

CEZA YARGILAMASI SÜRECİ

THE PROCESS OF CRIMINAL JUSTICE

Ersan ŞEN*

Özet : Bu çalışmamızda, soruşturma ve kovuşturmayı kapsayan ceza yargılamasının uygulamada ne gibi temel esaslarla yürütüldüğü ve ne tür sorunlarla karşılaşıldığı irdelenmiştir. Ayrıca, tutuklamanın bir tedbir olduğu, ceza olmadığı, kısa süreli uygulanması gerektiği, bu tedbirle şüpheli ve sanığın kaçması veya delillerin karartılmasının önüne geçilmesi gerektiği ile uygulamada şüpheli-sanık-mağdur haklarının nasıl korunduğu ve korunması gerektiğine dair açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Ceza, tutukluluk, delil, soruşturma, kovuşturma, örgüt, telefon.

Abstract : In this research, we have examined basic principles, issues and problems of investigation and prosecution procedures in practice regarding Criminal Investigation. Also arrest with a warrant is a measure of protection of evidence, not a verdict and has to be in short time period also it has to prevent the suspect or accused is going to fly, or that he is going to attempt to destroy the evidence and it is referred explanations to the statement about rights of suspected- defendant- aggrieved which method is used to protect and should be used to protect in practice.

Keywords : Criminal, pre-trial detention, exhibit, investigation, prosecution, organisation, phone.

Şüpheli ve sanık sayısının çok olduğu soruşturma ve kovuşturmalarda, yargılamalar yönünden uygulamada izlenen ortak usul genellikle şu şekildedir;

- 1- Önce kim olduğu bilinmeyen bir kişi tarafından telefon veya mektupla kolluğa suç ihbarı yapılır.
- 2- Sonra kolluk savcılık makamına giderek, ihbarın aciliyet ve önemi ile suçun örgütlü işlendiği gerekçesine binaen iletişimin de-

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

netlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinden birisi veya birkaçı için hakimden karar alınmasını talep eder¹. Savcı bu acil talepten hareketle, delil toplama yöntemleri için CMK tarafından öngörülen şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden tam olarak değerlendirme imkanı bulmaksızın nöbetçi hakime başvurur.

- 3- Hakim, bu acil talebi inceler ve CMK m.135 ila 140'a göre koruma tedbirlerinden birisine somut gerekçelerle karar vermesi gerekirken, özellikle örgütlü suçlarda tüm koruma tedbirlerinin tatbikine karar verir. Hakim, kişi hak ve hürriyetlerine çok önemli müdahaleler içeren bu tedbirlerin şartlarının somut olayda oluşup oluşmadığını, ya iş çokluğundan ya da zaman darlığından yeteri kadar incelemeksizin karar verir. Oysa arama ve elkoyma tedbirleri, kişinin özel hayat hakkına kısıtlama getiren önemli ceza yargılaması vasıtaları arasında yer almaktadır. Arama ve elkoyma tedbirlerinin CMK m.119 ve m.127'ye uygun yapılması, aynı şekilde bilgisayar programlarında, hafızalarında yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma tedbirinin de CMK m.134'de gösterilen şekilde yerine getirilmesi gerekir. Aksi halde, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller gündeme gelecektir. Belirtmeliyiz ki, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller yargılamanın hiçbir aşamasında delil olarak kullanılamaz ve değerlendirilemez (1982 Anayasası m.38/6, CMK m.206/2-a, m.217/2).

1 Suç örgütü kurmak ve yönetmek ile bu örgüte üye olmak suçları yönünden, suç örgütünün işlemeyi amaçladığı suç ve suçların en azından hazırlık hareketleri ile ilgili ciddi bulgu, emare ve deliller mevcut değilse, suç örgütünün varlığından bahisle soruşturma başlatılması da mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, soyut olarak örgüt kurma suçu olamayacağı gibi, suç örgütü kurma ile ilgili amaç suçlarının işleneceği bulgularına ulaşamadığında da ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Bizce, suç örgütü kurma ve yönetme ile bu örgüte üye olma suçları, kasten insan öldürme, yağma, dolandırıcılık, sahtecilik, kara para aklama, uyuşturucu madde ticareti, terör suçları gibi bazı suç tiplerinin ağırlaştırıcı nedeni sayılmalıdır. Bununla birlikte, suç örgütü fiilinin bağımsız suç olarak kabul edilmesi suretiyle düzenin ve kamu barışının sağlanacağı düşünülmekte ise, bu noktada ceza sorumluluğunun doğabilmesi için örgütün en azından bir amaç suç işlemeye teşebbüs etmesi gerekir. Suç örgütü kurma fiili bağımsız suç kabul edildiğine göre ve amacı olmayan bir örgütlenme de olmayacağından, suç örgütü bir veya birkaç amaç suçun işlenmesi amacıyla kurulmalı ve bu suçların işlenmesine dair TCK m.220/1'de gösterilen unsurlarla ilgili bulgulara ulaşılmalıdır. Ancak bu halde, bağımsız bir suç tipini tanımlayan TCK m.220/1 kapsamında suç örgütünün varlığından bahsedilebilir.

- 4- Bu andan itibaren, sayısı başta birkaç kişi olan şüphelilerden hareketle en az altı aylık dinleme ve teknik takip tedbiri uygulanmaya başlar. Tüm bu aşamalar soruşturmanın gizliliğine uygun yürütülür. Çünkü faillerin kaçmaması ve delillerin karartılmaması, özellikle işlenen suçun olup olmadığı ve faillerinin tam manası ile tespiti için gizliliğe önem verilir. Hatta sulh ceza hakimliğinden veya nöbetçi hakimlikten CMK m.153/2 gereğince alınan kısıtlılık kararı ile savunma hakkı daraltılır, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin birçok kararına rağmen, şüphelinin gözaltına alınmasına ve tutukluluğa sevk edilmesine, hatta tutuklanmasına gerekçe olduğu ileri sürülen deliller, bu kısıtlılık kararı dayanak gösterilmek suretiyle şüphelinin ve müdafinin bilgisine ve görgüsüne sunulmaz.
- 5- Tüm bu aşamalarda kolluk ve savcılık makamı birlikte hareket eder, hukuk kuralları çerçevesinde savcılık makamı soruşturmanın başı olmakla birlikte, uygulamada esas itibariyle adli kolluğun olmayışı ve savcı sayısındaki yetersizlik gibi nedenlerle soruşturma kolluğun kontrolünde sürdürülür.
- 6- Kolluk, tüm delilleri topladığına veya daha fazla beklemenin failleri ve delilleri elde etmede sorunlara yol açacağına inanmakta ise, işi daha fazla uzatmadan savcılık makamı vasıtasıyla yakalama, gözaltına alma, arama ve elkoyma tedbirlerini eşzamanlı düzenlenen bir operasyonla uygulamaya koyar, çok sayıda insanı yakalar, savcılık kararı (emri) ile bu kişiler gözaltına alınır, artık bu aşamada toplu suçlarda uygulanan azami dört günlük gözaltı süresi işlemeye başlar, arama ve elkoymalar yoluyla çok sayıda bilgisayara, cep telefonuna, banka hesaplarına, kağıt ve belgeye elkonulur. Şüpheli sayısı fazla olan ve kısıtlılık kararı verilen soruşturmalarda, gözaltına alınan şüpheli ve müdafii deliller gösterilmediğinden, ifade verilmeden ve sorgu yapılmadan önce, şüpheli ile müdafii arasında, savunma hakkının tam manası ile kullanılmasını sağlayacak şekilde diyalog kurulamaz. Bu kısıtlılık kararı, kamu davası açılıncaya kadar devam eder. Bu sebeple, gerek gözaltında ve gerekse tutukevinde yedi gün yirmi dört saat şüpheli ile müdafinin görüşme imkanı olsa da, savunma hakkının layığı ile kullanıldığı söylenemez. Bu aşamada müdafii, hukuki yardımda bulun-

maya çalıştığı şüpheliye sadece psikolojik açıdan destek verebilir ve kısıtlılık kararı devam ettiği müddetçe şüpheliye yeterli hukuki yardımda bulunamaz.

Soruşturma aşamasında CMK m.152’de yer alan, *“Yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafie verilebilir.”* hükmü gerekçe gösterilerek, aynı avukatın birden fazla şüpheli ile görüşmesi engellenmektedir. Soruşturma aşamasındaki bu engellenmenin hukuka uygun olmadığını düşünmekteyiz. CMK m.152, daha ifade verme aşamasında bulunmayan şüpheli ile avukatının görüşmesinin engellenmesinin dayanağı olamaz. Birden fazla şüpheli veya sanığın yararlarının birbirine uygun olup olmadığının tespit ve takdir yetkisi müdafie aittir. Savcılık makamı ve hakim ile mahkeme, bu konu ile ilgili olarak müdafii engelleyemez ve belki savunma sırasında sadece uyabilir.

- 7- İlk ifadeleri, CMK m.148/4’e uygun olarak avukat yanında kolluk alır. Böylece, şüpheliden alınan ifadenin hukuka aykırı elde edildiği iddiasının sonradan ileri sürülmesinin ve kabulünün önüne geçilmesi sağlanır. Bizde, özel yetkili mahkemeler dahil olmak üzere ifadelerin önce kolluk tarafından alındığı ve savcının ise, gözaltında tutulmasına veya tutuklamaya sevkine gerek görmediği bazı kişileri ifadesini almadan veya hemen aldıktan sonra salıverdiği, ancak genellikle çok sayıda insanı tutuklanmaları amacıyla CMK m.100 kapsamında hakime sevk ettiği görülmektedir.

İfade ve sorgunun şekli ile usulü, CMK m.147 ile 148’e uygun yapılmalıdır. Şüpheli veya sanığa, yüklenen suç anlatılmalı, müdafii yardımından yararlanma hakkı olduğu, susma hakkının bulunduğu, lehine delillerin toplanmasını isteyebileceği bildirilmelidir. İfade alma ve sorgu sırasında şüpheli ve sanığın tüm beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. İfade alma ve sorgu sırasında, yüklenen suçun şüpheli veya sanığa tam olarak anlatılmadığı, hatta doğrudan doğruya sorulara geçildiği, kim olduğu, mali durumu, diğer şüpheli veya sanıkları tanıyıp tanımadığı ile ilgili hususların sorulduğu, bu şekilde CMK m.147’ye aykırı davranıldığı, yine hakkında kısıtlılık kararı bulunan soruşturmalarda telefon tapelelerinin şüpheliye dinletilmeyerek, tam olarak okutulmayarak ve sübjektif yorumlar yapılarak sorular sorulduğu görülmektedir.

