

HAKEMLİ MAKALE

CEZA MUHAKEMESİNDE *IN ABSENTIA* DURUŞMA YAPILMASI VE MAHKÛMİYET KARARI VERİLMESİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER*

Doç. Dr. Uğur ERSOY**

ÖZET

Sanığın duruşmada hazır bulunması bir yargılama şartıdır. Başka bir ifadeyle sanığın yokluğunda (*in absentia*) yargılama yapılabilmesi kural olarak mümkün değildir. Yokluğunda yargılama yapılması kabul edilmeyen sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilmesi de düşünülemez. Buna karşın Yargıtay'ın konuyla ilgili içtihatlarına bakıldığında, belli ağırlıkta yaptırım öngörülen suçlarla ilgili diğer şartların da varlığı halinde, *in absentia* duruşma yapılıp mahkumiyet kararı verilebileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay'ın görüşünün normatif dayanağı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 195. maddesi ile İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesi gösterilmektedir. Özellikle Çek Kanunu'nda tanımlanan bazı suç tipleri bakımından, İcra ve İflas Kanunu'na yapılan gönderme dolayısıyla icra ceza mahkemeleri tarafından yapılan yargılamalarda sanıkların yokluğunda çok sayıda mahkumiyet kararı verildiği bilinmektedir. Mevcut çalışmada *in absentia* duruşma yapılıp mahkumiyet kararı verilmesinin yerinde olup olmadığı incelenmiştir. Ayrıca böyle bir kabulün ceza muhakemesine egemen olan temel ilke ve değerlerle uyum içerisinde bulunup bulunmadığının kritiği yapılmış, 7188 sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişiklikler de dikkate alınmıştır. Çalışmada Alman literatüründen de yararlanmak suretiyle görüşler ortaya konulmuş ve çözüm önerileri üretilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yargılama şartları, sanığın hazır bulunması, sanığın yokluğu, adil yargılanma hakkı, insan onuru.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.05.2020

Kabul Edildiği Tarih: 22.05.2020

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: ugurersoy@kku.edu.tr

ORCID-ID: 0000-0003-3770-0353

PEER-REVIEWED ARTICLE**SOME THOUGHTS ON IN ABSENTIA HEARING AND SENTENCE OF
CONVICTION IN THE CRIMINAL PROCEDURE****ABSTRACT**

The presence of the defendant at the hearing is a condition of trial. In other words, in the absence of the defendant (*in absentia*), it is not possible to conduct a judgment. It is also unthinkable to sentence a conviction about a defendant whose trial is not accepted in his absence. On the other hand, when the jurisprudence of the Supreme Court regarding the issue is examined, it is seen that if there are other conditions related to crimes envisaged by a certain weight, *in absentia* hearing can be held and a conviction can be sentenced. As the normative basis of the opinion of the Supreme Court, Article 195 of the Criminal Procedure Code and Article 349 of the Execution and Bankruptcy Law are shown. Especially in terms of some crime types defined in the Check Law, it is known that a large number of convictions have been made in the absence of the defendant in the proceedings made by the enforcement criminal courts due to the reference to the Execution and Bankruptcy Law. In the current study, it has been examined whether it is appropriate to hold an *in absentia* trial and make a conviction. In addition, it has been criticized whether such an admission complies with the basic principles and values that dominate the criminal procedure, and the amendments made in the Code of Criminal Procedure by Law No. 7188 are also taken into consideration. In the study, our opinions were presented, and solution suggestions were produced by making use of the German literature.

Keywords: Condition of trial, the presence of the defendant, the absence of the defendant, fair trial, dignity of man.

GİRİŞ

Türk doktrininde, sanığın yokluğunda (*in absentia*) duruşma yapıp yapılamayacağı ile ilgili tartışmalar mevcut olsa da sanığın yokluğunda yapılan duruşma sonrasında mahkumiyet hükmü verilir verilemeyeceği hususunun yeterince tartışılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte doktrindeki ağırlıklı görüşe ve mahkeme kararlarına bakıldığında, adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektiren suçlarda sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesine yönelik olarak neredeyse hiçbir itirazın yapılmadığı söylenebilir. Bu tespit yalnızca Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) dönemine mahsus olmayıp Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) dönemi için de geçerlidir.

Kimilerince önemsiz gözükse de bu konu, ceza içeren kanunlardaki suç tiplerinin sayısı ve öngörülen yaptırımların sonuçları dikkate alındığında büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu kapsamda uygulamada çok sayıda örneği olan Çek Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu için öngörülen yaptırımın adli para cezası olmasından dolayı sanığın yokluğunda çok sayıda mahkumiyet kararı verildiği görülmektedir. Ayrıca bu suç dolayısıyla yapılan yargılamalarda İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülen özel yargılama usulünün uygulanması sorunu daha da karmaşık bir hale getirmektedir.

Yargı uygulamalarında duruşmaya hiç gelmeyen ve sorgusu dahi yapılmayan sanık hakkında duruşmanın CMK m.193/2 ve m.195'e göre sanığın yokluğunda bitirilebileceği; sorgusu yapıp da artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmeyen sanık hakkında ise duruşmanın CMK m.194/2 uyarınca yokluğunda bitirilebileceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda CMK m.194/2 ve m.195 uyarınca sanık hakkında mahkumiyet kararı, CMK m.193/2 uyarınca ise yalnızca mahkumiyet dışında bir karar verilebilmektedir. Uygulamada savunulan bu görüş çalışmanın devamında belirtileceği üzere doktrinde de ağırlıklı olarak taraftar toplamıştır. Bu kapsamda uygulamada ve doktrinde taraftar bulan bu ve buna benzer görüşlerin yerinde olup olmadığının tartışmaya açılması önem taşımaktadır.

Çalışma kapsamında ayrıca sanığın duruşmada hazır bulunmasının ceza muhakemesindeki yeri, sanığın yokluğu halinde duruşma yapılamayacağı kuralının istisnalarının neler olduğu, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesinin yerinde olup olmadığı gibi Türk Hukukunda henüz çok fazla aydınlatılmamış konulara ve sorunlara temas edilmesi de amaçlanmaktadır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesinin, Yargıtay'ın ve bölge adliye mahkemelerinin konuyla ilgili kararlarına değinilerek, yerli ve yabancı literatürden de yararlanmak suretiyle konuyla ilgili tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI

A. Genel Olarak

Ceza muhakemesi her ne kadar kural olarak herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kendiliğinden harekete geçmekteyse de hukukumuzda bazı durumların varlığı halinde iddianame düzenlenebilmesi/kamu davasının açılabilmesi veya açılan davada yargılamaya devam edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi aranabilir. Bunlara üst kavram olarak *ceza muhakemesi şartları* denilmektedir. Ceza muhakemesi şartları da kendi içinde dava şartları ve yargılama şartları olarak ikiye ayrılmaktadır. Kamu

davasının açılabilmesi için bulunması gereken şartlara *dava şartları*, dava şartlarının gerçekleştiği durumlarda, mahkemenin yargılama yapabilmesi için varlığı aranan şartlara ise *yargılama şartları* denilmektedir¹. Yargılama şartları çeşitleri doktrinde genel olarak sanığın hazır bulunması, sanığın akıl hastası olmaması, bekletici meselenin çözümü ve geçici yasama dokunulmazlığının bulunmaması şeklinde sınıflandırılmaktadır².

Sanığın duruşmada hazır bulunması, yargılama şartları içerisinde belki de en önemli olanıdır. Zira sanığın yargılama sırasında hazır bulunmasının mecbur tutulması, bir yandan mahkemenin, hakkında hüküm vereceği kişiyi görmesi, tanınması bakımından, öte yandan kişinin hakkındaki iddialara karşı savunma hakkını kullanabilmesini sağlaması açısından önem taşımaktadır³. Bu nedenle bir duruşma, kural olarak yalnızca hazır bulunan bir sanığa karşı yürütülebilir⁴. Sanığın duruşmanın yalnızca bir bölümünde hazır bulunması yeterli değildir; sanık duruşmaların tamamında hazır bulunmak zorundadır⁵.

Sanığın duruşmada hazır bulunması, kanun koyucunun aksini öngördüğü durumlar haricinde bir zorunluluktur. Ayrıca sanık, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etme yetkisine sahip değildir. Mahkemenin de sanığı, duruşmada hazır bulunma yükümlülüğünden, kanunda belirtilen istisnalar haricinde, muaf tutma yetkisi bulunmamaktadır⁶.

¹ ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMİN, Derya / TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.44; GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2018, s.70; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.118.

² GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.92 vd.; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.70 vd.; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s.118 vd.; ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.71 vd.

³ ŞAHİN / GÖKTÜRK, I, s.77; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s.119; YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.531.

⁴ BEULKE, Werner, Strafprozessrecht, C.F. Müller, 11. Auflage, Heidelberg u.a. 2010, §7 Kn.122. Erem'e göre isnada ve her iddiaya karşı sanığın diyeceğini bildirmesi bir teminat teşkil eder. Belirli ve peşin bir maksadı meşru göstermek için yürütülen faaliyete dava denemez. Davada en önemli husus vicahilik ilkesidir. Bu ilke gereğince sanık suçlamadan eksiksiz bir şekilde haberdar olacak, yargılamanın her aşamasında hazır bulunacak ve savunma imkanına sahip kılınacaktır. Erem'e göre vicahilik ilkesi ile sanığın yokluğunda yargılamanın yapılması birbiriyle bağdaşmaz. Bkz. EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 2. Bası, Ankara 1968, Kn.125.

⁵ KK-Gmel, §230 Kn.4; SSW-StPO/Grube, §230 Kn.4; GRAF, Jürgen Peter (Hrsg.), Strafprozessordnung Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Nebengesetzen, 2. Auflage, München 2012, §230 Kn.2; SATZGER, Helmut / SCHLUCKEBIER, Wilhelm / WIDMAIER, Gunter, Strafprozessordnung, Köln 2014, §230 Kn.1.

⁶ BEULKE, §7 Kn.122; GRAF-StPO/Gorf, §230 Kn.1, 4; MEYER-GÖBNER, Lutz / CIERNIAK, Jürgen, Strafprozessordnung, 53. Auflage, München 2010, §230 Kn.2; LÖWE-ROSENBERG, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, De Gruyter, 27. Auflage, Band 6 (§§212-255a), Berlin-Boston 2019, §230 Kn.2; KÜHNE, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, C.F. Müller, 8. Auflage, Heidelberg u.a. 2010, §4 Kn.105; HANNICH, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung Mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. Auflage, München 2013, §230 Kn.1. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, CMK m.193/2'ye benzer bir düzenleme olmamasına rağmen, sanık

Sanığın duruşmada bizzat bulunması sanık bakımından bir haktır⁷. Buna göre, sanık hazır bulunmasa da duruşmanın yapılabilmesi ancak sanığın bu hakkını kullanmak istemeyeceğini açık bir şekilde belli etmesi durumunda söz konusu olabilir⁸.

Sanığın duruşmada hazır bulunması, sanık bakımından aynı zamanda bir yükümlülüktür de⁹. Zira sanık, gelmemesinin geçerli bir nedeni olmaması halinde CMK m.199 hükmü uyarınca duruşmaya zorla getirilebilecektir (CMK m.193/1, c.2).

Sanığın duruşmada hazır bulunması sanığa yalnızca hukuki dinlenilme hakkının teminat altına alınması için bir garanti sağlamaz aynı zamanda ona kayıtsız şartsız bir savunma olanağı da sağlamış olur. Ayrıca bu yolla yargılamayı yapan hakime, gerçeğin ortaya çıkarılması noktasında sanığın davranışlarının ve açıklamalarının doğrudan gözlemlenmesi imkanı da sunulur¹⁰.

Tam bu noktada *duruşma kabiliyeti* (Verhandlungsfähigkeit) kavramına da kısaca değinmekte yarar vardır. Duruşma kabiliyeti ile kastedilmek istenen, sanığın duruşmada veya duruşma dışında yapılan ceza muhakemesi işlemlerini algılama, bunlara ilişkin gerekli açıklamalarda bulunma, makul ve mantıklı bir şekilde savunmayı şekillendirme ve kendi menfaatlerini gözetebilme kabiliyetidir¹¹. Sanık yargılama sırasında duruşma kabiliyetine sahip olmalıdır; sanığın yalnızca bedenen duruşma salonunda bulunması yeterli değildir¹². Hatta sanığın duruşma kabiliyetinin olup olmadığıyla ilgili şüphe durumunda duruşmanın yapılmaması ve mahkemenin bu şüpheyi kaldırmak için gerekli araştırmaları yapması gerekmektedir¹³. Alman Hukukunda sanığın kendisini bilerek duruşma kabiliyetinden yoksun hale getirdiği durumlarda sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceği kabul edilmektedir. Buna karşın sanık, duruşma kabiliyetini kasten ve kusurlu olarak kaldırmışsa Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231a paragrafı uyarınca sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceği veya yapılan duruşmanın sürdürülebileceği kabul edilmektedir¹⁴. CMK'da 231a paragrafına benzer bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

hakkında mahkûmiyet değil de beraat kararı verileceğinin öngörüldüğü durumlarda sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.2.

⁷ **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.1; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.1; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.1; **KK-Gmel**, §230 Kn.1; **BEULKE**, §7 Kn.122; **KÜHNE**, §4 Kn.105. Buna Alman Hukukunda sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı (das Anwesenheitsrecht des Angeklagten) denilmektedir. Bkz. **MEYER-GOßNER**, §230 Kn.4; **KK-Gmel**, §230 Kn.1.

⁸ **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ**, s.121.

⁹ **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.1; **BEULKE**, §7 Kn.122; **KK-Gmel**, §230 Kn.1; **KÜHNE**, §4 Kn.105; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.1; **EREM**, Kn.132; **KUNTER, Nurullah**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1974, Kn.247.

¹⁰ **KK-Gmel**, §230 Kn.1; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.2; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.1; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.1; **MEYER-GOßNER**, §230 Kn.3; **ROXIN, Claus**, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München 1998, §60 Kn.1.

¹¹ **MEYER-GOßNER**, Einl. Kn.97; **KK-Gmel**, Einl. Kn.399.

¹² **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.7; **MEYER-GOßNER**, §230 Kn.8; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.6.

¹³ **KK-Gmel**, §230 Kn.3; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.5; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.7; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.7.

