



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ

DERGİSİ

Cilt : 4

1994

Sayı : 1-2

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|-----|
| Prof. Dr. Halil CİN Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Sempozyumu | 1 |
| Prof. Dr. Z. HAFIZOĞULLARI Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine | 15 |
| Prof. Dr. Durmuş TEZCAN 3842 Sayılı Yasa Açısından Yakalama ve Tutuklama | 27 |
| Doç. Dr. Bahri ÖZTÜRK CMUK Reformu ve Delli Yasakları | 39 |
| Nusret DEMİRAL "Terör Suçlarında Sorgu" | 51 |
| Dr. Cumhur ŞAHİN Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi | 61 |
| Vural SAVAŞ Terörizmin Yaygınlaştığı Demokratik Ülkelerde Alınan Tedbirler ve CMUK'muzun Bu Açından Değerlendirilmesi | 91 |
| Av. Erdal MERDOL | 99 |
| Av. Şaban UÇLUSOY Hazırlık Soruşturması ve Baronun Yükümlülükleri | 105 |
| Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme | 113 |
| Dr. Cumhur ŞAHİN Ceza Muhakemesinde İnsan Haklarının Korunması "Adil Bir Ceza Muhakemesinin Temel Şartları" | 143 |

| | |
|---|-----|
| Dr. İur. İzzet GÖNENC Faillığın Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik | 159 |
| Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU Türk Ceza Adalet Sistemi İçinde Suç Mağdu- runun Korunması Sorununun Çözümü Üzerine Bir Deneme | 191 |
| Dr. Ahmet GÖKÇEN 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Ce- zayı Kanun-ı Muvakkatı | 203 |
| Dr. İlhan AKBULUT Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Tutuk- lama | 289 |
| Dr. İzzet ÖZGENÇ Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları Suç Kavramı Üzerine Düşünceler | 305 |
| Dr. İur. İzzet ÖZGENÇ Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlü- lük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi) | 329 |

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler ya-
zarlara aittir. Fakülteyi bağlamaz.

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER SEMPOZYUMU

1 - 2 MART 1993
KONYA

Prof. Dr. Halil CİN
Rektör

Türkiye'de demokratikleşme ve şeffaflaşma sürecine uygun olarak adalet reformu yapılması ve özellikle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun değiştirilmesi yolundaki tartışma ve müzakereler 1 Aralık 1992 tarihinde yürürlüğe giren 3842 sayılı kanuna münce olmuştur. Ancak kanunun yürürlüğe girmesiyle uygulamada ortaya çıkan sorunlar ve yeni ihtiyaçlar kamuoyunda, özellikle adliye ve emniyet kuruluşlarında tartışma, sıkıntı ve tereddütlere yol açmıştır. Bu sebeple konunun bilimsel bir ortamda tartışılmasının yararına inanarak bu sempozyumu düzenlemiş bulunuyoruz.

CMUK'muz, 1879 tarihli Alman CMUK'ndan iktibas edilmiştir. Mevaz kanunda 1974'ten bu yana çağın ihtiyaçlarına uygun önemli değişiklikler yapılmış olmakla beraber Türk CMUK'nda 1992 yılının sonunda gerçekleştirilen değişikliklerin, sanığın hakları ve genel olarak insan hakları açısından çok önemli olmakla beraber, kişi haklarını, devlet ve toplum düzenini, dolayısıyla umurun huzur ve güvenliğini sağlamaya yetip yetmeyeceği konusu daha çok tartışılacaktır.

Kanunlar sosyal hayatın doğurduğu ihtiyaçların ürünüdür. Başka bir deyimle, kanun koyucuyu kurallar koymaya sevkeden amil toplumun ihtiyaçlarıdır. Bu sebeptendir ki, zaman ve şartlar değiştiğinde kanunlarda değişiklik zorunluluğunun doğması da tabiidir.

CMUK'na mevaz teşkil eden Alman CMUK'u geçen asrın sonlarında yapılmıştır. Türkiye 1926 yılında başlayan hukuk inkılabının önemli ürünlerinden biri olan ve 20.8.1929 tarihinde yürürlüğe giren CMUK'nu, Türk ceza yargılamasına uygulamaya başlamıştır. Gerek mevaz kanunun, gerekse Türk CMUK'nun hazırlandığı yıl-

lardaki suçluluk biçimi, daha ziyade ağır ve önemli suçlardan oluşan bir nitelik taşıyordu. Günümüzde ise her alanda olduğu gibi suç ve suçluluk kavramlarında da büyük değişiklikler meydana gelmiş, önemli ve ağır suçların yanında, ekonomik ve sosyal hayatın çeşitli özelliklerinden doğan çok sayıda basit ve orta ağırlıkta suçlar ortaya çıkmıştır. Bu sebeple ülkemizde ve diğer Avrupa ülkelerinde adalet reformu, toplumların önemli gündem maddelerinden birini oluşturmuştur. Meselâ, kanunun ilk yapıldığı yıllarda hukuk garantisini olarak kabul edilen bazı ilkeler, günümüzde muhakemeyi işlemez hale getirmiş veya başka türlü sakıncalar ortaya çıkarmıştır.

Ceza adaletinin süratle işleyen adil bir sistem haline getirilmesi için bütün dünyada yeni bir arayış vardır. Suçlunun hakları korunmak istenirken, suçtan zarar görenin haklarının da korunması gerekir. Kıta Avrupası muhakeme hukuku sisteminde her şey devletten beklenirken, Anglo-Amerikan sistemindeki özelleştirme görüşleri ilgiyle takip edilmektedir (İçel-Yenisey, CMUK Eki, s. 55).

Demokratik hukuk devleti rejiminde insan hakları ne kadar önemliyse, toplumun adalet hissi, huzur ve güveni de o kadar önemlidir. Devlet yalnız insan hakları için değil, başka amaçlar için de vardır. Ancak, toplumun huzurunu sağlamak, ulusal dayanışmayı gerçekleştirmek ve adalet anlayışını hâkim kılmak temeli üzerine inşa edilen devlet, başıboş veya keyfi davranmayacak, insana değer verecek; insan haklarını ve insan onurunu kollayacaktır. Ama devletin varoluşu nedeni insan hakları değildir (Prof. Dr. Mümtaz Soysal, Anayasa Yargısı, No: 4, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 188-190).

Suçla mücadele etmek devletin işidir. Bu mücadelede devletin güçlendirilmesi ve gerekli yetkilerle donatılması şarttır. Bu yapılmadığı takdirde devlet zayıflamakta ve yasa dışı güçler ve terör ortaya çıkmaktadır. Nitekim mehzar kanunda Almanya'daki terörizm hareketlerini önlemeye matuf önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklere ceza muhakemesinin selâmeti, ülkenin sulh ve sükununun muhafazası gibi düşünceler hâkim oldu. Sanık haklarını kuvvetlendirirken toplumun ve devletin korunmasını sağlayıcı tedbirlerin, özellikle devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda, düzenlenmesi gerekmektedir.

CMUK'da yapılan son değişiklik ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde sanığa tanınan bazı hakların Türkiye'de geçerli kılınması için önemli bir adım atılmıştır. Ancak sanık haklarının güçlendirilmesi kadar devletin yetkilerinin artırılması da önemlidir. CMUK'

daki bu değişikliklerin Türk toplumunun ve mağdurun korunmasına yeterli olup olmayacağı ileride ortaya çıkacaktır. Çünkü günümüzde, özellikle ülkemizde insan hakkı ihlalleri devlet ve devlet görevlilerinden çok teröristler tarafından yapılmaktadır. Her türlü insan hakkına düşman olan eylemlerin faillerinin hakları ile toplumun ve bu fiillerin mağdurlarının haklarının korunmasında uygun bir dengenin kurulması ancak gerçekçi, bilimsel ve adil bir adalet anlayışla sağlanabilir.

3842 Sayılı Kanunla CMUK'un 23 maddesi değiştirilmiş; 2 madde ilâve edilmiş; 1 madde kaldırılmıştır. Kanun, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun bazı maddelerini değiştirmiş ve bazı özel kanun hükümlerini kaldırmış; bazılarında değişiklik yapmıştır. CMUK'da yapılan değişiklikler 4 ana noktada toplanabilir :

1 — Hâkimin reddi; itirazın incelenmesi ile ilgili değişiklikler,

2 — Kişinin yakalanması halinde hâkim önüne çıkartma süresinin kısaltılması; hazırlık soruşturması veya kamu davası açıldıktan sonra tutukluluk süresinin sınırlandırılması; tutuklama şartlarının yeniden düzenlenmesi,

3 — Sorgunun şekli ve yasak yöntemlerinin belirtilmesi; ifade veya sorguda müdafinin bulunabilmesi,

4 — Yakalanan kişiye veya sorgusu yapılan sanığa istediği takdirde baro tarafından bir müdafii tayin edilmesi.

CMUK'da yapılan değişiklikler aynı zamanda kanunda kullanılan bazı terimleri düzeltmiş; yeni terimler ve müesseseler getirmiştir. Suç şüphesi altında bulunan kişiyi suçluluğu hakkında kuvvetli belirtilerin bulunduğu zamana kadar, "yakalanan veya ifade veren kişi" olarak tanımlamakta; bu safhada yakalanan veya ifade veren kişi, isnad edilen suç sebebiyle tutuklanması talep edildiği andan itibaren, sanık olarak belirtilmektedir. CMUK'da yapılan değişikliklerin Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda uygulanıp uygulanmayacağı konusu önemli tartışmalara sebep olmuş; neticede ihtilâfa sebep olan 12 maddenin DGM'lerinde uygulanmayacağı kararlaştırılmak suretiyle tartışma sona erdirilmiştir.

Şimdi CMUK'da yapılan değişikliklerden önemli gördüklerimize ana hatlarıyla temas etmek istiyoruz.

I — CMUK'DA YAPILAN DEğİŞİKLİKLER

1 — Hâkimin Reddi Usulü :

Yeni kanun müdafî ile müdahil ve vekillerine de hâkimi red yetkisi vermiştir. Reddi istenen hâkim, ağır ceza mahkemesine mensup ise o yer ağır ceza mahkemesinin birden fazla dairesinin olup olmadığına göre yetki değişmektedir. O yerde birden fazla ağır ceza dairesi varsa red talebi hakkında karar, numara olarak kendisini takip eden dairece verilir; son numaralı daire için 1 numaralı daire yetkilidir. O yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi bulunmakta ise, red talebi hakkında karar, en yakın ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir. Aynı usul, ağır ceza mahkemesinin kararlarına karşı itirazda da uygulanacaktır. Değişiklik, farklı yerlerdeki ceza mahkemeleri arasında dosyaların geliş-gidişini ve zaman kaybını önlemesi bakımından yerindedir (Önder-Cihan, CMUK 1992 Değişiklikleri ile İlgili Ek, İstanbul 1993, s. 5; Aksi görüş, İçel-Yenişey, CMUK Eki, İstanbul 1993, s. 5).

2 — Sanığın Şuurunun Tetkiki :

CMUK'nun 74. maddesi müşahade altına almayı "gözaltı" kelimesiyle ifade etmiştir. 1992 değişikliği bunu "gözlem altına alma" şeklinde değiştirmiştir. Bu değişiklik isabetli olmuştur. Diğer taraftan sanığın müessesede kalacağı süre yarı yarıya indirilerek azami sürenin "3 haftadan" fazla olamayacağı belirtilmiştir.

3 — 154. Maddenin yeni 2. fıkrasına göre, zabıta her el koyduğu işi ve yakalanan kişiyi savcıya bildirecektir. Savcı ile zabıta arasındaki ilişkide, savcı zabıtaya verdiği emirleri yazılı olarak bildirecektir.

4 — Eşlerin Müşavir Olarak Duruşmada Bulunması :

Değişiklikten önce kanunun 145. maddesi hükmüne göre, sanık kadın olduğu takdirde kocasının müşavir olarak duruşmada bulunmasına müsaade edilmekteydi. Değişiklikte "sanığın eşinin ifadesi getirilerek, karının kocaya, kocanın kariya duruşmada müşavir olarak bulunmasına imkân tanınmıştır". Diğer taraftan, eşin sanığa açık olan kanun yollarına, süresi içinde kendiliğinden müracaat edebileceği hükme bağlanmıştır. Kadın hakları açısından takdire şayan olan bu hükmün hukukî isabet derecesi tartışılabilir. Duruşmada bulunan her iki eş birbirinin kanunî mümessili veya temsilcisi olmadığına göre, eşlerden birinin diğerine açık olan kanun yoluna kendiliğinden gidebilmesinin hukuken izahı mümkün değildir. Nitekim mehzaz kanunda bulunan aynı hüküm 1974 yılında kaldırılmıştır (Önder-Cihan, a.g.e., s. 7).

II — YAKALAMA VE TUTUKLAMA İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

Suç faili tek veya iki kişi ise, yakalananın hâkim önüne çıkarılma süresi 24 saate indirilmekte, ayrıca sorguda müdafinin de bulunabilmesine imkân tanınmaktadır (md. 128).

Suçta ortak olanların sayısı üç veya daha fazla ise, yakalanan kişinin sulh hâkimi önüne çıkarılması için geçirilecek süre dört gündür. Kovuşturmaya konu olan suç ile ilgili soruşturma dört gün içinde bitirilmese; bu durumda kanun sürenin sekiz güne kadar uzatılabilmesine imkân vermiş, ancak bu yetkiyi savcının talebi üzerine sulh hâkimine tanımıştır. Belirtmek gerekir ki, suç ortaklarının ayrı ayrı yerlerde (illerde) bulunması halinde bu dört günlük süre yetmeyebilir; hâkimin süreyi uzatması da her zaman kesin olmadığına göre soruşturma bundan zarar görecektir. Kanun yakalamaya karşı, yakalanan kişiye, kanuni mümessiline veya birinci veya ikinci derecedeki kan hısimına veya eşine yakalananın serbest bırakılması için sulh hâkimine başvurabilme imkânı tanımıştır. Yakalama süresinin dolması veya hâkimin serbest bırakma kararı ile serbest bırakılmasına karar verilmiş olan kişinin tekrar yakalanabilmesi, yeni ve yeterli delil elde edilmesi ve savcının kararı şartına bağlıdır. Bu şartlar olmadan zabıta serbest bırakılan kişiyi aynı fiilden dolayı tekrar yakalayamaz.

Yakalama ile ilgili kanun değişikliği şu güvenceleri getirmiştir :

- 1 — Yakalama süreleri yeniden ve kısaltılarak belirtilmiştir.
- 2 — Yakalama süresinin savcı tarafından uzatılmasına veya yakalama sebebinin bulunmadığına dair sulh hâkimine başvurabilme imkân ve güvencesi tanınmıştır.
- 3 — İfade alma veya sorguda sanığın bir müdafinin yardımından faydalanabileceği kabul edilmiştir.
- 4 — Yakalama süresi dolan veya serbest bırakılan kişinin aynı fiilden tekrar yakalanabilmesi için yeni ve yeterli delil bulunması ve savcının yakalama kararı vermesi gerekir.

III — TUTUKLAMA İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

Tutuklamanın maddi şartlarının yer aldığı CMUK'nun 104. maddesi esas ve şekil açısından köklü değişikliğe tabi tutulmuştur. Madenin eski şeklinde yer alan "suçun devlet veya hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden olması halinde" tu-

tutuklama kararı verileceği hükmü kaldırılmıştır. Aynı şekilde tahkikatın mevzuu olan "suçun ağır cezalı cürümlerden olması da" maddenin eski şeklinde tutuklama sebebi iken, bu hüküm maddeden çıkartılmıştır. Halbuki 1987 yılında yapılan değişiklikle Alman Ceza Kanununun 125. maddesinde yer alan "ülkede sulh ve sükunu bozucu ağır ihlaller" bir tutuklama sebebi yapılmıştır. Bu değişiklikle A. CMUK "yeniden suç işleme tehlikesi" bir tutuklama sebebi olarak kabul etmiş ve terörle mücadelede etkinlik sağlamıştır. Türk kanunu sadece işlenmiş olan suçlardan tutuklamayı kabul etmektedir (İçel-Yenisey, a.g.e., s. 53).

104. maddede yapılan değişiklikle, failin yabancı uyruklu olması ve hükmün infazı için geleceğinden şüphe uyandıran ciddi sebeplerin bulunması haline taallük eden tutuklama sebebi de kaldırılmıştır.

104. maddede yapılan değişiklikler tutuklama için şu şartları öngörmüştür :

1 — Kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler bulunması. İşlenmiş olan suç ne kadar ağır olursa olsun kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler bulunmadıkça tutuklama kararı verilemez. Aynı esas Anayasamızın 19. maddesinin 3. fıkrasında da yer almıştır.

2 — Failin kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması veya delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması. Kısaca delillerin karartılması şüphesi olmalıdır.

Kanun, soruşturma konusu suçun kanunda öngörülen cezasının 7 yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi veya sanığın ikâmetgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi durumunda failin kaçma şüphesinin bulunduğu veya delilleri karartma şüphesi altında olabileceği ve bu nedenle tutuklamanın mümkün olabileceğini hükme bağlamıştır.

Kabahat suçlarında tutuklamayla ilgili 105. madde kanundan çıkartılarak 6 aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezalarda sanık, ancak suçun toplumda infial uyandırması veya ikâmetgahının veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi hallerinde tutuklanabilecektir. 6 aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren fiillerde tutuklamanın kalkmış olması bazı suçları artırıcı tesir gösterebileceği gibi; suçun toplumda infial uyandırıp uyandırmayacağı sübjektif kararlara sebep olacaktır.

104. maddenin son fıkrasının yeni şeklinde ceza muhakemesi hukukunda geçerli genel bir kural olan orantı ilkesine yer verilmiş ve "soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabilecek veya tutuklama yerine başka yargılama önlemiyle amaca ulaşılabilir ise tutuklamaya karar verilemez" hükmü de yorum farklarına sebep olacaktır. Çünkü Alman kanunundan alınmış bu esas tutuklama yerine geçecek önlemlerin neler olduğunu göstermemektedir. Halbuki Alman CMUK'nda bu önlemler bir liste halinde açıklanmıştır (Önder-Cihan, a.g.e., s. 13).

3842 Sayılı Kanun, CMUK'nun 106 ve 108. maddelerinin 1. ve 2. fıkralarını da değiştirmiştir.

Buna göre tutuklama talep edildiğinde sanık hazır ise dinlenecek ve sorgusu sırasında vekâletname aranmaksızın bir müdafî de bulunabilecektir. Tutuklama kararı verilmeden önce, müdafî ve savcı dinlenecektir. Sanık hazır değilse karar savcının talebi üzerine evrak üzerine verilecektir.

Yeni metin tutuklama müzekkeresinde üç hususun mutlaka bulunması gerektiği kuralını koymuştur. Bunlar :

- 1 — Sanığın kişisel durumu ile ilgili bilgiler,
- 2 — Sanığa isnad edilen fiil,
- 3 — Tutuklamanın nedenleri.

Gıyabi tutuklamanın vicahiye çevrilmesiyle ilgili olarak kanun, süre bakımından değişiklik yapmış ve eski metinde 48 saat olan süreye 24 saate indirilmiştir.

IV — TUTUKLULUKTA SÜRE

3842 Sayılı Kanun tutukluluk halinin gerek hazırlık soruşturması, gerek kamu davası açılması halinde riayet edilmesi gereken sürelerini, kanuna ithal edilen 110. maddesinde belirtilmiştir.

1982 Anyasası'nın 19. maddesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5/3. maddesi, yakalanan veya tutuklanan herkesin makul bir süre içerisinde yargılanmayı, soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkını hükme bağlamıştır.

Hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi, birçok yabancı kanununda olduğu gibi azami 6 aydır. Kamu davası açıldıktan sonra tutuklama süresi, hazırlık soruşturmasında geçen süre de dahil 2 yılı

geçemez. Bu süreler içerisinde kamu davası açılmamış veya kamu davası açıldığı halde toplam süre olan 2 yıl içinde hüküm verilememiş olursa, kanun iki hali birbirinden ayırarak suçun cezasının yanında yazılı alt sınırını esas almıştır. Alt sınırı 7 seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç bahis konusu ise tutuklama kararı kaldırılacaktır.

Suçun cezasının alt sınırı 7 sene veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı veya ölüm cezasını gerektiren bir suç ise, sanığın durumuna, tutuklama sebebine, delillerin vaziyetine göre tutukluluk halinin devamına veya kaldırılmasına mahkemece karar verilir. Mahkeme uygun göreceği nakdi kefalet vermesi şartı ile de sanığın tahliyesine karar verebilecektir.

122. maddede belirtilen hallerde sanığın gösterdiği maddi teminat karşılığında tutuklama kararının yerine getirilmemesi mümkündür.

CMUK'un 298. maddesinin 2. fıkrasına yapılan bir ilâve ile son soruşturma safhasında yalnız tutuklama kararına karşı değil, tutukluluk halinin devamına da itiraz mümkün kılınmıştır. Böylece tutukluluk halinin devamı kararı da itirazı mümkün kararlar haline getirilmiştir. Bunlar isabetli değişikliklerdir.

V — YAKALANANIN VEYA SANIĞIN SORGULANMASI

CMUK 135 ve 136. maddeleri yeniden düzenlenmiş; maddenin yeni şeklinde sanık ve ifade veren ayırımına yer verilmiştir. Bu esas zabita, savcılık ve hâkim tarafından sorguya çekilme hallerinde uygulanacaktır. İfade veren, kişiliği ile ilgili sorulara doğru cevap vermek zorundadır. İsnad edilen fiil konusunda konuşmayabilir. Ama kişiliği hakkında bilgi vermediği takdirde 104. maddeye göre tutuklanabilir. Yalan bilgi vermesi halinde TCK 343. maddesine göre suç işlemiş olur. Maddeye en önemli ilâve; ifade veren veya sorgusu yapılanın müdafinin sorgulamada bulunabilmesi; müdafii olmayana baro tarafından bir müdafii tayin edilebileceğinin bildirilmesi; vekâletname aranmaksızın bu müdafii sorgulamada bulunabileceğinin ifade veren veya sorgulanana açıklanmasıdır.

Baro bir adet müdafii tayin edebilir. İfade veren, Baro yardımından yararlanmak istemiyorsa, Savcılıkta ifade verdiği sırada üçe kadar müdafii tayin edebilir. İfade veya sorguda müdafii bulundurulması mecburiyeti avukat bulunmayan küçük kasaba ve şehirlerde güçlük yaratmaktadır. Bu takdirde büyük merkezlerden avukat istenecektir. Bu avukatın yol masraflarını kim ödeyecektir? Avukat

gelinceye kadar belirli bir zaman geçecek; sorgulama duracaktır. Diğer taraftan zabıta her zaman kendi anlaştığı, uygun gördüğü avukatı çağırırsa; bu durumlar suistimallere meydan verebileceği gibi sorguyu uzatacak ve kanunda öngörülen süreler aşılacaktır.

Sorgu veya ifade tutanağında bulunması gereken hususlar maddeye ilâve edilmiştir. Ancak ifade ve sorgu bakımından 135. maddeye yapılan bu ilâve bir tekrara sebebiyet vermiştir. Zira 161. madde, sanığın sorgusu, tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi gereken hallerde tutanakta bulunması gereken hususları ihtiva etmektedir.

VI — YASAK SORGU YÖNTEMLERİ

CMUK'na 3842 Sayılı Kanunun getirdiği ve reform niteliği taşıyan değişikliklerden en önemlisidir. Sanık muhakeme sujesi olarak kişilik haklarına saygı duyulması gereken bir kişi olduğu gibi, suçluluğu kanıtlanınca kadar suçsuz bir kişi sayılacaktır (1982 Anayasası md. 19; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, md. 6/2). Bu sebeple sanığa onun irade hürriyetini ortadan kaldıracak herhangi bir etki yapılmaması da kişilik haklarının bir sonucudur. CMUK'nun 135. maddesi savunma özgürlüğünü belirtmekte; 135/a maddesi ise savunma özgürlüğünü etkileyen uygulama usullerinin uygulanamamaçasını açıklamaktadır (Önder-Cihan, s. 22).

Yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen bu maddeye göre, sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahaleler yapılamaz, kanuna aykırı bir menfaat vaad edilemez. Bu yasak yöntemlerle elde edilen ifadelere sanık rıza gösterse dahi, bu ifadeler hükümde değerlendirilemez (3842/13). Bu hükmü ve 135. maddeyi destekleyici ve tamamlayıcı bir hüküm de CMUK'nun 254. maddesine eklenen 2. fıkrada yer almaktadır. Buna göre, koğuşurma ve soruşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz (3842/24).

VII — SAVUNMA (MÜDAFİLİK) KONUSUNDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

CMUK'nda 3842 Sayılı Kanunla önemli ölçüde değiştirilen bir diğer bölüm ise, müdafaa başlığını taşıyan 11. fasıldır. Kanun burada 8 maddede değişiklik yapmıştır. Bu değişiklikler kısmen yakalanmanın veya sanığın savunması ve sorgusu ile de ilgilidir. Sanık ya-

nında, kanun yakalanan kişiden de söz ederek ilgili fasıl hükümlerinden bu kişinin de yararlanacağını belirtmiştir.

Eski şeklinde "sanığın müdafii tayini" başlığını taşıyan CMUK'nun 136. maddesindeki yenilikler şu şekildedir: Maddenin başlığı "yakalananın veya sanığın müdafii seçimi" olarak değiştirilmiş, eski 136. madde, yeni şeklinde, dilinin kısmen sadeleştirilmesi dışında, hemen hemen aynı ifadelerle, birinci fıkra olarak yer almıştır. Buna göre, yakalanan kişi veya sanık, soruşturmanın her hâl ve derecesinde bir veya birden fazla müdafiiin yardımından faydalanabilir. Kanunî temsilcisi varsa o da yakalanan veya sanığa bir müdafii seçebilir. Buna karşılık, 3842 sayılı kanunla, maddeye iki yeni fıkra eklenmiştir. Bunlardan birincisine (136. maddenin 2. fıkrasına) göre, zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde ancak bir müdafii hazır bulunabilir. Cumhuriyet savcılığı işlemlerinde bu sayı üçü geçmez. Maddenin 3. fıkrasında ise, zabıta-ca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafiiin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği, kısıtlanamayacağı belirtilmektedir (3842/14). Bu hükümle aynı zamanda, müdafii ile temas kurabileceği ve sorguda hazır bulundurarak onun hukuki yardımından faydalanabileceği yolunda sanığa yapılan bildirimle ilişkin hüküm desteklemiş, tamamlanmış olmaktadır.

Esaslı değişikliklerden bir diğeri de CMUK'nun 138. maddesinde olmuştur. İhtiyari bir yetki olan mahkemece müdafii tayini, belli ölçüde mecburi hale getirilerek baroya verilmiştir. Sözkonusu baro ise, yeni 140. maddeye göre, soruşturmanın veya yargılamanın yapıldığı yer barosudur (3842/17). Değişiklikten önceki 138. maddeye göre, sanık 15 yaşını bitirmemiş olur yahut sağır veya dilsiz veya kendini müdafaa edemeyecek derecede cismi veya dimağı maluliyeti bulunursa ve müdafii de yoksa kendisine mahkemece bir müdafii tayin edilebilir. Yeni düzenleme ile barolar mecburi olarak müdafii tayin edeceklerdir. Ancak burada da yine bir ayırımı gidilmiştir. İlk olarak, ancak sanığın talebi halinde müdafii tayin edilebilecektir. Buna göre, "yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilir". Görüldüğü üzere, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan eden sanığın talebi halinde, baro ona bir müdafii tayin etmek zorundadır. Asıl mecburi müdafiiilik sistemi ise maddenin ikinci cümlesinde ortaya çıkmaktadır. 138. maddenin ikinci cümlesine göre, yakalanan kişi veya sanık 18 yaşını bi-

tirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa, talebi aranmaksızın kendisine müdafii tayin edilir (3842/15). Burada herhangi bir talep şartına bağlı kalınmaksızın, belirtilen şartları taşıyan ve bir müdafii de bulunmayan sanığa baro kendiliğinden müdafii tayin etmek zorundadır. Bu hükmün eski düzenlemeden farkları; 15 yaş sınırının 18'e yükseltilmesi, müdafii tayin işinin mahkemeden alınarak baroya verilmesi ve yukarıdaki şartların varlığı halinde dahi daha önce ihtiyari olan müdafii tayinin mecburi hale getirilmesi şeklinde ifade edilebilir.

Yukarıdaki değişikliğe paralel olarak CMUK'nun 139. maddesi de yeniden düzenlenmiştir. Tayin edilen müdafiiin görevinin son bulmasını hükme bağlayan sözkonusu maddenin yeni şekline göre, sanık sonradan bir müdafii seçerse, evvelce baro tarafından tayin edilmiş müdafiiin görevi son bulur (3842/16). Baro tarafından tayin edilen müdafie ödenecek ücret konusu Kanununun 146. maddesinde düzenlenmektedir (3842/22), (Ayrıca, 3842/geçici madde 3).

Sanıkların birden fazla olması halinde ise, menfaatleri birbirine uygun düşmek şartıyla, yeni -142. madde, müdafii seçemeyenlerin savunmasının bir müdafie verilebileceği hükmünü getirmektedir (3842/18).

Hazırlık soruşturmasının gizliliği ilkesine ve soruşturmanın gayesine zarar getireceği gerekçesine dayanılarak, müdafiiin ancak kamu davası açıldıktan sonra soruşturma dosyası hakkında bilgi sahibi olmasına imkân veren ve müdafiiin hazırlık soruşturmasında sanıkla görüşmesini yukarıdaki gerekçelerle engelleyen uygulamaya asıl tepki, CMUK'nun yeni 143 ve 144. maddelerinde ortaya çıkmış ve aşırı bir tepki olarak kanuna yansımıştır. Müdafiiin evrak inceleme hakkını düzenleyen yeni 143. maddeye göre, müdafii, hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir örneğini harçsız alma hakkına sahiptir. Müdafiiin hazırlık evrakını incelemesi veya hazırlık evrakından suret alması, hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürecek ise, Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine Sulh Hâkimi kararıyla bu hak hazırlık soruşturması sırasında kısıtlanabilir. Ancak, sanık sorgusunu içeren tutanak ve bilirkişi raporları ile sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların müdafii tarafından incelenmesi ve bunlardan suret alınması hakkı kısıtlanamaz (3842/19). Mevzuat kanun ise, incelenmesine kısıtlama getirilemeyecek üç evraktan birisi olarak sanığın değil, müdafiiin bulunabileceği işlemlerle ilgili evraktan söz eder. CMUK ise sanığın hazır bulunabileceği iş-

lemlerden bahsetmektedir. Doğru olanı mehzar kanunda yer alan ifadedir (Önder-Cihan, a.g.e., s. 34).

Burada getirilen yenilikler; evraktan suret alma hakkının hazırlık soruşturmasını da içine alacak şekilde genişletilmesi ve soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürecek olması halinde hazırlık evrakını inceleme ve bunlardan suret alma hakkının hazırlık soruşturması sırasında, ancak, Cumhuriyet Savcısının talebi ve Sulh Hakiminin kararı ile sınırlandırılabilmesidir.

Hazırlık dosyasının tamamını sınırsız inceleme hakkı, kanunun sistematığına aykırı ve bu sistemi kabul eden ülkelerde yoktur (İçel-Yenisey, a.g.e., s. 143).

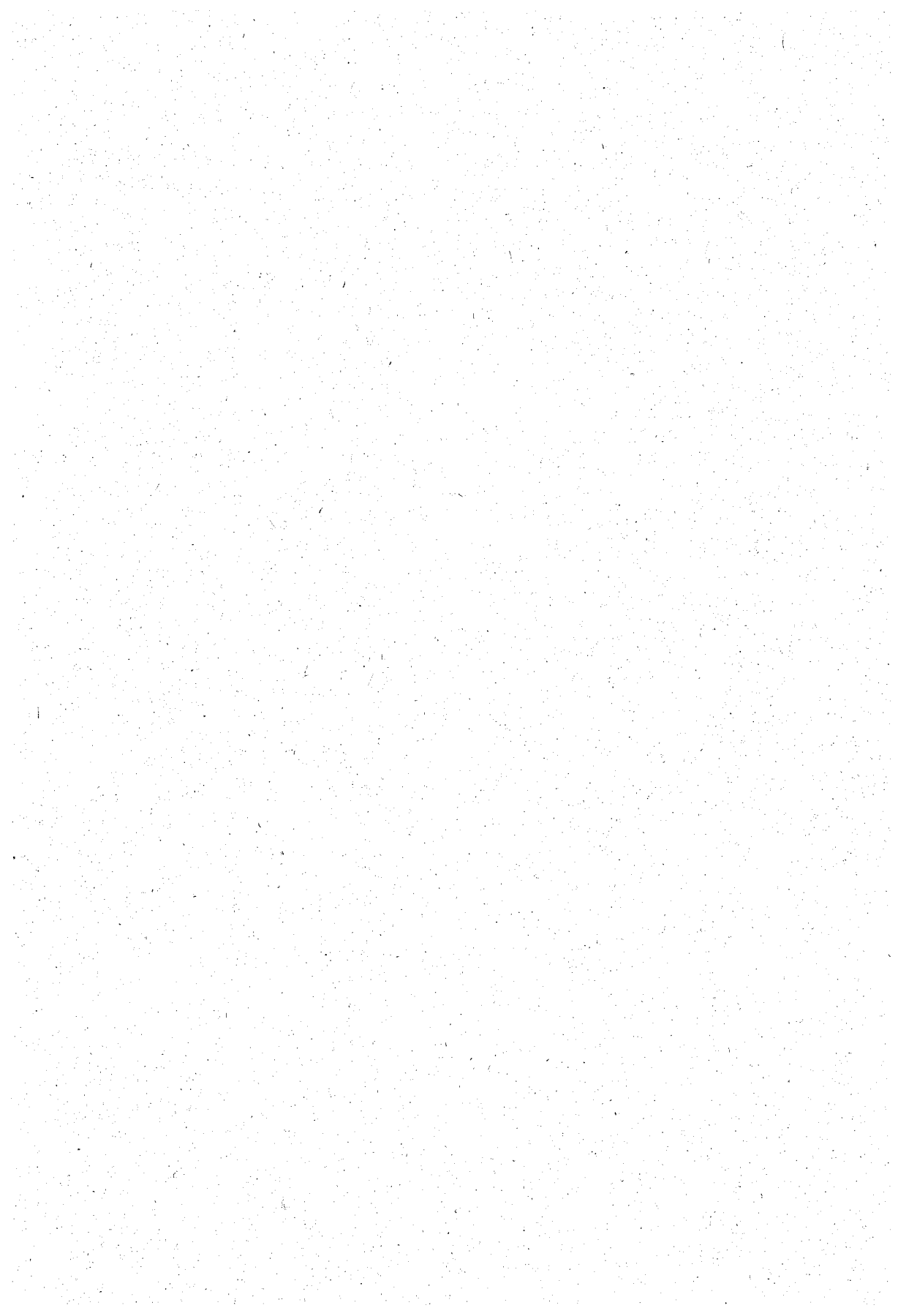
Yakalananın veya tutuklunun müdafii ile görüşmesini düzenleyen 144. maddenin yeni şekline göre, yakalanan veya tutuklu bulunan kişi, vekâletname aranmaksızın, müdafii ile her zaman ve koşulları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Müdafinin görüşme süresinin belirli bir zaman parçasına hasredilmesi bu hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurabilir. İyi niyetli olmayan bir müdafii, sanık ile saatlerce belki ekstrem bir örnek ama 24 saat görüşmek isteyebilir. Bu durumda cezaevi ve savcılık sıkıntılarıyla karşı karşıya kalacaktır. Yakalanan veya tutuklunun müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz (3842/20). Madenin değiştirilmeden önceki şeklinde ise, kamu davası açılıncaya kadar, hâkim, bazı hususların sanığa bildirilmesini men edebilmekte idi. Bu amaçla, gerektiğinde, kamu davası açılmadan önceki safhada, sanık ile müdafinin görüşmelerinde bizzat hâkim veya tayin edilecek naip yahut istinabe olunan hâkim hazır bulunabilirdi. Yeni düzenleme ile sanık ve müdafinin görüşmeleri ve haberleşmeleri konusunda aşırı davranıldığı söylenebilir. Meselâ, müdafinin sanığa silah veya tehlikeli madde vermesini önlemek için üzeri aranabilecek midir? Bu ve buna benzer tereddütler uygulayıcıyı sıkıntıya sokacaktır. Bu durum adaletin tahakkukunu uzatabilecek veya önleyebilecektir. Bu değişikliklerin Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda uygulanmaması (md. 31) isabetli olmuştur.

Devletin görevi, ülkesi dahilinde yaşayan herkesin huzur ve güvenini sağlamaktır. Bu bakımdan sanığın haklarını korumak kadar, suçtan zarar görenlerin ve bütün toplumun haklarının korunması gerekir. Bu durum, devletin yakalanan veya tutuklanan kişiyi hukuksal olarak aykırı şekilde ezmesi veya haklarını gaspetmesine cevaz vermediği gibi; demokratikleşme adına sanığa, toplumun huzuru ve

devletin güvenliğine zarar verecek hak ve yetkiler tanınmasını da gerektirmez. Hukuk, çatışan çıkarlar arasında uygun ve dengeli çözümler getirir. CMUK'da yapılan değişikliklerle bazı hallerde bu dengenin sanık veya suçlu lehine bozulabilmesi ihtimali mevcuttur. Emniyet ve adaletin elini kolunu bağlayacak hükümlerin toplum için büyük tehlike olduğunu unutmamak lâzım. Ancak kanunun uygulaması esnasında görülen mahzurların düzeltilebileceği tabiidir. Bazı hükümlerin işleyebilmesi, adliye ve zabıta dışındaki kurumların tutumuna bağlı olabilir. Meselâ 146. madde hükmüne göre, baro tarafından tayin edilen müdâfie görevin ifasından doğan masraflar ve ödenecek ücreti karşılamak için Maliye ve Gümrük Bakanlığınca 492 Sayılı Harçlar Kanununa bağlı 1 ve 3 sayılı tarifelere göre alınan yargı harçlarının % 15'i ve idarî nitelikteki para cezaları hariç, para cezalarının % 15'i bir önceki yıl kesin hesabına göre tespit edilen toplam miktar esas alınarak Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılır. Bakanlığın tutumu veya ödenek sıkıntısı sebebiyle bu aktarma yapılamadığı takdirde Barolar Birliği ile Bakanlık arasında sürtüşmeler doğacak ve bundan adalet hizmeti zarar görecektir.

CMUK'daki değişikliklerin adliye ve emniyet kuruluşlarının, baroların, hukukçuların ve bilim adamlarının görüşleri alındıktan sonra aceleye getirilmeden ciddi bir çalışma sonucunda çıkartılması temenni edilirdi. Ancak uygulamanın daha mükemmel bir kanun veya CMUK reformu için en iyi rehber olacağına inanıyorum.

Bu duygu ve düşüncelerle sempozyumun Türk adaletine ve milletimize yararlı olmasını temenni eder, saygılar sunarım.



CEZA MUHAKEMELERİ USUL KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE

Prof. Dr. Z. HAFIZOĞULLARI (*)

GİRİŞ

“Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile Muhakeme hukuku düzeninde köklü değişiklikler yapılmak istenmiş, ancak yapılan değişiklikle ya zaten olan tekrar edilmiş ya da sistemin esasları bozularak yeni bir sistem arayışı içine girilmiştir.

Kuşkusuz, Muhakeme hukukumuzu yenilemek, daha etkin ve işler hale getirmek, uygulama çarpıklıklarını gidermek, uluslararası mevzuatla uyumlu kılmak bir zorunluluktur. Özellikle sanığı Devlet karşısında teminatlı kılmak, ancak bunu yaparken suçluluğa ödün vermemek, terör saikiyle işlenen suçlarda uygar toplumun kurallarından mümkün olduğunca az fedakarlık yaparak bir terörle mücadele cihazı oluşturmak, bu suretle kişi temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almak, başta gelen amacımızdır.

Ancak, Muhakeme hukuku düzeninde yapılan değişikliklerle, amaçlanan bu hususları gerçekleştirmede başarılı olunamamış, iyi yanında kötü de getirilmiş, böylece mevcut düzen alt-üst edilmiş, uygulamada önemli çıkmazlar yaratılmıştır. Hatta, genel bir değerlendirme yapılırsa, değişikliklerin Kanun Koyucunun bilgisizliğinin şahası olduğu söylenebilir. Ama böyle düşünmek bir çözüm değildir. Kanun yürürlüktedir. Ayrıca, kuramsal bakımdan, kanun koyucular bilgisiz de olamazlar. Böyle olunca, bize düşen, kanunu kınamaktan çok, gerçekleşmesi düşünülen amaçlar doğrultusunda olabildiğince uygulanabilirliğini sağlamak, yeni değişikliklere uygun zeminler hazırlamaktır.

Burada, konulan hükümlerin anlamı, kapsamı ve sınırları üzerinde durulamayacaktır. Konumuz, yeni düzenlemeyle getirilen sistemi, genel çizgiler içinde kalarak kısaca irdelemek olacaktır.

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim dalı Öğretim Üyesi.

A. TUTUKLAMADA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

1. CMUK'nun 104. maddesi değiştirilerek, tutuklama kural, tutuklamanın istisna olduğu kuralı pekiştirilmiş, ancak bu yapılırken yeni belirsizliklere yer verilmiştir.

Modern muhakeme hukuklarının kabul ettiği esas, bir zorunluluk olmadıkça, sanığın tutuksuz yargılanması ilkesidir. CMUK'nun 104. maddesi esasında bu ilkeyi benimsemiştir. Ancak, hükmün iyi anlaşılmanış olması, uygulamada kuralı istisnaya dönüştürmüş, dolayısıyla "fiili bir tutuklama mecburiyeti" ortaya çıkmıştır. Uygulamadaki bu durum, kişi hürriyeti ve güvenliği bakımından bir tehlikeye oluşturmuştur. İşte ortaya çıkan bu çarpık durumun giderilmesi bakımından, hukuk düzeninde "tutuklamamanın kural olduğunun" pekiştirilmesi, tutuklama nedenlerinin Anayasa'nın 19. maddesi hükmüne uygun olarak "kaçma" ve "delilleri karartma" şüphesinin bulunması hallerine indirgenmesi isabetli olmuştur.

Ancak, 104. maddenin üçüncü fıkrasında getirilen hüküm, getirilmek istenen esaslarla çelişkilidir. Çünkü bu hükümle, hafif suçlarda, taksirli suçlarda tutuklama imkânı yaratılmıştır. Öte yandan "suçun toplumda infial uyandırması" deyimini hem belirsiz hem de çelişkilidir. Çelişkilidir, çünkü "toplumda infial uyandırmayan" bir suçun varlığını kabul etmek, bizzat "suç kavramı" ile çelişmektedir. Her suç toplumda infial uyandırır. Böyle olunca, kullanılan kavram tutuklamada ölçü olamaz. Kaldı ki, söz konusu terim tanıma elverişli de değildir, çünkü belirli değildir. Bir bilinmeyendir. Bilinmeyen bir şey, her halde tutuklamada ölçü alınamaz. Tutuklamada bilinmeyen ölçü alınması, kişi hürriyeti ve güvenliğini tehdit eder. Çünkü tanımlanamayan her terim keyfiliğin kaynağıdır. Sonra, "suçun toplumda infial uyandırması" yerel farklılaşmaları da bünyesinde taşımaktadır. Bir yerde infial uyandırdığı varsayılan bir suçun, başka bir yerde infial uyandırmıyor varsayılması imkânsız değildir. Öte yandan, tutuklama kararına bu noktadan itiraz edildiğinde, sorunun nasıl çözüleceği merak konusudur. Kısacası, söz konusu hüküm, kişi hürriyeti ve güvenliğini tehdit etmesi bir yana, takdirde keyfiliğe yer vererek kanun önünde eşitlik ilkesiyle çelişmektedir.

CMUK'nun 104. maddesinin son fıkrası hükmü çok daha ilginçtir. Bu hükümle, "tutuklama haksızlığa sebep olabileceksen" demek suretiyle "hukuka uygun bir işlemin hukuka aykırılığı kavramı" getirilmiştir. Böyle bir kavramın başka hukuk düzenlerinde yer almış olduğunu sanmıyoruz. Her halde bu bizim icadımız. Bir tutuklama

kararı hukuka uygun olarak verilecekse, ortada haksız bir tutuklama varsa bu halde hukuka uygun bir tutuklamadan söz edilemez. Böyle olunca, hangi açıdan bakılırsa, bakılsın, bu ifade çelişkilidir. Çelişkiden kurtulmak için, her halde, ifadenin, "tutuklama katlanması imkansız bir zarar doğuracaksa... tutuklamaya karar verilmesi" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Hüküm bu şekle dönüştürüldüğünde, tutuklama yasağı getirme bir anlam taşıyacaksa, dolayısıyla tutuklamada bu yolla kişi hürriyeti ve güvenliği daha teminatlı kılınacaktır. Bizce, yeni bir kanun değişikliğiyle, bu yanlışın acilen düzeltilmesi, söz konusu hükmün amaca uygun hale getirilerek sistemdeki bu bağışlanmaz çelişkinin giderilmesi gerekmektedir.

2. CMUK'nun 110. maddesi yeniden düzenlenerek tutukluluğa bir süre getirilmiş, böylece kişi hürriyeti ve güvenliği teminat altına alınmıştır.

Tutukluluk, hükümlülük değildir. Uygulamada, tutukluluk, bir tür hükümlülüğe dönüşerek süreklilik kazanmıştır. Oysa, tutukluluğu vurgulayan özellik, infazının farklılığı yanında, kısa süreliliği ve geçiciliğidir. CMUK'nun 110. maddesinde yapılan düzenlemeyle tutukluluk verilebilecek cezanın miktarıyla bağıntılı olarak süresiz olmaktan çıkarılmış, süreli hale getirilmiştir. Devletin hazırlık soruşturması veya son soruşturmayı kısa zamanda bitirememesinin mağduru, tutuklu olamaz. Devlet, soruşturmayı en kısa zamanda bitirmek zorundadır. Devletin imkanlarının olup olmaması tutuklunun sorunu değildir. Öte yandan Devletin imkanlarının yetersizliği, kişi ve güvenliğinin teminatsız kılınmasının gerekçesi olamaz. O halde CMUK'nun 110. maddesinde getirilen düzenleme ilke olarak yerindedir. Böyle bir düzenleme, kişi hürriyeti ve güvenliğinin teminatı olmuştur.

Ancak, burada, getirilen sürelerin imkanlar karşısında gerçekçi olup olmadığı tartışılabilir. Eğer getirilen süreler gerçekçi değilse, bu durum misillemelere neden olabilir. Misillemelerin yapacağı tahribat, bu hükmün konulmasıyla elde edilmek istenen menfaati aşmakla kalmaz, ayrıca kitlesel öç alma duygularını tahrik etmiş olur. Bizim düşüncemiz, tutukluluk sürelerinin gerçekçi olmadığı, dolayısıyla misillemelere neden olabileceği yolundadır. Tabii, tersinin çıkması sevindirici bir şey olacaktır.

B. HAZIRLIK SORUŞTURMASINDA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİK HAZIRLIK SORUŞTURMASININ SANIK AVUKATINA AÇIKLIĞIDIR.

CMUK'nun 143. maddesinde yapılan değişiklikle, eskiden farklı

olarak hazırlık soruşturmasının sanığın avukatına açıklığı, gizliliğin istisna olduğu esası getirilmiştir. Bu durumda, sanığın avukatı, hazırlıkta, sanık hakkındaki tüm belge ve bilgileri almak hakkına sahip bulunmaktadır. İlk bakışta iddia ve savunmayı denk kılmak amacıyla böyle bir düzenlemenin yapıldığı akla gelmekle birlikte, yapılan değişiklik ön soruşturmanın mantığına ters düşmektedir. Bildiğimiz kadarıyla, ön soruşturmanın açıklığı esasını kabul eden bir hukuk düzeni mevcut değildir. Örneğin, YİCMUK' bir yandan savunmayı etkinleştirirken, öte yandan hazırlık soruşturmasının gizliliği esasını korumaya (m. 329) özen göstermiştir.

Öte yandan yapılan değişiklikle, savunma güçlendirilmiş, sanık korunmuş olmamaktadır, tersine hazırlık soruşturması işlemez hale getirilerek suçlu ve suçluluk korunmuş olmaktadır. Ne kadar gayret edersek edelim, hazırlık soruşturmasında avukatı savcıya denk kılmaya kalkışmak, işin tabiatına aykırıdır, çünkü işin mantığı gereği müvekkilinin mahkumiyetini talep eden bir müdafiiye rastlanmış değildir. Oysa, Savcı, gerektiğinde sanığın beraatını talep edebilmektedir. Böyle olunca, savunmaya hizmet etmeyen, aslında sanığı teminatlı kılmayan açıklığın soruşturmaya sokulmuş olması, ön soruşturma müessesesini tahrip eder, dolayısıyla suça ve suçluluğa ödün verir.

Kaldı ki yapılan düzenleme menfaat dengelerini de zedelemektedir. Müdafiiye, dolayısıyla sanığa "açık" kılınan hazırlık soruşturması mağdurun avukatına dolayısıyla mağdura "gizli" kılınmıştır. Mağdurun avukatı hazırlık soruşturmasında suça ilişkin herhangi bir belge veya bilgiyi almak hakkına sahip değildir. Burada, "zaten Savcı bu bilgi ve belgeleri biliyor" demek bir açıklama değildir, çünkü savcı mağdurun avukatı olmadığı içindir ki CMUK'larında "Davaya müdahale" müessesesi ortaya çıkmıştır. Öte yandan, ortada henüz bir dava yoktur, dolayısıyla mağdurun avukatına hazırlık soruşturmasının açık olmasına gerek yoktur biçimindeki bir düşünce de tutarsızdır, çünkü CMUK'nu, savcının kararına mağdur tarafın itiraz hakkını tanımıştır. Böyle olunca, CMUK'un yürürlükten kaldırılan 143. maddesinin özürünü ortaya koymadan hazırlık soruşturmasını sadece sanığın avukatına açık tutmak, esaslı bir çelişki olmaktadır.

C. SORGUDA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

1. Susma Hakkı

CMUK'nun 135. maddesinde ifade ve sorgu tarzı düzenlenmiş,

sanığın susma hakkına yer verilmiştir. Ancak bu bir yenilik değildir, sadece mevcudun tekrarıdır. Bu hükümden önce de, Ceza Muhakemesi hukuk düzenimizde, sanığın susma hakkının bulunduğu savunuluyordu. Kaldı ki Anayasa'nın 38/4. maddesi sanığa zaten susma hakkını tanımış bulunmaktadır.

2. Sanığın Beyanının Özgür İradesine Dayanması

CMUK'na eklenen 135/a maddesinde sanığın beyanının özgür iradesine dayanması düzenlenmiştir. Kişinin beyanının özgür iradesine dayanması esası hukuk düzenimiz bakımından bir yenilik değildir. Hukuk düzenimiz kişinin özgür iradesine dayanmayan hukuki bir işlemi muteber saymamaktadır (Bkz. BK. m. 24-31). Ceza Kanunu, kişinin iradesi üzerinde etkili olmayı, kişiye kötü muamelede bulunmayı muhtelif hükümlerinde suç saymıştır. İrade özerkliği hukuk düzenimizin omurgasıdır. Böyle olunca, ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmıyorsa, ortada zaten muteber bir hukuki işlem bulunmamaktadır. Kuşkusuz, muteber olmayan bir işlem de gözönüne alınmaz.

Durum bu olmakla birlikte, ifade verenin ve sanığın beyanının özgür iradesine bağlanmış olması esasının CMUK'nun 135/a maddesinde açıkça yer almış olması, her türlü kuşkuyu gidermesi bakımından yararlı olmuştur. Suçu iradi bir fiil olarak algılayan bir hukuk düzeni, sanığın beyanını özgür iradesine dayanması temel kuralını gözardı edemez. Uygulamada bu kuralın bugüne kadar gözardı edilmesi bağışlanmaz bir özürdür.

Burada asıl sorun, sanığın özgür iradesine dayanmayan beyanının yok sayılması, yani delil olarak değerlendirilmemesi değildir. Zaten, bu hüküm ister olsun ister olmasın, hukukun genel ilkesi gereği sanığın özgür iradesine dayanmayan beyanı yok hükmündedir. Yok hükmündeki bir işlemi rıza muteber hale getirmez. Öyleyse 135/a. maddede yer alan "rızası olsa bile" ibaresi anlamdan yoksundur. Asıl sorun, sanığın özgür iradesine dayanan avukatı önündeki beyanının hukuki değerinin ne olduğudur. CMUK'nun 135/a maddesi hükmünün "mefhumu muhalifinden" sanığın özgür iradesine dayanan beyanının delil olarak değerlendirilebileceği sonucu çıkmaktadır. Bu durum, sanığın suçu ikrarı halinde artık başka bir delil aramaya gerek olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Gerçekten, sanık serbest iradesi ile suçunu ikrar etmişse, getirilen bu sistemde acaba başka bir delil aranacak mıdır? Eğer başka bir delil aranmayacaksa, bu halde hukuk düzenine, bünyesine yabancı bu kavram olan "delillerin hiyerarşisi" kavramı sokulmuş olmayacak

mı? Böyleyse, bu durum hakimin delilleri serbestçe araştırması ve vicdani kanaatine göre serbestçe değerlendirmesi ilkeleriyle çelişir.

3. İfade ve Sorguda Avukat Bulundurma veya Avukat

Bulundurulmasını İsteme Hakkı

İsnatla birlikte savunmanın başlatılması, toplumların uygarlık düzeyinin bir göstergesidir. CMUK'nun 135. madesi, isnatla birlikte savunmayı başlatarak hukuk düzenimizin bir özürünü gidermiştir. CMUK'nun 135. maddesinin isnatla savunmayı başlatan hükmünde bir yanlışlık yoktur. Burada, yanlış olan, "avukatı polise bekçi koyma" zihniyetidir. İsnatla birlikte savunmayı başlatmaktaki amaç, avukatı polise bekçi koymak değil, kamusal savunma hizmetini sanığa götürmektir, çünkü sanık, kamusal savunmadan yararlanmak hakkına sahiptir.

Ancak CMUK'nun 135. maddesi, kamusal savunma hakkından yararlanmak hakkının olduğunun sanığa bildirilmesini "ifade alma" ve "sorguya çekilme" hallerine inhisar ettirmiştir. Yanlışlık buradadır. Bu hakkının olduğu, kişiye, polis tarafından el konulduğunda söylenmelidir (Bkz. YİCMUK. M. ?). Zaten doğrusu budur. Kanunda yapılacak bir değişiklikte, bu hususun her halde gözönünde tutulması gerekir.

D. GÖZALTI SÜRESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

CMUK'nu, gözaltı süresini, 24 saat olarak belirlemiştir. Ancak, toplu olarak işlenen suçlar söz konusu olduğunda, Cumhuriyet Savcısı tarafından bu süre 4 güne ve gerek olduğunda talep üzerine hakim tarafından 8 güne kadar uzatılabilmektedir.

Tabii, gözaltı süresini mümkün olan en aza indirmek, ideal olanıdır. Ancak, bu konuda, gerçekçi olmak gerekmektedir. Yanlış bir iş, ya suçluluğa hizmet eder ya da hakimin takdirinin gerektiği biçimde ortaya çıkmasını engelleyerek tutuklamaları arttırır. Her iki hal de tehlikelidir.

YİCMUK'nu bu konuda ülkenin koşullarıyla bağıntılı olarak gerçekçi bir düzenleme getirmiştir. Kanuna göre (bkz. m. ?). gözaltı süresi poliste 24 saattir. Polis bu süre içinde sanığı savcıya çıkarmak zorundadır. Savcı sanığın 48 saat gözaltında tutma hakkına sahiptir (bkz. m. ?). Bu sürenin bitiminde savcı sanığı serbest bırakmak istemiyorsa derhal sanığı hakim önüne çıkarmak zorundadır. Hakim sanığı 48 saat gözaltında tutma hakkına sahiptir.

Hakim, bu süre içinde ya sanığın tutuklanmasına ya da serbest bırakılmasına karar vermek zorundadır (bkz. m. ?). Görüldüğü üzere, bu düzenlemede, sanık hem teminatlı kılınmakta, hem de sürekli ifade veya sorguya tabi tutulmakta, dolayısıyla, bu kimse hakkında tutuklama kararı verilirken tesadüfe yer bırakılmamaktadır.

Oysa, ülkemizde imkanlar çok kısıtlıdır. Bu durum karşısında, kısa süreli bir gözaltı süresi, kişinin "suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin" bulunup bulunmadığı kuşkusunu gidermede yeterli olmayacaktır. Bunun sonucu olarak, ya tutuklanması gereken kişinin serbest kalmasına, ya da takdirini kullanırken hakimin gerekli özene göstermemesine, dolayısıyla tutuklanmaması gereken kimselerin tutuklanmasına yol açacaktır. Kuşkusuz, bu iki durumda da kişi hürriyeti ve güvenliği tehdit altındadır.

Öte yandan getirilen düzenle "sürekli sorgu esası" daha çok ortadan kaldırılmıştır. Kişi hürriyeti ve güvenliği bakımından tehlikeli olan, sürekli sorgu değil, teminatsız sorgudur. Teminatlı olmak kaydıyla sanığın bir çok kez sorguya çekilmesi, isnat edilen suç hakkında yeni bir çok bilgiler verebilir, çünkü suçu işleyip işlemediğini en iyi bilen sanığın kendisidir. Getirilen düzende sanık ancak bir kez sorguya çekilmektedir. Sanığın sorgudan kaçırılmasına adeta özen gösterilmiştir. Bu bir yanlışlıktır. Süreklilik kazandırılmış teminatlı bir sorgu düzeni, rastlantıları en aza indirdiğinden, sanık için bir özür değil bir teminattır. Bu açıdan, bizce "Sorgu Hakimliği" müessesesinin kaldırılmış olması bir eksikliktir.

E. ÖN SORUŞTURMADA SAVUNMA ÖRGÜNLEŞTİRİLMİŞTİR.

1. Müdafî Tayini Hakkı

Uygar bir toplumda, hiç kimse, savunulmaktan mahrum bırakılamaz, herkesin kendini savundurmaya hakkı bulunmaktadır. Bu kural, Devlete, ön soruşturmada savunmayı özgünleştirme görevini yüklemektedir.

CMUK'nunda bu konuya ilişkin olarak yapılan düzenlemelerle, ön soruşturmada savunmanın örgünleştirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Önsoruşturmada savunmanın örgünleştirilmesi, bizim için gerçekleştirilmesi gereken bir zorunluluktur. O nedenle, yapılan düzenleme, olumlu bir başlangıçtır. Ancak, düzenlemede temel hatalar yapılmıştır.

Bir kere CMUK'nun 139. maddesi Avukatlık mesleğinin genel

ilkeleriyle çelişmektedir. Sanık kendine bir müdafî seçmediği takdirde Baro tarafından tayin edilmiş müdafinin göreve devama zorunlu olup olmadığı belirsizdir. Eğer bu halde, müdafî göreve devama zorunluysa, böyle bir zorunluluk, avukatın "iş seçmeye hakkı olduğu" ilkesiyle çatışmaktadır (Av. K. m. ?).

Öte yandan, sanık, müdafîini soruşturmanın yapıldığı yer Barosundan değil de başka yer Barosundan seçtiği takdirde, özellikle gözaltı halinde, ne yapılabileceği açıklıkla belirtilmiş değildir. Böyle bir durum ortaya çıktığında sorunu çözmek her halde kolay olmayacak, ya sanığın iradesine aykırı olarak o yer Barosundan bir müdafî getirilecek veya hakkını kötüye kullandığı varsayılarak sanık kamusal savunma hakkından mahrum kılınacaktır. Her iki durumda da sanığın müdafî tayini hakkıyla çelişmektedir.

2. Müdafî Sanık İlişisini Denetleme Yasası

CMUK'nun 144. maddesi, sanığın müdafî ile her zaman görüşebileceğini ve sanığın müdafî ile olan yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağını hükme bağlamıştır. Kanun, bu hükümle mutlak denetim yasağı getirmiştir. Böyle bir düzenleme, hem beşeri deneylere, hem de delilleri karartma tehlikesini tutuklama nedeni sayan CMUK'nun mantığına aykırıdır. Sanıkla işbirliği yaparak delilleri karartma yoluna giden avukatlara maalesef rastlanabilmektedir. Böyle olunca mutlak denetim yasağı getiren böyle bir hüküm savunmayı ve sanığı değil, suçluyu korur, savunmayı suç işlemeye iter.

Uygar uluslardaki uygulama bizden farklıdır. YİCMUK'nu; 96. ve devamındaki maddelerde savunmayı düzenlemiş, özellikle 103. maddesinde müdafîin hürriyetini teminat altına almış ve hangi hallerde ve ne şekilde müdafîin üstünün ve yazıhanesinin aranabileceğini ve nelerin yapılabileceğini kesin kurallara bağlamıştır.

Öte yandan, 104. maddede, sanığın müdafî ile görüşmesi kuralı konmuş, ancak geçerli nedenlerin bulunması halinde en fazla yedi gün olmak üzere müdafîin sanıkla görüşmesinin yasaklanabileceği hükmü getirilmiştir.

Ortada örnekler varken, CMUK'nun 104. maddesinin koyduğu mutlak yasak, gerçeğe aykırı düşmekte, ve kanunun mantığıyla çelişmektedir.

3. CMUK'nu koyduğu hükümlerle müdafîliği sadece sanık bakımından düşünmüş, mağduru özellikle ihmal etmiştir.

CMUK'nu müdafîlik olayını sanık boyutundan görmüş, savun-

ma hizmetini bedelsiz sanığın ayağına götürmüş, ancak mağduru özellikle ihmal etmiştir. Modern muhakeme hukuklarında ne sanık ne de mağdur tercih konusudur. Bu esası gören YİCMUK'nu "müdafii" başlığı altında sanığın müdafii yanında mağdurun müdafiiine de yer vermiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi, savcı mağdurun vekili değildir. Kamu davasını hazırlama ve açma tekelinin savcıda olması, mağdurun müdafiiiden yoksun bulunmasının gerekçesi olamaz. Gerçekten, ortada bir mağdur varsa, bu, suç isnadı altında bulunan kişiden çok, suçtan zarar gören kişidir. CMUK'nunda mağdurun sırtından sanık korunmuştur. Yanlışlık buradadır. Herkes sanık olabilir. Bu doğrudur. Ama herkes mağdur da olabilir. O halde, modern bir hukuk düzeninde ne sanık ne de mağdur bir tercih nedeni olmalıdır. Savunma her halde bu esaslara göre düzenlenmelidir. CMUK'nu belirtilen dengeleri kuramadığı için eksiktir.

F. HUKUKA AYKIRI SURETTE ELDE EDİLEN DELİLLERİN HÜKME ESAS ALINAMAYACAĞI ESASI GETİRİLMİŞTİR

Eskiden farklı olarak, CMUK'nu 254. maddesinin, ikinci fıkrasında, "delil elde etme yolu" ile "delilin sahicliği" arasında karinesel bir bağıntı kurmaktadır. Buna göre, bir delil hukuka uygun surette elde edilmişse sahic, öyleyse mutebër, hukuka aykırı surette elde edilmişse sahic değildir; öyleyse muteber değildir. Böyle olunca, ortaya, aksi ispat edilemeyen bir karine konulmuş olmaktadır. Ceza muhakemesi hukukunda karine olmaz düşüncesiyle çelişir olmak bir yana, söz konusu hükümle, ceza muhakemesi hukuk düzeninin sistemi değiştirilmiştir. Tabii, şu veya bu sistemi seçmek sonunda bir tercih sorundudur. Ancak, bu tercih, bir sistemi bırakarak bir başka sistem alındığında bir anlam ifade eder. Yok böyle yapılmayıp bir sisteme bir başka sistemin bir parçası eklendiğinde ortaya çıkan ürün, tabiri caizse "üstü kaval altı şişhane" olur. Bugün deliller konusunda ceza muhakemesi hukuk düzenimizin durumu budur.

Sistem tartışmasının ötesinde, yapılan tercih sakıncalarını da birlikte getirmektedir. Gerçekten, aslında sahic olan ama hukuka aykırı suretle elde edilmiş olan bir delil, sanığın suçsuzluğunun gerçekte kanıtı bile olsa, bu delil hükme esas alınamayacak, dolayısıyla suçsuz bir kimse mahkum edilebilecektir. Tabii, bunun tersi de, yani suçlu olan bir kimsenin beraat etmesi de mümkündür. Açık ki, getirilen düzenle, ne hukuk devletinin gereği yerine getirilmekte, ne de sanık korunmaktadır.

Burada, hukuka aykırı vasıta ile bu vasıta kullanılarak elde edilen delilin sahilhliği biribirine karıştırlmamalıdır. Hukuk devleti ilkesi bu bağlamda sahilhlikle değil meşrulukla ilgilidir. Böyle olunca, elde edilış biçiminden bağımsız olarak sahil bir delilin gözönüne alınıp alınmaması halinde değil, sadece hukuka aykırı vasıta kullanmanın müeyidelendirilmemiş olması halinde hukuk devleti ilkesi ihlâl edilmiş olacaktır. Bu doğruysa, iddia edilenin tersine, yapılan değişlikle, hukuk devletinin bir özürü giderilmiş olmamakta, tersine yeni sorunlar ortaya çıkarılmaktadır.

Gerçekten, yeni getirilen hüküm kendi içinde çelişkilidir. Hüküm, "soruşturma ve koğuşturma organlarının hukuka aykırı surette elde ettikleri delilleri hükme esas almamaktadır. Buradan şu soru çıkmaktadır: Acaba sanığın veya mağdurun hukuka aykırı surette elde ettiği deliller, ör: cebir, şiddet veya tehdit kullanılarak bir belgenin elde edilmesi, hükme esas alınacak mıdır? Kanunun sözünden yasağın sadece "soruşturma ve koğuşturma organlarına" ait olduğu sonucu çıkmaktadır. Eğer böyleyse, bu bir çelişkidir, çünkü kanun koyucu, soruşturma ve koğuşturma organlarına yasakladığı bir şeyi başkalarına serbest etmiştir denemez. O halde, kim tarafından elde edilmiş olursa olsun, hukuka aykırı surette elde edilmiş olan deliller, bu hüküm karşısında hükme esas alınamayacaktır.

Öte yandan, CMUK'nu "hukuka aykırı şekilde" sözüyle belli bir tür hukuka aykırılığı değil, hükümsüzlük de dahil, her türlü hukuka aykırılığı kastetmiştir. İddia edilenin tersine, hüküm daraltılarak yorumlanamaz. Delil vasıtaları CMUK'nda bellidir. Bunlar, tanıklık, bilirkişi ve kaşif, zabıt ve aramadır. Şimdi, ör: zabıt ve arama kurallarına uyulmadan elde edilen bir delil, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş bir delil olduğundan hükme esas alınamayacaktır. Tabii, bu halde, maddeten zabıt ve aramayı tekrarlama imkanı da yoktur. Böyle olunca, delil ne kadar sahil olursa olsun, hükme esas alınmayacağından, kişi suç işlemiş olduğü halde beraat edebilecek veya suç işlememiş olduğü halde mahkum olabilecektir. Kanun koyucunun tercihi buysa elbette denecek bir şey yoktur.

Ancak, kanun yapılırken YİCMUK'na bakılmış olsaydı bu tartışmalara yer kalmamış olurdu. YİCMUK'nu, Kara Avrupası hukuk sistemi içinde kalarak sorunu çözmüş bulunmaktadır. Gerçekten, YİCMUK'nu, 188. maddesinde "ilgilinin rızası olsa bile, kendini gütmeye özgürlüğü (liberti delli autodeterminarione) üzerine etki etmeye, olayları değerlendirme ve hatırlama yeteneğini bozmaya elverişli teknik veya yöntemler kullanılamazlar"; 191/1. maddesinde "kanunca öngörölmüş olan yasakların ihlali suretiyle elde edilen delil-

ler kullanılamazlar” diyerek, Kara Avrupası hukuk düzenlerinde olması yegane mümkün bir modeli oluşturmayı başarmıştır. Bu tür örneklerden yararlanmak dururken, Avrupayı da aşmak “kompleksi içinde “Amerikayı yeniden keşfetmeye kalkışmak” Ceza Muhakemesi Hukuk Düzenimiz bakımından bir talihsizlik olmuştur.

G. DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİ KURULUŞ VE YARGILAMA USULLERİ HAKKINDAKİ KANUN VE DİĞER KANUNLARDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERLE BİR TERÖRLE MÜCADELE CİHAZI OLUŞTURMAYA KATKIDA BULUNULMAMIŞTIR

Terörizm, cebir şiddet veya tehditle kitleleri sindirmeyi, böylece uygar toplumu çökertmeyi amaçlayan, demokratik kural ve kurumlara karşı, öz düşünceden yoksun, örgütlü bir suçluluk biçimidir. Terörist, her zaman uygar toplumun kuralları arkasına sığınarak varlığını sürdürmeyi başaran “kuzu postu giymiş bir kurttur”. Terör, musallat olduğu her topluma ağır bir bedel ödetmektedir.

Uygar toplumlar, uygar toplumun olağan kurum ve kuralları içinde kalarak bu beladan kendilerini kurtarmayı başaramamışlardır. Uygar toplumun olağan olmayan kurum ve kuralları (sıkıyönetim, olağanüstü hal, vs.); en başta uygulamalarında süreklilik arzemediklerinden, süreklilik arzeden terörle mücadeleye elverişli olamamışlardır. Öte yandan, uygar toplumun olağan olmayan kurum ve kuralları, kişi temel hak ve hürriyetlerine ağır kısıntılar getirdiğinden, bu niteliklerinden ötürü halkı tedirgin ettiğinden, hatta Devleti katlanılması zor bir külfet altına soktuğundan, terörizmin arayıp da bulamadığı bir ortamı yaratmakta, dolayısıyla terörün yivmesini arttırmaktadır. İşte bu nedenlerle, uygar toplumlar, kendilerine musallat olan terörün türünü, yoğunluğunu ve yaygınlığını göz önüne alarak bir “Terörle Mücadele Cihazı” oluşturmuşlardır. Bunun tipik örnekleri, İngiltere, İspanya ve özellikle İtalya’dır.

Biz, teröre hazırlıksız yakalandık, dolayısıyla yeterli, etkin bir terörle mücadele cihazı oluşturmada başarılı olamadık. Ya Devlet Güvenlik Mahkemelerine karşı çıktık, ya da şimdi olduğu gibi bu mahkemelerin görev alanlarını daraltmaya çaba gösterdik. Terörü doğru algılamadıkça, terörle mücadeleye elverişli, etkin bir terörle mücadele cihazı oluşturulamaz; “kaş yapalım derken göz çıkarılarak” terörizme yardım edilmiş olur. Eğer terör saikiyle işlenen suçların bir ihtisas mahkemesinde görülmesinin gereğine inanılıyorsa, bu da Devlet Güvenlik Mahkemeleri ise, bu mahkemelerin görev alanının doğru saptanması gerekmektedir. Oysa, Kanunun 9. mad-

desi değiştirilirken doğru belirlemler yapılmamış, kanunun islahı imkanı varken bu imkan kullanılmamış, mahkemenin görev alanı bir esasa dayandırılmadan keyfi kısıtlanmıştır.

Öte yandan, CMUK'nunun bazı maddelerinde değişiklik yapan kanun, 31. madesinde, teröre çarpık yaklaşıldığından, bir "hukuk ucubesi" yaratmıştır. Bu düzenlemeye göre, bir kanun hem yürürlükten kaldırılmıştır, hem de yürürlüktedir. Bu yolla, tabiri caizse, uygar toplumun eski olduğu veya eskidiği düşünülen ve bu nedenle değiştirilen kurallarından, bir terörle mücadele cihazı oluşturulmaya çalışılmıştır. Zaten yanlışlık da buradadır. Beceriksizlikleriv-
mekte inat etmek yerine,n yargılardan kurtularak yanlışları görebildiğimiz takdirde kuşkusuz çok daha güzel hukukrnleri verebileceğiz. Tabii, bunun temel koşulu, kanunları, kapalı kapılar ardında, "kerameti kendinden menkul olan kadrolarla" değil, açık kapılarnnde, meslek erbabının tümünün katılımlarını sağlayarak, kamu oyunda tartışmaya açarak hazırlamak becerisini göstermektir.

3842 SAYILI YASA AÇISINDAN YAKALAMA VE TUTUKLAMA

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (*)

1. GİRİŞ

Suç ve suçlulukla mücadelede, yapılan yargılamayı zamanın yıpratıcı etkilerinden koruyup, hüküm vermede yararlanılan ve Ceza Muhakemesi Hukukunda koruma tedbirleri olarak isimlendirilen araçlardan (1), kişi özgürlüklerini kısıtlayan yakalama ve tutuklamalar, suç sanığının, her insan gibi, sahip olduğu temel insan hakları ile toplumun suça karşı korunmasında denge oluşturmak zorundadır. Gerçekten Ceza Muhakemesi Hukuku, Ceza Kanununa ilk bakışta aykırılık oluşturduğu gözlemlenen bir olayın, suç oluşturup oluşturmadığının yargısal tespitiyle, hukuki sonuçlarının bir kişiye yüklenip yüklenemeyeceğinin, somut olarak ortaya konulmasını sağlayan bir bilim dalı olduğundan (2), önsoruşturma aşamasında, fiilin bir suç oluşturup oluşturmadığının, oluşturuyorsa, bu fiilin zanlısı ya da zanlılarının sanık statüsünü kazanıp, kazanmadıklarını gösteren yeterli delillerin bulunup bulunmadığının ortaya konulması, yeterli delil bulunduğu taktirde de, son soruşturma aşamasında, mahkeme önünde, bu delillerin tartışılır bir yargıya varılması amaçlanmaktadır.

(*) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Buca - İZMİR.

(1) Bu konuda geniş açıklama için bkz. KUNTER Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1990, 9.b., no: 359; TOSUN Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1984, 4.b., c. I, s. 818 vd.; YENİSEY Feridun, *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, İstanbul, 1987, s. 99 vd.; ÖZTÜRK Bahri, *Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku*, İzmir, 1988, c. II, s. 185 vd.; TANER Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 1955, s. 131 vd.; EREM Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara, 1968, s. 494 vd.; YURTCAN Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 1982, s. 255 vd.; YÜCE Turan Tufan, *Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi*, E. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, c. I, s. 67.; ÖNDER Ayhan, *Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFM), c. XXIX, 1963, s. 425.

(2) Bkz. *La mise en état des affaires pénales. Rapport préliminaire*, Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, Novembre 1989, p. 1 et suiv.

Demokratik değerlerin simgesi olan Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin etrafında toplanan Avrupa Konseyi ülkeleri (3), suçlulukla etkin mücadelede, suç oluşturan fiile suç sanıklarının araştırılıp, kanıtların toplanarak yargılamanın yapılmasında, toplumun suç ve suçlulara karşı korunması kadar, kişinin temel haklarına saygılı olunmasını da gerek ulusal ve gerekse uluslararası düzeyde bir yükümlülük olarak görmektedirler. Özellikle bu ülkeler, insan haklarına saygının her zamankinden daha çok öne çıktığı çağımızda, suçluluğa karşı toplumu koruma kadar, insan haklarına saygıyı da ön plana çıkaran bir anlayışın da göz ardı edilmemesini hedeflemekte, Muhakeme Hukukunda bu konuda mevcut modeller üzerinde değerlendirmelere giderek, en iyi ve en adil çözümleri tartışmaktadır.

Nitekim, İtalya'da Anglo-sakson sistemine yaklaşan itham sisteminin kabulü sonucunu yaratan köklü değişikliklerin, 16.2.1987 tarihli 81 sayılı yasa çerçevesinde yer aldığı, 24.10.1988 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanıp, bir yıl sonra, 24 Ekim 1989'da yürürlüğe giren, 22.9.1988 tarihli yeni İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (4), 20.4.1874 tarihli eski yasanın 4. maddesine göre önsoruşturmada soru hakiminin tutuklama kararının uzatılması konusunda onaylama

(3) 1967'de Hollanda, İsveç, Norveç, Danimarka ve 1970 yılında da tekrar İsveç, Norveç, Danimarka tarafından Avrupa İnsan Hak ve Ana Hürriyetleri Sözleşmesi çerçevesinde şikayet edilmesi üzereine, Avrupa Konseyi'nden ayrılmak zorunda kalan Yunanistan olayından sonra, insan hakları konusu önemini arttırmış ve mesela suçluların geri verilmesi ile ilgili talepler hakkında karar vermede talep sahibi devletin, Avrupa İnsan Hak ve Ana Hürriyetleri Sözleşmesi'ni ihlal edip etmediğinin araştırılması tavsiye edilmiş, bu konuda bkz. *Aspects juridiques de l'extradition entre les Etats européens*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1970, p. 96.) hatta Belçikalı eski Avrupa İnsan Hakları Divan üyesi, profesör ve Devlet Bakanı Henri ROLIN tarafından insan haklarını ağır şekilde ihlalden yargılanan bir üye devlete karşı sözleşme yükümlülüklerinin askıya alınacağı yönünde bir kuralın, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan her sözleşmeye konulması önerilmiş. (Bkz. l'opinion dérendue par ROLIN Henri, in *L'amélioration de la justice repressive par le droit européen*. Ed. Bruylant, Bruxelles, 1970, p. 189. Ayrıca aynı yazarın cezai konularda adli yardımlaşmada insan hakları sorunu ile ilgili görüşlerinin ayrıntıları için bkz. *L'entraide pénale et les droits de l'homme*, in René CASSIN *amicorum discipularumque liber*, Ed. A. Pédone, Paris, 1969, t. I, p. 241-246), bu görüş, bugün, Avrupa Konseyi üyesi pek çok ülkenin cezai konularda adli yardımlaşmalar ile ilgili uygulamalarına temel oluşturmuştur.

(4) Bkz. R. D., *La Giustizia Penale. XCIII. Année (XXIX. de la série 7). 1988, Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1991, 1. pp. 41 et ss. Ayrıca bkz. G. BARLETTA - CALDARERA, *Le Nouveau Code de Procédure Pénale en Italie. RDP. 1992, 11.*

kararı verip vermemeye yetkili mahkeme (Chambre du Conseil)'de duruşma yapılmadan önce müdafinin veya avukatının dosyayı görmeye yetkili olmadığı yönündeki içtihatlar nedeniyle, Belçika mevzuatının, Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin 5. maddesine uymadığı gerekçesiyle, Avrupa İnsan Hakları Divanı tarafından LAMY davasında, 30.3.1989 tarihli kararlarla mahkûm edilmesinden sonra, Belçika'da değişen içtihatlara rağmen Divan kararına uymak amacıyla çıkarılan 20 Temmuz 1990 tarihli Tutuklamaya İlişkin Belçika Kanunu (5) ile sorgu hâkimlerinin tutuklamaya ilişkin yetkilerini büyük oranda kısıtlaması nedeniyle sorgu hâkimleri arasında huzursuzluklara yol açan, 4.1.1993 tarihli 93-2 sayılı Fransa Ceza Usûlü Reform Kanunu (6) bu düşüncüyü yansıtmaktadır.

2. TÜRKİYE'DE YAKALAMA VE TUTUKLAMANIN DÜNÜ VE BUGÜNÜ

Suç ve suçlulukla mücadelede suç zanlılarının suçüstü halinde ya da daha sonra yakalanıp, kamu davası açılmadan önsoruşturma-

- (5) Bu konuda bkz. BOSLY H. - D. VADERMEERSCH D., *La Nouvelle Loi Belge Sur La Détention Préventive* (20.7.1990), *Revue de Droit Pénale et de Criminologie* (RDP), 1991, pp. 163 - 224. Ayrıca yasa metni için bkz. *Moniteur Belge*, 14.8.1990, p. 15779. Diğer taraftan, sözkonusu yeni yasanın konuyla ilgili mahkûmiyet kararından sonra, Belçika Yargıtayı'nın değişen içtihatlarına rağmen (Bu konuda bkz. Cas. belge, 10.5.1989, *Journal des Tribunaux* (J.T.), p. 330; Cas. belge, 20.6.1989, RDP, 1989, p. 1033; Cas. belge, 9.8.1989, RDP, 1989, p. 1048; Cas. belge, 10.10.1989, RDP, 1990, p. 76; Cas. belge, 29.11. 1989, RDP, 1990, p. 286) hem Divan kararına uymak ve hem de bir yandan tutuklamamanın baş vurulması istisnai bir koruma tedbiri olduğunu ve bu yüzden savunma hakkının güvencelerini güçlendirmek, öte yandan da tutuklamaya alternatif çözümler getirmek amacıyla çıkarıldığını özellikle vurgulamak gerekir. Bu konuda bkz. BOSLY H. - D./VADERMEERSCH D., op. cit. RDP, 1991, pp. 163 - 224.
- (6) Bkz. *Journal Officiel de la République Française*, 5.1.1993, p. 215 et suiv. Fransa'daki 1993 tarihli bu Ceza Usûlü Reform Kanunu'nun öngördüğü hükümlerin büyük kısmı 1.3.1993'de (md. 225), diğer bazı hükümleri ise, 1.10.1994 (md. 227) veya 1.1.1995'de (md. 230) yürürlüğe girecektir. Bizde ise, 3842 sayılı yasa ile CMUK'da yapılan değişiklikler, md. 32 gereği, 1.1.1992'de, Resmi Gazete'de yayımlanmakla derhal yürürlüğe girmiştir. Öte yandan bu son değişiklikten önce 1970'den itibaren Fransız CMUK'da tutuklama konusunda yeni alternatif tedbirler önerilmeye başlanmış. 1987 tarihli ve 1989'da yürürlüğe giren bir yasayla da tutuklama kararına karar vermede heyet kararı aranma yoluna gidilmiştir. Bu konuda bkz. TEZCAN Durmuş, *Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama*, Ankara, 1989, s. 55 vd.; CALLE Bernard, *La Détention Provisoire*, PUF, Paris, 1992, p. 9 et suiv.

nin yapılması sırasında gözaltına alınması, hakkında suçluluğu konusunda kuvvetli deliller bulunması nedeniyle tutuklanması, öteden beri belli esaslar dairesinde uygulanan koruma tedbirleridir.

Tanzimatla başlayan batılılaşma hareketi içinde, İslâm Hukuku kurallarına göre faaliyet gösteren şer'îye mahkemeleri yanında, Batı hukuk kurallarına göre işleyen Nizamiye Mahkemeleri, koruma tedbirleri konusunda Tanzimat Fermanıyla sağlanan kişi güvenceleri doğrultusunda, 1296 tarihli Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu Muvakkatı ile gerekli özeni gösterme yükümlülüğü altına girmiştir. 1929 yılında yürürlüğe giren 1412 sayılı bugünkü Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ise, 104 vd. maddelerinde, tutuklama ve yakalama ile ilgili kuralları, tutuklama sebeplerinde kanunilik kuralı ağır basan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan takdiri tutuklama sebeplerine de yer veren bazı değişikliklerle aktarmıştır.

3842 sayılı yasa ise, İtalya, Belçika ve Fransa örneklerinde olduğu gibi, mevcut yasaya insan hakları yönünden yöneltilen eleştirileri gidermek amacı güden bir reform yasası olma iddiasındadır. Gerçekten, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na kişisel başvuruyu kabul etmesi ve İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisini tanıması (7) karşısında, çağımız değerlerini belli ölçüde sembolize eden İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin uygulamasıyla ilgili ilkelerle uyum sağlamak açısından 3842 sayılı yasa ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yapılan değişiklikler olumlu bir adım oluşturmaktadır.

Buna karşılık, yakalama ve tutuklama ile ilgili düzenlemeler aşağıda ayrıca ele alınacağından, burada, anılan yapılan değişiklikler genel bir değerlendirmeye tabi tutulursa, tenkit edilebilecek pek çok yönü vardır. Ancak, bu yasanın, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa'nın 89. maddesi çerçevesinde, bir kere daha incelemek üzere geri çevrilen 21.5.1992 tarihli 3801 sayılı kanunu oluşturan ilk şekline nazaran, iade gerekçesine uygun olmakla birlikte (8),

- (7) İnsan haklarının korunmasına ilişkin bu sözleşme ve ek protokoller ile diğer temel belgelerin Türkçe metinleri için bkz. **İnsan Haklarının Korunması Alanında Temel Belgeler**. A.Ü.S.B.F. yay. Ankara, 1992, 2. b., s. 11 vd.
- (8) Cumhurbaşkanı'nın, bir kere daha incelenmek üzere 8.6.1992 tarihli geri çevirme yazısı konusunda bkz. **T.B.M.M. Tutanakları. Dönem: 19. Yasama Yılı: 2. S. Sayısı: 113'e 1. EK (1/412. 3/483)**, Cumhurbaşkanlığı'nın anılan tezkeresinde Cumhurbaşkanınca, Başbakanın da katıldığı 21.5.1992 tarihindeki bir toplantıda alınan bir kararda, CMUK reformu konusundaki gelişmelerin endişe yarattığından açıkça söz edilmesi, mevcut koalisyon hükümeti içinde farklı düşüncelerin olduğunu göstermesi açısından ilginç karşılanmıştır.

CMUK'nun uygulaması açısından, eski yeni mevzuat ayrımı yarattığını da vurgulamak gerekir. Bunlar arasında, özellikle, değişiklik üzerinde, tasarı halinden, yasalaşınca kadar, bilimsel açıdan derinlemesine hiçbir tartışma açılmadan ve adeta yangından mal kaçırıcısına çıkarılması(9). Muhakeme Hukuku ileklere ile bağdaşmayan, bazı suçlarda eski, bazılarında yeni kuralların uygulanacağı kuralına yer verilmesi (10), böylece uygulamada bağlantılı suçlar açısından sürekli sorun yaratılma tehlikesinin belirmesi ve ayrıca olağanüstü hâl ilân edilen bölgelerde yakalanan veya giyaplarında tutuklanmalarına karar verilen kişilerin hakim önüne çıkarılma süresinin de Batı Avrupa ülkelerinde kabul edilen sürelerin çok üzerinde oluşu gibi durumlar vurgulanabilir (11).

- (9) Mesela Hukuk Fakültelerinden taslak hazır olmadan genel gözlemler istenilmiş, verilen bir sürenin sonu bile beklenmeksizin taslağın hazırlanıp, Başbakanlığa sunulduğu basında açıklanmıştır. Bunun sonucu olarak, çıkan metinde yanlışlıklar olmasına şaşmamak gerekir. Nitekim CMUK'un 104. maddesini değiştiren metnin 2. bendinde eski metindeki ifadeden ayrılarak sanki delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi hallerinde tutuklama kararı verileceği gibi bir anlatıma gidilmiştir. Oysa burada anlatılmak istenen delillerin yok edilmesine, değiştirilmesine, gizlenmesine çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunmasıdır.
- (10) Cumhurbaşkanı'nın 21.5.1992 tarihli 3801 sayılı kanunu oluşturan ilk şeklini, bir kere daha incelenmek üzere 8.6.1992 tarihli geri çevirme tezkeresi sonrasında, TBMM'de ikinci kere görüşmelerde, bu tezkere doğrultusunda, 3842 sayılı yasaya eklenen 31/1. maddede öngörülen hükümlerle, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görevine giren suçlarda pekçok önemli değişikliğin uygulanmayacağı belirtilmesi, terörle mücadele çerçevesinde, bir elle verilenin çoğunun, öbür elle alınması anlamından öte bir ikilem yaratmak anlamına gelmekle birlikte, değişiklikten önceki sistemde sanki hiç bir güvence olmadığını söylemek de mümkün değildir. Zira Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'muz, Almanya'dan iktibas edilmiş olup, halen bu ülkede, sözkonusu mehz kanununun uygulanmasına devam edilmekte ve bugüne kadar, demokratik olmadığı yönünde herhangi ciddi bir eleştiriye de uğramış değildir. Yaratılan bu ikilemin giderilmesinin en sağlıklı çözümü ise, 3842 sayılı yasaya eklenen, 30. ve 31/1. maddelerde öngörülen hükümlerin, yeniden 2845 sayılı DGM Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna aktarılarak, orada ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinde yatmaktadır.
- (11) Gerçekten, olağanüstü hâl ilan edilen bölgelerde yakalanan veya giyaplarında tutuklanmalarına karar verilen kişilerin, hâkim önüne çıkarılma süresini, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görevine giren suçlara nazaran bir kat daha arttıran ve böylece gözaltı süresini bireysel suçlarda 68 saate (4 gün), toplu suçlarda 30 güne çıkaran 3842 sayılı bu yasanın 30/2. maddede hükmü de terörle mücadele konusunda, Fransa, İspanya, İngiltere, İrlanda yasalarında öngörülen sürelerin çok üzerindedir. Nitekim Fransa'da, 9.9.1986 tarihli terörizme ilişkin yasaya göre, bu süre dört günü aşamaz. Terörizme ilişkin 1984 tarihli İspanyol yasasında (md. 13), bu süre 72 saat olup, ençok toplam yedi güne kadar uzatılabilir. İngiltere'de ise, 24 saat

3. YAKALAMA VE TUTUKLAMA AÇISINDAN 3842 SAYILI YASA'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yakalama ve tutuklama ile ilgili değişikliklerin düzenleniş amaçlarının belirlenmesi ve bu amaçlar ışığında bir değerlendirme yapılması önem taşımaktadır.

Son değişikliklerin incelenmesinden, konumuzla ilgili olarak, Hükümetin, Türkiye'de Avrupa Konseyi insan hakları standartlarını yakalamak açısından, esas itibarıyla tutuklamamın baş vurulması istisnai bir koruma tedbiri olduğunu ve bu yüzden savunma hakkının güvencelerini güçlendirmeyi ve bu doğrultuda da, tutuklamaya alternatif çözümler getirmek amacıyla çıkarıldığı kanaatine varılmaktadır. Bu bakımdan yasa, yakalama ve tutuklama açısından DGM ve olağanüstü hal uygulamalarıyla ilgili düzenlemeleri hariç, genelde olumlu sayılacak kurallar getirmiş bulunmaktadır.

— Altı aya kadar olan kısa süreli suçlar açısından "infial uyandırma" gibi tutuklamada kanunilikten takdirliğe geçişi simgeleyen bir istisna dışında (12), 104. maddenin yeni şekliyle tutuklama sebeplerinin, takdirlikten çıkarılarak yeniden kanunilik ilkesinin pekiştirilmesi, yazım hatalarına rağmen olumlu bir adımdır.

— Tutuklamaya bir üst sınır getirilmesi (CMUK md. 110). İnsan Hakları Komisyonu ve Divanının (içtihatları) ortaya koyduğu ilkelere uyum sağlamayı kolaylaştıracaktır. Ancak tutuklamayı getirilen üst sınıra kadar gereksiz yere ve inandırıcı bir gerekçe olmaksızın uzatmamak zorunluluğu vardır. Nitekim yeni değişiklikte, me-

olan gözaltı süresi, hâkim kararıyla 36 saate kadar uzatılabileceği gibi, Magistrates Court'un kararıyla bu süre taraflar da dinlenerek, 36 saat daha uzatılabilir. Kuzey İrlanda'da ise, Kuzey İrlanda Devlet Bakanı'nın izniyle bu süre, toplamı beş günü geçmeyecek şekilde biraz daha fazla uzatılabilmektedir. Şayet, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TEZCAN Durmuş, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama**, s. 49 vd. Ayrıca bkz. ÖENTEL Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul, 1992, s. 199 vd.

- (12) 3842 sayılı Yasa ile 104. maddede, çoğu kez, kabahatleri içine alan, altı aya kadar olan kısa süreli suçlar açısından "infial uyandırma" gibi tutuklamada kanunilikten takdirliğe geçişi simgeleyen bir anlayışa, Cumhurbaşkanı'nın, 21.5.1992 tarihli 3801 sayılı kanunu, bir kere daha incelemek üzere 8.6.1992 tarihli geri çevirme tezkeresi sonrasında, TBMM'de ikinci kere görüşmelerde, bu tezkere doğrultusunda, 3842 sayılı yasaya eklendiğini görüyoruz. Gerek anılan tezkere gerekçesine ve gerekse, tutuklamayı başvurulması çok istisnai bir koruma tedbiri olması anlayışı ile bunun bağdaşmadığını ve maddeden çıkarılan takdirilik içeren eski 105. maddenin adeta yeniden mevzuata girdiğinin bir göstergesi olduğu intibai yarattığını düşünüyoruz.

haz Alman CMUK'nun 112. paragrafında yer alan "organlılık" ilkesine (13) de yer verilmiş olması karşısında, bu zorunluluk daha da belirginlik kazanmıştır.

— Yakalamanın denetime tabi tutulması (14) müdafiden yararlanma imkanının genişletilmesi (CMUK md. 128) de çok olumludur (15). Ancak sanığın avukat talebinde bulunması halinde müdafî sorguda hazır bulunma yetkisine sahiptir. Sanığın talepte bulunup bulunmadığının şüpheye yer bırakmayacak biçimde nasıl belirleneceği hususu açıklığa yasa da kavuşturulmuş değildir. Zira sanığın yapılan uyarıya rağmen avukat talebinde bulunmadığı şeklinde düzenlenecek bir tutanağın, yakalanan kişiye zorla imzalatıldığı iddialarının önüne geçmek için gerekli ilkelerin belirlenip biran önce uygulanmaya konulmasında yarar vardır. Aksi takdirde, böyle bir tutanak düzenlenerek alınan itirafların zor altında alındığı yönünde hakim önünde inkâr edilmesi halinde, vicdani delil sistemi içinde geçersiz sayılıp, dikkate alınmaması ihtimali büyüktür. — Öte yandan yapılan değişiklikler içinde 18 yaşından küçüklerle sağır dilsizlere ve kendisini savunmayacak derecede sakat olanlara, müdafilerinin bulunmaması halinde zorunlu müdafî sisteminin öngörülmesi ve avukat tutamayanlara, avukat yardımından yararlanma imkanının tanınması (CMUK md. 138) da olumludur. Fakat son değişiklikle CMUK md. 146'da öngörülen adli yardım sisteminin iyi ve seri yürütülmesi zorunluluğu vardır. Şayet zorunlu müdafî şartı aranan hallerde zorunlu müdafî sistemi iyi çalışmazsa

(13) Anılan paragrafın türkçesi için bkz. İÇEL/YENİSEY, Ceza Kanunları, İstanbul, 1990, 3. b., s. 263 - 264.

(14) Bu denetim, 2842 sayılı yasanın 30 ve 31/1. maddeleri dışındaki suçlar için, 128. maddedeki gözaltı süreleri bakımından, gözaltına alınma halinde, süresi ne olursa olsun, gözaltı süresine karşı hakime itiraz şeklinde tutuklama dışında sui generis yeni bir kanun yolu olarak öngörülmüş bulunmaktadır. Buna karşılık, bu dört günlük sürenin yeterli olmaması halinde ise, C. Savcısının yazılı emri ve sulh hakiminin kararıyla, bu süre, seöiz güne kadar uzatılabilmekle birlikte, bu hakim kararına karşı herhangi bir kanun yolu düzenlenmiş değildir.

(15) Buna karşılık müdafîin hazırlık soruşturması aşamasında müvekkiliyle sürekli görüşebilme ve delilleri görebilme imkanına sahip olması delillerin karartılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Bu konuda ülkemiz mevzuatının Fransa'da çok eleştirilen son değişikliklerden de ileri hükümler getirdiğini söylemek mümkündür. Bunun suçlulukla mücadeleyi güçleştirici bir etken olmasını giderecek düzenlemeler gerektirdiğini; kolluğun delil toplama açısından hem eğitiminin arttırılmasının ve hemde delil toplama araçları ile güçlendirilmesinin zorunlu olduğunu söylemek gerekir. Kısa zamanda bu gerçekleşmezse, toplumun güvensizlik duygusu artacak ve bu reformla adeta dağ fare doğurmuş olacaktır.

mahkemeler bu kişilerle ilgili davaları zamanında görememe tehlikesiyle karşılaşabilirler. Bu bakımdan avukat yardımından yararlanma imkanının çok iyi düzenlenmesi, kaynaklarının iyi hesaplanması ve özellikle sanığın, sonradan bir müdafî seçmesi halinde, baro tarafından tayin edilen avukatın görevi sona ereceğinden (CMUK md. 139), baro tarafından tayin edilen avukatın avukatlık ücret tarifesine göre belirlenecek ücretinin CMUK 146. maddesi çerçevesinde, yeni müdafî savunmayı üstlenirken, Baro'nun görevlendirdiği avukat için Baro'ya, asgari ücret tarifesine göre belirlenecek ücret ile Baro'nun bu avukata ödediği miktar arasında beliren farkın ise, Baro'nun görevlendirdiği avukata öncelikle sanık tarafından ödemesi zorunluluğu getirilmelidir. Zira sanık kendisine yeni bir avukat tutabildiğine göre, soruşturmanın veya yargılamanın yapıldığı yer barosunca tayin edilen avukatın asgari ücret tarifesinden belirlenecek ücretini de ödemesi doğaldır.

— Buna karşılık, “tutuklama yerine geçecek yargılama önlemleri” kavramına da açıklık getirilmeyip, hakime örnek türünden de olsa, CMUK md. 117’de öngörülen teminatla salıverme ile Pasaport Kanunu çerçevesinde, pasaport vermeme veya yurtdışına çıkma yasası koyma kararı (16) 74. maddede öngörülen seçenekler sunulmaması eleştiri konusu yapılabilir. Bu yönde açık kurallar 1970-1975-1983-1986 ve 1987 yıllarında Fransız Ceza Usul Kanununda yapılan değişikliklerle getirilmiş bulunduğundan, bunlardan Türk Hukukunda da yararlanmak mümkündür (17).

4. YENİ DEĞİŞİKLİKLER AÇISINDAN HAKSIZ YAKALAMA VE TUTUKLAMA HALLERİ

4.1. HAKSIZ YAKALAMA VE TUTUKLAMANIN TANIMI

Haksız yakalama ve tutuklama, yakalama ve tutuklama ile ilgili kurallara uyulmaması nedeniyle başlangıçtan itibaren ya da bu koruma tedbirlerinin, ön soruşturmada kamu davası açılmasına yer olmadığı kararı (uygulamada sıkça kullanıldığı ismiyle takipsizlik kararı), ve son soruşturmada da beraat kararı veya sadece para cezası verme sonucu sonradan hukuka aykırı hale dönüşmesi hallerinde söz konusu olur.

Şu halde, haksız yakalama ve tutuklamanın birinci türü, mutlak haksız yakalama ve tutuklama şeklinde tanımlanabilir ve bu

(16) Bu konuda bkz. GÖĞER Erdoğan, **Pasaport Hukuku**, Ankara, 1973, s. 383 vd.; KUNTER, no: 383, TOSUN, c. I. s. 701.

(17) Bu konuda bkz. TEZCAN Durmuş, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama**, s. 49 vd.

tür koruma tedbirlerine başvurulduğu andan itibaren takınılan tavırla oluşur.

Buna karşılık, ikinci tür haksız yakalama ve tutuklama ise, nisbi haksız yakalama ve tutuklama olup, bu tür haksız yakalama ve tutuklamalar, kurallara uyulmakla birlikte, uygulanan bu koruma tedbirlerinin, ön soruşturmada kamu davası açılmasına yer olmadığı kararı (uygulamada sıkça kullanıldığı ismiyle takipsizlik kararı), ve son soruşturmada da beraat kararı veya sadece para cezası verme sonucu sonradan hukuka aykırı hale dönüşmesi hallerinde söz konusu olur.

4.2. YENİ DEĞİŞİKLİKLER AÇISINDAN MUTLAK HAKSIZ YAKALAMA VE TUTUKLAMA

4.2.1. 3842 sayılı yasa ile yakalama ve tutuklamaya başvurma imkanı hem zaman açısından sınırlandırılmış ve hem de sıkı bir denetime tabi tutulmuştur. Süre ve denetim açısından sağlanan güvencelere uyulmaması mutlak haksız yakalama ve tutuklama hallerini oluşturacaktır. Ancak, getirilen kurallar iyi işletilirse bunların asgariye indirilmesi mümkündür.

4.2.2. Mutlak haksız yakalama ve tutuklama halleri arasında sayılabilir :

— Yakalanan kişinin serbest bırakılmaması halinde, en yakın sulh hakiminin gönderilmesi için gerekli süre hariç, 24 saat içinde sulh hakiminin önüne çıkarılmaması. Ancak bu süre, üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen çok sanıklı suçlarda CMUK md. 128/2'ye göre C. Savcısının yazılı emriyle, bu süre, dört güne kadar uzatılabilmekte ve fakat gözaltına alınma halinde, süresi ne olursa olsun, gözaltı süresine karşı hakime itiraz şeklinde tutuklama dışında sui generis yeni bir kanun yolu öngörülmüş bulunmaktadır. Buna karşılık, bu dört günlük sürenin yeterli olmaması halinde ise, C. Savcısının yazılı emri ve sulh hakiminin kararıyla, bu süre, sekiz güne kadar uzatılabilmekle birlikte, bu hakim kararına karşı herhangi bir kanun yolu düzenlenmiş değildir. Öte yandan, 3842 sayılı yasa'nın 30. maddesinde öngörülen hükümle Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görevine giren suçlarda, bu süre, tek sanıklı suçlarda 48 saat, çok sanıklı suçlarda 15 gün olarak öngörülmüş ve 30/2. maddeyle ise olağanüstü hâl ilan edilen bölgelerde yakalanan veya gıyaplarında tutuklanmalarına karar verilen kişilerin hakim önüne çıkarılma süresi Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görevine giren suçlara nazaran bir kat daha arttırılarak, gözaltı süresi bireysel suç-

larda 68 saate (4 gün), toplu suçlarda 30 güne çıkarılmıştır (18). Bu ise, terörle mücadele konusunda İspanya, İngiltere, İrlanda ve Fransa yasalarında öngörülen sürelerin çok üzerinde bir süre olduğu gibi (19), 3842 sayılı yasanın 31/1. maddesi gereğince yeni 128. madde-deki hakim güvencesine de sahiptir. Bununla birlikte, böyle bir haksız yakalama, suç türüne ve gözaltı süresine göre, öngörülen süreye uyulmadığı takdirde sözkonusu olabilir.

— **Yakalanan veya tutuklanan kimselerin durumlarının yakınlarına bildirilmemesi :**

Yakalanan veya tutuklanan kimselerin durumlarının yakınlarına bildirilmesi, CMUK md. 135/3'de de belirtildiği üzere ihtiyaridir. Şayet sanık durumu yakınlarına bildirmek istemediğini kendi samimi beyanıyla ifade ederse bunu tutanağa geçirmek gerekir. Bu kural 1963 tarihli taraf olduğumuz Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinde öngörülen düzenlemeye de uygundur.

— **Tutuklanan kişiyi makul bir süre içinde yargılamamak :**

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarıyla (20) belli bir netlik kazanan ve her olayın özelliklerine göre belirlenebilecek makul süreye Türk Hukukunda 3842 sayılı yasa ile (CMUK md. 110) azami bir tavan getirilmesi olumludur. Bu süre hazırlık soruşturmasında 6 ay, son soruşturma aşamasında ise toplam 2 yıldır. Bu sürelerin aşılması halinde de haksız tutuklama oluşabileceği gibi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun da Lawless davasında belirttiği gibi (21), inandırıcı makul nedenler olmaksızın sadece suç işlemeyi önlemek için, suç işlemeye temayülü olduğu gerekçesiyle bir kimsenin gözaltına alınması da haksız yakalamayı oluşturabilir.

4.3. YENİ DEĞİŞİKLİKLER AÇISINDAN NİSBE HAKSIZ YAKALAMA VE TUTUKLAMA

Nisbi haksız yakalama ve tutuklamalar ise, yakalama ve tutuk-

(18) Kolluk önüne gelen olaylarda, suçun türüne göre, uygulanacak Muhakeme Hukuku kurallarının nasıl ve kim tarafından belirleneceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yasada yer verilmemekle birlikte, 3842 sayılı yasa'nın 30. maddesine girdiği sanılan bir suç sözkonusu ise, kolluk tarafından vakit geçirilmeden ön soruşturmanın asıl sorumlusu olan C. Savcısından yazılı emir istenip, ilgili DGM Başsavcılığı ile temasa geçilmelidir. Aksine kolluğun kendi başına verip uygulayacağı, mesela 24 saat yerine 48 saatlik yanlış bir gözaltı süresi, haksız yakalamaya dönüşme tehlikesini içermektedir.

(19) Bkz. yuk. 11 no.lu dipnotu.

(20) Bkz. TEZCAN, age., s. 34 vd.

(21) Age., dipnot 11.

lama ile ilgili kurallara uyulmakla birlikte, uygulanan bu koruma tedbirlerinin, ön soruşturmada kamu davası açılmasına yer olmadığı kararı (uygulamada sıkça kullanıldığı ismiyle takipsizlik kararı), ve son soruşturmada da beraat kararı veya sadece para cezası verme sonucu sonradan hukuka aykırı hale dönüşmesi hallerinde söz konusu olur. Bunlar koruma tedbirlerine başvurmada suç işlendiği iddiasını değerlendirip yargılamada göze alınan bir durumdur. Ancak başlangıçtan itibaren suç oluşturmadığı anlaşılan ya da yeterli kanıt olmadığı açıkça görülen hallerde yakalama ve tutuklama koruma tedbirlerine başvurmama özeninin gösterilmesi gerekir. Nisbi haksız yakalama ve tutuklamaları en az indirme yönünde yeni değişikliklerde, özellikle yakalama koruma tedbiri açısından 128. maddeyle getirilen denetimle olumlu bir gelişim gösterilmiştir.

Kişi özgürlüklerini gösterilen bütün özene rağmen, ön soruşturmada kamu davası açılmasına yer olmadığı kararı (uygulamada sıkça kullanıldığı ismiyle takipsiz kararı) ve son soruşturmada da beraat kararı veya sadece para cezası verme sonucu sonradan hukuka aykırı hale dönüşmesi halleri ile karşılaşmak sayıları azalsa da daima mümkündür. Bu durumlar da böylece haksız yakalama ve tutuklama halleri kapsamına girer ve devletin 466 sayılı yasa çerçevesinde haksız yakalama ve tutuklamadan dolayı maddi ve manevi tazminat ödemesini gerektirir.

5. SONUÇ

Haksız yakalama ve tutuklamaları en aza indirme açısından yasa eleştirilebilecek yönleri yanında, olumlu ilkeleri içerdiği de inkar edilemez. Ancak yasalar hukuk devleti ilkesine ve insan haklarına inanmış uygulama eliyle gerçek özelliklerini kazanır. Eski şekliyle de Almanya'da bugüne kadar oldukça iyi sonuçlar verebilen CMUK'nun, yapılan yeni değişiklikler yanında, adli kolluk hizmetlerini de yeniden daha iyi düzenleyerek son değişiklikleri gerçek boyutunda uygulama yoluna gitme azim ve inancını göstermek gerekir.

Sonuç olarak, Batı Avrupa ülkelerinde de çağımızın insan hakları çağı olduğu fikrinden hareketle, yakalama ve tutuklama gibi kişi özgürlüğünü en çok tehdit eden koruma tedbirlerinin uygulanmasında itham sistemine ağırlık vermenin yararlı olacağına İtalyan örneğinde olduğu gibi kabul görmeye başladığı göz önüne alındığında, bu yasa değişikliğinin eksikliklerine, yaratabileceği karmaşalara rağmen, gene de olumlu bir adım oluşturduğunu söylemek mümkündür. Fakat bu değişikliklerin başarıyla uygulanabilmesinin, özellikle hukuk devleti ilkesine ve insan haklarına inan-

miş uygulamacılara ihtiyacı olduğunu tekrar tekrar vurgulamak başarı sırrının orada yattığını belirtmek, belki bu toplantıda söyle-
necek en önemli husus sayılabilir.

CMUK REFORMU VE DELİL YASAKLARI

Doç. Dr. Bahri ÖZTÜRK (*)

§ 1 Delil Yasakları Kavramı

Hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denmektedir (1).

Günümüzde, maddî gerçeğin sınırsız surette araştırılmasının pek çok kişisel ve toplumsal değerleri tahrip edeceği kabul edildiğinden, maddî gerçeğin araştırılması ilkesine artık mutlak bir değer tanınmamaktadır. Maddî gerçeğin araştırılmasına "delil yasakları" adı verilen bazı sınırlamalar getirilerek anılan kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır.

§ 2 Delil Yasakları Durumları

Delil yasakları ikâme ve değerlendirme yasakları olarak iki ana başlık altında incelenmektedir. Bunlar da, 1) delil konusu yasakları (örneğin, m. 49 CMUK); 2) delil aracı yasakları (örneğin, m. 47, 48, 50 CMUK); ve 3) delil metodu (elde edilmesi) yasakları (m. 243 TCK, m. 3 İHAS, m. 5 İHEB; işkenceye karşı Avrupa ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri) olmak üzere üç alt başlık halinde ele alınmaktadır (2).

Bize göre, delil yasakları durumlarını bu şekilde soyut bir tasnife tabi tutmak, konunun esaslı bir şekilde incelenmesine engel olmaktadır. Bu nedenle biz bu konuda, olaylara dayalı, daha somut

(*) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

(1) Öztürk, Grundlagen der Beweisverbote im türkischen und deutschen Strafverfahrensrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin, New York 1992, s. 667 vd.; Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukukunda Konuşturma Mecburiyeti, (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 54 vd.; Rogall, Hypothetische Ermittlungsvérläufe im Strafprozeß, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1988, s. 386 vd.; Petry, Beweisverbote im Strafprozeß, Darmstadt 1971, s. 35 vd.; Tosun, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yolları Elde Edilen Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976, s. 1 vd.

(2) Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß, Köln vb. 1977, s. 13 vd.

bir tasnifi tercih ettik. Buna göre delil yasakları durumları, aşağıda görüleceği gibi 5 gruptur.

1) Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

Örneğin, koğuşturma makamlarının sanığa; susma, savunma ve bir avukatın yardımından istifade edebilme haklarının bulunduğu bildirilmemesi delil yasaklarına yol açar; ve bu suretle elde edilecek deliller muhakemede kullanılamaz; kullanılması temyiz sebebi teşkil eder.

2) İfade ve Sorgu Sırasında Sözkonusu Olan Delil Yasakları

Örneğin, zorla ele edilen ikrar muhakemede kullanılamaz (m. 135a CMUK, m. 243 TCK, m. 3 İHAS, m. 5 İHEB), işkenceye karşı Avrupa ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri (3).

3) İfade ve Sorgu Dışında Sözkonusu Olan Delil Yasakları

Örneğin, hukuka aykırı olarak yapılan vücudun fiziksel ve/veya ruhsal muayenesi (m. 74, 66 son CMUK), ölü muayenesi ve otopsi (m. 79 vd. CMUK), elkoyma, arama (m. 86 vd. CMUK) gibi işlemlerle elde edilen delillerin muhakemede kullanılması yasaktır.

4) Delil Aracı Yasakları

Örneğin, tanıklıktan veya yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların hukuka aykırı bir şekilde tanık olarak dinlenmesi (m. 47 vd., 245 CMUK); kışkırtıcı ajanın delil elde etmede kullanılması yasaktır; bu yasağa aykırı olarak elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.

5) Delil Konusu Yasakları

Örneğin sırlar (m. 49 CMUK), kural olarak, delil konusu yapılamaz.

§ 3 CMUK Reformu ve Delil Yasakları

3842 sayılı kanun 12, 13 ve 24. m.leriyle CMUK ya, delil yasakları konusunda üç yeni hüküm ithal etmektedir (4). Bu önemli bir

(3) Demirbaş, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 1992, s. 1 vd.

(4) Önder/Cihan, Özet Ceza Muhakemesi Hukukuna 1992 Değişiklikleriyle İlgili Ek, İstanbul 1993, s. 20 vd.; Yurtcan, CMUK, Ceza Yargılaması Hukuk, 1992 Değişiklikleri, İstanbul 1993, s. 1 vd.; Yenisey, CMUK Eki, 3842 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Zabıtayı İlgilendiren Maddeler, İstanbul 1993, s. 33 vd.; Öztürk, CMUK Reformu, Cumhuriyet 7 Ekim 1992, s. 12; 8 Ekim 1992, s. 12; 9 Ekim 1992, s. 12; 10 Ekim 1992 s. 12; Öztürk, CMUK Reformu, Manisa Barosu Dergisi, Ekim 1992, s. 17 vd.

adımdır.

Bunlardan ilki aydınlatma yükümlülüğüne ilişkindir (m. 135/2-5 CMUK). Ancak bu yükümlülük, 3842 sayılı kanunda ifade ve sorgu ile başlatılmak suretiyle, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi müstakil bir delil yasağı durumu olmaktan çıkmış; ifade ve sorgu sırasında söz konusu olan delil yasakları arasına sokulmuştur. Oysa aydınlatma yükümlülüğü, eğer kendisinden beklenen yarar gerçekten sağlamak isteniyor idiyse, koğuşurma makamlarının, ifade ve sorgudan önce (5), bize göre, sanıkla ilk temasa geçtikleri anda; örneğin, Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi, sanığın yakalandığı anda yerine getirilmesinin öngörülmesi gerekirdi. Gerçekten, bir Amerikan yüksek mahkemesinin 1966 yılında verdiği ünlü Miranda Kararı ile polise, sanığı yakaladığında haklarını bildirme yükümlülüğü getirmiş; sanığa susma, bir müdafî yardımından istifade etme gibi hakları bildirilmeden elde edilen BEYANIN muhakemede kullanılamayacağı kabul edilmiştir (6).

3842 sayılı kanunun düzenlenmesine göre, İFADE ve SORGU SIRASINDA sanığa isnad edilen suç ANLATILIR; müdafî tayin hakkının bulunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, isterse müdafîin soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ve vekaletname aranmaksızın ifade ve sorguda hazır bulunacağı BİLDİRİLİR...; isnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir; şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânı VERİLİR. Kısa sanık, AVUKAT YARDIMINDAN İSTİFADE, SUSMA ve SAVUNMA HAKLARI ile İSNAD konularında AYDINLATILIR. Bunlar yapılmadan elde edilecek deliller, muhakemede kullanılması yasak olan delillerdendir.

Delil yasakları konusunda 3842 sayılı kanunla getirilen ikinci yenilik ifade ve sorgu sırasında delil elde etme yasaklarına ilişkindir ve Alman CMUK m. 136a ya benzeyen bir hükümdür (m. 135a CMUK). Buna göre, "ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesi-

(4a) Bkz. Öztürk, CMUK Reformu Uygulamaya Nasıl Geçirilebilir? Bülten, Mart 1993, s. 14 vd.

(5) Hultzi, Die Verfassungsmässigen Bundesrechtlichen Schranken im Einzel Staatlichen Strafprozeß, Zürich 1973, s. 50 vd.

(6) American Casebook Series, Hornbook Series and Basic Legal Texts Butshell Series of West Publishing Company, Minnesota 1986, s. 542 vd.

ne dayanmalıdır. Buna engelleyici nitelikte kötü davranma, işken-
ce, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bu-
lunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi
müdahaleler yapılamaz; kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez;
bu suretle elde edilen ifdeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez”.

3842 sayılı kanunla CMUK ya delil yasakları konusunda getiri-
len üçüncü yeni hüküm ise “değerlendirme yasaklarına (7) ilişkin-
dir. Buna göre, koğuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde el-
de ettikleri deliller hükme esas alınamaz” (m. 254/2 CMUK).

Üzülerek ifade edelim ki, aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili ola-
nın dışında kalanlar, belki de her üçü de, özellikle altyapı yetersiz-
liğinden dolayı, yürürlükte bulunan CMUK'nun uygulanmayan pek
çok hükmü arasına girmeye adaydır.

Gerçekten, altyapı bulunmayan ya da çok yetersiz durumda
olan mevcut sistem içinde aydınlatma yükümlülüğünün istenilen
düzeyde yerine getirilebileceğine inanmak çok zordur. Bunun için,
insan haklarını, suç ve ceza siyaseti biliminin esaslarını, delil toplama
ve muhafaza altına alma ve değerlendirme tekniklerini ve ceza
muhakemesini iyi bilen ve her türlü araç gereçle donatılmış olan
teknik bir suç kolluğuna ihtiyaç vardır.

Öte yandan, bu hükümlerden ikincisi Almanya'da da, “net ol-
madığı” gerekçeleriyle eleştirilmektedir. “Kötü davranma”, “işken-
ce”, “zorla ilâç verme”, “yorma”, “aldatma”, “bedensel cebir ve şid-
det”, “bazı araçlar kullanmak” kavramlarını (8) uygulamada tarif
edebilecek ve bunları birbirinden ayırabilecek yetkili bulmak kolay
değildir. Bu işin, kanunkoyucu tarafından, örnekler vererek yapıl-
masında uygulama açısından büyük yararlar vardır.

Tasarıda “soruşturma organlarının KASTİ HAREKETLERİ so-
nucu hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hükmü esas alın-
maz” şeklinde ifade edilen düzenleme daha sonra kanuna değiştiri-
lerek ve genişletilerek alınmıştır. Buna göre, “soruşturma ve kovuş-
turma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hük-
me esas alınamaz” (m. 24 3842 s.k.; m. 254/2 CMUK).

Delil yasakları konusundaki bu üçüncü ve sonuncu düzenleme
bizim hukuk sistemimize tamamen yabancıdır; bu nedenle uygulan-

(7) Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß, Köln vb. 1977, s. 13 vd.

(8) Önder/Cihan, Özet Ceza Muhakemesi Hukukuna 1992 Değişiklikleriyle İlgili Ek, İstanbul 1993, s. 25 vd.

ma kabiliyeti pek yoktur. Gerçekten, bazı ceza muhakemesi işlem veya eylemlerinin "delil yasağı" olarak kabul edilmesinde, hukuk düzeninin delil yasaklarına tanıdığı görev tayin edici olmaktadır (9). Pek çok konuda olduğu gibi, bu konuda da Kıta Avrupası hukuk sistemi, Anglo - Amerikan hukuk sisteminden farklıdır (10). Bunlardan, bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemine göre, delil yasaklarının görevi İNSAN HAKLARIYLA TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİ KORUMAKTIR; Kıta Avrupası hukuk sisteminden tamamen farklı bir sistem olan Anglo - Amerikan hukuk sistemine göre ise, POLİSİ (kolluğu) DİSİPLİN ALTINA ALMAKTIR. Bu farkın önemi şuradadır: Şayet delil yasaklarının görevi polisi terbiye etmek, disiplin altına almak şeklinde anlaşılacak olursa, o zaman, delil toplayan kolluğun, bu işi yaparken sebep olduğu her türlü hukuka aykırılık, insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın delil yasaklarıyla karşılanacak ve bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Buna karşılık delil yasaklarının görevi, polisi terbiye etmek değil "insan haklarını ve temel hak ve hürriyetleri korumak" şeklinde anlaşılacak olursa, o zaman delil toplayan kolluk tarafından yapılan hukuka aykırılık, ister kasten, ister taksirle olsun, herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş değilse, bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılabilecek, zedelemiş ise kullanılamayacaktır. Uzun sayılabilecek Amerikan tecrübesi bize göstermiştir ki, delil yasakları yoluyla kolluğu terbiye etmek mümkün değildir. CNN televizyonu aracılığı ile dünyaya duyurulan, dört be-yaz polisin bir zenciyi sokak ortasında öldüresiye dövmesi olayı bunun en çarpıcı örneğidir. Anglo - Amerikan ceza muhakemesi sisteminin yapısının bizimkinden çok farklı olduğu, örneğin orada bizim anladığımız mânada bir savcılığın bulunmadığı (11), polis teşkilâtının da bizden çok farklı olduğu, açılan ceza davası ile o davanın açılmasına katkıda bulunmuş polis arasında sıkı bir bağın kurulduğu, polisin şahsi sorumluluğunun bulunduğu dikkate alınrsa, bu söylenenlerin önemi daha iyi anlaşılır.

- (9) **Herrmann**, Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote, Festschrift für Jescheck 1985, 2. Halbband, s. 1291 vd.; **Öztürk**, Grundlagen der Beweisverbote im türkischen und deutschen Strafverfahrensrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin. New York 1992, s. 667 vd.; **Öztürk**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti, (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 54 vd.
- (10) **Bradley**, Beweisverbote in den USA in Deutschland, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1985, s. 99.
- (11) **Weigend**, Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den USA, in: Jescheck/Leibinger, Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht, Baden - Baden 1979, s. 587 vd.

Polisi terbiye etme” temel amacına ulaşamayan Amerikan sisteminin olumsuzluğu bununla da kalmamakta; bu sistem ceza muhakemesi tekniğine ve Suç ve Ceza Siyaseti Bilimi esaslarına uygun olmayan bazı ağır sonuçların doğmasına da yol açabilmektedir. Bu sakıncalar, ülkemizin gerçekleri dikkate alındığında daha da büyümektedir. Gerçekten Amerikan sisteminde, hazırlık soruşturması sırasında kolluk tarafından yapılan ve herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemeyen basit bir hukuka aykırılık, muhakemenin kilitlenmesine sebep olabilmektedir. Bunun da Suç ve Ceza Siyaseti Biliminin esaslarıyla muhakeme tekniğine uygun olmayacağı açıktır. Bir defa, muhakeme tekniği bakımından tek yönlü düşünülerek, sadece sanığın korunmaya (kayırılmaya) çalışılması; bir hukuk devletinde, muhakemenin yapılabilmesinde bulunan kamu yararı ile fert yararı arasında, oranlılık (ölçülülük) ilkesi esaslarına göre bulunması gereken makul oranın gözden kaçırılması anlamına gelir ki, bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Öte yandan failin, hazırlık soruşturmasında yapılmış bulunan basit bir hukuka aykırılık yüzünden başka yollardan gerçekleştirmeye kalkabileceği dikkate alındığında, böyle bir görüşün Suç ve Ceza Siyaseti Bilimi esaslarına da uygun bulunmadığı ortaya çıkar. Görüldüğü gibi, kolluğu delil yasakları ile terbiye etmeye kalkmak çok pahalıya mal olabilir. Polisin bu yolla terbiye edilemiyor olması gerçeği işin vehametini iyice artırmaktadır (12).

Bir hukuk devletinde delil yasaklarından vazgeçilemez. O halde bu konuda öyle bir model yaratılmalıdır ki, bu yasaklardan vazgeçmeksizin, ceza muhakemesi kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilsin, hukuki barış sağlanabilsin. Bunun da yolu, delil yasaklarına, insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri koruma görevinin verilmesidir (13).

3842 sayılı kanunda, dolayısıyla da CMUK m. 254/2 de, yapılan aykırılığın herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, **“soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz”** denilmesi bizim dahil olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk sistemine terstir ve çok sakıncalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, tasarıda **“soruşturma organlarının KASTİ HAREKETLERİ sonucu**

(12) **Öztürk**, Grundlagen der Beweisverbote im türkischen und deutschen Strafverfahrensrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin. New York 1992, s. 670.