Bu tür ifade alma ve sorgu, CMK m.148/1’de yasak usullerden sayılan “aldatma” olarak değerlendirilmelidir. Aynı telefon tapesinden hareketle çok sayıda soru sormak suretiyle şüpheliyi yormaya yönelik ifade alma ve sorgu ise, yine CMK m.148/1’de yasak usullerden sayılan “yorma” kapsamına girecektir. CMK m.148/3’e göre, “Yasak usullerle elde edilen ifadeler, rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez”.

CMK m.147/1-f’ye göre şüpheli ve sanığa, “Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır”. Gözaltında veya tutuklu bulunan şüpheli haklarının korunması bakımından son derece önemli olan bu hüküm, maalesef bizde uygulama alanı bulamamaktadır. Soruşturma aşamasında bir yere kapatılan, yani gözaltına alınan ve tutuklanan şüpheli, bir de buna kısıtlılık kararı eklenmek suretiyle dosya içeriğini doğrudan doğruya veya müdafii vasıtasıyla görememesi eklendiğinde savunma hakkı tümüyle anlamını yitirmektedir. Şüpheliye, sahip olduğu lehine olan delilleri toplayabilme ve toplatabilme hakkının mutlaka kullandırılması gerekir. CMK m.160/2 kapsamında bu yetkinin sadece savcılık makamına ait olduğu, hem CMK m.147/1-f karşısında doğru değildir ve hem de şüpheli lehine delilleri toplayıp değerlendirmekte savcıların yeterli çabayı gösteremedikleri veya gösteremedikleri görülmektedir.

Esas itibarıyla, soruşturma aşamasında şüpheli ifadelerinin savcı tarafından alınması gerekir. Ancak uygulamada, savcı sayısındaki azlık ve iş yoğunluğu sebebiyle kolluk tarafından şüpheli ifadelerinin alındığı anlaşılmaktadır. Özel yetkili mahkemelerin görev alanına giren suçlarla ilgili yapılan soruşturmalarda ise, şüpheli ifadelerinin mutlaka savcı tarafından alınması gerektiğini ve bunun yasal dayanağının da CMK m.251/1 olduğunu ifade etmek isteriz.

Suç örgütü vasıtasıyla işlendiği iddia olunan amaç suçlarda cebir ve tehdidin kullanıldığı tespit edilmeden ve suçlara “suç örgütü” kavramından hareketle özel yetkili savcılık makamının soruşturma açıp yürüttüğü görülmektedir ki, bu uygulama yanlıştır. Aynı şekilde, suç örgütü vasıtasıyla cebir ve tehditle işlendiği iddia edi-

len ve bu konuda delillere ulaşılan soruşturmaların da özel yetkili savcılığa bırakılması, bu yönde bulgu ve tespitler olduğu halde özel yetkili olmayan savcılık tarafından soruşturmanın yürütülmesi ve kamu davasının açılarak, yargılamanın gereksiz uzamasına sebebiyet verilmemesi gerekir.

Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün varlığından bahisle CMK m.250 ile görevli ve yetkili cumhuriyet savcılıkları ve mahkemelerce soruşturma ve kovuşturma yürütülebilmesi için mütmen suçların cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle işlenmesi zorunludur. Dolayısıyla, CMK m.250 ile görevli savcılık ve mahkemeler tarafından bir ön mesele olarak, somut olayda cebir ve tehdidin varlığının araştırılması zorunludur. Cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle suç işlendiği konusunda yeterli şüphe ve delil elde eden özel yetkili savcılık, bu tespitinin ardından somut olayda TCK m.220’de yer alan tüm unsurları taşıyan bir suç örgütünün varlığını araştırmalıdır.

TCK m.220 kapsamında bir örgütün varlığından bahsedebilmek için somut olayda, en az üç kişinin suç işlemek amacıyla biraraya gelmesi, bu kişiler arasında devamlılık içeren hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, bu kişilerin örgütün araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye muktedir olması zorunludur.

Suç örgütü tarafından işlendiği iddia olunan amaç suçun soruşturması izne veya başvuru yapılmasına bağlı ise, öncelikle bu izin veya başvurunun alınması ve sonrasında suç örgütü kurmak veya yönetmek fiilinden soruşturma başlatılması gerekir. İşlenmesi amaçlanan ve en azından teşebbüs edilen suç olmaksızın suç örgütü kurmak ve yönetmek ile bu örgüte üye olmak suçlarından bahsedilemez. Amaç suç vergi kaçakçılığı ise, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 367. maddesi uyarınca vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. Yine 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 49. maddesine göre, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 47. maddesinde sayılan suçların soruşturulabilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu tarafından cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulması gerekmektedir. İşte bu başvurular yapılmamışsa, örgütlü suçlulukla ilgili soruşturma da başlatılmamalıdır.

Suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün varlığından bahsedebilmek için, örgütün hangi suçları işlemek amacıyla kurulduğu tespit edilmelidir. Suç sayılmayan ancak hukuka aykırılık taşıyan fiilleri gerçekleştirmek için kurulmuş olsa da, amacı ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan fiilleri işlemek olmayan bir örgütlenme TCK m.220 kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, 14.04.2011 tarihinde 6222 sayılı Kanunun 11. maddesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte şike ve teşvik primi verme fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Bu tarihten önce gerçekleştirilen şike ve teşvik primi verme fiilleri, belki disiplin hukuku ve özel hukuk anlamında hukuka aykırı sayılabilirdi, fakat “suçta ve cezada kanunilik” prensibi gereğince suç olarak nitelendirilemez. Bu sebeple, 14.04.2011 tarihinden önce şike ve teşvik primi fiillerini gerçekleştirmek amacıyla gerekli araç ve gerece sahip en az üç kişinin hiyerarşik bir ilişki çerçevesinde anlaşmaları ve hukuka aykırı bu fiilleri gerçekleştirmeleri durumunda, diğer tüm unsurlar mevcut olmasına rağmen amaç suç bulunmaması sebebiyle somut olayda TCK m.220’nin unsurlarının oluştuğundan bahsedilemez. Hukuka aykırı fiil işlemek için birleşmiş olsa da, ifa ettiği fiiller suç teşkil etmeyen bir topluluk, suç işlemek için kurulan bir suç örgütü olarak nitelendirilmez.

Uygulamada, bu hususlar dikkate alınmaksızın özel yetkili savcılıklar tarafından soruşturmalar yürütülmekte, davalar açılmakta ve yapılan yargılama sonucunda veya temyiz aşamasında, somut olayda cebir veya tehdit ile işlenen suç veya suç işlemek için kurulmuş bir örgütün bulunmadığından bahisle görevsizlik kararları verilmektedir. Özel yetkili savcılıklar ve mahkemelerce yürütülen soruşturma ve kovuşturmaların özel usuller çerçevesinde yürütüldüğünden, şüpheli ve sanık haklarının daha fazla kısıtlandığını, işaret ettiğimiz hatalı uygulamanın hukuka aykırı olduğunu belirtmek isteriz.

Özel yetkili savcılıklar ve ağır ceza mahkemeleri yalnızca CMK m.250/1’de gösterilen suçların soruşturma ve kovuşturmasını yapabilir. Bunun dışında suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmaları özel yetkili ağır ceza mahkemesi ve savcılığı kapsamında soruşturulup kovuşturulması mümkün değildir. Görevli olmayan hakim veya mahkemenin karar ve tasarruflarının akıbeti, CMK m.7’ye göre belirlenmelidir. Bu maddeye göre, “Yenilenmesi müm-

kün olmayanlar dışında, görevli olmayan hakim veya mahkemelerce yapılan işlemler hükümsüzdür". Ancak savcılık makamının iş ve işlemleri bu madde kapsamında değerlendirilemez. Bu sebeple, özel yetkili savcılık makamı tarafından CMK m.135'e uygun şekilde alındığı anlaşılan iletişimin denetlenmesi karar ve sonuçları, soruşturmaya konu suçun özel yetkili ağır ceza mahkemesi ve savcılık makamının görevine girmediği sonradan anlaşılsa bile, yine de soruşturma aşamasında elde edilen iletişimin denetlenmesi tedbiri sonuçları geçerliliğini koruyacaktır. Ayrıca CMK m.7, yenilenmesi mümkün olmayan iş ve işlemlerin geçerli olduğunu belirtmek suretiyle iletişimin denetlenmesi karar ve sonuçlarını delil olarak kullanılabileceğini ortaya koymuştur.

- 8- Tutuklama tedbirinin uygulanmasında, CMK m.100/3 hükmü kötüye kullanılmaktadır. CMK m.100/3'e göre, Kanunda yazılı bazı suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni varsayılabilir. Şüphelinin CMK m.100/3'de yazılı suçlardan herhangi birisini işlediğine dair kuvvetli şüphe olsa bile, hükümde yazılı olan "*varsayılabilir*" ibaresinden hareketle tutuklama kararı veya tutukluluğun devamına karar vermek hukuka aykırıdır. Sadece şüphe tutukluluk için yeterli görülemez. Tutuklama tedbirinin temelinde "*şüphe*" zaten olmak zorundadır. Tutuklama tedbirine başvurulmasında, şüpheli ve sanığın somut olarak adaletten kaçma veya delilleri karartma ihtimalinin ciddi biçimde bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

Tutuklama tedbirinin olmazsa olmazı, şüpheli veya sanığın kaçacağına veya delil karartacağına yönelik ciddi şüphenin somut olarak tespiti kabul edilmeli, şüphe hali ise "*kuvvetli şüphe*" değil, "*yeterli şüphe*" olarak aranmalıdır. Hakimler, "*kuvvetli şüphe*" ölçütünün değerlendirilip, tutuklama talebinin kabul veya reddi kararına bu ölçüt ile ilgili gerekçe yazılması halinde işin esasına girileceği ve tarafsızlıklarını kaybedeceklerini düşünmekte ve kararlarına, CMK m.100'de belirtilen soyut tutuklama gerekçelerini yazmakla yetinmektedirler. Bu tür kararlar, net bir şekilde CMK m.100/2'ye, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.5/1-c'ye ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin müstekar içtihatlarına aykırıdır².