¹⁴ **KÜHNE**, §4 Kn.105; **MEYER-GOßNER**, §230 Kn.8

Birden fazla sanığın yargılandığı durumlarda sanıkların tamamının duruşmada hazır bulunmaları zorunludur¹⁵. Bunun herhangi bir istisnasına CMK’da yer verilmemiştir. Buna karşın Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Sanıklara izin verilmesi” başlıklı 231c paragrafında¹⁶ buna ilişkin bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Buna göre, birden fazla sanığın yargılandığı bir duruşmada sanıklardan bazılarının duruşmanın o bölümüyle ilgileri yoksa, mahkeme bu sanıkların -zorunlu müdafilik söz konusuysa müdafilerin- talebi üzerine duruşmanın belirli kısımlarında hazır bulunmamalarına karar verebilir. Mahkeme kararında iznin geçerli olduğu duruşma kısımlarını belirtir. Mahkeme tarafından verilen iznin her zaman geri alınabilmesi mümkündür. CMK’da böyle bir hükme yer verilmemiş olduğundan kanaatimizce sanıklardan bazılarının hazır olmadığı ve bu nedenle duruşmanın yapılamayacağı durumlarda davaların ayrılmasına (CMK m.10) karar verilmesi en isabetli yol olacaktır.

Sanık kural olarak¹⁷ yalnızca ilk derece mahkemesinde yapılan duruşmada değil, aynı zamanda bölge adliye mahkemesinde yapılacak duruşmada da hazır bulunma hakkına sahiptir. Hukukilik denetiminin yapıldığı temyiz incelemesi sırasında Yargıtay, incelemesini duruşmalı yapma (mürافaa) kararı aldıysa, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı varlığını yine sürdürecektir¹⁸. Ancak burada yalnız sanık bakımından bir hak kabul edilmiş olup, yükümlülük söz konusu değildir. Zira CMK, mürافaa aşamasında sanığın tutuklu olması halinde, duruşmada hazır bulunabileceği kuralına istisna getirmiş (CMK m.299/2) ve sanığın tutuklu olması halinde duruşmaya katılma isteminde bulunamayacağını açıkça belirtmiştir.

Adil yargılanma hakkı, devletin tekelinde bulunan yargı fonksiyonunun bizzat devlet tarafından sınırlandırılması anlamına gelmekte olup böylelikle yargılamanın doğru ve adil bir biçimde gerçekleştirilmesi amaçlanır. Yine adil yargılanma hakkı sayesinde, yargılamaya katılanların salt obje haline gelmesi engellenir ve bu suretle onların yargılamaya ve yargılamanın sonucuna etki edebilmelerine olanak sağlanır¹⁹. Bu kapsamda hukuk devleti ilkesi ile adil yargılanma hakkı arasında doğrudan bir bağlantı bulunduğu da söylenebilir.

Kanaatimizce de sanığın duruşmada hazır bulunması ve sorgusu yapılmayan sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilememesi, devletin sahip olduğu cezalandırma ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve böylelikle de devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır. Zira burada devlet, kural olarak sanığın yokluğunda yargılama yapıp sorgusunu yapmadan mahkumiyet kararı verebilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu

¹⁵ **KK-Gmel**, §230 Kn.5; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.6; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.10; **MEYER-GOBNER**, §230 Kn.10; **KÜHNE**, §4 Kn.105; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.9.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **LÖWE-ROSENBERG**, §231c Kn.1 vd.; **KK-Gmel**, §231c Kn.1 vd.

¹⁷ CMK m.195 uyarınca sanığın yokluğunda duruşma yapılabilen durumlar bölge adliye mahkemelerinde de geçerli olacak yani bölge adliye mahkemesinde de şartları oluşmuşsa sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecektir.

¹⁸ Şen’e göre de hukukilik denetiminin yapıldığı temyiz incelemesinin mürافaa aşamasına sanığın katılmasının gereği bulunmamaktadır. Sanığın mürافaada avukatla temsili, savunma hakkının korunması bakımından yeterlidir. Bkz. **ŞEN, Ersan**, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar> (E.T. 05.02.2020)

¹⁹ **TANRIVER, Süha**, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBBD, Sayı: 53, Yıl: 2004, s.192.

kurallarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Yine bu yolla sanığın yargılamanın *objesi* olmasının önüne geçilip, yargılamaya şekil verebilen bir *süje* konumuna getirilmesi ve böylelikle de insan onurunun korunması ilkesinin ve bu ilke ile yakından bağlantılı hukuki dinlenilme hakkının aktif bir şekilde hayata geçirildiğini de ifade edebiliriz.

Sanık hazır olmadığına kural olarak yapılamayacak ceza muhakemesi işlemi yargılamadır. Ancak kanun koyucunun sanığın duruşmada hazır bulunması kuralını tam ve katı bir şekilde uygulaması bazen yargılamayı felce uğratabilir. Bu nedenle bazı durumlarda sanık hazır olmasa bile yargılama yapılabilmesine olanak tanınmıştır²⁰. Bu istisnalar kanunda üç başlık altında toplanmaktadır: Gaiplik, kaçaklık, sanığın yokluğu. Mevcut çalışma kapsamında yargılama şartlarından yalnızca sanığın hazır bulunması üzerinde yoğunlaşılacak olsa da gaiplik ve kaçaklık kurumlarına da aşağıda ana hatlarıyla değinilecektir.

B. Gaiplik

Gaipten ne anlaşılması gerektiğine CMK m.244'te yer verilmiştir. Buna göre, bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanık gaip sayılır. Gaiplik durumunda kural olarak kendisine ulaşılamayan bir sanık söz konusudur. Hatta sanık, hakkında muhakeme yapılmakta olduğunu dahi bilmeyebilir. Mahkemenin, yüzünü bile görmediği bir sanığı, onun gıyabında yargılayıp mahkum etmesi kabul edilmemektedir²¹. Bu nedenle gaip hakkında duruşma açılmayacağı, yalnızca delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla gerekli işlemlerin yapılacağı ifade edilmiştir (CMK m.244/2).

C. Kaçaklık

Mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan, hakkında yapılmakta olduğunu bildiği muhakemenin sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla bilerek böyle bir durum yaratan ve bu nedenle yurt içinde saklanan veya yabancı bir ülkede bulunan kişiye kaçak denilmektedir²².

Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak daha önce sorgusu yapılmamış ise kaçak sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemez (CMK m.247/3). Eğer kaçak sanığın daha önce sorgusu yapılmışsa hakkında mahkûmiyet kararı da verilebilecektir. Dikkat edilecek olursa kanun koyucu burada yalnızca mahkûmiyet kararı verilmesini yasaklamış, bunun dışında kalan hüküm çeşitlerinin verilebilmesini ise kabul etmiştir.

²⁰ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.70; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.92; YURTCAN, s.531.

²¹ GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.92-93; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.70-72; ŞAHİN / GÖKTÜRK, I, s.79.

²² ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.77; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.98; ŞAHİN / GÖKTÜRK, I, s.79.

D. Sanığın Yokluğu (*absentia*) Halleri

1. Kavramsal Çerçeve

CMK m.193'e göre kanunda ayırık tutulan durumlar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine (CMK m.199) karar verilir. Ancak sanık hakkında, toplanan delillere göre *mahkumiyet dışında bir karar* verilmesi gerektiği kanısına varılacak olursa, sorgusu yapılmamış olsa da sanığın yokluğunda hüküm verilebilir.

Kanun koyucu, sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralıyla²³, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin özel bir görünüm şekline yer vermiş bulunmaktadır. Gerçekten de hakim, nasıl ki duruşmaya getirilmemiş ve huzurunda tartışılmamış bir delile dayanarak vicdani kanaatini oluşturamazsa, görmediği, tanımadığı, iletişime geçmediği bir sanık hakkında da onun yokluğunda mahkumiyet kararı veremez. Aksi durumda hakimin temel cezayı nasıl belirleyeceği ve bireyselleştireceği sorusu da cevapsız kalacaktır. Ancak kanun koyucu sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralını yalnızca mahkumiyet kararı verilebilecek durumlara hasretmiş, mahkumiyet dışında bir hüküm verilecek olursa sanığın duruşmaya gelmesini ve sorgusunun yapılmasını beklemenin sanığın lehine olmayacağını kabul etmiş, bu gibi durumlarda sanığın yokluğunda hüküm verilebilmesi esasını benimsemiştir (CMK m.193/2). Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesi meselesi ile *mahkumiyet dışında bir karardan* anlaşılması gerekenin ne olduğu üzerinde ayrıca durulacaktır.

CMK'da sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralının (CMK m.193/1) çeşitli istisnalarına yer verilmiştir. Bu istisnalar doktrinde dört başlık altında incelenmektedir²⁴:

- Sanığın duruşma sırasında mahkemeden uzaklaşması (CMK m.194),
- Sanığın yokluğunda duruşma yapılabilen durumlar (CMK m.195),
- Sanığın duruşmadan bağışık tutulması (CMK m.196),
- Sanığın duruşmadan çıkarılabileceği haller (CMK m.200, 203, 204)²⁵.

²³ Bu kural aynı zamanda uluslararası ceza hukukunda da kabul edilmektedir. 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin evrensellik ilkesine ilişkin karar metninde de soruşturma evresinde şüphelinin yokluğunda delillerin toplanması, koruma tedbirlerine başvurulması, iddianame hazırlanması gibi işlemlerin yapılmasına imkan tanınırken; kovuşturma evresinde sanığın yokluğunda yargılamaların kural olarak reddedilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. **KÜLÇÜR, Erdem İzzet**, Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.261. Benzer şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi de sanığın yokluğunda yargılama yapmayı hiçbir koşulda kabul etmemektedir. Bkz. **GÖKDEMİR, Muratcan**, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Soruşturma Usulü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.106.

²⁴ **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ**, s.121; **ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d.**, s.72; **GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR**, s.94; **ŞAHİN / GÖKTÜRK**, I, s.77. CMUK dönemindeki istisnalar için bkz. **KUNTER**, Kn.247; **EREM**, Kn.132. Alman Hukukunda sanığın hazır bulunma yükümlülüğünün istisnaları için bkz. **ROXIN**, §42 Kn.41-51; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.3; **BEULKE**, §7 Kn.122; **KK-Gmel**, §230 Kn.1; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.3; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.3.

²⁵ Kanun koyucu her ne kadar bu durumların varlığı halinde sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesini kabul etmişse de bu bir zorunluluk değildir. Zira ilgili maddelere bakıldığında "...bitirilebilir", "...yapılabilir", "...tutabilir", "emredebilir" gibi zorunluluk içermeyen ifadeler yer verildiği

Bununla birlikte 17.10.2019 tarihinde kabul edilen 7188 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'la²⁶ CMK'ya getirilen *basit yargılama usulü* kurumu (CMK m.251, 252) ve istinaf yargılamasına ilişkin 282. maddede yapılan değişiklikle birlikte (CMK m.282/1-f) sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek (ve mahkumiyet kararı verilebilecek) istisnaların sayısının artırıldığını düşünmekteyiz. Şöyle ki;

Basit yargılama usulünde, bu usulün uygulanmasına mahkemece karar verilmesi halinde duruşma yapılmamakta, yalnızca tarafların beyan ve savunmaları alınmakta, sonrasında ise mahkeme tarafından CMK m.223'te belirtilen hüküm çeşitlerinden birisine -ki buna mahkumiyet de dahil- hükmedilmektedir (CMK m.251). Kanun koyucu bununla da yetinmemiş, mahkemece verilen bu hükme taraflarca itiraz edilmesi durumunda, hükmü veren mahkemece duruşma açılarak *genel hükümlere göre* devam olunacak yargılamada, sanık gelmese bile duruşmanın sanığın yokluğunda yapılmasına ve sorgusu dahi yapılmamış olan sanığın yokluğunda CMK m.223'teki hüküm çeşitlerinden birisine -ki buna yine mahkumiyet de dahil- hükmedilmesini mümkün hale getirmiştir (CMK m.252).

7188 sayılı Kanun'la istinafa ilişkin 282. maddenin birinci fıkrasına eklenen (f) bendinde ise, sanık, müdafî, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi halinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle davanın sanığın ve diğer tarafların yokluklarında bitirilebileceği belirtilmiştir.

7188 sayılı Kanun'la getirilen her iki düzenlemenin detaylarına aşağıda ayrı bir başlık altında tekrar değinilecek olup, bu kısa açıklama neticesinde yukarıda dört başlık altında sayılan ve sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralına CMK'da getirilen dört istisnaya, 7188 sayılı Kanun sonrasında şu iki istisnanın da eklendiğini düşünmekteyiz:

-Basit yargılama usulünün uygulandığı durumlar (CMK m.251 ve özellikle m.252/2),

-İstinaf mahkemesindeki duruşmada tebligata rağmen sanığın hazır bulunmaması (CMK m.282/1-f).

Dikkat edilecek olursa burada kanun koyucu CMK'ya egemen olan temel prensiplerden önemli ölçüde sapma göstermiştir. Çalışmanın devamında inceleneceği üzere, 7188 sayılı Kanun değişikliğinden önce zaten önemli bir sorun olan sanığın sorgusunun yapılmadığı durumlarda mahkumiyet kararı verilebileceğine dair uygulamada ve literatürde taraftar toplayan görüş, bu değişiklikten sonra farklı bir mecrada da olsa yasal zemine kavuşmuş gözükmektedir. Elbette uygulamada görülen ve doktrinde de taraftar bulan, gerek sanığın yokluğunda duruşma yapılması ve sonrasında mahkumiyetine karar verilebilmesi meselesi gerek buna benzer bir durumun 7188 sayılı Kanun'la farklı müesseseler bakımından yasal zemine oturtulması modern bir ceza muhakemesi sisteminde kabul edilebilecek durumlar değildir. Çalışmanın devamında

görülmekte ve bu gibi durumlarda yargılama yapılabilmesi mahkemenin takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da benzer bir durum söz konusudur (StPO §§ 232, 233). Bkz. **ROXIN**, §42 Kn.52.

²⁶ R.G. Tarih-Sayı: 24.10.2019-30928.

buna ilişkin görüşlerimizi, eleştirilerimizi ve çözüm önerilerimizi ayrıntılı olarak ortaya koymaya çalışacağız.

2. Sanığın Yokluğunda (*in absentia*) Duruşma Yapılması

a. Genel Açıklamalar

Daha önceden sorgusu yapılmamış sanık hakkında mahkumiyet kararı verilememesi, günümüz ceza muhakemesi hukukunun önemli temel prensiplerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca doğrudan doğrualık ilkesi de hakim, görmediği bir kişi hakkında hüküm vermesini yasaklamaktadır. Bu nedenle kural olarak sanığın yokluğunda bir duruşma yapılması mümkün değildir²⁷.