(13) **Öztürk**, Ceza Muhakemesi Hukukunda oKğuşturma Mecburiyeti, (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 56.

hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hükme esas alınmaz" denilmişken; bunun daha sonra 3842 sayılı kanuna "soruşturma ve kovuşturma organlarının **HUKUKA AYKIRI** şekilde elde ettikleri **DELİLLER hükme esas ALINAMAZ**" (m. 24 3842 s.k.; m. 254/2 CMUK) şeklinde alınması, sözkonusu düzenlemeye hem, her türlü takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir karakter kazandırmış; hem de yasağın alanını, bazı noktalarda kabul edilemez bir şekilde genişletmiştir. Bu suretle **MUTLAK DELİL DEĞERLENDİRME YASAKLARI** yaratılmıştır. En küçük hukuka aykırılığa dahi "**mutlak delil yasağı**" sonucunun bağlanması, 3842 sayılı kanun için örnek alındığı anlaşılan Miranda Kararında (14) dahi bulmak mümkün değildir.

CMUK m. 254/2'ye 3842 sayılı kanunla eklenen düzenlemenin ifadesi kesin ve mutlaktır; "**hükme esas ALINAMAZ**" denilmesini başka türlü izah etmek mümkün değildir. O halde, delil elde edilirken, ağırlığına veya hafifliğine; bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın, herhangi bir hukuka aykırılığın herhangi bir şekilde yapılmış olduğu saptandığında, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kesinlikle kullanılamayacaktır; hükme esas alınamayacaktır, alınacak olursa, bu şekilde kurulan hüküm Yargıtay tarafından mutlaka bozulacaktır.

3842 sayılı kanun ile yaratılan mutlak değerlendirme yasakları 1) kusur, 2) suç, 3) deliller ve nihayet, 4) iddia ve savunma maddeleri bakımından olmak üzere dört açıdan incelenmelidir.

1. Kusur

Tasarıda delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılık "**kasten**" yapılan hukuka aykırılıklarla sınırlandırılmışken, 3842 sayılı kanunla bu sınır kaldırılmış; delil elde ederken yapılacak her türlü hukuka aykırılık delil yasakları ile karşılanmıştır. Bu durumda, delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın kusurlu (kasten veya taksirle) veya kusursuz olmasının; herhangi bir temel hak ve hürriyeti ihlâl etmiş olup olmamasının hiç önemi yoktur; bir şekilde hukuka aykırı olarak elde edildiği ortaya çıkan delil, ceza muhakemesinde kullanılamayacak; hükme esas alınamayacaktır; alınacak olursa, sözkonusu hüküm Yargıtay tarafından mutlaka bozulacaktır. Bu, hukuki barışı, sosyal disiplini sağlamak mecburiyetinde olan bir hukuk devletinde kabul edilebilecek bir durum değildir.

Her ne kadar bir hukuk devletinde, devletin bütün işlerinin hukuka uygun olması lâzım gelirse de, hata yapmak, insanlara mah-

(14) *American Casebook Series*, Hornbook Series and Basic Legal Texts Butshell Series of West Publishing Company, Minnesota 1986, s. 452 vd.

sus bir özellik olduğundan, insanlar tarafından yapılan işlemlerde hata bulunabilecektir. İnsanların, bu tür hatalardan, temel hak ve hürriyetleri ihlâl etmeyenleri ile yaşamasını öğrenmeleri gerekir. Ceza muhakemesi uygulamasında da, özellikle delil elde edilirken sık sık hukuka aykırılıklar yapılmaktadır. Suç kolluğu bulunmayan ülkelerde bu hukuka aykırılıklar daha sık ve yaygın bir şekilde ortaya çıkabilmektedir. Burada temel hak ve hürriyetleri ihlâl etmiş olsun veya olmasın, her türlü hukuka aykırılığı delil yasağı ile karşılamak, başta ceza muhakemesinin kilitlenmesi olmak üzere yukarıda açıklanan ciddi sakıncaları ortaya çıkaracaktır.

Örneğin, bir koruma tedbiri olan arama (m. 94 vd. CMUK) gündüz veya gece yapılabilir. Bir olayda gündüz yapılması lâzım gelen arama, koğuşturma makamlarının hatası yüzünden gece yapılmış olsa (m. 96 CMUK); ve fakat arama işlemi "gündüz yapılması gerekirken gece yapılması" dışında tamamen hukuka uygun olsa; ve bu aramanın neticesinde suç aleti, ceset ve sair önemli deliller bulunsa; bu delilleri elde edilirken yapılan ve herhangi bir temel hak ve hürriyeti ihlâl etmiş bulunmayan basit bir hukuka aykırılık, elde edilen bu önemli delilleri kullanılamaz duruma sokacak; anılan deliller hükme esas alınamayacaktır. Bu sonucun, insan haklarını fiilen gerçekleştirmek yanında suçlarla mücadele etmek, sosyal disiplini ve hukuki barışı sağlamak mecburiyetinde olan bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün değildir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

2. Suç

3842 sayılı kanun, mutlak değerlendirme yasakları bakımından suçlar açısından herhangi bir sınırlama getirmiş değildir. Kabahatlerden cürümlere, para cezasını gerektirenlerden ölüm cezasını gerektirenlere, bireysel olanlardan örgütlü olanlara kadar, her suç bakımından mutlak değerlendirme yasakları geçerlidir. Bilindiği gibi, özellikle, mafya yöntemleriyle işlenen suçlarla terör suçlarında delil elde edilmesi son derece zordur. Zira, bu suçları işleyenler son derece teknik çalışarak delil bırakmamaya çalışırlar. Bu ve buna benzer suçlarda basit bir hukuka aykırılığın binbir güçlükle elde edilmiş bulunan delilleri kullanılamaz duruma sokması kabul edilemez. Aynı sonuç adi suçlar için de geçerlidir. Örneğin, bazı adam öldürme fiillerinin faili olduğu ileri sürülen bir kimsenin bir iş yerinde yeni bir suç işleme hazırlığı içinde olduğu ihbar edilse; polis de bu işyerinin telefonlarını, gecikmesinde sakınca olduğu için savcı kararı ile dinlemeye alsın (m. 92/2 CMUK) ve bu sayede faili, telefon dinleme kararından itibaren iki gün içinde silâhları ve çok değerli

delilleri ile birlikte eylem hazırlığı halinde yakalasa; ancak, daha sonra savcının, 3842 sayılı kanunla CMUK m. 143 de yapılan değişikliklerden sonra, müdafinin hazırlık soruşturması sırasında da dava dosyasını serbestçe tetkik edebileceği, müvekkiline telefonunun dinlenmekte olduğunu söyleyebileceği, bu suretle delilleri karartabileceği endişesi ile telefon dinlemeye ilişkin kararını dava dosyasına koymayıp, hâkimin tasdikine kadar (üç gün) (m. 92/4 CMUK) bürosunda muhafaza ettiği müdafî tarafından tespit edilse; ve böyle bir davranışın hukuka aykırı olduğundan bahisle müdafî duruşmada, bu suretle elde edilen delillerin hükme esas alınmamasını talep etse; mahkemeye CMUK m. 254/2'nin açıklığı ve mutlaklığı karşısında bu talebin gereğini yerine getirmekten başka seçenek kalmamaktadır.

Keza, siyasi iktidara yakınlığı ile tanınan saygın bir işadınının bir terör örgütü ile ilişkisi bulunduğu, örgüte para desteği sağladığı ileri sürülse; polis de, bu iddiayı pek ciddi bulmamakla birlikte dedikodulara engel olmak için işadınının evinde bir arama yapsa; arama sırasında sözkonusu iddiayı kanıtlayan çok önemli deliller ele geçirilse; ve fakat daha sonra, hâkim veya savcı hazır olmaksızın kapalı bir yerde polis tarafından yapılan bu aramada, o yer ihtiyar meclisinden iki kişinin bulundurulmadığı (m. 97/2 CMUK) anlaşılrsa; bu basit hukuka aykırılık yüzünden işadınını mahkûm edebilmek mümkün olmayacaktır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

3. Deliller

Bu da delil çeşitleri ve delillerin dolaylı ve doğrudan doğruya elde edilmesi bakımından olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir.

A. Delillerin Çeşitleri Bakımından

Doktrinde, CMUK m. 254/2 de bulunan ve "hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı" yolundaki düzenlemenin, CMUK ya yine 3842 sayılı kanunla ilâve edilen ve yasa sorgu metodlarını düzenleyen m. 135a ile birlikte düşünülmesi gerektiği ileri sürülmüştü (15). Yukarıda zikredilen hüküm karşısında böyle bir yorum mümkün değildir. Zira 3842 sayılı kanun HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN DELİLLER konusunda hiçbir sınırlama getirmemiş; örneğin, yalnızca ikrar; tanık beyanı gibi delillerden söz etmemiş; "DELİLLER" ibaresine yer vermiştir. Bu durumda, hukuka aykırı elde edilen belirtiler dahi ceza muhakemesinde kullanılamayacak; hükme esas alınamayacaktır.

(15) Yenisey, CMUK Eki, 3842 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Zabıta-yı İlgilendiren Maddeler, İstanbul 1993, s. 47 vd.

B. Delil Yasaklarının Uzak (Dolaylı) Etkisi

Anglo-Amerikan Hukukunda "zehirli ağacın meyveleri" olarak anılan DELİL YASAKLARININ UZAK (DOLAYLI) ETKİSİ tartışmalı bir konudur. Örneğin, sanık, işkence neticesinde suçunu ikrar eder ve bu sırada suç aleti veya başkaca delillerin yerlerini de gösterirse, dolaylı (işkence ile sağlanan ikrar vasıtasıyla) elde edilen bu delillerin muhakemede kullanılabilinip kullanılamayacağı ciddi bir sorudur. Anglo-Amerikan Hukukunda bu delillerin de kullanılması kabul edilmemektedir.

CMUK m. 254/2 ye 3842 sayılı kanunla ithal edilen ve "hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağını mutlak bir şekilde öngören" düzenleme karşısında delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi meselesi Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından da halledilmiş olmaktadır. Gerçekten kanunun bu düzenlemesi karşısında hukuka aykırı delillerin elde edilmişlerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Burada önemli olan delil veya delillerin elde edilmesi sırasınca, bir şekilde herhangi bir hukuka aykırılığın yapılmış olmasıdır (16). O halde, örneğin işkence ile bir ikrar elde edilmiş; bu ikrar sayesinde de suç aleti ve başkaca önemli deliller ele geçirilmiş ise suç aleti ve başkaca önemli deliller hukuka aykırı bir yöntemle elde edildiklerinden ceza muhakemesinde kullanılabilmeleri; hükme esas alınabilmeleri kesinlikle mümkün değildir.

4. İddia ve Savunma Makamları Bakımındandır.

Gerçekten, 3842 sayılı kanunla CMUK m. 254/2 ye eklenen yeni düzenlemede hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, iddia veya savunma makamlarının lehlerine veya aleyhlerine olup olmadığına da bakılmış değildir. Bu durumda, hukuka aykırı olarak elde edilen ve fakat sanığın beraat etmesini sağlayacak olan deliller de ceza muhakemesinde kullanılamayacak; hükme esas alınamayacaktır. Ancak hatırlatalım ki, sanığın lehine olan hukukî kaidelere muhalefet, sanığın aleyhine hükmün bozdurulması için C. Savcılığı'na bir hak vermez (m. 309 CMUK).

+ 4 Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve Delil Yasakları

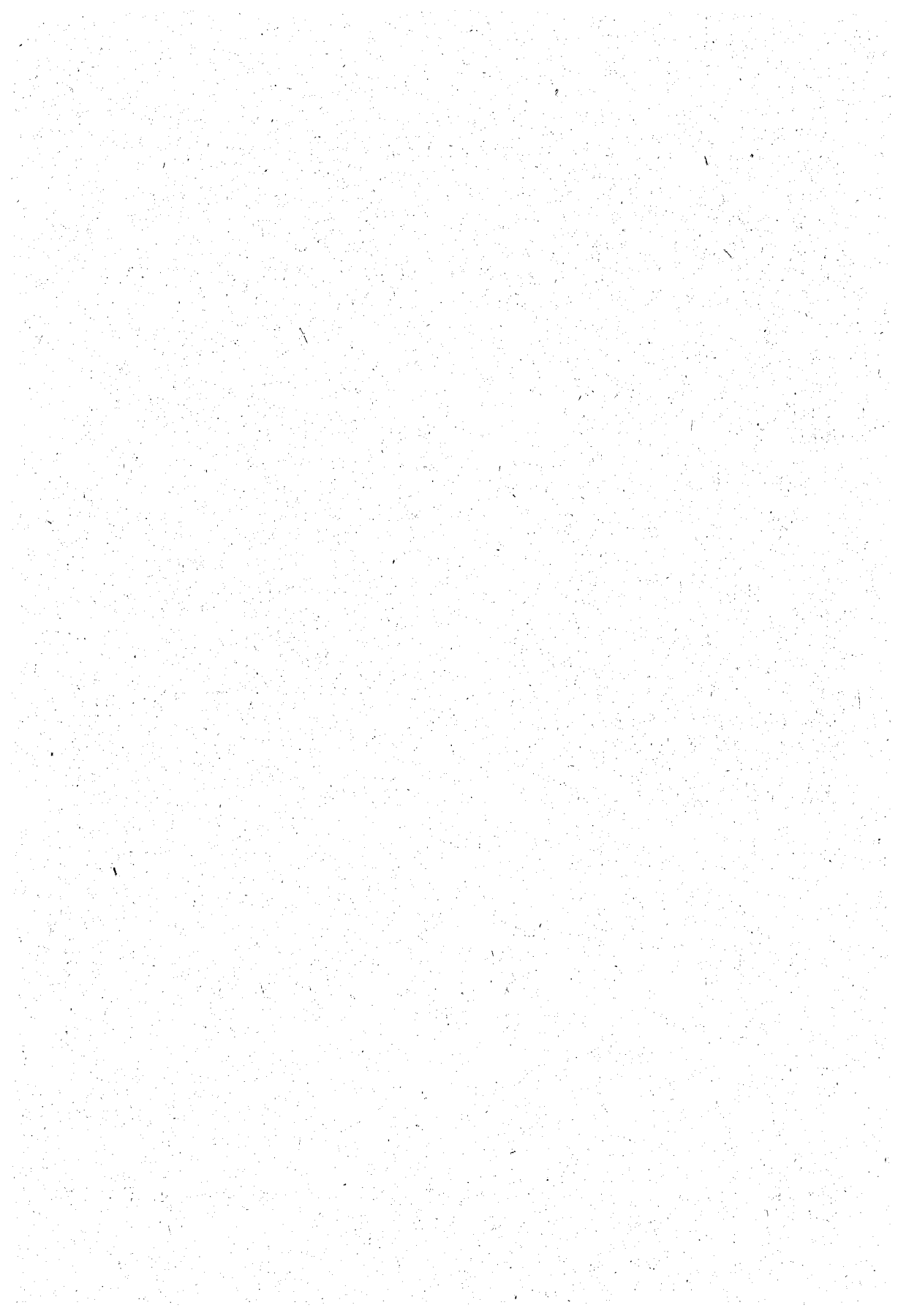
Bilindiği gibi, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununda hüküm bulunmayan hallerde CMUK uygulanır, muhakeme CMUK hükümlerine göre yapılır

(16) Karşı görüş için bkz. Önder/Cihan, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku'na 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek, İstanbul 1993, s. 31.

(m. 29). O halde CMUK ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar, kural olarak, Devlet Güvenlik Mahkemeleri için de geçerlidir. Ancak 3842 sayılı kanunun 31. maddesinde, "bu kanunun 4-7, 9, 12, 14, 15, 18-20 ve 22. m. hükümleri DGM'nin görev alanına yani maddede bakımından yetkisine giren suçlarda uygulanmayacağı; BUNLAR HAKKINDA 1412 SAYILI CMUK'nın DEĞİŞİKLİKTEN ÖNCE YÜRÜRLÜKTE OLAN ESKİ HÜKÜMLERİ DEĞİŞTİRİLMEYEN ÖNCEKİ HALLERİYLE UYGULANACAĞI" hükmüne yer verilmiştir.

Derhal ifade edelim ki, bu hüküm herşeyden evvel kanun yapma tekniğine aykırıdır. Gerçekten buna göre CMUK'nın bazı hükümleri hem kaldırılmıştır hem de belli bazı işler için yürürlüktedir. Bir kanun nasıl olur da aynı zamanda hem kaldırılır hem de yürürlükte olur? Söz konusu düzenleme mutlaka yapılmak isteniyor idiyse, o zaman bu, CMUK yerine Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda olmalıydı.

Öte yandan, 31. maddede, delil yasakları konusunda 3842 sayılı kanunla getirilen üç yenilikten ilkinin yani aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 12. maddenin DGM'lerde yapılan ceza muhakemesinde uygulanmayacağı açıklanmıştır. Bir hukuk devletinde böyle bir düzenlemenin makul bir izahını yapmak mümkün değildir. Bu tür düzenlemeler bir reform değil geriye gidiştir. 3842 sayılı kanun sayesinde demokrasiye geçtiğimiz 1 Aralık 1992'den önce, yani sloganı mantığa göre, Türkiyemizin henüz demokratik olmadığı dönemde dahi böylesine çarpık bir düzenleme yoktu. Bu ayırım sun'idir ve hukuk devleti ilkesine bütünüyle terstir. Ancak bu aykırılığın aşılması zor değildir. Bunun da yolu hukuk devleti ilkesini uygulamada fiilen gerçekleştirmektir.



“TERÖR SUÇLARINDA SORGU”

Nusret DEMİRAL (*)

ÖNSÖZ

Karagaşa ve savaşın hüküm sürdüğü yüzyılımız dünyasında, ülkemizin bulunduğu bölgenin öneminin, hele, hele bugün T.C. Devletini hedef alan yıkıcı ve bölücü faaliyetlerin başında da ilk sırayı ‘yasadışı terör örgütlerinin’ almış bulunuşunun bir vakıa olarak görünmesi T.C. vatandaşını tedirgin etmektedir.

Türkiye’yi hedef alan yıkıcı ve bölücü faaliyetler, yasadışı örgütlenmeler ve yabancı devletlerin de bu yolda katkıları, sonuçta herkesi ilgilendirmektedir.

Onun için bu ortamda Devletimizin gücü, Ülkemizin bölünmezliği ve Milletimizin özgürlüğü için en büyük kuvvet “Milli Birlik ve Beraberliğimiz” içinde Devletimizin temel taşları olan, ‘Milliyetçilik, Halkçılık, Laikliklik’ ilkeleri başta olmak üzere Atatürk ilke ve inkılaplarıdır.

Bunun yanında bir Hakim ve Cumhuriyet Savcısının ve bu meslekten sayılanlar ile bilhassa T.C. Devleti içinde her görevlinin...

“GÖZÜNDE VATANI, GÖNLÜNDE ATATÜRK’ÜN İLKE-
VE İNKİLAPLARI, VİCDANINDA DİNİ’Nİ TUTABİL-
MESİYLE TERÖR’ÜN SÜREKLİLİK ARZEDEMEYE-
CEĞİNİ.....”

görmek kabildir.

İşte bizler, teröristin ifadesini alırken de aldırırken de bu fikir ve düşüncelerin kendimize güç verdiğini kabul etmekte ve duymaktayız...

Bu vesile ile sözlerime başlarken hepimizi saygı ve sevgilerimle selamlarım.

(*) Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısı.

TERÖR :

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun, "Baskı, cebir ve şiddet korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü eylemler" şeklindeki 1 nci maddesi içinde açıklanmıştır.

Teröristlerin kin ve garezleri bilhassa Devlete karşıdır. Onlar için hasım Devlettir.

Bazı hukukçular terör suçlarını, "TEHLİKE SUÇU" olarak adlandırmaktadırlar. Bu tür suçlar Devlete yöneliktir.

Bilindiği üzere tehlike suçu, netice oluşsun oluşmasın suçlunun cezalandırılmasını önerir. Bu tür suçlarda mağdur Devlettir. Yani T.C. Devletidir. Çünkü tehlike Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin varlığına, teşkilatına ve faaliyetine matuf bulunmaktadır.

Bu bakımdan tehlike suçu olan terör ve failinin tespiti, ifadesinin alınması usulü, tatbikattaki söyleyişle sorgulanması diğer adi suç ve failinin tespiti ve ifade alınması veya diğer deyimle sorgulanmasındaki usulden ayrı tutulması gereklidir.

Dünya'da tüm devletlerde de durum budur. Adi suçlu ve terör suçlusu sorgulanmasında ayrı ayrı yöntemler seçilmiştir.

Nitekim T.C. Anayasası'nın 19. maddesi bu tür suçluların sorgulanması sırasında kimseyle görüştürülmemesi,

Devletlerarası anlaşma olan "İşkencenin ve Gayrı İnsani ya da Küçültücü Ceza ve Muamelenin önlenmesine dair AVRUPA SÖZLEŞMESİ" 9 ncu maddesi ihtirazi kayıt getirerek, bu tür suçlanan kişilerin ilgili heyetle görüştürülmesinin tehir edilmesi,

kaidesini getirmiştir.

Son değişikliğiyle CMUK'nun Terör Suçları için özel kaideler tatbikini önerdiği görülmektedir.

Yine terör suçlusunun hakkındaki soruşturma tüm dünya devletlerinde olduğu gibi gizli kalıplar içerisinde yapılmaktadır.

İşte bundan dolayı, son zamanlarda,

“Haber ulaştırılacak diye bazı basın kurumlarının, halka duyurulacak diye bazı politikacıların gizliliğe uymaması, terör suçlusunun yakalanmasını, delillerin bulunmasını engellediğini, dolayısıyla terörün bir zaman daha faaliyetini sürdürmesinden başka bir fayda getirmediğini”,

ayrıca herkesin haberi ve sonucu yargıdan beklemesi gerektiğini,

söyleyebiliriz.

SORGU - İFADE ALMA :

Kısa da olsa bu açıklayabildiğimiz önem taşıyan durumdan sonra Terör Suçunda ifade alma ve tatbikattaki deyimiyle “SORGU”yu anlatmaya çalışacağız.

Sorgu, lügat ifadesiyle, “suç niteliğinde olan bir sorun için ilgili bulunanlara soru yöneltmesi, Hakimin sanıkları sorguya çekmesi” diye anlatılmaktadır.

Bazen de SORGU “Yargılanmadan önce veya sonra” diye ifade edilmektedir.

Yürürlükteki CMUK.nu sorgu tabirini, Hakim’in sanığın beyanını alması şeklinde kullanmaktadır.

Cumhuriyet Savcısının da, ona bağlı soruşturmayı sürdüren kolluk görevlisinin de Terör suçlusunun sorgulamasındaki yerleri ifade almaz, tatbikattaki deyimiyle sorgulamaz.

SORGULAMA :

İfadesi alınacak Terör suçunun faili, yakalanmadan önce hakkında gerekli araştırma, teknik takip, bir önceki eylem veya eylemlerin faillerinin sorgularında yaptıkları açıklamalar, diğer hertürlü emare birlikte değerlendirilip saptandıktan sonra suçlunun bulunabileceği yerler araştırılmak suretiyle fail yakalanır. Yakalandığı yer bir örgüt hücre evi ise örgütle ilgili dökümanlar sanıkla ilgili deliller o yerde suçluda hazır olduğu halde araştırılıp alınır. Bütün bu işlemler videoya alınarak tespit olunur.

Suçlu gözetim altına alınıp durum derhal sorgulanmak için ve gözetim izni verilmesi için ilgili DGM. Cumhuriyet Başsavcılığı’na bir istem yazısıyla bildirilir. Gözetim ve sorgulanmak için izin istenir. Bundan sonra sorgulamaya geçilir.

Sorguyu yapanlar, soruları, eldeki delillere ve her türlü bulguya göre hazırlarlar. Lüzum halinde yüzleştirme, yer gösterme hallerinde hazırlanacak sorularda gözönüne alınır.

Sanık gözetim altına alınırken Cumhuriyet Başsavcılığınca bir gözetim ve sorgu pusulası hazırlanıp Emniyet birimlerine verilir.

Gözetim pusulası yakalanan sanığa da tebliğ olunur.

Sorgulamada öncelikle sanığın hüviyetinin tespitine çalışılır. Sanığın hüviyetinin tespiti dahi bir sorun olmaktadır. Çoğu kez örgüt içerisinde sanıkların kod adları olduğundan ve üzerlerinde kendi resimleri bulunan birçok hüviyet elde edildiğinden, sanığın adını tespit bile güçlkle yapılabilmektedir. Hatta ana-baba bu bizim çocuğumuz demesi halinde dahi sanık hüviyetini söylememekte ve inkar yolunu seçmektedir.

Terör suçlusu, elde olunan deliller aracılığı ile tespit olunduğundan, bu nedenle görevliler çok dikkatli ve terörle ilgili olan bilgiye sahip olmaları gerekmektedir.

Genelde, sanık veya sanıkların hüviyetlerinin tespitine yarayacak alt yapı noksanlığı bulunduğundan, sanık veya sanıkların yakalanmaları anında kolluk kuvvetlerince silahlı çatışma çıktığı, bu durumda bazı sanıklar teslim olmadıklarından ölü veya yaralı ele geçirilebilmektedirler.

İşte bu durumda üzerlerinde birçok hüviyet çıkan sanığın adı ve soyadını tespit çok güç olmaktadır. Bu halde daha önce başka bir olay dolayısıyla sanık yakalanmışsa parmak izleri alındığından hüviyetinin tespiti kolayca yapılabilmektedir.

Sanık veya sanıklar çoğu kez sorulara cevap vermedikleri gibi, açlık grevine başlayıp soruları yanıtlamaktan çekinmektedirler. Bu yola başvurmaları örgüt elemanlarının yakalanmalarını önlemek veya örgüt evlerinin tespitini geciktirmek, bulunacak delillerin çıkarılmasını sağlamak kısaca zaman kazanmaktır.

Sonra yakalanan sanıklar daha önceleri örgüt kamplarında eğitildiklerinden, sorguyu yapanları yordukları gibi, şaşırtıcı beyanlarıyla da evrakın düzenlenmesini zorlaştırmaktadırlar.

Örneğin, yer gösterme, maddi delillerin elde olunması, örgüt evlerinin yanlış adres verilerek öğrenilmesinin önlenmesi, örgütsel buluşmalarda yakalananak arkadaşlarının kaçmalarını sağlama gibi...

Sonra sorgulama yapan görevlilerin örgütleri geniş çapta bilmeleri ve öğrenmeleri Terör suçlarındaki sorgunun diğer önemli bir tarafıdır.

T.C. Devletin emniyet birimlerinde çalışan açık bir deyimle "Terörle mücadele şubesindeki" görevliler bu sorgu veya sorgudan önce teknik takip, örgütsel çalışmaları bir terörist kadar bilmektedirler. Uzmanlık alanı budur. DGM Cumhuriyet Savcılarının da durumu budur. Bu sorgu herşeyden önce terörü bilen teröristi tanıyan görevlilerin işidir. Şahısların mahkemeye gönderildiklerinde evrakın eksiksiz düzenlenmesi çok önemlidir.

Zira sanıkların anlatımlarında delillerin ve aleyhlerindeki delillerin tespitinde takındıkları her türlü tavrı sorgu yapanları ve yaptırımları şaşkına çevirebilecek nitelik taşımaktadır.

Çünkü sanık yakalandığında, sorguya çekilirken, Emniyet Birimleri, DGM Cumhuriyet Savcıları ve DGM Yedek Üyeliğinde ne tavrı takınacağını, ne ifade vereceğini, durumunu daha önceden belirlemektedir. Plânını öyle bir bilinç içinde yapmaktadır ki sorgunun bu nedenler ile çok ehil kişilerce yapılmasını gerektirmektedir.

En azından sanık (açlık grevi, konuşmama, soruları yanıtlama, uymama, vücudunda yara bere yapma, kafasını duvarlara vurma, slogan atma), tavrılarını takınmaktadır. Bazı Devletler bu durumlar karşısında türlü tedbirler almışlardır.

Yine bazı sanıklar önceden her şey inkâr ettikten sonra, birden bire çözülmekte her şeyi uzun uzun anlatmaya çalışmaktadırlar. Bu anlatımlarını teyit eden delillere, inandırıcı vakılara bağlayabilmektedirler.

Sanığın her tavrı ve hareketini yakalanmamış sanık ve tespit edilmemiş delil ve hücre evlerinin kaçmasını ve değiştirilmesini sağlamak için yaptığı bilinmektedir. Maksat zaman kazanmaktır.

Sorgu sırasında bütün kötü düşüncelere karşı sanıkların gözleri sorguyu yapanları tanımaması için bizzat bağlanmaktadır. Bu tutuma rağmen sorgu yapanların hayatları korunamamaktadır. Bir çok polisi ve sorgu görevlisini, Devlet görevlisini sanıklar şehit etmekte ısrarlıdırlar. Bazen bu gayelerine maalesef ulaştıkları da gözlenmektedir.

SANIĞIN SORGUSUNDAKİ YÖNTEM :

Sanığın önce karşılıklı konuşma yapılarak geçmiş durumu saptanmakta,

Sonra sorulara alınan cevaplarla ve diğer delillerle örgüt içerisindeki yeri öğrenilmektedir.

Örgütün planladığı hangi eylemlerde yer aldıysa onlar öğrenilmektedir.

Örgütün maksat ve gayesi içinde bilgi aktarması istenmekte, örgütteki yerinin, örgüt arkadaşlarının, kendini örgüte kazandıran arkadaşının, kendisinin örgüte kazandırdığı kişilerin adlarının, isimlerinin öğrenilmesine çalışılmaktadır.

Yer göstermelerde tanıklar ve emareler ele alınmakta her anlatım ve elde olunan emare ve delil değerlendirilmektedir.

Tabii bu sorgu günlerce çalışılarak yapılmaktadır.

Sorgu, el yazısına dökülmekte, videoya alınmakta, teybe alınmakta ve daktilo ile kaydedilerek tutanak düzenlenmektedir.

Sorgu sırasında örgüt elemanı sanıklar, itirafçı sanık durumuna düşmemek için çok dikkatli olarak soruları cevaplandırmaktadırlar.

Bu nedenle sanık olarak beyanlarının tespitine geçilen terör suçunda sanık görülen kişiler karşısında görevlilerin göreviyle bilinçlendirilmeleri faydalı olacağı ön plandadır.

Sorgusu biten sanık kendi el yazısı ile beyanını yazmakta ve okuyup imza etmesi de istenmektedir.

Sorgu sırasında sanıkla tanıkların yüzleştirilmesi camlı odalarda yapıldığı, sanığın çoğu kez tanıkla karşı karşıya getirilmemesine özen gösterilmektedir. Hatta olay mağdurunun dahi sanığın kendisini tanımamasını istediği görülmektedir. Sorguyu yapan emniyet görevlileri dahi tutanağa isim yerine sicil numarasını yazarak imza etmektedir.

Sonuç olarak sanığın tespitinde, sorguya çekilmesinde, sürekli kendisine elde olunan delillerden gidilmektedir. Sanığın sorgusu ile sonuca gidilmesi daha ziyade bir sanık beyanından diğer sanık ile irtibat kurulagelmektedir.

Benim maruzatım bu kadardır.

Konuşmamı bitirirkende hepinizi saygı ve sevgilerimle selamlarım.

T. C.
ANKARA

Devlet Güvenlik Mahkemesi
Cumhuriyet Başsavcılığı

Sayı : B-193/470

Konu : DGM Görevine giren suçlarla

ANKARA

11/03/1993

ilgili olarak yapılacak araştı-
tırma, inceleme ve soruşturma-
malarda usulü görüşe dair.

İLGİ : 24.6.1985 gün ve 1985/683 Sayılı Genelgemiz.

20 Ekim 1982 tarihinde 17844 Sayılı Resmi Gazete ile neşrolunarak yürürlüğe giren 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 143. maddesi gereğince;

“Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren”

Suçlara bakmak görevi Devlet Güvenlik Mahkemelerine verilmiştir.

Bu görevin yerine getirilmesinde ilgisi bakımından;

Son olarak yürürlüğe konulan ve 1412 Sayılı CMUK'nu ile 2845 Sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına dair 3842 Sayılı Kanunun 29. maddesi ile anılan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 9. maddesi değiştirilerek Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçlar yeniden saptanmış bulunmaktadır.

Ayrıca anılan 3842 Sayılı Kanunun;

1412 Sayılı CMUK'nda,

(a) Yeniden düzenlendiği 135. maddesinde “Adi suçlarda ifade ve sorgu” tarzında Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçların saklı kalmak kaydıyla bazı kayıt ve şartları gösterdiği,

(b) 135. maddeden sonra gelmek üzere eklediği 135/a maddede de sanığın beyanını özgür iradesine bağlayarak "Yasak sorgu yöntemlerini" saydığı,

(c) Yine 254. maddesine eklenen bir fıkra ile "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde olunan delillerin hükme esas alınmayacağı" kaidelerini getirdiği,

Bu değişiklikler ve yeni hükümler dolayısıyla Cumhuriyet Başsavcılığımızca ilgi sayılı Genelgemizdeki bazı hususların açıklanması ve tatbikatta doğacak yanlış anlamlar ile aksamaların giderilmesini sağlamak için yeniden incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yeniden saptanan görevi içindeki suçların soruşturmaları ile adi suçların soruşturmalarının ayrı ayrı yöntemleri karşısında, bu yöntemlerin suçların ayrı ve müstakil olarak işlenmesi halinde bir sorun getirmeyeceği, ancak suçların birlikte ve aynı anda aynı suçlu tarafından işlenmesi halinde ise öncelikle Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçun soruşturma yönteminin mi, yoksa adi suçun soruşturma yönteminin mi uygulanacağı sorusu karşısında :

Evveleminde 2845 Sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 13. maddesindeki,

"Bütün Zabıta Makam ve Memurlarının Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının soruşturma, kovuşturma ve infaza ilişkin emirlerini öncelikle yerine getirmek zorunda oldukları",

Kaidesinden hareketle Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçların soruşturmasındaki,

"Gizliliğe uyulması, kişilerin gözetim altına alınması, kimseyle görüştürülmemesi",

Gibi soruşturma usulü ile ilgili yöntemin uygulanarak işin sonuçlandırılmasından sonra adi suça ait evrakın tefrik olup mahalli yargı Cumhuriyet Savcısına tevdi yasalara uygun olacaktır.

Bu bakımdan Emniyet Müdürlüğümüz, İl Jandarma Komutanlığını birimlerince sürdürülecek soruşturmalarda,

(A) 2845 Sayılı Kanunun 13, 14, 20. maddeleri ile,

(B) 3842 Sayılı Kanunun,

(1) 2845 Sayılı Kanunun 9. maddesini değiştiren 29,

(2) Yine 16. maddesini kaldıran ve yeniden aynı gözetim süresi getiren 30,

(3) (a) ayrıca 1412 Sayılı CMUK'nun 104, 106, 108, (Mülga olan ve yeniden düzenlenen) 110, 128, 135, 136, 138, 142, 143, 144, 146. maddelerini değiştiren 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 15, 18, 19, 20 ve 22.

Maddeleri ile,

(b) Bu değişiklikten önce yürürlükte olan eski hükümleri değiştirilmeden önceki halleri ile uygulanması kaidelerini getiren 31. maddesi,

Nazara alınarak, yargı çevremiz içinde;

1 — (a) Emniyet Müdürlüğü, Jandarma Alay Komutanlığı birimlerine ulaşan ve soruşturmayı gerektiren Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçlara ait ihbarların öncelikle değerlendirilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığımıza bildiirilmesi ve alınacak talimata göre de inceleme ve delil toplama cihetine gidilmesine,

(b) Bahse konu soruşturmalar dolayısıyla yapılan ve yapılacak işlemler için Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren bir suç ihbarı alınıp alınmadığı hususunun hergün ilgili birimce Cumhuriyet Başsavcılığımıza bildirilmesine,

2 — Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçları işleyenlerin haklarında sürdürülecek soruşturmalar dolayısıyla gözetim ve nezareti gerektirecek hallerde Cumhuriyet Başsavcılığımız talimat ve emirleri içerisinde işlem yapılmasına,

3 — Yine takip konusu eylemlerin işlendiği haber alındığında vakit geçirilmeden Devlet Güvenlik Mahkemesi Nöbetçi Cumhuriyet Savcısına ve Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısına bilgi verilmesine,

4 — Cumhuriyet Başsavcılığımızın haber ve izni alınmadan Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren soruşturmalarla ilgili herhangi bir şekilde basın ve diğer her türden yayın organlarına açıklama yapılmamasına,

5 — Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suç ile adi suçun birlikte ve aynı anda aynı şahıs veya şahıslar tarafından işlenmesi halinde öncelikle Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçların soruşturmasındaki yöntemin uygulanmasına,

6 — Bu meyanda 3842 Sayılı Yasanın 13. maddesi ile 1412 Sayılı CMUK'na 135. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 135/a,

24. maddesi ile 1412 Sayılı CMUK'nun 254. maddesine eklenen fıkradaki hükümlerin yakınmaları önleyecek şekilde tatbikine,

Özen gösterilmesinin usul ittihazını, aksi hareketin sorumluluk getireceğinin bilgi edinilmesini, bu Genelgenin görevlilere tebliğini ve sonuçtan Cumhuriyet Başsavcılığımıza bilgi verilmesini önemle rica ederim.

Nesret DEMİRAL

Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi
Cumhuriyet Başsavcısı

DAĞITIM :

Bilgi İçin :

Yargı Çevremiz içindeki
Ağır Ceza C. Başsavcılıklarına,

Gereği İçin

Emniyet Müdürlüklerine,
İl Jandarma Komutanlıklarına.

POLİS TARAFINDAN YAPILAN SANIK SORGUSUNUN MUKAYESELİ HUKUKTA DÜZENLENİŞİ (*)

Dr. Cumhur ŞAHİN (**)

I. Genel Olarak.

Sanığın sorgusunun mukayeseli hukuktaki durumu değişik bir yaklaşımla ele alınmaktadır. Tek tek ülkelerin incelenmesi yerine, sanığın sorgusuna ilişkin belli başlı bazı hususlar açısından konuya yaklaşılmaktadır. Böylece bir yandan sistemli bir bilgi sunabilmek, diğer yandan da muhtemel tekrarlardan kaçınmak amaçlanmıştır. Bunun sonucu olarak, ülkeler hukuk sistemlerine göre ayrılmamış, belli kriterler ön plâna çıkarılmıştır. Mukayeseli hukukta sanığın polis tarafından sorgulanması sorununu bu şekilde incelemeye bizi iten en önemli husus, konunun düzenlenişi bakımından, ele alınan hukuk sistemlerinin gösterdiği benzerliklerdir (1).

İnceleme konusu olarak, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin önemli temsilcileri durumundaki ülkeler; Almanya, Fransa, İtalya, İsviçre, Avusturya, Hollanda, Danimarka, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri ele alınmaktadır. İsviçre'de her Kanton'un ayrı bir Ceza Muhakemesi Kanunu'na sahip olması, federal düzeyde müşterek ve kapsamlı bir Usul Kanunu'nun bulunmaması, sözkonusu ülke bakımından ortak bilgiler verme imkânını güçleştirmektedir. Bu nedenle, bu ülke bakımından, yeri geldikçe, Kanton usul kanunları çerçevesinde bilgi verilmektedir.

II. Hazırlık Soruşturmasının Kanunda Düzenlenişi Bakımından.

Hazırlık soruşturmasının başlatılması konusunda ülkelerin farklı sistemler benimsedikleri görülmektedir. Almanya (Alman CMUK

(*) Selçuk Üniversitesi tarafından 1-2 Mart 1993 tarihlerinde düzenlenen "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler" konulu sempozyumda sunulan tebliğ.

(**) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Hemen her ülkede küçükler, gençler, hatta sağır ve dilsizler vb. için sorgu konusunda ayrı düzenlemeler bulunmakla birlikte, bu hususlara burada yer verilmemektedir.

m. 152) (2), Avusturya (Avusturya CMUK m. 34) (3), İsviçre (İsviçre Federal CMUK m. 125) (4), İtalya (5) ve Danimarka (6) gibi ülkeler, kural olarak, koğuşturma mecburiyeti prensibini, Hollanda (Hollanda CMUK m. 167 ve 242) (7), ise maslahata uygunluk ilkesini üstün tutmaktadır. Buna karşılık, Fransa (Fransız CMUK m.

- (2) Alman CMUK'daki koğuşturma mecburiyeti esasının istisnaları, Kanununun 153 vd. maddelerinde gösterilmiştir.
- (3) Avusturya Hukukunda koğuşturma mecburiyeti ilkesinin doktrinden ve kanundan kaynaklanan istisnaları hakkında gbi. bkz. **Öztürk, Bahri**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 20 vd.
- (4) İsviçre, federal düzeyde, kural olarak, koğuşturma mecburiyeti ilkesini, istisna olarak da maslahata uygunluk esasını benimsemektedir. Kantonal düzeyde ise, Alman Hukukundan etkilenen kantonlar koğuşturma mecburiyeti ilkesine, Fransız Hukukundan etkilenenler maslahata uygunluk ilkesine ağırlık vermişlerdir. Basel, Genf gibi, üçüncü bir grubu oluşturan kantonlarda ise her iki ilkeye birlikte yer verildiği görülmektedir (gbi. bkz. **Noll, Peter**, Strafprozessrecht, Zürich 1977, s. 28 vd.; **Tarnutzer, Hans-Jürg**, Die Stellung des Beschuldigten im Bündner Strafprozess, Chur 1972, s. 22 vd.; **Huber, Peter**, Die Stellung des Beschuldigten - insbesondere seine Rechte in der Strafuntersuchung, unter besondere Berücksichtigung des Kantons Zürich, Zürich 1974, s. 19 vd.; **Öztürk**, (1991), s. 21 vd.).
- (5) İtalya'da, 24 ekim 1988 tarihinden itibaren, tahkik sistemi yerine davasız yargılamama ilkesini kabul eden yeni bir Ceza Usul Kanunu yürürlüğe girmiştir. Ayrıntı için bkz. **Bosch, Johanna**, Landesbericht Italien, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äusserungen gegenüber Polizeiorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI Freiburg, 31.12.1990, s. 178 vd.
- (6) Danimarka'da, savcılar için, kural olarak, koğuşturma mecburiyeti ilkesi geçerlidir; kamu davasının açılmasından, ancak, kanunun istisnai olarak gösterdiği hallerde vazgeçilebilir. Buna karşılık başsavci, maslahata uygunluk esasından hareketle, koğuşturmaya veya muhakemeyi durdurabilmektedir. (Kolluk amirleri ise, küçük suçlar veya mala karşı az önemli suçlar sözkonusu olduğunda, koğuşturmaya durdurmak yetkisine sahiptirler (gbi. bkz. **Weigend, Thomas**, Anklagepflicht und Ermessen, - die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht-, Baden Baden 1978, s. 92; **Öztürk**, (1991), s. 26).
- (7) Hollanda'daki durum hakkında gbi. bkz. **Langenbacher, Rainer**, Landesbericht Niederlande, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äusserungen gegenüber Polizeiorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI Freiburg, 31.12.1990, s. 200 vd.; **Weigend**, s. 91; **Öztürk**, (1991), s. 25.

40) (8), İngiltere (9) ve ABD (10) maslahata uygunluk ilkesinin tam olarak uygulandığı ülkelerdir. Keza Fransa (11), Hollanda (12), Avusturya (13), İsviçre (14) ve Almanya'da (15) önsoruşturma safhasında hâkimin koğuşturmaya katılmasını mümkün kılan ve dolayısıyla savcı ve polisin yetkilerini sınırlayan düzenlemelere yer verilmektedir.

Hazırlık soruşturmasında savcı ve polisten hangisinin ağırlığının bulunduğu yönünden ise ülkelerin durumunu dört ayrı model çerçevesinde ele almak mümkündür:

İlk model, Anglo-Amerikan sistemindeki, hazırlık soruşturmasının, hiç olmazsa önemli bir bölümünün hâkimi olarak polisin görüldüğü modeldir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki anlamında, hazırlık soruşturmasının asıl yetkilisi durumunda olan bir savcı ve savcılık müessesesi bulunmamaktadır (16). İngiltere'de polis, özellikle araştırma safhası-

-
- (8) Gbl. bkz. **Roth, Uta Margrit**, Das französische Strafverfahrensrecht und seine Reform, Freiburg 1963, s. 84 vd.; **Weigend**, s. 90.
- (9) **Lau, Helmut**, Die Aufgabe der englischen Polizei in der Strafverfolgung, Hamburg 1967, s. 44 vd.; **Weigend**, s. 91; **Öztürk**, (1991), s. 28 vd. İngiltere'de polisin, bir suç işlendiği haberi üzerine koğuşturmaya başlayıp başlamak hususunda sahip bulunduğu geniş takdir yetkisinin kaynağı, yani maslahata uygunluk ilkesi herhangi bir kanun ile düzenlenmemiş olup, uygulamadan doğmuş bulunmaktadır (bkz. **Öztürk**, (1991), s. 30, dn. 47).
- (10) Bkz. **Massaro, Toni M.**, "Das amerikanische Plea-Bargaining System: Staatsanwaltschaftliches Ermessen bei der Strafverfolgung", StV 1989, s. 454, dn. 1; **Weigend**, s. 109, 111 vd., 142 vd.
- (11) Bkz. **Lorenz, Frank Lucien**, Landesbericht Frankreich, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äusserungen gegenüber Polizeirganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI Freiburg, 31.12.1990, s. 119, 127; **Roth**, s. 95; **Öztürk**, (1991), s. 23.
- (12) Bkz. **Langenbacher**, LB Niederlande, s. 198 vd.
- (13) Bkz. **Bertel**, Rn. 9 vd.
- (14) Bkz. **Tarnutzer**, s. 21.
- (15) Bkz. **Schwarz**, LB Deutschland, s. 7.
- (16) Gbl. bkz. **Öztürk**, (1991), s. 28 vd. ve anılan sayfada dn. 41'de zikredilen eserler.

nın(17) hâkimi olup, araştırma yapma ve delil toplama bakımından tek başına sorumludur (18). Suç koğuşturmasının çok büyük bir bölümü de yine polis (19) tarafından yapılmaktadır (20).

Aynı şekilde ABD'de de polis, savcılıktan "en geniş şekilde bağımsız" (21) olarak faaliyet göstermektedir. Delil elde etmek de da-

- (17) İngiliz Ceza Muhakemesi sistemi asıl olarak üç safhadan oluşmaktadır: İlki, büyük ölçüde polisin yetkili olduğu hazırlık soruşturması safhası, ikincisi, mevcut delillerin son soruşturmanın açılmasına yeterli bulunup bulunmadığı kontrolünün Magistrates' Court ismini taşıyan organ tarafından yapıldığı ve ilk soruşturma olarak nitelendirilebilecek olan safhadır (committal proceedings). Ancak bu organın polis araştırmalarının şekli ve kapsamı konusunda herhangi etkide bulunma yetkisi yoktur. Fakat bu organın sorgu hâkimi olarak görev yapan bir yetkilisi, bir hâkim kararını ve denetimini zorunlu kılan ve polisin başvurusu gereken arama, elkoyma, yakalama, tutuklama gibi koruma tedbirlerine karar verme, gözaltı süresinin uzatılıp uzatılmayacağını ve tutukluk halinin devam edip etmeyeceğini inceleme yetkisine sahiptir. Üçüncü safha ise, sanığın kusurlu olup olmadığını jüri tarafından, sanığın kusurlu bulunması halinde ceza miktarının hâkim tarafından belirlendiği son soruşturma safhasıdır. Buna karşılık, jürisiz yargılama sistemi olan ve normal yargılamada jürinin görevini de hâkimin üstlendiği, küçük suçların (summary offences) yargılandığı seri muhakeme, sadece hazırlık ve duruşma aşamalarından oluşmaktadır (gbi. bkz. **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 142 vd., 145).
- (18) **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 143. Bir bakıma kısmen bir savcılık makamı olarak nitelenebilecek olan Crown Prosecution Office, polisin araştırma faaliyetlerini denetleme fonksiyonuna ve ayrıca, mevcut delilleri yetersiz bulması halinde, polise, araştırmalara devam etmesi yönünde talimat vermek yetkisine sahip değildir. Polis ve Crown Prosecution Office, birbirinden bağımsız iki ayrı organ durumundadırlar (**Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 145).
- (19) İngiliz polisinin hazırlık soruşturmasındaki yetkilerinin hukuki dayanağı, 1.1.1986 tarihinde yürürlüğe giren "The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)" isimli kanundur. Bu kanunla, İngiliz kanunkoyucusu, daha önce polisin suçların koğuşturulmasında elinde bulundurduğu aşırı yetkilere yöneltilen ağır eleştirileri bertaraf etmeyi ve suçlulukla etkili bir mücadelede polisin sahip bulunması zorunlu asgari yetkilerle şüpheli ve sanıkların temel hak ve hürriyetlerinin korunması arasında makul bir denge kurmayı amaçlamıştır. Ayrıca adı geçen kanun, "Codes of Practice" ismini taşıyan ve A'dan E'ye kadar sayılardan oluşan yönetmeliklerle tamamlanmıştır (gbi. bkz. **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 143 vd).
- (20) İngiltere'de, suçların %88 gibi çok büyük bir bölümü polis tarafından koğuşturulmaktadır. Savcılık müessesesinin bulunmadığı bu ülkede, suçların %8'inin koğuşturması ise, polis yanında ayrı birer koğuşturma makamı görevi üstlenmiş bulunan Attorney General ve Director of public Prosecution tarafından yapılmaktadır. Geriye kalan %4'lük kısım da, örneğin posta idaresi, özel dedektiflik büroları gibi kuruluşlar veya özel şahıslarla koğuşturulmaktadır (bkz. **Lau**, s. 47; **Öztürk**, (1991), s. 29).
- (21) **Walther**, LB USA, s. 244.

hil, araştırma safhasının hâkimi polistir. ABD'de hazırlık soruşturması, kural olarak, şüpheliye yönelik ilk müdahale ile başlamaktadır (22). Müzekkeresiz veya müzekkereye dayanarak yakalanan kişi, polis tarafından, herhangi gereksiz bir gecikmeye meydan vermeksizin, en yakın hâkim önüne çıkarılmak zorundadır. Yakalanmanın polis gözetiminde kaldığı sürenin mümkün olduğunca kısa tutulmasının sebebi, ilgiliden bir ikrar elde edebilmek veya suçun aydınlatılmasına yarayan kimi açıklamalarda bulunmasını sağlamak için ona karşı polisin hukuka aykırı yollara başvurabileceği zamanı mümkün olduğunca sınırlandırmaktır. Yakalama ile hâkim önüne çıkarma arasındaki polis gözetiminde geçen süre, bu arada elde edilmiş bulunan bir ikrarın ilgilinin özgür iradesine dayanıp dayanmadığını belirlemede önemli bir kriter olarak kabul edilmektedir (23). Hâkim önüne çıkarıldıktan sonra yapılan sorgulamada araştırılacak olan husus, yakalanmış olan kişinin suçu işlediğini ortaya koyabilecek yeterli şüphe sebeplerinin bulunup bulunmadığıdır. Yakalanan kişiye, ne ile itham edildiği ve anayasal ve yasal hakları olan susma hakkı, müdafî yardımını talep edebilme hakkı, yapacağı açıklamaların aleyhine kullanılabilmesi hâkim tarafından bildirilir. Yakalanmış olan kişi bu yolla bir kez haklarından haberdar edildikten sonra, artık polisin, o kişiyi, kendi iradesi dışında ikrarda bulunması veya suçun aydınlatılmasına bir şekilde yardımcı olması için zorlama şansı büyük ölçüde azalmış olacaktır (24). Kaldı ki, 1966 tarihli Miranda kararı ile, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, yakalandığı anda ilgiliye haklarını öğretmek konusunda polise yükümlülük getirmiş bulunmaktadır (25).

Yakalanan kişi, en yakın hâkim tarafından sorgulanmasından kısa bir süre sonra, ilk soruşturma (preliminary hearing veya preliminary examination) için tekrar hâkim önüne çıkarılır. Kural olarak, ağır sayılanlar dışındaki suçlar için geçerli olan ve ses-görüntü kaydedici cihazlar veya stenografi yoluyla tutanağa geçirilen bu ilk soruşturma amacıyla hâkim önüne çıkarmada öngörülen süre, en fazla, en yakın hâkim önüne götürülmesinden itibaren, tutuklu sanık bakımından 10 gün, sanığın serbest olması halinde ise 20 gün-

(22) Walther, LB USA, s. 244.

(23) Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, önceleri, bu sürenin gereğinden fazla uzun tutulmasının, tek başına, bu arada alınmış olan bir ikrarın değerlendirilememesi sonucuna yolaçacağını kabul etmekte idi. 1968 tarihinden bu yana ise, uzun tutulan bu sürenin, ilgilinin ikrarda bulunmasında bir katkısının olup olmadığı, ilgilinin özgür iradesinin bu yolla etkilenip etkilenmediği araştırılmaktadır (bkz. Walther, LB USA, s. 246).

(24) Walther, LB USA, s. 245.

(25) Bkz. Walther, LB USA, s. 246.

dür (26). İlk soruşturmada amaç, sanığın isnat edilen suçu işlediğini haklı gösterecek yeterli sebebin bulunup bulunmadığının ve buna dayanarak son soruşturmaya geçilmesinin sanık bakımından adil (fair) bir karar sayılıp sayılmayacağını belirlebilmesidir.

Danimarka'da, 1978 tarihinde, hâkim tarafından yapılan ilk soruşturmanın kaldırılmasından bu yana, önsoruşturma safhasında sadece savcı ve polis yetkili hale gelmiştir. Kamu davası açma yetkisinin bu iki koğuşturma makamı arasında bölüştürüldüğü Danimarka'da, araştırma-soruşturma aşamasının tek hâkimi polistir (27). Polis, herhangi bir talimat olmaksızın, kendi insiyatifi ile araştırmalara başlar ve yürütür, araştırmaların yönünü ve yöntemini kendisi belirler, ilgilileri dinler ve basit suçlar sözkonusu olduğunda, dava açabilir. Ekonomik ve organize suçlarda, sırf bu tür suçlarla mücadele amacıyla kurulmuş bir makamın (Staatsadvokatur) talimatıyla hareket eder. Hazırlık soruşturması safhasında gizli dinleme ve muhbir kullanma gibi durumlarda, arama ve elkoyma gibi koruma tedbirlerine başvurmada mahkemenin iznini almak zorundadır. Polis, yakaladığı kişileri 24 saat içinde hâkim önüne çıkarmak zorundadır. Bunun üzerine hâkim, bu kişilerin gözaltında tutulup tutulmayacağını ve süresini belirler (28).

İkinci model olarak Fransa ve Avusturya gösterilebilir. Önsoruşturmada mahkemenin de devreye girmesinin sözkonusu olduğu Fransa'da, adli polis (29), araştırmalara, ya savcının (procureur de la republique) talimatı ile ya da kendi insiyatifi ile başlar ve yürütür. Özellikle ihbar üzerine doğrudan harekete geçebilen ve bu aşamada savcının talimatıyla bağlı olan polis, ilk soruşturmanın başladığı andan itibaren ise hâkimin talimatına göre hareket eder. Polis, kimliğini ispat edemeyenleri, hüviyet tespiti amacıyla 6 saat süreyle, yakaladığı kişileri ise, serbest bırakmaması halinde, en geç sürenin sonunda savcı huzuruna çıkarmak şartıyla, 24 saat gözaltın-

(26) Walther, LB USA, s. 246.

(27) Kohls, Frank, Landesbericht Dänemark, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äusserungen gegenüber Polizeiorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI, 31.12.1990, s. 68.

(28) Kohls, LB Dänemark, s. 69 vd.

(29) Fransız adli polisi, doğrudan bu amaçla kurulmuş polis teşkilâtına bağlı olarak çalışan ve ayrıca, özel kanunları gereği kendilerine adli polislik görevi verilmiş olan memurlardan oluşur (bkz. Lorenz, LB Frankreich, s. 120, dn. 1).

da tutabilir (30).

Avusturya'da, önsoruşturma savcı ve hâkim arasında bölüştürülmüştür. Bir suç işlendiğinin herhangi bir şekilde öğrenilmesi üzerine, acele işlerde polisin derhal araştırmalara başlaması hali (Avusturya CMUK m. 24) dışında, bu bilgi derhal savcıya iletilir ve bunun üzerine savcı, önemli gördüğü delillerin polis, sorgu hâkimi veya mahkeme tarafından toplanmasını talep eder. Bu organlar, gereksiz ve önemsiz görseler bile bu delilleri toplamakla yükümlüdürler. Savcı bizzat kendisi delil toplayamaz (31). Bu ön araştırmaların sonucuna göre, savcı, araştırmaya son veya devamına karar verebileceği gibi, mevcut araştırmalar belirli bir kişiye karşı bir suç şüphesini ortaya koyuyorlarsa, mahkeme tarafından yürütülecek olan ilk soruşturmanın başlamasını da talep edebilir (m. 91). İlk soruşturma talebinin kabulü ile birlikte koğuşturmanın idaresi mahkemeye, sorgu hâkimine geçer (32).

Üçüncü modelde ise, hazırlık soruşturmasının hâkimi kanuna göre savcı, pratikte polistir. Bu modelin tipik örneği Almanya (33) ve büyük ölçüde Hollanda'dır (34). Hollanda'da, savcı ve polis dışında, birçok kişi ve kuruluş da, belirli bazı suçlar bakımından, araştırma faaliyeti ile yetkili ve yükümlü kılınmıştır (Hollanda CMUK m. 141, 142) (35).

Dördüncü modele örnek olarak İtalya gösterilebilir. Ayrı bir teşkilât olarak bir adli kolluk bulunmaktadır ve araştırmaları ya kendi inisiyatifi ile ya da ihbar veya adli makamların talebi üzerine yürütür. Bunun yanında, savcılığın yürüttüğü araştırma işlemleri de bulunmaktadır. Örneğin delil toplama faaliyeti savcılık, delil kaynaklarının güvenceye alınması polis tarafından gerçekleştirilmektedir (36).

İtalya'da, yürürlüğe giren yeni kanunla birlikte sorgu hâkimliği kaldırılmıştır. Böylece, daha önce sorgu hâkiminin sahip bulunduğu hemen hemen bütün yetkiler artık savcıda toplanmıştır. Hazırlık soruşturmasında, ayrıca, sanık ve müdafinin araştırma faaliyetine katılma haklarının sağlanması suretiyle, iddia ve savunma

(30) Lorenz, LB Frankreich, s. 118 vd.

(31) Bertel, Rn. 9.

(32) Bertel, Rn. 9 vd.

(33) Bkz. Schwarz, LB Deutschland, s. 7 vd., 14 vd.

(34) Langenbacher, LB Niederlande, s. 200 vd.

(35) Langenbacher, LB Niederlande, s. 200 vd.

(36) Bosch, LB Italien, s. 179 vd.

makamları arasında adeta tam bir silah eşitliği sağlanmış bulunmaktadır (37).

İtalya bu yeni düzenleme ile Anglo-Amerikan sistemi ve Kıta Avrupası sisteminin bir karışımını denemektedir. Buradaki çaba, hazırlık soruşturmasının etkisini azaltıp, ağırlığı duruşmaya vermektedir. Böylece duruşmada sadece hazırlık soruşturmasında toplanmış olan delillerden faydalanılmakla yetinilmeyecek, delillerin toplanmasında asıl ağırlık sonsoruşturmaya kaymış olacaktır (38).

İsviçre bakımından da durumun benzer olduğu söylenebilir; polis, araştırma işlemlerine kendiliğinden ya da savcının talimatıyla başlar. Birinci durumda araştırma iki bölümlü olup, hem polis hem savcı yetki sahibidir. İkinci durumda ise tek bölümlü bir araştırma faaliyeti vardır ve sorumluluk baştan itibaren savcıdadır. Her iki halde de polisin görevi, sadece, olayı belirlemek, faili araştırmak ve delilleri güvenceye almak olup, hadise hakkında hukuki bir değerlendirmede bulunma yetkisi yoktur. Bu araştırmaların sonucuna göre olay hâkime intikal ettirilir ve böylelikle önsoruşturmanın mahkeme tarafından yürütülen ikinci aşaması başlamış olur (39).

III. Teknik Anlamda Sanık Sorgusu ile Ön Bilgi Edinme Faaliyetinin Ayırımı Bakımından.

Birçok ceza usul sisteminde, sanığın şekli anlamda sorgusu ile suçla ilgisi olan ve fakat henüz hukuki statüsü belirsiz olan kişilerden edinilen ilk, yön tayin edici bilgiler edinme faaliyeti (informatorische Befragung) arasında bir ayırım yapılmaktadır (40).

Hiçbir ülke ceza usul mevzuatında düzenlenmemiş durumda olan ön bilgi edinme faaliyeti, başlangıç şüphesinden önceki bir aşamaya isabet eder ve bir suçun işlendiği ya da buna iştirakin sözko-

(37) Bosch, LB Italien, s. 179 vd.

(38) Bu durum, 24 Ekim 1989 tarihinde yürürlüğe giren yeni İtalyan CMUK'ndan önce yürürlükte olan 1930 tarihli eski kanunda tam tersi idi. Yani ağırlık hazırlık soruşturmasında olup, duruşmada, ön soruşturmada tahkik sistemi yöntemleriyle elde edilmiş olan delilleri teyid ve tasdik suretiyle adeta gerçek araştırılmaya çalışılıyordu. Önsoruşturmanın gizlilik ve yazılılık yönüne ağırlık veren bu eski sistemin, faşist yönetimin sanığın hürriyetlerini ve savunma hakkını sınırlayan bir düzenlemesi olduğu ifade edilmektedir (bkz. Bosch, LB Italien, s. 178).

(39) Tarnutzer, s. 21 vd.; Giezendanner, Max, Die Stellung des Beschuldigten im Bundesstrafprozess vor eidgenössischen Behörden, Luzern 1946, s. 26 vd.

(40) Bkz. Schwarz, LB Deutschland, s. 16 vd.; Kohls, LB Dänemark, s. 72 vd.; Langenbucher, LB Niederlande, s. 205 vd.

nusu olduğu hususlarında yeterli bir başlangıç şüphesinin bulunup bulunmadığının açıkça belirlenmesine yardım eder. Böylece, polis tarafından yürütülen ve herhangi bir şekle tabi olmayan bu ön bilgi edinmeye yönelik araştırma faaliyeti, aynı zamanda şüphelinin belirlenebilmesine ve bir suç işlendiği yolundaki başlangıç şüphesinin doğrulanmasına yöneliktir (41).

Ön bilgi edinme faaliyeti için belirleyici olan bir husus da, bunun şekli bir tutanağa geçirilmesi zorunluluğunun bulunmamasıdır.

IV. Sorgunun Yapılışı Bakımından Durum.

Sanığın sorgulanması konusunda karşılaştırmalı hukukta farklı düzenlemeler bulunmaktadır.

İngiltere, ayrıntılı düzenlemeler öngören ülkelerden biridir (42). Sorguda iki husus birbirinden ayrılmaktadır: Ya yakalanmış bir kişinin polis tarafından bilgisine başvurulması sözkonusudur, ki bu durumda örtada bir sanık ve teknik anlamda bir sorgu bulunmaktadır. Ya da yakalama için gerekli şartlar henüz gerçekleşmediği için yakalama tedbirine muhatap olmamış kişinin ifadesinin alınması sözkonusudur. Örneğin ilgilinin kendi isteğiyle polise gitmesi, olay yerinde bulunuyor olmasından dolayı polisin sorularına muhatap olması ya da teknik anlamda sorgu dışında herhangi bir şekilde kendisinden bilgi edinilmeye çalışılması gibi. Bu durumdaki kişi, polisin kendisine yönelttiği sorulara isterse cevap vereceği gibi, dinleme mahallini de istediği zaman terketme imkânına sahiptir (43). Bu aşamada ilgili, sorgudaki sanık haklarına sahip olmadığından, dolayısıyla polis için herhangi bir hak öğretme yükümü bulunmadığından, özellikle 1984 tarihli düzenlemeden önceki dönemde İngiliz polisinin bu durumu kötüye kullandığı, henüz yakalanmamış olan ve kendi rızası ile gelen veya olay yerinde bulunan ya da başka bir yerde polis tarafından konuşmaya sevk edilen ilgiden, mümkün olduğunca fazla bilgi elde edebilmek amacıyla, şartları gerçekleşmesine rağmen kişileri yakalamadığı belirtilmektedir (44).

İngiltere'de, polis tarafından sanığın sorgulanmasında gözönün-

(41) Ayrıntı için bkz. **Walther**, LB USA, s. 251 vd.; **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 146 vd.; ayrıca bkz. **Lorenz**, LB Frankreich, s. 129.

(42) İngiltere'de, polis tarafından yapılan sanık sorgusu, PACE 1984 Bölüm V (m. 53 - 60) ve bu kanuna ilişkin olarak neşredilen yönetmeliklerden biri olan "Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers (Code C)" 'de düzenlenmiş bulunmaktadır (bkz. **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 146).

(43) **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 146.

de bulundurulması gereken esaslar da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Sözkonusu kuralların uygulanmaya başlanması anı, polisin nazarında, dinlenen kişinin suç işlemiş olabileceği yönündeki şüphenin kuvvetlenmesi ve ilgili şahıs üzerinde somutlaşması anıdır. Bu da genellikle yakalama ile başlamaktadır. Sorguda uyulacak esasların devreye girdiği anı belirlemede bir diğer kriter ise, resmi (şekli) anlamda suç isnadında bulunma kararıdır (45). Sorguda polis tarafından gözönünde bulundurulması gereken esasların bazıları, örneğin, sorgulama süreleri, aravermeler, sorgu mekânının tanzimi gibi hususlara ilişkindir. Buna göre, her 2 saatte bir, içecek alınabilmesini veya başka bir ihtiyacın karşılanabilmesini mümkün kılmak için, sorguya ara verilmeli, yemek zamanlarına riayet edilmelidir. Sorgulanan, 24 saatlik bir zaman dilimi içerisinde 8 saat uyuma imkânına sahip kılınmalı ve bu da, mümkün olduğunca, gece vaktine denk getirilmelidir. Uyku için ayrılan zamanda, ilgili, sorgulanma, yer değiştirme veya başka herhangi bir sebeple rahatsız edilmemeli ve çok önemli bir sebep bulunmadıkça bu kurala uyulmalıdır. Sorgulananın yapıldığı mekânın aydınlatması, ısı durumu ve havalandırması yeterli olmalıdır. Sanık ayakta sorgulanmamalıdır (46).

Şüphenin ilgili üzerinde somutlaşmasından itibaren onunla yapılan her görüşme, konuşma bir sorgu olarak nitelenmektedir ve tutanakla tespit edilmek zorundadır (47). Polisin bu konuşmaların tutanağa geçirileceğini sorgulanana bildirmemesi bir hile olarak görülmekte ve bu şekilde elde edilen ifade delil olarak değerlendirilememektedir (48).

Sanığın polis tarafından bu şekilde ifadesinin alınmasından sonra, şayet sorgulayan memur, sorgulanan aleyhine dava açılabilmesi için yeterli delile sahip bulunduğu ve sorgulananın, soruşturulan suç ile ilgili olarak kendisinden beklenen her şeyi söylediği kanısına varırsa, geciktirilmeksizin, sorgulananın bir suçla (resmî olarak) itham edilmesi gerekir. İthamı yapacak olan görevli, sorgulayan memur değil, mevcut delillerin dava açmak için yeterli olup olmadığına da karar vermek konumunda olan bir başka görevlidir (custody officier). Bu isnat ile birlikte, sorgulanan, susma hakkı konusunda tekrar aydınlatılır ve ayrıca yazılı olarak, kendisine karşı böylece

(44) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 146.

(45) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 147.

(46) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 152 vd.

(47) Şüphenin ilgili üzerinde somutlaşmasından önceki aşamada yapılan görüşmelerin ise tutanağa kaydı gerekmektedir (bkz. Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 147).

(48) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 147 vd.

ceza koğuşturmasına başlanmış olduğu, ne ile suçlandığı ve itham sebepleri bildirilir. Bu şekilde gerçekleşen şekli anlamda suçlama süreci de ayrıca bir tutanakla tespit edilir. İsnattan sonra sanık ancak istisnai hallerde esas hakkında yeniden sorgulanır (49).

ABD'de, sorgunun kapsamı, şekli birtakım sınırlamalara göre değil, fonksiyonellik noktasından hareketle belirlenmektedir. Buna göre, koğuşturma organlarının, ilgilinin kendini suçlama sonucunu doğurabilecek açıklamalarda bulunmasına elverişli her türlü soru ve davranışları "sorgulama" (interrogation) olarak nitelenmektedir (50). Sorgu kavramının bu şekilde anlaşılması, etkisini; ilgiliye haklarının öğretilmesinin zamanı, koğuşturma organının davranışlarının yasak bir sorgu yöntemi olarak nitelenebilip nitelenemeyeceği ve elde edilen ifadenin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktalarında göstermektedir. Buna göre, sorgunun ve dolayısıyla hak öğretme yükümünün başladığı anı önceden, teorik olarak belirlemek mümkün olamamaktadır. Koğuşturma organından kaynaklanan doğrudan veya dolaylı, sözlü olarak veya suskun kalmak suretiyle ortaya koyduğu ve ilgilinin, kendi aleyhine açıklamalar yapmasına sebep olabilecek herhangi bir davranışından önce, ilgiliye haklarının öğretilmesi gerekecektir. Suç şüphesi şahsında henüz somutlaşmamış olan kişiye karşı polisin bir hak öğretme yükümü yoktur. Keza, soruşturulan veya aranan kişi olup olmadığını belirleyebilmek, kısaca, başlangıç şüphesini doğrulamak amacıyla polisin, örneğin kalabalık içerisindeki bir şahsı kısa süreli olarak yakalayıp hüviyetini tespite ve başlangıç şüphesini doğrulamaya yönelik sınırlı bazı sorular sorması halinde de henüz bir aydınlatma yükümünün sözkonusu olmadığı kabul edilmektedir (51).

Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarına göre, sanığın, herhangi bir şekilde, susma hakkını kullanmak istediğini belirtmesi halinde, sorgulama o anda sona erdirilmelidir. Sanığın, müdafinin hazır bulunmasını talep etmesi durumunda ise, müdafii hazır bulundurulana kadar sorguya ara verilmelidir (52). Daha sonra sanık, açıkça ve kendi arzusuyla, bu haklarını kullanmaktan vazgeçtiğini ve

(49) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 153.

(50) Bkz. Walther, LB USA, s. 252.

(51) Bkz. Walther, LB USA, s. 251.

(52) Ancak, kimi kararlara göre de, müdafii hazır bulunmaksızın yazılı ifade vermeyeceğini belirten sanığın yapılan sözlü sorgulamasında elde edilen ikrarın değerlendirilebileceği belirtilmektedir (bkz. Walther, LB USA, s. 253, dn. 64).

ifade vermek istediğini belirtmediği sürece sorguya devam edilemez (53).

Polis tarafından yürütülen sorgulamanın ve sorgulananın sahip bulunduğu hakların ayrıntılı olarak düzenlendiği ülkelerden bir diğeri de Danimarka'dır. Sorgunun başında, sorgulanan, ne ile suçlandığı ve esas hakkında susma hakkına sahip bulunduğu konularında aydınlatılmalıdır. Ayrıca polis, bu hatırlatmaları yaptığını sorgu tutanağında göstermek zorundadır. Sorgunun sonunda, polis raporu olarak adlandırılan bir tutanak düzenlenir.

Danimarka'da müdafî, polis tarafından yapılan sorguda hazır bulunma ve gerekli gördüğünde, sorgulanana soru yöneltebilme hakkına sahiptir. Sanık ve müdafîin birlikte kabulü şartıyla, sorgu, müdafîin yokluğunda yapılabilir. İsteddiği bazı hususların polis tarafından araştırılmasını da talep edebilen müdafî, ayrıca hazırlık soruşturması safhasında dosya inceleme hakkı ile de donatılmıştır. Ancak, koğuşturulan suçun devletin güvenliğine karşı bir suç olması ya da soruşturmanın tehlikeye düşmesi sözkonusu ise, müdafî, polisin izni olmaksızın, soruşturma dosyasından aldığı örnekleri sanığa veremez. Bu durumların varlığı halinde, polis, müdafîin dosya inceleme hakkını da büyük ölçüde sınırlandırabilir. Dosya inceleme hakkının kısıtlanması veya müdafîin istediği araştırmaların polis tarafından yapılmak istenmemesi halinde, sorun mahkeme tarafından çözümlenir (54).

Danimarka'da şüphelilerin durumu da özellik arz etmektedir (55). Uygulamanın ortaya çıkardığı bu duruma göre, polis, ilgilinin hukuki statüsünde bir tereddüde sahipse, başka bir deyişle, onun artık sanık mı sayılması gerektiği yoksa hâlâ (şüpheli) tanık olarak mı nitelendirileceği hususunda şüphe içinde ise, o kişiye, sanığın kanunen sahip olduğu hakların hemen hemen tamamı tanınmaktadır (56).

Fransa'da, önsoruşturmada sorgu kanunen düzenlenmiş değildir. Mevcut bazı esasları ise uygulama ortaya çıkarmıştır. Hazırlık soruşturmasında şüpheli ile tanık arasında herhangi bir statü farkı bulunmamaktadır. Yakalamanın amacının, ilgiliden açıklama elde

(53) Walther, LB USA, s. 253.

(54) Kohls, LB Dänemark, s. 77 vd.

(55) Bkz. Kohls, LB Dänemark, s. 75.

(56) Sözkonusu şüphelilerin tanık olarak nitelendirilmeleri halinde de sonucun pek farklı olmayacağı, zira tanığa sağlanan haklarla sanığın hakları arasında çok az bir fark bulunduğu görüşü ayrıca savunulmaktadır (bkz. Kohls, LB Dänemark, s. 75, dn. 34).

etmek olarak belirtildiği (57) ve herhangi bir yasak sorgu yönteminin kanunen öngörülmediği bu ülkede, polise sorgulanan karşısında bir hak öğretme yükümü de getirilmemiştir (58). Fakat, polisin araştırmalarında insancıl ve dürüst davranması gerektiği yönündeki genel prensip yanında, uygulama bazı ilkeler geliştirmiştir. Buna göre, sorgulanan, cevap vermeye zorlanmamalı, kendi arzusu ile konuşması sağlanmalıdır. Bu nedenle, hile, kural olarak, caiz ise de, kuvvet kullanma yasaktır (59).

Sorgu dışında ya da sorgu vasıtasıyla yapılan kendiliğinden (spontan) açıklamalar özel bir kategori teşkil etmekle birlikte (60), bu konuda da kanunlarda pek bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu tür açıklamalar, örneğin Fransa'da, uygulamada, tıpkı şekli bir sorgu çerçevesinde yapılmış açıklamalar gibi işlem görmektedir (61). Aynı şekilde Avusturya'da, polis tarafından yapılan araştırmalarda bir sorgu sözkonusu olduğu takdirde, ilgiliye (62) sanığın sahip olduğu haklar aynen tanınmaktadır (63). ABD (64) ve Hollanda'da (65) ise, bu bilgilerden önce ilgilinin hakları bildirilmemiş olsa bile, bu şekilde verilen bilgiler muhakemede değerlendirilebilmektedir. Zira, içtihatlar göre, ilgili, henüz kendisine herhangi bir soru yöneltilmeksizin bu açıklamaları yapmaktadır ve henüz bu aşamada, ortada bir şüphelinin bulunup bulunmadığı dahi tereddütlü olduğundan, susma hakkından sözedilemez. Bu konuda her-

(57) Lorenz, LB Frankreich, s. 124.

(58) Sanığa susma ve müdafî yardımından faydalanabilme hakları, ilk olarak, sorgu hâkimi tarafından yapılan sorguda tanınmıştır ve bu hakların sorgusundan önce bildirilmesi gerekmektedir (bkz. Lorenz, LB Frankreich, s. 130 vd).

(59) Lorenz, LB Frankreich, s. 128 vd.

(60) Sözü geçen kendiliğinden yapılan açıklamaların aslında ayrı bir kategori teşkil etmeyip, ön bilgi edinme amacıyla dinleme kapsamına dahil olduğu da ifade edilmektedir (bkz. Geppert, FS Oehler, s. 323).

(61) Lorenz, LB Frankreich, s. 129.

(62) Avusturya'da, polis tarafından yürütülmekte olan ön araştırmalarda ilgilinin şüpheli olarak mı (bu yönde Bertel, Rn. 242), yoksa sanık diye mi (bu yönde Foregger/Serini, Die österreichische Strafprozessordnung, Kurzkomentar, 4. Aufl., Wien 1989, § 38, Rn. III) nitelendirileceği hususu tartışmalıdır ve uygulamanın bu kişi için şüpheli (Verdächtiger) kavramını kullandığı belirtilmektedir (Platzgummer, Winfried, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens, 3. Aufl., Wien au. 1990, s. 54). Ancak tartışmasız kabul edilen nokta, kolluk tarafından yapılan bilgi toplama faaliyeti bir sorgu kabul edilip, ilgiliye bir takım hakların tanınmış olmasıdır (bkz. Bertel, Rn. 243; Platzgummer, s. 55).

(63) Bkz. Bertel, Rn. 243.

(64) Walther, LB USA, s. 253.

(65) Langenbucher, LB Niederlande, s. 206.

hangi bir hüküm içermeyen Danimarka CMUK bakımından da, polis araştırma yöntemlerini düzenleyen kurallar gözönünde bulundurulduğunda, sorgu öncesi soruşturmaların ve bu arada kendiliğinden yapılan açıklamaların değerlendirilmesinin yasak olmadığı sonucuna varılmaktadır (66). Yeni İtalyan CMUK ise (m. 136/2), tutanakta; her bir ifadenin sorulan bir soru üzerine mi yoksa kendiliğinden mi verildiğinin belirtilmesini şart koşmaktadır.

Sorgunun tutanağa geçirilmesi bakımından ilgili ülke ceza usul kanunlarının farklı ve ayrıntılı hükümler içerdiği görülmektedir. Örneğin, polis tarafından yapılan sorgu için ayrı bir kuralın bulunmadığı, fakat hâkim tarafından yapılan sorgunun tutanağa geçirilmesine ilişkin kuralların burada da uygulanmasının kabul edildiği Hollanda'da "açıklamalar ve özellikle suçluluğu ihtiva eden ikrarlar" mümkün olduğunca sanığın kendi sözleri ile tutanağa kaydedilmelidir. Sorgulanan, tutanağı okumalı ve yazılanları aynen kabul ediyorsa, imzalamalıdır. İmzadan kaçınması halinde bunun sebebi belirtilmeli, sorgulanan tarafından yapılan ekleme ve çıkarmalar tutanakta özellikle yer almalıdır (67).

Danimarka'da ise sadece, polisin, açıklamalar içinde önemli gördüğü hususları not etmesi istenmektedir. Ancak istisnaen, önemli bölümlerin aynen sanığın kendi ifadeleriyle yazılması uygundur ve sanığa, gerektiğinde tutanağı düzeltme imkânı verilmelidir, zira bu tür kayıtların duruşmada delil olarak değerlendirilmeleri sözkonusu olabilmektedir (68). Sorgunun başlangıç ve bitiş saatlerinin de gösterildiği tutanak, sorgulamanın bir özeti niteliği taşımaktadır. Tutanakta, ayrıca, sorguyu yapan memurun kişisel izlenimleri de yer almaktadır. Sorgulanan, tutanağı imzalamak zorunda değildir ve bu hakkının da ona açıkça bildirilmesi gerekmektedir. Şayet sorgulanan haberdar edilir ve o da muvafakat ederse, sorgulamada, yazılı tutanak yerine ses-görüntü kaydedici cihazlar kullanılabilir (69).

İngiltere'de de, tutanağın içermesi gereken şekli şartlar çok ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Her şeyden önce, hakların bildirildiği ve bunun zamani tutanakta belirtilmelidir. Sorgulananın müdafii talebinde bulunup bulunmadığı, bu talebin yerine getirilip getirilmediği ve nedeni de kaydedilmelidir. Ayrıca, sorgunun yeri, başlama ve bitiş saati, ara vermeleri ve süreleri, hazır bulunanların isimleri

(66) Kohls, LB Dänemark, s. 72 vd.

(67) Langenbacher, LB Niederlande, s. 206 vd.

(68) Kohls, LB Dänemark, s. 74.

(69) Kohls, LB Dänemark, s. 73 vd.

gibi hususların yer aldığı tutanak, sorgudan sonra değil, mümkün olduğu sürece, sorgu yapılırken tanzim edilmeli ve söylenenleri doğru yansıtmasına özen gösterilmelidir. Tutanağın sorgu ile aynı zamanda düzenlenmesi mümkün görülmemekte veya sorgu sürecini olumsuz yönde etkileyebilecek ise, sorgu bittikten hemen sonra da düzenlenebilir. Tutanaқта, sorguda konuşulanlara aynen, kelimesi kelimesine yer verilebileceği gibi, sorgu sürecini doğru yansıtmak kaydıyla, tutanak özet şeklinde de düzenlenebilir. Sorgulananın sorgu konusu ile ilgisiz olarak söyledikleri de tutanaқта yer almalıdır. Sorgulanan tutanağı okumalı, imzalamalı, doğru bulmadığı kısımları belirtebilmelidir. Okuyamıyor veya okumaktan kaçınıyorsa, kendisine okunmalı ve içeriği doğru bulup bulmadığı, imzalamak isteyip istemediği sorulmalı ve durum tutanaқта belirtilmelidir. Tutanağın tanziminde aranan şekli şartlara uyulmaması, tutanak içeriğinin değerlendirilmemesi veya hükmün bozulması sonuçlarını doğurabilmektedir. Bugün daha çok başvurulan bir yol olan sorgunun bantta kaydedilmesi uygulamasında da ayrıca birtakım şartlara uyulması gerekmektedir (70).

IV. Sanığın Sorgudaki Hakları Bakımından.

Sorguda sanığın sahip bulunduğu haklar, inceleme konusu ülkelerde farklı şekillerde düzenlenmiş bulunmaktadır.

1. Susma Hakkı.

Sanık, çeşitli ceza muhakemesi kanunlarında, özellikle sorgu bakımından değer taşıyan birtakım haklara sahiptir. Bu noktada ilk akla gelen, onun ifade hürriyeti, bir başka deyişle susma hakkıdır. Hemen hemen bütün bu ülkeler (71), sanığa, sorgusunda, polis karşısında susma, ifade vermekten kaçınma hakkını tanımaktadırlar (72). Sanık tamamen susabileceği gibi, susma, belirli sorulara cevap vermekten kaçınmak şeklinde de olabilir. Ancak bu genellikle esasa ilişkin olup, kimliği konusunda sanığın susma hakkı, en azından, tartışmalıdır ve genel eğilim böyle bir hakkın bulunmadığı yönündedir (73).

(70) Bkz. **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 151 vd.

(71) Fransa'da, polis'in sorgulanan karşısında bir hak öğretme yükümlülüğü bulunmamaktadır (bkz. **Lorenz**, LB Frankreich, s. 128).

(72) **Schwarz**, LB Deutschland, s. 21; **Langenbucher**, LB Niederlande, s. 207; **Walther**, LB USA, s. 253; **Bosch**, LB Italien, s. 189; **Bertel**, Rn. 243, 308; **Mathis**, ÖsterrAnwBl. 1986, s. 275.

(73) **Bosch**, LB Italien, s. 189; **Langenbucher**, LB Niederlande, s. 207; **Schwarz**, LB Bundesrepublik Deutschland, s. 21 vd; **Kohls**, LB Dänemark, s. 73; **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 148, dn. 16.

Örneğin İngiltere'de, yakalanmamış olan sorgulanan, sorguyu yapan veya yapacak olan polis tarafından, kişinin bir suç işlemiş olabileceği izlenimini edindiği andan itibaren, sorgudan önce veya sorgu esnasında susma hakkı konusunda aydınlatılmak zorundadır (74). Sadece esasa ilişkin olarak tanınan susma hakkının bildirilmesi bakımından suçun niteliği ve ağırlığı bir önem taşımamaktadır. Ayrıca, bu andan itibaren yapılan sorgu, mahkemede kullanılacak bir delil elde etmek amacına yönelik olacağından, bu hususun da sanığa bildirilmesi gerekmektedir. Herhangi bir sebeple verilen aradan sonra sorguya devam edilmesi halinde, memurda, yapacağı açıklamaların delil olarak kullanılabilmesi bilincine sorgulananın yeterince sahip bulunmadığı kanısı doğarsa, bu konuda ilave bir aydınlatma gereklidir. Aynı zamanda bildirilmesi gereken bir diğer nokta da, sorgulananın yakalanmış olmadığı, bu nedenle istediği an sorgu mahallini terk edebileceğidir (75). Yakalanmamış olan sorgulananın sorgu mahallini terketmesi uygun görülmemekte ise, bu takdirde sorgulanmasına devam edilebilmesinin şartı, yakalama tedbirine başvurulabilmesini kanunen mümkün kılan bir suçtan şüpheli olması şartıyla, o kişinin yakalama işlemine muhatap kılınmasıdır. Ayrıca polis, bu yöndeki kararını ilgiliye derhal bildirmek zorundadır. Bu andan itibaren ilgili kişi, tıpkı yakalanmış sanık konumundadır. Bu durumda sanık, daha önce yapılmamışsa, susma hakkı ve ayrıca yakalama sebepleri konusunda aydınlatılmaktadır. Böyle bir düzenlemenin amacının, polisin, kanun tarafından yakalanmış olan kişiye sorguda tanınmış olan hakları devre dışı bırakmak suretiyle, kendi arzusuyla sorgu mahallini terketmek isteyen yakalanmamış olan kişinin bu arzusuna rağmen onu sorgulamaya devam etmesinin ve yakalanmış olan sanığa nazaran ancak sınırlı bazı haklara sahip bulunan bu kişiden daha fazla bilgi elde etmesinin önüne geçilebilmesi olduğu belirtilmektedir (76).

İsviçre'de, Kanton CMUK'larının susma hakkı konusunda farklı hükümler içerdiğini ayrıca belirtmek gerekir. Birçok Kanton Usul Kanunu, sanığın esas bakımından dahi susma hakkını kabul etmekte ve sanığın gerçeğe uygun ifade vermekle yükümlü kılmakta, susmasının suçluluğuna karine olarak mahkemece nazara alınabileceğini öngörmektedir (77). Bununla birlikte, örneğin Basel ve Zürih gibi, bazı Kanton kanunlarına göre sanık ifade vermekle yüküm-

(74) Sorgulama sadece sorgulananın kimliğinin tespitine yönelik ise, bu konuda bir susma hakkı bulunduğunun bildirilmesi gerekmez (bkz. Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 148, dn. 16).

(75) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 148.

(76) Bkz. Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 148 vd.

l değildir (78). Fakat bu durum olay bakımından olup, kimlik veya şahsi haller konusunda konuşma yükümü sözkonusudur (79).

2. Mdafiden Yararlanma Hakkı.

Hemen bütün ülkeler (80) sanığın bir müdafinin yardımına başvurabileceğini, sorgudan önce veya sorgu sırasında bir müdafie danışabileceğini kabul ederlerken (81), müdafaa hakkının diğer bir cephesi olan "sorguda müdafie bulundurma hakkı" ancak bazı ülkelerde, rneğin ABD (82), İngiltere (83), İtalya (84) ve Danimarka (85) ceza usul mevzuatı tarafından tanınmaktadır. Hollanda'da müdafinin polis tarafından yapılan sorguda hazır bulunma hakkı genellikle reddedilirken, gerekçe olarak; mahkemece yürütülen önsoruşturmada dahi sınırlı bir hazır bulunma hakkına sahip olan müdafie polis sorgusunda daha fazlasını tanımının mümkün olmadığı belirtilmektedir (86). Avusturya CMUK m. 88/3'e göre ise, polis ve jandarmasının yaptığı sorguda müdafinin hazır bulunması kabul edilmemiş olup, kolluk tarafından yapılan sorguda hazır bulunma hakkı sadece savcıya tanınmıştır (87).

İngiliz hukukunda bu hak hem müdafie danışabilme hem de sorguda müdafie bulundurabilme hakkını içermektedir. Kural olarak, müdafiden yararlanma hakkını kullanmak isteyen kişi, müdafie hazır bulunmaksızın sorgulanamaz. Ancak, istisnai bazı hallerde, örneğin hayat veya mülkiyet için ağır bir tehlike bulunması, soruşturmanın makullük sınırını aşacak Şekilde geciktirilmesi, Şüphelinin

(77) Sözkonusu Kantonlar ve ayrıca geniş bilgi için bkz. **Schreieder**, s. 5 vd.; ayrıca bkz. **Walder**, s. 71, dn. 50; **Tarnutzer**, s. 45.

(78) Bkz. **Schreieder**, s. 6 vd.

(79) Bkz. **Giezendanner**, s. 21.

(80) Danimarka'da sorgudan önce sanığın bir avukata danışabileceği yönünde bir hüküm kanunda yer almamaktadır (bkz. **Kohls**, LB Dnemark, s. 73). Aynı Şekilde, Fransa'da, sorgulananın müdafiden yararlanma hakkı, polis tarafından yapılan sorgu bakımından kabul edilmemiştir (bkz. **Lorenz**, LB Frankreich, s. 124).

(81) rneğin **Schwarz**, LB Deutschland, s. 22; **Kohls**, LB Dnemark, s. 76 vd.; **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 149 vd.; **Walther**, LB USA, s. 250; **Langenbucher**, LB Niederlande, s. 208; **Bertel**, Rn. 246; **Platzgummer**, s. 55; **Giezendanner**, s. 25.

(82) **Walther**, LB USA, s. 250.

(83) **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 150.

(84) Bkz. **Bosch**, LB Italien, s. 179, 186; ayrıca bkz. İTCMUK m. 350, m. 96 vd.

(85) **Kohls**, LB Dnemark, s. 77 vd.

(86) **Langenbucher**, LB Niederlande, s. 208.

(87) Fakat savcının bu hakkını pratikte hemen hemen hiç kullanmadığı belirtilmektedir (bkz. **Bertel**, Rn. 262).

müdafinin hazır bulunmamasına muvafakat etmesi gibi durumlarda, müdafinin hazır bulunmaksızın sorguya başlanabilir veya başlamış olan sorguya devam edilebilir (88).

Danimarka'da, sanık, hazırlık soruşturmasının her aşamasında kendi istediği bir müdafinin tayin ve polis sorgusu da dahil olmak üzere, hazır bulundurma hakkına sahiptir. Sanığın kendi isteğiyle bir müdafinin seçmemesi halinde, re'sen müdafinin tayin edilir (89).

3. Sorguda Tercüman Bulundurma.

Kimi hukuk sistemleri, sorgulananın yabancı olması halinde, sorgu esnasında tercüman bulundurulmasını kanunen zorunlu kılmaktadırlar. Örneğin İngiltere'de, sorgulananın İngilizceye vakıf olmaması halinde, sorgu esnasında, ücreti Devlet tarafından karşılanan bir tercüman bulundurulur. Bu kişinin her iki dili de iyi bilmesi ve sorguda kullanılacak teknik kavram ve terimleri tanınması gerekir. Tercüman sorgu tutanağını sorgulananın dilinde tanzim eder ve tutanak içeriğinin doğruluğunu tasdik eder. Sorgulanana da, kendi dilinde düzenlenmiş olan bu tutanağı okuma ve doğru bulmadığı bölümleri işaretleme imkânı tanınmalıdır (90).

4. Yakalanan Kişinin Durumunu Yakınlarına Haber Verebilme Hakkı.

İngiltere'de, kendi arzusuyla veya başkaca bir sebeple polis merkezinde bulunup ta henüz yakalanmamış olan sorgulanana sadece susma hakkı tanınmış olup, bu hakkın bildirilmesi ile yetinilmişken, yakalanmış olan sanığa ayrıca bazı haklar daha tanınmıştır. Bunlardan birisi de, durumundan istediği kişileri haberdar edebilme hakkıdır. Buna göre, yakalanan, bu durumunu ve bulunduğu yeri bir arkadaşına, akrabasına, tanıdığına veya durumundan endişe duyabilecek herhangi birisine bildirebileceği konusunda aydınlatılır. Ağır (arrestable) bir suç söz konusu olduğunda ise, yakalama tedbirine başvuran görevliden daha üst konumda bulunan bir polis memurunun izniyle, haber verme durumu belirli bir süre geciktirilebilir. Yakalanan kişi bu durumdan ve geciktirme sebeplerinden de haberdar edilmelidir. Geciktirme sebebi olarak genellikle şunlar kabul edilmektedir: Delillerin karartılması tehlikesinin bulunması, suçtan elde edilen menfaate elkonulmasının kabul edildiği uyustu-

(88) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 150.

(89) Kohls, LB Dänemark, s. 76.

(90) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 152.

rucu suçları veya benzeri suçlardan birinin sözkonusu olması, suçtan elde edilen menfaatin koruma altına alınmaması tehlikesinin varlığı. Geciktirmeyi gerektiren sebeplerin ortadan kalkması ile birlikte, yakalanana, haber verme hakkını kullanabileceği derhal bildirilir (91).

5. Sanığın Kendi Sorgusunda Hazır Bulunmaya Zorlanamama Hakkı.

Sorgu için hazır bulunmaya, sanığın zorlanamayacağı, sorguda hazır bulunmama hakkı genellikle kabul edilmektedir. Sanığın sorguda hazır bulunma gibi bir yükümü yoktur ve polis zorla hazır bulunmasını sağlayamaz (92). Sanık kendisi isterse gelir ve örneğin İngiltere'de, yakalanmamış olan kişi, istediği zaman sorgu mahallini terkedebilir (93). Ancak, sanığın polisin davetine rağmen sorguda hazır bulunmaması halinde polis savcıya başvurarak, savcının yapacağı sorguda sanığın hazır bulunmasını sağlayabilir (94). Bu durumda sanık gelmek zorundadır, aksi takdirde zorla getirilir (bkz. İtalyan CMUK m. 362).

V. Hakları Konusunda Sanığın Aydınlatılması Bakımından.

Kolluğun sorguya başlamadan önce sanığa haklarını öğretmesi ve bu aydınlatma yükümünün bağlayıcılığı ile kapsamı bakımından ülkelerin durumu üç kategoriye ayrılabilir.

İlk kategoriye aydınlatma yükümünü kabul etmeyen ülkeler oluşturmaktadır. Bu duruma Fransa örnek gösterilebilir. Bu ülkede sanığa haklarını öğretme yükümünün bulunmaması, polisin yürüttüğü hazırlık soruşturmasının niteliği ile açıklanmaktadır. Hazırlık soruşturması Fransa'da iki kademeli olup, polis ve mahkeme tarafından yürütülen soruşturmalardan meydana gelmektedir (95). Polisin yürüttüğü hazırlık soruşturması zorunlu bir niteliğe sahip olmadığından, hâkimin yaptığı sorgunun aksine, polisin de sanığı sorguda hakları konusunda aydınlatmak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Ayrıca, polisin yapacağı sorgu da kanunda düzenlenmiş değildir (96). Polis soruşturmaya kendiliğinden ya da savcının talebi ile başlar ve bu koğuşurma ancak mahkemenin soruşturmaya başlamasına ka-

(91) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 149.

(92) Bkz. Schwarz, LB Deutschland, s. 21.

(93) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 146, 148.

(94) Schwarz, LB Deutschland, s. 21.

(95) Lorenz, LB Frankreich, s. 119 vd., 127 vd.

dar devam eder. Mahkemenin devreye girmesiyle birlikte polis, soruşturmayı hâkime devretmek zorundadır (97).

İkinci grubu oluşturan sistemlerde sınırlı bir aydınlatma yükümü öngörülmektedir. Bu gruba Hollanda, İtalya ve Danimarka örnek gösterilebilir. Hollanda'da sanık sadece susma hakkı konusunda aydınlatılır ve şahsına ilişkin konularda bir susma hakkı yoktur (98). Ayrıca, polis tarafından, hangi suçla itham edildiğinin de sanığa bildirilmesi gerekmemektedir (99). Buna karşılık, hürriyeti sınırlayıcı bir tedbire başvurulacağı zaman, bu tedbire sebep teşkil eden suçun da bildirilmesi gerekmektedir. Hollanda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 28. maddesine göre sanık müdafiden yararlanma hakkına sahip olduğu halde bu hakkın sorgu esnasında bildirilmesi şeklinde polisin bir yükümü yoktur (100).

Aynı şekilde İtalya'da da sanık sadece susma hakkı konusunda aydınlatılmaktadır (İtalyan CMUK m. 64/3). Sözü geçen Kanun'a göre, kimliği konusundaki bilgiler bakımından sanık için susma hakkı kabul edilmemiştir (m. 66).

Danimarka'da sanığın susma hakkını sadece esas hakkında bilgilerle sınırlı kabul edip, aydınlatmanın ancak bu konuda yapılacağı belirtilmektedir. Ayrıca, kanunda, sorgusundan önce sanığın müdafie danışabileceği yolunda bir hüküm yer almadığından, bu konuda da bir aydınlatma sözkonusu değildir. Böyle bir aydınlatma eksikliğini savunmak içinse, para cezasını gerektiren suçların dışında kalan, hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bütün suçların polis tarafından yürütülen hazırlık soruşturması aşamasında zorunlu müdafiliğin sözkonusu olduğu, bu nedenle bu hakkın ayrıca bildirilmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir. Buna karşılık, zorunlu müdafilik sisteminin öngörülmemiş bulunduğu para cezasını gerektiren suçların koğuşturması sözkonusu olduğunda, mahkeme aşamasında müdafi tayin hakkının bulunduğu sanığa bildirilecektir (101).

Sanığa haklarının öğretilmesi konusunda en kapsamlı düzenlemeleri üçüncü grup ülkeler ihtiva etmektedir. Bunlardan İngiltere'de, sanık sadece suçla ilişkin hususlarda olmak üzere bir susma hak-

(96) Lorenz, LB Frankreich, s. 128.

(97) Lorenz, LB Frankreich, s. 120.

(98) Hollanda'da, kimliğe ilişkin sorular sorgu kapsamında değerlendirilmekte, bu nedenle de bu konuda bir susma hakkından sözedilemeyeceği belirtilmektedir (bkz. Langenbucher, LB Niederlande, s. 207).

(99) Langenbucher, LB Niederlande, s. 207 vd.

(100) Langenbucher, LB Niederlande, s. 208.

(101) Kohls, LB Dänemark, s. 73 vd.

kı yönünden aydınlatılıp, kimliği konusunda böyle bir durum söz konusu değildir. Ayrıca, yakalanmamış olan sanığa, sorgu mahallini istediği zaman terk edebileceği, yakınlarına haber verme ve sorguda hazır bulunmasına müsaade edilen bir hukuki yardımcıdan ücretsiz yararlanabilme hakları bulunduğu kendisine bildirilir (102).

İngiliz Hukukuna göre, yakalanarak polis merkezine getirilmiş olan veya kendi isteğiyle orada bulunan ve fakat daha sonra yakalandığı kendisine bildirilen sanık, derhal, ücretsiz olarak bir avukatın yardımından faydalanabileceği konusunda aydınlatılır. Şayet tanıdığı bir avukatı yoksa, kendisine gösterilen listeden bir avukat seçebilir. Bu şekilde polis gözetiminde bulunan herkes, avukatı ile, herhangi bir denetime tabi olmaksızın, yüz yüze veya telefonla görüşmeyi ya da yazışmayı talep edebilir. Buna karşılık, Terör Kanunu çerçevesinde yakalanmış olanlar, avukatları ile, ancak denetimli olarak görüşebilir veya yazışabilirler (103). Yakalanan kişinin avukatı ile görüşme talebi, mümkün olduğunca çabuk, yakalanma durumunu haber vermeyi geciktirecek bir sebebin varlığı hali de dahil olmak üzere, en geç, yakalanmadan itibaren 36 saatlik sürenin (104) dolmasından itibaren yerine getirilmelidir (105).

Avusturya'da ise, Avusturya CMUK m. 3'e göre, ceza koğuşturmasında faaliyet gösteren ve bunların içinde polis ve jandarmanın da yer aldığı bütün organlar, kanunun herhangi bir hükmünde açıkça ifade edilmiş olmadığı durumlarda dahi, sanığa haklarını bildirmekle yükümlü kılınmışlardır. Bunlardan sorguya ilişkin olanlar; susma hakkı, müdafiden yararlanma hakkı, bütün şüphe sebeplerini, aleyhine olan hususları öğrenebilme ve cezalandırılmaksızın gerçeğe aykırı ifade verebilme haklarıdır (106). Buna rağmen, sus-

(102) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 148 vd.

(103) Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 150, dn. 23.

(104) İngiltere'de polis, yakalanan kişiyi, kural olarak, 24 saatten fazla gözaltında tutamaz. Delillerin toplanabilmesi için bu sürenin yetmemesi halinde, daha üst rütbeli bir polis tarafından bu süre en fazla 36 saate kadar uzatılabilir. Daha fazla süreye ihtiyaç duyulması halinde ise, mahkemenin izniyle süre uzatımı mümkündür. Fakat, yakalanan kişiyi, resmen isnadda bulunmaksızın gözaltında tutabilmede en üst sınır 96 saati geçemektedir (bkz. Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 155).

(105) Müdafie danışma hakkını içeren ve İngiltere'de yaşayan önemli etnik azınlıkların kullandığı veya avrupada geçerli olan başlıca dillerde yazılmış bir tabela veya afişin her bir polis merkezinde ve kolayca görülebilir bir şekilde bulundurulması öngörülmektedir. Böylece, yakalanana, bir yandan bu hakkı yazılı olarak hatırlatılmış olacak, diğer yandan da polisin bu hakkın kullanılmaması yönündeki bazı etkileme teşebbüsleri önlenmiş olacaktır (bkz. Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 150).

(106) Bertel, Rn. 243 - 246.

ma hakkının uygulamada hiç öğretilmediği, müdafiden yararlanma hakkının ise ilk olarak, ancak iddianamenin sanığa bildirildiği zaman hatırlatıldığı ifade edilmektedir (107).

Sanığa haklarının öğretilmesi konusunun en kapsamlı düzenlendiği ülkeler ABD ve Almanya'dır. ABD'de, 1966 tarihli Miranda davasına ilişkin Federal Yüksek Mahkeme kararına göre, sorgusundan önce sanığa şu dört hususun bildirilmesi gerekmektedir : Susma hakkına sahip olduğu, söyleceği her şeyin aleyhine kullanılabileceği ve kullanılacağı, sorgudan önce veya sorgu esnasında bir avukata danışma hakkı bulunduğu, mali gücü yetersizse ücretsiz bir avukat tayin edilebileceği. Bu aydınlatma yükümü, cürüm-kabahat şeklinde herhangi bir ayırım olmaksızın bütün suçlar yönünden sözkonusudur (108).

Almanya'da sanığın sorgusu, ceza muhakemesinin hemen bütün safhalarında çok benzer şekilde cereyan etmektedir. Alman CMUK'nun m. 136, 163a/4 ve 243/2 ve 4 hükümlerinin birbirlerine yaptıkları atıflar gereği, hâkimin yaptığı bir sorgu ile savcı veya polisin yaptıkları arasındaki fark son derece önemsizdir. Böyle olunca, hakları konusunda sanığın aydınlatılmasını öngören m. 136 hükmü, polis sorgusunu düzenleyen m. 163a/4'ün bu hükme yaptığı atıf dolayısıyla, tek bir husus; hangi kanun hükümlerinin olayda sözkonusu olduğu hususu dışında, aynen polis sorgusunda da uygulanabilir olmaktadır. Buna göre, polis, sorgunun başında sanığa; isnat edilen suçu, isnat hakkında açıklamada bulunmak ya da olaya dair hiçbir şey söylememek hakkı bulunduğunu, her zaman ve hattâ sorguya çekilmesinden önce dahi bir müdafie danışabileceğini ve ayrıca, lehine olacak somut delillerin toplanmasını talep edebileceğini bildirmek zorundadır. Alman CMUK m. 136, kimliğe ilişkin bilgiler konusunda sanığın susma hakkı olduğunun bildirilmesi yolunda bir hüküm içermemektedir.

VI. Yasak Sorgu Yöntemleri Bakımından.

Sanığın iradi karar verebilme ve iradi davranabilme hürriyeti anlamında irade hürriyetini ihlâl eden sorgu yöntemleri, incelenen bütün ülkelerde yasak olmakla birlikte, bunun kapsamı ve sonuçları ülkelere göre büyük farklılıklar göstermektedir. Örneğin İtalya'da, İtalyan CMUK m. 191'e göre, kanuna aykırı olarak elde edilen

(107) Bertel, Rn. 243, 246; Mathis, ÖsterrAnwBl. 1986, s. 276.

(108) Walther, LB USA, s. 250.

deliller bakımından mutlak bir değerlendirme yasağı sözkonusudur. İtalyan ceza usul hukukunda, bir usul işleminin ya da hükmün yokluğu sonucunu doğurabilecek sebepler ıslâh edilebilir-edilemez sebepler diye ayrılmakta ve yasak sorgu yöntemleri ıslâh edilemez yokluk sebebi sayılmaktadır. Böyle bir sebebin varlığı, ilgili muhakeme işleminin ya da hükmün yokluğu sonucunu doğurmaktadır (109) ve bu durum muhakemenin her safhasında re'sen nazara alınabilir (İtalyan CMUK m. 191/2).

Fransa'da, hazırlık soruşturması safhasında, sorgu hâkiminin yapacağı sorgulamanın aksine, polis tarafından yürütülecek sorgu kanunen düzenlenmediğinden (110) ve hâkim sorgusuna ilişkin hükümlerin burada da uygulanacağına dair bir atıf bulunmadığından, bu safhaya ilişkin herhangi bir yasak sorgu yönteminden söz etmek mümkün değildir (111). Sadece, polisin soruşturma faaliyetlerinde insancıl (human, humaine) ve dürüst (redlich, royale) davranmak zorunda olduğu esasının aynen polis sorgusunda da geçerli bulunduğu ve fakat bu ilkenin, polisin birtakım hileli yöntemler kullanmasını engelleyemediği ifade edilmektedir. Açıkça yasak olan tek şey, polisin güç kullanmasıdır (112).

İngiltere'de, hangi sorgu yöntemlerinin yasak olduğuna dair açıkça bir kanuni düzenleme yoktur. Fakat delil değerlendirme yasağından hareketle, bir baskı (oppression) kullanmayı gerektirmeyen her türlü taktiğin sorguda caiz olduğu sonucu çıkarılmaktadır (113). İskence, insanlık dışı ve küçültücü muamele, kuvvet kullanmakla tehdit etme, ikrarda bulunma sonucunu doğurabilecek her türlü vaat, sorgulananın iradesi üzerinde etkili olabilen her türlü aldatma gibi uygulamalar baskı olarak vasıflandırılmaktadır. Bu şekilde elde edilen delillerin mahkemece geçersiz sayılması yoluyla polisin bu yöntemlerin kullanımından kaçınma yükümüne uymasının mümkün olacağı kabul edilmektedir. Polisin sorgu sırasında sanığa baskı yaptığı yolunda bir şüphe mevcut olursa, polis, bu ifade veya ikrarı elde etmek için herhangi bir baskı yapmadığını ve bu ifadenin güvenilirliğini etkileyecek hiçbir yola başvurmadığını ispat etmek zorundadır. Psikolojik baskı ve kolluğun hileli, aldatıcı davranışları sonucunda bir itiraf elde edilmesi durumunda, yargı

(109) Bosch, LB Italien, s. 180 ve 187.

(110) Lorenz, LB Frankreich, s. 128.

(111) Lorenz, LB Frankreich, s. 130.

(112) Lorenz, LB Frankreich, s. 130.

(113) Bkz. Huber/Klumpe, LB England und Wales, s. 154, 173.

organları bunu bazen geçerli bir ikrar saymakta, bazen de dürüst muhakeme ilkesine aykırı görmektedirler (114).

Danimarka'da, Polisin araştırma faaliyetlerinde ve sorguda "objektiflik prensibi" (115) geçerli olup, sorgunun zora başvurmaksızın husule gelmesi gerektiği belirtilmektedir. Nelerin zor kullanma sayılacağı örneklerle gösterilmiştir. Buna göre, örneğin, bir ikrar elde etmek için sorgunun aşırı derecede uzun tutulması, objektiflik ilkesi gereği, yasak yöntemler arasında sayılmaktadır. Bu ilkeye sorguda işlerlik kazandırabilmek için, sorgunun başlangıç ve bitiş zamanının tutanakta gösterilmesi şart koşulmaktadır (116). Ayrıca, manevi unsur bakımından önemli olabilecek hususlarda tuzak sorular ile telkinde bulunucu soruların yasak olduğu görülmektedir. Buna karşılık, doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir vaadde bulunma ya da aldatma, yasak sorgu yöntemi anlamında bir baskı olarak kabul edilmemektedir (117).

Benzeri bir düzenleme Avusturya CMUK'da da görülmektedir. Anılan Kanun'un 202. maddesi; yasak ya da kanunen öngörülmemiş bir vaadde bulunulmasını, sanığı yanıltacak bilgiler verilmesini, tehdidi ve her türlü zor kullanmayı yasaklamıştır. Ayrıca bu yöntemler doktrin tarafından geniş yorumlanmakta ve sanığın serbest iradesini ihlâl edebilecek her bir davranış, sanık buna rıza gösterse dahi, yasak sayılmaktadır (118). Bu çerçevede olmak üzere; yalan makinası kullanımı, narcoanaliz ve LSD gibi direnme gücünü çözücü ilaçlar verilmesi, hipnotize etme, tuzak sorular, uzun süreli sorgulama ya da yeme ve içmeden mahrum bırakma gibi yıpratıcı taktikler, kanunun hükmü yanında ayrıca zikredilmektedir (119). Buna karşılık, telkinde bulunucu sorulardan ise, sadece, mümkün olduğunca kaçınılması gerektiği belirtilmekte, fakat bu tür sorular kural olarak caiz görülmektedir (120).

Hollanda'da, sanığın istemediği bir şeyi söylemesine yol açacak her türlü soru ve davranış, Hollanda CMUK'nun 29/1. maddesi gereği yasaklanmıştır. Kanun, yasak olan soru ve davranışları sadece soyut olarak zikretmiş olup, neyin bu yasak kapsamına gireceğinin her bir somut hadisede ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Buna

(114) Bkz. **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 154.

(115) **Kohls**, LB Dänemark, s. 80.

(116) **Kohls**, LB Dänemark, s. 80.

(117) **Kohls**, LB Dänemark, s. 80.

(118) Bkz. **Bertel**, Rn. 308; **Foregger/Serini**, § 202, Rn. I vd.

(119) **Bertel**, Rn. 308, 311; **Foregger/Serini**, § 199, Rn. II; **Platzgummer**, s. 89.

(120) **Bertel**, Rn. 311; **Platzgummer**, s. 74 vd.

göre, örneğin cebir kullanma veya bununla tehdit, m. 29 uyarınca, her halükârda yasaktır. Buna karşılık, bunun dışında başka bir şeyle tehdit ya da herhangi bir vaadde bulunmanın yasak olup olmaması bu tehdit veya vaadin niteliğine göre değişmektedir (121). Hollanda CMUK'nun 29. maddesine aykırı olacak diğer bazı haller ise; tuzak niteliğinde ya da telkinde bulunucu sorular sormak, delil durumunu hakkında yanlış bilgi vermek, sanığın cevap vermek zorunda olduğunun bildirilmesi, sanığın ne söylediğini bilemeyecek kadar yorgun düşürülmesine yol açan uzun sorgulardır. Yalan makinası ve narkoanalizin kullanımının, sanık bunlara rıza gösterse dahi yasak olduğu, hipnozun ise, sanığın rızasının varlığı halinde ve suçsuzluğunu ispat yönünde olmak üzere kullanılabilceği kabul edilmektedir (122).

Sorguda başvurulması yasak yöntemlerin belirlenmesi konusunda en ayrıntılı düzenleme öngören ülkelerden birisi Almanya'dır. Alman CMUK m. 136/a yasak yöntemler konusunda uzunca bir liste sunmakta ve ayrıca doktrin, bu saymanın sadece örnek kabilinden olduğunu, maddede sayılmamakla birlikte, sanığın irade hürriyetini ihlâl sonucunu doğurabilecek her uygulamanın bu hükmün kapsamına girdiğini kabul etmektedir (123). Madde ayrıca, bu yöntemlerin kullanımına ilgilinin göstereceği rızanın dahi bir değer taşımayacağını belirtmek suretiyle, gerektiğinde, şahsında yasak bir sorgu yönteminin uygulanmasını kabul edebilecek olan kişiyi kendine karşı da korumaktadır.

Yasak sorgu yöntemlerinin en geniş şekliyle benimsendiği ülkelerden birisi de ABD'dir. Sanığı istemediği bir ikrarda bulunmaya sevkedecek her türlü uygulama yasak sayılmaktadır. Sanığın iradesini etkileyen her davranışın böyle bir sonuca yol açabileceği belirtilmektedir (124). Buna göre, baskı, cebir gibi davranışlar ve sanığın direnme gücünü yok edecek uygulamalar yasaktır. Keza, ikrar halinde cezanın hafifletileceği, başka bir yardımda bulunulabileceği ya da sanığa koruma sağlanacağı gibi birtakım vaatler de sanığın irade hürriyetini etkileyen davranışlardan sayılmaktadır. Yasak bir sorgu yönteminin sözkonusu olup olmadığını belirlemede, somut olarak sorgunun cereyan şekline bakılmakla birlikte, polisin bütün bir

(121) Örneğin, sorgulananın yabancı olması halinde, ailesinin sınırdışı edileceği tehdidi, yasak sorgu yöntemi olarak kabul edilmektedir (bkz. **Langenbucher**, LB Niederlande, s. 209).

(122) Bkz. **Langenbucher**, LB Niederlande, s. 210.

(123) Bkz. **Kühne**, (1988), § 52, Rn. 539.

(124) **Walther**, LB USA, s. 254.

sorgu süresince izlediği tutum ve davranışlarının sanık üzerinde bir baskı doğurup doğurmadığı ve sorgulananın dayanma gücü gibi hususlar özellikle araştırılmaktadır (125).

VII. Değerlendirme Yasası Bakımından.

Yasak olan sorgu yöntemlerinin kullanılması suretiyle elde edilen ifade ve diğer delillerin değerlendirilmeyeceği genellikle kabul edilmektedir (126). Değerlendirme yasasının varlığı için, hukuka aykırılığın önemli olup olmamasının, görevli memurun kasıtlı hareket edip etmemesinin de bir önemi yoktur (127) Bununla birlikte, örneğin Hollanda'da, ağır bir suç sözkonusu olduğunda, bu şekilde elde edilen beyanların değerlendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir (128).

Uzak etki denilen ve yasak bir sorgu yöntemine başvurmak suretiyle elde edilen ifadeden hareketle, koğuşturulan veya bir başka suça ilişkin olarak elde edilen diğer delillerin kullanılıp kullanılmayacağı sorunu, ülkelere göre farklı düzenleme ve uygulamaların varlığına yol açmaktadır. Örneğin, İngiltere'de, hukuka aykırı yollarla elde edilen ikrara dayanılarak ortaya çıkarılan bu delillerin değerlendirilebileceği hükmü kanunda yer almaktadır (129). ABD'de bu şekilde elde edilen bulguların kullanılmayacağı kabul edilirken (130), Almanya'da BGH (131) ve bazı yazarlar (132) kullanılabileceğini, doktrindeki diğer bir görüş ise aksini savunmaktadır (133).

Sanığa haklarını öğretme yükümünün ihlali de, genellikle, sanık ifadesini ve dolayısıyla bu ifadenin yer aldığı sorgu tutanağını

(125) **Walther**, LB USA, s. 254.

(126) Örn. bkz. **Schwarz**, LB Deutschland, s. 27 vd.; **Kohls**, LB Dänemark, s. 95; **Walther**, LB USA, s. 254 vd.; **Urs Aschenbrenner**, Die Rechte des Beschuldigten im polizeilichen Ermittlungsverfahren des nordamerikanischen Rechts und ihr Einfluss auf der Hauptverfahren, Hamburg 1969, s. 77.

(127) **Aschenbrenner**, s. 77.

(128) **Langenbucher**, LB Niederlande, s. 222.

(129) Bkz. **Huber/Klumpe**, LB England und Wales, s. 175.

(130) **Walther**, LB USA, s. 256.

(131) **BGHSt** Bd. 34, s. 362.

(132) Bkz. **Kleinknecht/Meyer**, § 136a, Rn. 31.

(133) Bkz. **Grünwald, Gerald**, "Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren", JZ 1966, s. 500; **Haffke, Bernhard**, "Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot", GA 1973, s. 79; **Maiwald, Manfred**, "Zufallsfunde bei zulässiger strafprozessualer Telefonüberwachung", JuS 1978, s. 385; **Spendel, Günter**, "Beweisverbote im Strafprozess", NJW 1966, s. 1105; "Wahrheitsfindung im Strafprozess", JuS 1964, s. 471.

değerlendirilemez kılmaktadır (134). Ancak bu durum, örneğin Almanya gibi, bazı ülkelerde tartışmalıdır. ABD'de, genel olarak, üç durumda, hakların öğretilmemesinin bir değerlendirme yasağına yol açmadığı kabul edilmektedir: 1) Gözaltına almayı gerektiren sebepler henüz mevcut değilken ya da hakları öğretilmeye başlandığı esnada, herhangi bir soru sorulmaksızın, kendiliğinden yapılan açıklamalar; 2) koğuşurma ile yetkili olanlar dışındaki özel kişiler karşısında yapılan açıklamalar; 3) çok yakın bir tehlike durumunda polis sorduğu sorular (135) üzerine verilen cevaplar (136).

Sorguda müdafî bulunmasını kabul eden bazı ülkelerde, müdafî hazır bulunmaksızın yapılan sorguya ilişkin tutanağın da değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir (137).

(134) Walther, LB USA, s. 256; Kohls, LB Dänemark, s. 94 vd.

(135) Örneğin, infilak etmesi yakın bir bombanın yerinin sorulması gibi.

(136) Bkz. Walther, LB USA, s. 252 vd.

(137) Bkz. Kohls, LB Dänemark, s. 94.

L I T E R A T Ü R

- Bertel Christian**, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts, 3. Auflage, Wien 1990.
- Bosch, Johanna**, Landesbericht Italien, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äusserungen gegenüber Polizeiorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI Freiburg, 31.12.1990, s. 177-193 b.
- Foregger/Serini**, Die österreichische Strafprozessordnung, Kurzkomentar, 4. Aufl., Wien 1989.
- Geppert, Klaus**, "Notwendigkeit und rechtliche Grenzen der "informativische Befragung" im Strafverfahren", FS Oehler, Köln ua. 1985, s. 323-344.
- Giezendanner, Max**, Die Stellung des Beschuldigten im Bundesstrafprozess vor eidgenössischen Behörden, Luzern 1946.
- Grünwald, Gerald**, "Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren", JZ 1966, s. 489-501.
- Haffke, Bernhard**, "Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot", GA 1973, s. 65-84.
- Huber, Barbara/Klumpe, Birgit**, Landesbericht England und Wales, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äusserungen gegenüber Polizeiorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI Freiburg, 31.12.1990, s. 141-176.
- Huber, Peter**, Die Stellung des Beschuldigten -insbesondere seine Rechte- in der Strafuntersuchung, unter besondere Berücksichtigung des Kantons Zürich, Zürich 1974.
- Kleinknecht/Meyer**, Strafprozessordnung, 40. Auflage, München 1991.

Kohl, Frank, Landesbericht Dänemark, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äußerungen gegenüber Polizeiorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI, 31.12.1990, s. 66-102.

Kühne, Hans-Heiner, Strafprozesslehre, 3. Auflage, Heidelberg 1988.

Langenbacher, Rainer, Landesbericht Niederlande, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äußerungen gegenüber Polizeiorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI Freiburg, 31.12.1990, s. 194-240.

Lau, Helmut, Die Aufgabe der englischen Polizei in der Strafverfolgung, Hamburg 1967.

Lorenz, Frank Lucien, Landesbericht Frankreich, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äußerungen gegenüber Polizeiorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI Freiburg, 31.12.1990, s. 117-140.

Maiwald, Manfred, "Zufallsfunde bei zulässiger strafprozessualer Telefonüberwachung", JuS 1978, s. 379-385.

Mathis, Peter, "Hat der Beschuldigte ein Schweigerecht im österreichischen Strafverfahren?", österreichisches Anwaltblätter 1986, s. 274-276.

Massaro, Toni M., "Das amerikanische Plea-Bargaining System: Staatsanwaltschaftliches Ermessen bei der Strafverfolgung", StV 1989, s. 454-458.

Noll, Peter, Strafprozessrecht, Zürich 1977.

Öztürk Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991.

Platzgummer, Winfried, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens, 3. Auflage, Wien ua. 1990.

- Roth, Uta Margrit**, Das französische Strafverfahrensrecht und seine Reform, Freiburg 1963.
- Schreieder, Horst**, Die Stellung des Beschuldigten im Hinblick auf die Aussage nach formellem und materiellem Strafrecht, Zürich 1968.
- Schwarz, Oliver**, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äußerungen gegenüber Polizeorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI, 31.12.1990, s. 2-41.
- Spendel, Günter**, "Beweisverbote im Strafprozeß", NJW 1966, s. 1102-1108.
- Spendel, Günter**, "Wahrheitsfindung im Strafprozess", JuS 1964, s. 465-473.
- Tarnutzer, Hans-Jürg**, Die Stellung des Beschuldigten im Bündner Strafprozeß, Chur 1972.
- Urs Aschenbrenner**, Die Rechte des Beschuldigten im polizeilichen Ermittlungsverfahren des nordamerikanischen Rechts und ihr Einfluß auf der Hauptverfahren, Hamburg 1969.
- Walder, Hans**, Die Vernehmung des Beschuldigten, Hamburg 1965.
- Walther, Susanne**, Landesbericht USA, in: Rechtsvergleichende Untersuchung für den österreichischen Juristentag über das Thema "Unter welchen Bedingungen können Äußerungen gegenüber Polizeorganen und die hierüber allenfalls aufgenommenen Protokolle oder deren Inhalt als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?", MPI, 31.12.1990, s. 241-269.
- Weigend, Thomas**, Anklagepflicht und Ermessen, -die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht-, Baden Baden 1978.

TERÖRİZMİN YAYGINLAŞTIĞI DEMOKRATİK ÜLKELERDE ALINAN TEDBİRLER VE CMUK'MUZUN BU AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Vural SAVAŞ (*)

"İnsan hakları"na en büyük değerin verildiği bir çağda yaşıyoruz. Ancak günümüzde, en vahim insan hakkı ihlalleri artık devletler ve devlet görevlileri tarafından değil, terörist örgütler tarafından yapılmaktadır.

Bu sebepten, Anayasa, yasalar ve çeşitli milletlerarası antlaşmalarla kabul edilen insan haklarını hayata geçirmek, ülke bütünlüğünü korumak ve demokratik düzeni ayakta tutmak, ancak terörizmle mücadelede başarı kazanmakla mümkündür.

Büyük hukuk düşünür Jacques Verges şöyle diyor: "Bir gerilla grubu ile bir devlet arasındaki savaşın ellerde beyaz eldivenler ve İnsan Hakları Bildirisi'yle yapılmasını beklemek, ne ikiyüzlülük!".