2 Bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Çetin Ağdaş-Türkiye, Başvuru No: 77331

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, tutuklama tedbirinin ön şartı olan “suç şüphesi” için “makul şüphe” ölçütünü aramaktadır³. CMK m.100/3’de gösterilen katalogda yer alan suçlar dahil olmak üzere, ceza türü ve miktarı bakımından CMK m.100/4’e göre tutuklama tedbiri uygulanma yasağı bulunan tüm suçlarla ilgili sadece kuvvetli suç şüphesi varlığından bahisle tutuklama kararı verilemez. Suçun işlendiğine dair şüphenin yanında mutlaka şüpheli ve sanığın adaletten kaçacağına veya delilleri karartacağına dair şüpheyi destekleyen somut olguların varlığı durumunda tutuklama tedbirine başvurulabilmelidir. Ancak tüm bu şartların birlikte gerçekleşmesi halinde bile, CMK m.109 ve 110’da düzenlenen adli kontrol tedbirinin tutuklama tedbiri yerine uygulanması öncelikle gözetilmelidir. Çünkü CMK m.101/1’e göre, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağına dair somut hukuki ve fiili nedenler gösterilmedikçe tutuklama tedbirine başvurulamaz. Belirtmeliyiz ki, CMK m.109’a göre uygulanacak adli kontrol tedbirleri türlerindeki azlık ve yetersizlik nedeniyle somut olarak delilleri karartma ihtimalinin varlığı halinde, tutuklama tedbiri yerine adli kontrolün uygulanmasında zorluk vardır. Bunun aşılabilmesi için, elektronik kelepçe ve evde gözetim altına alma türünde yeni tedbirlerin CMK m.109’a eklenmesi suretiyle delil karartmanın önüne geçilmesi sağlanabilir. Ayrıca, adli kontrol tedbirinin etkin biçimde uygulanmasını engellediğinden, CMK m.109/1’de yer alan “üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç” ibaresi kaldırılmalıdır.

CMK m.100/3’de gösterilen suçlara dahil olmayan bir suçun şüpheli sayısının çok olduğu soruşturmalarda, dosya örgüt kapsamına dahil edilerek yargılama özel yetkili mahkeme veya savcılıklarda devam ettirilip, savunma hakkı ihlal edilmektedir. Türk Ceza Hukuku’nun bütünü bakımından suç örgütü kurma ve yönetme ile örgüte üye olma ve bilerek ve isteyerek yardım etme suçlarının bağımsız bir suç tipi değil, ya Türk Ceza Kanunu’nun Genel

/01, 19.09.2006; Mehmet Yavuz-Türkiye, Başvuru No: 47043/99, 24.07.2007; Getiren-Türkiye, Başvuru No:10301/03, 22.07.2008; Fırat-Türkiye Başvuru No:37291/04, 30.06.2009; Cahit Demirel-Türkiye, Başvuru No: 18621/03, 07.10.2009.

3 Bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, W.-İsviçre, Başvuru No:14379/88, 26.01.1993.

Hükümler bahsinde bir suç katalogu altında veya bazı suçların nitelikli halleri olarak her suç tipinin tanımında suçun ağırlaştırıcı sebebi olarak gösterilmesi daha isabetli olacaktır. Kişi hak ve hürriyetlerinin Ceza Hukuku ve Ceza Yargılaması Hukuku açısından korunması, suç örgütü fiilinin bağımsız bir suç saymaktan ziyade bazı suçların ağırlaştırıcı hali olarak düzenlemek suretiyle sağlanabilecektir.

Bunun yanında, CMK m.100/3'te gösterilen suçlardan birisinin işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı yönündeki değerlendirme çoğu zaman hatalı olabilmektedir. Tutuklama kararı sadece kuvvetli suç şüphesine dayandırılmakta, adaletten kaçma ve delil karartma ihtimali soyut olarak varsayılmaktadır. Bu uygulamanın hatalı olmasının yanında, kuvvetli suç şüphesinin oluşmasına yegane dayanak telefon tapeleri gösterildiği halde, bunları somut ve destekleyici delillere soruşturma dosyasında yer verilmediğinde, *"kuvvetli suç şüphesi"* ölçütünün tespiti yanlışı sonuca varılabilmektedir.

Uygulamada, soruşturmaya ve kovuşturmaya konu suçun Kanunda gösterilen cezasının ağırlığı veya şüpheli/sanık hakkında uygulanma ihtimali bulunan cezanın ağırlığı ya da soruşturma ve kovuşturmaya konu suçun Kanunda gösterilen cezasının alt ve üst sınırları ile şüpheli/sanık hakkında uygulanması muhtemel cezanın ağırlığı gibi gerekçelerle tutuklama ve tutuklamanın devamı kararlarının verildiği görülmektedir. Tutuklama tedbirini düzenleyen CMK m.100'de bu tür bir tutuklama sebebi gösterilmediği gibi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de tutuklama tedbirinin tatbikinde bu yönde bir gerekçe bulunmamaktadır⁴. Tümü ile yanlışı, tutuklama tedbirinin uygulanma amaç ve fonksiyonuna aykırı bu tür gerekçelerin hukuka aykırı olduğunu belirtmek isteriz. Tutuklama, yalnızca adaletten kaçma veya delillerin karartılmasının önlenmesi amaçları için başvurulabilecek bir ceza yargılaması tedbirinden ibarettir.

4 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 27.06.1968 gün ve 2122/64 başvuru numaralı Wemhoff/Almanya kararına göre, sanık hakkında uygulanacak cezanın ağır olması ihtimali tutuklama tedbirinin tatbiki için yeterli görülemez.

- 9- Şüpheli sayısının çok olduğu soruşturmalarda, arama ve elkoyma süreci ile başlayan ve çoğunlukla yakalama, gözaltına alma ve bazen de davet ya da zorla getirme ile devam eden aşamalarda, şüpheli ile müdafinin görüşebilmesi, kollukta ve savcılıkta ifadelerin alınması, sonrasında tutuklamaya sevk edilenlerinin sorgularının yapılması son derece zor ve zahmetli olup, şüpheli ve müdafileri bakımından uzun süre beklemeye yol açmaktadır. Yaklaşık bir yıl soruşturma yapıp, telefon dinleme, gizli soruşturmaya başvurma, teknik araçlarla izleme gibi yöntemlerle tüm delil ve emarelere ulaşarak, şüphelinin kaçma ihtimali olmadığı halde, hala karartılacak deliller olduğundan bahisle bu ibareye soyut olarak yer verilip, adli kontrol tedbirini uygulamak yerine tutuklama tedbirine başvurmak yanlıştır. Şüphelinin kaçma ihtimalinin bertaraf edildiği hallerde, tutuklama tedbirine başvurmak bu tedbiri amacından saptırır, bu tedbirin ceza olarak algılanmasına, korkutucu olmasına ve bir silah olarak kullanılmasına yol açar. Ancak uygulamada, “*projeli çalışma*” olarak adlandırılan soruşturmalarda, suç örgütü suçunun son ana kadar işlendiği ve “*operasyon*” adı altında yapılan soruşturmaların etki derecesi dikkate alınarak, özellikle gözaltına alma, arama ve elkoyma ile tutuklama tedbirlerine ve bu tedbirlerin dayanağı olarak da telefon dinleme tedbirine istisna olmaksızın başvurulduğu görülmektedir.
- 10- Özel yetkili savcılıklar ve mahkemeler tarafından gerçekleştirilen bir diğer önemli sorun da, aralarında CMK m.8, 9 ve 11 çerçevesinde bağlantı bulunmayan fiillerin aynı dosya üzerinden yürütülmesinde yaşanmaktadır. CMK m.8’de, bir kişinin birden fazla suçtan sanık olması veya bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunması durumları ile suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme fiillerinin bağlantılı suç olarak kabul edileceği düzenlenmiş ve CMK m.9’da bağlantılı suçlardan herbirisi değişik mahkemelerin görevine giriyor olsa da, birleştirilmek suretiyle yüksek görevli mahkemede dava açılabilceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin haricinde 11. maddede, davanın esasını gören mahkemenin birden çok dava arasında bağlantı olduğunu tespit etmesi durumunda bu bağlantının 8. maddede gösterilen türden olmasa bile bu davaların birleştirilebileceği kabul edilmiştir.

Özel yetkili mahkemelerce yürütülen soruşturmalar, CMK m.8, 9, 10 ve 11. maddelerinde yer alan bağlantı kuralları çerçevesinde olmayan suçlar aynı dosyalarda birleştirilmekte ve aynı davalarda görülmektedir. Yasal dayanak olmaksızın, yalnızca isnad edilen suçun aynı olduğundan bahisle (özellikle suç örgütü kurma ve yönetme adı altında) yapılan bu uygulamanın kabulü mümkün değildir.

- 11- CMK m.157'ye göre, *"Kanunun başka saydığı haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir"*. Kanun koyucu bu hükümde prensip olarak, savunma hakkını üstün tutmuş, telefon dinleme, arama ve elkoyma gibi tedbirlerin gizli olarak yapılmasının ötesinde savunma makamı tarafından soruşturma dosyasının incelenmesine ve dosyada mevcut belgelerden örnek alınmasına kısıtlama getirmemiştir. Doğru olan da budur, çünkü suçlanan kişinin ne ile suçlandığını, lehine ve aleyhine delillerin neler olduğunu bilme hakkı vardır. Ancak, bu bilgiye ulaşılması sayesinde şüphelinin savunma hakkını kullanabilmesi mümkündür. Bu hükmün istisnası ise, CMK m.153/2'de gösterilmiştir. Bu hükmeye göre, *"Müdafiin dosya içeriği incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararı ile bu yetkisi kısıtlanabilir"*. İlk bakışta, bu kısıtlamanın yalnızca müdafi için getirildiği ve şüpheliyi kapsamadığı düşünülebilir. Gerçekten de hükmün lafzı incelendiğinde, kısıtlamanın müdafi yönünden düzenlendiği görülmektedir. Ancak *"Savunma"* başlığı altında düzenlenen CMK m.153/2'nin yalnızca müdafiden söz etmesi, bu kısıtlamanın öncelikle şüpheliye de uygulanabileceğini göstermektedir. CMK m.150/3'de düzenlenen zorunlu müdafiin tayinini gerektiren suçlarda bile, soruşturma dosyasının müdafi tarafından incelenemeyeceğini, ancak kendisine hukuki yardımda bulunulan şüpheli tarafından incelenebileceğini söylemek isabetli olmadığı gibi, CMK m.153/2'nin amacı ile de ters düşmektedir. Bu sebeple, CMK m.153/2'nin kişi yönünden getirdiği sınırlama kapsamına müdafiin yanında şüpheli de dahil edilmelidir.

