aradığı «toplu olarak işlenen suç» değildir. Diğer taraftan tıkrada «sanık sayısının çokluğu veya delillerin durumu veya suçun niteliği sebebiyle birinci fıkra hükmünün uygulanamaması»ndan yani 48 saatte hâkim önüne çıkaramamaktan bahsolunması da isabetli değildir. Çünkü her toplu suçta birinci fıkra uygulanamıyor denilerek 7 güne çıkarmak mümkün olacaktır ki bu da Anayasanın «bu hallerin kanunda açıkça belli edilmesini istemesiyle bağdaşamaktadır. Kaldı ki Anayasa bu hallerde delillerin toplanması uzun sürüyor diye süreyi uzattığı, aynı tek sebep bu olduğu halde, sanık sayısının çokluğunun veya olayın mahiyetinin ayrı sebep olmayıp bu tek sebebin sebepleri oldukları ortada iken, daha başka sebeplerle uzatmayı haklı gösteren bir ifade kullanılması Anayasanın istisnasını genişletmek olacağından doğru değildir.

3) Maddeye «Cumhuriyet savcının veya meşhut suçlarla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sulh veya sorgu hâkiminin yazılı emri bulunmadıkça sanık 48 saatten fazla tutulamaz yollu bir fıkra ilâvesi teklif edilmektedir. Sebebi gerekçede gösterilmemiştir. Tahminimize göre, zabitanın 48 saati kendiliğinden 7 güne çıkarmaması istenmektedir. Tahminimiz doğru ise, teklif esas itibarıyla isabetlidir. Fakat bu takdirde 7 günle ilgili oluş meselâ cümle başına ancak kelimesi ilâve edilerek ve ayrı bir fıkra olmaktan çıkarılarak belirtilmelidir. Diğer taraftan meşhut suçlarla gecikmede tehlike olan hallerde yetkinin sadece sulh veya sorgu çakimine verilmesi isabetsizdir. Bu hallerde gerçi bunlar 158. maddeye dayanarak savcı yerine geçerek gerekli işlemleri yapabilirler. Ama bu hallerin hepsinde yalnız hâkimler hazırlık soruşturması yapar diye bir kaide olmadığına göre, bu yetkinin «savcıya ve savcı görevini yaptıkları hallerde sulh ve sorgu hâkimlerine» verildiği söylenmelidir.

Madde 109

1) Birinci fıkradaki «isterse» kelimesinin kaldırılması teklifi, Anayasaya uygunluk bakımından isabetlidir. Ancak, aynı süre için-

de denilecek yerde «*hemen veya imkân olur olmaz ve en geç aynı süre içinde*» denilmesi uygun olur. Anayasa sadece yukarı sınırı çizmiştir. Onu aşamayız. Fakat altına inmemiz mümkündür ve sınığın hürriyetini gerektiğinden fazla sınılamamak için buna hatta mecburuz. Onun için kanunun bugünkü şeklindeki aşağı sınır muhafaza edilmelidir.

2) Bugünkü 2. fıkranın da kaldırılması, müşterek raporda belirtildiği üzere, isabetli olacaktır.

3) Üçüncü fıkradaki değişiklik tevkif yerine tutuklama denilmesinden ibarettir. 106. maddede söylediklerimizi tekrar edecek değiliz.

Madde 124

Tasarı, sorgu hâkimlerinin bazı kararlarının tasdik ile tekemmül edeceğini belirten ikinci fıkranın kaldırılmasını önermektedir. Bu değişiklik 1966 tarihli müşterek raporda da yer almıştı. Biz de bunu çoktan beri istemekte idik (KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. bası, s. 510; 4. bası, s. 596). Hatta biz tekemmül için «tasdik» den bahsedilmesini, tasdik sözü bir nevi vesayet icabı olduğundan, hâkim kararlarına yakıştıramıyoruz. Netekim Yargıtayın bizde, — evet bizde, başka hiç bir Devlette yoktur —, tasdik kararı vermesini de, bunun garabetinin farkına vardığımız 1967 senesinden beri yakıştıramamakta ve tenkit etmekteyiz, (KUNTER, 3. bası, s. 685; 4. bası, s. 711).

Madde 128

1) Yakalamada hâkim önüne çıkarılmağı düzenliyen bu madde, tutmada hâkim önüne çıkarılmaya uygun şekilde değiştirilmek istenilmektedir. Birinci fıkra 1966 da teklif ettiğimiz gibidir.

2) Tasarının 2. fıkrası, «nezaret altında bulundurma»nın yani yakalama anı ile hâkim önüne çıkarılma arasında yakalanan kimşenin durumunun, — ki tutmada tutukluğa tekabül eder —, süresinin Anayasa ile 7 güne çıkarıldığı istisnai durumu düzenlemek istemektedir. 108. madde dolayısı ile açıkladığımız düşünceler burada da geçerlidir.

3) Kolluğun (zabitanın) 48 saatten fazla nezaret altına almasını sağlamak için teklif edildiğini tahmin ettiğimiz üçüncü fıkrada hakkında da, 108. maddede söylediklerimizi tekrar etmiyeceğiz.

Madde 129

Bu maddede 128. maddeye atıf yapılması isabetlidir. Ancak sürenin aşağı sınırının da «*hemen veya imkân olur olmaz en geç.*» diye çizilmesi uygun olacaktır. Netekim bugünkü metinde de hemen kelimesi vardır.

Madde 133

Zorla getirme (ihzar) müzekkeresinin bir suretinin sanığa verileceği yolunda fıkraya eklenmesi uygundur. Ancak 45. maddede belirttiğimiz gibi ihzar yerine zorla getirme denilmelidir.

Madde 134

1) Tasarının 1. fıkrası, kanundaki yol süresi dahil 24 saati, yol süresi hariç 48 saate çıkarmak istemektedir. Geri kalanı bir nevi tercümedir. Zorla getirmede kişinin hürriyetinin ne zamana kadar kısıtlanabileceğini düzenleyen bu maddenin Anayasaya uydurulması istendiği görülmektedir. Zorla getirme, icabında zor kullanmağı gerektiren bir çağrıdır. Hâkim emriyle çağırılan bir kişinin hâkim önüne gerekirse zorla getirilmesidir. Yolda geçen süre hariç olduğuna ve kollukça hiç bir soruşturma yapılmıyacağına göre, çağırılan ve bulunduğu yerden alınıp hâkimin bulunduğu yere getirilen kişinin orada, yani kollukta 48 saat bekletilmesinin sebebini anlamıyoruz. Zorla getirme ya günlük ya günsüz olur. Belli bir gün ve saatte bulundurulması istenilen kişinin üzerinde kolluğun zor kullanmağı başlaması, davet gün ve saatine göre haklı görülebilecek bir zamanda başlamalıdır. Hürriyetin sınırlanması, denilebilir ki sadece yol bakımındandır. Yol süresini hariç tuttuktan sonra, kollukta 24 saat bile bekletilmesi gerekmezken niye 48 saate çık-

rılsın? Anayasa böyle bir şey istemediğine göre bunun kanunu Anayasaya uydurmakla alâkası yoktur. Müzekkerede gün ve saat belirtilmemişse, kişinin derhal alınıp hâkim önüne getirilmesi lâzımdır. Ama burada da yol süresi sonunda hâkim önüne çıkarabilmek imkânı gözönünde tutulmalıdır. Mahkemelerin çalışmadığı günlerde getirip adamı günlerce karakolda bekletmenin manası yoktur. Zorla getirme belli makam bakımından olur. Kim çağırmissa ona götürülecektir. Onun yerine başkasına götürmenin de faydası olmadığından, tatil günlerindeki nöbetçi hâkime çıkarma da düşünülemez. Netice olarak, 24 saat 48 saate çıkarılmamalıdır.

2) Tasarının 2. fıkrası sürenin getirme için muhik görülecek bir zamanda başlayacağını belirtiyor ki, yukarda belirttiğimiz sebeplerle, isabetlidir.

3) Yeni bir fıkra ilâvesi dolayısı ile madde değiştirilirken, yazılış da gözden geçirilmelidir. Bu arada ihzar yerine, 45. madde vesilesiyle belirttiğimiz gibi, zorla getirme denilmelidir. İkinci fıkrada ise «Zorla getirme, yol için haklı görülecek bir zamanda başlar ve sorguya kadar devam eder» denilmesi daha isabetli olacaktır.

Madde 138

1) Mahkemece kendisine müdafî tayin edilecek küçüklerin yaşının 15 den 18 e çıkarılması uygundur.

2) Yetkinin ihtiyarî olmaktan çıkarılıp mecburi yetki haline getirilmesi ve acele hallerde bu yetkinin başkana da verilmesi 1966 tarihli müşterek raporumuza uygundur.

3) «Mahkemenin bulunduğu yerde vekâlet ifasına yetkili kimseler de bulunursa» denilmesi, mecburiliğin her yerde uygulanamayacağı endişesinden doğsa gerektir. Bu endişeyi anlıyoruz. Fakat, 140. maddeye göre mahkeme ancak bulunduğu yerdeki avukat veya dava vekillerinden seçeceğine göre orada böyle bir kimse yoksa veya bulunanlar bu görevi çeşitli sebeplerle yapamayacak durumda iseler, zaten bu kaide uygulanamayacak demektir. Tereddütler ille yenilmek isteniyorsa, vekillik ile müdafîlik birbirine karıştırılmamalı ve «mahkemenin bulunduğu yerde müdafî olabilecek kimseler de bulunursa» denilmelidir.

Madde 141

138. maddeye mecburiyet hükmü konulmasına uygun olarak bu maddenin 1. fıkrasında da değişiklik öngörülmektedir. İsbetlidir.

Madde 158

1) Hâkimlerin istisna olarak savcı gibi hazırlık soruşturması yapmasını ve bu arada nâkim görevlerini de savcının isteği olmadan yerine getirmesini düzenleyen bu maddede önerilen birinci değişiklik, sulh hâkimlerinin yanına 1. fıkrada sorgu hâkimlerinin de ilâve edilmesidir. Bugün sorgu hâkimi de aynı görevi yapmakta, fakat tutma kararı verememektedir. Sulh ve sorgu hâkimleri arasındaki bu ayrımın haklı bir sebebi yoktur (KUNTER; s. 449). Teklif isbetlidir.

