

TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ
AVRUPA BİRLİĞİ VE AVRUPA KONSEYİ ORTAK PROJESİ

AVUKATLAR İÇİN EL KİTABI II

SAVUNMA STRATEJİSİNİN BELİRLENMESİ
VE
DİLEKÇE HAZIRLAMA

Teoman Ergül

Bu proje Avrupa Birliği ve
Avrupa Konseyi tarafından
finanse edilmektedir.



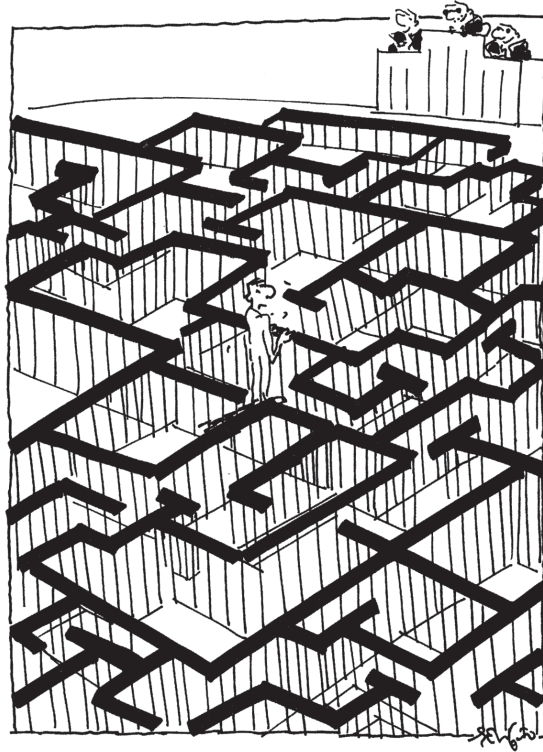
EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Bu proje Avrupa Konseyi
tarafından uygulanmaktadır.



Muhammed ŞENGÖZ “Karakatürlerle İnsan Hakları” TBB ve Karakatür Yayınları Vakfı 2012

AVUKATLAR İÇİN EL KİTABI II

SAVUNMA STRATEJİSİNİN BELİRLENMESİ

ve

DİLEKÇE YAZMA

‘Savunma Stratejisinin Belirlenmesi ve Dilekçe Yazma’ başlıklı bu el kitabı; Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi’nin ortak programı altında yürütölen ‘Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi’ projesi kapsamında, ceza yargılaması işleyişinde yasalar, yönetmelikler, AYM kararları da dâhil olmak üzere emsal yargı kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları yardımıyla sık karşılaşılan sorulara yanıt bulabilmek amacıyla başta Av. Fahrettin Demirağ, Av. K. Nevzat Güleşen, Av. Münci Özmen olmak üzere Av. Serdar Diktaş ve Av. Aydın Türkmenoğlu’nun değerli katkılarıyla hazırlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

I-BİRİNCİ BÖLÜM.....	5
1 Savunma Stratejisinin Belirlenmesi.....	5
1.1 Türk Ceza Yargılaması.....	5
1.2 Savunma Stratejisi.....	13
1.2.1 Savunma.....	13
1.2.2 “Müdafî” ve “Müdahil Vekili”.....	15
1.2.3 Strateji.....	16
1.3 Soruşturma Evresi.....	17
1.3.1 Müvekkil ile Görüşme ve İletişim.....	21
1.3.1.1 Yakalanan Kişiye Erişim.....	22
1.3.1.2 Gözaltındaki Müvekkile Erişim.....	23
1.3.1.3 Müvekkille Yazışma.....	26
1.3.2 Bilgilere ve Delillere Erişim.....	27
1.3.2.1 Dava Dosyasına Erişim.....	27
1.3.2.2 Dava Dosyası Dışındaki Belgelere Erişim.....	31
K/12 Soruşturma Evresinde Müdafî İçin Kontrol Listesi.....	32
1.4 Savunma Stratejisinin Belirlenmesi.....	40
1.4.1 Susma Hakkı.....	45
1.4.2 Takip Edilecek Yolların Tespiti.....	47
1.4.2.1 İnkâr.....	47
1.4.2.2 İkrar ve Hukuki Savunma.....	49
1.4.2.3 Koşullu İkrar.....	50
1.4.3 Arama/Elkoyma, Durdurma/Tutma, Yakalama/ Gözaltına Alma, Tutuklama, Adli Kontrol, Koruma Altına Alma, Gözlem Altına Alma, Yüzleştirme/Teşhis gibi Yargılama İşlemlerinde İzlenebilecek Stratejiler.....	51
1.4.4 AYM ve AİHM’ne “İç Hukuk Yolları Tüketilmeden Başvuru” ve Kesin Hükümden Sonra Başvuru Hazırlıkları.....	52