CMK m.153/2'nin savunma makamına getirdiği kısıtlamanın elbette kabulü mümkün değildir. Ancak bu hüküm yürürlükte ol-

duğuna göre, en azından uygulanma imkanını savunma hakkına en az zarar verecek şekilde daraltmak isabetli olacaktır. CMK m.153/2'nin lafzına göre kısıtlama müdafii, ya dosya içeriğini incelemesine veya belgelerden örnek almasına getirilebilmekte, buna dayanak olarak da soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesinin önlenmesi gösterilmektedir. Esasında hükümde geçen *"veya"* ibaresi yerine *"ve"* kullanılması gerekirdi. Çünkü bu kısıtlamaların her ikisinin birlikte uygulanmasının bir anlamı bulunmaktadır. En azından dosyada mevcut belgelerden örnek alınmasını serbest bırakıp da, dosyanın incelenmesini kısıtlamanın bir yararı yoktur. Çünkü dosyadaki belgelerden örnek alan müdafii ve şüpheli, bu andan itibaren dosyayı da incelemiş sayılacaktır. Bu sebeple, dosyanın incelenmesini mümkün kılan, fakat dosyada mevcut belgelerden örnek alınmasını önlemeyen bir düzenlemenin öngörülmesi yerinde olacaktır. Böylece, müdafii tarafından soruşturma dosyasının incelenebilmesinin önü açılacaktır. Bu durumda savcılık makamı, ya soruşturma dosyasını inceleme ve dosyadaki belgelerden örnek almayı kısıtlamayı birlikte tercih edecek ya da soruşturma dosyasının tümünün veya bir kısmının incelemeye açılmasını, ancak soruşturma dosyasının tümünden veya bazı belgelerden örnek alınmasını engellenmesini talep edebilecektir. Elbette savunma hakkını kısıtlamaya yönelik tüm bu istisnai taleplerde, kısıtlama kararının dayanağı olarak *"soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme"* ön şartının var olduğunun somut olarak ortaya konulması gerekmektedir.

CMK m.153/2 gereğince kısıtlılık kararı alınmış soruşturmalarda en önemli sorunlardan birisi de, uygulanan koruma tedbiri kararları ve bu kararların gerekçelerinin şüpheli ve müdafii tarafından görülememesinde yaşanmaktadır. Koruma tedbiri talepleri, kararları ve bu kararların uygulanmaları ile ilgili olarak şekil ve esas bakımından hukuka uygunluk denetiminin yapılabilmesi, şüpheli ve sanık haklarının korunması açısından çok önemlidir. Uygulamada, bu kararlar ile uygulanan tedbirler sonucunda elde edilen deliller şüpheli ve müdafiiye gösterilmeksizin şüphelinin beyanı alınmakta ve bu suretle tedbirler hukuka aykırı olarak tatbik edilmiş olsa da, alınan beyanlardan hareketle mahkumiyet kararları verilmektedir.

Oyçokluğu ile alınan ve hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delilleri hukuka uygun sayan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 tarih, 2005/7-144 E. ve 2005/150 K. sayılı kararında özetle, *"Her ne kadar sanığın evinde yapılan arama ve elkoyma hukuka aykırı olup, bu arama sonucunda elde edilen hint keneviri bitkisinin hukuka aykırı delil olduğu kabul edilse de, sanığın ihbarla uyum gösteren ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde imal etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçu sübut bulunmuştur."* gerekçesine yer verilmiştir. Bu karara ve gerekçesine katılmadığımızı, çünkü hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin de hukuka aykırı sayılıp yargılamada kullanılmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Gerek Anayasa m.38/6 ve gerekse CMK m.206/2-a ve m.217/2, bu düşüncemizde ne derece haklı olduğumuzu ortaya koymaktadır.

Esas itibarıyla, hukuka aykırı olarak tatbik edilen bir tedbirden hareketle ulaşılan diğer delillerin de yargılamada kullanılabilmesi mümkün değildir (zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir). Bu sebeple, hakkında elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu konusunda değerlendirme yapabilme olanağı bulunmayan şüpheliden alınan beyanlar da yargılamada kullanılamaz. Bununla birlikte, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerden hareketle elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasını mümkün gören düşünce dikkate alındığında, CMK m.153/2 gereğince kısıtlılık kararı bulunan soruşturmalarda dosyada kısıtlılık kararı bulunduğundan bahisle susma hakkını kullanmak ve bu keyfiyeti ifade tutanağına şerh etmek, savunma hakkının kullanılması bakımından isabetli olacaktır.

Müdafiin dosyayı inceleme ve dosyadaki belgelerden örnek alma yetkisini kısıtlayan CMK m.153/2'nin son derece dikkatli ve amacına uygun tatbiki gerekmektedir. Savcılık makamına tanınan bu yöndeki talep yetkisinin ve bu taleple ilgili hakim kararının istisnai olması ve yalnızca somut olarak soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek bilgi ve belgelerin savunma makamından gizlenebilmesi gerekir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürsün veya düşürmesin dosyanın tümünün savunma makamından gizlenmesi, netice itibarıyla dürüst yargılanma hakkı zedeleyecek

ve savunma hakkının layığı ile kullanılamamasına yol açacaktır. CMK m.153/2, savunma hakkının kısıtlanması pahasına dosyanın tümünün incelenmesinin engellenmesini ve dosyadaki belgelerin tümünden örnek verilmemesini kapsamamaktadır. Burada önemli olan ölçüt, soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmeyeceğinin somut tespiti. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek bir durum yoksa, dosyanın savunma makamının en azından kendileri ile ilgili bölümünün incelemeye açılması gerekir. Örneğin, savcılık makamının tutuklamaya sevk yazısı ile tutuklamaya sevk yönelik delilleri savunma makamından gizlemesi kabul edilemez.

CMK m.153/2 ile benzer hükme yer veren 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.10/d'nin bu yönden gözden geçirilmesi, bu hükümlerin yeniden düzenlenmesi, kısıtlılık kararına ilişkin şartların somutlaştırılması ve bu konuda karar verilirken somut gerekçelerin gösterilmesi isabetli olacaktır⁵.

Projeli operasyonların hemen hepsinde CMK m.153/2 veya 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/d maddesi hükümleri gereğince kısıtlılık kararı alındığından, şüpheli ve avukatları tarafından soruşturma dosyası içerikleri görülememektedir. Bu nedenle, soruşturma aşamasında savunma hakkının kısıtlandığı, tam manası ile kullanılamadığı, şüpheli sayısının çok olduğu ve belge sayısının klasörlere sığmadığı soruşturmalarda yüzeysel yapılan incelemeler ve sorgu sonucunda tutuklama tedbirine çok fazla ve uzun süreli başvurulduğu görülmektedir.

CMK m.153/2 gereğince verilen kısıtlılık kararına rağmen, kamuoyunda merak uyandıran olaylarla ilgili soruşturmalarda bilgi

5 Kanaatimizce, CMK m.153/2 gereğince kısıtlama kararının mutlaka hakim tarafından verilmesi zorunlu iken, bu kararın cumhuriyet savcısı tarafından her zaman kaldırılması veya daraltılması mümkündür. Savcılık makamı, hakkında kısıtlama kararı verilen dosyanın kısmen veya tamamen savunmanın incelemesine açılmasına veya dosyada bulunan belgelerin birer örneğinin savunma makamı tarafından alınmasına, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydı ile izin verebilir. Kısıtlılık kararı kaldırıldığında veya iddianame kabul edilip kamu davası açıldığında savunma makamının, savcılık makamının iznine ihtiyacı olmaksızın dosyanın tümünü görme ve dosyada mevcut belgelerden harçsız olarak örnek alabilme hak ve yetkisi bulunmaktadır.

kirliliği oluşmaktadır. Bu bilgi kirliliğinin önlenmesi gerekir. Kamuoyuna mal olmuş soruşturmalarla ilgili doğru bilgi verebilmesi amacıyla savcılık makamının halkı bilgilendirmesi isabetli olacaktır. Bu bilgilendirmeler, soruşturmanın dürüst yürütülmesine ve masumiyet karinesinin korunmasına hizmet edecek, “benim savcım/mahkemem - senin savcın/mahkemen” anlayışının önüne geçilebilecektir. Savcılık makamı tarafından başka asılsız bilgilere itibar edilmemesi gerektiği de vurgulanmalıdır. Ayrıca, soruşturma dosyasına ait bilgi ve belgelerin basın-yayın organlarıncı ifşa edilmesine gerekçe olarak basın hürriyetinin gösterildiği görülmektedir ki, bunun kabulü mümkün değildir.

- 12- Ülkemizde yargılamaların çok uzun sürdüğü dikkate alındığında, soruşturmaların tutuklama tedbirinin uygulanıp uygulanmaması meselesine dönüştüğü, tutuklananlar için uzun bir yargılama sürecinin başladığı, bu açıdan tutuklamanın bir tedbirden çok ceza halini aldığı, tutuklanmayanların ise kurtulduklarını düşündükleri bir gerçektir. Toplumun algısı da bu yöndedir. Ülkemizdeki yargılamalar, yapılan soruşturma ve kovuşturmalar sonucunda en kısa sürede gerçeğe ve adalete ulaşılmasını amaçlayan şekilde değil, tahliye talepleri ve tutukluluğun ortadan kaldırılmasına yönelik olarak devam etmektedir.

Günümüzde tutuklama tedbirinin; yargısız infaz, şüpheliyi toplumdan uzaklaştırma veya kamuoyu oluşturmak amacıyla uygulandığı izlenimi doğmaktadır ki, tüm bunların tutuklama tedbirinin uygulanma amacı ile ilgisi bulunmamaktadır.

- 13- “Örgütlü suçluluk” kavramının çokça kullanıldığı, bu yolla özellikle telefon dinleme ve teknik araçlarla izleme yöntemlerine başvurulduğu, ancak CMK m.135 ve m.140’da gösterilen katalog suçlara uyulmadığı, örgüt üyelerinin dinlenip, bu dinlemelerden elde edilen delillerle tutuklama tedbirine başvurulduğu ve hatta mahkumiyet kararları verildiği, CMK m.135/2’ye göre dinlemesi yasak olan kişiler arasındaki konuşmaların delil olarak kullanıldığı⁶, somut

6 Hatta CMK m.135/2’ye göre, iletişimlerinin denetlenmesi yasak olan kişilerden elde edilen dinleme kayıtlarından hareketle sorular sorulduğu, bu kişilere tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanmayacaklarını sorulduğu, bu konuşma kayıtlarının soruşturma dosyalarına alındığı ve yargılamada kullanılmaya çalışıldığı görülmektedir. Tüm bunlar hukuka aykırıdır.

delillerle desteklenmeyen telefon dinlemelerinin şüpheli ve sanığın aleyhine değerlendirildiği görülmektedir. Birbirleri ile ilgili ve ilgisiz suçlar, suça iştirak müessesesini bir kenara bıraktığı “suç örgütü” adı altında olaylar ve kişiler birlikte değerlendirilerek, uzun süren soruşturmaların sonunda kişi ve olaylar arasında bağlantı varmış gibi sunulmak suretiyle, yargılama içinden çıkılmaz hale getirilerek, CMK m.190/1’e aykırı şekilde yargılama süreci uzatılmaktadır.