2) Maddede bugün «lüzum görülen bütün tahkik muameleleri» denilmekte iken tasarıda sadece «bütün soruşturma muameleleri» denilmiştir. Ortada gecikmede tehlikeye dayanan istisnai bir durum olduğuna göre, ancak bu istisnai durumun haklı gösterdiği muameleler yapılabilirdir. Bunları madde «lüzum görülen» diye ifade etmişti. Bizce «nécessaire» karşılığı olarak lüzum (gerek veya gereklilik) bile hafif olup zorunluk (zaruret) tabiri kullanılmalıdır.

3) İkinci fıkrada sadece savcı kalmakta ve onun da «tutuklamadan» başka diğer muameleleri yapabileceği belirtilmektedir. Savcının bugünkü fıkrada yer alması zaten abesti. Bunun da sebebi, 158. maddenin mahiyeti anlaşılmadan 1936 da tadil edilmesiydi. O zaman savcının yetkileri artırılmak isteniyordu, çünkü otoriter rejim modası vardı. Ama savcının yetkilerini artıracak maddenin bu olmayıp 155. madde olacağı gözden kaçmıştı (KUNTER, s. 337). Hazırlık soruşturmasını yapan kaide olarak savcıdır. İstisna olarak bu yetkinin meselâ sulh hâkimine verilmesi, savcının elinden yetkisinin alındığı manasına gelmemekte, fakat fazla olarak, geciktirilemiyen hallerde hâkimin de savcı yerine geçip savcı gibi hareket etmesi istenmektedir. 158. maddenin mana ve maksadı bu olunca artık ikinci fıkraya yer kalmamıştır. Netekim 1966 tasarısında kaldırılmıştı. Yine kaldırılmalıdır. Bu kaldırma, savcılarının

yetkilerinde bir azalma da yapmayacaktır. Zira savcılarının bu istisnai hallerde yapacakları muameleler, ilgili maddelerde ayrı ayrı düzenlenmiş bulunmaktadır.

4) Maddenin türkçesi üzerinde de durmak ihtiyacını duyuyoruz. «Tehirinde mazarrat umulan haller» denilmesi hatasını sürdürmek için sebep yoktur. Yoksa biz hakikaten zarar olmasını istiyor, bekliyor, bir diğer söyleyişle umuyor muyuz? İstemediğimiz sonuçlar için Türkçemizde ummak tâbirini kullanmaz, korkmaktan bahsederiz. Gecikmede zarar olacağından korkuyorum deriz. Eğer bu sübjektif durumları belirtmekte fayda görmüyorsak sadece «gecikmede tehlike varsa» veya «geciktirilemeyen hallerde» demekle de maksat doğru bir şekilde ifade edilmiş olur (KUNTER, s. 437).

5) Gecikmede tehlike (veya tasarının yanlış tâbiri ile sakınca) hali belirtilince, artık meşhut suçların ayrıca gösterilmesine lüzum yoktur. Netekim meşhut suçların da böyledir. Mantık da bunu gerektirir. Zira her meşhut suçta ve her muamele bakımından gecikme tehlikesi olmayacağına göre, bunlara da imkân veren bir istisnayı haklı gösterecek sebep yoktur. Maddedeki meşhut suçlar kelimeleri çıkarılmalıdır.

Madde 171

1) Tasarının en önemli maddelerinden biri budur. Hatırlatalım ki 1966 tasarısı ilksoruşturmayı tamamen kaldırmak istemişti. Müsterek raporumuzda ilksoruşturmanın kaldırılamayacağını, zira bir ihtiyaca cevap verdiğini uzun uzadıya açıklamıştık (Rapor, s. 8-19). 1972 tasarısı, ilksoruşturmayı kaldırmaktan vazgeçmiştir. Türk Ceza Muhakemesi Hukuku adına ne kadar sevinsek yeridir. Ancak, tasarının, ilksoruşturma ihtiyacına tam cevap verdiğini söylemeye de maalesef imkân görememekteyiz.

2) Tasarının 1. fıkrası, ilksoruşturmanın ağırcezalık işlerde mecburî olması kaidelerini değiştirmekte, ihtiyarî hale getirmekte ve hangi hallerde savcının buna lüzum göreceğini de 2. fıkrasında belirtmektedir: «Suçun önemi, dağınıklığı ve delillerin korunup toplanması hâkim tarafından soruşturma yapılmasını gerekli kılıyorsa Cumhuriyet savcısı ilksoruşturmanın yapılmasını ister».

3) Tasarı hakkında bir değer hükmü verebilmemiz için önce

biraz açıklama yapmada fayda görüyoruz. İlksoruşturma bir ihtiyaç mahsulü olduğuna göre, bütün mesele, ihtiyacı 1) neden ibaret olduğu, 2) nasıl ve 3) kim tarafından tayin edileceğidir. Tasarıyı bunların cevaplarına göre değerlendirmek gerektir.

4) Önce ihtiyacın neden ibaret olduğunu görelim. Bilindiği gibi ilksoruşturma çeşitli bölümlerden meydana gelir ve sonunda «sonuç çıkarma» adını verdiğimiz karar bölümü vardır. İşte bu karar bölümüne bugün medeni memleketlerin bildiğimiz hepsinde rastlamaktayız. Yani, ancak bir hâkim kararı ile sonsoruşturmaya geçilmektedir. Bunun, ağırcezalık işlerde hiç bir istisnası yoktur. Tasarı ise ağırcezalık işlerde ilksoruşturmaya ihtiyarı kılmakla, bazı ağırcezalık işlerde iddianame ile dava açılabilmesini, yani hâkim kararı olmadan bir kimsenin ağırceza mahkemesinde sanık sandalyasına oturmasını kabul etmekle, medeni dünyada emsali olmayan bir yol tutmak istemektedir. Biz bunu fert teminatı bakımından çok tehlikeli buluyoruz. Meşhut suçların muhakemesi kanununun şartları olmadıkça, ağırcezalık işlerde sonsoruşturma açılması kararı ancak bir hâkim vermelidir. Bu sebeple, ağırcezalık işlerin hepsinde, sonsoruşturma açılması kararını hâkimin vermesi ihtiyacı dolayısı ile soruşturmayı da hâkim yapmalı, yani ilksoruşturma mecburi olmalıdır (KUNTER, s. 543).

5) İlksoruşturmanın kısaca soruşturma da denilebilecek olan «dellilerin toplanması» bölümü, açısından durum ağırcezalık işlerde yine aynı sonuca varmamızı gerektirecektir. Gerçekten soruşturma bakımından ihtiyaç, savcının bir kimseye sanık sıfatını vermesinden yani ona bir suç isnat etmesinden veya bir diğer söyleyişle koğuşturmaya başladıktan sonra gerekenleri kısa bir süre içinde yapamayacağına anlaşıldığı hallerin hepsinde vardır. Biraz açıklıyalım. Hazırlık soruşturmasında iki devre vardır. Birincisi, suç öğrenilmesinden ortaya şüphelilerin çıkıp şüphenin bir kişi üstünde toplanmasına ve onun suçlu olduğunun sanılmasına yani ona suç isnat edilmesine kadar devam eder. Bu devrenin uzun sürebilmesi mümkündür ve mahiyeti icabıdır. Yıllarca ortaya sanık çıkmaması imkânsız değildir. Önce kamu davasının açılıp açılmıyacağına karar verebilmek için yapılan bu devreye biz «başlangıç soruşturması» adını veriyoruz (KUNTER, s. 507). İkinci devre, ortaya sanık çıktıktan kamu davası açılmasına kadar olan devredir. Meselâ hazırlık soruşturmasında bir kimsenin tutulmasından sonraki kısım bu

ikinci devreyi teşkil eder. İşte bu ikinci kısım kısa olmalıdır ve onun için biz buna «kısasoruşturma» adını veriyoruz (KUNTER, s. 546). Kısasoruşturma ile ilksoruşturma arasında alâka şöyle açıklanabilir: Sorgu hâkimlerinin işini azaltmak için bazı hallerde savcının yapacağı kısasoruşturma ile yetinilebilir ve ilksoruşturma atlanabilir. Bu demektir ki ortaya sanık çıktıktan sonraki hazırlık soruşturmasını savcı yapabilir ve iddianame ile mahkemeye başvurabilir. Ama bunun şartları vardır. Bunların birincisi, isnattan sonraki hazırlık soruşturmasının kısa sürmesidir. Bunun kısa sürmeyeceği anlaşılırsa talepname ile ilksoruşturmaya geçilir. Hatta kısa sürmeyeceği suç isnat edilir edilmez belli olursa, suç isnadı talepname verilmesi ile birlikte olur. Isnattan yani ortaya sanık ve dolayısı ile sanığın müdafaası ile ilgili meseleler çıktıktan sonra, hazırlık soruşturmasının uzaması teminatsızlık teşkil eder. Bu durum özellikle sanığın tutuk olmasında kendisini gösterir. Bunun içindir ki meselâ İtalyada tutukluk 40 gün sürmüş ve kısasoruşturma bitmemişse, ilksoruşturmaya geçme mecburiyeti kabul edilmiştir. Demek ki, soruşturma açısından ilksoruşturmaya ihtiyaç olup olmadığı, savcının isnattan sonraki soruşturmasının kısa sürüp sürmeyeceği meselesidir. Kısa sürmeyecekse teminat bakımından ilksoruşturmaya ihtiyaç vardır.

6) İlksoruşturmanın bir de «koruma» adını verdiğimiz devresi vardır (KUNTER, s. 562). Bu devreye, koruma tedbiri adını verdiğimiz tedbirler bakımından yapılan muamelelerden meydana gelir. Zaman bakımından bütünlüğü yoktur. Bazan koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulmadan ilksoruşturmanın bu devresiz tamamlanması mümkündür. Koruma tedbirleri; tutma, yakalama, zorla getirme, elkoyma gibi ve «gecikmede tehlike» ve «haklı görünüş» şartlarıyla başvuru edilen tedbirler olup yakın tehlikeye karşı korunmayı sağlarlar (KUNTER, s. 433). Bunların çoğuna, soruşturmayı savcı yapsa dahi, teminat olmak üzere, hâkimlerin karar vermesi kabul edilmiştir. Hâkime başvurma dahi beklenemeyecek kadar gecikmezlik varsa, savcı ve hatta kolluk memurları bazı koruma tedbirlerini alabilirler. Ancak, iş sorgu hâkiminin elinde olursa, koruma tedbirlerinin hemen hepsine hâkim karar vereceğinden teminat ihtiyacı daha iyi sağlanmış olur.