1.5 Tutuklama.....	53
1.5.1 Genel Olarak Tutuklama.....	53
1.5.1.1 Tanımı.....	55
1.5.1.2 Hukuki Niteliği.....	55
1.5.1.3 Tutuklamanın İnsan Hakları ile İlişkisi.....	55
1.5.1.4 Tutuklamanın Amacı.....	57
1.5.2 Tutuklamanın Koşulları.....	58
1.5.2.1 Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığını Gösteren “Somut Delillerin” Bulunması.....	58
1.5.2.2 Tutuklama Nedenleri.....	61
1.5.2.2.a Kaçma ve Kaçma Şüphesi.....	62
1.5.2.2.b Delilleri Karartma Şüphesini Gösteren Olguların Ortaya Çıkması.....	63
1.5.2.2.c Katalog Suçlar.....	64
1.5.2.3 Ölçülülük.....	65
1.5.2.4 Tutuklama Yasağı Bulunmamalıdır.....	66
1.5.2.5 Muhakeme Şartı Gerçekleşmiş Olmalıdır.....	66
1.5.2.6 Mahkemece Güvence Belgesi Verilmemiş Olmalıdır.....	66
1.5.2.7 Adli Kontrol Uygulaması ile Amaca Ulaşılması Mümkün Olmamalıdır.....	66
1.5.3 Tutuklama İstemi.....	68
1.5.4 Tutuklama Kararının Verilmesi.....	68
1.5.4.1 Usul.....	68
1.5.4.2 Yetkili Hâkim.....	69
1.5.4.3 Kararların Gereçesi.....	70
1.5.5 Tutuklunun Salıverilme Hakkı.....	71
1.5.6 Tutukluluk Durumunun İncelenmesi.....	71
1.5.7 Tutukluluk Süresi.....	73
1.5.7.1 Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tutukluluk Süresi.....	74
1.5.7.1. a Ağır Cezalı Olmayan Suçlarda Tutukluluk Süresi.....	74
1.5.7.1. b Ağır Cezalı Suçlarda Tutukluluk Süresi.....	74
1.5.7.1. c Uzatma Kararları.....	75