Sanığın veya müdafinin, sanığın yokluğunda (*in absentia*) duruşma yapılmasına rıza göstermeleri, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi sonucunu doğurmaz²⁸.

Sanığın yokluğunda duruşma yapılması CMK m.195'te düzenlenmiş bulunmaktadır. Madde şu şekildedir: “(1) Suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hâllerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır.”

Söz konusu hüküm ile hafif yaptırım (adli para cezası ve/veya müsadere) gerektiren suç tipleri bakımından yargılamanın kolaylaştırılması ve çabuklaştırılması mümkün hale getirilmiştir. Mahkeme, maddede belirtilen durumlarda sanığın duruşmada hazır bulunmasını mecbur tutmayacak, bilakis sanığın yokluğunda yargılama yapabilecektir²⁹. Kanun koyucu burada hafif yaptırım gerektiren suçlar bakımından sanığın keyfi bir şekilde duruşmalara gelmemesi nedeniyle yargılamanın sürüncemede kalmasının önüne geçmiştir. Burada yapılan yargılamanın pratik gözüktüğü söylenebilirse de hukuki olduğundan bahsedebilmek çok kolay değildir³⁰.

Bu hükmün uygulanabilmesi, başka bir ifadeyle sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için bazı şartların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir³¹:

- Sanığın gaipliğinin/kaçaklığının değil, yokluğunun söz konusu olması³²,
- Suçun adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektirmesi,
- Sanığa gönderilecek davetiyeye, gelmediğinde duruşmanın yokluğunda yapılabileceği kaydının³³ konulmuş olması.

²⁷ LÖWE-ROSENBERG, §230 Kn.1; ROXIN, §60 Kn.1; MEYER-GOßNER, §230 Kn.3.

²⁸ MEYER-GOßNER, §232 Kn.5.

²⁹ KK-Gmel, §232 Kn.1; MEYER-GOßNER, §232 Kn.1; LÖWE-ROSENBERG, §232 Kn.1.

³⁰ LÖWE-ROSENBERG, §232 Kn.1.

³¹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.74; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.95; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s.122.

³² Sanığın yokluğundan bahsedilebilmesi için gaip veya kaçak olmayan başka bir ifadeyle kendisine ulaşılabilen bir sanık olmalıdır. Gaip veya kaçaklar için kabul edilen ilan yoluyla davet prosedürünün burada uygulanma olanağı yoktur. Bu kapsamda gaip veya kaçak olmayan sanığa mutlaka 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca usulüne uygun bir tebligat yapılmış olması gerekmektedir. Bu duruma dikkat çekmek isteyen Alman kanun koyucusu, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 232 numaralı paragrafın ikinci fıkrasında CMK'da olmayan şu hükme yer vermiştir: “İlan yoluyla yapılan davet üzerine, sanığın yokluğunda duruşma yapılamaz.” Bkz. MEYER-GOßNER, §232 Kn.4.

Mahkeme bu şartları büyük bir itina ile araştırmalıdır. Bu şartlardan birinin gerçekleşmemesi durumunda, sanığın yokluğu, başka bir deyişle, sanığın yokluğu şeklinde görünen sanığın hazır bulunmaması, yargılama engeli olacaktır. Yargılama şartı olan sanığın hazır bulunması bu durumda gerçekleşmeyecek ve dolayısıyla yargılama da yapılamayacaktır³⁴. Bu şartların hepsi gerçekleşmiş olsa da mahkemenin sanığın yokluğunda duruşma yapma zorunluluğu yoktur; mahkeme isterse sanığı çağırıp sorgusunu yapma yolunu tercih edebilecektir³⁵. Burada mahkeme, gerçeğin ortaya çıkarılması yükümlülüğü kapsamında sanığın duruşmada hazır bulunmasını zorunlu görmekteyse, diğer şartlar gerçekleşmiş olsa da sanığın yokluğunda duruşma yapmamalıdır³⁶. CMK m.195 uyarınca sanık gelmese de duruşma yapılabilecek istisnai hallerde zorla getirme kararı da verilemeyecektir³⁷.

Suçun yaptırımını olarak adli para cezası ile birlikte hapis cezası veya adli para cezası ile hapis cezasının seçenek olarak öngörülmüş olması halinde 195. maddenin uygulanma olanağı bulunmamaktadır³⁸. Yargıtay da bu görüştedir³⁹.

Doktrinde bir görüşe göre CMK m.195'in, CMK m.193'ün ikinci fıkrası olarak düzenlenmesi, mevcut CMK m.193/2'nin ise CMK m.195'te yer alması daha yerinde olurdu. Zira CMK m.193/1'de belirtilen "Kanunun ayrıktı tuttuğu haller", CMK 195. maddede düzenlenmiş olup, kanun tekniği açısından bu ayrıktı hallerin CMK m.193'te yer alması daha isabetlidir. Buna göre, CMK m.195 ile başlayan yolun sonu, sanığın sorgusunun yapılamadığı durumda CMK m.193/2'dir⁴⁰. Kanaatimizce CMK m.193/1'de bahsedilen, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı kuralının istisnası olarak yalnızca CMK m.195'in gösterilmesi eksikliklidir. Zira mevcut çalışmada da üzerinde durulduğu üzere CMK m.193/1'de öngörülen kuralın istisnaları yalnızca CMK m.195'ten ibaret değildir. O nedenle bu değişiklik önerisinin de mevcut sorunu çözme noktasında istenen faydayı sağlamayacağını düşünmekteyiz.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun, CMK'nın 195. maddesini karşılayan "Maznunun evvelce mazbut ifadesinin okunabileceği haller" başlıklı 225. maddesinde "*Tahkikatın mevzuu olan suç gerek yalnız ve gerek birlikte olarak para*

³³ Yargıtay'a göre de sanığa tebliğ edilen duruşma davetiyesinde, CMK'nın 195. maddesi uyarınca yazılması gereken, gelmediği takdirde yargılamanın yokluğunda yapılacağına ilişkin açıklamaya yer verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur. Bu yöndeki kararlar için bkz. YAŞAR, Osman, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.2105.

³⁴ GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.95; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.75.

³⁵ YAŞAR, s.2103; ŞEN, Ersan, "Sanığın Yokluğunda Duruşma ve Hüküm", <https://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html> (E.T. 02.02.2020)

³⁶ MEYER-GOßNER, §232 Kn.13.

³⁷ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.727.

³⁸ YAŞAR, s.2103.

³⁹ "5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde yaptırım olarak adli para cezası ile birlikte hapis cezasının da seçenek olarak düzenlenmesi nedeniyle bu suç yönünden, 5271 sayılı CMK'nın 195. maddesinin uygulama imkanı olmadığı ve sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı gözetilmeden, sanığın savunması saptanmadan mahkûmiyetine karar verilerek 5271 sayılı CMK'nın 193. maddesine aykırı davranılması..." 2. CD, 07.03.2011 T., 37496/14431. Benzer nitelikte bkz. 2. CD, 22.12.2010 T., 39096/34483; 2. CD, 10.03.2010 T., 6200/7348. Akt. YAŞAR, s.2104.

⁴⁰ ŞEN, <https://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html>.

cezasını, hafif hapis ve müsadere cezalarını müstelzim ise maznun gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hallerde maznuna gönderilecek celpnamede kendisi gelmese dahi duruşmanın yapılabileceği yazılır.” denilmektedir. CMUK m.225 ile CMK m.195’in çok büyük benzerlik gösterdiği görülmektedir.

CMK m.193’ün CMUK’taki karşılığını ise “Maznunun gelmemesi” başlıklı 223. maddesi oluşturmaktaydı. Madde şu şekildeydi: “(1) Bu Kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla mahkemeye gelmemiş olan sanık hakkında duruşma yapılmaz. (2) Gelmemenin makbul sebepleri isbat edilmezse maznunun ihzarı emrolunur veya hakkında tevkif müzekkeresi verilir. (3) Yargılandığı suçtan ötürü yüzüne karşı verilmiş bir tutuklama kararından sonra firar eden sanığın duruşmada sorguya çekilmiş ve artık duruşmada hazır bulunmasına mahkemece lüzum görülmemiş olması halinde dava gıyabında görülerek bitirilebilir. (4) Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanaatine varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa dahi dava gıyabında bitirilebilir.” Buna göre CMUK döneminde belli şartların varlığı halinde sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebileceği kabul edilmekteydi⁴¹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, böyle bir durumda sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilmesi için öncesinde sanığın duruşmada sorgusunun yapılmış olmasıydı. Yani CMUK döneminde önceden sorgusu yapılmamışsa sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesinin kabul edilmediğini söyleyebiliriz. Dikkat edilecek olursa CMUK m.223 ile CMK m.193’ün büyük ölçüde benzerlik gösterse de CMUK m.223/3’ün CMK’ya alınmadığı görülmektedir. Bunun yerinde olduğu söylenebilir. Zira burada aslında sanığın yokluğu durumu değil, sanığın mahkemeden uzaklaşması durumu söz konusuydu. Bu nedenle CMK m.193’e söz konusu hükmün alınmamasının doğru olduğu belirtilebilir.

CMK m.289/1-e hükmü uyarınca, duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin yokluğunda duruşma yapılmasının hukuka kesin aykırılık hali sayılacağını da burada vurgulamakta yarar görmekteyiz⁴².

Acaba Anayasa Mahkemesi, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesiyle ilgili ne düşünmektedir? Anayasa Mahkemesi 2015 yılında yapılan bir bireysel başvuru sonrasında sanığın duruşmada hazır bulunma hakkıyla ilgili verdiği kararda şu tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur⁴³:

“Hakkaniyete uygun yargılamanın en önemli unsuru olan sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulu sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olanağına sahip olmasıdır. Suçla itham edilen herkes, iddiayı duymak ve karşı koymak ve savunmasını yapmak üzere mahkemenin huzurunda bulunarak yargılanma hakkına sahiptir. Duruşmada hazır bulunma hakkı, kişinin kendi davasının duruşmasına bizzat veya bir müdafî ile birlikte katılması anlamına gelmektedir.” (§26) “Ayrıca duruşmada hazır bulunma hakkının tarafların yargılamaya

⁴¹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.75.

⁴² Alman Hukukunda da sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmiş olması, mutlak temyiz sebebi (StPO §338 Nr 5) olarak kabul edilmektedir. Bkz. BEULKE, §7 Kn.122; KK-Gmel, §230 Kn.19.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, Ali Gürbüz Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/724, Karar Tarihi: 25.06.2015. Benzer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, Fatih Taş Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1461, Karar Tarihi: 12.11.2014 (§35-48); Anayasa Mahkemesi, Mustafa Ersen Erkal Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/4470, Karar Tarihi: 16.04.2015 (§22-31).

etkili katılmaları ile doğrudan ilişkisi vardır. Adalet yönetiminin adil bir görüntü vermesi önemlidir ve tarafların yargılamaya etkili katılımlarının sağlanması için gerekli önlemler alınmalıdır. Bu hak, kural olarak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil, dinlemeyi, takip etmeyi, iddialarını destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içerir. Çelişmeli yargılamaların doğasında var olan söz konusu hak, ceza yargılamaları yönünden, AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan sanığın "kendini savunma" hakkından da çıkarılabilir." (§27) "AİHS'in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS'in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçasıdır. Bir sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunması genel bir haktır ve AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçasıdır. Nitekim duruşmada hazır bulunma hakkının bir sonucu olarak 5271 sayılı Kanun'un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı hükme bağlanmıştır." (§28) "Bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesinin görevi, muhakemenin yöntemi de dâhil yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını saptamaktır. Ceza yargılamalarında duruşma açılması esas olmakla birlikte "istisnai bazı koşullarda" duruşma açılmamış olması yargılamanın adilliğini etkilemeyebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, 6352 sayılı Kanun hükümleri uyarınca verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararının, uyuşmazlığın esasını çözmemeyen ve bireyin suç işleyip işlemediğiyle ilişkili olmayan, Kanun'da öngörülen sürenin dolmasını müteakip açılan kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran, usule ilişkin bir karar olduğuna dikkat çekmiş; böyle bir incelemenin duruşma açılmadan ve başvuru duruşmaya çağrılmadan yapılmış olmasının bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkilemediği sonucuna ulaşmıştır." (§33) "Somut olayda "yargılamanın sonucunda bir değişiklik olmayacağına açıkça belli olduğu" bir durum söz konusu değildir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, İlk Derece Mahkemesinin başvurusunun cezalandırılmasına ilişkin kararını, Anayasa Mahkemesinin 3713 sayılı Kanununun 6. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "sahipleri ve" ibaresini iptal etmesi nedeniyle bozmuştur. Yargıtay, başvurusunun hukuki durumunun yeniden takdir ve tayini gerektiğine karar vermiştir (§12). Başvurusunun İlk Derece Mahkemesince mahkûm edilmesine dayanak yapılan kuralın Anayasa Mahkemesince iptal edildiği ve mahkûmiyet kararının, söz konusu iptal kararı nedeniyle başvurusunun hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi için bozulduğu dikkate alındığında, somut olayda "yargılamanın sonucunda bir değişiklik olmayacağına açıkça belli olduğu" bir durumun varlığından söz edilemez." (§35) "İlk Derece Mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararında belirttiği incelemeyi ancak duruşma açarak, başvuru duruşmaya çağırarak ve başvuru ile birlikte davanın diğer süjelerinin yargılamaya etkili bir biçimde katılmalarını sağlayarak yapabileceğinden, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." (§36)

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar incelendiğinde, Mahkeme'nin, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının varlığıyla ilgili karar verilebilmesi için yargılamanın sonucunda bir değişiklik olup olmayacağına bakılması gerektiğini kabul ettiği söylenebilir. Bu kapsamda yargılama sonucunda bir değişiklik olmayacağına açıkça belli olduğu durumlarda sanığın duruşmaya çağrılmayarak hakkında karar verilmesi duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal etmeyecek olup, aksi durumda duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği bu görüşün herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Zira konuyu düzenleyen CMK'da sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek haller ve bunun şartları açıkça gösterilmiş olup Anayasa Mahkemesi'nin kararında esas aldığı “*yargılamanın sonucunda bir değişiklik olmayacağına açıkça belli olması*” şeklinde bir kritere CMK'da hiçbir şekilde yer verilmediği görülmektedir. Ayrıca bu kriterin neye göre ve nasıl belirleneceği de bir başka soru işareti olduğundan kararda kullanılan gerekçenin hatalı olduğunu düşünmekteyiz.