HANNAH ARONT'un dediği gibi, "Dehşetin mutlak surette hüküm sürdüğü yerde, her şey ve herkes susmaya mahkûmdur". Terörizmi tanımlayan masuma karşı hesaplanmış olan saldırıdır. 5.12.1985 tarihli International Herald Tribune gazetesinde yayınlanan bir Rand Corporation raporuna göre: Uluslararası terörist eylemler bir yılda % 12 ila % 15 oranında artarak artık müesseseseleşmiştir. 20. yüzyılda ADOLF HİTLER de korku ve menfaat ile bütün halkların teslimiyete yönelebileceğini iddia ediyordu: "Terör, en kuvvetli siyasi silâhtır ve ben bazı aptal burjuvaları şok durumuna sokuyor diye ondan mahrum olamam." Bunu HERMAN RAUSCNING 1939'da "Hitler Bana Dedi" adlı kitabında zikretmektedir. FÜHRER'le konuşan bir diğer yazar olan HANSTÖNGEL de HİTLER'in şu sözlerini ilâve ediyor: "Demokrasiler, daima böyle saldırılar karşısında yapıları bakımından aciz kalacaklardır; zira savunmak için kendilerinin de otoriter bir rejim kurmaları gerekmektedir" (Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ, İ.Ü.H.F.M., 1986-1987, s. 47).

(*) Yargıtay 1. Ceza Dairesi Üyesi.

4-5 Ekim 1991 tarihleri arasında Antalya'da düzenlenen ve Uluslararası Basın Enstitüsü Direktörü Peter Galliner, Avrupa İnsan Hakları Divanı Yargıcı Thor Vilh Jamson, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi Üyesi Love Kellberg, Avrupa Parlamentosu Siyasi İşler Komisyonu Maria Loisa Cerretti, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Genel Sekreter Yardımcısı Jan Martenson gibi şahsiyetlerin de katıldığı bir sempozyumda konuşan BRUNA STEGAGNİNİ şöyle diyor: "Terörizm trajedisini yaşamayanlar için, alınan önlemleri ve sınırlamaları eleştirmek çok kolaydır. Ancak ben, birincil ve en önemli insan hakkı olan yaşamı sürdürme hakkını ve yurttaşların güvenliğini korumayı amaçlayan bu önlemleri ve sınırlamaları getirmenin Türk Devletinin görevi olduğuna inanıyorum".

Anayasamızın konu ile ilgili çeşitli hükümleri birlikte değerlendirildiğinde şu husus açık bir biçimde anlaşılmaktadır: Devlet, yalnız "insan hakları" için değil, başka amaçlar için de vardır. "Toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı" için vardır. Toplumun huzurunu sağlamak, ulusal dayanışmayı gerçekleştirmek ve adalet anlayışını egemen kılmak çerçevesinde varolan, bu çerçeve içinde yer alan devlet, yine de başıboş ve keyfi davranmayacak, insan haklarına "saygılı" olacaktır. İnsana değer verilmesi, insan onurunun yine kollanması gerekecektir. Ama insan hakları, artık devletin varoluş nedeni olmaktan çıkmıştır (Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL, Anayasa Yargısı No: 4, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 188-190).

Kanunlar ideallere değil, ideolojilere hiç değil, sadece ve sadece toplumun şartlarına dayanmalıdır (Türkiye'de Ceza Muhakemesi Hukukunun ilim haline gelmesinde büyük katkısı olan Prof. Dr. Nurullah KUNTER'in son dersinde söylediklerinden, İ.Ü.H.F.M., 1982, s. 797).

Bu gerçekten hareketle Avrupa'nın hemen bütün demokratik ülkeleri, terör eylemlerinin başlamasıyla birlikte, yasalarında değişiklik yaparak, bu çeşit sanıklar için kısıtlayıcı özel hükümler getirmişlerdir. Birkaç örnek vermek gerekirse:

a — Almanya'da terörizmin artması ve bu suçların sanıkları ile müdafileri arasındaki temasların sorunlar yaratması üzerine, müdafinin ve dolayısıyla sanığın haklarına kısıntılar getirilmiştir. Meselâ hâkimin okunmasına müsaade etmediği yazılar kabul edilmemekte, görüşmenin gizlice bir şey verilmesini önleyecek biçimde yapılması sağlanmakta, hatta bazı hallerde müdafinin müdafilik görevi yapması yasaklanmaktadır. Bütün bu kısıntıların demokratik devletin teröristlere karşı korunması ve İnsan Hakları Avrupa Söz-

leşmesinin bütün muhakeme sisteminde uygulanabilmesi için yapıldığı belirtilmektedir (OTTO TRIFFTERER, The Criminal Justice System of The Federal Republic of Germany; Prof. Dr. Nurullah KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, s. 475).

b — Yine Almanya'da, Alman CMUK'nun 148. maddesine 1976'da yeni bir fıkra eklenerek soruşturmanın konusu terörist eylemler için örgüt kurma olduğunda, tutuklu sanığa gönderilen veya birlikte getirilen yazılı belge veya diğer eşyanın hâkime gösterilmeden sanığa iletilmesine izin verilmeyeceği kuralı getirilmiştir (Nur Başar CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 1989, s. 147).

c — İngiltere'de "Police and Criminal Evidence Act" 1989 yılında değiştirilmiş ve yakalanan terör suçu sanıklarının polis tarafından yedi güne kadar gözaltında tutulması kabul edilmiş, poliste alınan ifade sırasında avukat bulundurma hakkı gibi haklardan terör suçu sanıklarının yararlandırılması yolu kapatılmıştır (R. MORGAN, 1992, "Pre-Trial Detention in England and Wales", in Dünkel F. and Vagg eds).

d — Alman CMUK'nun 112/III maddesine göre, bazı ağır suçlarda, teknik anlamda tutuklama nedeni bulunmaksızın tutuklamaya başvurulabileceği öngörülmektedir. Bu maddeye göre, mevsuf ve basit adam öldürme, soykırım, terör örgütü kurma, yaptığı eylemle başkasının yaşamı ya da vücut bütünlüğünü tehlikeye düşürme, patlayıcı madde kullanma suçlarından birini işlemiş olma kuvvetli şüphesi altında bulunan kişi, kaçma ve delilleri karartma şüphesi mevcut olmasa da, tutuklanabilir.

Suç veya terör örgütü üyeleri ve yardımcıları, suç sayılan faaliyetlerini gizlemeyi alışkanlık haline getirdiklerinden, kural olarak, bu örgütlere üyelik ve örgütü koruma, Alman uygulamasında, delilleri karartma şüphesine dayanak sayılmaktadır.

1965'de yürürlüğe giren değişiklik yasası ile Almanya'da "tekrarlama tehlikesi" tutuklama nedenleri arasına alınmıştır. Alman hukukunda, bu tutuklama nedeninin muhakemeyi güvenceleme aracı değil, toplumu, sanığın başkaca önemli suçlarından korumak için bir önleyici tedbir olduğu belirtilmektedir.

Alman CMUK'nun 148/II. maddesi ile de, terör örgütü kurmakla suçlanan tutuklu sanıkla müdafinin yazışmalarının, önce hâkim tarafından kontrolüne olanak vermiştir (Nur CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, 1992, s. 47, 51, 64, 65, 119).

e — Belçika'da bu tür tehlikeli hükümlüler, tek kişilik hücrelerde yatırılırlar. Bütün eşyaları hergün hücrelerinden dışarıya alınır ve tekrar yerleştirilir, hücre gece aydınlatılır, hükümlüler gündüz hücrelerinden dışarıya çıkartılırlar. Avluya çıktıklarında da hergün hücrelerinde arama yapılır. Bu hükümlülerin ilk sekiz günlerinde 15 dakikada bir hücreleri gözlenir. Bu kategoriye giren suçluların çalıştırılmaları kabul edilmemiş, ziyaretçileri ile görüşmeleri ve mektuplaşmaları engellenmiştir. İngiltere'de bu gruba giren tutuklu ve hükümlüler bir infaz kurumunda onbeş günden fazla bırakılmamaktadır.

Almanya'da 1976 yılında "terör suçu" yaratan Ceza Kanununun 129/a maddesi kabul edilmiş, usul kanununda değişiklik yapılarak, bu madde ile, sınırlı sayıdaki belli suçlarda tutuklama yetkisi genişletilmiştir. 1977 yılında SCHLEYER'in kaçırılmasından sonra, terör sanığı ile avukatının temaslari, eylem devam ettiği sürece tamamen yasaklanmıştır. 1978 yılında yapılan bir başka değişiklikle, terör suçu kuşkusuz mevcut bulunan durumlarda "evde arama yapma yetkisi" genişletilmiş, terör sanığı ile avukatının görüşmesi sırasında araya "ayrıca bir cam" konulması uygulaması getirilmiştir (m. 148/2). 1986 yılında terör suçunun cezası ağırlaştırılmış, terör suçuna tahrik suçu yaratılmıştır (m. 163) ve terörle mücadele amacıyla "Merkezi Başsavcılık" oluşturulmuştur. (Prof. Dr. Feridun YENİSEY, 13.5.1992 tarihli Cumhuriyet Gazetesi).

Bu yazıyı hazırladıktan sonra, 1993 yılı başında yayınlanan AKTÜEL dergisinden, Almanya'da CMUK'da yeni bir değişiklik yapıldığını öğrendik. Bu dergide verdiği demeçte Prof. Dr. Feridun Yenisey şöyle diyor: "Şimdi hızla polisin yetkilerinin arttırılması gerekiyor. Örneğin, 1992 yılı Eylül ayında yenilenen Alman CMUK'unda polise çok geniş yetkiler verildi. Bunlar en kısa zamanda Türk polisine de sağlanmalı. Örnek olarak şunları sayabiliriz: 1 — Telefon dinleme (hangi suçta başvurulacak, kaç dakika dinlenebilecek v.s.), 2 — Bilgisayarın suç araştırmasında kullanılması, 3 — Polise gizli araştırma yapma yetkisi verilmeli (adam izleme, peşine polis takma; bunlar Türk hukukunda yok). Yani kısaca, suçlu teknik araçlardan yararlanabiliyorsa, polis de yararlanabilmeli. Yoksa, delil bulunamıyor diye birşey kabul etmiyoruz biz hukukçular. Her suçlu sürekli olarak iz bırakır. Ama bunu bilmek için polisin yetkisinin olması lâzım".

f — Yunanistan'da Terörle Mücadele Kanunu basına aşırı kısıtlamalar getirmiştir.

g — İtalya'daki "Pişmanlık Yasası" yine mafya ve terör örgütlerini çökertmek için çıkarılmıştır (Uğur MUMCU, 18.11.1992 tarihli Cumhuriyet Gazetesi).

h — Alman CMUK'nun 1975 değişikliği ile, soruşturmanın hiçbir aşamasında sanık tarafından seçilen avukat sayısının üçü geçmeyeceği kuralı konulmuştur.

Bu genel açıklamalardan sonra, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" değerlendirildiğinde:

1 — Terörizmin yaygınlaştığı ülkelerde kabul edilen ve yukarıda özetlenen kısıtlamaların hiçbirine yer verilmemek suretiyle, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz gerçekçilikten uzak ve ihtiyaçlarımıza cevap veremeyecek hale getirilmiştir.

Yasanın tümünün yeniden incelenmesinde ülke yararı bulunmaktadır.

2 — CMUK'nun 104. maddesini değiştiren 4. madde, kaynak yasa olan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa uyum sağlayacak şekilde yeniden düzenlenerek, tutuklama nedenlerinin genişletilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

3 — Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 29.5.1974 gün ve 72 sayılı kararında, terör örgütü mensubu sanıkların, fazla tanığı bulunan bir davasında üç yıl yedi ay süren tutuklamayı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5/3. maddesini ihlâl edici nitelikte saymamıştır. Komisyonun bir başka kararında ise "Tutuklama ile hüküm arasında geçen tutukluluk süresinin makûl olup olmadığı soyut olarak değil, her davanın müşahhas verilerinin ışığı altında değerlendirilmelidir" denilmektedir.

Fransız hukukunda, 1970'den beri tutuklamada bir üst sınır yoktur.

Tutuklamanın uzun sürmesi istenmezse de; soyut bir üst sınır, kapsamlı, çözülmesi zor ve genellikle ağır suçları işlemiş olan faillerin işine yarayacaktır. Bu failler, yanlış bilgi ve delillerle ceza muhakemesini uzatmayı bilecekler ve bundan vahim sonuçlar doğabilecektir (KARL PETERS, Strafprozess, ein Lehrbuch, 1985, s. 428-429).

Hal böyleyken 7. madde ile CMUK'nun 110. maddesinin birinci fıkrasına "Hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi azami altı aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre hazırlık soruştur-

masında tutuklulukta geçen süre dahil iki yıl geçmez" şeklinde üst sınır konulması büyük sakıncalar yaratacaktır.

4 — Amerika Birleşik Devletleri, kısmen İtalya ve İngiltere (teröristler ayrık tutulmuştur) dışında, dünyanın hemen hemen hiçbir demokratik ülkesinde polisin yaptığı sorgu sırasında avukat bulunmamaktadır.

Her sistem kendi içinde bir bütün oluşturur. Yasanın 12. maddesiyle CMUK'nun 135. maddesinin 3. bendinde, "Sanığa müdafinin ifade veya sorguda hazır bulunabileceği bildirilir", 14. maddesiyle CMUK'nun 136/son maddesinde "zabitaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafii, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz" hükmüne yer verilmesi, Avrupalı vücuda Amerikan elbisesi giydirme denemesidir ve böyle bir denemeye Türk toplum yapısının tahammülü yoktur.

5 — Hazırlık soruşturması gizli olduğu gibi, kural olarak bütün dünyada "dosyanın da gizliliği" kabul edilmiş bulunmaktadır. Gizlilik kabul edilmesinin gerekçesi şudur: Müdafii dosya muhteviyatını öğrenirse, savcının hazırlamakta bulunduğu işlemler başarıya ulaşmaz. Diğer taraftan, şüpheli müdafiiinden, diğer ifade sahiplerinin neler söylediklerini öğrenirse bu beyanlarla çelişmeyen beyanda bulunmak ve böylece gerçeğe aykırı ifade vermek imkânına sahip olur. Diğer taraftan, toplanmakta olan delileri de karartabilir (A. Eser ve ACKERMANN'a atfen Prof. Dr. Feridun YENİSEY, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 1987, s. 53).

Alman CMUK'nun 169/a maddesine göre, gizlilik ancak savcının "araştırmaları bitirdiğini dosyaya kaydedip imzalamasıyla" kalkmaktadır.

Hal böyleyken, 19. maddeyle CMUK'nun 143. maddesine konulan "müdafii hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahiptir" hükmüyle hazırlık soruşturmasının gizliliği ortadan kaldırılmakta, gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla yapılan bu soruşturma, amacına uygun şekilde yapılamaz hale gelmektedir ki, maddenin bu haliyle kabul edilmesi uygulamada telâfisi imkânsız sakıncalar yaratacaktır.

Bu sakıncalardan bazıları, CMUK'muzdaki son değişikliklerin yürürlüğe girmesinden sonra yayımlanan bir kitapta şöyle açıklanı-

yor : 143. maddeye göre "istediği evrakın bir suretini alma..." nasıl gerçekleşecek? Uygulamayı düşünelim. Küçük yerlerde fotokopi araçları yok. Kapsamlı bir evrakın suretleri için kâtip görevlendirilirse işlemler aksayacak, müdafî başkasına çıkartsa üçüncü kişilerin bilgileri ve saptırması gündeme gelecek, müdafîin bizzat çıkartması uygun ise de yasa "... verilir" diye görevlilere emir veriyor. Doğaldır ki bu durum, kolluktaki soruşturmalar için de sözkonusudur. Olanaksızlık varsa müdafîe bizzat okuyarak örnek çıkarması söylenebilir. Bu tür isteklerin gerçekleşme olanağı ve zemini hazırlanmadan savcıya ve kolluğa suret vermek görevini yüklemek, soruşturmanın aksamasına, bu hak kötüye kullanıldığında tamamlanmasına engel olabilir. Madde 143/2'deki kısıtlama kararlarına itiraz halinde soruşturma gereksiz uzamalara uğrayacaktır. Bıkmadan usanmadan dilekçe vermek, istekte bulunmak kararlara itiraz etmek hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilir (İsmail Malkoç/Mahmut Güler, Son Değişikliklerle Ceza ve Yargılamada Temel Yasalar, 1993, s. 14).

6 — CMUK'muzun 298. maddesinin değiştirilmesiyle tutukluluğun devamına ilişkin kararlara karşı açılan itiraz yolu dosyaların hızla mahkemeler arasında dolaşmasına yol açacaktır. Böylece oluşan yeni ek işlemler, zaten işleri başlarından aşkın mahkemeleri bualtacaktır (İsmail MALKOÇ/Mahmut GÜLER, a.g.e., s. 13).

CMUK'muzun 299/3. maddesine göre "Ağır ceza mahkemesinin tek dairesi bulunması halinde, itirazı inceleme yetkisi en yakın ağır ceza mahkemesine aittir". Olağanüstü hal bölgesindeki hemen tüm ağır ceza mahkemelerinin tek dairesi bulunduğu gözönünde tutulursa, meselâ onbeş günde bir Midyat Ağır Ceza Mahkemesinin tüm tutuklu dosyaları Şırnak'a, Şırnak'ınkiler Midyat'a... İnşallah dosyaların tamamını veya içindeki önemli belgeleri muhafaza edebileceğiz.

Tüm bunlara rağmen, bazı konuşmacıların aynı nakaratı tekrarlayacağını biliyorum. "Yine de bu yasa demokratikleşme ve insan haklarının hayata geçirilmesinde ileri bir adımdır". Bence, doğruyu bulmak için soruyu doğru sormak lâzım. Bu yasa değişikliği Türkiye'nin giderek bozulan asayişini düzeltmeye, terörü azaltmaya yarayacak mıdır? Cevabımız "hayır"sa, başka deyişle bu yasa değişikliği Türkiye'mizde asayiş daha da bozacak, terör sanıklarının yakalanmasını zorlaştıracaksa, Dimyat'a pirince giderken evdeki bulgurdan da olacağız demektir. Çünkü çıkardığımız yasalar ne kadar mükemmel olursa olsun, TERÖR VE ASAYİŞSİZLİK İLERLEDİKÇE HUKUK GERİLEMEYE MAHKÜMDÜR. Tekrarlayalım : Günümüzde

ve özellikle ÷lkemizde insan hakkı ihlalleri devlet ve devlet görevli-
lerinden çok, terörist örgütler tarafından yapılıyor.

Saygılar sunarım.

Av. Erdal MERDOL (*)

Sayın Başkan, Değerli Konuklar,

Konya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin düzenlemiş olduğu sempozyuma davet edilmekten duyduğum mutluluğu ifade ediyor ve hepinizi saygılarımla selâmlıyorum.

CMUK'nın bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin 3842 sayılı yasa 1.12.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. O günden buyana noksanları ve iyileştirici yanlarıyla kamuoyu önünde yoğun bir şekilde tartışılmaktadır ve inanıyorum ki tartışmalar hiç bitmeyecektir.

CMUK'daki gelişmeler ve değişimler hiçbir zaman aydın hastalığı çerçevesinde, bir başka deyişle "at gözlüğü" ile değerlendirilemez. Bu hepimizi yanlış sonuçlara götürebilir. CMUK'daki değişiklikler bireylerin toplumun istemlerine ve gereksinimlerine kısmi bir yanıt ve aynı zaman uluslararası sözleşmelerin, bildirgelerin ve uluslararası baskının iç hukuka sınırlı bir yansımasıdır. Bütün eksikliklerine karşın hükümetin, başlangıçta ilân ettiği programına ve koalisyon protokolüne uygun iyiniyetinin bir belirtisi olarak değerlendirmek mümkündür.

Yasa "Hukuku hissi" veriyor mu? Çağdaşlık, insanlık ve hukuk kokuyor mu? Ona bakalım...

Hegel, "Kanunlar üzerinde ihtisas sahibi olan kimseler, hukukçular; bu sahada ekseriya bir tekele sahip olduklarını sanıp, meslekten olmayanlara söz hakkı tanımamaktadırlar. Fakat nasıl ki, insanın ayakkabılarının iyi olup olmadığını anlaması için ayakkabıcı olmasına ihtiyaç yok ise kamuyu ilgilendiren şeylerden anlamak için de meslekten olmaya ihtiyaç yoktur" demektedir. (Rechtsphilosophie 215).

Evet! Hukuk duygusu, hukukun tohumudur. Tohum ile ağaç aynı değildir (Senegue). Hukukun gelişebilmesi için, tohumun çatlaması gerekir.

(*) Ankara Barosu Başkanı.

CMUK'ta yapılan değişiklikle hukukun daha da gelişmesi için gerekli olan kanallar kısmen de olsa açılmıştır. Ve bu yasa bir toplumun çatlamasının habercisi ve öncüsü olmakla değer taşımaktadır.

Ancak, değişikliklerin Çağdaş Demokratik Hukuk Devleti'ne uygunluğunu tartışmak mümkündür ve bu itirazların çok ciddi gerekçeleri bulunmaktadır.

3842 sayılı yasanın getirdiği değişikliklerinin olumsuz yönlerine değinmeden önce, Sayın Devlet Başkanı'nca yasanın ilk kabul edilen şeklinin tekrar görüşülmesine ilişkin iade yazılarının, diğer bir deyişle veto gerekçesinin üzerinde görüşlerimi açıklamayı bir hukukçu olarak kaçınılmaz borç biliyorum.

Cumhurbaşkanlığının 8.6.1992 tarihli veto tezkeresinin SONUÇ kısmının 3. bendinde şöyle denilmektedir.

"21 Mayıs 1992 tarih ve 3801 sayılı kanunun TBMM Genel Kurulunda kabulünden bir gün sonra, 22 Mayıs 1992 tarihinde yapılan üst düzeydeki bir toplantıda; başta hükümet yetkilileri ve yöneticiler olmak üzere bu kanunla yürürlükten kaldırılan ve içeriği yukarıda açıklanan düzenlemeler karşısında büyük endişelerini açıklamışlar, doğacak kanuni boşlukların yaratacağı olumsuz durumlara değinerek, bu konularda, vâkit geçirilmeden yeni düzenlemelere gidilmesini (...) önemli gerekçelerle ortaya koymuşlardır. Sayın Başbakanın da katıldığı bu düzeltme ihtiyacı, kanunun yürürlüğe girmen önce bir defa daha incelenmesini gerektiren ayrı bir sebep olarak değerlendirilmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanının, bu veto gerekçesi Parlamento'nun, Hukuk Devleti'nin ve Demokrasi'nin hafızasına kazılmıştır, tarihlerine yazılmıştır. Artık bu gerekçeyi ve beyanları hiçbir şekilde silip, söküp atamazsınız. Yasanın görüşülmesi sırasında TBMM Başkanı, usul gereği Hükümetin ve Komisyonun mecliste hazır olup olmadığını sormuştur ve hükümet ile komisyon sıralarından da "Burada!" yanıtı verilmiştir.

Yasanın meclis görüşmelerinin özgürce gelişmesine ve oylamaların da hükümetin ve onun başkanının katılımıyla gerçekleşmesine rağmen, birgün sonra bu hükümet başkanının "üst düzey bir toplantıya katılarak endişelerini ifade etmesi nasıl izah edilebilir? "Düzeltilme" ihtiyaçları veya kaygıları varsa neden parlamentoda giderilmemiştir? Egemenliği ulus adına kullanan yasama meclisinin görüşmeleri ve kararı neden birgün sonra hükümetin de katıldığı bir

toplantıda değerlendirilmiştir? Bunu anlamak ve açıklamak mümkün değildir. CMUK yasasını değiştiren 3842 sayılı yasanın 31. maddesi Sayın Cumhurbaşkanının bu vetosundan sonra yasaya eklenmiş ve böylece büyük eleştirilere yol açan bugünkü şekline dönüştürülmüştür.

Yasanın en çok eleştirilen yanı, DGM görev alanına giren suçlarda, yasa değişikliklerinin 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 15, 18, 19, 20, 22. maddelerinin uygulanmayacağı, eski hükümlerin tatbik edileceğine ilişkin 31. maddedir. Peşinen ifade edilmelidir ki, bu hususta ileri sürülen itiraz ve eleştiriler tamamen haklıdır.

Çifte standart yaratan; temel hukuk kurallarını çiğneyen bu hüküm, insan hakları sözleşmeleriyle, uluslararası ve iç hukuk kurallarıyla da çelişmektedir. Bazı sanıkları yasa önünde açıkça eşitlikten yoksun bırakan, onu kısmen de olsa iyileştirici düzenlemelerden ayırık tutan, hukuk dünyasının asla kabul edemeyeceği bu madde ile ülkede iki ayrı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uygulanır hale gelmiştir. Gözaltı süresi, tutuklama şartları, tutuklulukta geçecek süre, ifade alınması ve sorguya çekilme sırasında ve soruşturmanın her hal ve derecesinde müdafî tayini, müdafî hazırlık evrakını inceleme ve örnek alma hakkı, müdafî ile görüşme ve yazışma ile ilgili hükümlerin, DGM kapsamına giren suçlarda uygulanmaması hiçbir gerekçenin haklı kılamayacağı bir anlayıştır.

Yasanın temel felsefesi; işkence gerçekliklerinin ve iddialarının önlenmesine yöneliktir. Bu haller, daha çok siyasi ve DGM kapsamına giren suçlar için sözkonusu olduğundan, bir kısım sanıklara işkence ve baskı uygulanabilmesi olanak/olasılığı karşısında yasa, felsefesinden uzaklaşmış kabul edilmelidir. Kısacası 31. madde, hukukun ve demokrasinin bir ayıbı olarak ortada durmaktadır.

Yasanın mantıksal temeli anlaşılamayan yanlarından biri de 104. maddenin 3. fıkrasıdır. Buna göre, altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda, suçun "toplumda infial uyandırması halinde" tutuklama mümkün hale getirilmiştir. Burada hiçbir hukukçunun kabul edemeyeceği bir subjektiflik görülmektedir. Bu ibareye dayanılarak, tutuklamayı sıradan bir uygulama haline dönüştürmek mümkündür.

104. maddenin eski halinde "Suçun Devlet ve Hükümet nüfuzunu bözen veya memleketin asayişini bozan fiiller olması veya genel ahlâk aleyhine işlenmesi" halinde tutuklamaya karar verilebiliyordu. Son derece tehlikeli bu bendin iptali için Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru, 7/8 oyla reddedilmişti. Yasa koyucu, bu kez, anılan

hükmü yasa metninden çıkarmıştır; ama aynı ölçüde sakıncalı bir hükmü neden yasaya eklediğini anlamak mümkün değildir.

Benzer bir durum olduğu için 143. maddedeki değişiklikten de söz açmakta yarar vardır: Buna göre müdafinin hazırlık evrakını incelemesi veya örnek alması engellenebilmektedir. “Hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecek ise” C. Savcısının talebi üzerine Sulh Hâkimi kararıyla bu hak kısıtlanabilmektedir. Bu hükme dayanarak, uygulamada müdafinin haklarını işlemez hale getirebilme ihtimali yaratılmıştır. Soyut ve kişinin takdirine fazlasıyla yer veren hükmün yasadaki çıkarılması uygun olur.

Yasa değişikliğinin esprisi bazı noktalarda yeterince açık değildir. Örneğin; 136. maddeye göre zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde 1 müdafiyeye izin verilmektedir. Cumhuriyet Savcılığında ise bu sayı 3 olarak saptanmıştır. Bunun nedeni bugüne değin inandırıcı bir şekilde açıklanmış değildir.

İşte; “Toplumda infial yaratmak” ne kadar mücerret bir ifade ise yukarıda işaret ettiğim gibi 136 ve 143. maddedeki ibarelerde aynı oranda soyuttur.

CMUK’nun 104. maddesine göre kişinin tutuklanması için “Kuvvetli Belirti” hali aranmaktadır.

148. maddeye göre ise, kamu davasının açılması için “yeterli delil” gerekmektedir. Daha önce kamu davası açılması için “yeterli emare” ibaresi değişiklik sonucu “yeterli delil” haline dönüştürülmüştür.

Ortaya çıkan duruma göre kamu davası açılması için gerekli olan “yeterli delil” şartı, tutuklama için öngörülen “yeterli emare”den daha kuvvetli bir koşul olduğuna göre, bu durumda her açılan kamu davası için sanığın tutuklanması gerekir. Böyle bir durumun kabulü asla mümkün olamaz ve acilen düzeltilmesi gereken bu husus yasanın noksan yanlarından birini oluşturmaktadır.

CMUK’nun amacı; ifadesi alınan veya yakalanan kişiyi hukuka aykırı uygulamalardan uzak tutmaktır.

Usûl yasamız giderek Engizisyonu, “Derece Derece” azaltan bir yöneliş içinde ise de, bazı kurumların yerleştirilmemesi halinde çağdaş ve demokratik bir yapıya ulaşamayacaktır. “Karakol Tatbikatı” hali süreceksse bunun kuru bir yasa metni ile değiştirilmesi mümkün olamaz. Çağdaş bir değişiklikten söz edebilmek için “Adli Kolluk” örgütünün kurulması zorunludur; böylece, ifadelerin savcının kontrolündeki yetiştirilmiş elemanlarla alınması ve adil yargılama

için sağlıklı malzemelerin çarpılmadan, özenle toplanması mümkün olacaktır.

“Çapraz Sorgu” usulünün uygulanarak savın yanında, savunmanın da özgürce ve eşitlik içinde yargılamaya katılabilmesi olanaklı kılınmalıdır. Bu değişiklikler yapılmadan CMUK’un hukuk dünyasının beklentilerine ve istemlerine yeterli yanıt verdiği söylenemez.

Ankara Barosu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, üyesi meslektaşlarını hiçbir itiraz ile karşılaşmadan görevlendirmiştir. Bugüne değin Baro ve onların üyesi avukatların yardımıyla hukuki yardım tam anlamıyla gerçekleştirilmiştir. Hiçkimse, hizmet etmekten kaçınmadığı gibi, kişisel bütçelerinden harcadıkları giderlerin dahi öneminden söz etmemişlerdir. Ancak; Baromuz üyelerinin gösterdikleri bu özveriyi kimsenin başka bir şekilde değerlendirmesine izin verilemez. Şu ana değin hiçbir karşılık beklemeden hizmet veren arkadaşlarımız, kendilerine bu yardımlarının karşılığının ödenmesini istemiş ise bu, onların, meslek örgütüne saygılarından ve Baronun iç disiplininin kaynaklanmaktadır. Baro Başkanı olarak şunu kıvançla ifade ediyorum ki, Barolar bir kültür merkezi ve bir kültür odağıdır; bir medeniyet merkezidir. Baromuzun hiçbir üyesi şu ana değin ücretle ilgili bir talebini baromuza ulaştırmamıştır. Sanıyorum ki, bütün Barolarda görünen manzara da budur.

Ancak; sadece yasanın çıkartılmasının yeterli olmadığı ve salt bu hukuki olay ile yetinilemeyeceği açık bir gerçektir. Bize göre önemli olan bu yasanın uygulanmasını sağlayacak olan koşulların da sağlanmasıdır. Bakanlıklar adeta bu yasadan el çekmişlerdir. Maliye Bakanlığı 146. maddede yazılı ödeneği aktarmak için hiçbir şekilde istekli olmamıştır ve konu sorun haline dönüşmek üzere iken bunalım zor önlenmiştir. Baroların ve üyelerin sırtına yüklenmiş olan görevler 3842 sayılı yasanın uygulanmasında avukatlık yasası ile çelişen durumlara da yol açmaktadır. Bilindiği gibi, avukatlık yasası haksız gördüğü işte reddetme hakkını avukata tanımaktadır ve bu onun yasal hakkıdır. Ne var ki, yasanın 139. maddesine göre bir başka müdafii tayin edilinceye kadar avukatın görevinin devam edeceği bilindiğine göre, temyiz aşamasına kadar işi takip etmekte zorunluluk vardır; oysa hiçbir avukat kendi ilkelerine ve inanışlarına aykırı bir işi üstlenmek durumunda değildir.

Buna karşın, tayin ettiğimiz müdafii arkadaşlarımız, anlayışlarına, ilkelerine ve düşüncelerine karşıtlık içindeki pekçok suçta yardım sağlamak durumunda kalmaktadırlar.

Barolar ve avukatlar; ithamin başladığı anda savunmanın başlaması gerektiğine olan inancı ve tezleri nedeniyle, görevini yüksünmeden ve yakınmadan yerine getirmektedir.

Hukuk çevrelerinde dile getirilen ve göze batan noksanlıkların ilerideki günlerde yeni bir yasa değişikliği ile giderilmesi beklenmektedir. Uygulamada karşılaşılan sorunların da kısa bir süre sonra kendilerini ifade edeceklerini düşünecek olursak, hukuk dünyasının ve toplumun taleplerine uygun düzeltmelerin geciktirilmeden yapılacağını ve temel hukuk kurallarıyla çelişerek ikili uygulamaya izin veren düşüncenin yasadan çıkartılacağını umut etmekteyiz.

HAZIRLIK SORUŞTURMASI VE BARONUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Av. Şaban UÇLUSOY (*)

1412 sayılı Ceza Yargılama Yöntem Yasası, 18.11.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3842 sayılı yasa ile kısmen sayabileceğimiz reform düzeyinde değişikliğe uğramış bulunmaktadır.

Kısa adı ile halk arasında CMUK diye anılan bu yasa değişikliği sayesinde toplumumuzun tüm bireylerince özü ile olmasada sözü ile dilinde destan olmuş bulunmaktadır.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Yasası yürürlüğe girdiği 1929 yılında, toplum olarak kültürel, sosyal ve ekonomik açıdan yasanın çok gerilerinde bulunduğumuzu kabul etmek zorundayız. Zaman zaman bazı maddelerinde yapılan değişiklikler ülkemizin çağdaşlaşma düzeyine doğru ilerlediği süreçte malesef yeterli olmamıştır.

Toplumun girişine doğru düştüğü günlerde ilgili yasa genel anlamı ve ceza yargılamasına verdiği hizmet ile yetersiz kaldığı gün geçtikçe ortaya çıkmış bulunmaktadır.

1929 yılından günümüze ülkemiz nüfusunda % 400'e varan artış, kitle iletişim araçlarındaki hızlı gelişme bünyemizdeki, ekonomik ve sosyal gelişmelerin yanı sıra ülkemizde de yaşanan buna para ile değişimler İkinci Dünya Savaşı sonrası bunların barış, özgürlük ve demokrasi anlayışlarında olumlu gelişmelerle belirlenen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Roma Sözleşmesi ve Helsinki Nihai Belgesi'nin yarattığı hukuksal oluşumlar karşısında ülkemizin duyarsız kalması asla düşünülemezdi.

Dünyadaki genel kültürel aydınlanma böylesi bir seyir izlerken ülkemizin dünyadaki hukuksal değişimler karşısında beklenen ve istenilen yeri alması zorunlu hale gelmişti. Nitekim, Uluslararası Sözleşmelere attığımız imzalarla bu gelişmelerin destekçisi olduğ-

(*) Baro Başkanı

muzu gösterirken, içeride de buna uygun değişimleri birbiri ardısıra getirmeye başladık.

İşte sosyal ve kültürel gelişim hızlandıkça değişkenliğe uğrayan ve artan olayları çözümleyecek ve karşılayabilecek yasal değişimlere de gereksinim bulunmaktadır. Bu anlamda tüm yasalarımızı yeniden elden geçirmek ve çağdaşlaştırmak gereği vardır. Yoksa güncelliğini yitirmiş uygulanmayan raflarda bırakılmış yasalarla karşı karşıya kalırken, artan sorunlar karşısında insanlarımızı ve toplumumuzu huzura, barışa ve demokrasiye kavuşturmamız mümkün olamayacaktır.

Demokratik toplumların yasaları antidemokratik olamaz. Bu tür toplumlar ya da devletler uluslararası sözleşmelere, demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ilkelerine, insan haklarına, temel hak ve özgürlüklere ve özülle de benimsediği çağdaş düzeydeki anayasasına uygun yasalarla ve hukuk kurallarıyla yönetilir. İşte CMUK da yıllar sonra kitlelerin ve toplumun beklentilerine yanıt verecek düzeyde "kısmende olsa" değişiklikler oluşturulmuş bulunmaktadır.

Türkiye'de bulunan tüm Barolar ve onun üyeleri olan Avukatlar ceza yargılamasında karşılaştıkları yasal sorunları sürekli olarak yüreklice gündeme getirmişlerdir.

Ceza yargılamasında savunmanların görev ve yetkileri çok sınırlı tutulmuştur. "SAV-SAVUNMA-KARAR" üçlüsü olmadan adaletin varlığından savunmanın ve yargının bağımsızlığından söz etmek mümkün değilken, savunma ancak ve ancak son soruşturma safhasında yer alabilmekteydi. Hazırlık soruşturmasında ve ilk soruşturmada görev ve yetkisi asla bulunmamaktaydı.

Hazırlık aşamasında yani zabıtada, savcılıkta ve sorguda savunman görev alamıyordu. Gözetim altında ifadesi alınan veya sanık ile görüşmek mümkün değildi. Dosya tetkik edilmesi sınırlı idi. Ancak sanığın ifadesini içeren tutanak, bilirkişi raporları ve tıbbi raporlar okunabiliyordu. Suret almanın ise asla imkanı yoktu. Kamu davası açılıncaya kadar vekilini yaptığımız sanığa toplanan delillerden alınan ifadelerden ve keşiften bir bilgi edinme veya verme olanaklarımız yasal olarak engellenmişti.

Sanık veya ifade veren kişinin yanında karakolda, Cumhuriyet Savcısının huzurunda, sorguda müdafii veya savunman olarak bulunmak mümkün değildi.

Gözetim altındaki kişi ile tutuklanıncaya kadar görüşme yasağı vardı. Gözetim altında bulunan kişilerin yakınlarına bilgi vermek,

durumları hakkında haber vermek nerede ve hangi suçlamadan dolayı gözetim altında bulunduğunu bilmek mümkün değildi.

İşkence iddiaları yaygın bir hal almıştı. Salt işkence ile alınan ifadelerin getirdiği bulgularla sorgulama yapılmaktaydı. 18 yaşından küçüklerle, sağır ve dilsizlerde aynı yöntemle sorgulanıyorlardı. Ya da ifadeleri alınmıyordu. Tutuklama mahkumiyetten sayılacak biçimde tabi tutuluyordu. Tutukluluk süresine göre salıveren yargısı kuruluyordu. Bu sebeple sonuçta beraat edenler büyük bir haksızlığa uğruyordu, haksız tutuklamalar nedeniyle doğan zararlar, kişiler veya topluma mal oluyordu. Hatta devletin maddi ve manevi zararları doğuyorduki zarara uğrayan için çok geçte olsa elde edildiğinde kıymeti ve değeri kalmayan karşılıklarla haksız tutuklamaya maruz kalmış kişiler teselli edilmeye çalışılıyordu.

Vekilin yargıcı ret hakkı yoktu. İtiraz yoluna başvurmalarında ilgili dava dosyası il il dolaşıp soruşturma sürüncemede bırakılıyordu. Sanığın eşi ve mümessilinin itiraz hakkı bulunmamakta olduğundan acele hallerde haklar kayba uğruyordu.

Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görevine giren suçların sayısı çok yoğunlukta; tutukluluğun devamına ilişkin kararlara itiraz hakkı bulunmamakta idi.

Bu ve benzeri hükümler savunmasız yargı anlayışına izin vermekteydi. Savunmanın soruşturmayı yavaşlatan, soruşturmaya gölge düşüren ve kanıtları yok eden veya karartan olarak değerlendirilmekteydi. Zabıtayı, savcıyı, yargıcı, savunmana karşı cephe durumuna getirmişti. Ama HERKESİN BİR GÜN İHTİYACI OLABİLECEĞİ GERÇEĞİ DIKKATE ALINMIYORDU.

Bu sistem, eski çağ zihniyetinin ve engizisyon mahkemelerinin bir ürünü olarak çağlar öncesi demokratik ülkelerde terkedilmişti. Amerikan, Alman veya bir başka demokratik hukuk devletinin yargılamasında avukata verilen önemi filmlerden, televizyondan izleyen vatandaşımız bu tür yargılama usulünü yadırgar olmuştur.

Zabıta her olayda işkenceci gözü ile değerlendirilmekte idi. Bu yargı türü halkımızın kabul edemeyeceği bir sistem olarak varlığını sürdürmekteydi. Savunmanın önemi işkenceciye terkedilmiş baskı altında alınan ifadelerin yeterli delillerle desteklenmemesi karşısında mahkemeler zor durumda kalıyor, haksızlıklara dayalı yargı kararları oluşturulmaya çalışılıyordu.

Savunmasız yargı, YARGIDAN SAYILMAZ. Savunmanın yeri sadece mahkeme olmamalıdır. İDDİA İLE SAVUNMA BAŞLAMALI-

DIR. Bu istemlerimiz yıllar sonra da kısmen gerçekleşmiştir. SAVUNMA BİR HAKTIR, BU HAK ANAYASA GÜVENCESİ ALTINA ALINMALIDIR. Yargıdan bağımsız bir bölüme yer verilmemelidir. Avukatlık yasası içine gömülü kalmamalıdır.

“Suçlama ve savunma eşit haklara sahip olmalı, sanığın duruşmadan evvel sorgulamasında avukat yanında bulunabilmeli, avukatı olmayana mahkeme kendiliğinden müdafii tayin edebilmeli, müdafii davanın her hal ve safhasında hazır bulunabilmeli, hazırlık sovruşturması avukattan gizli tutulmamalıdır. Soruşturma makamlarının aldığı kararları ve yaptıkları işlemlere her zaman müdafii tarafından “İtiraz” olunabilmelidir. Sülsüz her davranış daha zararlı olmadan durdurulabilmelidir. “Hakimin tarafsızlığı kadar müdafiiin de tarafsızlığı esastır”, diye söyleyen bu yolda avukatlar adına savunmanlık adına öncülük eden sayın Prof. Dr. Faruk EREM’in dilek ve istemleri ve görüşleri yıllar sonrası 3842 sayılı CMUK ile yapılan değişiklikle nihayet kısmende olsa gerçekleşmiş olmasından tüm Türkiye insanları mutlu olmalıdırlar.

Bu yasal gelişmeyi diğer yasalarda da görmek isteriz. 1982 Anayasasının sayfaları arasında ve özellikle TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERLE İLGİLİ BÖLÜMDE savunma hakkından hiç söz edilmemesi çok üzücüdür. Ve utanç vericidir. Yasaları oluşturan SİYASİLERİN daha çok ihtiyacı olacağı “SAVUNMA HAKKININ” 1982 Anayasasının sadece 36. maddesinde “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.” demekle yetinmiş olmasını dikkatinize sunarım.

18. Louis'nin, “Eğer Fransa Kralı olmasaydım. Bordeaux'de avukat olmak isterdim.” sözleri bizleri epeyce düşündürmelidir.

CMUK.'NUN BAROLARA VERDİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERE GELİNCE :

3842 sayılı yasa ile değişik CMUK'un 135. maddesinin 3. fıkrası ile ifade veren veya sanığın kendine müdafii tayin edecek durumda olmadığını belirtmesi halinde Barodan müdafii görevlendirilmesi gerekliliğini getirmiştir. Aynı yasanın 138. maddesinde yakalanan kişi veya sanık için müdafii tayin edileceğini belirtmiş ve 18 yaşından küçüklerle sağır ve dilsizlere kendileri istemese de müdafii görevlendirilmesi zorunlu kılınmıştır.

Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten beri KONYA BAROSU olarak bu yükümlülüğü sürdürmekteyiz. Baromuza aldığımız 552280

nolu ÇAĞRI CİHAZI ile bize ulaşan isteklere cihazı taşıyan avukat aracılığı ile nöbet sırasına göre müdafî görevlendirmekteyiz. Bugüne değin 150 olaya müdafî görevlendirmiş durumdayız. Buna göre sorguda 71 olaya ağır cezada, 12 asliye cezada, 41 sulh cezada, 2 Devlet Güvenlik Mahkemesinde, 4 olaya müdafî görevlendirmiş durumdayız. Bu olayların 12 adedi adam öldürme ve yaralama, bir tanesi pasaportta tahrifat, 4 tanesi uyuşturucu, 130 tanesi hırsızlık ile ilgilidir. İlçelerimiz kendi bünyesinde bulunan avukatlarla bu hukuk yardımını sürdürmektedirler.

Meslektaşlarımız bugüne kadar görevlerini özveri ile ve ücret almaksızın yürütmektedirler. Bir kısım Barolar dijital telefon sistemini, bir kısım Barolar da liste sistemini uygulamakla hukuksal yardımı karşılamaktadırlar.

Kamu kurumu avukatlarına görev vermemekteyiz. Ancak çağrı cihazı ile görev dağıtımında yer almaktadırlar. Çağrı cihazının arızalanmasında görevimiz aksayabilir. Sistemin oturmasına kadar güçlüklerimiz görev eksikliklerimiz elbette olmuştur. Görev verilen avukat haklı bir mazeret belirtmedikçe görev yerinde bulunmaktadır. Görev isteğe bağlı tutulmuştur. İstemeyen meslektaşlarımız görev listesine alınmamıştır. CMUK ile verilen müdafî görevini gece gündüz sürdürmekteyiz. Ancak geceleyin kendimizi emniyette hissetmediğimizden yaniltıcı aldatıcı çağrılarla karşılaşabileceğimiz olasılığı yönünden çağrılarını gündüze kaydırılmasını dilemekteyiz. Elbette gözaltı sürelerine zarar vermemek koşuluyla.

— Görevin reddi mümkün değildir (Haklı özür dışında).

— Görev yerine gitmeme durumunda TCY'nın 230. maddesinde belirlenen görevi ihmal suçu veya 240. maddede belirlenen görevi kötüye kullanma suçunu uygulanabileceği bilincindeyiz. Ama hiç bir meslektaşımızın bu duruma düşeceğini beklemeyiz. Buna neden olmayacak görev anlayışını da sürdürmekteyiz.

— Görev yerine gidebilmek için zorunlu masrafların Baromuzca veya görevli avukat tarafından karşılanması mümkün değildir. Maddî olanaklarımız buna yeterli ölçüde değildir. TBB'nin görüşleri doğrultusunda SAVCILAR ve YARGIÇLAR görev yerine nasıl ulaştırılıyorsa müdafî içinde aynı yöntem uygulanmalıdır. Bu nedenle şehir merkezinde bir sorun yaratmamaktayız. Vasıta ile gidilmesi zorunlu yerler için ilgili zabıta amir ve savcılarına sağlanan olanaklar savunmaya da tanınmalıdır.

— Sanık sonradan bir müdafî seçerse baro tarafından tayin edilen müdafinin görevi sona erer (Madde 139).

— Müdafinin görevi son soruşturmanın bitimine kadar sürecektir.

— Bu görev süreci müdafinin başka davaları birlikte yürütmesine engel olmaktadır. 24 saat içinde yargıç önüne çıkarılacak kişinin karakol, savcılık ve sorguda takipçisi olmak zorunda bırakılmış durumdayız.

— Müdafii görevlendiremeyeceğini belirten ifade veren veya sanığa ve hatta tutukluya Baro tarafından görevli tayin edilmesinin önüne geçilmemelidir. Avukata gerek yok, şu avukatı istemelisin, başkası gelirse senin için iyi olmaz gibi telkin, tavsiye ve tehditlerin önüne geçilmesinin oldukça zor olduğu açıktır. Bu gibi durumların üzerine özenle gidilmesi gerekir.

— Müdafii gelmeden ifade alınmamalıdır. Ama müdafide geç kamamalıdır. İfade veren baskı altına alınarak ifade vermeye zorlanmamalı, ya da "Avukat geldiğinde bu ifadeyi vereceksin" gibi tehditler altında bırakılmamalıdır.

— İfade almak amacı ile olmayıp, bilgi almak veya bilgi toplamak için davet edildiği belirtilerek Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görevine giren suçlardan olduğu gerekçesiyle, asker yoklaması veya kaçağı olduğu için müdafii çağırılmasının, önüne nasıl geçileceği belirlenmemiştir.

— Müdafiler sadece ifade almada bulunmaya çağılırken, keşif ve kanıt toplamada bulundurulmamaktadır.

— 15 yaşından küçüklerin ifadelerinin zabıta ve amirlerince ifadelerinin alındığı görülmektedir ki bu uygulama Çocuk Mahkemeleri Yasası'nın 19. maddesi hükümlerine aykırı olmaktadır. Zira 19. madde çocukların ifadelerinin C. Savcılarınca alınabileceğine amirdir.

DEĞİŞİKLİK HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLMESİ İÇİN ALINMASI VE YAPILMASI GEREKENLER :

1 — Müdafinin müvekkili ile gizlice ve rahatça görüşebileceği yerlerin oluşturulması gerekir.

2 — Yasanın getirdiği yenilikçi oluşuma uygun zabıta amir ve memurlarının eğitim ve öğreniminin sağlanması zorunludur.

3 — Suç, kanıt ve bulgularının teknolojik alt yapı ve özel koruma zabıtası ile teşhis ve tesbitlerinin geliştirilmesi gerekir.

4 — Müdafii vekaletname vermeye zorlanmamalıdır.

5 — Müdafinin ifade alınırken ifade veren ve sanığa yükletilen soruları yanıtlama ve yanlış sorulara da itiraz etme hakkının önüne geçilmemelidir.

YASADA SAVUNMA HAKKINI KISITLAYAN HÜKÜMLEREDE YER VERİLMİŞTİR.

CMUK demokratik sorgulama yöntemini getirirken savunmaya verdiği önemin yanısıra anlaşılmayan ve kabul edilmesi zor gerekçelerle savunma hakkının sınırlanmasında yer vermiş bulunmaktadır.

1 — 3842 sayılı yasa ile değiştirilen 136. maddenin ikinci bendinde zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulamada bir müdafii ile savunmayı yeterli görürken, C. Savcılığında bu sayıyı üçle sınırlı tutmuştur. Ülkemizdeki ifadesine başvuru olan veya sanıklar özgür görebildikleri ve rahat olduklarına inandıkları ortamda daha az sayıda müdafiiye gereksinim duyarlar. Bu nedenle zabıtada daha fazla sayıda savunman bulundurulabilmesine izin verilmesi gerekirken tersine hüküm getirilmiş olması hukuka aykırı olmuştur.

2 — Yasanın 143. maddesinin ikinci bendi ile "... hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecekse C. Savcısının talebi ile sulh hakimi kararı ile hazırlık evrakının İNCELENMESİ VE SURET ALINMASI KISITLANABİLMEKTEDİR."

Getirilen bu kısıtlamayı savunmaya güvensizlik olarak değerlendirmekteyiz. Buradan sormak gerekir. Hangi durumlarda soruşturmanın amacı tehlikeye girecektir. Bu soruya verilecek yanıt subjektif değerlendirmelere yer vereceğini göstermiş olmaktadır. Bu hüküm yasal suiistimallere yer verecek niteliktedir.

3 — DGM görevine giren suçlarda, savunma yoluna getirilen bu yeniliklerin kabul edilmemesi eşitlik ilkesine ve temel hak ve özgürlüklerden sayılan SAVUNMA HAKKININ ÖZÜNE zarar verdiğiinden hukuka aykırı görmekteyiz. Nitekim mahkemeler bu yönden kararlar vererek Anayasaya aykırılığı düşüncesiyle ANAYASA MAHKEMESİNE sorunları götürmeye başlamışlardır.

DGM'nin görevine giren suçların hazırlık soruşturmalarına müdafii görevlendirilmemesi, müdafinin görev yapmaması, hazırlık evraklarının inceleme dışı tutulması ve hazırlık evraklarının incelenmemesi, suret alınmasına izin verilmemesi, gözetim altındaki sanıkla görüştürülmemesi, gözetim sürelerinin daha uzun sürelerle tabii tutulması Anayasa'ya aykırı olmuştur. Anayasa Mahkemesi yo-

luyla verilecek kararlarla veya CMUK da yapılacak yeni ek değişikliklerle bu yasakların kaldırılacağına inanılmaktadır.

Nitekim kamu görevlilerinin disiplin soruşturmalarında müdafii görevlendirilebileceğinin Danıştay ilgili dairesince kabulü olumlu bir adım sayılmalıdır.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde bakılmakta olan davalarda bu hükümler uygulanmasında işkenceye dayalı olarak alındığı iddia edilen hazırlık aşamasındaki ifadelerin geçersiz sayılacağına ilişkin CMUK'nun 254 ve 247. maddelerinin uygulamada bulunduğunu hatırlatmak isteriz.

CMUK'nun 254. maddesine 2842 sayılı yasa ile eklenen ikinci bendine "SORUŞTURMA VE KOĞUŞTURMA ORGANLARININ HUKUKA AYKIRI ELDE ETTİKLERİ DELİLLER HÜKME ESAS ALINMAZ" denmektedir.

Aynı yasanın 247. maddesi "sanığın hakim tarafın tanzim edilen tutanaktaki ifadesi ikrarına delil olmak üzere okunabilir..." demektir. Bu iki madde karşısında DGM de görülecek davaların hazırlık aşamasında hakim huzurunda alınmamış ifadeler itiraz yapılacağına dikkate alınmayacağı esasa bağlanmış bulunmaktadır. Varsa yapılan işkenceler altında alınan ifadeler hükme esas olmayacaktır.

CMUK'nun savunma ile ilgili hükümleri DGM'de görülen suçlarda da uygulanabilseydi tam bir reform niteliğinde, demokratik bir yasal değişim olduğu sayılabilecekti.

İşkenceye karşı çıkan, insan haklarını savunan, demokratik hak ve özgürlükleri temel hak ve özgürlüklerden sayarak bu yolda yasal değişimlerin oluşmasını dileyen aydın kesimin istekleriyle gündeme gelen yasal değişiklikler malesef kendileri için uygulanmamaktadır. Onların suç sayılan düşünce ve tavırlarını yargılayan DGM'de uygulanmaktan uzak tutulması asla kabul edilemeyecek bir hukuki ayıptır. Eşitsizliktir, adaletsizliktir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'ndan doğan eksiklikler ya da aksaklıklar ve eşitsizlikler yeni düzenlemelerle ele alınarak kesinlikle giderilmelidir.

Yalnız, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nda değil, Anayasa başta olmak üzere, Avukatlık Yasası, Polis Görev ve Yetki Yasası, Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu Yasası, Terörle Mücadele Yasası, Toplantı Gösteri ve Yürüyüşleri Yasası, Seçim Yasaları, Siyasi Partiler Yasaları ve tüm diğer yasalar da yapılacak demokratik yasal değişimleri özlemle beklemekteyiz ve dilemekteyiz.

İNTİHAR VE İNTİHARA YARDIM SUÇU ÜZERİNE BİR DENEME

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK (*)

*Rahmetli Babam Tarihçi
İbrahim ARTUK'un
Aziz Hâtırasına*

Biz bu makalemizde intihar ve intihara yardım suçu üzerinde duracağız. Bunlardan intihar fiili belli bir süre suç olarak kabul edilmiş daha sonra suç sayılmaktan çıkmıştır. İntihara yardım ise bazı istisnalar dışında her zaman için suç kabul edilmiştir.

Makalemizde konuyu daha çok tarihi gelişim ve mukayeseli hukuk açısından inceleyecek, yeri geldikçe de ve özellikle sonuç kısmında Türk Hukukuna değineceğiz.

I. İNTİHAR ve İNTİHARA YARDIM SUÇUNUN TARİHÇESİ

i — Yunan Hukukunda İntihar

Platon "Kanunlar"ında intihar edenin cesedinin daha önce hiç kimsenin gömülmediği ücra bir mahalde gizlice ve çok az kimsenin huzurunda defnedilmesini savunur. Hattâ düşünür, gömülenin adının tanınmasına yarayan veya herhangi bir surette onu hatırlatan herhangi bir işaretin mezara konulmaması fikrindedir.

Aynı konuda Aristoteles, kendi eliyle hayatına son verenin Devlete zarar vermesi nedeniyle, Devletin, intihar edenin cesedini yasa dışı bırakarak ve hatıralarını lekeleyerek onu cezalandırması gerektiğini savunur (1).

İntiharı kınayan Platon ve Aristoteles'e karşılık Stoacı Okul taraftarları intiharın sadece izin verilen değil bilâkis faziletli bir hareket olduğunu öğretirlerdi.

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Hıfzı Velidedeoğlu, Tötung auf Verlangen, Euthanasie, Selbstmord und Teilnahme am Selbstmord, Leipzig-Strassburg-Zürich 1933, s. 42.

Yunanistan'da intiharla ilgili herhangi bir kanun hükmüne rastlanmamaktadır.

Hayatına son vermek arzusunda olanın nedenlerini belirterek izin için fiilini önceden Devlete bildirmesi zorunluğuna ilişkin Attike Kanunlarındaki Hüküm, Devletin intiharı yasaklamasından ziyade söz konusu fiili denetim altına aldığını göstermektedir. Her halükârda intihar Yunanlılarda cezalandırılmamıştır (2).

2 — Roma Hukukunda İntihar

Roma Toplumunun bir özelliğini, bu toplumun çeşitli sınıflardan meydana gelmesi oluşturur. Her sınıf kendisine mahsus kanunlara tâbidir. Bu nedenle intihar bakımından hür insan, köle ve askerlere uygulanan mevzuat birbirlerinden farklılıklar gösterir. Aşağıda hür insan, köle ve askerlerin bizzat kendi kendilerini öldürmelerini yani basit intihar fiillerini inceleyeceğiz.

a) Hür İnsanların İntiharı

Savaşlarla geçen Roma İmparatorluğunun ilk devirlerinde intihar fiillerine çok seyrek rastlanırdı. Fetihlere yönelik ve aile bağlarının kuvvetli olduğu bir toplumda, insan hayatı çok kıymetli olduğundan, kişilerin gereksiz yere ve bir anlık zorluk karşısında hayatlarına son vermeleri düşünülemezdi. Buna rağmen intihar eden, ağır bir şekilde cezalandırılırdı. Nicolay'ın bize naklettiğine göre, ilk krallar zamanında intihar edenler hayvanlara teslim edilirler veya bir darağacında teşhir edilirdi. Servus kendini asanın kabirinden mahrum bırakıldığını belirtmektedir. Kabirden mahrumiyet, bir taraftan intihar edenin öteki dünyaya gitmemesine ve dolayısıyla huzur bulmamasına neden olduğundan, diğer taraftan ölülerine ayinle büyük saygı gösteren Romalıların büyüklerini yuvalarının tanrısı gibi saydıklarından ağır bir ceza telâkki edilirdi (3).

Asırlar boyunca fetihlerle meşgul olan ve her alanda faaliyet gösteren Romalılar intiharı düşünmemişlerdi. Bazı istisnai intihar olaylarında ise kanun, söz konusu suçun faillerini yukarıda belirtildiği gibi cezalandırıyordu. Fetihlerden elde ettikleri ganimetlerle zenginleşen Romalılar, daha sonraları gerileme işaretleri vermeye başladılar. Cumhuriyetin (M.Ö. 509-27) sonlarına doğru intihar olayları artış gösterdi (4). Cumhuriyetin sonundan itibaren ve İmpara-

(2) Museviler ise, intihar edene son vazifeyi reddederlerdi. Bkz. **Velidedeoğlu**, *Tötung...*, s. 43.

(3) **Coquelin de Lisle (Antonin)**, *Du suicide. De l'alde et de la participation au suicide d'autrui*, Rennes 1928 (Rennes Doktora Tezi), s. 24.

(4) **Coquelin de Lisle**, s. 25.

torluk döneminde kolay yaşama alışan, Stoacıların Özdeyişlerini ve Yunan Felsefesini öğrenen Romalılar, intiharı hayata son vermenin hoş bir şekli olarak kabul ettiler. Filozoflar intiharın bir cesaret ve bilgelik işareti olduğunu belirttiler, Gerçekten Cicero ile birlikte bütün Stoacılar, kendi eliyle hayata son vermeyi korkaklıktan ziyade erdemli bir insanın fiili olarak algıladılar.

Filozofların meşru kabul edip tavsiye ettikleri intiharı, ağır bir biçimde cezalandıran eski Roma Mevzuatının durumu ne olacaktı? İntihar olaylarının sayısı artış gösterdiğinden hukukçular, hoş görülmesi veya cezalandırılması gereken intihar olaylarını (meşru-gayrimeşru intihar ayırımı) birbirlerinden ayırmaya çalıştılar. Bunun için kast ve hile kavramlarına başvuruldu. Herkesin kendi hayatına serbestçe tasarruf edebileceği kabul edildiğinden ölümden sonra da üçüncü şahısların ve Devletin haklarını korumak gerekiyordu. Bununla beraber şerefsizlik veya işkenceden kurtulmak için hayatına son verenin cesedi ve mallarına ceza uygulanmasına karar verildi (5). Gerçekten örneğin, ölüm cezasını gerektiren bir cürümle itham edilen, söz konusu cezaya mahkûmiyetten yaşamına son vererek kurtulursa, terekese Devlet Hazinesine kalırdı. Ancak bunun için ithama konu olan ve mahkûmiyete yol açacak olan fiilin, terekenin müsaderesi sonucunu doğuran bir fiil olması gerekirdi. Diğer bir deyişle müsadereye, intiharın cezası olarak değil, itham edilen fiilin yaptırımını olarak hükmedilirdi. İntihar edenin masumiyetini akrabalarının ispat etmeyi istemeleri durumunda, onları dinlemek zorunda kalan mahkeme, sanığın suçsuzluğunun saptanması halinde terekenin müsadere edilmemesine karar verirdi (6). Kanaatimizce bu devirlerde Roma'da, bütün intiharlar hoşgörüle karşılandığından ve terekenin müsaderesi kişinin intihar etmesinden değil, itham edildiği fiilin müsadereyi gerektirmesinden dolayı gerçekleştiğinden meşru (hoşgörülen) ve gayrimeşru intihar ayırımı yerinde değildir.

b) Kölelerin İntiharı

Bütün eski toplumlarda olduğu gibi Roma'da mevcut olan köleler bütün haklardan mahrum idiler. Efendilerinin onlar üzerindeki hakları mutlak idi. Köleler Roma Hukuku bakımından menkul ve gayrimenkul mallar gibi eşya muamelesi görürlerdi. Ağır işlerden ve efendilerinin davranışlarından tedirgin olan köleler arasında in-

(5) Coquelin de Lisle, s. 26 - 27.

(6) Velidedeoğlu, Tötung..., s. 43 - 44; R. Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français. C. V, 3. Bası, Paris 1924, Paris 1937 (Tıpkı Bası), s. 274.

tihar edenlerin sayısı çoktu. Ancak köleler mal sahibi olmadıklarından onları intihar fiillerinden dolayı cezalandırmak herhangi bir yarar getirmezdi. Buna karşılık intihara teşebbüs önem arzederdi. İntihara teşebbüs etmesi nedeniyle çalışması aksayan kölenin efendisine zararı dokunurdu. İşte bu nedenle birçok durumda efendisi, onun, özgürlüğünü satın almak için biriktirdiği paranın bir miktarına -kölenin çalışmaması nedeniyle meydana getirdiği zararın karşılığı para, ona yapılan ihtimam masrafları- el koyardı. Kölenin parasının bulunmaması veya ondan beklenen hizmetlerin artık yeterli olamayacağını anlaşılmaması durumlarında, efendisi, köleyi altı ay önce satın almış olmak şartıyla satım akdini feshedebilir ve ödediği parayı geri alabilirdi. Bu andan itibaren intihara teşebbüs eden köleye ahlâksız ve kusurlu bir şahıs gözüyle bakılırdı. Ayrıca tedip hakkını kullanan efendisi kölesini dövdürebilirdi (7).

c) Askerlerin İntiharı

Roma'nın zaferlerden zaferlere koştuğu ilk dönemlerde, hiç kimşenin aklına vatanî görevlerden ayrı kalmak gelmezdi. İtalya Savaşlarından itibaren Roma Ordusu yorgunluk belirtileri göstermeye başladı. Savaşmaktan yorulan Romalı Asker huzur istemekte, ölümdede bir kurtuluş görmekteydi. İç savaşlar ve İmparatorluktaki sefa hat alemleri intihar olaylarının hızlanmasına ve artmasına neden oldu. Ülkesini korumak görevini icra eden askerin, bu sıfatla, Devletine hizmetle yükümlü olduğundan intihar fiilinin askerden firar suçunun kapsamına girmesine karar verildi. Hür insanın acı çekmesi veya hayattan bıkkınlığı nedeniyle intihar etmesi hoşgörülle karşılanırken, askerin intiharı her durumda cezayı gerektirirdi. Korku veya tembellik nedenleriyle hayatına son veren askerin vasiyetnamesi iptal edilir ve kendisi şerefsiz addedilirdi. Yorgunluktan meydana gelen intihar fiillerinde ise, vasiyetnamesine dokunulmayan asker şerefsiz sayılırdı. Böylece Romalılar düşman karşısında hayatına son vermeyi her durumda şerefsizliği sonuçlayan bir fiil olarak kabul ettiler (8). Kendisini öldürmeye teşebbüs eden ve fakat ölmeyen asker ölüm cezasına çarptırıldığı gibi malları müsadere de edilirdi. Acı veya yoksunluğa dayanan intihara teşebbüs durumu ise, şerefsiz addedilen askerin ordudan ihraç edilmesini sonuçlardı (9).

(7) Coquelin de Lisle, s. 28.

(8) Coquelin de Lisle, s. 29.

(9) Coquelin de Lisle, s. 30.

3 — Yunan ve Romalılarda İntihara Yardım Fiili

Yukarıda da belirtildiği gibi Yunanlılarda ve Cumhuriyetin sonlarına doğru ve İmparatorluk Devrinde Roma'da cezalandırılmayan intihar, hattâ Stoacılar tarafından erdemli bir insanın fiili olarak algılandı. İntiharı cezalandırılmadığı bu devirlerde, fiile yardım da cezalandırılmamaktadır. Roma'da intihara yardım fiilinin cezalandırıldığını savunan Mommsen'e göre ise "Hususi hukukta mağdurun rızası haksız fiili ortadan kaldırdığı halde, bu husus kamu hukuku bakımından geçerli olmayıp, intihara yardım ceza ile ancak hiç şüphesiz hafifletilmiş ceza ile cezalandırılmaktadır" (10). Efendilerinin intiharlarını engellemekte ihmalleri görülen kölelere de ceza verildiğinden yaptırım hür insanlara öncelikle uygulanır (11). Bu sonuca katılmak mümkün değildir. Gerçekten Roma'da kölelerin efendilerinin intiharını engellemekte ihmalleri dolayısıyla cezalandırılmaları, intiharı veya intihara yardım fiilinin cezalandırıldığı anlamına gelmez. Efendisinin intiharına mâni olmayan kölenin cezalandırılması, onların eski çağlardaki özel durumuyla açıklanabilir. Köle efendisini her türlü tehlikeye karşı korumakla yükümlü olduğu gibi ona sadakat göstermekle de mükellefti. Bu son durum dışında, -diğer bir anlatımla efendisinin intiharına yardım eden veya onun intiharını engellemeyen kölenin cezalandırılması dışında birinin intiharına yardım eden hür bir şahıs cezalandırılmazdı (12).

4 — Eski Avrupa Hukukunda ve Kilise Hukukunda İntihar

Bütün ortaçağ boyunca ve 18 nci Asra kadar, Laik Hukuk ve Kilise Hukuku ilişkisi çok sıkı olduğundan, bunların tarihlerinin birbirlerinden ayrılması güçlük arzeder. Aynı etki ve eğilimlere tâbi olan bu iki hukuk 18 nci Asra kadar aynı kuralları benimsemişlerdir. Bununla beraber hemen daima Kilise Hukukunun Laik Hukuktan önde gittiği ve onun kurallarını değiştirdiği müşahade edilmektedir. Aşağıda intiharı Kilise Hukuku tarafından nasıl değerlendirildiğini intiharı tarihçesini üç kısma ayırarak değineceğiz: Ortaçağa kadar intihar, ortaçağdan 16 ncı Asra kadar intihar ve bu asırdan Fransız İhtilâline kadar intihar.

a) Ortaçağa Kadar İntihar

Hıristiyanlık anlayışına göre kişi kendisine ait olmayan hayati üzerinde tasarruf edemez. Tanrının verdiği tanrıya aittir. İnsan ha-

(10) Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, s. 1043.

(11) Mommsen, s. 1043 dn. 8.

(12) Velidedeoğlu, Tötung..., s. 58 - 59.

yatına ancak Tanrı son verebilir (13). Hıristiyan Öğretisini "Hiç bir zaman kendini ne de başkasını öldüreceksin. Kendini öldüren de bir katil değil midir?" cümleleriyle özetleyen ve intiharı cinayetle bir tutan Saint Augustin (Aziz Augustinus) isteyerek ölümün Hıristiyanlığın kabul etmediği bir davranış olduğunu belirtmektedir (14). Hıristiyanlık Roma Hukuku karşısında zayıf bir konumda olduğundan Saint Augustin'in bu görüşleri ağırlık kazanamadı. Bununla beraber Augustin'in Öğretisi, Vizigotlar Kralı Alarik'in emriyle 506 tarihinde latince olarak kaleme alınan Roma Kanunlarına (Lex Romana) girdi. Lex Romana'da kendilerini öldüren sanıkların cezalandırılacakları bildiriliyordu. Kanun cezanın sanığa değil, daha ziyade intihar edene verildiğini belirtiyordu. Böyle bir düzenleme Roma Hukukunun intiharı cezalandırmama esasını değiştirdiğinden bir yenilik oluşturuyordu. Bu yenilikte Saint Augustin'in katkısı inkâr edilemez.

533 yılında Orléans Konsili (15) intihar eden sanıklar hakkında adak adanmasını yasakladı.

Roma Hukukunun ayırımını terkederek Braga ve Auxerre Konsilleri (563), intihar edenlerin suçlu ve cezalandırılması gereken kişiler olduklarını ilân etti. Bunlar hakkında adak adanması veya ayin yapılması yasaklandı. Kilisenin ayinleri yasaklaması, manevi yardımı reddetmesi durumunda, bir hıristiyanın kurtulabilmesi için geriye ne kalıyordu? (16).

IX ncı Asrın ilk yarısında Tanrısal Buyruklara aykırı olan intiharın adam öldürmeyle bir tutulduğu hatırlatıldı.

Troyes Konseli (878) cenazenin defni sırasındaki törenleri yasakladı. Böylece intihar edenin cenazesinin ilahiler söylenmeden defnedilmesi esas kabul edildi (17).

b) Ortaçağdan 16 ncı Asra Kadar İntihar

XII nci Asırdan itibaren Kilise Hukuku hükümlerinin şiddetlendiği görülür. Gratianus, Kilise Hukukuna ilişkin çalışmasında (Decretum Gratiani, Gratianus Karar Derlemesi) hayatına son ve-

(13) Bkz. La Sainte Bible (Yayımlayan: Louis Segond), Paris 1923 (Genèse 2, 7; Eski Ahit, Tekvin 2, 7; Job 1, 21, Eski Ahit, Eyüb 1, 21).

(14) Coquelin de Lisle, s. 32 - 33.

(15) Hıristiyanlıkta, piskoposlar ile öteki kilise önderlerinin öğretisi, yönetim, disiplin ve benzeri sorunları görüşüp karara bağlamak üzere bir araya geldikleri toplantıya konsil denir, Ana Britannica. Genel Kültür Ansiklopedisi, C. 13, İstanbul 1989, s. 489.

(16) Coquelin de Lisle, s. 34 - 35.

(17) Coquelin de Lisle, s. 36.

renin bağışlanamayacağını bildiriyordu. Bir asır sonra Aquino'lu Thomas (Aziz Thomas, 1224-1274) "Summa Theologica" adlı eserinde iyilik ve adalet öğretisi olan Hıristiyanlığın intiharı hoşgöremeyeceğini açıklıyordu. Daha önceki Konsillerin kararlarına iştirak eden Nîmes Konsili, intihar edenlerin cesetlerinin gömülmesini yasakladı.

Kilisenin intihar edenler hakkında ağır cezalar öngörmesi, Ortaçağda intihar olaylarının artmasını engelleyemedi. Derebeylik devrinin en önemli hukuk kaynağı sayılan âdetlerin (18) çoğunluğu Hıristiyan Öğretisinin, bazıları ise hâlâ Digesta'nın etkisi altındaydı. İntihar edenin menkul mallarının müsaderesini düzenleyen âdetler bulunduğu gibi, menkul ve gayrimenkul mallarının müsaderesini öngören âdetlere de rastlanmakta idi (19). Roma Hukukunun etkisinde kalan bazı âdetler ise intihar edenlerin mallarının müsaderesine yer vermiyordu (20).

c) 16 ncı Asırdan Fransız İhtilâline Kadar İntihar

16 ncı Asırda tüm Avrupa'ya yayılan kültür ve sanatta yenilenme hareketleri, intiharın korkunç bir fiil olmadığı anlayışının yerleşmesine neden oldu. Lyon (1577) ve Reims (1583) Konsillerinin kendilerinden önce toplanan Konsillerin kararına iştirak ederek intiharı ağır bir biçimde cezalandırmaları kınandı. Ayrault (1526-1601) "Cesetler, Küller ve Anılara Karşı Açılan Davalar" adlı eserinde gölgelerle (21) savaşmanın gülünç ve budalaca olduğunu belirttikten sonra "... ölümün cinayeti sildiğini ve sona erdirdiğini söylemiyor muyduk?" sorusunu sormaktadır. Roma Hukukunun etkisinde kalan Guy Coquille, ızdırap veya üzüntü nedeniyle hayatına son verenin mallarının müsadere edilmemesi sadece cesedinin örnek teşkil etmesi amacıyla asılması görüşünü savunur. Ancak bütün bu düşünceler Âdetlere ve Konsillerin Kararlarına dayanan mevzuatın değişmesine yeterli olamadı. Diğer bir anlatımla, önceki asırların

(18) Feodal devirde genellikle âdetler sözlü idiler. Adalet memurları tarafından incelenen yazılı şekilleri resmi bir nitelik taşıymıyordu. "Coutumier" ismi verilen bu örf ve âdet yazılarının en ünlüsü 1283 yılında Philippe de Beaumanoir tarafından kaleme alınan Beauvaisis âdetiyle ilgili olanı idi. Bkz. Marcel Rousselet - Jean Michel Aubouin, Histoire de la justice, 5. Bası, Paris 1976, s. 22 - 23.

(19) Coquelin de Lisle, s. 37.

(20) Örneğin Roma Hukukunun etkisinde kalan Bourgogne Yüksek Mahkemesi, geçim sıkıntısı nedeniyle intihar edenin mallarının müsaderesine karar vermedi, bkz. Coquelin de Lisle, s. 37 dn. 3.

(21) Eski çağda ölümler gölgelerle bir tutulurlardı.

ceza anlayışı varlığını sürdürmekte devam ediyordu: Manevi, cismani ve mameleke ilişkin cezalar yürürlükte idiler.

16 ncı Asırda kaleme alınan Adetlerin çoğunluğu asrın eğilimi ve anlayışını aksettirmekten uzaktı. Gerçekten 1580 tarihli yeni Bretagne Adeti 631'nci maddesinde "Bilinçli olarak kendini öldüren ayaklarından asılmalı ve bir katil muamelesi görmelidir" demek-teydi. 631'nci madde eski âdetin (22) 586'ncı maddesini aynen yansı-tıyordu.

Daha hafif bir hükme, intihar edenin karısına ilişkin olmak üzere Normandiya Adetinde rastlanmakta idi. Diğer âdetler müntehi-rin bütün menkul mallarının müsaderesine hükmedileceğini belir-tirken, sadece Normandiya Adeti, intihar edenin menkul malları-nın üçte birinin derebeyine, üçte ikisinin ise karısı ve çocuklarına kalacağını öngörüyordu.

1670 Fransız Emirnamesi intiharı, Tanrı veya Devlet Başkanına karşı işlenen suçla bir tuttu.

18 nci Asır müelliflerinden Jousse "Traité de Droit Criminel" adlı eserinde intihar edenlerin ceset ve mallarının yaptırma tâbi tu-tulduğunu açıklamaktadır. Müellife göre intihar edenlerin cesetleri, halka gösterilmek üzere başları yere doğru olacak biçimde bir top-rak kalburuna konulurdu. Daha sonra ayaklarından asılan cesedin gömülmesi yasaklanmıştı. Bu ceza ancak kendilerini soğukkanlılık-la öldürenlere uygulanırdı. Müntehirin ayrıca malları müsaderâ edi-lirdi. "Matières Criminelles" adlı kitabında Muyart de Vouglans, in-tihara teşebbüsün tamamlanmış intiharla bir tutulduğunu belirt-mektedir (23).

5 — Fransız İhtilâlinde Zamanımıza Kadar İntihar

Hoşgörüle karşılanmayan ve ağır bir biçimde (24) cezalandırılan intihar fiilinin kovuşturulması 18 nci Asrın sonlarına doğru özellikle Beccaria, Montesquieu ve Voltaire'in etkisiyle seyrekleşti.

Gerçekten Fransa'da 1789 tarihine kadar cezalandırılan intihar

-
- (22) En eski Bretagne Adeti 1539 Senesine aittir. Söz konusu âdet, uzun zaman-dır yürürlükte olan teamüllerin bir araya getirilmesinden oluşmuştu.
- (23) Coquelin de Lisle, s. 39 - 42.
- (24) Mahkûmiyetten kurtulmak için intihar edenlerle ıstıraplarına son vermek üzere bu yolu seçenler arasında bir ayırım yapan âdetlere rastlanmakta-dır. Ayrıca, intihar eden akıl hastaları veya akli melekelerinde teşevvüs meydana gelmesi nedeniyle hayatlarına son verenler hakkında cezaya hükmedilmezdi. Bkz. Garraud, C. V, s. 275,

fiiline (25) müeyyide uygulanmasına karşı ilk itirazları yapanlardan biri de Cesare Beccaria (1738 - 1794)'dır. Beccaria, "Suçlar ve Cezalar" adlı eserinin (1764) "İntihar ve Hicret" başlıklı XXXV inci faslında, intiharı cezalandırılması mümkün olmayan bir suç olarak nitelendirmektedir. Beccaria'nın intiharı "suç" olarak belirtmesinin nedeni, yaşadığı devirde yukarıda da belirtildiği gibi intiharı suç sayılmasıydı (26). Müellife göre, intiharı cezalandırılmamasının nedeni (27) cezaya konu olan şeyin cansız ve hissiz bir bedenden ibaret olması veya intihar nedeniyle cezalandırılacak şahısların (intihar edenin mallarının müsaderesiyle masum aile fertleri cezalandırılmaktaydı) masum bulunuşlarından. İntihar edenin cansız bedenine verilen ceza yaşayanlar üzerinde aynen bir heykelin kırbaçlanması gibi bir etki meydana getirir. O kadar. Cezaların şahsiliğine aykırı olan müntehirin ailesinin cezalandırılması ise zulüm ve adaletsizlik husule getirir. Mallarını alıp gitmediğinden, hatta cesedini bile vatanına terkettiğinden, intihar edenin diğer bir Devlete sığınan kimseye nazaran topluma çok daha az bir zararı olur. Ayrıca bir Devletin kuvveti vatandaşlarının sayısına bağlı olduğundan, diğer bir Millete karışmak için kendi ülkesini terkeden fert, terkettiği topluma intihar edene oranla iki defa daha fazla kayıp vermiş olmaktadır (28). İntihar Allah'a karşı işlenmiş bir suçtur. Ölümünden sonra cezalandırmak sadece Allah'a aittir. Müntehiri cezalandırmayan insanlar ancak onun geride bıraktığı ailesi fertlerine yaptırım uygulayabilmektedirler. Geride kalan aile fertlerinin cezalandırılması da cezaların şahsiliği kuralının ihlâline ve dolayısıyla hürriyetin ortadan kalkmasına neden olur. Ceza tehdidinin kendisini öldürmeye karar veren üzerinde etkili olabileceği görüşünü Beccaria, "... hayatın nimetlerini sessizce reddeden ve belki de mutsuz bir ebediyete kavuşmak için bu dünyadaki varlığından iğrenin bir kimseyi ailesine ilişkin zayıf ve geleceğe yönelik bir endişe

(25) **Robert Vouin**, *Droit pénal spécial*, 2. Bası, C. I, Les infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique, Paris 1968, s. 131.

(26) Bkz. **Jean Graven**, *Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738 - 1794)* in: *Grandes Figures et Grandes Oeuvres Juridiques*, Genève 1948, s. 97 - 186, 165.

(27) Cezanın önleyici bir etkisi olmadığı ve haksız olarak ailesine yansıdığı gerekçeleriyle intihar cezalandırılmamıştır. bkz. **Vouin**, s. 131.

(28) **Beccaria**, (Çev.: André Morellet), *Traité des délits et des peines*, Paris An V. - 1797, s. 147 - 148; **Beccaria**, *Des délits et des peines*, traduction nouvelle, Paris 1822, s. 226 - 227; **Beccaria**, (Çev.: Muhiddin Göklü) *Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi*, 3. Bası, İstanbul 1964, s. 270-171..

durduramayacaktır” gerekçesiyle red etmektedir (29).

Netice olarak Beccaria, müntehire verilecek cezanın önleyici bir etkisi olmadığı, diğer bir anlatımla bizzat intihar eden ve yaşayanlar üzerinde hiçbir tesir meydana getirmediği ve masum aile fertlerine uygulanacak yaptırımın da, cezaların şahsiliği esasına aykırı olduğundan zulüm ve adaletsizlik yaratacağı gerekçeleriyle intihar fiilinin cezalandırılmamasını savunur.

İntihar konusuna değinen Montesquieu (1689-1755) “İran Mektupları”nda (Lettres persanes 1721) (30) söz konusu fiilin cezalandırılmasına açıkça karşı çıkmaktadır. Buna karşılık “Kanunların Ruhu” (Esprit des lois 1748) adlı kitabında müellif, müntehire uygulanan cezaları (bedensel ceza, mallarının müsaderesi) eleştirmekten kaçınıyor. Aşağıda Montesquieu’nün intihar konusundaki fikirlerine değineceğiz.

“İran Mektupları” adlı eserinin 76’ncı mektubunda intihar edenlere karşı Avrupa’daki kanunların amansız olduklarını belirten Montesquieu, müntehirlerin cesetlerinin sokaklarda sürüklenmesi, namus ve şereflerinin çamurlara bulanması, mal ve mülklerinin müsadere edilmesiyle kanunların onları ikinci defa ölüme mahkûm ettiklerini belirtmektedir (31). Müellife göre, bu kanunlar ziyadesiyle haksız ve adaletsizdir. “Kederden, sefaletten, hakaretten inleyip ezilirken, bu izdiraplarıma son vermeme niçin engel olunmak isteniyor ve yaralarımın ilâcı ellerimde bulunurken, beni niçin ondan merhametsizce mahrum etmeye kalkıyorlar?. — Neden içinde bulunmayı red ettiğim bir toplum için çalışmam isteniyor? — Yapılmasına iştirak etmediğim bir anlaşma ile niçin bağlı olayım? Toplum karşılıklı bir yarar üzerine kurulmuştur. Ancak toplum benim için bir yük teşkil ederse, artık onu reddetmeme kim engel olabilir? Hayat bana bir lütuf olarak verilmiştir. Fakat o bu niteliğini kaybederse ben de onu istememek hakkına sahip olmalıyım. Neden kal-

(29) Beccaria, 1822, s. 232 - 233; “Aile” sözcüğünün yer almadığı Morellet tercümesinin 154 üncü sayfasında “çok daha hafif ve geleceğe yönelik mülahazalar”, Göklü çevirisinin 275 inci sayfasında ise “bu kadar zayıf ve bu derece istikbale muzaf bir endişe” ibarelerine rastlanmaktadır.

(30) “İran Mektupları”nda, Parise gelmiş iki İranlının Fransız siyasi ve toplumsal bünyesiyle ilgili ülkelerine yazdıkları mektuplar konu edilmektedir. Eser, o zamanın Fransa’sının siyasi teşkilâtı ve sosyal bünyesiyle alay etmektedir. Fransız Halkı mektuplardan, XIV Louis Krallığının zorbalığa kayarak nasıl soysuzlaştığını, sarsılmaz sanılan birçok değerini boş olduğunu iki İranlıdan öğrenmiştir.

(31) Montesquieu, Lettres Persanes, Éditions Garnier Frères, Paris 1960, s. 160; Montesquieu (Çev.: Muhiddin Göklü), İran Mektupları, İstanbul 1963, s. 241.

kinca, sonuç da nihayete erer. — Ben kanunların hükmü altında yaşıyorsam, onlara itaate mecburum. Fakat ben yaşamıyorsam, o kanunlar artık beni bağlayabilir mi? — Fakat şimdi de bana, siz, Tanrının düzenini bozuyorsunuz, Tanrı ruhunuzla bedeninizi birleştirdi, halbuki siz, onları birbirlerinden ayırıyorsunuz, binaenaleyh siz, Tanrının isteklerine karşı geliyorsunuz, ona direniyorsunuz diyeceklersiniz. — Bu ne demektir? Ben maddenin biçimini değiştirdim diye... Tanrının düzenini bozmuş sayılır mıyım? Hiç şüphesiz hayır: Ben sadece bana verilen bir hakkı kullanmış oluyorum ve bu anlamda Tanrıya karşı gelmeden kendi düşünceme göre harekette serbestim. — Ruhum bedenimden ayrıldığı zaman ... dünya bazı kayıplara mı uğrayacaktır? Tanrının büyük ve muhteşem eserleri önemlerinden bir şey mi kaybedeceklerdir? (32). — Bütün bu düşüncelerin kaynağı ... sadece gururumuzdur. Biz bir türlü küçüklüğümüzü hissetmiyor, evrende mutlaka önemli bir şey olmak istiyoruz. Biz bizim gibi kusursuz bir kişinin yok olup gitmesinin tabiatı küçültüp alçaltacağını düşünüyoruz...” (33)

“İran Mektupları”nda açıkça intiharin cezalandırılmasını kınayan Montesquieu, “Romalıların Yükseliş ve Çöküş Nedenleri Üzerine Düşünceler” (Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence 1734) adlı eserinde, Brutus, Cassius ve Cato'nun intiharlarından bahsetmek suretiyle konuyla meşgul oldu. Hayatlarına son verme cesaretini gösteren Romalıların övüldüğü kitapta Montesquieu, intiharin haklılığını belirtmekten ziyade söz konusu fiili mazur göstermeye çalışmaktadır.

Dini esasların dünyevi esaslara uymaması dolayısıyla günlük hayatın meselelerinin kilise hukuku tarafından düzenlenemeyeceğini “Kanunların Ruhu” (Esprit des lois, 1748) isimli eserinde belirten Montesquieu, lâik mahkemelerin öteki dünyaya bakan mahkemelerin kurallarıyla yürütülemeyeceği kanaatinde (XXVI Kitap, Konu XI-XII). Ancak kendi kendilerini öldürenlerin davranışlarının tabii kanunlara ve dinlerin yasalarına aykırı olduğunu belirten Montesquieu, “bazı ülkelerin medeni kanunları, insanların kendi kendilerini öldürmelerini önlemeğe çalışıyorsa, bunun sebepsiz olmadığı muhakkak...”tır diyerek (34). İran Mektuplarından farklı olarak, intiharin cezalandırılmasına karşı çıkmamaktadır.

(32) Montesquieu, Lettres Persanes, s. 161.

(33) Montesquieu, Lettres Persanes, s. 162.

(34) Montesquieu (Çev.: Fehmi Baldaş), Kanunların Ruhu Üzerine, C. I, XIV Kitap, Konu XII, s. 431 - 432, Ankara 1963; C. II, XXVI Kitap, Konu XI - XII, s. 245 - 246, İstanbul 1965; Ossip Bernestein, Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende, Breslau 1907, s. 21 - 22 (Heidelberg Doktora Tezi)

İntiharın cezalandırılmasına karşı çıkanlardan biri de Voltaire'dir (1694-1778). Aydınlanma çağının öncülerinden olan müellif, "Suçlar ve Cezaların Tefsiri" (Commentaire sur le livre des délits et des peines, 1766) adlı eserinde, ne Tevrat ne de İncil'in hayata tahammül edemeyen insanı dünyayı terkten yasaklamadığını, hiçbir Roma Kanununun da intihar edeni cezalandırmadığını belirtmekte ve buna dayanak olarak İmparator Marc-Antoniüs'un yürürlükten kalkmamış kanununu göstermektedir. Kanuna göre, herhangi bir suçtan sanık olmayan babanız veya kârdeşiniz, ızdıraplarından yahut hayatın sıkıntılarından kurtulmak için veya ümitsizlik veya cinnetin etkisiyle kendini öldürürse, vasiyetnamesi geçerliliğini muhafaza eder. Şayet vasiyetname yapmamışsa, mirasçuları miras hükümlerine göre mirasa hak kazanırlar.

Voltaire, bu insani kanuna rağmen, insanların hâlâ, münteherin cesedini toprak kalburuna koyup beygire sürükletmek suretiyle teşhir ettiklerini, kendi iradesiyle hayatına son verenin cesedini kazığa oturttuklarını, hatırasını çamurlara buladıklarını, yakınlarını ellerinden geldiği kadar şeref ve itibardan düşürdüklerini, mâmelekinin müsadere ederek mirasçılara intikal eden malları gaspettiklerini belirtmektedir. Bu âdetin diğer birçok âdet gibi Kilise Hukukundan çıktığını vurgulayan Voltaire, kilisenin kendi iradesiyle ölenleri mezardan bile mahrum ettiğini söylemektedir (35). Böylece Voltaire temelde Kilise Hukukuna karşı olduğundan, bu hukukun suç sayıp cezalandırdığı intiharın, suç sayılmasını da kabul etmemektedir (36).

Bu yeni akım karşısında Laik Otorite yürürlükteki mevzuatı uygulayamadığı gibi, kilise de intiharın cezalandırılmasında ısrarlı davranmadı (37). Gerçekten "Büyük" Friedrich II (1712-1786) zama-

(35) Voltaire, Commentaire sur le livre des délits et des peines, 1766 in: Beccaria, 1822, s. 275 - 358, 340 - 341; Beccaria, (çev.: Muhiddin Göklü), s. 281 - 282.

(36) Aydınlanma çağında Voltaire gibi intiharın cezalandırılmasına karşı çıkan düşünürler arasında Fransa ve İtalya'da, Holbach (1723 - 1789, Système de la Nature, 1770, Kısım II, Fasil XIV), Rousseau (1712-1778, Nouvelle Héloïse, Mektup XXI), Diderot (1713 - 1784, La marquise de Claye et St. Alban, C. IV; Principes de la philosophie morale, C. I; Essai sur les règnes de Claude et de Néron, C. III), Marat (1744 - 1793, Plan de la législation criminelle), Brissot de Varville (1754 - 1793, Théorie des loix criminelles), Servin (1746 - 1811, De la législation criminelle), Pastoret (Des Loix pénales, C. I, Kısım I, II), Valazé (1751 - 1793, Abhandlung über die Strafgesetze, C. III, Fasil X) ve Filangieri (Scienza della Legislazione) sayılabilir. Bkz. Bernstein, s. 20 - 30; Alman müellifleri için bkz. aynı müellif, s. 30 vd.

(37) Coquelin de Lisle, s. 42 - 43.

nında intihar suç olmaktan çıkarıldı (6.12.1751 Emirnamesi). 6 Mayıs 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle intihar ve intihara teşebbüs, Almanya'da cezalandırılır bir fiil olmaktan çıktı. Fransa'da 1791 Ceza Kanunuyla intiharın cezalandırılmasına son verildi (38).

6 — Ortaçağdan 1789'a Kadar İntihara Yardım

Yukarıda da açıklandığı gibi Ortaçağda lâik hukuk, insanın kendi eliyle hayatına son vermesini günah olarak nitelendirip cezai müeyyide altına alan Hıristiyanlık ve dolayısıyla Kilise Hukukundan etkilenerek, intiharı cezalandırdı (39). Ancak bu zamanda inti-

(38) **Velidedeoğlu**, Tötung..., s. 45 - 46.

(39) Charlemagne'in (742 - 814) Emirnameleri her ne kadar intihar edenin ruhuna dualar edilmesine, hatırasına sadaka dağıtılmasına izin vermekte idiyse de, aleni bir ayını veya intihar edenin hatırasını yücelten herhangi bir işlemi yasaklamakta idi. "Carolina" (1532) "İntiharın cezası" başlıklı 135 inci paragrafında "Hayatını ve malını kaybettirecek fiiller nedeniyle mahkemeye çıkarılan kimse, suçun ispatlanması durumunda ceza korkusu ile intihar ederse, terekesi mirasçılara kalmayıp Hazineye geçer. Ancak kişi hayatını kaybetmesini gerektiren bir suçtan, hastalıktan, melankoliden, akli teşevvüsten veya başka nedenlerden dolayı intihar ederse mirasçıları terekeden hak sahibi olurlar. Bu hükümlere aykırı örf ve adetlerin yerini İmparatorluk Hukuku alır" Carolina için bkz. Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 (Carolina), herausgegeben und erläutert von Gustav Radbruch, Stuttgart 1967. Roma Hukukunun etkisi bu hükme açık bir biçimde yansımıştır. Friedrich Wilhelm I'in 1720 tarihli Emirnamesi intihar edenin cellat tarafından gömülmesini öngörüyordu. Kral bakımından günah sayılan intihar korkunç, menfur bir ayıptı, bkz. **Robert v. Hippel**, Deutsches Strafrecht. C. I, Allgemeine Grundlagen, Berlin 1925, s. 256. Hattâ, intihar eden akıl hastalarının malları müsadere edilmekteydi. 1794 tarihli Prusya Kanunu (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten=Prusya Devletleri için Umumi Memleket Hukuku) intihar edenin cesedini cezalandırıyordu (m. 805). Prusya Kanununun tam metni için bkz. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794. Textausgabe. Mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert, Frankfurt am Main - Berlin 1970. Prusya Kanununun bu hükmü Kral Friedrich Wilhelm II'nin 1796 tarihli bir Emirnamesiyle yürürlükten kaldırıldı. Aynı zamanlarda Almanya gibi Fransa da, intiharın cezalandırılmasıyla ilgili olarak Roma Hukukunun ve Kilisenin etkisi altında kalmıştı. Haysiyet kırıcı defin ve müntehirin mallarının müsadereyi intiharın mutâat cezaları idi. 1670 Emirnamesi, intihar fiilinin bilerek ve istenerek işlendiğinin kanıtlanması durumunda cesedin cezalandırılacağını ve müntehirin mallarının müsadere edileceğini öngörüyordu. Avusturya'da "Constitutio Criminalis Theresiana" (1769) 93 üncü maddesinde intiharı cezalandırmıştı. Joseph II'nin Ceza Kanununun (Avusturya - 1787) 123 vd. maddelerinde, intihar edenin cürüm işlediği kabul edilmekte ve cesedinin cellat tarafından gömüleceği belirtilmekteydi. Bkz. **Velidedeoğlu**, Tötung..., s. 45 - 46.

hara yardım fiilinin cezayı gerektirip gerektirmediğini aynı katiyetle söyleyemiyoruz. Bu hususta kanuni hükümlere rastlanmamaktadır. Ancak intiharın bu zamanlarda cezalandırıldığı gözönüne alınırsa, yardımın da muhtemelen cezayı gerektirdiği belirtilebilir.

“Carolina”da (1532) intihara yardım’la ilgili bir hüküm bulunmamaktadır (40).

7 — Fransız İhtilâlinde Zamanımıza Kadar İntihara Yardım

Çok daha sonraları Prusya Kanunu (1794) konuyla ilgili bir hükme (Kısım II, 20. Bap, m. 834) yer vermiştir. Maddeye göre “Talebi üzerine bir kimseyi öldüren veya intiharına yardım eden altı sene on seneye kadar kelebentliğe veya ağır hapis cezasına mahkûm olur”. Maddenin talep üzerine adam öldürmeye ilişkin ilk kanuni hüküm olduğu belirtilmiştir (41). Prusya Kanununu izleyen birçok Alman Devleti, 19ncü Asrın ortalarına doğru intihara yardımın cezayı gerektirdiğine ilişkin bir hükme mevzuatlarında yer verdiler. Gerçekten örneğin, Braunschweig Dükalığı CK.nun (1840) 148 inci, Baden Büyük Dükalığı CK.nun (1845) 208 inci, Tübingen Devletleri CK.nun (1850) 121 inci ve Saksonya Krallığı CK.nun (1855) 158 inci maddeleri intihara yardımı cezalandırmışlardı. Alman İmparatorluk CK. (15.5.1871) intihara yardımını özel bir suç olarak düzenleyen yukarıdaki kanunlara katılmamıştır (42). Aşağıda çalışmanın mukayeseli hukuk kısmında görüleceği üzere, bugün intiharı suç saymayan Kanunlar genellikle bu fiile yardım (ikna, teşvik, yardım) cezalandırmaktadırlar.

8 — İslâm Hukukunda İntihar ve İntihara Yardım

Adam öldürmeyi yasaklayan İslâm Hukuku intiharı da yasaklamıştır. Konuyla ilgili hükümlere hem Kur’an’da hem de hadislerde rastlanır: “Haklı bir sebep olmadıkça Allah’ın muhterem kıldığı cana kıymayın” (İsra Suresi Ayet 33) (43). “Kendinizi öldürmeyiniz” (Nisa Suresi Ayet 29) (44). Hadisi şeriflerde de intiharın yasak olduğu vurgulanmıştır. Allah’ın Elçisi şöyle demektedir: “Her kim ki kendisini bir demirle öldürürse kıyamet gününde elinde o demir parçacığı ile getirilir, cehennem azabının içinde kalır. Her kim ki kendisini bir zehirle zehirlerse, kıyamet gününde o zehir elinde

(40) Velidedeoğlu, Tötung..., s. 60.

(41) Velidedeoğlu, Tötung..., s. 9.

(42) Velidedeoğlu, Tötung..., s. 60, 96 dn. 140.

(43) Kur’an-ı Kerim ve Açıklamalı Meali, (Hazırlayanlar : Ali Özek - Hayrettin Karaman vd.), İstanbul 1982, s. 284.

(44) Kur’an-ı Kerim ve Açıklamalı Meali, s. 82.

bulunarak cehennem ateşine sokulur, orada sürekli kalır. Kim ki kendisini ağaçtan atarak öldürürse o da cehenneme fırlatılarak atılır, orada ebediyyen kalır” (45).

İslâm Hukukunda yasak ve haram sayılan intihar fiili -intihar kasıtlı veya yanılarak olabilir- gerçekleşikten sonra, müntehire bir ceza verilmez (46). Zira dünyevi ceza ölümle sakıt olur. Kefaret konusunda ise İslâm Hukukçuları arasında ihtilâf vardır. Bazıları (İmam Malik, İmam Azam) kefarete olmayacağını belirtirken, İmam Şafii kasıtlı veya yanılarak canına kıyıp kendisini öldüren kimse- nin malından kefarete verilmesi gerekeceğini ileri sürmektedir.

Vefatı vukubulan müntehirin cezalandırılmamasına karşılık, intihar etmek isteyen kişi ölmediği takdirde intihar suçuna teşebbüsünden dolayı cezalandırılır. İntihar yasaklandığından, intihar eden kişiyi, teşvik eden, ona yardımda bulunan cezalandırılır. Çarptırılacakları ceza tâzir (47) cezasıdır. Bu suretle İslâm Hukukunun müntehir veya intihara teşebbüs edene yardımcı olanı (ikna, teşvik, yardım) cezalandırması genellikle ceza kanunlarının kabul ettiği bir görüştür.

(45) **Abdülkadir Üdeh**, (Çev.: Akif Nuri), İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk. C. I, İstanbul 1976, s. 644.

(46) **Üdeh**, C. I, s. 644; ayrıca bkz. **Josep Schacht**, (Çev.: Mehmet Dağ - Abdülkadir Şener), İslâm Hukukuna Giriş, Ankara 1977, s. 189.

(47) Tâzir, önceden belli olmayan, ülûlemin, hâkimin serbest takdirine bırakılan cezaları ifade eder. Bazı İslâm Hukukçuları tâziri “hadden aşağı te'dibdir” diye tanımlarlar. Bkz. **Sabri Şakir Ansay**, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 3. Bası, Ankara 1958, s. 292; **M. Cevat Aksit**, İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları, İstanbul 1976, s. 58 (Doktora Tezi). İslah olunca- ya kadar hapis, 39 sopayı aşmamak şartıyla dayak - bazıları tâzirdede vurulacak sopa miktarını 75 veya 79 olarak göstermektedirler - teşhir, kulak çekme, azarlama, hâkimin yüzünü buruşturması, terk, sürgün, tâzir cezalarından bazılarıdır. Bkz. **Ali Şafak**, Mezheblerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku, Erzurum 1977, s. 198 - 199. Had cezalarını miktar itibariyle aşmaması gerektiğinden tâzir olarak ölüm cezasına hükmedilemez. Tâzir cezaları arasında ölüm cezasının yer alıp alamayacağı hususundaki tartışmalar hakkında bkz. **Ahmet Mumcu**, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katli, Ankara 1963, s. 47 vd. (Doktora Tezi). Ancak zamanla İslâm Devlet Reisine, İslâm toplumu için tehlikeli saydığı kimseleri, Devlet ve toplumun menfaati için öldürebilmek yetkisi tanınmıştır ki, buna “Siyaseten katli” denilmiştir. Bu suretle tâziren uygulanmaması gereken ölüm cezası, çoğu kez Şeyh ül-İslâm'dan fetva alınarak “Siyaseten katli” adı altında sık sık tat- biki edilmiştir, bkz. **Coşkun Üçok**, Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler (AHFM., C. IV, sy. 1 - 4, İstanbul 1947, s. 48 - 73, 52); **Coşkun Üçok - Ahmet Mumcu**, Türk Hukuk Tarihi. Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 1982, s. 74.

II — İNTİHARA YARDIM SUÇUNUN UNSURLARI, SUÇA TESİR EDEN SEBEPLER VE MUKAYESELİ HUKUK

1 — Genel Olarak

Kişinin mutlak hürriyetini belirten Fransız İhtilâli, intihar karşısında adalet ve toplumun ilgisizliğini ilân etti. Bu görüşü benimseyen çağdaş kanunlar intiharı suç olmaktan çıkardılar. Lombardi-Vénitie'de 1815'de yürürlüğe konan 1803 tarihli Avusturya Ceza Kanunu (CK.) 19.ncu yüzyılda intiharı cezalandıran belki de tek Avrupa Kanunu idi. Kanun, intihardan gönüllü vazgeçmeyle, fiilin bir kaza veya müntehirin arzusu dışında tamamlanamaması (tam teşebbüs) arasında bir ayırım yapıyordu (§§90-91). Birinci durumda hâkim önüne çağrılan fail görevlerini hiçe sayan fiilin ağırılığı nedeniyle ciddi bir biçimde uyarılırdı. İkinci durumda ise, emin bir yere kapatılan ve sıkı bir şekilde gözetim altında bulundurulmuş müntehir, aklını kullanabilmesi ve görevlerini hatırlaması için fiziki ve ahlâki bir tretmana tâbi tutulurdu. Şayet müntehir vefat etmişse, mahkeme kararıyla mezarlık haricinde bir yere gömülürdü (48). 1850 yılında İmparatorluk beratıyla müntehir hakkındaki yaptırımlar kaldırıldı (49). Avusturya CK.nun intiharla ilgili benzer hükümlerine, Piémont ve Sardunya'da yürürlükte olan 26.10.1839 tarihli Albertin Kanununda rastlanmaktadır (50). Bugün bu son kanun da yürürlükten kaldırılmıştır. Avusturya CK.nun (1803) yerine geçen 1853 tarihli kanun intihar konusuna değinmemektedir (51). Kendi hayatına son verenin veya intihara eksik veya tam teşebbüste bulunanın fiili İngiltere'de uzun zaman suç sayılmıştı. Gerçekten İngiltere'de her ne kadar müntehirin vefatı vukuunda uygulanan manevi, cismani ve mâmeleke ilişkin cezalar -cesede kazık çakılması, ölünün mezarlığa defnedilmemesi, mallarının müsaderesi- 1851 yılında kaldırılmışlarsa da, intihar -teşebbüs halinde kaldığı hallerde- yine de suç, adam öldürmeye teşebbüs (cünha, misdemeanour) sayılıp cezalandırılıyordu (52). Söz konusu fiil İngiltere'de 1962 yılında suç olmaktan çıkarıldı (53). 1881 tarihli New York CK.nda (m. 172 vd.) İngiliz Hukukundakilere benzer hükümler bulunmaktadır. İntiharı

(48) Garraud, C. V., s. 276.

(49) Dieter König, Die Tötungsdelikte, in: Materialien zur Strafrechtsreform. C. II. Rechtsvergleichende Arbeiten, Bonn 1955, s. 209-234, 221.

(50) Garraud, C. V., s. 276; Code pénal d'Italie (30 Juin 1889), (Çev.: Jules Lacoïnta), Paris MDCCCXC, s. XX.

(51) Garraud, C. V., s. 276.

(52) König, s. 221; Garraud, C. V., s. 276 dn. 5.

(53) Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13. Bası, İstanbul 1990, s. 88

ağır ve kamusal bir kötülük olarak niteleyen 172 inci madde, intihar eden kişinin toplum yararı açısından cezalandırılması olanaksız olduğundan, yaptırma hükmedilemeyeceğini belirtmektedir. Bununla beraber 174 üncü madde, intihara teşebbüs edenin adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılacağını öngörmektedir (54).

İntihara teşebbüs edeni veya vefat eden müntehiri çağdaş Ceza Kanunları cezalandırmamaktadır. Gerçekten hayatına son veren veya vermeye teşebbüs eden bırakın ceza vermeyi kendisine merhamet duyulması gereken bir kişidir (55). Buna karşılık başkasının intiharına yardım fiili -son verilen hayat kişinin kendi hayatı olmadığından- cezayı gerektirir. Bu anlayışa uygun olarak ceza kanunları genellikle, intihara ikna veya teşvik veya fiilin icrasına yardım biçiminde gerçekleşen intihara yardımı (56) cezalandırırlar. Buna mukabil böyle bir kanunî tip tanımayan diğer bir anlatımla, "intihara yardım" isimli bağımsız bir suç tipine mevzuatlarında yer vermeyen Fransız, Belçika ve Lüksemburg Hukukları intihara yardım fiilini cezalandırmazlar. Bu hususun bir boşluk oluşturduğunu belirten söz konusu ülkelerdeki öğretinin bir kısmı, bazı kanunî tiplerin yardımına ve özellikle gerçek ihmali suçlara başvurarak (örneğin, hayati tehlike halindeki bir kimseye yardım etmeme suçu, Fransız CK. m. 63/2) başvurarak intihara yardım fiilinin cezalandırılmasını savunurlar. Uygulamanın böyle bir çözümü kabul etmediğini belirtelim

Netice olarak kanunları kabul ettikleri sistemler bakımından iki büyük gruba ayırabiliriz: İntiharı suç saymayan ve yardımda bulunanları cezalandırmayan kanunlar (örneğin, Fransız CK., İsviçre CK., Federal Alman CK.) ve intihar fiilinin suç saymayan ve fakat yardımda bulunanları cezalandıran kanunlar. Genellikle ülkelerin ceza kanunları ve Türk CK. bu ikinci gruba girerler.

İntihara yardım edenlerin cezalandırılmalarını kabul eden kanunlar genellikle iki imkân öngörürler. Birinci imkân iştirake ilişkin hükümlerin kıyasen veya sarıh olarak diğerinin intihar fiiline "yardım edene" uygulanmasıdır. Ancak bu yol Federal Alman CK.-nin ve kanunumuzun da dahil olduğu hukuklara kapalıdır. Çünkü

(54) Garraud, C. V., s. 276 dn. 5.

(55) Ernst Hafer, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil. C. I, Berlin 1937, s. 14.

(56) Belirtelim ki intihar suç sayılmadığından buna iştirak de suç olmayacaktır. Ancak kanunlar intihara ikna veya teşvik veya yardımı veya bunların hepsini birlikte bağımsız bir suç olarak düzenlediklerinden, biz de bu makalemizde intihara ikna ve yardım veya sadece intihara yardım ibaresini kullanacağız.

söz konusu hukuklara göre iştirak hükümlerinin uygulanmasının şartlarından birini asıl fiilin başlı başına suç olması teşkil eder. Diğer bir deyişle kendisi suç olmayan fiile iştirak de suç sayılmayacaktır. Buna "iştirakte bağlılık kuralı" (Akzessorietät der Teilnahme) denir (57). Bu kurala göre, bir suça maddi veya manevî nitelikte katkıda bulunmuş olanın bu katkısı, onun suça iştiraki bakımından yeterli değildir. İştirak kurallarının uygulanabilmesi asli failin bütün suça katılanlar bakımından aynı olan bir suçu işlemiş olmasına, bir suçu gerçekleştirmesine bağlıdır (58). Müntehirin fiili suç olmadığından, bu fiile iştirak de suç oluşturmaz. Yukarıda belirtilen nedenle bu yola başvurmayan kanunlar, ikinci imkânı kullanmak zorunda kalmışlardır. Bu ikinci imkân, asli failin kanuni tipe uygun hareketini aramayan ve "intihara yardım" ismiyle anılan bağımsız bir suç tipi oluşturmaktır. Birinci yolu genellikle İspanyol - Güney Amerika Hukukları, ikinci yolu ise bazı Avrupa Kanunları seçmişlerdir. İkinci yolu seçen kanunlar genel iştirak hükümlerinden ayrıldıklarını belirtmek için iştirakte kullanılan terimlerden farklı terimler kullanmışlardır. Örneğin 11.7.1932 Polonya CK.nun 228 inci maddesi (59) "azmettirme" veya "muavenet" yerine "teşvik" veya "yardım etme", 21.2.1937 İsviçre CK.nun 15 inci maddesi (60) kenar başlığında iştirak hükümlerinde kullandığı "iştirak, azmettirme, tâli şeriklik" yerine "teşvik veya intihara yardım" terimlerine yer vermiştir. Türk CK.da "azmettirme", "müzaheret ve muavenet" terimlerini intihara ikna ve yardım suçunda kullanılmayarak aynı anlama gelen "ikna" ve "yardım" sözcüklerine yer vermiştir.

İntihara yardım suçunda "teşvik" ve "yardım" terimlerini birlikte kullanan kanunlar, her iki fiile de aynı miktar cezanın verilmesini öngörmektedir. Buna karşılık 17.8.1950 Yunan CK.nun 301 inci maddesi (61) sadece "ikna"yı Şili CK.nun 393 üncü maddesi ise yalnız "yardım"ı cezalandırmaktadır.

(57) König, s. 222.

(58) Ayhan Önder, Ceza Hukuku. Genel Hükümler. Suç Genel Teorisi. Suçun Özel Belirli Şekilleri. C. II, İstanbul 1989, s. 488.

(59) 11.7.1932 Polonya CK.nun 228 inci maddesinin metni için bkz. König, a.g.m., s. 232, 19.4.1969 Polonya CK.nun 151 nci maddesi "ikna" veya "yardım"dan bahsetmektedir. Kanun için bkz.: Der polnische Strafkodex, Gesetz vom 19 April 1969, (Çev.: Georg Geilke), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XCII, Berlin 1970.

(60) André Panchaud - Denys Ochsenein, Code pénal suisse annoté, Lausanne 1975. Bununla beraber intihara yardım suçundaki "yardım" kavramı genel olarak suça iştirakteki yardımla aynı anlama gelmektedir.

(61) Das griechische Strafgesetzbuch vom 17. August 1950, (Çev.: D. Karanikas), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LIX, Berlin 1953.

İntihara ikna ve yardım suçuna, kasten adam öldürme fiilinin cezasından daha hafif ceza verilmesinin nedenini öğretti, intihar edenin rızasında görür (62).

2 — İntihara Yardım Suçunun Unsurları

a) Suçun Maddi Unsuru

Bu bağımsız suçun maddi unsuru, genellikle mağdura kendi hayatına son verme kararını aldırma (ikna) veya intiharın icrasına fiili yardımdan ibarettir. Bu iki fiilden (ikna, yardım) birinin varlığı suçun hareketi unsurunun gerçekleşmesi için yeterlidir. Yukarıda da belirtildiği gibi Yunan CK. yalnız "ikna", Şili CK. ise sadece "yardım" fiilinden bahsetmektedir (63).

Suçun maddi unsuruna ilişkin kanunlarda yer alan farklı terimler aynı anlama gelmektedir. İntihar edene karar aldırma anlamına gelmek üzere örneğin, Yunan CK. (m. 301), 23.1.1974 Avusturya CK. (m. 78) (64), İsviçre CK. (m. 115), 2.3.1951 Yugoslav CK. (m. 139) (65), 7.12.1940 Brezilya CK. (m. 12) (66) "ikna", 19.10.1930 İtalyan CK. (m. 580) (67), Uruguay CK. (m. 315/1) "karar aldırma", 3.3.1881 Hollanda CK. (m. 294) (68), Kosta Rika (CK. (m. 189) "teşvik ve tahrik etme" terimlerini kullanmaktadırlar. Maddi unsurun ikinci şeklini belirtmek üzere kanunlar, "yardım etme" (örneğin, Avusturya CK m. 78, İsviçre CK. m. 115, 29.11.1961 Çekoslovak CK. m. 230 (69), 19.4.1969 Polonya CK. m. 151, Yugoslav CK. m. 139);

(62) König, s. 222.

(63) König, s. 223.

(64) Strafgesetzbuch, Wien, Stand 1.1.1990.

(65) Das Jugoslawische Strafgesetzbuch vom 2. März 1951 in der Fassung vom 30. Juni 1959, (Çev.: August Munda), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LVI, Berlin 1961.

(66) Das brasilianische Strafgesetzbuch vom 7. Dezember 1940, (Çev.: Dietrich Lang-Hinrichsen), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXI, Berlin 1953.

(67) Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930 (Königl. Dekret Nr. 1398), (Çev.: Roland Riz), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XC, Berlin 1969.

(68) Das niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881, (Çev.: Dieter Schaffmeister), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XCVIII, Berlin - New York 1977.

(69) Das tschechoslowakische Strafgesetzbuch vom 29. November 1961, (Çev.: Erich Schmied), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXXV, Berlin 1964.

“icrasını kolaylaştırma” (örneğin, 1930 İtalyan CK. m. 580, 18.3.1936 Romen CK. m. 468/2 (70); “intihar kararını kuvvetlendirme” (örneğin, 1930 İtalyan CK. m. 580, 1936 Romen CK. m. 468/2), “vasıta tedarik etme” (örneğin, Hollanda CK. m. 294) ibarelerine yer vermişlerdir.

Yukarıdaki ayırımı yer vermeyen 22.5.1902 Norveç CK.nun 236 ıncı maddesi (71) “işbirliği” ve 15.4.1930 Danimarka CK.nun 240 ıncı maddesi (72) “iştirak” kavramlarını kullanmaktadır.

Arnavutluk CK. ilgi çekicidir. “İkna ve yardım”dan bahsetmeyen 15.6.1977 tarihli Arnavutluk CK.nun “intihara sebep olma” kenar başlıklı 89 uncu maddesi, insan haysiyetini ağır bir şekilde zedeleyen sistematik kötü muamele veya başka sistematik davranışlar sonucu intihara veya intihara teşebbüse sebep olma fiilini cezalandırmaktadır (73).

TCK.nun (Türk Ceza Kanunu) 454 üncü maddesi, “birini intihara ikna ve buna yardım eden...” ibaresini kullandığından, suçun maddi unsurunun oluşumu için, bir kimseyi sadece intihara ikna yeterli değildir. Ayrıca, intihara ikna edilen kimseye yardım da edilmiş olması gerekir. Diğer bir anlatımla, maddede, hem “ikna” ve hem de “yardım” suç unsuru olarak kabul edilmişlerdir. Bu unsurlardan birinin yokluğu maddi unsurun ve dolayısıyla suçun oluşumunu engeller. “İkna” ve “yardım” unsurlarını birlikte arayan TCK.nun 454 üncü maddesinin kaynağını oluşturan mehzaz 1889 İtalyan CK.nun 370 inci maddesinde “her kim birini intihara ikna veya buna yardım ederse...” ibaresi yer almaktadır. TCK. hazırlanırken bir tercüme yanlışlığı olarak 370 inci maddedeki “veya” bağlacı

(70) Rumänisches Strafgesetzbuch, Amtlicher Text, mit den Abänderungen bis zum 1. Dezember 1960, (Çev.: Paula Tiefenthaler - Alois Provasi), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXXI, Berlin 1964. “İntihara ikna ve yardım” başlıklı 21.6.1968 tarihli Romen CK.nun 179 uncu maddesi, birini intihara ikna veya onun intiharını kolaylaştırmadan bahsetmektedir.

(71) 22.5.1902 Norveç CK.nun 236 ıncı maddesinin metni için bkz. **König**, s. 232.

(72) 15.4.1930 Danimarka CK.nun 240 ıncı maddesinin metni için bkz. **König**, s. 230.

(73) Albanische Strafgesetze. Das Strafgesetzbuch vom 15.6.1977. Die Strafprozessordnung vom 25.9.1979 und Nebengesetze, (Çev.: Wolfgang Stoppel), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. 105, Berlin. New York 1990.

“ve” şeklinde 454 üncü maddeye alınmıştır (74).

Bazı ülkelerin kanunlarında suçun oluşması ve cezalandırılabilmesi için intihar edenin ölmüş bulunmasının şart olduğu belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla bazı kanunlar, bu suçun oluşmasını, birini intihara ikna ve/veya bu konuda yardım etme dolayısıyla ölümün gerçekleşmiş olmasına bağlı tutarlar. Ölüm meydana gelmezse suç oluşmaz. Ölümün meydana gelmiş olmasını şart koşan kanunlar arasında örneğin, 1.2.1979 Küba (m. 319) (75), 27.2.1948 Romen (m. 468/2), Kosta Rika (m. 189/1), Urugay (m. 315/1), Venezuela (m. 414) (76), Yugoslav (m. 139) (77), 1889 İtalyan (m. 370) ve 1926 Türk (m. 454) CK.ları sayılabilir. Suçun oluşması için ölümün gerçekleşmesini zorunlu sayan kanunlar, intihar edenin fiilinin teşebbüs halinde kaldığı durumlarda, intihara ikna ve/veya yardım eden kişiyi cezalandırmazlar. Buna karşılık bazı kanunlar - örneğin, Yunan CK. m. 301, 16.3.1968 Bulgar CK. m. 127 (78), 30.9.1921 Arjantin CK.

- (74) Tetkik ettiğimiz Ceza Kanunlarının - örneğin, 1921 Arjantin, 1852, 1974 Avusturya, 1951, 1968 Bulgar, 1940 Brezilya, 1944 İspanyol, 1930 İtalyan, 1902 Norveç, 1951 Yugoslav, 1881 Hollanda, 1961 Çekoslovak, 1937 İsviçre, 1969 Polonya, 1968 Romen, 1961 Macaristan, 1936 Küba Sosyal Müdafaa Kanunu, 1886 Portekiz - hepsi farklı farklı terimler kullanmış olsalar da, intihara yardım suçunun oluşmasını diğer şart veya şartlar yanında “ikna” veya “yardım”ın gerçekleşmesine bağlı tutarlar. Diğer bir anlatımla, bu kanunlar “ikna” ve “yardım”ın birlikte bulunmasını aramazlar. “İkna” veya “yardım”dan herhangi birinin bulunması yeterlidir. 1950 Yunan CK. (m. 301) suçun oluşması için sadece “ikna”yı unsur olarak kabul ederken Grönland (m. 57/3), Danimarka (m. 240) ve Portekiz (m. 354) CK.ları sadece “yardım”ın bulunmasını suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli görürler.
- (75) Das kubanische Strafgesetzbuch vom 1. März 1979 (Gesetz Nr. 21), (Çev.: Hans M. Semon - Einhard Franke), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Berlin, New York 1983.
- (76) Bkz. König, s. 224.
- (77) Belirtelim ki intihara ikna ve yardım suçunu düzenleyen 2.3.1951 Yugoslav CK.nun 139 uncu maddesi, 2.7.1959 tarihli kanunla değişmeden önce, intihar edenin fiilinin teşebbüs halinde kalmasını failin cezalandırılması için yeterli sayıyordu, bkz. König, a.g.m., s. 231; Code pénal Yougoslave, in: Les codes pénaux européens présentés par Marc Ancel - Yvonne Marx, C. IV, Paris 1971, s. 2375. Kanunun Almanca tercümesi için bkz. Das jugoslawische Strafgesetzbuch vom 2. März 1951 in der Fassung vom 30. Juni 1959, (Çev.: August Munda), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LVI, Berlin 1961.
- (78) Das bulgarische Strafgesetzbuch vom 16. März 1968, (Çev.: Thea Lyon - Anton Lipowschek), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XCIII, Berlin 1973.

(m. 83 (79), Şili CK (m. 393), İsviçre CK. (m. 115), Çekoslovak CK. (m. 230), 1930 İtalyan CK. (m. 580), 22.5.1902 Norveç CK. (m. 236 - intihar edenin fiilinin teşebbüs halinde kalmasını failin cezalandırılabilmesi için yeterli saymaktadırlar.

Norveç (m. 236/2), 1930 İtalyan (m. 580) ve Brezilya (m. 122) Ceza Kanunları, failin cezalandırılması için intihar edenin ölmesini veya teşebbüs halinde kalan intiharın ağır bir bedeni yaraya neden olmasını aramaktadır. Brezilya ve 1930 İtalyan CK.ları bu son halde yani ağır bir bedeni yaraya yol açan intihara teşebbüs durumunda failin cezasının indirileceğini öngörmektedir.

TCK.nun 454 üncü maddesi intihara ikna ve buna yardım eden kimsenin cezalandırılması için, ölümün gerçekleşmesini şart koşturmuştur. Diğer bir anlatımla, ikna ve yardım neticesi müntehirin ölmüş olması gerekir. İkna ve yardım edilen müntehirin intihar girişimi teşebbüs aşamasında kalırsa -örneğin, ikna edenin sağladığı ipin kopması sonucu müntehir, intihar fiilini tamamlayamazsa - fail cezalandırılmaz yani 454 üncü madde uygulanmaz (80). 454 üncü maddenin bu düzenlemesi eleştirilebilir. Gerçekten fail, intihar kararını aldırıldığı bir kimseye yardım da ederek, örneğin vasıta sağlayarak onun ölmesi için gerekli çabaları göstermiştir. Başkasının hayatına kast edici davranışlarda bulunan kimsenin sırf intiharın tamamlanmaması, yani müntehirin ölmemesi nedeniyle cezalandırılmaması yerinde değildir. İkna ve yardım fiillerini gerçekleştiren fail, ahlâki düşüklüğünü göstermiştir. Ayrıca intihar teşebbüsü müntehirde iz ve eser bırakabilir. Örneğin, fiili sonucu müntehir aylarca hasta yatabilir, akli malûliyete uğrayabilir. Bütün bu olası kötü sonuçlara rağmen intihara ikna ve yardım edenin, sırf ölüm

(79) Das argentinische Strafgesetzbuch, von den gesetzgebenden Körperschaften angenommen am 30. September 1921 und verkündet am 29. Oktober 1921, (Çev.: Heinz Mattes), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXI, Berlin 1957.

