

CMUK TASARISI (2002) ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN*

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ*

Özet

Yeni bir ceza muhakemesi kanunu için yapılan çalışmalar sonucunda hazırlanan Öntasarı metni, Adalet Bakanlığı tarafından 2002 yılının başında üniversitelere gönderilmek suretiyle, bu Öntasarıyla ilgili görüş ve düşüncelerin Bakanlığa bildirilmesi istenmişti. Ancak belirtmek gerekir ki, bu talep, sadece bir şekilden ibaretti. Çünkü, Bakanlık yazısında söz konusu Öntasarıya ilişkin görüş ve düşüncelerin en geç iki ay içinde Bakanlığa bildirilmesi istenmişti.

Bu tarihten beri de söz konusu Öntasarıyla ilgili olarak kamuoyunda tatmin edici bir tartışma da yapılabilmiş değildir.

Buna rağmen, yeni hükümet, bazı küçük değişikliklerle bu Öntasarıyı bir kanun tasarısı olarak 3.12.2002 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk etmiştir.

Yazarlar, bu makalede söz konusu Ceza Muhakemesi Kanun Tasarısının bazı hükümleri hakkındaki eleştirel görüş ve düşüncelerini ortaya koymaktadırlar.

Zusammenfassung

Das Türkische Justizministerium hat in letzten Jahren einen Vorentwurf der Strafprozessordnung vorbereitet. Dieser Vorentwurf ist vervielfältigt und am Anfang 2000 an die Universitäten übermittelt, um ihre Meinungen über diesen Vorentwurf zu erhalten. Das war nur formelhaft, weil die Meinungen und Äußerungen in zwei Monaten an das Ministerium erreichen sollten.

Seit dieser Zeit ist keine ausreichende Diskussion über diesen Vorentwurf in der Öffentlichkeit entstanden. Trotz allem hat die neue Regierung diesen Vorentwurf in einigen Änderungen als Gesetzentwurf am 3.12.2002 an das Parlament übermittelt.

In diesem Artikel haben die Verfasser ihre kritische Äußerungen über

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

bestimmten Vorschriften dieses Gesetzentwurfes veröffentlicht.

Schlüsselbegriffe: StPO Vorentwurf, Gesetzaenderung

Anahtar Sözcükler: CMUK Tasarısı, Kanun Değişikliği

Giriş

Adalet Bakanlığınca 2000 yılında hazırlanan ve 372 maddeden oluşan CMUK Tasarısı (2000 Tasarısı), bazı değişikliklerle birlikte 387 maddelik bir metin olarak, 3.12.2002 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile TBMM'ne gönderilmiş bulunmaktadır (2002 Tasarısı).

Her iki Tasarı da, bazı terim ve kavram değişiklikleri, bazı maddelerin birleştirilmesi, yeniden düzenlenmesi ve bazı yeni maddeler eklenmesi dışında, büyük ölçüde aynıdır, biri diğèrinin devamı niteliğindedir. Bu nedenle, asıl olarak 2002 Tasarısı esas alınmak suretiyle değerlendirme yapılacak olmakla birlikte, değerlendirmelerimiz her iki Tasarı için de hemen hemen aynen geçerlidir.

Ancak buradaki değerlendirmelerimizin oldukça eksik olduğunu, gerek şekil gerekse esas yönünden her iki Tasarının da ayrıntılı bir biçimde tartışılması gerektiğini ifade etmek isteriz.

I. Temel Kanun Değişiklikleri ve Hukuk Kültürü

Halen yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK, kabul edildiği 1929 yılından bugüne kadar çok sayıda değişikliğe uğramıştır. Bunlardan, örneğin 1936, 1973, 1985 ve 1992 değişiklikleri geniş kapsamlı olup; bu yolla birçok hüküm kaldırılmış, değiştirilmiş veya yenileri öngörülmüştür. Böylece, hemen hemen bütün hükümleriyle birlikte 1877 tarihli Alman CMUK'ndan alınmış olan CMUK, adeta Türkleştirilmiştir⁹².

Bu arada hukuk, insan hakları, suçlulukla mücadele alanlarında ve anlayışlarında ortaya çıkan hızlı değişme ve gelişmeler, kanun koyucunun bu durumu yakından ve seri bir biçimde izlemesini zorunlu kılmaktadır. Batı ile bütünleşme yönünde yol almak isteyen Türkiye, bunun gereği olarak, ceza muhakemesi hukuku alanında da taahhütlerini yerine getirmek zorundadır.

Ancak bütün bu zorunluluklar, yeni bir CMUK'nu gerekli kılmakta mıdır? Bunun cevabı kısmen Tasarı(lar)da mevcuttur. Tasarıya bir bütün olarak bakıldığında; sistem değişikliğinin, köklü bir değişikliğin olmadığı görülmektedir. Yeni bazı kurumlar, maddeler eklenmiş, bazı maddelere küçük ilaveler yapılmış, bazı hükümlerin yeri değiştirilmiş (duruşmanın aleniliğine ilişkin hükümler gibi), fakat bir çok hüküm aynen, sistem ise maalesef bozularak muhafaza edilmiştir.

⁹² **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa R./**Özbek**, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2000, s. 32.

Yürürlükteki kanunun yetersiz olduğunu söylemek mümkünse de, tamamen ihtiyaca cevap vermediğini ifade etmek zordur. Yürürlükteki kanunun ancak % 20-40 kadar hükmünün uygulandığı, uygulamanın en tepesindeki yetkililer tarafından açıklanırken⁹³, en az % 60'ı uygulanmayan bir kanunun ihtiyaca cevap vermediği söylenebilir mi? Tasarı da, kanunlaştıktan sonra benzer bir durumla karşılaşırsa, yine en baştan yeni bir kanun mu yapılacaktır?

Cumhuriyetle birlikte farklı bir sistem tercihi bulunmuş olan Türkiye, hukuk kültürünün oluşumu ve birikimi konusunda müsrif davranmak lüksüne sahip değildir. Yaklaşık 80 yıllık hukuk kültür birikimi bir toplumda çok fazla değildir ve bunun titizlikle korunması gerekir. Bu konuda, kendimize örnek aldığımız ülkelere bakılması yeterlidir. Birçok önemli değişikliğe rağmen, 1877 tarihli Alman CMUK, sistematığı bozulmadan halen yürürlükte ise, bu, hukuk kültürüne saygının ve yerleşmiş bir hukuk kültürüne verilen önemin bir ifadesidir. Kanunun sistematığının bozulması ve yeni baştan maddeler numaralandırılarak bir kanun hazırlanması, o toplumdaki hukuk kültür ve birikimine yeterince değer verilmediğinin bir ifadesi olarak anlaşılabilir.

II. Tasarıda Kullanılan Dil

Özellikle 2000 Tasarısında kullanılan dil konusunda bir kafa karışıklığı içinde olduğu söylenebilir. Hukukun bu alanının kendine has, yerleşmiş kavram ve terimlere kimi zaman yer verilmiş, kimi yerde ise, zorlama olduğu hissi uyandıran sözcükler seçilmiştir. Maddelerin veya bölümlerin farklı kişiler tarafından kaleme alındığı ve komisyon üyelerinin dil konusundaki kişisel tercihlerinin Tasarıya yansıtılmak istendiği anlaşılmaktadır. Örneğin acele yerine “ivedi” (2002/45, 171; 2000/46, 161), masraf yerine “gider” (2002/46; 2000/47), talep yerine “istem” (2002/26 vd.; 2000/27 vd), tasdik, onay yerine “onam” (2000/164), mesken, ikametgah veya adres yerine “konut veya yerleşim yeri” (2000/177), gizli yerine “kapalı” (2002/188 vd.; 2000/180 vd.), aleni yerine bazen “açık” bazen “aleni” (2000/180/1 ve 3, 221) gibi tabirler kullanılırken, “tefhim”, “mehil” (2000 Tasarısı, Birinci Kitap, İkinci Kısım başlığı, m. 35 vd., 180, 183, 185, 235), “istinabe” “istinabe olunan mahkeme”, “naip”, “naip hakim” (2002/46, 217; 2000/47, 209), “ihzar” (2002/199; 2000/191), “ihzar müzekkeresi” (2002/46; 2000/47), “delillerin ikame edilmesi” (2002/198, 213 vd.; 2000/190, 205 vd.), “vareste tutulma” (2002/202; 2000/194), “avdet etmiş bulunma” (2002/233; 2000/225), “mahkûm” ve “mahkûmiyet” (2002/1, 242; 2000/234), “berâet” (veya “beraat”) (2002/242, 380; 2000/234, 363), “temyiz” (2002/317 vd.; 2000/304 vd.), “temyiz layihası” (2000/307, 313, 315, 316, 320), “adlî tevbih” (2002/334; 2000/321) gibi tabirlerin muhafaza edilmesi veya kullanılması bu kanaatimizi kuvvetlendirmektedir. Bazı

⁹³ Bu konuda açıklama, Yargıtay Başkanlığı döneminde sayın Sami Selçuk tarafından yapılmıştır.

hükümlerde ise, karşıt iki kavramın ard arda kullanılması gerektiğinde, “yararına veya aleyhine” gibi kavramlardan biri günümüz Türkçe’si diğeri eski Türkçe olarak kullanılmıştır (2002/326; 2000/313). “Aleyh” sözcüğünü kullanabilen kanun yapıcı, bunun karşıtı olarak “leh” sözcüğünü de kullanabilirdi ve dilin kullanımı açısından daha estetik olurdu. Nitekim, madde metninde farklı olmakla birlikte, 346. maddenin (2000/331) kenar başlığı, hükümlünün “lehine” yargılamanın yenilenmesi nedenleridir. Böyle yapılmak istenmiyorsa ve amacı ifade ediyorsa, “yarar” karşıtı olarak “zarar” tercih edilebilirdi.