1.5.7.1.d Tutukluluk Süresinin Hesaplanması.....	76	1.8 İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi.....	118
1.5.7.2 Tutukluluk Süresi.....	78	1.8.1 Olağan İç Hukuk Yolu.....	118
1.5.7.2.a Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve AİHM Kararlarında Makul Süre.....	79	1.8.2 Erişilebilir İç Hukuk Yolu.....	119
1.5.7.2.b AYM Kararlarında Makul Süre.....	82	1.8.3 Etkin İç Hukuk Yolu.....	120
1.5.8 Tutuklamada Müdafin Görev Ve Yetkileri.....	83	1.8.4 Kesin Hüküm/Nihai Karar.....	122
1.5.9 Tutuklama Nedeniyle Tazminat.....	84	1.9 AYM ve AİHM Yollarına Başvuru.....	123
1.6 Kovuşturma Evresi.....	85	1.9.1 AYM'ne Bireysel Başvuru.....	123
K/1 Görev ve Yetki Konusunda İzlenecek Stratejiler.....	86	K/10 AYM ve AİHM'ne Başvuruda İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralının İstisnası.....	125
K/2 Savcı ve Hâkimlerin Tarafsızlığı Konusunda İzlenecek Stratejiler.....	88	1.9.2 AİHM'ne Bireysel Başvuru.....	127
K/3 Zor Hâkimle Baş Edebilme Stratejisi		II- İKİNCİ BÖLÜM.....	127
1.6.1 Duruşma Hazırlığı.....	90	2 Dilekçe Hazırlanması.....	127
1.6.2 Duruşma.....	92	2.1 Avukatın Hukuki Müdahalesi.....	127
K/4 Duruşma Kontrol Listesi.....	94	2.1.1 Hukuki Sorunun Tanımlanması (Tavsif).....	127
1.6.3 Delillerin Tartışılması.....	96	2.1.2 Soruşturma Evresinde Delillerin İlk Değerlendirmesi.....	128
1.6.3.1 Tanıklar.....	97	2.1.3 Lehte Delil Toplama İsteği.....	129
K/5 Tanıklar Kontrol Listesi.....	98	2.2 Dilekçe.....	129
1.6.3.2 Bilirkişi.....	99	2.2.1 Dilekçenin Özellikleri.....	130
K/6 Bilirkişi Raporları Konusunda İzlenecek Stratejiler.....	100	2.3 Dilekçe Kontrol Listeleri.....	132
1.6.3.3 Hukuka Aykırı Deliller.....	101	2.3.1 Dilekçe Yazma Öncesi Kontrol Listesi.....	132
1.6.3.4 Avukatın Savunması.....	105	2.3.2 Tutuklamaya, Tutukluluğun Devamı ve Tahliye Talebinin Reddi Kararlarına İtiraz Dilekçeleri Yazımında Kontrol Listesi.....	132
1.6.4 Hüküm.....	109	2.3.2.1 Tutukluluk Halinin Devamına Dair Kararlara İtiraz Dilekçesi.....	135
K/7 Soruşturma Veya Davanın Uzun Sürmesi veya Biran Önce Bitirilmesi Konusunda İzlenecek Stratejiler.....	110	2.3.2.2 Tahliye Taleplerinin Reddi Kararlarına İtiraz Dilekçesi.....	136
1.7 Kanun Yolları.....	110		
K/8 Kanun Yolları.....	112		
K/9 Tutuklamaya, Tutukluluk Durumunun Devamına veya Tahliye İsteminin Reddi Kararlarına Karşı Kanun Yolları.....	113		

2.3.3 Kovuşturma Evresinde Dilekçe Yazımında	
Kontrol Listesi.....	137
2.3.3.1 Delillerin Toplanması İsteme Dilekçesi.....	137
2.3.3.2 Soruşturmanın Genişletilmesi Konusunda Dilekçe.....	139
2.3.3.3 Esas Hakkında Savunma Dilekçesi.....	140
2.3.4 Kanun Yollarına Başvuru Evresinde Dilekçe	
Yazımında Kontrol Listesi.....	145
2.3.5 Bireysel Başvuru (AYM ve AİHM) Evresinde	
Dilekçe Yazımında Kontrol Listesi.....	147
K/11 AYM ve AİHM Dilekçe Kontrol Listesi.....	148
Kaynakça.....	149

I. BÖLÜM

SAVUNMA STRATEJİSİNİN BELİRLENMESİ

1.1 Türk Ceza Yargılaması

Ceza yargılaması, kamu hukukunun bir dalı olup, temel kaynağı 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu*'dur. Ceza yargılaması, ihbar, şikâyet veya başka bir yolla Cumhuriyet Savcılığına intikal eden suç işlendiği şüphesi üzerine başlar (CMK m. 160); bu şüphenin kesin bir hükümle sona ermesine kadar devam eder (CMK m. 223, 302).

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreye "*soruşturma*", iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreye ise "*kovuşturma*" denir (CMK m. 2). Cumhuriyet savcısı, *soruşturma evresi sonunda* toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, iddianame düzenler (CMK m. 170/1). İddianame, şüphelinin cezalandırılması talebini içeren bir belgedir. İddianamenin mahkeme tarafından kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar (CMK m. 175).