(80) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyelerinden Feridun YENİSEY, Polis Okulları Ders Kitabının 35 inci sayfasında genel olarak teşebbüsten bahsederken "suçu hazırlayıcı nitelikte olan bu hareketlere icra hareketleri denir ve kural olarak cezalandırılmaz." demektedir. YENİSEY bu ifadesiyle hazırlık ve icra hareketlerini birbirine karıştırmıştır. Sormak gerekir: İcra hareketleri cezalandırılmazsa hangi hareketler cezalandırılacaktır. Bu ifadesiyle YENİSEY teşebbüs kavramını da reddetmiş olmaktadır, bkz. Feridun Yenisey, Ceza Hukuku. Polis Okulları Ders Kitabı, Ankara 1992, s. 35.

gerçekleşmedi diye cezalandırılmamasını öngören kanunların (81) düzenlemelerini yerinde bulmuyoruz.

b) Suçun Manevi Unsuru

Suçun her iki şekli bakımından "genel kast"ın bulunması gerekir. Niteliği itibariyle intihara yardım suçunun ancak kasten işlenebileceği farzedildiğinden, genellikle kanunlar, kanuni tipte kastı açıkça belirtmekten kaçınırlar. Manevi unsurun gerçekleşmesi açısından kanunlar genellikle, genel kastı yeterli sayıp saiki aramazlarken, bazı kanunlar saike yer verirler. Gerçekten örneğin, suçun gerçekleşmesi için genel, kastı kâfi görmeyen İsviçre CK.nun 115 inci maddesi, "hodbin (bencil) bir saikle" başkasını intihara ikna veya başkasına bu hususta yardım eden kimseden bahsetmek suretiyle suçun oluşmasında failin saikine (özel kastına) önem vermiştir. Bu şekilde kanuni tipin genişlemesi diğer bir anlatımla cezalandırma alanının daraltılması, ilk defa İsviçre CK.nun 1908 tarihli Öntasarısının 66 ncı maddesinde düzenlenmiş ve fiilin ispatına ilişkin eleştirilere rağmen 1937 Kanununda yer almıştır (82). Danimarka (m. 240 cümle 2) ve Brezilya (m. 122) CK.ları failin "kişisel çıkarımı amaçlayarak" veya "bencil bir saikle" suçu işlemesini cezayı ağırlaştırıcı bir sebep sayarlar.

3 — Suça Tesir Eden Sebepler

a) Ağırlatıcı Sebepler

Fiili ağırlaştırıcı belli bazı durumların varlığı cezanın ağırlaşmasına neden olur. Bu durumlar failin şahsına ve saiklerine veya intihar edenin şahsına ilişkin olabilir.

İsviçre CK. (m. 115) failin cezalandırılabilmesini bencil bir saikle hareket etmesine bağlamaktadır. Aynı esası kabul eden Brezilya CK. (m. 122) bu durumda cezanın miktarını iki misline çıkarmaktadır. İntihara yardım suçunun yaptırımının hafif hapis veya para cezası olduğunu öngören Danimarka CK.nun 240 ncı maddesi, egoist âmillerin varlığı halinde yaptırımın 3 seneye kadar hapis cezasına yükselbileceğini belirtmektedir (83).

(81) Örneğin, 1889 İtalyan CK. (m. 370), 22.5.1902 Norveç CK. (m. 236), 3.3.1881 Hollanda CK. (m. 294), 27.2.1948 Romen CK. (m. 468/2). Belirtelim ki 21.6.1968 tarihli Romen CK.nun 179 uncu maddesinin 1. fıkrası, intihara ikna veya bu hususta yardımın cezalandırılmasını müntehirin ölümüne bağlı tutmamıştır.

(82) Paul Logoz, Commentaire du code pénal suisse. Partie spéciale. C. I (Art. 111 à 212), Neuchâtel - Paris 1955, s. 22.

(83) König, s. 224.

Birçok ülkenin ceza kanunları, cezanın artırılmasını intihar edenin şahsına bağlı tutmuşlardır. Cezanın artırılmasına neden olan şahsa ilişkin bu sebepler şunlardır: "Yaş küçüklüğü" (18 yaşının altında: Hindistan, Pakistan, Seylan, Sudan, Yugoslavya, Çekoslovakya, Bulgaristan, İtalya, Urugay, Brezilya), "akıl hastalığı veya akıl zayıflığı" (Hindistan, Pakistan, Seylan, Sudan, İtalya), "akli bozukluk" (Çekoslovakya), "cezai ehliyetin zayıflaması" (Yugoslavya), "yeterli olmayan akli gelişme" (Çekoslovakya), "direnme gücünün zayıflaması" (Brezilya), "fiilin niteliğini veya önemini anlamama, kendine hâkim olamama (Bulgaristan), ayrıca uyuşturucu madde müptelâlarını veya sarhoşluğu itiyat edinenleri intihara ikna ve/veya yardım edenlerin cezaları artırılmaktadır: Urugay, İtalya, Hindistan, Seylan, Pakisâtan, Sudan.

Yukarıda belirtilen cezayı ağırlaştırıcı hallerin varlığı işlenen fiilin intihara yardım sayılmamasını gerektirmez. Bununla beraber İtalyan (m. 580/2, 2 cümle) ve Yugoslav (m. 139/3) CK.ları iki halde -yaş küçüklüğü (müntehirin 14 yaşından küçük olması) veya temyiz kudretine sahip olmama - faili intihara ikna ve/veya yardımdan değil kasten adam öldürmeden mesul tutmuştur (84). Yukarıdaki aynı neticeye - yani akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü sebebiyle cezai mesuliyeti olmayan kişileri intihara ikna ve/veya yardım edenlerin kasten adam öldürmeden sorumlu tutulacakları neticesine - öğreti (85) dolayısıyla faillik müessesesine başvurarak mevzuatlarında konuyla ilgili bir hüküm taşımayan hukuklar bakımından da varırlar.

b) Hafifletici Sebep

Cezayı azaltıcı bir hale 1948 tarihli Romen CK.nun 468 inci maddesinin 3. fıkrasında rastlanmaktadır. Fıkraya göre intihara ikna veya yardım fiili merhamet saikiyle şifası kabil olmayan hastalığa yakalanan ve ölümü kaçınılmaz olan bir kimsenin acılarını azaltmak için işlenmişse ceza indirilir. Belirtelim ki cezayı hafifletici bu sebep, ciddi ve ısrarlı istek üzerine bir kimseyi öldürme suçunda (talep üzere adam öldürme suçu) yer almamaktadır.

(84) Könlğ, s. 225.

(85) Logoz, C. I, s. 22.

S O N U Ç

Hıristiyanlığın ortaya çıkmasından itibaren adam öldürmeyle bir tutulan intihar, uzun zaman cezalandırılan bir fiil olmakta devam etti. Bu zamanlarda intihara yardım fiilinin suç sayılıp sayılmadığını elimizde kanuni hükümler bulunmadığından kesinlikle söyleyemiyoruz. Ancak asıl fiilin suç olduğu bu dönemlerde yardımın da cezayı gerektirdiği kuvvetle tahmin edilebilir. Ağır bir biçimde cezalandırılan (cenaze töreninin yapılmaması, müntehirin mallarının müsaderesi) intihar fiilinin kovuşturulması 18. Asrın sonlarına doğru özellikle, Beccaria, Montesquieu ve Voltaire'in etkisiyle, seyrekleşti. Fransa'da 1791 tarihli CK. intiharı suç olmaktan çıkardı. 1813 Bavyera CK.nun yürürlüğe girmesiyle intihar ve intihara teşebbüs Almanya'da da cezalandırılır bir fiil olmaktan çıkarıldı. Bugün intihar ve intihara teşebbüsü cezalandıran bir kanuna rastlamıyoruz.

İntiharın cezalandırılmamasının gerekçeleri arasında, cezanın "gereksiz" ve "haksız" olduğu, intihar edenin fiilini akıl hastalığı nedeniyle işlediği ve ahlâk ve dine ilişkin bir fiilin, Ceza Hukuku tarafından düzenlenemeyeceği vurgulanmıştır.

İntihar ve intihara teşebbüsün cezalandırılmamasına karşılık 18. Asrın sonlarından itibaren intihara yardımın suç sayıldığı açıkça ülke kanunlarında görülmektedir. Prusya Umumi Memleket Hukukunun (1794) intihara yardımın suç olduğuna ilişkin düzenlemesini 19. Asırda birçok Alman Devleti izlemiştir. Ancak şu hususu belirtelim ki intihara yardımı suç saymayan ülke kanunlarına da rastlanmaktadır. Böylece kanunlar iki gruba ayrılabilir: İntiharı suç saymayan ve söz konusu fiilin gerçekleşmesine yardımda bulunanları cezalandırmayan kanunlar (Fransa, Federal Alman CK.), intiharı suç saymayan ve fakat yardımda bulunanları cezalandıran kanunlar. Genellikle ülkelerin Ceza Kanunları ve bu arada TCK. bu gruba dahildir.

Asıl fiili oluşturan intihar veya intihara teşebbüsün suç sayılmamasına karşılık, intihara ikna ve/veya yardımın ayrı, bağımsız bir suç haline getirilmesinin ve dolayısıyla cezayı gerektirmesinin nedeni, başkasının hayatına bir saldırının varlığından dolayıdır. Bu fiilin suç haline getirilmesi ile insanın doğuştan sahip olduğu tabii bir hak olan yaşama hakkı, insan hayatı korunmaktadır. Bu düşüncüyü benimseyen ülkeler asıl fiili müntehir işlediğinden, kasten adam öldürme suçundan cezalandıramadıkları fail hakkında, mevzuatlarında "intihara ikna ve yardım" adıyla ayrı bir suç tipi ön-

görmüşlerdir. Suç olmanın esas fiile iştirak de mümkün olamayacağından, failin ikna ve yardım teknik açıdan iştirak olmayıp kendine özgü ayrı bir fiil olarak kabul edilmiştir. İntihara yardım fiilini bu suretle bağımsız bir suç haline getiren kanunlar, genel iştirak hükümlerinden ayrıldıklarını belirtmek için iştirakte kullanılan terimlerden farklı ve fakat aynı anlama gelen sözcüklere yer vermişlerdir.

TCK.nun 454 üncü maddesi, intihara ikna ve yardım eden kimşenin cezalandırılmasını ölümün meydana gelmesine bağı tutmuştur. Diğer bir anlatımla, müntehirin ölmemesi durumunda onu, intihara ikna ve bu hususta yardım eden cezalandırılmaz. "İkna", "yardım" ve "ölüm" unsurlarından birinin yokluğu suçun oluşmasını engeller. Böylece kanunkoyucu, TCK.nun 454 üncü maddesinde düzenlenen suçun gerçekleşmesini çok sıkı şartlara bağlamıştır. Her ne kadar TCK.nun 454 üncü maddesinin karşılığını oluşturan mehaz 1889 İtalyan CK.nun 370 inci maddesinde de, müntehirin ölümü unsur olarak bulunmakta ise de, söz konusu Kanunda "intihara ikna veya bu amaçla ona yardım ederse..." ibaresi yer almaktadır. Bu biçim bir düzenleme maddenin uygulama alanını genişletmektedir. Tetkik ettiğimiz ve unsur olarak "ikna" veya "yardım"a yerveren kanunlardan -belirtelim ki bazı kanunlar sadece "ikna"ya (örneğin, Yunan (CK.), diğer bazıları sadece "yardım"a (örneğin, Grönland, Danimarka, Portekiz CK.ları) yervermişlerdir- hemen hemen hepsi "ve" bağlayıcı yerine "veya" ibaresini kullanmışlardır. Mehazdan alınırken kanaatimizce bir tercüme yanlışlığı nedeniyle 454 üncü maddenin metnine "ve" şeklinde giren ibarenin kaldırılarak yerine "veya" bağlacının konulması maddeye işlerlik kazandıracığından, yerinde olacaktır. Aynı olayda, "ikna" ve "yardım"ın birlikteliğini kanıtlamanın zorluğu karşısında, maddedeki "ve" bağlacının "veya" şeklinde anlaşılması gerektiği Türk Öğretisinde ileri sürülmüşse de (86) TCK.nun 454 üncü maddesinin kaleme alınış şekli, böyle bir yorumu elverişli değildir. TCK. Öntasarısının Birinci Komisyon tarafından hazırlanan metninin intihara ilişkin 107 inci maddesi, "başkasını intihara azmettiren veya intihar kararını kuvvetlendiren veya her ne suretle olursa olsun buna yardım eden kimse..." demektir. İkinci Komisyonun kaleme aldığı 136 inci maddede de aynı ifade yer almaktadır. Öntasarının 107 ve 136 inci maddelerinde "veya" edatına yer verilmiş olmasını yerinde buluyoruz.

(86) Bkz. M. Muhtar Çağlayan, Ötanezi ve İntihar (Ad. Der., Yıl: 57, Ocak 1966, sy. 1, s. 3 - 33, 28).

454 üncü madde "ikna", "yardım" ve "ölüm unsurlarının birlikte olmasını aramıştır. İntihar tamamlanmamış, yani teşebbüs aşamasında kalmışsa, ikna ve yardımda bulunan 454 üncü madde ile cezalandırılmaz. Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle bu düzenlemenin yerinde olmadığı kanısındayız. Bu bakımdan teşebbüs aşamasında kalan intihar girişimlerinde ikna ve yardım edenin cezalandırılmasına imkân sağlamak için "ölüm" unsurunun yanında 454 üncü maddeye "veya intihara teşebbüs olunmuşsa" ibaresinin eklenmesini yerinde bulmaktayız.

Bu teklifimizin kabulü halinde, intiharın tamamlanması veya teşebbüs aşamasında kalmasına göre, ceza miktarında da bir ayırım yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

545 üncü maddenin, ağırlatıcı veya hafifletici sebepleri de düzenlemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Müntehirin yaşının küçüklüğü veya akıl zayıflığı, uyuşturucu madde veya içki alışkanlığı hallerinde, failin cezası artırılmalı, merhamet saikiyle fiilin işlenmesi halinde, ceza hafifletilmelidir.

YARARLANILAN KANUN VE KANUN TASARILARI

Almanya

Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 (Carolina), herausgegeben und erläutert von Gustav Radbruch, Stuttgart 1967.

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794. Textausgabe. Mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert, Frankfurt am Main-Berlin 1970.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, C. II, Besonderer Teil (§§ 80-358) von Hans Joachim Rudolphi-Eckard Horn-Erich Samson, 3. Basi, Frankfurt am Main 1985.

Arnavutluk

Albanische Strafgesetze. Das Strafgesetzbuch vom 15.6.1977. Die Strafprozessordnung vom 25.9.1979 und Nebengesetze, (Çev.: Wolfgang Stoppel), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. 105, Berlin. New York 1990.

Arjantin

Das argentinische Strafgesetzbuch, von den gesetzgebenden Körperschaften angenommen am 30. September 1921 und verkündet am 29. Oktober 1921, (Çev.: Heinz Mattes), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXI, Berlin 1957.

Brezilya

Das brasilianische Strafgesetzbuch - vom 7. Dezember 1940, (Çev.: Dietrich Lang - Hinrichsen), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXI, Berlin 1953.

Bulgaristan

Das bulgarische Strafgesetzbuch vom 16. März 1968, (Çev.: Thea Lyon - Anton Lipowschek), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XCIII, Berlin 1973.

Çekoslovakya

Das tschechoslowakische Strafgesetzbuch vom 29. November 1961, (Çev.: Erich Schmied), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXXV, Berlin 1964.

Danimarka

Code pénal danois (Çev.: Richaume Lambert - N. V. Boeg), in: Les Codes Pénaux Européens présentés par Marc Ancel - Yvonne Marx, C. I, Paris 1956.

Hollanda

Das niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881, (Çev.: Dieter Schaffmeister), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XCVIII, Berlin. New York 1977.

İsveç

Das schwedische Kriminalgesetzbuch vom 21. Dezember 1962, (Çev.: Gerhard Simson), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XCVI, Berlin. New York 1976.

İtalya

Code Pénal d'Italie (30 Juin 1889), (Çev.: Jules Lacointa), Paris MDCCCXC.

Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930, (Königl. Dekret Nr. 1398), (Çev.: Roland Riz), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XC, Berlin 1969.

Küba

Das cubanische Gesetzbuch der sozialen Verteidigung vom 4. April 1936, (Çev.: Günter Blau), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXII, Berlin 1957.

Das kubanische Strafgesetzbuch vom 1. März 1979 (Gesetz Nr. 21), (Çev.: Hans M. Semon - Einhard Franke), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Berlin. New York 1983.

Macaristan

Das Strafgesetzbuch der ungarischen Volksrepublik, (Çev.: Ladislaus Mezöfy), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXXIII, Berlin 1964.

Polonya

Der polnische Strafkodex, Gesetz vom 19. April 1969, (Çev.: Georg Geilke), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XCII, Berlin 1970.

Portekiz

Das portugiesische Strafgesetzbuch vom 16. September 1886, (Çev.: Dierk Basedau), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXIX, Berlin 1962.

Romanya

Code pénal roumain, in: Les codes pénaux européens présentés par Marc Ancel - Yvonne Marx, C. IV, Paris 1971.

Rumänisches Strafgesetzbuch, Amtlicher Text, mit den Abänderungen bis zum 1. Dezember 1960, (Çev.: Paula Tiefenthaler - Alois Provasi), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXXI, Berlin 1964.

Türkiye

La Législation Turque. Code Pénal (Yayınlayan: John A. Rizzo), Constantinople 1927.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı. Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara 1987.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara - Mart 1989.

Yugoslavya

Das jugoslawische Strafgesetzbuch vom 2. März 1951 in der Fassung vom 30. Juni 1959, (Çev.: August Munda), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LVI, Berlin 1961.

Code pénal yougoslave, in: Les codes pénaux européens présentés par Marc Ancel - Yvonne Marx, C. IV, Paris 1971.

Yunanistan

Das griechische Strafgesetzbuch vom 17. August 1950, (Çev.: D. Karanikas), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LIX, Berlin 1953.

CEZA MUHALEMESİNDE İNSAN HAKLARININ KORUNMASI — ADİL BİR CEZA MUHALEMESİNİN TEMEL ŞARTLARI — (*)

Tercüme : Dr. Cumhuri ŞAHİN

S. Ü. Hukuk Fakültesi

Ceza muhakemesinde insan hakları, tabii hukukla birlikte fertlerin haklarını güvence altına almak amacıyla Devleti sınırlayıcı bir müessese olarak, liberal bir teorinin ifadesidir (1). Almanya'daki gelişim süreci içerisinde, 1800'den beri oluşturulmuş olan insan hakları katalogları Anayasa'yı tamamlayan bir fonksiyon ifa etmektedirler. 1871 tarihli Alman İmparatorluk ve 1919 tarihli Weimar Anayasalarının aksine, ilk olarak 1949 tarihli Alman Anayasası (GG), sadece bireyin haklarına Anayasada öncelik sırası vermekle kalmamış; ayrıca 1. maddenin 2. fıkrasında, açıkça "ihlâl edilemez ve devredilemez insan hakları" telâkkisine yer vermiştir. Burada, her bir temel hakkın insan hakkı (olarak) içeriği ifade edilmektedir (2).

Bununla birlikte Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG), her bir hakkı sadece soyut düzeyde savunma hakkı olarak nitelendirilmekte; diğer düzenlemeler üzerinde de etkisi ve geçerliliği olan bir "Anayasal Değerler Düzeni" konumuna çıkarmaktadır. Özellikle "tartışmalı bir demokrasi" yönündeki tercih, kamusal yararlarla bireysel yarar karşı karşıya geldiğinde, kişinin dokunulamaz özgürlük ala-

(*) "Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren, -Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens-" ismiyle Prof. Dr. Hinrich Rüping tarafından kaleme alınan makale, ZStW 91(1979), s. 351-363'de yayımlanmıştır.

(1) Oluşumu hakkında Ritter, HistZschr, 169, 233, 245); tarihsel açıdan olmaksızın Verdross, EuGRZ 1977, 207 vd.; tereddütlü olarak Huber ve Tödt, Menschenrechte, 1977, s. 80, 143. İnsan haklarının modern yorumu konusunda eleştirisi olarak Tomuschat, Vereinte Nationen, 1976, s. 166 (167); Dietze, Bedeutungswandel der Menschenrechte, 1972, s. 43, 44 ("abus des droits de l'homme").

(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Kommentar (Stand: 1977), Art. 1 Anm. 79

nına girilmediği ölçüde, korunmaya lâyık bireysel yararların ikinci plâna itilmesine sebebiyet verebilir (3).

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ile 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Vatandaşlık ve Siyasi Haklar Adnlaşması'nın (BM Andlaşması) (4) sağladığı güvencelerle bağlantılı olarak, Alman Anayasa ve Muhakeme Hukuku'nun içerdiği her bir hakka ilişkin böyle bir tartma sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki ilk telâkki, en açık şekliyle muhakemeye katılanın sujelik durumunun doğrudan ifadesi olan haklar açısından tezahür etmiş (I), daha sonra, muhakemenin yapısına ilişkin açıklamalarda bulunulmuş (II) ve nihayet, adli teşkilâtlanmaya ilişkin istekler ileri sürülmüştür (III).

I. Muhakemeye Katılanın Sûjelik Durumu

1 — Kendi Kendini İthamdan Koruma

İHAS ve Alman Hukuku yanında müstakil bir güvence olarak, BM İnsan Hakları Sözleşmesi de, m. 14 f. 3 g hükmünde, İngiliz hukukunda ortaya çıkmış olan, kendi kendinin suçlandırılmasına katkıda bulunmaya zorlanma yasağını (5) düzenlemektedir. GG'in 1. maddesine ilişkin Kant'ın özerklik kavramı anlamındaki yaygın telâkki, burada insanı salt bir obje haline getirmeme (6) talebinin bir uygulama alanı görmektedir. Bu telâkki, sanığa susma hakkının mevcut olduğunun bildirilmesini (StPO §§ 136/I-2, 243/IV-1) ve StPO § 136 a/I'de ifade edilen sorgu yöntemlerine ilişkin yasakları (7), sözkonusu (muhakeme objesi haline getirilmeme) prensib(in)e bağlamaktadır.

Susma hakkının kapsamı ve delil değerlendirmesi çerçevesinde korunması sorunları oldukça tartışmalıdır. Sadece esasa ilişkin susma hakkından sözeden StPO § 136/I-2'nin karşıt kavramından hareket eden bir görüş, sanığın (Alman) "Düzene Aykırılıklar Kanunu"

(3) Çoğunluk oyu ile BVerfG 30, 1 (19 vd., 25 vd.); BVerfG 39, 1 (41). Eleştirel olarak **Badura**, JZ 1964, 337 (340); **Goerlich**, Wertordnung und Grundgesetz, 1973, s. 169 vd.; **Schlink**, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, s. 100.

(4) Almanca tercümesi BGBl. 1973 II 1534 vd.

(5) **Rogall**, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Diss. Bonn 1977, s. 79 vd., 121.

(6) BGHSt. 14, 358 (364). Objeliğin sınırı hakkında BVerfG 30, 1 (25) ve 33 (40), **Rieß**, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, s. 373 (384, 432).

(7) İşkence kavramı hakkında **Triffterer**, in: Folter, amnesty international publications, 1976, s. 125 (139 vd.).

(OWIG) § 111/I uyarınca kimlik konusunda ifade vermekle yükümlü olduğunu belirtmekle birlikte; isabetli görüşe göre sanığın böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü esas hakkında bilgi-kimlik hakkında bilgi ayırımı çok kesin değildir, aradaki sınırı tespit zordur ve kimliğe ilişkin bilgiler cezanın türünün ve miktarının belirlenmesinde önemli olmaktadır (8).

İfade hürriyeti ancak, susmanın sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde değerlendirilmemesi ve ayrıca, ifade vermesi için sanığa dolaylı da olsa bir baskı yapılmaması halinde güvence altına alınmış olabilir. Alman Yargıtayı'nın (BGH) görüşünün aksine, önemli saydığı hususlarda, aksi takdirde açıklamada bulunmaya kendisini zorlanmış hissedeceği için, sanığın belirli noktalarda susması halinde dahi bu prensip geçerli olmalıdır (9).

StPO'nun § 136/I-2 ve §136 a hükümleri, § 163 a/IV-2'nin yaptığı atıf gereği, hazırlık soruşturması çerçevesinde polis tarafından yapılan sorgulamalar bakımından da geçerlidir. Salt kanunun atıfta bulunmuş olması, uygulamada sanığın maruz kaldığı büyük tehlikeyi gözlemlemeye yetmemektedir: Kriminaltakik konusunda çoğunlukla eski tarihli eserlerdeki (10) kanunun açıkça hiçe sayılması bir yana; teori ve pratik arasındaki aykırılık, sosyal kontrol mercilerinin yöneldikleri amaç farklılığından kaynaklanmaktadır. Gerçekten savcılık, şekli muhakeme kurallarına bağlı kalarak, mahkûmiyet kararı verilebilmesi ihtimalini gerçekleştirmeyi hedeflerken, polis, sahip olduğu geniş teknik imkânları kullanarak olayın aydınlatılması amacına yönelmektedir. Bu ise, en azından bilinçsiz olarak, "manevra kabiliyetini sınırlandırıcı engel"ler olarak nitelendirilen (muhakeme) kuralları(nı) dolanmağa yönelik stratejilere başvurmayı teşvik edecektir (11).

StPO § 136 a'nın yorumunda, bu hükmün konuluş amacına ve lafzına uygun olarak, ifade elde etmeye yönelik müdahaleleri ya-

- (8) **Eb. Schmidt**, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Nachtrag I (1967), § 136 Anm. 17; **Rüping**, JR 1974, 135, 137; başka türlü BGHSt. 25, 13 (17); **Meyer**, in: **Löwe-Rosenberg**, Die StPO und das GVG, 23 Aufl. 1976 vd., § 136 Anm. 15, karma görüş **Roxin**, Strafverfahrensrecht, -15. Aufl. 1979, s. 130, **Rogall** (dn. 5), s. 178.
- (9) **Eb. Schmidt**, Lehrkomm., Nachtr. I, § 261 Anm. 17, **Guradze**, Die europäische Menschenrechtskonvention, 1968, Art. 6 Anm. 23; başka şekilde BGHSt. 20, 298 (300), **Meyer** (dn. 8) § 136 Anm. 31.
- (10) Ayrıntı için bakınız **Rüping** (dn. 8), s. 139 vd.; ayrıca son zamanlarda, sınırlayıcı olarak OLG Stuttgart MDR 1977, 70 vd.
- (11) **Viebke Steffen**, Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit, 1976, s. 124, (282 vd.). Karakteristik olarak örneğin **Wolf**, Kriminalistik 1975, 389 (391); **Morschel**, Kriminalistik 1971, 463 (464).

saklamaya ne derecede münhasır kılındığı veya -örneğin bir uyuşturucu müptelâlığında olduğu gibi- ilgilide daha önceden mevcut bulunan bir bağımlılık durumundan sadece istifade etmenin de bu hükmün kapsamına girip (12) girmediği gibi konular tartışmaya açık kalmaktadır.

2 — Meramını Anlatabilme İlkesi

Meramını anlatabilme esasına ilişkin hükümlerde, muhakemeye her bir katılana karşı, kendi sorumluluğuna sahip bir süje olarak davranılma yükümlülüğü kapsamlı biçimde ifade edilmektedir. StPO § 33, sözkonusu prensibi duruşmanın seyri sırasındaki kararlar için garanti altına almaktadır; buna karşılık GG m. 103 I ve İHAS m. 6 I 1'de ise bu prensip genel olarak ifade edilmiştir. Meramını anlatabilme ilkesinin genel hatları gerek Federal gerek Eyaletler Anayasa Mahkemesi ve gerekse Temyiz Mahkemesi içtihatları ile ortaya konmuş bulunmaktadır. Bununla birlikte bu kararlarda genellikle müstakil, her bir muhakemeyle ilgili hususlar da göze çarpmaktadır. Meramını anlatabilme ilkesi, özet olarak; yargılama konusu hakkında bilgi sahibi kılınma hakkını, (muhakeme açısından) potansiyel olarak önem arzeden maddi ve hukuki hususları ileri sürebilmek ve aynı zamanda dilekçe hakkını kullanmak gibi imkânlara sahip olabilmeyi ifade etmesi yanında; mahkemeyi de, hüküm bakımından önemli olan hususları tartışmakla yükümlü kılmaktadır (13). Buna karşılık, GG m. 103/I'den, ilgilinin, hafızasındaki bilgiler henüz taze iken, olayın üzerinden belli bir zaman geçip bu bilgiler zayıflamadan dinlenmesi veya onunla kapsamlı bir "hukuki görüşme" yapılması ya da ona bir müdafî tayin edilmesi gerektiği yönünde herhangi bir yükümlülük çıkarmak mümkün değildir (14).

Gerçeğin araştırılması fonksiyonu karşısında meramını anlatabilme hakkı tamamen etkisiz hale getirilmemelidir. Ceza muhakemesindeki araştırma ilkeleri arasında sayılmasından da anlaşılacağı üzere, meramını anlatabilme ilkesi, başlı başına bir değere sahiptir ve sonuçta bizatihi ilgilinin soruşturma ve koğuşturmadaki açıklamalarına dayanmaktadır. Bununla birlikte, kanunda, özellikle tutuklama sözkonusu olduğunda, ilgilinin, ilk olarak ancak aleyhine bir karar verildikten sonra dinlenmesinin kabul edildiği durumlar-

(12) Bu yönde LG Mannheim NJW 1977, 346 vd.; bu konudaki tartışmalar için bakınız Meyer (dn. 8), § 136 a Anm. 22.

(13) Rüping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, s. 198 vd.

(14) Bu konuda bakınız Rüping (dn. 13), s. 140 (151, 157).

da (bkz. StPO § 33/IV-1, itiraz mümkün olmayan kararlar için StPO § 33a/cümle 1), meramını anlatabilme ilkesinin üstün değerine rağmen, yine de ceza koğuşturmasının etkililiği yasal önceliğe sahip kılınmış olmaktadır (15).

Esas hakkındaki sorgusundan önce sanığın muhakeme ehliyetini kaybetmesi halinde, Anayasa Mahkemesi, ceza muhakemesinin devam etmesi ve yapılmasındaki toplumsal yarar noktasından hareket etmekte ve StPO § 231a uyarınca, sanığı dinlemeksizin ve prensip olarak tanınmış bulunan hazır bulunma hakkına (bkz. StPO §§ 230/I, 285/I-1; BM Andlaşması m. 14 f. 3d) uymaksızın yapılacak bir yargılamayı yerinde bulmaktadır (16). Böylece Kanun'un bu hükmü geniş yorumlanmaktadır: Buna göre, sanık her defasında kısa süreler için muhakeme ehliyetine sahip olsa (17) ya da sadece ruhsal bir olağandışı durum içine kendisini soksa (18) bile, onun yokluğunda bir yargılama işlemi yapılması mümkün olmalıdır.

Duruşmanın harici seyrini önemli ölçüde bozma hususunda objektif, maddi tehlikeye sebebiyet vermesi dolayısıyla sanığın (duruşma salonundan) uzaklaştırılmasından sonra sanığın yokluğunda duruşmaya devam edilebilmesinin mümkün kılınması halinde (StPO § 231b) oranlılık ilkesi prensip olarak tereddütlü gözükmektedir.

a) Sanığın sahip bulunduğu kimi bazı haklardan olarak, yakalama sebeplerinin ve isnadın bildirilmesi (İHAS m. 5/II, BM Andlaşması m. 9 f. 2) meramını anlatabilme hakkının önemli bir cephesini oluşturmaktadır. Bu bilgilendirme, tutuklama kararının açıklanması ve geçici olarak hangi fiilden dolayı şüpheli olduğunun kendisine bildirilmesi suretiyle (StPO § 114 a/D), ayrıca geçici yakalama üzerine hâkim tarafından yapılan sorgulamada (GG m. 104/III-1 (19), StPO § 115/III-1 ile bağlantılı olarak StPO § 128/I-2) ger-

-
- (15) BVerfG 9, 89 (95 vd.); Rüping (dn. 13), s. 128 vd.; genel olarak Klopfer in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, 1976, s. 405 (411). Bir "iyileştirme"nin (Heilung) sınırları hakkında BVerfG 42, 172 (175).
- (16) BVerfG 41, 246 (250); BGHSt. 26, 228 (230, 241); Rieß, JZ 1975, 265 (268); aynı yazar (dn. 6), s. 390 vd.; reddeden Grünwald, JZ 1976, 767 (773). § 350 II StPO'yu gözönünde bulundurarak UN-Pakt Art. 14 Nr. 3 d'ye konan ihtirazi kayıt hakkında bkz. Vertragsgesetz Art. 1, Nr. 2 (BGBl. 1973 II 1533), Denkschrift (BR, Druks, 304/73), s. 33; Bericht der Bundesregierung über die innerstaatliche Durchführung der im Internationalen Pakt... anerkannten Rechte, 1978, s. 33.
- (17) BGHSt. 26, 228 (232 vd.); aksi görüşte Grünwald (dn. 16), s. 770.
- (18) OLG Hamm NJW 1977, 1739.
- (19) Savunma durumunda (Art. 115 a I 1 GG) en fazla 4 gün içerisinde (Art. 115 c. II Nr. 2 GG).

çekleşmektedir. Keza GG m. 104/IV'e göre, bilgilendirme hakkının bir gereği olarak, hürriyetten mahrumiyet sonucu doğuran veya bu yönden mevcut bir durumun devamını gerektiren her bir karar hakkında ilgilinin bir yakınına ya da güvenliği birine haber verilmesi gerekmektedir (20).

Savci tarafından bir sanık veya tanığın zorla getirilmesi, StPO §§ 133, 134 hükümleri ile bağlantılı olarak StPO § 163 a/III-2 ve §§ 51/I-3, 135 hükümleri ile bağlantılı olarak § 161 a/II-1 hükmü uyarınca, sadece sorguyu mümkün kılmaya yönelik olduğundan, sırf bir hürriyeti tahdit olarak böyle bir zorla getirme, GG m. 104/II-1'de hürriyetten mahrumiyet halinde aranan hâkim kararını gerektirmemektedir (21).

Duruşmadan önce iddianame sanığa bildirilir (StPO § 201/D). İHAS'nin 6/III a maddesi ile BM Andlaşması'nın 14 f. 3 a maddesinde yer almış bulunan duruşmada sanığın isnat hakkında bilgilendirilmesi ise, StPO § 243/III-1 uyarınca savcının sanığın esasa ilişkin sorgusuna başlanmadan önce iddianameyi (krş. StPO § 200/I-1) okuması suretiyle olmaktadır.

b) Özellikle İHAS m. 6/III b ile BM Andlaşması m. 14 f. 3 b'de öngörüldüğü ve GG m. 103/I'de genel olarak ifadesini bulduğu gibi, sanığa, duruşmaya çağırılması ile duruşma günü arasında en az bir hafta olmak üzere, savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve fırsat verilir (StPO § 217/D). Ayrıca duruşmada ortaya çıkan yeni durumların daha ağır bir ceza kanununun uygulanmasını mümkün kılması ya da olayın kazandığı yeni şeklin bunu gerektirmesi hallerinde duruşmanın tâliki imkânı, sanığa savunması için gerekli süreyi de sağlamaktadır (StPO § 265/III, IV). Duruşmanın tâlik ve tehirî kararlarında (StPO § 228, 229), bu kararların savunma hakkına olabilecek yansımaları genel olarak nazara alınmalıdır (22).

c) Ayrıca, İHAS'nin 5/II. maddesine göre, yakalama halinde isnadın ve yine İHAS'nin 6/III a maddesi (23) ile BM Andlaşması'

(20) Krş. BVerfG 16, 119 (122); bunun sınırlandırılabilirliği konusunda **Maunz-Dürig-Herzog-Scholz** (dn. 2), Art. 104 Anm. 43.

(21) Hürriyetten mahrumiyet kavramının yasal tanımı için bkz. § 2 I des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen (1956); başka türlü **Schnickmann**, MDR 1976, 363 (366).

(22) BVerfG 24, 23 (26); BGHSt. 13, 123 (125); 19, 88 (89). Kanuni sürelerin uzatılmaması esası İHAS'ne aykırılık oluşturmamaktadır; bakınız BGH bei **Kleinkecht**, StPO, 34, Aufl. 1979, Art. 6 MRK Anm. 14.

(23) BayObLG NJW 1976, 2084 (2085); § 72 I 2 OWIG'e göre verilecek bilgiler için sadece Art. 103 I GG'e dayanılacağını belirtmektedir.

nın 14 f. 3 a maddesine göre, yargılama sırasında ilgiliye yapılacak bildirimlerin onun anlayacağı bir dilde olması gerekmektedir (24). Mahkemede yapılacak sözlü açıklamalar için şifahi olarak anlatılmak üzere tercüman görevlendirilmesi yükümü (İHAS m. 6/III e BD Andlaşması m. 14 f. 3 f) Alman Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanun'un (GVG) § 185/I-1 hükmünün de gereğidir; bunun dışındaki bilgilendirme(ler) yazılı olarak ilgilinin anladığı dile tercüme edilmek suretiyle olur.

Uygulamada, İHAS m. 6/IIIe ve BM Andlaşması m. f. 3 f'de öngörülen ve sözlü tercümanlığın meccanen olacağı şeklindeki düzenlemeden sanığın her durumda mı yararlanabileceği, yoksa mahkûm olan sanığa bu masrafların yüklenmesi mi gerektiği hususu tartışmalıdır (25). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Almanya Federal Cumhuriyeti aleyhine vaki bir itiraz üzerine, bu masrafların mahkûm olan sanığa yüklenebileceği sonucuna varmıştır (26).

d) Meramını anlatabilme ilkesi ayrıca, delil toplanmasını talep suretiyle mahkemenin kararının belli yönde oluşmasına katkıda bulunma imkânını da vermektedir (bu konu ile ilgili düzenlemeler olarak bkz. StPO §§ 163 a/II, 244/III, 270/IV, 323/III). Bununla birlikte, bu ilke, her türlü delilin doğrudan doğruya ikamesi hakkı biçiminde anlaşılmalıdır. Örneğin polis, muhbir olarak işbirliği içinde bulunduğu bilgi kaynağının ("V-Leute") kimliği hakkında değil, sadece verdiği bilgiler konusunda açıklamalarda bulunma yetkisine sahip olduğu için (bkz. örneğin Federal Memurlar Kanunu [BBG] § 62/I-1'de yer alan kriterlere göre StPO § 54/I), bu kişilerin kimlikleri gizli kaldığı ve polis memurunun tanıklığı ile yetinildiği durumlarda, mahkeme, sanığın meramını anlatabilme hakkını elinden alamaz. Böyle bir durumda mahkemenin, StPO § 244/II çerçevesinde, mümkün olduğunca kapsamlı açıklamalarda bulunulmasına müsaade etmesi gerekir (27). Açıklamalara kısıtlama getirilmesi halinde ise, bunun bir kötüye kullanma sayılıp sayılmayacağı

(24) Yukarıda belirtilen sonuncu hüküm, ilgilinin bilgi edinme hakkını kamu davasının açılmasına dayandırmaktadır; diğer taraftan Art. 9 UN-Pakt'ın kapsamı Art. 5 MRK'a göre daha dardır.

(25) Bu masrafların mahkûm olan sanığa yüklenebileceği yönünde OLG Köln NJW 1975, 1615 vd.; Bericht der Bundesregierung (dn. 16), s. 35; aksi görüşte AG Bremerhaven NJW 1963, 827. Temel hakların yabancılar bakımından da geçerliliği konusunda BVerfG 40, 95 (98).

(26) EuGRZ 1974, 107 (108); 1976, 267 (268); ayrıca EuGRZ 1979, 34 (39 vd.).

(27) Sınırlayıcı yönde OLG Frankfurt NJW 1976, 985 (986) bazı bilgilerle birlikte.

hususunu, ilgili kişi tarafından idari yargı yoluyla açıklığa kavuşturulmalıdır (28).

Sanık kendi aleyhine tanıklık yapacak ve sonuca etkili olabilecek olan asıl kişilere ulaşamadığından, böyle bir durumda aslında İHAS m. 6/III d ihlâl edilmiş olmaktadır. Bununla birlikte, İngiliz Hukukundaki "hearsay-rule" de temelini bulan bu hüküm, o hukuk sisteminde geçerli olan genel muhakeme prensiplerine dayanmaktadır. Alman hukuku ise ceza muhakemesinde sadece tek bir dava şekli tanımakta, savcının katılımina rağmen mahkemeyi kapsamlı bir gerçek araştırması ile yükümlü kılmakta (StPO § 244/II) ve soyut emarelerin re'sen nazara alınmasını engellememektedir. "Sa-hidin arkasındaki şahit" tarafından duruşmada dolaylı olarak yapılan açıklamalar bu soyut emareler arasında sayılmaktadır; ancak bu suretle elde edilen bilgilerin doğrulukları araştırılacak ve StPO § 261 hükmü çerçevesinde yapılacak değerlendirme ile mevcut şüpheler giderilecektir (29).

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, mutlak surette gizli tutulan polisın kimliğine ilişkin bilgi kaynağına ("V-Mann") ulaşmadaki fiili imkansızlıktan ötürü 6/III d maddesinin ihlâl edilmediği görüşünü kabul etmekte ve mahkûmiyet, sırf bu şekildeki bilgilere değil de, esas olarak kesin, sağlam, şüphe taşımayan, meşruluğunda tereddüt bulunmayan delillere dayandığı sürece, böyle bir durumda İHAS'nin 6/I. maddesine aykırılığın bulunmadığını belirtmektedir (30). Buna karşılık BM Andlaşması'nın 14 f. 3 e maddesi, İHAS'de olduğu gibi itham tanıklarının sorgulanmasında sadece şekli eşitliğin sağlanmasıyla yetinmemekte, açıkça, sanığa bizatihi bu kişilere sorular yöneltebilme imkânını sağlamaktadır. Kimliği saklı tutulan kişilerin ("V-Leute") dolaylı olarak muhakemeye dahil edilmesi şeklindeki bu zamana kadarki uygulama ise, bu düzenlemeyle bağdaşmamaktadır.

(28) BVerfG 18, 58 (59 vd.); 31, 301 (307); 34, 252 (254). Buna karşılık **Grünwald**, JZ 1966, 489 (494) ve **Peters**, Verh. 46 DJT, 1, TI., 3 A 1966, s. 91 (108) bu durumda dinlenme hakkının bir ihlalinin sözkonusu olduğu kanaatindedirler.

(29) BGHSt. 17, 382 (387 vd.); **Tiedemann**, MDR 1963, 456 (458 vd.); kapsamlı olarak **Rhrich**, Rechtsprobleme bei der Verwendung von V-Leuten für den Strafprozeş, Diss. Erlangen-Nürnberg 1974, s. 351 vd.; farklı yönde BGH GA 1968, 370 vd.; **Guradze** (dn. 9) Art. 6 MRK Anm. 35; belirsiz olarak **Jacobs**, The European Convention on Human Rights, 1975, s. 118 vd.

(30) Collection of decisions 40, 1 (9 vd.); Ayrıca **Buergenthals** tarafından da BGHSt. 17, 141 vd. aşırı biçimde eleştirilmektedir (in: Menschenrechte im Strafrecht und im Vlkerrecht, 1967, s. 141 (177 vd.).

3 — Masumluk Karinesi

Masumluk karinesi (İHAS m. 6/II, BM Andlaşması m. 14/II), Alman hukuku bakımından, eyalet anayasalarındaki açık düzenlemeler bir yana, asıl olarak hukuk devleti prensibinden kaynaklanmaktadır (31). Masumluk karinesinin gerçek içeriği hâla açıklığa kavuşturulabilmiş değildir. En çok uygulama alanı bulduğu durumlar, ki bu durumlar aynı zamanda yargı tarafsızlığı güvencesini de (İHAS m. 6/I-1, BM Andlaşması m. 14 f. 1/cümle 2) ilgilendirmektedir, vaktinden önce yapılmış bir suç isnadı halinde sözkonusu olmaktadır. Buna göre, örneğin, doğurdukları etki itibariyle bir ceza veya emniyet tedbiri anlamına gelebilen müdahalelere, bu yönde bir müeyyide kararı olmaksızın başvurulması caiz değildir. Esas itibariyle kanun koyucu, bütün tedbirlerde, daha sonra bir beraat kararı verilebileceği ihtimalinden hareket etmelidir (32). Bu husus, sözgelimi, StPO § 119/III'de tutuklama bakımından ve StPO § 467 I'de beraat halinde yargılama masrafları açısından gözönünde bulundurulmaktadır.

4 — Oranlılık Esası

Oranlılık ilkesi (krş. StPO § 112/I-2), koruma tedbirleri sözkonusu olduğunda, kamu yararının ilgilinin korunmaya değer menfaatleri gözardı edilerek gerçekleştirilememesi şeklinde bir fonksiyon ifa etmektedir (33). Vücut aramasında ve vücuda yönelik diğer müdahalelerde, her şeyden önce, usulüne uygun yapılan bir müdahalenin fiziksel ve psikolojik neticeleri gözönünde bulundurulmalı; sonra da uygulanan yöntem ve elde edilecek sonuç ile fiilin ağırlığı arasında makûl bir denge olmasına dikkat etmelidir. Dolayısıyla, örneğin Pnömonsepalografi (Pneumoencephalographie), vücuttan herhangi bir sıvı alınması (Liquorentnahme) ve Anjiografi (Angiographie) gibi tedbirlere başvurulması ile kabahat türünden suçların aydınlatılması faaliyetinde başvurulacak tedbir ve müdahaleler farklılık arzedecektir (34).

(31) BVerfG 19, 342 (347). Buna karşılık bkz. Hessen (Art. 20 II 1). Rheinland-Pfalz (Art. 6 III 2), Bremen (Art. 6 III), Berlin Art. 65 II Anayasaları.

(32) Krauß, n: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, s. 153 (176); uygulama alanları hakkında Jacobs (dn. 29), s. 111; EuKMR in: Menschenrechte in der Praxis des Europarates, 1972, s. 76.

(33) BVerfG 16, 194 (202); 17, 108 (117 vd.); BayObLGSt. 1963, 213 (214); Grabitz, AÖR 98, 568 (614); Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, s. 29 vd. (53 vd.).

(34) BVerfG 17, 108 (119); 16, 194 (203); Kuhlmann, NJW 1976, 350 vd. Pallograf sorunu hakkında LG Hannover, NJW 1977, 1110 vd.

Aynı şekilde, uyuşturucu madde bağımlıları için kanun uyarınca oluşturulmuş kamusal danışma-yardım merkezlerinde bağımlılar hakkında tutulmakta olan dosyalara da, ancak, buralarda yasadışı olarak uyuşturucu satışı yapıldığı yolunda genel bir şüphenin varlığı halinde elkonabilir, zira bu merkezler hukuken meşruiyet kazandırılmış kuruluşlardır (35).

5 — Delil Değerlendirme Yasağı

Oranlılık ilkesi meşru vasitalara başvurulmasını gerektirir. Ancak bunun karşıt kavramından, değerler arasında bir tartma yoluna gidilerek, ağır suçlar sözkonusu olduğunda, istisnaen, yasadışı yöntemlere müsaade edildiği sonucuna ulaşılamaz. Bu durum, GG m. 1 ve 2 tarafından korunmuş olan bireyin özel hayatına yönelik olarak gizli dinleme veya özel notlarına başvurma sonucu elde edilen ve kullanılmalari Anayasa'nın değerler telâkkisine aykırı olan deliller bakımından sözkonusudur (ayrıca bkz. Alman Ceza Kanunu [StGB] § 201; İHAS m. 8/I, BM Andlaşması m. 17) (36).

Bununla birlikte Alman Anyasa Mahkemesi (BVerfG), başta belirtilen yöntemlerine uygun olarak, bireyin sonuçta toplumun bir üyesi olduğu noktasından hareketle, ağır suçlarda, ilgilinin koruma altına alınmış menfaatleri karşısında kamu yararının önceliğe sahip olabileceği sonucuna da varmaktadır (37).

II. Muhakemenin Yapısı İle İlgili Açıklamalar

Muhakemenin yapısına dair açıklamalar bireysel hakları ancak dolaylı olarak içermektedirler.

1 — Silahlarda Eşitlik İlkesi

Silahlarda eşitlik ilkesi, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK) ve İnsan Hakları Avrupa Mahekemesi (İHAM) tarafından, İHAS m. 6 f'de yer alan adil muhakeme (fair hearing) prensibinden çıkarılmaktadır (38). İlkenin gerek itham usulü gerekse taraf muhakemesinin kabul edilmeyip sadece mecburilik esasının benimsendiği yargılama (39) bakımından geçerli olduğu durumlarda taşıdığı anlam, yalın bir yapısalılık prensibi olmasından ibarettir. İlke,

(35) BVerfG NJW 1977, 1489 (1492).

(36) BGHSt. 14, 358 (359); 19, 325 (326, 329 vd.); Friedrich Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, s. 109.

(37) BVerfG 34, 238 (249 vd); Kleinknecht, NJW 1966, 1537 (1541); Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 14 Nr. 28.

(38) EuKMR NJW 1963, 2247; EuGMR 1, 144 (181); krş. BVerfG 38, 105 (111).

(39) EuGMR 2, 184 (194 vd.).

muhakemeye katılan taraflara asli yetkiler bahsetmemekte, sadece, muhakemede sahip olunan roller arasındaki farklılaşmanın büyü-tülmesini yasaklamak suretiyle, mevcut hakları görelî olarak geliş-tirebilmektedir (40).

Silahlarda eşitlik ilkesi, meramını anlatabilme hakkının mut-laka pozitif olarak sağlanması anlamında nitelendirilemez: İddia ve savunma makamlarından hiç birisinin dinlenmediği durumlarda dahi silahlarda eşitlik korunmuş olabilir (41)! Buna karşılık, hakla-rın taraflara kural olarak kanun tarafından (bkz. StPO §§ 240/II-1, 246/III, 255) eşit bir şekilde bölüştürüldüğü duruşma bakımından silahlarda eşitliğin ifade ettiği anlam, iddia ve savunmayı oluşturan taraflardan her birine StPO § 258 çerçevesinde karşılıklı olarak söz verilmesidir (42). Ön soruşturmadaki sanık bakımından ise, silah-larda eşitlik ilkesi, delil ikame hakkının genişletilmesini gerektir-mektedir (43).

2 — Alenilik

Duruşmaların aleniliği ve hükmün aleni teşhimi; İHAS m. 6/I-1 ve 2, BM Andlaşması m. 14 f. 1/cümle 2 ve 3 hükümleri ile aynı yönde olmak üzere, asıl olarak Alman Mahkemeler Teşkilatı Hak-kında Kanun (GVG) §§ 169, 173 ile teminat altına alınmıştır. Aleni-liğin gerçeğe ulaşılmasına katkıda bulunmak şeklindeki esas fonk-siyonu, bireysel yararların gözönünde bulundurulması gereğinin so-nucu olarak, sürekli biçimde birtakım sınırlamalara maruz kalmış-tır: Eğitim düşüncesi, gençlikle ilgili davalarda aleniyetin kaldırıl-masını mümkün kılmaktadır, ki aslında gençliğe ilişkin duruşma-ların gizli yapılması yükümü anlamına gelen bu husus, İHAS m. 6/I-2 ve BM Andlaşması m. 14 f. 4 hükümlerinde sadece bir takdir yetkisi şeklinde düzenlenmiştir (44). Bireysel yararın korunması dü-şüncesi, ses ve görüntü kaydı şeklindeki genel yasak (Alman Mah-kemeler Teşkilatı Hakkında Kanun [GVG] § 169/cümle 2) yanında,

(40) E. Müller, NJW 1976, 1063 (1067); Roxin (dn. 8), s. 57; Kleinknecht (dn. 22), Art. 6 MRK Anm. 4, § 141 GVG Vorbem. 9. Çok tahdidi olarak BGHSt. 12, 136 (139); 18, 369 (371) ve aynı şekilde EuGMR EuGRZ 1976, 221 (235).

(41) HessStGH ESVGH 22, 135 (136).

(42) BGH NJW 1976, 1951; ayrıntılı olarak Rüping (dn. 13), s. 195.

(43) Krş. Müller (dn. 40), s. 1067; Kohlmann, Festschrift für Karl Peters 1974, s. 311 (320); kapsamlı olarak Almut Sandermann, "Waffengleichheit" im Strafprozeß, Diss. Köln 1975, s. 155 vd.

(44) Tscherning, Der Standard der Menschenrechte..., Diss. Mainz 1969, s. 74. Buna karşılık BGH JZ 1970, 730 (731)'e göre, Art. 6 MRK aleniyetin kal-dırılması yönünde bir hak içermemektedir.

ekonomik ve kişisel sırların korunması amacıyla ve ayrıca 16 yaşından küçük tanıkların dinlenmesinde aleniyetin kaldırılmasını gerektirmektedir (Alman Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun IGVG) § 172 f. 2-4). Milli güvenlik gerekçesiyle aleniyetten sarfınazar edilmesi hususu ise aynı kanunun § 172 f. 1 hükmünde yer almaktadır.

İHAS ve BM Andlaşması, aleniyetin sınırlandırılabilceği diğer sebepler olarak; kamu düzenini (krş. Alman Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun IGVG) § 172 f. 1/Alt. 2), ahlâkı (Alt. 3) ve Alman hukukunda ifade edilmemiş bulunan "adalet"i saymaktadır. Aslında "kamu düzeni" kavramı her halükârda adalet kavramını da içermektedir (45).

3 — Yargılama Süresi

Ceza adaletinde etkililiğin sağlanabilmesi için makûl bir zaman zarfında hükme varılması gerekmektedir. Kanun koyucu, "Büyük Ceza Muhakemesi Reformu" Çalışmaları'ndan bu yana, Anayasa (GG) m. 104/III-2, StPO §§ 163/III, 229/I gibi hükümlere serpiştirilmiş bulunan ve duruşmaların uzamasına (CtPO §§ 26a/I-3, 244/III-2, 245/II, 266/III-1) bir tepkiyi ifade eden muhakemenin çabuklaştırılması yükümünü ısrarla vurgulamaktadır (46) Muhakemenin çabuklaştırılması konusunda, İHAS m. 6/I -ki aynı husus BM Andlaşması m. 14 f. 3 ce'de de bulunmaktadır- hükmüne dayanılmaz, zira bu hükümler, ceza koğuşturmasının serileştirilmesi amacını gütmeyip, muhakemenin geciktirilmesi sonucunda sanığın bireysel haklarının zarara uğramasını önlemek maksadına yöneliktir (47).

İHAS m. 6, tutuklama konusundaki düzenlemesinden (İHAS m. 5/III-2, V) farklı olarak, muhakemenin makûllük (48) sınırını aşacak şekilde uzun sürmesini önlemek için herhangi bir tedbir içermemektedir. Bunu bir muhakeme engeli saymak suretiyle bir müeyyide oluşturulmasını isteyen görüşler (49) de isabetli değildir; zira sırf bu sebeple davanın düşmesine karar verilmesi, sonuçta beraat

(45) BGH bei Dallinger, MDR 1973, 730 (731); geniş olarak Herbst, NJW 1969, 546 (547).

(46) Krş. BT Drucks. 7/551 (s. 36); BR Drucks. 74/77 (s. 11 vd.), 420/77 (s. 16).

(47) LG Frankfurt JZ 1971, 235 vd.; LG Krefeld aynı dergi, 733 vd.; EuGMR 1, 108 (129 vd.); Art. 6'nın BT Drucks. 7/551 (s. 37)'deki başka türlü yorumlanması eleştirilmelidir. BGHSt. 26, 1 (4) ve 26, 228 (232) ise Fürsorgepflicht'e dayanmaktadır.

(48) Kriterler için bkz. EuGMR 3, 62 (101); tutukluk açısından BGHSZ 45, 30 (43).

(49) LG Frankfurt JZ 1971, 235; Hillenkamp, JR 1975, 133 (136).

edecek olan suçsuz kişinin aleyhine olacaktır. Bu yüzden, sürenin uzunluğu ancak cezanın belirlenmesinde nazara alınabilir ve bunu takiben suçlunun cezasının bağışlanması açısından bir meşruluk temeli oluşturabilir (50).

III. Adli Teşkilâta Bulunması Gereken Hususlar

Yargı organlarının sahip bulunması gereken hususlar maddi hukukun gereği gibi uygulanmasını sağlamaya yararlar.

1 — Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

İHAS m. 6/I-1 ve BM Andlaşması m. 14 f. 1/cümle 2 hükümlerinde yer almış bulunan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, yargı kurumlarına ilişkin güvencelerle, görülmekte olan muhakemede taraflar karşısında tarafsız kalınacağına dair güvenceler arasında zikredilmektedirler.

Meslekten ve halktan hâkimler (51) kişisel ve maddi olarak bağımsızdırlar (krş. Anayasa (GG) m. 97/I, II-1, Alman Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun [GVG] § 1, Alman Hâkimler Kanunu [DRiG] § 25, 44/II, 45/I-1). Ne diğer mahkemelerin kararlarıyla bağılılık, özellikle hiyerarşik olarak (krş. StPO § 358/I), ne de Anayasa'nın (GG) 20/III. maddesine göre "kanun ve hukuk" ile bağılılık veya kaldırılmış eski cezaları gözönünde bulundurma yasağı (Alman Adli Sicil Kanunu [BZRG] § 49) maddi bağımsızlık ile ilgili değildir (52); aynı şekilde, görülmekte olan bir davayı etkilemediği sürece, idari denetimler (Alman Hâkimler Kanunu [DRiG] § 26 II) de maddi bağımsızlık dışında kalırlar (53).

İHAS m. 6/I anlamında "kanuni" mahkeme ve BM Andlaşması m. 14 f. 1/cümle 2'de ayrıca "yetkili" mahkemeyi de kapsayan tabii hâkim esası da (Anayasa (GG) m. 101/I-2) yargı organlarını güvence altına almak istemektedir. İlke, yürütme organının somut hadiseler dolayısıyla farklı yetkiler belirlemesini engellemekte, yasama organını karar verecek olan hâkimi mümkün olduğunca kesin olarak belirlemeye zorlamakta ve yargıyı da iş bölümü esaslarına göre belirlenmiş yetkilere uymakla yükümlü kılmaktadır (Alman Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun [GVG] § 21e). Bununla birlikte,

(50) BGHSt. 24, 239 (240 vd.) ve 21, 81 (84); aynı görüşte Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 12 Nr. 94; Hanack, JZ 1971, 705 (714 vd.).

(51) Kişisel bağımsızlıkları konusunda bkz. BVerfG 27, 312 (322).

(52) BVerfG 36, 174 (185).

(53) Hâkimlerle ilgili Eyalet Disiplin Mahkemesi, BGHZ 67, 184 vd. daki kararı ile, sadece basit ihlaller halinde değil, kanuna açıkça aykırılık hallerinde dahi hatırlatma ve uyarıda bulunulmasını kabul etmektedir.

“karar mercileri” (54) ve “esnek yetki kuralları” kavramlarının tam karşılığını bulmak kolay olmamaktadır: Bu nedenle, (talimatla bağlı olan) savcılık, hadisenin özel öneminden ötürü, Alman Mahkemeler Teşkilâtı Hakkında Kanun (GVG) § 24/I-3 uyarınca, davayı sulh ceza mahkemesi (Amtsgericht) yerine asliye ceza mahkemesinde (Landgericht) açabilecektir (55).

Görülmekte olan bir davada sujelere karşı tarafsızlık StPO § 2'de belirtilen, kanun gereği farazi tarafsızlık hallerinde hâkimin davadan çekilmesiyle güvence altına alınmıştır. Bunun haricindeki durumlarda da, hâkim, tarafsızlığından şüpheye düşülen bir sebebin varlığı halinde reddedilebilir. Bu konuda belirleyici olan, StPO § 24/I hükmünden anlaşıldığı üzere, tarafların kanaatidir. Ancak Yüksek Mahkeme, bu doğrultudaki talebin reddine müsaade eden, uygulamanın ve adliyenin itibarının nazara alınmasını mümkün kılan “makûl” mülahazalarla sözkonusu hükmü sınırlandırmaktadır (56).

Hâkim tarafsızlığı adil bir kararla ilişkilendirildiği zaman taraflılık sorunu yeni bir ilkesel boyut kazanmaktadır; bu nedenle mahkeme, örneğin özel bir hatırlatma ile yükümlü kılınmakta (57), fakat bununla da onun sonuç karşısındaki özgürlüğü ve açıklığı sınırlanmış olmaktadır.

2 — Hukuki Korunma Garantisi

İnsan hakları olarak evrensel bir geçerliğe sahip bulunan garantilerin politik mülahaza ve tutumların üstünde bir konuma ulaşabilmeleri, gerçekten uygulanabilir olmalarına bağlıdır. Bu noktada İHAS'nin 13. maddesinin öngördüğü garanti, ki aynı düzenleme BM Andlaşması m. 2 f. 3'te de yer almaktadır, kamu gücünü kullanan kişiler tarafından hakları ihlâl edilenlere olağan mahkemelere müracaat yolunu açan Anayasa (GG) m. 19/IV hükmü ile bir ölçüde benzeşmektedir.

Bununla birlikte, Anayasa m. 10/II ve m. 10 hakkındaki (1968) tarihli Kanun'un 2. maddesine göre, telefon dinlemelerinin meşruluğu konusunda mahkeme yerine bir meclis komisyonunun karar vermesi, etkin bir hukuki korunma noktasından soruna yaklaşıldı-

(54) Bu konuda bkz. BVerfG 17, 294 (301); 18, 344 (350).

(55) Bu konuda kaygılı olarak Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (dn. 2), Art. 101 Anm. 30 vd.; başka türlü Kleinknecht (dn. 22), § 24 GVG Anm. 5.

(56) BGHSt. 22, 289 (294 vd.) ve OLG Celle MDR 1971, 774 vd. tarafsızlık şüphesinden hareket etmektedirler!

(57) BVerfG 42, 64 (78) § 139 ZPO konusunda.

ğında, gizlilik ihtiyacının haklılığını şüpheli kılmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK) benzer bir olayda meşruluk yönünde görüş bildirmiştir (58).

Gerçek hukuki korunma esası, sözgelimi, ceza infaz çerçevesinde derhal icra edilebilir bir tedbirin mahkeme tarafından kontrolünü mümkün kılacağı gibi (59), eski hale getirme sözkonusu olduğunda da, ilgilinin "kusuru" olmaksızın postadan kaynaklanan bir gecikme durumunda mahkemeye müracaat imkânı vermektedir (krş. StPO § 44). (60).

Buna karşılık, Anayasa m. 19/IV hükmü de, usul kanunlarında öngörülen sürelerle ve diğer şekli şartlara uyulması gereğini ortadan kaldıracak şekilde anlaşılabilir (61). Sözkonusu hüküm, hâkim karşısında bir koruma değil, sadece, hâkim vasıtasıyla bir koruma sağlamaktadır, başka bir ifadeyle, tıpkı Anayasa'nın (GG) 103/I. maddesinde olduğu gibi, yeni bir merci imkânı vermemektedir (62). Keza İHAS m. 13 de sadece milli hukukta mevcut kanun yolları ile sınırlı kalmaktadır (63). Bu konuda BM Andlaşması m. 14 f. 5, mahkûmiyet halinde bir üst yargı mercii tarafından denetim imkânını tanımak suretiyle, daha geniş bir garanti içermektedir. Alman hukukuna göre ilk derece mahkemesinde beraat halinde savcının müracaatı üzerine bir üst yargı mercisinde ilk defa mahkûmiyet hükmü verilebilmesi mümkün olduğundan, BM Andlaşması'nın bu düzenlemesi için Alman hukuku bakımından bir ihtirazi kayıt mevcuttur (64).

(58) EuGRZ 1975, 343 vd. Sorunun anayasaya uygunluğu hakkında bkz. BVerfG 30, 1 (23) ve ayrıca EuGMR EuGRZ 1978, 257.

(59) BVerfG 37, 150 (153).

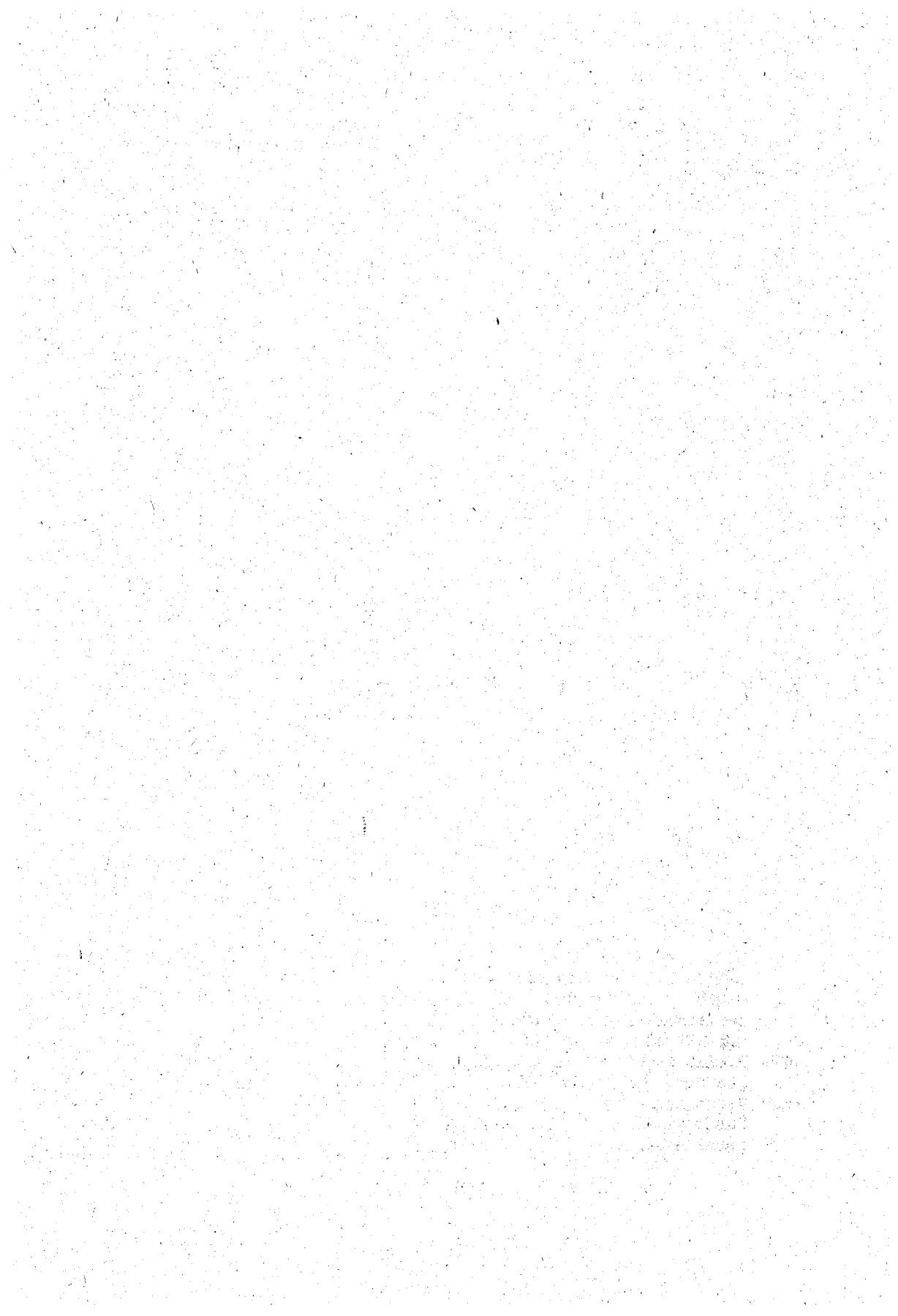
(60) BVerfG 44, 302 (306)

(61) BVerfG 9, 194 (199 vd.), 10, 264 (267 vd.).

(62) BVerfG 11, 232 (233); oldukça ayrıntılı olarak Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, s. 101; Art. 103 ile ilgili olarak BVerfG 1, 433 (437); BGHSt. 19, 7 (19).

(63) BGHSt. 20, 68 (70); anayasa mahkemelerine müracaat hususunda EuKMR DöV 1959, 743; VerfGH Rheinland-Pfalz NJW 1959, 1628 (1629).

(64) Vertragsgesetz Art. 1 Nr. 3 a (BGBI. 1973 II 1533), krş. Bericht der Bundesregierung (dn. 16), s. 35. Yeni garantilerin kapsamını sınırlayıcı olarak Denkschrift (dn. 16), s. 33 vd. (58).



FAİLLİĞİN ÜÇÜNCÜ BİR GÖRÜNÜŞ ŞEKLİ OLARAK MÜŞTEREK FAİLLİK

Dr. iur. İzzet ÖZGENÇ

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

PLAN

- § 1. Müşterek Faillğin Hukukî Mahiyeti
- § 2. Fiil Üzerinde Fonksiyonel, Müessir Hakimiyet Kurulması (Fonksiyonel -Müessir- Fiil Hakimiyeti)
 - I — Korrelatif Müşterek Faillik
 - II — Additif (Cem'i) Müşterek Faillik
 - III — Alternatif Müşterek Faillik
 - IV — Gözcülük Yapma ve Müşterek Faillik
 - V — Fonksiyonel Fiil Hakimiyeti ve Hazırlık Hareketleri
 - VI — Suç Teşekkülleri ve Müşterek Faillik
- § 3. Birlikte Suç İşleme Kararı
 - I — Genel Olarak
 - II — Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması
 - III — Müşterek Faillik ve Suçun Konusunda Yanılgı
 - IV — Müşterek Faillik ve Hedefte Sapma
 - V — Sonradan Oluşan Müşterek Faillik
 - VI — Birlikte Suç İşleme Kararında Yanılgı
- § 4. Yükümlülük Suçlarında Müşterek Faillik
- § 5. İhmali Suçlarda Müşterek Faillik
- § 6. Taksirli Suçlar ve Müşterek Faillik

§ 1. Müşterek Faillığın Hukukî Mahiyeti

Ceza Kanunlarının Özel Hükümler başlığı altındaki suçlar kataloğunda yer alan suçların büyük bir kısmını hâkimiyet (=hareket) suçları oluşturmaktadırlar (1). Bu suçlarda doğrudan (müstakil), dolaylı veya müşterek faillik için, fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerekir. Doğrudan (müstakil) veya dolaylı fail olarak fiil üzerinde hakimiyet kurulmasına ilişkin daha önce ve ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştuk (2). Burada faillığın üçüncü görünüş şekli üzerinde açıklamalarda bulununacağız.

Müşterek faillik, suçun icraî hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. Müşterek faillik, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icrasına ilişkin işbölümü esasına dayalı ortak katılım sonucunda bunun icrası üzerinde kurulan müşterek hakimiyeti gerekli kılmaktadır. Her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin müessir, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır. Öyle ki; bu katkı, suç planının başarıya ulaşması açısından önem arz etmektedir ve bu itibarla da, fiil üzerinde müşterek hakimiyetin esasını teşkil etmektedir.

İştirak şekillerinin ayırımında sübjektif teoriden hareket eden bazı yazarlar, müşterek faillik halinde, "karşılıklı dolaylı faillik" in varlığını kabul etmektedirler (3). Buna göre, her müşterek fail, suçun işlenişine bulunduğu katkının öneminden bağımsız olarak (fiili diğer müşterek fail vasıtasıyla işlemektedir.

Fakat, bu düşünce eleştirilmiştir. Önce, bütün müşterek failler, prensip itibarıyla işlenen fiilin ve kendi sorumluluklarının şuurunda olarak suçun işlenişine iştirak etmektedirler. Bu suç ortaklarından hiçbirisi diğerini suçun işlenişinde bir vasıta, araç olarak kullanmamaktadır. Bu itibarla, müşterek faillikte suç ortaklarının birbirleri üzerinde hakimiyet kurmasından bahsetmek mümkün değildir (4).

Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanısıra, fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail

(1) Bkz. Özgenç, İzzet : Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukukî Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik (-henüz yayınlanmamış- Doktora Tezi), İstanbul, 1990, sh. 128 vd.

(2) Özgenç, Doktora Tezi, 166.

(3) Lange Der moderne Täterbegriff, 55; Kohlrausch/Lange; StGB (43), 161; Cramer, Schönke/Echröder (23), § 25, kn. 45; Baumann/Weber, § 36 I 3a.

(4) Roxin, LK (10), § 25, kn. 109; Maurach/Gössel/Zipf II, 289; Baumann/Weber, 526; eleştirici için ayrıca bkz. Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 602.

statüsündedir. İşlenen haksızlıkla doğrudan temas halinde olan müşterek faillerin bu haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri için bağıllık prensibine gerek yoktur. Başka bir ifadeyle, müşterek faillikte sorumluluğun esası bağıllık prensibine dayanmamaktadır. Müşterek failler, birlikte suç işleme kararının yanısıra, işbölümü esasına dayanan müşterek katılım dolayısıyla, işlenen haksızlıktan doğrudan doğruya ve karşılıklı olarak sorumlu tutulacaklardır (5).

Şerik olarak bir suça iştirak edebilmek için, esas fiilin haksızlık unsurunun gerçekleşmesinin yeterli olduğunu; buna karşılık, failin bu haksız fiilden dolayı cezai sorumluluğunun, bir başka ifadeyle, kusurunun varlığının gerekli olmadığını daha önce belirtmiştik (6). Buna göre, kusur yeteneği veya, genel bir ifadeyle, kusurlu olmayan bir kimsenin işleyeceği fiile şerik olarak iştirak mümkün olduğu gibi; bu kişiyle beraber müşterek fail olarak da aynı suç işlenebilir. Meğer ki, kusur yeteneği olan veya, genel olarak, kusurlu davranan kişi, diğeri üzerinde bir hakimiyet tesis etsin ve onu bu suçun işlenişinde bir araç olarak kullanmış olsun. Şöyle ki, örneğin A, bir akıl hastası B ile birlikte C'yi dövmek ister. B, C'nin kollarını tutar ve A da C'yi dövmeye başlar. Herne kadar bu olayda B, akıl hastası olması nedeniyle sorumlu tutulamayacaksa da, fiilin işlenişinde A ile birlikte müşterek hakimiyet kurmuşlardır (7).

§ 2. Fiil Üzerinde Fonksiyonel, Müessir Hakimiyet Kurulması (Fonksiyonel -Müessir- Fiil Hakimiyeti)

İşlenen haksızlıktan müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmek için, suç ortaklarının fiil üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmaları gerekir. Şu muhakkaktır ki, müşterek faillik halinde fiil üzerinde kurulan hakimiyetle, doğrudan (müstakil) veya dolaylı faillik halinde fiil üzerinde kurulan hakimiyet arasında bazı mahiyet farklılıkları mevcut olacaktır. Müşterek failler, suç teşkil eden haksızlık vakiasının bütünü üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmaktadır. Bu itibarla, bunlardan her birisinin suçun genel oluşumu üzerinde müstakil bir hakimiyet kurduğundan bahsedilemez. Suçun işlenişinde kısmi bir hakimiyet kurulmayıp; bu vakianın bütünü üzerinde müşterek failler, ortak katılımlarıyla müşterek bir ha-

(5) Jescheck, Lb., 593, 612; Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 86. Wessels, Allgemeiner Teil (19), 155.

(6) Bkz. Özgenc, Doktora Tezi, 126 vd.

(7) Aynı mealde bkz. Roxin, LK (10), § 25, kn. 117.

kimiyet tesis etmektedirler (8).

Aşağıdaki açıklamalarımızda, -korrelatif, additif (cem'i) ve alternatif müşterek faillik olmak üzere- müşterek faillğin üç şekli üzerinde duracağız.

I — Korrelatif Müşterek Faillik

Müşterek failler, suçun işlenişine buldukları iştirak katkılarıyla suçun kanunî tarifinde yer alan objektif, maddî unsurların hepsini yalnız başına gerçekleştirmek zorunda değildirler; fakat, aralarındaki işbölümü gereğince, bu maddî unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmekle de fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurabilirler. Örneğin bir banka soygunu sırasında suç ortaklarından biri silahıyla bankadakileri etkisiz hale getirirken, diğeri kasadaki paraları almaktadır. Bu olayda her iki suç ortağının suçun işlenişine buldukları katkılar, sözkonusu suçun icrası açısından birbirlerini tamamlayıcı niteliktedirler. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun icrası üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmaktadır (9).

Müşterek hakimiyetin kurulup kurulmadığının tayininde suç ortaklarının suçun icrasındaki rol dağılımları ve suçun işlenişine bulunulan katkının arzettiği önem, zaruret gözönünde bulundurulacaktır. Öyle ki, fiilin icrası veya akim kalması müşterek faillerden herbirinin elinde bulunmaktadır (10). Müşterek failin suçun icrasına bulunduğu katkının arzettiği bu zaruret nedeniyle; burada, **fonksiyonel, müessir fiil hakimiyeti**, bir başka ifadeyle, icrai faaliyette bulunmayı gerekli kılan fiil hakimiyeti kavramı kullanılmaktadır (11).

(8) Welzel, ZStW 58 (1939), 549; Roxin, Täterschaft, 277; Maurach/Gössel/Zipf II, 291, 293. Bu nedenle, müşterek faillerin sadece suçun işlenişine buldukları iştirak katkısı üzerinde hakimiyet kurdukları; buna karşılık, suç teşkil eden haksızlığın bütünü üzerinde bir hakimiyetin sözkonusu olmadığı itirazı (Cramer, Schönke/Schröder (23), Vorbem. vor §§ 25 ff., kn. 66, 83; aynı yazar, Bockelmann - F., 402) isabetli değildir. Zira, burada aranan, müşterek faillerin herbirinin suçun bütünü üzerinde müstakil hakimiyeti değil; suç teşkil eden haksızlık vakıası üzerinde müşterek bir hakimiyet tesis etmeleridir: Roxin, Täterschaft, 276; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 110; Maurach/Gössel/Zipf II, 289; Bloy, Die Beteiligungs-form als Zurechnungstypus im Strafrecht, 370 vd.

(9) Roxin, Täterschaft, 278; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 108.

(10) Maurach/Gössel/Zipf II, sh. 294/295; Roxin, Täterschaft, 280.

(11) Kavramı ilk ihdas eden Roxin olmuştur. Ancak, bilahare doktrinde büyük ölçüde kabul görmüştür: Jescheck, Lb., 616; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn: 823; Samson, SK (4), § 25, kn. 43; Rudolphi, Bockelmann - F., 347; Bloy, 376; fonksiyonel fiil hakimiyeti kavramını eleştirmekle birlikte, muhtevada hemfikir olan, Herzberg, Täterschaft, 61.

Buna göre, suçun icrasına bulunulan katkı, suçun başarıyla işlenmesi açısından zorunluluk arz ediyorsa, bu suç ortağı müşterek faildir. Öyle ki, suçun işlenişine bulunulan her bir müşterek katkı, fiilin başarıyla tamamlanması açısından gereklilik arz ettiği gibi; müşterek katkılardan herhangi birinden vazgeçilmesi, fiili gerçekleşmeme, akim kalma tehlikesine maruz bırakır.

Ancak, bütün bu izahlardan, suçun işlenişine bulunulan katkının meydana gelen netice açısından illiyet bağı itibarıyla zorunluluk arz edip etmediği hususunun müşterek faillğin tayininde esas alındığı şeklinde bir sonuç çıkarılmamalıdır. Aksi takdirde fiil üzerindeki müessir, fonksiyonel hakimiyet ile, suçun işlenişine bulunulan iştirak katkısının meydana gelen netice açısından zorunluluk arz edip etmediğine göre suç ortaklarının iştirak statülerini belirleyen “zorunluluk teorisi” (=“Notwendigkeitstheorie”) (12) birbirine karıştırılmış olur. Expost bir araştırmayla suçun işlenişine bulunulan katkının, meydana gelen netice açısından illiyet bağı itibarıyla zorunluluk arz edip etmediğini reel olarak belirlemeye çalışmak isabetli değildir. Çünkü, böyle bir “tesbit”, farazi bir teşhisten öteye geçemez. Halbuki suçun işlenişine bulunulan bütün iştirak katkıları, illiyet bağlantısı itibarıyla gerçekte meydana gelen netice açısından zorunluluk arz ederler.

Burada bizi isabetli sonuca ulaştıracak olan kıstas, yine sağlıklı bir değerlendirmedir. Olayın müşahhas oluşum şartları dikkate alınmak suretiyle yapılacak sözkonusu değerlendirme, suçun işlenişine bulunulan katkının icra ettiği fonksiyonun objektif anlamını belirlememizi sağlayacaktır. Sonuç olarak diyebiliriz ki; suçun işlenişine bulunulan katkının meydana gelen haksızlığın işleniş açısından arz ettiği önemden, zaruretten bahsederken, “bu katkıda bulunulmasaydı suç hiç bir surette işlenmeyecekti” şeklinde bir farazi fikir yürütümüne müracat etmemekteyiz. Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi, böyle bir ex post tesbit mümkün değildir (13).

(12) Bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 118 vd.

(13) Roxin Täterschaft, 283. Özellikle Müşterek Hukuk dönemi Ceza Hukukçularınca kabul edilen “zorunlu fer’i iştirak” müessesesine göre, mahiyet itibarıyla yardımda bulunma özelliği arz eden bir iştirak katkısı şayet suçun işlenmesi açısından zaruret arz ediyorsa, ilgili suç ortağı “fail” olarak sorumlu tutulmaktadır. Halbuki böyle bir durumda kişi, her ne kadar suçun işlenişini ilk defa mümkün kılmaktaysa da, fiilin işlenişinde henüz hakimiyet kurmuş değildir. Şöyle bir örnekle mesele daha iyi anlaşılacaktır; Parası olmayan bir antika eşya hırsızına müzeye giriş için gerekli parayı tedarik eden kişi, bu parayı vermekle hırsızlık suçunun işlenmesini mümkün kılmıştır. Başka bir ifadeyle, kişi bu parayı vermeseydi hırsızlık suçu işlenmeyecekti. “Zorunlu fer’i iştirak” düşüncesine

Suçun işlenişini üzerinde müşterek hakimiyet kurabilmek için, suç ortağının fiilin işlenişine doğrudan müdahalede bulunması gerekmez. Sözelimi suç işlemek için oluşturulmuş teşekküllerde, teşekkülün lideri durumundaki suç ortağının, işlenen suçlara doğrudan müdahalede bulunması zorunlu değildir. Teşekkül halinde işlenen suçlarda ancak emir ve kumanda durumundaki bu suç ortağının talimatları, planları sayesinde suçun icrası mümkün olmaktadır. Aksi takdirde suçun işlenmesi akim kalabileceği gibi, teşekkülün varlığının bir anlamı da olmaz (14).

Müşterek faillik için olay mahallinde bizzat bulunmak zorunlu değildir. Uzaktan da olsa, örneğin telsiz vs. ile fiilin işlenişini yönlendirmek suretiyle müşterek fail olarak suçun icrasına iştirak mümkündür. Suç vakiasının planlamasına ve tertiplenmesine iştirak eden suç ortağı, şayet bilahare fiilin icrasına iştirak etmemekteyse, fiilin icrası üzerinde fonksiyonel, müesser bir hakimiyet kurmuyorsa, müşterek fail olarak değil, şerik (yardımda bulunan) olarak sorumlu tutulacaktır.

Ancak, genel olarak Roxin'in izahlarına iştirak etmekle beraber, Stratenwerth, suçu tertipleyen, planlayan suç ortağının bilahare suçun icraî hareketlerine iştirak etmese dahi, müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir. Buna göre, suçun işlenişine bulunulan ktakinin ne zaman yapıldığına değil; ne tarzda yapıldığına bakmak gerekecektir. Suç vakiasının tertipçisi olan suç ortağı, bilahare suçun icrasını gerçekleştiren diğer suç ortaklarıyla bağlantı halinde bulunmasa bile, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (5). Buna karşılık, suçun işlenmesinde kullanılacak silah ve sair vesaitin suç mahalline nakledilmesi, müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirmez (16). Suçun icrasına ilişkin esaslı, ayrıntılı plan hazırlamak, suç vakiasını tertip etmek, müşterek fail olarak sorumluluk için esas alınmaz. Zira, suç planını hazırlayarak bir başkasını suç işlemeye azmettirme halinde, kişinin müşte-

göre, suçun icraî hareketlerine hiçbir katkısı olmayan ve sadece hırsızın müzeyeye girişi için gerekli parayı tedarik eden kişiyi "(müşterek) fail" olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Böyle bir düşünüş, fiil hakimiyeti kıstasıyla bağdaştırılamaz. Bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 118-120.

(14) Roxin, Täterschaft, 280; ayrıca bkz. aşağıda sh.

(15) Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 824, 826; aynı şekilde Maurach/Gössel/Zipf II, 295; Jescheck, Lb., 616/617.

(16) Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 826; Jescheck, Lb., 616/617.

rek fail olarak değil; azmettiren olarak sorumluluğu cihetine gidilmektedir (17).

Buna karşılık, suçun icrası açısından müstakil bir fonksiyonu olmayan bir katkıda bulunulması halinde, müşterek hakimiyetten bahsedilemez. Müşterek faillik için, suçun icrası aşamasında bulunulsa bile, bir iştirak katkısı, suçun işlenişine açısından bir önemi haiz olmalıdır; başka bir ifadeyle, suç ortakları arasındaki işbölümü gereğince suçun icrası üzerinde müessir, fonksiyonel bir hakimiyet kurulmasını tedarik edecek ağırlıkta olmalıdır. Bu itibarla, örneğin sahte evrak tanzim eden kişiye mükrekkep tedarik etmek, bu suçun işlenişinde müşterek fail olmayı gerektirmez (18).

II — Additif (Cem'i) Müşterek Faillik

Herzberg, Roxin'in ihdas ettiği bu fonksiyonel fiil hakimiyeti kavramının müşterek faillikle alakalı bütün hususlara yeterli açıklama getiremediği inancındadır. Şöyle ki, bazı durumlarda suçun işlenişine bulunulan katkının suçun icrası açısından önemli olup olmadığı, zorunlu olup olmadığı her zaman tatmin edici bir şekilde belirlenemez. Örneğin bir kasden adam öldürme suçunu işlemek için aralarında anlaşmış olan yirmi kişi, amacın gerçekleşme ihtimalini daha da yükseltmek için, aynı anda mağdurun üzerine ateş ederler. Ateşlenen mermilerden bir kısmı mağdura isabet eder, bir kısmı ise etmez. (19).

Herzberg'e göre, bu olayda fiil o şekilde tertip edilmiştir ki, her bir suç ortağının fiilin işlenişine bulunduğu katkı bizatihi önemsizdir. Öyle ki, bu suç ortaklarından birisi suçu işlemekten geri kalsa bile, fiilin işlenişine başarıyla tamamlanacaktır (20).

Müşterek faillik, her zaman, yukarıdaki banka soygunu örneğinde olduğu gibi, suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı

(17) Roxin, LK (10), § 25, kn. 129; aynı şekilde Herzberg, Täterschaft, § 5 II 2a; Samson, SK (4), § 25, kn. 47. Nitekim, bizde Askeri Yargıtay, iştirak statülerinin belirlenmesinde bir suç ortağının suçun işlenişine bulunduğu katkıyla suçun icrasında "mühim bir rol oynama"sını ölçü olarak almaktadır: ê Ask. Yarg. DKK. 26.3.1987, 61/58 (Ask. YKD 6 [1990], sh. 17 vd. [19]. Ancak, Yargıtay, öldürülenin kaçmasını engellemek suretiyle öldürme suçunun işlenişine iştirak eden şahsın "müzaharet ve muavenetle suçun icrasını kolaylaştıran", yani yardımda bulunan olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir: 1. CD. 27.6.1990, 1690/1988 (YKD Eylül 1990, s. 1384 vd.).

(18) Roxin, Täterschaft, 284; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 108, 131, 132; Jescheck, L., 616; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 824; Samson, SK(4), § 25, kn. 47; Bloy, 369/370; Herzberg, Täterschaft, 69.

(19) Herzberg, Täterschaft, 56.

(20) Herzberg, Täterschaft, 58.

olarak birbirlerini tamamladığı klasik şekliyle, bir başka ifadeyle, korrelatif müşterek faillik olarak karşımıza çıkmamaktadır. Bazı hallerde, müşterek faillerden her biri suçun bütün tipik unsurlarını tek başına gerçekleştirmeye gayret etmek üzere, bir müşterek anlaşmaya varılır. Böyle bir durumda müşterek harekte etmenin amacı, fiilin akim kalma ihtimalini mümkün olduğunca aza indirmektir. Fakat, bu demek değildir ki, böyle bir ihtimalde her bir suç ortağını nsuçun işlenişine bulunduğu katkı bizatihî önemsizdir. Aksine, suçun icraî hareketlerini gerçekleştirecek suç ortağı sayısının artırılması suretiyle, suç planının başarıya ulaşması ihtimalinin mümkün olduğunca artırılması, sağlama alınması amaçlanmaktadır (21).

Halbuki Herzberg, bu olayda her bir suç ortağının suçun işlenişine bulunduğu müstakil katkıyı "önemsiz" olarak nitelendirirken, bu müstakil katkıların neticenin oluşumu açısından buldukları illi etkiyi nazarı itibara almaktadır. Fakat, mesele ex ante bir müşahedeye tabi tutulduğunda, her bir suç ortağının suçun işlenişine buldukları katkıların icra ettiği fonksiyonun, suç planının başarıyla sonuçlanması ihtimalini artırmak olduğu görülür. Bu durumda her bir suç ortağının suçun işlenişine bulunduğu katkının eşdeğerde olduğu anlaşılır. Zaten bu nokta, müşterek faillik açısından aranan hususlardan birisidir. Neticenin gerçekleşmesi, iştirak statülerinin belirlenmesinde önemi haiz değildir. Örnek olayımızda müteaddit suç ortağı kanundaki tipik hareketleri bizzat gerçekleştirmeyi kararlaştırmakla ve müşterek hareket etmekle beraber, mermilerden bir kısmı mağdura isabet etmemiş olabilir. Böyle bir durumda mesele, bütün suç ortaklarının, şüpheden sanık yararlanır -in dubio pro reo- prensibi gereğince adam öldürmeye teşebbüsten dolayı mı, yoksa tamamlanmış adam öldürme suçundan dolayı mı sorumlu tutulmaları gerektirir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, örnek olayımızda bütün suç ortakları müşterek suç işleme kararına istinaden hareket etmektedirler ve suçun icraî hareketlerinin müşterek gerçekleştirmektedirler. Bu yirmi suç ortağının ateşlediği mermilerden sadece bir tanesinin hedefe isabet etmesi halinde dahi, bir tamamlanmış kasden adam öldürme fiilinin mevcut olduğunu, fakat, bu suçun süjesi, yani faili, bir tek kişi olmayıp, yirmi kişiden müteşekkil bir grup olduğunu kabul etmek gerekecektir (22). Nasıl ki bir kişi mağduru öldürmek için yirmi el ateş edip de bunlardan sadece bir tanesinin

(21) Bloy, 372/373.

(22) Bloy, 374.

hedefe isabet etmesi halinde, (hukuki anlamda) hareket birliğinin mevcudiyeti nedeniyle, bu kişiyi bir defa tamamlanmış kasden adam öldürmeden ve on dokuz defa kasden adam öldürme suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu tutmuyorsak; olayımızda da aynı düşünceden hareketle bütün suç ortaklarını bir tek tamamlanmış kasden adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir (23), (24).

Her bir suç ortağının ateşlediği merminin hedefe isabet etme ihtimalinin farklılık arzettiği durumlarda dahi, müşterek faillğin varlığını kabul etmek gerekecektir. Hedefe isabet etme ihtimali en az olan mermiyi ateşleyen suç ortağını bu sebeple şerik olarak sorumlu tutamayız. Zira, uzaklık ve saire gibi müşahhas olayın şartlarından kaynaklanan sebeplerle hedefe isabet etme ihtimalinin az olduğu suç ortağı da, silahını ateşlemekle korunan hukuki değere doğrudan tecavüz etmiştir. Bir başka ifadeyle, bu suç ortağını, bir başkasının gerçekleştirdiği haksızlığa bulunduğu katkıdan dolayı değil, haksızlıkla doğrudan temas halinde, ilişki içinde olduğu için sorumlu tutmaktayız (25).

III — Alternatif Müşterek Faillik

Diğer bir husus da doktrinde Rudolphi tarafından müşahede edilmiştir. Rudolphi şöyle bir örnek vermektedir: A ve B, ortak düşmanları M'yi öldürmek için karara varırlar. Plana göre M'nin geçmesi muhtemel iki yoldan birisinde A, diğerinde ise B pusu kurar. M, A'nın pusu kurduğu yoldan geçerken, A tarafından vurularak öldürülür (26). Burda mesele, B'yi de bu kasden adam öldürme fiilinin-

(23) Nitekim Herzberg, Täterschaft, 57, 60; Jescheck, Lb., 255; Roxin, Täterschaft (4. bası), 619.

(24) Bu itibarla, Ceza Kanununun bu gibi ihtimallerde, yani mağdura isabet eden merminin hangi müşterek failin silahından çıktığının anlaşılacağı durumlarda, müşterek failerin cezasında belli oranda indirim yapılmasını öngören 463. madesi hükmünün adil bir çözüm getirdiğini iddia etmek mümkün değildir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç: Müşterek Faillik - Ceza Kanununun 463. madesi Hükmünün ve Buna İlişkin Uygulamanın Değerlendirilmesi, -henüz yayınlanmamıştır-). Arica, additif (cem'i) müşterek faillik halinde bütün müşterek failerin teşebbüs derecesinde kalmış suçtan dolayı sorumluluğu cihetine gidilmesini savunan fikir de (Schilling, Georg: Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Köln/Berlin/Bonn/München, 1975, sh. 111 vd.) isabetli değildir.

(25) Bloy, 375; aynı mealde Wessels, Allgemeiner Teil (19, bası), sh. 155. Ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf II, 296.

(26) Rudolphi, Bockelmann - F., 379.

den dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutabilip tutamayacağımız hususudur.

Rudolphi, bu ihtimalde müşterek failliğin mevcut olmadığı fikrindedir. Çünkü, müşterek faillik daima suçun kanunî tarifindeki icrai hareketlerin gerçekleştirilmesine katılmayı zorunlu kılar. Haksız bir neticenin gerçekleşmesini sağlamak amacıyla suç ortakları arasında oluşan alternatif icraya dayalı karar birliği, müşterek fail olarak sorumlu tutulmak için yeterli bir sebep teşkil edemez (27).

Fakat, doktrinde kabul edilen genel görüşe göre, böyle bir ihtimalde müşterek failliğin mevcut olmadığını her zaman kesin bir şekilde söylemek mümkün değildir. Şu muhakkaktır ki, müşterek fail olabilmek için suçun icrası aşamasında önemli bir katkıda bulunmak gerekir. Bu itibarla, bu tür olaylarda müşterek faillikten bahsedebilmek için, birlikte suç işleme kararının yanısıra, alternatif katılım da olsa, suçun icrası aşamasında etkili olacak önemli bir iştirak katkısında bulunmak gerekecektir. Buna göre, örneğin bir siyasi şahsiyeti öldürmek için binanın her bir çıkış kapısında nöbet tutan suç ortaklarından sadece bir tanesinin ateş etmesi sonucu mağdurun ölmesi halinde, diğer suç ortaklarının iştirak katkıları da suçun icrası aşamasında önemli ölçüde etkili olduğu için, bütün suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Buna karşılık, örneğin yurt dışından ülkeye gelecek olan bir siyasi şahsiyeti öldürmek üzere anlaşılan suç ortakları, bu şahsiyetin ülkede gelebileceği bütün havaalanlarına dağılırlar. Ancak, X havaalanına gelmesi nedeniyle mağduru buradaki suç ortağının öldürmesi halinde, kasden adam öldürme suçunun faili olarak sadece bu suç ortağını sorumlu tutmak gerekecektir; diğer suç ortaklarını ise, suçun icrası aşamasında herhangi bir katkıları olmadığı için, bu suçta ancak yardımcı bulunan olarak sorumlu tutabiliriz (28).

IV — Gözcülük Yapma ve Müşterek Faillik

Birer sorumluluk statüleri olan iştirak şekillerinin ayırımında fiil hakimiyeti kıstasını esas alan yazarlar, suçun işlenişi sırasında gözcülük yapılması halinde, bu suç ortağının iştirak statüsünü belirlerken, müşahhas olayın şartlarına göre bir ayırım yapılması gerektiği kanaatinde idirler. Buna göre, müşterek karar doğrultusunda

(27) Rudolphi, Bockelmann - F., 380.

(28) Roxin, Täterschaft (4. bası), 620; aynı yazar, Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, sh. 524 vd.; Bloy, 376/377. Ancak, Maurach/Gössel/Zipf, bu ihtimalde de müşterek failliğin mevcudiyetini kabul etmektedirler: Maurach/Gössel/Zipf II, 296/297.

suçun icrasına bulunulan gözcülük yapma şeklindeki katkı şayet suçun icrası açısından zorunluluk arz ediyorsa, fiilin başarıyla tamamlanması için buna gerek hissediliyorsa; bir başka ifadeyle, işbölümü esasına dayalı suçun icrasında gözcülük, müstakil bir fonksiyon icra ediyorsa, bu suç ortağı müşterek faildir. Buna karşılık, örneğin bir hırsızlık çetesine henüz yeni dahil olmuş olan bir kişiye, bu işin nasıl yapıldığını göstermek için, bir hırsızlık vakiasının işlenişi sırasında önem arzetmeyen bir noktada gözcülük görevi ifa ettirilmişse; bu gözcülük, suçun icrası açısından müstakil bir fonksiyonu haiz olmadığı için, suçun işlenişi açısından önem arzetmediği için, ancak yardımda bulunan sıfatıyla şerik olmayı gerektirir (29).

Bu itibarla, gözcülük yapan suç ortağının müşterek fail olarak mı, yoksa yardımda bulunan olarak mı sorumlu tutulması gerektiği meselesinin halli, tamamen muşahas olayın şartlarını gözönünde bulunduracak olan hakimin görevidir (30). Fakat gözcülük faaliyetinin icrası halinde prensip olarak müşterek failliğin varlığını kabul etmek gerekecektir. Meğer ki bulunulan gözcülük faaliyeti, suçun icrası açısından gerekli olmayan, tali bir fonksiyonu haiz bulunan bir iştirak katısı mahiyeti arzetsin (31).

Bu nedenledir ki, fonksiyonel fiil hakimiyeti, muşahas olaylardan soyutlanarak, genel bir şekilde kapsamı tayin edilemeyen; daha ziyade, muşahas olayın şartlarının değerlendirilmesi sonucunda tesbiti kabil olan "açık" bir kavramdır (32).

(29) Roxin, Täterschaft, 282.

(30) Gallas, Beiträge, 67, 104, 140; Roxin, Täterschaft, 283; Maurach/Gössel/Zipf II, 297.

(31) Roxin LK (10), § 25, kn. 108, 133. Ancak, Samson, gözcülük halinde, prensip itibarıyla yardımda bulunan olarak sorumluluk cihetine gidilmesi gerektiği fikrindedir: SK (4), § 25, kn. 47. Türk doktrininde de yazarlar, gözcünün iştirak statüsünün belirlenmesinde muşahas olayın şartlarının gözönünde bulundurulması gerektiği fikrindeirler (Dönmezer/Erman II, no. 1288; Erem, Genel Hükümler I, 457). Ancak, Gözübüyük, gözcülük yapanın "doğrudan doğruya beraber işleyen" (yani, müşterek fail) olarak sorumlu tutulacağı kanaatindedir (Gözübüyük, A. Pulat: Türk Ceza Kanunu Açıklaması, cilt I, 4. bası [tarih yok], s. 283). Buna karşılık, Yargıtay, hırsızlık suçunda gözcülük yapılması halinde, "doğrudan doğruya beraber işleyen" (yani, müşterek fail) olarak değil; "müzaharet ve muavenetle suçun icrasını kolaylaştıran" (yani, şerik, yardımda bulunan) olarak sorumlu tutulması gerektiği fikrindedir (6. CD. 27.9.1988, 6500/10122: YKD Mart 1989, sh. 428).

(32) Roxin, Täterschaft, 122/123, 282; Bloy, 368, 375; ayrıca bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 123/124.

Ancak, bu tesbitte ex post illi bir mülahazadan hareket edilmemelidir. Bir başka ifadeyle, bu gözcülük faaliyeti icra edilmemiş olsaydı suçun yine de işlenip işlenmeyeceği konusunda yapılacak ex post araştırma sonucunda varılacak farazi yargıya göre kişinin müşterek fail olarak mı yoksa yardımında bulunan olarak mı sorumlu tutulacağı tayin edilemez. Daha ziyade, gözcülük yapan suç ortağının suçun işlenişine bulunduğu bu iştirak katkısı suçun icrası açısından müessir bir rolü haiz ise, fiil üzerinde fonksiyonel bir hakimiyet kurulmasını sağlıyorsa, müşterek faillğin varlığını adeta bu gözcülük faaliyetine bağlılık arz etmektedir (33).

V — Fonksiyonel Fiil Hakimiyeti ve Hazırlık Hareketleri

Almanya'da iştirak şekillerinin ayırımında genellikle subjektif teorinin etkisinde kalan yazarlar (34) ve hatta Federal Yüksek Mahkeme (35) müşterek suç işleme kararını bu ayırımında esas aldıklarından, hazırlık hareketlerini icra eden suç ortaklarını dahi teredütsüzce müşterek fail olarak sorumlu tutabilmektedirler.

Keza Bockelmann da, şayet müşterek suç işleme kararına dayanmakta ve suçun icrası da kararlaştırıldığı vechile gerçekleştirilirse, mücerret bir destegin veya hazırlık hareketinin dahi müşterek fail olarak sorumluluk için yeterli olduğu kanaatindedir. Buna göre, profesyonel bir hırsızla bankayı soymak konusunda anlaşan banka görevlisi, anlaşma gereğince, profesyonel hırsıza kasanın ne zaman dolduğunu, hangi saatlerde bekçilere yakalanmadan bu işi gerçekleştirebileceğini haber verecektir; buna karşılık, profesyonel hırsız ise, soygunu yalnız başına gerçekleştirecektir. Bu olayda Bockelmann'a göre, banka görevlisi azmettiren ya da yardım eden olarak değil; aksine, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (36).

(33) Roxin, LK (10), § 25, kn. 108.

(34) Kohlrausch/Lange, StGB (43), sh. 174; aLnge, Der moderne Täterbegriff, 59/60; Baumann, Beiträge, 157; Schönke/Schröder (17), § 47, kn. 6; aynı şekilde Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 66 vd. Cramer'in görüşü açısından bkz. Özgenç, Doktora Tezi, sh. 58, dn. 173.

(35) 4. Senato, 10.3.1961 (BGHSt 16, sh. 12 vd.). Bu Kararda otomobil hırsızlığı gerçekleştirmek isteyen üç suç ortağından K ve St, tecrübesi olması ve otomobil kullanmaya ehliyetli olması nedeniyle, S'ye otoyolu çalması konusunda talimat verirler. Yüksek Mahkeme S'nin yanısıra, suçun icraf hareketlerine iştirak etmeyen K ve St'yi de müşterek fail olarak sorumlu tutmuştur (Karar hk. bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 66). Almanya İmparatorluk Yüksek Mahkemesi Kararları hakkında toplu bir bakış için bkz. Roxin, LK (10), § 25, kn. 125; Maurach/Gössel/Zipf II, 292.

(36) Bockelman, Str. Untersuchungen, sh. 101.

Sorumluluk statüleri olarak iştirak şekillerinin ayırımına fiil hakimiyeti kavramıyla teorik olarak ilk izah getiren Welzel (37), fiil hakimiyeti kavramına daha ziyade sübjektif bir mahiyet kazandırarak, birlikte suç işleme kararına istinaden suçun işlenişine iştirak eden suç ortaklarının, suçun işlenişine buldukları iştirak katkısını dikkate almaksızın, müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği fikrindedir. Dolayısıyla, fiili işleme kararındaki müştereklik nedeniyle, suçun işlenişine bulunulan hazırlık hareketi mahiyetindeki iştirak katkıları da müşterek fail olarak sorumlu tutulmayı gerektirecektir (38).

Buna karşılık, müşterek faillikle yardım etme arasında öngörülen ayırimda, suçun işlenişine bulunulan katkının ifade ettiği maddi anlamın gözönünde bulundurulması gerektiği fikrindeki Gallas, fiilin planlamasına ve hazırlık hareketlerine iştiraki, müşterek fail olarak sorumluluk için yeterli görmemektedir. Müşterek faillik için, fiil üzerindeki hakimiyetin teşekkülüne katkıda bulunulması gerekir (39).

Aynı şekilde Roxin, müşterek faillğin yapısı gereğince, hazırlık hareketleriyle fiil üzerinde hakimiyet kurulamayacağı fikrindedir. Faillik için aranan fiil üzerinde hakimiyet kurulup kurulmadığını tesbit için, ilk önce Kanunda tanımı yapılan muayyen fiil gözönünde bulundurulmak gerekecektir. Bu itibarla, suçun işlenişine bulunulan katkı, Kanunda tanımlanan tipik hareketlere uymayıp, nitelik itibarıyla hazırlık hareketi mahiyetinde ise, ilgili suç ortakını müşterek fail olarak değil; ancak yardımda bulunan olarak sorumlu tutmamız gerekecektir. Hazırlık hareketi mahiyetinde bir katkıda bulunmakla suçun işlenişine iştirak eden kişi fiilin işlenişinde müşterek bir hakimiyet kuramamaktadır. Daha ziyade, suçun işlenmesini, bilahare suçun icrai hareketlerinin gerçekleştirecek olan suç ortağına/ortaklarına havale etmektedir. Bu nedenle, sözkonusu suç ortağı, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren suç ortağına/ortaklarına bağımlı hale gelmektedir. Halbuki müşterek faillikte bütün suç ortakları, aralarındaki müşterek işbölümüne da-

(37) Bkz. Özgüç, Doktora Tezi, 72, 75 vd.

(38) Welzel, Lb. 110; aynı yazar, ZStW 58 (1939), 551/552; aynı yazar, SJZ 1947, 650; bu konuda ayrıca bkz. Özgüç, Doktora Tezi, 79, 81/82. Welzel'in müşterek faillik konusundaki görüşlerine ayrıntılı eleştiri için bkz. Roxin, Täterschaft, 295-298. Aynı şekilde, müşterek faillğin belirlenmesinde fiil hakimiyeti kıstasını benimseyen Maurach/Gössel/Zipf de, hazırlık hareketleriyle bir suçun işlenişinde müşterek hakimiyet kurabileceği ve dolayısıyla, müşterek fail olunabileceği fikrindedirler: Maurach/Gössel/Zipf II, 293/294.

(39) Gallas, Beiträge, 104; ayrıca bkz. Özgüç, Doktora Tezi, 88/89.

yanarak suçun icrasını gerçekleştirmektedirler. Bu ortak işbölümü gereğince, suçun icrası bütün müşterek failerin katılımına bağlıdır. Öyle ki, bunlardan bir tanesi kendisine düşen görevi gerçekleştirmediği takdirde bütün plan akamete uğrayacaktır. Bu itibarla, Bockelmann'ın yukarıda zikrettiğimiz örneğinde banka görevlisi suçun icra edilip edilmeyeceğini tamamen profesyonel hırsızın takdirine bırakmıştır. Banka görevlisinin, suçun icraî hareketlerine herhangi bir katkıda bulunmadığı için, soygun ameliyesi üzerinde müşterek hakimiyet kurduğundan bahsedilemez (40), (41).

IV — Suç Teşekkülleri ve Müşterek Faillik

Suç işlemek için oluşturulan teşekkülün lideri durumundaki kişinin teşekkül halinde işlenen suçta müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için; suçun işlenişine bulunduğu katkının sadece suçun planlamasına münhasır kalmayıp, aynı zamanda suçun icrası üzerinde de etkide bulunması gerekir. Suçun işleniş planını yapmakla birlikte, icrasına herhangi bir katkısı bulunmayan teşekkül lideri, ancak azmettiren veya yardımda bulunan olarak sorumlu tutulabilecektir. Meğer ki bu lider, teşekkülün diğer üyeleri, mensupları üzerinde hakimiyet kurup, onları ilgili suçun işlenişinde bir araç olarak kullanmış olsun.

Teşekkül, çete liderinin müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için, icra planlarını yapmak gibi işlenen suçun hazırlık hareketleri yanında, uzaktan da olsa, yönlendirmek, sevk ve idare etmek, talimatlar vermek suretiyle suçun icrasına katkıda bulunması gerekir. Yoksa teşekkülün sadece lideri olmak, teşekkül mensuplarının teşekkülün amacına uygun olarak işledikleri suçlardan dolayı mutlaka müşterek fail olarak sorumlu tutulmayı gerektirmez (42).

(40) Ro/in, Täterschaft, 294/295, 302; aynı yazı, LK (10), § 25, kn. 127. Aynı şekilde Herzberg, Täterschaft, 65-67; Jescheck, Lb., 616; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 825; Schmidhäuser, Lb., 14/22; Samson, Sk (4), § 25, kn. 47; Rudolphi, Bockelmann - F., 373/374; Hardwig, JZ 1965, 667; Bloy, 196 vd., 369.

(41) Araştırma konumuzu, bir sorumluluk tipi olan faillığın üçüncü görünüş şekli müşterek faillik oluşturduğu için; bu konunun sınırları içinde kalmak amacıyla hazırlık ve icra hareketleri ayırımına, bu ayırımda esas alınması gereken kıstasa çalışmamız çerçevesinde temas edilmeyecektir. Alman doktrini ve mahkeme kararları açısından bu konuya ilişkin çözüm şekilleri hakkında bkz. Kratzsch, Dietrich: Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Berlin, 1985, sh. 35-85. Ayrıca, Yazarın bu konudaki özgün çözüm şekli açısından bkz. age., sh. 428 vd.

(42) Roxin, Täterschaft, 298-300; aynı yazı, LK (10), § 25, kn. 130; Herzberg, Täterschaft 68. Ancak, fiili planlamak, tertipleme şeklindeki hazırlık hareketleriyle de teşekkül liderinin fiil üzerinde hakimiyet kurduğu fikri için bkz. Jescheck, Lb., 616; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 826.

Teşekkülün amacına uygun olarak işlenen suçun icrasına bulunduğu katkının niteliğine bakmaksızın teşekkül liderinin her halde bu suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulması gerektiği hususundaki iddia, teşekkül liderinin esas sorumlu kişi olduğu ve dolayısıyla, çete mensupları arasında en tehlikelisini teşkil ettiği düşüncesine dayanmaktadır. Fakat, bu düşünce isabetli değildir. Zira, teşekkül reisi de olsa, bir suç ortağını müşterek fail olarak sorumlu tutarken, muşahhas suç vakiasının işlenişine müteallik icra ettiği fonksiyon dikkate alınacaktır (43). (44).

(43) Roxin, Täterschaft, 299/300, 301.

(44) Ancak, doktrinde gizli servis gibi ya da sınıraşırı tedhiş fiillerini işlemek maksadıyla oluşturulmuş doğrudan veya dolaylı devlet destekli teşekküllerde hakim olan işleyiş mekanizması dikkate alınarak, iştirak şekillerinin izahında farklı bir usul izlenmektedir. Şöyle ki, bu teşekküller öyle düzenli, sistemli işlemektedirler ki, kendisine suç işlemek gibi teşekkülün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir. Bu sistemli işleyiş mekanizması nedeniyle, her ne kadar fiili icra eden kişi(ler) tamamen sorumlu fail(ler) olarak dikkate alınsa(lar) da; teşekkülün bu işleyiş mekanizmasını elinde bulunduran kişi(ler), "dolaylı fail" olarak sorumlu tutulacaklardır (= "mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate", "Organisationsherrschaft". Kavram, ilk defa Roxin tarafından ihdas edilmiştir: Täterschaft, 242-252, (4. bası) 612/613; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 88-90; aynı yazar, Lange - F., 173. Roxin'in bu izahını benimseyen yazarlar: Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 791-792; Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 3; Herzberg, Täterschaft, 42 vd.; Wessels, Allgemeiner Teil (19), 159. Roxin'in ihdas ettiği bu kavram, çeşitli yazarlarca değişik perspektiflerle ele alınıp izah edilmeye çalışılmıştır: Schroeder, 166 vd.; Schmidhäuser, Lb., 14/50: "masabaşı faili" (= "Schreibtschtäter"). Jescheck, Lb., 607; Samsun, SK (4), § 25, kn. 36; kısmen Jakobs, 21/103: Müşterek failik. Bockelmann/Volk, § 24: Yanyana müstakil failik.

Bu tür konstellasyonlarda suç teorisinin verilerinden ve özellikle iştirake ilişkin genel prensiplerden ayrılmaya gerek olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, şayet teşekkülün işleyiş mekanizmasını elinde bulunduranlar suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren kişiler üzerinde ve dolayısıyla, işledikleri fiiller üzerinde bir hakimiyet kuruyorlarsa, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Buna karşılık, sadece fiilin işlenişine ilgili planı yapıp, fiili icra edecek diğer suç ortaklarına talimat vermekle yetiniyorlarsa ve fakat, fiilin icrası aşamasında herhangi bir etkisi olmaksızın, olayın seyrini tamamen bunlara bırakıyorlarsa, azmettiren olarak sorumlu tutulacaklardır (bu anlamda Jakobs, Lb., 21/103, dn. 190). Teşekkülün işleyiş mekanizmasını elinde bulunduranlar, fiilin işleniş planıyla yetinmeyip, diğer suç ortaklarına talimat verdikten sonra, ayrıca suçun icraî hareketlerinin gerçekleştirilişi sırasında, olay mahallinde olmamakla birlikte, diğer suç ortakların yönlendirmeleri, suçun işlenişini sevk ve idare etmeleri halinde, müşterek fail olarak sorumlut utulacaklardır (bu anlamda Jescheck ve Samson).

§ 3. Birlikte Suç İşleme Kararı

I — Genel Olarak

Müşterek failliğin zorunlu diğer şartı, müşterek failer arasında birlikte suç işleme kararının mevcudiyetidir. Bu karar, belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine müteallik olmalıdır. Öyle ki, müşterek failer arasında fiili müştereken işlemekte olduklarına dair, müşterek hareket ettiklerine dair bir bilginin, iradenin hakim olması gerekir. Müşterek suç işleme kararı, kast içinde mütalâa edilmelidir (45). Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının farklılık arzemesi (doğrudan, gayrimuayyen kast gibi), müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarını engellemez. (46).

Fiil üzerindeki fonksiyonel, müessir hakimiyeti, müşterek failer arasında üzerinde mutabakata varılmış bir suç planının varlığını gerekli kılmaktadır. Gerçi suçun icrası sırasında oluşan birlikte suç işleme kararı dahi müşterek faillik için kifayet etmektedir. Bu itibarla, daha suç planının hazırlandığı sırada karar oluşumuna iştirak etmek zorunlu değildir. Müşterek failerin birbirlerini şahsen tanımlarına da gerek yoktur. Yeter ki suçun işlenişine iştirak eden kişiler birlikte suç işleme kararına istinaden fiil üzerinde müşterek bir hakimiyet kursunlar (47).

Müştereken işlenmesi konusunda karar birliğine vardıkları suçun unsurları arasında kasdın haricinde meselâ maksat gibi ziyade bir manevî unsura yer verilmiş ise, bütün müşterek failerin bu maksatla hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde manevî unsur olarak kasdın haricinde maksadın araştırıldığı suça müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir (48). Meselâ bir kasden adam öldürme suçunda adam öldürmenin basit şekli açısından iki suç ortağı A ve B, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilirler. Ancak, bu öldürme fiilinin belirli maksatla işlenmesine ilişkin kasden adam öldürme suçunun mevsuf şekli açısından, sadece bu maksatla hareket

(45) Maurach/Gössel/Zipf II, 297; Cramer, Schönke/Schröder (23) § 25, kn. 94.

(46) Maurach/Gössel/Zipf II, 299; Cramer, Schönke/Schröder (23) § 25, kn. 94.

(47) Maurach/Gössel/Zipf II, 298; BGH. 3. Senato, 13.3.1973 (GA 1973, 184/185). Bir hırsızlık suçunda faillerden birisi diğerini çalınan şeyin malikinin rızası olduğu hususunda aldatmak ister. Fakat, bu fail, çalınan şeyin malikinin rızasının bulunmadığını bilincinde olduğunu diğerine hissettirmez. Buna rağmen, hırsızlık suçunu gerçekleştirmeleri halinde, her ikisi de hırsızlık suçunun müstakil faili olarak sorumlu tutulacaklardır; müşterek fail olarak değil; BGH, MDR 1957, 526 (Dallinger).

(48) Jescheck, Lb., 287, 613.

eden suç ortağını fail olarak sorumlu tutabiliriz. Buna karşılık, bu maksatla hareket etmeyen suç ortağını, diğerinin bu maksatla hareket ettiğini bilmesi halinde dahi, adam öldürme suçunun bu mev-suf şekli açısından ancak yardımda bulunan olarak sorumlu tuta-biliriz. (Kısmi Müşterek Faillik).

Aralarında birlikte suç işleme kararı olmaksızın birden fazla kişi tarafından aynı konu üzerinde aynı suçun aynı anda işlenmesi halinde, bu kişiler yan yana müstakil failer olarak sorumlu tutu-lacaklardır (=Nebentäterschaft). Örneğin, birbirinden habersiz A ve B, müşterek düşmanları C'yi öldürmek için, geçeceği yol üzerin-de pusu kurarlar. A ve B, C'ye aynı anda ateş ederler.

Suçun failleri arasında böyle müşterek bir karar mevcut değil-se, bütün failer müstakilen hareket ediyorlarsa, bunların müşte-rek fail olarak sorumlu tutulması sözkonusu değildir. Bu durumda müstakilen hareket eden kişilerin sorumluluğunu, bizzat kendi dav-ranışlarını gözönünde bulundurmak suretiyle tayin etmek mümkün olacaktır. Örneğin, A'yı zehirlemek suretiyle öldürmek isteyen. B'-nin A'ya verdiği zehir müstakillen A'yı öldürecek nitelikte değildir. Fakat A, aynı zamanda S'nin verdiği çok daha etkili olan zehir ne-deniyile ölmüştür. Bu durumda B'nin kasden adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumluluğu cihetine gidilecektir (49). Meseleye C açısından bakarsak, şöyle bir ayırım yapmak gerekir: 1) C; B'nin A'ya zehir verdiğinden keza haberdar değildir. Bu durumda mese-le yine müstakil (yanyana) faillik hükümlerine göre çözümlenecek-tir (50). 2) C, B'nin A'ya zehir verdiğinden haberdardır; fakat, aynı zamanda B'nin verdiği zehirin tek başına A'yı öldürecek nitelikte olmadığını da bilmektedir ve ilk defa kendi vereceği zehirle amaca ulaşmaktadır. Roxin'e göre, bu halde C, tamamlanmış kasden adam öldürme suçunun dolaylı faili olarak sorumlu tutulacaktır (51). Bu-rada fikrimizce B'yi, yukarıda belirtildiği gibi, kasden adam öldür-meye teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekecektir. Buna kar-şılık, C'yi ise, ancak tamamlanmış adam öldürme suçunun müsta-kil faili olarak sorumlu tutmamız mümkündür. Zira, C, B ve işlediği

(49) Jescheck, Lb., 255; Önder, Genel Hükümler II, 99/100.

(50) Nitekim Maurach/ Gössel/Zipf II, 299.

(51) Roxin, Täterschaft, 285/286.

fiil üzerinde bir hakimiyet kurmuş değildir (52).

Aynı şekilde, belli bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek tarafı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardımında bulunulması halinde müşterek faillik söz-konusu olamaz. Ancak, bu ihtimalde, tek taraflı iradesiyle failin fiili işleyişine katkıda bulunan kişiyi her zaman, suçun işlenişine bulunduğu katkının mahiyetine bakmaksızın, yardımında bulunan sıfatıyla, yani şerik olarak sorumlu tutmamız gerekecektir. Şerikliğin bir görünüş şekli olan yardımında bulunma için fail(ler)le yardımında bulunan arasında suçu işleme konusunda müşterek iradenin mevcudiyeti zorunlu değildir. Örneğin, bankanın önceden soyulacağından haberdar olan bekçi tarafından, soyguncuların suçu işlemelelerini kolaylaştırmak amacıyla ve fakat, onların bilgisi dışında, kapının açık bırakılması ve yine, bir hırsızlık suçunun hemen akabinde, takib edilen hırsızın yakalanmaması için, hırsızın bilgisi dışında takib edenin alıkonulması gibi durumlarda, bekçi ve takib edeni alıkoyan, ortada müşterek suç işleme kararı mevcut olmamasına rağmen, ancak yardımında bulunan sıfatıyla ilgili suç tiplerine şerik olarak sorumlu tutulacaklardır (53).

(52) Aynı mealde Maurach/Gössel/Zipf II, 299. Almanya Federal Yüksek Mahkemesinin bir kararına (BGH. 2. Eenato, 27.1.1956: BGHSt 9, sh. 180-184) konu teşkil eden olay şöyledir : Bir baba kendisinden nefret ettiği çocuğunun boğazını boğmak üzere sıkır ve kafasına darbeler indirir. Amacına ulaştığını zannederek ve ancak, gerçekte ölmeyip baygın, şuursuz hale düşen çocuğu karısına bırakarak evi terkeder. Fakat, bilahare karısı çocuğun ölmeyişini farkeder ve çocuğu kendisi öldürür. Yüksek Mahkeme, bu olayda karısının işlediği kasden adam öldürme fiiline kocasının (çocuğun babasının) müşterek fail olarak iştirak ettiği görüşündedir. Adam öldürmeye ilişkin olarak karısının işlediği fiil, daha önce kocasının işlediği fiille bağlantılıdır. Bu itibarla, kocanın işlediği fiil, karısının işlediği adam öldürme suçuna etkide bulunmuş olup, meydana gelen netice açısından illi değeri haizdir : BGHSt 9, 182.

Ancak, doğru olarak Roxin, bu olayda, müşterek faillik için gerekli olan birlikte suç işleme kararının varlığından bahsedilemediği için, kocanın müşterek fail olarak sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği fikrindedir. Bu itibarla, kocanın ancak kasden adam öldürmeye tam teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerekir : Roxin, Täterschaft, 288; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 123.