Bazı kavramların kullanımında bir istikrar bulunmamaktadır. “Karar” ve “hüküm kavramları bunun en somut örneğidir. Sözelimi, 2002 Tasarısının 35. maddesinin (2000/36) gerekçesinde; “karar” teriminin, hakimlik kararı ve mahkeme hükmünü kapsadığı ifade edilmiş olduğu halde, Tasarının değişik maddelerinde bazen “karar ve(ya) hüküm” (2002/24, 238 vd.; 2000/25, 230 vd.), bazen “karar” (2002/290, 295, 297 vd.; 2000/279, 284, 286 vd.), bazen de “hüküm” (2002/24, 303 vd.; 2000/25, 291 vd.) tabirleri kullanılmıştır. Örneğin bazı maddelerde (2002/24; 2000/25) bütün bu terimler aynı fıkra içinde peş peşe kullanılmıştır: Bir “karar veya hükme” katılan hakim, üst mahkemesince *bu* “hükme” ilişkin verilecek “karar veya hükme” katılamaz. Keza, “hakim ve mahkeme kararı” (2002/290; 2000/279), “hakimlik kararı ve mahkeme hükmü” (2002//35; 2000/36 gerekçesi) örneklerinde olduğu gibi, karar ve hüküm terimleri bazen sistemsiz bir biçimde kullanılmış, bazen de ara kararlarını ifade etmek için “karar”, son kararı karşılamak üzere ve isabetli olarak “hüküm” terimi kullanılmıştır (2002/318; 2000/305).

2002 Tasarısında, dil konusundaki bu tutarsızlığın belli ölçüde giderildiği görülmektedir. Örneğin; “yerleşim yeri” ifadesinden vazgeçilerek “adres” (2000/177; 2002/185), bazen “aleni(lik)” (2000/180, 182) bazen “açık(lık)” (2000/221) yerine sadece “açık(lık)” (2002/188, 190, 229) gibi; meramı tam ifade etmese de, kendi içinde tutarlılık arz eden kavramlara yer verilmektedir. Ancak, “açıklık” tam olarak “alenilik”i karşılamadığı gibi, bunun karşıtı olarak tercih edilen “kapalılık” kavramı kesinlikle doğru değildir ve “gizlilik” yerine kullanılmamalıdır.

Bununla birlikte 2002 Tasarısı, dil konusunda, önceki Tasarıda olmayan tutarsızlıkları da bünyesine almıştır. Örneğin tutuklama süresinin uzatılması ile ilgili 121. maddenin birinci fıkrasında, bir defaya “özü” olmak üzere; ikinci fıkrasında ise, bir defaya “mahsus” olmak üzere süre uzatımından söz edilmektedir. Aynı durum, kararların bildirimini iki şekli olan ve her ikisi de 2000 Tasarısında yer alan “tefhim” ve “tebliğ”den birini (tebliği) muhafaza edip, “tefhim” yerine açıklanma” kavramının kullanılmış olması bakımından da geçerlidir (2002 Tasarısı, İkinci Kısım, Birinci Bölüm başlıkları ve m. 36). Keza, delillerin “irat” edilmesini (2000/205, 206) kabul etmeyen ve değiştiren 2002 Tasarısı (m. 213), delillerin “ikame” edilmesi (2002/198, 213 vd.; 2000/190, 205 vd.) kavramını kullanmaya devam

etmektedir.

III. Kanun Yapma Tekniği ve Tasarı

Kanun yapma tekniği açısından, çok önemli olmasa da, Tasarıya bazı eleştiriler yöneltilebilir. Örneğin, itirazı mümkün her bir hükmün ayrı bir fıkra ve hatta bazen ayrı bir madde halinde (rneğin 2002/180; 2000/170) belirtilmiş olması, Tasarının kapsamını gereksiz yere genişletmektedir.

Keza, adli kontrol kararının kaldırılması ile ilgili itiraz hükmünün (2002/114-2; 2000/110-2) bir önceki maddede olması gerekirdi.

Takibi şikayete bağlı bir suçun mağdurunun bu fiilden dolayı yaptđđ ihbarın şikayet hükmünde olduğu bilinen bir husustur. Bunun ayrıca bir hükümde (2002/160-son; 2000/150-son) ifade edilmesi gereksizdir.

2002 Tasarısının 165/1. maddesi (2000/155) gereksiz bir tekrardır. Zira aynı husus 147. maddede (2000/138) “kolluk amir ve memurları ile Cumhuriyet savcısı” demek suretiyle açıkça zikredildiği gibi, 148. maddede de (2000/139) bu durum anlaşılmaktadır.

Aynı şekilde, Tasarının 166. maddesinin (2000/156). 163/2. madde (2000/153-2) ile birleştirilmesi mümkündür. Zira her iki hüküm de kolluğun adli görevlerini düzenlemektedir.

İddianamenin mahkemeye verilmesiyle kamu davasının açılmış olacağını ngren Tasarının 177. maddesi (2000/167), 173/2. maddenin (2000/163-2) tekrardır, bu nedenle gereksiz bir hkmdr.

2000 Tasarısının 180/1. maddesinde, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden bulunan duruşmanın aleni olduğu ifade edildikten sonra, hemen bunu takiben, “Duruşmanın aleniliği herkese açık olması demektir” şeklinde aleniyetin tarif edilmesi; üzerinde hiçbir tartışma olmayan bir hususa ilişkin olduğu için anlamsız, Tasarının kapsamını gereksiz yere genişletici bir hüküm idi. Bu cümleye 2002 Tasarısında (m. 188) yer verilmemesi isabetli olmuştur.

IV. Tasarının Gerekeşi

Gereke kanunun tamamlayıcısıdır ve bir normun anlamını belirlemede önemli bir yorum aracıdır. Ancak, Tasarının madde gereklerinin bazı kısımları tatmin edici ise de, çoğunlukla madde metinlerinin tekrarından ibaret olduğundan, hükümleri anlamlandırmakta fazla yardımcı olamamaktadır.

V. Kapsam ve Yorum İlkeleriyle İlgili Hüküm (m. 1)

2000 Tasarısında “Kanunun kapsamı” başlığını taşıyan ve iki fıkradan oluşan madde; 2002 Tasarısında “Kanunun kapsamı ve yorumunda uyulması gerekli ilkeler” başlığı ile uzunca bir madde şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

2002 tasarısının ilgili hükmü şu şekildedir:

“Kanunun kapsamı ve yorumunda uyulması gerekli ilkeler

Madde 1- 1. “Bu Kanun, suç nedeniyle ceza soruşturma ve kovuşturmasının nasıl yapılacağı, ceza davasının ne suretle açılacağı, yürütüleceği ve sonuca bağlanacağı hususundaki kuralları içerir.

Diğer kanunların, bu konudaki hükümleri saklıdır.

2. Bu Kanunun uygulanmasında, adil yargılama, tarafların iddia ve savunmanın haklarının dengeliliği ilkelerine uyulur.

Kamu davasını açmakla ve bu husustaki işlemleri yürütmekle görevli olanlarla, hüküm mercileri arasındaki kesin ayırım her zaman korunur.

Kanunların ayrıca hüküm getirdiği haller saklı kalmak üzere, birbirine benzer koşullar içinde bulunan ve aynı suçlardan dolayı kovuşturulan kişiler ortak kural ve ilkelere göre yargılanırlar.

3. Ceza adalet sistemi içerisinde yer almış görevliler ve adli merciler kamu davasının bütün aşamalarında mağdurların haklarının saptanması ve güvence altında tutulması hususunda özen göstermekle yükümlüdürler.

4. Şüpheli altında bulunan veya kovuşturulan herkes suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. Kişilerin suçsuzluk karinesine karşı yöneltilen müdahaleler önlenir ve bu karinenin ihlali ile neden olunan zararlar giderilir. Kanunların öngördüğü cezalara ayrıca hükmolunur.

Şüpheli veya sanıklara, haklarındaki iddialar bildirilir ve bir avukatın yardımından yararlanmaları hiçbir suretle engellenmez

Şüpheli veya sanıklar hakkında kanunların öngördüğü zorlayıcı tedbirler; ancak hakimlerin verecekleri kararlarla ve bunların etkin denetimleri altında karara bağlanır ve uygulanır. Bu tedbirler; kanun ve usullerin zorunlu kıldığı hâllerde ve zorunluluk ölçüsüne sıkı biçimde ve özenle uyulması suretiyle uygulanır. Tedbirler; hiçbir suretle kişilik onurunu zedeleyemez ve ancak makul bir süre ile uygulanabilir.

Mahkûm edilen herkes, kanunun belirlediği istisnalar dışında, hakkındaki hükmü diğer bir yargı merciinde incelemek hakkına sahiptir”.

Kanunun kapsamını gösteren böyle bir hükmün (1 nolu fıkranın ilk paragrafının) kanunda yer alması gereksiz olup, bu husus kanunun bütününden çıkarılabilecek bir sonuçtur.