7) Şimdi ihtiyacın nasıl tayin edileceği meselesine gelebiliriz. Karar bakımından bir mesele yoktur. Zira yukarda gördüğümüz

gibi ağırcezalık her işte hâkimin karar vermesi ihtiyacı vardır. Soruşturma bakımından ihtiyacın tayininde ölçü, savcının isnattan sonra yapacağı soruşturmanın kısa sürüp sürmemesi meselesidir. Kısa sürüp sürmiyeceğini hangi ölçülere göre tayin edileceğine gelince, meselâ iş muğlaksa, sanık sayısı fazla ise, tanıklar yabancı memlekette ise, kısa bir sürede savcı işini tamamlayamayacaktır. Tasarı, ölçü olarak «suçun önemi, dağılıklığı ve delillerin korunup toplanması hâkim tarafından yapılmasını gerekli kılıyorsa» demıştır. Bu ölçüler ve ifade tarzı çok söz götürür. Bir kere, «hâkim tarafından soruşturma yapılması» değil, «ilksoruşturma yapılması» denmelidir. Çünkü tek tek muamelelerin hâkim tarafından yapılması söz konusu değildir. Diğer taraftan, «suçun önemi» de bizce müphemdir. Suç önemli olur da soruşturması kısa sürebilir. «İlksoruşturmayı gerekli gösterecek önemli sebepler varsa» demek de savcıya ihtiyarî yetki tanımak olacağından, birazdan göreceğimiz gibi sakıncalıdır. En iyisi objektif bir ölçü koymaktır. Bu bakımdan İtalyadaki «tutukluğun 40 gün sürmesi halinde ilksoruşturmaya geçmek mecburiyeti» bize daha uygun gelmektedir.

8) İhtiyacı kimin tayin ve takdir edeceği meselesine gelince, burada kaide, mümkün oldukça, kanunkoyucunun tayin etmesi olmalıdır. Onun tayin edemediği hallerde, muameleyi yapacak süjeye, her muamele yapışında ihtiyaç olup olmadığını araştırması için, ihtiyar da denilen ihtiyarî yetki tanınır. Bizce, meşhut suçlar kanununa girmiyen ağırcezalık işlerin isnattan sonraki hazırlık soruşturmasının kısa sürmiyeceğini yani mecburi olmasını kanunkoyucu kabul edebilir. Gerçekten bu işler, daha itinalı, daha teminatlı bir şekilde soruşturmayı gerektirir ve bu da zaman alır. Kaldı ki bu işlerde karar bakımından da yukarıda gördüğümüz gibi mecburilik kabul edilmelidir.

9) Biz, yukarıda belirtilen sebeplerle ağırcezalık işlerde ilksoruşturmanın mecburî olmasına taraftarız. Bunlara bir sebep daha ilâve edebiliriz. O da ihtiyariliğin sakıncalı olmasıdır. Gerçekten, meselâ hazırlık soruşturmasında sanık hâkim kararı ile ağırcezalık bir suç isnadı ile tutulduktan sonra kanunen mecburî olan ilksoruşturmaya derhal geçilmemesi gibi kanuna aykırı tatbikat hatırlanır ve ihtiyacı takdirde yanılmalara karşı yapacak bir şey olmadığı düşünülürse, savcılarının bugün asliyelik işlerde olduğu gibi yarın ağırcezalık işlerde de ihtiyarî yetkilerini iyi kullanamı-

yacaklarından ve ilksoruşturmanın hemen hemen kâğıt üzerinden kalacağından pek haklı olarak korkulabilir.

Eğer ille tasarının ihtiyarilik sistemi kabul edilecekse, ihtiyariliğin keyfilik manasına alınmasını önliyecek çareler düşünmek gerekecektir. Bu konuya aşağıda asliyelik işler bahsinde eğileceğiz.

10) Asliyelik işlerde ihtiyacı tayin yetkisi savcıya bırakılabilir. Netekim kanunun bugünkü sistemi de budur. Ancak burada da keyfiliği önlemek meselesi karşımıza çıkar. Keyfiliği önlemenin çarelerinden biri, İtalyada olduğu gibi, tutukluğun 40 gün sürmesi halinde iddianame düzenlenemediği takdirde talepname vermenin mecburi olmasıdır. Bir diğer çare de, sanık istediğinde ilksoruşturma yapılabilmesinin bazı şartlarla kabulüdür. Kanunumuzun ilk şeklinde, mehaza uygun olarak, iddianame ile dava açılması halinde sanık ilksoruşturma istiyebilirdi. Müdafaa bakımından haklı görülürse bu istek kabul ediliyordu. Hatta ret kararı verilirse itiraz da mümkündü. Sanığın ilksoruşturma istemesindeki faydayı takdir edemiyenler, faydası yok diye 1936 da maddeyi değiştirmişlerdir (KUNTER, s. 570).

11) Sulhlük işlerde kanun, ilksoruşturma yapılmamasını kabul etmiştir. Yani kanunkoyucu bunların sanık ortaya çıktıktan sonraki hazırlık soruşturmasının kısa süreceğini, yahut uzasa da teminata zarar vermeyeceğini düşünmüştür. Tasarı da bu yoldadır. Bizce, isnattan sonra savcının yapacağı soruşturmanın sulhlük işlerde de kısa sürmemesi imkânsız değildir. Sulhlük işlerde tutma da mümkündür. Şu halde işe sulhlük olması, meselâ tutuklu bir işin 40 günden fazla savcı elinde kalmasını gerektirmemelidir. Bu sebeple sulhlük işlerde de ortada tutuk varsa 40 gün içinde iddianame ile dava açılmadığı takdirde ilksoruşturmaya geçme mecburî olmalıdır.

12) Bütün bu sebeplerle 171. maddenin şöyle kaleme alınmasını uygun buluyoruz:

Madde 171 — Ağırcezalık işlerde daima, diğer işlerde tutukluğun 40 gün sürmesi halinde iddianame ile dava açılmadığı takdirde ilksoruşturma mecburidir.

Geri kalan hallerde ilksoruşturma yapıp yapılmaması savcının ihtiyarına bırakılmıştır. Savcı, isnattan sonraki soruşturması-

nın kısa sürmiyeceğini veya sürmediğini gördüğü anda talepname verir.

Hazırlık soruşturması 158. maddeye göre sulh veya sorgu hâkimi tarafından yapılmışsa, ilksoruşturma hazırlık soruşturmasının eksikliklerini tamamlama suretiyle yapılır.

Madde 173

1) Maddede kullanılan «selâhiyet» kelimesi hem vazife hem selâhiyet manasına kullanılmıştır denilerek selâhiyetten sonra vazife karşılığı olarak görev kelimesinin ilâvesi tasarlanmaktadır.

2) Bir kere görev tâbirini vazife karşılığı kullanmak yanlıştır. Bildiğimiz «vazife»nin fransızcası «devoir» dir ve süjenin pasif durumunun ifadesidir. Türkçesi de «ödev» dir. «Görev» ise «fonction» karşılığıdır, görülen iş manasınadır. Muhakeme Hukukunda kanunlarımızın kullanageldiği «vazife» ise ne biri ne de öteki olup «madde itibariyle yetki» dir. Mevaz kanundaki «yer itibariyle yetki», «madde itibariyle yetki» tabirleri bizdeki hatalı tatbikata uyulup selâhiyet ve vazife diye tercüme edilmiştir. Halbuki yetkinin «millet itibariyle yetki», «şahıs itibariyle yetki» ve «görev itibariyle yetki» adlı başka çeşitleri daha vardır (KUNTER, s. 241, 243, 251, 267, 276). Kanundaki bütün selâhiyetleri bugün üç beş madde değişikliği sırasında «yer itibariyle yetki»ye, vazifeleri de «madde itibariyle yetki»ye çevirmeğe elbet imkân yoktur. Fakat 173. maddedeki selâhiyetin yanına vazife eklenmesi de isabetsizdir. Çünkü burada «selâhiyet» doğru olarak «compétence» karşılığı olarak kullanılmıştır. Ne itibariyle olduğuna bakılmamaktadır. Bu konuda ortada iki anlayış vardır. Bazılarına göre, madde itibariyle yetki bu maddedeki yetki tâbirine dahildir. O zaman zaten ilâveye lüzum kalmamaktadır. Bazılarına göre, pratik mülâhazalarla ve ihtiyaç olmadığı için dahil değildir (KUNTER, s. 571). O zaman da ilâvenin manası kalmamaktadır. 1966 tasarısında dahi ele alınmamış olan bu tadile ihtiyaç görmüyoruz.

2) Maddedeki suç yerine fiil denilmesi, son cümlenin ayrı fıkraya yapılması isabetli ise de sadece bunlar için de madde değiştirilmesini uygun görmemekteyiz.

Madde 175

Bu maddedeki değişiklik de selâhiyetsizlik yerine görevsizlik ve selâhiyetsizlik denilmesinden ibaret olup 173. madde dolayısı ile söylediklerimiz burada da geçerlidir.

Madde 176

1) Talepnamenin reddi kararına itirazın acele itiraza çevrilmesi, muhakemeleri çabuklaştırmak bakımından isabetlidir.

2) Talepnamenin reddi kararına sanığın delillerin toplanması bakımından itiraz yetkisi kaldırılmak istenilmekte, sebep olarak da sanığın zaten ilksoruşturma yetkisi yok ki itiraza hakkı olsun denilmektedir. Bir kere, sanığa ilksoruşturma yapılmasını isteme yetkisi verilmesi 171. madde dolayısı ile belirttiğimiz gibi, büyük bir teminattır. Diğer taraftan, bugün kaldırılmak istenilen hükmün bir tarihçesi vardır. 1936 da yapılan büyük değişiklikte sanığın ilksoruşturma isteme yetkisi kaldırılırken, 176. maddedeki talepnamenin reddine karşı sanığın acele itiraz edebileceği hükmü kaldırılmış, onun yerine bugün kaldırılmak istenilen hüküm konmuştu. Sanığın itirazını, muhakkak delil toplamakla anlaşılabilen hatalara bağlı tutmağı hep tenkit etmişizdir (KUNTER, s. 572). Delil toplamadan da anlaşılabilir bir hata varsa, meselâ ilksoruşturmaya tâbi değil diye verilen ret kararı, eğer eylemin suç teşkil etmemesi sebebiyle ret kararı verilmek gerektiği için hatalı ise, sanık bunu itirazında niye ileri süremesin? Görülüyor ki sanığa delillere sınırlı olmadan acele itiraz yetkisi tanınmalıdır. Nihayet, bunun ilksoruşturma istiyebilip istiyememekle de ilgisi yoktur. Mesele verilen karardaki bir hatanın itiraz yolu ile düzeltilmesidir ve bunda sanığın menfaati olduğundan ona da itiraz hakkı tanınmalıdır. Şu halde tasarıdaki maddeye savcı'dan sonra «ve sanık» kelimeleri ilâve edilmelidir.