(53) Bu husus bilahare şeriklik bahsinde tetkik edilecektir. Ancak, burada şu kadarını ifade etmemiz gerekir ki; müşterek failliğin bünyevi özellikleri hakkında yaptığımız bütün açıklamalar, aynı zamanda, bir şeriklik şekli olan yardımında bulunma açısından da değer ifade etmektedirler. Birden fazla suç ortağı arasında birlikte hareket etme doğrultusunda bir karar birliğine varılmış olsa bile, bunların hepsinin fiilin icrası üzerinde fonksiyonel, müessir bir hakimiyet kuramaması halinde, bunlar arasındaki ilişki bir tâbiyet (bağlılık) ilişkisi şeklinde tezahür edecektir. Şöyle ki,

II — Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması

Müşterek faillerden biri kararlaştırılan suçun sınırını şuurlu olarak aşarsa, aşılan bu kısım açısından sınırı aşan suç ortağı, ya müstakil fail olarak; ya da, şayet aşılan kısmın icrasında diğer müşterek faili/failleri vasıta olarak kullandıysa, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır (54). Sözelimi bir kasden müessir fiil veya yağma suçunu işlemeyi aralarında kararlaştırmış olan müşterek faillerden bir tanesi mağduru kasden öldürürse, bu suç ortağı meydana gelen neticeden müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Gerçi müşterek faillerin birbirlerinin suçun işlenişine buldukları katkıların tarz ve mahiyetini bütün ayrıntılarına kadar bilmesine gerek yoktur. Suçun kanuni tarifindeki muayyen hareketin sınırları içinde kalmak kaydıyla, müşterek suç işleme kararından, bazı sapmalar halinde dahi müşterek failliğin varlığını kabul etmek gerekecektir. Örneğin konuta girilerek altın ve sair mücevherlerin çalınması kararlaştırılmışken, eve giren müşterek fail, para ve daha başka eşyayı almış olabilir (55). Keza, illiyet bağındaki önemsiz sapmalar da müşterek failliğin kabulüne engel değildir (56). Açıkça kararlaştırılanın aksine, müşterek faillerden bir tanesinin kararlaştırılan suçun mevsuf şeklini ya da bir başka suç tipini gerçekleştirmesi halinde; diğer müşterek failer gerçekleşen bu ağır neticeden, ancak bunun gerçekleşeceğini en azından tahmin etmeleri, hesaba katmaları ve bunun gerçekleşmesine katlanmaları kaydıyla sorumlu tutulabilirler. Gerçekleşen ağır neticeden diğer suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutabilmek için, suçun muşahhas işlenişini açısından bir belirlemeye gitmeyip, tamamen kayıtsız

bu ihtimalde, fiilin üzerinde (müstakil veya müşterek) hakimiyet kuran suç ortağı/ortakları, suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmektedir(ler). Buna karşılık, suçun işlenişinde hakimiyet kuramayan, bir başka ifadeyle, suçun işlenişine bulunduğu katkı önemsiz olan suç ortağı ise, gerçekleşen haksızlıkla, doğrudan temas halinde olmayıp, fiilin işlenişinde hakimiyet kuran suç ortağı/ortakları vasıtasıyla, yani ancak dolaylı bir temas kurabilmektedir. Bu itibarla, suçun işlenişine yardımcı bulunan suç ortağı, ancak fiil üzerinde hakimiyet kuran faile suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirirken hizmet etmektedir ve onun yardımcısı durumundadır. Suçun işlenişine bulunan yardımın hazırlık veya icra aşamasında yapılmış olmasının, yardımcı bulunmanın bu niteliği üzerinde herhangi bir etkisi sözkonusu değildir.

(54) Roxin, Täterschaft, 286, 289.

(55) Suçun objesinin muşahhaslaştırılması perspektifinden hareketle meseleye çözüm getiren bir karar: BGH. 5. Senato, 2.11.1965 (MDR 1966, 197 -Dallinger-).

(56) Jescheck, Lb., 614.

kalındığına dair sarih veya zımmî bir müşterek iradenin varlığı gereklidir (57).

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, suçun temel şekli açısından aralarında birlikte suç işleme kararı olan suç ortakları müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Ancak, meydana gelen ağır netice açısından suç ortaklarının nasıl sorumlu tutulacağı meselesi netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kabul edilen sisteme bağlı olarak halledilecektir. Önce ifade etmek gerekir ki, meydana gelen ağır neticeye müşterek failerden birisi kasden sebebiyet vermişse, gerçekleşen ağır netice açısından bu suç ortağını müstakil fail olarak sorumlu tutmak grekecektir. Bu netice dolayısıyla diğer suç ortaklarının sorumluluğu cihetine gidilemeyecektir (58).

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kusursuz sorumluluğun kabul edildiği sistemde (Türk Hukukunda kabul edilen sistem; örneğin kasden müessir fiil suçu açısından TCK. mad. 452), meydana gelen ağır netice açısından bütün müşterek faileri taksir dolayısıyla kusurlu veya tamamen kusursuz olmaları halinde dahi sorumlu tutmak gerekecektir. Ancak, taksirli suçlarda müşterek failiğin sözkonusu olmadığını kabul etmemiz (59) nedeniyle, buradaki sorumluluk şekli birer müstakil sorumluluk şekli olarak anlaşılmalıdır.

Buna karşılık, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kusursuz sorumluluğu kabul etmeyen, gerçekleşen ağır netice açısından en azından taksir dolayısıyla kusurluluğun varlığını gerekli gören sistemde ise (Alman Hukukunda Alm. CK. § 18), diğer müşterek failer bu

(57) Roxin, LK (10), § 25, kn. 121; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 62/63.

(58) Roxin, LK (10), § 25, kn. 122. Nitekim, bir olayda, sadece dövme için aralarında anlaşmaya varan üç kişi (F, H ve C), mağduru döverlerken, F'nin silahıyla mağduru öldürmek istediği anlaşılır H ve C, F'yi engellemek için ellerinden gelen gayreti sarfederler; fakat, engel olamazlar. F, mağduru vuraak öldürür. Yargıtay, doğru olarak, F, H ve C'yi kasden müessir fiil suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutarken; mağdurun öldürülmesi fiilinden sadece F'nin sorumlu olduğu, buna karşılık, H ve C'nin sorumlu tutulamayacağı fikrindedir: CGK. 5.12.1988, 1-470/514 (YKD Mayıs 1989, 719-721). Ancak, Jescheck'e göre, suç ortağının meydana gelen ağır neticeyi kasden, taksirle veya kusursuz olarak gerçekleştirilmesi, diğer suç ortaklarının netice sebebiyle ağırlaşan suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde gerçekleşen bu ağır neticeden sorumlu tutulmalarına engel teşkil etmez: Jescheck, Lb., 517, 614, 625.

(59) Bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 156 vd.; ayrıca aşağıda sh.

ağır netice açısından en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunmaları halinde sorumlu olacaklardır (60).

III — Müşterek Faillik ve Suçun Konusunda Yanılgı

Suçun konusundaki önemsiz yanılgıların müşterek faillerin sorumluluğu üzerinde bir etkisi yoktur (61). Ancak, bazı yanılgı hallerinde problemle karşılaşılmaktadır: Örneğin nası ızzar suçunun müşterek faillerinden birisi yanılarak, diğer bir müşterek failin malına zarar verirse, mal sahibi müşterek fail bu fiilden sorumlu tutulabilecek midir?

Bu hususa ilişkin Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bir kararına (62) esas teşkil eden olay şu şekilde cereyan eder: Üç silahlı kişi, bir gece soygun yapmak amacıyla, gıda maddesi satan bir markete girmek için teşebbüste bulunurlar. Bu üç suç ortağı arasında önceden varılan anlaşmaya göre, suçun icrası sırasında içlerinden birinin yakalanma tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi halinde silah kullanacaklardır. Bu üç müşterek fail, hırsızlık amacıyla markete girecekleri sırada farkedildikleri için, kaçmak zorunda kalırlar. Karanlıkta kaçarlarken suç ortaklarından M, arkasından gelen ayak sesleri duyar ve takib edilip yakalanacakları zehabına kapılır. Bunun üzerine, arkasından koşarak gelen kişiye öldürmek kasdıyla silahıyla ateş eder. Fakat, M'nin gerçekte ateş ettiği gibi, kendilerini takib eden sair bir kimse olmayıp, kendisi gibi kaçmakta olan diğer suç ortağı P'dir. M'nin silahından çıkan mermi P'nin kolunu hafifçe sıyrır.

Bu olayda ateş eden M'nin kasden adam öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacağı hususunda tereddüt edilememektedir. Aynı şekilde, üçüncü suç ortağı da, gerektiğinde silah kullanacaklarına dair karara iştirak etmesi ve suç planını birlikte icraya koymaları itibarıyla, bu suça müşterek fail olarak iştirak etmiştir. Fakat, mesele, aynı karara iştirak etmekle beraber, bu karar gereğince hareket eden M'nin yanılması sonucu, arkadan takib eden kişi değil de, diğer suç ortağı P'nin çok hafif bir şekilde isabet alması karşısında, P'nin sorumlu tutulup tutulamayacağı, sorumlu tutulacaksa, bu sorumluluk statüsünün ne olacağı hususunda ortaya çıkmaktadır.

Federal Yüksek Mahkeme, P'nin gerçekleşecek bütün neticeleri kendisine mal etmesi, bunları kabullenmesi itibarıyla, onun da kas-

(60) Roxin, LK (10), § 25, kn. 122; Maurach/Gössel/Zipf II, 300; Cramer, Schönke/Schröder (23), § 18, kn. 7; Jakobs, Lb., 513.

(61) Maurach/Gössel/Zipf II, 300.

(62) BGH, 4. Senato, 23.1.1958 (BGHSt 11, 268-272).

den adam öldürme suçuna (elverişsiz) teşebbüsten dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir. Yüksek Mahkeme, kararında bu sübjektif mülahazanın yanısıra, hakimiyet kistasına da yer vermektedir. Şöyle ki, Yüksek Mahkemeye göre, P de, M tarafından silahın ateşlendiği anda vakianın oluşumuna müştereken hakimdi. P, diğer suç ortaklarına yakın olması hasebiyle, onların hareketleri üzerinde yönlendirici etkide bulunabilir ve aralarındaki karar birliğine rağmen, M'nin bu defa ateş etmesini önleyebilirdi (63).

Roxin ise, bu olayda müşterek faillığın varlığını kabul etmemektedir. Suç ortakları gerçi yakalanma tehlikesinin mevcudiyeti halinde silah kullanacakları konusunda anlaşmaya varmışlardır. Fakat, bu halde ancak kendilerini takib eden kişiye öldürmek kastıyla ateş edeceklerini kararlaştırmışlardır; yoksa, herhangi bir kişiye veya diğer suç ortağına değil. O halde sorulması gereken, bu anlaşmanın, irade birliğinin ateş edilen kişi olarak mücerret bir şekilde herhangi bir insan oluşuna mı, yoksa muşahhas olayda kendilerini yakalamak için takib eden kişiye mi mütealik olduğudur.

Meseleyi Roxin ikinci ihtimale göre çözümlenmektedir. Olayımızda olduğu gibi bir anlaşmanın varlığı halinde dahi, bir suç ortağı alakasız herhangi bir şahsı veya diğer suç ortağını kasden öldürürse, bu fiilden sadece kendisi sorumlu olacaktır. Bu suç ortağının mağdurun şahsı açısından kasden değil de, taksirle hareket etmesi (M'nin kendilerini takib eden kişi zannıyla, diğer suç ortağı P'ye ateş etmesi) halinde dahi sonuç değişmeyecektir. Müşterek failler ancak birlikte suç işleme kararı çerçevesinde işlenen fiillerden dolayı sorumlu tutulacaklardır; yoksa diğer müşterek fail(ler)in işlediği herhangi bir fiilden dolayı değil. Bu itibarla, gerçekleşen neticeden sadece M'yi sorumlu tutmak gerekecektir ve fakat, P'nin ve diğer üçüncü suç ortağının sorumluluğu cihetine gidilemeyecektir.

Roxin, bu kanaatini pekiştirmek amacıyla şöyle bir örnek vermektedir: Bir siyasi şahsiyeti öldürmek amacıyla aralarında anlaşmaya varan birkaç kişi muhtelif yerlerde pusuya yatarlar. Bu suç ortaklarından bir tanesi, öldürmeyi hedefledikleri kişi zannıyla, yanlışlıkla beş alakasız kişiyi öldürür; ancak altıncı defasında amaçlanan kişiyi öldürebilir. Roxin, böyle bir ihtimalde, öldüren suç ortağının aksine, diğer suç ortaklarının altı defa kasten adam öldürme suçuna iştiraktan dolayı değil; ancak, bir kişiyi kasden öldürmekten dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerektiği fikrinde-

(63) BGHSt 11, 272.

dir. Bu düşünce sadece müşterek faillik için değil; dolaylı faillik, azmettirme ve yardım etme için de geçerlidir (64).

Failliğin tayini için, kanunî tarifteki muayyen fiilin mücerret bir şekilde (örneğin, mağdurun kimliğinden soyut olarak) gerçekleştirilmesi yeterlidir (65). İster dolaylı faillik olsun, ister müşterek faillik olsun; failiğin tayininde suçun kanunî tarifindeki unsurların haricinde bir müşahhaslaştırmaya gidilmediği hususunda doktrinde fikir birliği hakimdir. Ancak, böyle bir müşahhaslaştırma azmettirme ve yardımda bulunma için gereklilik arzedecektir. Çünkü, azmettirme ve yardımda bulunma, muayyen bir suç açısından sözkonusudur (66).

Halbuki Roxin, bu olayda suç ortaklarının ancak kendilerini takib eden kişiyi öldürmek hususunda anlaşmaya vardıklarını; dolayısıyla, herhangi bir şahsı veya diğer suç ortağını öldürme halinde, müşterek faillikten bahsedilemeyeceğini iddia etmektedir. Bu iddia ile Roxin, müşterek faillikten bahsedebilmek için, bütün suç ortakları açısından suçun objesinin müşahhaslaştırılması fikrine taraftar olmaktadır. Ancak, bu görüş, yukarıda zikrettiğimiz gibi, doktrinde kabul görmemektedir. Roxin'in bu iddiasına göre, olayımızda ateş eden suç ortağının yanılarak, diğer müşterek faili değil de, herhangi bir şahsı öldürmesi halinde dahi, bu öldürme fiilinden diğer suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.

Bu kanatini pekiştirmek amacıyla Roxin'in verdiği örnekteki çözüm şekli doğrudur. Ancak, bu olayla mezkûr Karara konu teşkil eden olay birbirinden farklı mahiyet arz etmektedirler. Roxin'in bu olayında, müşterek failer bir kişiyi öldürmek için anlaşmaya varmışlardır. Şayet suç ortaklarından biri, yanılarak, kastedilen kişiyi değil de, herhangi bir şahsı öldürmüş olsaydı; bu öldürme fiilinden diğer suç ortakları müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktı. Halbuki bu suç ortağı, kastedilen kişiyi öldürmek amacıyla, arka arkaya altı kişiyi öldürmüştür. Bu itibarla, sözkonusu beş ziyade adam

(64) Roxin, Täterschaft, 287; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 124; Herzberg, Täterschaft, und Teilnahme, 63.

(65) Özgenç, Doktora Tezi, 213, 214, 215. Ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf II, 300; MDR 1966, sh. 197/198.

(66) Bu itibarla, genel olarak herhangi bir kimseyi öldürmeye karar veren bir şahıs, muayyen birini öldürmek için azmettirilebilir. Bu husus, şerikliğın bağıllığı prensibinden kaynaklanmaktadır. Şeriklikten bahsedebilmek için, fail tarafından işlenen müşahhas bir esas fiile ihtiyaç vardır. Çünkü, şeriklik haksızlık muhtevasını ancak müşahhas bir esas fiilden almaktadır (Özgenç, Doktora Tezi, 214).

öldürme fiilinden sadece bu suç ortağını sorumlu tutmak gerekecektir.

Binaenaleyh, gerek yukarıdaki nası ızzar örneğinde, gerek Federal Yüksek Mahkemenin mezkür Kararına konu teşkil eden olayda, bütün suç ortaklarını müşterek fail olarak nitelendirmek gerekir. Ancak, nası ızzar suçunda malına zarar verilen, müşterek suç işleme kararının aksine, diğeri bir müşterek faildir. Bu nedenle, malına zarar verilen müşterek fail, nası ızzar suçuna (elverişsiz) teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır (67). Aynı şekilde, mezkür Karara konu teşkil eden olayda yanlışlıkla kendisine ateş edilen diğeri müşterek fail, adam öldürmeye (elverişsiz) teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır (68).

IV — Müşterek Faillik ve Hedefte Sapma

Yargıtay'ın müşterek faillikte hedefte sapmaya ilişkin şu Kararı ilginçtir: Sanıklar Yusuf, Zülfü, Halit ve Zeki, Mehmet'i korkutmak amacıyla geceleyin evine doğru hep birlikte ateş etmeye başlamışlardır. Suç ortaklarından "Zeki tabanca ile, yanındaki Halit av tüfeğiyle 20 metreden; ... Yusuf ve Zülfü ile, ... av tüfekleriyle 40 metre mesafeden ... ateş etmeye başlamışlardır". "... Yusuf ve Zülfü tarafından yapılan atışlar sırasında hangisinin av tüfeğinden çıktığı belirlenemeyen ... saçma tanesi, hedefte hafta sonucu Zeki'ye isabet ederek ölümüne neden olmuştur". "... Yusuf ve Zülfü'nün ... eylemlerinin müesir fiil sonucu ölüme neden olma şeklinde nitelendirilmesinde zorunluluk" vardır. Yani, bu iki suç ortağının Zeki'nin öldürülmesinden dolayı CK.nun 454. maddesinin 1. fıkrasına ve 463. maddesine göre cezalandırılmaları gerekir (69).

Önce belirtmek gerekir ki, bu dört suç ortağının müştereken işlemeye karar verdikleri suç, Mehmet'i korkutmaktır. Bu itibarla, Mehmet'i korkutmak açısından bu dört suç ortağı da müşterek faildir.

Ancak, Mehmet'i korkutmak için ateş eden dört suç ortağından Yusuf ve Zülfü'nün silahlarından birinden çıkan bir mermi Zeki'nin ölümüne sebebiyet vermiştir. Suç ortaklarının kasdı, adam öldürmeye veya müesir fiil suçunu işlemeye yönelik olmadığı için, burada meseleyi iştirak kurallarına göre çözümleyemeyiz. Çünkü, Ze-

(67) Jescheck, Lb., 612; Samson, SK (4), § 25, kn. 49; Cramer, Schönke/Schröder (23) § 25, kn. 89, 96.

(68) Jescheck, Lb. 612, Jakobs, 513; Maurach/Gössel/zipf II, 259; Baumann, Beiträge, 187/188.

(69) CGK. 5.10.1987, 1-229/440 (YKD Nisan 1988, sh. 545 vd.).

ki'nin ölümüne taksirle sebebiyet verilmiştir. Dolayısıyla, Kararda olduğu gibi, Zeki'nin ölümünden Halit'in de sorumluluğu cihetine gidilip gidilmeyeceğinin tartışılmaması isabetlidir. Fakat, Zeki'nin ölümüne sebebiyet veren merminin, Yusuf ve Zülfü'nün hangisinin silahından çıktığı anlaşılamamıştır. Bu durumda, *in dubio pro reo* kaidesi gereğince, her iki suç ortağı Yusuf ve Zülfü'nün Zeki'nin öldürülmesinden dolayı Ceza Hukuku açısından sorumlu tutulmaması gerekir (70).

Bu itibarla, Ceza Genel Kurulu'nun görüşüne iştirak etmiyoruz. Şöyle ki; bir taraftan suç ortaklarının korkutmak maksadıyla ("kararından caydırmak amacıyla") ateş ettikleri kabul ediliyor; öteki taraftan "müessir fiil sonucu ölüme neden olma"ktan dolayı mahkûmiyet cihetine gidilmesi gerektiği fikri savunuluyor. Yani, bu durumda CK.nun 452. maddesinin 1. fıkrasının tatbik edilmesi gerektiği savunuluyor. Halbuki işlenmek istenen, kastedilen suç müessir fiil suçu olmadığı için, bu ihtimalde 452. maddenin tatbik kabiliyeti mevcut değildir.

Şayet suç ortaklarının kasdı, yani müşterek suç işleme kararı Mehmet'e karşı müessir fiil suçunu işlemek ise; bu durumda bütün suç ortaklarının kasden müessir fiil suçuna teşebbüsten dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir. Bu ihtimalde Zeki'nin öldürülmesinden Halit'i sorumlu tutmak mümkün değildir. Yusuf ve Zülfü'den hangisinin eZki'nin ölümüne taksirle sebebiyet verdiği sabit olsaydı, bu suç ortağı ayrıca taksirle müessir fiil suçundan sorumlu tutulacaktı. Ancak, müşahhas olayımızda ölümüne taksirle sebebiyet verilen Zeki'ye Yusuf ve Zülfü'den hangisinin silahından çıkan merminin isabet ettiği belli olmadığı için, *in dubio pro reo* kaidesi gereğince, her ikisinin de Zeki'nin ölümünden dolayı Ceza Hukuku açısından sorumlu tutulmaması gerekir.

Ceza Kanununun hiçbir mesruluk temeli olmayan 463. maddesinin de bu olaya tatbiki mümkün değildir (71).

Ancak, Esas Mahkemesi, gerek ilk kararında, gerek direnme kararında, bütün suç ortaklarının adam öldürmek kasdıyla hareket ettikleri görüşündedir. Bu durumda bütün suç ortakları Mehmet'i öldürmeye teşebbüsten dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.

(70) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Ceza Kanununun 463. maddesi..., Örnek Olay 6'ya ilişkin izahlar.

(71) Özgenç, Ceza Kanununun 364. maddesi..., Örnek Olay 6'ya ilişkin izahlar.

Olayda ayrıca suç ortaklarından Yusuf ve Zülfü'den birisinin silahından çıkan mermiyle hedefte sapma sonucu diğer bir suç ortağı Zeki ölmüştür. Burada Zeki'nin ölümüne taksirle sebebiyet verilmiştir. Dolayısıyla, müşterek suç işleme kararının haricinde gerçekleşen bu neticeden Halit'i sorumlu tutmak mümkün değildir. Fakat, taksirle ölümüne sebebiyet verilen Zeki'ye isabet eden bir tek merminin Yusuf ve Zülfü'den hangisinin silahından çıktığı anlaşılamamıştır. Bu durumda **in dubio pro reo** kaidesi gereğince, Yusuf ve Zülfü'nün her ikisinin de Zeki'nin öldürülmesinden dolayı Ceza Hukuku açısından sorumlu tutulmaları gerekir.

Mağdurun kimliğinde veya suçun objesinde yanılma (*error in persona vel in objecto*) ve hedefte sapmanın (*aberratio ictus*) hallerine ilişkin müşterek bir çözüm getiren (**tek suça göre sorumluluk**) 52. madde düzenlemesinin isabetsizliği bu olay karşısında iyice anlaşılmaktadır (72). Başka bir ifadeyle, 52. madde düzenlemesi karşısında böyle bir olayda, yani Zeki'nin öldürülmesine ilişkin kastları olmayan Yusuf ve Zülfü'den hangisinin silahından çıkan merminin Zeki'ye isabet ettiğinin tesbit edilememesi halinde, bu iki şahsın sorumlulukları cihetine gidilmesi oldukça güçleşecektir. Bu itibarla, Esas Mahkemesinin bu olayda 52. madde hükmünün tatbik edilmesi ve dolayısıyla, Yusuf ve Zülfü'nün her ikisinin de kasden adam öldürme suçundan sorumlulukları cihetine gidilmesi gerektiği doğrultusundaki görüşünü, zorlama bir görüş olarak telâkki etmekteyiz.

463. maddenin bu halde de tatbik kabiliyeti olmadığını tekrarlamak isteriz.

Hedefte sapma, (şuurlu veya şuursuz) taksirle olmasının haricinde, gayrimuayyen kastla da gerçekleşebilir. Bu durumda mesele yoktur. Çünkü, suç ortaklarının doğrudan veya gayrimuayyen kastla hareket etmeleri müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarına engel teşkil etmemektedir (73).

V — Sonradan Oluşan Müşterek Faillik

İcrasına henüz başlanmış olan bir suçun işlenmesine bilahare müşterek fail olarak iştirak etmek mümkündür. Fakat, icrasına henüz başlanmış bir suçun işlenişine sonradan iştirak eden suç ortağının müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için, müşterek suç işleme kararının yanısıra, bu suç ortağının suçun işlenişine bulun-

(72) Bkz. Özgenç, Ceza Kanununun 463. maddesi..., dn. 21.

(73) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Ceza Kanununun 463. maddesi..., dn. 21.

duğu katkının fiil üzerinde fonksiyonel bir hakimiyet kurmaya yetecek ağırlıkta olması gerekir. Sonradan suçun işlenişine müşterek fail olarak iştirak edebilmek için, diğer müşterek faillerin buna muvafakat göstermeleri gerekir. Buna göre, bir hırsızlık suçunda çalınan eşyanın nakledilmesine katılmak, müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirir (74). Ancak, suçun icrası tamamlandıktan sonra, olanların bilincinde olmaya rağmen, vakiyaya müdahale etmek, artık müşterek fail olmayı gerektirmez (75).

Almanya Federal Yüksek Mahkemesinin bir Kararına (76) konu teşkil eden olay şu şekilde cereyan eder : Kapısını kırarak bir bakkalı soyan P, gıda maddelerinin bir kısmını alıp, arkadaşı N'nin evine götürür. P, N'ye bu maddeleri bir hırsızlık sonucunda elde ettiğini söyler ve, aralarında bilahare bölüşmek vaadiyle bakkalda kalan diğer eşyayı da beraberce almaların telkin eder. Bu defa her ikisi birlikte kalan eşyayı alır ve aralarında bölüşürler.

Federal Yüksek Mahkeme, P'nin yanısıra N'yi de hırsızlık suçunun mevsuf şekline (kapı kırarak hırsızlık suçuna) (77) müşterek fail olarak sorumlu tutmuştur. N, bilahare suçun işlenişine iştirak etmekle, P'nin daha önce işlediği fiillere muvafakat gösterdiğini beyan etmektedir. Bu sebeple, müşterek fail sıfatıyla N'nin de bir bütün olarak suçun mevsuf şeklinden sorumlu tutulması gerekecektir. Yüksek Mahkemenin fikrine göre, suçun işlenişine sonradan ve fakat nihai olarak tamamlanmadan önce iştirak eden kişinin, suça ilişkin daha önceden gerçekleşmiş olan mevsuf unsurlarının şuurunda olmak kaydıyla, müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Ancak, suçun işlenişine ilişkin bilgiye, tasvibe ve hatta suçun semerelerinden istifade etmeye rağmen, sözkonusu suç artık tamamlandıktan sonra müşterek fail olarak suça iştirak mümkün değildir (78). Yüksek Mahkeme, devamla gerekçesinde bir şeriklik türü olan yardımda bulunan olarak sorumluluk için yapılan yardımın suçun icrasının hangi aşamasında yapıldığının iştirak statüsüne herhangi bir etkisinin olmadığını ve dolayısıyla, müşterek faillik için farklı düşünmenin bir haklılık yönünün bulunmadığını ileri sürmüştür. (79).

(74) Roxin, LK (10), § 25, kn. 134.

(75) Bu ihtimallerde suç eşyasının saklanması vs. gibi suçların oluşup oluşmadığı araştırılmalıdır.

(76) BGH 3. Senato, 24.4.1952 (BGHSt 2, 344-348).

(77) Alman CK. § 243, fıkra 1, bend 1.

(78) BGHSt 2, 346.

(79) BGHSt 2, 345/346.

Yüksek Mahkemenin bu Kararı, fiil hakimiyeti kıstasını kabul eden yazarlar da dahil, doktrinde oldukça fazla taraftar bulmuştur (80).

Fakat, Roxin, Yüksek Mahkemenin görüşünün aksine, suçun işlenmesine bilahare iştirak eden müşterek faili, iştirakinden önce gerçekleşmiş olan suçun mevsuf unsurlarından dolayı sorumlu tutamayacağımız fikrindedir (81). Müşterek fail, diğer müşterek, fail(ler)le birlikte suç işleme kararına istinaden gerçekleştirdiği fiilden sorumludur. Fakat, kendi iştirakinden önce, gerçekleşmiş olan kapı kırmak şeklindeki hırsızlık suçunun mevsuf unsuru, bu müşterek suç işleme kararına dahil olmayan bir vaktadır ve bilahare suçun işlenişine iştirak etmekle daha önce işlenen fiilleri muvafakat etmek, müşterek fail olarak sorumluluğa esas teşkil edemez (82). Bu şekildeki muvafakat, belli şartlarda hırsızlık suçunun bu mevsuf unsuru açısından önceki failin fiiline ancak yardımda bulunma olarak yorumlanabilir (83).

Buna göre, meseleyi şu şekilde düşünmek gerekir: N, P'nin işlediği mevsuf hırsızlık suçuna bilahare iştirak etmiştir. N'nin iştirak ettiği anda hırsızlık suçunun mevsuf unsuru olan kapı kırmak gerçekleşmiş bulunmaktadır. Hırsızlık suçunun bu mevsuf unsuru açısından N'nin iştiraki ancak yardımda bulunma olarak nitelendirilecektir. Ancak, kapı kırıldıktan sonra sair eşyanın alınmasına müteallik fiil açısından, başka bir ifadeyle, hırsızlık suçunun basit şekli açısından, P ve N, müşterek faildirler.

Sonuç olarak, hırsızlık suçunun basit şekli açısından P ve N, müşterek faildirler. Ancak, N'nin bilahare iştiraki hırsızlık suçunun mevsuf unsuru olan kapı kırma fiilini fail olarak gerçekleştiren P'nin fiiline sadece yardımda bulunma olarak nitelendirilebilir. N'yi hırsızlık suçunun mevsuf şeklinin müşterek fail olarak sorumlu tutamayız (84).

(80) Welzel, Lb., 107; Blei, Allgemeiner Teil (17), 247; Baumann/ Weber, 540; Kohlrausch/Lange (43), 174.

(81) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 289 vd.; aynı yazar, LK (10), § 25, kn. 136, 137.

(82) Aksi fikir, ancak iştirak şekillerinin ayırımındaki subjektif teoriyi benimsemekle savunulabilir.

(83) Aynı mealde Maurach/Gössel/Zipf II, 304; Wessels, Allgemeiner Teil (19), 153.

(84) Aynı mealde Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 71/72; Jescheck, Lb., 615 ve dn. 18; Stratenwerth, Allgemeiner Teil, kn. 820, 873; Samson, SK (4), § 25, kn. 48; Schmidhäuser, Lb., 14/21; Cramer, Schönke/Schröder (23), § 25, kn. 91; Wessels, Allgemeiner Teil (19), 153; Bockelmann/Volk, § 23, II, 1.

Bir suçun işlenişine sonradan iştirak eden kişinin, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için, suçun işlenişine bulunduğu katkıyla bu suçun bütünü üzerinde müşterek bir fiil hakimiyeti sağlaması gerekir. Bir başka ifadeyle, suçun işlenişine sonradan iştirak eden şahıs, suçun işlenişine bulunduğu katkıyla önceden müstakil fail olarak suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlayan şahsın gerçekleştirdiği vakıalar üzerinde de müşterek hakimiyet tesis etmelidir ki, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilsin (85). Önceden işlenen vakıları mücerret tasvip, bu vakılardan dolayı müşterek fail olarak sorumluluğu haklı kılmaz. Meselâ, mütemadî suçlarda suç tamamlanıncaya kadar temadî eden fiile müşterek fail olarak iştirak etmek mümkündür. Çok hareketli suçlarda bilahare suçun işlenişine iştirak eden şahıs, şayet fiilin bütünü üzerinde müşterek bir hakimiyet tesis edebiliyorsa, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır (86). Meselâ X'i soymaya gayret eden A'ya karşı kendisini savunan X, bilahare olaya müdahale eden B tarafından tesirsiz hale getirilir. Ve bu suretle her ikisi birden yağma suçunu müştereken işleyerek, fiilin bütünü üzerinde müşterek hakimiyet tesis etmektedir. Çünkü, B'nin bilahare olaya müdahalesiyle fiilin işlenişini ancak imkân dahilinde olmuş veya en azından kolaylaşmıştır (87). Buna karşılık, meselâ şu olayda A, yağma suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacaktır: A ve B, X'i müştereken dövmeyi kararlaştırıp fiili icraya korkun, B, A'nın haberi olmaksızın X'in cüzdanını da çalar. Müessir fiilin her iki müşterek faili X'i döverken, bu durumdan istifade eden B, ayrıca X'in cüzdanını alır. B, bilahare durumdan A'yi da haberdar eder ve A, B'nin yağmalamak maksadıyla cebir kullandığına dair fiilini tasvip ettiğini beyan eder (88).

VI — Birlikte Suç İşleme Kararında Yanılgı

Bu hususta iki ihtimal düşünülebilir:

a) Kişi yanlışlıkla birlikte suç işleme kararının varlığını zan etmiştir.

Bu durumda kişi, müştereken işlendiğini tasavvur ettiği suçun

(85) Gössel, Karl Heinz: Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Berlin, 1985, sh. 554 vd.; Maurach/Gössel/Zipf II, 304.

(86) Gössel, Jescheck - F., 556/557; Maurach/Gössel/Zipf II, 304.

(87) Maurach/Gössel/Zipf II, 302. Benzerbir örnek için bkz. Gössel, Jescheck - F., 555/556.

(88) Fakat, Federal Yüksek Mahkeme, A'nın da yağma suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir: JZ 1981, sh. 596.

teşebbüs derecesinde kalmış veya tamamlanmış olmasına göre, müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır (89).

b) Kişi, suç ortakları arasında gerçekte mevcut olan birlikte suç işleme kararının varlığından haberdar değildir.

Bu durumda kişi, muşahhas olayda suçun işlenişini üzerindeki fonksiyonu dikkate alınmak suretiyle, ya müstakil fail olarak, ya da diğer müşterek faillerin işlediği suça yardımda bulunan olarak sorumlu tutulacaktır (90).

§ 4. Yükümlülük Suçlarında Müsterek Faillik

Daha önce yaptığımız bir çalışmada yükümlülük suçlarında failliğe ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştuk (91). Bu açıklamalarımızdan vardığımız sonuca göre, yükümlülük suçlarını ikiye ayırmamız gerekecektir: Sırf yükümlülük suçları ve hakimiyet + yükümlülük suçları.

Sırf yükümlülük suçlarında fail olabilmek için, kişinin Ceza Hukuku dışında, başka bir Hukuk disiplininin kaynaklanan özel bir yükümlülük altında olması, bir başka ifadeyle, objektif faillik vasfını taşıması yeterlidir (=intranseus). Kanun bu yükümlülüğü ihlâl eden muayyen bir fiili tanımlamadığı için, fiilin işleniş üzerinde hakimiyet kurulması faillik açısından aranmayacaktır. Bu nedenle, birlikte suç işleme kararıyla hareket etmeleri kaydıyla, suçun işlenişine iştirak eden bütün özel yükümlülük altındaki suç ortakları, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır (92).

Buna karşılık, fail için özel yükümlülük şartının arandığı suçlarda, Kanun kural olarak ayrıca suç tipini oluşturacak muayyen bir fiili de tarif etmektedir. Bu tür suçlarda müstakil olarak özel yükümlülük vasfı faillik için yeterli değildir. Faillik için, objektif özel yükümlülük vasfının yanısıra, ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerekir. Buna göre, örneğin Ceza Kanununun 339. maddesindeki resmî evrakta sahtekârlık suçunun işlenişine iştirak eden "memur" sıfatını taşıyan özel yükümlülük altındaki kamu görevlileri, resmî evrakta sahtekârlık suçunun bu mevsuf şekil açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmeleri için, birlikte suç işleme kararının yanısıra, ayrıca evrakta sahtekârlık fiili üzerinde müşterek bir hakimiyet kurmaları gerekir. Objektif özel yükümlülük vasfını ("memur") taşımakla birlikte, suçun işlenişine bulunduğu iştirak

(89) Maurach/Gössel/Zipf II, 300/301.

(90) Maurach/Gössel/Zipf II, 301.

(91) Kavram açısından ve ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 131 vd.

(92) Özgenç, Doktora Tezi, 136.

katkısı fiil üzerinde müessir, fonksiyonel bir hakimiyet kurulması için yeterli görülmeyen suç ortağı, bu suça ancak yardımda bulunan sıfatıyla, şerik olarak, sorumlu tutulacaktır (93).

Meseleyi şu şekilde de düşünmek mümkündür : Resmî evrakta sahtekârlık suçunu objektif özel yükümlülük vasfını ("memurluk") taşıyan kişi (A) ile herhangi bir şahıs (B) birlikte de işleyebilirler. Bu durumda her iki suç ortağı sahte resmî evrak düzenleme vakıası üzerinde müşterek hakimiyet kurmuş olabilirler. Ancak, özel yükümlülük altında olmayan B, resmî evrakta sahtekârlık suçunun basit şekli (CK. mad. 342) açısından A ile B arasında müşterek failliğin varlığını kabul etmek gerekecektir; fakat, mevsuf şekli açısından ise, özel yükümlülük vasfını taşıyan A'yı müstakil fail olarak sorumlu tutmak gerekecektir. B'yi ise, bu suçun mevsuf şekline ancak yardımda bulunan, yani şerik olarak sorumlu tutabiliriz (94).

§ 5. İhmali Suçlarda Müşterek Faillik

Belli neticelerin önlenmesi açısından teminat yükümlülüğü, belli bir davranışta bulunma yükümlülüğü altındaki birden fazla kişinin, bu yükümlülüklerini yerine getirmeyerek, kanuni tarifte yer alan muayyen neticenin gerçekleşmesini engellememeleri halinde, müşterek faillik sözkonusudur. Ancak, bunun için teminat yükümlülüğü altındaki suç ortaklarının aralarındaki müşterek karara istinaden, bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi gerekir. Şöyle bir örnek düşünebiliriz : Bu yoğun bakım istasyonunda veya acil serviste çalışan hasta bakıcıları maaşlarının azlığı nedeniyle, boykot maksadıyla, bir süre işi durdurmayı kararlaştırırlar. Bunun sonucunda, kendilerine gerekli bakım ve sağlık hizmeti sunulmadığı için, bir veya birkaç kişi ölmüş olabilir (95).

Fakat, mesele, işlenen icraî bir suça ihmali davranışla müşterek fail olarak iştirak edilebilip edilemeyeceği noktasındadır. Belli bir davranışta bulunma, kanuni tarifteki muayyen neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunması nedeniyle; kişi bir başkasının işlediği icraî suçun işlenişini önlememekle, bu yükümlülüğe aykırı hareket etmiş olmaktadır; dolayısıyla, bu yükümlülüğünü yerine ge-

(93) Özgenç, Doktora Tezi, 135.

(94) Bu mealde Roxin, "kısmî müşterek faillik" (= "teilweise Mittäterschaft") kavramını kullanmaktadır : LK (10), § 25, kn. 115. Şöyle ki, birlikte suç işleme kararıyla hareket eden iki suç ortağı belli bir suç (örneğin, suçun basit şekli) açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulurlarken; diğer bir suç (örneğin, bu suçun mevsuf şekli) açısından fail-şerik ilişkisi içinde bulunabilirler.

(95) Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 143 vd.

tirmeyen garantör, (görünüşte) ihmali bir suç işlemektedir. Bu kişi aynı zamanda bir başkasının icrai suçunun işlenmesini önlememekle, ona yardımda bulunmaktadır. Böyle bir durumda, failliğin şerikliğe göre asilik özelliği karşısında (96), asli-tali norm ilişkisine ilişkin prensip gereğince (97), kişiyi (görünüşte) ihmali suç faili olarak sorumlu tutmak gerekecektir (98). Bu ihtimalde icrai davranış fail(ler)i ile ihmali davranışta bulunan garantör şahıs arasında bir irade birliğinin bulunmasına da gerek yoktur. Ancak, aralarında irade birliği oluşsa bile, sırf teminat yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suretiyle bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir.

§ 6. Taksirli Suçlar ve Müşterek Faillik

Dar veya geniş fail kavramı (99) benimsenmiş olsun, taksirli suçlarda müşterek failiğin sözkonusu olamayacağı fikri doktrinde hakim bulunmaktadır (100). Gerçi, özellikle Türk Hukukunda bazı yazarlar, her ne kadar netice öngörülmemişse de, icra edilen fiil açısından birlikte hareket etme kararının mevcudiyetini esas alarak, taksirli suçlar açısından müşterek failliğin mümkün olduğunu iddia etmektedirler (101). Fakat, birlikte hareket edilmesine ilişkin karar, mücerret bir harekete yönelik olmayıp; suç ortakları arasında bir haksızlık ifadesi olan suç teşkil eden fiile yönelik bir irade birliğinin mevcut olması lazımdır. Halbuki, örneğin Türk Doktrininde zikredilen ağaç kesme olayında suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştirme doğrultusunda bir irade birliği mevcut değildir. Bu itibarla, sözkonusu hallerde taksir dolayısıyla (102) kusur muhtevaları farklılık arzedeabilen birden fazla yan yana ve fakat, müstakil taksirli suç faili mevcuttur.

(96) Özgenç, Doktora Tezi, 124.

(97) İçel, Suçların İctimai, sh. 214.

(99) Taksirli suçlarda geniş fail kavramını esas alan görüş için bkz. Özgenç,

(98) Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 150 vd.

Doktora Tezi, 156 vd.; dar fail kavramını esas alan görüş hakkında age, sh. 159 vd.

(100) Bütün bu görüşler açısından bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 157, dn. 146.

(101) Dönmezer/Erman II, no. 1251, 1252; İçel, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, sh. 174; Erem, Genel Hükümler I, 415/416, Donay, İÜHF 35 (1970), sh. 517. Alman Hukukunda ise, Mezger, Moderne Wege, 32; Schmidhäuser, Lb., 14/30, 31; Roxin, Täterschaft, 2. bası (1967), sh. 531 vd.

(102) Bu ifade tarzımızla, taksirin bir kusurluluk şekli olmadığı; bilakis, aK-nun suç olarak tanımladığı muayyen bir haksızlık şekli olduğu kanaatinde olduğumuza işaret etmekteyiz. Buna göre, Kanunda suç olarak tarif edilen kasden veya taksirle işlenen haksızlıklarda, fail(ler)in kusurlu olup olmadıklarının, kusur muhtevalarının tesbiti farklı bir metodolojiyi gerekli kılmaktadır.

TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİ İÇİNDE SUÇ MAĞDURUNUN KORUNMASI SORUNUNUN ÇÖZÜMÜ ÜZERİNE BİR DENEME

Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU (*)

I — GİRİŞ :

Günümüzde değişen toplum ihtiyaçları ve ceza hukuku anlayışı karşısında suç mağdurunun korunması, Türk Ceza Adalet Sistemi içinde güncelliğini koruyan ve çözüm bekleyen sorunlardan birini oluşturmaktadır.

Ülkemizde canavarca öldürülen, suikast ve teröre kurban olanlar, sinsi bir şekilde kurşunlanarak yaralanmış, sakat bırakılmış, evi kundaklanmış, yıkılmış, zorla iffal edilmiş, soyguna uğramış, hakaret ve tecavüze uğramış, tehdit edilip korkutulmuş, haysiyeti rencide edilmiş insanlar... bu insanlar suç mağduru ve kurbanıdır. Bunlar korku, acı ve endişeleri ile adalete sığınarak gerçekçi ve etkili bir şekilde korunmayı ve haklarının güvence altına alınmasını istemeye hakkı olan ceza adalet sisteminin bir grubunu teşkil etmektedirler. Ülkemizde suç mağdurları her nedense günün şartları gözönünde bulundurulmak suretiyle haklarının iyileştirilmesini, güvence altına alınmasını ve etkili bir şekilde korunmalarının sağlanmasını talep etmede organize olamadıklarından durumlarına ciddi bir şekilde eğilinmemiş ve gerekli yasal düzenlemeler yapılmamıştır.

Bugün Türk Ceza Adalet Sistemi, suç mağdurunun haklarını güvence altına almayan ve mağdurun korunmasını tümüyle ihmal etmiş, sadece suç failini cezalandırmayı yeterli bulan bir yaptırım sistemi görünümündedir. Bu nedenle toplumsal gelişmeler ve ihtiyaçlar gözönünde bulundurularak, suç mağdurunun haklarının iyileştirilmesi ve korunmasının sağlanması yolunda çözüm üretilmesi ve hızla bir denemeye girilmesi gereklidir.

(*) Erzincan Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

II — CEZA HUKUKUNUN GELİŞİM SÜRECİ İÇİNDE SUÇ MAĞDURUNUN KORUNMASI :

Ceza hukukunun gelişim süreci içinde mağdurun tatmini ve uğradığı zararların tazmini, ceza adaletinin gerçekleştirmeye çalıştığı esas amaçlardan birini teşkil etmiştir. Bu nedenledir ki, en ilkel toplumlarda bile ceza uygulamalarının başında “uzlaşma” ve “diyet” gibi usuller yer almıştır. Ancak, gelişim süreci içinde Devletin suçtan meydana gelen zarara kendini tamamıyla ilgisiz, yabancı ve kusursuz saydığı bir anlayış doğmuş, ceza hukukunun temelini daha çok suçlunun ıslahı, yeniden topluma kazandırılması ve hakları oluşturmuş, suç mağduru tamamıyla unutulmuştur.

Ancak 1950’lerden itibaren suç sosyolojisi konusunda yer alan eserler, araştırmalar bir kısım bilim adamlarının gösterdikleri çabalar sonucu mağdurun haklarına da ceza hukukunda yer verilmesi gerektiği yeniden kabul edilmeye başlanmıştır (1). Bu gelişmeler sonucunda bir çok Batı ülkesinde suç mağduruna Devletin tazminat ödeme mecburiyetini kabul eden mevzuat yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Günümüzde ise çağdaş ceza hukuku; Devletle mağdur arasında suç dolayısıyla bir ilişki kurarak bunu “ceza ilişkisi” çerçevesine almak ve mağdurun hedef olduğu suç nedeniyle uğradığı zararlar- dan dolayı Devletle mağdur arasında doğrudan doğruya bir ilişki kurmak yöntemindedir. Bu anlayışa göre Devlet suça hedef olan mağdurun haklarını sağlama bakımından sadece faile ceza vermekle yetinmemeli ve fakat suç mağdurunun suç dolayısıyla uğradığı zararların telafisi için elinden geleni yapmasını isteyebilmelidir, hatta Devlet bu zararları doğrudan doğruya tazmin etmek yükümü altında olmalıdır (2).

Bu gelişmeler ve anlayıştan Türk Ceza Adalet Sistemi etkilenmemiş, bu alanda somut hiç bir girişimde bulunulmamıştır.

III — MUKAYESELİ HUKUKTA SUÇ MAĞDURUNUN KORUNMASI

A — ÖNERİLEN VE UYGULANAN ÇARELER :

Mukayeseli hukukta mağdurun korunması kural olarak benim- senerek bazı çareler kabul edilmiştir. Teklif edilen ve bazıları uygulanmakta olan çareler şunlardır :

- (1) DÖNMEZER, Sulhi : Devlet Suç Mağduru İlişkisi, Onar Armağan, İstanbul - 1977, s. 179.
- (2) DÖNMEZER, Sulhi : a.g.m., s. 185.

a — Tazminat ve para cezası kasası sistemi : Bentham tarafından ortaya atılan bu sisteme göre, para cezaları ve müsadere edilip satılan eşyanın bedellerinden beslenecek olan müstakil bir kassa kurularak, bu kasadan tazminatın ödenmesi önerilmiştir. Bu sistem Fransız Ceza Kanunu ve İtalyan Ceza Kanunu'nda yer almıştır (3).

b — Tazminatın cezaya mahsubu : Tazminatın ödenmesi halinde bunun belli bir oranda, tamamen veya kısmen cezaya mahsub edilmesi bir usul olarak öngörülmüştür (4).

c — Kanuni lütufların şarta bağlanması : İspanyol Ceza Kanunu'nda, tahfif sebeplerinin (m. 9), cezanın tecilinin (m. 97), memnu hakların iadesinin (m. 118) uygulanması tazminatın ödenmesi şartına bağlanmıştır. İspanyol Kanunu bu açıdan pek çok Latin Amerika Devletleri Kanunlarına etkili olmuştur (Arjantin 138, Küba 110-117, Meksika 23-397, Peru 65-80, ruguay 104-106, Venezuela 113-127) (5).

İtalyan Kanunu'na göre de ceza mahkemesinden tazminat istemek mümkündür (m. 120), cezanın tecili, şartla salıverilme, memnu hakların iadesi tazminatın ödenmiş olması şartına bağlanmıştır (m. 62, 164, 176, 179). Ayrıca para cezasının, mahkeme masraflarının ve tazminatın ödenmesini sağlamak için, Devlet lehine, sanığın malları üzerinde kanuni ipotek tesisi mümkün hale getirilmiştir (m. 189) (6).

c — Devletin hakkından feragati : İsviçre Ceza Kanunu (m. 60)'na göre; eğer suçun meydana getirdiği zarar mağduru muhtaç duruma düşürmüştür ise ve suçlunun bu zararı tazmin etmeyeceği tahmin olunursa hakim tahsil edilen para cezasının tamamını veya bir kısmını mağdura tahsis eder. Yine bu kanuna göre müsadere edilen eşyanın kefalet akçesinin mağdura tahsisi mümkündür.

İskandinav ülkelerinin kanunları suçlunun aczi halinde Devlet lehine müsadere edilen malların satışından hasıl olan meblağın suçtan zarar görene tahsisini kabul etmişlerdir (7).

d — Müteselsil sorumluluk : Mağdurun korunmasında bir suçun ortaklarının tazminatın ödenmesinde müteselsil sorumluluğa ta-

(3) EREM, Faruk : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, c. II, Genel Hükümler, 12. b., Seçkin Kitabevi, Ankara - 1985, s. 361.

(4) EREM, Faruk : a.g.e., s. 361.

(5) EREM, Faruk : a.g.e., s. 361.

(6) EREM, Faruk : a.g.e., s. 361.

(7) EREM, Faruk : a.g.e., s. 362.

bi olmaları bir çok ülke ceza kanununda kabul edilmiştir (Belçika C.K. 51, Fransız C.K. 55, Finlandiya C.K. 4) (8).

e — İmtiyazlı alacak : İspanyol Ceza Kanunu (m. 104) tazminatın tahsilini sağlamak üzere "imtiyazlı alacak" usulünü ve tazminat borcunun sirayetini kabul etmiştir. Yunan Ceza Kanunu'nun 77. ve Lüksemburg Ceza Kanunu'nun 49. maddesine göre de eğer bir kimse hem para cezasına, hem tazminata mahkum olur ve malları her iki borcunu karşılamaya yetmezse tazminatın ödenmesi tercih edilir (9).

f — Hapisle tazyik : Suçluya tazminat ödettirmek için hapisle tazyik usulü kabul edilerek, böyle bir tazyikin haksız sayılmayaacağı, zira bir suçun meydana getirdiği zarardan doğan tazminat hakkına basit bir alacak hakkı gözü ile bakmanın mümkün olmadığı ileri sürülmüştür (10).

g — Kanuni tahfif sebebi : Bazı kanunlar, hükümden evvel, zararların ödenmesini veya ödenmeye çalışılmış olmasını, nedametini ifadesi saymışlar ve bu hali kanuni tahfif sebebi olarak kabul etmişlerdir. Avusturya (m. 46), Danimarka (m. 48), İspanya (m. 9), İzlanda (m. 14), İtalya (m. 62), Portekiz (m. 39), Sovyet Rusya (m. 38), İsviçre (m. 64) (11).

h — Mecburi çalışma : Garofola tarafından teklif edilen bu sisteme göre; Devlet suçluyu tazminatı karşılamak için çalışmaya mecbur tutmalıdır. Sovyet Ceza Kanunu'nun 32. maddesine göre zararı tazmin borcu, cezaların doğurduğu neticeleri tevlit etmekte ve ceza hakimi tarafından karar altına alınmaktadır. Danimarka m. 35, İtalya m. 145, Fransız Usul Kanunu cezaevinde işten mütevellit kazancın zararların tazminine de tahsis edilebileceğini kabul etmişlerdir (12).

i — Mecburi sigorta sistemleri : Riskin tevzi sisteminin suç hasasına yayılma fikri dolayısıyla suça karşı sigorta usulü de önerilmiştir. Bazı suçlara karşı sigorta usulleri kabul edilmiştir (13).

B — DEVLETİN TAZMİN YÜKÜMÜNÜ KABUL EDEN DEVLETLER :

a — İspanya : İspanyol C.K. 123. m.'de suçun failinin ve diğer

(8) EREM, Faruk : a.g.e., s. 362.

(9) EREM, Faruk, a.g.e., s. 362.

(10) EREM, Faruk : a.g.e., s. 362.

(11) EREM, Faruk : a.g.e., s. 363.

(12) EREM, Faruk : a.g.e., s. 363.

(13) EREM, Faruk : a.g.e., s. 364.

sorumlu kişilerin imkansızlık içinde olmaları halinde Devletin suç mağdurlarına tazminat vermeye mecbur olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca İspanyol C.K. (m. 104) tazminat kavramını geniş tutarak tazminatın sadece mağdurun maddi ve manevi zararlarını değil, ailesinin ve hatta üçüncü şahısların suçtan gördükleri zararı da kapsayacağı hükmünü düzenlemiştir (14).

b — Yeni Zelanda : Yeni Zelanda'da 1964 tarihli bir kanunla bazı suçlarda Devletin tazminat ödemesi kabul edilmiş ve tazminatın ödenmesi için üç üyeden kurulu bir mahkeme kurulmuştur. Bu mahkemenin yalnız başkanı hukukçudur, beş yıl için seçilirler, kararlarına karşı kanun yolu açık değildir. Duruşmalar alenidir, genel adab konularında gizlilik kararı verilir. Bütün suçlarda değil, yalnız öldürme müessir fiil, zorla irza geçme gibi bazı suçlarda tazminatı ödemek devlete aittir. Tazminatın kime ödeneceğini mahkeme takdir eder. Tazminat miktarının tayininde mahkeme olayda mağdurun hareket tarzını, suça sebebiyet verip vermediğini nazara alır. Tazminat genellikle, tedavi, ölüm masraflarını, aile resinin ölümü sebebiyle ailenin maddi kayıplarını, mağdur ölmemiş ise çalışma gücünden kayıp derecesini, çektiği acının karşılığını, makul olmak şartı ile diğer zararları kapsayacak şekilde hesaplanır. İşgücünün tazminatı altı yıllık bir süre içinde taksitle ödenebilir. Bazı hallerde maktulün karısı ile okulda veya bir meslek öğrenmekte olan, onsekiz yaşından küçük çocuklar için ilave tazminat düşünülmüştür. Eğer maktulün ailesi veya mağdur, suçludan veya sigortadan bir bedel tahsil etmiş iseler bunlar tazminat miktarından düşürülür. Tazminatı ödeyen Devlet suçludan bunun tahsil imkanlarını arayacaktır (15).

c — İngiltere : İngiltere'de Bentham'ın görüşleri doğrultusunda deneme kaydı ile kabul edilen sistem içinde tazminat bir mecburiyet olarak değil, sosyal yardım olarak Devlet tarafından ödenmektedir. Hırsızlık ve mala karşı diğer suçlar tazminat dışında bırakılmıştır. Zorla irza geçme vakıalarının sonuçları da tazminatın takdirinde nazara alınmakta, fakat bu fiillerin neticesinde doğan çocukların bakımına kadar tazminat teşmil edilmemektedir (16).

d — Amerika Birleşik Devletleri : New York ve Kaliforniya eyaletlerinde Devletin tazminat ödemesi sistemi uygulanmaktadır. Kaliforniya Kanunu 1966'da yürürlüğe girmiştir. Devlet suçun mağduruna, suçtan zarar gördüğü için değil, başkaca geliri olmadığı için

(14) EREM, Faruk : a.g.e., s. 367.

(15) EREM, Faruk : a.g.e., s. 368.

(16) EREM, Faruk : a.g.e., s. 369.

tazminat şeklinde yardım etmektedir. Mala karşı suçlar tazminat-
tan hariç tutulmuştur (17).

New York Eyaletinde de 1966 yılında yürürlüğe giren kanuna göre üç hukukçu üyeden kurulu bir komite aracılığıyla tazminat ödenmektedir. Tazminat adam öldürme ve yaralama vakaları için kabul olunmuştur. Tazminat gerektiren bir suçun işlendiği en geç kırksekiz saat içinde kolluk tarafından bu komiteye bildirilecektir. Mağdur komiteye müracat ile suçtan "ciddi bir mali zarar" gördüğünü iddia etmelidir. Bu sistemde de tazminat sadece yardım olarak ödenmektedir (18).

e — Kanada : Kanada'da Saskatchewan eyaletinde 1967 yılında bir kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, kararları kesin bir komisyon kurmuştur. Tazminatı gerektirecek suçları kanunda saymak usulü tercih edilmiştir. Komisyon karar verirken suçun işlenmesindeki bütün özellikleri nazara alacak, mağdurun mevcut ise kusurunu kendisinin veya ailesinin yardımı muhtaç olup olmadığını da takdir edecektir. Eğer, suç kolluğa makul bir süre içinde bildirilmemiş veya bir seneden sonra talepte bulunulmuş ise tazminat mümkün görülmemiştir (19).

IV — TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİ İÇİNDE SUÇ MAĞDURUNUN KORUNMASI KONUSUNDA MEVCUT ANLAYIŞ VE HUKUKİ DÜZENLEMELER :

A — MEVCUT ANLAYIŞ :

Türk Ceza Adalet Sistemi içinde suç mağdurunun korunması konusunda mevcut anlayış şu şekildedir :

Toplumda işlenen bir suç nedeniyle başlayan ilişkiler zinciri içinde Devlet-suçlu ilişkisi ön planda yer almaktadır. Devlet; işlenen suçun doğal ve zorunlu mağduru olarak, cezalandırma yetkisine dayanarak suç failini cezalandırmak suretiyle adaleti yerine getirdiğini saymaktadır. Devletin bu şekilde suç karşısında sorumluluğu bitmektedir. Devlet-mağdur ilişkisi kurulamadığından mağdur suç nedeniyle uğramış olduğu zararların sonuçlarına yalnız olarak katlanmak zorundadır. Devletin mağdurun suç nedeniyle uğramış olduğu zararları tazmin yükümü olmadığı için mağdur-suçlu ilişkisi de daha çok özel hukuk ilişkisi içinde yer aldığından Devlet, mağdurun korunmasında kendisini ilgisiz ve kusursuz saymaktadır.

(17) EREM, Faruk : a.g.e, s. 369.

(18) EREM, Faruk : a.g.e., 370.

(19) EREM, Faruk : a.g.e., s. 370.

Bu anlayış haksız yakalanan ve tutuklananlara tazminat ödemesini kabul eden anlayışla çelişmektedir. Devletin suç mağdurlarına da aynı anlayış içinde tazminat ödemesini kabul etmesi "sosyal devlet" anlayışının zorunlu bir sonucu olmalıdır.

B — YÜRÜRLÜKTEKİ HUKUK SİSTEMİNDE MEVCUT DÜZENLEMELER :

Türk Pozitif Hukuk Sistemi içinde Devletin mağdurun uğradığı zararlar dolayısıyla bu sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle suç mağdurları ya, suç bir haksız fiil olduğundan ve B.K. 41, 45, 46, 47 ve 49. maddeleri gereğince haksız zararın tazmini öngörülmüş olduğundan H.U.M.K.'na göre yetkili ve görevli hukuk mahkemelerinde dava açarak uğradıkları zararın tazminini suç failinden talep ederler, ya da gerek şahsi dava yoluyla gerek kamu davasına müdahale yoluyla şahsi haklarının hüküm altına alınmasını talep edebilirler. C.M.K.'muz suç mağduruna ihtiyari bir yetki tanımıştır. Ceza muhakemesinde şahsi hakların talep edilmesi hem neticede sanığın mahkum olmasına hem de şahsi hak muhakemesinin ceza muhakemesini uzatmamasına bağlı kılınmıştır (C.M.U.K. m. 358). Bu şartlar gerçekleşmezse ceza mahkemesi şahsi hakka hükmedemez, suç mağdurunun hukuk mahkemesine müracaat edebileceğine karar vererek hükmünü yalnız ceza tayinine hasredebilir.

Uygulamada ceza mahkemelerinde gerek duruşma hazırlığı devresinde gerekse duruşma sırasında tazminat talebi ve miktarı yönünde delil toplanmamakta ve sonunda da kolay yol seçilerek ceza davasını uzatacak diye tazminat talepleri bakımından iş, hukuk mahkemelerine yüklendiğinden C.M.U.K.'nun 358 maddesi uygulanmamaktadır.

Belirttiğimiz bu düzenlemeler yanında suç mağdurunun korunmasını amaçlayan bir takım hüküm ve müesseselerin varlığına da rastlanmaktadır. Örneğin, T.C.K.'nun 93. maddesi "Cezaların tecil kararının infazı, hukuki şahsiyenin mahkum tarafından rızasıyla ifasına veya teminine talik olunabilir" hükmünü düzenlemiş, C.M.U.K.'un 417. maddesi "Memnu hakların iadesi için şahsi hakların ödenmiş olması" hükmünü düzenlemiş, 647 sayılı C.İ.H.K.'nun 4. maddesi mahkemeye kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine 'aynen iade ve tazminine" hükmedebilme yetkisini düzenlemiş, ve yine 647 sayılı C.İ.H.K.'nun 19. maddesi "şartla salıverilme, hükümlünün iktidarı nisbetinde şahsi hakları tazmin etmesi şartına talik edilebilir" düzenlemesini öngörmüştür. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu mecburi trafik sigortasını öngörmüş bulunmaktadır.

2330 sayılı Maddi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanunla da kolluk görevlileri ve silahlı kuvvetler mensupları ile hakim ve cumhuriyet savcılarının hizmet nedeniyle maruz kaldıkları yaralama... veya hastalık sonucu ölmeleri veya sakat kalmaları halinde kendilerine nakti tazminat ödenmesi öngörülmüştür.

T.C.K.' C.M.U.K. ve C.İ.H.K.'da suç mağdurunun korunmasına yönelik belirtiler taşıyan bu hükümler takdire bağlı hükümler olduklarından uygulayıcının insiyatifi doğrultusunda işlerlik kazanmak durumunda kaldığından mecburi bir norm düzenlemesi niteliğinde olmadıklarından hiç bir yararı bulunmayan hükümlerdir.

C — TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİ YÖNÜNDEN MEVCUT DURUM :

Yukarıda belirttiğimiz gibi suç mağdurunun uğradığı zararları suç failinden hukuk mahkemesi veya ceza davasına müdahale yoluyla katılarak ceza mahkemesinden talep edebilmesini öngören her iki usul suç mağdurunu tatmin edici nitelikte değildir.

Bugün Türk Ceza Adalet Sisteminin içinde bulunduğu kriz nedeniyle ceza davaları çok uzun sürdüğünden adalet gecikmektedir. Ülkemizde suç mağduru ceza adalet sisteminin geç işleyişi yüzünden ikinci bir mağduriyete uğramaktadır. Diğer taraftan ceza mahkemelerinde suç mağdurunun zararının tazminini talep etmesi halinde C.M.U.K.'nın 358. maddesine sığınarak "hukuk mahkemesinde dava açmakta muhtariyetine" şeklinde kalıplaşmış bir hüküm yolu gelenek haline getirilmiştir. Bu durumda suç mağduru hukuk mahkemesinde dava açmak zorunda kalmaktadır. Hukuk mahkemelerinde de suç mağduru senelerce davanın bitmesini beklemektedir. Bu nedenle bazı suç mağdurları hakkını elde etmekten vazgeçmek zorunda kalmaktadır.

Suç mağdurunun suçtan doğan zararı tazmin için ilk olarak hukuk mahkemesine müracaat etmesi durumunda da açılan hukuk davası üzerine hukuk mahkemesince çoğunlukla ceza mahkemesinde görülen davanın bitmesi ve bir karar çıkması beklenmektedir. Bu şekilde ideal ölçüler içerisinde işlemeyen bir ceza adalet sistemi içine düşen mağdurun yeterli ve etkili bir biçimde korunduğunu söylemek mümkün değildir.

Belirli bir ekonomik gücü olmayan mağdurun bu davaları açması ve takip etmesi çok zordur. Suç mağdurunun hukuk mahkemesine başvurarak tazminat davası açması durumunda harç yatırmak zorunda kalması da bu davayı açmamasına bir sebep teşkil etmektedir. Ekonomik gücü olmayan suç mağdurunun gerek ceza mahke-

melerinde, gerekse hukuk mahkemelerinde adli yardım mekanizması ideal ölçüde işlemediğinden bir müdafî yardımından yararlanamaması durumunu doğurmaktadır. C.M.U.K.'nda yapılan son değişiklikle ekonomik gücü olmayan sanığa baro tarafından müdafî tayin edilmesini mecburi hale getiren sistemin aynı hakkı ekonomik gücü olmayan suç mağduruna tanımamasının izahı mümkün değildir.

Türk Ceza Adalet Sistemi içinde suç mağdurunun, suç failinden tazminatın tahsilini öncelikle ve etkili bir biçimde sağlayacak özel hükümler bulunmamaktadır. Özellikle ekonomik gücü olmayan suç failinden tazminatın tahsil edilememesi suç mağdurlarının sıkça karşılaştıkları bir durumdur. Faili meçhul kalmış suçlar bakımından bu durum suç mağduru bakımından daha kötü bir sonuç doğurmaktadır.

IV — SONUÇ VE SUÇ MAĞDURUNUN KORUNMASI SORUNUNUN ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK ÖNERİMİZ :

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere Türk Ceza Adalet Sistemi gerek hukuki düzenlemeler bakımından gerekse işleyişi bakımından suç mağdurunu tatmin etmekten dolayısıyla korumaktan uzak, eskimiş, günün koşullarına uymayan bir sistem görünümündedir. Kanaatimizce geciken adalet adaletsizlik ise; mağduru korumayan, maddi ve manevî zararını karşılamayan adalet de eksik, tamamlanmamış bir adalettir.

Suç mağdurunun günün koşulları gözönünde bulundurularak durumunun iyileştirilmesi yolunda hızla yasal düzenlemelerin yapılması gereklidir. Özellikle belirli bir ekonomik gücü olmayan suç mağdurunun ceza muhakemesinde ve hukuk muhakemesinde kendisine hukuki yardımda bulunacak bir müdafî tayinini talep etme hakkı tanınmalı, tazminatı talep ve tahsil etme imkanlarını arttıracak iyileştirme ve yasal düzenlemelerin yapılması gereklidir. Özellikle suç mağdurunun zararının tazminini sağlamak için T.C.K. ve C.İ.H.K.'da bulunan tecil, şartla salıverilme ve takdiri tahfif sebeplerinin uygulanabilmesi, suç mağdurunun uğradığı zararı ödeme şartına bağlı tutulması zorunlu hale getirilmelidir. Tazminatın tahsil imkanını arttıracak şekilde suç mağdurunun zararlarına karşılık olmak üzere "imtiyazlı alacak", "hapisle tazyik" vb. usullerin yer aldığı özel yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Kanaatimizce suç mağdurunun korunmasına yönelik olarak suç mağdurunun zararlarını tazmin etmede Devletin sorumluluğu ka-

bul edilerek somut bir sistemin Türk Ceza Adalet Sistemi içinde tecrübe edilmesi ve bu sisteme işlerlik kazandırılması gereklidir. Suç mağdurlarına tazminat ödenmesine ilişkin özel bir kanun düzenlenmelidir. Böyle bir kanunla oluşturulacak sistemde şu hususlar gözönünde bulundurulmalıdır :

A. Devletin suç mağdurunun zararını tazmin etmede esasacağı suçlar : Şahısların hayat ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen adam öldürme, müessir fiil, zorla ırza geçme suçları, her türlü şiddet suçları ve kitle hareketleri sonucu mal aleyhine işlenen suçlardan dolayı meydana gelen zararları Devlet tazmin etmelidir. Özellikle faili meçhul kalmış suçlar bu saydığımız suçlardan ise Devletçe tazminat ödenmelidir. Suç failinin belirli bir ödeme kudretinin olmaması halinde suç mağdurunun uğradığı zarar Devletçe tazmin edilmelidir. Bu suçların Türkiye'de işlenmiş olması halinde Devletin tazminat ödemesi kabul edilmelidir.

B. Tazminat talebinde bulunacaklar : Suçtan doğrudan doğruya zarar görenler ve onun ölümü halinde desteğinden yoksun kalan ana-baba, eş ve çocuklarının tazminat talebinde bulunabilmeleri ve mağdurun kendi kusurlu hareketiyle suça sebebiyet vermemiş olması kabul edilmelidir. Türkiye'de işlenen suçlardan dolayı Türkiye'de bulunan Türk vatandaşının ve yabancıların da tazminat talep edebilmesi kabul edilmelidir.

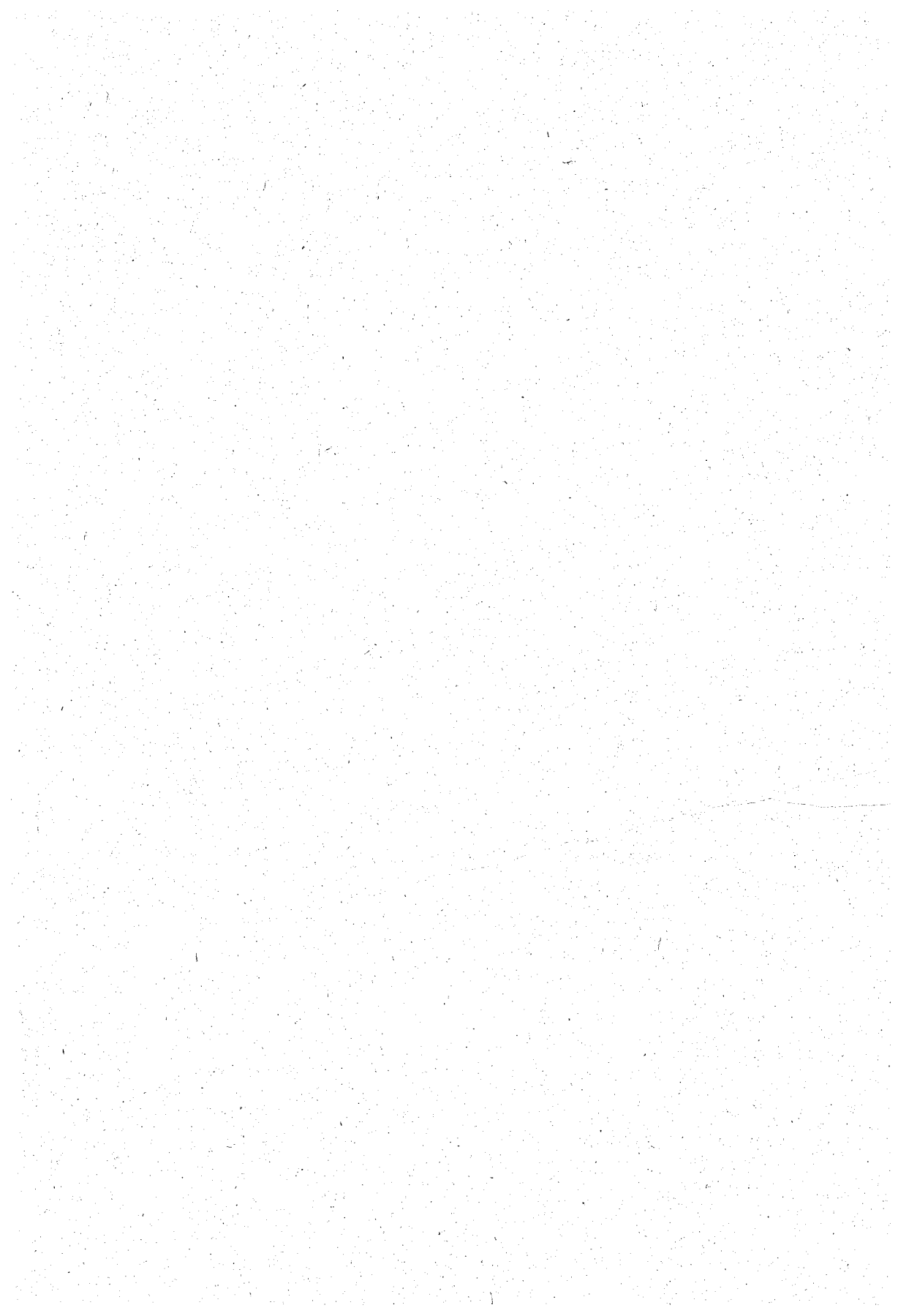
C. Tazminatın kapsamı ve sınırı : İşlenen suç dolayısıyla uğranılan zararlardan ancak maddi olanların Devletçe tazmin edilmesi; manevi zararların kapsam dışı bırakılması kabul edilmelidir. Maddi tazminatın ödenmesinde miktar olarak belirlenecek bir alt ve üst sınır arasında bir miktarın ödenmesi kabul edilmelidir.

D. Devletin ödediği tazminatı suçludan isteyebilmesi : Devletin suç mağduruna ödediği tazminatı suçludan isteyebilme hakkı olmalı ve suçluyu takip etmelidir.

E. Tazminatın kaynağı ve tazminatı ödeme teşkilatı : Devletin genel bütçeden ayıracağı bir tahsisatla birlikte, tahsil edilen para cezaları, mahkumların çalışmalarından elde edilecek gelirler ve müsaderesine karar verilen suç eşyalarının satımından elde edilen gelirlerden bir fon kurulmalıdır. Maliye Bakanlığı ve Adalet Bakanlığınca oluşturulacak bir komisyon aracılığıyla tazminat talepleri takdir edilip, bu komisyon tarafından takdir edilen tazminat suç mağduruna ödenmelidir.

Bu şekilde bir düzenlemenin ve oluşturulacak sistemin yasal olarak öngörülmesi kuşkusuz ülkemizin imkanları ölçüsünde müm-

kün olabilecektir. Ancak suç mağdurlarının korunması konusunda, özellikle zararların tazmini konusunda Devlet, sosyal devlet anlayışının zorunlu bir gereği olarak bu konuda duyarsız kalmamalı, sorunun ciddiyeti karşısında Devlet, suç mağdurunun zararlarının ödenmesini bir görev olarak kabul etmelidir. Suç mağdurunun korunması yolunda önerdiğimiz sistem veya benzer bir sistemin vakit geçirilmeden uygulamaya konulması en büyük dileğimizdir.



1296 (1879) TARİHLİ
USUL-İ MUHAKEMAT-I CEZAIYE KANUN-I
MUVAKKATI (1)

MUKADDİME

Dr. Ahmet GÖKÇEN (*)

1 — Alel-ıtlak mücazat-ı kanuniye icrasını dava etmek (2), hukuk-ı umumiyedendir. Binaenaleyh bu makule deaviyi ikame, mücerret kanunun tayin ettiği memurlara aittir. Bir cinayet veya cünha veyahut kabahatin (3) sebebiyet verdiği tazminat iddiası hukuk-ı şahsiyedendir. Binaenaleyh bu makule tazminatı ve katl maddelerinde kısas icrasını dava edip etmemek mutazarrır olanların ihtiyarına menuttur (4).

2 — Hukuk-ı umumiye davası (5) maznununaleyhin (6) vefatı ile sakıt olur. Hukuk-ı şahsiye davası (7) maznununaleyhin vefatı halinde veresesinin aleyhinde ikame olunmak eshabının ihtiyarına menuttur. Gerek hukuk-ı umumiye ve gerek hukuk-ı şahsiye davaları işbu kanunun mevadd-ı mahsusasında (8) tayin olunan zamanın müruru ile sakıt olur.

3 — Hukuk-ı şahsiye davası hukuk-ı umumiye davasıyla beraber ve bir mahkemede görülür ve ayrıca bir mahkemede dahi görülebilir ise de bu halde hukuk-ı umumiye davası gerek hukuk-ı şahsiye davası esnasında veyahut evvelce ikame olunmuş olsun ka-tiyyen faysalpezir (9) olmadıkça hukuk-ı şahsiye davasına bakılamaz.

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana-bilim Dalı Öğretim Görevlisi - İzmir. Burada, ülkemizde bugün yürürlükte olan CMUK'dan önce 50 yıl süreyle uygulanmış olan Usul-ı Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı'nın eski yazıdan yeni yazıya aktarılmış metni ile, bunun kolay anlaşılmasını sağlayacağı düşünülen bazı kelime ve terkiplerin açıklamaları verilmiştir. Kanun-ı Muvakkatın tarihcesi, değerlendirilmesi ve CMUK ile mukayesesi bir başka çalışmada yapılacaktır.

- (1) Metin için bkz. : 1. Tertip Düstur, 4. Cilt, s. 136 vd.
- (2) Alel-ıtlak mücazat-ı kanuniye icrasını dava etmek : Genel olarak sanıkların cezalandırılması için dava açmak.
- (3) 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu Suçları bu tarz üçlü tasnife (m. 3) tabi tutmuştur. Bkz. : Gkçen Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989, s. 28 vd.
- (4) Menü : Bağlı.
- (5) Hukuk-ı umumiye davası : Kamu Davası.
- (6) Maznununaleyh : Sanık.
- (7) Hukuk-ı şahsiye davası : Şahsi hak davası.
- (8) Mevadd-ı mahsusa : İlgili maddeler.
- (9) Faysalpezir : Hâl ve faslolma, nihayet bulma.

4 — Hukuk-ı şahsiye davasından keff-i yed olunmak (10) hukuk-ı umumiye davasının rüyetine mani olamaz.

5 — Tebea-yı Devlet-i Aliyye'den (11) her kim olursa olsun Memalik-i Osmaniye haricinde emniyet-i Devlet-i Aliyye'yi ihlal eylemek ve devlete mahsus resmi mühürleri ve meskukat-ı rayiceyi ve esham-ı umumiye ve tahvilatı ve sergi ve her nevi senadat-ı hazineneyi ve tedavülü kanunen mücaz olan banka tahvilatını taklit etmek cinayetiyle müttehem (12) olup da memalik-i ecnebiyede (13) muhakemesi icra olunmadığı halde Memalik-i Osmaniye'de kanun-u devlete tatbikan muhakeme ve mücazâtı icra olunur.

6 — Madde-i sabıkada (14) beyan olunan ahkam, cinayat-ı mezkûreyi ika veya iştirak ile müttehem olup Memalik-i Osmaniye'de tevkif olunan veyahut celp ve istirdat olunabilecek olan tebea-i ecnebiyeye dahi şamildir.

7 — Tebea-yı Devlet-i Aliyye'den biri Memalik-i Osmaniye haricinde tebe-yı Devlet-i Aliyye'den diğeri aleyhinde bir cinayete mütecasir olduğu halde Memalik-i Osmaniye'ye avdet eder ve mürtekip olduğu cinayetten dolayı memalik-i ecnebiyede mücazât-ı kanuniyesini görmediği tahakkuk eyler ise hakkında muamele-i kanuniye icra olunur.

Kitab-ı Evvel

Zabıta-i Adliyeye (15) ve Onun Memurin-i İcraiyesine Dairdir.

Fasl-ı Evvel

Zabıta-i Adliyeye Dairdir.

8 — Zabıta-i adliye memurları, cinayat ve cünha ve kabahatleri taharri (16) ve delailini cem ve zabt ile mütecasirlerini tutup müteallik oldukları mehakim-i cezaiyyeye teslim etmeye memurdurlar.

9 — Cinayet davalarını rüyet eden mahkemelerin nezaretleri altında olmak ve atide tayin olunacak ahkâm-ı mahsûsaya tabi bulunmak üzere zabıta-i adliye vezaifi, kaymakam veya müdür ve tefiş memurları ve müddeiumumiler ve müstantikler ve zabtiye zabi-

(10) Keff-i yed olunmak : El çekme, vazgeçme, karışmama.

(11) Tebea-yı Devlet-i Aliyye : Osmanlı devleti vatandaşı.

(12) Müttehem : Sanık.

(13) Memelik-i ecnebie : Yabancı devlet.

(14) Madde-i sabıka : Geçen (önceki) madde.

(15) Zabıta-i adliye : Ali zabıta.

(16) Taharri : Arama, araştırma.

tanı ve köy muhtarları ve ihtiyar meclisleri azası ve köy ve orman bekçileri marifetiyle icra olunur.

10 — Valiler ve mutasarrıflar ve payitahta şehremini ve zabıtiye nâzırı vukua gelen cinayet veya cünha veya kabahatin sübutuna medar olan muâmelât-ı lâzimeyi (17) ya bizzat veyahut cürmün derecesine göre ait olduğu zabıta-i adliye memurları vasıtasıyla icra ve faillerini lazım gelen mahkemeye teslim ettirebileceklerdir.

Fasl-ı Sani (18)

Kaymakam ve Müdür ve Teftiş Memurlarına Dairdir.

11 — Teftiş memurları ve teftiş memurları bulunmayan kazalarda kaymakam veya müdürler kabahat derecesinde olan her nevi ceraimi taharri ve o kabahatlere müteferri' olan ihbarat ve şikayati havi beyannameleri ahz eyleyecek ve kabahatin nevi ve esbabını (19) ve mahal ve zaman-ı vukuunu ve delail ve emârâtını mübeyyin bir zabıt varakası tanzim edeceklerdir ve zikrolunan memurlar taharri ve tahkiki orman ve köy bekçileri vezaifine ait olan ceza hakkında dahi ledel-hace (20) muamelat-ı mezkûreyi icra edeceklerdir.

12 — Müteaddit daire-yi zabıtaya münkasim olan kazalarda (21) bulunan teftiş memurları buldukları kazalar dahilinde alelumum zuhur eden kabahatler hakkında zabıta-i adliyeyi icra edecek ve kabahatin memur oldukları daire-i mahsusa haricinde vuku bulmasını vesile-i mania addedemeyeceklerdir.

13 — Bir kazada bulunan teftiş memurlarının birisi özr-i makbûle mebnî mevki-i memuriyetinde bulunmadığı halde, civarında bulunan daire-i zabıta teftiş memuru, onun memuriyetini icra edecek ve kendi dairesi, memur-ı mazurun dairesine en yakın daire olmadığını veyahut mazeretin makbul ve müsbet bulunmadığını vesile ederek o dairede zuhur eden işleri tehir edemeyecektir.

14 — Yalnız bir teftiş memuru bulunan kaza ve nahiyelerde teftiş memurunun mani-i meşruu (22) olduğu müddetçe onun göreceği vezaif o kaza ve nahiyenin kaymakam ve müdürüne aittir.

(17) Muamelat-ı lazime : Gerekli işlemler.

(18) Fasl-ı Sani : İkinci fasıl.

(19) Esbab : Sebepler.

(20) Ledel-hace : İhtiyaç halinde.

(21) Müteaddit daire-yi zabıtaya münkasim olan kazalar : Birden çok zabıta dairesi olan kazalar.

(22) Mani-i meşruu : Meşru engel.

15 — Kaza kaymakamları ve nahiye müdürleri kabahate müteallik olan evrak ve senedatı icra-i taharriyata tasaddi eyledikleri (23) günden itibaren nihayet beş güne kadar davayı görecek olan kaza bidayet mahkemesinde müddeiumumiliği icra eden memura teslim eylemeye mecburdur.

16 — Köy ve orman bekçileri nezaretine memur oldukları daire dahilinde bulunan arazi ve ormanlarda vukubulacak kabahat ve cünhaları taharri ve ceraim-i vakianın cins ve esbabını ve zaman ve mekanını ve delail ve emâratını mübeyyin bir zabt varakası tanzim edecekleri gibi gasbolunan emvali dahi bulup tevkif ve muhafaza eyleceklerdir. Fakat muhtar veya ihtiyar meclisi azasından biri veyahut teftiş memuru veya kaymakam ve müdür hazır bulunmadıkça hane ve dükkan ve fabrika ve ebniye-i saire (24) ve duvar ile muhat (25) olan müstemilata duhul edemeyecekler ve bu babta tutulacak zabt varakasını hazır bulunana dahi imza veya temhir ettireceklerdir (26). Ve hapis ve ondan ziyade bir ceza müstelzim olan cünha ve kabahatı icra eylediği esnada veyahut velvele-i nas (27) üzerine tutacakları eşhası ahz ve tevkif ve ihtiyar meclisine veya kaymakam veya müdüre teslim edeceklerdir. Ve bunun için kaymakam ve müdürden dahi muavenet-i lazime (28) talep edecek ve onlar dahi muavenete mecbur bulunacaklardır.

17 — Köy ve orman bekçileri zabita-i adliye memurlarından bulunmak hasebiyle mülkiye cihetindeki amirlerine olan taalluklarına kat'a halel gelmeyerek kaza bidayet mahkemesinde bulunan müddeiumuminin nezareti altında bulunacaklardır.

18 — Devlete ve bir sınıf ahaliye veya bir cihet-i hayriyeye merbut olan ormanların bekçileri tanzim eyledikleri zabt varakalarını onbeşinci maddenin tayin eylediği müddet zarfında orman memurlarına ve orman memurları olmadığı halde en yakın yerde bulunan hükümet memuruna vermeye mecbur olacaklar ve bunlar dahi o haftanın içinde bidayet mahkemesi müddeiumumisine göndereceklerdir.

19 — Orman memurları maznununaleyhi veyahut mesul-i bilmal olan eşhası kaza bidayet mahkemesine celp ettirecektir.

(23) İcra-i taharriyata tasaddi eylemek : Araştırmaya, aramaya başlamak.

(24) Ebniye-i saire : Sair binalar.

(25) Muhat : Çevrili.

(26) Temhir ettirmek : Mühürletmek.

(27) Velvele-i nas : İnsanların gürültüsü.

(28) Muavenet-i lazime : Gerekli yardım.

Müddeiumumilere Dairdir Kısm-ı Evvel

Bidayet Mahkemeleri Müddeiumumileriyle Muavinlerinin Zabıta-i Adliyeve Müteallik Vezaifi Beyanındadır.

20 — Müddeiumumiler cünha ve cinayet derecesinde bulunan kaffe-i ceraimi taharri ve tecessüse ve mürtekibi aleyhinde ikame-i davaya memurdurlar.

21 — Madde-i sabıkada beyan olunan vezaifi ifada, cinayet veyahut cünhanın vuku bulduğu mahal ile maznununaleyhin ikamet ettiği veyahut tevkif olduğu mevkiin müddeiumumileri seviyen (29) memurdurlar.

22 — Memalik-i Osmaniye'nin haricinde bir cinayet veya cünha vukuu gibi 5. ve 6. ve 7. maddelerde beyan olunan ahvalde ve zaif-i mezkure maznununaleyhin asıl ikamet ettiği veya derdest edildiği mahallin veya ikametgah-ı ahirinin (30) müddeiumumisi tarafından icra olunur.

23 — Müddeiumumilerin ve sair zabıta-i adliye memurlarının icra-i memuriyetleri esnasında bizzat kuvve-i müselleha (31) talep ve istishabına (32) hak ve salahiyetleri olacaktır.

24 — Müddeiumuminin manii olduğu halde hizmetini reis-i mahkemenin emriyle azadan veyahut mümeyyizlerden tayin edeceği zat ifa eyleyecektir. Ve müvakkaten müddeiumumilik memuriyetine tayin olunan azanın memur olduğu işde azalık sıfatını icraya salahiyeti yoktur.

25 — Müddeiumumiler müstantikler tarafından verilecek kararnamele müstantikler faslında beyan olunan usul ve kavaide tatbikan tebliğ ve irsal edeceklerdir.

Kısm-ı Sani

Müddeiumumilerin Vezaif-i Memurelerinin Suver-i İcraiyesine Dairdir.

26 — Devletin her bir memuru esna-yı memuriyetinde bir cünha veyahut bir cinayetin vukuuna muttali olduğu halde cünha veya cinayet hangi mahkemenin dairesi dahilinde vuku bulmuş ise

-
- (29) Seviyyen : Eşit olarak.
(30) İkametgah-ı ahır : Son ikametgah.
(31) Kuvve-i müselleha : Silahlı kuvvet.
(32) İstishab : Beraber götürme.

orada veyahut maznununaleyhin derdest edilebileceği mahallin tâbi olduğu mahkemede bulunan müddeiumumiye derhal keyfiyeti ihbar eylemeye ve bununla beraber ol babta malumat-ı müstahsaleyi (33) ve zabt varakası ile evrak-ı saireyi işar ve irsal etmeye mecburdur.

27 — Gerek emniyet-i umumiye ve gerek efrad-ı nasın can ve malı aleyhinde suikast vukuunu her kim görür ise keyfiyeti cünha veyahut cinayetin vuku bulduğu veyahut maznununaleyhin derdest edilebileceği mahallin mahkemesinde bulunan müddeiumumiye ihbar etmeğe mecbur olacaktır.

28 — İhbarnameler muhbirleri veya vekil-i mahsusları canibinden veyahut talep vuku bulur ise müddeiumumiler tarafından kaleme alınacak ve her halde ihbarnamelerin her sahifesi müddeiumumi ile muhbir veyahut vekili tarafından imza edilecektir. Muhbir veyahut vekili imza etmek bilmediği veyahut istemediği halde keyfiyet ihbarnamede derc ve tasrih kılınacaktır. Daima vekaletname ihbarnameye merbut bulunacak ve muhbir ihbarnamesinin bir suretini alabilecektir.

29 — Cürmün meşhuden vukuu halinde eğer irtikap olunan şey mücazat-ı terhibiyeyi (34) istilzam eder ceraimden ise müddeiumumi derhal cinayetin mahall-i vukuuna azimet edip zat-ı vak'ayı ve suret-i vukuunu ve mevkiinin ahvalini zabt ve tahrir edecek ve esna-yı vak'ada hazır bulunanların veyahut vak'aya dair malumat verebilecek olanların ifadatını zabtedecektir. Müddeiumumi keyfiyet-i azimetini müstantike bildirecek ise de işbu faslında beyan kılındığı üzere onun vüruduna intizara mecbur olmayacaktır.

30 — Müddeiumumi madde-i sabıkada beyan olunan ahvalde zabt-ı ifadat eder iken vak'a hakkında malumat itasına muktedir addolunacak ekarib (35) ve komşu ve hizmetkârları huzuruna celp edebilecek ve bunların ifadat-ı vakıalarını kendilerine imza ettirecektir. Gerek bu madde ve gerek madde-i sabıka hükmünce zabtolunan ifadatı tarafeyn imza edecek ve istinkaf vukuunda keyfiyet, evrakında zikr ve tasrih edilecektir.

31 — Müddeiumumi zabt varakasını ikmal edinceye kadar cürmün vuku bulduğu hane veyahut mahalde bulunanlar kimler olursa olsun dışarıya çıkmalarını veyahut tebâut etmelerini (36) men-

(33) Malumat-ı müstahsale : Elde edilen bilgiler.

(34) 1274 tarihli Ceza Kanununa göre; idam, kürek, kalebentlik, mütebbet sürgün gibi cezaları gerektiren fiiller bu kabildendir. Bkz. Gökçen, s. 28 vd.

(35) Ekarib : Akrabalar, hısımlar.

(36) Tebaut etmek : Uzaklaşmak.

debilir ve bu memnuiyyet hilafında hareket edenler derdest edilebilir ise tevkifhaneye konulur. Mücazat-ı kanuniyesi, kabahati irtikap eden şahıs mevcut ise ihzar ve istintak olunduktan sonra, değil ise gıyabından müddeiumuminin talebi üzerine müstantik tarafından hükmolunur ve bundan başka muamele ve mehle hacet kalmayarak ve itiraz ve istinaf makbul olmayarak hükm-i vaki icra kılınır ve bu makule ahvalde hükmolunacak ceza üç gün hapis ve iki adet Osmanlı Lirası ceza-i nakdiyi tecavüz etmeyecektir.

32 — Müddeiumumi cürmü irtikap için istimal veyahut teh-yie (37) olduğu anlaşılan esliha ve her türlü eşyayı ve kezalik cürmün asarından olduğu görünen velhasıl hakikatini meydana çıkarmağa medar olan şeyleri zabt edecek ve eşya-yı mazbutayı maznununaleyhe irae ile izahat isteyecek ve o babta tanzim edeceği zabt varakasını maznununaleyhe imza ettirecek ve istinkafı (38) halinde keyfiyeti zabt varakasına derceyleyecektir.

33 — Cürmün mahiyeti iktizasınca maznununaleyhin nezdinde bulunan evrak ve eşyanın sübut-ı vukuuna medar-ı istidlal olabileceği anlaşılıyor ise bunları taharri için müddeiumumi maznununaleyhin derhal ikametgahına azimet edecektir.

34 — Maznununaleyhin ikametgahında şubut-ı töhmetini veyahut beraet-i zimmetini teyit edecek evrak ve eşya mevcut olduğu halde müddeiumumi zabt varakasını yapmakla beraber evrak ve eşya-yı mezkûreyi zabtedecektir.

35 — Eşya-yı mazbute mümkün ise bağlanıp temhir edilecek (39) ve üzerine yazı yazılmak kabil olmadığı halde bir mahfaza veya torba içine konulup ve üzerine bağ raptolunup müddeiumumi mührü ile temhir kılınacaktır.

36 — Mevadd-ı sabıkada (40) beyan olunan muamelat, maznununaleyh ele geçirilmiş ise huzurunda ve eğer hazır bulunmayı istemez veya muktedir olamaz ise tayin edebileceği vekil muvacehesinde icra kılınır. Eşya-yı mazbute tasdik ve ledel-hace (41) imza edilmek üzere kendisine irae olunacak ve imtinaı halinde keyfiyet zabt varakasına yazılacaktır.

37 — Müddeiumumi bir cürmün meşhuden vukuu ve mücazat-ı terhibiyeyi istilzamı halinde onun mürtekibi olduğu emarat-ı

(37) Tehyie : Hazırlama.

(38) İstinkaf : Çekinme.

(39) Temhir etmek : Mühürlemek.

(40) Mevadd-ı sabıka : Geçen maddeler.

(41) Ledel-hace : İhtiyaç görüldüğü zaman.

kaviyye ile anlaşılın eşhas hazır ise tevkif ettirecek değil ise ihzar için emir verecektir. Bu emri mutazammın olan varakaya ihzar müzekkeresi denilir. İhbar mücerret ikametgahı olanlara ihzarname irsali için sebep-i kafi olamaz. Müddeiumumi, huzuruna getirilen maznununaleyhi derhal istintak edecektir.

38 — İcra olunmakta veyahut henüz icra olunmuş olan cürüm, cürm-i meşhuttur. Velvele-i nas üzerine tutulan veyahut cürmün irtikabını müteakiben anın faili veyahut şeriki olduğunu müeyyit (42) olan eşya ve esliha ve edavat ve evrak ile derdest edilen eşhasın mürtekip oldukları ceraim dahi cürm-i meşhut kabilinden addolunur.

39 — Mevadd-ı sabıka hükmünce müddeiumumilerin tanzim edecekleri zabıt varakaları cürmün irtikap olunduğu kazanın teftiş memuru veyahut kaymakam ve müdürü veyahut o kazada ikametgahı olan iki şahıs huzurunda yapılacak ve bunlardan hangisi hazır ise onun imzası ile mümza (43) olacaktır. Şu kadar ki derhal şuhut tedariki kabil olamadığı halde şuhut huzuruna hacet kalmayarak zabıt varakasını tanzime müddeiumumi mezundur. Zabıt varakasının her sahifesi müddeiumumi ve mevki-i tahkikte hazır olan eşhas tarafından imza edilecek ve huzzarın istinkafı vukuunda veyahut imza etmesi kabil olamadığı halde keyfiyet zabıt varakasında beyan olunacaktır.

40 — Müddeiumumi bir cünha veyahut cinayetin mahiyet ve ahvalinin temyizi bazı fen ve sanata tevakkuf ettiği halde erbabından bir iki kişi istishap edecektir.

41 — Birinin katil ve idamı veyahut esbabı meçhul ve şüpheli olarak vefatı halinde müddeiumumi bir veyahut iki tabip ve cerrah istishap edecek ve bunlar cenazenin bulunduğu hal ile esbab-ı mevti hakkında bir takrir yapacaklardır. Madde-i sabıka ile işbu maddede beyan olunan ahvalde celp olunacak adamlar takrirlerini bigarazane yapacaklarına ve mütalaalarını vicdan-ı sahih üzerine bildireceklerine dair müddeiumumi huzurunda yemin edeceklerdir.

42 — Müddeiumumi mevadd-ı sabıka icabınca tanzim kılınan zabıt varakasıyla evrak-ı saire ve eşya-yı mazbuteyi bila tehir müsantika irsal edecek bu dahi fasl-ı mahsusunda beyan olunduğu vecihile muamelat-ı muktaziyeyi icra eyleyecektir. Mamafih maznununaleyh istenildikçe celp olunabilmek üzere zabitanın nezareti altında bulunacaktır.

(42) Müeyyit : Teyit eden.

(43) Mümza : İmzalanmış.

43 — Ceraim-i meşhude için bâlâda müddeiumumiye tahsis olunan vezaif icra kılınmak üzer ceraim-i meşhude kabilinden olmasa bile hane derununda vuku bulmuş bir cürümden dolayı hane sahibi müddeiumumiye müracaat edecektir.

44 — 29. ve 43. maddelerde beyan olunan ahval haricinde müddeiumumi gerek ihbar tarikiye veyahut başka bir suretle memur olduğu daire dahilinde bir cünha veyahut cinayet vukuuna veyahut dahil-i dairesinde o cünha veya cinayetin faili olmak üzere maznun olan şahsın mevcut olduğuna vakıf olduğu halde müstantikler faslında tafsil olunduğu üzere tahkikat icrası için emir verilmesini ve ledel-icap (44) mahalline bizzat azimet ile iktiza eden zabıt varakalarının yapılmasını müstantiklerden birine havale edecektir.

Fasl-ı Hamis

Müddeiumumilere Muavenet Edecek Zabıta-i Adliye Memurları Beyanıdır.

45 — Kaymakam ve müdürler ve ihtiyar meclisleri rüesası ve zabtiye zabitanı ve teftiş memurları daire-yi memuriyetleri dahilinde vukua gelen ceraime müteallik ihbaratı kabul etmeye mecburdurlar.

46 — Cürm-i meşhut halinde veyahut bir hane sahibi tarafından talep vukuunda madde-i sabıkada beyan olunan memurlar zabıt varakasını tanzim ve şuhudun ifadatını istima eyleyecekler ve ahval-i mebsutada (45) müddeiumuminin cümle-i vezaifinden olan taharriyat ve ziyaret ve muamelat-ı saireyi icra edeceklerdir ve bu muamelatın cümlesi müddeiumumi faslında beyan olunan suver ve kavaide tatbikan icra olunacaktır.

47 — Müddeiumumiler ile bâlâda beyan olunan memurlar mevki-i tahkikte içtima eyledikleri halde zabıta-i adliyeye ait olan muamelatı müddeiumumi icra eyleyecektir. Fakat zikrolunan memurlardan biri evvelce gelip işe başlamış olur ise o halde itmamını ya müddeiumumi deruhte edecek veyahut başlamış olan memura havale edecektir.

48 — Bâlâda beyan olunan memurlar mezun oldukları ahvalde tanzim eyledikleri ihbarname ve zabıt varakaları ile evrak-ı saireyi bila tehir müddeiumumiye gönderecekler ve bu dahi derhal evrak-ı mezkûreyi bittetik daha ne yapılmak lazım gelir ise icrasını müstantike havale eyleyecektir.

(44) Ledel-hace : İcabi halinde.

(45) Ahval-i mebsuta : Muamelenin ayrıntılı olarak yapılmasının gerekli olduğu haller.

49 — Zabıta-i adliye memurları tahkikine doğrudan doğruya memur olmadıkları bir cünha veyahut cinayetin vukuu kendilerine haber verildiği halde ihbarnamesini derhal müddeiumumiye gönderecekler ve bu dahi ididaneme-i mahsus ile müstantike irsal eyleyecektir.

Fasl-ı Sadis (46)
Müstantiklere Dairdir.

Kısm-ı Evvel
Müstantiklerin Tayinine Dairdir.

50 — Her kazada üç sene ifa-yı memuriyet etmek üzere irade-i seniyye-i hazreti padişahi ile mansup bir müstantik bulunacak ve müddet-i memuriyetlerinin hitamında temdidi caiz olabilecektir.

51 — Müstantikler mehakim-i ibtidaiye azasından tayin olunabilecektir ve lüzumu takdirinde aza-yı mahkemeden biri dahi asıl müstantik ile beraber ifa-yı memuriyet etmek üzere reis-i mahkeme tarafından suret-i muvakkatada müstantik tayin olunabilir.

52 — Müstantikler zabıta-i adliyeye müteferri olan vezaif-i memuriyetlerince mahkeme-i istinaf müddeiumumisinin zir-i nezaretinde bulunacaklardır.

53 — Bir mahalde yalnız bir müstantik olup da hastalığı veya sair bir sebebe mebni gaybubeti (47) vuku bulur ise yerine reis, mahkeme-i ibtidaiye azasından birini intihap ve tayin eder.

Kısm-ı Sani
Müstantiklerin Vezaiifi Beyanındadır.

Cüz-ü Evvel
Ceraim-i Meşhudeye Dairdir.

54 — Müstantikler ceraim-i meşhude vukuunda müddeiumuminin vezaifinden olan kaffe-i muamelatı müddeiumumiler ile muavinlerine dair olan babda muayyen olan usul ve kavaide tevfikân doğrudan doğruya ve hod ve hod icra edebilirler ve muamelat-ı mezkûreyi kat'a tehir etmemek üzere müddeiumuminin hazır bulunmasını dahi talep etmeye mezundurlar.

55 — Cürm-i meşhûr evvelce tebeyyün etmiş olupda ona müteallik muamelatı havi olan evrak müddeiumumi tarafından müstantika irsal olunduğu takdirde müstantik muamelat-ı vakianın bila te-

(46) Fasl-ı Sadis : Altıncı fasıl.

(47) Gaybubet : Yokluk.

hir tetkikine ibtidar etmeye mecburdur ve muamelat-ı vakianın cümlesini veyahut bazılarını nakıs addederse yeniden icra etmeye selahiyeti vardır.

Cüz-i Sani

Muamelat-ı Tahkikiye Beyanındadır.

Birinci Fıkra

Ahkam-ı Umumiye

56 — Müstantikler ceraim-i meşhudeden maada ahvalde bir cürmün emr-i tahkik ve takibine dair icra etmiş oldukları her gına muamelatı müddeiumumiye bildireceklerdir ve müddeiumumi tahkikat müddeti içinde her ne vakit isterse muamelat-ı mezkûrenin kendisine bildirilmesini talep edebilecek ise de ahzettiği evrakı 24 saat zarfında iade etmeye mecbur olacaktır. Fakat müstantikler icabı takdirinde müddeiumumi tarafından talep vukuundan evvel dahi ihzar müzekkeresi veyahut muvakkat tevkif müzekkeresi itasına mezdurlar.

57 — Müstantik bizzat mevki-i cürme azimet edecek olduğu halde müddeiumumi ile zabıt katibi birlikte bulunacaktır.

İkinci Fıkra

Şikayete Dairdir.

58 — Bir cinayet veya cünhadan dolayı kendisini mutazarrır adeden eşhas gerek cürmün vuku bulduğu ve gerek maznununaleyhin ikamet ettiği veya bulunabileceği mahal müstantiki huzurunda dava-yı şahsi ikame edebilecektir.

59 — Müddeiumumi kendisine arz-ı şikayet olduğu şikayetnameyi tarafından bir iddianame ile müstantika irsal edecek ve zabıta-i adliye muavinleri dahi kendilerine arzolunan şikayetnameleri müddeiumumiye takdim edeceklerinden bunları daha kendi iddianameleriyle beraber müstantika göndercektir. Cünha nevinden olan efalden dolayı mazur olan şahıs, âtide tayin olunacak surette doğrudan doğruya cünha mahkemesine arz-ı şikayet edebilir.

60 — 28. maddenin ihbarata dair olan ahkâmı şikayet hakkında dahi cari olacaktır.

61 — Müştekilere dava-yı şahsi ikame ettiklerini veyahut tazminat iddiasında bulduklarını ya şikayetnameleri veyahut muahharan verecekleri bir varaka-yı mahsusa ile beyan etmedikçe müdde-i şahsi addolunamayacaklar ve 24 saat zarfında davalarından feragat edebileceklerdir. Ve bu halde feragatın tebliginden sonraki dava

masarifi kendilerine ait olmayacaktır. Şu kadar ki maznununaleyhin kendilerinden zarar ve ziyan iddiasına hakkı baki olacaktır.

62 — Müşteki hitam-ı murafaya (48) kadar davasının her halinde hukuk-ı şahsiyelerini dava edebilirler. Ancak hüküm terettüp ettikten sonra velev bu hüküm ikame-i davadan yalnız 24 saat mürurunda ita olunmuş olsa bile feragatları kat'a makbul olmayacaktır.

63 — Tahkikatın icra olunduğu kazada ikamet etmeyen müdde-i şahsi o kazada bir ikametgah intihap etmeye mecbur olup mahkeme-i iptidaiye katibine usulü üzere kayıt ettirecek ve etmediği surette kendisine kanunen icrası lazım gelen tebligatın adem-i vukuundan bahisle itiraza hakkı olmayacaktır.

64 — Kendisine müracaat vuku bulan müstantik cürmün vuku bulduğu veya maznununaleyhin ikamet ettiği yahut bulunabildiği mahaller müstantiklerinden olmadığı takdirde şikayet-i vakıayı hangi mahâl müstantikine ait ise ona irsal edecektir.

65 — Şikayetin ait olduğu müstantik davanın icabı icra olunmak üzere şikayet-i vakıayı müddeiumumiye tebliğ edecektir.

Üçüncü Fıkra

Şahitlerin İstima Hakkındadır.

66 — Müstantik gerek vaki olan ceraine ve gerek ona müteferri ahval ve keyfiyata malumatları olduğu muhbir ve müsteki ve müddeiumumi veya aharı tarafından haber verilen eşhası huzuruna celp ettirecektir.

67 — Şahitler müddeiumumin talebi üzerine bir muhbir veya zabtiye marifetiyle celp olunacaklardır.

68 — Şahitler mahkeme katibi hazır olduğu halde maznununaleyhin huzurunda olmamak şartıyla ayrı ayrı müstantik tarafından istima olunacaktır.

69 — Şahitler kablel-istima (49) şهادet için almış oldukları celpnameyi ibraz edecekler ve ibraz keyfiyeti zabıt varakasına dercolunacaktır.

70 — Şahitler artık-eksik olmayarak hakikat-i hali söyleyeceklerine yemin edecekler ve isim ve şöhret ve sin ve sanat ve sıfat ve mahall-i ikametleri ve tarafeynin hizmetkâr veya akrabasından olup

(48) Hitam-ı murafa : Duruşmanın (yargılamanın) sonu.

(49) Kablel-istima : Dinlenmeden önce.

olmadıkları ve derece-i karabetleri müstantik tarafından sual olunacak ve bu sualler ile alınacak cevaplar zabıt varakasına derc kılınacaktır.

71 — İsticvapname şahitlerin önünde okunup zabtolunan ifadatını tasdik ettiği halde müstantik ve mahkeme katibi ile şahit tarafından imza veya temhir kılınacak ve şahit imza veya temhir etmek istemez veya edemez ise isticvapnamede tasrih olunacak ve isticvapnamelerin her sahifesi müstantik ile katip tarafından imza kılınacaktır.

72 — Mevadd-ı selase-i sabıkada (50) tayin olunan muamelat icra olunmaz ise katipten iki altun ceza-yı nakdi alınabilecek ve ledel-icap müstantik aleyhinde istikâi anıl hükkam (51) selahiyeti istimal olunabilecektir.

73 — İsticvapnamelerde hakk (52) ve satırları arasında çıkıntı olmayacaktır. Ve çizilen ve kanara ilave olunan ibareler müstantik ve katip ile şahit tarafından tasdik ve imza veya temhir kılınacak ve hilafında hareket madde-i sabıkada muharrer mücazati istilzam edecektir. Satır arasında olan çıkıntı ve çizilip ve kenara yazılıp da tasdik olunmayan ibareler keenlemyekün hükmünde tutulacaktır.

74 — Onbeş yaşından aşağı erkek ve kız çocukların ifadeleri malumat kabilinden olmak üzere bila tahlif (53) istima olunabileceklerdir.

75 — Her kim istişhat (54) için celp olunur ise müstantik huzuruna gelerek edilecek suale cevap vermeye mecburdur. Gelip cevap vermediği halde icbar olunabilecektir. Şöyle ki; müstantik müddeiumuminin talebi üzerine istinaf olunamamak ve başka muamelata hacet kalmamak ve dört Osmanlı yüzlük altınını tecavüz etmek üzere bilâ imhal (55) ceza-i nakdi hükmedecek ve gelip şehadet etmeleri için cebren ihzarlarını dahi emredebilecektir.

76 — Madde-i sabıkada gösterildiği vechile birinci defa olarak ceza-i nakdi ile hükmolunan şahit ikinci defa ihzar olunduğu halde ilk defa gelemediğine dair a'zar-ı makbûle (56) beyan eyler ise müddeiumuminin talebi üzerine ceza-i nakdiden af olunabilecektir.

(50) Mevadd-ı selase-i sabıka : Geçen üç madde.

(51) İstikâi anıl hükkam : Hakimlerin görevlerini ihmal etmeleri sebebiyle haklarında dava açılması. Benzeri hükümler TCK m. 231 ve HUMK. m. 573'de de bulunmaktadır.

(52) Hakk : Kazıntı.

(53) Bilâ tahlif : Yeminsiz.

(54) İstişhat : Şehadet.

(55) Bilâ imhal : Mühlet vermeksizin.

(56) A'zar-ı makbûle : Geçerli mazeretler.

77 — Tazminat talebinde bulunan şahitlere tarifesi mucibince ifası lazım gelen mebalig müstantik tarafından tayin olunacaktır.

78 — Şahitlerin hastalık cihetiyle davete icabete muktedir olmadıkları bir tabip veyahut sıhhiye memuru şhadetnamesiyle tebeyün ettiği takdirde o makuleler müstantikin ikamet ettiği kasaba sekencesinden (57) iseler müstantik bizzat hanelerine azimet edecek ve ahar kasaba ve karye ahalisinden iseler istima-ı şhadetleri müstantik tarafından karye ve mahalleleri muhtarlarına havale olunabilecek ve bu surette ne madde hakkında şhadetleri matlup olduğuna dair muhtarlara talimat-ı mukteziye irsal olunacaktır.

79 — Şahidler müstantikin bulunduğu kaza haricinde sakin oldukları halde nezdlerine gidip şhadetlerini istima etmesini müstantik şahitlerin mütemekkin (58) oldukları kaza müstantikinden talep edecektir ve kendisinden bu vecihte talep vuku bulan müstantik dahi kendi kasaba ve mahallesinde mütemekkin olmayan şahitlerin madde-i sabıkaya tevfikan istima-ı şhadetlerini sakin oldukları mahalle ve karyeleri muhtarına havale edebilecektir.

80 — 78. ve 79. maddeler iktizasınca istima-ı şhadet eden müstantik veya muhtar isticvabnameleri melfuf ve mahtum (59) olarak keyfiyetin rüyetine ibtidar etmiş olan mahkeme müstantikine irsal edecektir.

81 — Mevadd-ı selase-i sabıka ahkâmınca müstantik, bir şahidin nezdine gittikte bunun gelemeyecek bir halde olmadığı anlaşılır ise o şahit ile 78. maddede mezkûr şhadetnameyi vermiş olan tabip veyahut sıhhiye memuru hakkında muvakkat tevkif müzekkeresi ita edecektir. Ve bu halde lazım gelen ceza, müddeiumuminin iddiası üzerine 75. maddede gösterilen surete tevfikan şahitlerin bulunduğu mahal müstantiki tarafından hükmolunacaktır.

Dördüncü Fıkra

Beyyinat-ı Tahririyeye ve Subut-ı Cürme Medar Olan Eşyaya Dairdir.

82 — Müstantik hakikatın zahire ihracı için muktazi addolunan evrak ve senedatı ve alelumum kaffe-i eşyayı taharri etmek üzer müddeiumumi tarafından talep vukuunda ve ledel-icab kendiliğinden maznunuraleyhin hanesine azimet ve duhul edecektir.

(57) Sekene : Sakin olanlar.

(58) Mütemekkin : Mekan tuttıkları yer.

(59) Melfuk ve mahtum : Dürülmüş ve mühürlenmiş.

83 — Müstantik madde-i sabıkada zikrolunan evrak ve seneda-
tın ihfa kılınmış olduğu maznun olan (60) sair mahallelere dahi gi-
dip icra-i taharriyat edebilecektir.

84 — Cürm-i meşhut vukuunda müddeiumuminin 32. ve 33. ve
34. ve 35. ve 36. maddeler mucibince icrasına mezun olduğu mua-
melatı müstantik dahi icra edebilecektir.

85 — Taharrisi icap eden evrak ve eşya müstantikin bulundu-
ğu kaza haricinde olduğu halde müstantik mevadd-ı sabıkada tayin
olunan muamelatın icrasını evrak ve eşya-yı mezkûrenin bulunması
me'mül (61) olan mahal müstantikine havale edecektir.

Fasl-ı Sabi' (62)

Celp ve İhzar ve Muvakkat ve Gayri Muvakkat Tevkif Müzek-
kereleri Beyanındadır.

86 — Cinayet veya cünha kabilinden olan mevadda müstantik
maznununaleyh aleyhine yalnız celp müzekkeresi itasıyla iktifa ede-
bilir. Ancak badel-istintak maznununaleyhin tevkifine lüzum görün-
düğü halde iktiza eden müzekkeresini ita edebilecek ve maznunun-
aleyh icabet etmediği halde hakkında ihzar müzekkeresi ita eyleye-
cektir.

87 — Davete icabet etmeyen şahit hakkında 75. madde iktiza-
sınca kezalik ihzar müzekkeresi verilebilecek ve madde-i mezkûre-
de muayyen ceza-i nakdi başkaca hükmolunabilecektir.

88 — Celp müzekkeresi ile getirilen eşhas derhal ve ihzar mü-
zekkeresi ile getirilenler nihayet 24 saat zarfında müstantik tarafın-
dan istintak olunacaktır.

89 — İstintaktan sonra veyahut maznununaleyh firar ettiği hal-
de hareket-i vakıası hapis cezası veya daha ağır bir cezayı müstel-
zim ise muvakkat veyahut gayri muvakkat tevkif müzekkeresi ve-
rilebilir. Ve gayri muvakkat tevkif müzekkeresi müddeiumumi isti-
ma olunmadıkça verilemez. Muvakkat tevkif nihayet 30 gün imti-
dat edebilir (63). Ve gayri muvakkat tevkif mahkemedan hükmün
suduruna kadar mümted olur (64). Esna-i tahkikatda müddeiumu-
mi tarafından talep olunur ise maznununaleyhin hareket-i vakıası

(60) İhfa kılınmış olduğu maznun olan : Gizlenmiş olduğu zannedilen.

(61) Me'mül : Umulan.

(62) Fasl-ı Sabi' : Yedinci fasıl.

(63) İmtidat etmek : Uzamak.

(64) Mümted olmak : Uzatılmak.

herhangi nevi ceraimden olur ise olsun müstantik muvakkat veyahut gayri muvakkat tevkif emrini istirdat edebilip ancak bu takdirde maznununaleyh istenildikçe kaffe-i muamelat-ı tahkikiyede (65) hazır bulunacağına ve tereddüp edecek hüküm icra olunmak üzere mahkemeye geleceğine dair teminat verecektir. Tevkif emrinin istirdadı aleyhine itiraz caiz değildir.

90 — Celp ve ihzar ve muvakkat tevkif müzekkereleri bunları veren müstantik tarafından imza ve memuriyetine mahsus mührüyle temhir kılınacak ve derununda maznununaleyhin ismi veyahut evsaf-ı mümeyyizesi sarahat-ı mümkinine ile derc ve tasrih olunacaktır.

91 — Gayri muvakkat tevkif müzekkeresi dahi madde-i sabıkada tayin olunan surette tanzim olunmak lazım gelip bundan maada itasını istilzam etmiş olan fiil ile bunun cinayet veya cünha nev'inden olduğunu mübeyyin olan madde-i kanuniye dahi derununda zikrolunacaktır.

92 — Celp ve ihzar ve muvakkat ve gayri muvakkat tevkif müzekkereleri bir muhızır veya zabtiye marifetiyle maznununaleyhe tebliğ ve ibraz olunduktan sonra bir kıta sureti dahi ita kılınacaktır. Maznununaleyh muvakkaten mevkuf olsa bile gayri muvakkat tevkif müzekkeresi yine kendisine ibraz ile sureti ita kılınmak lazımdır.

93 — Celp ve ihzar ve muvakkat ve gayri muvakkat tevkif müzekkerelerinin ahkâmı Memalik-i Şahane'nin her tarafında nafizdir. Maznununaleyh muvakkat veya gayri muvakkat tevkif müzekkeresini ita etmiş olan müstantikin memur olduğu kaza haricinde bulunur ise mahalle muhtarının ve bunun gaybubetinde orada bulunan teftiş memurunun veya zabtiye zabitinin huzuruna getirilecek ve bu dahi icrasını men ve tehir etmeye muktedir olamayıp müzekkerenin kendisine irae olunduğunu (66) tasdikim imza etmeye mecbur olacaktır.

94 — İhzar müzekkeresine mutavaat (67) etmeyen veyahut itaat edeceğini beyandan sonra firara teşebbüs eden şahıs icbar olunacaktır. Şöyle ki, ihzar müzekkeresini hâmil olan memur iktiza eder ise en yakın mahalde bulunan kuvve-i müsellehaya (68) müracaat edecek ve bu dahi ihzar müzekkeresinin ahkam-ı mündericelerini icraya mecbur olacaktır.

(65) Kaffe-i muamelat-ı tahkikiye : Soruşturma işlemlerinin tamamı.

(66) İrae olunmak : Gösterilmek.

(67) Mutavaat : İtaat etme, baş eğme.

(68) Kuvve-i müselleha : Silahlı kuvvetler.

95 — Maznununaleyh ihzar müzekkeresi tarihinden itibaren iki gün geçtikten sonra gelmemiş olupda iş bu tezkereyi vermiş olan müstantikin memur olduğu kaza haricinde ve müstantikin ikamet-gahından 5 mirya metre (69) uzak bir mahalde bulunur ise işbu tezkere- nin ahkamina ittibaya icbar edilmemesi caiz olabilir. Fakat bu takdirde bulunduğu kaza müddeiumumisi huzuruna getirilerek tevkifhaneye konulmak üzere müddeiumumi tarafından muvakkat tevkif müzekkeresi verilir. Eğer maznununaleyh aranmasına sebebiyet veren fiilin fail veya şeriki olduğunu zannettirecek eşya ve evrak ve aletleri hâmil ise ihzar müzekkeresi tarihinden itibaren kaç gün geçmiş olursa olsun ve her nerede bulunursa bulunsun hakkın- da işbu tezkere ahkâmı tamamıyla icra kılınacaktır.

96 — Müddeiumumi madde-i sabıka mucibince ita etmiş ola- cağı muvakkat tevkif müzekkeresinin icrasından 24 saat zarfında ihzar müzekkeresini vermiş olan memura keyfiyeti ihbar ve zabıt varakası tanzim olunmuş ise onu dahi tebliğ eyleyecektir.

97 — İhzar müzekkeresini ita etmiş olan ve zabıt varakasını ahzeden memur, müstantikin gayri bir memur ise yedinde bulunan evrakın kaffesini yine 24 saat zarfında mahallî müstantikina tebliğ edecek ve bu dahi 85. madde ahkamina tevfi kan hareket eyleye- cektir.

98 — Doğrudan doğruya veyahut 85. madde hükmünce havale- ten tahkikata ibtidar eden (70) müstantik vuku bulan cürme dair mevcut olan evrak ve eşyayı ve istihsal ettiği malumatı maznunun- aleyhin istintakı icra olunmak üzere derdest olunmuş olduğu mahal müstantikina memhûren (71) tebliğ ve irsal edecektir. Ve badehü evrak ve eşya-yı mezkûrenin cümlesi istintakname ile beraber ibti- da (72) işe başlamış olan müstantika iade kılınacaktır.

99 — İbtida işe başlamış olan müstantik gayri muvakkat tev- kif müzekkeresi vermiş olduğu halde maznununaleyhin tahkikatı- nın icra olunduğu mahal tevkifhanesine naklini o müzekkereye dercedebilir. Nakil maddesi müzekkerede münderic değilse 122. ve 123. ve 124. ve 125. ve 126. ve 127. ve 128. maddeler ahkâmınca müs- tantik tarafından bir karar verilinceye kadar derdest olunduğu ka- za tevkifhanesinde kalacaktır.

(69) Mirya metre : 1 mirya metre 10.000 metrelik mesafedir. Ceza muhakeme- sinde her mirya metre 2 saatlik uzaklığa delalet eder.

(70) İbtidar etmek : Bir işe süratle başlama.

(71) Memhûren : Mühürlenmiş olarak.

(72) İbtida : İlk önce.

100 — Aleyhine ihzar müzekkeresi verilmiş olan şahıs bulunamaz ise işbu müzekkere sakın olduğu mahall-i merkez, kaza ise kaymakama, nahiye ise müdüre, karye ise muhtara veyahut orada veya civarda bulunan teftiş memuru veya zabtiye zabıtine ibraz olunacak ve bunlardan hangisine ibraz olunur ise müzekkerenin kendisine irae olunduğunu (73) tasdikan imza edecektir.

101 — Hükümet memurlarından ve ahad-ı nasdan (74) dahi her kim olursa olsun cürm-i meşhut halinde tutulan veyahut vel-vele-i nas ile takip olunan veya ceraim-i meşhudeden madud olan ahval-i sairenin birinde bulunan şahsı, fiil-i vaki, mücazat-ı terhibiyeyi icap eden efalden ise, ihzar müzekkeresine hacet olmayarak tutup müddeiumumi huzuruna getirmeye mecburdur.

102 — Muvakkat tevkif müzekkeresinin ibrazında maznununaleyh bidayet mahkemesinin tevkifhanesinde alınacak ve tevkifhane müdürü maznununaleyhin kendisine teslim olunduğunu mübeyyin müzekkere-i mezkûreyi getiren muhızır veya zabtiyeye senet ita edecektir.

103 — Muvakkat veyahut gayr-i muvakkat tevkif müzekkeresini icra edecek memur maznununaleyhin ahz ve giriftine (75) kafi olacak kuvve-i müselleha istishab edecek ve iktiza eden neferat (76), tevkif müzekkeresinin icra olduğu yerde en yakın olan mevkiden alınacak ve mevki zabiti müzekkere ahkâmına tevfiakan hareket etmeye mecbur olacaktır.

104 — Maznununaleyh ahz ve girift olunamaz ise gayri muvakkat tevkif müzekkeresi en sonraki meskenine tebliğ kılınacak ve keyfiyet-i taharriyi mübeyyen zabıt varakası tutulacaktır. İşbu zabıt varakası müzekkereyi hâmil olan memurun maznununaleyhin en yakın olan komşularından bulabileceği iki kişi huzurunda tanzim olunacak ve bunlar varaka-i mezkûreyi imza veya temhir edecekler ve edemedikleri veya etmek istemedikleri halde keyfiyet imza için teklif vuku bulduğunun tasrihiyle zabıt varakasına dercolunacaktır. Gayr-i muvakkat tevkif müzekkeresinin hâmili, zabıt varakasını 10. maddede beyan olunan memurlardan birine tasdik ettirecek ve bir kıt'a suretini dahi bırakacaktır. Badehü (77) gayr-i muvakkat tevkif müzekkeresi ile zabıt varakası mahkeme kalemine teslim kılınacaktır.

(73) İrae olunmak : Gösterilmek.

(74) Ahad-ı nas : İnsan fertleri.

(75) Ahz ve girift : Yakalama, tutma.

(76) Neferat : Neferler, askerler.

(77) Badehü : Bundan sonra.

105 — Muvakkat ve gayr-i muvakkat tevkif müzekkeresi üzerine tutulan şahıs bila tehir (78) müzekkerede gösterilen tevkifhane-ye gönderilecektir.