Bu açıklamalardan sonra, çalışmada sıklıkla bahsedilen ve savunduğumuz görüşün temel argümanlarından birisi olan duruşma kavramından ne anlaşılması gerektiğine de aşağıda kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

b. Duruşma Hazırlığı, Duruşma ve Hüküm Verme

İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar geçen evre, kovuşturma evresi olarak nitelendirilmektedir (CMK m.2/1-f). İlk derece mahkemesinde yapılan kovuşturma evresinin (dar anlamda kovuşturma evresi) üç alt evresi olduğu söylenebilir: Duruşma hazırlığı, duruşma ve hüküm verme⁴⁴.

i. Duruşma Hazırlığı

Kural olarak iddianamenin kabulü ile başlayan, esasen mahkeme başkanının yetkili bulunduğu ve kural olarak biçimsel işlerin yapıldığı ve bu suretle duruşmanın hazırlandığı kovuşturma evresine duruşma hazırlığı denilmektedir⁴⁵. Duruşma hazırlığı alt evresinde, duruşmanın gereksiz yere uzamasını önlemeye yönelik bazı işlemler yapılmaktadır⁴⁶.

ii. Duruşma

Duruşma hazırlığı alt evresinde belirlenen günde, yetkili mahkemenin duruşma salonunda tanık ve bilirkişi yoklamasını yapması ile başlayan hükme katılacak hakim veya hakimlerin huzuru, zabıt katibinin yerini alması, Cumhuriyet savcısı ve kural olarak sanığın ve müdafinin katılımıyla ara vermeksizin halka açık ve sözlü olarak gerçekleştirilen, delillerin ortaya konularak tartışılması suretiyle gerçeğe ulaşılmaya çalışılan ve son sözün sanığa verilmesiyle sona eren dar anlamda kovuşturma evresinin en önemli alt evresine duruşma denilmektedir⁴⁷.

Ceza muhakemesinin amacı olan gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi açısından da duruşma özel bir öneme sahiptir⁴⁸. Duruşmanın amacı, kendisinden sonra gelen hüküm verme alt evresine geçmeyi mümkün kılmaktır⁴⁹. Ayrıca duruşma, savunma makamının da muhakeme sürecine en etkin biçimde katılabildiği aşama olarak önem

⁴⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.624.

⁴⁵ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.624.

⁴⁶ ŞAHİN / GÖKTÜRK, II, s.99.

⁴⁷ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.626; TANER, Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.291.

⁴⁸ ROXIN, §42 Kn.39.

⁴⁹ KUNTER, Kn.467.

kazanmaktadır⁵⁰. Daha önce de ifade edildiği üzere duruşmada hazır bulunmak⁵¹ sanığın hem hakkı hem de yükümlülüğüdür. Zira bu şekilde sanık sözlü ve doğrudan doğruya olan duruşmada aktif bir savunma imkanına sahip olmaktadır⁵². Duruşmaya katılmayan bir sanığın ise savunma hakkını gereği gibi kullandığından bahsetmek mümkün olmaz⁵³. Bu nedenle sanığın duruşmada hazır bulunması kural olarak zorunludur⁵⁴.

iii. Hüküm Verme

Hüküm verme alt evresi ise delillerin ortaya konularak tartışılmasından ve nihayet son sözün sanığa verilmesinden sonra mahkemenin, duruşmada ortaya konularak tartışılan delillerden edineceği vicdani kanaate göre, yalnız iddianamede belirtilen fiile ve faile ilişkin hasredilecek bir hüküm kurmak üzere müzakereye çekilmesi ile başlayan, hükmün tefhimi ile sona eren alt evreye denilmektedir⁵⁵.

CMK'nın kabul ettiği sistemde, duruşma ile hüküm verme alt evreleri farklı kısımlarda (CMK m.182-222 - m.223-232) düzenlenmiş bulunmaktadır. O nedenle de duruşma için kabul edilen bir kuralın, hüküm için de geçerli olduğunu kabul edebilmek mümkün değildir.

Bununla birlikte duruşma aşamasının devamı mahiyetinde olduğundan hükmün tefhimi sırasında da sanığın hazır bulunması gerekmektedir⁵⁶.

II. SANIĞIN YOKLUĞUNDA (*IN ABSENTIA*) MAHKÛMİYET KARARI VERİLMESİ MESELESİ

CMK'da sanığın yokluğu hallerinin düzenlendiği hükümlere bakıldığında⁵⁷ 7188 sayılı Kanun değişikliği öncesi yalnızca CMK m.193/2 ve m.194/2'de -belli şartların varlığı halinde- *duruşmanın sanığın yokluğunda bitirilebileceğine* yer verildiği görülmektedir⁵⁸.

⁵⁰ ŞAHİN, *Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan*, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.105.

⁵¹ Sanığın duruşmada hazır bulunmasının öneminin anlaşılmasının büyük ölçüde 19. yüzyılda olduğu ifade edilmektedir. Bkz. TANER, s.294.

⁵² ŞAHİN / GÖKTÜRK, II, s.105.

⁵³ ROXIN, §42 Kn.39; KESKİN, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s.156.

⁵⁴ ROXIN, §42 Kn.39.

⁵⁵ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.637.

⁵⁶ MEYER-GOßNER, §230 Kn.7.

⁵⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da (StPO §§230, 231, 232) benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

⁵⁸ Acaba sorgusu yapılmayan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecek midir? Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için mahkemenin her şeyden önce yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğini sabit görmesi gerekmektedir. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın bunu kabul etmesi de şarttır. Sanığın, bunu kabul edebilmesi için de sorgusunun yapılmış olması zorunludur. Bu kapsamda sorgusu yapılmayan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin hukuken mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Benzer şekilde sanık hakkında verilen hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine veya ertelenmesine karar verilebilmesi için de ortada her şeyden önce bir mahkûmiyet kararının bulunması şart olduğundan sanığın yokluğunda bu kurumların da uygulanabilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

CMK m.193/2 uyarınca sorgusu yapılmamış olsa da sanık hakkında toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, dava sanığın yokluğunda bitirilebilir⁵⁹. Buna karşın sanık hakkında mahkumiyet kararı verebilmek için sanığın sorgusunun yapılmış olması şarttır.

CMK m.194/2 uyarınca sanığın yokluğunda davanın bitirilebilmesi içinse dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak daha önce sorguya çekilmiş olan sanığın savunması veya ara vermeyi izleyen duruşmaya gelmemesi ve sanığın hazır bulunmasına mahkemece artık lüzum görülmemesi gerekmektedir; ancak sanık hakkında beraat dışında bir karara hükmedilecekse sorgusunun yapılmış olması şarttır. CMK m.193/2'den farklı olarak m.194/2 uyarınca sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilmesi mümkündür. Bunun da temelinde sanığın önceden sorguya çekilmiş olması yatmaktadır. Buna göre -7188 sayılı Kanun öncesi sistemde- CMK'nın kabul ettiği sistemde, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilecek tek durum sorgusu yapılan sanığın mahkemeden uzaklaşmış olması ve sanığın hazır bulunmasına mahkemece artık gerek görülmemesidir.

⁵⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sanığın resmi evrakta sahtecilik suçundan beraatına karar verilen bir olayda, sanığın sorgusunun yapılmasının gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Genel Kurul özetle şu karara varmıştır: "5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının, 'Sanığın duruşmada hazır bulunmaması' başlığını taşıyan 193. maddesinde, 01.06.2005 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Yasa ile eklenen 2. fıkrasının konuluş amacı gerekçesinde, 'Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa dahi dava gıyabında bitirilebilir. Böylece sanığın lehine bir düzenleme getirilmiş ve gereksiz yere davanın uzaması önlenmek istenmiştir' şeklinde açıklanmış olup, maddenin değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere, sanık hakkında, mahkumiyet dışında bir karar verileceği hallerde, davanın gereksiz yere uzamaması için sorgusu yapılmadan da davanın bitirilmesi olanaklı hale gelmiştir. 1412 sayılı CYUY'un 223/son maddesi hükmü ile anılan fıkra benzerlik arz etmekte ise de anılan fıkra, 1412 sayılı CYUY'un 223/son fıkrası döneminde şekillenen ve fıkranın uygulanma koşullarını derhal beraat kararı ile sınırlayan görüşler doğrultusunda değil, yasa koyucunun gerekçede belirttiği amacı da nazara alınarak daha geniş yorumlanmalı, anılan hükmün mahkumiyet hükmü dışındaki hükümler yönünden yüz yüze yargılama ilkesinin bir istisnası olduğu kabul edilmelidir. /.../ Diğer yönden, 5271 sayılı CYY'nin 193. maddesinin 2. fıkrası ile 223. maddesinin 9. fıkrasındaki, 'derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez' hükümleri arasında da bir bağ kurulmamalıdır. 223. maddede belirtilen husus, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, sanığın en lehinde olan bu hükmün verilmesinin zorunlu olduğunu belirtmekten ibaret olup, buradaki derhal keyfiyeti ile 193. maddenin 2. fıkrasının uygulanma koşulları arasında bir benzerlik bulunmamaktadır. Bu nedenle anılan fıkranın uygulanma koşullarının eylemin ilk bakışta açıkça suç oluşturmadığının saptanması ile sınırlı olduğunun kabulü, fıkradaki düzenlemenin konuluş amacı ile de bağdaşmamaktadır. Fıkra aranılan husus, toplanan kanıtlara göre mahkumiyet dışında bir hükmün verilmesinden ibarettir." YCGK, 20.10.2009 T., 11-89/243. Akt. YAŞAR, s.2083-2084. Ancak Yaşar, YCGK'nın bu kararına rağmen, bazı Yargıtay ceza dairelerinin, YCGK'nın bu kararını benimsemediklerini ve savunma alınmadan beraat kararı verilemeyeceği hususunda ısrarcı olduklarını da ifade etmekte ve bu içtihatlarla da çalışmasında yer vermektedir. Bkz. YAŞAR, s.2081 vd. Yargıtay'ın bazı ceza dairelerince -Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar olmasa bile- CMK'nın açık hükmüne rağmen, sanığın yokluğunda beraat kararı verilebilmesi için, eylemin ilk bakışta suç oluşturmadığını arayan görüşlerinin yerinde olmadığını ifade edebiliriz. Zira CMK'da bu konuda hiçbir ayırım yapılmamış olup, gerek toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerek eylemin ilk bakışta suç oluşturmadığının (bundan kastedilmek istenenin ne olduğu belli değildir) belirlendiği durumlarda sanığın sorgusu yapılmadan davanın yokluğunda bitirilebilmesi mümkündür. Ancak böyle bir kabul CMK m.193/2'de gösterilmeyen bir şartın CMK'ya dahil edilmesi sonucunu doğuracaktır ki, bunun yerinde olduğunu söyleyebilmemiz mümkün değildir.

CMK m.195'te ise sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek bir diğer duruma yer verildiği görülmektedir. Buna göre sanığın üzerine atılı suç adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektirmekte ve sanığa gönderilen çağrı kağıdında⁶⁰ sanık gelmese bile duruşma yapılabileceği ihtarata yazılmış olursa sanığın yokluğunda duruşmanın yapılabilmesi kabul edilmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır: Doktrinde her ne kadar aksi yönde görüş⁶¹ hakim olsa da kanaatimizce söz konusu şartlar oluşmuşsa mahkemenin yapabileceği tek muhakeme işlemi duruşma olacaktır⁶²; başka bir deyişle burada mahkemenin sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verebilmesi mümkün değildir. Zira yukarıda ifade olunduğu üzere duruşma ile hüküm verme birbirinden farklı alt evreler olup, 195. maddede yalnızca duruşmanın yapılabilmesine imkan tanınmıştır; kanun koyucu aksini yani sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesini istemiş olsaydı madde metnini 193. maddenin ikinci fıkrasındakine benzer şekilde örneğin "...sanık gelmese bile dava yokluğunda bitirilebilir." şeklinde bir formülasyonla⁶³ kaleme alabilirdi. Bu nedenle doktrinde *basit*

⁶⁰ CMK m.195'te her ne kadar "*davetiye*" ifadesini kullanmaktaysa da teknik anlamda kastedilmek istenenin ve doğru olanın CMK m.176'da da belirtildiği üzere "*çağrı kağıdı*" olduğunu düşünmekteyiz.

⁶¹ Bu görüşteki yazarlardan Yaşar'a göre CMK m.195'teki şartlar oluşmuşsa sanık gelmese bile duruşma yapıp, sanığın savunması alınmadan hüküm kurulabilecektir. Bkz. YAŞAR, s.2103. Yaşar'la benzer görüşleri savunan Taner'e göre de sanığa çıkartılan davetiyede "gelme de duruşma yapılacağına" dair ihtarata anlaşılmaması gereken, sanığın gıyabında (yokluğunda) mahkumiyet kararı verilebileceğidir. Taner, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesi hususunu hiçbir şekilde eleştirmezken ve tartışma konusu bile yapmazken, yalnızca davetiye üzerinde yazılı ihtarın puntosunun küçük olduğundan bahisle sanık tarafından okunacağı şüpheli olduğu noktasında eleştirilerini ortaya koymaktadır. Ayrıca yazar 195. maddenin, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesinin yasal dayanağı olduğunu isabetli olmayan bir şekilde ifade etmektedir. Bkz. TANER, s.303, 305. Ünver/Hakeri'ye göre de sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesi mümkündür. Bkz. ÜNVER, YENER / HAKERİ, HAKAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.554. Benzer görüşte bkz. PARLAR, ALI / ÖZTÜRK, MUSTAFA, Ceza Yargılamasında Mutlak Bozma Nedenleri, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018, s.106. Bu görüşteki yazarlardan bir diğeri olan Dereli'ye göre, uygulamada her ne kadar çok mümkün olmasa da duruşmanın tek celsede bitirilerek hüküm verilmesi esas olduğundan, sanığın yokluğunda duruşmanın yapılması ifadesinden, sanığın yokluğunda hüküm verilebileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak yazar yaşanabilecek tartışmaların sonlanması için CMK 195. maddede, 193 ve 194. maddelerdeki formülasyonun kullanılmasını önermektedir. Bkz. DERELİ, ALPARSLAN, Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.120.