Ayrıca, 2000 Tasarısı, doğru olarak, sadece “ceza soruşturması”ndan söz etmişken, 2002 Tasarısında, “kovuşturma” da zikredilmektedir. Hem kovuşturmanın nasıl yapılacağı hem de ceza davasının ne suretle yürütüleceği ve sonuca bağlanacağı hususlarına yer verilmiş olması isabetsizdir. Çünkü ceza davasının yürütülmesi ve sonuca bağlanması, her iki Tasarının da 2. maddesinde “kovuşturma” olarak tanımlanmaktadır. Böylece

2002 Tasarısı kovuşturmanın nasıl yapılacağını aynı fıkra içerisinde iki kez zikrederek düzenlemiş bulunmaktadır.

2002 Tasarısı ile bu maddeye eklenen diğer hususlar da gereksiz, anlaşılmaz ve tekrar niteliğinde hükümlerdir. Örneğin 2 nolu fıkranın ilk paragrafındaki “ tarafların iddia ve savunmanın haklarının dengeliliği” ifadesi, herhalde bir yazım hatasıdır. Aynı şekilde, 2 nolu fıkranın ikinci paragrafındaki hükmün gerekçesi hükmün kendisinden daha anlaşılır haldedir. Ancak gerekçedeki şu cümle kafa karıştırmaktadır: “Bu itibarla soruşturma evresinde bir işlemi gerçekleştirmiş bulunan görevli, aynı suç nedeniyle kovuşturma evresinde herhangi bir işleme katılamayacaktır”. Buna göre, örneğin soruşturmayı yapmış olan savcının da kovuşturma evresinde görev alamayacağı sonucu mu çıkmaktadır? Keza, zorlayıcı tedbirlerin ancak hakim kararıyla uygulanacağı belirtilmektedir (4 nolu fıkranın üçüncü paragrafı). Her şeyden önce “zorlayıcı tedbir” kavramı usul hukukunda yer almamaktadır. Ayrıca, asıl olarak koruma tedbirleri kastedilmekte ise, örneğin yakalama bakımından bu hüküm nasıl uygulanacaktır? Yine, son paragrafta, “mahkûm” edilen herkesin bu hükmü diğer bir yargı merciinde incelemek hakkı ifade edilmektedir. Bu husus 2002 Tasarısının 290. maddesi başlığında zaten bir “hak” olarak düzenlenmiştir. Kaldı ki, 290 ve devamı maddelerde bu hak sadece mahkûm edilenlere tanınmış değildir; hakim ve mahkeme kararlarından söz edilmektedir. Mahkûmiyet ise bu kararlardan sadece birisidir. Bu durumda 1. maddenin bu düzenlemesi ile zikredilen diğer hükümler arasında bir çelişki mi vardır? 1. maddenin bu paragrafı kanun yoluna başvurma hakkını sınırlandırmakta mıdır?

Keza bu maddenin; eşitlikle, mağdurun korunmasıyla, suçlu sayılmama karinesiyle, isnadı öğrenme ve avukat yardımından yararlanma hakkı ile ilgili hükümleri de, hem gereksiz hem belirsiz hükümler olup, İnsan hakları Avrupa Sözleşmesindeki bazı ilkelerin serpiştirildiği bu maddenin gerekçesindeki açıklamalar da ikna edicilikten uzaktır.

VI. Tanımlar (m. 2)

İkinci maddede bazı terimlerin tanımlanmış olması isabetli görülebilir. Ancak bu, öncelikle, tanımlanması gereken başka terimlerin kanunda bulunup bulunmadığı sorusunu da gündeme getirmektedir. Örneğin, 2002 Tasarısının 175/2. maddede (2000/165-2); hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş şüpheliye karşı, yeni delil, iz, eser ve emareler meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz dendiikten sonra, bir sonraki fıkrada; yeni delil, iz, eser ve emare tarif edilmiştir. Aynı şekilde, hükmün tefhimi m. 243’de (2000/235), gaip m. 256’da (2000/249) tarif edilmiştir. Bu tür tanımlama çabaları, doktrin ve uygulamaya bir güvensizliğin ve her şeyi kanunla düzenleme çabasının bir ifadesi olarak anlaşılabilir. Belki aynı endişeyle ya da gözden kaçmış olduğu için, aşağıda yeri geldikçe inceleneceği üzere, mükerrer hükümlere yer verilmek zorunda kalınmıştır.

Ayrıca, burada verilen tanımların bazılarının, ceza muhakemesi doktrinindeki gelişmelere aykırı olduğu görülmektedir. Örneğin şüphelilik-sanıklık ayırımında, sanıklık; ilk olarak ancak kamu davası yetkili mahkemece kabul edildikten sonra sözkonusu olabilecektir. Oysa, sanık hakları bakımından, bu statünün olabildiğince öne çekilmesi gerekmektedir⁹⁴. Her ne kadar Tasarıda, bu ayırımın bazı sakıncalar doğurmaması için, sanığa tanınan haklar, imkanlar ölçüsünde şüphelilere de tanınmışsa da⁹⁵, böyle bir ayırım hem şüphelinin hem de sanığın aleyhine sonuçlar doğuracak niteliktedir. Şüpheli-sanık ayırımı konusundaki tartışmaların önüne geçmek⁹⁶ için, Tasarıda yapıldığı gibi, sanıklığın başladığı anı geriye doğru değil daha öne çekmek gerekirdi.

Kaldı ki, şüphelilik ile sanıklığı ayırmada, bir belgenin bir makam tarafından kabul edildiği an, bir zaman dilimi bir ölçü olamaz. Bu iki statü arasındaki fark şüphelinin yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Şüpheliden farklı olarak, sanık; şahsında suç şüphesinin somutlaşıp yoğunlaştığı kişidir. Oysa Tasarıya göre, örneğin, aleyhinde kuvvetli şüphe bulunduğu için tutuklanan kişi, yeterli şüphenin yeterli görüldüğü kamu davası henüz açılmamış olduğu için, sanık sayılmamaktadır.

Keza, “soruşturma” ve “kovuşturma” terimleri de, ceza muhakemesi hukukunda yerleşmiş birtakım kavram ve terimlerin terki sonucunu doğurmaktadır. Örneğin hazırlık soruşturması, son soruşturma gibi. Tasarıdaki bu ayırıma göre, artık hazırlık soruşturmasında yetkili olan makamlardan savcılık, kolluk ve sulh ceza hakimliğinden kovuşturma makamı olarak söz edebilmek mümkün olmayacaktır.

Soruşturma-kovuşturma ayırımı, Tasarıdaki şekliyle, muhakemedeki bazı aşamaların nasıl nitelendirileceğine cevap verememekte, bazı aşamaları açıkta bırakmaktadır. Örneğin, m. 177 ve 178 (2000/168 ve 169) ile iddianamenin iadesi ve reddi imkanları getirilmiştir. Buna göre, mahkeme, soruşturmada veya iddianamede bazı eksiklikler tespit etmesi halinde, beş gün içinde iddianameyi savcılığa iade veya reddedecektir. İşte bu beş günlük aşamanın nereye ait olduğu belli değildir. Zira soruşturma aşaması, iddianamenin mahkemeye verilmesiyle bitmekte, kovuşturma aşaması ise iddianamenin kabulü ile başlamaktadır. Oysa burada iddianame mahkemeye verildiği için soruşturma aşaması bitmiş, ancak henüz iddianame mahkemece kabul edilmediği için kovuşturma aşaması başlamamıştır.

VII. Mahkemelerin Görev ve Yetkileri

⁹⁴ Öztürk/Erdem/Özbek, s. 303; Centel, s. 92; Şahin, s. 42 vd.

⁹⁵ Öztürk, Bahri, Şüpheli Ve Sanık Hakları, Özellikle Savunma Hakkı, İzmir Barosu tarafından 5-8 Nisan 2000 tarihlerinde düzenlenen Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar-Bildiriler-Tartışmalar-Belgeler, İzmir 2000, s. 668.

⁹⁶ Öztürk, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, s. 668.

Mahkemelerin görev ve yetkilerini belirleyen hükümlerde (ikinci bölüm, dördüncü bölüm), üzerinde uzlaşma sağlanmış bulunan doktrindeki ayırımı uyulabilirdi. Bilindiği üzere, mahkemelerin yetkileri dörde (veya beşe) ayrılarak incelenmekte ve bunlar; (millet), madde, yer, görev ve kişi yönünden (bakımından) yetki olarak ifade edilmektedir⁹⁷. Kanunda madde bakımından yetkiye “görev”, yer bakımından yetkiye ise “yetki” denmesi, diğer yetki çeşitleri ile karışıklığa ve kavram konusunda belirsizliğe yol açtığı için eleştirilmekteydi. Aynı eleştirinin Tasarı için de devam edeceği anlaşılmaktadır.

Madde bakımından yetki konusunda çıkacak uyuşmazlıkların çözümü tek bir hükümde (m. 4/2) düzenlendiği halde, 2000 Tasarısında yer yönünden yetki konusunda çıkacak uyuşmazlıkların olumlu veya olumsuz olmasına göre ayrı ayrı maddelerde ele alınmasının nedeni anlaşılammakta idi (m. 18, 19). Oysa her iki hüküm de, uyuşmazlığın “olumlu” veya “olumsuz” olması dışında, tamamıyla aynı ibarelerle, aynı şekilde düzenlenmişti. Bu nedenle, madde bakımından yetki konusundaki hüküm için yapılanın, 2002 Tasarısında yer yönünden yetki uyuşmazlıkları bakımından da yapılmış, iki hükmün birleştirilmiş olması isabetlidir.

Yer bakımından yetkisiz mahkemenin veya hakimin yaptığı işlemlerin akıbeti hakkında hüküm bulunduğu halde, madde bakımından yetkisiz mahkemenin verdiği kararların akıbetine dair bir hükmün bulunmaması bir eksikliklerdir. Bu konuda bir hüküm konarak doktrindeki tartışmaların⁹⁸ da önüne geçilebilirdi.

VIII. Hakim Reddi

Hakimin reddi talebinin reddine dair kararlara karşı iki tür kanun yolu gösterilmektedir (2002/29; 2000/30). Hem itiraz hem de hüküm ile birlikte istinaf (veya temyiz) kanun yolu öngören hükmün gerekçesinde; hakimin reddi isteminin kovuşturma evresinin öncesinde veya içerisinde yapılabileceği belirtilmektedir.