106 — İşbu müzekkereyi icra edecek memur, maznununaleyhi tevkifhane memuruna teslim ile 102. madde hükmünce senet ahz ettikten sonra maznununaleyhin ahz ve giriftine dair olan evrakı ve işbu iki ilmühaberi yirmidört saat zarfında müstantika ibraz edecek ve müstantik ikisinin üzerine dahi görülmüştür diye işaret ile tarih ve imza vaz'eyleyecektir.

107 — Celp ve ihzar ve muvakkat ve gayr-i muvakkat tevkif müzekkerelerine dair tayin olunan muamelat ifa olunmazsa mahkeme katibinden lâ-akal (79) iki altın ceza-yı nakdi alınacak ve ledel-icap müstantik ile müddeiumumiye icra-yı tenbihat olunacak ve haklarında iştikâi anil hükkam selahiyeti dahi istimal olunabicekdir.

Sekizinci Fasl

Muvakkaten Tahliye-i Sebil ile Kefalet Beyanındadır.

108 — Her nevi mevadda maznununaleyhin istidası vuku bulunduğu halde müddeiumumi istima olunduktan sonra maznununaleyh kaffe-i muamelat-ı tahkikiyede bulunmak ve hakkında terettüp edecek hüküm icra edilmek üzere istenildiği halde geleceğini taahhüt etmek şartıyla muvakkaten tahliye-i sebilini (80) müstantik emredebilecektir. Cünha nevinden olan ceraimde cünhanın kanunen müstelzim olacağı mücazatın nihayet derecesi iki seneden eksik hapis cezası olduğu ve maznununaleyh ikametgah sahibi bulunduğu takdirde istintakından beş gün sonra muvakkaten tahliye-i sebili bihakkin icra olunur. Bu madde ahkâmının mukaddemen cinayet yahut bir seneden ziyade hapis ile mahkum olmuş olanlara şumulü olmayacaktır.

109 — Maznununaleyhin muvakkaten tahliye-i sebili bihakkin lazım gelmeyen ahvalde 115. madde ahkâmına tevfikân maznununaleyh kefalet-i nakdiye vermek şartıyla salıverilebilir. İşbu kefalet, evvela maznununaleyhin bilcümle muamelat-ı tahkikiyede hazır bulunmasını ve terettüp edecek hüküm icra edilmek üzere gelmesini saniyen mesarif-i âtiyenin yani evvel emirde müddeiumumiye müteallik olan ve ikinci derecede müdde-i şahsi tarafından edilen me-

(78) Bila tehir : Vakit geçirmeksizin.

(79) Lâ akal : En az.

(80) Tahliye-i sebil : Yolun açılması, salıverilme.

sarifin ve üçüncü derecede icap eden ceza-yı nakdinin tesviyesini zâmindir. Kefaletin işbu kısmından her birine mahsus olacak akçenin miktarı tahliye-i sebil emrinde tayin olunacaktır.

110 — Maznununaleyhin tahliye-i sebilinden sonra zuhur edebilecek esbab-ı müşeddede üzerine lüzumunu gördüğü takdirde müstantik yeniden ihzar veya muvakkat veya gayri muvakkat tevki müzekkeresi ita edebilecektir. Şu kadar ki müstantikin emrini tadilen daire-i ithamiye tarafından maznununaleyhin muvakkaten tahliye-i sebiline karar verilmiş bulunur ise müddeiumuminin iddiası üzerine karar-ı sabıkın feshini mahkeme emretmedikçe müstantikin yeniden müzekkere itasına salahiyeti olmayacaktır.

111 — Maznununaleyh tahkikat ve muhakemenin her hal ve zamanında muvakkaten tahliye-i sebilini istida edebilir ve dava hangi mahkemede görülmekte ise istidasını oraya ita etmesi lazım gelir. Mahkumunaleyh 327. madde iktizasınca nakz-ı hüküm istidasına salahiyeti olmak için tahliye-i sebilini istida edecek olduğu halde mahbusiyetini hükmetmiş olan mahkemeye müracaat edecektir.

112 — Madde-i sabıkada gösterilen bilcümle ahvalde maznununaleyh veya müttehem veya mahkumunaleyhin yalnız istidana-mesi üzerine müddeiumumi istima olunduktan sonra aleni olmayarak karar verilecek ise de maznununaleyh veya müttehem veya mahkumunaleyh istidasını teyit için beyan-ı mutalaat edebilecektir.

113 — Muvakkaten tahliye-i sebil istidana-mesi müdde-i şahsinin zâtına veyahut daimi veyahut muvakkat ikametgahına tebliğ olunacak ve müdde-i şahsi istidasının kendisine tebliğinden itibaren 24 saat zarfında tahriran mütalâatını beyan edebilecektir.

114 — Muvakkaten tahliye-i sebile istidasından dolayı 24 saat zarfında itiraz veya istinaf caizdir. İşbu müddet-i itiraz veya istinaf müddeiumumi aleyhine ise müstantikin emri veya mahkemenin hükmü tarihinden ve maznununaleyh veya müttehem veya mahkumunaleyh veya müdde-i şahsi aleyhine ise zikrolunan emir veya hükümün tebliği gününden itibaren cereyan edecek ve mahkeme kaleminde tutulacak defter-i mahsusuna kaydolunacaktır. Müddeiumuminin 130. maddenin son üç fıkrasında tayin olunan suret ve mehillere ittibaan (81) itiraza salahiyeti olacaktır.

115 — Maznununaleyh veya müttehem veya mahkumunaleyhin muvakkaten tahliye-i sebili kefalet-i nakdiye ile meşrut olduğu takdirde bu akçe maznun veya müttehem veya mahkumunaleyh ta-

(81) İttibaan : Uymak suretiyle.

rafından veyahut uhra canibinden ifa olunacak ve miktarı dahi müstantık veyahut mahkeme tarafından işin nevine göre tayin olunacaktır. Maznununaleyh veya müttehem veya mahkumunaleyhin mahkemeye vukubulacak her davete icabet edeceğini ve etmediği halde tayin olunan meblağı kendileri ita eyleyeceğini taahhüt ederek kendilerinin ifa-yı taahhüde muktedir olduğu anlaşılan eşhas-ı sairenin dahi kefaleti kabul olunabilecektir.

116 — Nakden kefalet alındığı takdirde kefalet akçesi mal sandığına teslim olunacak ve müddeiumumi sandık ilmühaberinin ibrazı üzerine muvakkaten tahliye-i sebil emrini icra ettirecektir. Ve bir şahs-ı ahârın kefaleti kabul olunmuş ise mahkeme kaleminde tanzim olunacak taahhünamesinin ibrazı üzerine tahliye-i sebil emri icra olunacaktır. Gerek kefalet ile ve gerek kefaletsiz muvakkaten sebil-i tahliye kılınacak olan şahıs mahkeme kalemine senet itasıyla evvel be evvel bir ikametgah intihap ve irae etmeğe mecbur olacaktır.

117 — Mekkûlünleh (82) bilcümle muamelat-ı tahkikiyede hazır bulunur ve vaki olan hükmün icrası için mahkemeye gelir ise kefalet akçesi kurtulmuş olur ve bir özr-i makbûlü olmayarak muamelat-ı tahkikiyeden birinde hazır bulunmaz veya ita olunan hükmün icrası için mahkemeye gelmez ise kefalet akçesinin birinci kısmı hazine-mande (83) olur ancak kefalete rabtolunan şahsın tebriye-i zimmeti veyahut kanunen ceza olmamak cihetiyle adem-i mesuliyeti veyahut men-i muhakemesi halinde kefalet akçesinin bu kısmının iadesi mahkeme ilamında emrolunabilir.

118 — Kefalet rabtolunan şahsın beraet-i zimmeti veya adem-i mesuliyeti veyahut men-i muhakemesi takdirinde kefalet akçesinin kısm-ı sânisini mutlaka iade olunur ve mahkûmiyeti halinde 109. maddede muayyen kaideye tatbikan dava masarifiyle ceza-yı nakdiyenin ifasına sarf olunduktan sonra fazlası var ise iade kılınır.

119 — Müddeiumumi gerek 117. maddede ahkâmının ifası lazım geldiğine dair evrak-ı resmîyeye mübteni mahkeme kaleminden verilecek tasdiknameyi ve gerek mahkeme ilamının 118. maddenin fıkra-i sânisine müteallik olan ahkâmının hûlasasını resmen veya müdde-i şahsinin talebi üzerine mal sandığına ibraz etmeğe memurdur ve itası lazım gelen mebalîğ teslim olunmamış ise mal sandığı marifetiyle tahsil olunacak ve ledel-icap muamele-i cebriye-i kanu-

(82) Mekkûlünleh : Kendisine kefil olunan kimse.

(83) Hazine-mande : Hazineye ait.

niye (84) dahi istimal olunabilecektir. Mukaddemce teslim olunmuş olan veya sonradan tahsil olunan mebalîğ mahkeme marifetiyle bila tehir kanunen lazım gelenlere taksim olunacaktır. Bu hususata dair tehdüd edecek kaffe-i münazaat (85) vaki olan hükmün icrasına müteferri mevaddan addolunarak istidaname takdimi üzerine aleni olmayarak faslolunacaktır.

120 — Kefili alınan şahıs muvakkaten sebili tahliye olunduktan sonra davet olunupda gelmez ise hale göre müstantik veyahut mahkeme tarafından aleyhine muvakkat veyahut gayr-ı muvakkat tevkif müzekkeresi ita olunacaktır.

121 — Sebili muvakkaten tahliye kılınmış olan müttehem mahkeme tarafından emir sudurunda derhal tevkif kılınacaktır.

Dokuzuncu Fası

İkmal-i Tahkikatdan Sonra Müstantik Tarafından İtâ Olunacak Kararnamelere Dairdir.

122 — Muamelat-ı tahkikiye ikmal olunduğu gibi müstantik tahkikat-ı vakiyayı müddeiumumiye tebliğ edecek ve müddeiumumi dahi iddia edeceği mevaddı nihayet üç gün zarfında müstentika beyan edecektir.

123 — Müstantik vaki olan fiilin ne cinayet ve cünha ve ne de kabahat nevinden olmadığı reyinde bulunduğu veyahut isnat olunan fiili maznununaleyhin irtikap ettiğine dair bir güne delil ve emare görmediği takdirde men-i muhakemeyi yani mahkemeye mahal olmadığını bir kıta kararname ile beyan edecek ve maznununaleyh tevkif olunmuş ise sebili tahliye kılınacaktır.

124 — Müstantik isnat olunan fiili kabahat nevinden addettiği halde, maznununaleyhi kaza bidayet mahkemesine gönderecek ve maznununaleyh mevkuf ise sebili tahliye kılınacaktır. İşbu madde ile madde-i sabika ahkamı müdde-i şahsi ve müddeiumuminin âtide beyan olunacak hukukuna halel getirmeyecektir.

125 — Cürm-i vâki mücazat-ı tedibiyeyi (86) müstelzim mevaddan addolunduğu halde müstantik maznununaleyhi mahkemeye irsal eyleyecek ve cürm-i vâki hapsi istilzam edebileceği takdirde maznununaleyh zaten tevkif olunmuş ise muvakkaten mevkuf kalacaktır.

(84) Muamele-i cebriye-i kanuniye : Kanuni zorlama işlemleri.

(85) Bu hususata dair tehdüd edecek kaffe-i münazaat : Bu konuda ortaya çıkacak her türlü ihtilaflar.

(86) Mücazat-ı tedibiye, cünhalar için öngörülen cezalardır. Bkz. m. 482.

126 — Cürüm hapis cezasını mucip olmadığı takdirde maznunaleyhin yevm-i muayyeninde (87) iktiza eden mahkemeye gelmek şartıyla sebili tahliye kılınacaktır.

127 — Davanın mahkemeye havalesi takdirinde müddeiumumi, bilcümle evrak-ı davayı tertip ve numaralarını vaz'ettikten sonra nihayet 48 sat zarfında işi ait olduğu mahkemeye irsal edecek ve deavi cünhaya müteallik ise maznununaleyh 168. maddede tayin olunan mehil kaidesine tevfikân ihbar vukuundan 48 saat zarfında gelmek üzere mahkemeye davet ettirecektir.

128 — Müstantik vaki olan cürmü mücazat-ı terhibiyeyi müstelzim ve isnadat-ı vakıayı derece-i kifayede müsbit addeyleyler ise tahkikatı havi evrakın ve zat-ı vak'ayı müsbit olan zabıt varakasıyla sübut-ı cinayete medar olacak eşyanın bir kıta pusulasının fasl-ı mahsusunda beyan olunduğu vechile icabı icra olunmak üzere müddeiumumi tarafından bila tehir cinayeti rüyete memur mahkeme nezdinde bulunan müddeiumumiye tebliğ olunmasını emredecektir. Sübut-ı cinayete medar olan eşya 210 ve 246. maddeler ahkâmına hâlel gelmemek üzere müstantikin mensup olduğu mahkemede kalacaktır.

129 — Madde-i sabıkada beyan olunan ahvalde maznununaleyh hakkında verilmiş olan muvakkat tevkif müzekkeresinin hükmü li-va bidayet mahkemesi ve mahkeme-i istinafiye tarafından karar verilinceye kadar cari olacaktır. 123. ve 124. ve 125. ve 126. ve 127. ve 128. maddeler ahkâmınca müstantik tarafından ita olunacak kararnameler müddeiumuminin iddianemesi zîrine yazılacak ve bu kararnamelerde maznununaleyhin isim ve şöhret ve sinni ve mahall-i veladet ve ikameti ve sanatı ve kendisine isnat olunan filin muhtasarca tarifiyle kanunen hangi nevi ceraimden olduğu ve isnadat-ı vakıaya dair delail-i kâfiye olup olmadığı münderic bulunacaktır.

-130 — Müddeiumumi müstantik tarafından ita olunan kararnameler aleyhine her halde itiraz edilebilecektir. Müdde-i şahsinin 109. ve 123. ve 124. ve 126. ve 431. maddelerde münderic ahvalde verilen ve alel-ıtlak huku-ı şahsiyesine dokunan kararnameler aleyhine itiraz selahiyeti olacaktır. Maznununaleyh ancak 109. madde mucibince ita olunan kararnameler aleyhine ve 431. maddede beyan olunan hal vukuunda itiraz edebilecektir.

İtirazname 24 saat zarfında ita olunmak lazım gelip müddeiumumi aleyhine ise kararname tarihinde ve müdde-i şahsi veya mevkuf

(87) Yevm-i muayyen : Tayin edilen gün.

olmayan bir maznununaleyh hakkında ise kararnamenin merkez mahkemede intihap eyledikleri ikametgahlarına tebliğinden ve mev-kuf bulunan maznununaleyh hakkında ise kararnamenin mahkeme katibi tarafından kendisine ibrazından itibaren müddet-i itiraz ce- rayan edecektir. Kararnamenin ber vech-i muharrer (88) tebliğ ve ibrazı kararname tarihinden 24 saat zarfında icra olunmak lazım gelir. Ve vaki olan itirazname cinayeti rüyete memur mahkemeye verilecek ve masalih-i saireye (89) takdimen derhal rüyet-i masla- hat olunacaktır. İtiraza dair olan evrak 128. maddeye tevfi kan mah- kemesine irsal kılınacaktır. Mevkuf bulunan maznununaleyh itiraz hakkında bir karar suduruna ve her halde müddet-i itirazın inkı- zasına değin mahpus kalacaktır. İtiraz hakkı herhalde liva bidayet mahkemesinde veya mahkeme-i istinafiyede bulunan müddeiumu- miye ait olacak ve müstantik tarafından ita olunan kararname ta- rihinden itibaren on gün zarfında itiraz ettiğini beyan etmesi lazım gelecektir. Bu cümle ile beraber kararnamenin maznununaleyhin tahliye-i sebiline dair olan ahkam suret-i muvakkatede icra oluna- caktır.

131 — İtiraz edipde haksız çıkan müdde-i şahsinin maznunun- aleyhe tazminat ita etmesi hükmolunacaktır.

Kitab-ı Sâni

Muhakemeta Dairdir.

Birinci Bab

Kabahat ve Cünhaya Müteallik Deaviyi Rüyet Eden Mehakime Dairdir.

Birinci Fası

Kabahate Müteallik Deaviyi Rüyet Eden Mehakime Dairdir.

132 — Kazaların bidayet mahkemeleri, mahkeme teşkilatına dair olan kanunnamede muharrer olduğu üzere kabahat davalarını katiyen ve cünha davalarını kabil-i istinaf olmak şartıyla bidayeten hükmedeceklerdir.

133 — Kaza bidayet mahkemeleri münhasıran ati-üz-zikr me- vaddı (90) yani evvela madde-i sabıkada (91) derecesi tayin olunan efale müteallik kaza dahilinde vuku bulan ceraimi, saniyen rüyet

(88) Ber vech-i muharrer : Yazılmış olduğu gibi.

(89) Masalih-i saireye : Diğer işler, maslahatlar.

(90) Ati-üz-zikr mevad : Aşağıda zikredilen maddeler.

(91) Madde-i sabıka : Geçen madde.

ve hükmüne mezun olduğu ceraimden tevellüt eden bilcümle tazminat davalarını rüyet ve fasledecektir.

Fıkra-i üla (92) Kabahat Davasının Suret-i Rüyeti.

134 — Kaza bidayet mahkemelerine mahsus müddeiumumi muavini yok ise müddeiumumilik vazifesini teftiş memuru ve teftiş memuru olmadığı halde zabtiye zabiti ile ifa eyleyecektir. Müteaddit teftiş memurları bulunduğu halde bunlardan hangisi vazife-i mezkûreyi ifa etmek lazım geleceğini liva bidayet mahkemesi nezdinde bulunan müddeiumumi muavini intihap ve tayin eyleyecektir.

135 — Kabahatten dolayı gönderilerek celpnameler müddeiumuminin vazifesini ifa eden memurun veyahut müdde-i şahsinin istidası üzerine tanzim olunur ve mahkemenin muhuru marifetiyle maznununaleyh ile mesul-i bil-male tebliğ ile beraber birer sureti bırakılır.

136 — Celpname beher mirya metre için ikişer gün ilave olunmak üzere ekalli (93) yirmidört saaten aşağı müddet için yazılamaz. Aksi halinde gerek celp ve gerek gıyaben verilecek olan hüküm münfesihtir. Fakat mefsuhiyet iddiası her nevi itiraz ve müdafadan evvel ilk mürafaada dermeyan olunmak lazım gelir. Ahval-i mübremede (94) celp için muayyen olan müddet-i mezkûre taklil (95) ve hatta reis tarafından verilecek pusula mucibince tarafeyn o gün içinde tayin olunacak saatde ihzar olunabilecektir.

137 — Celpnameye hacet bırakmayarak adi bir haber üzerine tarafeyn mahkemeye gelmekte muhayyerdur.

138 — Kaza bidayet mahkemesi murafaa gününden evvel müddeiumumi ve müdde-i şahsinin iddiası üzerine vuku bulan zararı takdir ile zabt varakasını tanzim ve müstacel olan kaffe-i muamela-tı (96) icra edecektir.

139 — Davet olunan kimsenin celpnamede tayin olunan vakitte mahkemeye gelmediği halde muhakemesi gıyaben icra kılınacaktır.

140 — Gıyaben mahkûm olan şahsın madde-i atide tayin olunan zamanda mahkemeye gelmediği halde aleyhinde verilen ilamın icrasına muhalefetle vuku bulacak itirazı kabul olunmayacaktır. Şu

(92) Fıkra-i üla : Birinci fıkra.

(93) Ekalli : En azı.

(94) Ahval-i mübremede : Kaçınılmaz, önlenemez hallerde.

(95) Taklil : Azaltma.

(96) Kaffe-i muamelat : İşlemlerin hepsi.

kadar ki istinaf ve temyiz dava selahiyeti âtide beyan olunan ahkam-ı mahsusuna (97) tâbi olacaktır.

141 — Gıyaben verilen ilam aleyhinde olunan itiraz, tebliğname-nin zirine cevaben yazılabilecek veyahut her bir mirya metre me-safe için ikişer gün zammolunmak üzere tebliğnamenin vürudu ta-rihinden üç güne kadar varaka-i mahsusa ile bildirilecektir. İtiraz mahkemeye bihakın celbi mutezammındır. Yani muteriz, itiraz et-mekle beraber mahkemeye med'uv (98) addolunur. Celb için muayyen olan müddetin inkızasını mutekiben en evvel açılacak meclis-i mu-rafaada, muteriz hazır bulunmak lazım gelir. Hazır bulunmaz ise iti-raz keenlemyekün (99) hükmünde addolunur.

142 — Mahkemeye celp olunan şahıs ya bizzat hazır olur veya vekaletname-i mahsus ile bir vekil gönderir.

143 — Her davanın muhakemesi suret-i alenide olacak ve aleni olmayan muhakemat keenlemyekün hükmünde tutulacaktır. Muha-kemat ber vech-i âti (100) cereyan edecektir. Zabıt varakaları var ise mahkeme katibi tarafından kıraat olunur. Müddeiumumi veya müdde-i şahsi tarafından şahit davet olunmuş olduğu ve lüzum gö-rüldüğü halde istima olunur. Müdde-i şahsi hukuk-ı şahsiyesini id-dia eder mahkemeye celp olunan şahıs müdafaa eder ve madde-i atiye mucibince ikame-i şühuda (101) selahiyeti var ise getirmiş ve-ya celp ettirmiş olduğu şahidleri istima (102) ettirir. Müddeiumu-mi hülasa-i maslahatı ve müddeasını beyan eder. Müddeialeyh o babta olan ihtarat ve itirazatını dermeyan edebilir. Kaza bidayet mahkemesi muhakemenin ikmal olunduğu mecliste ve nihayet mec-lis-i âtide davaya hükmeder.

144 — Kabayih (103) zabıt varakaları ve takrirlerle ve bunlar olmadığı veyahut olupta nakıs veya gayri vazih bulunduğu halde şahadetle isbat olunur. Zabıt varakaları ile takrirler sahteliği iddia olununcaya kadar mamul (104) ve muteber olması kanunen meşrut

(97) Âtide beyan olunan ahkam-ı mahsus : Aşağıda açıklanacak olan özel hü-kümler.

(98) Med'uv : Davet edilmiş.

(99) Keenlemyekün : Yok gibi.

(100) Ber vech-i âti : İleride anlatılacağı şekilde.

(101) Madde-i atiye mucibince ikame-i şühud : Gelecek maddeye göre şahit-ler ikamesi.

(102) İstima : Dinleme, dinletme.

(103) Kabayih : Kabahatler.

(104) Mamul : Yapılmış, amel olunmuş.

olan vesaik cümlesinden ise mazmun (105) ve münderecatı hilafını isbat için ikame-i şuhud olunamaz, olunur ise keenlemyekün hük-mündedir. Sahteliği iddia olununcaya kadar mamuliyeti meşrut olmayan zabıt varakları ve takrirler mazmun ve münderecatı hilafında mahkemece tensip olunduğu halde gerek edille-i tahririye (106) ve gerek şahit ibraz ve ikame olunabilir.

145 — İkame olunan şuhud, zaid ve nakıs (107) olmayarak hakikat-ı hâli söyleyeceklerine mahkeme huzurunda yemin edeceklerdir. Ve bu vechile yemin etmeyen şahidlerin şهادeti keenlemyekün hükmünde tutulur. Mahkeme katibi tahlif (108) keyfiyetini ve şahidlerin isim ve şöret ve sin (109) ve sanat ve mahall-i ikametlerini ve şahadet-i vakıalarının hikemli fıkralarını zabdedecektir.

146 — Maznununaleyhin âbâ ve ecdad (110) ve evladı ve ahfadından (111) ve birader ve hemşirelerinden veyahut bu derecede sıhran karabeti (112) olanlardan ve talak (113) vukuundan sonra bile zevc ve zevceden hiç birinin şahadeti makbül değildir. Bu makulelerin şهادetleri istima olunupda gerek müddeiumumi ve gerek müdde-i şahsi ve gerek maznununaleyh tarafından bir güna itiraz edilmemiş olur ise keenlemyekün hükmünde tutulmayıp mer'i ve muteber olur.

147 — Davete icabet etmeyen şuhud mahkeme tarafından icbar olunabilir. Ve bu adem-i icabet için müddeiumuminin iddiası üzerine yine o mecliste ilk defası için ceza-yı nakdi ve ikincisinden dolayı hapis cezası mahkemece hükmolunur.

148 — Birinci defa gelmemesinden dolayı ceza-yı nakdi ile mücazat olunan şahit mahkemenin ikinci davetinde a'zâr-ı meşrua (114) beyan ettiği halde müddeiumumi istima olunduktan sonra şahit ceza-yı nakdiden af olunabilir. Eğer şahit tekrar davet olunmamış olduğu halde kendisi veyahut vekili mahkemenin ikinci ictimaında gelip a'zâr-ı meşrua beyan ederse ceza-yı nakdiye dair olan hükümde muafiyetini istihsal edebilir.

(105) Mazmun : Mânâ, kavram.

(106) Edille-i tahririye : Yazılı deliller.

(107) Zaid ve nakıs : Fazla ve eksik.

(108) Tahlif : Yemin.

(109) Sin : Yaş.

(110) Aba ve ecdad : Atalar, babalar ve dedeler.

(111) Ahfad : Oğul oğulları, torunlar.

(112) Karabet : Yakınlık, akrabalık.

(113) Talak : Boşanma.

(114) A'zâr-ı meşrua : Meşru özürler.

149 — İddia olunan madde ne kabahat ve ne cünha kabilinden değilse mahkeme celp ve sair usul-ı muhakemece cereyan etmiş olan muamelatı fesh ve iptal ile tazminata müteallik iddia olduğu halde onu rüyet ve hükmeder.

150 — İddia olunan madde mücazat-ı tedibiyeyi veyahut daha şedit bir cezayı müstelzim olan cürüm kabilinden ise mahkeme tarafeyni müddeiumumiye gönderir.

151 — Maznununaleyhin kabahati sabit olur ise mahkeme bir ilâmda mücazatına hüküm ile beraber istirdad-ı hak ve tazminata müteallik davaya dahi hükmeder.

152 — Mahkumunaleyh muhakeme masrafını tediyyeye mecbur olduktan başka müddeiumuminin masarısını dahi itaya mecbur olacaktır. Ve verilecek ilâmda masarının miktarı tayin kılınacaktır.

153 — Her hüküm-i kat'iyi mutezamın olan ilamda esbab-ı mucibe beyan olunacak ve ilamın müstenit olduğu ahkam-ı kanuniye tasrih kılınacaktır. Bu şeraiti havi olmayan ilam keenlemyekün hükmünde tutulacaktır. İlamın kabil-i istinaf olup olmadığı metninde tasrih kılınacaktır.

154 — İlâm müsveddesi mahkeme reisi ve azası tarafından nihayet 24 saat zarfında imza olunur. 24 saati tecavüz ettiği halde mahkeme katibinden bir altın cezayı nakdi alındıktan başka gerek reis ve aza ve gerek katip aleyhinde iştikâ anil hükkam (115) olunabilir.

155 — Müddeiumumi ve müdde-i şahsi hüküm-i ilâmdan kendilerine ait olan mevaddın icrasını talep edecektir.

Fıkra-i Saniye (116)

Kabahata Müteallik İlâmatın Usul-ı İstinafı

156 — Kaza bidayet mahkemelerinde kabahata dair verilen hükümler kabil-i istinaf olmayıp fakat Mehakimin Teşkilatı Kanunnamesinin 4. maddesinde muharrer olduğu üzere kaza dahilinde vaki nahiye meclislerinden kabil-i istinaf olmak üzere verilen hükümler ber veç-i âti kaza bidayet mahkemelerinde istinafen rüyet olunur.

157 — İstinaf-ı dava, hükmün infazını talik eder.

158 — İstinaf istidası nahiye meclisinden verilecek ilamın mah-

(115) İştikâ anil hükkam : Bkz. m. 72.

(116) Fıkra-i Saniye : İkinci fıkra.

kumunaleyhin şahsına veyahut ikametgahına tebliği tarihinden itibaren on gün zarfında takdim olunmak lazım gelir.

159 — Esna-yı istinafta müddeiumumi veyahut tarafeynden biri şuhudun tekrar istinamını ve başka şahidlerin dahi celbini talep edebilir.

160 — Mevadd-ı sabıkanın aleniyeti tahkikata ve delailin nevi ve cins ve usulüne ve hükm-ı katisinin sıhhatine ve imzasına ve mäsarif ve mücazat hükmüne müteallik olan ahkamı, istinafen rüyet olunan mevadda dahi caridir.

161 — Gerek müddeiumumi ve gerek tarafeynden biri katiyyen veyahut istinafen verilen ilamları mahkeme-i temyizde temyiz ettirebilir. Temyiz iddiası âtidede beyan olunacak usul ve müddette vaki olmak lazım gelir.

162 — Kazalar bidayet mahkemeleri verdikleri hükümlerin hülasa ctevelini üç ayda bir livalar bidayet mahkemeleri müddeiumumisine göndereceklerdir.

İkinci Fasil

Cünhaya Müteallik Davayı Rüyet Eden Mehakime Dairdir.

163 — Cünhaya müteallik deavi, mehakim teşkilatı kanunnamesinin tayin eylediği dereceye göre kaza ve livaların bidayet mahkemelerinde rüyet olunacaktır. Orman idaresi tarafından ormana dair ikame olunan bilcümle cünha davaları tefrik-i derece olunmayarak mahkeme-i kaza ve livadan hangisi akrab ise orada rüyet olunur.

164 — Vilayetlerde kaza bidayet mahkemeleri heyetleri lâ akal (117) üç kişiden ve merkez liva bidayet mahkemeleri heyetleri beşer kişiden ibaret bulunmadıkça ve dersaadetde nizamname-i mahsusunda muayyen olan miktar mevcut olmadıkça davaya hükmedemeyecektir.

165 — Muhakeme esnasında huzur-ı mahkemede bir cünha vuku bulur ise o mahkeme velev hukuk-ı adiyeye davalarını rüyete mahsus bulunsun reis tarafından vak'anın zabıt ceridesi tanzim ve müttehem ile şahitler istima olunup o sırada kanunen lazım gelen ceza derhal mahkeme tarafından hükmolunur. Ve bu makule hükümler hakkında dahi kaidesine tevfikana istinaf salahiyeti bakidir.

(117) Lâ akal : En az.

166 — Mahkemeler rüyet-i daire-i selahiyyeti dahilinde olan cünha davalarını gerek 125. ve 150. maddeler ahkâmınca havale tarikiyle ve gerek müdde-i şahsi tarafından müttehem veyahut mesulün bil-mal aleyhinde istid'a vukuuyla gelmiş olsa rüyet edecekleri gibi ormana müteallik bilcümle cünha davalarını dahi orman muhafız ve müfettişleriyle korucubaşları tarafından vuku bulan istida üzerine rüyet eder her halde müddeiumumi tarafından istida vukuu üzerine dava-i mezkûre mahkemece rüyet olunur.

167 — Müdde-i şahsi vereceği istidanamede mahkemenin bulunduğu şehir dahilinde olmak üzere bir ikametgah tayin ile beraber davası neden ibaret olduğunu beyan edecektir. Ve bu istida şikayetname hükmünde tutulacaktır.

168 — İstid'anamenin mahkeme tarafından davet olunan şahsa veya ikametgahına tebliği tarihinden beher mirya metre (118) için ikişer gün ilave olunmak üzere üç gün mürur etmedikçe hükm-i gıyabi verilemeyecek ve verildiği halde keenlemeyekün hükmünde tutulacaktır. Bu şartla ki hükm-i gıyabinin mefsuhiyeti iddiası her nevi itiraz ve müdafaadan evvel ilk mürafaada dermeyan olunmak lazım gelir.

169 — Hapsi müstelzim olmayan cünhalarda maznununaleyh müdafaa için birini tevkil edebilir. Fakat mahkeme tensip eder ise maznununaleyhin bizzat gelmesini dahi emredebilir.

170 — Maznununaleyh mahkemeye bizzat gelmek emrine icabetden imtina ederse hakkında gıyaben hükmolunur.

171 — Hükm-i gıyabi mahkumunaleyhin zatına veya ikametgahına tebliğ olduğu tarihten itibaren beher mirya metre için bir gün ilave olunmak üzere beş gün zarfında mahkumunaleyh bu hükmün icrasına itiraz eder. Ve itirazını müddeiumumiye ve müdde-i şahsiye tebliğ eyler ise hükm-i gıyabi keenlemeyekün addolunur. Fakat hükm-i gıyabi ilamının tebliği masarifiyle itiraz masrafı maznununaleyhe hükmolunabilir. Eğer hükm-i gıyabi ilamı mahkumunaleyhin zatına tebliğ olunmamış olur veyahut hükmün icrasından haberdar olduğu sabit olmazsa cezanın müruruzaman ile sukutu için muayyen olan müddet-i kanuniyenin inkızasına kadar itiraz istid'ası kabul olunur.

172 — Muhakeme itirazname takdim olduğu halde birinci yevm-i ictimada muhakeme olunmak üzere tarafeyni davet etmeye mecburdur. Eğer muteriz bu davete icabet etmez ise itirazı keenlemeyekün addolunur. Ve bu hükm-i gıyabiye bir daha itiraz caiz ol-

(118) Mirya metre : Bkz. m. 95.

mayıp zirde beyan olunacağı üzere istinaf olunabilir. Ancak mahkeme lüzum gördüğü halde tazminat-ı nakdiyenin bir miktarının müdde-i şahsi tarafına verilmesine muvakaten hükmedebilir. Ve işbu hüküm badehü istinaf olursa bile derhal icra olunur.

173 — Cünhaya müteallik deavi dahi 144. ve 145. ve 146. maddelerde kabahatlerin isbatı için tayin olunan usule tevfikân isbat olunur. Mahkeme katibi şuhudun ifadatını ve maznununaleyhin ecvibesini kayıt ve zabt edecek ve bu zabıtlar hükmün itası için tayin olunan üç gün zarfında reis-i mahkeme tarafından imza olunacaktır. 147. ve 148. ve 149. ve 150. ve 151. maddelerin ahkamı, cünhaya müteallik deavi hakkında dahi cari olacaktır.

174 — Muhakemat aleni olacak ve aleni olmazsa keenlemyekün hükmünde tutulacaktır. Müddeiumumi ve müdde-i şahsi veyahut ve kili ve ormana dair cünha davalarında orman muhafızları ve müfettiş-i sanileri ve giyapları halinde korucubaşları huzur-ı mahkemede ikame-i dava edeceklerdir. Ve davanın zabt varakaları ve takrir dahi var ise mahkeme katibi tarafından kiraat olunacak ve tarafeynin şahidleri olduğu halde ledel-iktiza istima edilecektir. Ve şahidlerin makbülüş-şhade olmadıklarına dair vaki olabilecek iddialara hüküm olunacak ve itham veya tebriyeye medar olabilecek eşya şahidlere ve tarafeyne irae olunacaktır. Maznununaleyh istintak olunacak ve maznununaleyh ile mesulün bil-mal olanlar müdafaa edeceklerdir.

Müddeiumumi hülasa-i maslahati ve netice-i müddeasını beyan edecek ve maznununaleyh ile mesulün bil-mal olanlar mukabele eyleyecektir. Mahkeme bu muamelatın akabinde ve nihayet meclis-i atide davaya hükmedecektir.

175 — Dava olunan madde ne kabahat ve ne de cünha nevinden olmadığı tahakkuk eylediği halde maznununaleyh hakkında usul-i muhakemece cerayan etmiş olan kâffe-i muamelat fesholunarak müdde-i muarazadan menolunur ve bununla beraber tazminat davalarına bakılır.

176 — Dava olunan madde kabahat nevinden olupta müddeiumumi veya müdde-i şahsi veyahut maznununaleyh tarafından işin ait olduğu mahkemede rüyeti talep olunmadığı halde mahkeme iktiza eden cezayı tayin ve hüküm ile beraber tazminat davası var ise onu dahi rüyet eder bu halde hükm-i vaki kabil-i istinaf değildir.

177 — Dava olunan madde mücazat-ı terhibiyeyi istilzam eder cerayim nevinden ise mahkeme derhal muvakkat veya gayr-i mu-

vakkat tevkif emrini verebilir. Maznununaleyhi lazım gelen müstentikim huzuruna gönderir.

178 — Maznununaleyh ve mesul-i bil-mal veya müdde-i şahsi aleyhinde hüküm lahik olduğu halde davanın hukuk-ı umumiye ve şahsiye cihetine tealluk eden bilcümle masarısını dahi tediye etmelerine hüküm olunur ve miktar-ı masarım dahi ceza için verilen ilamda tayin edilir.

179 — Hüküm ilâmının fıkra-i hükmiyesinde, mahkemeye ihzar olunan eşhasın mücrim veya mesul olmalarını icap eden efal ile mücazat ve hukuk-ı şahsiye hakkında terettüp eden ahkam tasrih olunacak ve hükmün müstenit olduğu medeni kanun dahi reis tarafından hîn-i tefhimde kıraat olunarak keyfiyet, kıraat-ı ilamda zikir ve beyan ve metn-i kanun dahi derc olunacak ve olmadığı halde mahkeme katibi bir lira ceza-yı nakdi itasıyle mahkum olacaktır.

180 — İlam müsveddesi hükmü veren mahkeme erkanı tarafından nihayet 24 saat zarfında imza olunacaktır. Mahkeme katipleri kablel-imza (119) müsveddenin suretini verdikleri halde haklarında sahtekar muamelesi olunacaktır. Müddeiumumiler ilâmât müsveddatını her ay muayene edecek ve bu madde hükmüne muhalif ahvalde iktiza eden muamele icra olunmak üzere bir zabıt varakası tanzim eyleyeceklerdir.

181 — Hüküm-i ilam müddeiumumi ve müdde-i şahsinin kendilerine ait olan cihetince vuku bulacak talep ve istid'aları üzerine icra olunur, fakat tahsil ve zabıtına hükmolunan ceza-i nakdi ve emval ve eşyanın mütalebesi (120) ait oldukları devair namına olarak müddeiumumi tarafından icra edilir.

182 — Müddeiumumi muavini hükmün sudurundan itibaren 15 gün zarfında bir kıta hülasasını mahkeme-i istinafiye nezdinde bulunan müddeiumumiye irsale mecburdur.

183 — Cünha davalarına müteallik hükümler Mehakimin Teşkilat-ı Kanunıyesı mucibince kabil-i istinafdır.

184 — İstinaf hakkı evvela mücrim veya mesul olanlara saniyen yalnız hukuk-ı şahsiyesinden dolayı müdde-i şahsiye salisen liva bidayet mahkemelerinde bulunan müddeiumumilere rabian mahkeme-i istinafiyede bulunan müddeiumumiye aittir. Ormana müteallik cünhalardan dolayı orman idaresinin dahi istinaf hakkı vardır.

(119) Kablel-imza : İmzadan önce.

(120) Mütalebe : Talep edilme.

185 — 187. maddede edilen istisnadan maada hükmün verildiği günden itibaren 10 gün zarfında hükmü veren mahkemenin kalemine istinaf olunacağı beyan olunmaz ise istinaf hakkı sakıt olur. Eğer hüküm gıyaben verilmiş ise beher mirya metre için 2 gün ilave olunmak üzere hükmün mahkumaleyhin zatına veya ikamet-gahına tebliğ olduğu günden itibaren kezalık 10 gün zarfında istinaf olunmak lazım gelir. Bu müddet tecavüz ederse hakk-ı istinaf sakıt olur. Gerek müddet-i istinafiyede ve gerek davanın istinafen rüyeti esnasında hükm-i ilam icra olunmaz.

186 — Esbab-i istinafiyeyi havi istid'a, müddet-i mezkure zarfında mahkeme-i mezkûre kalemine ita olunabilir. Ve bu istidaname müstenif veya vekili tarafından imza olunmak ve vekil imzasıyla olduğu halde vekaletname istidanameye melfuf (121) bulunmak lazımdır. Ve istida-i mezkûre doğrudan doğruya davayı istinafen rüyet edecek mahkemenin kalemine dahi takdim olunabilir.

187 — Mahkeme-i istinafiyede bulunan müddeiumumi hükmün sadır olduğu günden itibaren 2 ay zarfında ve hüküm tarafeynden biri canibinden kaideten kendisine tebliğ edilmiş ise tebliğ tarihinden itibaren 1 ay zarfında istinaf-ı dava edeceğini gerek mütehhe-me ve gerek mesulün bil-male bildirmek lazım gelir. İnkıza-yı müddetle hakk-ı istinaf sakıt olur.

188 — Maznununaleyh tebriye-i zimmet eylediği halde istinaf vuku bulsa bile derhal sebili tahliye olunur.

189 — İstinaf istidası derece-i ulâ mahkemesi kalemine verilmiş ise itası tarihinden itibaren evrak-ı müteferriası ile beraber üç günden ziyade tevkif olunmayıp müddeiumumi tarafından mahkeme-i istinafiyeye irsal olunacaktır. Mahkumunaleyh mevkuf ise müddet-i mezkûre zarfında mahkeme-i istinafiyenin bulunduğu mahal tevkiftanesine nakil olunması için müddeiumumi tarafından emir verilir.

190 — İstinaf üzerine gıyaben verilen hükümler aleyhinde bi-dayeten verilen hükm-i gıyabiler hakkında müttehaz ve muayyen olan usul ve müddetde itiraz olunabilir. İtiraz vuku halinde mahkemenin 1. yevm-i ictimainda tarafeyn mahkemeye davet olunacaktır. Muteriz mahkemeye gelmez ise itirazı keenlemyekün hükmünde tutulur. İtiraz üzerine verilen ilam aleyhinde muteriz ancak davanın mahkeme-i temyizde temyizen rüyet olunmasını iddia edebilir.

(121) Melfuf : Leffedilmiş, eklenmiş.

191 — İstinaf olunan dava, azadan birinin takriri üzerine bir ay içinde mahkemece rüyet ve hükmolunur.

192 — Takrir kiraat olunduktan sonra takriri veren zat ile azayı saire reylerini vermezden evvel gerek mahkûm ve gerek beri-üz-zimme (122) bulunsun maznununaleyh ile mesul-i bil-mal ve müddei şahsi ve müddeiumumi 174. maddede tayin olunan usul ve ter-tip üzerine istima olunur.

193 — Muhakemenin aleniyetine ve beyanatın mahiyetine ve derece-i ulâ mahkemesi ilâm-ı katisinin suver-i tanzimiye ve imzaiyesine ve dava mesarifi ile cezanın tayin ve hükmüne müteallik mevadd-ı sabıkada beyan olunan ahkam-ı istinaf üzerine verilen hükümlere dahi şamildir.

194 — Dava olunan madde kanunen ne cünha ve ne de kabahata mütealîk efal kabilinden olmadığı cihetle mahkeme-i istinaf, hükmü tadil ve tagyir eder ise, mahkumunaleyh hakkında muarazayı men eder ve kendisinin tazminat iddiası var ise ona dahi hükmeyleyler.

195 — Dava olunan madde kabahat nevinden olduğu cihetle mahkeme-i istinaf hükm-ü vakii feshederse, müdde-i şahsi ve müddeiumumi ve maznununaleyh, davanın ait olduğu muhakemeye naklini istida etmedikleri halde cezaya hükmedeceği misillü tazminat iddiası var ise ona dahi hükmeder.

196 — Dava olunan madde mücazat-ı terhibiyeyi müstelzim efalden olduğu cihetle hükm-i vaki fesh ve iptal olunur ise, iktizasına göre davayı istinafen rüyet eden mahkeme müttehemim muvakat veya gayr-i muvakkat suretde tevkifine emir verir. Ve davaya kendisi bakmak üzere tahkikat icrasını nezdinde bulunan müstantika havale eyler.

197 — Usulü muhakemece mefsuhiyet hükmü müstelzim olur. Hatiet ve nakaisten dolayı hükm-i vaki fesh ve iptal olunur ise, mahkeme esasa davaya hükmeder.

198 — Müdde-i şahsi ve maznununaleyh ve müddeiumumi ve mesulün bil-mal hükm-i istinafın temyizen rüyetini istida edebilirler.

Bab-ı Sani

Cinayati Rüyete Memur Mahkemelere Dairdir.

(122) Beri-üz-zimme : Beraat etmiş.

Fasl-ı Evvel

Suret-i İthamiyeye Mütealliktir.

199 — Liva bidayet mahkemesinde bulunan müddeiumumi muavini 128. veyahut 130. maddeler ahkâmınca kendisine tevdi olunmuş olan evrakı aldığı gündən itibaren 5 gün zarfında işi tertip ve tehyie etmeye ve ondan sonra nihayet beş gün zarfında dahi takririni tanzim eylemeye mecbur olacak ve bu on gün zarfında müdde-i şahsi ve maznununaleyh takririn tehirine sebep olmamak şartıyla bâmüzekkere (123) arz-ı ifadat edebileceklerdir.

200 — Müddeiumumi muavininin takririni kiraat ile netayic-i müddeası hakkında bir karar vermek için liva bidayet mahkemesi azasından üç zat bittefrik teşkil olunacak, heyet-i mahsusa-yı ithamiye iktiza etdikçe müddeiumumi muavininin talebi veyahut reis-i mahkemenin daveti üzerine ictima edecektir.

Heyet-i ithamiyede bulunan aza itham ettikleri şahsın mahkemedede hîn-i muhakemesinde rey vermeyeceklerdir. Verirler ise mahkemenin hükmü keenlemyekün addolunur.

201 — Reis-i mahkeme müddeiumuminin takriri ita olunduğunu müteakiben ve mümkün olamadığı surette nihayet üç gün zarfında işbu takrir hakkında heyet-i ithamiyeye bir karar verdirmeye ve heyet dahi ifa-yı memuriyete mecbur olacaktır.

202 — Dava olunan madde doğrudan doğruya mahkeme-i temyize ait mevaddan ise ikmal-i tahkikata bakılmayarak işin derhal mahkeme-i mezkûreye havale olunmasını müddeiumumi talep eylemeye ve heyet-i itthamiye dahi işi oraya havale etmeye mecburdur.

203 — Madde-i sabıkada beyan olunan halin gayrinde heyet-i ithamiye maznununaleyhin kanunen cinayet addolunur bir fiili mürtekip olduğuna dair bir delil veyahut emare olup olmadığını ve olduğu halde medar-ı itham olacak derecede kavi olup olmadığını tetkik eyleyecektir.

204 — Zabıt katibi müddeiumumi dahi hazır olduğu halde davaya müteallik kaffe-i evrakı heyet-i ithamiye huzurunda kiraat eyleyecek ve badel-kırae (124) evrak-ı mezkûreyi müdde-i şahsi maznununaleyh tarafından verilen müzekkere ile beraber heyete teslim edecektir.

(123) Bâmüzekkere : Müzekkere ile.

(124) Badel-kırae : Okumadan sonra.

205 — Müdde-i şahsi ve maznununaleyh ve şahitler asla heyet-i ithamiye huzuruna celp olunmayacaktır.

206 — Müddeiumumi mümzi iddianamesini heyete teslim eyledikten sonra zabıt katipleriyle beraber odadan çıkacaklardır.

207 — Heyet-i ithamiye hariçten hiç kimesne ile ihtilat etmeyerek bila fasıla müzakere edecektir.

208 — Heyet-i ithamiye evrakı birlikte tebliğ olunmuş olan müşterek ceraim hakkında karar müzakeresini bir mazbataya dercedecektir.

209 — Evvelen eşhas-ı müctemia tarafından bir zamanda ve sa-niyen evvelce beyinlerinde hasıl olan ittifak üzerine eşhas-ı müte-addide tarafından müteferrikan ezmine ve mahall-i muhtelifede iş-lenilen salisen biri diğerini irtikap veya teshille veya husulünü ve-yahut cezasız kalmasını temine medar olmak için edilen cürümler ceraim-i müştereke addolunur.

210 — Heyet-i ithamiye azası ledel-iktiza (125) malumat-ı ce-dide istihsalini ve derece-i ülâ mahkemesinde kalmış ne kadar me-dar-ı hüküm olacak evrak ve eşya var ise onların celbini mümkün olduğu kadar az zamanda emredebilecektir.

211 — Heyet-i ithamiye maznununaleyhin fiilinde kanunen cü-rüm addolunur bir eser veyahut ithamı için emarat-ı kafiye bulu-namadığı halde tahliye-i sebilini emredip bu emir dahi maznunun-aleyh bir sebeb-i ahara mebni mevkuf değil ise darhal icra olunur. Bu makule ahvalde maznununaleyhin tahliye-i sebiline müstantik tarafından emir verilmiş olup da aleyhinde itiraz olunur ise mü-s-tantikin emri tasdik olunur.

212 — Heyet-i ithamiye maznununaleyhi kabahat veyahut cün-hadan dolayı müttehem görür ise ait olduğu mahkemeye gönderir ve cürmün kabahat nevinden olduğu anlaşılır ise maznununaleyhin sebili tahliye edilir.

213 — Heyet-i ithamiye maznununaleyhin fiili kanunen cinayet-ten madud olduğu ve ithamı için delail-i kafiye bulunduğu halde liva bidayet mahkemesine veyahut mahkeme-i istinafiyeye irsalini emreder. Müstantikin emri her ne surette bulunur ise bulunsun he-yet-i ithamiye huzuruna gönderilmiş olan maznununaleyhimden her biri hakkında müddeiumuminin iddası üzerine tahkikat-ı vakiadan

(125) Ledel-iktiza : Gerektiğinde.

müsteban (126) olan bilcümle cinayet ve cünha ve kabahatlar için bir karar vermeye her halde mecburdur.

214 — Heyet-i ithamiye maznununaleyhin ithamına karar verdiği halde ahz ve girift olunmasını tahriran emreder. Bu emr-i tahriyede müttehem'in isim ve şöret ve sin ve mevlid ve sanat ve ikametgahı gösterileceği gibi ithamını istilzam eden fiilin tarif-i mücmeli ile kanunen hangi nevi ceraimden madut olduğu, beyan olunacak ve metninde fiilin tarifi mücmel ve cürmün nev-i kanunisi beyan olunmayan ahz ve girift evamiri keenlemyekün hükmünde tutulacaktır.

215 — Müttehem'in ahz ve girifti emri itham mazbatasına derc olunacak ve bu mazbtaa müttehem'in gönderildiği mahkemeye men-sup olan tevkifhaneye gönderilmesi emrini dahi havi olacaktır.

216 — İtham mazbataları heyet-i ithamiye azasının herbiri tarafından imza olunacak ve derununda herbirinin ismi ve müddeiumuminin iddiası münderic bulunup bu surette olmayan mazbatalar keenlemyekün hükmünde tutulacaktır.

217 — Heyet-i ithamiyenin her nevi mevadda maznununaleyhin itham olunup olunmamasına henüz karar verilmemiş bulunduğu halde, evvelce başka taraftan takikata mübaşeret olunmuş olsun olmasın taharriyat icrasını emreylemeye ve davaya taalluk eden evrakı celbeylemeye ve icra-yı tahkikat etmeye selahiyeti vardır.

218 — Madde-i sabıkada beyan olunan ahvalde 200. maddede muharrer olan heyet-i ithamiye azasından biri müstantıklık memuriyetinde bulunacaktır.

219 — Madde-i sabıka mucibince tayin olunan müstantik şahitleri bizzat istima veyahut ikamet ettikleri mahal derece-i ülâ mehakiminden hangisine tabi ise lieclil-istima (127) o mahkeme azasından birini tayin ve maznununaleyhi istintak edecek ve istihsal olunabilecek delail ve emarati zabt ve tahrir ettirecek ve icabına göre celp veya muvakkat gayr-i muvakkat tevkif müzekkeresi ita eyleyecektir.

220 — Müddeiumumi evrak ve eşyanın müstantik tarafından kendisine teslim olunduğu günden itibaren beş gün zarfında takririni tanzim eyleyecektir.

(126) Müsteban : Açık olarak anlaşılan.

(127) Lieclil-istima : Dinlemek için.

221 — İşbu tahkikatdan maznununaleyhin liva bidayet mahkemesine veyahut mahkeme-i istinafiyeye irsali icap edeceği tebeyün ettiği halde heyet-i ithamiye 213. ve 214. ve 215. maddeler ve kaza bidayet mahkemesine irsali lazım geldiği surette 212. madde ahkamina tevkif-i hareket edecek ve bu halde maznununaleyh tevkif olunmuş bulunur ve cinayeti dahi hapis cezasını müstelzim olabilir ise hitam-ı muhakemeye kadar mahbeste kalacaktır.

222 — Maznununaleyh mahkeme-i cinayete gönderileceği takdirde müddeiumumi bir kıta ithamname tanzim eylemeye mecburdur. İşbu ithamnamede evvela ithama esas olan cürmün mahiyeti, saniyen vuku-ı hal ve cezayı teşdid veya tahfif edebilecek esbab ve ahval tafsil ve teşrih ve maznununaleyhin isim ve hali beyan ve tasrih olunacaktır. Ve nihayetinde keyfiyyet vech-i ati üzere hülasa edilecektir. Binaenaleyh filan kimse fılan katlin veya filan sirkatin veyahut filan cinayetin şu surette faili bulunmakla itham olunmuştur.

223 — Heyet-i ithamiyenin mazbatası ve müddeiumuminin ithamnamesi mütteheme tebliğ ve bunların birer sureti kendisine ita olunacaktır.

224 — Vakt-i tebliğden itibaren 24 saat zarfında müttehem heyet-i ithamiyenin bulunduğu mahal tevkifhanesinden muhakeme olunacağı liva bidayet mahkemesi veyahut mahkeme-i istinafiye tevkifhanesine gönderilecektir.

225 — Müttehem derdest edilemediği veya asla isbat-ı vücut etmediği halde icap eden muamele bab-ı rabiin fasl-ı sanisinde gösterileceği vechile gıyaben icra olunacaktır.

226 — Müddeiumumi müttehem liva bidayet mahkemesine veyahut mahkeme-i istinafiyeye irsali hakkında heyet-i ithamiye tarafından mazbata verildiğini müttehem in ikametgahı malum olduğu halde, gerek onun ve gerek cürmün vuku bulduğu mahallin tâbi olduğu kaza kaymakamlarına bildirecektir.

227 — Heyet-i ithamiyenin liva bidayet mahkemesine veyahut mahkeme-i istinafiyeye irsaline mahal olmadığına karar vermiş olduğu maznununaleyhin töhmeti için delil-i cedide meydana çıkmadıkça o dava için mahkemeye gönderilemeyecektir.

228 — Heyet-i ithamiye mazbatasında da zayıf addolunmuş delaili, takviye edecek veyahut vuku-ı hale daha ziyade itilaa medar olarak hakikat-ı halin zahire çıkmasını mucib olacak surette vuku-

bulan şehadetler ve zuhur eden zabıt cerideleri ve evrak-ı saire delail-i cedide addolunur.

229 — Bu halde zabıta-i adliye memuru veyahut müstantik zuhur eden evrak ve delail-i sairenin bir suretini bila tehir müddeiumumiyyeye irsal ve müddeiumuminin iddiası üzerine cinayeti rüyete memur mahkeme reisi hangi müstantik tarafından tahkikat-ı cedide icra olunacağını tayin eyler. Fakat icabı halinde müstantik 211. madde ahkâmınca sebili tahliye olunmuş olan maznununaleyhin tevkifi için evrak-ı mezburenin müddeiumumiye irsalinden evvel bir muvakkat tevkif müzekkeresi ita edebilir.

230 — Müddeiumumi heyet-i ithamiyeye gelen cinayet ve cünha ve kabahat davalarının bir kıta defterini her ayda mahkeme-i istinafiye müddeiumumisine gönderecektir.

231 — Mahkeme-i istinafiye müddeiumumisi cünha ve kabahat defterlerinde gösterilen cürümleri daha ağır addettiği surette o cürümlere dair evrakın kendisine irsalini defter-i mezkûru ahzettığı tarihten itibaren onbeşgün zarfında emredebilüp evrakın kendisine teslim olduğu günden itibaren onbeşgün zarfında dahi mutalaa ve iddiasını heyet-i ithamiyeye iş'ar ve heyet dahi üç gün içinde o babda kararını ita eyleyecektir.

Fasl-ı Sani

Cinayeti Rüyete Memur Mahkeme Reislerine Dairdir.

232 — Cinayeti rüyete memur mahkeme reisi izhar-ı hakka medar addedeceği vesait-i mümkineyi kendi reyiyile istimalde mezuniyet-i kamileyi haizdir. Bu mezuniyetin hüsnü istimali için nazar-ı kanunda kendisinin namus ve vicdanı kâfil ve zamindir.

233 — Reis-i mahkeme hin-i muhakemede gerek müttehemini ve gerek şuhudun ifadatından hakikati hali izhara medar olacağını anlayacağı kesân ve evrak ve eşyayı celp edebilecektir. Hatta izhar müzekkeresi göndererek celp olunan kesân (128) tahlif olunmayıp ifadeleri dahi malumat kabilinden addolunacaktır.

234 — Reis mahkemede netice-i davaca bir gûna faidesi olmayıp mebahisin uzamasını icab edecek şeyleri red ve men edecektir.

Fasl-ı Salis

Cinayati Rüyete Memur Mahkemelerde Bulunan Müddeiumumilerin Vezaifi.

(128) Kesân : Kişiler.

235 — Müddeiumumiler itham fashında beyan olunan usul üzere itham olunmuş olan eşhas aleyhinde mücerret itham mazbatatasında münderiç töhmetten dolayı bizzat ikame-i dava edecek veya muavinlerine ettirecektir. Ve itham mazbatasının haricinde müttehem aleyhinde ikame-i dava ederler ise keenlemyekün addolunduktan başka müttehem tarafından aleyhlerine iştikâi anil hükkam davası dahi ikame olunabilir.

236 — Müddeiumumi evrak-ı davayı aldığı gibi muamelat-ı ibtidaiyenin ikmaline ve muhakemenin yevm-i muayyeninde icra olunabilmesi esbabının istihsaline gayret edecektir.

237 — Müddeiumumi esna-yı muhakemede hazır olup mücazat-ı kanuniyenin müttehem hakkında icrasını iddia eyleyecek ve hükmün tefhimi esnasında dahi bulunacaktır.

238 — Müddeiumumi deavi-i vakıada kanun namına olarak münasip gördüğü ihtar ve ifadatı tahriren mahkemeye arz edecek ve mahkeme dahi o ihtar ve ifadatı mevki-i bahse vazetmeye mecbur olacaktır.

239 — Müddeiumumi ihtar ve ifadat-ı tahririyesini imza edecek ve esna-yı muhakemede vakit olacak ifadat katip tarafından tutulacak zabt ceridesine bilkayd yine kendi tarafından imza olunacaktır. Ve bunun üzerine verilecek kararlar reis ile katip tarafından imza edilecektir.

240 — Müddeiumumi tarafından esna-yı muhakemede vukubulan ihtar ve ifadat mahkeme tarafından kabul olunmadığı halde ne muhakeme ve ne hüküm tehir olunamaz fakat müddeiumumi badel-hüküm (129) adem-i kabul kararını temyiz ettirebilir.

241 — Zabita-yı adliye memurlarının kaffesi ve müstantıklar mahkeme-i istinafiye müddeiumumisinin taht-ı nezaretinde bulunacak ve işbu nizamnamenin dokuzuncu maddesi hükmünce muhakeme tealluku olan idare memurları dahi memuriyetlerinin adliye cihetince kezalik mahkeme-i istinafiye müddeiumumisinin nezareti altında olacaktır.

242 — Mahkeme-i istinafiye müddeiumumisi zabita-i adliye memurlarının ve mahkim-i ibtidaiyye ve mahkeme-i istinafiyede bulunan müstentikların umur memurlarınca kusur ve tekasülleri (130) vukuunda kendilerine ihtar edecek ve ihtarını bir defter-i mahsusaya kaydeleyecektir.

(129) Badel-hüküm : Hükümden sonra.

(130) Tekasül : Tembellik.

243 — Tekerrür vukuunda mahkemeye ihbar-ı keyfiyyet ve mahkeme suret-i mahsusada kendilerini celb ve umur memurlarına dikkat etmek için nasihat idecek ve ol babda vukubulaçak masarif kendilerine tazmin ettirilecektir.

244 — İhtar-ı vakiin deftere kaydolunduğu tarihten itibaren bir sene mürur etmeksizin memurin-i mumaileyhimden bir daha kusur ve tekasül edenler mükerrir addolunacaktır.

245 — Liva bidayet mahkemeleri ile mahkeme-i istinafiye müddeiumumilerinin zabıta-i adliye veya müstentıklık memuriyetini ifa etmeye mezun oldukları ahvalde her biri ihzar veya tevkif müzakeresi verebilmek salahiyeti müstesna olmak üzere kendisine ait vazaif-i cürmün vukubulduğu mahal civarındaki kazada bulunan müddeiumumiye veya müstantika veyahut kaza bidayet mahkemesine ihale edebilir.

Fasl-ı Rabi (131)

Cinayetin Usul-i Muhakematına Dairdir.

246 — Maznununaleyh heyet-i ithamiye tarafından itham olunduktan sonra davaya müteallik evrak ve eşya nihayet 24 saat zarfında mahkemeye gönderilecektir.

247 — Madde-i sabıkada beyan olunan yirmidört saat müddet, itham kararının mütteheme tebliğ olunduğu anda bed' edecektir.

248 — Evrakın mahkeme kalemine tesliminden itibaren nihayet yirmidört saat sonra müttehem huzur-ı meclise celp ile isticvap olunacaktır.

249 — Mütteheme müdafaatında muavenet etmek üzere bir vekil intihabı teklif ve intihap etmediği halde mahkeme tarafından derhal bir vekil tayin olunacak ve tayin olunmadığı halde muamele-i müteakibe keenlemyekün hükmünde tutulacaktır. Müttehem bir vekil tayin ettiği halde mahkemenin intihabı keenlemyekün hükmünde tutulacağı gibi adem-i intihap esnasında vaki olan muamele dahi muteber tutulacaktır.

250 — Müttehem veyahut mahkeme tayin edeceği vekili ancak mahkeme maiyetinde bulunan dava vekillerinden intihap etmeye mecbur olacak ve fakat bazen müttehemin akraba veya ehibbasından (132) biri dahi mahkemenin müsade-i mahsusasıyla vekil tayin edilebilir.

(131) Fasl-ı Rabi : Dördüncü fasıl.

(132) Ehibba : Dostlar, tanıdık bildik olanlar.

251 — İtham kararının mefsuhiyeti iddiasını etmeye kendisini haklı addeder ise beş gün zarfında iddia etmesi ve etmediği takdirde ondan sonra iddiası mesmu olmayacağı mahkeme tarafından mütteheme ihtar edilecek ve gerek bu maddenin ve gerek madde-teyn-i salifeteynin (133) ahkâmı icra olunduğu zabt varakasına yazılacak bu zabt varakası mahkeme katibi ve müttehem tarafından imza olunacak ve müttehem imza etmediği veya etmek istemediği halde keyfiyet zabıt varakasinda beyan ve tasrih kılınacaktır.

252 — Madde-i sabıka mucibince mütteheme ihbar-ı keyfiyet olunmadığı halde müttehemın sükutuyla mefsuhiyet iddiası hakkına hâlel gelmeyecek ve karar-ı katiden sonra bu hakkı istimal olunabilecektir.

253 — Müddeiumumi dahi mefsuhiyete dair iddiası varsa bu iddiasını işbu isticvap tarihinden itibaren beş gün zarfında beyan etmeye mecbur olup bu müddet mürur ettiği halde 251. maddede mucibince iddiası mesmu olmayacaktır.

254 — Mefsuhiyet iddiası ancak heyet-i ithamiyenin itham mazbatası aleyhinde ve esbab-ı atıye-i erbaa (134) üzerine edilebilir. Bu esbabın birincisi mahkemenin adem-i selahiyeti ikincisi dava olunan fiilin kanunen cinayet nevinden madud olmaması üçüncüsü müddeiumumi istima olunmamış olması dördüncüsü hükmü ita eden heyet-i ithamiye azasının adedçe miktar-ı kanunisinin madûnünde bulunması maddesidir.

255 — Mefsuhiyet iddianamesi mahkeme katibine verilmek iktiza edecek ve iddianame verilince mahkeme-i temyiz nezdinde bulunan baş müddeiumumiye irsal olunacak ve mahkeme-i temyiz dahi deavi-i saireye takdimen zikrolunan iddiaya hükmeyleyecektir.

256 — Mefsuhiyet iddiası muhakemeye girilmeden evvel vukubulursa tahkikat muhakeme derecesine kadar götürülüp muhakemeye başlanılmayacaktır. Ve mefsuhiyet iddiası 251. maddede beyan olunan muamelatin icra ve müddetin inkizasından sonra vukubulduğu halde bila tevakkuf muhâkemata başlanılacaktır. Bu halde mefsûhiyet iddiası mahkeme-i cinayetin hükmü katisinden sonra mahkeme-i temyize gönderilecektir.

257 — Vekil her zaman müttehem ile ihtilaf edebilecek ve tahkikata hâlel gelmemek üzere kâffe-i evrakı ahar mahalle götürmeye muayene eyleyecektir.

(133) Maddeteyn-i salifeteyn : Geçen iki madde.

(134) Esbab-ı atıye-i erbaa : Gelecek dört sebep.

258 — İstima olunan şahidlerden maada mahkeme-i cinayetin bulunduğu mahallin haricinde şahidler bulunduğu halde mahkeme o şuhudun bulunduğu mahallin ahar bir sancakta bulunan müstentikını şahidlerin takririni almak üzere memur eder. Ve müstentik dahi takrirlerini zabtedikten sonra bir zarf içine vaz' ile memhuren mahkeme baş katibine gönderir.

259 — Cinayâtı rüyete memur olan mehakimin daveti üzerine gelmeyen ve bir mazaret-i sahiha beyan eylemeyen veya gelipte ifa-yı şهادetden istinkaf eden şahidler bulunduğu mahal mahkemesinde bilmuhakeme 80. madde ahkamına tevfiakan tedip olunacaklardır.

260 — Müttehemlerin vekilleri masarifi kendilerine ait olmak üzere davaya müteallik olup müdafaya medar addedecekleri kâffe-i evrakın suretlerini alabileceklerdir. Fakat cürmün tahakkuku hakkında olan zabıt cerideleri ile şuhudun ifadat-ı tahririyelerinin müttehem müteaddid olsa dahi yalnız bir sureti meccanen verilir.

261 — Bir cürümden dolayı müteaddit eşhas aleyhinde müteaddit ithamnameler verilmiş bulunursa bunların birleştirilmesini müddeiumuminin talebi üzerine veyahut resen dahi reis-i mahkeme emreder.

262 — Bir ithamname müteaddit ceraim-i gayr-i müsterekeyi muhtevi olursa müddeiumumi müttehemlerden birinin veya bir kaçının evvel be evvel muhakeme olunmasını iddia ve reis dahi emredebilir.

Fasl-ı Hamis

Muhakeme ve Hüküm ve Tenfiz Beyanındadır.

Kısm-ı Evvel

Muhakemeye Dairdir.

263 — Müttehem mahkeme huzuruna mukayyet olmayarak çıkacak fakat firar edememek için yanında mikdar-ı kafi zabtiye bulunacaktır. Ve reis isim ve şöhret ve sin ve sanat ve mahall-i ikamet ve mevlidini sual edecektir.

264 — Reis müttehemın vekilince vicdanının ve kanuna lazım olan riayetın hilafında bir şey söylememesini ve kemal-i edep ve itidal ile beyan-ı hal eylesmesini ihtar edecektir.

265 — Reis okunacak evraka dikkat etmesini mütteheme ihtar ile zabıt katibine dahi heyet-i ithamiyenin mazbatasıyla müd-

deiumuminin ithamnamesini kıraat eylesini emredek ve katip dahi cehren kıraat eyleyecektir.

266 — İşbu kıraatden sonra reis müddeiumuminin ithamnamesinin mealini mütteheme tefhim edip ona hitaben “işte sana şu cürmü etmişsin diyorlar bak ettiğini de nasıl isbat ediyorlar” diyecektir. Bunun üzerine müddeiumumi müttehemin ithamına sebep olan maddeyi teşrih ve beyan edecek ve badehü kendisiyle hukuk-ı şahsiye müddeisinin ve gerek müttehemin istid’â ve ifadesi üzrine celp ve istima olunacak şahidlerin pusulasını ibraz eyleyecektir. İşbu pusulayı zabıt katibi cehren okuyacaktır. Mezkur pusulada müddeiumumi veya müde-i şahsi tarafından mütteheme ve müttehem tarafından müddeiumumiye şuhudun vakt-i istimaından ekallen 24 sat evvel isim ve sanat mahall-i ikametleri tahriren bildirilmiş olan şahidlerin isimleri munderic olabilecek ve bu suret 233. maddenin reise verdiği salâhiyete mani olamayacaktır. Müttehem veya müddeiumumi kendilerine tahriren bildirilmemiş veyahut bildirilmişte layıkıyla tasrih ve tarif edilmemiş olan şahidlerin istima hakkında itiraz edilebilecek ve itiraz-ı vakıin şayan-ı kabul olup olmadığına mahkeme tarafından derhal karar verilecektir.

267 — Reis şahidlere mahkeme dairesinde kendilerine tahsis olunan odaya gitmelerini emredek ve şahidler dahi tayin olunan odadan çıkamayacaklardır. Ancak ifa-yı şehadet için reis ledel-hace şahidlerin kableş-şehade (135) cürm-i vakıa ve mütteheme dair yek diğeriyle bahis etmelerini mani olacak tedabir-i ihtiyatiyeyi (136) ittihaz ve icra edecektir.

268 — Şahidler müddeiumuminin tertibi vechile münferiden icra-yı şehadet edeceklerdir. Ve icra-yı şehadetten evvel bir gûna havf ve haşyet (137) ve garaz ve husumete mebni ve artık eksik olmayaarak hakikat-ı hali beyan edeceklerine dair tahlif olunacaklardır. Bu suretle kableş-şehade tahlif olunmayan şahidlerin şehadet-i vakıaları keenlemyekün hükmündedir. Reis şahidlere isim ve şöhet ve sin ve sanatlarını ve daimi veya muvakkat ikametgahlarını ve ithamnamede beyan olunan cürmün vukuundan evvel müttehemini tanıyıp tanımadıklarını ve mütteheme veyahut müdde-i şahsiye bir gûna karabetleri olup olmadığını ve olduğu takdirde ne derecede bulundu-

(135) Kableş-şehade : Şahitlikten önce.

(136) Tedabir-i ihtiyatiye : Gerekli tedbirler.

(137) Havf ve haşyet : Korku, korkma.

ğu ve müttehem in veyahut müdde-i şahsinin hizmetinde bulunup bulunamadıklarını sual edecek ve badehü şahidler şifahen (138) icra-yı şahadet eyleyeceklerdir.

269 — Reis bu şahidlerin şahadet-i vakıasıyle ifadat-ı sabıkası beyninde zuhur edebilecek ziyade ve noksanı ve tagayyurat ve tebeddülâtı mahkeme katibine zabtettirecektir. Bu misillü ziyade ve noksanın ve tagayyurat ve tebeddülâtın zabt ettirilmesini müddeumumi ile müttehem dahi reisten talep edebileceklerdir.

270 — Her şahidin şahadeti hitam bulduktan sonra reis şahide, “hakkında şahadet ettiği müttehemden muradı hazır bilmeçlis olan müttehem midir?” diye sual edecek ve badehü müttehem kendi aleyhinde söylenen şeylere cevap verip vermeyeceğini sual eyleyecektir. Şahidin esna-yı şahadetinde kelamı kat’ olunamayacaktır (139). Müttehem veyahut vekili veyahut müddeiumumi veyahut müdde-i şahsi şahide badeş-şehade reis vasıtasıyla istedikleri suali edeceklerdir. Ve zatı veya şahadeti aleyhine olarak def-i davaya medar olabilecek şeyleri söyleyebileceklerdir. Reis, şahidden ve müttehemden hakikat-ı halin zahire ihracı için lüzum göreceği her türlü izahatı talep eyleyecektir. Reisten ruhsat ahziyle izahat-ı meşruhanın talebine azanın salahiyeti olacaktır.

271 — Her şahid icra-yı şahadetten sonra reis tarafından meclisten çıkmasına emir vuku bulmadıkça çıkamayacaktır.

272 — Müddeiumuminin ve hukuk-ı şahsiye müddeisinin ikame ettikleri şahitler istima olunduktan sonra müttehem gerek ithamnamelerde beyan olunan cürme ve gerek kendisinin ehl-i ırz ve müstakim ve hareket-ı memduha eshabından (140) bulunduğu dair şahadet etmek üzere evvelce defterini vermiş olduğu şahidlerini istima ettirecektir. Müttehemlerin istidası üzerine celbolunacak şahitlerin masarır-ı celbiyesi ve şahitlerin ücretleri müttehemlere raci olacaktır. Fakat müttehem tarafından beyan olup hakikat-ı halin zahire ihracı için müddeiumumi canibinden celbine lüzum gösterilecek şahidlerin masarır-ı müstesnadır.

273 — Müttehem in ve teaddüdü halinde içlerinden birinin, evvelâ âbâ ve ecdadının şaniyen evlat ve ahfadının salisen ihvan ve ehavatının ve rabian bu derecelerde bulunan akarib-i sıhriyenin hamisen talak vukuundan sonra olsa bile zevc ve zevcenin sadisen kanunen mükafat-ı nakdiyeye nail olan muhbirlerin şahadetleri

(138) Şifahen : Sözlü olarak.

(139) Kelamı kat’ olunmamak : Sözü kesilmemek.

(140) Harekat-ı memduha eshabı : Beğenilen hareketlerin sahibi.

mesmu değildir. Mamafih zikrolunan eşhasın müddeiumumi veya hut müdde-i şahsi veyahut müttehem taraflarından istima olunmaları aleyhinde bir gûna itiraz vuku bulmaksızın istima olunmuş olmaları muamelaatın mefsuhiyetini istilzam etmez.

274 — Kanunen mükafat-ı nakdiyeye nail olmayan muhbirlerin şahadeti mesmu olabilir. Fakat muhbir olduklarına mahkemenin malumatı olmak lazımdır.

275 — Taraflarına celbname gönderilmeksizin müddeiumumi veyahut müttehem tarafından getirilen şahidler evvelce tahriran icra-yı şahadet etmemiş olsalar bile esna-yı muhakemede istima olunabilir. Şu kadar ki işbu şahitlerin isimleri herhalde 266. maddede beyan olunan şuhut pusulasına derc olunmuş olmalıdır.

276 — Şahitler hangi tarafın olursa olsun yek diğerini isticvap edemeyeceklerdir.

277 — Şahidler şahadet ettikten sonra müttehem bunlardan hangilerini isterse dışarı çıkarılmalarını ve dışarı çıkarılanlardan bir yahut bir kaçının tekrar celbiyle birer birer yalnızca veyahut yek diğeri müvacehesinde yeniden istima olunmalarını talep edebilecektir. Şu salahiyeti müddeiumumi dahi haizdir. Bu silsileyi talep vukubulmaksızın reis-i mahkeme resen dahi icra edebilir.

278 — Reis bir şahidin istimaından evvel veya istimai esnasında veyahut istimaından sonra müttehemleri dışarı çıkarıp içlerinden icap edeni davanın bazı cihetleri üzerine münferiden veya müctemian isticvap eylemek için alıkoyabilecektir. Fakat her bir mütteheme kendi gıyabında cereyan eden ahvali ve netayic-i hasilasını bildirmediğe muhakeme-i umumiye devam olunamayacaktır.

279 — Muhakeme esnasında müddeiumumi ve aza gerek şahitlerin şahadetlerinde ve gerek müttehemin müdafasında kendilerine mühim görünen şeyleri mübahasata (141) hâlel gelmemek şartıyla zabt ve tahrir edebileceklerdir.

280 — Şahadet esnasında veyahut sonra reis, cürm-i vakia medar-ı sübut olabilecek kaffe-i eşya ve evrakı mütteheme irae ettirecek ve müttehemden bunları tanıyıp tanımadığını bizzat cevap vermek üzere sual edecektir. Reis ledel-hace zikrolunan eşya ve evrakı şahitlere dahi irae ettirebilecektir.

281 — Tetkikat iktizasınca bir şahidin şahadeti kazıp olduğu görünürse reis-i mahkeme müddeiumuminin veya müdde-i şahsinin

(141) Mübahasat : Müzakereler, konuşmalar.

veyahut müttehemin talep ve istidası üzerine veyahut resen derakap (142) şahid-i merkûmu (143) tevkif ettirebilecektir. Ve şahid-i mevkuf hakkında müddeiumumi zabıta-i adliye vezaifini ve reis veyahut azadan reisin tayin edeceği bir zat dahi müstantik vezaifini icra edecektir. Ve evrak-ı istintakiye şahid-i mevkufun taht-ı muhakemeye alınıp alınmamasına karar verilmek üzere heyet-i ithamiyeye ita kılınacaktır.

282 — Madde-i sabıkada beyan olunan halin vukuunda müddeiumumi ve hukuk-ı şahsiye müddeisi veyahut müttehem derakap maslahatın meclis-i atıye talikını talep ve mahkeme gerek bunların talebi üzerine ve gerek resen maslahatı, meclis-i atıye talik edebilir.

283 — Davet olunan bir şahit gelmemiş olur müddeiumumi talep eylerse şuhut defterinde ismi munderiç olan birinci şahidin istimaıyle muhakemeye bed' (144) olunmazdan evvel mahkeme rüyet-i davayı meclis-i atıye tehir edebilir.

284 — Eğer bir şahidin gelmemesinden dolayı maslahat meclis-i atıye talik olunmuş ise celp masarılı ve diğer şahitlerin iyab ü zihabları masarılı (145) ve davanın rüyetine ait olan masarifi saire gelmeyen şahit tarafından tazmin olunacak ve muhakemeyi meclis-i atıye talik eden kararnamede müddeiumuminin talebi üzerine masarılı-ı vakıanın indel-icab şahid-i merkumdan hapis ile tahsil olunması derc kılınacaktır. Ve kararname-i mezkûrda lieclil-istima (146) şahid-i merkûmun cebir ile huzur-ı mahkemeye celbi emrolunacaktır. Herhalde davet olunup da mahkemeye gelmeyen veyahut gelip de yemin etmekten veyahut icrayı şahadetten istinkaf eyleyen şahitlerin 80. maddede muharrer cezalarla dahi mücazat olunurlar.

285 — Şahit aleyhinde vâki olan hükmün kendisine veyahut ikametgahına tebliği tarihinden itibaren on gün zarfında ve beher mirya metre mesafede müddet-i mezkûreye bir gün zam olunmak şartıyla hükm-i vaki hakkında itiraz edebilir. Ve mahkemeye gelemediği bir ömr-ü makbûle müstenit olduğunu veyahut aleyhine hükmolunan ceza-yı nakdinin tahkiki icabedeceğini isbat eylerse itirazı mesmu olur.

286 — Müttehem ve şahitler yek diğerinin veyahut bunlardan birisi sairlerinin söylediği lisan ile tekellüm edemediği (147) halde

(142) Derakap : Akabinde.

(143) Şahid-i merkûm : Adı geçen şahit.

(144) Bed' : Başlama, bidayet etme.

(145) İyab ü zihabları masarılı : Gidip gelme masarılı.

(146) Lieclil-istima : Dinlenmesi amacıyla.

reis-i mahkeme resmen lâ ekal 21 yaşında olmak üzere bir tercüman tayin edecek ve bu tercüman doğruca tercümanlık edeceğine dair tahlif olunacaktır. Tercüman bu suretle tayin ve tahlif olunmazsa cerayan eden muamelat keenlemyekün hükmünde tutulur. Müttehem ve müddeiumumi beyan-ı esbab ile tayin olunan tercümanı red-dedebilirler beyan ettikleri esbabın şayan-ı kabul olup olmadığına mahkeme tarafından derhal karar verilir. Müttehem ve müddeiumumi razı olsalar bile tercüman aza-yı mahkeme ve şahitlerden intihap olunamayacaktır. Olunursa muhakeme keenlemyekün hükmünde tutulur.

287 — Eger müttehem sağır ve dilsiz olupta yazı yazmak bilmezse reis bununla mübadele-i efkara (148) en ziyade ülfet ve melekesi olan birisini resen tercüman tayin edecektir. Sağır ve dilsiz şahitler hakkında dahi bu suret icra kılınır. Madde-i sabıkada intihaba müteallik şerait-i saire bu hususta dahi caridir. Sağır ve dilsiz olan müttehem veya şahit yazı yazmak bildikleri halde sorulacak sualleri zabıt katibi bir varakaya tahrir ile kendilerine verecek ve bunlar dahi tahriren cevap ita edeceklerdir. Edilen sualler ve verilen cevaplar zabıt katibi tarafından mecliste kıraat edilir.

288 — Müttehem müteaddit olduğu halde hangisinin en evvel huzur-ı mahkemeye çıkarılması lazım geleceğini reis-i mahkeme tayin edecek ve eger töhmette en ziyade zimedhal (149) olan bir kimse varsa ondan başlanılacak ve her biri başka başka istintak ve isticvab olunacaktır.

289 — Şahitlerin istimaından ve vâki olan şahadetleri üzerine cereyan eden sual ve cevaptan sonra hukuk-ı şahsiye müddeisi ve yahut vekili ve müddeiumumi töhmet-i vakıayı teyit edecek delillerini izah ve tahsil edeceklerdir. Ve müttehem veyahut vekili dahi cevap verebileceklerdir. Hukuk-ı şahsiye müddeisi ve müddeiumumi dahi bunların cevaplarına cevap verebileceklerdir. Fakat herhalde en sonra söz söylemek hakkı mütteheme veyahut vekiline aittir. Badehü reis muhakemenin hitam bulduğunu beyan eder.

290 — Madde-i sabıka mucibince hitam-ı muhakeme reis tarafından beyan olunduktan sonra reis ve aza müzakere odasına çekilerek ithamnameyi ve zabıt varakalarını ve müddeiumumi ile müdde-i şahsinin ve müttehemnin iddia ve müdafalarını ve asıl maddeyle müteferriyatını biletraf (150) tetkik edecek ve badehü iş hulasa edi-

(147) Tekellüm etmek : Konuşmak.

(148) Mübadele-i efkar : Fikirlerin karşılıklı iletilmesi.

(149) Zimedhal : Dahli olan.

(150) Biletraf : Etraflı bir şekilde.

lip sual olunacak mevad kararlaştırıldıktan sonra, reis, müttehemin iddia olunan fiili, mürtekip olup olmadığına azanın reylerini toplayacaktır. Ve müttehemin iddia olunan fiili mürtekip olduğuna hükümlendiği takdirde derece-i mücazâtı müzakeresine girilmeyecektir. Mücrim aleyhinde ekseriyet sülûsan-ı aranının (151) ictimaiyle hasıl olunur.

Kısm-ı Sâni

Hüküm ve Tenfize Dairdir.

291 — Reis müttehemî huzur-ı mahkemeye celbedecek ve zabıt katibi mahkemenin hükmünü müttehemin muvacehesinde kıraat edecektir.

292 — Müttehemin mücrim olmadığına hükümlenmişse reis müttehemin hakkında azvolunan (152) töhmetten tebrî-i zimmet (153) etmiş olduğunu beyan ile başka bir sebep üzerine mevkuf değilse derakap sebilinin tahliye olunmasını ilam eder. Badehü mahkeme tarafeynin tazminat davalarını ve ol bapta müdafalarını ve müddeiumuminin ona müteallik ifadatını istima ettikten sonra icabına göre hükmedecektir. Mamafih mahkeme münasip görürse tarafeyni istima ve senadlarını muayene ile keyfiyeti mahkemeye bâtakrir (154) arzulemek üzere azadan birisini tayin edebilir. Bu takdirdet arafeyn yine huzur-ı mahkemede mülâhazalarını beyan edebileceklerdir. Ve müddeiumumi dahi yeniden istima olunacaktır. Tebrîye-i zimmet etmiş olan müttehemin kendisine iftira etmiş olmalarından dolayı muhbirlerinden tazminat iddia ve ahzine hakkı olabilir. Fakat memuriyetleri cihetiyle malûmat aldıkları ceraime dair itaya mecbur oldukları ihbaratdan dolayı hükümet memurları aleyhinde iftira ve tazmin davası ikame olunamaz. Mamafih bu misillü memurin hakkında indel-icab iştikâi anilhükkam (155) kaidesine tevfikân arz-ı şikayet caiz olur. Müttehemin talebi üzerine muhbirlerini kendisine bildirmeğe müddeiumumi mecburdur.

293 — Müttehem tarafından muhbirleri veya müdde-i şahsi aleyhinde ve müdde-i şahsi tarafından müttehem veyahut mahkûmunaleyh aleyhinde vukubulan tazminat davaları asıl cinayet da-

(151) Sülûsan-ı ara : Üçte iki oy.

(152) Azvolunma : İsnat edilme.

(153) Töhmetten tebrî-i zimmet ; Suçlamadan kurtulma.

(154) Bâtakrir : Anlatmak suretiyle.

(155) İştikâi anil hükkam : Bkz. m. 72.

vasını rüyet eden mahkemeye arz olunur. Müdde-i şahsi tazminat davasını cinayet davası üzerine hüküm vukuundan evvel ikame etmek lazımdır. Sonra vuku bulan tazminat davası mesmu değildir. Muhibir malum ise müttehem tarafından da muhibir aleyhinde vuku bulan tazminat davası kezalik cinayet maddesi üzerine hüküm vukuundan evvel olmak lazımdır. Sonra vuku bulan tazminat davası mesmu değildir. Müttehem muhibirini cinayet davası üzerine hüküm vukuundan sonra öğrenmiş ise tazminat davası hakkı sakıt olmayıp işbu davayı hukuk-ı adiyeye mahsus mehakimde rüyet ettirecektir. ikame-i davada müddei veya müddeaaaleyh sıfatında bulunmamış olanların tazminat davaları olduğu halde hukuk-ı adiyeye mehakimine müracaatla rüyet ettirirler.

294 — Kendisine azvolunan töhmetden kanunen tebriye-i zimmet etmiş olan bir şahıs yine o töhmet için bir daha tevkif ve itham olunamaz.

295 — Müttehem tebriye-i zimmet etmişken ibraz olunan evrak mealinden veyahut şahitlerin vukubulan şahadetinden evvelki azvolunan töhmete tealluku olmayan bir töhmeti mürtekip olduğu esna-yı muhakemede anlaşılırsa reis müttehemin evvelki azvolunan töhmetden beriüz-zimme olduğunu beyan ile beraber ikinci töhmet için tahkikat icrasını emrecek ve binaenaleyh 86. maddede tayin olduğu üzere müttehemi celp ve ihzar veya tevkif müzekkeresiyle töhmet-i hadise için yeniden müstantik huzuruna irsal eyleyecektir. Bu muamele ancak müttehemin töhmet-i hadise için taht-ı istintak ve muhakemeye alınması lazım geleceğini müddeiumumi esna-yı muhakemede beyan etmiş olursa icra olunabilecektir.

296 — Müttehemin iddia olunan fiili mürtekip olduğuna hükümlenmişse mahkemeye müddeiumumi tayin-i mücazat iddianamesini ve müdde-i şahsi dahi istirdad-ı emval ve tazminat istidasını takdim edecektir.

297 — Reis, müteheme, müddeiumuminin derece-i cezaya müteallik iddiasına müdafa için söyleyeceği bir şey olup olmadığını sual edecektir. Ne müttehem ve ne de vekili fiilin aslı olmadığına dair def'a (156) tasaddi edemeyip ancak efal-i memnuadan olmadığı ve kanunen cerayimden madud bulunmadığı veya müddeiumuminin tayini, talep ettiği mücazayı istilzam etmeyeceği veyahut müdde-i şahsi tazminat itasına mahal olmadığı veyahud istenilen tazminat fahiş bulunduğu hususlarına dair müdafa edebilecektir.

(156) Def'a : Müdafaya.

298 — Müttehemin mürtekip olduğuna dair hüküm olunan fiil kanun-ı cezada efali memnuadan olmadığı takdirde mahkeme müttehemin adem-i mesuliyetine hükmeder.

299 — Müttehemin mürtekip olduğu fiil efali memnuadan ise mahkeme netice-i muhakemede vezai fi dahilinde olmadığı anlaşılmış olsa bile mücazat-ı kanuniyesini tayin ve tahdid eder. Bir kac cinayet ya cünha birleşmiş olduğu halde yalnız en ağır ceza-yı istilzam eden cürme terettüp eden mücazat tayin olunur.

300 — Müttehem gerek beriüz-zimme ve gerek mahkum bulunsun veya gayr-i mesul olsun mahkeme müdde-i şahsi veya müttehem tarafından iddia olunan tazminat davasını tetkik ve hüküm ile miktarını asıl dava için vereceği ilamda tasrih edecek veyahut 292. maddede beyan bulunduğu vechile tarafeyni istima ve ellerinde bulunan evrakı muayene ile netice-i tetkikatını bâtakrir (157) mahkemeye arzulemek üzere azadan birisini memur eyleyecektir. Mahkemede tevkif olunmuş eşya varsa sahibine iade olunmasını dahi emreder. Fakat müttehem mahkum olmuş ise eşya-yı mevkufe sahibi tarafından mahkumunaleyh temyiz istidası mühletini geçirmiş idiği veyahut temyiz istidası icra olunup maslahat katiyyen faysalpezir olmuş olduğu isbat olunmadıkça iade olunamayacaktır.

301 — Müttehemin mazur olduğu tahakkuk eylediği takdirde mahkeme kanunen mazeretini ilam eyleyecektir.

302 — Müttehem ve müdde-i şahsiden hangisi haksız çıkarsa hasmının ve devletin dava masarısını tediye ve tazmin eder.

303 — Mevadd-ı sabıkada beyan olunan muamelatın icrasından sonra reis ve aza yine müzakere odasına çekilerek tarafeynin iddia ve müdafası hakkında ita-yı rey edeceklerdir. Fakat hüküm mevki-i muhakemede hazır olan halkın ve müttehemin huzurunda reis tarafından cehren tefhim olunur. Reis hükmü beyan ile beraber kanunun hangi maddesine tatbik olunmuşsa onu dahi kıraat eder. Zabıt katibi hüküm-i vakii tahrir ve zabt edip biibaretiha (158) madde-i kanuniyeyi dahi derceder. Hilafında hareket eylerse iki lira ceza-yı nakdi ile mahkum olur.

304 — Hüküm-i vakiin müsveddesi hüküm-i mezkûru veren reis ve aza tarafından imza olunur. Müsvedde-i mezkûre azaya imza ettirilmezse zabıt katibinden beş lira ceza-yı nakdi alınır. Ve indel-icah gerek reis ve aza ve gerek zabıt katibi aleyhinde iştikâi anil hükkam

(157) Bâtakrir : Takrir ederek, anlatarak.

(158) Biibaretiha : İbaresıyla.

hakki dahi istima olunabilir. Müsvedde hükmün tefhiminden itibaren 24 saat zarfında imza olunmak iktiza eder.

305 — Reis hükmü tefhimden sonra iktiza-yı hale göre mücrime sabır ve metanet göstermeyi veya tashihi meslek eylemeyi nasihat edebilir. İlamın evrak-ı dava ile beraber lieclit-temyiz (159) mahkemey-i temyize gönderileceğini ve bir diyeceği varsa evrak ile birlikte gönderilmek üzere bir hafta zarfında bir layiha verebileceğini mahkumunaleyhe ihtar edecektir.

306 — Zabıt katibi usul-i muhakemece muayyen olan muamelelatın icra olunduğunu zabıt varakasına işaret edecektir. İşbu zabıt varakasında müttehemlerin verdikleri cevaplar ve şahitlerin vaki olan şahadetleri derc olunmayıp fakat şahitlerin ifadelerinde görülen tenakuz ve tagayyürat 269. maddenin hükmünce işaret edilecektir. Zabıt varakası reis ile zabıt katibi tarafından imza veya temhir edilecektir. İşbu madde ahkâmına riayet olunmadığı halde muamelelat-ı vakia keenlemeyekün hükmünde addolunur. Zabıt varakası tutulmadığı ve işbu maddenin üçüncü fıkrasının hükmü icra kılınmadığı takdirde zabıt katibinden yirmi yüzlük altını ceza-yı nakdi alınır.

307 — Mahkumunaleyh mahkeme-i temyize gönderilmek üzere layiha verecek olduğu halde mahkeme kalemine sekiz gün zarfında teslim eylesmesi lazım gelir. Mühlet-i mezkûre zarfında müddei-umumi ve müdde-i şahsinin dahi birer layiha itasına hakları vardır. Fakat müdde-i şahsinin layihası ancak kendi hukuk-ı şahsiyesine at olmak lazım gelir. Mahkeme-i temyizın kararına talikan hükm-i vakiin icrası tehir olunur.

308 — Mahkeme-i temyiz, temyizen rüyet eylediği cinayat ilâmâtını tasdik eylediği halde müdeiumumiye tebliğinden üç gün zarfında hükmü icra olunur. İlamat-ı mezbureden idama dair olanlar Ceza Kanunnamey-i Hümayûn'un 16. maddesi mucibince irade-i seniyenin sudurundan sonra mevki-i icraya konulur.

309 — Mücrim bazı şeyleri beyan etmek istediği halde hükmün icra olunacak mahall-i mahkemesi azasından biriyle zabıt katibi takririni ahz ve tahrir ederler.

310 — Hükm-i vakiin icra olunduğuna dair tutulacak zabıt varakası zabıt katibi marifetiyle 24 saat zarfında hüküm ilamı kaydının altına tahrir ve imza edilir ve zabıt varakası hamışine (160) da-

(159) Lieclit-temyiz : Yemyiz için.

(160) Hamış : Zabıt varakasının alt kısmına düşülen not.

hi kayıt olunduğu keyfiyeti işaret olunup kezalik ziri (161) imza edilir. Mevadd-ı muharrerenin hilafı hareket vukuunda zabıt kati- binden iki Osmanlı Lirası ceza-yı nakdi alınır. İşbu zabıt varakası kaydı biaynihi aslı gibi mamülün bih (162) tutulur.

311 — Esna-yı muhakemede gerek bazı evrak ve eşyanın dela- letiyle ve gerek şahitlerin şahadetiyle müttehem in itham olunduğu cinayatten başka cinayat ile dahi müttehem olduğu anlaşıldığı ve işbu yeni zuhur eden cinayat evvelki cinayetlerin müstelzim ol- duğu mücazattan şedit cezaları istilzam eylediği veyahut müttehe- min taht-ı tevkifte şerik-i töhmetleri bulunduğu takdirde mahkeme, müttehem in aleyhinde zuhur eden yeni cinayetler için işbu kanun- name ahkamına tevfikân ikame-i dava olunmasını emredecektir. İş- bu iki surette dahi müddeiumumi evvelki cinayetlerden dolayı müt- tehem in aleyhinde vaki olan hükmün icrasını yeni cinayetler için vukubulacak muhakemenin hitamına kadar tehir eyleyecektir.

312 — Mehakim-i cezaiyeden verilen ilâmâtın kuyud-ı defatiri (163) ve müsveddeleri hangi mahkemeye müteallik ise o mahke- menin evrak mahzeninde hıfz olunacaktır.

Bab-ı Salis

İlâmâtın Usul-i Temyizine Dairdir.

Fasl-ı Evvel

Tahkikat ve İlâmâtın Nakzını İstilzam Eden Ahvale Dairdir.

313 — Cinayet ve cünha ve kabahata dair son derecede veril- miş olan ilâmât ve bu ilâmâtın müteallik olduğu deavi hakkında sebkât eden muamelat (164) ve tahkikat âtiüz-zikr ahvalde istida üzerine nakz olunabilir.

Fıkra-ı üla

Cinayete Dairdir.

314 — Müttehem aleyhinde hükmolupta gerek heyet-i ithamiye kararında ve gerek mahkeme-i cinayet huzurunda icra kılınmış olan tahkikat ve muhakematda veyahut hüküm ilamında adem-i icras; işbu kanunname hükmünce mefsuhiyeti müstelzim olan muamela- tın birinde veya bir kaçında hilaf-ı kanun hüküm ve zühül (165),

(161) Zir : Alt.

(162) Mamülün bih : Kendisi ile amel edilen.

(163) Kuyud-ı defatir : Defter kayıtları.

(164) Sebkât eden muamelat : Yapılan muameleler.

(165) Zühül : Fazla yorulma sebebiyle unutup yanılma.

vukuu ilâmın mefsûhiyetini müstelzim olacağı gibi mefsûhiyeti icap eden sebab-i evvelin vukuu tarihinden sonra cerayan eylemiş olan muamelatın dahi mefsuhiyetini mucip olur. Mahkemenin adem-i selahiyeti nakz-ı hükmü istilzam edeceği gibi müttehemin veyahut müddeiumuminin kendilerine kanunen verilmiş olan bir hak ve selahiyeti istimal için vaki olan metalibinden (166) biri veyahut birkaçı üzerine zuhulen veyahut reddet beyan-ı rey olunmasından dolayı dahi muamele-i matlubenin adem-i icrası mucib-i nakz olduğuna dair kanunen sarahat olmasa bile nakzı müstelzimidir.

315 — Müttehemin beraat-ı zimmeti halinde bu hükmü mutazammın olan ilâmın ve muamelat ve tahkikatını temyizden nakzını beraat hükmüne hâlel gelmemek şartıyla mücerret kanunun hüsn-i cereyanını teminen müddeiumumi tarafından iddia olunabilir.

316 — Mefsûhiyet, ilamda hükmolunan cezanın mebhusun anı (167) olan cinayet için muayyen olan mücazat-ı kanuniyenin gayri olmasından münbais ise o halde ilâmın nakzı mahkumunaleyh tarafından iddia olunabileceği gibi müddeiumumi tarafından dahi talep olunabilir ve 298. maddede beyan olunan adem-i mesuliyet hükmü kanunen fıkdan-ı cezaya (168) mübtteni olduğu ve meahaza (169) mücazat-ı kanuniye mevcut bulunduğu halde nakz iddiası müddeiumumiye aiddir.

317 — İlamda hükmolunan ceza, kanunun o cinayet hakkında tayin eylediği ceza olupta ibare-i kanuniyenin ilamda yanlış zikrolunmasından dolayı tarafeynden hiç birinin nakz-ı ilâmı iddiaya selahiyeti yoktur.

318 — Hiç bir halde müdde-i şahsi beraat kararının veyahut adem-i mesuliyet ilâmının nakzını iddia edemez. Fakat o makule ilamda beraat veyahut adem-i mesuliyetine hükmolunan tarafın iddia eylediği miktardan ziyade müdde-i şahsi aleyhine tazminat hükmolunmuş ise ilâmın yalnız bu cihetinin nakzı iddiasına müdde-i şahsinin selahiyeti vardır.

Fıkra-i Saniye

Cünha ve Kabahata Dairdir.

319 — 314. maddede beyan olunan suver-i feshiye cünha ve kabahata müteallik deavide dahi caridir. Gerek aleyhinde cünha ve

(166) Metalib : Talepler.

(167) Mebhususun anı : Bahse konu olan, sözü geçen.

(168) Fıkdan-ı ceza : Cezanın yokluğu.

(169) Meahaza : Bununla birlikte.

yahut kabahat davası ikame edilen şahsın ve gerek müddeiumumi ve müdde-i şahsinin beraet veya adem-i mesuliyet veyahut mahkûmiyete müteallik ilamat dahi müstesna tutulmayarak katiyen verilmiş bilcümle ilâmâtının nakzını iddiaya selahiyeti vardır Şu kadar ki müttehemnin beraat-ı zimmetine veya adem-i mesuliyetine hükmolunmuş ise kendisinin müdafasını temin için vaz'olunan usul-i muhakeme ahkâmına adem-i riayet veya zühul vuku bulduğu bahanesiyle aleyhine ikame-i dava edemez.

320 — 317. maddenin hükmü cünha ve kabahata müteallik mevadda dair son derecede verilen hüküm ve kararlar hakkında dahi caridir.

321 — Mahkeme-i temyiz veya liva bidayet mahkemesi veyahut mahkeme-i istinaf, muamelât-ı tahkikiyeden birinin mefsûhiyetini hükmettiği takdirde yeniden başlatılacak muamelâttan mütevellit masarifin mefsûhiyetine sebep olan müstantık veya sair memur tarafından tediye olunmasını dahi emredebilir. Ancak bu emir, mefsûhiyetin hatayât-ı cismiyyeden (170) münbahis olduğu ahvalde ve işbu kanunnamenin mevki-i icraya konulduğu tarihten iki sene sonra vuku bulan mefsûhiyetler hakkında sadır olabilir.

Fasl-ı Sani

Temyiz-i İlâmât İstidalarına Dairdir.

322 — Cinayete müteallik ilâmât istidaya hacet olmayarak resen ve resmen temyiz olunur. Cünha ve kabahate müteallik ilamatın temyizi ise istidaya mevkuftur (171). Kabahat ve cünhaya müteallik ahkâm-ı idâdiye ve tahkikiye (172) ve yine bu kabilden olup son derecede verilen hükümler aleyhinde temyiz istidası davanın ilâm-ı kat'isinden sonra mesmu olabilir. O makule karar-ı idâdilerin mahkûm tarafından bil-ihtiyar icra edilmiş olması temyiz istidasını redde sebep olamaz. Bu maddenin hükmü mahkûmun selahiyetine dair verilen hükümlere şamil olmayıp bu makule ahvalde ve ilam-ı kat'isinin sudurununa intizar olunmak lazım gelmez. Cinayet deavisinde dahi adem-i selahiyet iddiası (173) kabahat ve cünhaya müteallik selahiyet iddiası hakkında olan ahkâma tâbidir.

323 — Cünha veyahut kabahata dair olan temyiz istidanamesi mahkumunaleyh tarafından hükmün tarih-i tefhiminden itibaren

(170) Hataiyât-ı cismiye : Cismi hatalar.

(171) İstidaya mevkuftur olma : Dilekçeye bağlı olma.

(172) Kabahat ve cünhaya müteallik ahkâm-ı idâdiye ve tahkikiye : Kabahat ve cünhalarla ilgili soruşturma ve hazırlık hükümleri.

(173) Adem-i selahiyet iddiası : Yetkisizlik iddiası.

8 gün zarfında mahkeme katibine verilir. Ve mahkumunaleyh ve mahkeme katibi tarafından imza olunur. Müsted'i (174) imza eylemek istemez veyahut edemez ise keyfiyet katip tarafından istidanameye işaret olunur. Ve bu istidaname yine bu kaideye tevfikan mahkumunaleyhin vekili tarafından dahi verilebilip bu halde vekaletname istidanameye rabtolunmak lazım gelir. İstidanimeler defter-i mahsusuna kaydolunacak ve bu defter daima açık tutulup herkes istediği kaydın suretini alabilecektir.

324 — Cünha yahut kabahate dair son derecede verilen hükümler aleyhinde temyiz iddiası ya müdde-i şahsi veya müddeiumumi tarafından icra olunduğu halde istidaları madde-i sabıkada beyan olunduğu vechile kaydedildikten başka müddeialeyh tarafına tebliğ olunur. Müddeialeyh mevkuf olmadığı surette (175) temyiz istidamesi mahkeme katibi tarafından kendisine kıraat olup imza ettirilecek ve etmek istemez veya edemez ise keyfiyet istidanameye işaret edilecektir. Müdde-i aleyh mevkuf olmadığı takdirde istidaname mübaşir marifetiyle müddei tarafından müddealeyhin zatına veyahut intihap (176) ettiği ikametgahına tebliğ olunacak ve bu halde mehl-i muayyen üzerine beher mirya metre (77) için iki gün zam-meyleyecektir.

325 — Temyiz iddiası edecek müdde-i şahsi istidanesine hüküm ilamının bir suret-i musaddıkasını (178) rabteteğe mecburdur. Ve ilam müvaceheten (179) verilmiş ise beş ve giyaben verilmişse ikibuçuk Osmanlı Lirası ceza-yı nakdi olarak mahkemeye tevdi etmedikçe iddiası mesmu olamaz.

326 — Ceza-yı nakdi tevdiinden, evvelen cinayet ile mahkûm olanlar, saniyen idare-i mülkiyeye ve arazi ve varidat-ı miriyeye müteallik mesalih için dava eden memurlar muaf ve müstesnadırlar ve bu istisna haricinde bulunan eşhas hakkında ceza-yı nakdi, temyiz davasında haksız çıkan tarafa aiddir. Nısıf (180) Osmanlı altınından aşağı vergisi olduğuna veya hiç vergisi olmadığına veyahut fakir ve bıkudret bulduğuna dair hükümet-i mahalliye tarafından müsaddak şahadetname istihsali ile istidanesine rabt edenler dahi temyiz istidası için ceza-yı nakdi tevdiinden muaftırlar.

327 — Hapis cezasıyla mahkûm olanların hal-i mahbusiyette

(174) Müsted'i : Dilekçe sahibi.

(175) Müddeialeyh mevkuf olmadığı surette : Sanık tutuklu değilse.

(176) İntihap : Seçme.

(177) Mirya metre : Bkz. m. 95.

(178) Suret-i musaddıka : Tasdikli suret.

(179) Müvaceheten : Yüze karşı.

(180) Nısıf : Yarım.

buldukları veyahut kefalete rabtile salıverilmiş oldukları sabit olmadıkça temyiz istidaları mesmu olamaz. Hapis veya bilkefale tahliye-i sebil varaka-i resmiyesi temyiz istidanamesine merbut bulunmak lazımdır. Şu kadar ki temyiz iddiası mahkemenin adem-i selahiyetinden naşi ise müstedinin müracaatı makbül olmak için mahkeme-i temyizin bulunduğu mahall-i tevkifhanesinde kendi istidasıyla mahbus bulunduğunu isbat etmesi dahi kafidir. Bu makuleler mahkeme-i mezkurede bulunan baş müddeiumumiye istidaname verip onun işareti üzerine hapishane idaresi tarafından kabul olunabilecektir.

328 — Mahkûmunaleyh veya müdde-i şahsi ya temyiz istidasını verdiği sırada veyahut ondan sonra mürur eden on gün zarfında temyizi talep olunan hükmü veren mahkeme-katibine temyiz istidasını mucip olan esbabı havi layiha verebilecektir. Ve katib-i mahkeme kendisine bir ilmühaber itasıyla beraber layihayı dahi derhal müddeiumumiye teslim edecektir.

329 — Temyiz istidanamesi verildiği tarihten itibaren nihayet 10 gün sonra müddeiumumi evrak-ı davayı ve tarafeynin arzuhal-leri var ise onları Adliye Nezareti'ne gönderecektir. Temyizi talep olunan hükmü veren mahkemenin katibi evrak-ı davanın bila-harç (181) bir defterini yapıp ilâma rabtedecek ve hilafı halinde üç altın ceza-yı nakdi itasına mahkeme-i temyizde hükmolunacaktır.

330 — Adliye Nezareti işbu evrakı ahzinden itibaren 24 saat zarfında mahkeme-i temyize gönderecek ve keyfiyeti evrak-ı mezkureyi göndermiş olan memura bildirecektir. Mahkûmunaleyh olanlar arzuhallerini ve ilâm ile temyiz istidalarının esbab-ı mucibe varakasının suretlerini doğruca mahkeme-i temyiz kalemine dahi ita edebileceklerdir.

331 — Mahkeme-i temyiz her nevi cinayet ve cünha ve kabahate müteallik mevadda temyiz istidalarını işbu fasılda beyan olunan mehlin inkızasından nihayet bir ay zarfında rüyet etmeye mecburdur.

332 — Mahkeme-i temyiziye istidanın mesmu olup olmayacağına dair evvel emirde bir ilam-ı mahsus itasına hacet kalmaksızın hükm-i ilamı tasdik veya nakzeder (182).

333 — Mahkeme-i temyiz cünha veyahut kabahate müteallik bir madde üzerine verilmiş bir ilamı nakzettiği halde davayı ilam-ı mefsuhu vermiş olan mahkemeye veyahut o derecede bulunan diğer bir mahkemeye havale eder.

(181) Bila harç : Harçsız.

(182) Nakzetme : Bozma.

334 — Mahkeme-i temyiz cinayete müteallik bir ilamı nakzederse atîüz-zikr mevadd-i seb'ada (183) beyan olunan ahkama tevfik-i muamele edecektir.

335 — Mahkeme-i temyiz, cinayete müteallik deaviyi madde-i sabıkada beyan olunan ilam-ı menkuz (184) gerek 254. maddede tadat edilen esbaba (185) ve gerek mefsuhiyet hükmü istilzam eder ahvale müteallik bir hataya mebni nakzolunmuş olsun ilam-ı menkuzu veren mahkemeye veyahut onun derecesinde bulunan diğer bir mahkemeye ve eğerçi yalnız hukuk-ı şahsiye cihetinden dolayı nakzolunmuş ise müteallik olduğu hukuk-ı adiyeye mahkemesine havale eder. Ve eğerçi ilâm adem-i selahiyet sebebiyle nakzolunur ise mahkeme-i temyiz davayı ait olduğu mahkemeye havale eder.

336 — Mahkeme-i temyiz bir ilamı nakzedipte davayı rüyet ettirmek üzere bir mahkeme-i iptidaiye veyahut istinafiyeye havale etmek lazım geldiği halde ilamın nakzı kararını müteakiben işin merci-i rüyetini dahi müzakere-yi mahsusa ile kararlaştırıp keyfiyeti vereceği ilâmda zikir ve tasrih edecektir.

337 — Bir ilam nakzolunupta ita etmiş olan mahkemeye iade olunur ise o halde lüzum görülecek tahkikat-ı cedidenin (186) evvelki müstantikler marifetiyle icrası caiz değildir.

338 — Mahkeme-i temyiz bir cinayet davasını hangi mahkemeye havale ederse o mahkeme o davaya bizzat rüyete mecbur olup başka mahkemeye havale edemez.

339 — İlâm, nakz ve havale olunupta irtikap olunan fiilde henüz itham olunmamış şerik-i töhmet bulunduğu halde mahkeme bir müstantiki ve müddeiumumi muavinlerinden birini tayin edip bunların herbiri memuriyetlerince icabeden tahkihatı icra edecek ve evrak-ı tahkikiyeyi mahkemeye ita ve mahkeme dahi evrak-ı mezkûre üzerine töhmette müşarık (187) addolunanların heyet-i ithamiyeye gönderilmeleri lazım gelip gelmeyeceğine hükmeleyecektir.

340 — İlâm, cürmün nevi için kanunen muayyen olan cezanın gayri bir ceza hükmolunmasından dolayı nakzolunmuş ise cezanın nevi ve derecesi tashih olunur. Eğer başka bir sebebe mebni nakzolunmuş ise o halde mahkeme yeniden icra-yı muhakeme eder. Fes-

(183) Atîüz-zikr mevadd-ı seb'a : İleride (âtide) zikredilecek yedi madde.

(184) İlâm-ı menkuz : Bozulmuş hüküm.

(185) Tadad edilen esbab : Sayılan sebepler.

(186) Tahkikat-ı cedide : Yeni soruşturma.

(187) Töhmette müşarık : Suçlamada ortak.

hini istilzam eden hal, ilamın ahkâm-ı münderecesinden bazısını ihlal ediyorsa o halde mahkeme-i temyiz ilamın yalnız muhtel olan hükümlerini nakzedip bakisine dokunmayacaktır.

341 — Mahkûmiyeti nakzolunupda mahkeme-i cinayetde yeniden muhakemesi lazım gelen müttehem ya mevkufiyet veyahut mahbusiyet halinde kalarak muhakemesine memur olan mahkeme-i cinayete gönderilir.

342 — Gerek cünha ve gerek cinayet davalarında haksız çıkan müdde-i şahsi beraet-i zimmeti veya kanunen adem-i mesuliyeti sabit olan tarafa masarifini ita ile beraber beş Osmanlı Lirası tazmin vermekle mahkûm olur. Ve bundan başka hükümet için beş Osmanlı Lirası ceza-yı nakdi dahi alınır. İlâm gıyaben verilmiş ise işbu ceza-yı nakdinin yalnız nısfı ahz olunur (188). Hükümet tarafı deavi-yi şahsiyede haksız çıktığı halde yalnız tazminat ita eder.

343 — Bir ilam, kısmen ve külliyan her ne sebebe mebni nakzolunursa olunsun ve metn-i ilamda tevdi olunan ceza-yı nakdinin iadesi tasrih edilmemiş dahi bulunsun temyiz ilamının sudurunu müteakiben vedia-yı mezkûre (189) sahibine derhal reddolunur.

344 — Bir ilamın nakzı için olunan istida reddolunduğu halde bu iddiayı eden taraf ne bahane ve vesile ile olursa olsun o ilam hakkında bir daha nakz davası edemeyecektir.

345 — Nakz istidasını reddeden hükmün mahkeme-yi temyiz ceza dairesi reisi ile baş mümeyyizi tarafından mümza (190) bir sureti mahkeme-i temiz nezdinde bulunan baş müddeiumumiye ita olunur. Ve ondan Adliye Nezaretine ve oradan nakzı iddia olunan ilamı veren mahkemede bulunan müddeiumumiye gönderilir.

346 — Son derecede verilmiş bir ilam, def'a-i evveliyede mahkeme-i temyizde nakzedildikten sonra o dava için tarafeyn evvelki sıfatlarında buldukları halde def'a-i saniye olarak verilmiş olan ilam hakkında evvelki esbattan naşi tekrar temyiz-i dava olunacak olursa mahkeme-i temyiz heyet-i umumiye akdiyle hükmeder. Eğer ikinci ilam, birinci ilamın icap ettiği esbattan naşi yine nakzolunursa davanın havale olunduğu bidayet veyahut istinaf mahkemesi, mahkeme-i temyiz ilamında ittihaz ettiği esas-ı kanuniye ittiba edecektir (191).

(188) Nısfı ahz olunur : Yarısı alınır.

(189) Vedia-yı mezkûre : Zikredilen emanet edilmiş şey.

(190) Mümza : İmzalanmış.

(191) İttiba edecektir : Uyacaktır.

347 — Adliye Nezareti tarafından tahriren (192) verilen emri kat'i üzerine mahkeme-i temyizde bulunan baş müddeiumumi kanuna muhalif muamelat-ı tahkikiye vukua gelmiş veyahut ilamat verilmiş olduğunu mahkeme-i temyizcin ceza dairesine haber verirse o makule muamelat ve ilamat nakzolunacağı gibi bunu yapan zabıta-i adliye memurlarıyla hükkâm (193) işbu kitabın dördüncü babının üçüncü faslı mucibince mesul tutulacaklardır.

348 — Mèhakim-i cezaiyeden son derecede verilen bir ilâm şayan-ı nakz olduğu halde tarafeynden hiçbir müddet-i muayyenesi zarfında iktiza eden iddiayı etmemiş bulunsa bile mahkeme-i temyiz nezdinde bulunan baş müddeiumumi inkiza-yı müddete bakmayarak keyfiyeti resen mahkemeye haber verebilir. Ve o halde o ilâm nakzolunsa dahi tarafeyn bu mefsuhiyetden bilistifade icra-yı ahkâmına itiraz ve muhalefet edemeyeceklerdir.

Fasl-ı Salis

Cinayet ve Cünha Davalarının İade-i Muhakematına Dairdir.

349 — Bir adama katli cinayeti isnat olunup aleyhine hüküm olunduktan sonra maktüliyeti iddia olunan (194) şahsın berhayat (195) bulunduğuna delalet edecek emarat-ı kafiye (196) zuhur ederse veyahut bir adam bir cünha veya cinayet için mahkum olduktan sonra diğer birisi aleyhine başka bir ilam ile o cürmün faili olmak üzere hükmedilmiş bulunur ve bu iki ilam yekdiğerleriyle telif olunamayipta bu tezatları mahkumiyetden birinin masumiyetine delalet eylesse veyahut esna-yı muhakemede şehadeti mesmu olmuş olanlardan biri aleyhine badel-hüküm dava olunupta o şahit o davada şehadet-i kazibe (197) etmiş olmakla mahkûm olur veyahut birinin kamilen veya kısmen hukuk-ı medenisinden sukutuna (198) hükmolunmuş bulunursa iade-i muhakeme istida olunabilir. Ve iade-i muhakeme şehadet-i kazibeden münbais olursa (199) şehadet-i kazibe ile mahkûm olan şahidin o davada istimalı caiz olmaz.

350 — İade-i muhakeme talep etmek evvela Adliye Nazırı'na saniyen mahkumunaleyhe salisen mahkumunaleyhin vefatından

(192) Tahriren : Yazılı olarak.

(193) Hükkâm : Hakimler.

(194) Maktüliyeti iddia olunan : Öldürüldüğü iddia edilen.

(195) Berhayat : Hayatta.

(196) Emarat-ı kafiye : Kafi emareler.

(197) Şehadet-i kazibe : Yalan şahitlik.

(198) Kamilen veya kısmen hukuk-ı medeninın sukutu : Tamamen veya kısmen medeni haklardan yasaklılık.

(199) Münbais olma : Doğma.

sonra verese ve akrabasına ve kendi tarafından bâvasiyet tevkil olunanlara (200) aittir. Cünhaya müteallik muhakematın iadesi ancak mahkumunaleyhin hapsine hükmolunmuş olduğu halde caiz olabilir. Alel-ıtlak iade-i muhakemeye müteallik ahvalde Adliye Nazırı ya tarafeynin istidası üzerine veyahut resen mahkeme-i temyiz nezdinde bulunan baş müddeiumumiye emir verip o dahi cinayet dairesine iade-i muhakeme olunmasını talep eder. İlamât-ı mütezâdde (201) dolayı tarafeynden vukubulacak iade-i muhakeme istidası evvelki ilâm ile nâkâbil-i telif (202) olan ilam-ı saninin ve şehadet-i kazibeden (203) dolayı vaki olacak iade-i muhakeme istidası şehadet-i kazibe hakkındaki hükmün suduru tarihinden itibaren 2 sene zarfında vuku bulmamışsa kabul olunmayacak ve muhakemesinin iadesi talep olunan ilâmâtın icrası Adliye Nazırının emriyle mahkeme-i temyiz kararına kadar bihakkın tehir olunacak ve mahkeme-i temyiz iade-i muhakemeye lüzum gördüğü takdirde iade-i muhakemeye hükmetmekle beraber ilâmâtın tehir-i icrasını dahi emredecektir.

351 — Mahkeme-i temyiz iade-i muhakeme talebini kabul ettiği halde eğer dava muhakemeye girişilecek halde değilse mahkeme-i temyiz ya bizzat veya bilvasıta esas maslahat hakkında icra-yı tahkikat edecek ve icap edenleri muvacehe (204) ve istintak (205) ve hüviyetlerini tashih velhasıl hakikat-ı halin meydana çıkmasına medar olacak vesaili (206) istihsal edecektir. Ve eğer dava muhakemeye girişilecek halde olur ve bilmuvacehe muhakeme icrası kabul olduğu taayyün ederse mahkeme-i temyiz ilamları nakzederek müttehem veya maznununaleyhlere edilecek sualleri tertip ve tayin ile beraber kendilerini ibtida davalarını rüyet etmiş olan muhakemeye veyahut bunun gayri münasip görülecek bir mahkemeye irsal edecektir.

352 — Davada zimedhal olanların (207) cümlesinin mahkeme huzuruna çıkması mümkün olmadığı ve alel-husus (208) mahkumunaleyhlerin veya içlerinden biri vefat veya gaybubet ettiği veya dava veyahut ceza müruruzaman ile sakıt olduğu halde mahke-

(200) Bâvasiyet tevkil olunanlar : Vasiyetle vekil tayin edilenler.

(201) İlamât-ı mütezâdde : Birbirine zid ilamlar.

(202) Nâkâbil-i telif : Telifi mümkün olmayan.

(203) Şehadet-i kazibe : Yalan şahitlik.

(204) Muvacehe : Yüzleştirme.

(205) İstintak : Sorguya çekme.

(206) Vesail : Vesileler.

(207) Davada zimedhal olanlar : Davaya katılmış olanlar.

(208) Alel-husus : Hususiyle, en çok.

me-i temyiz ilam nakzına ve davayı başka mahkemeye havaleye hacet bırakmaksızın müdde-i şahsiler varsa onların ve kendi tarafından müteveffa mahkumunaleyhlerin her biri için tayin olunacak vekillerin huzurunda davayı rüyet edecek ve vefat etmiş olan mahkumunaleyhler hakkında bigayrîhakkın hükmolunmuş ise bu hüküm nakz ile namus ve haklarını iade eyleyecektir.

353 — 349. maddede tasrih olunan halde, yani bir adama katl cinayeti isnat olunupta maktuliyeti iddia olunan şahsın berhayat olduğuna dair emarat-ı kafiye bulunur ve o cinayet ile mahkum olan şahıs berhayat olupta kendisine isnat olunan fiil ne cinayet ve ne de cünhadan madut bulunmazsa artık iş başka bir mahkemeye havale olunmayıp o şahıs salıverilir.

Bab-1 Rabi

Usul-i Muhakemeye Müteferri Bazı Hususat Beyanındadır.

Fasl-1 Evvel

Sahteliğe Dair Davalar Beyanındadır.

354 — Evrakın sahteliğine dair dava vukuunda sahte olduğu iddia olunan evrak, mahkemeye ibraz olunduğunu müteakiben her sahifesine mahkeme katibi tarafından imza ve numara vaz'olunarak ve ibraz eden şahsa dahi yazısı olduğu halde imza ettirilerek ve evrak-ı mezkûrenin tafsil halini ve ibraz eden şahsın imza edip etmediğini mübeyyin mahsus bir zabıt varakası tanzim edilerek mahkeme kaleminde hifzettirilecek ve bu muameleye riayet etmeyerek evrak-ı mezkûreyi kabul eden mahkeme katibinden iki lira ceza-yı nakdi ahzolunacaktır.

355 — Sahte olduğu iddia olunan evrak bir daire-i resmiyeden getirildiği halde ita eden memur dahi madde-i sabıka mucibince imza ve numara vazedecek ve bu muameleye riayet etmezse iki lira ceza-yı nakdi itasına mecbur olacaktır.

356 — Sahteliği iddia olunan evrak gerek zabıta-ı adliye memuru ve gerek hazır buldukları halde müdde-i şahsi veyahut vekili canibinden ve hin-i ihzarında (209) maznununaleyh tarafından dahi imza kılınacak ve içlerinde imza etmek istemeyen veyahut edemeyen varsa keyfiyet zabıt varakasında zikrolunacak ve bu babta ihmal ve müsamaha vukuunda mahkeme katibinden iki lira ceza-yı nakdi ahzolunacaktır.

(209) Hin-i ihzar : Hazır edildiği zamanda.

357 — Sahte olduğu iddia veya ihbar olunan evrak vaktiyle resmi bir hüküm ve muameleye esas ittihaz olunmuş olsa bile yine sahte olduğuna dair aleyhinde iddia ve ihbar caiz olur.

358 — Her sahte olduğu iddia veya ihbar olunan evrak, herhangi idare ve şahıs nezdinde bulunursa bulunsun müddeiumumi veyahut müstantıklardan birinin tahriren talebi üzerine evrak-ı mezkûreyi, hamili, bir makbuz senedi alarak teslimine mecbur olup vermeyenler hapis dahi olunabilecektir. İşbu talepname ile makbuz senedi hamilini evrakın sahibine karşı mesuliyetden kurtaracaktır.