Madde 183

Birinci fıkraya «katnu davasının düşmesi» nin eklenmesi çok yersizdir. Bu madde, ilksoruşturmanı gayesi ile ilgilidir: İlksoruş-

turmanın sonunda sonsoruşturmaya ya geçilecek ya geçilmiyecektir. İşte bu iki karardan birini verebilmek için gerekli bütün delillerin toplanacağı söylenmektedir. İlk soruşturma sona ermeden, yani bu iki karardan birini verecek hale gelmeden verilebilecek olan düşme kararı, ilksoruşturmanın gayesi değildir ki ilksoruşturma bu kararı verebilmek için gerekli delilleri toplamak gayesi ile yapılsın.

Madde 188

1) Sanığın seçtiği bilirkişinin ilksoruşturma muamelelerine katılmasını düzenleyen bu maddede teklif edilen değişiklik, maddedeki «birden fazla» kelimelerinin çıkarılması içindir. Bizim, hâkimin tayin ettiği bilirkişiden ayırmak için teknik müşavir adını verdiğimiz sanık veya savcı tarafından seçilip duruşmaya getirilebilen bu bilirkişilerin ilksoruşturma sırasında hâkimin tayin ettiği bilirkişi tek de olsa keşif ve muayeneye katılmaları ve müşahedelerini yapabilmeleri müdafaa bakımından çok önemlidir. Kanunun bu hükmünü biz hep tenkit edegelmişizdir (KUNTER, s. 410).

2) Maddeye eklenmek istenilen 3. fıkra, sanığın seçtiği bilirkişinin isteklerinin reddi kararlarının gerekçeli olarak tutanağa geçirilmesi yolundadır. Faydalıdır.

3) Bu maddede değişiklik sırasında «kendiliğinden davet» yerine «doğrudan doğruya davet» denilmek suretiyle bu madde, 213 ve 215. maddelere uydurulmalıdır. Diğer taraftan 213. maddeye göre sanık bilirkişisini mahkemeye davet ettirebileceği gibi beraberrinde de getirebilmektedir. Aynı imkân ilksoruşturmada da tanınmalıdır. Bunun için, tasarının birinci fıkrasının sonunda «... doğrudan doğruya davet ettirebileceği gibi evvelce bir dilekçe vermezsiniz dahi o kimseyi getirebilir» denilmelidir.

Madde 191

1) Maddeye «davanın düşmesi» kararı da konulmak istenmektedir. Bir kere, madde, sorgu hâkiminin ilksoruşturmanın sonunda, yani 183. maddeye göre sonsoruşturmaya geçmek hususunda karar verebilmek için yapması gerekli bütün muamelelerin sonunda vereceği kararları saymaktadır. Davanın düşmesi veya dur-

ması, kaide olarak yol sonunda değil, yol boyunca rastlanan bir nevi arızaların sonuçlarıdır. Davanın düşmesi kararı, sonsoruşturma açılabilir mi diye bir karar verilebilecek duruma gelmeden de verilebilen bir karardır. Sonra, eğer sorgu hâkiminin verebileceği bütün kararlar sayılmak gerekirse, daha pek çok şey eklemek icap eder. Meselâ, sorgu hâkimi, talepnameyi kabul ettikten sonra muhakeme şartlarının gerçekleşmediğini, fakat gerçekleşmesinin mümkün olduğunu görürse «durma kararı» da verir. Bu karar da maddede yoktur. Ama bunlar içtihatlarla hallolunmuştur veya olunabilir. Bunun için maddenin değiştirilmesi gerekmez.

2) Maddenin son fıkrasındaki değişiklik ile iddianamenin bildirilmesi bakımından 3 günlük süre teklif olunmaktadır. İksoruşturma sonunda dosyanın bazan çok kabardığı olur. Savcı, ilksoruşturmada yapılanları bilmez. Başka işleri arasında savcının dosyayı üç gün içinde inceleyip isabetli bir mütalaa beyan etmesi çok zaman mümkün olmaz. Baştan savma bir mütalaa ise muhakeme bakımından yararlı olmaz. Bu sebeplerle süre konulacaksa 15 iş gününe çıkarılmalıdır. Biz süreye dahi taraftar değiliz. Zira bunun bir müeyyidesi olmayacaktır. Olsa olsa teftişlerde savcıya ne için geç mütalaa verdiği sorulacak, o da işlerinin çokluğunu ileri sürecektir. Çok daha uzun bir süre gecikme ise, kanunda sınırlama olmasa da teftişte zaten görülebilir ve «görevi yapmama veya savsama» (ihmal ve terahi) suçunu bile meydana getirebilir.

Madde 194

1) Son fıkranın «sanık bu karar aleyhine kanun yoluna gidemez» şeklinde değiştirilmesi istenilmektedir. Maddenin bugünkü metnine göre, ilksoruşturma bittikten sonra, savcının sonsoruşturma açılması yolundaki mütalâası yani iddianame sanığa bildirilir ve o da «bazı delillerin toplanmasını istiyorsa» veya «iddianameye muhalefet ediyorsa» bunu hâkime bildirebilir ve sonunda sorgu hâkiminin vereceği karara, sadece 173. maddenin 1. fıkrasındaki sebeplerle, yani talepten reddi sebepleri ile acele itiraz edilebilir. Tasarı bu kararı kesin hale getirmektedir.

2) Bir kere, maddede mevcut «sadece sonsoruşturma açılması yolundaki savcı mütalâasının» sanığa bildirilmesi bizce hatalıdır. Savcının mütalâası lehte de olsa sanığa bildirilmelidir. Zira sav-

cının lehte mütalâasına rağmen hâkim aleyhte karar verebilir. Sanık böyle bir kararın verilmemesini haklı gösteren sebepleri önceden hâkime gösterebilmelidir (KUNTER, s. 578). Diğer taraftan, sanığın taleplerini reddeden karara itiraz edebilmesi bir bakıma davayı uzatırsa da bir bakımdan da kısaltır. Gerçekten sanık mesele düşme sebebi olduğunu ileri sürmüş olabilir. Haklı ise itiraz mercii dosya üzerinde meseleyi halleder ve iş mahkemeye gitmeden çabucak sonuçlanır. Sanığın yer itibarıyla yetkisizlik iddia ettiğini düşünelim. İtirazı kabul edilmese bile bu mesele artık kesin olarak çözülmüş olduğundan mahkeme bu işle uğraşmıyacak ve duruşma daha çabuk sona erebilecektir.

3) Gerekçede, duruşma hazırlığında veya duruşmada sanığın delil ikame edebileceğine dayanılmaktadır. Filan tanığın duruşmaya çağırılmasını istemek başka şey, o dinlenmeden sorsoruşturmaya geçilmemesini istemek başka şeydir. Belki o tanığın beyanı sorsoruşturmaya geçilmesini önliyecektir. Sonra, itiraz sebepleri, sadece delil toplamaktan ibaret değildir. Fiilin suç teşkil etmediğini veya zamanaşımının olduğunu ise sanık duruşma hazırlığında ve hatta çok defa duruşmanın ilk celsesinde söyleyemez. Söylese de bir kere harekete geçmiş olan sorsoruşturma makinesini kolay kolay durduramaz.

4) Gerekçede değişiklik sebebi olarak bir de sanığın sorsoruşturma açılması kararına itiraz hakkı olmadığı söylenmiştir. Burada sorsoruşturmanın açılması kararına değil, sanığın ileri sürdüğü iddianın reddi kararına itiraz söz konusudur. İtiraz olunamayan sorsoruşturmanın açılması kararları ise, sanığın iddiasının reddi ile birlikte olmalarıdır (KUNTER, s. 585).

Madde 197

1) Maddeye dava düşmesi konusunda iki fıkra eklenmek istenmektedir. Bir kere, bu madde, başlığında da belirtildiği üzere, «sorsoruşturmanın açılmasına mahal olmadığı kararı»nı düzenleyen bir maddedir. Mahiyeti başka olan bir kararın bu maddede yeri yoktur. Kaldı ki düşme kararından başka maddelerde de bahsedilmesine, 183 ve 191. maddelerde belirttiğimiz gibi, lüzum yoktur.

2) Eklenmek istenilen ikinci fıkrada, düşme ve muhakemenin men'i kararlarının sanığa tebliğ edileceği yazılıdır. Gerekcede bunun faydası belirtilmiştir. Doğrudur, faydalıdır. Ancak, 33. madde gereğince yapılması gereken tebliğin burada ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç yoktur.

3) Maddede değişiklik teklif edilirken «muhakemenin men'i» tâbirinin muhafaza edilmesini anlıyamadığımızda da işaret edelim. Bunun aksi olan karara lüzumu muhakeme kararı demiyoruz ki. Men'i muhakeme tâbiri, 1808 Fransız Kanununu örnek tutan 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanununun bir kalıntısıdır. O zamanlar «muhakeme»nin sadece bugün sorsoruşturma dediğimiz şey olduğu sanılırdı. Onun için sorsoruşturmanın açılmasına lüzumu muhakeme, açılmamasına men'i muhakeme denmişti. Bugün ilksorsoruşturmanın da muhakeme olduğu anlaşılmıştır. Onun için eskiden muhakeme denne şeye şimdi sorsoruşturma denilmektedir. Kanun bugün sorsoruşturmanın açılmasına mahal olmadığı kararından bahsetmektedir. Buna kısaca ve öteki kararın zıddını ifade etmek üzere «sorsoruşturmanın açılmaması kararı» demek uygun olur. Zaten ilksorsoruşturmanın gayesi de sorsoruşturma açmak veya açmamaktır. Gerçi muhakemenin meni tâbiri eski alışkanlıkla 183 ve 204. maddelerde de kullanılmıştır. Muhakemeye verdiği yanlış mana dolayısı ile bu hatanın bir an önce giderilmesi gerekmektedir. Ancak biz ne kadar önemli olursa olsun, sadece terminoloji bakımından madde değiştirilmesi aleyhindeyiz.

Madde 202

Maddenin ilk fıkrasındaki «selâhiyetli mahkeme» yerine «görevli ve yetkili» mahkeme denilmesine, 173. madde dolayısı ile belirttiğimiz sebeplerle ihtiyaç yoktur.