Kovuşturma evresinin “öncesi”, soruşturma evresidir ve tanımların yer aldığı m. 2 başka bir evreye yer vermemektedir. Soruşturma evresinde ise, ortada, reddi istenebilecek bir “hakim” bulunmamaktadır. Kast edilen, iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kabulü arasındaki iddianamenin iadesi veya reddi süreci ise, bu aşamada hakimin reddi yoluna gidilmesine gerek yoktur, zira henüz o mahkemenin davaya bakıp bakmayacağı belli değildir. M. 181 (2000/171) uyarınca iddianamenin kabulü ile birlikte ise kovuşturma evresi başlamaktadır (m. 2).

O halde burada, gereksiz yere ve karışıklığa sebep olacak şekilde, aynı işlem için iki ayrı kanun yolu öngörülmüş bulunmaktadır. Bu durumda tek

⁹⁷ **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2000, s. 302.

⁹⁸ **Kunter/Yenisey**, s. 312.

bir kanun yolu olmalı ve bu da itiraz olarak kabul edilmelidir. İstinaf (2000 Tasarısında ise “üst mahkeme”) kanun yoluna (veya temyize) gerek yoktur ve sakıncalıdır. Zira istinaf kanun yoluna (veya temyize) ancak son kararlarla birlikte gidilebilmektedir. İstinaf kanun yoluna (veya temyize) başvurulduğunda, İstinaf mercii (veya Yargıtay), red talebinin reddi kararını yanlış, red talebini haklı bulursa ne olacak? Ya taraflı olduğu istinaf mahkemesince (veya Yargıtayca) kabul edilmiş bulunan bir hakimin yaptığı yargılama kabul edilmek zorunda kalınacaktır ki, bu hukuken mümkün değildir ve red talebinde bulunmayı ve red talebinin reddi kararına karşı kanun yoluna başvurmayı anlamsız kılmak demektir. Ya da Tasarı m. 30/son (2000/31-son) gereği, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşmanın red dilekçesinin verilmesinden sonraki kısmı tekrarlanacaktır ki, bu durumda sırf bu yüzden bütün bir duruşma tekrarlanmak zorunda kalınacaktır.

Kanun yolu olarak sadece istinaf yolunun (veya temyiz) kabul edilmesi, duruşma sırasında reddi istenen hakimin o oturuma devam etmekle birlikte, tarafların son sözlerinin dinlenilmesine geçilemeyeceği ve aynı hakimle bir sonraki oturuma başlanamayacağı yolundaki m. 30/2 (2000/31-2) hükmü ile de çelişmektedir. Tarafsızlığı tartışılan bir hakimin yargılamaya devam etmesi düşünülemeyeceğine ve aynı konuda birden fazla kanun yolu olamayacağına göre, sorun bir an önce itiraz yoluyla çözümlenip bitirilmeli ve bu husus artık istinaf yolu (veya temyiz) konusu yapılamamalıdır.

Aynı gerekçeler, Tasarı m. 32/son (2000/33-son) için de geçerlidir. Red talebinin geri çevrilmesi kararına karşı da, hükümlerle birlikte istinaf yoluna (veya temyize) değil, itiraz kanun yoluna başvurulması kabul edilebilir. Bu görüşe karşı, bu kararların mahkeme makamı kararı olduğu ve bu kararlara karşı kanun yolunun da kural olarak temyiz (ve Tasarı uyarınca buna ilave olarak, istinaf yolu) olduğu söylenebilir de, mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yolunun belli hallerde kabul edildiği ve bunun kapsamının genişletilebileceği gerekçesi ileri sürülebilir. Nitekim bu imkan Tasarı da zaten öngörülmektedir (2002/29-1-son cümle; 2000/30-1-son cümle).

IX. Hakimin Çekinmesi ve Dava Nakli

Tasarıya göre (2002/31; 2000/32), şahsında red nedenleri bulunduğunu belirterek davaya bakmaktan çekinen hakimin bu durumunu haklı bulan merci, bu nedenle davanın aynı mahkemede görülme imkanı kalmaması halinde, davayı başka hakime veya mahkemeye nakledecektir. Hakimin çekinmesi nedeniyle davanın o yer mahkemesinde görülememesi, yetkili hakim veya mahkemenin hukuki bir nedenle görevini yerine getiremeyecek halde bulunması dolayısıyla davanın nakli sonucunu doğurmaktadır. Dava nakli ise Tasarı m. 20 (2000/21)’de düzenlenmektedir. Buna göre, hukuki veya fiili nedenlerden ötürü davanın nakline “yüksek görevli mahkeme” karar verir.

Hakimin çekinmesi de bir dava nakli sonucunu doğurabildiği halde, Tasarı m. 31 (2000/32)'de, çekinme halinde, nakle ilişkin genel kuraldan (2002/20; 2000/21) ayrılmış olmaktadır. Örneğin Ağırceza Mahkemesinden başka bir Ağırceza Mahkemesine genel nakil kuralı çerçevesinde dava nakli sözkonusu olduğunda, nakle yetkili merci, “yüksek görevli mahkeme” sıfatıyla “Yargıtay” olmaktadır. Oysa çekinme halinde aynı mahkemeden davayı nakledecek merci, Tasarı m. 31 (2000/32)'nin m. 28 (2000/29)'a yollaması dolayısıyla, bir başka Ağır Ceza Mahkemesi olmaktadır. Belki işi uzatmamak için kabul edilmiş olan ve genel kuraldan sapmayı ifade eden bu hüküm, aynı düzeyde bir mahkemenin, dava kendisine gönderilen bir mahkemeyi bağlayıcı bir karar verebilmesi doğru mudur tartışmasını gündeme getirmektedir.

X. Tanıklık

Avukatların, stajyerlerinin veya yardımcılarının, yüklendikleri “yargı görevi” nedeniyle tanıklıktan çekinebilecekleri hükmü yer almaktadır (2002/48; 2000/49). Savunma makamını işgal eden bu kişilerin ne gibi bir “yargı” görevi yüklenebilecekleri anlaşılammaktadır. Belki muhakeme görevlerinden ve bunun bir şekli olarak savunma görevlerinden söz edilebilir. Doktrindeki hakim görüş, bu hukuk dalının isminin “muhakeme” hukuku olduğu yönündedir ve bunun üç faaliyeti, üç görevi içerdiğini belirtir: İddia, savunma ve “yargılama”. Yargı ise, yargılama faaliyetini değil, yargılama makamının yaptığı faaliyetin sonunda yapılan şeyi veya o faaliyette kullanılan aleti ifade etmektedir⁹⁹. Bu disiplinin adına “yargılama” hukuku diyenler de, “yargı” tabirini, yargılama makamının yaptığı faaliyet olarak kabul etmektedirler¹⁰⁰. Kısaca, hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, savunma makamında yer alan kişilerin yüklenebilecekleri bir “yargı görevi” söz konusu olamaz. Bu tabirin Anayasada hatalı biçimde kullanılmış olması dahi bu gerçeği değiştiremez.

Devlet sırları hakkında ilgililerin tanıklığının düzenlendiği m. 49'daki (2000/50) “Yukarıdaki fıkra hükümleri, adı geçenler hakkında, görevleri sona ermiş olsa da uygulanır” biçimindeki son fıkra gereksiz bir tekrardır. Zira aynı husus, “görevlerinden ayrıldıktan sonra da” demek suretiyle ilk fıkroda zaten ifade edilmiş bulunmaktadır. Belki son fıkranın, sadece, kendisinden bir önce gelen fıkraya, yani Bakanlar Kurulu üyelerine, milletvekillerine ve Cumhurbaşkanına ilişkin olduğu söylenebilir. Ancak hem son fıkroda yer alan “hükümler” ifadesi hem de maddenin gerekçesinden, açıkça, ilk fıkrayı da içerecek şekilde, maddenin bütününe yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle yataklıktan şüpheli veya sanık olanlar “tanık” sıfatıyla

⁹⁹ **Kunter/Yenisey**, s. 7, dn. 9.

¹⁰⁰ **Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, (Bazı bölümleri yeniden yazılmış), 7. Baskı, İstanbul 1998, s. 2.

dinlenebilmektedirler (2002/52; 2000/53). Oysa bu kişilerin durumu sanıklık statüsüne daha uygundur. Nitekim, “suç ortakları, Almanya’da gerek birlikte işlenen fiil ve gerekse kendisinin fiile olan katkısı bakımından tanık olarak kabul edilmemektedir”¹⁰¹. Bunların tanık olarak ifade vermek zorunda olmaları ise sanık hakları açısından sakıncalıdır. Zira bu kişiler her ne kadar tanık sıfatıyla yeminsiz olarak dinleneceklerse de, gerçeğe aykırı ifade vermeleri halinde TCK m. 288/son uyarınca cezalandırılabilirlerdir. Bu ise, başta Anayasanın 17. maddesi olmak üzere, ceza muhakemesinin pek çok ilkesine aykırıdır¹⁰².

Suç ortaklarının tanık olarak nitelendirilmesi ve tanıklığa ilişkin hükümler yoluyla korunması mümkün değildir. Tanıklarla suç ortaklarının hukuki durumları; şartları ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklıdır. Suç şüphesi altında olan bu kişilere, kendini suçlamaya zorlama amacıyla tanık muamelesi yapılması son derece sakıncalıdır. Hiç kimsenin kendini suçlamaya zorlanamayacağı şeklindeki hukuk devleti ilkesi, suç ortakları için de kabul edilmelidir. Susma hakkı veya beyan yükümü sözkonusu olduğu sürece; zor durumlarının benzerliğinden ötürü, bu kişilerin hukuki durumunun sanığinki ile aynı olması daha uygun olur. Sadece tanık, daha doğru bir ifadeyle, suç şüphesi altında olmayan tanık sınırsız bir ifade yükümlülüğü altındadır.