359 — Mukabele ve tatbik için mahkeme kalemine teslim olunan evrak hakkında dahi sahteliği iddia veya ihbar olunan evrak hakkında mevadd-i selase-i anife (210) ahkâmınca yapılması lazım gelen muamele icra kılınacak ve icra kılınmadığı halde mevadd-i mezkûrede tayin olunan mücazat icra olunacaktır.

360 — Mukabele ve tatbik için ibrazı lazım gelen evrak hangi idarede bulunursa bulunsun verildiği halde memurinin (211) hapsi derecesine kadar gidilecek ve talepname ile makbuz senedi sahibine karşı memurini mesuliyetden kurtaracaktır.

361 — Bir sened-i resminin celbi lazım geldikte hangi idare ve şahsın yedinde bulunursa bulunduğu mahallin mahkemesi reisi tarafından musaddak bir suretini aldıkta teslim edecek ve keyfiyet-i tasdik mahkemenin zabıt varakasına kaydolunacaktır. Ancak talep olunan senet, bir defter dahilinde bulunupta tefriki (212) kabil olmazsa suret itasından sarfınazar olunarak defter-i mezkûr celbolunabilecektir.

362 — Evrak ve senedat-ı gayr-i resmiye dahi tarafeynden kabul ve tasdik olunduğu halde lieclit-tatbik ibraz olunabilir. Ancak memurlardan olmayıpta bu misillü evrak ve senet yedlerinde bulunduğunu (213) itiraf edenler bile tesliminden imtina ettikleri halde derhal icbar olunamayıp bir kere mahkeme huzuruna celp ile sebep-i imtinaları (214) makbul olmadığı tebeyyün eylediği halde senedin ahzı için muamele-yi hapsiye icrası emrolunabilir.

363 — Şahidler davaya müteallik olan evrak ve senedat hakkında bir ifadeleri vuku bulduğu halde evrak-ı mezkûreyi imza ey-

(210) Mevadd-ı selase-i anife : Biraz önce zikredilen üç madde.

(211) Memurin : Memurlar.

(212) Tefrik : Ayırma.

(213) Yedinde bulunma : Elinde olma.

(214) Sebeb-i imtinaları : Çekinme sebepleri.

leyeceklerdir. Ve imza edemedikleri halde keyfiyet zabıt varakasında zikrolunacaktır.

364 — Bir davanın hın-i tahkik ve muhakemesinde tarafeynden biri ibraz olunan bir senedin sahte olduğunu iddia ederse sened-i mezbûru istimal edip etmeyeceğini hasmına sual eyleyecektir.

365 — Bu sual üzerine eğer sahte olduğu itiraz olunan bir senedin istimal olunmayacağı cevaben beyan olunur veyahut sekiz güne kadar hiç bir cevap verilmezse sened-i mezkûr nazarı itibara alınmayarak tahkikat ve muhakemata devam olunacaktır. Ve istimal kılınacağı (215) beyan olunursa senedin sahte olduğu davası esas davayı rüyet eden mahkemede dava-yı hadise kabilinden olarak rüyet olunacaktır.

366 — Senedin sahte olduğunu iddia eden kimesne senedin sahtekarı veyahut muini ibraz eden şahıs olduğunu iddia eder veya netice-i muhakemeden sahtekar veyahut muininin berhayat olduğu tebeyyün eder ve müruruzaman ile ikame-i dava hakkı dahi sakıt olmamış bulunursa maslahat, cinayet davası hakkında cari olan usule tevfiikan rüet olunur. Fakat esas dava hukuk-ı şahsiyeye mebni olduğu halde muhakemesi sahtekarlık maddesi hakkında hüküm terettüp edinceye kadar teahhur eder (216). Eğer esas dava cinayet ve cünha veyahut kabahatden mütevellit ise onu rüyet eden mahkeme müddeiumumiye istima ettikten sonra asıl davayı tehir edip etmeyeceğine evvel emirde karar vermeye mecburdur.

367 — Maznununaleyh veyahut müttehemden yazısı istenilir ve mahkeme huzurunda bir iki satır yazı dahi yazdırılabilir. İstin-kaf ve sükut eylediği takdirde keyfiyeti zabıt varakasına dercolunur.

368 — Bir dava hukuk-ı şahsiyeden mütevellit bile olsa fasıl ve rüyetine memur olan mahkeme davayı esna-yı rüyette evrak içinde sahte kağıt olduğuna ve sahtekarın şahsına dair bazı emarat gördüğü halde müddeiumumi veyahut mahkeme reisi evrak-ı mezkûreyi sahtekarlığın vukubulduğu zannolunan veyahut maznununaleyhin tevkif olunabileceği mahal-i müstantıkının refakatinde bulunan müddeiumumi muavinine teslim eyleyecek ve hın-i hacetde maznununaleyhin celbi için ihzar müzekkeresi dahi vermeğe salahiyeti olacaktır.

369 — Senedat-ı resmiyenin mecmuu veya bazı fıkraları sahte olduğu tebeyyün eylediği takdirde sahtekarlık davasını rüyet eden

(215) İstimal kılınma : Kullanılma.

(216) Teahhur etme : Geriye bırakma.

mahkeme fıkara-tı mezkureyi mahv, isbat veya ilave tarikiyle hal-i aslisine irca ettirecek ve keyfiyet zabıt varakasinda tafsilen beyan olunacaktır. Esas-ı tatbik olan evrak tarih-i hükümden itibaren 15 gün zarfında alındıkları mahallere iade kılınacaktır. Kılınmadığı takdirde katib-i mahkemeden iki lira ceza-yı nakdi alınacaktır.

370 — Sahtekarlık hakkında mevadd-i sabıkada musarrah olan muamelat haricinde iktiza eden tahkikat, ceraim-i saire hakkında meri olan usule tevfikân cerayan edecektir. Fakat mahkeme-i istinaf reisleriyle müddeiumumiler veyahut muavinleri ve ihtiyar meclisi azası ve müstantıklar daire-i memuriyet ve hükümetleri dahilinde bulunan mahaller haricinde dahi devletin meskukatını ve resmi damgalarını ve evrak-ı nakdiyesini banka tahvilatını taklit ve imal eden veya bu makule mamulâtı memalik-i devlete idhal eden veya tedavülüne vasıta olan eşhas-ı maznûnenin (217) ikametgahlarına duhûl ile taharriyat-ı lazıme icrasına mezundurlar.

Fasl-ı Sani

Cinayatta Hüküm-ü Gıyabi Beyanındadır.

371 — Bir şahsın daire-i ithamiyede ithamına hükümlüduktan sonra derdest olunmadığı veyahut hükümün ikametgahına tebliği tarihinden itibaren 10 gün zarfında mahkemeye geldiği veyahut geldikten veya derdest olunduktan sonra firar ettiği halde mahkemenin reisi veyahut reisin gıyabi takdirinde azanın en kıdemlisi tarafından mütteheme müceddeden (218) on gün mehil verilerek bu mehl-i mütezammın olan kararnamede müttehem müddet-i muayyene zarfında gelmediği halde kendisine kanuna itaat etmemiş nazarıyla bakılarak hukuk-ı medeniyeden iskat kılınacağı ve muhake-me-i gıyabiyesi esnasında emvali haczedileceği ve bu esnada bir gün-na dava ikamesine hakkı olamayacağı ve aleyhinde davaya kıyam olunacağı ve kendisinin bulunduğu mahalli haber vermeğe herkes mecbur bulunduğu tasrih ve müttehem olduğu cinayetin neviyle ahz ve girift emri dercedilecektir.

372 — Kararnamenin bir sureti müttehemın ikametgahı ile hükümet konağı ve mahkeme kapılarına yapıştirıldıktan sonra münadi (219) vasıtasıyla dahi ilan-ı hal olunacak ve birer nüshası dahi müddeiumumi veyahut muavini tarafından müttehemın emlaki haczolunmak üzere iktiza eden memurin-i mahalliyeye gönderilecektir.

(217) Eşhas-ı maznûne : Zan altında olan şahıslar.

(218) Müceddeden : Yeniden.

(219) Münadi : Tellal.

373 — On gün mehlın inkızasında müttehemin gıyaben muhakemesine şurú (220) olunacaktır.

374 — Müttehemin muhakeme-i gıyabiyesinde tarafından müdafaa için kimse kabul olunmayacaktır. Eğer müttehem memalik-i Osmaniye'de bulunmaz veyahut mahkemeye gelmesi adimül-imkan (221) olursa akraba ve ehibbasının mazeretini beyan ve meşruyetini isbata hakları olacaktır.

375 — İsbat-ı mazeret mahkemece kabul olunduğu halde bûd-ı mesafeye (222) ve beyan olunan özre göre müttehemin muhakemesi ile emvalinin haczi hususi bir müddet-i münasibe ile temhil kılınır.

376 — Mazeretin adem-i vukuu veyahut adem-i kabulü halinde itham mazbatasının ve gaibe tebliğ kılınmış olan kararnamenin sureti ve bunun ilan ve mevaki-i lazimeye talik ve teşhir olunduğunu mübeyyin olan zabıt varakaları kıraat olunarak bunun üzerine müddeiumumi veyahut muavini istima olup müttehemin gıyaben muhakemesine hüküm olunacaktır. Tahkikat-ı vakıa muvafık-ı kanun olmadığı halde münfesih addolunarak hilaf-ı kanun olan birinci muameleden bed' ile tecdidi, mahkeme tarafından emrolunacaktır. Tahkikat-ı vakıa muvafık-ı kaide ise mahkeme mucib-i itham olan fiil hakkında iktiza eden hükmü ita edecek ve hukuk-ı şahsiye davası var ise, onu dahi rüyet eyleyecektir.

377 — Müttehem-i gaib mahkûm olduğu halde sadır olan hükmün icrası tarihinden itibaren emvali, şahs-ı gaip emvali nazarıyla bakılıp o suretle idare olunur. Hükm-ü gıyabiyi fesih için muayyen olan müddetin inkızasıyla hüküm mümteniüt-tagyir (223) haline girdikten sonra gaibin emvali ve muhasebesi müstehakkına teslim olunur.

378 — Müttehem-i gaip aleyhinde terettüp eden hüküm hulasası tarih-i sudurundan itibaren sekiz gün zarfında liva bidayet mahkemesi veyahut mahkeme-i temyiz müddeiumumisi veya muavini marifetiyle mahkumun ikametgah-ı ahirinin (224) tabi olduğu vilayet gazatesi vasıtasıyla neşir ve ilan olunacaktır, ve birer varaka-i mahsusâ dahi mahkum-ı gaibin ikametgah-ı ahiriyle cinayetin mahall-i vukuu olan kazanın hükümet konağıyla mahkemenin kapılarına talik edilecek ve bir nüshası dahi emlakın bulunduğu mahaldeki emlak idaresine verilecektir.

(220) Şurú : Başlama.

(221) Adimül imkan : İmkansız.

(222) Bûd-ı mesafe : Gidilen yolun uzaklığı.

(223) Mümteniüt tagyir : Değiştirilmesi mümkün olmayan.

(224) İkametgah-ı ahir : Son ikametgah.

379 — Gıyaben sadır olan hükmün temyiz davası mücerret baş müddeiumumi ve hukuk-i şahsiye cihetince dahi müdde-i şahsi tarafından ikame olunur.

380 — Bir müttehem-in gayubeti hazır bulunan müttehem-i müştereklerin teahhur-ı muhakemesine (225) sebep-i müstakil olamaz. İsbat-ı müddea zımında mahkemeye getirilüp kalemine teslim olunmuş olan eşya badel-muhakeme eshabına (226) veyahut müstehaklarına bilaşart veyahut istenildiği halde mahkemeye götürmek şartıyla teslim olunur. Bu misillü eşya eshabına teslim olunmazdan evvel nev' ve cinsi mahkeme katibi tarafından zabt ve tahrir edilecektir. Edilmez ise katipden dört altın ceza-yı nakdi ahz olunacaktır.

381 — Müttehem-i gaibin emvali, hükümetin taht-ı haczi ve idaresinde bulundukça zevce ve evlat ve valideynine ihtiyaçları olduğu halde emlak-ı mezkûre varidatından hükümet-i icraye tasvib olunacak surette iane (227) olunur.

382 — Müttehem-i gaib kendisini hükümete teslim eder veyahut hakkında terettüp eden ceza müruru zaman ile sakıt olmazdan evvel derdest olunur (228) ise hükm-i gıyabi münfesih olacağı gibi 371. madde mucibince verilmiş olan ahz ve girift emrinden bed' ile vukua gelmiş olan bilcümle muamelat bihakkın münfesih olur. Ve davası kaide-i mutade üzere rüyet olunur.

383 — Madde-i sabıkada beyan olunan iki halde dahi bazı şahidlerin huzur-ı mahkemede istimai mümkün olamaz ise evrak-ı dava meyanında gerek bunların mevcut olan şahadet-i tahririyeleri ile müttehem-i müştereklerin ecvibe-i tahririyeleri (229) ve gerek reis tarafından hakikat-i hâli izhara medar addolunacak sair evrak (230) huzur-ı mahkemede kıraat olunacaktır.

384 — Müttehem-i gaib kendi kendine gelip veyahut tutulup da muhakeme-i vicahiyesinde lehinde hüküm kazanmış olsa bile gayububetinden (231) dolayı vukua gelmiş masarifin tazmininden muaf olamaz.

Fasl-ı Salis

Mehakim Memurlarının İcra-i Memuriyet Etmedikleri Zamanda Veyahut Memuriyet Esnasında Vukubulacak Ceraimi Beyan Eder.

(225) Teahhur-ı muhakeme : Muhakemenin gecikmesi.

(226) Eshabına : Sahiplerine.

(227) İane : Yardım.

(228) Derdest olunma : Yakalanma.

(229) Ecvibe-i tahririye : Yazılı cevaplar.

Kısm-ı Evvel

Mehakim Memurlarının İcra-i Memuriyet Etmedikleri Zamanda Vukua Gelecek Cinayet ve Cünhalarının Suret-i Tahkik ve Muhakemesine Dairdir.

385 — Mehakim-i Nizamiye aza ve rüesasından veya müddeiumumi veya müstantiklerden biri cünha nevinden bir fiili mürtekip olmakla maznun bulunur ise mafevkinde (232) bulunan mahkemenin müddeiumumisi marifetiyle celp olunarak o mahkemede muhakemeleri bilicra hükmolunur.

386 — Madde-i sabıkada beyan olunan mehakim memurlarından biri cinayet nevinden bir fiili mürtekip olmakla maznun bulunur ise mafevkinde bulunan mahkemenin reis-i evveli tarafından, mahsusen müstantik ve müddeiumumisi tarafından bir zabıta-i adliye memuru tayin olunur.

Kısm-ı Sani

Mehakim Memurlarının İfa-yı Memuriyet Esnasında Vukua Gelecek Zulüm ve Teâdi (233) vesair Cinayet ve Cünhalarının Suret-i Tahkik ve Muhakemesine Dairdir.

387 — Mahkeme-i temyiz hükkamından biri memuriyetini suis-timal cezasını veyahud daha ağır cezayı müstelzim olur bir cinayeti mürtekip olduğu iddia olundukda müstentiklik vezaifini mahkeme-i temyiz birinci reisi ve müddeiumumilik hizmeti mahkeme-i temyiz başmüddeiumumisi veyahud kendilerinin tayin edecekleri memur tarafından ifa kılınır. Ancak cinayetin eseri meydanda olup henüz müstantiklik ve müddeiumumilik hizmeti hiç bir kimesne uhdesinde tekarrur etmemiş olur ise keyfiyet her zabıta-i adliye memuru tarafından tahkik olunabilip muamelat-ı sairede işbu kanunname-nin ahkâm-ı umumiyesine tevfikan hareket olunur.

388 — Mehakim-i ticaret veya mehakim-i sulhiyeden birinin heyeti mecmuasına memuriyeti suis-timal cezasını veyahud daha ağır bir cezayı müstelzim olur bir cinayet isnat olunur veyahud bidayet ve istinaf Mehakim-i Nizamiyesi'nden birinin heyeti mecmuası veyahud rüesa ve azasından biri veya bir kaç veya müddeiumumi veya

(230) Hakikat-i hali izhara medar addolunacak sair evrak : Gerçeği ortaya çıkarmaya vesile olacak evrak.

(231) Gaybubet : Yokluk.

(232) Mafevkinde : Üstünde.

(233) Teâdi : Ara açılma, düşmanlık.

muavinlerinden biri ifa-yı memuriyet esnasında bir cinayet mürte-
kib olmakla maznun bulunur ise ber vech-i ati (234) muamele olunur.

389 — Keyfiyet-i cinayet, Adliye Nazırı'na ihbar olunacak ve Adliye Nazırı dahi icabına göre müddeaaaleyhin icra-i muhakemesi için mahkeme-i temyiz nezdinde bulunan baş müddeiumumiye veyahud vilayet mahkeme-i istinafi müddeiumumisine emir verecektir. Muhbir-i mağdur iştikâi anil hükkâm (235) salahiyetini istimal halinde bulunur veyahut asıl davanın mahkeme-i temyizde rüyeti esnada keyfiyet-i cinayeti haber verir ise o halde Adliye Nazırı ihbarını kabul edebilecektir.

390 — Mahkeme-i temyiz baş müddeiumumisi veyahut vilayet mahkeme-i istinafi müddeiumumisi nezaret canibinden veyahut tarafeynden kendilerine verilen evrakdan malûmat-ı kafiye istihsal edemedikleri takdirde müştekaanh (236) Dersaadetde ise tahkikat-ı lazimenin icrasına ve şahidlerin istimama Dersaadet mehakimi müstantdiklerinden biri ve vilayatta ise mensup olduğu mahkemenin gayri bir mahkemenin müstantiki mahkeme-i temyiz baş müddeiumumisinin veyahud vilayet mahkeme-i istinafi müddeiumumisinin istidası üzerine tayin kılınır.

391 — Madde-i sabıka ahkâmına tevfikân (237) tayin kılınan müstantik tahkikat-ı vakıasını mütezammın zabıt varakalarını ve evrak-ı saireyi müştekaanh, bidayet mahkemesi hükkâmından ise mensup olduğu mahkeme-i istinaf reisine, ve mahkeme-i istinaf hükkâmından ise mahkeme-i temyiz ceza dairesi reisine mazrufen ve memhuren (238) gönderecek ve onlar dahi gerek bu tahkikatdan ve gerek evvelki evraktan istihsal edecekleri malumat üzerine icap ettiği halde maznununaleyhi müsafereten tevkif ettirecek ve tevfiknamede maznununaleyhin nere tevkifhanesine konulması lazım geleceğini tayin eyleyecektir. Bundan sonra mahkeme-i temyiz ceza dairesi reisi muamelat-ı vakıaya müteallik evrakın derhal baş müddeiumumiye ve vilayet mahkeme-i istinafi reisi vilayet müddeiumumisine verilmesini emredek ve baş müddeiumumi veya müddeiumumi dahi evraki aldığı tarihten itibaren beş gün zarfında maznununaleyh hakkında vaki olmuş olan iştika üzerine tanzim edeceği iddianamesini evrakıyla beraber Dersaadetde mahkeme-i temyiz hukuk dairesine ve vilayetlerde iki yüzluncü madde hükmüne tev-

(234) Bir vech-i ati : İleride, aşağıda açıklanacağı gibi.

(235) İştikâi anil hükkâm : Bkz. m. 72.

(236) Müştekaanh : Şikayet edilen

(237) Madde-i sabıka ahkâmına tevfikân : Geçen madde hükümlerine göre.

(238) Mazrufen ve memhuren : Zarf içine konulmuş ve mühürlenmiş olarak.

fikan vilayet mahkeme-i istinafi azasından teşekkül edecek neyet-i ithamiyeye arz eyleyecektir.

392 — Hukuk dairesi veya mahkeme-i istinaf heyet-i ithamiyesi bu iddianameleri bilmütalaa reddelediği ve maznununaleyh mevkuf bulunduğu halde tahliye-i sebilini emredecek ve bilakis iddia-nameyi kabul eder ise maznununaleyhin müttehem olup olmadığına karar verecektir.

393 — Keyfiyet-i şikayet mahkeme-i temyizde derdest-i muhakeme olan asıl davaya tealluk ederek hadisen (239) vukuubulmuş ve dava-yı asliyeyi rüyet eden daire, ceza dairesi ise, maznununaleyhin müttehem olup olmadığına daire-i mezkûreden ve değilse de madde-i sabıka vechile hukuk dairesinde karar verilir.

394 — Mahkeme-i temyiz devairinden bir iştikâi anil hükka ma dair veyahut sair bir davayı rüyet ederken gerek doğrudan doğruya ve gerek hadisen şikayet vuku bulmamış olsa bile 385. madde muharrer mehakim azasından biri aleyhinde cinayet davası ikame olunmak iktiza edeceğini müşahade eder ise madde-i sabıka ahkamına tevfikana keyfiyetin icap eden mahkemeye gönderilmesini emredebilir.

395 — Mahkeme-i temyiz heyet-i umumiyesinde bir davanın hin-i rüyetinde madde-i sabıka icabınca aza-yı mehakimden biri aleyhinde ikame-i dava lüzumu tebeyyün ettiği halde hukuk dairesine havale olunur.

396 — Hükkam aleyhine ikame olunan davalarda maznununaleyhin müttehem olup olmadığına mahkeme-i temyiz hangi dairesi karar verecek ise ve müstantik vezaifini dahi ol dairesinin reisi icra eyleyecektir.

397 — Daire-i mezkûre reisi şuhut istimanı ve maznununaleyhin istintakını bir başka müstantike dahi havale edebilecektir.

398 — Reis tarafından verilecek tevkifnamede, mahbusen maznununaleyhin tevkif olunacağı tevkifhane tayin kılınacaktır.

399 — Mahkeme-i temyiz dairelerinden heyet-i ithamiye haline girecek daire ve vilayetlerde 200. madde hükmüne tevfikana mahkeme-i istinaf azasından teşekkül eden heyet-i ithamiye aleni olmayarak ve azası tek olarak maznununaleyhin müttehem olup olmadığına karar verecek ve maznununaleyhin müttehem olmadığına ekseriyet-i ara (240) hasıl olduğu halde şikayet-i vakıa bir kararname

(239) Hadisen : Taze, yeni.

(240) Ekseriyet-i ara : Oy çokluğu.

ile reddolunup maznununaleyh Dersaadette ise sebili derhal baş müddeiumumi ve taşrada ise vilayet mahkeme-i istinaf müddeiumumi tarafından tahliye kılınacaktır.

400 — Ekseriyet-i ara ile maznununaleyh itham olunduğu halde o babda bir itham mazbatası tanzim ve bunda müttehemin ahz ve girift olunması emri tasrih olunarak kendisi muhakemesi için tayin olunacak mahkemenin tevfikhanesine konulacaktır.

401 — Mahkeme-i temyizde cereyan eden işbu muameleatin suver-i icraiyesine itiraz olunamaz. Ve muameleat-ı mezkûre müttehemnin şerik-i töhmetleri (241) sınıf-ı hükkâmdan (242) olmasalar bile onlar hakkında dahi aynıyle cereyan edecektir.

402 — İşbu kanunnamenin bu fasılda münderiç ahkâmına muğayir olmayan ahkâm-ı sairesine (243) dahi riayet olunacaktır.

403 — Hükkâmdan biri hakkında verilmiş olan hüküm lieclit-temyiz (244) mahkeme-i temyizcin ceza dairesine geldiği halde o işe dair itham mazbatasını vermiş olan daire azasından kimse bulunur ise rey veremeyecektir. Fakat yine o madde def'a-i saniyede temyiz için geldikde aktolunacak heyet-i umumiyyede kaffe-i azasının rey itasına salahiyeti olacaktır. Mahkeme-i temyiz aza ve müddeiumumi ve müstantiklarından biri gerek ifa-yı memuriyet esnasında ve gerek haricinde mücazat-ı tedibiye (245) ve terhibiyeyi (246) istilzam eder bir harekette bulundukta Adliye Nezareti'nin takriri üzerine Divan-ı Ali'de muhakemesi icra kılınır.

Fasl-ı Rabi'

Mehakim ve Hükümet Memurlarına İcrası Lazım Olan Riayet Hilafında Vukubulacak Ahval Beyanındadır.

404 — Bir mahkeme huzurunda veyahut her ne mahalde olursa olsun umum muvacehesinde vukubulan tahkikat esnasında huzar tarafından muamele-i tahsiniye veya takbihiye (247) müşahede olunduğu veyahut her ne suretle olursa olsun gürültü edildiği halde bu makule evzada (248) bulunanlar reis-i mahkeme veyahut

(241) Müttehemnin şerik-i töhmetleri : Sanığın suç ortakları.

(242) Sınıf-ı hükkâmdan : Hakimler sınıfından.

(243) Ahkâm-i saire : Diğer hükümler.

(244) Lieclit temyiz üzerine.

(245) Mücazat-ı tedibiye : Bkz. . 482.

(246) Mücazat-ı terhibiye : Bkz. m. 29.

(247) Muamele-i tahsiniye ve takbihiyye : İyi veya kötü muamele.

(248) Evza : Vaziyetler, durumlar.

müstantik tarafından tard olunacaktır. Ve muhalefet eden veyahut tard olunduktan sonra avdet eyleyen olur ise reis veyahut müstantikin emri üzerine tutulup tevkifhaneye gönderilir ve keyfiyet zabt varakasına dercolunur. Tevfikhane müdürü zabt varakasının bir sureti kendisine irae olundukta götürülen adamı yirmidört saat tevkif eder.

405 — Gürültü, müdarebe (249) ve müşateme (250) gibi mücazat-ı tedibiyeye (251) veya tekdiriyeyi (252) müstelzim bir hareketi intac eder ise tahkikatı bilicra cürmün sübutunu müteakiben mücazâtı derhal heyet-i hazıra-i mahkeme tarafından hükmolunur. Hükmolunan ceza mücazat-ı tekdiriyeden ise hangi mahkeme tarafından hükmolunmuş olursa olsun istinaf olunamaz. Mücazat-ı tedibiyeden ise istinafı kaidesine tabi olur.

406 — Cinayete hükmedemeyen bir mahkeme huzurunda bir cinayet vukubulduğu takdirde mütecasileri (253) mahkeme-i mezkûre tarafından tevkif olunup ona dair olan zabt varakası evrakı saire ile beraber cinayet-i vakianın merci-i rüyeti olan mahkemeye gönderilir.

407 — Mahkeme-i temyizcin dairesinde ve bidayet mahkemeleri ile mahkeme-i istinafiye huzurunda vukubulan müdarebe cinayete münkalip olur (254). Ve sair cinayet-i meşhude vukubulur ise derhal muhakemesine ibtidar olunur (255). Şuhut ile beraber cânî de alenen istima olunarak keyfiyet tahakkuk eyledikten ve müddeiumumi veya muavini dahi kezalik alenen istima ve cinayet isbat olunduktan sonra ceza hükmolunur.

408 — Madde-i sabıkada münderiç vukuatın muhakemesinde hazır olan hükkam beş ya altı nefer olduğu dört rey ve yedi nefer bulunduğu takdirde beş rey ve sekiz ya ziyade olur ise hükkam-ı hazıra adedinin üç rub'unun reyi (256) ile hükmolunur.

(249) Müdarebe : Döğüşme.

(250) Müşateme : Şamata, Gürültü.

(251) Mücazat-ı tedibiyeye : Bkz. m. 482.

(252) Mücazat-ı tekdiriye : 1274 tarihli Ceza Kanununname-i Oumayunu'nda kabahat türünden fiillere verilen cezalar "mücazat-ı tekdiriye" olarak ifade edilmektedir. Bu cezalar, yirmidört saatten bir haftaya kadar hapis ve nihayet 100 kuruşa kadar mücazat-ı nakdiyedir. Gbi. bkz. Gökçen, s. 117.

(253) Mütecasiler : Cesaret edenler.

(254) Münkalip olma : Dönme, döğüşme.

(255) İbtidar olma : Acilen başlama.

(256) Hükkam-ı hazıra adedinin üç rub'unun reyi : Hazır olan hakimlerin 3/4 ünün reyi.

409 — Valiler ve mutasarrıflar ve kaymakamlar ve müdürler ve zabıta-i mülkiye ve adliye memurları alenen icra-yı memuriyet ettikleri esnada işbu kanunnamenin 400. maddesinde muharrer olan vazaifi icraya mezundurlar. Ve maznununaleyhi ahzu girift ile keyfiyeti mutazammın zapt varakası tanzim ettirip icap ettiği halde mercii bulunan mehakim huzuruna göndereceklerdir.

Fasl-ı Hamis

Firar Edip Derderst Edilen Mahkûmunaleyhlerin İsbat-ı Hüviyetine Dairdir.

410 — Firari olan mahkumunaleyh ahz ve girift olunduğu halde tedkik-i hüviyeti (257), aleyhine hükmeden mehakime ait olduğu gibi firarlarından dolayı kanunen haklarında terettüp eden mücazat-ı münzamme (258) dahi mehakim-i mezbûre tarafından hükmolunur.

411 — İşbu hükümler gerek müddeiumuminin ve gerek mahkûmunaleyhin talebi üzerine celb olunmuş olan şahidlerin istimaindan sonra ita olunacaktır. Ve bu muhakeme dahi aleni olacak ve ahz ve girift oluna şahıs mevcut bulunacaktır. Aksi halinde hükm-i vaki keenlemyekün addolunur.

412 — Hüviyete dair hüküm mazbatası aleyhinde işbu kanunname muayyen olan usul üzere ve mehl-i muayyeni zarfında temyiz istidasına müddeiumuminin ve müddeialeyhın salahiyyetleri olacaktır.

Fasl-ı Sadis

Bir Muhakemenin Evrak-ı Hükmiye ve Müteferriası Telef veya Sirkat (259) Olunduğu Halde İcra Olunacak Muameleye Dair.

413 — Cinayet ve cünhaya müteallik mevadda dair ilamat müveddeleri veya henüz neticepezir olmamış (260) tahkikat ve muhakemata müteallik evrak harik ve şeyip (261) ve sair esbab-ı fevkalade (262) ile telef veya gaib olup (263) veya sirkat olunupta yeniden tanzim olunmaları mümkün olmadığı halde ber vechi ati muamele olunur.

(257) Tedkik-i hüviyet : Hüviyetinin araştırılması.

(258) Mücazat-ı münzamme : İlave ceza.

(259) Sirkat : Çalma, hırsızlık etme.

(260) Neticepezir olma : Neticelenmiş olma.

(261) Harik ve şeyip : Yangın ve sel.

(262) Esbab-ı fevkalade : Olağanüstü sebepler.

(263) Gaib olma : Kaybolma.

414 — İlamın suret veya nüsha-i musaddakası mevcut olduğu halde gerek efrad-ı nasdan ve gerek memurinden her kimin yedinde bulunur ise bulunsun hasılı bu babda mahkeme reisi tarafından verilecek emir üzerine ilâmı vermiş olan mahkeme kalemine teslim etmeye mecbur olacak itmediği halde cebren alınabilecektir. Ve bu makule evrak müsvedde hükmünde hıfzolunacaktır. Ve reisin işbu emri ilamın müteallik olduğu kimselere karşı hamilini mesuliyetten tahlis (264) eder ve böyle telef ve zayi olan veyahut sirkat olunan müsveddeleri veya nüsha-ı musaddakalarını hamil olanlar bunları mahkemeye teslim ettikleri halde birer suretlerini meccanen (265) almaya hakları olacaktır.

415 — Bir madde-i cinayet hakkında sadır olan hüküm ilamının bir sureti veya nüsha-i musaddakası bulunmayıp yalnız müttehemin ma bihil ithamı (266) olan fiili işleyip işlemediğine dair mahkemenin karar-ı müsveddesi mevcut ise iş bu karara tevfiikan tatbik-i kanun muhakemesine mübaderet olunur.

416 — Madde-i sabıkada beyan olunan evrak zayi olmuş olur ve karar müsveddesi dahi bulunmaz ise tahkikat ve muhakemat evrakı zayi olan kısmından bed' ile yeniden başlanılır.

Beşinci Bab

Deavinin Tayin-i Merciiyle Bir Davanın Bir Mahkemeden Diğesine Nakli Beyanındadır.

Birinci Fasil

Davanın Tayin-i Mercii Beyanındadır.

417 — Deavinin tayin-i mercii hakkında verilen istid'amaneler ber vechi ati muhtasaran tahkik ve hükmolunur.

418 — Bir cinayet veya cünha veya kabahatin veya bunlardan biriyle müşterek olan bir cürmün muhakemesi yek diğerine merbutiyeti olmayan müteaddit mehakim ve müstentikına havale olunmuş olduğu halde mahkeme-i temyiz iktizasına göre o davanın merciiini tayin eder.

419 — Kezalik bir cinayet veya cünha veya kabahatin veya bunlar ile müşterek olan bir cürmün tahkikat ve muhakemesi bir taraftan bir mahkeme-i askeriye veya bahriyeye veya zabita-i adliye-i askeriye memuruna veyahut sair mehakim-i mahsusadan bi-

(264) Mesuliyetten tahlis olma : Mesuliyetten kurtulma.

(265) Meccanen : Bedava olarak.

(266) Ma bihil itham : İthamın gerekçesi.

rine ve diğer taraftan kaza veya liva bidayet mahkemelerine veya hut mahkeme-i istinafiye veyahut bir müstentika havale olunmuş olduğu halde mahkeme-i temyiz iktizasına göre davanın merciini tayin eder.

420 — Tayin-i merci-i dava hakkındaki istidaname mahkeme-i temyize takdim olundukta, mahkeme-i temyizcin ceza dairesi evrak-ı müteferriasını rüyet ettikten sonra evrakın kamilen tarafeyne tebliğ olunmasını emir veyahut hakk-ı itiraz sakıt olmamak üzere husus-ı müstedaya katıyyen hükmeder.

421 — Tebligat-ı mezkûre maznununaleyh ve müttehem ve müdde-i şahsinin tayin-i merci hakkında vuku bulan istidası üzerine emrolunduğu halde mahkeme-i temyiz davanın havale olunmuş olduğu mehakim-i müteaddidede müddeiumumilik hizmetini ifa eden zevata bu davaya mütealikalik nezdlerinde bulunan evrakı irsal ve bu istida hakkında mütalâalarını müdellel olarak işar eylemelerini (267) emreder.

422 — Tebligat-ı mezkûre davanın havale olunmuş olduğu mehakim-i müteaddidede müddeiumumilik hizmetinde bulunanlardan birinin istidası üzerine emrolunduğu halde diğer mahkemenin müddeiumumisine o davaya dair nezdinde bulunan evrak ve senedatı irsal ve rey ve mütalâasını dahi müdellel olarak işar eylemesi emrolunacaktır.

423 — Mahkeme-i temyiz evrakın tarafeyne tebliği emrini havi olan müzekkeresinde sebep-i ihtilaf olan muamelatı muhtasaran gösterecek ve bu'd-ı mesafeye (268) göre evrak ve mütalâanamelelerin mahkeme-i temyiz kalemine irsali için bir mehl-i münasip tayin edecektir.

Mahkeme-i temyiz işbu tebliğ-i evrak emrini havi müzekkeresi tarafına tebliğ olunduğu anda alelumum o davaya dair murafaat tatil olunacağı gibi cinayet davalarında muamelat-ı tahkikiyeye halledilmemek üzere eğer maznununaleyh itham olunmak üzere bulunur ise ithamı ve eğer itham olunmuş bulunupda muhakemesine başlanılacak halde ise muhakemesi tehir ve tatil olunur. Maznunaleyh ve müttehem ve müdde-i şahsi iş bu kanunda münderiç temyiz kaidesine tevkifen bu ihtilaf hakkındaki itirazlarını temyiz mahkemesine arzdebilecektir.

424 — Mahkeme-i temyizcin mevadd-ı sabıkada beyan olunan evrakın tarafeyne tebliğine lüzum görmeyüp de yalnız takdim olu-

(267) Müdellel olarak işar eylemek : Delilleri ile birlikte göstermek.

(268) Bu'd-ı mesafe : Mesafenin uzaklığı.

nan istida üzerine tayin-i merci ettiği halde buna dair vereceği müzekkeresi mahkeme-i temyiz baş müddeiumumisi ve Adliye Nazırı marifet ve vesatatiyle dava hangi mahkeme veya müstentiktan kaldırılacak ise o mahkemenin müddeiumumisine veya o müstentika ve maznununaleyh veya mütteheme ve müdde-i şahsi var ise ona dahi tebliğ olunur.

425 — Maznununaleyh veya müttehem ve müdde-i şahsi işbu kanunnamede münferic temyiz usulüne tevfikan mahkeme-i temyizin madde-i sabıkada beyan olunan müzekkeresine üç gün zarfında itiraz edebileceklerdir.

426 — Madde-i sabıka mucibince mahkeme-i temyizin müzekkeresine itiraz vukuunda 423. maddede gösterildiği vechile muhakeme tehir ve tatil olunur.

427 — Mevkuf bulunmayan maznununaleyh ve mahbus bulunmayan müttehem ve müdde-i şahsinin evvelce veyahut 425. maddede tayin olunan müddet zarfında beyanlarında ihtilaf olan muhakemeden birinin dairesi dahilinde ikametgah tayin etmemiş oldukları halde madde-i sabıkada beyan olunan itiraz hakından istifade edemeyecekleri gibi kendilerine tebligat vuku bulmamış olmasından dolayı şikayete dahi selahiyetleri ve sahib-i istidanın kendilerine tebligat icrasına mecburiyeti olmayacaktır.

428 — Mahkeme-i temyiz madde-i muhtelifün fihâya (269) hükmetmekle beraber davayı hangi mehakim ve müstentiklardan ref edecek ise o mehakim ve müstentiklar tarafından icra olunmuş olabilen muamelat hakkında dahi karar verir.

429 — Mahkeme-i temyiz 423. maddede beyan olunan tebliğ evrakı emrini havi müzekkereyi verdikten ve bunun hükmü icra olunduktan sonra madde-i muhtelifün fihâ (270) hakkındaki hüküm ilamına itiraz olunamaz.

430 — Mahkeme-i temyizin gerek 423. maddede beyan olunan tebliğ-i evrak emrine havi müzekkereden sonra ve gerek 425. maddede muharrer itiraz üzerine vermiş olduğu ilâm 427. madde ahkâmına tevfikan tarafeyne tebliğ olunacaktır.

431 — Maznununaleyh veya müttehem müddeiumumi ve şahsi mehakim-i ibtidaiyeden birinin veya müstantikin adem-i selahiyeti iddiasını havi o mahkeme veya müstantika müzekkere verdikleri

(269) Madde-i muhtelifün fihâ : Üzerinde ihtilaf olan madde.

(270) Madde-i muhtelifün fihâ : Bkz. m. 428.

halde tayin-i merci-i dava için doğrudan doğruya mahkeme-i temyize müracaat edemeyip o iddiaları mehakim-i mezbûre tarafından kabul olunmuş olsun olmasın o mahkeme veya müstantikin hüküm ve kararını o mahkemenin ilâmını istinaf edebilen mahkemede istinaf ettirecek ve ancak mafevkinde bulunan mahkemenin hükmünü temyiz ettirmek için ledel-hace mahkeme-i temyize müracaat edebilecektir.

432 — Cinayet veya cünha veya kabahat veyahut bunlarla müşterek cürümlere müteallik bir dava bir mahkeme-i istinafiyenin dairesi dahilinde bulunan mehakim-i ibtidaiyeden iki mahkemeye veya müstantika havale olunmuş bulunduğu halde davanın tayin-i mercii, o mahkeme-i istinafiyeye aittir. Ancak o mahkeme-i istinafiyeni ol babta olan hükmü ledel-hace (271) mahkeme-i temyizde temyiz ettirilebilir.

433 — Müdde-i şahsi ve maznununaleyh veya müttehem, davanın tayin-i mercii hakkında olan iddialarında haksız çıktıkları halde kendilerinden 20 lirayı tecavüz etmemek üzere ceza-i nakdi alınacak ve bunun nisfı diğer tarafa verilecektir.

Fasl-ı Sani

Davanın Bir Mahkemeden Diğerine Nakli Beyanındadır.

434 — Mahkeme-i temyiz baş müddeiumumisinin talebi üzerine cinayet ve cünha ve kabahata dair deaviyi emniyeti umumiye-yi muhafaza veyahut şüphe-i dai (272) esbab-ı makbûle-i nizamiyeye (273) binaen ait oldukları mehakim ve müstantik derecesinde diğer bir mahkemeye veya müstantika naklettirebilir. İşbu, nakil maddesi tarafeynin istidası üzerine dahi icra olunabilirse de bu babda istida mücerret şüpheyi dai esbab-ı makbûle-i nizamiyeye müstenit olmak lazım gelir.

435 — Tarafeynden biri davasını hüsn-ü rızasıyla bir mahkeme veya müstentik huzurunda rüyet ettirmekte bulunduğu halde muahharen nakl-i dava istidasında bulunur (274) ise beyan edeceği esbab-ı kanuniyenin muahharen zuhur etmiş olması lazım gelir.

436 — Müddeiumumiler esbab-ı kanuniyeye binaen bir davanın başka bir mahkemeye naklini doğrudan doğruya mahkeme-i tem-

(271) Ledel-hace : İhtiyaç halinde.

(272) Şüphe-i dai : Şüpheyi davet eden.

(273) Esbab-ı makbûle-i nizamiye : Nizami makbul sebepler.

(274) Muahharen nakl-i dava istidasında bulunma : Daha sonra davanın nakli talebinde bulunma.

yizden talep edebilirler, fakat emniyeti umumiyei muhafazaten nakl-i dava talebinde bulunurlar ise evrak-ı dava ile layihalarını ledel-hace mahkeme-i temyiz havale olunmak üzere evvel emirde Adliye Nazırına takdime mecburdurlar.

437 — 420. madde ahkâmına tevfiikan müddeiumuminin işbu layihası ile evrak-ı müteferria mahkeme-i temyiz ceza dairesinde ledel mütalaa hakk-ı itirazı sakıt olmamak üzere husus-u müsted'aya katiyyen karar verilir veyahut evrakın tarafeyne tebliğ olunması emrolunur.

438 — Nakl-i dava istidası maznununaleyh veya müttehem veyahut müddei şahsi tarafından vuku bulup da mahkeme-i temyiz bu istidanın derhal kabulü veya reddini tensip etmediği halde istidanameyi bir müzekkereye leffen davanın rüyet olunmakta olduğu mahkemenin müddeiumumisine veya müstentika gönderip bu davaya müteallik evrakı irsal ve nakl-i dava hakkında olan mütalaalarını müdellel olarak işar etmelerini ve istidanın diğer tarafa dahi tebliğ olunmasını ledel-hace müzekkerede emredecektir.

439 — Nakl-i dava istidası müddeiumumi tarafından vuku bulup da mahkeme-i temyiz bu babda karar-ı kati vermediği halde istidanamenin tarafeyne tebliğini ledel-hace emredecek veyahut münasip göreceği sair bir tedbir-i idâdî (275) ittihaz eyleyecektir.

440 — Mevadd-ı sabıkada beyan olunan istida ve evrak üzerine mahkeme-i temyiz nakl-i davaya katiyyen hükmettiği halde işbu hüküm ilamını baş müddeiumumisi ve Adliye Nezareti marifet ve vesatatiyle dava hangi mahkemededen kaldırılacak ise o mahkemenin müddeiumumisine veyahut müstentikına ve gerek müddei şahsi ve maznununaleyh ve mahkumunaleyhin zatlarına veya intihap eyledikleri ikametgahlarına tebliğ ettirecektir.

441 — Bu hüküm aleyhinde vuku bulacak itiraz 425. madde ahkâmına mutabık olduğu halde kabul olunacaktır.

442 — Böyle bir itiraz kabul olunduğu halde 423. madde ahkâmına tevfiikan muhakeme tehir ve tatil olunacaktır.

443 — Davanın tayin-i merci hakkında olan 417., 422., 423., 426., 427., 428., 429., 430. ve 433. maddelerin ahkâmı nakl-i dava hakkında dahi caridir.

444 — Nakl-i dava istidasının mahkeme-i temyiz tarafından reddolunması muahheren zuhur edecek esbaba mebni bir diğer nakil istidasına mani olmaz.

(275) Tedbir-i idâdî : Hazırlık tedbiri.

Bab-ı Sadis

Menafi ve Emniyet-i Umumiyyeye Dair Bazı Mevad Beyanındadır.

Fasl-ı Evvel

Muhakemata Müteallik Evrakın Kayıt ve Zabtı Beyanındadır.

445 — Cinayet, cünha ve kabahat mahkemesi katipleri aleyhinde ceza hükmolunan kesanın (276) isim ve şöhret ve sin ve sanat ve ikametgahlarını huruf-ı hece (277) tertibiyle bir defter-i mahsusa kaydetmeye ve hizalarına ve muhtasar vecihle davalarını ve esbab-ı mahkumiyetlerini yazmaya mecbur olup bu babda sehvettikleri halde her sehiv (278) için kendilerinden ikişer lira ceza-i nakdi alınacaktır.

446 — Mehakim katibleri madde-i sabıkada muharrer defatirin birer suretlerini üç ayda bir kere Adliye ve Zabtiye nazırına göndermeye mecbur olup göndermedikleri halde, kendilerinden dört lira ceza-i nakdiye alınacaktır.

447 — Adliye Nezareti ve Zabtiye Nezareti madde-i sabıkada beyan olunan suretler kaydolunmak üzere birer defter-i umumi tutturacaklardır.

Fasl-ı Sani

Tevkif ve Hapishaneler Hakkındadır.

448 — Mücazat için müesses olan hapishanelerden maada her mahkeme-i cezaiyye nezdinde birer tevkifhane bulunacaktır.

449 — İşbu tevkifhaneler mücazaat için tesis olunan hapishanelerden bütün bütün ayrı olacaktır.

450 — Hükümet memurları mezkûr hapis ve tevkifhanelerin emniyet ve nezafetine (279) ve sıhhat-i bedeniyeyi ihlal ve ifsat etmeyecek derecede bulunmasına dikkat ve itina edeceklerdir.

451 — Hapishane ve tevkifhane bekçileri hükümet tarafından tayin kılınacaklardır.

452 — Hapishane ve tevkifhane bekçileri birer defter tutmaya mecbur olup tevkifhane defterlerinin her sahifesi mensup oldukları

(276) Kesan : Kişiler.

(277) Huruf-ı hece : Harf sırasına göre.

(278) Sehiv : Unutma.

(279) Nezafet : Temizlik.

mahkeme reisi tarafından ve hapishane defterleri vali veya mutasarrıf veya kaymakam tarafından imza edilecektir.

453 — Tevkif veyahut ahz ve girift (280) emrini veya mahkûmiyet ilâmı ahkâmını icraya memur olanlar bir kimesneyi tevkifhane veyahut hapishaneye teslim etmezden evvel hamil oldukları emri defatir-i mahsusasına kayıt ettirmeye mecbur olup teslim ve tesellüm senedi dahi muvacehelerinde tanzim olunarak gerek kendileri ve gerek tevkifhane veyahut hapishane bekçileri tarafından imza kılınacak ve sened-i mezkûrun bekçiler tarafından mûmzi bir kıta sureti yedlerine ita kılınacaktır (281).

454 — Tevkifhane ve hapishane bekçileri kendilerine ahkâm-ı nizamiyesine tevfikan bir mahkeme tarafından verilmiş tevkif emri veya bir itham mazbatası veya bir hüküm ilâmı ibraz olunmadıkça ve bunları defatir-i mahsusalarına kayıt etmedikçe kimseyi kabul ve hapis ve tevkif edemeyecekler ve ettikleri halde bigayrı hakkın haps-i eşhasa mütecasir olanlar (282) hakkındaki mücazata kesb-i istihkak eyleyeceklerdir.

455 — Tevfikhane ve hapishane defterlerinde mevkufin ve mahbusinin tarih-i tevkif ve hapsi gösterildiği gibi sebilleri tahliye olunduktan salıverdikleri tarih ve bu babda sudur eden evamir ve ilâmât ahkâm dahi karşılıklı kayıt ve zabt olunacaktır.

456 — Müstentıklar la ekal ayda bir kere ve mehakim-i cezaiye rüesası üç ayda bir kere tevkifhanelerde bulunan mevkûfini muayene edecekler ve hükümet memurları dahi iktizasına göre tevkif ve hapishaneleri muayene eyleyeceklerdir.

457 — Dersaedetde Zabtiye Nazırı ve vilayatta valiler mevkufin ve mahbusinin me'kûlat ve meşrubatının (283) sağlam ve kafi olmasına ve alelumum tevkif ve hapishanelerin umur-ı inzibatiyesine dikkat ve nezaret edeceklerdir.

Fakat mehakim-i cezaiye rüesasına ve müstantikler mahkemelerine mensup olan tevkifhane ve hapishane bekçilerine tahkikat ve muhakematça lüzumu olan her gûna tedabiri (284) emredebileceklerdir.

(280) Ahz ve girift : Yakalama.

(281) Yedlerine ita kılınma : Elllerine verilme.

(282) Bigayrı hakkın haps-i eşhasa mütecasir olma : Haksız yere şahısları hapsedmeye kalkışma, (cesaret etme).

(283) Mevkufin ve mahbusinin me'kûlat ve meşrubatı : Tutuklu ve mahkûmların yiyecek ve içecekleri.

(284) Her gûna tedabir : Her türlü tedbirler.

Bir müstantik mevkufinden birinin ihtilatdan men olunması (285) lüzumunu gördüğü halde bunun için bekçiye ayrıca emri tahriri verecek ve bu emir hapishane defterine kayıt olunup ihtilatdan men maddesi tekerrür edebilecekse de bir defada on günden ziyade mümted olmayacaktır (286). Müstantik bir mevkufu ihtilatdan men ettiği halde, keyfiyeti müddeiumumiye haber vermeye mecbur olacaktır.

458 — Mevkufin veya mahbusinden biri tevkifhane veya hapishane bekçisi veya sair memurlarını veyahut mevkufin veya mahbusin-i saire hakkında muamelat-ı tehdidiye veya tahkiriye veyahut cebriye cüret eylediği halde verilecek emri mahsus üzerine münferiden hapsolunur. Hiddet veyahut muamele-i şedide-i cebriye tasaddi eylediği halde demire dahi vurulur. Ancak hareket-i vakıalarından dolayı icra olunabilecek muhakemelerine helal gelmez.

Fasl-ı Sadis

Mahbusiyyet-i Nameşruaya Karşı Hürriyet-i Şahsiyyenin Suret-i Vikayesi Beyanındadır.

459 — Her kim hükümetçe tevkifhane veyahut hapishane ittihaz olunmamış olan bir mahalde birinin hapis ve tevkif kılındığını istihbar eder ise hemen keyfiyeti ya müddeiumumiye veyahut muavinine veya müstantika veyahut zabita idaresine veya baş müddeiumumiye haber vermeye mecburdur.

460 — Madde-i sabıkada beyan olunan memurlar böyle bir haber aldıklarında derhal o hapis mahalline gitmeye ve mahbusu salıverdirmeye ve mahbûsiyeti hakkında bir sebep-i meşru beyan olunduğu halde mahbus-ı merkûmu o anda fiilin mûteallik olduğu mahkemeye göndermeye mecbur olacak ve bu muamelatı ifa etmediği halde mahsus-ı merkûmu o anda fiilin mûteallik olduğu bakılıp taht-ı muhakemeye alınacaktır. Ve bu muamelat için bir zabıt ceridesi dahi tutulacaktır.

461 — Memurin-i merkûma ledel-iktiza işbu kanunnamenin 96. maddesinde musarraha olduğu vecihle evamir dahi ita edecek ve kendilerine muhalefet eden olduğu halde kuvve-i müselleha istihzarına dahi salahiyetleri olacağı gibi her kime emir eder ise icra-yı muavenete (287) mecbur olacaktır.

462 — Tevkifhane ve hapishane bekçileri mensup oldukları tevkif veya hapishanenin umur-ı inzibatiyesine (288) nezaret eden

(285) İhtilatdan men olunma : Diğerleri ile birlikte olmaktan yasaklanma.

(286) Ziyade mümted olmayacaktır : Fazla uzamayacaktır.

(287) İcra-yı muavenet : Yardım etme.

(288) Umur-ı inzibatiye : Asayiş, güvenlik işleri.

idare memurlarına bir mevkuf veya mahsusu göstermedikleri veya hut gösterilmemesi için bir emir ibraz etmedikleri ve defterlerini irae eylemekden ictinab veyahut bazı mevadd-ı mündericesinin istinsahına (289) muhalefet eyledikleri halde bigayrı hakkın haps-i eşhas fiilinin faili veya muini nazarıyla bakılarak taht-ı muhakeme ye alınacaklardır.

Fasl-ı Rabi

Mahkuminin İade-i Hukuk-ı Memnuası (290) Beyanındadır.

463 — Mücazat-ı terhibiye ve tedibiye ile mahkûm olanların müddeti- cezalarını ikmal veyahut tahsil-i muafiyet eyledikleri halde hukuk-ı memnuası iade olunabilir.

464 — Mücazat-ı terhibiye ile mahkum olanlar sebilleri tahliye olunduğu tarihten beş sene sonra iade-i hukuku memnua istidasında bulunabilirler. Hukuk-ı medeniyeden iskat edilenler için işbu müddet aleyhlerindeki hükmün lâyetegayyer haline girdiği günden ve hapis cezasıyla dahi mahkûm olmuşlar ise müddet-i mahbusiye- tin inkızası gününden ve yalnız Zabtiye Nezareti altına alınanlar için mahkumiyetlerinin lâyetegayyer haline girdiği günden itibaren hesap olunur. Ve mücazat-ı tedibiye ile mahkûm olanlar için bu müddet üç senedir.

465 — Mücazat-ı terhibiye ile mahkûm olmuş olanlar mütevaliyen (291) beş sene bir kazada ikamet ve bu beş senenin iki sene-i ahiresini (292) bir karye ve civarında imrar etmedikçe (293) iade-i hukuk-ı memnua istidasında bulunamazlar. Ve mücazat-ı tedibiye ile mahkûm olmuş olanlar mütevaliyen üç sene bir kazada ikamet ve son iki seneyi bir karye veya civarında imrar etmedikçe iade-i hukuk-ı memnua istida edemezler.

466 — İade-i hukuku memnua istidasında bulunanlar sakın oldukları kaza müddeiumumisine takdim edecekleri istidanamelerinde tarih-i mahkumiyetlerini ve sebilleri tahliye olunduktan sonra nerede ikamet etmiş olduklarını ve haptiden çıktıkları tarihten beri 464. maddede muayyen müddetden ziyade vakit geçmiş ise onu dahi göstereceklerdir.

(289) Bazı mevadd-ı mündericesinin istinsahı : Bazı maddelerin kopye edilmesi.

(290) Mahkuminin İade-i Hukuk-ı Memnuası : Mahkumların yasak haklarının iadesi.

(291) Mütevaliyen : Devamlı.

(292) İki sene-i ahire : Son iki sene.

(293) İmrar etmek : Geçirmek.

467 — İade-i hukuk-ı memnua istidasında bulunanlar kendilerine dava harcı ve mücazat-ı nakdiye ve tazminat hükmolunmuş ise onları ifa eylediklerini veyahut ifasından af olduklarını veya bunlara mukabil kanunen kendilerine hükmolunan hapis müddetini ikmal ettiklerini veya mutazarrır olanların hapis iddiasından farig olduklarını ve hile ile izhar-ı iflas etmiş iseler ifalaslarında zuhur eden düyunun re'sülmal ve güzeşte ve mesarif-i sairesini (294) ifa etmiş veyahut bunlardan af olunmuş bulduklarını isbat etmeye mecbur olacaklardır.

468 — Bu istida üzerine kaza müddeiumumisi müstedinin ikamet ettiği mahallin daire-i belediyesinden hükümet vasıtasıyla hakkında şahadetname talep edecek ve bu şahadetnamede evvela mahkûmunaleyhin her bir karye ve civarında ikamet eylediği müddet ile bidayet ve nihayet-i ikameti, saniyen müddet-i ikametde hareket-ı vakıası salisen müddet-i mezkûre zarfından suret-i teayyüşü (295) beyan olunacak ve bu şahadetnamenin is'af-ı istidasına (296) medar olmak üzere ita olduğu gösterilecektir. Bundan başka müddeiumumi müstedinin mahall-i ikametinde bulunan ihtiyar meclisinin bu babda reyini dahi sual eyleyecektir.

469 — Kezalik kaza müddeiumumisi müstedinin aleyhindeki hüküm ilâmının bir suretiyle hapis olunmuş olduğu hapishanede ne hareketde bulunmuş olduğuna dair hapishane kuyudundan bir hü-lâsa istihsal edecek ve bu evrakı mütalaasının ilavesiyle beraber liva müddeiumumisine irsal edecektir.

470 — İade-i hukuku memnua istidanameleri mahkumunaleyhin sakin olduğu liva bidayet mahkemesine takdim olunmak üzere evrak-ı müteferriasi ile beraber liva bidayet mahkemesi müddeiumumisi tarafından mahkemenin kalemine teslim olunacaktır.

471 — Bu evrak liva bidayet mahkemesi kalemine tevdi olduğu günden itibaren iki ay zarfında daire-i ithamıyeye ita kılınacak ve müddeiumumi netice-i müddeasını tahriren ve müdellelen beyan edecektir (297). Ve davanın her halinde tahkikat-ı cedide icrasını mahkeme resen veyahut müddeiumuminin talebi üzerine emredebilip fakat bundan dolayı maslahat altı aydan ziyade tehir olunamayacaktır.

(294) Düyunun re'sülmal ve güzeşte ve mesarif-i sairesi : Borçların ana para, faiz ve diğer masrafları.

(295) Suret-i teayyüşü : Yaşama biçimi.

(296) İs'af-ı istidası : Talebin yerine getirilmesi.

(297) Netice-i müddeasını tahriren ve müdellelen beyan etme : İddiasının neticesini yazılı olarak ve delilleri ile birlikte bildirme.

472 — Mahkeme müddeiumumiyi badel-istima karar mütalaasını müdellelen beyan eder.

473 — Mahkemenin karar mütalaası iade-i hukuk istidasını terviç tarafında olmadığı halde istida tarihinden itibaren iki sene mürrur etmedikçe müstedi tekrir-i istida edemez.

474 — Mahkemenin karar mütalaası iade-i hukuk istidasını terviç (298) tarafında olduğu halde mütalaname evrak-ı müteferriasiyla beraber müddeiumumi marifetiyle müteakiben Adliye Nazırına irsal olunur. Adliye Nazırı dahi müstedinin vaktiyle aleyhinde hüküm etmiş olan mahkemenin re'yini dahi istifsar (299) edebilir.

475 — Madde-i sabıkada beyan olunan muamelatdan sonra keyfiyet Adliye Nezareti'nin takriri üzerine hâk-i pa-yi Şahaneye ledel-arz irade-i seniyesi istihsal kılınır.

476 — İstida mevadd-ı sabıkada beyan olunduğu üzere kabul olunmuş olduğu halde iade-i hukuk-ı memnua buyurultusu ita olunur.

477 — Mezkûr buyrultu 470. maddede gösterildiği vechile bu istida hakkında mütalaa beyan etmiş olan mahkemeye ve bir suret-i musaddakası dahi müstedinin aleyhinde hükmetmiş olan mahkemenin hüküm mazbatası müsveddesinin kaydı hizasına kayıt olunmak üzere mahkemeye gönderilir.

478 — İade-i hukuk-ı memnua hükmü mahkûmun mahkumiyeti sebebiyle zatınca müstakbel için sakıt olan kâffe-i hukukunu iade eder. Mevadd-ı sabıka hükmünce iade-i hukuk-ı memnûaya nail olmak Ticaret Kanunnamesinin 313. maddesi ahkâmına hâlel getirmez. Mükerrer olarak mücazat-ı terhibiye ile mahkûm olanlar ikinci defa olarak aleyhlerinde vukubulan hükümden sonra iade-i hukuk-ı memnuaya nail olamazlar.

Fasl-ı Hamis

Müruruzaman ile Mücazatın Sukutu Beyanındadır.

479 — Cinayetden dolayı hükmolunan mücazat tarih-i hükümden itibaren yirne sene sonra sakıt olur. Ancak müruruzaman ile mücazâtı sakıt olmuş olan müçrimler zâten veyahut malen kimler aleyhinde irtikâb-ı cinayet etmiş iseler onların veyahut ebeveyni ve evlatlarının ikamet eyledikleri sancak dahilinde ikamet edemeyip bu misillülere hükümet tarafından ikametgah tayin olunabilir.

(298) Terviç : Revaç verme, kıymet ve itibarını artırma.

(299) İstifsar : Sorma.

480 — Cünhadan dolayı hükmolunan mücazat son derecede ita olunan ilâmın tarihinden ve mehakim-i ibtidaiye tarafından hükmolunmuş ise ilâmın müddet-i istinafiyesi (300) güzeran ettiği tarihten itibaren beş sene sonra sakıt olur.

481 — İdam cezası veya müebbeten mücazat-ı terhibiye (301) veyahut mavakkaten mücazat-ı terhibiyeyi müstelzim bir cinayetin vukuu tarihinden itibaren on sene zarfında hakkında ikame-i dava ve icra-yı tahkikat olunmamış olduğu halde o müddetin inkizasında o cinayet hakkında hukuk-ı umumiye ve şahsiye davası sakıt olur. Ve bu müddet zarfında ikame-i dava ve icra-yı tahkikat olunup da henüz ilâm verilmemiş olduğu halde en ahîr (302) olan muamele tarihinden itibaren on seneden sonra hukuk-ı umumiye ve şahsiye davası sakıt olur.

482 — Madde-i sabıkada zikrolunan iki halde mücazat-ı tedbiyeyi (303) müstelzim efal için hukuk-ı umumiye ve şahsiye davası yine madde-i sabıkada mezkûr mebde'lerden (304) itibaren üç sene sonra sakıt olur.

483 — Kabahat hakkında hükmolunan mücazat 480. maddede cünha hakkında tayin olunan mebde'lerden itibaren iki sene sonra sakıt olur.

484 — Bir kabahatin vuku bulduğu tarihten itibaren bir sene zarfında tahkikat icra ve ikame-i dava ve hacz-i emval ve eşya (305) vukubulmuş olsa bile hüküm ilâmı verilmemiş olduğu halde müddet-i mezkûreden sonra ve kabahat hakkında kabil-i istinaf olarak bir hüküm ita olunup da istinaf istidası vukubulmuş olduğu halde istinaf istidasının tebliği tarihinden itibaren bir sene sonra hukuk-ı umumiye ve şahsiye davası sakıt olur.

485 — Haklarında hükmü giyabi verilmiş olan eşhasın mahkûm oldukları ceza işbu kanunname hükmünce müruruzaman ile sakıt olduktan sonra isbat-ı vücut ettikleri halde mehakim tarafından kabul olunmayacaklardır.

(300) Müddet-i istinafiye : İstinaf süresi.

(301) Mücazat-ı terhibiye : Bkz. m. 29.

(303) Mücazat-ı tedbiye : Cünha fiilleri için öngörülen "bir haftadan ziyade

(303) Mücazat-ı te'dibiye : Cünha fiilleri için öngörülen "bir haftadan ziyade olan hapis ve muvakkaten nefy ve memuriyetten tard ve ceza-i nakdi" cezalarıdır. Bkz. : Gökçen, s. 117.

(304) Mebde' : Başlama, başlangıç.

(305) Hacz-i emval ve eşya : Eşya ve malların haczi.

486 — Cinayet ve cünha ve kabahatten dolayı hukuk-ı şahsiye cihetince vukubulmuş hükümler lâyetegayyer (306) haline girdikleri tarihten itibaren onbeş sene sonra sakıt olur.

487 — İşbu faslın ahkâmı bazı cünha ve kabayiha müteallik devâvinin (307) müruruzaman ile sukutunu tayin eden nizamat-ı mahsusa ahkâmına halel getirmez.

Dörtyüzüncü Maddeye Zeyl (308)

Kara bidayet mahkemelerinin reisleri ile azasının indel-iktiza (309) muhakemeleri liva bidayet mahkemelerinde ve liva bidayet mahkemelerinin reisleri ile azasının muhakemeleri vilayet mehakim-i istinafiyesinde ve vilayet istinaf mahkemelerinin reisleri ile azasının muhakemeleri mahkeme-yi temyizde icra olunur. Nüvvab-ı (310) şerin niyabet-i şeriyeye ait ahvalden dolayı muhakemeleri makam-ı meşihatın (311) ve mahkeme-i nizamiye riyasetine ait ahvalden dolayı muhakemeleri Adliye Nezaretinin tensip ve işarıyla icra olunur. 5 Recep 1296.

(306) Lâyetegayyer : Değişmez

(307) Deavi : Davalar.

(308) Zeyl : İlave.

(309) İndel-iktiza : Gerektiğinde.

(310) Nüvvab : Naipiler.

(311) Makam-ı meşihat : Şeyhülislâmlık makamı.

CEZA MUHALEMELERİ USULÜ KANUNUNDA TUTUKLAMA

Dr. İlhan AKBULUT (*)

Hakim Kıdemli Binbaşı

G İ R İ Ő

Ceza muhakemesinde tutuklama, kişi özgürlüğünü ilgilendirdiği için, en önemli koruma tedbirlerindedir. Bugün ceza muhakemesinden beklenen gaye, hakikâtin araştırılması olarak kabul edildiğinden tutuklamaya ancak bu gayeyle başvurmak gerekmektedir. Tutuklama kişi hak ve hürriyetleri le doğrudan doğruya ilgili bir müessese olarak, bugünün demokratik devlet anlayışına uygun bir şekilde yerine getirilmektedir. 1982 Anayasasının "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümünde "Kişi Hürriyeti ve Güvenliğı" başlığı altında yer alan 19. maddede, herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliğine sahip olduğı belirtilmektedir. Anayasanın 19. maddesi, 1961 Anayasasındaki 30. madde gibi, Anayasanın en uzun maddelerinden biri, hattâ en uzunudur. Zira, kişiyi keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı koruyan hükümler anayasa hukukunun temel taşlarından birini oluşturur. Kişi hürriyeti ve bunun güvence altına alınması, insanın toplumda hürriyetine sahip bir kişi olarak yaşamasıdır. Bu bakımdan kişi insan olarak hür yaşamalıdır. Herhangi bir sebep olmadan kişi yakalanamaz, tutuklanamaz. Anayasamız tutuklama hâllerinin neler olacağını kesin olarak saymamış "veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan kanunla gösterilen diğerk hallerde" demekle kanun koyucuyu başka sebepleri de kabule yetkili kılmıştır. Memleketin huzur ve asayişini bozan fiillerde olduğı gibi bazı ahvalde Devletin varlığına yöneltilen suçların ve yine toplum gelenekleri bakımından, işlendikleri zaman muhitte önemli tepkiler doğurabilecek olan genel adap aleyhinde işlenen suçların faileri hakkında tutuklama zorunluluğı konmasında ise kamu yararı vardır. Esasen Anayasa koyucusu, tutuklamayı gerektiren hâllerin yalnız kanunla belli edilmesi lüzumu ile yetinmemiş, tutuklamanın her halde bir hâkim kararına dayanmasını da bir te-

minat hükmü olarak şart kılınmıştır. Bir olayda tutuklamayı gerektiren hâllerin mevcut olup olmadığı, bağımsızlıkları Anayasa ile sağlanmış hâkimler tarafından tayin ve takdir olunacaktır.

1. Tutuklama Kavramı.

KUNTER, tutuklamayı; "muhakeme hukuku açısından zorunlu hâllerde hâkimin verdiği karara dayanılarak henüz bir yargı ile hürriyeti kaldırıcı cezaya mahkûm olmadan bir sanığın kişi hürriyetinin kaldırılması, bir diğer söyleyişle tutuk durumuna sokulmasıdır" şeklinde tanımlamaktadır (1).

Tutuklama muhakeme hukukunun amacına ulaşabilmesi için sanığın hürriyetinin bir süre tahdit edilmesidir. Tutukluluk, tutuklanan sanığın mahsus yerlerde, cezaevinde alıkonulması hâlidir. Bu da ya salıvermeye veya cezanın çekilmesine başlanmasına kadar devam eder. Aleyhine bir suç isnat olunan bir şahsın, kovuşturmayı yürüten makamların eli altında bulundurulmasını temin etmek ve suç delillerinin ortadan kaldırılmasını önlemek için tatbik edilen "tutuklama" muamelesi, esas itibariyle bir ceza olmaktan ziyade bir ihtiyatî tedbirden ibarettir. Tutuklama esas gayesi açısından bir tedbir ise de, netice itibariyle ceza yerine de geçebilir. Sanık yapılan yargılama sonucunda, hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olduğu takdirde, tutuklu kaldığı günlerin cezasından düşürülmesi gerekir.

Tutuklama bir muhakeme hukuku müessesesidir. Ancak bu müessese amacına uygun sebeplerle yapılabilir. Tutuklama bir tedbirdir. Başvurulmasındaki amaç, muhakemenin süratle yürüyebilmesini sağlamaktır. Bu itibarla suçların mahiyet ve ağırlığı, tutuklama kararı alınmasında doğrudan doğruya bir sebep olamaz (2). KÖKSAL, tutuklamanın şahsi hürriyeti tahdit eden bir muamele olduğundan tatbikinde çok dikkatli olunmasını belirterek şöyle demektedir: "Tutuklama bir tedbir olmasına rağmen hürriyeti bağlayıcı bir cezadan daha çok etkilidir. Çünkü mahkûmiyetin kesin olmasına karşılık tutuklama şüpheli bir durumdur ve psikolojik bakımdan çok ağır bir muameledir. Bütün bunların gözönünde tutularak çok dikkatli kullanılması gerekir. Ayrıca kişi hürriyetini kısıtlama derecesi de gayesi ile ayarlanmalıdır. Tutuklanan şahıs, hapishaneye konma-

(1) KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1986, s. 614.

(2) ÖNER, Hamdi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Hürriyet ve Mülkiyet Takyit Eden Kaideler, Adliye Ceridesi Cilt : II, No: 108, Ankara 1938, s. 1974.

yıp tutuklular için ayrı olan yerlere yani tevkifhanelere konmalı ve tutuklamanın gayesini ihlâl etmemek şartile hısım ve akrabaları ile görüşebilmelidir. Tutuklu yiyeceğini dışardan getirebilir. Müdafii ile görüşmesi esasen müdafaa fonksiyonunun işliyebilmesi için zorunludur” (3).

2. Tutuklamanın Mahiyeti.

Tutuklama kişi hürriyetini önemli ölçüde kısıtlayan çok ağır bir muameledir. Bunun için tutuklamanın şartlarını kanunla belirtmek ve tutuklama kararı alınmasını hâkimin takdirine bırakmak gerekir. Tutuklama çok ağır bir hürriyeti tahdit muamelesi olduğundan bu yola gidebilmek için suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtiler bulunmalıdır. Demek ki tutuklamanın mahiyetinden şu neticeler ortaya çıkmaktadır :

- a) Tutuklamanın takdire bağlı olması,
- b) Suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtilerin bulunması.

a) Tutuklamanın takdire bağlı olması : Kanunda yazılı sebeplere dayansa dahi, kaide olarak sanığın tutuklanması “mecburi” değil “takdiri”dir. Zira metinde “tutuklanabilir” denilmektedir. Ancak kanun, bazı çeşit suçlarda sanığın tutuklanmasını emredici hüküm olarak koymuştur. Acaba sanığın tutuklanmasından maksat nedir? Sanığın işlediği suçtan dolayı adalet huzuruna çıkarılabilmesinin temini ve suç delillerinin kaybolmadan olduğu gibi muhafaza edilebilmesi içindir. Bu arada tutuklamanın bir maksadı da, suçun işlenmesiyle bozulmuş olan amme nizamını derhal yerine getirmek düşüncesi de rol oynar. Suç işleyen kimseye cezasını hemen veremiyen ve böyle onu toplum için zararsız bir hâle getiremeyen yargı organı, onu tutuklamakla, bozulan amme nizamının düzelmesi ve galeyana gelen umumi efkârın yatışması, teskini için bir çare bulmuş oluyor demektir. Anayasamızda tutuklamanın mecburiliği veya takdire bağlı olması konusunda bir hüküm yoktur. Kanun, kişi hürriyetine büyük önem verdiği için, kanunda yazılı hâllerde bile kararı hâkimin takdirine bırakmıştır. Tutuklamanın takdire bağlı olması, kanunda yazılı tutuklama sebepleri bulunsa dahi, hâkimin tutuklama kararı vermeğe mecbur olmayıp, o kişinin tutuklanmasının gerçekten zorunlu olup olmadığını araştırması demektir (4).

(3) KÖKSAL, Ayhan, CMUK. da Tutuklama ve 1961 Anyasası, İHFM., Cilt : XXX, Sayı : 1-2, İstanbul 1964, s. 101.

(4) KUNTER, Nurullah, age., s. 620.

b) Suçun İşlendiğine Dair Kuvvetli Belirtilerin Bulunması : Bir kimsenin tutuklanabilmesi için suçu işlediğine dair "kuvvetli belirti"lerin bulunması lâzımdır. Demekki metindeki "kuvvetli" teriminden anlaşılmaktadır ki; her şüphe veya belirti, bir kimsenin tutuklanmasını icabettirmez. Suçu işlediğine dair aleyhinde hiç bir delil ve belirti mevcut olmayan kimse tutuklanamaz. Kuvvetli belirtiler, hâl ve duruma göre soruşturmanın mahkûmiyetle sonuçlanacağıının kuvvetli ve sanığın beraat ihtimalinin zayıf olması demektir (5).

3. Tutuklamanın Şartları.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 104. maddesi tutuklamanın hangi hâllerde yapılacağını göstermiştir. Ancak 104. maddenin uygulanabilmesi için daha önce bazı şartların da gerçekleşmiş olması gerekir.

A) Eğer muhakemenin yapılması bazı şartların gerçekleşmesine bağlı ise bu muhakeme şartları gerçekleşmiş olmalıdır. Tutuklama ceza muhakemesi gayesi ile yapıldığına göre, muhakemenin yapılması bir şarta bağlanmış ve bu şart da gerçekleşmemişse, tutuklama işleminin de yapılmaması gerekir (6).

B) Dava açılmış ise bu dava kamu davası olmalıdır. Kanun, kamu davasına gelmeyen sanığın tutuklanmasından bahsettiği hâlde (CMUK 223), şahsi davada bahsetmemektedir (CMUK 356). Bundan, şahsi dava yolu ile yapılan koğuşturmalarda, sanığın tutuklanamayacağı neticesi çıkmaktadır. Buna mukabil şahsi davada da tutuklama yapılabileceğini kabul eden bazı müellifler vardır (7).

C) Sanığa teminat belgesi verilmemiş olmalıdır (CMUK 288). Gaip olan sanığın duruşmaya gelmesi için bir tedbir olarak tutuklanamayacağı hakkında "teminat belgesi" verilebilmesi kabul edilmiştir. Tminat belgesi, suç sayılan hangi eylem için verilmiş ise, yalnız o eylemden dolayı tutuklamaya mâni olur.

D) Kanunun aradığı şartlar gerçekleşmiş olmalıdır. Kanunumuzun 104 ve 105. maddeleri bu şartları cürümler ve kabahatler için ayrı ayrı düzenlemiştir.

a) CÜRÜMLERDE :

aa) Kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması : 1982 Anayasamızın 19/III, suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe bulunan

(5) ÖNER, Hamdi, agm., s. 1972; KÖKSAL, Ayhan, agm., s. 111.

(6) KUNTER, Nurullah, age., s. 620; KÖKSAL, Ayhan, agm., s. 111.

(7) KANTAR, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957, s. 114.

kişinin “kaçmasının önlenmesi” için, CMUK m. 104/1 ise “kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması” durumunda tutuklanabileceğini belirtmektedir. Yalnızca kaçma şüphesi yetmemektedir. Bu şüpheyi uyandıracak vakıalara ihtiyaç vardır. Bu vakıaların neler olduğunu hâkim kararında göstermeye mecburdur. CMUK.nun 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı kanunla yapılan değişikliğinden önce, sanığın kaçma şüphesini uyandıracığı durumları şu şekilde belirtmişti :

Soruşturma konusu olan suçun ağır cezalı olması,

Sanığın ikametgâhının veya meskeninin bulunmaması veya ser-seri ve şüpheli takımından olması veya kim olduğunu isbat edememesi,

Yabancı olup da hâkimin daveti üzerine veya verilecek hükmün infazı için geleceğinde şüphe uyandıracak ciddi sebeplerin bulunması, kanun bu hâlleri sanığın kaçacağına karine saymıştır.

CMUK.da yapılan değişiklikten sonra ise; Sanığın kaçma şüphesini uyandıracak durumlar olarak şunları saymıştır : “Soruşturma konusu olan suçun, kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi veya sanığın ikâmetgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu isbat edememesi durumunda” sanığın kaçma şüphesi var sayılabilir. Ancak bu olgular kanuni karinelere dir. Kanun bu durumlarda karine olarak sanığın kaçacağını kabul etmiştir. Fakat bu, örneğin her soruşturma konusu olan suçun yedi yılı aşması durumunda mutlaka sanığın tutuklanması gerektiği anlamına gelmez. Hâkim her olayda bu karinelerin varlığına rağmen, tutuklamaya gerek olup olmadığını araştıracaktır,

Kaçma; sadece sanığın uzak bir mahalle veya yurt dışına gitmesi hâli demek değildir. Kendisini saklı tutan yahut kendisini saklamak amacı ile oturduğu yeri devamlı değiştiren kimse de bu kavrama dahildir. Sanığın oturduğu yere hududun yakınlığı, sanığın yurt dışında servetinin bulunması gibi hâller kaçma şüphesini verebilir (8).

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 5/I- c’de de “kaçma şüphesi”, tutuklama nedeni olarak dile getirilmiş, ancak metinde, sanığın suç işlediği konusunda “yeterli şüphe” bulunması, bir önşart olarak değil, tutuklama nedeni olarak ifade edilmiştir (9). Kaynak Alman

(8) KANTAR, Baha, age., s. 115.

(9) ÇENTEEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, s. 42.

Ceza Muhakemesi Kanununda hâlen sözkonusu "kaçma karineleri" yer almamakta, ancak Alman CMUK m. 112/III'de, bazı ağır suçlarda, ezcümle; mevsuf ve basit adam öldürme (Alman CK. m. 211, 212), Soykırım (Alman CK. m. 220 a), Terör Örgütü Kurma (Alman CK. m. 129 a/I), Eylemle başkalarının yaşamı ya da mevcut bütünlüğü tehlikeye düşmüş ise, patlayıcı madde kullanma (Alman CK. m. 311/I-III) suçlarından birini işlemiş olma kuvvetli şüphesi altında bulunan kişi, kaçma ve delilleri karartma şüphesi mevcut olmasa da, tutuklanabilir (10).

bb) Delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hâl ve davranışların bulunması: Anayasa m. 19/III'e göre, "delillerin yok edilmesi veya değiştirilmesini önlemek amacıyla", CMUK m. 104/I'e göre ise, "Delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hâl ve davranışların bulunması" hâllerinde suç işlediğine dair aleyhinde kuvvetli şüphe bulunan sanık, tutuklanabilecektir. Delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi ve gizlenmesine dokrinde delilleri karartma denilmektedir (11). Bu durumlarda da kanun hakimin olaylar üzerinde durmasını istemiştir. Bu nedenin gerçekleşmesi, somut bazı delillerin karartılması şüphesini gösteren olguların varlığına bağlıdır. Kuşku somut olgulara dayanmalıdır. Örneğin sanığın olayın tanığı A'yı yalan beyana teşvik ettiğini gösteren olguların varlığı gibi. Bu tutuklama sebebine itiraz edilmiş ve şu görüşlere yer verilmiştir: "Adalet cihazının, sanığın delilleri değiştirmesile işlemeze hale geleceği, devletin elindek kuvvetle sanığın zarar verici faaliyetlerinin önlenebileceği ileri sürülmüştür. Kaldı ki delilleri sanığın değiştirmesi şart değildir. Akraları, yakınları tarafından da aynı karartma faaliyetiyapılabilir. Fakat bu itirazlar fazla önemi haiz olmak gerekir. Çünkü hiç kimse suç delillerini suç işleyen kadar iyi bilemez ve onların değiştirilmesinde sanık kadar muvaffak olamaz. Deliller adaletin gerçekleşmesinde vasitalardır. Bunların değişmesi adaletin tecellisine, hiç değilse gecikmesine sebep olabilirler (12).

Kanunda delileri karartma eylemlerinin iki grupta toplandığı görülmektedir. Birincisi, delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, giz-

(10) CENTEL, Nur, age., s. 47.

(11) KUNTER, Nurullah, age., s. 624; TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 704.

(12) KÖKSAL, Ayhan, agm., s. 105-106.

lenmesi. İkincisi ise, şerik ve tanıkların uydurma beyana, yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya ve de bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışılmasıdır.

“Delillerin yok edilmesi”, suça ait tüm maddi delillerin ortadan kaldırılması, değiştirilmesi bozulması demektir. Sahte delil hazırlamak da, suçun delillerinin yok edilmesi kavramına dahil sayılmaktadır.

Kanunda, karartma eylemine konu olabilecek ikinci grup delil, “tanık ve şeriklerin beyanları” ile “bilirkişilerin etki altına alınması” gösterilmektedir. Ancak, karartma şüphesinin bulunduğunu kabul edebilmek için, sözkonusu kişilere meşru olmayan biçimde etkide bulunulması şarttır. Tanık beyanı; taraflardan olmayan, ancak olayın tanığı olmuş bir kişinin o olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgileri subut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık dinlemeğe yetkili kılınmış bir mahkeme veya hâkim huzurunda tanıklı ederen yaptığı sözlü beyandır. Tanığın taraflar dışında olduğu ve muhaeme konusu olayla ilişkisi bulunmadığı noktasından hareket edilince, onun açıklamalarının doğru olması aranmaktadır. Bunu sağlamak için kanun hâkimin eline bazı yetkiler vermiştir. Bunlar; çekinme yetkisi, çekinme mecburiyeti, tanığa ne derece itimat edilebileceğini gösteren suallerin sorulması, yemin, tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi, tanıkların yüzleştirilmesi şeklinde özetlenebilir. Bu tedbirlerin amacı tanığın yalan beyanda bulunmasını önlemek içindir. Tanık, kendisine veya yakınlarına menfaat sağlamak veya bir tehlikeyi önlemek için yalan söyleyebilir. Hattâ tanık sanığı kurtarmak amacı ile de yalan söyleyebilir. Saydığımız bu tedbirler yalan beyanı önlemek ister. Ne dereceye kadar önleyebildiği, her tanık dinlenmesinde ayrıca değerlendirilmelidir. Hâkim, tecrübe kaidelerine dayanarak sağlamlığı değerlendirir ve sağlamsa delil sayar. CMUK.nun 104. maddesinde belirtilen “tanıklıktan kaçmaya sevk” tabirinden; tanıklık vazifesine aykırı her türlü hareketi anlamalıdır. Tanığın saklanması, davete gelmemesi, kanunî sebepler olmaksızın tanıklıktan çekinmesi gibi.

Delillerin karartılması şüphesinin bulunup bulunmadığı, ancak, somut olayın özellikleri, sanığın kişiliği, davranışları, yaşam koşulları gözönüne alınarak takdir edilebilir. Delilleri karartma tehlikesinin varlığını kabul edebilmek için, sanığın, tutuklama talebinden önce karartma eylemlerine girişmiş olması şart değildir. Ancak, bu tür çalışmasının bulunması, karartma şüphesine delil oluşturabilecektir (13). Bu arada delillerin karartılması şüphesi geleceğe yöne-

(13) CENTEL, Nur, age., s. 52.

lik olmalı, delillerin karartılması sonucunda maddi gerçeğin aydınlatılmasının mümkün olamayacağı tehlikesi mevcut olmalıdır. Bu itibarla, gerçek ortaya çıkmışsa, araştırılacak bir husus kalmamışsa, delillerin karartılması tehlikesi artık söz konusu değilse, tutuklama yoluna da gidilmemelidir.

Tutuklama, tahkikatın selâmetini ve hükmün infazını temin bakımından müracaat olunacak bir ihtiyati tedbir olduğu halde bazı yerlerde tutuklama ile takip olunması icap eden bu maksat ve gaye haricine çıkılarak tutuklamaya adeta cezaî bir mahiyet izafe edilerek lüzumsuz tutuklama kararları verildiği görülmektedir. Suçlunun tutuklanabilmesi için kanun, esas şart olarak suçu işlediğine dair aleyhinde kuvvetli belirtiler bulunmasına lüzum görmüştür. CMUK'nun 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı kanunla yapılan değişikliğinden önce, suçun devlet veya hükümet nüfuzunu kıran bir suç olması hâlinde, tutuklama sebebi olarak kabul ediliyordu. Bu hâlin, tutuklamayı devlet otoritesini göstermek amacıyla kabul etmek anlamına geldiği ve bu da tutuklamanın amacına aykırı düştüğü bu itibarla bu sebebin maddeden çıkartılması gerektiği belirtilmişti (14). Nitekim yapılan değişiklikten sonra bu hüküm çıkartılmıştır.

CMUK.da değişiklikten önce, ülkemizde bir tutuklama enflasyonunun bulunduğu, tutuklamanın istisnai bir tedbir olmaktan çıktığı ve olağan bir uygulama niteliğini aldığı belirtilmiştir. Nitekim tutuklama uygulamaları ile ilgili olarak ÖZEK şu görüşlere yer vermektedir: "Anayasa ve yargılama yasaları, tutuklama tedbirinin uygulanması için belirtilen sınırlayıcı kuralları öngörmesine rağmen, bugün Türkiye'de tutuklama, istisnai ve zorunlu hâllerde uygulanabilen bir tedbir olmaktan çıkmış, özellikle ağır cezalı, devlete karşı işlenen, genel ahlâkı ihlâl eden fiiller açısından tutuklama, olağan ve zorunlu bir uygulama niteliğini almıştır. Tutuklama uygulamasında, suçun işlendiği konusunda kuvvetli emare bulunması koşulu genellikle aranmamakta, yasanın kaçma şüphesinin karinesi saydığı durumlarda mutlaka uygulanmaktadır. Hazırlık tahkikatı sırasında sanığın tutukluluk hâlinin 30'ar günlük aralarla sulh hâkimi tarafından incelenmesini öngören CMUK'nun 112. maddesi, tutuklu sanığın kişi güvenliğinin sağlanmasına, haksız tutuklamaların ortadan kaldırılmasına yönelik bir önlem olarak yer almıştır. CMUK'nun 112. maddesi de gereğince uygulanmamakta, sırf bir formalite olarak inceleme yapıp tutukluluk hâli sürdürülmektedir" (15). KAZAN'da, "İnsanların en çok karşılaştığı olay, tutukla-

(14) CENTEL, Nur, age., s. 53.

(15) GÜRELİ, Nail, "Hukukumuz Hakkımız Adliyemiz" isimli yazı dizisinde Ceza Hukuku öğretim üyesi Çetin ÖZEK ile yaptığı söyleşi. Milliyet 13.2.1992.

madır” diyor ve bu olguyu yargı-yargıç bağlamında şöyle değerlendirdiyor: “Yargıç, dünyanın her yerinde, insanların güvencesi sayar kendisini. Önce özgürlüklerinin, sonra haklarının güvencesi olarak görür. Bağımsızlığı da kendisine bunun için verdiklerini düşünür ki, doğrusu budur. Bu yüzden, tutuklama taleplerine karşı yargıç, inanılmaz bir güvencedir dünyanın her yerinde. Örneğin bu yüzden yargıç çok sevecendir dünyanın her yerinde. Ama bizde, bağırıp çağıran bir tiptir yargıç. Bağırır çağırır. Dokuzda duruşma verir, geç gelir. Geldikten sonra, bir de kahve söyler. Arkadaşlarını ağırlar ve tutuklar. Tutuklar, tutuklar. Önüne geleni tutuklar. Ben birçok başkentte duruşma izledim, bağırıp çağıran yargıca hiç rastlamadım. Sanığa ve tanığa karşı çok sevecendir. Polis, fezlekesiyle dosyayı gönderir. Savcı, bunda mutlaka bir şey vardır, hâkim düşünsün der, tutuklama istemiyle mahkemeye sevkeder. Yargıç, savcının bir bildiği varki sevkemiş, zaten itiraz hakkı da var der, tutuklama kararı verir” (16).

CMUK.nu yeni yapılan değişikliklerle çok önemli yenilikler getirmiştir. Şöyle ki, polis yakalanan kişiye, önce neyle suçlandığını açıklayacak, sonra avukat tayin hakkı olduğunu, parası yoksa ve isterse baro tarafından avukat tayin edileceğini, avukatın vekletname aranmaksızın ifade ve sorguda hazır bulunabileceğini, isterse susma hakkını kullanabileceğini hatırlatacaktır. 18 yaşından küçükler, sağır ve dilsizlerle malûller için, karakolda, savcılıkta ve mahkemede avukat bulundurma zorunluluğu uygulanacaktır. Avukat yakalanan kişinin yanında durmakla kalmayacak, hukuki yardımda bulunacaktır. Yani gerekiyorsa konuşacak, soru sorduracaktır. Avukat, poliste ve savcılıkta dosyayı inceliyebilecektir. Hukuka aykırı yollarla sağlanmış deliller hükme esas olamayacaktır.

Yine, yapılan değişiklikle; “Altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda sanık ancak, suçun toplumda infial uyandırması veya ikâmetgâhı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi hâlinde tutuklanabilir” hükmü getirilmiştir. Buna göre, birinci olarak altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda sanık suçun toplumda infial uyandırması hâlinde tutuklanabilecektir. Bu hâl, sanığın işlediği suçun ağırlığı ve kötülüğünün toplumda yarattığı heyecan nedeniyle, sanığın özgür olmasına katlanılamayacağını düşünülüyor olduğu durumlarda, diğer tutuklama nedenleri olmasa da, sanığın tutuklanabilmesidir. İşlenen suçun toplumda infial uyandırıp uyandırmadığı hususunu tu-

(16) GÜRELİ, Nail, “Hukukumuz Hakkımız Adliyoruz” isimli yazı dizisinde İstanbul Barosu Başkanı Av. Turgut KAZAN ile yaptığı söyleşi. 13.2.1992.

tutklamaya yetkili hâkim takdir edecektir. Burada kanımızca düşünülen gerçek tutuklama nedeni, sanığın özgür olmasının, toplumca katlanılmazlığıdır. İkinci olarak; sanığın ikâmetgahı veya meskeninin bulunmaması hâlinde tutuklanabileceğidir. Burada amaç sanığın oturduğu yerin belli olmaması nedeniyle adliyenin eli altında bulundurulmasını temindir. Üçüncü olarak da, sanık kim olduğunu ispat edememesi hâlinde tutuklanabilecektir. “Kim olduğunu ispat edemiyen” tabirine, “ismini söylemeyen, sahte isim veren” de dahildir (17). Ancak, nüfus cüzdanı veya resmî bir kimlik göstermese de, sanık, tanınan bir kişi ise, kimliğini ispat etmiş sayılmalıdır.

CMUK.nun 104. maddesinin son fıkrası; “Soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabileceksen veya tutuklama yerine bir başka yargılama önlemi ile amaca ulaşılabilir ise tutuklamaya karar verilemez” hükmünü getirmiştir. Bilindiği gibi tutuklama, masumiyetini ispat etmesi muhtemel sanığın hükümden önce hürriyetinin zaruri ve geçici bir tahdidi olarak tanımlanmaktadır. Hakkında tutuklama gibi özgürlüğü bağlayıcı bir tedbire başvurulmuş olan kimse neticede beraat edebilir. Bu takdirde kendisi telâfisi mümkün olmayan bir zararla karşılaşırki, bu da kamu vicdanını rencide eder. Tutuklamanın esasta bir tedbir olduğu unutulmamalıdır.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 106. maddesinin bir ve ikinci fıkraları şu şekilde değiştirilmiştir: “Sanığın tutuklanmasına ancak hâkim karar verir. Tutuklanması talep edilen sanık hazırca karardan önce dinlenir, hazır bulunan sanık isterse sorgu sırasında vekâletname aranmaksızın müdafii de hazır bulunabilir ve karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısı ile hazır olan müdafii dinlenir. Sanık hazır değilse talebe ilişkin karar, yokluğunda ve evrak üzerinden verilir.

Tutuklama müzekkeresinde, sanığın mümkün olduğu kadar açıkça kim olduğu ve şekli ile kendisine isnad olunan fiil, fiilin gerçekleştiği zaman ve yer, fiilin kanunda hükme bağlandığı maddeler, suçun kanunî unsurları ve tutuklama sebebi belirtilir”.

Birinci fıkradaki “hakim” tabiriyle, vazifeli ve selâhiyetli hâkim kastedilmiştir. Tutuklama kararını ancak hâkim verebilir (Ay. m. 19/III). Hâkim, sanık başka suçtan tutuklu veya hükümlü olsa, ya da CMUK. m. 74 uyarınca bir müessesede gözlem altına alınmış

(17) ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt: I, Ankara 1966, s. 613.

bulunsa da, hakkında tutuklama kararı verilebilir, ancak, bu hâllerde infaz sonraya kalır. Hukukumuzda tutuklama kararını, hazırlık soruşturması sırasında sulh hâkimi verebilmektedir (18). Ancak, bu kararı hâkim kendiliğinden vermemekte, Olayla ilgili dosya henüz C. Savcılığında bulunduğundan, kural olarak c. savcısının talebi gerekmektedir. Ancak, gecikmede tehlike varsa, sulh hâkiminin re'sen de, tutuklama kararı verebilmesi mümkündür (CMUK. m. 125/D). Tutuklama kararını vermeye yetkili sulh hâkimi ise, suçun işlendiği veya sanığın yakalandığı sulh hâkimidir. Kanun değişikliğinin getirdiği en önemli yenilik, sanığın sorgusu sırasında vekâletname aranmaksızın kendisine hukukî yardımda bulunacak avukatın yer almasıdır. Sanığın sorgusundan sonra hazır bulunan avukat ile Cumhuriyet Savcısı da sanığa soru sorabilecek ve olayın aydınlanması için görüşlerini bildirebileceklerdir. Eğer tutuklama sırasında sanık hazır değilse, tutuklama talebine ilişkin karar, sanığın yokluğunda ve evrak üzerinden verilecektir. Yani bu safhada müdafinin ve C. Savcısının dinlenmesine gerek yoktur. Sanığın tutuklanmasına karar verildikten sonra, yazılacak tutuklama müzekkeresinde, sanığın mümkün olduğu kadar açık kimliğinin yazılması gereklidir. Sanığın açık kimliğinin yazılması sanık hakkında toplanacak bilgiler açısından önemlidir. Sanığın birkaç ismi olabilir, göbek adı olabilir. Anne baba adlarının açık bir şekilde hattâ onların da birkaç ismi varsa sorularak tespit edilmesi gereklidir. Nitekim Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü sorulan sabıka kaydı müzekkerelerinde mutlaka anne, baba adlarının bildirilmesini aramaktadır. Bunun yanında sanığın açık adresi veya adreslerinin alınması gereklidir. Tutuklama müzekkeresinde sanığın üstüne atılan suç yer almalıdır. Zira, sanık ne ile suçlandığını bilmelidir ki, savunmasını yapabilsin. Yine, suçun işlendiği yer ve tarih, suçun kanunî unsurları ve tutuklama sebebine de yer verilmelidir. Ancak tutuklama için en baş segep olan "kuvvetli belirti"lerin ne olduklarını yazmak zorunlu değildir (19).

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 108. maddesi uyarınca; "Sanık tutuklama müzekkeresi üzerine tutulduğunda derhal ve nihayet yirmidört saat içinde yetkili hâkim önüne çıkarılarak sorguya çekilir ve tutmanın devam edip etmiyeceği hakkında bir karar verilir. Sanığı en yakın hâkim önüne getirmek için gerekli süre bu yirmidört saatlik süreye dahil değildir." Değişiklikten önceki

(18) TOSUN, Öztekin, Hazırlık Soruşturmasında Tutukluluk, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: I, Sayı: 1, İstanbul 1978, s. 32; CENTEL, Nur, age., s. 70.

(19) KANTAR, Baha, age., s. 117-118.

metinde, tutuklanan sanığın derhal ve en geç kırksekiz saat içinde yetkili hâkim önüne çıkarılacağı ve sorguya çekileceği belirtilmekteydi. CMUK.nun 108. maddesine eklenen son fıkrada ise; "Bu kanunun 223. maddesinin ikinci fıkrası ile 229. maddesindeki tutuklama sebepleri hariç sanığın sorgusu sırasında yalnız C. Savcısı ile müdafii hazır bulunabilir ve tutulmanın devam edip etmiyeceği hakkında bir karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısı ile hazır bulunan müdafii dinlenir". Görüldüğü gibi bu fıkrada da tutuklama sırasında yapılan işlemde olduğu gibi kollektif faaliyet tekrarlanmaktadır.

Kanunun 110. maddesi ise tutuklulukta geçecek sürelerle ilgili yeni bir düzenleme yapmıştır. Yeni metin şu şekildedir: "Hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi azamî altı aydır. Kamu davasının açılması hâlinde bu süre hazırlık soruşturmasında tutuklulukta geçen süre dahil iki yılı geçemez". Tutuklama, her koruma tedbiri gibi geçicidir. Herhangi bir nedenle devamına gerek kalmadığı anda sona erecektir. Eski metinde, tutuklama süresi için bir sınır öngörülmüş değildi. Doktrinde bu husus tenkit edilmiş ve tutuklamaya belli bir üst sınır getirilmesi gerektiği belirtilmişti (20). Yeni metin ile hazırlık soruşturmasında azamî altı aylık süre konulması yerinde olmuştur. Zira Anayasamız m. 19/VII de, tutuklanan kişilerin, makûl süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarının bulunduğu belirtilmiştir. Bu itibarla Anayasamızın bu hükmü ile CMUK.daki hüküm bağdaşır bir hâl almıştır. Herşeyden evvel kişi özgürlüğü açısından üstün koruyucu bir hüküm getirmiştir.

110. maddenin 2. fıkrası ile, birinci fıkrada belirtilen sürelerde, işin hayli kapsamlı olması nedeniyle kamu davası açılmaması veya hüküm tesis edilememesi hâllerinde tutuklamanın nasıl sona erdirileceğinden bahsetmekte ve şu hükmü getirmektedir: "Soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle yukarıda belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılmamış veya hüküm tesis edilememiş ise; soruşturma konusu fiilin kanunda belirtilen cezanın alt sınırı yedi seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır. Yedi sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezasını gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sa-

(20) KUNTER, Nurullah, age., s. 632; DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s. 106; BUHARALI, Ahmet, "Tevkifte Süre" Adalet Dergisi, 57, 1966/3, s. 239 vd.; CENTEL, Nur, age., s. 159.

nığın şahsi hâllerine göre tutukluluk hâlinin devamına veya sona erdirilmesine veya uygun görülecek nakdi kefaleti vermesi şartıyla sanığın tahliyesine karar verilebilir". Görüldüğü gibi yeni düzenleme ile mutlak surette tutuklamaya bir üst sınır getirilmek istenmiştir. Zira, tutuklamanın uzun sürmesi bir yandan sanığın ruhsal yapısını ve kişiliğini bozmakta, diğer yandan sanığın yeniden sosyalleşmesini engellediği gibi, hâkimleri, uzun süren tutukluluğu, verilecek hükümle meşrulaştırma çabasına sokmaktadır (21).

b) Kabahatlerde Aranan Tutuklama Nedenleri.

CMUK. m. 105, kabahatlerde tutuklamaya gidilebilmesini sınırlandırmıştır. Bu maddeye göre, cezası hafif hapis olan bir suç işlediği kuvvetli belirtisi bulunan kişi, kaçma şüphesinin varlığı şartıyla ancak şu sebeplerde tutuklanabilir :

- İkâmetgah veya meskeninin bulunmaması,
- Şüpheli veya serseri takımından olması,
- Kim olduğunu ispatlayamaması,
- Yabancı olup da hâkimin davetine veya verilecek hükmün infazına geleceğinden şüphe uyandıracak ciddi nedenler bulunması.

Görülüyorki kanun birinci hâli cürümlerde bir kaçma karinesi olarak kabul ettiği hâlde kabahatler için böyle bir karine kabul etmemiş ve bu sayılan hâllerde sanığın tutuklanabilmesi için ayrıca kaçma şüphesi aramıştır.

Sanık, halihazırda kaçaksa, kaçma şüphesi gerçekleşmiş olduğundan, CMUK. m. 105'deki haller bulunmasa da, suç işlemiş olma şüphesinin de kuvvetli olması koşuluyla, tutuklanması mümkündür (22).

(21) CENTEL, Nur, age., s. 150.

(22) CENTEL, Nur, a.g.e., s. 59.

S O N U Ç

1929 yılından bu yana yürürlükte olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, zaman zaman ülkenin değişen koşullarının ve doğan gereksinmelerin sonucu olarak değişikliğe tâbi tutulmuştur. En son olarak da, 18.11.1992 gün ve 3842 Sayılı Kanunla çok önemli yenilikler getirilmiştir. Ülkede adalet mekanizması denilince her zaman akla gelen ve büyük sorun olarak kabul edilen, yargılamaların kısa sürede bitirilememesi durumu ve insan haklarına saygı, bu köklü değişikliğin temelini oluşturmuştur demek yanlış olmasa gerek. Hiçbir insan artık dünyamızda yalnız değildir. Çağımızda hiçbir devlet, istediği doğrutularda kanunlar çıkararak ve düzenlemeler yaparak insan haklarını bozmak hakkına artık malik bulunmuyor. Çağımız artık bir insan hakları çağı olma özelliğini pekiştirip geliştirmiştir. Bir toplumdaki en büyük huzursuzluk kanunların toplum hayatındaki yeniliklerin gerisinde kalmasıdır. Kanunlar daima toplumun önünde olmalı, ona şekil vermeli, onu yönlendirmelidir. Bir toplumda adaletin sağlıklı olmaması hâlinde dertlerin bitmeyeceği ve toplum huzurunun olamayacağı açıktır. Bunun yanında, kişi özgürlüğü ve güvenliği, yani Anayasa ve kanunda gösterilen kurallara uyulmaksızın tutuklanamama, yakalanamama hakkı temel haktır. Bu hak, insan onurunun dokunulmazlığı ve saygınlığından kaynaklanmaktadır.

Hukukumuzda, hâkimin tutuklama kararı vermeye mecbur olduğu hiçbir hâl öngörülüş değildir. Tersine, hâkim tutuklama kararı verip vermemekte tamamen serbesttir.

K A Y N A K Ç A

BUHARALI, Ahmet : "Tevkifte Süre" Adalet Dergisi, Yıl: 57, Sayı: 3, Ankara 1966.

CENTEL, Nur : Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992.

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1966.

DONAY, Süheyl : İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982.

GÜRELİ, Nail : Hukukumuz Hakkımız Adliyemiz (Yazı Dizi) Milliyet Gazetesi, 13.2.1992.

KANTAR, Baha : Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957.

KÖKSAL, Ayhan : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Tutuklama ve 1961 Anayasası, İHFM.Ord. Prof. Dr. aHlil Arslanlı Hatıra Sayısı, Sayı: 1-2, İstanbul 1964.

KUNTER, Nurullah : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1986.

ÖNER, Hamdi : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Hürriyet ve Mülkiyeti Takyit Eden aKideler, Adliye Ceridesi, Cilt: II, No: 108, Ankara 1938.

TOSUN, Öztekin : Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt: I, 3. Bası, İstanbul 1981.

TOSUN, Öztekin : Hazırlık Soruşturmasında Tutukluluk, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, İstanbul 1978.



CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN TEMELLERİ VE SINIRLARI

Suç Kavramı Üzrine Düşünceler (*)

Prof. Dr. Wilhelm GALLAS

Tercüme : Dr. İzzet ÖZGENÇ

Yürürlükte olan Ceza Kanunumuza ilişkin uzun zamandan beri teşebbüs edilen genel reformun başarılı bir şekilde sonuçlandırılması doğrultusundaki güncel gayretler, genel ilgiyi yeniden ceza hukukunun ana meselelerine yöneltti. Bu arada, pek çok kişi için artık nihai olarak haledilmiş gözüken cezanın anlam ve amacına müteallik eski tartışmanın, önceden olduğu gibi şimdi de düşünceleri harekete geçirdiği gözlemlendi; bunun yankısı büyük günlük gazetelerin okuyucu mektuplarına kadar izleniyor. Buna karşılık, kamu düşüncesi suç sorusuyla, bu sorunun esas anlamı itibarıyla olmaktan ziyade, yürürlükte olan Ceza Kanunundaki suç katalogunun yeni hukukta (yeni Ceza Kanununda) sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı, genişletilip genişletilmeyeceği veya bu sınırlama ya da genişlemenin sınırı noktai nazarıyla meşgul olmaktadır; yetişkin kişiler arasındaki homoseksüelliğin şimdiye kadarki cezalandırılabilirliğinin telâfi edilip edilmeyeceği veya özel konuşmaların ses kayıt cihazları vasıtasıyla gizli surette dinlenmesinin gelecekte cezai müeyyide altına alınıp alınmayacağı gibi. Bu arada, bazı suç tiplerinin ilgası veya yeniden tesisi hususundaki soru, suçun niteliğini neyin ortaya koyduğu, bunun hangi maddi şartlara bağlı olduğu, kanunkoyucunun bir insan davranışını cezai müeyyide altına almak zorunda ve etkisinde olup olmadığı soru(lar)ını ön plana çıkarmaktadır. Gerçi bu bağlantı uzman kişilerce yapılan tartışmalarda tanınmamış değildir; ancak, görebildiğim kadarıyla, suç teşkil eden davranışın genel maddi kriterlerine ilişkin soruya, sözkonusu sorunun hukuk politikası açısından taşıdığı anlam itibarıyla ve fakat aynı zamanda dogmatik neticeleri nedeniyle iktisap ettiği ölçüde

(*) Sözkonusu metin, Gallas'ın Heidelberg Üniversitesi'nin 578. yıldönümü münasebetiyle 28 Kasım 1964 tarihinde yaptığı rektörlük konuşması olup, Gallas : *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, sh. 1-18'de neşredilmiştir.

dikkat her zaman tevcih edilmedi. Ceza hukuku reformunun varmak durumunda olduğu kararlar açısından, bu meseleye ilişkin esaslı bazı düşünceler ithaf etmek muvafık olur.

I

Yürürlükteki hukukun bulunduğu konumdan hareketle insanın suç nedir sorusunu sorması halinde, ilk olarak, gerçi itiraz edilemez ve fakat belki de sadece geçici (bir) cevap ortaya çıkmaktadır : Suç, hukuk düzeninin cezai müeyyide altına aldığı insan davranışlarıdır. Fakat, şu kesin ki, bu suretle suç sadece şekli anlamda tarif edilmektedir. Gerçi insan bu tanım vasıtasıyla -adam öldürme, hırsızlık veya hakaret gibi- belirli fiillerin "suç" olduklarını tespit edebilir. Fakat, bu fiiller, bunları suç kategorisi niteliğine sokan genel maddi vasıfları haiz oldukları için değil; bilakis, hukuk bunların işlenişine belirli bir hukuki netice, cezayı bağladığı ve böylece bunları suç olarak nitelendirdiği için, böyle görünmektedirler. Meseleye böyle bakılırsa; belirli fiiller suç oldukları için cezalandırılabilir (fiiller) değil, aksine bunlar cezalandırılabilir (fiiller) oldukları için suçlular (demek olurdu).

Fakat, bununla son sözün söylendiği(ni kabul etmek) güçtür. Belli bir davranışın cezai müeyyide altına alınması daha ziyade maddi mülahazalara dayanmalıdır. Bu (maddi mülahaza)lar, ancak cezai müeyyide altına alınan davranışın bizzat kendisinde bulunan sebeplere bağlanabilir. O zaman, bu sebeplerin neler olduğu ve aynı zamanda, ne derece bu konuda bütün cezalandırılabilir hareketler için müşterek olan (sebeplerden) sözedilebileceği sorulabilir. Ancak bunun imkan dairesinde olması ölçüsünde suç, muhteva itibarıyla umumî bir şekilde belirlenebil(ecekt)ir; sadece şekli değil, aksine maddi suç kavramından bahsedilecektir.

Bu meyanda, hukuk düzenini muayyen bir insan davranışını cezai müeyyide altına almaya sevkeden (sebepler)in ne(ler) olduğu meselesini izah etmek isteyen kişi, önce cezanın niteliği ve fonksiyonuna ilişkin soruyla karşı karşıya girmektedir. Zira, insan cezanın ifade ettiği anlamı bilmeden, bir insan davranışının hangi özellik ve şartlarının hukukun bu reaksiyonunu gerekli kıldığını ve böylece, bu fiilin suç olarak görünmesini sağlayacağını müşahede edemez. Bununla beraber, cezaya ilişkin her maddi tanım, kendisi açısından suç kavramına atıfta bulunmaktadır. İnsan, cezaya suçun keffareti veya suçun önlenmesini sağlayan tedbir olarak belirleyebilir : Suç kavramıyla ilişki kurmadan ceza hiçbir zaman tanımlanamaz. Fakat, bu suretle biz bir fasıt daire içine düşmekte, iki belirsiz ile bir eşitlik sağla(mış ol)maktayız : Cezayı gerektiren (her fiil)

suç, ve suça mukabil gerekli görülen (müeyyide de) ceza olarak telâkki edilecektir.

ESuç ve ceza kavramlarının birbirlerine olan karşılıklı bağımlılıklarının ortaya çıkardığı ikilemden ilk görünüşün aksine, ancak en azından bu iki kavramdan bir tanesinin, diğerinin tanımının kendisiyle bağlantı kurabileceği müstakil belirlenebilir unsurları veya ilişkileri haiz olması halinde, bir çıkış yolu bulunabilir. Bu amaçla ilk defa suç (kavramı) ele alındığında, şu şekilde düşünülmesi gerekir: Ancak bir fiilin alelîtlak cezaya layık olduğunu, bu fiilin cezaî müeyyide altına alınmasının mutlak (bir şekilde) gerekli olduğunu ve cezayı bizzat tür ve ölçü itibarıyla fiile karşı belirlenmiş bir hukukî netice olarak gösteren özelliklerin varlığı halinde, müstaköil, başka bir ifadeyle, her defasında bu fiile (karşı) öngörülen cezaî müeyyideden bağımsız bir suç (kavramı)dan bahsedilebilir. Bu durumda, suç kavramının ceza kavramından bağımsızlığına, ceza kavramının suç kavramına bağımlılığının uygun düşmesi gerekir. Bu doğrultuda suç ve ceza kavramlarına açıklama getiren en manidar ve insicamlı teşebbüse Hegel ve (Hegel) Ekolünde rastlamaktayız. Buna göre, suç, bireyin iradesinin umumun iradesine muhalefet etmesidir, bir başka ifadeyle, hukuku şuurulu bir şekilde ihlâl eden her fiildir. Fakat, sözkonusu muhakemeye sadık kalındığında, bu tür bir davranış mutlak bir şekilde geçerlilik arzetmesi gereken hukuku hukuk olarak nefyettiği için, kavramsal zorunlulukla bu nefyin (tekrar) nefyi talebi, başka bir ifadeyle, hukukun ihlâline eşdeğerde bir keffaret ile suçu tekrar bertaraf eden ve ihlâl edilen hukuku tekrar kaim kılan ceza talebi, ortaya çıkmaktadır.

Pozitif hukukla bağdaşmaması (sebebiyle), daha önce Hegel'in suç kavramına itirazda bulunulmuştur. Pozitif hukuk gerçekten hukuka aykırı (olan) şuurulu her fiili cezaî müeyyide altına almamaktadır; (bunun için) insanın yalnızca hukukî sonuçlar doğuran sözleşmeye aykırılık teşkil eden sayısız olayları düşünmesi yeterlidir. Bu pratik düşüncelerin arkasında esaslı bir eleştiri yatmaktadır; ki bu (eleştiri) karşısında sadece Hegel'in çözümü değil, bilakis suçu bizzat kendisinden hareketle, başka bir ifadeyle, cezaî müeyyide altına alınışından bağımsız bir şekilde belirlemeye çalışan her teşebbüs akamete uğramaktadır. Müşahede edebildiğimiz kadarıyla ve Hegel sisteminde görüleceği gibi, böyle bir bağımsızlık ile, cezaî müeyyidenin yalnız başına bir anlam ifade etmeyeceği, (ve) bunun ancak belirli fiillerin neticesi olarak görüneceği farzedilmiştir. Fakat, bu (anlayış), keffarete ilişkin mutlak zorlamayı istihdaf etmektedir; ki bu mutlak zorlama, felsefi bir telâkki olarak taşıdığı anlamı

zedelemeksizin, cezalandıran devlete hiç et nuno (şimdi ve burada) yüklenen görevlerle bağdaşmaz. Aynı zamanda laikleştirilmiş ve hürriyetçi (bir telâkkiyle) organize edilmiş bir toplumun temsilcisi olarak devlet, ceza gücünün tatbikiyle mutlak ahlâki bir ideali gerçekleştirmek zorunda olmayıp, daha ziyade hukukun ve toplumun korunmasına ilişkin pratik görevlerini yerine getirecektir; (bu suretle devlet) sadece adalet(i gerçekleştirmek) için adalet yapmayacak, umumun refahına haklı bir surette hizmet edecektir. Bu nedenle, bütün dünyalık cezalar, bir amaç, gaye unsurunu mündemiçtirler; işte, önceden ve böylece bir gayeye matuf olmaksızın suçu belirleme gayretlerinin daha baştan akamete uğramaya mahkûm olduğu (gerçeği), bu amaç unsurunda yatmaktadır.

II

Suç (kavramı)nı bizzat kendisinden hareketle maddî bakımdan belirlemenin imkânsız olduğunu tespit ettikten sonra, böyle bir belirleme için düşünülebilen hareket noktası olarak sadece ceza kalmaktadır. Bu suretle, biz önce cezanın niteliği ve fonksiyonuna ilişkin soruyla karşı karşıya gelmekteyiz. Bu konuda eskiden beri ileri sürülen ve girişte sözü edilen teorik tartışmalar burada ortaya konulamaz. Biz, daha ziyade yürürlükte olan hukukun esasını teşkil eden ve kanaatimize göre gelecekteki ceza hukuku açısından 1962 Tasarısının bağlı kalmak istediği ceza telâkkisini hareket noktası almaktayız. Buna göre, ceza her halde özü itibarıyla bir keffarettir, misillemedir. Bu, şu demektir: Cezalandırdığı zaman hukuk (a bağlı) toplum, işlenen suçun ağırlığına eş düzeyde bir fenalığa çarptırmak suretiyle faile, hukuka göre müstahak olduğu ve davranışını tasvip etmeyen bir cevap vermektedir. Müteakip düşüncelerimiz açısından önemli olan şu ki, bu tanımla, gerçi ceza kavramı ve muşahas olaydaki ölçüsü belirlenmiştir; fakat, cezanın amacı konusunda henüz birşey söylenmiş değildir. Meğer ki, kefaret amacın bizzat kendisi ola. Fakat bu, günümüz devletine yüklenen görevlerle bağdaşmayan bir düşünce olarak reddetmiş bulduğumuz kefarete ilişkin mutlak cebir düşüncesine (bizi) geri götürdü. Devletsel ceza hukuku hizmetleri (ne ilişkin) prensip olarak sadece nisbî kefaret teorisi, bir başka ifadeyle, kefaret cezasında toplumu koruyan bir araç ve böylece amaç enstrümanı gören telâkki, dikkate alınmaktadır.

Gerçi önleme amacı, niteliği gereği cezayı müstakbel suçların işlenişini önleyen tedbir olarak telâkki eden modern ceza hukuku ekolünün talep ettiği "amaç ceza" anlamında, aynı zamanda ceza kavramını ve muşahas (olaydaki) ölçüsünü belirlememektedir.

(Bununla) daha ziyade Şu kastedilmektedir: Eger ceza niteliği ge- reği keffaret ise ve buna bağlı olarak, miktarı işlenen fiilin ağırlı- ğına göre ve fakat nleme etkisi dikkate alınmaksızın belirlenecek ise, devlet de, kendi cezaı müeyyide tatbikini, bu müeyyideye mah- kmiyetin ahlâki talep(ler)e uygunluğu veya (işlenen) suça karşı- lık (verilmiş) insicamlı bir cevap olarak görünüŐü dolayısıyla meŐ- rlaŐtıramaz. Böyle bir cezanın bildirimini ve buna mahkûmiyet ka- munun menfati aÇısından kaÇınılmaz ve aynı zamanda hukukun ko- runmasına ilişkin ll bir araç olarak görünmesi halinde, ilk de- fa bu meŐrlktan söz edilebilir. Bu da gerçekleşmiş bulunmakta- dır: Mstahakına göre faile muamele eden ve bu suretle faili iŐle- diği fiilden sorumlu bir kişi olarak telâkki eden bir ceza ile tehdit ve buna mahkûmiyet, toplum genelinin etkili ve aynı zamanda ada- let duygusuna ve fert hürriyetine uygun bir Şekilde hukuka itaate ilişkin eğitimini ve suç işlemekten korkmasını, kısaca cezanın "ge- nel nleme" etkisiyle kastedilen hedefe ulaŐmayı mümkün kılmak- tadır. Bunun haricinde, bu tür bir cezaya mahkûmiyet ve bunun in- fazı, faile cezasını çekerek kusurundan arınma imkanını vermekte ve ona gelecek için bir uyarı olarak hizmet etmeye ve bu suretle "zel nleme" etkisine elverişli olmaktadır. Şu var ki, itiyadi ve mp- tel suçlular karşısında, ls bakımından (işlenen) fiilin ağırlığı- na bağlı olan keffaret cezasının özel enleme etkisi kural olarak aka- mete uğramaktadır. Fakat bu, ceza esasen sarfınazar edilemez ol- duğu için, yürürlükte olan hukukumuzda olduğu gibi, ceza karak- teri olmayan emniyet ve ıslah tedbirleriyle cezanın tamamlanması- nı gerektirmektedir.

Her halde aŐıkr ki, modern keffaret cezası için karakteristik olan bizatihi keffaret oluşu değil, aksine "keffaret suretiyle nle- me"dir. O halde bu, aynı zamanda amaç için bir araç (durumunda)- dır. Fakat, bu yalın amaç-cezanın aksine, nev'i Şahsına münhasır bir araç(tır). Cezaı müeyyide ile tehdit ve cezaya mahkûm etmeden önleyici etki beklendiği için, cezanın fiile nisbetle, fiil lsnde bir keffaret olması gerekmez. Ceza kavramı ve cezanın amacı birbirin- den ayrık olarak (düŐünülecektir).

Ceza kavramından suçun araŐtırılan maddi unsurları hakkında neyin ortaya çıkacağı tetkik edildiğinde, ortaya çıkanın suç ve ceza kavramlarının karşılıklı bağımlılık ilişkisi aÇısından görünenden daha fazla olduğu anlaşılacaktır. Ceza, sadece suça karşılık veril- miş bir cevap değildir; ceza kavramına ilişkin açıklamanın ortaya koyduğu gibi, o daha ziyade muayyen bir anlamı mündemiç bir ce- vaptır. Bu muayyen anlamın cevaplandırılacak olan (soru)ya bir

geri etkide bulunması gerekir. Ceza, hukuk(a bağlı) toplum tarafından fiilin tasvip edilmediğini ifade ettiğine ve fail çarptırıldığı fenalıkla hukuka göre müstahak olduğu şeye düşer kılındığına göre, o (fail)in bu fiili işlemek suretiyle hukuk düzenini ihlâl etmiş, bu fiille bir haksızlık icra etmiş olması gerekir. İcra edilen haksızlık ancak şu şartla cezayı hak etmektedir: Fail (bu fiili, haksızlığı) gerçekleştirmekten kaçınabilirdi, bir başka ifadeyle, davranışı dolayısıyla onun muaheze edilmesini gerektiren kusuru sözkonusudur. Böylece, haksızlık ve kusur suçun niteliğine ilişkin unsurlara dahildirler.

Bu kavrayış, manidar olmakla beraber, suç (kavramı)nın tanımını yapmak için yeterli değildir. Hegel'in suç teorisine ilişkin (açıklamalarda) tesbit edildiğine göre, hukukun cezaî müeyyide altına almadığı (ve fakat) hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde işlenen sayısız davranışlar mevcuttur. Bir fiile gerçek suç karakterini veren (unsurlar)ın ne(ler) olduğuna, suç teşkil eden haksızlığı medenî ve inzibatî hukuka ilişkin sonuçlar doğuran diğer haksızlıklardan ayırmanın ne olduğuna ilişkin soru hâlâ cevaplandırılmış değildir. Gerçi bu hususa ilişkin bir başka noktası yine ceza kavramından elde edilmektedir. Bu (şunu) ortaya çıkarmaktadır: İfadesini keffaret cezasında bulan özel sosyal etik bir tasvipsizliği haklı kılacaksa, suç teşkil eden, kriminal haksızlık, normal haksızlığı aşan ölçüde bir şenaati mündemiç olmak mecburiyetindedir. Ancak, önemli olmakla beraber, bu tespit de bizi fazla ileriye götürmemektedir. Çünkü, bu cevabın bizzat kendisi, ceza kavramı, bir hukuka aykırı davranışın ne zaman böyle ziyade bir haksızlığı ifade ettiği ve böylece cevap olarak cezayı "hakettiği" hususunda bir izah getirmemektedir. O zaman, suçu diğer haksızlıklardan maddî olarak ayıran hususlara ilişkin malumat için başka bir kaynak araştırılmalıdır. Bizzat suç kavramından bu hususta hiçbir şey elde edilemeyeceği ve suç kavramının artık daha da (bize) yardımda bulunamayacağı tesbit edildikten sonra, mümkün teşhis kaynağı olarak (geriye) sadece cezanın amacı kalmaktadır.

Ayrıca, bizim ceza kavramı ile cezanın amacı arasındaki ilişki hakkında bulduğumuz açıklama(lar)a göre, cezanın amacına ilişkin soru, cezanın muşahhas olaydaki miktarını belirleyen sebeplere ilişkin soruyu ifade etmemektedir: Bu (sebepler) haklı bir keffaret düşüncesiyle esaslı bir şekilde tesbit edilmişlerdir. Cezanın amacına ilişkin soru (ise), daha ziyade, devlet içinde organize olmuş hukuk(a dayalı) toplumun muayyen bir davranışı bir keffaret cezasıyla müeyyide altına aldığı zaman güttüğü amaca ilişkin soruyu

ifade etmektedir. Fakat, gerçekte, bununla, aranmakta olan ve bize suç teşkil eden davranışın asli unsurlarının izinin keşfedilmesini mümkün kılan bağlantı noktası nihayet bulunmuş gözükmektedir. Çünkü, şayet hangi amaç mülahazalarının hukuk düzenini bir ödüncü geri ödemeye veya satın alana satın alınanın teslimine ilişkin hukuki yükümün ihlâlini değil de, hırsızlık, dolandırıcılık ve müessir fiili cezaî müeyyide altına almaya sevkettiğinin bilinmesi halinde, hangi özel vasıf veya ilişkilerin suçu diğer haksızlık(lar)dan ayıracağı hususunun da açıklık kazanması gerekecektir.