Öğretide, iddianamenin düzenlenip dosyanın mahkemeye gönderilmesinden, iddianamenin kabulüne kadar olan sürecin ayrı bir evre sayılması gerektiği ileri sürülmektedir.

"Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış" kişilerin, yani çocukların yargılanmalarında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun yaş gruplarına göre, çocukların yargılamasında özellikler bulunmaktadır. Savunma stratejisi tespit edilirken "*filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği*" özellikle nazara alınmalıdır (TCK m. 31).

! Ceza yargılama sistemlerinin anayasalar ile yakın ilişkisi vardır. Anayasanın "*Yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri*" bağlayıcılığı 11. maddede belirtilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" ilkesi ile "*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*" kenar başlıklı 38. maddesi hükümlerinin ceza yargılama hukuku ile ilgili temel ilkeler içerdiğini gözden uzak tutmamak gerekmektedir.

6216 sayılı “*Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun*”, 2010 yılında referandumla kabul edilen 5982 sayılı yasa ile Anayasa’da yapılan değişikliklere uygun olarak, AİHM uygulamasına paralel biçimde AYM’ne “*bireysel başvuru*” hakkı tanımıştır (AY m. 148/3).

Bunların dışında

! Anayasa tarafından güvence altına alınmış pek çok hak ve özgürlüğün korunması ceza yargılama sistemi içinde olduğundan bir Alman hukukçusunun dediği gibi “*ceza yargılaması Anayasa’nın sismografi*” görevini ifa etmektedir.¹

Genel yasa niteliğinde olan Ceza Muhakemesi Kanunu dışında, ceza yargılamasına ilişkin çok sayıda tamamlayıcı özel yasalar ve düzenlemeler de bulunmaktadır. Davaya müdahale (CMK m. 237-243), gaip ve kaçakların yargılanması (CMK m. 244-252), genel ceza yargılama sistemi içinde yer alan yargılama türleridir. *Yüce Divan* sıfatıyla Anayasa Mahkemesinde yapılan yargılama yöntemi (AY 148/4 6216 sayılı kanun m. 57 vd.); 353 sayılı “*Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü*

¹ Stefan König, Freiheit und Strafprozess/Özgürlük ve Ceza Muhakemesi, Anwalts blatt, 2008/4

Kanunu; 4483 sayılı *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*, 3628 sayılı *Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu*, 5395 sayılı *Çocuk Koruma Kanunu*, 2559 sayılı *Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu* gibi özel yasalar, belirli kişi veya suçlara ilişkin özel yargılama kuralları içerdikleri için genel yasayı tamamlayıcı niteliktedirler.

Ceza Muhakemesi Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ceza yargılaması sürecine ilişkin çok sayıda yükümlülükleri somutlaştırmış bulunmaktadır. Sorun çoğu kez yasa hükmünde somutlaşmış yükümlülüklerin uygulanma sürecinde ortaya çıkmaktadır. Uygulamada hâkimlerimiz çoğu kez uluslararası ve ulusal yargılama yöntemlerindeki biçime uymakta zorluk çekmektedirler. Oysa Hegel’in söylediği gibi, “*Biçim özgürlüğün ikiz kardeşidir, çünkü keyfiliğin düşmanıdır.*” Usul hukukunun biçimselliği bu yönden değerlendirilmelidir.²

Anayasa uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir, bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla dava açılmaz ve “*Usulüne göre yürürlüğe*

² Erem, Faruk. Meslek Kuralları Şerhi, s.51

konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” (AY m. 90). Ceza yargılaması hukukuna ilişkin temel kural ve ilkelere yer verilmiş olan bildirge ve birçok sözleşme bulunmaktadır. 1948 Tarihli *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*, 1966 tarihli *Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmesi*, 1975 tarihli *İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*, 1987 tarihli *İşkencenin ve Gayriinsanî ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi*, 1989 tarihli “*Çocuk Hakları Sözleşmesi*” (m. 37-40) ve 1950 tarihli *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme/Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* gibi.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile sözleşmeciler devletler Sözleşme'nin kapsamına giren bireysel hak ve özgürlükleri güvence altına almayı taahhüt etmektedirler. Sözleşme'de sözleşmeciler devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine uyup