Madde 203

1) Maddenin ikinci fıkrasında sayılan ve savcı tarafından acele itiraz edilebilecek kararlar arasına «sorsoruşturmanın geçici olarak durması» kararı da eklenmek istenilmektedir. Bir kere bu karar mahiyeti itibariyle geçici olduğundan, zaten Almanyadan fark-

lı olarak bizde durma kararlarının hepsinde geçicilik niteliği bulunduğundan, kararın adında geçici sıfatına ihtiyaç yoktur. Kanundaki hatanın (KUNTER, s. 586) sürdürülmesi için haklı bir sebep de mevcut değildir. Öteki maddelerde eski adın kalması da mesele teşkil etmez. Onlar da zımnen düzeltilmiş olur.

2) Son soruşturmanın durması kararına itirazın acele olması için bir zorunluk yoktur. İtiraz ise 297. maddeye göre mümkündür.

3) Maddenin ikinci fıkrasına «düşme kararı»nın da ilâvesi önerilmektedir. Düşme kararına normal olarak 297. madde ile itiraz edilebilecekse de bunun acele olması tezini biz de hep savunmuşuzdur (KUNTER, s. 565). Ancak bunun da yeri burası değildir. Zira 203. maddenin konusu, dördüncü fasıl bütün maddelerinde görüldüğü üzere, son soruşturmanın açılması ile ilgili kararlardır. Maddenin başlığında «son soruşturmanın açılması kararı» denilmiş olması da, dördüncü fasıl başlığı gibi hatalı olmuştur. Maksat son soruşturma açılması konusunda verilen müsbet veya menfi olabilen kararlardır. Düşme kararı ise daha önce de verilebildiğine göre bunlardan değildir.

4) Bu ilâveler, sadece savcıya itiraz hakkı vereceği için de yersizdir. Son soruşturma açılmaması kararı ile bir çeşit temize çıkmak ve düşme veya son soruşturmanın durması kararı ile yarı lekeli kalmamak isteyen sanığın da itiraz hakkı olmalıdır. Bunun, işi uzatacağı söylenemez. Çünkü düşme kararına itiraz edecek sanık pek az olacaktır. Son soruşturmanın durması kararı da hatalı ise bunu düzeltmekte toplumun da faydası vardır ve zaten nasıl olsa durmuştur, yani kendi kendine uzamaktadır.

5) Düşme kararına itirazın acele olması gerektiğine ve yeri de 203. madde olmadığına göre neresi olduğu sorulabilecektir. Bu karar kanunda ele alınmadığından, sistematik bakımdan güçlük açıktır. İki ihtimal düşünülebilir: Ya 297. maddeye bir son fıkra ekleyip «sorgu hâkiminin vereceği düşme kararlarına itiraz aceledir» denilir, yahut, daha iyisi, «ilksoruşturma sorgu hâkimi tarafından açılır ve yapılır» diyen 177. maddeye «Sorgu hâkimi ilksoruşturmayı açtıktan sonra, sebepleri ortaya çıktıkça davanın durmasına, düşmesine veya reddine karar verir. Davanın düşmesi ve reddi kararlarına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir» diye bir ikinci fıkra ilave olunur. Bunun gerekçesinde de düşmeden maksadın, muhakeme-

nin ilerlemesine geçici olmıyan bir engelin çıkması olduğu belirtilir ve ilk defa açılan dava bakımından aranan muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi ve gerçekleşmesi imkânının kalmaması halleri ile zamanaşımı ve genel af gibi muhakemeye engel olup davayı düşüren sorumsuzluk hallerinde bu kararın verildiği söylenir. Misaller verilir. Böylece, bugün tatbikatta rastlanan keşmekeşe de bir son verilmiş olur. Gerçekten bugün düşme konusunda kanunlarda, farkında olunmıyarak, farklı tâbirler kullanılmış olmasına bakılarak bazan «davanın düşmesi» (CK 99), bazan «davanın ortadan kaldırılması» (CK. 96), bazan «takibat yapılmaması» (CK. 108) adlı kararlar verilmektedir ki hepsinin mahiyeti aynıdır ve hepsi düşme kararıdır. Durma bakımından da bazan «muvakkat tatil» (CMUK 149/3), bazan «tecil» (CK 434), bazan «geri bırakma» (Anayasa 151) denildiği vardır. Davanın reddi ise yeni bir konudur. Fazla işlenmiş değildir. Gerekirse ret konusu ele alınmıyabilir. Fakat durma ve düşmeden bahsedilirken reddin de düzenlenmesi iyi olur diye düşünürüz. Burda ret kararının 1) dava açan muamelelerde kabul olunmazlıktan gayri bir aykırılık bulunması halleri ile 2) gerçekleşmemesi muhakemenin tekrarına engel olan muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi hallerinde verileceği (KUNTER, s. 88) belirtilmelidir. Sözü geçen bu şartlar «yargı bulunmaması» ve «aynı davaya bakılmamak olması» şartlarıdır. Birincisi «Ne bin in idem» denilen durumdur. Biz burada «yargı»yı, hâkimlerin yaptıkları yargılama (kaza) faaliyeti sonunda uyuşmazlığı kesip atan alet, yani «kaziyei muhkeme» manasına kullanıyoruz (KUNTER, s. 31). İkincisi de Medenî Muhakemecilerin «derdesti rüyet olmama» dedikleri şeydir. Bu iki şart gerçekleşmezse, yani ortada bir yargı varsa veya aynı davaya bakılmakta ise ikinci davada verilecek karar durma olamaz, çünkü durma tekrar başlayabilmeği gerektirir. Burada ise tekrar başlama söz konusu değildir. Sadece birincisi yürüyüp gidecektir. Düşme kararı da verilemez, çünkü — böyle bir karar, uyuşmazlığı dolayısı ile de çöze, — onu yargılayan, yani kesip atan bir karar olduğundan görülmekte olan birinci davaya, yargı olarak, tesir edebilir ve orada da, ortada yargı vardır denilerek davanın reddini mümkün kılabilir. Onun için bu hallerde ret kararı verilmelidir (KUNTER, s. 54, 88). İstenirse durma, düşme ve ret kararlarının sebeplerinin neler oldukları maddede de gösterilebilir. Doktrin ve içtihadı da bırakılabilir. Netekim 253. madde beraat kararı verilmesinden bahsettiği halde hangi hallerde beraat kararı verilece-

ğini belirtmemiştir. Durma ve düşme sebepleri de tam gösterilmemiştir.

6) Savcı bugün, «gösterdiğinden başka mahkemede» sonsoyurma açılması halinde itiraz edebilmekte, tasarı ise «aşağı mahkeme» sistemine dönülmesini önermektedir. Maddenin 1936 tadilinden önceki şekline dönüş isabetli olacaktır. Çünkü 1936 tadili hatalı idi (KUNTER, s. 585).

Madde 210

İkinci fıkra, 236. madde gözönünde tutularak değiştirilmek istenmektedir. Yeni bir kanun yapıldığında elbet bu yolda bir hükme ihtiyaç olacaktır. Fakat bugün iddianame ile dava açma sistemi 40 sene uygulandıktan sonra buna ihtiyaç olmasa gerektir.

Madde 226

1) Ağırcezalık işlerde de sanığın duruşmadan varestede tutulması imkânı getirilmektedir. Muhakeme, sanığın hazır bulunmasına ihtiyaç duyduğunda varestede tutmıyabileceğinden, tutsa dahi onu her zaman hatta zorla getirtmek imkânına malik olduğundan, bu yenilik ne müdafaa hakkını zedeliyecek ne de hakikatin ortaya çıkmasına engel olacaktır. Netekim 1966 tarihli müşterek raporda bu prensip kabul edilmişti.

2) Bununla beraber, 1972 tasarısı 1966 tasarısından farklıdır. Eskiinde ağırcezalık işlerde duruşmada sorguya çekilmiş olmak şartı aranıyordu. Yani sanık hiç olmazsa birinci oturuma gelecek ve sorguya çekilecekti. 1972 tasarısı bu şartı aramamakta ve istinabe yolu ile sorguya çekilmeği yeterli saymaktadır. Bu farkın sebebi gerekçede açıklanmamıştır. Cezası ağır olduğu için önemi fazla olan ağırcezalık işlerde bizim varestede tutmayı kabul edişimizin sebebi, duruşmaların yıllarca sürmesi olduğuna göre (Rapor, s. 43), ilk oturumda bulunma şartından vazgeçilmemelidir. Ağırcezalık işlerde varestede tutma, hem müdafaa hakkına zarar verir hem de hakikatin ortaya çıkarılmasını güçleştirir korkusu ile pek çok memlekette kabul edilmemektedir. Bizim istisnamız, hiç olmazsa, birinci otu-

rum bakımından genel hükümden ayrılmamalıdır. Gerçi mahkeme, kendisinin sorguya çekmesi ihtiyacını duyarsa, ilk oturumdan da varestede kılınıyabilir. Ancak bu işlerde istinabe ile sorguya çekmenin, mahkemece duruşmada sorguya çekme yerine geçmiyeceğini kanunkoyucu da önceden ve genel olarak kabul edebilir ve etmesi de yukarıda belirtilen sebeplerle çok uygun olur. Biz 1966 tasarısındaki metne dönülmesine ve hatta ağırcezal işlerde varestede tutmak için müdafinin bulunması şartının aranmasına taraftarız.

3) Tasarı, fazla olarak, duruşmadan varestede tutulmasını istemese de mahkemenin yargılama çevresi dışında başka bir suçtan tutuk olan veya ceza çekmekte bulunan sanıklar hakkında duruşmadan varestede tutma kararı verilmesi için yeni bir fıkra getirmektedir. Duruşmadan varestede tutma müessesesi, sanığın isteğine bağlıdır. Sanık istemezse buna varestede tutmak denilemez. Böyle bir hüküm varestede tutmadan bahseden maddede yer alamaz. Kaldı ki biz bu değişikliğin aleyhindeyiz. Bu değişiklik, müdafaa hakkını çignemektedir. Sanığın duruşmada hazır bulunması, sadece bir mecburiyet değildir, aynı zamanda bir haktır. Müdafaa hakkının en başta gelenidir. Varestede tutulmasını istemiyen sanığı tasarıdaki sebeplerle duruşmadan uzak tutmağa hakkımız yoktur. Avrupa Konseyi sanığın yokluğunda yargılanması halinde uygulanacak asgarî kaideler hazırlamaktadır. Böyle bir hüküm asgarî kaidelerin altına düşeceğinden yarın tekrar değiştirmek zorunda kalınacaktır. Buna meydan vermemek için şimdiden kabul edilmemelidir.