Hukuk(a dayalı) toplumun cezaî müeyyide altına almakla takip ettiği amaç, görebildiğimiz kadarıyla, toplumu suçtan korumakta ortaya çıkmaktadır. Suçun önlenmesine ilişkin bu genel hedef, ilk etapta bizi fazla ileriye götürmemektedir. Çünkü, bizim daha yakından belirlemek istediğimiz suç, burada bilinen bir büyüklük olarak farzedilmektedir. Örneğin hırsızlık (fiili)nin cezaî müeyyide altına alınmasının hırsızlıklara karşı korunmaya hizmet edeceğinin tesbitiyle, hukuk düzeninin, cezasız bırakılan diğer haksızlık(lar)ın aksine, hırsızlık (fiili)ni neden cezaî müeyyide altına aldığı hususunda henüz hiçbir bilgi edin(e)memekteyiz. Biz, ancak şu şekilde düşündüğümüz takdirde, bu sorunun cevaplandırılmasına yaklaşmaktayız: Hukuk(a dayalı) toplum, bu tür fiillerin önlenmesi için, herhangi bir (vasıtan) ziyade, kendi tasarrufunda bulunan (ve) ceza mahiyetinde (bir) vasıtayı ikame etmektedir. Çünkü, şayet bu (toplum), her türlü haksızlığın değil de, sadece muayyen fiillerin önlenmesi amacıyla böyle hareket ediyorsa, burada özel ilişkilerin ceza vasıtasıyla korunmayı zorunlu gösterdiği sebebi açığa çıkmaktadır. Böylece, bir tarafta (yer alan) suça, diğer tarafta (yer alan) kamunun özel bir koruma ihtiyacı tekabül etmektedir.

III

Bu suretle düşüncelerimizin takip edeceği yol belirlenmiş bulunmaktadır: Cezaî müeyyidenin esasını teşkil eden her müşahhas koruma ihtiyacından, bizzat suç teşkil eden davranışın tabiatı hususunda bir sonuç çıkarılıp çıkarılamayacağı, çıkarılabilecekse ne derece çıkarılabileceği sorulabilir. Burada önce, kendi tasarrufundaki zecrî vasıtalarından en şiddetlisiyle muayyen fiillere karşı gelmeye hukuk(a dayalı) toplumu sevkedenin ne tür sebepler olduğu hususu açıklanacaktır. İlk bakışta sadece bir sebep müşahade edilmektedir: Bu tarzda fiillerin önlenmesine duyulan yüksek alâka. Burada kendiliğinden anlaşılmaktadır ki, bu tür yükselmiş koruma ihtiyacı, sadece, bu fiilleri diğerlerinden ayıran özel sosyal değersizliğe dayanabilmektedir. (Bu suretle), müdafaa amacıyla fiilin suç karakteri arasındaki köprünün kurulmuş olması gerekir.

Bu arada ve her halde yalın amaç noktai naazrından bakıldığında, şu şekilde de düşünülebilir: Hukuk(a bağlı) toplum, muayyen emir ve yasakları idame ettirmek için inzibati cebir veya ilgili şahsın hukuki yol(lar) hakkında bilgilendirilmesi gibi daha az incitici diğer vasıtaların kendi tasarrufunda olmaması sebebiyle, ceza vasıtasına müracaat etmektedir. Böyle olsaydı, fiilin (ifade ettiği ve) bu (suç)ları diğer haksızlıklardan ayıran değersizlikten ziyade, bu (fiil)leri mutlak önleme ihtiyacının başka bir surette tatmin edilmemesi durumu, bunların cezaî müeyyide altına alınmasını gerektirecekti. (Bu durumda,) ceza, hukukun ikamesi için sadece “geçici” (ve) “yardımcı” bir vasıta olarak düşünülecekti; fiilin “suç” olarak tavsif edilmesi, müzakere konusu davranışın cezalandırılabilirliğini artık ifade etmeyecekti. Maddî değil, sadece şekli bir suç kavramı sözkonusu olurdu. Kısacası, bu anlamda bir ceza gücünün uygulanması, bizim burada hareket noktamızı teşkil eden ceza kavramıyla ve suçun niteliğine ilişkin buradan çıkardığımız sonuçlarla çelişki arzederdi. Haklı bir keffaret olarak cezanın mündemiç olduğu özel moral değersizlik yargısı, böylebir lekeyi, damgayı haketmeyen fiillere de şamil kılınabilirdi. Bunun haricinde, ceza ile bağlantılı müdahalenin ağırlığı açısından, yükselmiş koruma ihtiyacı olmadan ceza ile tahdit, güdülen amaçla uygulanan vasıta arasındaki nisbete de aykırı düşerdi. Başka silah bulunmaması halindè bile serçeye topla ateş edilmemelidir.

Yürürlükteki hukukun buna rağmen bu düşünceleri dikkate almayan cezaî müeyyidelere yer verip vermediği hususu şimdi açıklanmayacaktır. Hukukumuzun adam öldürme, yağma, hırsızlık, dolandırıcılık, vatana ihanet, yalan yere yemin, evrakta sahtekârlık gibi fiillere müteallik (öngördüğü) “klasik” cezaî tehditlerin, varlıklarını, toplumun yükselmiş koruma ihtiyacına ve buna bağlı olarak, bu (fiil)leri suç teşkil etmeyen haksızlıklardan maddî bakımdan da ayıran niteliklere borçlu oldukları hususunda tereddüt(ümüz) her halde mevcut değildir. Bu (fiil)leri hareket noktası ittihaz etmekteyiz. Bundan böyle, suçun niteliğine ilişkin araştırmamızda, bu fiillerde yükselmiş koruma ihtiyacını neyin ortaya koyduğunu ve bu (yükselmiş koruma ihtiyacı) hakkında genel, suçun belirlenmesini sağlar (nitelikte bir ölçü olarak) ne derece bahsedebileceğini tetkik etmemiz gerekir.

Gördüğümüz gibi, ceza ile tehdit edilen davranışın kusurlu bir haksızlık olması gerektiği ceza kavramından çıkarılmış (bir sonuç) olduğu için, yükselmiş koruma ihtiyacının temeli, ilk etapta, fiilin yükselmiş haksızlık ve kusur muhtevalarında araştırılacaktır. Bu-

rada, yükselmiş haksızlık muhtevasını bir (yalın) norm olarak hukuk normunun ihlâli ortaya koyamamaktadır. Ne hukukun emir veya yasakları, ne de bunlara aykırılık bu tarzda tavsif edilebilir. Bir diğeri gibi, bir fiil "yasaklan"mamış veya "emredil"memiş olabilir. Daha ziyade, bir hukuk normunun ihlâli, ilk defa normun maddi anlamına, yani normkoyucunun bununla güttüğü amaca dayanılması halinde derecelendirilebilir olacaktır. Hal böyle olunca, normların altından her defasında hukukî emir veya yasağın korunmasını amaçladığı "hukukî menfaatler" ortaya çıkmaktadır. Bu, ihlâli ceza ile müeyyide altına alınmış normlar için de sözkonusudur. Böylece, öldürme yasağı hayatı, hırsızlık yasağı mülkiyeti, hakaret yasağı hayşiyeti koruyacaktır. Bu suretle, hukuk normunun ihlâli, aynı zamanda (bu) hukuk normuyla korunan hukukî menfaatin ihlâli demek olacaktır. Fakat, hukukî menfaatin ihlâli olarak nazarı itibara alındığında, hukuka aykırı fiil derecelendirilebilir (nitelikte) olan maddi bir haksızlık muhtevası kazanmaktadır: Çünkü, ihlâl edilen hukukî menfaat, bir defa, menfaatin sosyal hiyerarşisi içindeki yerine göre, yüksek veya az bir değere sahiptir. -Meselâ, hayat, mülkiyete nazaran daha değerlidir (ve buna bağlı olarak), adam öldürme, hırsızlığa nazaran daha ağır bir haksızlıktır. Diğer taraftan, maddi haksızlık muhtevası, ilgili hukukî menfaatin ihlâl edildiği vaziyetle birlikte (de) yükselip azal(abil)ir: Diğer bakımlardan aynı şartlarda işlenmeleri halinde, 100 Mark'a ilişkin hırsızlık 10 Mark'a ilişkin olanda daha ağır basacaktır. Burada açıklananla kesişen diğeri bir ayırım (ise), normun bazen hukukî menfaati sadece zarardan değil de, aynı zamanda tehlikeye düşürmekten koruyacağı hususundan kaynaklanmaktadır. Böylece, örneğin sarhoşluk nedeniyle araç kullanamayacak durumda olan bir şahsın kamuyu tehlikeye düşüren araç kullanımı veya kendisini idare edemeyen yardıma muhtaç birisinin hayatı tehlike tevlit edecek tarzda terkedilmesi, tehlikeye maruz bırakılan hukukî menfaatin zarar görüp görmemesine bakılmaksızın, ceza ile tehdit edilen birer haksızlık (niteliğindedir)dirler. Şu ortadadır ki, hukukî menfaati tehlikeye düşürmeye ilişkin bu tür bir yasağa aykırı davranan şahıs, aynı hukukî menfaati zarara sokmaya ilişkin yasağı ihlâl eden şahsa nazaran daha az bir haksızlık işlemektedir. Terk (fiili) adam öldürme (fiili)ne nazaran haksızlık muhtevası itibarıyla daha hafif bir fiildir.

Bununla beraber, bu düşüncelerimizle meselemizi henüz halletmiş değiliz. Gerçi biz, suçta bunu hayat, hürriyet veya mülkiyet gibi hukukî menfaatlerin zarara veya tehlikeye maruz bırakılması olarak gösteren bir maddi haksızlık muhtevası keşfettik ve bununla beraber, suç teşkil eden haksızlığın ağırloğunun çokluğu veya azlığı

ğı konusunda bir kıstas da bulduk. Fakat, bir fiilin ile de ceza ile tehdit edilip edilmeyeceğinin ve binaenaleyh, suç olarak görülüp görülmeyeceğinin neye bağlı olduğuna ilişkin soru bu suretle henüz cevaplandırılmış değildir. Çünkü, bizim ihlâl edilen hukuk normuyla bunun tarafından korunan hukuki menfaat ve buna bağlı olarak, toplumun hukukun korunmasına ilişkin ihtiyacı arasında kurduğumuz köprü sadece suç teşkil eden haksızlığa değil, bilakis mücerret bir haksızlığa müteallik bulunmaktadır. Sözleşmeye dayanan ödeme veya teslim yükümlülüğüne aykırı davranışın bir başkasının mülkiyetine ilişkin hukuki menfaati ihlâl etmesi gibi, suç teşkil etmeyen haksızlık da hukuki menfaatleri zarara veya tehlikeye maruz bırakabilirdir. Suç teşkil edenin suç teşkil etmeyen haksızlıktan ayrılmasını sağlayan karakteristik bu türden bir hukuki menfaat ihlâlinde değil, daha ziyade, bu (hukuki menfaat ihlâli)nin özel nitelik veya niteliğinde yatmaktadır.

Gerçi niceliksel unsur bir davranışın suç karakteri hakkında sadece istisnaen bir değeri haizdir. Pratik bakımdan tek önemli örneği ammenin selâmeti aleyhine işlenen cürümler oluşturmaktadır. Sözelimi yangın çıkartma suçu kural olarak belirsiz bir sayıdaki insan veya eşya ile bağlantılı tehlikenin önlenmesi amacıyla cezai müeyyide altına alınmaktadır. Bunun haricinde, gerçi hukuki menfaat ihlâlinin kapsamı, tehdit konusu cezanın miktarı (nın belirlenmesi) açısından bir rol onamaktadır; fakat, cezalandırılabilir “olup olmadığı” konusunda oynamamaktadır. Taraflardan birine malvarlığına ilişkin 50.000 Mark’ı baliğ bir zarar tevhit eden bir sözleşmeye aykırılık cezasız iken; sadece 1 Mark’a ilişkin hırsızlık cezalandırılabilir bir hareket (olarak) kalmaktadır.

Bu suretle, biz, ikinci ihtimale, hukuki menfaati tehdit eden fiilin özel niteliğine yöneltilmekteyiz. Bu (nitelik), ya ilgili hukuki menfaatin değerine, ya da bu (hukuki menfaat)e yöneltilen saldırının tarz veya yoğunluğuna dayanmaktadır. Yürürlükteki hukukun “klasik” ceza tehditleri bu kıstas vasıtasıyla tetkik edildiğinde, ceza hukukuna ilişkin korumanın, özel değerli hukuki menfaatlerden sadece sözelimi “elit” olanları için geçerli olmayıp; daha ziyade, taşıyıcısı olarak devletin, kamunun veya ferdin görüldüğü hukuki menfaatlerin büyük bir kesimini ihata etmesi (gerceği) ortaya çıkmaktadır; ki, bu (husus) ilk bakışta hayret uyandırıcı bir durum olarak görülür. Bir hukuki menfaat, yani idamesine mutlak bir hukuki alâka duyulan bir menfaat, ceza hukuku tarafından sadece istisnai olarak hiçbir açıdan korunma (altına alınma)yabilir. Bu, örneğin kendi (bağımsız) adıyla müsemma hukuk (dalları) için ge-

çerlidir; şu kadar ki, telif ve marka hukuk(lar)ına ilişkin bir husus (ta ceza hukuku koruması yine) sözkonusu olmaktadır. Diğer taraftan, hukuk düzeni özel kıymeti haiz hukukî menfaatlere yönelik tecavüzleri mutlak bir şekilde cezaî tehdit altına almamaktadır. Şöyle ki, hayat ve vücut bütünlüğü, ancak kusurlu bir şekilde bunları ihlâl eden hareketin cezaî tehdit altına alınması noktasında imtiyazlı bir statü kazanmaktadırlar; bunun yanı sıra, bu (menfaat)ler mücerret bir tehlikeye karşı ancak belirli şartlar altında ceza hukuku tarafından korunmaktadırlar. Bunun haricinde, (kendisine yönelik saldırının) cezalandırılabilir "olup olmama(sı)" hususundaki soru açısından, ilgili hukukî menfaatin değeri de, sadece, mesele teşkil eden (bu) hukukî menfaatin idamesine ve saygınlığına kamunun duyduğu alâka ile birlikte ceza hukukuna ilişkin korumanın kapsamının düzenli bir şekilde artışı noktasında bir rol oynamaktadır. Sadece tamamlanmış fiilin mi, yoksa teşebbüsün de mi; fiilin sadece kasten işlenmesinin mi, yoksa taksirle işlenmesinin de mi; hukukî menfaatin sadece zarara sokulmasının mı, yoksa tehlikeye maruz bırakılmasının da mı cezalandırılabilir olduğu ve hukuk düzeninin düşünülebilir saldırı tarzlarının çokluğunu hangi kapsamda ceza ile tehdit edeceği bu alâkanın derecesine bağlı olabilir (eceptir).

Gerçi, ceza hukukuna ilişkin korumanın genişletilmesi ve önceden tesbit ettiğimiz gibi, tehdit konusu cezanın yüksekliği ve bununla birlikte suçun ağırlığı, ilgili hukukî menfaatin sosyal (değerler) sıralama(sın)da işgal ettiği yere bağlıdır. Fakat, bir davranışın suç kalitesi mutlaka krounan hukukî menfaatin belirli bir değer yüksekliğiyle ilk defa başla(mış) olamaz. Bütün suçlar için bunları suç teşkil etmeyen diğer haksızlık(lar)dan ayıran müşterek (özellik), koruma konusu (hukukî menfaat)in işgal ettiği sırada değil; daha ziyade, buna yöneltilen saldırının (işleniş) tarz ve yoğunluğunda yatmaktadır. Buna göre, suçun niteliğini keşfetmek için müteakip araştırmalarımıza buradan başlamak mecburiyetindeyiz. Sadece hukukî menfaatlerin korunması düşüncesine yönelik bir mülahazanın, bir davranışın cezalandırılabilirliğinin temel ve sınırlarını her defasında belirleyen karmaşık mülahazalara muvafık düşülebilmek için, yeterli olmadığı burada ortaya konulacaktır.

IV

Herkes tarafından bilinen belirli suç tiplerinden hareket etmemiz halinde, her şeyden önce, bu mülahazaların ne'î şahsına münhasırlığı ve çok yönlü oluşu ortaya çıkmaktadır. Burada ilk defa şu soruyu sormak istiyoruz: Hukukumuz bir yandan sözleşmeden doğan yükümlülüklerin taraflardan birisinin malvarlığı için çok ağır

olsa bile bir zarar doğuracak mücerret bir şekilde yerine getirilmesini cezasız bırakırken, diğer yandan hırsızlık ve dolandırıcılığı neden ceza ile tehdit etmektedir? Bu (fark), her defasında koruma altına alınan hukukî menfaatin değer farklılığından kaynaklanmaktadır. Çünkü, dolandırıcılık ve hırsızlık dahi sadece mülkiyete ve münferit mülkiyet haklarına müteallik bulunmaktadırlar. Yine, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda kural olarak bir ihmalin, (buna karşılık) hırsızlık ve dolandırıcılıkta (ise) kural olarak bir icrai fiilin sözkonusu olması hususu da (buradaki) ayırıcı kıstas(ı) ol(uştur)amaz. Çünkü, hem cezalandırılmayan icrai hareket(ler), hem de cezalandırılabilir ihmal(ler) mevcuttur. Buna karşılık, ayırımın esasını şu düşünce ortaya çıkarmaktadır: Ödünç alınan iade edilmesi veya (sözleşme konusu) eşyanın teslim edilmesi gibi sözleşmeye dayanan bir yükümlülüğü yerine getirmeyen kimse, esas itibarıyla (sözleşmenin diğer taraf(ın) a edimin yerine getirilmesi veya tazminat talebini havi bir dava ile böyle bir davranışın sonuçlarına karşı kendisini koruma imkânını bahşetmektedir; buna karşılık, hırsızın veya dolandırıcının fiili hukukî korumanın bu tür imkânlarını öncelikle devre dışı bırakmayı istihdaf etmektedir. Hırsızlık fiiline maruz kalan şahıs, kendisine ait eşyayı kimin çaldığını farketmeyecektir; (yine,) dolandırılan şahıs, aynı değerde bir karşı edimle yanıtılmak suretiyle kendi icratının doğuracağı zarara muttali olamaması nedeniyle korumasız kalacaktır. Böylece, hırsızlık ve dolandırıcılık, mülkiyet için zarar doğuran sözleşme ihlallerinden gerçi tehdit edilen hukukî menfaatin niteliği dolayısıyla değil; fakat, daha ziyade bu (hukukî menfate yönelen saldırının arzettiği büyük tehlike dolayısıyla ayrılmaktadır.

Şu da ilave edilmelidir ki, bir başkası zararına bu suretle zenginleşme teşebbüsü çok büyüktür. Bu husus, mülkiyete ilişkin düzenleme(ler)in var olduğu zamanlardan beri, ta eski zamanlardan bugüne kadar, hırsızlık için sözkonusudur; buna karşılık, dolandırıcılık, modern dünya'mızda bariz olduğu gibi, iktisadi ilişkilerin nazikleşmesi ve karmaşıklaşmasıyla birlikte bir kitle suçu haline dönüşmüştür. Burada şu ortaya çıkmaktadır ki, hırsızlık ve dolandırıcılık kendi yapı ve karakteristiklerini sadece hukukî amaç mülahazalarına borçlu değildirler -bu husus, diğer klasik suçlar için de sözkonusudur-; daha ziyade, hukuk toplumsal hayatta varlık sürdüren ve kendisine takaddüm eden sosyal davranış tiplerine yönelmektedir.

Sorularımızın sonuçlarını elde etmiş bulunmaktayız: Bir yandan, hukuk mahkemesine müracaat ederek bizzat kendisine yardım-

da bulunması, mücerret sözleşmeye aykırı (olarak) malvarlığına ilişkin bir zarar ile tehdit edilen (taraf)ın esas itibarıyla takdirine bırakılabilirken; (diğer yandan,) mağdurlarının korumasızlığı ve teşebbüs edilen fiilin ağırlığı nedeniyle, hırsızlık ve dolandırıcılığa karşı hukuk(a bağlı) toplumu tatmin etmesi gereken bir ziyade koruma ihtiyacı mevcuttur; mülkiyet güvencesi ve buna bağlı olarak da sosyal düzen konusunda hiçbir surette tereddüde mahal verilmeyecektir. Fakat, etkili (bir) korumayı hırsızlık ve dolandırıcılığın ancak ceza ile tehdit edilmesi temin etmektedir. Sadece cezaî tehdidin ihtiva ettiği ikaz ve özel tasvipsizlik, bu tür fiillere ilişkin yasak(lar)a hukuk(a bağlı) toplumun en azından büyük bir çoğunluğunun sadık kalmasını temin etmektedir. Burada ayrıca, cezanın ifade ettiği kötülükten korkuya dayanan ürpertici etki(nin değeri) fazla abartılmamalıdır. Esas itibarıyla hukuka itaat eden toplum fertlerinin bu sadakati, her halde önemli ölçüde moral telâkkilerden veya gelenklerden kaynaklanmaktadır. Toplum fertlerinin hukuka olan sadakatlerinin kritik an(lar)da dahi muhafaza edilmesi gerektiği, itaatsizliğin ortaya çıkaracağı zararlı neticeler hususundaki telâkkiden ziyade, hukuk(a bağlı) toplumun suç teşkil eden davranışı cezalandırmak suretiyle ifade ve beyan eylediği moral diskalifikasyon sayesinde toplum fertlerinin hukuka sadık kalmaları gerektiği hususundaki inanç(lar)ının pekişmiş ve sağlamlaşmış hissetmelerine bağlıdır.

Cezanın "sosyalpedagojik", (hukuka bağlı kalınması gerektiği hususundaki) telâkki(yi) pekiştiren bu etkisinin dayanağını teşkil eden, ve keffaret niteliği taşıyan cezanın bağlı bulunduğu moral değersizlik yargısı, ayrıca, bu davranışın suç niteliği (arzedip etmediği)nin bağlı bulunduğu şartlara da etkide bulunması gerekir. Bu (suç teşkil eden davranış)ın, ceza ile tehdit veya cezaya mahkûm edilmek suretiyle bu (davranış)a damgasını vuran ayıbı da haketmesi gerekir; başka bir ifadeyle, daha önce tesbit ettiğimiz gibi, bu (davranış)ın, suç teşkil etmeyen haksızlık(lar)dan moral değersizliğin baliğ olduğu bir ziyade ölçüyle de ayrılması gerekir. Buna göre, hırsızlık ve dolandırıcılığın suç karakteri, bunların mülkiyete ilişkin düzenleme(ler) açısından arz ettikleri özel tehlike ile, henüz yeterince izah edilmiş olmamaktadır. Daha ziyade, bu fiillerin özel bir **muahaze edilebilirlik** (karakter)lerinin de var olması gerekir.

Bir yandan sözleşmeyi ihlâl eden (taraf)ın, diğer yandan hırsız ve dolandırıcının davranışında kendisini izhar eden tutum ve zihniyetteki farklılığın gözönünde bulundurulması halinde, hırsızlık ve dolandırıcılığın bu ziyade ayıbı, lekeyi gerçekten de münde-

miş oldukları ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeyi ihlâl eden (taraf), hukuk adaleti değirmenlerinin zorunlu olarak yavaş öğüttükleri gerçeğini diğer tarafın zararına olarak kendi menfaati için vefasızca kötüye kullanması halinde, muhakkak ki aykırı bir davranışta bulunmaktadır. Fakat o, tabir caizse, en azından niyetini açık bir şekilde ortaya koyarak mücadele etmektedir; ve en azından kendisini esas itibarıyla sosyal mücadele kurallarının alanıyla sınırlı tutmaktadır. Hırsız ve dolandırıcı (ise) farklı (bir metod izlemekte)dirler. Her ikisi de kendi davranışlarıyla devletin sağladığı hukukî koruma imkânını devre dışı bırakmayı ve bu suretle, bir başkasının malvarlığını kendi istifadelerinin korumasız objesi yapmayı şuurlu bir şekilde istihdaf etmektedirler; şöyle ki, hırsız, gizli bir şekilde (bir başkasına ait eşyayı) kendi mülkiyetine geçirmek suretiyle barışı bozmaktadır; dolandırıcı (ise), bir başkasının güvenini kurnaz bir şekilde kötüye kullanmaktadır. Bu davranış(lar), sosyal müşterek hayatın temel değerlerini dikkate almamayı ifade etmektedir(ler); ki bu dikkate almama, sosyal moral noktai nazarından hareketle, hırsızın ve dolandırıcının fiil(ler)ine sözleşmeye aykırılığın mündemiç olduğundan esas itibarıyla mukayese edilemeyecek kadar büyük olan bir leke, ayıp (karakterini) vermektedir.

Kendileriyle hırsızlık ve dolandırıcılığın cezaya liyakatliliğini izah ettiğimiz beyyineler, gerçi (bunların) bu fiillere karşı -sözleşmeye aykırılıklardan farklı olarak- medeni hukuk korumasının vasıtalarının işlememekte olduğu hususundan başka bir şey ifade etmedikleri zehabını uyandırabilirler. Öyle ki, biz, aranmakta olan (ve) esas itibarıyla suç teşkil edenle suç teşkil etmeyen haksızlık arasındaki nitelik farkının izini (henüz) bulabilmiş değiliz; daha ziyade, ancak, hukukun idamesi için başka vasıtaların mevcut olmadığı durum(lar)da ceza ile tehdit yoluna gidildiğini tesbit etmiş bulunmaktayız (şeklinde bir kanaat oluşabilir). Bu(nlar) doğru olsaydı, bizim varsayımımıza aykırı olarak, klasik suç tiplerinde bile ceza kavramıyla suç kavramının birbiriyle uyumunun sadece görüşte sözkonusu olması, (ve) tehdit konusu cezanın kötülük karakterinin ve bu (ceza)yla bağlantılı ayıp ve lekenin uygun haksızlık muhtevasında bir fiil tipini zorunlu olarak şart kılmaması gerekirdi. Bununla beraber, yakından müşahede edildiğinde bu mülhazaların mesnetsiz olduğu görülür. Medeni hukuk korumasını bu tür fiiller açısından yetersiz olduğu (hususu) da hırsızlık ve dolandırıcılığın ceza ile tehdit edilmesini mümkün kılmış olabilir; fakat bunların cezaya liyakatlilikleri buradan değil, bilakis şundan kaynaklanmaktadır: (Daha önce) gördüğümüz gibi, fail, (bir başkasına ait eşyayı) gizlice kendi mülkiyetine geçirmek veya kurnazlık su-

retiyile (suçun mağduru durumundaki) ilgili şahsın savunma imkânlarını bertaraf etmeyi şuurlu bir şekilde istihdaf etmektedir; bu (fiillerin işlenişi)nde hukuk barışına ve mülkiyet (hakkı)na ilişkin güvenceye saldırılar sözkonusudur. Eğer bu saldırılar ceza ile tehdit edilmek suretiyle önlenmeselerdi, sosyal düzenin temelleri sarsılırdı. -Bir netice ki, bu, bir hukukî emre aykırı her davranış ile hiçbir surette bağlantılı değildir; bu (aykırı davranış)la mücadelede medenî hukuk veya idare hukuku vasıtaları yeterli olmamaktadır.

V

Hırsızlık ve dolandırıcılığı mülkiyet açısından zarar doğurucu etkisiyle mücerret sözleşmeye aykırılıklardan ayıran "suçluluk" (karakteri)ni kendisinde bulduğumuz özel tehlikelilikle ahlâka aykırılık arasındaki kombinasyonu diğer geleneksel suç tiplerinin büyük bir çoğunluğu da göstermektedir. Gerçi bazı özelliklerle beraber. Daha önce işaret edildiği gibi, suç karakterinin esasını teşkil eden özel tehlikeliliğin hırsızlık ve dolandırıcılıkta olduğu gibi belirli tecavüzi davranışlara münhasır kılınmadığı, aksine hukukî menfaati ihlâl eden her hareketi mündemiç olan suçlar mevcuttur. Ölüme veya müessir fiile her kastlı veya taksirli sebebiyet veriş cezalandırılabilir (bir fiil)dir. Bu, ihlâl edilen hukukî menfaatin değerinde, hayat (hakkı)nın bertarafını sonuçlayan bütün davranışların eşdeğerliliğinde yatmaktadır. Aynı zamanda, adam öldürme ve müessir fiil, fiilin ifade ettiği özel muaheze edilebilirlik (karakteri)nin doğrudan doğruya kendisinden kaynaklanması itibarıyla, hukukî menfaatin ihlâl edilmesi unsurunun hâkim olduğu suçlar (grubu)na dahildirler. Hukuk(a bağlı toplum)un fertlerinin hayat ve vücut dokunulmazlıkları sosyal müşterek hayat için o derece temel müşterek değerler ifade etmektedirler ki, bunlara riayet etmemenin sosyaletik muaheze edilebilirlik (karakter)i bedihîdir.

Tam tersine, öyle suçlar vardır ki, bunlarda moral değersizlik yönü, fiilin korunan hukukî menfaat açısından arzettiği tehlikelilik karşısında, nisbeten müstakil veya tamamen hâkim unsur olarak görünmektedir. Bir defa bu (tür suçlara, bu (suç)ların işlenişiyle bir özel yükümlülük statüsünün bağlantılı olması itibarıyla, şahsi-etik özellik arzeden suçlar dahildirler. -Rüşvet ve hakim'in görevini sui istimal etmesi gibi memur suçları ya da gerçeği söylemek yükümlülüğü altındaki şahidin yalan yere yemin etmesi gibi (suçlar bu kabildendirler). Bunun haricinde, özellikle ahlâka karşı işlenen suçlarda olduğu gibi, umumun moral değer yargılarıyla doğrudan bağlantı içinde olan suçlar, bu (kategori suç)lardan sayılmaktadırlar.

Nihayet, her halde -görebildiğim kadarıyla- doğru olan görüşe göre, korunan hukuki menfaatle hiçbir alâkanın sözkonusu olmadığı, cezai tehdidin daha ziyade sadece muaheze edilebilir karakterdeki davranış için geçerli olduğu suçlar (da), gerçi sadece istisnai durumlarda, mevcuttur. Hayvanlara eziyet etmek, yine görüşüme göre ahlâka karşı işlenen belirli suçlar, ayrıca hayvanlarla cinsi münasebette bulunma ve pezevenklik bu tür suçlardır (!). Gerçi, şayet mutlak keffaret zorlaması düşüncesinden neticeye aykırı bir taviz verilmeyecekse, bu tür fiillerin de cezalandırılması cezanın amacıyla bir ilişki(nin varlığı)nı ve hukuk(a bağlı) toplumun mesele teşkil eden bu fiillerin önlenmesinin yanısıra aynı zamanda suç olarak tavsif edilmesine de ilgi göstermesini zorunlu kılar. Kişi eğer bu ilgede aynı zamanda hukukî menfaati görmek, ki bu başlı başına izaha muhtaç (bir mesele)dir, ve böylece tek bir (çözüm) yol(u)nun tekrar kurulabileceğine inanmak istiyorsa, bu durumda ama sadece (fasit) bir daire içinde dolaşmış ve esas mesele(yi cevaplandırmak)-tan kaçmış olacaktır. Makul olan teşebbüs, korunan hukukî menfati toplum fertlerinin ahlâkî duygularında müşahede etmektir. Fakat, bu telâkki de mesele(nin esası)na uygun düşmemektedir. Bu (düşünce) menfat kavramının tabiatına aykırı düşmektedir; buradan ulaşıldığı gibi, suç teşkil eden hareketin muaheze edilebilirlik (karakteri)nin esasında önşartını teşkil eden menfaat ihlâli, burada (adeta) bu (muaheze edilebilirlik)in neticesi olarak tezahür etmektedir: Hayvanlara eziyet etmek gibi fiiller, ahlâkî duygu(lar)ı ihlâl ettikleri için muaheze edilebilirlik (karakteri)ni kazanmamaktadırlar; bilakis, bunlar muaheze edilebilir (fiiller) oldukları veya öyle göründükleri için, bu duygu(lar)ı ihlâl etmektedirler. Gerçekte ise, bu fiillerde sözkonusu olan menfaat değerlerinin değil, bilakis zihniyet değerlerinin korunmasıdır, ki bu daha fazla izah edilecektir.

Bir fiilin ceza ile tehdit edilmesinin kural olarak bu (fiil)in özel tehlikeliliğini ve muaheze edilebilirliğini önşart olarak zorunlu kılması hususundaki tesbitle gerçi biz bir davranışın suç niteliği (arzedip etmediği) konusunda bir maddi kıstas kazanmış bulunmaktayız. Fakat, bu kıstas, gerekli tehlikeliliğin ve muaheze edilebilirliğin ölçüsüne ilişkin soruyu "özel" sıfatıyla cevaplandırmaktan ziyade ziyade tasvir etmesi itibarıyla, henüz belirsiz ve buna bağlı olarak tatmin edici olmayan (bir kıstastır. Bu konuda acaba daha fazla bir şey söylenebilir mi? Muhakkak ki bir fiilin suç karakteri için gerekli tehlikelilik ve muaheze edilebilirlik niceliğinin tam olarak çıkarılabileceği bir kıstas olamaz. Fakat, şayet cezalandırılabilirlik konusundaki kararın keyfilik veya hayalilikle mahkûm edilmemesi isteni-

yorsa, müstakil fiil tiplerinin suç karakteri (arzedip etmediği)ne ilişkin sınırların hangi hususlar dikkate alınarak belirleneceği konusunda en azından bazı esaslı tesbitlerde bulunulması gerekir.

Suçun tehlikelilik yönü sözkonusu olduğunda, (bu konuda) esas olan prensip anahatlarıyla buraya kadar söylenen(ler)den ortaya çıkmaktadır. Ceza ile bağlantılı bulunan tecavüz ve ayıp (davranış)ın ağırlığı açısından, topluma hukuki menfaatlerin korunması noktai nazarından bu vasıtayı kullanması sadece şu itibarla meşrû kılınmıştır, ki mesele teşkil eden (bu) tarzdaki saldırıların esaslı bir şekilde önlenmesi sosyal düzenin varlığı ve işleyişi için kaçınılmazdır. O zaman umumun korunma ihtiyacından (meseleye) bakıldığından, bir fiilin "özel" tehlikeliliği, bunun önlenmesi gerekliliğinden başka hiçbir şey ifade etmemektedir. Hırsızlık ve dolandırıcılığın cezasız bırakılmasının mülkiyet güvenliği ve buna bağlı olarak sosyal düzeni mutlak bir şekilde zedeleyeceğine ilişkin tesbitimizle, sözkonusu suçlar açısından bu şartı daha önce teyid etmiş bulunmaktayız.

Suçun muaheze edilebilirliğine ilişkin soruda mesele daha da zorlaşmaktadır. Ceza ile tehdit edilmekle bir fiile münasip görülen özel moral tasvipsizliği bu fiilin "hak ed"ip etmediği neye göre tayin edilecektir? Bu sorunun tevcihi, gerçekten (bir) suçun cezaya liyakatliliğinin önceden, yani bizzat bunun kendisinden hareetle belirlenmesine ilişkin teşebbüs, ve bununla beraber, tarafımızdan reddedilen mutlak keffaret teorisine bir dönüş, anlamına gelmemekte midir? Öyle ki, burada şu gösterilecektir: Bizim bir yandan keffaret olarak ceza kavramında karar kılmaya, diğer yandan cezaî tehdidin önleyici amacından hareketle suçun maddi muhtevasını belirlemeye ilişkin gayretimiz, gerçekte birbiriyle muvafık düşmeyen (iki nokta)yı birbirine muvafık düşürmeyi (mi) amaçlamaktadır? Gerçekte ise esas zorluk burada yatmaktadır. Fakat, eğer muaheze edilebilirlik sorusu için insicamlı bir şekilde bu ana kadar tutulan yolda karar kılınırsa, bu (zorluk) aşılabilir gözükmemektedir. Bu, şunu ifade etmektedir: Suçun özel bir moral ayıp (hıhk karakteri)ni mündemiç olması gerektiği, keffaret olarak ceza kavramından ortaya çıkmaktadır; (ve) fakat, bu muaheze edilebilirliğin ölçüsü, cezaî tehdidin koruma amacından hareketle belirlenecektir. Burada iki husus şart koşulmaktadır: Bir defa, sosyal moralin esas varlığı, birbirleriyle uyumlu bir şekilde toplum fertlerinin kendileri için bağlayıcı olarak belirli teml etik değerleri ve davranış kurallarını tasdik etmeleri itibarıyla, reel geçerlidir. Bundan sonra, hukuk koyan devlet bile, genel anlamda geçerli (bir) değer telâkkisinin ne derece

mümkün olduğu hususundan bağımsız olarak, kendi koruma fonksiyonu dahilinde toplumun bu değer **yargılarına** bağlanmak hakkına sahiptir ve yükümlüdür. Buradan hareket edildiğinde, eğer uygun hukuki reaksiyon olmadan, yani cezalandırılmadan bırakılırsaydılar, sosyal moralin gereklerini hiçe sayma örneklerini teşkil eden ve aynı zamanda toplum fertlerinin hukuka sadakat ve itaatlerinin temellerini sarsacak (nitelikte) olan bu tür fiilleri ceza ile tehdit etmek, umumun koruma ihtiyacı nokta-i nazarından, makul ve isabetli gözükmektedir.

Adam öldürme ve müessir fiil, hırsızlık ve dolandırıcılık, yağma ve cebir kullanma gibi suçlar ve her halde klasik suç tiplerinin çoğunda, fiilin cezaya layık muaheze edilebilir (karakteri)nin şartlarının tammlanmış olduğu konusunda hiçbir tereddütümüz) yoktur. Çünkü, burada, kişiye ve eşyaya yönelik ve cezai müeyyide altına alma saldırılar, aynı zamanda sosyal müşterek hayatın temel moral değerlerine aykırı düşmektedir. Fakat, moral muaheze edilebilirliğin, gerek hukuki menfaatin zarara veya tehlikeye maruz bırakılmasıyla beraber, gerek yalnız başına, cezanın temelini oluşturduğu olaylar mesele teşkil etmektedir. Buraya özel bir dikkat tevcih edilmelidir. Çünkü, ceza ile tehdidin menfaatlerin korunması şartından tecrit edilmesi, çok kolay bir şekilde cezalandırmanın "moralleştirilmesi" ve bununla beraber, ferdi hürriyet alanının uygunsuz bir şekilde kısıtlanması tehlikesini ortaya çıkarır; ki bu ferdi hürriyete, her halde bir liberal demokraside, sadece sosyal bakımdan **zorunlu** müdahaleler meşrû kılınmış gözükmektedir. "Bir hayvana gereksiz yere eziyet ve merhametsiz bir şekilde kötü muamele eden" kişi(nin bu davranışı)nı cezai müeyyide altına alan hayvanlara eziyet etme suçu (!), kanaatime göre, her ne kadar sadece moral bakımdan muaheze edilebilir bir fiil karakteri arzetseler bile, (yukarıda sözünü ettiğimiz) bu endişeye rağmen cezalandırmayı hakeden ve meşrû gösteren (bu tür) fiillerin her halde mevcut olabileceğine ilişkin örneği teşkil etmektedir. Hayvan, işi değildir ve bunun sonucu olarak, bir hukuki menfaatin taşıyıcısı olamaz. Gerçi o bir eşyadır; fakat, hayvana eziyet etmenin cezalandırılmasında bu eşyanın malikinin korunması da sözkonusu değildir; bu hususta malvarlığına zarar vermeye ilişkin ceza kuralı mevcuttur. Burada ise, bir yaratığa karşı kötü muamelede bulunan bir insanın tezellül etmesi ve bu suretle ortaya çıkan bir vahşilik, vicdansızlık örneği sözkonusudur. Bunun yanısıra, ayrıca hayvan(lar)a karşı suçluluk duygusu ve dinî telâkkiler (burada) bir rol oynamakta mıdır: Her halde hayvana eziyet eden şahsın davranışı ve bu davranışın sergilediği zihniyet (de) sosyal müşterek hayatın temel değerlerini

zedelemektedir. Bu şahsın cezalandırılması, yakışıksız ve rahatsız edici (bir durum) olarak telâkki edilir ve sosyal bakımdan infisahi bir etki yaratır. Bizim tezimize uygun olarak, cezalandırılabilirlik meselesi bu tür olaylarca bile umumun koruma ihtiyacına ilişkin bir mesele (olarak anlaşılmalı)dır. Ancak etkileri itibarıyla sosyal tehlikeli(lik) ve muaheze edilebilir(lik özelliği arzeden) bir davranış, ceza ile tehdidi meşrû kılmaktadır. Bir suçun (normal) olaylardaki gibi) asli olarak ihlâl edilen menfaat değerleriyle mi, yoksa (istisnai durumlardaki gibi) ihlâl edilen zihniyet değerleriyle mi karakteristik olmasına göre, fiile cezaya liyakatlilik (özelliğini veren davranış da, ya muaheze edilebilir olması itibarıyla sosyal tehlikeyi hiz, ya da sosyal tehlikeyi haiz olması itibarıyla muaheze edilebilir bir davranıştır. Suçun niteliğini ortaya koyan, tehlikelilikle muaheze edilebilirlik arasındaki birliğe ve bu birliğin ifade ettiği, koruma ihtiyacıyla sosyal moralin birbirinden ayrılmaz bütünlüğüne Hellmuth Mayer'in şu isabetli formülüyle işaret edilmiştir: Fail, (işlediği) suçla toplum için "katlanılmaz" bir sosyal aykırı davranış bir sosyal aykırı davranış "örneğ"i vermektedir.

Bütün bu mülahazalardan bir netice çıkarmadan önce, suçun buraya kadar ortaya çıkan yapısına bir husus daha ilave edilecektir. Hukukumuzun müşahhas suç tipleri, sadece suçun (yukarıda) ortaya konulan anlamda cezaya layık (bir fiil) olduğu düşüncesi esas alınarak kanunda tarif edilmiş değildir. Daha ziyade, ferdi hürriyet ve hukuk güvencesine duyulan alâka, ve aynı zamanda tatbik edilecek olan hukuk kurallarının "kabili tatbik" olması gerekliliği, umumun korunma ihtiyacının dikkate alınmasında belirli sınırlar çizmektedirler. Bu hususlardan her biri, ceza ile tehdit edilen fiillerin sınırları kesin bir şekilde belirlenen "suç tipleri"nde yoğunlaşmalarını zorunlu kılar; ki bu suç tipleri, cezalandırılabilir (fiiller)in alanını mümkün olduğu kadar açık seçik ve aynı zamanda herkes tarafından anlaşılabilir bir şekilde tayin etmekte ve hakim aşılmaz nitelikte isbat güçlükleri tahmil etmemektedirler. (Ancak), cezaya liyakatli (davranış)ın idrakinde belirli sınırlamalar yapmadan bu hedefe ulaşı(a)maz. Öyle ki, ahlâka karşı işlenen suçlarda genç mağdurlara ilişkin belirli bir koruma yaşının tayini, ferdi olgunlaşmadki gecikmelere muvafık düşmemektedir. Bunun haricinde, her halde hürriyet esasına dayalı olarak organize olmuş bir toplumda fertler için maksimum bir hürriyet alanının muhafazasına duyulan temel alâka problem teşkil eden olaylarda cezaya liyakatli (davranış)ın alanı sınırlandırılırken bu alâka ile umumun koruma ihtiyacı arasındaki karşılıklı dengenin itinalı bir şekilde ölçülmesini (kurulmasını) gerekli kılmaktadır. Bu mesle, örneğin devleti koruma-

ya yönelik suç (tipleri)nde hâd safhaya ulaşmaktadır; ki bu suçlarda, devletin güvenliğini sağlama ihtiyacının büyük bir anlam ifade etmesine karşılık, (kişilerin) düşünce ve eleştiri hürriyetine duyulan alâkanın da dikkate alınması gerekir.

VI

Burada söylenen(ler)e bir göz gezdirildiğinde, suç kavramının ilk etapta ortaya koyduğu boşluğun, ceza kavramından ve cezaî tehditlerin koruma amacından hareketle, belli bir dereceye kadar doldurulabildiği gözlenmektedir. En sade bir formülle ifade edilirse, suç, maddi muhtevası gereğince **cezaya layık** (ve) kusurlu (bir) haksızlıktır. Fakat, “cezaya layık (olmak)”, bir sosyal aykırı davranış örneği olarak, öyle tehlikeli ve muaheze edilebilir, öyle katlanılmaz (bir davranış)ı ifade etmektedir ki; devlet baskısının en katı vasıtası olan ceza ile bir reaksiyon ve sosyal tasvipsizliğin en sert ifadesi, umumun koruması için, zorunlu ve ölçülü görünmektedir. Bu tanımın bile izah edilmeye muhtaç unsurları ihtiva ettiği aşikârdır. Fakat, suç konusunda genel olarak daha fazal bir şey söylenilmemektedir. Şu anda bulunduğumuz noktadan hareketle, suçun maddi kavram (muhtevası)nın mutlak olarak değil, aksine, ancak nisbi olarak belirlenebileceği ortaya çıkmaktadır. “Nisbi” (dir); çünkü, suçun maddi kavram muhtevasının belirlenmesi toplumun korunma ihtiyacına ve muşahhas tarihi durum içerisindeki değer yargılarına bağlanmak zorundadır. Muhakkak ki, insan varlığının temel şartları suçta yansıdığı için, suç tipinin bütün zamanlar ve bütün milletler açısından geçerlilik bulan muayyen bir çekirdek unsuru mevcuttur. Fakat, bunun haricinde, cezaî tehditler zaman (içinde dünya) görüşündeki ve hayat şartlarındaki değişikliklerle, milli, kültürel ve toplum politikasındaki farklılıklar tarafından karakterize edilmektedirler. (Hatta) bizim kendi hukuk sahamızda bile bizler, suç kataloğundaki devamlı değişikliğin şahitleriyiz. Teknik çağ bize sadece trafik ceza hukukunu sunmadı ve bize yakında sadece mahrem alanının modern teknik imkânların kötüye kullanılmasına karşı korunmasına ilişkin ceza kurallarını getirmede. Bu (teknik çağ), aynı zamanda bizim zihniyet değerlerinin korunma liyakatliliği konusundaki telâkki(ler)imizi de değiştirdi. Önceleri sadece moral (değerleri ilgilendiren) bir mesele olan kaza olayları sırasında yardım etme yükümlülüğünün ihlâli, bugünkü hayat şartlarında eksik dayanışmanın katlanılmaz ve bu nedenle cezaya layık bir örneği olarak tezahür etmektedir.

Suç kavramının nisbiliğine, **Binding**'ten beri suç kavramının **nakıs, boşluklarla malûl olma** özelliği olarak adlandırılan husus(un

da) ilâve edil(mesi gerek)ir. Suç tipleri, kendi bütünlükleri içinde menfaatlerin ve zihniyet değerlerinin mükemmel korunmasına ilişkin efradını cami bir sistem oluşturmamaktadır. Bu (suç tipleri) o (sistem)i teşkil etmeyecek ve edemeyeceklerdir; çünkü, cezaî tehditlerin, sadece, toplumun korunmasına duyulan alâka içinde önlenmeleri kaçınılmaz gözüken davranışları “ayrıntılı noktalarıyla” tazammun etme ödevleri vardır. Bizim (daha önce) gördüğümüz gibi, buraya şu husus da ilâve edilmelidir: Hürriyet, hukuk güvenliği ve tatbik kabiliyeti mülahazalarıyla, bizzat burada belirli sınırlamalar gerekebilecektir. Ceza hukukunun zorunlu olarak nakıs, boşlukları malûl olma özelliğinin idraki, hukuk politikası açısından büyük bir anlam ifade etmektedir. Çünkü, sadece ceza ekonomisine ilişkin değil, bilakis, her şeyden önce hukuk devletine ilişkin mülahazalar, ceza hukukunun bu (suretle) kendisini sınırlamasına sebebiyet vermektedirler. Fert, kendi hareket hürriyetine yönelik olan ve sosyal bakımdan zorunluluk arzetmeyen müdahalelerle rahatsız edilmeme hakkına sahiptir. Daha önce belirttiğimiz gibi, bu (husus), özellikle, hukukî menfaatleri korumadan ziyade, zihniyet değerlerini korumaya yönelik ceza tehditleri açısından dikkate alınmak gerekir. Bu hususu vurgulamak için, modern, laikleşmiş ve eşitlik esasına dayalı toplumun, hukukun ve bu arada ceza hukukunun alanını önceleri morale münhasır olan sahalara da genişletme eğilimi gösterdiği ölçüde fazla sebep(ler) mevcuttur. Bazen, ihmal edilen yardıma ilişkin (yukarıda) zikredilen ceza kuralının gösterdiği gibi bir sebeble (sözkonusu genişletme yoluna gidilmektedir). Gerçi, genel olarak, görebildiğim kadarıyla, fert(ler)in hürriyet hakkının bu tür eğilimlere (karşı) koyduğu sınırlara yeterli saygınlık gösterilmeden (bu genişletme yapılmaktadır). Ceza hukukunda halka rağmen fert hürriyetlerinin bu derece sınırlanmasına ilişkin gösterilen cesaret, bugün şunu ifade etmektedir: Sadece, toplumun korunmasına duyulan alâka açısından kaçınılmaz olan yerde cezalandırma yoluna gidilecektir. Görüşüme göre, yeni ceza kanunu tasarısı bile bu cesareti daima göstermedi.

Nihayet, suç kavramının nisbîlik ve boşluklarla malûl oluş karakteri, cezalandırılabilirlik sorusunun zorunlu olarak bir karar unsurunu ve bununla birlikte bir “pozitiflik” unsurunu mündemiç olduğunu ifade etmektedir. Hangi davranışın cezaya layık olduğu genel olarak ve herkes için geçerli bir şekilde söylenemeyeceği için, hic et nunc (şimdi ve burada) hukuk düzeninin hangi fiilleri cezaya layık gördüğünü (müstakillen) belirlemesi gerekir. Kara Avrupası ceza hukuk(lar)ında, hukuk devleti ilkesi gereğince, bu konuda sadece kanunkoyucu yetkilidir. Kanununsuz suç olmaz. Ancak, bu be-

lirlemenin esas itibarıyla hukuk içtihadına bırakıldığı Anglo Sakson hukuku örneğinin gösterdiği gibi, bunun ille de kanunkoyucu tarafından yapılması zorunlu değildir. Bu konuda verilecek kararın neticesi, her halde hukukçunun bir fiili suç teşkil eden tipik fiil olarak tavsif etmesidir. Bu tipik fiil, cezaya layık bulunan ve bu nedenle ceza ile tehdit edilen bir davranışın hukukî bakımdan bağlayıcı olan ve bizde zorunlu olarak kanun tarafından yapılan tanımını ihtiva etmektedir. Bir bakıma, ceza kanunu suç teşkil eden tipik fiillerin bir "katalog"u görünümü arz etmektedir. Ancak bu tipik fiiller arasında bulunan ve cezaya layık (bir) davranış, gerçekten cezalandırılabilir (bir fiil)dir ve sadece maddi anlamda değil, aynı zamanda şekli anlamda bir suçtur.

VII

Buraya kadarki bütün mülahazalarımız, bizim "klasik" suç tipleri olarak tavsif ettiğimiz suçlardan yola çıkmıştır. Fakat, maalesef, sadece bu tür veya bunlarla aynı değerde suç tipleri yoktur. Bizim şu andaki ceza kanunumuz ve fakat özellikle gün geçtikçe sayıları artan yan ceza kanunları, yukarıda belirttiğimiz suç türlerinin yanısıra, öyle bir takım davranış tarzlarını ceza ile tehdit etmektedirler ki; insan, bu davranışları suç teşkil etmeyen haksızlık(lar)dan maddi özellikleri itibarıyla ayırmak veya bu (davranış)larda sosyal aykırı davranışın "katlanılmaz örnekler"ini görmek istediği zaman, terddüde düşmektedir. Galiba, bu tür davranışların cezalandırılmasının sebebi, kendi iradesini ikame edebilmesi için kanunkoyucunun başka bir vasıtaya sahip olmamasında veya sahip olmadığına inanasında yatmaktadır. Açıklamalarımızın başında sadece teorik imkân(lar) olarak gözönünde tuttuğumuz bu (hususlar), tamamen realiteyi yansıtmaktadır(lar)! Burada sözkonusu olan, sözün en geniş anlamıyla, polisiye kurallar, ve fakat aynı zamanda, sosyal politika, tabiat ve kültürün korunması sahasındaki kurallardır. Şu çıktır ki; tekniğ(in geliştiği) ve devletin hayatın her alanına müdahale ettiği bir çağda, bu tür kurallar devamlı önem kazanmaktadır; ve bu kurallara riayet edilmesinin teminat altına alınmasına ihtiyç hissedildiği (de) tartışmasızdır.

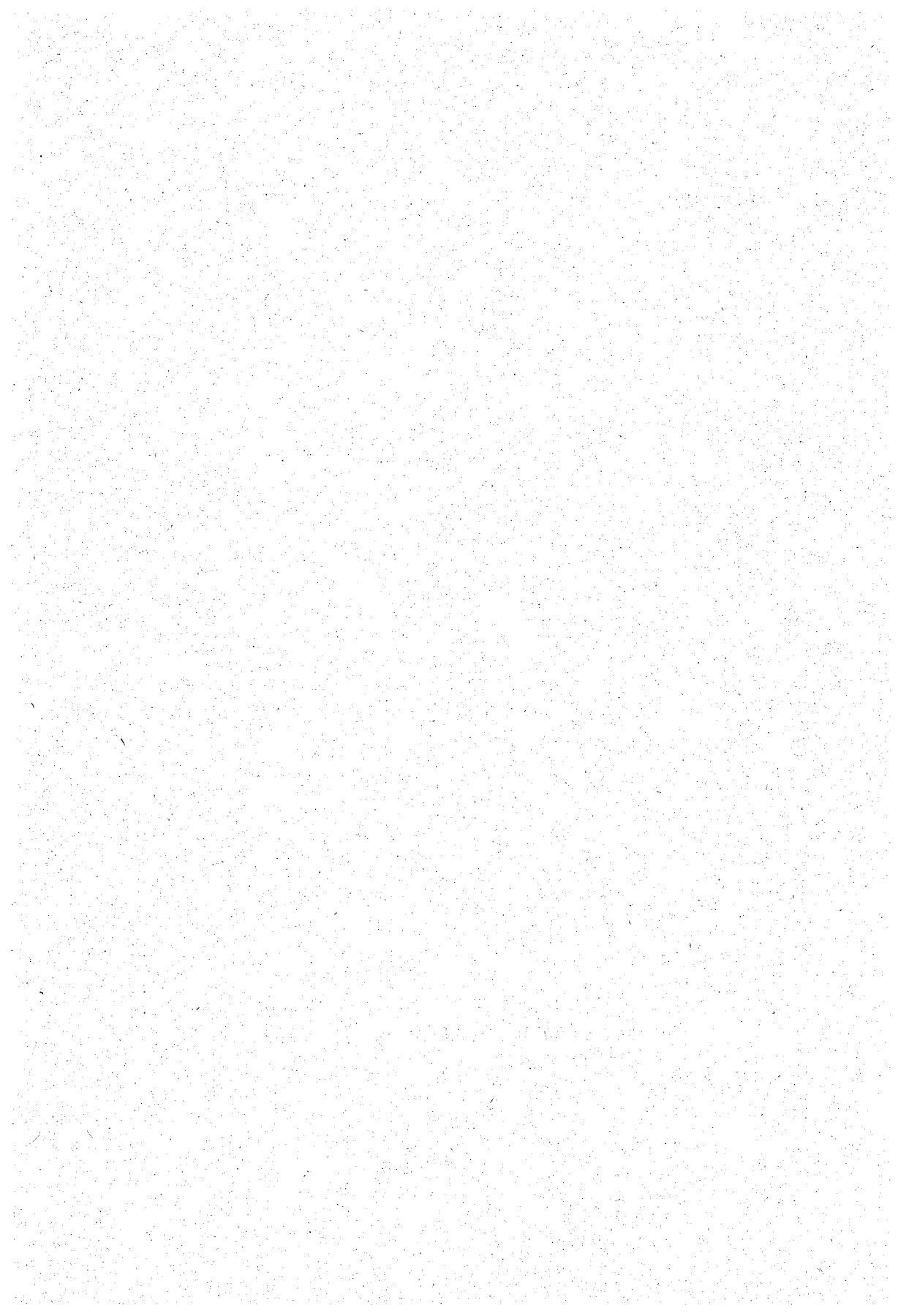
Bu koruma ihtiyacına rağmen, bu tür kuralların ihlâl edilmesinde bizim tarafımızdan geliştirilen anlamda bir suç sözkonusu olmaz. En azından şu sebeple ki, yukarıda izah edildiği gibi, keffaret olarak cezanın mündemiç olduğu tasvipsizlik yargısının gerekli kıldığı özel moral ayıp(lılık karakteri) bu tür davranışlarda mevcut değildir. Aynı zamanda, burada sosyal müşterek hayat için (zorunlu olan) asli menfaat ve zihniyet değerlerinin ihlâl edilmesi de söz-

konusu değildir; ki (ancak böyle bir ihtimalde) toplumun kendisini idame ettirmesi doğrultusundaki istek, uygun bir tepkiyi zorunlu kılar. İhlâli cezai tehdit altına alınan bir norma itaat etmeme gerçeği bile, bizzat fiilde bulunması gereken ve fakat ilgili fiilin ihtiva etmediği özel haksızlık muhtevasının yerine ikame edilemez.

Bunun haricinde, burada sadece suç kavramı hakkında çıkarılan sonuçlar sözkonusu değildir. Bu tür fiillerin ceza ile tehdit edilmesi, -hukuk politikası ve hukuk etiği açısından- mutlak bir surette katlanılmaz gözükmektedir. Cezalandırılmak suretiyle faile haketmediği bir leke yakıştırılamaz. Küçük düşürücü karakterinden mahrum bırakılmış bir baskı vasıtası, her halde (sadece) hürriyetten yoksun bırakmadan ibaret olamaz. Çünkü, bir hukuk devletinde ancak gerçek bir ceza olarak, yani ahlâka aykırı fiil için bir keffaret olarak bu tür (hürriyetten yoksun bırakma)ya kendi fiilinden sorumlu olan bir toplum üyesi mahkûm edilebilir.

Sonuç olarak, eğer biz devamlı surette artan bu tür kurallar karşısında sabıkalı kişilerden müteşekkil bir millet oluvereceksek, bu kuralların bize sağlamak istediği himaye çok pahalıya mal olmuş olurdu. Bunun haricinde, bu tür kurallarla ceza düşüncesi mutlak bir surette itibardan düşerdi.

Münferit bir olayda suç teşkil eden haksızlıkla idari itaatsizlik arasındaki ayırımın (ortaya çıkardığı) güçlüklerin ayrıca müşahede edilemeyeceği bu tahlili açıklamaları uzlaştırıcı bir sonla noktalayabilirim. Burada ortaya konulan düşünceler, onlarca yıllık tartışmadan sonra kanunkoyucuyu da ikna ettiler. Kanunkoyucu artık bugün daha ziyade, bizim (ortaya koyduğumuz) anlamda suç karakteri arzetmeyen hukuki ihlalleri mücerret "düzene aykırılıklar" olarak nitelendirmekte ve (bu fiilleri) küçük düşürücü nitelikte olmayan ve para türünden bir "düzen cezası" ile tehdit etmektedir. Bu yolla, bizim Alman ceza hukuku hizmetlerinin malûl olduğu kriminal cezanın tatbikindeki bu aşırı ölçüsüzlükte bir azalma sağlanabileceği (i ümidiyle)!



**KAMU GÖREVİ, YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARI,
YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARINA İŞTİRAK
(KARAR İNCELEMESİ)**

Dr. iur. İzzet ÖZGENÇ (*)

KARAR : Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3.10.1988 tarih ve E. 1988/5-301, K. 1988/336 sayılı Kararı (YKD, Şubat 1989, sh. 261 vd.) :

«Memuriyet görevini kötüye kullanmaktan sanık Tezcan'ın bu suçuna iştirakten sanık Atilla'nın, TCK. 240/1. maddesi uyarınca... cezalandırılmasına ilişkin (Esas) Mahkemesince verilen hükmü... 5. Ceza Dairesi, ... "Sanığın memur olmadığı gözetilmeyerek, memuru görevi kötüye kullanma suçuna azmettirmekten mahkûmiyetine karar verilmesi" isabetsizliğinden bozmuş (tur).

Yerel Mahkeme ise, ... "Bozulan kararımızda da belirtildiği gibi, sanık Atilla'nın memur olduğunu bildiği Tezcan'ı görevini kötüye kullanmak yönünden azmettirerek ve çeşitli hayali firmalara ait teklif mektuplarını bizzat düzenleyip ve kendisi de bunlara nazaran en düşük teklif mektubunu hazırlayıp, ona verip, İhale Komisyonuna havale ettirip, ihalenin kendisine ait C... Pazarlama firmasına yapılmasını sağlamasına ve TCK.nun 66. maddesinin açıklığına ve Ceza Genel Kurulu'nun 21.2.1994 gün ve 3/20-23 sayılı içtihadında memur olmayanların memur olduklarını bildikleri memurlarla memuriyete ilişkin suç işlemleri halinde TCK.nun 66. madde hükmünce memuriyete ilişkin suçta iştirak etmiş sayılacaklarının belirtilmiş olmasına ve hukuk mantığına göre, memur olmayan bir kimsenin memur olduğunu bildiği bir kimseyi azmettirerek, suçun işlenmesi halinde, cezasız bırakılmaması kanısına varılmıştır" gerekçesiyle önceki hükmünde direnmiştir.

...dava dosya, C. Başsavcılığı'nın "Daire kararı doğrul-tusunda bozma" isteyen ... tebliğnamesiyle ... Ceza Genel Kurulu'nda okundu, gereği konuşulup düşünüldü :

Dosya göre; Sosyal Sigortalar Kurumu ... Hastanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve Satınalma Komisyonu Üyesi olan Tezcan'ın, bakkallık yapan arkadaşı Atilla ile konuşup anlaştıktan sonra, İstanbul'daki SSK'na bağlı sağlık tesislerinin yıllık tüm ihtiyaçlarının bir protokole göre, Migros Türk T.A.Ş. ve Et-Balık Kurumu'ndan satın alınması yolunda Genel Müdürlüğün yazılı emirlerine rağmen, ihtiyaçların bu kurumlardan temin edilmesinin zor ve pahalı olduğundan bahisle, alım ve satımların buralardan yapılmaması hususunda SSK. İstanbul Bölge Sağlık Müdürlüğü ve SSK. Genel Müdürlüğü Malzeme Tedarik Dairesi Başkanlığı'na başvurduğu ve bu önerisinin reddedilmesine rağmen, sanık Atilla ile vardıkları anlaşmayı gerçekleştirmek için, bu kez ihtiyaçların ihale açılması suretiyle temin edilmesi hususunda Satınalma Komisyonuna yetki verilmesini Başhekimliğe önerip yetki aldıktan sonra, arkadaşı Atilla ile "... ikisi hayali şirketler, üçüncüsü de sanığa ait C... Pazarlama adına üç adet teklif mektubu düzenletip, kendisine ait olana da daha düşük fiyat yaz, ihaleyi sana yaparız, sen de toptancılardan temin edeceğin gıda maddelerini hastaneye teslim eder, parayı alırsın" diye anlaşmaya vardıkları, sanık Atilla'nın, memur sanık Tezcan ile yaptıkları bu anlaşma doğrultusunda, ikisi hayali şirketler, üçüncüsü de kendisine ait C... Pazarlama adına üç adet teklif mektubu düzenleyip ve kendi firması adına düzenlediği teklif mektubuna hayali şirketlere nazaran biraz daha düşük fiyat yazıp, memur sanık eliyle Satınalma Komisyonuna intikal ettirip, göstermelik ihaleyi kazanıp, hastaneye 8.463.043 liralık yaş sebze, meyva ve kuru madde verip, bu miktar parayı aldığı anlaşılmıştır.

Görülüyor ki, sanık Atilla'nın, SSK. Hastanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu Üyesi bulunan Tezcan ile hayali şirketler adına teklif mektubu düzenleyip ve kendisi de en düşük teklif mektubu verip, ihaleyi kazanmak hususunda anlaşmaya vardıktan sonra; kurum hastanesine yukarıda yazılı miktarda mal vermek ve bu arada kuru maddelerde 76.655 lira, tüketilen yaş sebze ve meyve satın alımlarında ise, saptanamayan miktarda idareyi zarara soktukları ve bu suretle; hakkında TCK'nun 240/1. maddesi ile verilen hükümlülük kararı kesinleşen memur sanık Tezcan ile birlikte suç işlediği; yani memuru görevini kötüye kullanmaya azmettirmeyip, doğrudan doğruya suçunu birlikte işledikleri anlaşılmıştır.»

OLAY :

Sosyal Sigortal Kurumu... Hastanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu üyesi

olan T, bakkallık yapan arkadaşı A ile anlaşarak, A'ya "C... Pazarlama" adında bir şirket kurdu muştur. Bilahare bu hastahanenin ihtiyaç duyduğu gıda maddelerini temin amacıyla ihale açılmıştır. T ile aralarındaki anlaşmaya göre, A, ikisi hayali iki şirkete ve üçüncüsü de kendi kurduğu "C... Pazarlama"ya ait olmak üzere üç adet teklif mektubu düzenlemiş ve kendi ticarî işletmesine ait teklif mektubuna daha düşük bedel yazmıştır. Bu suretle, açılan ihaleyi A'ya ait ticarî işletme kazanmış ve A, hastahaneye 8.463.043 liralık gıda maddesi verip, bu parayı almıştır.

ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELE :

Kararda çözümlenmesi gereken hukuki mesele, ancak "memur"un işleyebileceği bir suçta "memur" olmayan bir kişinin iştirak edebilip edemeyeceği; sayet iştirak edebileceyse, bu kişinin işlenen haksızlıktan nasıl sorumlu tutulacağı hususlarına ilişkindir.

MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ :

1) **Esas Mahkemesi**, memur olmayan A'yı, memur T'nin işlediği memuriyet görevini kötüye kullanma suçuna azmettiren olarak iştiraktan dolayı mahkûm etmiştir.

2) **5. CD.** ise, A'nın "memur olmadığı gözetilmeyerek, memuru görevi kötüye kullanma suçuna azmettirmekten (dolaylı) mahkûm" edilmesinin hukuka aykırı olduğu görüşüyle, Esas Mahkemesinin kararını bozmuştur.

3) **Esas Mahkemesi**, memur olmayan A'nın, T'nin memur olduğunu bildiğini, T'yi görevini kötüye kullanmak suçunu işlemeye azmettirdiğini ve ayrıca, "memur olmayan bir kimsenin memur olduğunu bildiği bir kimseyi azmettirerek, suçun işlenmesi halinde cezasız bırakılmaması" gerektiğini ileri sürerek, eski kararında direnmiştir.

4) **C. Başsavcılığı** da, bu direnme kararı üzerine, 5. CD.'nin görüşü doğrultusunda, Esas Mahkemesinin görüşünün isabetsiz olduğu kanaatinde bulunmuştur.

5) **Ceza Genel Kurulu** ise, memur olmayan A'nın, memur T ile "birlikte suç işlediği; yani, memuru görevini kötüye kullanmaya azmettirmeyip, doğrudan doğruya suçta birlikte işledikleri" görüşünü beyan etmiştir.

GÖRÜŞÜMÜZ :

Her ne kadar Kararda tartışma konusu yapılmamaktaysa da, önce "Ceza Kanunu uygulamasında memur" kavramının ne olduğu

ve buna göre, SSK... Hastanesi İdari Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu Üyesi bulunan" T'nin bu fiil dolayısıyla "Ceza Kanunu uygulamasında memur" sayılabilişip sayılamayacağı meseleleri tartışılmak gerekir.

I — KAMU GÖREVİ - YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARI

1936 yılında 3038 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 1930 İtalyan Ceza Kanununun 357 ve 358. maddelerinde yer alan hükümler müştereken 279. mdde altında Türk Ceza Kanununa iktibas edilmişlerdir.

Söz konusu 279. madde, **amme vazifesi (=kamu görevi)** (1. fıkra) ve **amme hizmeti (=kamu hizmeti)** (2. fıkra) ayrımını öngörmektedir. Bu ayırma göre, kamu görevi ifa edenler "Ceza Hukuku uygulamasında memur" addedileceklerdir. Buna karşılık, icra ettikleri fonksiyon, kamu hizmeti mahiyeti arzeden ikinci fıkradaki kişiler, "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılmayıp "amme hizmeti görmekle muvazzaf olan" kimseler olarak telâkki edilmektedirler.

Bu düzenleme karşısında, "Ceza Kanununun uygulanması bakımından memur kavramı ile İdare Hukuku alanındaki memur kavramı arasında her hangi bir benzerlik ve bağlantı(nın) bahse konu" olmadığı ileri sürülmektedir (1).

Bu iddianın doğru olup olmadığı konusunda bir yargıda bulunabilmek için, **kamu görevi** ile **kamu hizmeti** kavramlarının ne anlama geldiklerini tayin etmek gerekir.

Yalnızca yapılan faaliyetin maliyeti gözönünde bulundurulmak suretiyle bu iki kavramın birbirinden farklı anlam muhtevasını belirlemek mümkündür (2). Her ne kadar "Ceza Hukuku uygulamasındaki memur" kavramının İdare Hukukundaki memur kavramından "farklı" olduğu iddia edilmekteyse de; "kamu görevi" ve kamu

(1) CGK. 20.1.1969, 693/17 (Erman, Sahtekârlık suçları, 4. bası İstanbul 1981, no. 254, dn. 246). Ayrıca CGK. 25.11.1985, 1-410/595 (YKD Mart 1986, sh. 406 vd. [408, 410]).

(2) CGK. 25.11.1985, 1-410/595 (YKD 3/1986, 410, 413); CGK. 31.10.1966, 473/375 (nakleden: Polatcan, İsmet: Memur ve Resmî Heyetlere Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul, 1983, s. 52, dn. 35). Bu ayırma ilişkin objektif ve sübjektif görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, Ceza Tatbikat ve Tatbikatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi (SBOD) 1947, sh. 243 vd.; Çağlayan, Ceza Tatbikat ve Tatbikatında Memur, Memur Sıfatının Ceza Hukuku İle Olan Münasebetleri, İD 1959, sh. 45 vd.

hizmeti kavramlarının ne anlama geldiklerini yine İdare Hukuku alanında aramak gerektiği kabul edilmektedir (3).

Gerek doktrinde (4) gerek Mahkeme kararlarında (5) kabul edilen ayırıma göre, Devlete ait iktidar ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler kamu görevi; böyle bir iktidar ve yetkinin kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler ise, kamu hizmetidir.

Devlete ait hukuki iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle hukuki tasarrufta bulunan veya fiil icra eden kişiler, AMME FONKSİYONU (=KAMU GÖREVİ) ifa ederler ve bu itibarla. (279. maddenin ifade tarzına göre) "Ceza Hukuku uygulamasında memur"durlar; aksi takdirde, "amme hizmeti görmekte muvazzaf olan" kimselerdir.

Kamu Hukuku usûlüne göre hukuki tasarrufta bulunan veya fiil icra eden kişilere, bu işlemlerin yapıldığı sırasında yine Kamu Hukuku usûlü gereğince yardımda bulunan, bunların faaliyetine katkıda bulunan kimseler de kamu görevi görürler ve bu sebeple "Ceza Hukuku uygulamasında memur"durlar.

Kamu Hukuku usûlüne göre hukuki tasarrufta bulunmayan veya fiil icra etmeyen ve bu hususlara sözkonusu usûle göre katkı ve yardımda bulunmayan ya da, bir katkıda bulunmakla beraber, bu katkıları Kamu Hukuku usûlünün dışında kalan kimselere ise, kamu görevlisi olarak kabul edilemezler. Bu kimseler, kamu hizmeti görmekte oldukları ve bu sebeple, "amme hizmeti görmekte muvazzaf" kimselerdir.

Kanaatimizce de, Kamu Otoritesi (Devlet) adına yürütülen bir faaliyetin icrasına Kamu Hukuku usûlüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Kamu görevlisi statüsünün kazanabilmesi için, kamu faaliyetinin yürütümüne Kamu Hukuku usûlüne göre, Anayasa'daki ifadeyle (1982 Any. mad. 128), "genel idare esaslarına göre" iştirak etmek gerekir. Böyle bir durumda, az veya çok, mutlaka

(3) Erman, Sahtekârlık Suçları, no. 253.

(4) Erman, SBOD 1947, 243 vd., 249, 251, aynı yazar, Sahtekârlık Suçları, no. 253, 254, 254a; Çağlayan, İD 1959, sh. 45 vd.; Dönmezer, Memurin Muhakemat Kanunu Bakımından Memur, Mahkeme İçtihatları Kroniği, İÜHFİM 9 (1944), sö 823 vd.; aynı yazar, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, sh. 75; Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. bası, İstanbul, Eylül - 1991, sh. 72 vd.

(5) CGK. 25.11.1985, 1-410/595 (YKD 3/1986, 411-414); CGK. 20.2.1989, 17/67 (Uygun/Savaş/Mollamahmutoğlu, Ceza Genel Kurulu Kararları [1988 - 1989 - 1990 - 1990], Ankara [tarih yok], sh. 167, no. 182); Özel İdare, 4.3.1947, 173/116 (İÜHFİM XIII [147], sh. 755).

Kamu Otoritesine (Devlete) ait iktidar ve yetki kullanılmaktadır. Kamu görevlisinin bu göreve seçimle (6) veya tayin yoluyla getirilmesinin, sürekli veya geçici (7) olarak bu görevi üstlenmesinin, bu görev nedeniyle kişiye para veya sair bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi yoktur (8). Bu izahlarımızdan, KAMU GÖREVLİSİ-KAVRAMIYLA MEMUR KAVRAMININ EŞ ANLAMLI OLMADIKLARI anlaşılacaktır. Memur, bir kamu görevlisi çeşididir. Ama her kamu görevlisi, memur değildir. Bu itibarla, kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir anlam muhtevasına sahiptir (9).

Bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, bu görev dolayısıyla bir **Kamu Hukuku yükümlülüğü** altına girmektedir. Buna göre, kamu görevlileri, bir kamu faaliyetinin, kamu görevinin yürütümü sırasında, bu faaliyetin gerekli kıldığı yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadırlar. Öyle ki; **toplumda hakim olan kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik (10) gereklilik (11) açısından adalet ilkelelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez olduğu, başka bir ifadeyle, satın alınamayacakları ("Unbestechlichkeit von Amisträgern") konularındaki güvenin, inancın sarsılması gerekir (12).** Bu nedendir ki, bu özel yükümlülük altındaki kamu görevlilerinin işleyebileceği suçlara **yükümlülük suçları** demekteyiz (13, 14).

- (6) Meselâ milletvekili, belediye başkanı, muhtar, mahalli idare meclisleri üyeleri vs.
- (7) Meselâ bilirkişi, tercüman ve hatta, muşahhas vakıa hakkında beş duyusuyla sahip olduğu bilgiyi bir yargı mercii önünde aktaran şahit de kamu görevlisidir (Bkz. CGK. 25.11.1985, 1-410/595 [YKD Mart 1986, 414]).
- (8) Nitekim, bkz. Erman, Sahir : Erman/Özel, Ceza Hukuku, Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TC .K202 - 281), İstanbul, 1992, sh. 483.
- (9) Bkz. Meriç, Osman : Kamu Görevlileri Kavramının Seçim Hukukundaki Kapsamı ve Anlamı ile Belediye Başkanlarının İlişkisi, Amme İdaresi Dergisi 24 (Eylül-1991), s. 190, 191.
- (10) Iustitia commutativa, "ADL" adaleti, denkleştirici adalet.
- (11) Iustitia distributiva, "KIST" adaleti, tevzi edici, ileştirici adalet.
- (12) Bu hususta ayrıca bkz. Erman, Erman/Özek, sh. 1/2.
- (13) Bkz. Özgüç, Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukukî Esası Ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik (Henüz yayınlanamamış Doktora Tezi), İstanbul, 1990, sh. 131 vd.
- (14) Kamu Hukukunda bir kamu görevini üstlenmek, kişi açısından bazı özel yükümlülükleri ifade ettiği gibi, kişinin Kamu Otoritesi adına bazı yetkileri kullanmasını da gerekli kılar. Dolayısıyla, Kamu Otoritesi adına yetkiler kullanan bu kamu görevlisinin sorumluluğu da mevcuttur. Kamu Otoritesi adına kullanılan yetkiyle doğru orantılı olarak sorumluluk da artmaktadır. Ancak, batı Anayasalarında Devlet başkanı veya Parlamento gibi kamu görevlilerinin bazı fiiller açısından cezai sorumluluklarının

Ayrıca, belirtmemiz gerekir ki; bir kamu görevlisi, görevi gereğince ifâ ettiği bütün faaliyetler dolayısıyla bu sıfatını muhafaza edecektir. Görevi gereğince yürüttüğü faaliyetler arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Bu itibarla, meselâ öğretim faaliyeti yürüten bir kamu görevlisinin (öğretmen, öğretim üyesi vs.) bu faaliyet çerçevesinde icra ettiği bazı fiiller açısından "Ceza Hukuku uygulamada memur", bazıları açısından "kamu hizmetlisi" olarak kabul edilmesi gerekir şeklindeki ayrımlar, kanaatimizce, isabetli değildir (15). Çünkü, böyle bir anlayış, meselâ görevi kötüye kullanma

olmadığı Ceza Hukuku sorumluluğundan muaf tutulduktan (=İndemnitât) hüküm altına alınmıştır. Buna paralel olarak Türk Hukukunda da Cumhurbaşkanlığına görevine müteallik işlerden dolayı sorumluluktan muaf tutulmuştur (1982 Any., mad. f. 1, 2). Meğer ki, Cumhurbaşkanının işlediği fiil, "vatana ihanet" teşkil eden bir fiil olsun (1982 Rny., mad. 105, f. 3). Bu itibarla, Cumhurbaşkanının, örneğin rüşvet alması halinde, bu fiilin "vatana ihanet"(!) olarak nitelendirilmemesi kaydıyla, cezai sorumluluğu olmayacaktır. Aynı şekilde, milletvekillerinin de meclis çalışmalarında açıkladıkları oy, söz ve düşüncelerinden dolayı cezai sorumluluklarının olmadığı Anayasada hüküm altına alınmıştır (1982 Any., mad. 83, f. 1). Belirtmek gerekir ki, milletvekilleri açısından muafiyetin sözkonusu olduğu bu fiiller, birer düşünce açıklama şeklinden başka bir şey değildir. Delege ferenda (olması gereken hukuk sisteminde) mücerret düşünce açıklaması hiç bir surette suç teşkil etmez. Ancak, bir düşünce açıklaması, meselâ bir suçu işlemeye azmettirme, tahrik, teşvik veya bir insanın haysiyetine ve belli şartlarda henüz ölmüş bir kişiye, insanların kutsallık atfettikleri şeylere sövmek ya da insanların inançlarından dolayı kinamak, şeklinde ise, suçtur. Fakat, Anayasadaki mevcut düzenlemeye göre, meselâ televizyondan naklen yayımlanan meclis görüşmelerinde bir milletvekilinin, kürsüden yaptığı konuşmada halkı suç işlemeğe veya din, mezheb, ırk itibarıyla birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmesi ya da bir şahsın haysiyetine tecavüz teşkil eden sözler sarfetmesi halinde, muafiyetten yararlanması gerekir, bir başka ifadeyle, Ceza Hukuku açısından "sorumsuz" telâkki edilmesi gerekir. Kanaatimizce, geçmişin bazı acı tecrübeleri bahane edilerek, hukukun ana kaidelerinden sarfınazar edilmemelidir.

- (15) Aksi fikir için bkz. Erman, Erman/Özek, sh. 485/486 : "...öğretmen ders verdiği zaman kamu hizmeti görmekte ise de, imtihan yaptığı ve verdiği not neticesinde öğrencinin statüsüne etkili olan bir tasarrufta bulunduğu zaman kamu görevi ifa eder ve bu takdirde memur sayılır. ... Keza Devlet hastahanesinde görevli hekimin memur olup olmadığını anlamak için, suç işlendiği sırada yapmakta olduğu faaliyete bakmak gerekir; bu doktor teşhis ve tedavi faaliyetinde bulunmakta ise, bir kamu hizmeti gördüğünden memur sayılmaz; buna karşılık yaralı veya hastanın belirli bir süre iş ve gücünden uzak kaldığına, yaranın veya hastalığın hayatı için tehlikeli olduğuna, iyileştigiğine veya öldüğüne veya sigortalı bir işçinin hastalığı sebebiyle istirahat muhtaç olduğuna dair rapor verdiği takdirde, hastanın hukuki durumuna etkili olan bir tasarrufta bulunduğu cihetle, bu tasarrufun niteliğine göre, idarî veya adli bir kamu görevi yapmış olur ve bu sebeple de memur sayılır".

suçunun alanının kabul edilemez biçimde daralmasını sonuçlar. Şöyle ki; bu anlayışa göre, meselâ eğitim öğretim faaliyeti yürüten bir kamu görevlisi ders verirken veya, sağlık faaliyeti yürüten bir tabip hasta muayene ederken "Ceza Hukukunda memur" addedilemeyeceği için; bu görevini kasten layığıyla ifa etmemesi halinde, görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olmayacaktır.

Buna karşılık, bir kişinin kamu faaliyetine Özel Hukuk usûlüne göre iştirak etmesi halinde, bunun artık bir kamu görevlisi sayılması mümkün değildir (16). Bu kişilerin görevi sırasında veya görevi dolayısıyla işledikleri fiillerden dolayı, yukarıda zikrettiğimiz toplumda hakim olan güven sarsılmaz. Bu kişiler, İdare Hukukundaki tabirle, kamu hizmetlisi olarak tavsif edilebilirler.

Hemen ifade edelim ki, Ceza Kanununun "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar"a ilişkin hükümleri yalnız "memur" kavramından bahsetmektedirler (17).

(16) Nitekim, bkz. Eiman, Erman/Özek, sh. 12. Her ne kadar ülkemizde hakim olan personel rejimi nedeniyle "memur" statüsünde istihdam edilseler bile; odacı, hizmetli veya müstahdem gibi adlar taşıyan bazı personel, gördükleri faaliyet nedeniyle kamu görevlisi sayılamazlar. Yargıtay'ın bu konudaki mustakar tutumu isabetlidir. (Mseeâ 4. CD. 21.11.1983, 5759/5995 [Çağlayan II, 1011]; 4. CD. 20.4.1979, 2392/2334 [Çağlayan II 1015]). Keza, kamu sağlık kurumlarında istihdam edilen hastabakıcılar da kamu görevlisi olarak telâkki edilmemişlerdir (4. CD. 1.3.1979, 744/994 [Çağlayan II, 1015]).

Ancak, Yargıtay, bir makam arabasında şoför olarak çalışan kişiyi kamu görevlisi olarak kabul etmiştir (5. CD. 16.11.1982, 2854/4166 [Çağlayan II, 536]). Aynı şekilde, Belediye Otobüs İşletmesinde билетçi olarak çalışan kişiyi de kamu görevlisi kabul etmektedir (5. CD. 22.12.1983, 3600/4454 [Çağlayan II, 528/529]).

(17) Örneğin zimmet suçu açısından mad. 202; irtikâp suçu açısından mad. 209; rüşvet (alma) suçu açısından mad. 211; genel olarak görevi kötüye kullanma suçu açısından mad. 228, 230, 240. Ayrıca, resmî evrakta sahtekârlık suçu açısından mad. 339-341. Buna karşılık, Devlet sınırlarından yararlanmayı cezalandıran 138. maddede "memur veya amme hizmetini ifa ile mükelef olan kimse" tabirine, birlikte görevi bırakmayı cezalandıran 236. maddede ise, "memurlar veya işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlileri" ifadesine yer verilmiştir. Yine, "hidematı âmmeden biri ile muvazzaf bulunan şahıs" tabiri ise, sadece huzurda sövmenin bir mev-suf şeklini düzenleyen, 483. maddede kullanılmıştır.

Her ne kadar Beşinci Bölümü "Kamu Hizmeti ve Görevlerine Karşı Suçlar" başlığını taşımakta ise de, 279. madde hükmünü aynen iktibas eden Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (mad. 4, bend 4), bu bölümde yer alan zimmet, irtikâp, rüşvet (alma) gibi suçlarda yalnız "memur" kavramına yer vermiştir (Bkz. 398 vd. maddeler). Keza, "Memurlar Tarafından İşlenen Suçlar" başlığını taşıyan Dokuzuncu Bölümde yer alan suçların failleri "memur"lara münhasır kılınmıştır (Bkz. Öntasarı, 462 vd. maddeleri).

Yukarıda bulunduğumuz izahlar dikkate alındığında, Ceza Kanununda, gerek suç faili olarak, gerek mağdur olarak, yer alan "memur" kavramı yerine kamu görevlisi kavramını ikame etmek gerektiği anlaşılacaktır. Bu durum karşısında, 279. madde anlamında bir hükme Ceza Kanununda yer vermeye artık gerek olmayacaktır (18). Bu suretle, "Ceza Hukuku uygulamasında memur" ve "İdare Hukukunda memur" gibi ayırımlara yer vermeye gerek kalmayacak ve, hukuki kavramlara farklı anlam muhtevaları yükleyip, kavram anarşisine sebebiyet verilmeyecektir.

Buna karşılık, ülkemizdeki mevzuat, bu hususta tamamen kazuistik bir mahiyet arz etmektedir. Başta KİT'ler olmak üzere, bazı Kamu Kurum veya Kuruluşlarının kuruluş veya personel rejimine ilişkin Kanunlarında, sözkonusu Kurum veya Kuruluş personelinin meselâ zimmet, irtikâp, rüşvet, genel olarak görevi kötüye kullanma, resmî evrakta sahtekârlık gibi suçları oluşturan fiilleri işlemleri halinde, "Devlet memuru" sayılacakları (19) ya da "Türk Ceza

(18) Ancak, hemen ifade etmek gerekir ki, sözkonusu 279. madde, maalesef, Türk Ceza Kanunu Öntasarısında, gerek (1.) Komisyonca Hazırlanan Metinde (Ankara 1987), gerek İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonucunda Hazırlanan Metinde (Ankara - Mart 1989) dili sadeleştirilerek aynen tekrarlanmıştır; mad. 4, b. 4. (Üstelik, sözkonusu hüküm hakkında gerekçede hiçbir açıklamada bulunulmamıştır.

(19) Meselâ 4792 s. Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu mad. 7: Kurumun memur ve hizmetlilerin Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanmasında Devlet memuru sayılır.

Ayrıca, Ceza Kanununun 3679 s. Kanunla değiştirilen 211. maddesinin 2. fıkrasına bkz.

1512 s. Noterlik Kanunu mad. 151: Noterler, ... görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı, eylemlerinin niteliğine göre Türk Ceza Kanununun Devlet memurlarına ait hükümleri uyarınca cezalandırılırlar.

Aynı Kanun mad. 152: (Noterlere, ...) karşı, ... görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işlenen suçlar hakkında Türk Ceza Kanununun Devlet memurları aleyhine işlenmiş ilişkin hükümleri uygulanır.

Keza, 4081 s. Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunun 23. maddesine göre, bu Kanun çerçevesinde görevlendirilen kişilerin görevlerinden dolayı işledikleri suçlar hakkında Ceza Kanununun "memur"lara ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Ancak, 1136 s. Avukatlık Kanununun 57. maddesi avukatlara karşı işlenen suçların hakimlere karşı işlenen suç gibi telâkki edileceğini; buna karşılık, 62. maddesi ise, avukatın işlediği suçlardan sadece 'görevi ihmal' veya "kötüye kullanma" halinde CK'nun 230 veya 240 maddelerine göre cezalandırılacağını belirtmektedir.

Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı baplarındaki hükümler"e göre cezalandırılacakları (20) açıkça belirtilmiştir.

KİT'lere ilişkin mevzuattaki kazuistik hükmün etkisinde verilen 28.3.1945 tarih ve 1/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, KİT personelinin cezaî sorumluluk rejimi açısından halen önemli bir yeri haizdir (21). Sözkonusu İçtihadı Birleştirme Kararına göre, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışan personel, "Devlet memuru" (daha doğru ifadeyle, kamu görevlisi ve dolayısıyla, "Ceza Hukuku uygulamasında memur") olarak telâkki edilemezler. Ancak, bu yarıya varılırken, ilginç bir gerekçe gösterilmiştir: "... Kanunda Devlet İktisadi Teşekkülleri mensuplarına Devlet memurlarına verilen cezaların verileceğinin yazılmış bulunması, bunların Devlet memuru sayılmamış olduklarına delil teşkil eder. Kanun kendilerini Devlet memuru telâkki etmiş olsaydı, (Devlet memurları hakkında tatbik edilen cezayı görürler) şeklinde bir hüküm sevketmek lüzumunu duymazdı" (22).

1936 yılında 3038 sayılı Kanunla 1930 İtalyan Ceza Kanunundan iktibas edilen 279. madde hükmünün ne anlama geldiğinin henüz anlaşılammış olduğu bir dönemde, 12.6.1937 tarih ve 3202 sayılı Ziraat Bankası Kanununa bir hüküm ithal edilmişti (mad. 54). Bu hükme göre, Ziraat Bankası personeli, Bankanın malvarlığına karşı veya bilanço vs. gibi belge ve defterleri üzerinde bir suç işlemesi halinde, "Devlet memurları hakkında tatbik edilen" hükümlere göre cezalandırılacaktır. Bu hüküm, bilahare 1938 yılında 3460 sayılı İktisadi Devlet Teşekküllerinin Teşkilât ve Murakabesi Hakkındaki Kanununun 43. maddesine aynen iktibas edilmişti (23). 279. madde an-

(20) Meselâ Kamu İktisadi Teşebbüsleri personel rejiminin düzenlenmesine ilişkin 22.1.1990 t. ve 399 s. Kanun Hükmünde Kararnamenin 3771 sayılı Kanunla kanunlaştırılan 11. maddesinin b bendi (Bu madde hükmü aşağıda tetkik edilirken, metin iktibas edilecektir).

1479 s. Bağ-Kur Kanunu mad. 7 : Kurumun görevlileri hakkında kamu iktisadi devlet teşekkülleri görevlilerine uygulanan yasalar uygulanır.

Ayrıca, Belediye personeline ilişkin olarak, 1580 s. Belediye Kanununun 102 ve 108. maddelerine bkz. Mevzuatımızda bu konuda hüküm ifade eden kanunlar hakkında toplu bilgi için bkz. Erman, Erman/Özeö, s. 11, dn. 7.

(21) Metin bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza - 2, Ankara, 1984 sh. 395 - 469.

(22) YİBEK Ceza - 2, sh. 466/467.

(23) KİT'nde istihdam edilen görevlilerin cezaî sorumluluk rejimine ilişkin düzenlemenin tarihî gelişimini şu şekilde özetleyebiliriz :

1 — 3460 sayılı Kanununun 43. maddesi hükmü, bilahare 40 sayılı Kanununun 38. maddesinin 2. fıkrasına aktarılmıştır.

2 — 60 sayılı KHK (RG. : 20.5.1983) ve bu KHK'nin değiştirilerek kanunlaştırıldığı 19.10.1983 tarih ve 2929 sayılı Kanun KİT'lerin çoğunluğunu aynı hukuki düzenlemeye tabi tutmanın yanı sıra: 48. maddesinde KİT personelinin cezaî sorumluluk rejimini düzenlemiştir. 66. madde ile KİT'lerin eski kuruluş kanunlarında mevcut olan ve bu KHK'ye (Kanuna) aykırılık teşkil eden hükümler ve dolayısıyla, 440 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

3 — 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı KHK (RG. : 18.6.1984/18435) ile 2929 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (mad. 63). 233 sayılı KHK'nin 47. maddesinin 1 ve 2. bentleriyle getirilen düzenleme, KİT personelinin cezaî sorumluluk alanını aşırı ölçüde genişletmiştir.

4 — 5.1.1988 tarih ve 308 sayılı KHK'nin (RG. : 18.1.1988/19698) 8. maddesi ile 233 sayılı KHK'nin cezaî sorumluluk rejimine ilişkin 47. maddesi değiştirilmiş ve cezaî sorumluluk, maddenin sadece B bendinde düzenlenmiştir :

“Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdür, yönetim kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli;...

b) Teşebbüslerin, müesseselerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır”.

5 — 22.1.1990 tarih ve 399 sayılı KHK (RG. : 29.1.1990/20407 -Mükerrer-), 233 sayılı KHK'yi yürürlükten kaldırarak (mad. 59); bu KHK'nin 308 sayılı KHK ile değiştirilen 47. maddesi hükmünü (A ve B bentlerini) aynen iktibas etmiştir (mad. 11).

6 — Ancak, Anayasa Mahkemesi, 4.4.1991 tarih ve E. 1990/12, K 1991/7 sayılı Kararı ile, sözkonusu 11. maddenin B bendini, bir “ceza hükmü” ihtiva etmesi itibarıyla, Anayasa'nın KHK'lerle ceza hükmü getirilmesinin yasaklandığı 38 ve 91. maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle, iptal etmiştir (RG : 13.8.1991/20959).

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra KİT personelinin cezaî sorumluluk rejimi hususunda meydana gelen bir düzenleme boşluğu karşısında; Yargıtay Ceza Dairelerinin ve hatta, aynı Ceza Dairesinin kararları arasında bu konuda yorum farklılıkları ortaya çıkmıştır (Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 16.15.1991 tarih ve 2905/4279 sayılı Kararı için bkz. Erman, Erman/Özek, sh. 9, dn. 4. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 16.10.1991 tarih ve 290/475 sayılı Kararı için bkz, aynı eser, sh. 10, dn. 5. Aynı Dairenin farklı sonuca varan diğer bir Kararı (24.12.1991 t., 16967/8054 s. Karar) ve özellikle bu Karara “Karşıoy” yazıları hakkında bkz. aynı eser, sh. 486, dn. 10).

7 — Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı üzerine KİT personelinin cezaî sorumluluk rejimi hakkında ortaya çıkan düzenleme boşluğu, 5.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanunun (RG. : 11.2.1992/21139) 3. maddesi ile, iptalden önceki şeklienden daha geniş kapsamlı olarak formüle edilmek suretiyle 399 sayılı KHK'nin 11. maddesinin B bendine yeniden hayatıyet kazandırılmıştır. 399 sayılı KHK'nin 11. maddesinin B bendi sözkonusu Kanunla kanunlaştırılmıştır. Bu madde hükmü çalışmamızda metin içinde aşağıda aynen iktibas edilmiştir.

lamında kamu görevi - kamu hizmeti ayırımının henüz tam olarak anlaşılmadığı bir dönemde (24), KİT personelinin kamu görevi "görmediği"nin ve dolayısıyla, "Ceza Hukuku uygulamasında memur sayılmadığı"nın şuurunda olarak böyle bir hükmün Kanuna dahil edildiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim, bu husus, KİT personelinin "Devlet memuru" sayılmayacağı doğrultusundaki İçti-hadî Birleştirme Kararının yukarıda zikrettiğimiz gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır.

Halen yürürlükte olan 399 sayılı KHK'nin 11. maddesindeki KİT personelinin cezaî sorumluluk rejimine ilişkin hüküm, 5.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanun (RG.: 11.2.1992/21139) ile kanunlaştırılan şekliyle aynen şöyledir :

"Madde 11 — Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli; ...

b) Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hük-mündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile, bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altınca baplarındaki hükümler uygulanır".

KİT personelinin cezaî sorumluluk rejimine ilişkin 399 sayılı KHK'nin 11. maddesindeki hükmün şahıs olarak uygulama alanı oldukça geniş tutulmuştur : "Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların ... HER ÇEŞİT PERSONELİ" "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılacaklardır. Buradaki personel kavramına, bu kurumlarda çalışan işçileri de dahil etmek mümkün olacaktır. Dolayısıyla, meselâ bir Tekel işçisini zimmet, irtikâp, rüşvet gibi ancak kamu görevlilerinin işleyebileceği suçlardan dolayı FAIL(!) olarak sorumlu tutmak mümkün olabilecektir. Çünkü, bu kimseler de "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılmaktadırlar. Nitekim, 5. CD., bir Tekel kuruluşunda taşıyıcı işçi olarak çalışan bir şahsın, memur olan diğer suç ortaklarıyla birlikte, zimmet suçunun "asli iştirakçisi", daha doğru ifadeyle, müşterek faili olarak sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir (25).

(24) Bu hususta bkz. YİBK, Ceza - 2, sh. 433, 444/445; ayrıca Erman, Sahte-kârlık... no. 254, dn. 246.

(25) 12.9.1986 tarih ve 4702/3496 sayılı Karar (YK DŞubat 1987, sh. 295/296).

Diğer bir problem, KİT personelinin işledikleri hangi türden suçlardan dolayı "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılacakları hususuna mütealliktir. Uygulamada bu konuda farklı görüşleri sürmüştür :

KİT personelinin hangi suçlardan dolayı "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılacakları meselesinde, işlenen suçun "ancak taallük etti(ğ)i eşyaya ve kıymetlere" bakmak gerekecektir. Bu suçların kasten işlenmesinin yanısıra, ayrıca (meselâ görevi kötüye kullanma suçu açısından) ihmali davranışla mı, yoksa icraî davranışla mı işlendiklerini araştırmaya gerek yoktur (26).

KİT personelinin "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılması için, işlenen fiilin Teşebbüsün mali zararına sebebiyet verecek mahiyetteki "Devlet İdaresi aleyhine" işlenmiş bir suçu oluşturması gerekir. Bu suçlar tadadı olarak gösterilmemişlerdir. Zimmet, irtikâp rüşvet, müzayedeye fesat karıştırmak vs. gibi "amme hukukuyla" ilgili suçlar olmalıdırlar (27).

Teşebbüsün malvarlığı aleyhine işlenen kasdi cürüm Ceza Kanununun hangi babına girerse girsin, bu suçu işleyen Teşebbüs personeli "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılacaklardır. Bunun içerisine, Teşebbüsün malvarlığına zarar veren ve ancak icraî olarak işlenen görevi kötüye kullanma fiilleri girer (28).

Ancak Teşebbüsün malvarlığına zarar veren tahrifat, sehtekârlık vs. gibi kasden ve icraî olarak işlenen suçlardan dolayı bu personel "memur gibi" cezalandırılacaktır (29).

Teşebbüsün malvarlığına zarar veren veya belge ve defterleri üzerinde işlenen görevi kötüye kullanma fiilleri dolayısıyla da KİT personeli kamu görevlisi sayılacaktır (30).

KİT personelinin işleyeceği görevi kötüye kullanma fiilinin suç olabilmesi ve bu nedenle kamu görevlisi gibi cezalandırılabilmesi için, bu fiil nedeniyle Teşebbüsün zarara sokulması gerekir (31).

(26) Mezkûr İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK, Ceza - 2, sh. 467).

(27) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, sh. 411/412).

(28) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 461).

(29) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 465).

(30) CGK. 8.6.1981, 4-150/223 (Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, c. 11, 3. bası, Ankara (tarih yok), sh. 1000).

(31) CGK. 8.6.1981, 4-150/223 (Çağlayan 11, 999); CGK'nun 27.2.1989 tarih ve 4-10/69 sayılı Kararına muhalefet şerhi (YKD Temmuz 1989, sh. 1024/1025), Erman, Erman/Özek, sh. 68.

KİT personelinin görevi kötüye kullanmak suretiyle Teşebbüsün malvarlığına zarar vermiş olsa bile, bu fiilin "maddede sayılan belgelerle" işlenmemesi halinde; bu kişi, Teşebbüse karşı ancak malen sorumlu olur, "TCY.nın 240. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçu"na göre sorumlu tutulamayacaktır. Böyle bir fiil, ancak disiplin kovuşturmasını gerektiren idarî bir tasarruftur (32).

Bu izahlar dikkate alınırca, bazı ilginç sonuçlara varılacaktır: Meselâ bir KİT Genel Müdürünün yapılması gereken bir işi yapmak için rüşvet alması halinde, ne Teşebbüsün malvarlığına bir zarar ika edilmekte, ne de bahsedilen belge ve defterlerde bir tahrifat yapılmaktadır. Böyle bir durumda diyebilecek miyiz ki, Genel Müdür bu fiilinden dolayı "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sayılmayacaktır ve dolayısıyla, rüşvet (alma) suçu nedeniyle bu kişiyi cezalandıramayacağız?

Kanaatimizce, 399 sayılı KHK'nin 3771 sayılı Kanunla kanunlaşan yeni 11. maddesinin B bendinin düzenlemesi itibarıyla, KİT personelinin "İFA ETTİKLERİ GÖREVLERİNDEN DOĞAN" HER TÜR- LÜ SUÇtan dolayı "memur sayılacaklarına" göre; yukarıdan beri naklettiğimiz görüşlerin artık bir geçerliliği kalmamıştır. İşlenen suçun KİT personelinin ifa ettiği görevle alâkalı olması, başka herhangi bir hususun araştırılmasına gerek olmaksızın, bu personelin Ceza Hukuku uygulamasında "memur sayılması" için yeterli olacaktır.

Kamu görevi kavramına ilişkin olarak yukarıda bulunduğumuz izahlar çerçevesinde KİT'lerin yürüttüğü faaliyetin bir değerlendirilmesini yapmak gerekir:

KİT'lerin Kamu Kurumu olarak kabulünde ölçü, bunların sermayesinin Devlete ait olması değildir (33). Dolayısıyla, sermayesinin tamamının veya bir kısmının Devlete ait olması, bir Teşekküle Kamu Kurumu niteliğini kazandırmaz. Bu Teşekküllere Kamu Kurumu niteliği kazandıran, yürüttükleri faaliyetin, iktisadî ve ticarî alana müdahalenin mahiyetidir, bu Teşekküllerin hukukî bünyesidir. Söz konusu Teşekküllerin alelade kazanç temini maksadı yoktur; kamu menfaatinin zorunlu kıldığı sahalarda -ki bu, siyasi tercihle belirlenir- faaliyet göstermektedir (34). Bu Teşekküller, Kamu Hukuku tasarrufuyla (meselâ Kanunla) kuruldukları gibi, faaliyet-

(32) CGK. 27.2.1989, 4-10/69 (YKD Temmuz 1989, sh. 1021 vd. [1023/1024]).

(33) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 402).

(34) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 423, 427).

leri de sadece Özel Hukuk hükümlerine tabi değildir (35). Bu Teşekküllerin Genel Müdür, Yönetim Kurulu, Denetleme Kurulu Üyeleri gibi personeli de Kamu Hukuku usûlüne göre tayin edilmektedirler. Her ne kadar sundukları kamu hizmeti, bu hizmetten yararlananlarla olan ilişkiler itibarıyla Özel Hukuk hükümlerinin hakim olduğu bir faaliyet görünümü arzetseler de; iç idareleri bakımından "biri Devlet müessesesi gibi" (36) işlemektedirler. Her ne kadar sınaî ve iktisadî sahada faaliyet göstermekteyseler de; KİT'lerin yönetiminde genel idarî usûller uygulanmaktadır. Bu Teşekküllerin iç işleyişi klasik bir Devlet dairesi görünümü arzettiğidir (37). Nitekim, Anayasada KİT'lerin işleyişinde "genel idare esasları"nın uygulanabileceğine imkân tanınmıştır (1982 Any. mad. 128, f. 1). Bu durum karşısında, kanaatimizce, bir KİT'nün işleyişine Kamu Hukuku usûlüne göre iştirak eden herkes, kamu görevlisi kabul edilmelidir. Nitekim, bu düşüncemiz, Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1988 tarih ve 5/55 sayılı Kararında da açıkça teyid edilmektedir (RG.: 25.7.1989/20232, sh. 23 vd. [47] (38)). Bu görüşümüz, KİT'lere halen hakim olan yönetim rejimi açısından savunulabilir. Özellikle günümüzdeki siyasî eğitim nedeniyle, KİT'lerin işleyiş biçiminde Özel Hukuk hükümlerinin mer'iyet kazanması gerektiği savunulmaktadır. Bu anlayışa göre, KİT personelinin hepsinin gerek üretim süreci içindeki statülerinde, gerek teşebbüs ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde tamamen Özel Hukuk hükümleri geçerli olacaktır (39). Bu durumda sözkonusu personelin kamu görevlisi olarak telâkki edilemeyeceği evleviyetle söylenmelidir.

SONUÇ olarak diyebiliriz ki; kamu görevi kavramına mahiyet itibarıyla yukarıda verdiğimiz anlam karşısında, artık ne 279. maddede anlamında bir hükmün Ceza Kanununa dercedilmesine, ne de yukarıda örneklerini verdiğimiz bazı Kamu Kurum veya Kuruluşlarının kuruluş veya personel rejimine ilişkin Kanunlarında kazuis-

(35) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 427).

(36) Mezkûr İBK'na takaddüm eden tartışmalar (YİBK, Ceza - 2, 428).

(37) Özay, İl Han : Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Dramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 5 (Aralık-1984), sh. 95, 97, 103, 104.

(38) Ancak, Yargıtay. fiilen kurulmuş, "Çimento Sanayi Türkiye Anonim Ortaklığı" adı altında faaliyet gösteren bir KİT'nün Genel Müdürlüğü görevini yürüten şahsı, sözkonusu Teşebbüsün "henüz kuruluş yasası bulunma"dığı gerekçesiyle, "Devlet memuru" saymamıştır, ki bu Kararda, sözkonusu Teşebbüsün bir KİT olduğu açıkça itiraf edilmektedir (CGK. 8.6.1981, 4-150/223 [Çağlayan 11, 998-1000]).

(39) Bkz. Özay, 102/103.

tik (40) olarak yer verilen bu Kurum veya Kuruluş personelinin “Ceza Hukuku uygulamasında memur” sayılacağına ilişkin hükümlere gerek vardır.

Muşahhas olayımıza gelince; SSK. ... Hastahanesi İdarî Müdür Yardımcısı ve Malzeme Şefi ve aynı zamanda Satınalma Komisyonu üyesi olan T, bir kamu faaliyeti olan sağlık hizmetlerinin yürütü-müne Kamu Hukuku usûlüne göre iştirak eden bir kamu görevlisidir. 4792 s. Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 7. maddesinde “Kurumun memur ve hizmetlileri Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanmasında Devlet memuru sayılır” hükmüne yer vermiştir. Ancak, sözkonusu Kanunda bu hüküm olmasa bile, yukarıda izah ettiğimiz kıstas esas alındığında, T'nin bir kamu görevlisi ve özel yükümlülük altında bulunan bir kişi olduğu açıkça anlaşılacaktır.

II — YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARINA İŞTİRAK

Kamu görevlisi, kamu faaliyetine iştirak etmekle, bir Kamu Hukuku yükümlülüğü altına girmiştir ve dolayısıyla, bu görevi icra ederken, sözkonusu yükümlülüğe uygun hareket etmek zorundadır. Bu yükümlülük, Ceza Hukuku normlarına takaddüm eden ve diğer Hukuk alanlarından (olayımızda, İdare Hukukundan) kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün muayyen tarzda ihlâli, Ceza Kanunlarında suç olarak tarif edilmiştir. Örneğin rüşvet, irtikâp, zimmet gibi suçlar birer **yükümlülük suçlarıdır** (=Pflichtdelikte) (41). Bu suçlarda, özel yükümlülük altındaki şahısla işlenen fiilin haksızlık muhtevası arasında özel bir ilişki mevcuttur. Dolayısıyla, bu suçların işlenişinde **fail** olabilmek için, mutlaka **özel yükümlülük**

(40) Mevzuatın bu kazuistik mahiyeti dolayısıyladır ki; bazı Kamu Kurum veya Kuruluşlarının personel rejimine ilişkin mevzuatta hüküm bulunmadığı için (!); ilgili Kurum veya Kuruluşun mahiyeti itibarıyla kamu görevlisi olan personeli, Yargıtay'ca “Ceza Hukuku uygulamasında memur” kabul edilmemiştir. Meselâ Yüksek Öğretim Kredi ve Yurtlar Kurumu memurları, “Ceza Hukuku uygulamasında memur sayılmamışlardır (4. CD. 20.5.1981, 3031/3376 [Çağlayan 11, 1014]. Aynı şekilde, Yargıtay'ca, “Kızılay Cemiyetinin memur ve müstahdemlerinin (Ceza Hukuku uygulamasında) memur sayılmayacaklarına taalluk eden itirazlar yerinde” görülmemiştir (1. CD. 11.2.1942 [nakleden : Polatcan, sh. 52, dn. 35]). Keza, İş ve İşçi Bulma Kurumu Kanununda bu hususa ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay, İş ve İşçi Bulma Kurumu plâsman memuru olarak kabul etmiştir ve dolayısıyla, “Ceza Hukuku uygulamasında memur” olarak kabul etmiştir (6. CD. 28.6.1983, 4446/6012 [Çağlayan 11, 782]).

(41) Bkz. Özgenç, Doktora Tezi, 133 vd. Bu itibarla, Ceza Hukukunda artık “mahsus suç”, “özü suç” (=die “Sonderdelikte”) kavramlarının kullanılmasına gerek olmayacaktır.

altında bir kişi (intra-neus) olmak gerekir. Özel yükümlülük altında olmayan bir şahıs (extra-neus), ancak özel yükümlülük altındaki şahsın fail olarak işleyebileceği yükümlülük suçuna sadece şerik (azmettiren veya yardımında bulunan) olarak iştirak edebilir. Suçun işlenişine bulunduğu katkının mahiyeti ne olursa olsun, özel yükümlülük altında bulunmayan kişinin, bu yükümlülük suçunun işlenişinden dolayı sorumluluğu tali derecede, yani şerik olarak, sorumluluktur (42). Kamu görevini kötüye kullanma suçu da bir yükümlülük suçudur. Binaenaleyh, fovevi kötüye kullanma suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir.

Özel yükümlülüğün ihlâlinin sözkonusu olduğu bu suçlarda, Kanun prensip itibarıyla bu suçun işleniş tarzını muayyen bir fiil olarak tarih etmiştir. Öyle ki; özel yükümlülük altındaki kişi, ancak bu tarife uygun muayyen fiilin işlenişinde hakimiyet kurması halinde, bu suçun işlenişinden fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Suçun işlenişine iştirak etmekle beraber, özel yükümlülük altındaki kişi, şayet haksızlık (suç) teşkil eden bu muayyen fiilin işlenişinde (müşterek) hakimiyet kuramamaktaysa, özel yükümlülük altındaki diğer şahsın/shahısların işlediği yükümlülük suçuna ancak şerik olarak iştiraktan dolayı sorumlu tutulacaktır (43).

Ancak, özel yükümlülüğün sözkonusu olduğu bazı hallerde, Kanun bu yükümlülüğü ihlâl eden muayyen bir fiili tarif etmekten sarfınazar edebilir. Bu durumda sözkonusu özel yükümlülüğün mücerret bir şekilde ihlâli, yükümlülük suçunun oluşması için kifayet eder. Bu suçlar, icrai bir davranışla işlenebileceği gibi, yükümlülüğün gerekli kıldığı bir fiili gerçekleştirmemek, yani ihmal suretiyle de işlenebilir. Bu tür yükümlülük suçlarında failin tayininde sadece özel yükümlülüğün ihlâli rol oynayacaktır. Suçun işlenişine bulunan iştirak katkısı, fiil üzerindeki hakimiyet failin tayininde bir fonksiyonu haiz değildir. Bu itibarla, sözkonusu suçlarda özel yükümlülük altındaki şahsın şerik olması düşünülemez. Genel, tali, tamamlayıcı bir mahiyet arzeden kamu görevinin kötüye kullanılması suçu, bu suçlara örnek teşkil etmektedir. Her ne kadar Kanunda "görevi ihmal" (mad. 230) ve "görevi kötüye kullanma" (mad. 240) diye iki ayrı suç tipine yer verilmişse de, de legé ferenda (olması ge-

(42) Şeriklik halinde işlenen haksızlıktan sorumluluğun hukuki esasını izah eden bağılık prensibi ve bu prensibin çifte fonksiyonu hakkında bkz. Özgenc, Doktora Tezi, 126 vd.

(43) Bkz. Özgenc, Doktora Tezi, 135.

reken Hukuk sistemi açısından) böyle bir ayırma gerek yoktur (44, 45).

(44) Özgenç, Doktora Tezi, sh. 136, dn. 26. Ashında bütün yükümlülük suçlarında bir ihmali davranış sözkonusudur. Kişi, özel yükümlülüğün gerekli kıldığı şekilde davranmamıştır. Fakat, genellikle bu suçlarda, bu özel yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yanısıra, ayrıca yine bu yükümlülüğe aykırı icrafı bir davranışta bulunulmaktadır.

(45) Yargıtay da, bazı Kararlarında, daha ziyade Kanunda yer almayan bazı saiklerle, Ceza Kanunundaki anlamları itibarıyla "görevi ihmal" ile "görevi kötüye kullanma"yı birbirini yerine ikame edebilmektedir.

Bir olayda bu hususa müteallik olarak Yargıtay, şu şekilde karar vermiştir: Sandık başına gelemeyecek kadar yaşlı olan iki seçmene vekâleten bir başkasının oy kullanmasına müsaade eden ve bu hususu da bir tutanakla belgeleyen Sandık Kurulu Başkan ve Üyelerinin "... gerekli ve özeni göstermeyerek. ... görevlerini savsakladıkları sabit olmakla. ... TCK-nun 230. maddesi uyarınca cezalandırılmaları" gerekir (8. CD. 22.2.1985, 332/868 [YKD Eylül 1985, sh. 1401-1403]).

Yargıtay, önce bu Kararında taksirle ihmali birbirine karıştırmıştır. Taksirli bir fiile haksızlık muhtevasını kazandıran objektif itina mükellefiyetine aykırı davranış, Karardaki ifadeyle, "gerekli dikkat ve özeni(n) göster"ilmemesi, görevi ihmalin bir sebebi veya bir görevi ihmal tarzı olarak gösterilmiştir. Hemen ifade etmek gerekir ki; ister ihmali ister icrafı olsun, görevin gereklerine aykırı bir davranış, taksirle de gerçekleştirilebilir. Fakat, böyle bir durum, Ceza Hukukunun müdahale edeceği bir haksızlık değildir.

İkinci olarak, Karara konu teşkil eden olayda bir ihmali sözkonusu değildir. Sandık Kurulu Başkan ve Üyeleri, bu iki kişinin oyunun kullanılabilmesi için gerekli bütün kolaylığı göstermişlerdir; bu iki kişiden vekâlet alınmasını ve oylarının hangi istikamette kullanılacağını kendilerinden sorulmasını istemişlerdir. Bu minvalde de oy kullanılmış ve bu husus tutanağa dercedilmiştir. Bytün bu davranışlarını icrafı davranışlar olduğu muhakkaktır.

Ancak, bu tarzda görevlerinin gereklerine aykırı hareket eden kişilerin, icra ettikleri görevin gerekli kıldığı mevzuat bilgisiyle donanmış olup olmadıkları tartışılabilir. Hadisenin cereyan tarzından böyle bir uygulamada bulunan Sandık Kurulu Başkan ve Üyelerinin vekâleten oy kullanılmayacağını (298 s. Seçim Kanunu, md. 2) ve dolayısıyla, seçim mevzuatını layıkıyla bilmedikleri sonucuna varılabilir. Bu durumda işledikleri fiil açısından kişilerin kasdının varlığında te-reddüt edilemez. Yani, kişiler, fiilin işlenişi itibarıyla kasden hareket etmişlerdir. Ancak, kasden işledikleri bu fiilin hukuk düzenine aykırı olduğunu bilmemektedirler. Bu yön de, failerin sadece kusuruna mütealliktir; yani, işledikleri fiilin mer'î hukuk düzenine uygun olup olmadığı konusundaki bilgiye, suura müteallik bir husustur (: İşlenen fiilin haksızlık teşkil ettiğine, bu kuka aykırı olduğuna dair yanılı) Fakat, Yargıtay, bu husustaki bilgiyi de kasda dahil etmektedir. Yargıtay'a göre, bu iki yaşlı kişiye vekâleten oy kullanan şahsın, "suç kastının gerçekleşmediği" gerekçesiyle, beraat ettirilmesi icab ederdi. Bu anlayışın, yanılı ve iştirake ilişkin meselelerin çözümünde ortaya çıkaracağı güçlükler nedeniyle (bu konuda bkz.

Bu teorik açıklamalarımız ışığında Karara konu teşkil eden olayı şu şekilde değerlendirmekteyiz.

T, bir kamu görevlisidir ve dolayısıyla, özel yükümlülük altında bulunan bir şahıstır (intra-neus). Buna karşılık, A, özel yükümlülük altında bulunan bir şahıs değildir (extra-neus). Binaenaleyh, A'nın ancak kamu görevlilerinin işleyebileceği yükümlülük suçuna (örneğin müşterek) fail olarak iştiraki mümkün değildir. A, böyle bir suça ancak şerik (azmettiren veya yardımcı bulunan) olarak iştirak edebilir.

Bu itibarla, 5. CD'nin (ve aynı zamanda C. Başsavcılığı'nın), kamu görevlisi olmaması nedeniyle, A'nın işlenen özel yükümlülük suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulamayacağı doğrultusundaki görüşü isabetli değildir.

Esas Mahkemesi ise, A'nın kamu görevlisi T'yi yükümlülük suçunu işlemeye "azmettirmek"ten dolayı sorumlu tutulması gerektiği fikrinde-dir. Teorik olarak, yani özel yükümlülük altındaki bir şahsın işleyebileceği bir yükümlülük suçuna extra-neusun azmettiren olarak iştirak edebileceği nokta-i nazarında, bu görüş doğrudur. Ancak, olayda azmettiren A değildir. Suçun işlenmesi konusundaki fikir ve suç planı T'den sadır olmuştur. Nitekim Kararda zikredilen T'ye ait şu sözler T'nin azmettiren olduğunu ortaya koymaktadır: "... kendine ait olana daha düşük fiyat yaz, ihaleyi sana yaparız, sen de toptancılardan temin edeceğin gıda maddelerini hastaneye teslim eder, parayı alırsın" (46). Bundan çıkaracağımız sonuç, A'nın azmettiren olmadığıdır. T, suç planını hazırlamak ve kendi işleyeceği suça A'yı iştirak etmeye azmettirmenin yanı sıra, suçun icrası üzerinde de (müşterek) hakimiyet kurmuştur. A'nın düzenlediği teklif

Özgenç, Doktora Tezi, 171-180, 185-191), kabulü mümkün değildir.

Sandık Kurulu Başkan ve Üyelerinin işlenen fiil açısından kasden hareket ettiklerini kabul etmemizin yanı sıra, icra ettikleri kamu görevinin gerekli kıldığı mevzuat bilgisinden yoksun olmalarında kusurlu oldukları kanaatindeyiz. Sandık Kurulunda başkanlık veya üyelik görevi yapan herkesin, mevzuatın vekâleten oy kullanılmasına müsaade etmediğini, bilmesi gerekir. Binaenaleyh, sözkonusu şahısların bu konudaki bilgisizliği, yanlıgısı kaçınılabilir, yani kusurlu bir bilgisizliktir, yanlıgıdır. Yargıtay'ın Kararda kullandığı "gerekli dikkat ve özeni(n) gösteri"ilmemesi ifadesini, bu faaliyete ilişkin mevzuat bilgisine hamletmek gerekir.

Ancak, bu şekildeki bilgisizliğin, yanlıgının, halen mer'î Ceza Kanununun 44. maddesi karşısında, kişinin sorumluluğu üzerinde herhangi bir etkisi mevcut değildir.

(46) Ancak, T'nin bu azmettirmesi, faili azmettirme olarak değil, kişiyi bir başkasının (azmettirenin) işleyeceği suça yardımcı bulunmaya azmettirme olarak anlaşılmalıdır.

mektuplarını Satınalma Komisyonu üyesi olan T, bizzat alarak Komisyona intikal ettirmiş ve göstermelik bu ihaleyi A'nın kazanmasını sağlamıştır. Her ne kadar A da sözkonusu teklif mektuplarını düzenlemek ve Komisyona havale etmekle fiil üzerinde (müşterek) hakimiyet kurmuşsa da, özel yükümlülük altında olan bir şahıs (kamu görevlisi) olmadığı için, suçun işlenişine bulunduğu katkı ne olursa olsun, işlenen bu yükümlülük suçuna ancak şerik (yardımda bulunan) olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu itibarla, sözkonusu yükümlülük suçunun faili sadece T'dir (47). A ise, T'nin işlediği yükümlülük suçuna şerik (yardımda bulunan) olarak iştiraktan dolayı sorumlu tutulacaktır.

Bu izahlarımıza göre, ne Esas Mahkemesinin, ne de Ceza Genel Kurulunun görüşleri doğrudur (48).

(47) T'nin ayrıca A'yı kendi işleyeceği suça yardımda bulunmaya azmettirmekten dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Çünkü, bu-rada bir asıl-tali norm ilişkisi mevcuttur. Failiğin şerikliğe göre asillliği prensibi gereğince, T, işlenen suçtan dolayı sadece fail olarak sorumlu tutulacaktır (bkz. İçel, Suçların İçtimalı, İstanbul, 1972, sh. 214).

(48) Ayrıca, işlenen fiilin nitelendirilmesinin doğru olup olmadığı da tetkik edilmelidir. Kararda, yapılan sözkonusu göstermelik ihaleyle T ve A'nın "idareyi zarara soktukları" belirtilmektedir. Dolayısıyla, T ve/veya A, bu göstermelik ihaleyle haksız bir kazanç elde etmiş(ler)dir. Bu itibarla, olayda, genel olarak görevi kötüye kullanma suçundan ziyade, zimmet (ve bu suçun bir özel şekli olan "Devlet Alım-Satımına Fesat Karıştırma" -CK. mad. 205-) suçunun oluştuğu kabul edilmeliydi.

Görevi kötüye kullanma suçu genel, tali, tamamlayıcı bir yükümlülük suçudur. Bir başka ifadeyle, Kanunda suç olarak tarif edilen muayyen tarz-daki fiillerin dışında kalan yükümlülüğe aykırılıklar, kamu görevlileri açısından görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadırlar. Bu nedenle, sözkonusu suçur alanı oldukça geniş tutulmakta ve Ceza Hukukunun kamu görevlisi -Devlet arasındaki ilişkiye çok sık şekilde müdahale etmesini gerekli kılmaktadır. Halbuki bu tarz bir düzenleme, Muhakeme Hukuku sahasında kamu görevlileri açısından iltimas mahiyeti arzeden hükümler (Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanun) karşısında bir çelişki arzetmektedir. İcra veya ihmali davranışla olsun, görevin kötüye kullanılmasına Ceza Hukukunun müdahale edebilmesi için, kanaatimizce, bu kötüye kullanma sebebiyle Kamu Otoritesi veya üçüncü kişiler aleyhine bir zararın doğması gerekir. Ancak dikkat edilmelidir ki; görevi kötüye kullanma nedeniyle Kamu Otoritesi veya üçüncü kişiler aleyhine bir zararın meydana gelmesine karşılık, kamu görevlisinin kendisi veya bir başkası lehine haksız bir menfaatin oluşmaması gerekir. Buna karşılık, görevin mücerret bir şekilde kötüye kullanılması ise, kanaatimizce Ceza Hukukunun müdahale edeceği bir alan olmayıp, kurum içi disiplini ilgilendiren bir husus olarak kabul edilmelidir.