⁶² Kısmen benzer yönde bkz. ŞEN, <https://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html>. Şen, çalışmasında her ne kadar CMK m.195 uyarınca sadece duruşmanın yapıp, davanın bitirilemeyeceğini ve sanık hakkında karar (hüküm) verilemeyeceğini savunsa da kanaatimizce burada verilemeyecek olan tek hüküm çeşidi yalnızca mahkumiyet olacaktır. Başka bir ifadeyle CMK m.193/2, CMK m.195 bakımından da uygulama kabiliyeti bulacağından, CMK m.195'teki şartların gerçekleşmesi durumunda sanık hakkında mahkumiyet dışındaki diğer hüküm çeşitlerinin özellikle de beraat kararının verilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

⁶³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*Sözlü yargılama*" başlıklı 186. maddesinde tam da buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir: "(1) Mahkeme, tahkikatın bitiminden sonra, sözlü yargılama ve hüküm için tayin olacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet eder. Taraflara çıkartılacak olan davetiyede, belirlenen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında hüküm verileceği hususu bildirilir." Dikkat edilecek olursa HMK'nın formülasyonunun CMK'ya oranla daha başarılı olduğu görülmektedir. Zira CMK'daki "...dava yokluğunda bitirilebilir." ifadesi yerine daha teknik bir ifadeyle "...yokluklarında hüküm verilir." benzeri bir ifadeye yer verilmiştir. Yine HMK'nın "*Tarafların duruşmaya daveti*" başlıklı 147. maddesinin ikinci fıkrasında da "...duruşmaya yokluklarında devam edileceği..." şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olup bu formülasyonun da CMK m.195'tekinden daha başarılı ve daha teknik bir ifade olduğu söylenebilir.

suçlar olarak nitelendirilen ve yaptırım olarak adli para cezası ve/veya müsadere öngörülen suçlarda sanığın duruşmaya gelmediği durumlarda savunma hakkından feragat etmiş olacağı ve bu nedenle de yokluğunda mahkumiyet kararı verilebileceği yolundaki uygulamada gelişen ve doktrinde de kabul gören görüşe katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Savunduğumuz görüşün gerekçelerini şöyle sıralayabiliriz:

İlk olarak, bir suç için öngörülen yaptırımın niteliğinden hareketle sanığın savunmasına gerek olmadığı kabul edilmesinin, savunma hakkının ve hukuki dinlenilme hakkının gerçek anlamıyla uygulandığı bir hukuk sisteminde savunulabilir bir yanı bulunmamaktadır.

İkincileyin, şüpheli veya sanığın yokluğunda tutuklama kararı verilmesini tek bir istisna (kaçak şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi: CMK m.248/5) haricinde yasaklamış ve böylelikle CMUK döneminde geçerli olan *giyabi tutuklama* kurumunu CMK'ya almama başarısını göstermiş bir kanun koyucunun, sanık hakkında *giyabi mahkumiyet* kararı verilebileceğini kabul etmesinin abesle iştigal etmek olarak görmekteyiz.

Üçüncüyle, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesinin kabul edilmesi, ceza yargılamasının, bir anlamda özel hukuk yargılamasına dönüşmesi (bkz. HMK m.186/1) riskini beraberinde getirecektir.

Son olarak, sorgusu yapılmayan sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilememesi, devletin sahip olduğu cezalandırma ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve bu durum da devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır. Burada devlet, kural olarak sanığın yokluğunda yargılama yapıp sorgusunu bile yapmadan mahkumiyet kararı verebilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu kurullarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Yine bu yolla sanığın yargılamanın *objesi* olmasının önüne geçilmekte, sanık yargılamaya şekil verebilen bir *süje* konumuna yükseltilmektedir. Bunun yapılması suretiyle insan onurunun korunması ilkesinin ve bu ilke ile yakından bağlantılı hukuki dinlenilme hakkının da aktif bir şekilde hayata geçirileceğini belirtebiliriz.

Ancak yukarıda da kısaca değinildiği üzere, 7188 sayılı Kanunla CMK'ya getirilen basit yargılama usulü⁶⁴ ve istinaf duruşmasına ilişkin hükümlerde yukarıda belirttiğimiz hususların hiçbirisine dikkat edilmediği görülmektedir. Bu kapsamda bakıldığında, çalışmamızda, belli ağırlıktaki yaptırımları gerektiren fiiller bakımından bile uygulanmasının doğru olmadığını dile getirdiğimiz sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesi sorununu çözmek bir yana, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilecek durumları yasal hale getirmenin izah edilebilir bir yanı olduğunu düşünmemekteyiz. Artan iş yükü, dosya sayılarındaki artışlar bahane edilmek suretiyle önemsiz olduğu düşünülen suçların genel muhakeme usulünden çıkartıldığı gibi bazı sözde gerekçelerin de bu duruma haklılık payı kazandıramayacağı ortadadır. Sonuç itibarıyla, aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecek olsa da 7188 sayılı Kanunla CMK'ya getirilen yeni hükümlerin ceza muhakemesi sistemimizin temel yapı taşlarına aykırı olduğu, adil yargılanma hakkı, savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, çelişme

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **DEĞİRMENCİ, Olgun**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)”, Terazi Hukuk Dergisi, 2020, 15 (1), s.36 vd.

ilkesi ve insan onuru başta olmak üzere birçok temel hakkın ihlali sonucunu doğuracağını rahatlıkla ifade edebiliriz.

A. CMK m.193/2’te Bahsedilen “mahkûmiyet dışında bir karar” İfadesinin Anlamı

Doktrinde ve yargı kararlarında CMK m.193/2’de bahsedilen “*mahkumiyet dışında bir karar*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda net bir açıklama yapılmamakta, yalnızca CMK m.193’teki formülasyonun tekrarıyla yetinildiği görülmektedir. CMK m.223’te altı adet hüküm çeşidine yer verildiği dikkate alındığında, maddede bahsi geçen mahkumiyet dışında bir karar ifadesiyle kastedilmek istenenin hangisi/hangileri olduğunun da net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk vardır.

Her şeyden önce, CMK m.193’te geçen “*karar*”dan kastedilmek istenenin teknik anlamda “*hüküm*” olduğu söylenebilir. Bu nedenle bu konuyla ilgili sağlıklı bir sonuca varabilmek için hüküm çeşitlerini düzenleyen CMK m.223/1’e bakmak gerekmektedir. CMK m.223/1’e göre hüküm çeşitleri şunlardır⁶⁵: Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi, davanın düşmesi. Burada CMK m.193/2 kapsamında, mahkumiyet dışında bir karar kapsamında kalıp kalmadığı tartışmalı en önemli hüküm çeşidi güvenlik tedbirine hükmedilmesidir. Bu nedenle bundan sonraki açıklamalarımızda güvenlik tedbirine hükmedilmesi özelinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

CMK m.223/6’da hüküm çeşidi olarak güvenlik tedbirine⁶⁶ (TCK m.53-60) hükmedilebilecek durumlara yer verilmiştir. Düzenleme şu şekildedir: “(6) *Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkumiyet yerine veya mahkumiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur.*” Buna göre yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında, belli bir cezaya *mahkumiyet yerine veya mahkumiyetin yanı sıra* güvenlik tedbirine hükmolunacaktır. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, TCK m.32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmadığı tespit edilen fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte, *cezaya mahkumiyet yerine* akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmolunacaktır. Buna karşın TCK m.32/2 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği tespit edilen failer bakımından kural olarak cezaya mahkumiyet kararı verilecektir. Ancak TCK m.32/2 ve TCK m.57/6 uyarınca mahkeme, cezanın kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanmasına karar verebilecektir. İşte böyle bir durumda, *cezaya mahkumiyetin yanı sıra* akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine de hükmolunacaktır. Bu kapsamda, 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde tartışmalı olmakla birlikte, CMK m.223/1’de açıkça düzenlendiği üzere, ceza verilmesine yer olmadığı kararı ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararı, mahkumiyetten ayrı bir hüküm çeşidi olduğundan, kusur yeteneği bulunmayan fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda, ortada bir mahkumiyet kararının olmayacağı söylenmelidir. Buna karşın TCK m.32/2 çerçevesinde tespit edilmiş azalmış

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **BEKAR, Elif**, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m.223)”, İÜHFMD, C. LXXV, S. 1, s.15 vd.

⁶⁶ Güvenlik tedbirleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ARTUK, Mehmet Emin**, “Güvenlik Tedbirleri”, GÜHFMD, C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s.461 vd.

kusur yeteneğinin varlığı durumunda ise ortada bir mahkumiyet hükmü söz konusudur⁶⁷.

Bu kapsamda, CMK 193/2 çerçevesinde *mahkumiyet dışında bir karar* ifadesi ile kastedilmek istenenin beraat, davanın reddi, davanın düşmesi, 223/3-b, c, d ve 223/4 uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararları olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca bu kapsam içerisinde TCK m.32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmayan failer hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK m.223/3-a) ile birlikte verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararını da dahil edebiliriz. Zira böyle bir durumda teknik anlamda bir mahkumiyet kararından söz edebilmek mümkün değildir. Buna karşın fail hakkında TCK m.32/2 çerçevesinde tespit edilen azalmış bir kusur yeteneği varsa burada teknik anlamda bir mahkumiyet kararının varlığından bahsedilecek olup, CMK m.193/2 uyarınca sanığın yokluğunda davanın bitirilebilmesi mümkün olmayacak diye düşünmekteyiz. Buna karşın diğer durumda yani TCK m.32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmadığı tespit edilen fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte, *cezaya mahkumiyet yerine* akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükümlenmesi halinde sanığın yokluğunda davanın bitirilebilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sanığın Yokluğunda (*in absentia*) Duruşma Yapılmasına Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) sanığın duruşmada hazır bulunması doğrudan doğruya sanığa verilmiş bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin⁶⁸, adil yargılanma hakkını düzenleyen 14. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde bu hakka açıkça vurgu yapıldığı görülmektedir: “*Yargılanmada hazır bulunması ve kendisini ya doğrudan ya da kendi seçtiği avukat yardımı ile savunması; ...*”.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) vermiş olduğu kararlarda, her ne kadar AİHS'te sanığın duruşmada hazır bulunmasına doğrudan doğruya yer verilmemiş olsa da adil yargılanma hakkının yorumu yoluyla sanığın böyle bir hakka sahip olduğunu kabul etmektedir⁶⁹.

AİHS m.6'nın yorumu yoluyla, duruşmada sanığın hazır bulunması teminat altına alınmakla birlikte, sanığın yokluğunda duruşma yapılması peşinen yasaklanmamaktadır. Buna göre, duruşmada hazır bulunmak için kendine düşeni yerine

⁶⁷ YILDIZ, Mehmet Emre, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir 2019, s.510-511.

⁶⁸ Türkiye Cumhuriyeti söz konusu Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 Tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 Tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5851 sayılı kararıyla Sözleşme'nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 tarihli ve 25175 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁹ DAHM, Georg / DELBRÜCK, Jost / WOLFRUM, Rüdiger, Völkerrecht, Band I/3, De Gruyter Recht, 2. Auflage, Berlin 2002, s.1022; İNCEOĞLU, Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.243. Çalışmamızda bahsettiğimiz kararlardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi de AİHM tarafından savunulan bu görüşe taraftardır.

getirmeyen sanığın, bu *hakkından* zımnen vazgeçtiği düşünülerek yokluğunda duruşma yapılabilecektir. Ancak, duruşmada hazır bulunma hakkının savunma ve dolayısıyla adil yargılamadaki önemi nedeniyle sanığın bu haktan vazgeçmesinin, *tereddüte yer vermeyecek derecede açık olması* ve bunun aynı zamanda *kamu yararına aykırı da olmaması* gerekir. Şayet sanık, kendi kusuruyla veya bilerek savunma hakkını kullanmaktan mahrum kalmışsa, AİHS m.6/3-c hükmünün ihlal edildiğinden bahsedilemez. Ayrıca AİHS m.6/3-c hükmü, sanığın kaçak olduğu veya başka bir nedenle kendisine ulaşmanın mümkün bulunmadığı durumlarda, ulusal mevzuatın sanığın yokluğunda yargılama yapılmasını kabul etmesine engel değildir. Ancak bu gibi hallerde, sanığı durumdan haberdar etmek için (AİHS m.6/3-a) mahkemenin her yolu ciddi şekilde denemiş ve her türlü tedbiri almış olması gerekmektedir⁷⁰.

AİHM 2006 yılında vermiş olduğu *Sejdovic v. İtalya* kararında⁷¹ da sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının AİHS m.6/1’de açıkça düzenlenmiş olmasa da AİHS m.6/1 anlamında adil yargılanma hakkının bir parçası olduğuna vurgu yapmıştır. AİHM’e göre sanığın, aleyhine başlatılan bir ceza davasında “*bir suç ile itham edilen herkes*” kapsamında ele alınması ve bu kapsamda duruşmada hazır bulunmasının sanığa verilmiş bir hak olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. AİHM’e göre AİHS m.6/3-c, d, e bentlerinde yer alan hakların, sanığın hazır bulunmadığı bir duruşmada hayata geçirildiğinden bahsedilmesi mümkün değildir.

C. Basit Yargılama Usulünde Sanığın Yokluğunda Duruşma Yapılması ve Mahkûmiyet Kararı Verilmesi Meselesi

7188 sayılı Kanun’la CMK’ya getirilen ve yukarıda da kısaca bahsedilen basit yargılama usulü inceleme konusuyla alakalı çok önemli düzenlemeler getirmiştir. Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesi durumunda duruşma yapılmamakta, yalnızca tarafların beyan ve savunmaları alınmakta, sonrasında ise kural olarak mahkeme tarafından CMK m.223’te belirtilen hüküm çeşitlerinden birisine -ki buna mahkûmiyet de dahil- hükmedilmektedir (CMK m.251). Her ne kadar mahkemenin, sanığın savunmasını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesini istemesi -*çok iyimser bir yorumla*- sorgu olarak nitelendirilmek istense bile, sorgunun mahkeme huzurunda olması gerekmesi ve CMK m.147’deki yöntemin takip edilmesi zorunluluğu karşısında mümkün değildir. Bu kapsamda duruşma yapılmadığı için yokluğunda, sorgusu yapılmadığı için sorguya çekilmeden⁷² sanığın mahkûm edilmesi söz konusu olmaktadır ki, bunun CMK’da benimsenen sistemde kabul edilebilmesi mümkün gözükmemektedir.

⁷⁰ DAHM / DELBRÜCK / WOLFRUM, s.1022; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma”, AÜSBFD, Yıl: 1994, Cilt: 49, Sayı: 1, s.225.

⁷¹ AİHM, Büyük Daire, *Sejdovic v. Italy*, Karar Tarihi: 01.03.2006, Başvuru No: 56581/00, §81 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72629>).