Gerekçede, “Tanığa dinlenmesinden önce davanın anlatılması, sanık hazır ise, onun gösterilmesi düzenleyici bir kuraldır, ihlal edilmesi kanun yolu nedeni olmaz” (2002/61; 2000/62 gerekçesi) ifadesine yer verilmiştir. Bu, hiçbir hukuki dayanağı olmayan bir açıklamadır ve maddenin lafzı ile çelişmektedir. Ayrıca bu yaklaşım, soruşturma ve kovuşturma ile görevli olanların hukuka aykırı olarak elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağını öngören m. 226/son (2000/218-son;CMUK 254/2) ile de bağdaşmamaktadır.

XI. Beden Muayenesi

2000 Tasarısında, “vücudun muayenesi” başlığı altında iki maddeye yer verilmekte idi: 79. maddede “şüpheli veya sanığın”, 80. maddede ise “diğer kişilerin” vücudunun muayenesi düzenlenmekte idi. 2002 Tasarısında ise bu hususta üç yeni madde daha yer almaktadır: Beden muayenesi yapılacak kişinin “kadın” olması halinde muayene ayrıca düzenlenmiş (m. 80), ayrıca moleküler genetik incelemeler ile ilgili 81. maddeye ve bu incelemenin nasıl yapılacağını düzenleyen 82. maddeye yer verilmiştir.

Ceza muhakemesi; bir yandan suç işlemiş olanları belirleyip cezalandırılmalarını sağlamakla suçluluğa karşı toplumu korumak, diğer

¹⁰¹ Bkz. **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 387.

¹⁰² **Tosun**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul 1984, s. 755; **Şahin**, Cumhuriyet, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 57 vd.; **Öztürk/Erdem/ Özbek**, s. 387.

yandan da, daha üstün değerlere; insan haysiyetine, kişi hak ve özgürlüklerine zarar vermeden gerçeğe ulaşmak zorundadır. Bu şekilde ortaya çıkan kamusal yarar-bireysel yarar arasındaki hassas dengeyi sağlamak son derece zor olabilir. Sanıktan delile değil, delilden sanığa gidilmesi, daha doğrusu ceza muhakemesinde bilimsel delil aşamasına geçilmesi bu konuda önemli bir dönüm noktası sayılabilir¹⁰³. Bununla birlikte, bu tür düzenlemelerin hukukiliği ve sanık hakları açısından uygunluğu her zaman tartışılacaktır¹⁰⁴.

Nitekim, beden muayenesi ile ilgili hükümlerin (m. 78 vd.), Anayasada (m. 38) yer alan; hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı kuralı ile ne ölçüde bağdaştığının düşünülmesi gerekir. Şüpheli veya sanıktan örnek alınmasının “çok zorunlu ve başka suretle delil elde etme olasılığı bulunmayan haller”le sınırlı tutulması dahi, bu aykırılığı kaldırmaz. Burada adeta şüpheli veya sanık kendi suçluluğunu ispata zorlanmaktadır. Şüpheli veya sanık dışındaki kişilerde böyle bir zorunluluk şartına dahi yer verilmemiş olması, bu kişileri ceza muhakemesinin objesi konumuna getirme tehlikesi taşımaktadır.

XII. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmeye Girme

Telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmeye girilerek elde edilen kayıt ve tespitlerin, yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemeyeceği hükmü (2002/107-3; 2000/104-3), m. 221/1 (2000/213-1; CMUK m. 247-1) ile uyum çabasının sonucu olarak kabul edilebilir. Ancak bu gibi hükümlerin, ağırlığın hazırlık soruşturmasına kaydırılması yolundaki ceza muhakemesi gelişmelerine ve ceza muhakemesindeki delil anlayışına uymadığı söylenebilir.

XIII. Tutuklama Nedenleri ve Süresi

Tutuklama bir koruma tedbiridir ve bütün koruma tedbirlerinin amacı tutuklamanın da amacıdır. Koruma tedbirlerinin amacı ise maddi gerçeğe, doğru hükme ulaşmak ve sonuçta verilen kararların uygulanmasını sağlamaktır¹⁰⁵. Böylece bu tedbirler, ceza muhakemesinin amacına ulaşmanın birer aracı olmaktadır. Oysa Tasarının 119. maddesinde (2000/115) buna uymayan hükümlere yer verildiği görülmektedir. Gerçekten; fiilin kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnai ve ısrarlı düzensizliğe son verilmesi (m. 119/5); şüpheli veya sanığın, kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması (m. 119/6); suça son verilmesi (m. 119/7) ve suçun yinelenmesine engel olunması (m. 119/8),

¹⁰³ **Tezcan**, Durmuş, Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 211; **Öztürk**, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, s. 673.

¹⁰⁴ Aynı yönde **Tezcan**, Edis Armağanı, s. 215, dn. 12.

¹⁰⁵ **Yurtcan**, s. 310.

tutuklama kararı verilmesi için birer neden olarak sayılmıştır. Bütün bu nedenler, tutuklama koruma tedbirinin amacında, diğer koruma tedbirlerine nazaran bir genişleme ve farklılaştırmaya gidildiğini ifade etmekte ise de, bunların; “Bu kanun, suç nedeniyle ceza soruşturmasının nasıl yapılacağı ve ceza davasının ne suretle açılıp, yürütülüp, sonuca bağlanacağı hususundaki kuralları içerir” demek suretiyle CMUK’nun (Tasarının) kapsamını ortaya koyan 1. madde hükmüyle bağdaştırılması mümkün değildir. Özellikle; insan hayatının veya beden bütünlüğünün korunması, yeniden suç işlenmesine engel olunması, bir hukuk devletinde Devletin görevi olabilirse de, ceza muhakemesinin ve koruma tedbirlerinin amacı olamaz.

Beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama süresinin uzatılması yarı oranında iken (1 yıl-6 ay), beş yıla kadar olan cürümlerde altı aylık tutukluluk süresi dört ay daha uzatılabilmektedir. Uyum açısından bu sürenin de yarı oranında uzatılabilmesi uygun olabilir (6 ay-3 ay).

Tutukluluk süresinin altı veya dört ay uzatıldığı hallerde, belli aralıklarla (soruşturma evresinde en geç otuzar günlük süreler itibariyle ve kovuşturma evresinde her duruşmada veya duruşmalar arasında) tutukluluğun incelenmesini düzenleyen hükmün (2002/128; 2000/124) ayrıca uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir.

Ağır cezalı işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır ve bu sürenin uzatılması öngörülmemiştir. Hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından ağır cezalı işler; her türlü ağır hapis cezasını gerektiren davalarla on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren davalardır (m. 2/12). Muvakkat ağır hapis cezası bir yıldan başlamaktadır (TCK m. 13). Bu durumda; örneğin üst sınırı on yıl hapis cezası olan bir davada bir yıl ve uzatmayla altı ay daha tutukluluk söz konusu olacakken, bundan çok daha kısa süreli ağır hapis cezası gerektiren bir davada iki yıl tutukluluk olabilecektir.

Yine, hapis cezası gerektiren bir uyuşmazlığın ağır cezalı mı yoksa asliye cezalı mı olduğu belirlenirken, on yıllık sınır esas alınmaktadır. Bu nedenle, Tasarının 121. maddesinin 2. fıkrasında ifadesini bulan bir yıllık tutuklama süresi, asliye ceza mahkemesinde görülecek olan ve beş yıldan fazla fakat on yıl ve aşağı hapis cezası öngörülen uyuşmazlıklarda gündeme gelecektir. Hapis cezası on yıldan fazla ise, ağır cezalı iş sayıldığından, 3. fıkra gereği tutuklama süresi iki yıl olabilecektir. Bu nedenle, örneğin on yıl hapis cezası öngörülen bir olayda tutukluluk süresi bir yıl olurken, on yıldan biraz fazla hapis cezası öngörülen bir olayda ise tutukluluk süresi iki yıla çıkabilecektir.

XIV. İfade ve Sorgu

Suç şüphesi altında bulunan kişi ya şüphelidir veya sanıktır. Tasarıda; suç şüphesi altında bulunan kişiye iddianamenin kabulünden önceki aşamada şüpheli, iddianamenin kabulünden sonrasında ise sanık denmektedir. Oysa, daha önce de açıklandığı gibi, şüpheli ve sanık kavramlarını belirlemede

iddianamenin kabulü gibi usuli bir işlem değil, ancak şüphenin yoğunluğu bir kriter olabilir.

İfade ve sorgu, suç şüphesi altında olan kişinin dinlenmesini ifade eden kavramlardır. Tasarıya göre, suç şüphesi altında bulunan kişiyi kolluk veya savcı dinlerse, bu işlem ifade almadır (2002/147; 2000/138). Bu makamlar sadece şüphelinin ifadesini alabilirler; zira bu görevliler hazırlık soruşturmasında (Tasarının ifadesiyle “soruşturma evresinde”) yetkilidirler ve bu aşamada henüz sanıktan söz edilemez. Hakim veya mahkemenin suç şüphesi altında bulunan kişiyi dinlemesine ise sorgu denmektedir. Sorgu hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma (son soruşturma) aşamasında sözkonusu olabilir. Bu durumda; soruşturma aşamasında hakim tarafından “şüphelinin”, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından “sanığın” sorgusu yapılmaktadır.