Madde 227

Bu maddedeki değişiklik, «hazır olmaksızın duruşma yapılabilecek olan davalarda» yerine «hazır bulunmaksızın yapılabilecek bütün duruşmalara» denilmesinden ibarettir. Esaslı bir değişiklik yoktur. Zaten gerekçede de sırf tatbikat hatasını önlemek için yapıldığı belirtilmektedir. Fakat eskisine benzeyen bu metni de anlamıyacaklar bulunabileceğinden, daha açık yazılmasında belki fayda vardır. Hatta hazır bulunabilecek olan müdafinin, sadece müdafii olmayıp mehzada olduğu gibi aynı zamanda sanığın temsilcisi olabilmesi de mümkün olmalıdır. Böyle temsilci-müdafii bulunursa, sanık eski hale getirme istiyemez, kararlar sadece müdafie tebliğ olunabilir. Böylece sanığın hazır bulunmamasının sakıncaları daha da

azalır. Netekim 228. maddenin ikinci fıkrası sanığın müdafii vasıtası ile kendisini temsil ettirmesinden bahsetmektedir. Bu sebeplerle maddenin şöyle kaleme alınması uygun olacaktır:

Madde 227 — 224, 225 ve 226. maddelere göre sanık hazır bulunmadan yapılabilen duruşmalarda müdafii hazır bulunabilir. Sanık müdafiiine kendisini temsil yetkisi de verebilir.

Madde 238

1) Bu maddede «delillerin davayı uzatmak maksadı ile ikame olunamayacağı» denildiği, fakat delillerin kabul olunamayacağı diğer hallerin gösterilmediği ve bunun davaları uzattığı gerekçesiyle değişiklik teklif edilmektedir. Esas doğrudur. Netekim 1966 tasarısında sadece 5. fıkra değiştiriliyordu ve müşterek raporda bazı retuşlarla bunu kabul etmiştik. Ancak 1972 tasarısı bambaşka bir sistemle karşımıza çıkmaktadır.

2) Tasarı ikinci fıkrada, eskisinden farklı olarak, bütün ret sebeplerini saymaktadır. a, c, d ve e bentleri müşterek raporda da kabul edilmiş idiler. Bunun için sadece diğerleri üzerinde duracağız. (b) bendi, delilin belli açık bir hususa taalluku itibariyle ikamesinin lüzumsuz olması halini ele almıştır. Bizce bu bent kötü yorumlanmaya elverişlidir. Maksadı iyice ifade edecek şekle sokulmalı ve «herkes tarafından bilindiği için isbat edilmek istenen hususun isbatına yer görülmezse» denilmelidir. (g) bendinde de «sanığın beraatinin isbat için» yerine «sanığı şüpheden kurtarmak için» denilmelidir. Zira beraati gerektirmediği halde meselâ cezayı ağırlatıcı sebep bakımından sanığın şüpheden kurtarılması da söz konusu olabilir. Aynı bentte «gerçek» yerine de «hakikat» veya «gerçeğe uygun» denilmelidir. Zira gerçek, réalite karşılığıdır. Burada söz konusu olan ise vérité'dir. Bunun da türkçesi hakikat veya gerçeğe uygunluktur.

3) Üçüncü fıkra genişletilmiştir. Bugünkü sisteme göre ikinci fıkra hükmü, yani uzatma maksadı ile ret sadece talik isteme halinde değil, davet edilmiş veya getirilmiş tanıklar ve diğer sübut vasıtaları hakkında da mümkün olabilmektedir. Tasarı bunu duruşma hazırlığında veya hâkim soruşturmasında da uygulamak istemektedir. Hâkim soruşturmasından maksat nedir? Duruşma hazırlığında naiple yapılanlar ise duruşma hazırlığı ayrıca gösterildi-

ğine göre buna lüzum yoktur. İlk soruşturma ise bu mesele 183. maddede halledilmiştir. Sorgu hâkimi sanığın gösterdiği her tanığı dinlemeye mecbur değildir. İhtiyaç duyuluyorsa, o maddedeki gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

4) Üçüncü fıkra bir bakıma da daraltılmıştır. Gerçekten, duruşmaya tanık iki suretle gelir: Ya mahkeme çağırmıştır ya taraf beraberinde getirmiştir. Bugünkü metin ikisini de içine almaktadır. Gerçi madde iyi kaleme alınmadığından müphemdir. Fakat müşterek raporda bunun formülünü göstermiştik. Tasarıda sadece davet edilenlerden bahsedilmektedir, 213. madde gereğince beraber getirilenler açıkta kalmaktadır.

3) Tasarının üçüncü fıkrasında 212. madde mucibince denilmesine lüzum yoktur. Bu madde sanığın istediği tanık ve bilirkişilerin duruşmaya çağırılmasını başkandan istiyebileceği hakkındadır. Başkan kabul etmezse, sanık bunları, 213. maddeye göre, ya doğrudan doğruya davet ettirir, yahut beraber getirir. Zaten bugünkü üçüncü fıkranın konusu da bunlardır.

4) Bizce 1966 tasarısı ile 1972 tasarısı arasındaki en önemli sistem farkı, evvelce ikinci fıkrada bir tek sebep yani uzatma maksadı yazılı olmasına ve diğer sebeplerin beşinci fıkrada gösterilmesine karşılık 1972 tasarısında bütün sebeplerin ikinci fıkrada gösterilmesidir. Bu yüzden duruşmaya getirilen bir tanığı mahkeme uzatma maksadından başka bir sebeple de dinlemiyebilecektir. Evvelce, bugünkü kanun da böyledir, bunların dinlenmesi mecburiyetinin bir istisnası varken şimdi bu istisnalar çoğaltılmaktadır. Haklı gördüğümüz ret sebepleri varsa bu kişilerin de dinlenmemeleri gerekeceğinden değişiklik isabetlidir.

5) Bugünkü 4. fıkrada savcı ve sanık denildiği halde tasarı bunlara müdahili de ilâve etmektedir. İsabetsizdir. Müdahil, savcının bütün yetkilerini haizdir (m. 367). Savcıdan bahseden her maddede müdahilden bahsedilmediğine göre, — zaten buna lüzum da yoktur —, sadece bu maddede bir ilâve systemsiz olur ve müdahilin ayrıca gösterilmediği diğer maddelerde yetkili olup olmadığı hususunda tereddütler yaratır.

6) «Müdahil, yalnız şahsî hakları isbat için gösterdiği delilden, başkalarının uygun beyanlarına hacet kalmadan her zaman vazgeçebilir» yollu bir fıkra ilâvesi de teklif olunmaktadır. Şahsî

hak davası, ceza mahkemesinin istisna olarak baktığı, bir Medenî Hukuk davasıdır. Bu dava ile ceza davası birleştirilerek bakıldığından, bir diğer söyleyişle nisbî muhakeme değil, birleştirerek muhakeme söz konusu olduğundan (KUNTER, s. 203, 205), şahsî hak davasında 255. madde uygulanmayıp Medenî Muhakeme Kanunu uygulanır. Bu sebeple Medenî Muhakeme Hukukunca düzenlenen bir meselenin Ceza Muhakemesi Kanununda yer alması gereksizdir. Sadece bu hükmün alınması tereddütlere de yol açacağından sakıncalıdır.

7) Maddenin bugünkü son fıkrası aynen muhafaza edilmektedir. Bu maddede mevcut tercüme hatası bu vesile ile düzeltilmelidir. Bu hata da istek yerine dava denilmiş olmasıdır. Maksat belli bir delilin ortaya konulmasının istenmesidir.

Madde 253

Madde genellikle 1966 tasarısı dolayısı ile müşterek raporda teklif edilen metni muhafaza etmiştir. Bunlara bir diyeceğimiz yoktur. Ancak üçüncü fıkrada «aynı ceza davası evvelce açılmış ise» yerine tasarıda «aynı konuda aynı sanık için evvelce verilmiş hüküm veya açılmış bir dava varsa» denilmesi açıklama maksadı ile olsa gerektir. Ancak bu açıklama pek isabetli sayılamaz. Ceza davası olduğu açıklanmış değildir. Konu ile bu kasdolunuyorsa o zaman dava konusu olay gösterilmemiş olacaktır. Sonra hüküm verilmesi dava açılmasına bağlı olduğundan dava açılmış olması gösterilince hüküm verilmiş olmasını ayrıca göstermeğe lüzum olmasa gerektir.

Madde 258

1) Ek müdafaayı düzenleyen bu maddeye yeni bir fıkra ilâvesi tasarlanmaktadır. Bu fıkra 1966 dakinin aynıdır ve biz bunu o zaman kabul etmiştik. Ancak bugün biraz farklı bir mütalaa beyan edeceğiz. Zira, arada geçen zaman içinde, «sanığın yokluğunda yargılanmasında uygulanacak asgarî kaideleri» Avrupa Konseyi için hazırlayan altkomitenin çalışmalarına katıldık ve bu konuyu daha yakından inceledik. Böylece 1966 da göremediğimiz noktaları bugün görebilme imkânına kavuştuk.

2) Esas doğrudur. Sanığın müdafisi seçmesi, kendisini bizzat müdafaaadan vazgeçtiği manasına gelmezse de, sanık hazır bulunmadan duruşma yapılabilen ve hüküm verilebilen hallerde sanığın müdafisine ayrıca kendisini temsil yetkisi de vermiş olmasını bir istisna olarak kabul etmek mümkündür. Çünkü bu hallerde, eylem değişmediğine göre, sanığın değişecek hukuki tavsif bakımından da müdafisine kendisini temsil yetkisini verdiği, müdafaa hakkına bir zarar vermeden söylenebilir. Bu istisna ancak sanığın müdafisine temsil yetkisi vermesi ile haklı görülebildiğine göre bu şart maddede belirtilmelidir.

3) Diğer taraftan, sanık hazır bulunmadan duruşma yapılabilip hüküm verilmesinin temel şartı, mahkemenin sanığın hazır bulunması ihtiyacını duymamasıdır. Mahkeme ilk tavsif için sanığın hazır bulunmasına ihtiyaç duymamış olduğu halde yeni tavsif bakımından buna ihtiyaç duyabilir. Bu sebeple sanık hazır bulunmadan duruşma yapılabilen hallerde sadece müdafie bildirme, sanığın ek müdafaa için hazır bulunmasına mahkemece ihtiyaç duyulmaması şartına bağlanmalıdır.