⁷² Aslında benzer bir durum, 7188 sayılı Kanun’la CMK’ya dahil edilen yeni kurumlardan birisi olan “seri muhakeme usulü” (CMK m.250) bakımından da söz konusudur. Bu usulde Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep edecek; sonrasında ise mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra şartları oluşmuşsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kuracaktır. Her ne kadar maddede teknik anlamda sorgudan değil, “*dinleme*”den bahsedilmiş olsa da sonuçta şüphelinin usulüne uygun olarak görevli mahkemede savunmasını sözlü olarak -vasitasız bir şekilde- yapma imkanı tanınmış olduğundan bu nokta itibarıyla sanığın sorgusu yapılmadan hakkında hüküm verilip mahkûm olacağından bahsetmenin çok da mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Basit yargılama usulünde itirazı düzenleyen CMK'nın 252. maddesinin ikinci fıkrasında ise daha ilginç bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, CMK 251 uyarınca verilen hükme süresi içerisinde yapılan itiraz üzerine hüküm veren mahkemece duruşma açılır ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Hükümün devamında, *taraflar gelmese bile duruşmanın yapılacağı* ve daha da önemlisi *yokluklarında hüküm verilebileceği* belirtilmiştir. Buna göre kanun koyucu, basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda gerek hüküm verilmesi aşamasında gerek hükme itiraz sonrasında genel hükümlere göre yapılacak yargılama sırasında sanığın hazır bulunmasına ve sorgusunun yapılmasına gerek görmemiştir.

Sanığın yokluğunda kural olarak duruşma yapılmasını, sorgusu yapılmamışsa mahkumiyet kararı verilebilmesini yasaklayan kanun koyucunun, basit yargılama usulünün uygulandığı yargılamalarda CMUK'ta bile kabul edilmeyen sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesini kabul etmesini anlayabilmek açıkçası mümkün değildir. Bu nedenle doğru olmayan bu uygulamadan bir an önce dönülmesini ve basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda da sanığın sorgusunun yapılmasının zorunlu hale getirilmesi gerekmektedir. Şayet bu yapılmak istenmiyorsa en azından itiraz üzerine hüküm veren mahkemece genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilmesi ve taraflar gelmese bile duruşma yapılacağına ve yokluklarında hüküm verileceğine dair CMK'nın 252. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin kanun metninden bir an önce çıkarılması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi durumda çalışmada da üzerinde durulduğu üzere başta adil yargılanma ve savunma hakkı olmak üzere insan onurunun korunması dahil birçok temel hak ve ilkenin ihlali tehlikesi gündeme gelebilecektir.

D. Bölge Adliye Mahkemelerinde Yapılan Duruşmaya Sanığın Gelmemesi Halinde Davanın Sanığın Yokluğunda Bitirilebilmesi Meselesi

7188 sayılı Kanun'la CMK'da yapılan değişikliklerden birisi de istinafa ilişkin 282. maddededir⁷³. 282. maddenin birinci fıkrasına eklenen (f) bendinde, sanık, müdafii, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi halinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle (ki bunun kime anlatılacağı merak konusudur) *davanın yokluklarında bitirilebileceği*, ancak 195. madde hükmü saklı kalmak üzere, sanık hakkında verilecek cezanın, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır olması durumunda sanığın mutlaka dinlenmesi gerekeceği belirtilmiştir.

Yeni getirilen düzenlemenin kendi içinde çelişkiler barındırdığı ortadadır. Şöyle ki; bölge adliye mahkemesi yapacağı duruşma sırasında sanık hakkında ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır bir ceza vereceğini duruşmanın hemen başında

⁷³ Madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: “Maddenin birinci fıkrasına eklenen (f) bendiyle, istinaf aşamasında uygulanması kabul edilen istisnai hükümlerin kapsamı genişletilmektedir. Düzenlemeyle, sanık, müdafii, katılan ve vekili davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmezse, sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle duruşmanın sürdürülerek, yokluklarında davanın bitirilmesine imkan sağlanmaktadır. Ancak, sanık hakkında verilecek ceza, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır ise, her halde sanığın dinlenilmesi gerekecektir. /.../ Öte yandan, yapılan değişiklik, Kanunun 195 inci maddesinin bir istisnasını oluşturmayacağından, şartlarının bulunması halinde 195 inci madde hükümleri bu bent hükmüne bağlı olmaksızın uygulanabilecektir. /.../ Bu bent hükmünün uygulanabilmesi için çıkarılacak davetiyede gelinmediği takdirde yargılamanın yoklukta yapılacağı ve hüküm verileceği yazılacaktır.”

nasıl bilebilecektir? Şayet duruşma başlamadan bölge adliye mahkemesi sanık hakkında, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır bir ceza verme kabulüyle hareket etmekteyse, o durum bu çalışmanın konusunu aşan daha da büyük sorunları beraberinde getirecektir. Bu nedenle olması gereken, istinaf yargılaması sırasında, ilk derece mahkemesinde kabul edilen genel prensiplerden mümkün olduğunca uzaklaşmamaktır. Aksi takdirde geniş anlamda kovuşturma aşamasının farklı evreleri için farklı muhakeme usulleri uygulanması söz konusu olacaktır ki, bu da yargıya olan güveni ve adil yargılanma hakkının ihlali tartışmalarını beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle yapılacak bir yasal değişiklikle CMK m.282/1-f'nin madde metninden çıkarılmasının ve önceki yönetime dönülmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

E. Görevsizlik Kararı Verilmesine İlişkin Özel Durumlar

Bu başlık altında tartışılacak mesele, sanığın olmadığı bir duruşmada, suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle davayı gören mahkemenin görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye göndermesinin mümkün olup olmayacağıdır.

CMK'ya göre alt dereceli mahkemenin iddianamenin kabulünden sonraki her aşamada görevsizlik kararı verip dosyayı üst dereceli mahkemeye gönderme imkanı varken; üst dereceli mahkeme yalnızca iddianamenin kabulünden sonra duruşmadan önce görevsizlik kararıyla dosyayı alt dereceli mahkemeye gönderebilecektir (CMK m.4-6).

İlk durumda, yani örneğin asliye ceza mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gereken bir durum olduğunu tespit etmesi halinde verilecek görevsizlik kararıyla yargılamanın ağır ceza mahkemesinde yapılması gündeme gelebilecektir. Her ne kadar ağır ceza mahkemesindeki yargılamanın daha teminatlı olduğu ileri sürülebilirse de ağır ceza mahkemesinin tabi olduğu yargılama usulünün (örneğin tutukluluk süreleri) asliye ceza mahkemesine oranla sanık açısından daha ağır sonuçları olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle kanaatimizce, iddianamenin kabulünden sonra tensip kararıyla görevsizlik kararı verilmemesinin; duruşmaya başladıktan sonra ve sanığın sorgusu gerçekleştirildikten sonra görevsizlik kararı verilerek dosyanın ağır ceza mahkemesine gönderilmesinin daha doğru bir uygulama olacağını düşünmekteyiz. Ayrıca böyle bir uygulama, tabii hakim ilkesinin ve adil yargılanma hakkının da ihlali iddialarının önüne geçecektir. Her ne kadar CMK m.206/1'de, sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konmasına engel görülmemekteyse de bu düzenlemenin, sanığın yokluğunda görevsizlik kararı verilebileceği şeklinde bir yoruma gerekçe olarak kullanılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Buna karşın ikinci ihtimalde, yani ağır ceza mahkemesinin, görevsizlik kararı vererek dosyayı asliye ceza mahkemesine göndermesinin mümkün ve yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Böyle bir uygulamanın sanığın aleyhine bir durum yaratacağı söylenemez; çünkü burada sanığın, madde bakımından yetki kuralları dikkate alındığında, daha az bir ceza ile cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Daha da önemlisi, ağır ceza mahkemesinin görevsizlik kararı veremeyeceği tek durum, CMK m.6'da belirtildiği üzere, duruşmada suçun hukuki niteliğinin değişmesidir. Başka bir ifadeyle CMK m.6'nın amir hükmü gereği ağır ceza mahkemesi duruşmaya başladıktan sonra görevsizlik kararı veremeyecektir. Ancak duruşma hazırlığı alt evresinde, yani

iddianamenin kabulü kararı verdikten sonra, duruşma başlamadan önce, yargılama konusu fiilin, asliye ceza mahkemesinin görev alanına girdiğinden bahisle görevsizlik kararı verilebilmesine engel bir durum yoktur⁷⁴. Bu kapsamda duruşma hazırlığı alt evresinde yani iddianamenin kabulünden sonra ancak duruşma başlamadan önce, duruşmaya ilişkin bir düzenleme öngören CMK m.193/1 hükmünün uygulanması mümkün olmayacak ve ağır ceza mahkemesi tensip kararıyla görevsizlik kararı verip dosyayı asliye ceza mahkemesine gönderebilecektir.

Konuyla ilgili cevaplandırılması gereken sorulardan bir diğeri de görevsizlik kararı üzerine dosya kendisine gelen üst dereceli mahkemenin, sanığın yeniden sorgusunu yapmasının gerekip gerekmediğidir. Kanaatimizce CMK m.7'nin açık hükmü karşısında, yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hakim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüz sayıldığından, görevsiz mahkemede yapılan sorgu da hükümsüz sayılmalıdır. Bu kapsamda görevsiz mahkemede sanığın sorgusunun yapılmış olması, usulüne uygun yapılmış bir sorgunun varlığına sebebiyet vermeyeceğinden sanığın görevli mahkemede hazır bulundurulması ve sorgusunun yeniden yapılması gerekmektedir. Aksi durumda CMK m.194/2 uyarınca sanığın yokluğunda davanın bitirilebilmesi mümkün değildir. Sanığın sorgusunun görevli mahkemede yapılmamış olması CMK m.193/2'nin uygulanmasına engel değildir.

III. İCRA CEZA MAHKEMELERİNDE UYGULANAN ÖZEL YARGILAMA USULÜ BAĞLAMINDA SANIĞIN YOKLUĞUNDA (IN ABSENTIA) DURUŞMA YAPILMASI VE MAHKÛMİYET KARARI VERİLMESİ MESELESİ

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) düzenlenen ve takibi şikayete bağlı bulunan icra ve iflas suçlarıyla ilgili CMK'daki genel muhakeme prosedüründen ayrı özel bir muhakeme usulü belirlenmiş bulunmakta olup⁷⁵ bu suçlarla ilgili olarak öncelikle İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan özel muhakeme usulü uygulanacaktır⁷⁶.

İcra ve iflas suçlarının yargılaması, diğer suçların yargılamasına göre daha basit ve hızlı bir şekilde İİK'da belirtilen usul ve esaslara göre yapılacaktır⁷⁷. Bununla birlikte icra ceza mahkemesinde yürütülen yargılama da özü itibarıyla bir ceza yargılaması olduğundan⁷⁸ İİK'da hüküm bulunmayan durumlarda, takibi şikayete bağlı suçların yargılaması bakımından CMK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁷⁹.

⁷⁴ Benzer yönde görüş için bkz. ŞAHİN, I, s.238; YURTCAN, s.160; TAŞKIN, Mustafa, "Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkileri", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Ocak 2016, Sayı 7, s.1038.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERCAN, İsmail, Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Suçları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.23 vd.; GÜNAY, Mehmet, İcra Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.177 vd.

⁷⁶ YCGK, 08.12.2009 T., 2009/16-139 E., 2009/283 K. (www.kazanci.com.tr)

⁷⁷ GÜNAY, s.177.

⁷⁸ "Bununla birlikte İcra ve İflas Kanununda kendine özgü bir yargılama sistemi öngörülmüş olması, bu kanunda düzenlenen suçlara ilişkin yapılan yargılama işlemlerinin ceza yargılaması faaliyeti olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu kanunda aksine sınırlayıcı hüküm bulunmadığı hallerde ceza yargılamasının 'usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda, somut gerçeğin her türlü kuşku'dan uzak bir biçimde kesin olarak saptanması' amacı ve 'adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm yasal kanıtların araştırılıp tartışılması' zorunluluğu, İİK'nda düzenlenen

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır: İİK’da icra ve iflas suçlarına ilişkin getirilen özel muhakeme usulü, *yalnızca şikayete bağlı* icra ve iflas suçları hakkında uygulama alanı bulabilecektir. Başka bir deyişle şikayete bağlı olmayan yani re’sen soruşturulan ve kovuşturulan icra ve iflas suçları bakımından CMK’daki genel soruşturma ve kovuşturma usulleri uygulanacaktır⁸⁰.

İcra ve iflas suçlarıyla⁸¹ ilgili yargılama genel görevli mahkemelerde değil icra ceza mahkemelerinde gerçekleştirilmekte (İİK m.346/3); yetkili icra ceza mahkemesi, icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkeme olmakta (İİK m.348); şikayet⁸² ise fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılmaktadır (İİK m.347).

Duruşma hazırlığı, duruşma ve hüküm aşamaları bakımından da İİK’da, CMK’dakinden farklı özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Buna göre, yargılamanın yapılabilmesi için iddianame düzenlenmesi değil şikayetçinin dilekçeyle veya yazılı beyanla icra ceza mahkemesine müracaatta bulunması gerekmektedir. Şikayet dilekçesini alan icra mahkemesi duruşma için bir gün tayin eder ve sanığa davetiye gönderir. Tanık gösterilmişse o da çağırılır. Şikayetçi ve sanık mahkemece belirlenen gün ve saatte icra ceza mahkemesine gelmeye veya vekil ve müdafii göndermeye mecburdurlar. İcra ceza mahkemesi gerek duyarsa, tarafların bizzat hazır bulunmalarını da emredebilir. Sanık duruşmaya gelmez ve müdafii göndermezse veya bizzat bulunmasına gerek görülürse zorla getirilir. Eğer sanık zorla getirilemezse yargılama gıyabında yapılır. Şikayetçinin duruşmaya gelmemesi ve vekil de göndermemesi durumunda ise şikayet hakkı düşer (İİK m.349). İcra ceza mahkemelerindeki duruşmalarda Cumhuriyet savcısı hazır bulunmaz (İİK m.350/2). Şikayetçi, göstermiş olduğu delillerle bağlıdır (İİK m.351/1); sanık, tevsi tahkikat talebini yalnızca bir kere isteyebilir (İİK m.351/2). İcra ceza mahkemesi, şikayetçi ve sanığın iddia ve savunmalarını dinledikten, bütün delilleri değerlendirdikten sonra beş gün içinde hükmünü açıklar (İİK m.352/1).