Görüldüğü üzere, ifade alma ve sorgu kavramları, bu işlemleri yapan makamlara göre ayrılmaktadır. İfade ve sorgu aynı esaslara tabi kılındığı için, böyle bir ayırım gereksizdir, zorlama bir ayırımdır. Aslında burada ya sadece ifade almadan ya da sadece sorgudan söz etmek gerekirdi. Buna karşılık, mutlaka böyle bir ayırıma yer verilmek isteniyorsa, şüpheli ve sanık kavramlarına paralel olarak ifade ve sorgu ayırımına gidilmesi daha anlamlı olurdu. Başka bir deyişle; şüphelinin ifadesinin alınmasından, sanığın ise sorgusundan söz edilebilirdi.

XV. Yasak Sorgu Usulleri

Yasak sorgu usullerinin (2002/148; 2000/139) CMUK’ndan aynen aktarılmaması gerekirdi. Çoğu zaman birbiriyle iç içe geçen birtakım usullerin peş peşe sayılması, faydadan çok bir kafa karışıklığına yol açmaktadır. Örneğin kötü davranma ve işkence ile bedensel cebir ve şiddette bulunma arasındaki farkı ortaya koyabilmek her zaman mümkün olamamaktadır. “Bazı araçlar uygulama” ibaresinin neyi ifade ettiği ise anlaşılamamaktadır. Kaynak kanunda olduğu gibi, “vücuda yapılan müdahaleler” ifadesi daha doğrudur.

Bu gibi yasak metodları hiç saymadan; özgür iradeyi engelleyici nitelikte iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahalelerin yasak olduğunun belirtilmesiyle yetinilmesi daha isabetli olurdu.

Son fıkradaki (2002/148-3; 2000/139-3) “yukarıdaki fıkralarda belirtilen” sözcükleri de gereksizdir; adeta orada sayılmayan metodların hukuka uygun olabileceği yolunda tereddütlere yol açtığı için, metinde yer almamalıdır.

Yine, son fıkradaki “ifadeler rıza ile verilmiş olsa da” ibaresi yanıltıcıdır. Her şeyden önce, yasak usullere muhatap olan kişinin “rıza ile” ifade vermesinden söz edilemez. Zira bu usuller ya sanığın özgür iradesini ortadan kaldıracak yoğunluktadır ve bu durumda artık rıza ile ifade vermekten, irade özgürlüğünden bahsedilemez; ya da bu bedeni veya ruhi

müdahalelerin irade üzerinde bir etkisi, dolayısıyla yasak bir sorgu metodu sözkonusu değildir. Ayrıca, kaynak kanun olan Alman CMUK'nda (m. 136 a/son) sanığın rızasından, aynı fıkra içinde ard arda iki kez söz edilmekte, fakat hiç birisi Tasarının öngördüğü anlamda kullanılmamaktadır. Alman CMUK m. 136 a/son şöyledir: “Birinci ve ikinci fıkrada öngörölmüş olan yasaklar, sanığın rızası olsa da geçerlidirler. Sözkonusu yasakların ihlali suretiyle elde edilmiş olan ifadeler, sanık değerlendirmeye rıza gösterse dahi delil olarak değerlendirilemezler”. Görüldüğü üzere, ilk olarak rıza, yasak metodların sanığın kendine uygulanmasına ilişkindir. Örneğin yalan makinası, narkoanaliz uygulamasına rıza göstermek gibi¹⁰⁶. Sanığın rızasından söz edilen ikinci hal ise, bu şekilde alınan ifadenin değerlendirilmesi ile ilgilidir. Sanığın, ifadesinin değerlendirilmesine rıza göstermesinin bir değer taşımadığı belirtilmektedir. Aslında sanığın, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bir ifadeyi değerlendirilebilir kılmak gibi bir yetkisi sözkonusu olamaz. Bu nedenle bu son durumdaki rıza açıklamasına ilişkin uyarıyı, bir pekiştirme, yasağı kuvvetlendirme vurgusu olarak anlamak gerekir. Buna göre, özgür irade ihlal edilerek alınan ifadenin değerlendirilememesi keyfiyeti, bedeni veya ruhi müdahaleye muhatap olan ifade sahibinin rızasına rağmen, mutlak olarak geçerlidir. Bu hususa ilişkin CMUK m. 135 a/son düzenlemesi, muğlak olmasına rağmen, Tasarıdakinden daha isabetlidir. Aslında böyle bir hükmün, Tasarı m. 226/3 (2000/218-3; CMUK 254-2) karşısında gerekli olup olmadığının da düşünülmesi gerekir.

Yine, Tasarı m. 147/son (2000/139-son), yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza olsa dahi “delil” olarak değerlendirilemeyeceği hükmünü öngörmektedir. Hükmün karşıt kavramından hareketle, yasak usullere başvurulmadan, hukuka uygun olarak alınmış ifadelerin delil olarak değerlendirilebileceği sonucuna varılabilir. Ancak böyle bir sonuç, Tasarının başka bir hükmüyle çelişmektedir. Gerçekten, m. 221 (2000/213)'e göre; sanığın “hakim” tarafından düzenlenen tutanaktaki ifadesi ikrarına delil olmak üzere okunabilir. Yani sadece hakim huzurunda ön soruşturmada (soruşturma evresinde) verilmiş ifadeler ikrara “delil” olmak üzere okunabilecektir. Oysa m. 138 gereği, sadece hakim değil, kolluk ve savcı da ifade alabilecektir ve m. 147/son, hukuka uygun olan bu ifadelerin “delil” olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Ceza muhakemesinde her şey delil olabileceğine ve kolluk veya savcının hukuka uygun olarak aldıkları ifade tutanağı da delil olacağına göre, ikrara delil olarak okunması yasak olan bir tutanak nasıl değerlendirilecektir? Bu iki hüküm nasıl bağdaştırılabilecektir?

XVI. Müdafî

Müdafî kavramının Tasarıdan çıkarıldığı ve her durum için sadece avukat tabirinin kullanıldığı görölmektedir (2002/149 vd.; 2000/140 vd.).

¹⁰⁶ **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kurzkommentar, 43. Auflage, § 136 a, Rn 26.

Sadece 2002 Tasarısının “tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesine eklenen 3. bentte, avukatın; şüpheli veya sanık bakımından müdafii ifade ettiği belirtilmekle yetinilmiştir. Vekilliği ve temsil ilişkisini ifade eden avukatlığın müdafiliği karşılamadığı, kamu çıkarını da ilgilendirmesi nedeniyle bir kamu hizmeti sayılan müdafiliğin vekillikten farklı olduğu¹⁰⁷ düşünülecek olursa, bu değişiklik, sadece bir dilin sadeleştirilmesi olmanın ötesinde, bir ceza muhakemesi kurumunu yok etmektedir.

Müdafinin dosya inceleme hakkına hemen hemen hiçbir sınırlama getirilmemesi (2002/153; 2000/144), hazırlık soruşturmasının gizliliğini ortadan kaldırmaktadır. Başka bir deyişle, müdafii yönünden hazırlık soruşturmasının aleniyeti kabul edilmiş ve gizliliğin istisna olduğu sonucu ortaya çıkmıştır. Böylece savunma güçlendirilmek istenirken, “soruşturmanın gizliliği” balığı ile 2002 Tasarısına eklenen hükme (m. 159) rağmen, hazırlık soruşturmasının gizliliği esası ortadan kaldırılmıştır¹⁰⁸. Bu durum, ayrıca, özellikle organize suçlulukla mücadelede olumsuz bir ortam oluşturduğu gibi, uygulamada, müdafiden gizlenen bir ikinci dosya tutulmasına ve sonuçta hukuka aykırı hale gelen buradaki delillerin değerlendirilememesine yol açmaktadır¹⁰⁹.

Tutuklunun avukatı ile görüşme ve yazışmalarının, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın denetim dışı bırakılması (2002/154; 2000/145) kabul edilemez. Avukatın bu hakkını kötüye kullanması ihtimali göz önüne alınarak bu konuda bir kısıtlama getirilmeden denetimin sınırsız olarak kaldırılması, sanığın kayırılmasına yol açmaktadır. Suçlulukla mücadeleyi önemli ölçüde gözardı eden, bireyi (sanığı) koruyan bir ceza muhakemesi sistemi, adeta suç işlemeyi özendirici bir rol ifa etmiş, bu yolla toplum anarşiye sürüklenmiş olur¹¹⁰.

XVII. Kamu Davasının Açılması

CMUK m. 148/son’a karşılık gelen Tasarı m. 173/son (2000/163-son) değişikliği isabetli olmamıştır. CMUK m. 148/son gereği valiler, savcıdan kamu davası açılmasını isteyebilmektedirler. Savcının mucip sebepler göstererek bu talebi kabul etmemesi halinde ancak vali Adalet Bakanına başvurabilmektedir. Oysa Tasarıda, vali-savcı-vali arasındaki ilişkiye yer verilmeksizin, doğrudan doğruya, valinin Adalet Bakanına başvurabileceği ifade edilmektedir. Bu haliyle bu fıkranın maddede yer almasına gerek

¹⁰⁷ Bu konuda ayrıntı için bkz. **Centel**, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, İstanbul 1984, s. 40 vd.

¹⁰⁸ **Demirbaş**, Timur, Hazırlık Soruşturmasında Müdafilik, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, s. 109.

¹⁰⁹ Bkz. **Hafizoğulları**, Zeki, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, AÜHFD 1993/1-4, s. 138; **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 319; **Demirbaş**, CMUK Sempozyumu, s. 110.

¹¹⁰ Benzer yönde **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 317.

yoktur. Zira herkes Adalet Bakanını harekete geçirebileceğine göre, vali de herkes gibi Bakana başvurabilecektir.