Soruşturma aşamasında şüpheliye, kısıtlı soruşturmalarda net bilgi ve delil gösterilmeksizin dosyada yegane delil olarak yer alan altı ay veya bir yıl önceki telefon görüşmelerinde geçen cümlelerin ne olduğu ve o cümlelerde ne demek istediği soruların içine serpiştirilerek sorulmakta ve bu sorular tapelerin tam metni gösterilmeksizin yorum katılmak suretiyle şüpheliye yöneltilmekte, bu yolla şüpheliden kendisi veya başkası aleyhine ikrar ve beyan elde edilmeye çalışılmaktadır. Suç örgütü kapsamında yapılan soruşturmalar sırasında alınan ifadelerde, “Etkin pişmanlık” başlıklı TCK m.221 hatırlatılmak suretiyle şüpheliden ikrar ve beyanlar elde edilmesi hedeflenmektedir. Oysa bu madde, sadece amaç suça karışmayan örgüt kurucusu, yöneticisi veya üyesinin suç örgütü suçlamasından kurtulmasına yönelik bir pişmanlık hükmü olup, suç örgütü tarafından işlendiği iddia olunan amaç suçların sorumluluğunu kapsamamaktadır. Bu maddenin amaç suçlar yönünden kapsamının genişletilmesi, ancak “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine uygun olarak yeni yasal düzenleme yapmakla mümkün olabilir. TCK m.220’nin mevcut düzenlemesi dikkate alındığında, şüphelinin amaç suç yönünden itirafta bulunması, ikrar ve beyanının “etkin pişmanlık” müessesesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Telefon dinlemenin hukuka uygun olması şartıyla elde edilen bu tür itiraf, ikrar ve beyan, sanığa cezanın alt haddeden verilmesinin ve sanık lehine ceza hukuku müesseselerinin uygulanmasının dayanağı olarak kullanılabilir.

Hukuka uygun yol ve yöntemlerle elde edilmiş olmak kaydıyla bütün ispat vasıtalarının “delil” değeri vardır. Deliller; beyan, belge ve belirti (emare) olmak üzere üç türden oluşur⁷. “Beyan” olarak

7 Çalışmamızda delil türleri hakkında kısa açıklama yapmayı uygun gördük. Bu

adlandırılan deliller; tanık beyanları, şüpheli ve sanık beyanları ile müdahilin (katılanın) beyanlarıdır. Bu beyanlar, ceza yargılaması sürecinde karara esas alınabilir ve tek başına delil olarak kullanılabilir. “Belge” olarak adlandırılan deliller; yazılı, şekil tespit eden ve ses tespit eden belgeler olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır. Noter senetleri ve duruşma tutanakları birer yazılı belgedir. Fotoğraf, plan ve kroki gibi deliller ise, şekil tespit eden belgelerden sayılır. İfade ve sorgu sırasında şüpheli ve sanığın sesinin bant kaydı, ses tespit eden belge değerine sahiptir. “Belirti” olarak adlandırılan deliller ise; tabii ve suni belirti olarak ikiye ayrılır. Tabii belirti, suçta kullanılan veya suçtan elde edilen eşya ya ait iz ve eserler (tabanca yarası, bıçak izi, sahte para, fren izi) olabileceği gibi, şahsa ait iz ve eserlerden de (şüpheli ve sanığın kan grubu, parmak izi, olay yerinde bulunan saç teli) oluşabilir. Suni belirti ise, tabii olarak kendisini gösteren değil, insan tarafından oluşturulan işaret ve alametlerdir. Suçun işlenmesi sırasında şüpheli ve sanık tarafından giyilen üniforma, vücuda yapılan dövme, elbiseye takılan bir nişan veya rozet birer suni belirti niteliğini taşımaktadır. CMK m.135 kapsamında iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen tüm kayıtlar, bu sırada yapılan ses tespitleri belirti delili sayılacaktır⁸. Gerek tabii belirti ve gerekse suni belirti delilleri kuvvetli olmadıklarından ve tek başlarına dayanak olarak gösterildikleri iş ve işlemin varlığını kanıtlayamadıklarından, tek başlarına delil olarak ispat güçleri bulunmamaktadır.

konuda yararlanılan kaynak ve geniş açıklama için bkz. Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Ocak 2008, s.660-688.

- 8 Kunter - Yenisey - Nuhoğlu, a.g.e. s.687. Doktrinde Ünver - Hakeri, Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili 2001 Tasarısı’nın 108/3. maddesi hükmü ile gerekçesine yer vermek suretiyle bu sonuca varmışlardır. Tasarının 108/3. maddesi hükmünde, “yukarıdaki fıkralar gereğince gerçekleştirilecek kayıt ve saptamalar, yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak kullanılamaz.” denilmekte idi. Bu hükmün gerekçesine göre, “... ifade alma ve sorguda isnat açıklandıktan ve susma hakkı tanındıktan sonra, serbest irade ile yapılan açıklamalar delil niteliği kazandığı için gizlice yapılan telefon ve benzeri dinlemelerde ilgilinin beyanda bulunması, ikrar delili değil bir belirti delili olarak anlam kazanır. İkrar, suçun doğrudan doğruya ispatı için elverişli bir delil olduğu halde emare delili, parmak izi dolaylı bir ispat gücüne sahipti ve başka delillerle birleşmeden tek başına ispat bakımından yeterli olmaz. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrasında, kayıt ve saptamaların yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir”. Bkz. Yener Ünver - Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.410.

Kanaatimizce, telefon dinlemelerinde elde edilen kayıtların tek başına ispat kuvveti olamaz. Düşünce açıklama hürriyetinin kullanımından ibaret telefon konuşmaları, tek başlarına somut olayın meydana geldiğini veya sorumluluğun varlığını göstermeyeceği gibi, somut ve inandırıcı delillerle desteklenmediğinde gayri ciddi olarak da kabul edilebilir. Ayrıca, şüpheli ve sanığın ifade ve sorguda beyanının alınması öncesinde hangi haklara sahip olduğu bildirilmekte ve bu konuda “İfade ve sorgunun tarzı” başlıklı CMK m.147’de gösterilen usul uygulanmaktadır. Ancak bu halde, şüpheli ve sanıktan elde edilen beyan ve ikrarın delil değeri olabilmektedir. İfade ve sorgunun CMK m.147’de gösterilen şekilde yapılmamış olması bir “yasak usul” sayılmalı, gerek bu beyanlar ve gerekse bu beyanlar vasıtasıyla elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilmelidir (Anayasa m.38/6, CMK m.148, m.206/2-a, m.217/2). İfade ve sorguda bu şekilde sıkı bir usule bağlılık olup da, ancak bu yolla elde edilen beyan ve ikrarlara tek başına delil değeri verilirken, telefonu gizlice dinlenip de kendisine her hangi bir hakkı bildirilmeyen kişiden elde edilen konuşma kayıtlarına tek başına delil değeri vermek kesinlikle kabul edilemez ve hukuki dayanakla da açıklanamaz.

İddia eden iddiasını ispatla yükümlü olduğu halde, bu iddiaları ve koruma tedbiri uygulanmasını gerektiren somut delili ortaya koyamamaktadır. Şüphelinin ise, suçlama ile ilgili delilleri bilmeden savunma yapması mümkün değildir. Bu husus, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.5 ve 6’da düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği ile dürüst yargılanma haklarını ihlal edici nitelikte olup, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de 30.03.1989 gün ve 10444/83 başvuru numaralı Lamy/Belçika kararı ile bu konuya değinmiştir. Savunma hakkını ihlal edici bu gibi durumlarda suçlamalar ciddi ise, en doğrusu şüphelinin susma hakkını kullanmak suretiyle savunma yapmasıdır. Çünkü neticede, delilleri görmeden yapılan savunma şüpheli bakımından tehlikeli olduğu gibi, bu şekilde savunma hakkı ihlal edilmekte ve basmakalıp sözlerle şablon şeklinde hazırlanan tutuklama kararlarının verildiği görülmektedir. Oysa tutuklama, tutuklama talebinin reddi, tahliye, tutuklamaya itirazın reddi veya kabulü kararlarının tümü somut gerekçelere dayalı olarak verilmelidir.

- 14- Şüpheli veya sanığa yüklenen suç nedeniyle müdafinin telekomünikasyon araçları ile kurduğu iletişimin denetlenebilmesi mümkün değildir (CMK m.136). Yine 154. maddeye göre, müdafii ile görüşen şüpheli veya sanığın konuşmalarının, yazışma ve haberleşmesinin dinlenebilmesi, izlenebilmesi, okunabilmesi ve denetlenebilmesi de yasaktır (CMK m.154). Bu hükümler o kadar net ve tartışmasızdır ki, savunma görevini ifa eden avukatın bu sırada ve mesleği ile ilgili olarak tüm yaşam faaliyetlerinde dinlenebilmesi, izlenebilmesi, takip edilebilmesi ve denetlenebilmesi kabul edilmemiştir. Kanun koyucu, savunma hakkının önemini dikkate almak suretiyle müdafii yönünden koruma kalkını öngörmüştür. Avukatların “müdafii” sıfatı ile hareket edip şüpheli veya sanıkla görüşürlerken, asıl amacı delil elde etmek olan sonuca ulaşabilmek için müdafii olarak görev alan avukatın suça iştirak ettiğinden veya suç örgütünün yöneticisi olduğundan bahisle görüntüde verilen amaç çerçevesinde dinlenip takip edildiği görülebilmektedir. Bu tür delil elde etme yol ve yöntemleri tümü ile hukuka aykırıdır.