İcra ceza mahkemelerinden hükmolunan hapis cezaları kural olarak seçenek yaptırımlara çevrilebilir, ertelenebilir veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

İcra ceza mahkemelerinin vermiş olduğu hükümlerle ilgili olarak CMK’nın kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanacaktır (İİK m.353/2). Buna göre, icra ceza mahkemesinin İİK’da yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlere karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurabilmek kural olarak mümkündür.

suçlara ilişkin yapılan yargılamalarda da aynen geçerlidir.” CGK, 02.12.2014 T., 2013/472 E., 2014/533 K. (Kaynak: www.karararamayargitay.gov.tr)

⁷⁹ CGK, 02.12.2014 T., 2013/472 E., 2014/533 K. (www.karararamayargitay.gov.tr). Benzer görüş için bkz. GÜNAY, s.177, 194.

⁸⁰ GÜNAY, s.177, 194, 196.

⁸¹ Buna karşın hileli ve taksirli iflas suçları TCK m.161 ve 162’de düzenlenmiş olup bu suçlardan dolayı yargılama genel görevli mahkemelerde ve CMK’ya göre yapılmaktadır.

⁸² İcra ve iflas suçlarının büyük çoğunluğunun şikayete bağlı olduğu görülmektedir. Şikayete bağlı bu suçlar için bkz. ERCAN, s.28-30.

İcra ceza mahkemelerindeki yargılamaların duruşmalı olarak yapılması gerekmektedir. Bu nedenle icra ceza mahkemelerinde duruşma açılmaksızın dosya üzerinden karar verilebilmesi mümkün değildir.⁸³

Konumuz açısından önem taşıyan ve üzerinde durulacak düzenleme İİK m.349/5 hükmüdür. Söz konusu düzenleme uyarınca, çağrı kağıdının sanığa usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesine rağmen sanığın gelmemesi halinde yargılamanın sanığın gıyabında görüleceği (yapılacağı) kabul edilmektedir.

Uygulamada, çağrı kağıdının sanığa hiç tebliğ edilmemesi veya usulsüz tebliğ edilmesi durumunda sanığın yokluğunda mahkumiyet hükmü kurulamayacağı ifade edilmektedir⁸⁴. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinin beşinci fıkrasında özel düzenleme bulunmasına rağmen, sanığa CMK'nın 195. maddesindeki şerhi içeren duruşma davetiyesi tebliği ile yetinilerek karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır⁸⁵.

İİK m.349/5'te bahsi geçen "...*muhakeme gıyabında görülür.*" ifadesindeki *gıyap* ifadesinden anlaşılması gereken *yokluk* olup, bunun CMK m.244-246'da düzenlenen ve sanığın yokluğunda yargılama yapılabilecek durumlardan birisi olan *gaiplik* müessesesi ile karıştırılmaması gerekmektedir.

Her ne kadar uygulamada ve doktrinde gerek CMK gerek CMUK döneminde, İİK m.349/5'teki bu ifadeden hareketle, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebileceği şeklinde bir sonuç çıkartılmaktaysa da çalışmanın önceki bölümünde ayrıntılı olarak ifade olunduğu ve aşağıda da ayrıca izah olunacağı üzere, kanaatimizce bunun kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Tam bu noktada şu önemli hususa değinmekte de yarar görmekteyiz: Acaba, icra ceza mahkemelerinde takibi şikayete bağlı suçların yargılamasında CMK m.193, 194 ve 195'in uygulanma imkanı var mıdır?

Sondan başlayacak olursak, CMK m.195'in icra ceza mahkemelerindeki takibi şikayete bağlı suçların yargılamasında uygulanma olanağının olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca İİK m.349/5'in CMK m.195'e göre özel norm olması dikkate alındığında, icra ceza mahkemelerinde şikayete bağlı suçların yargılamasında CMK m.195'in uygulanmasının mümkün olmadığını ifade edebiliriz. Farklı kanunlarda yer alan bu iki düzenleme arasındaki en temel fark, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için CMK m.195'te suçun adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektirmesi şart koşularken, İİK m.349/5'te böyle bir sınırlandırmaya yer verilmemiş olması başka bir ifadeyle hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesinin mümkün olmasıdır.

CMK m.194'ün ise icra ceza mahkemelerindeki takibi şikayete bağlı suçların yargılamalarında uygulanmasında herhangi bir sorun olmadığını düşünüyoruz.

⁸³ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. CD, 20.02.2018 T., 2017/4629 E., 2018/431 K. Akt. **ERCAN**, s.49.

⁸⁴ Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 5. CD, 16.02.2018 T., 2017/501 E., 2018/389 K. Akt. **ERCAN**, s.50.

⁸⁵ 19. CD, 28.11.2017 T., 2015/24733 E., 2017/10178 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr)

CMK m.193/2'nin de icra ceza mahkemelerinde uygulanmasında herhangi bir engel olmadığını, bu kapsamda icra ceza mahkemesinin topladığı delillere göre sanığın sorgusu yapılmamış olsa bile yokluğunda beraat kararı verilebileceğini düşünmekteyiz.

Bizim de eleştirdiğimiz ve İİK m.349/5 uyarınca sanığın yokluğunda yargılama yapılması (ve sonrasında mahkumiyet kararı verilmesi) meselesi Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Burada yapılan tartışmaların temelinde İİK m.349/5 uyarınca sanığın yokluğunda yargılama yapılabilmesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı sorusu yatmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararları incelemeye geçmeden önce, söz konusu kararlarda yalnızca *in absentia* yargılamanın mümkün olup olmadığıyla ilgili değerlendirmelere yer verildiğini söylemek istiyoruz. Zira Anayasa Mahkemesi aşağıda inceleyeceğimiz her iki kararda da konuyu yalnızca yoklukta yargılama noktasında ele almış, yoklukta mahkumiyet kararı verilebilmesi meselesine ise hiçbir yerde değinmemiştir. Bununla ilgili değerlendirmelerimize söz konusu kararı inceledikten sonra yer vereceğiz.

Anayasa Mahkemesi 2008 yılında verdiği kararda⁸⁶ sanığın usulüne uygun olarak yapılan bildirimlere karşın mahkemeye gelmemesinin veya avukat göndermemesinin duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçtiği anlamına geleceğini ve bu nedenle İİK m.349'u Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Kararda özetle şu tespitlerde bulunulmuştur:

“İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinde, şikâyetçi ile sanığın mahkeme tarafından belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmek veya vekil göndermek zorunda oldukları, hâkimin gerektiğinde tarafların bizzat hazır olmasını isteyebileceği, sanığın başka yerde ikamet etmesi durumunda istinabe yoluyla sorguya çekileceği, sanığın, şikâyeti alanın veya istinabe edilenin hâkim huzuruna gelmemesi veya müdafî göndermemesi durumunda ve gerekli görülmesi halinde zabıta aracılığı ile getirileceği belirtilmiştir. /.../ Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. /.../ Savunma hakkı adil yargılanmanın esaslı unsurlarındandır. Yargının temel görevi ve yargılama süreci sonucunda beklenen sonuç adaletin sağlanmasıdır. Bu sonuç, haklı ve haksızın ayırt edilmesi, sakat işlemin ortadan kaldırılması, uğranılan zararın giderimi veya sanığın cezalandırılması şekillerinde ortaya çıkabilir. Usulüne uygun biçimde yapılan tebligata karşın, kendini savunmak için mahkemeye gelmeyen kişinin savunma hakkından vazgeçtiğinin kabulü gerekeceği gibi, duruşmaya filen gelmemek suretiyle yargılamanın devamının ve beklenen adalet ve yargısal sonucun elde edilmesine mani olunmaması gerektiği de hukuk devleti ilkelerindedir. /.../ İtiraz konusu kural, yargılamanın sanığın gıyabında görülmesini çeşitli koşullara bağlamıştır. Öncelikle, sanığa celpname gönderilmesi, tanık gösterilmiş ise onun da mahkemeye getirilmesi gerekmektedir. Yasa her iki tarafın da belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmelerini zorunlu tutmuş, İcra Mahkemesine tarafların vekil aracılığı ile değil, bizzat hazır bulunmalarını da isteyebilme yetkisi vermiş, sanığın başka bir yerde ikamet etmesi halinde de istinabe yolu ile sorguya çekilmesini öngörmüştür. Sanık bildirimlere karşın icra mahkemesinin huzuruna gelmez veya müdafî göndermez ise mahkeme zabıta aracılığı ile de sanığı getirtebilecektir. Yargılamanın sanığın yokluğunda görülmesi tüm

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, 28.02.2008 T., 2006/71 E., 2008/69 K., R.G. Tarih-Sayı: 16.04.2008-26849.

bu aşamalardan geçildikten sonra gerçekleştirilebilecektir. Sanığın usulüne uygun olarak yapılan bildirimlere karşın mahkemeye gelmemesi veya avukat göndermemesi, duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçtiği anlamına gelir. Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırı görülmemiştir.”

Anayasa Mahkemesi yapılan bir bireysel başvuru üzerine 2017 yılında verdiği bir diğer kararda⁸⁷, 2008 yılında verilen yukarıdaki karara gönderme yaparak, benzer tespitlerde bulunmuştur:

“Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın atıfta bulunduğu 349. maddenin beşinci fıkrasına göre, mezkûr suçtan dolayı açılan davalarda sanığın duruşmaya gelmediği veya müdafî göndermediği takdirde yokluğunda yargılama yapılmasının sanığın etkili bir şekilde savunma yapmasını engellediği ileri sürülmekte ise de sanığın gıyabında yargılanmasını öngören kuralın iptali talebiyle daha önce Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuş ve başvuru Mahkemenin 28.2.2008 tarihli ve E.2006/71, K.2008/69 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Kararda, sanığın usulüne uygun olarak yapılan bildirimlere karşın mahkemeye gelmemesi veya avukat göndermemesi, duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçtiği anlamına geldiğinden, bildirimlere karşın icra mahkemesinin huzuruna gelmemesi, müdafî göndermemesi ve zabıta aracılığı ile de getirilememesi durumunda yokluğunda yargılama yapılmasında adil yargılanma hakkına aykırı bir husus bulunmadığı ifade edilmiştir.” (§66)

Dikkat edilecek olursa Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu her iki kararda da yalnızca sanığın yokluğunda yargılama yapılabilmesi meselesine değinmiş ve bunun Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak Mahkeme'nin verdiği her iki kararın hiçbir yerinde yokluğunda yargılama yapılabileceği kabul edilen sanık hakkında aynı zamanda mahkumiyet kararı da verilebilmesinin mümkün olduğuna dair bir tespitte yer verilmediğini görmekteyiz. Kanaatimizce, şayet Anayasa Mahkemesi burada yalnızca sanığın yokluğunda yargılama yapılabilmesinin mümkün olduğunu, buna karşın sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesinin mümkün olmadığını düşünseydi, buna her iki kararda buna bir şekilde mutlaka değinirdi. Bizce Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir tespitte bulunmamasının temelinde, Mahkeme'nin, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi kavramı ile sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesi arasındaki farkı gözden kaçırmış olması yatmaktadır. Gerçekten de çalışmanın önceki bölümlerinde de incelendiği üzere gerek yargı kararlarında gerek literatürde sanığın yokluğunda duruşma yapılması ile yokluğunda duruşma yapılan sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilmesi meselesi arasında olması gereken ayrıma hak ettiği önem verilmemiş, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilen her durumda mahkumiyet kararı da verilebileceği görüşü tartışmasız bir şekilde kabul edilmiştir. Bu nedenle mevcut çalışmanın literatüre tek katkısı bu hususun tartışmaya açılması noktasında kalsa bile, beklenen amacın gerçekleşeceği söylenebilir.

CMK'nın 193, 194 ve 195. maddeleri ile İİK'nın 349. maddesine bakıldığında farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. CMK'nın 193. maddesinde “...duruşma yapılmaz.” ve “...dava yokluğunda bitirilebilir.” denilirken, 194. maddesinde “...dava yokluğunda bitirilebilir.”, 195. maddesinde ise “...duruşma yapılabilir.” denilmektedirken İİK m.349/5'te ise “...muhakeme gıyabında görülür.” denilmektedir.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, 26.07.2017 T., 2016/191E., 2017/131 K., R.G. Tarih-Sayı: 10.10.2017-30206.

Buna göre kanun koyucunun CMK ve İİK'da kullanmış olduğu duruşma yapılması/muhakemenin gıyapta görülmesi ile davanın bitirilmesini yani hüküm verilmesini farklı anlamlarda kullandığı ortadadır ki bunu bir önceki bölümde de ayrıntılı olarak ortaya koymuştuk. Duruşma yapılması veya muhakemenin gıyapta görülmesinden kasıt, yargılama şartlarından birisi olan sanığın hazır bulunması kuralına getirilmiş bir istisnaya vurgu yapmaktır. Buna göre bu istisnanın söz konusu olduğu durumlarda yapılabilecek muhakeme işlemi yalnızca duruşma yapılması olmalıdır. Başka bir ifadeyle mahkeme yalnızca yargılama yapabilecek bu kapsamda delilleri tartışabilecek, toplanan delilleri değerlendirebilecek, diğer ceza muhakemesi işlemlerini yapabilecek ancak hüküm verme alt evresine geçemeyecektir. Buna göre CMK'nın kabul ettiği sistemde -hukuk sistemimize 7188 sayılı Kanun'la getirilen yeni istisnalar haricinde- sanığın yokluğunda yapılabilecek tek işlem, şartların varlığı halinde, yargılama veya kanunun ifadesiyle duruşmadır.

Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarına rağmen bizim de farklı gerekçeyle katıldığımız bir görüşe göre⁸⁸ sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına olanak sağlayan İİK m.349/5'teki düzenleme Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen savunma hakkına açıkça aykırılık teşkil etmekte olup Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir. Zira CMK m.195 ile karşılaştırılacak olursa İİK m.349/5'in hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını kabul etmiş olmasını kabul edebilmenin mümkün olmadığı rahatlıkla belirtilebilir. Ayrıca uygulamada sanığın yokluğunda yalnızca duruşma yapılmadığı aynı zamanda mahkûmiyet kararı da verildiği dikkate alındığında İİK m.349/5'in ne kadar yanlış yorumlanan bir madde olduğu anlaşılabilir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere ceza muhakemesine egemen olan birçok ilkenin takibi şikayete bağlı icra ve iflas suçlarından dolayı yapılan yargılamalarda uygulanmıyor olması çok önemli bir eksikliktir. Bu kapsamda özgürlüğü bağlayıcı hapis cezasına bile hükmedebilme yetkisine sahip icra ceza mahkemelerinde re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasının kanun tarafından yasaklanmasının (İİK m.351), çağdaş ceza muhakemesine egemen olan anlayışla *kan uyumsuzluğu* içerisinde olduğunu ifade edebiliriz. Bu kapsamda İİK'da düzenlenen ve takibe şikayete bağlı olan icra ve iflas suçlarının da CMK'daki genel yargılama usulüne tabi kılınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yine, duruşma açma zorunda bulunan icra ceza mahkemesinin, İİK'daki özel muhakeme usulleri saklı kalmak üzere, CMK'daki yargılamaya ilişkin genel hükümlerle bağlı olacağı hususu dikkate alındığında, CMK'nın duruşmaya ilişkin 182 vd. maddelerinin de icra ceza mahkemesi tarafından uygulanmasında zorunluluk bulunduğunu savunmaktayız.