Kamu davasının mecburiliğinin yumuşatılması ve maslahata uygunluk ilkesine yer verilmesi, yetersiz olsa da, isabetlidir. Bununla birlikte, kamu davasının açılmasının ertelenmesini düzenleyen Tasarı m. 174/1-d (2000/164-1-d)'de yer alan “Şüpheli, suçtan meydana gelen ve Cumhuriyet savcısının saptayacağı zararı ödemişse” hükmü açıklanmaya muhtaçtır. Burada kastedilenin nasıl bir zarar olduğu, nasıl saptanacağı ve kime ödeneceği sorularının cevabı gerekçede de yer almamaktadır. Keza, aynı maddenin c bendine göre, “şüpheli ve toplum açısından” kamu davasının açılmasından daha yararlı ise, kamu davasının açılması ertelenebilecektir. Burada şüpheli ile toplumun yararları karşı karşıyadır ve mağdurun yararı da toplumun yararları içerisindedir. Bir yandan mağdurun yararından hiç söz edilmediği gibi, diğer yandan da birbirine zıt iki yararın aynı anda nasıl gözönünde bulundurulacağı anlaşılammamaktadır. Kaldı ki m. 174, dört bent halinde sayılan bütün şartların “birlikte” bulunması halinde ancak kamu davasının açılmasının ertelenebileceği hükmünü getirmektedir. Bütün şartların birlikte bulunması imkansız gibi gözükmektedir.

Cumhuriyet savcısının kararına itirazı (kovuşturma davasını) düzenleyen Tasarı m. 176/1 (2000/166-1)'deki “şikayetçi aynı zamanda suçtan zarar gören kimse ise” ifadesinin, halen yürürlükteki CMUK'dan aynen alınmış olması, bu hükümlerle ilgili tartışmaların sürmesi sonucunu doğuracaktır. Burada kastedilenin sadece teknik anlamda şikayetçi olmadığı açıktır. Takibi şikayete bağlı suçlarda teknik anlamda şikayetçi olan bu kişi, re'sen kovuşturulan suçlarda ise failin cezalandırılması için talepte bulunan, bu konuda dilekçe veren suçtan zarar görendir. Bu nedenle burada “şikayetçi”den değil, belki, kaynak kanunda olduğu gibi, talepte bulunan veya dilekçe vermiş olan suçtan zarar gören kişiden söz etmek daha isabetli olur.

Tasarı m. 177 (2000/167), m. 173/2 (2000/163-2)'nin tekrarıdır, bu nedenle gereksiz bir hükümdür.

İddianamede yer alacak hususlar Tasarı m. 173/4 (2000/163-4)'de gösterilmiştir. Bunlardan birisi, “şüphelinin açık kimliği”dir. Oysa Tasarı m. 178/1-1 (2000/168-1-1)'deki iddianamenin iadesi sebepleri arasında, şüphelinin açık kimliğinin belirtilmemesi yanında, “veya hiç değilse o kişinin belirlenmesine olanak sağlayacak diğer özelliklerin” belirtilmemiş olması da sayılmaktadır. Bu iki hükmün birlikte yorumlanmasından çıkan sonuçlar şunlardır: Ya bu iki hüküm birbirini tamamlamaktadır ve iddianamede şüphelinin açık kimliğinin belirtilmesi her zaman şart değildir; açık kimliği olmasa da, şüphelinin belirlenmesine olanak sağlayacak diğer özelliklerin belirtilmiş olması kamu davası açabilmek için yeterlidir. Ya da bu iki hüküm arasında çelişki vardır; iddianamede yer alamayacak bir husus, iddianamenin iadesi sebebi olarak m. 178/1-1'de öngörülmüştür. Aynı şeyler

m. 178/1-6 (2000/168-1-6) için de söylenebilir. Bu hükümde, “varsa gözaltı, tutukluluk ve salıverme tarihlerinin açıklanmaması” iade sebebi olarak gösterilmektedir. Oysa m. 173/4’de, bu bilgilerin iddianamede yer alacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Sekiz bent halinde iddianamenin iadesi sebepleri sayıldıktan sonra, “diğer eksik ve hatalı noktaların var olduğu saptandığında” iddianamenin savcılığa iadesine karar verileceğinin belirtilmiş olmasıyla (2002/178-1-9; 2000/168-1-9) neyin ifade edilmek istendiği anlaşılamamaktadır. Sayılanların dışında başka hangi bilgilere iddianamede yer verilebilir ki?

İddianamenin reddi kurumu (2002/179; 2000/169); kamu davası açılabilmesi için delillerin yeterli olduğu konusunda savcının takdir yetkisini ortadan kaldıracı niteliktedir. Ayrıca savcının bu konudaki takdir yetkisinin denetimi mahkemeye bırakılmış olmaktadır. “Mahkeme başkanı veya hakim... davanın bir veya birbirini hemen izleyen birden çok oturumlarda bitirilmesini sağlamak için gerekli tedbirleri duruşma hazırlığı devresinde alır” ve “ve başkaca ispat araçlarının toplanmasına karar verebilir” diyen m. 181 (2000/172) ile ve mahkemenin (hakimin) re’sen araştırma yükümlüğü ile iddianamenin reddi hükmünün bağdaştırılmasında sorunlar çıkabilir.

XVIII. Savcının Duruşmada Yer Alması

Tasarı m. 194/2 (2000/186-2)’de, CMUK m. 219/2’ye aynen yer verilmiş ve sulh ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda savcı bulunmayacağı öngörülmüştür. 1930’lu yılların Türkiyesinde belki mazur görülebilecek bir hususun halen Tasarıda yer bulabilmesi anlaşılamamaktadır. Bu hususun hükmün kollektifliği, çelişme metodu ve duruşmanın yüzekeşiliği özelliği ile bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.

XIX. İspat

Duruşmada okunulmasıyla yetinilebilecek belgeleri düzenleyen m. 219/1-3 (2000/211-1-3) hükmü, bazı tanıkları duruşmadan dışlayıcı bir özelliğe sahip olabilir. Bir tanığın ifadesinin önem derecesi, genellikle, tanık duruşmada dinlendikten sonra tayin edilebilir. Oysa hüküm, bu konuda peşinen karar verme imkânı getirmektedir. Bu hükmün kaynağını teşkil ettiği anlaşılan Alman CMUK’nda (m. 251/1-3), sadece ifadenin önem derecesi değil, ayrıca mesafenin uzaklığı da göz önüne alınarak tanığın duruşmada hazır bulunmasının uygun olup olmadığının tayini istenmektedir.

Tanığın duruşmadaki ifadesiyle önceki ifadesi arasında çelişki bulunduğu, evvelki ifadesi “bütünüyle” okunarak çelişki giderilmeye çalışılacaktır (2002/220-2; 2000/212-2). Çelişki sadece belirli bir noktada ise, önceki ifadenin bütünüünün okunması gereksizdir. Ayrıca, önceki ifadenin tamamının okunması, tanığa, duruşmadaki ifadesini öncekine göre düzeltme fırsatı da verebileceği ve duruşmada önceki ifadesini tekrardan ibaret bir açıklamada bulunacağı için, gerçeğin araştırılması bakımından sakıncalı olabilir. Ayrıca, CMUK’da (m. 246/2), çelişki halinde dahi, tanığın önceki

ifadesinin okunması “son çare” olarak öngörülmüştür. “Çelişkinin... başka suretle telif ve izalesi mümkün olmazsa” ancak o zaman tutanak okunabilecektir. Böylece duruşmanın vasıtasızlığı ilkesine daha fazla riayet edilmiş olmaktadır. Oysa Tasarıda bu ilkenin önemsizleştirildiği görülmektedir. İfadesi okunacak kişiler dışında tamamıyla aynı konuyu düzenleyen bir sonraki madde ile bu konuda bir farklılık yaratılması anlamsız, bütünlüğü bozucu niteliktedir.

Sanığın hakim tarafından düzenlenen tutanaktaki ifadesinin ikrarına delil olmak üzere okunabileceği hükmünün Tasarıda muhafaza edilmesi de (2002/221; 2000/213) eleştirilmelidir. Ancak hakim tarafından düzenlenen tutanağın tam olarak güvenilir olabileceği iddiası (m. 221 gerekçesi) geçerli değildir. İlk veya olayın işleniş zamanına en yakın ifadenin daha doğru, daha güvenilir olduğu da aynı derecede iddia edilebilir¹¹¹. Kaldı ki, gerek CMUK’nun gerekse Tasarının, hakimle diğer kovuşturma makamları arasında ayırım yapmayan ifade ve sorguya ilişkin hükümleri (CMUK m. 135; 2002/147; 2000/138) bu kabul ile bağdaşmamaktadır. “Hakim” sözcüğünün veya ilk fıkranın tamamıyla madde metninden çıkarılması daha uygun olacaktır.

Tasarı m. 221/2 (2000/213-2) de isabetli düzenlenmemiştir. Her şeyden önce, gerekçede, sadece hakim huzurunda yapılmış olan sanık açıklamaları ikrar olarak kabul edilmektedir. Oysa ikrar, bir hususu kabul olup, kimin huzurunda yapıldığının önemi yoktur. Yine gerekçede, ikrar dışında sanık tarafından yapılan açıklamalar (kolluk, savcı huzurunda yapılan açıklamalar) arasında çelişki bulunduğu, önceki tutanakların okunabileceği belirtilmektedir. Oysa kaynak kanunun ilgili maddesine ilişkin açıklamalara bakıldığında, önceki ifadenin de hakim huzurunda verilmiş ifade olması gerektiği hususu fikir birliği halinde kabul edilmektedir. Yani ilk fıkra ikinci fıkrayı da kuşatacak genişlikte anlaşılmaktadır. Elbette her türlü ifade, gerektiğinde duruşmada okunup değerlendirilebilmelidir. Maddi gerçeğin araştırıldığı bir ceza muhakemesinde başka türlü düşünülemez. Tasarının hükmü bu yönüyle ve sonuç itibarıyla isabetlidir; ancak hareket noktası, gerekçesi için aynı şey söylenemez. Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ta; çelişkinin başka türlü yollarla giderilememesine rağmen, önceki ifadenin okunmasının zorunlu olup olmadığıdır. “Okunabilir” ibaresi, burada bir ihtiyariliğin olduğunu gösterebilir ve bu yönüyle gerek CMUK’daki gerekse kaynak kanundaki hükümlerle uyumludur. Ancak bu tür bir kabul, mahkemenin maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü ile bağdaşmaz. Nitekim, konuyu tanık açısından ele alan bir önceki maddenin son fıkrasında, isabetli olarak, önceki ifadesi okunarak çelişkinin giderilmesine “çalışılır” demek suretiyle bir zorunluluk öngörülmüştür. Burada da okunabileceğinden değil, okunacağından söz edilmesi daha uygun olacaktır.