Devam eden bir soruşturma veya kovuşturma ile ilgili delil elde etmek amacıyla şüpheli ve sanık ile müdafii arasında geçen konuşma ve yazışmalar takip edilemeyeceği gibi, o soruşturma veya kovuşturmada aynı kişinin müdafii olsun veya olmasın, soruşturmaya katılan avukatlar arasındaki konuşma ve yazışmaların da takip edilmesi yasaktır. Müdafilik görevi yapan bir avukat, savcının konuşma ve yazışmalarını nasıl takip edememekte ise, “silahların eşitliği prensibi” gereğince savcılık makamı ve hatta kovuşturma aşamasında mahkeme dahi aynı soruşturmada görev alan bir veya birden fazla avukatın –aynı kişinin müdafii olsun olmasın- görüşme ve yazışmalarını takip edemez. Aksine hareket yasak olup, suç teşkil eder. Bu durumda Türk Ceza Kanunu’nun 132. maddesinde düzenlenen “Haberleşmenin gizliliğini ihlal”, 133. maddesinde düzenlenen “Kişiler arasındaki görüşmelerin dinlenmesi ve kayda alınması” suçları ile 257. maddede düzenlenen “Görevi kötüye kullanma” suçları gündeme gelebilecektir.

Savcılık makamı açısından gerçeğe ulaşmak amacıyla delil elde edilmesinde kolay yol olan müdafilerin takibi, esas itibarıyla “dürüst yargılanma hakkı” ile “savunma hakkı”nın ağır ihlali niteliğini

taşır. İnsan haklarına bağlı hukuk devletinde ve ceza yargılamasında *“itham sistemi”*ni kabul eden Türk Hukukunda, şüpheli ve sanığa hukuki yardımda bulunan ve kamu adına kolektif savunmaya katılan müdafinin takibi gibi son derece tehlikeli ve yanlış bir yöntemin kabulü mümkün değildir.

- 15- Belirtmeliyiz ki, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında telefonların dinlenip kayıt altına alınması ile ilgili katalog suçları gösteren CMK m.135/6'nın (a) bendinin 8 numaralı alt bendinde yer alan, TCK m.220'nin 2, 7 ve 8. fıkraları hariç olmak üzere *“suç işlemek amacıyla örgüt kurma”* suçu ile ilgili yapılacak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonuçları, sadece bu suçun delillerine ve faillerine ulaşabilmek amacıyla kullanılabilir. Suç örgütü kurma ile ilgili dinleme kararından hareketle, suç örgütünün amaç suçları kapsamında işlendiği iddia olunan suçlarla ilgili dinleme yapılamaz, aksi halde bu dinlemelerden elde edilen tüm sonuçlar hukuka aykırı olur. Suç örgütü kurmak suçu ile ilgili yapılan dinleme kapsamında, örgütün amaç suç olarak işlediği iddia olunan fiilin CMK m.135/6'da sayılan suçlar arasında yer aldığı anlaşılırsa, bu halde de *“tesadüfen elde edilen deliller”* başlıklı CMK m.138/2 kapsamında hareket edilmesi gerekir. CMK m.138/2'ye göre, *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135'inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birisinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir”*.

Özetle; suç örgütü ile ilgili yapılan dinlemede, örgüt tarafından işlendiği iddia olunan suçun CMK m.135/6'da sayılan suçlardan olmaması durumunda dinleme yapılamaz, yapılsa bile buradan elde edilen deliller yargılamada kullanılamaz. Bu tür delillerin kullanılması hedeflenmekte ise, CMK m.135/6'nın (a) bendinin 8. alt bendinde değişikliğe başvurulması gerekir. Buna göre yeni hüküm, *“Suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar”* olduğu takdirde, suç örgütü üzerinden yapılan dinlemeler, suç örgütü tarafından işlendiği iddia olunan tüm suçların delili olarak kullanılabilecektir. Ancak mevcut

düzenlemeye göre, suç örgütü kurma suçu kapsamında alınan dinleme kararları sadece bu suçla ilgili kullanılabilir. Bu dinleme sonuçları, diğer suçlar bakımından kullanılamaz ve bu kullanım hukuka uygun sayılamaz. Belirtmeliyiz ki, hukuka aykırı şekilde telefon dinlenmiş veya dinleme kararının kapsamına girmeyen bir suçla ilgili dinleme yapılmışsa, şüpheli ve sanığın muvafakati ile bu hukuka aykırılık hukuka uygun hale gelemmez. Çünkü hukuka aykırılık, delilin veya delil olduğu iddia edilen verinin elde edilmeye başlandığı andan itibaren var olup, bu aykırılık sonradan giderilemez.

Bu nedenle, telefon dinleme kararlarında isnada konu suç ve dayanak olarak, *“suç örgütü kurmak ve buna bağlı olarak örgütün faaliyetleri”* gösterilmesi hukuka aykırıdır. Bu nitelendirme, CMK m.135/6-a, 8’de yer alan *“suç işlemek amacıyla örgüt kurma (2,7 ve 8. fıkralar hariç m.220)”* ibaresine açıkça aykırıdır. Çünkü mevcut hükümde, *“ve buna bağlı olarak örgütün faaliyetleri”* ibaresi bulunmamaktadır. Kanun hükmünde bulunmayan bir ifadeye talep ve kararda yer verildiğinde, hem bu talep ve karar ve hem de buradan elde edilen sonuçlar hukuka aykırıdır.

CMK m.135/6’da suç örgütü ile ilgili yer alan hükmü bu şekilde genişletmemek gerekir. Bununla birlikte, 135/6’da düzenlenen suç katalogunu gözden geçirip nitelikli tehdit, nitelikli dolandırıcılık ve nitelikli yağma gibi suçları katalog kapsamına almak isabetli olabilir. Muhaberat hürriyetine müdahale içeren bu tedbirin önünü fazla da açmamak gerekir. Çünkü telefon dinleme, açık bir şekilde bireyin muhaberat hürriyetine müdahaledir. Bu müdahaleyi mümkün olduğu kadar somutlaştırmak ve istisnai şekilde uygulamak gerekir.

Telefon dinlemenin yapılabilmesi ve bu dinlemeden elde edilen delillerin kullanılabilmesi için, öncelikle CMK m.135/1’de gösterilen suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi şüpheli veya sanık için gerçekleşmeli, başka şekilde delil elde edilebilme imkanı olmamalı ve katalog kapsamına giren suçlarla ilgili ve hakkın da dinleme yapılacak suç yönünden dinleme kararı alınmalıdır. Hakkında dinleme kararı alınmamakla birlikte katalog kapsamına giren bir suçun işlendiği dinleme sırasında tespit edildiğinde,

CMK m.138/2'nin uygulanması gündeme gelecek, yoksa katalog kapsamına giren dinlemeye konu suçla ilgili dinlemeden elde edilen deliller katalog kapsamına giren diğer suç yönünden kullanılamayacaktır.

Uygulamada, suç örgütü kurma ve yönetme iddiası kapsamında alınan iletişimin denetlenmesi kararları yoluyla elde edilen telefon dinleme kayıtlarının, sadece örgüt kurma ve yönetme suçu ile sınırlı tutulmayıp, CMK m.135/6'da yer alan katalogdaki suçlardan olup olmadığına dahi bakılmaksızın amaç suç olduğu iddia edilen tüm suçların delili olarak kullanılmaya çalışıldığı görülmektedir. Düşünce açıklama hürriyetinin bir kullanım şekli olan telefonla haberleşmeden elde edilen kayıtlarla tek başına suçlama yapılamayacağına, bu kayıtların somut, dayanaklı ve inandırıcı delillerle desteklenmesi ve suçlamanın ortaya konulması gerektiğine dair tespitimizi bir kenara bırakalım, daha telefon dinlemenin CMK m.135 tarafından öngörülen usulle yerine getirilmediği, katalogda tanımlanan bir suçtan dolayı alınan telefon dinleme kararı ile başka suçların delillerinin elde edilmeye çalışıldığı ve böylelikle Kanunun emredici hükmünün dolandırıldığı görülmektedir.

CMK m.135/6'da tanımlanan katalogda yer alsın veya almasın, hakkında CMK m.135 ve m.138/2'de gösterilen usule uygun iletişimin denetlenmesi kararı alınmayan suçla ilgili olarak, şüpheli/sanık ve/veya suç hakkında elde edilen telefon dinleme kayıtları hukuka uygun sayılamaz ve yargılamada delil olarak değerlendirilemez. CMK m.135/6'da gösterilen katalogda yer almayan suçla ilgili dinleme kararı alınamayacağı gibi, katalogda bulunan başka bir suçtan dolayı alınan dinleme kararı ve bu şekilde elde edilen telefon tapelerinden hareketle katalog kapsamına girmeyen suç yönünden bu kayıtlar kullanılamaz. Diğer suç katalogda tanımlanmış olsa dahi, başka suçla ilgili yapılan dinlemenin sonuçları bu suçun delili olarak kullanılamaz, ancak katalogda yer alan bu ikinci suçla ilgili CMK m.138/2'nin tatbikinin yolu açıktır.

CMK m.135/6'da yer alan bir suçla ilgili başlatılan soruşturmaya konu suça karıştığı düşünülen ve şüpheli olarak tanımlanan üçüncü kişi, hakkında daha önce telefon dinleme kararı alınan şüpheli üzerinden dinlenemez. Şüpheli üçüncü kişinin, hakkında

dinleme kararı bulunan kişi ile yaptığı konuşmalarda hangisinde suça karıştığı tespit edilmişse, o andan itibaren “*Tesadüfen elde edilen deliller*” başlıklı CMK m.138/2 gereğince hareket edilmesi gerektiği ve şüpheli üçüncü kişi yönünden de telefon dinleme kararı alınabileceği fikri ileri sürülebilir. Dinleme kapsamına giren suçla ilgili başka bir şüpheliye ulaşıldığı düşünülmekte ise, bu dinlemeden elde edilen kayıt CMK m.138/2 kapsamında kabul edilir ve ulaşılan yeni şüphelinin aleyhine delil olarak kullanılmaz. Çünkü CMK m.138/2, bir suçla ilgili yapılan dinleme sırasında işlendiği düşünülen ve CMK m.135/6’da gösterilen katalog kapsamına giren bir başka suç yönünden uygulanabilme imkanına sahiptir. Bir suçla ilgili yapılan dinleme sırasında ulaşılan yeni şüpheli hakkında CMK m.138/2 uygulanmayacak, ancak bu yeni şüpheli yönünden CMK m.135/1’in şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilebilecektir.