3) Bu tasarı ile ağırcezalık işlerde de varestede tutmanın kabul edildiği de gözden kaçmamalıdır. Sulh ve asliye mahkemelerinde gerekirse madde itibariyle yetkisizlik kararı verileceğinden ek müdafaa ile tavsif değiştirmenin nihayet bir sınırı vardır. Ağırceza mahkemesi ise en ağır cezayı da verebilmektedir. Bunun için ağırcezalık işlerde ek müdafaa için müdafie bildirme ile yetinilmemelidir. Başka memleketlerde ağırcezalık işlerde duruşmadan varestede tutmak kabul edilmezken biz bunu değiştirme yoluna gittigimize göre, ek müdafaa bakımından bir sınır çizmemiz gerekecektir.

4) Bu sebeplerle maddeye eklenecek fıkranın şöyle kaleme alınması uygun olacaktır:

«Yukarıki fıkralarda öngörülen bildirmeler, ağırcezalık olmamak ve mahkemece sanığın ek müdafaaı bizzat yapması ihtiyacı duyulmamak şartları ile, varsa ve sanığı temsil ediyorsa, müdafisine yapılır. Bu takdirde müdafisi, sanığa tanınan haklardan faydalanır.»

Madde 298

1) İkinci fıkradaki «tevkife müteallik karar» tâbirini mahkemelerin yanlış olarak sadece tevkif kararı diye anlamalarını önle-

mek için mevkufiyetin devamı kararlarına da eklenmesinde fayda vardır. Ancak, 106. madde vesilesiyle açıkladığımız üzere, «tutma-ya ve tutukluğun devamına dair kararlar» denilmelidir. Hatta yine de yanlış uygulamalar olabileceği düşünülerek, gerekcede tutma kararının geri alınması yani tahliye isteğinin reddi kararının da dolayısı ile tutukluğun devamı kararı olduğu belirtilse fena olmayacaktır.

2) Muhakemenin durması kararlarının ilavesini 1966 da biz teklif etmiştik. Müşterek raporda belirtilen sebepleri tekrar etmiyeceğiz.

Madde 299

1) Sorgu hâkimlerinin kararları tasdiğe tâbi olmaktan çıkarıldığından buna uygun değişiklikler isabetlidir.

2) Yargıtay bakımından eklenen 4. bent isabetlidir. Ancak türkçesi sakattır ve «...ilk ve son soruşturmalarda itirazı inceliyen merci: A).. B).., C)..... diğer dairelerdir» denilmelidir.

3) Tasarı diğer itiraz mercilerinde değişiklik yapmamaktadır. Davaların uzamasını önlemek için bu konuda yapılacak çok şey olsa gerektir. Meselâ bir yerde iki ağırceza mahkemesi (daha doğrusu aynı ağırceza mahkemesinin iki dairesi) varsa, dosya en yakın yerdeki ağırceza mahkemesine değil, o yerdeki ikinci mahkemeye gönderilmelidir. İtiraz merciinin muhakkak daha yüksek olması diye bir şart olmadığından böyle bir hükmün kabulü vakit kayıplarını önliyecektir.

Madde 303

İtiraz merciinin ilk defa verdiği tutma kararına sanığın itiraz edebilmesi imkânı zaten vardı (KUNTER, s. 682). Bu yolda mahkeme kararları da mevcuttu. Fakat kabul etmiyenler de olduğundan, tutulmasına yerine tutuklanmasına denilmesi hariç, tasarı isabetlidir.

Madde 305

1) Temyiz olunamayan hükümleri belirten ikinci fıkradaki para cezalarının artırılması esas itibariyle doğrudur. Ancak yukarı haddi 1000 lirayı geçen kabahat her halde pek az olduğundan, beraatlerde sınırın yüksek olduğunu sanıyor, 500 liralık sınırın uygun olacağını düşünüyoruz. Mahkûmiyetlerdeki 500 liralık sınır da bize yüksek görünmektedir. 250 lira aşılsa olağanüstü temyiz yolunun olağan hale gelmesine yol açılır diye korkuyoruz.

2) 253. maddenin tadili burada da kendisini göstermelidir. Davanın reddi, ve düşmesi kararları beraate benzetilip ikinci bende ilâve edilmelidir. Birinci fıkrada da «Muhakemenin durması kararı dışında hüküm niteliğinde kararlar temyiz olunabilir» denilmelidir. Durma kararının istisna edilmesine sebep, buna karşı 298. maddede itiraz yolu tanınmasıdır.

3) Özel kanunlardaki aykırı hükümlerin de bu yeni esaslara uydurulmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

4) Son fıkranın son cümlesi çıkarılmalıdır. 343. madde hükümleri dairesinde temyize müracaat olunabilen diğer bütün karar ve hükümlerde böyle bir açıklama yokken burada olmasının manası yoktur.

5) Ceza Kanununun 46, 53, 54, 58, 404 ve 573. maddeleri gereğince emniyet tedbirleri uygulanması konusunda verilen hüküm ve kararların temyiz edilip edilemeyeceği de bu maddede ele alınsa iyi olur. Bizce, «Emniyet tedbiri muhakemesinde verilen ve dar manadaki ceza muhakemesindeki hükme tekabül eden kararlar da temyiz edilebilir» yollu bir cümle birinci fıkraya eklenebilir. Sanığın suçu işlediği sabit olmadığı için emniyet tedbiri uygulamamasına dair olan kararların beraat hükmü sayılacağı da 2. fıkrada açıklanabilir.

Madde 315

Tasarının bu maddesi 1966 teklifimize uygundur. Ancak biz para depo etmenin kaldırılmasını teklif ettiğimizden bu maddede bu konuyu ele almamıştık.

Madde 317

Bu maddedeki değişiklikler de 1966 raporundaki tekliflere uygundur. Biz para depo edilmesinin kaldırılmasına taraftar olduğumuzdan ondan bahsetmemiştik. Tasarı bunu eskisi gibi almıştır. Alırken «depo parası yatırma» sözü, 310 ve 315. maddelere uydurularak «paranın depo edilmesi» olarak düzeltilse iyi olurdu.

Madde 322

1) Bu maddenin değiştirilmesi teklifi yenidir. Yargıtayın bozmadan sonra işin esasına hükmettiği, yani Muhakeme Hukuku tabirince islah görevini yaptığı istisnai halleri ele alan 1. fıkra yeni baştan düzenlenmiştir.

2) Fıkranın baş tarafı, eskisinin türkçeleştirilmesinden ibaretir. Ancak, 1. bentte ele alınmış olan «vakıanın daha ziyade tenvirine hacet kalmaksızın» sözleri, bütün bentlerdeki hallerin temel şartıdır. Bu sebeple bu şart maddenin baş tarafına alınmalıdır. Diğer taraftan, hükümden sonra değişen kanunların da nazara alınmasını öngören yeni bentler de ilâve edilmektedir. Bu hallerde verilen hükümler hatalı olmadığından bozulmamalı, fakat Yargıtay yine de eski hükmü islah edebilmelidir, yani kaldırıp yerine yeni bir karar verebilmelidir. İslah sırasında nadir de olsa cezanın artması mümkün olduğundan, 326. maddenin 2. fıkrasına da atıf yapılmalıdır.

3) Birinci bentteki «tahkikatın tatili» yerine «davanın düşmesi» denilmesi yerindedir (KUNTER, s. 713). Bu bende sabit cezaya hükmolunması halinin ilâvesi ise, esasta doğru olduğu halde, yersizdir, çünkü bu bent cezasız kalma hallerini konu edinmiştir. Ceza verme hali 2. bendin konusunu teşkil ettiğinden, ilâve buraya yapılmalıdır. Sonradan çıkan kanunun eylemi suç saymaması halinde «beraat», af kanunu sebebiyle «düşme» kararı verilmesinden, baş taraftaki ilâve sebebiyle, ayrıca bahsetmeğe ihtiyaç kalmıyacaktır.

4) Üçüncü bendin açıklandığı görülmektedir. Bu açıklama yapılagelen yorumlara uygundur. Fakat kanunun eksikliği karşısında

Yargıtayın daha geniş yorumladığı da vardır. Meselâ geçici bir ek ceza süreliye çevrilmiştir veya yapılmıyan tenzilât yapılmıştır. Esas mahkemenin takdir yetkisi söz konusu olmadıkça bu hallerde Yargıtaya islah yetkisi verilmesi uygun olacaktır (KUNTER, s. 714). Bunun için geniş yorumu ifade edecek bir formül bulmak gerekecektir.

5) Tasarı dördüncü bentte, hükümden sonra yürürlüğe giren kanunun cezayı azaltması veya suç olmaktan çıkarması hallerinde de islah imkânını sağlamak istemektedir. Esas doğrudur. Fakat mahkemenin artırma sebebini kabul etmemesine dayanılması doğru değildir. Mahkeme, verdiği ceza ağır değil diye aşağı hadden yukarıya çıkmamış olabilir, fakat azaltma olsaydı belki aşağı hadden yukarı çıkacaktı. Biz burada da ikinci bende uygun bir metne taraftarız. Diğer taraftan eylem (fiil) suç olmaktan çıkmışsa, beraat kararı vermek gerekir. Zira «ceza hükmolunmaması» diye bir hüküm çeşidi 253. maddede mevcut değildir.

6) Yeni 5. bent yaş bakımından indirmeleri, 6. bent de indirme ve artırmalarda maddî hesap hatalarını ele almaktadır ki sözünü ettiğimiz formülle ilgilidir.

7) Yeni 7. bentte 29. maddeye göre adli tevbih verilmesi hakkındaki değişiklik isabetlidir.

8) Yeni 8. bentte 29. maddedeki sıra yanlışları hakkındaki hüküm de isabetlidir.

9) Yukarda belirtilen sebeplerle maddenin 1. fıkrasının şöyle kaleme alınmasının daha uygun olacağı mütalâasında :

Yargıtay, hükmünde belirtilmiş olan olayların daha ziyade aydınlatılmasına ihtiyaç duymuyorsa, kanuna aykırılığı gidermek için hükmü bozarak, sonradan çıkan kanunu uygulamak içinse sadece ortadan kaldırarak, gerektiğinde 326. maddenin 2. fıkrasını da gözönünde tutarak, aşağıdaki hallerde işin esasına karar verir:

1) *Beraate veya davanın düşmesine karar verilmek gerekiyorsa,*

2) *Sabit bir ceza söz konusu ise veya başsavcılığın mütalâasına katılarak Yargıtay cezanın aşağı haddini uygulamayı uygun buluyorsa,*

3) Cezanın sabit bir ölçüde indirilmesi gerekiyorsa veya başsavcılığın mütalaasına katılarak Yargıtay yukarı hadde göre indirme yapılmasını uygun buluyorsa,

4) İndirme sonucu taahhüt alınmadan adli tevbih kararı vermek gerekiyorsa,

5) Ceza Kanununun 29. maddesindeki sıranın gözetilmemesi veya artırma ve eksiltmelerde hesap hatası yüzünden eksik veya fazla ceza verilmişse,

6) Kanun, madde ve fıkra numaraları yanlış gösterilmişse,

7) Harçlar Kanununun hükümlerine aykırılık varsa.