uymadıklarını denetleyecek uluslararası bir yargı mekanizmasının oluşturulması da öngörülmüştür. AİHM, Sözleşme'deki hakların göstermelik ve teorik olarak korunmasından çok, Sözleşme'nin 6. Maddesi ile etkin ve pratikte uygulanabilir olmasına dikkat etmektedir. 6.madde içerdiği usule ve esasa ilişkin hükümler açısından, usul hukuku içinde önemli bir özerkliğe sahiptir (Khan/Birleşik Krallık, 12 Mayıs 2000).

Sözleşmeyle güvence altına alınan bir hak ya da özgürlüğün sözleşmeciler devlet tarafından ihlâl edilmesi halinde mağdur olan kişi, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, o devleti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikâyet edebilir. 1987'den itibaren Türkiye, 1954'de imzaladığı 1950 tarihli Sözleşme'nin bireysel başvuru hakkındaki yetkisini, 1990'da da zorunlu yargı yetkisini tanımıştır.

Türk ceza yargılama yöntemi, işlenmiş olan bir suçla ilgili soruşturma yapmak ve dava açmak görevini Cumhuriyet Savcılarına vermiştir (CMK m. 160 vd., 170 vd.).

Cumhuriyet Savcısı, ihbar, şikâyet veya başka bir yolla bir suçun işlendiği izlenimi veren bir duru-

mun varlığını öğrenince kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK m. 158 ve 160 vd.). Böylece *soruşturma evresi* başlayacaktır. Cumhuriyet Savcıları, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki kolluk görevlileri vasıtası ile şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayıp koruma altına almak ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür (Bkz. 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı kanun m. 17-22). Cumhuriyet Savcıları bu yükümlülüklerini, kamuoyunun güvenini sarsmayacak ve yasadışı eylemlere karşı her türlü hoşgörü izleniminden kaçınmak için titizlikle yerine getirmelidirler. Özellikle şüphelinin aleyhine olabilecek deliller kadar lehine olabilecek deliller de titizlikle toplanmalıdır. Talep edilmesine ve sorumluluğun ihtar edilmesine karşın yapılmadığı takdirde iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra AİHM'ne açılacak davalarda bu konu dile getirilebilecek ve devlet aleyhine karar alınabilecektir (Bkz. Kaya/Türkiye, 19 Şubat 1998; Ergi/Türkiye, 28 Temmuz 1998; MC/Bulgaristan, 4 Aralık 2003; Ramsahai ve diğerleri/Hollanda 15 Mayıs 2007 davaları).

Ceza yargılama yasaları, suçun aydınlatılmasına ilişkin kamusal menfaatlerle, suç şüphesi altında olan ve yargılama sürecinde hak ve özgürlükleri kısıtlanan şüpheli/sanığın hakları arasında dengeyi gözeten hükümleri içermelidir. Bu nedenle ceza yargılamasının amacı, şüpheli/sanığın haklarına, insanlık onuruna ve hukukun temel ilkelerine saygılı bir şekilde suçun işlenip işlenmediği konusundaki maddi gerçeğe ulaşmaktır.

Türk hukukunda iddia, savunma ve yargılamadan oluşan üçlü faaliyet içeren *suç muhakemesi, ceza muhakemesi, ceza yargılaması ve ceza muhakemeleri usulü* olarak adlandırılmaktadır. Bu süreçte, iddia (tez), savunma (antitez) ve yargılama (sentez) olmak üzere özgün bir diyalektik faaliyet söz konusudur. Ceza yargılaması hukuku, hükmün üretilmesine katkısı bulunanlar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Ancak, Türk Ceza Sisteminde “*Cumhuriyet Savcısı ve hâkim birlikteliği*” izlenimi rahatsızlık verici, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesini zedeleyecek boyuttadır. Savunma dışarıda, tek başına kalmaktadır. Bu görüntü “*ceza adalet sisteminin adaleti*” konusunda şüphe üretilmesine neden olmaktadır. Yargılama diyalektiğine de aykırıdır.