Örneğin 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 23. maddesinin ikinci fıkrasında, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin şike ve teşvik primi verme suçlarında da uygulanacağı belirtilerek, bu suçların CMK m.135/6’da gösterilen katalog içine alındığı görülmektedir. Suç örgütü kurmak suretiyle şike ve teşvik primi verme suçlarının işlendiği iddiası gündeme gelip, sadece suç örgütü kurma ve yönetme fiilleri yönünden telefon dinleme kararı alındığında, bu dinlemeden elde edilen sonuçların şike ve teşvik primi suçlarının delili olarak kullanılabilmesi mümkün olamayacaktır. Soruşturma makamı, suç örgütü kurma ve yönetme fiilleri ile ilgili olarak alınan dinleme kararının tatbiki sırasında, suç örgütün amaç suçlarından birisinin de şike veya teşvik primi verme suçları olduğunu tespit ettiğinde, CMK m.138/2’de gösterilen usule uygun olarak hareket etmek zorundadır. Bu dinleme sırasında yeni suçla ilgili olarak tesadüfen elde edilen delil muhafaza alınır ve durum derhal cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Cumhuriyet başsavcılığı da, ortaya çıkan bu yeni suçla ilgili dinleme kararı almak zorundadır. Bu noktada, hukuk tekniği açısından 6222 sayılı Kanunun 23. maddesinin ikinci fıkrasının CMK m.135/6’ya dahil olmadığı, bu

nedenle CMK m.138/2'nin burada uygulama alanı bulamayacağı fikri ileri sürülebilir ki, bu düşünceye katılmadığımızı, çünkü şike ve teşvik primi verme suçları bakımından CMK m.135 hükümlerinin uygulanacağını 6222 sayılı Kanunun 23. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtildiğini ifade etmek isteriz.

Belirtmeliyiz ki, CMK m.135 kapsamında elde edilen delillerin disiplin soruşturmalarında kullanılabilmesi elbette mümkündür. Ancak bu deliller, yukarıdaki açıklamalara ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gösterilen yol ve yöntemlere uygun olarak elde edilmelidir. Aksi halde, hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir delilin adli soruşturma ve kovuşturmanın yanında disiplin soruşturmasında da kullanılması mümkün değildir.

Bazı hallerde telefon dinleme, işlendiği iddia olunan bir suçun delilleri ile fail veya faillerinin elde edilmesi amacıyla kullanılmak yerine, telefonları dinlenen kişinin veya bu kişinin görüştüğü diğer kişi veya kişilerin takip ve izlenmesinde kullanılmaktadır. Özellikle bir soruşturma kapsamında, şüpheliler tarafından kullanıldığı söylenen birçok telefon numarası kolayca dinlemeye alınabilmekte ve bunların arasına serpiştirilen bazı telefon numaralarının takip ve dinlenmesinin vasıtasıyla asıl hedef kişinin geçmişteki ve gelecekteki faaliyetlerinin mercek altına alınıp, bu kişi ile ilgili suçlamaya konu olabilecek varsa fiillere ulaşılması, bunun yanında bu kişinin kontrol altında tutulması, özel ve aile yaşamı faaliyetlerinin takibi amaçlanmaktadır. Düşünen ve düşündüklerini sürekli paylaşan insan için zamanımızın en önemli nimetlerinden birisi olan telefon, otoriter anlayışın bir aracı olarak kullanıldığında ise, kişi hak ve hürriyetleri aleyhine tehlikeli bir silaha ve baskı unsuru dönüşebilmektedir. Kanun koyucu ve uygulayıcılar, her an kendileri dahil kim olduğu bilinmeyen her insan aleyhine kullanılabilmesi mümkün olan *“telefon dinleme ve takip”* tedbirinde orta bir yolu bulmak ve bu yolu bulamadıklarında *“telefon dinleme ve takip”* yöntemini tümü ile ortadan kaldırmak zorundadır. Esas itibarıyla *“iletişimin denetlenmesi”* tedbiri ile ilgili yasal mevzuat, muhaberat hürriyetinin korunmasına elverişli ve yeterlidir. Ancak bu tedbirin uygulanmasında yapılan hatalar, yasal mevzuat muhaberat hürriyeti bakımından ne kadar koruyucu olursa olsun maalesef olumlu

sonuç vermeyip, kişi hak ve hürriyetlerinin ihlallerinin artmasına yol açmaktadır. Bu sebeple, muhaberat hürriyetini kısıtlayan bir tedbirin yasal mevzuata uygun ve iyiniyetli olarak tatbiki herşeyden önce gelir.

- 16- Şüpheli sayısının çok olduğu soruşturmalarda verilen tutuklama kararları sonucunda, gözaltı travmasından sonra bu defa adı “*tutukevi*” olan, fakat cezaevlerinde işlemeye başlayan uzun tutukluluk süreleri gündeme gelecektir.

Tutukluluğa yapılan itiraz, tahliye talepleri, hakim tarafından re’sen en fazla otuz günde bir yapılan incelemelerden de genellikle sonuç alınamaz. Tutuklama tedbiri yerine uygulanması sürekli talep edilen adli kontrol tedbirine çoğunlukla başvurulmaz. Burada artık bir an önce iddianamenin düzenlenip kamu davasının açılması önem kazanır. Bu şekilde, dosya üzerindeki kısıtlılığın ortadan kalkması suretiyle şüpheli ve müdafii tarafından dosyanın incelenebilmesi ve “*sanık*” sıfatını alan tutuklu şüpheli müdafinin, tabii hakim ve mahkeme önüne çıkıp tahliye talep edebilmesi mümkün hale gelecektir. Tutuklanmak ile yargılanmak ve mahkum olmak farklı kavramlardır. Şüpheli/sanık tutuklanmadığında, yargılanıp mahkum edilmesine engel bir durum olmadığı gibi, tutuklandığında da hakkında kamu davası açılıp mahkum edileceğine dair netlik olmaz. Eğer adaletten kaçma ve/veya delilleri karartma şüphesi var olup da, bu şüphe adli kontrol tedbiri ile giderilememekte ise, bu halde istisnai olarak tutuklama tedbiri uygulanır. Tutuklama tedbirinin uygulandığı halde, yargılama (soruşturma ve kovuşturma aşamaları dahil) hızlı yapılmalıdır.

CMK m.102’de, tutuklama tedbirinde azami süreler kabul edilmiştir. Böylece, tutuklu yargılamalarda “*makul süre*” ölçüsüne yönelik ihlallerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ancak ihlaller yine de devam etmektedir. Şöyle ki;

- a) CMK m.102’de azami tutukluluk süreleri ağır cezalı işlerde toplam 3 yıl ve terör suçları ile terör amacı ile işlenen suçlar yönünden 6 yıl olduğu halde, hatalı bir yorumla tutukluluğun uzaması hali asıl süreden fazla kabul edilmek suretiyle 5 yıl ve 10 yıl olarak uygulanmaktadır. CMK m.102 ile sözde tutuklulukta makul süre

kabul edilmiş olmaktadır. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında tutuklu olarak geçirilecek süre, asliye cezalık işlerde azami 6 ay ve ağır cezalık işlerde 2 yıl olarak kabul edilmelidir. Ancak tutuklama tedbirinin uygulanmasında önemli olan, azami süre konulması değil, tutuklama tedbirinin ancak tutuklama şartlarının bulunduğu ve tutuklama tedbirine başvurulmasında zorunluluk görüldüğü hallerin varlığıdır. Bunun dışında, tutuklama tedbirinin uygulanmasına gerek olmadığı veya yerine bir başka tedbirin uygulanmasının mümkün olduğu hallerde tutuklama yargılamanın olmaması gerekir. Tutuklama tedbirine başvurulması gerekli ise, bu durumda yargılamanın bir an önce tamamlanması isabetli olacaktır. Tutuklama tedbirinde azami sürenin kabulü, tutuklama tedbirinin tatbikine ihtiyaç kalmadığı hallerde azami süre sonunun beklenmesine dayanak teşkil etmez.

- b) Yargıtay Ceza Genel Kurulu hatalı bir yorumla, “sanık” sıfatı ile “kovuşturma” aşamasının devam ettiği temyiz sürecini, CMK m.102’de aksine hüküm olmadığı halde azami tutukluluk süresinin dışında tutmuştur. Oysa bu uygulama, Ülkemizdeki temyizde geçen süreyi soruşturma ve yerel mahkemede geçen yargılama süresine dahil eden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin 30.06.2009 gün ve 37291/04 başvuru numaralı Mehmet Fırat-Türkiye kararı na aykırıdır. Bu konu ile ilgili CMK m.102’de özel bir düzenleme öngörülmedikçe, temyiz aşaması da (olağan kanun yolu aşaması) kovuşturmayla dahil olduğundan, bu sırada geçen tutukluluk süresi CMK m.102’de öngörülen sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmalıdır.
- c) Uygulamada, birden fazla suç işlediği iddiası ile yargılanan şüpheli ve sanıklarla ilgili tutuklama süresinin her bir suç yönünden ayrı hesaplandığı görülmektedir ki, bir tedbir olan tutuklama yönünden bulun kabulü mümkün değildir ve bu tür bir uygulamanın yasal dayanağı da bulunmamaktadır. Bu uygulama, tutukluluğun azami süresinden kurtulmak amacıyla başvuru ve “*insan haklarına bağlı hukuk devleti*” ilkesi ile bağdaştırılması mümkün olmayan bir anlayış olarak değerlendirilmelidir.
- d) Uygulamada, bir suçtan mahkum olup hapis cezasını çeken kişinin bir başka suçtan tutuklu yargılanması durumunda, tutukluluk sü-

resi hesabının hapis cezasının infazı sonrasına bırakıldığı ve tutuklama tedbirinin “ceza” gibi değerlendirildiği görülmektedir. Oysa tutuklama bir ceza yargılaması tedbiri olarak düzenlendiğinden, şüpheli ve sanık olarak yargılanan kişinin tüm bu aşamalarda tutuklu geçirdiği süre CMK m.102’ye göre dikkate alınmalıdır. Anayasa ve kanunlarımızın hiçbir hükmünde, tutuklama tedbirinin bir ceza infazı olarak değerlendirilmesi gerektiği, tutuklama süresi hesabının hapis cezası mahkumiyeti infazından sonraya bırakılabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu tür uygulamalar yanlış olup, otoriter bir anlayışın bakış açısını yansıtmının yanında, tutuklama tedbirini yargılama tedbirinden öte kullanılmasına da kapı açmaktadır.