Madde 340

Tasarı, 1966 tarihli müşterek rapordaki metni tekrarlamaktadır. Orada belirttiğimiz sebepleri tekrar etmiyeceğiz.

Madde 342

Para cezasının artırılmasını müşterek raporda da uygun bulmuştuk.

Madde 373

1966 tasarısının 1. fıkrası değiştirilmektedir. Müşterek raporda teklif edilen metin benimsenmiştir.

Madde 377

Tasarı maddeyi tamamen değiştirmektedir. Önemli olanı yasağa rağmen yayınlamanın cezasında hafif hapsin kaldırılması ve hafif para cezasının artırılmasıdır. 1966 tasarısında her ikisi de artırılmıştı. Sadece para cezaları, tirajı ve kazancı çok gazeteci için korkutucu olamazlar. Yasağı dinlemeyen kişiyi veya kişileri umumî hükümlere göre arayıp bulur ve cezayı da ona verirse hürriyeti

bağlayıcı ceza daha tesirli olabilir. Ama bu da tatbikatta otomatik olarak para cezasına çevrilirse, yine tesiri kalmıyacağından şüphe edilmemelidir. Belki tekerrür halinde 647 sayılı kanunun uygulanmıyacağı kabul edilerek buna bir çare bulmak mümkün olur.

Madde 386

Maddedeki değişiklik müşterek raporda da belirtmiş olduğumuz üzere isabetlidir.

II. Madde eklemeleri

Ek Madde 1

1) Tasarıda sayılan suçlarda, soruşturma ve koğuşurmaların 3005 sayılı kanuna göre yapılacağı ve bu kanunun 4. maddesindeki zaman şartına bakılmıyacağı belirtilmekte ve ilksoruşturma yapılmıyacağı ilâve olunmaktadır.

2) 3005 sayılı kanuna göre ilksoruşturma yapılmadığından burada bunun açıklanmasının manası anlaşılammıştır.

2) Meşhut suçların yıldırım hızı ile muhakeme edilmesinin temelinde, bu suçların meşhut olması, failin yakalanmış bulunması, delillerin hemen toplanıvermesi, şüpheye pek az yer bırakması ve böylece duruşma hazırlığı dahi atlanarak duruşmaya geçilmesi imkânı yatar. Meşhut olmıyan suçlarda da bu kanunun uygulanması bu temele aykırıdır. Sadece çabuklaştırma. genel hükümlerden ayrılmağı haklı kılmaz. Kılısaydı, meşhut suçlar kanunu genel kanun olurdu.

Ek Madde 2

1) Bu madde, kanun dışı teşekküllere üye olmanın suç sayıldığı hallerde çeşitli belirli faaliyetlerde bulunanların, meselâ kuruluş adına demeç verenlerin veya yardım toplıyanların, aksi isbat edilmedikçe, üye sayılacağını kabul etmektedir.

2) Bu maddenin Ceza Muhakemesi Kanununda yer almasının sebebini anlamak müşküldür. Aksi isbat edilmedikçe üye sayılmasından, bunun kanunî karine olduğu ve bunun da isbat meselesi ile ilgili bulunduğu belki söylenebilecektir. Netekim gerekçede kanunî karine sözü geçmektedir. Ancak, Muhakeme Hukukunda karineye, delillerin sağlamlığı (sıhhatı) bakımından başvurulur (KUNTER, s. 401). Hatta bu konuda aksi sabit oluncuya kadar veya sahteliği sabit oluncuya kadar diye derecelendirme de yapılır. Karine, delillerin bütün olarak değerlendirilmesinde açıkça ispat edilmemiş kısımlarında edilmişler sayesinde isbat edilmiş sayılması ile karıştırılmamalıdır. Bu, müşahhas olayda sübut konusunda karar verme işidir. Buna kanun karışamaz. Karışırsa kanunî delil sistemine dönmüş olur ve Muhakeme Hukukunun gelişmesine aykırı düşer.

3) Maksat, öyle tahmin ediyoruz ki, yine gerekçede belirtildiği üzere sayılan faaliyetleri, üyelik gibi cezalandırmaktır. Maksat bu ise, Ceza Kanunu tadil edilmelidir. Bu da iki suretle olabilir. Ya şu ve şu faaliyetleri yapanlar şu kadar ceza ile cezalandırılır denilir ve istenirse burada üyelere verilen cezalar tekrar edilir veya biraz daha azı verilir, bir diğer söyleyişle bu fiiller başlı başına bir suç sayılır, yahut bu faaliyetler aynı suçların seçimlik hareketleri olarak gösterilir. Meselâ ilgili maddede «üye olmak» tan sonra «veya yardım toplamak veya kuruluş adına demeç vermek...» denilir.

Ek Madde 3

1) Ek 1. maddede açıklanan suçların hazırlık soruşturmasını bizzat savcıların veya yardımcılarının yapacağını, yoksa sulh hâkimince yapılacağını ve birden fazla mahkeme olan yerlerde bu davalara hangisinin bakacağını Adalet Bakanının tayin edeceğini söyleyen bu maddede ek birinci maddede söylediklerimizi tekrar etmiyeceğiz.

2) Hazırlık soruşturmasının kolluğa bırakılmaması isteniyor. Uygulama imkânı bulunabilirse bir diyeceğimiz yok.

3) Bir yerde birden fazla mahkeme (daha doğrusu aynı mahkemenin daireleri) bulunması halinde hangisinin bakacağını Adalet Bakanının tayin etmesini isabetli bulmamaktayız. Bu hususta

469 sayılı eski bir kanunun 2. maddesine dayanılmıştır. Eğer bir ihtisaslaşma isteniyorsa, bu tayin yetkisi Bakana değil, Yüksek Hâkimler Kuruluna verilmelidir (KUNTER, s. 272). Zira Anayasa (m. 144), bir mahkemenin yargılama çevresinin değiştirilmesini Yüksek Hâkimler Kurulunun uygun göstermesine bağlı tutmuştur. Diğer taraftan Yüksek Hâkimler Kurulu Kanununun sözü geçen 2. maddeyi zımnen ilga ettiği de söylenebilir (KUNTER, s. 255). Kaldı ki tasarı, değil hâkimin, resmî bilirkişinin bile bakan tarafından tayin edilmesini Anayasaya aykırı bularak kabul etmemiş ve 66. maddeyi değiştirmek istemiştir.

Ek Madde 4

1) Ek 1. maddede gösterilen suçların soruşturma veya koğuşturulması sırasında yazı ile istenen bilgilerin yedi gün içinde verilmemesi, imkânsız ise sebebinin ve en geç hangi tarihte verileceğinin bildirilmemesi suç sayılmakta. 3 aydan 6 aya kadar hapis ve 500 liradan 1000 liraya kadar ağır para cezası önerilmektedir.

2) 1. fıkrada «mecburdur» yerine «zorunludur» denilmesi türkçe bakımından yanlıştır. Zira zorunluluk, zaruret karşılığıdır. Burada ise mecburiyet söz konusudur. Zaruret ile mecburiyet aynı şeyler değildir. Türkçeleştireceğiz diye ikisine de zorunluluk diyemeyiz. Bilindiği üzere, zaruret tabiatın, mecburiyet ise hukukun zorlamasıdır. Birinin müeyyidesi tabiidir, ötekinin hukukidir.

3) Soruşturma ile koğuşturma arasındaki fark hiç de açık olmadığından, bu fark doktrinde iyice belirinciye kadar, ya Ek 1. maddedeki gibi «soruşturma ve koğuşturma» demeli, yahut, daha iyisi, sadece soruşturmadan söz edilmelidir. Savcının faaliyetine de hazırlık soruşturması dendiğine göre soruşturma en geniş tabirdir.

4) Tasarının 3005 sayılı kanuna göre yaptırmak istediği hazırlık soruşturmasını çabuklaştırmak istediği anlaşılıyor. O halde gerekiyor ise 3005 sayılı kanun tadil edilmelidir.

5) Bu suçlarda 3005 sayılı kanunun uygulanması kabul edilmediği takdirde, böyle hükümlere ihtiyaç varsa, bunun yeri bizce genel kanunda hazırlık soruşturmasını düzenliyen maddelerdir ve özellikle 154. maddesidir.

6) Maddenin muhtevasına gelince, çabuk cevap verilmesini sağlamak elbet iyi bir şeydir. Fakat böyle bir hüküm sevk edilirken

pek çok noktaların araştırılmasına ihtiyaç vardır. Önce bu hükümlerin genel mi olacağı, yoksa bazı suçlara mı inhisar edeceği belli olmalı, ondan sonra bunların hangileri oldukları tesbit edilmelidir. Daha sonra bu hükümlerin mevzuat içindeki yeri ve diğer kanunlarla münasebetleri incelenmeli, sonuçları hesaplanmalı, uygulamaya elverişliliği gözönünde tutulmalıdır.

7) Ek maddeler hakkındaki görüşlerimizi tamamlarken, dört ek maddenin 1412 sayılı kanuna ek olduğunun sadece kanunun adında yazılı olduğunu da belirtelim. Tadil kanunun bir maddesi, meselâ 55. maddesi «1412 sayılı kanuna aşağıdaki 4 madde eklenmiştir» yollu bir hüküm ihtiva etmelidir.

Tadil Kanununun 55. maddesi

1) Tasarı, 55. maddesi ile, hususî kanunlarda yazılı olan kabahat suçlarına ait davaların sulh mahkemesinde görüleceği hükmünü getirmektedir. Esas doğrudur. Bunların sulh mahkemesinde görülmemeleri için sebep yoktur. Eğer asliye mahkemelerinin işi çok, sulh mahkemelerinin işi azsa, birinden diğerine nakil uygun olacaktır.

2) Tasarı, bu hükmü, Yürürlük Kanununun 29. maddesine bir fıkra ilâvesi şeklinde sevketmektedir. Bir kanun tadil edilirken bir başka kanunun da tadil edilmesi, bizde hayli rastlanan, fakat kanun tekniği bakımından çok sakat bir usuldür.