Son olarak yukarıdaki bölümde genel yargılama usulüyle ilgili olarak söylediğimiz, CMK m.289/1-e hükmünün, İİK m.353/2 yollamasıyla (CMK'nın kanun yollarına ilişkin hükümlerinin icra ceza mahkemeleri tarafından verilen hükümler bakımından da uygulanacağı) icra ceza mahkemelerinde yapılan yargılamalarda da uygulama alanı bulacağını, bu kapsamda duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin

⁸⁸ GÜNAY, s.198-199.

yokluğunda duruşma yapılmasının hukuka kesin aykırılık hali sayılması gerektiğini ifade edebiliriz.

SONUÇ

Çalışmada ağırlıklı olarak *in absentia* duruşma yapılmasının mümkün olup olmadığı ile *in absentia* mahkumiyet kararı verilebilip verilemeyeceği sorularına cevap aranmıştır. Bu kapsamda varılan sonuçlardan bazıları şu şekilde özetlenebilir:

Sanığın duruşmada hazır bulunması sanık bakımından hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Sanık duruşmada hazır bulunmak suretiyle hem savunma hakkını aktif bir şekilde kullanabilmekte hem de bu yolla sanığın hukuki dinlenilme hakkı teminat altına alınmış olmaktadır. Gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlayan ceza muhakemesinde kural olarak sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi ve -şayet önceden sorgusu yapılmamışsa- yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesi mümkün değildir.

Çalışmada savunulan konseptte, sanığın duruşmada hazır bulunması ve sorgusu yapılmayan sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilememesi, devletin sahip olduğu cezalandırma ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve bu da devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturmaktadırlar. Böylelikle devlet, kural olarak sanığın yokluğunda yargılama yapıp sorgusunu yapmadan mahkumiyet kararı verebilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu kurullarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Yine bu yolla sanığın yargılamanın *objesi* olmasının önüne geçilip, yargılamaya şekil verebilen bir *süje* konumuna getirilmesi ve böylelikle de insan onurunun korunması ilkesinin ve bu ilke ile yakından bağlantılı hukuki dinlenilme hakkının aktif bir şekilde hayata geçirildiğini de ifade edebiliriz.

CMK'da sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralının çeşitli istisnaları bulunmaktadır. Doktrinde dört başlık altında sınıflandırılan bu istisnalara, 7188 sayılı Kanun'la CMK'da yapılan değişiklik sonrası iki istisnanın daha eklendiğini düşünmekteyiz:

-Basit yargılama usulünün uygulandığı durumlar (CMK m.251 ve özellikle m.252/2),

-İstinaf mahkemesindeki duruşmada tebligata rağmen sanığın hazır bulunmaması (CMK m.282/1-f).

7188 sayılı Kanun değişikliğinden önce zaten önemli bir sorun olan sanığın sorgusunun yapılmadığı durumlarda mahkumiyet kararı verilebileceğine dair uygulamada ve literatürde taraftar toplayan görüş, bu değişiklikten sonra *farklı bir mecrada* ve kanaatimizce çok hatalı bir şekilde yasal zemine kavuşmuş gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesiyle ilgili 2015 yılında vermiş olduğu bir kararda, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının olup olmadığıyla ilgili karar verilebilmesi için yargılamanın sonucunda bir değişiklik olup olmayacağına bakılması gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği bu görüşün herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Zira konuyu düzenleyen CMK'da sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek haller ve bunun şartları açıkça gösterilmiş olup Anayasa Mahkemesi'nin kararında esas aldığı *yargılamanın sonucunda bir değişiklik olmayacağını açıkça belli olması* şeklinde bir kritere

CMK'nın hiçbir yerinde vurgu yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca bu kriterin neye göre ve nasıl belirleneceği de bir başka soru işareti olduğundan kararda kullanılan gerekçenin yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

CMK'nın ilgili maddeleri incelendiğinde, sanığın yokluğunda duruşma yapılması ile sanığın yokluğunda hüküm verilmesinin farklı anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda örneğin, CMK m.193 ve 194'te "...*dava yokluğunda bitirilebilir.*" denirken 195. maddede ise davanın sanığın yokluğunda bitirilebileceğinden değil "...*duruşma yapılabilir.*" ve "...*duruşmanın yapılacağı...*" şeklinde formülasyondan yararlanılmıştır.

CMK m.195'te kanun koyucu, sanığın üzerine atılı suç adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektirmekte ve sanığa gönderilen çağrı kağıdında sanık gelmese bile duruşma yapılabileceği ihtarata yazılmış olursa sanığın yokluğunda duruşmanın yapılabilmesini kabul etmiştir. Doktrinde her ne kadar aksi yönde görüş hakim olsa da kanaatimizce 195. maddede aranan şartlar gerçekleşmişse mahkemenin yapabileceği tek muhakeme işlemi duruşma olacaktır; başka bir deyişle burada mahkemenin sanığın yokluğunda mahkûmiyet kararı verebilmesi mümkün değildir. Zira CMK'da kabul edilen sistemde duruşma ile hükmün verileceği hüküm verme birbirinden farklı alt evreler olarak düzenlenmiş olup, 195. maddede yalnızca duruşmanın yapılabilmesine imkan tanınmıştır; kanun koyucu aksini yani sanığın yokluğunda mahkûmiyet kararı verilebilmesini istemiş olsaydı madde metnini 193. maddenin ikinci fıkrasındaki benzer şekilde örneğin "...*sanık gelmese bile dava yokluğunda bitirilebilir.*" şeklinde bir formülasyonla kaleme alırdı diye düşünmekteyiz.

CMK m.193/2 çerçevesinde "*mahkûmiyet dışında bir karar*" ifadesi ile kastedilmek istenenin beraat, davanın reddi, davanın düşmesi, 223/3-b, c, d ve 223/4 uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca bu kapsam içerisine TCK m.32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmayan failler hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK m.223/3-a) ile birlikte verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararını da dahil edebilmek mümkündür.

Basit yargılama usulünün uygulandığı durumlarda duruşma yapılmamakta ancak mahkeme tarafından hüküm -ki buna mahkûmiyet de dahil- verilebilmektedir (CMK m.251). Bu yargılama usulünde, mahkemenin sanığın savunmasını istemesi teknik anlamda sorgu olarak nitelendirilemez. Burada duruşma yapılmadığı için sanığın yokluğunda, sorgusu yapılmadığı için de sorguya çekilmeden sanığın mahkûm edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu usulde hükme yapılacak itirazı düzenleyen CMK m.252/2'de ise verilen hükme süresi içerisinde yapılan itiraz üzerine hükmü veren mahkemece duruşma açılacağı ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunacağı ifade edilmiştir. Hükmün devamında, *taraflar gelmese bile duruşmanın yapılacağı* ve daha da önemlisi *yokluklarında hüküm verilebileceği* belirtilmiştir. Buna göre kanun koyucu, basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda gerek hüküm verilmesi aşamasında gerek hükme itiraz sonrasında genel hükümlere göre yapılacak yargılama sırasında sanığın hazır bulunmasına ve sorgusunun yapılmasına ihtiyaç duymamış ve sanığın yokluğunda yargılama yapıp mahkûmiyet kararı verilmesini kabul etmiştir. Kanaatimizce CMK'nın 252. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin kanun metninden bir an önce çıkarılması gerekmektedir. Aksi durumda başta adil yargılanma hakkı, savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı ve insan onurunun

korunması olmak üzere çalışmada üzerinde durulan birçok temel hak ve ilkenin ihlali tehlikesi gündeme gelebilecektir.

7188 sayılı Kanun’la CMK’da yapılan değişikliklerden bir diğeri de istinafa ilişkin 282. maddede olmuş ve maddenin birinci fıkrasına eklenen (f) bendinde, sanık, müdafî, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi halinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle (kime anlatılacağı merak konusu) *davanın yokluklarında bitirilebileceği* belirtilmiştir. Olması gereken, istinaf yargılaması sırasında, ilk derece mahkemesinde kabul edilen genel prensiplerden mümkün olduğunca uzaklaşmamaktır. Aksi takdirde geniş anlamda kovuşturma aşamasının farklı evreleri için farklı muhakeme usullerinin uygulanması söz konusu olacaktır ki bu da yargıya olan güveni ve adil yargılanma hakkının ihlali tartışmalarını beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle yapılacak bir yasal değişiklikle CMK m.282/1-f’nin madde metninden çıkarılmasının ve önceki yönteme dönülmesinin en sağlıklı yol olacağını düşünmekteyiz.

Çalışmada görevsizlik kararı verilmesine ilişkin özel durumlara da değinilmiş ve asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra tensip kararıyla görevsizlik kararı verilmemesinin; duruşmaya başladıktan sonra ve sanığın sorgusu gerçekleştirildikten sonra görevsizlik kararı verilerek dosyanın ağır ceza mahkemesine gönderilmesinin daha sağlıklı bir uygulama olacağı savunulmuştur. Böylelikle tabî hakim ilkesinin ve adil yargılanma hakkının ihlali iddialarının da önüne geçilir diye düşünmekteyiz.

Çalışmanın son bölümünde icra ceza mahkemelerinde uygulanan özel yargılama usulüne inceleme konusuyla sınırlı olmak üzere değinilmiştir.

İİK m.349/5’teki düzenleme uyarınca, çağrı kağıdının sanığa usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesine rağmen sanığın gelmemesi halinde yargılamanın sanığın gıyabında görüleceği (yapılacağı) kabul edilmektedir. İcra ceza mahkemeleri, İİK m.349/5’ten hareketle yalnızca sanığın yokluğunda duruşma yapmakla kalmamakta aynı zamanda sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı da vermektedirler. Bu kapsamda özellikle Çek Kanunu m.5’te düzenlenmiş bulunan, karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuyla ilgili olarak yapılan yargılamaların büyük bir kısmında sanıkların yokluğunda mahkumiyet kararı verildiği bilinmektedir. Her ne kadar bu suç tipi için adli para cezası öngörülmüş olsa da bunun ödenmemesi durumunda adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesinin söz konusu olacağı dikkate alındığında ne kadar önemli hak kayıplarına sebebiyet verilebileceği ortadadır.

Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, icra ceza mahkemelerinde sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Kanaatimizce sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına olanak sağlayan İİK m.349/5’teki düzenleme Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen savunma hakkına açıkça aykırılık teşkil etmekte olup bu nedenle bu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu söylenebilir. Zira CMK m.195’ten farklı olarak İİK m.349/5’in hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını kabul etmiş olmasını kabul edebilmenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Bu kapsamda şikayete bağlı icra ve iflas suçlarında bile hapis cezasına hükmedebilme yetkisine sahip icra ceza mahkemelerinde re’sen araştırma ilkesinin uygulanmasının kanun tarafından yasaklanmasının (İİK m.351), çağdaş ceza

muhakemesine egemen olan anlayışla *kan uyuşmazlığı* içerisinde bulunduğu, bu nedenle İİK’da düzenlenen ve takibe şikayete bağlı olan icra ve iflas suçlarının da CMK’daki genel yargılama usulüne tabi kılınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin: “Güvenlik Tedbirleri”, GÜHFD, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, ss.461-492.

BEKAR, Elif: “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m.223)”, İÜHFM, C. LXXV, S. 1, ss.15-60.

BEULKE, Werner: Strafprozessrecht, C.F. Müller, 11. Auflage, Heidelberg u.a. 2010.

DAHM, Georg / DELBRÜCK, Jost / WOLFRUM, Rüdiger: Völkerrecht, Band I/3, De Gruyter Recht, 2. Auflage, Berlin 2002.

DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)”, Terazi Hukuk Dergisi, 2020, 15 (1).

DERELİ, Alparslan: Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

ERCAN, İsmail: Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Suçları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

EREM, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, 2. Bası, Ankara 1968.

GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2018.

GÖKDEMİR, Muratcan, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde Soruşturma Usulü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

GRAF, Jürgen Peter (Hrsg.): Strafprozessordnung Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Nebengesetzen, 2. Auflage, München 2012.

GÜNAY, Mehmet: İcra Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

HANNICH, Rolf (Hrsg.): **Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung Mit GVG, EGGVG und EMRK**, 7. Auflage, München 2013.

İNCEOĞLU, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel Inceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

KESKİN, Serap: Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.

KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1974.

KÜHNE, Hans-Heiner: Strafprozessrecht, C.F. Müller, 8. Auflage, Heidelberg u.a. 2010.

KÜLÇÜR, Erdem İzzet: Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

LÖWE-ROSENBERG: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, De Gruyter, 27. Auflage, Band 6 (§§212-255a), Berlin-Boston 2019.

MEYER-GOBNER, Lutz / CIERNIAK, Jürgen: Strafprozessordnung, 53. Auflage, München 2010.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

PARLAR, Ali / ÖZTÜRK, Mustafa: Ceza Yargılamasında Mutlak Bozma Nedenleri, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018.

ROXIN, Claus: Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München 1998.

SATZGER, Helmut / SCHLUCKEBIER, Wilhelm / WIDMAIER, Gunter (Hrsg.): Strafprozessordnung, Köln 2014.

ŞAHİN, Cumhuri / GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ŞAHİN, Cumhuri / GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

ŞEN, Ersan: “Sanığın Yokluğunda Duruşma ve Hüküm”, <https://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html> (E.T. 02.02.2020).

ŞEN, Ersan: <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar> (E.T. 05.02.2020).

TANER, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBBD, Sayı: 53, Yıl: 2004, ss.191-215.

TAŞKIN, Mustafa: “Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkileri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Ocak 2016, Sayı 7, ss.1025-1059.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

YAŞAR, Osman: Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.