- 17- İddianamenin kabulü ile başlayan kamu davası sürecinde herkes, iddianamenin okunup, sanık sorgusunun yapılarak, iddianame ekinde sunulan delillerin değerlendirileceğini, iddia ve savunma taraflarının beyanlarının alınması ile birlikte mahkeme tarafından bir karara varılacağını, tüm bunların CMK m.190/1 uyarınca birkaç duruşmada tamamlanacağını, bu kararı hukuka aykırı bulan tarafın temyiz kanun yoluna başvuracağını, tüm bu sürecin çok hızlı işleyeceğini, gerçeğe ve adalete gecikme olmaksızın makul sürede ulaşılabileceğini düşünebilir. Ancak uygulama bu şekilde cereyan etmemektedir.
- 18- Kovuşturmada “sözlülük ilkesi”ne uyulmadığı, dilekçe verilmek suretiyle yazılı yolun takip edildiği, bu yöntemi izlemenin yanlış olduğu, özellikle savunma tarafının beyanlarının kısmi olarak duruşma tutanağına geçirildiği, duruşmada söylenen tüm sözlerin yazılı belge olarak delil niteliği taşıyan duruşma tutanağına kaydedilmediği, duruşmalarda steno usulünün tatbik edilmemesi sebebiyle tutanakların eksik düzenlendiği, karar duruşmasında savunma tarafı dışarı çıkarılmak suretiyle sonuca varılıp, sadece yazılan kısa karardan çıkarılan kopyaların savunma tarafına verildiği ve usule uygun tefhimin yapılmadığı görülmektedir. Tüm bunlar, kovuşturma aşamasında geçerli olan dürüst yargılama hakkının zedelenmesine yol açmaktadır.
- 19- Sanık sayısının çok olduğu ve tutuklu sanığın bulunduğu davalarda, tüm kovuşturma süreci tahliye talepleri ile geçmekte, tüm

tahliyeler tamamlanıncaya kadar delillerin değerlendirilmesi ve tartışılması aşaması gündeme gelmemekte, yargılama tutuklu ve avukatlarının tahliye taleplerine odaklanmakta, uzun süren yargılamada tutuksuz sanıkların hakları korunamamakta, davanın sonuna doğru savcılık makamının mütalaası ve sanıklar ile müdafilerinin daha ziyade yazılı savunmaları ile süreç devam etmektedir. Tahliyeler gerçekleştiğinde, bu defa davanın ne kadar uzayacağı önce sanığın ve sonra da yargılamanın diğer taraflarını çok fazla meşgul etmemektedir. Özetle Ülkemizde ceza yargılaması, kovuşturma aşamasında tutukluluk tedbirinin devam edip etmeyeceği üzerine kurulmuştur. Uzun süre devam eden soruşturma ve davalar da bu tespitimizi haklı kılmaktadır. Bu da tutuklama tedbirinin kaçınılmaz şekilde bir ceza olarak görülmesine yol açmaktadır.

- 20- Sanık sayısının çok olduğu davalarda, iddianamenin okunması, sanık sorgu ve ilk savunmalarının yapılması aşamaları uzun sürdüğünden ve esasında soruşturma aşamasında toplanması gereken delilleri yasal dayanağı olmadığı halde savcı yerine mahkeme topladığından süreç uzamakta, bilirkişi incelemesine başvurulması halinde yargılamanın makul sürede bitirilememesi kaçınılmaz olmaktadır. Deliller toplandığından bahisle dolandırıcılık, ihaleye fesat karıştırma, sahtecilik, zimmet gibi suçlara yönelik dava dosyaları bilirkişiye gönderildiğinde, yargılama uzamakta, bu sırada tutukluların tutukluluk hali devam etmekte ise, “makul süre” ve “tutuklama şartları” yönünden hukuka aykırılık gündeme gelebilmektedir. Bu aşamada, en azından deliller toplandığından sanık hakkında tutuklama yerine adli kontrol tedbirinin uygulanması gerekir. Hatta iddianamenin düzenlenip kamu davasının açılması ile ve bundan da önce hakkında kısıtlılık kararı bulunan soruşturma dosyaları ile ilgili henüz kamu davası açılmadan bu karar kaldırıldığında, yargılamanın selametini tehlikeye düşürmeyecek şekilde delillerin toplandığının kabulü, en azından karinesi sayılır (CMK m.170/3-c ve 206). Bunun yegane istisnası “*Delil ve olayın geç bildirilmesi*” başlıklı CMK m.207 gösterilebilir. Bu hüküm, tutuklama tedbirinin devamına gerekçe olarak kabul edilemez. Bu tür bir istisna, ancak tanık beyanı yönünden ileri sürülebilir. Tanığın beyanı önceden alınmış olabilir veya tanığın korunması yolu-

na gidilebilir. Bunun dışında, tanığın beyanının henüz alınmadığından bahisle tutuklama tedbirine devam edilmesi, sanığa ait bir sorumluluk olmayıp, yargı makamlarının yükümlülüğündedir. Bu sebeple kovuşturma aşamasında, ancak kaçma şüphesinin somut olarak varlığı halinde tutuklama tedbirinin tatbiki mümkün olabilmeli, delil karartma ihtimalinden bahisle tutuklama tedbirine veya bu tedbirin devamına karar verilmemelidir.

Çok sanıklı davalarda, sorgu ve savunmanın yapılmasının uzun sürmesi, bilirkişiye giden dosyanın dönmemesi, tutukluluğun uzatılması için haklı neden olarak kabul edilemez. Tüm bunlarla amaçlanan, suç işleyeni korumak ve kollamak değildir. Elbette adalet ve kamu düzeni adına gerçeğin ortaya çıkarılması ana hedeftir. Ancak bu ana hedefe ulaşmaya çalışırken, masumiyet/suçsuzluk karinesi altında soruşturulan ve kovuşturulan şüpheli ve sanığın hak ve hürriyetlerinin de korunması gerekir. Suç örgütü kapsamında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, suç ve cezaların şahsiliği ile savunma hakkının ihlal edildiği tartışmasızdır. Gerek suçun unsurlarının tespiti ve gerekse koruma tedbirleri ile suçun ispatı bakımından suç örgütü soruşturma ve davalarında karmaşa yaşanmakta, şüpheli ve sanıklar kendilerini istedikleri gibi ifade edemedikleri, birbirleri ile ilgisi olmayan birçok olay ve kişi aynı dosya kapsamına dahil edilip yargılandıkları görülmektedir. Yargılamayı uzatan, ceza hukuku ile ceza yargılaması hukuku bakımından birçok hukuka aykırılığa ve haksızlığa yol açan kalabalık soruşturma ve kovuşturmaların önüne geçilmesi ya da bu tür soruşturmalarda yaşanan aksaklıkların giderilmesi için gerekli önlemlerin alınması gerektiği tartışmasızdır.

Şüpheli ve sanık sayısının çok olduğu soruşturma ve kovuşturmalarda verilen tutuklama kararları ile tutukluluğun devamına dair kararlarda, tüm şüpheli ve sanıkların isimlerinin birlikte yazıldığı, basmakalıp sözlere dayalı ortak gerekçeye yer verildiği görülmektedir. Bu usul yanlış olup, hem *“suç ve cezanın şahsiliği”* ilkesine ve hem de *“bireyselleştirme”* esasına aykırıdır. Tutuklama ve tutukluluğun devamına dair karar ve gerekçenin her bir şüpheli ve sanık bakımından ayrı, somut ve dayanaklı şekilde oluşturulması bir zorunluluktur. Aynı şekilde, tutukluluk talebinin reddi ve tahliye

kararlarının da her bir şüpheli ve sanık bakımından somut olarak gerekçelendirilmesi isabetli olacaktır.

Uzun süren ve makul sürede tamamlanamayan yargılamalar, Türk Hukuku'nun en önemli sorunudur. Bu sorunu çözmeye noktasında gerekli çaba harcanmamaktadır. Böylece, tutuklama tedbiri yönünden de makul süreye uyulmadığı görülmektedir. Bunun üzerine, her ne kadar hukuka aykırılığı tespit edip tazminata hükmetse de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların uzun yıllar sonuçlandırılmaması olumsuzluğu da eklendiğinde, hukukun evrensel ilke ve esaslarına aykırı şekilde verilen yargı kararlarının devam ettiği görülmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin geç verilen kararları ciddiye alınmamakta, sadece "tazminat" olarak değerlendirilmekte, Devlet tarafından ödenen bu tazminatların sorumlusuna rücu mekanizması da işletilmediğinden, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile varılmak istenen hedefe ulaşılamamaktadır.

- 21- Yargılamanın süratli sonuçlanamaması, ister istemez tutukluluk tedbirinin cezaya dönüşmesine ve toplum tarafından "ceza" olarak algılanmasına yol açmaktadır. Tüm bu algının değişmesinin dört kolay çözümü vardır;

İlki, yargılamanın süratlendirilmesi; ikincisi, tutuklama kararları yerine adli kontrol tedbirinin düşünülmesi ve üçüncüsü, tutuklama kararlarının CMK m.100 ve 101'de gösterilen kurallara uygun şekilde somut hukuki ve fiili gerekçelere dayanılarak verilmesi gerekir. Dördüncüsü ise, CMK m.100/3'te yer alan katalog suçlar için öngörülen "varsayılabilme" kavramı kullanılarak, somut olayın bu katalogda sayılan suçlardan olduğu gerekçesiyle otomatik tutuklama kararı verilmemelidir. Esas itibarıyla, CMK m.100/2'de tutuklama tedbirinin tatbiki bakımından gösterilen şartların varlığı ile ilgili olarak CMK m.100/3'de yer alan "varsayılabilir" ibaresi, hiçbir şekilde katalog kapsamına giren suçlardan birisinin işlendiğine dair kuvvetli şüphenin tespiti halinde otomatik tutuklamayı öngörmemekte ve kapsamamaktadır. Hükümde geçen "varsayılabilir" ibaresi, hakim CMK m.100/2'de sayılan tutuklama şartlarının somut olayda bulunup bulunmadığını inceleme yetkisini ortadan kaldırmaz. Kanun koyucu bu hükümle, katalog kapsamı-

na dahil ettiği suçların ağır niteliklerine işaret etmek istemiş ve tutuklamanın şartlarının somut olarak tespit ettiğini düşünen hakim, adli kontrol tedbiri yerine tutuklama tedbirini uygulamasına imkan tanımıştır. Hükümde geçen “varsayılabilir” ibaresi bir karene olarak kabul edildiğinde, zaten CMK m.100/2’de gösterilen tutuklama nedenlerinin anlamı kalmayacak ve CMK m.100/3’ün kapsamına giren suçlardan birisinin işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı halinde tutuklama gibi sonuçları çok ağır bir tedbir otomatik olarak uygulama alanı bulabilecektir. Bu tür bir uygulamanın isabetli olmadığını ifade etmek isteriz. CMK m.100/3 ile ilgili yanlış algı ve uygulamaya ısrarla devam edilecek olursa, tutuklama tedbirinin sayı ve süresinin azaltılması adına kanun koyucu tarafından bu hükmün yürürlükten kaldırılmasından başka bir çare de olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Ocak 2008
- Yener Ünver - Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt: 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009