Temel hak ve özgürlükler anayasalarda güvence altına alınmış ve bunlara müdahale edilmesinde geçerli olacak kurallar gösterilmiştir. Ceza yargılamasının tüm evre ve devreleri bakımından anlam ifade eden önemli ilkeler ve haklar şu başlıklar altında toplanabilir:

1) *Hukuk Devleti İlkesi (AY. m. 2):* Çağdaş ceza ve ceza yargılama hukukunun temelini “*hukuk devleti*” ilkesi oluşturmaktadır. Yargılama aşamalarında takip edilecek yolda öncelikle “*hukuk devleti*” ilkelere uygun davranılıp davranılmadığı takip edilmelidir. Bu ilkenin temelini de “*insan haysiyetinin korunması/dokunulmazlığı*” oluşturmaktadır.

2) *İşkence Yasağı İlkesi (AY m. 17):* 1987 tarihli “*İşkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Ceza ve Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi*” hükümlerine göre,

(a) kişinin kendisine karşı yapılan suçlama nedeniyle konuşmaya ve delil göstermeye zorlanamayacağı (AY m. 38/5; CMK m. 148);

(b) adli makamların ikrar elde etmek için şüpheliye işkence ve kötü muamele yapmasının yasak olduğunu, ifade etmektedir.

Aynı korumadan suçlanan kişinin yakınları da yararlanırlar (AY m. 38/5 ve Medeni ve Siyasal Haklar Söz.14/3 g.). Yasal hakların bildirilmesi (CMK m. 90/4, 147/1-e) şüpheli/sanığın kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamama, “*nemo tenetur*” ve susma hakları da bu sonuçları içermektedir.

3) *Adil/dürüst yargılanma hakkı (AY m. 38; AİHS. m. 6):* Tarafsızlığı ve bağımsızlığı teminat altına alınmış ve kanunla kurulmuş bir mahkeme önünde, aleni duruşmada hakkaniyete uygun olarak yargılanmayı ifade eder. Adil yargılanma hakkının sonuçları kısaca şöyle sıralanabilir:

3.1 *Silahların eşitliği ilkesi:* İlke, yargılamanın bütün sùjelerinin (iddia, yargılama ve savunma) birbirlerinin işlemlerinden haberdar olmalarını ve iddia ve savunmanın, bu işlemlere karşı diyeceklerini hazırlamak için gerekli zamana sahip olmalarını ifade eder. Savunma ve iddia arasında *eşitlik* olmadığı sürece hiçbir zaman “*adil*” bir karar kurulamayacaktır. Böylesi bir eşitsizlik uzmanların/bilirkişilerin tarafsız olmayıp, etkin bir şekilde iddia mantığına sahip olması, savunmanın dava dosyasına

erişiminin mümkün olmaması, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının yapabileceği keşif, yer gösterme gibi işlemlerde bu işlemlere katılma hakkı bulunanlara imkân sağlanmaması³ ve savcının gerek ilk derece ve gerekse kanun yolları evresinde savunmanın yanıt veremeyeceği mütalaalarda bulunması durumlarında tespit edilecektir.⁴

3.2 Bağımsız ve tarafsız hâkim/yargılama makamı: Bağımsızlık (*independence*), yargının dışarıdan (yürütme erki/özel kişilerden) gelebilecek her tür etkiden bağımsız olarak, 1) Hâkimin kanun, hukuk ve kendi vicdanına göre karar vermesi; ve 2) Hukukun üstünlüğünü sağlamak amacıyla davranmasıdır. Bağımsızlık ve tarafsızlık ilişkisinde, ekseriya, biri ötekine bağlı bulunmaktadır.⁵ Bu noktada bağımsızlık ve tarafsızlık açısından iki nitelik dikkat çekicidir: 1) Etik sorumluluk duyan ve duyarlılık sergileyen, *meslek onuruna* sahip çıkan ve 2) Karar sürecinde dıştan gelen baskılara direnç gösteren *cesaret* sahibi hâkimlerin varlığı.⁶ Bugünkü “*hâkim-savcı*