¹¹¹

Bkz. Şahin, s. 152.

CMUK m. 254/2'den aynen alınmış olan, soruşturma ve kovuşturmayla görevli olanların hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağı kuralı(2002/226-3; 2000/218-3), 3842 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar olan bütün eleştirilerin muhatabı olmaya devam edecektir. Hükümün alanının ve mutlaklığının bir biçimde sınırlandırılması uygun olacaktır. Aksi takdirde ceza muhakemesinin suçlulukla mücadele fonksiyonu zaafa uğramaya devam edecektir.

XX. Hükümün Geri Bırakılması ve Denetimli Serbestlik

Ceza muhakemesi hukukumuz açısından yeni bir kurum olan denetimli serbestlik ve hükümün geri bırakılması hükmü (2002/233; 2000/225), bazı noktalardan açıklanmaya muhtaç gibi gözükmektedir.

Örneğin, gerekçede, dikkate alınacak cezanın soyut ceza olduğu belirtilmektedir. Oysa madde metninden, somut cezanın arandığı sonucu çıkmaktadır. Hükümün şu şekilde düzenlenmesi halinde gerekçe ile uyumlu hale geleceği söylenebilir: “Sanığa yüklenen ve kanunda, yalnız veya birlikte; para cezası, hafif hapis veya üç yıl ve daha aşağı hapis cezası öngörülmüş bulunan bir suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda mahkeme,.....”.

Ayrıca, geri bırakma şartlarından birisi, suçun sebebiyet verdiği zararların giderilmiş olmasıdır. Burada kime verilen, nasıl bir zarar aranmaktadır; zarar ve miktarı nasıl ve kim tarafından belirlenecektir?

Keza, denetimli serbestlik tedbirinde sanığa ne gibi “davranış kuralları” yüklenebilecektir ve geri bırakılan hükümün açıklanma sebebi olarak, bu davranış kurallarının “ısrarla” ihlal edilmesi ne anlama gelmektedir?

Nihayet, davanın düşmesi sebebi olarak gösterilen, denetim süresinin kanun ve “nizamlara” uygun olarak geçirilmesi ile, bu konuda ayrı bir düzenlemenin çıkarılacağı mı ifade edilmek istenmektedir?

XXI. Mağdur ve Şikayetçinin Hakları

Suçun mağduru ile şikayetçinin konumu önemli ölçüde tanıklara benzemektedir. Hatta m. 245 (2000/237) ve sonraki maddelerde, tanıklara ilişkin hükümlerin bu kişilere de uygulanacağı birkaç kez zikredilmiş, açıkça bu hususun zikredilmediği yerlerde ise, yine tanıklık hükümlerine paralel düzenlemeler öngörülmüştür (2002/248; 2000/240, 241). Mağdur ve şikayetçinin daveti bakımından da tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir (2002/245-2; 2000/237-2). Tanıkların nasıl çağrılacağı ve çağrıya uymayan tanıklara uygulanacak yaptırımlar ise m. 45 ve 46'dadır (2000/46 ve 47). Tasarının 45. maddesinde, tanıkların hangi araçlardan yararlanılarak davet edileceği, gelmemenin sonuçlarının bildirileceği, bazen bu usullere uyulmaksızın ihzar müzekkeresi verilerek zorla

getirilebilecekleri; m. 46 da ise, zorla getirilen tanıklara, gelmemelerinin neden olduğu masraflar ve para cezası öngörülmektedir. Tasarı m. 245/2'nin davet bakımından tanıklara ilişkin bu hükümlere yollama yaptığı görülmektedir. Ancak m. 247'de (2000/239), mağdur ile şikayetçinin davete uymamalarının sonuçları gösterilmekte ve bu hükme göre, davet edilen mağdur veya müştekinin gelmemesi halinde yeniden tebligatta bulunulmayacağı, bu kişilerin beyanının alınmasının zorunlu görüldüğü hallerin dışında; adres yanlışlığı vb. nedenlerle tebligat yapılamaması hallerinde adresin araştırılmayacağı belirtilmektedir. Yani, kural olarak, m. 46 mağdur ve şikayetçiler bakımından geçerli olamayacaktır. Zira davetiyeye rağmen gelmediği halde yeniden tebligatta bulunulmayan kimseye, gelmemesinin neden olduğu masrafların yükletilmesi ve para cezasına hükmedilmesi düşünülemez. Bu durumda ya bu hüküm (m. 247) ile m. 245/2 çelişmektedir ya da m. 245/2'deki atıf, sadece, tanıkların hangi araçlardan yararlanılarak davet edilecekleri ile ilgili m. 45/1- ilk cümle ile sınırlı kalmaktadır. Eğer son seçenek doğru ise, o zaman da, m. 245/2'deki "... hükümler..." ifadesi isabetli seçilmemiştir.

XXII. Tüzel Kişilerin Yargılanması

Ceza muhakemesi hukukunda sanık tarif edilirken, diğer birçok özelliğinin yanında, "gerçek kişi" olması aranır¹¹². Oysa Tasarıda, "tüzel" kişilerin yargılanmasına ilişkin bir bölüm yer almaktadır (2002/259-263; 2000/252-256). Yaşayan bir kişi olmayan hükmi bir varlığın, ceza hukuku anlamında bir suçun faili, bir yargılamanın muhatabı olması düşünülemez¹¹³.

Yargılama sonunda mahkûm olan sanık aleyhine hükmedilebilecek olan ceza hukuku anlamında müeyyideler ceza kanunlarında belirtilmiştir ve bunların hepsi gerçek kişi hükümlüleri gerekli kılmaktadır. Oysa Tasarı m. 263'de, tüzel kişilere özgü adli kontrol yükümlülüklerinden söz edilmektedir. Tüzel kişi bizatihi suç işleyemeyeceğine, bir gerçek kişi tarafından bu suç kendisi ve/veya tüzel kişi yararına işlenebileceğine ve gerçek kişi hakkında dava açılıp yargılanabileceğine göre, ceza ve ceza muhakemesi hukuku anlamında tüzel kişilerin faillikleri-sanıklıkları, yargılanıp mahkûm edilmeleri düşünülemez.

Keza, m. 261'de, kamu davasının, fiilin işlendiği tarihte tüzel kişinin yasal temsilcisi olan kişiye karşı açılacağı belirtilmektedir. Kendisine karşı kamu davası açılan kişi, ceza muhakemesinde, ancak "sanık" olabilir. Sanığın ceza muhakemesindeki her türlü hak ve yükümlülükleri, tüzel kişiyi temsil eden bu yasal temsilci için de söz konusu olacak mıdır?

¹¹² **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 303.

¹¹³ **İçel**, Kayıhan/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoglu**, Fatih S./**Ünver**, Yener, Suç Teorisi, İstanbul 1999, s. 67 vd.; **İçel**, Kayıhan/**Akıncı**, Füsün-Sokullu/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoglu**, Fatih S./**Ünver**, Yener, Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, s. 17 vd.; **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 303.

Ayrıca, savcılığın ve mahkemenin yer bakımından yetkisi konusunda da sorunlar doğabilir. Tasarıda, soruşturma ve kovuşturma bakımından suçun işlendiği veya tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer savcılığı ve mahkemesi yetkili kılınmaktadır (2002/260; 2000/253). Tüzel kişinin de yargılanmasını gerektiren suç, somut durumda ancak bir gerçek kişi işleyebileceğine göre, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerin dışında suçun işlenmesi halinde, merkezi başka bir yerde bulunan bir tüzel kişi yargılanmış olacaktır. Oysa ceza muhakemesinde yer bakımından yetkinin nasıl belirleneceği bellidir. Tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer savcılığı ve mahkemesinin yetkili kılınmasıyla yeni ve özel bir yer bakımından yetki hükmü getirilmektedir. Yine, tüzel kişi yararına suç işleyen gerçek kişi belirlenemese dahi, tüzel kişinin yargılanacağı anlaşılmaktadır. Faili belli olmayan bir suçtan ötürü tüzel kişi mi yargılanacaktır?

Sonuç

Sadece bir kısmına burada yer verilmiş bulunan bir takım belirsizlik, tutarsızlık ve eksiklikleri olan Tasarının bu haliyle kanunlaşması, yürürlükteki kanun bakımından gündemde olan çeşitli eleştiriler ve sıkıntılıların, değişik biçim ve boyutta yeni kanun için de yaşanması anlamına gelmektedir.

Her iki Tasarı da yeterince tartışılma imkanına sahip olamamışlardır. Bu konudaki eksikliğin giderilmesi ve toplum hayatında oldukça önemli bir yeri olan böyle bir temel kanun değişikliği gerçekleştirilmeden önce, ilgili kesimler nezdinde yeterince tartışılması, bunun sonucunda büyük ölçüde bir uzlaşmanın sağlandığı bir Tasarı oluşturulması gerekir.