3 F.Demirağ. Ceza Muhakemesi Kanunu, TBB yayını, 2007, s. 143 sayfasında bu doğrultuda eleştirisi bulunmaktadır

4 Vitkauskas,Dovydas- Dikov,Grigoriy. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının korunması, Türk esi: Av.Serkan Cengiz, Avrupa Konseyi 2012 s.54

5 Vitkauskas-Dikov,age.s.39

6 M. T.Yücel. Yargı Reformu ve Demokrasi, 2011.

birlikteliği” görüntüsü tarafsızlık konusunda ciddi endişelere ve eleştirilere neden olmaktadır.

3.3 Meram anlatma: Her sanığın derdini anlatabilmesi, ne istediğini söyleyebilmesi suretiyle yargılamanın gidişine etki edebilme fırsatının sağlanması anlamına gelmektedir. Araştırmaların belgelediği, kişiler süreçte onurlu ve saygınlık içinde işlem gördükleri, seslerini duyurabildikleri, kendi hikâyelerini söyleyebildikleri ve söylediklerinin hâkimce ciddiye alındığını hissettiklerinde, sonuç aleyhlerine olsa bile daha fazla memnuniyet hissedecekleri ve sonucu saygı ile karşılayacakları şeklindedir.

3.4 Savunma hakkı: Kişilerin (vatandaş ve/veya yabancı) kendilerine karşı diğer kişiler veya devlet tarafından yöneltilen sav ve suçlamalar karşısında maddi/özdeksel ve manevi/tinsel varlığını korumak için yapabileceği eylemler ve hukuki işlemler olarak tanımlanabilecek savunma hakkı Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır (AY m. 36/1, AİHS m. 6/3).

4) Kendisine yapılan isnad ve haklarını öğrenme hakkı (AY m. 19/3, AİHS. m. 6/3-a, CMK m. 90/4, 101/2, 121/1, 147/1-b): Kişi neyle suçlandığını ve

bu suçlamalarla ilgili ne gibi haklara sahip olduğunu bilmelidir. Aksi takdirde bireysel savunma hakkı kullanılamaz. Savunma hakkının kullanılabilmesinin önkoşulu hakkındaki iddiayı öğrenmektir.⁷

5) *Masumiyet karinesinden yararlanma (lekelenmeme) ilkesi* (AY m. 38/4, AİHS m. 6/2): İlke, adli makamların kişiyi kesin bir mahkûmiyet kararı bulunmadan suçlu olarak ilan edememesini ifade eder. Her türlü soruşturma ve kovuşturmada bu karine ispat yükünü iddiaya yükler.⁸ AİHM, masumiyet karinesi ilkesinin ihlâline diğer kamu görevlilerinin de neden olabileceğini kabul etmektedir (Daktaras/Litvanya, 42095/98, & 41-42).

6) *Doküman Oluşturmak Yükümlülüğü ve Dosyayı İncelemek Hakkı*: (CMK m. 97, 121, 158/5, 263/1-2, 153, 135,139) Bütün yargılama işlemlerinin tutanağa bağlanması yükümlülüğü yanında sözlü yargılama işlemleri de tutanağa geçirilmelidir. 6526 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra dosyayı inceleme hakkı konusunda hiçbir yasal sınırlama kalmamıştır.

⁷ Vitkauskas-Dikov age.s.51, 93.

⁸ Vitkauskas-Dikov, age.s.88

7) *Soruşturmanın ve kamu davasının mecburiliği (kanuniliği) ilkesi*: İlke, suçun işlendiğine dair basit şüphe üzerine soruşturmanın adli makamlarca başlatılması veya soruşturma sonunda suçun işlendiğine dair “*yeterli şüphe*” üzerine iddianamenin düzenlenmesi zorunluluğunu ifade eder. 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı kanunla getirilen CMK değişikliklerinde “*somut deliller*” ölçütünün kamu davası açılması bakımından da getirilmesi, bu suretle “*takdirîlik*” ilkesine açılan kapının genişletilmesi siyasetinin Batı örneklerinde olduğu gibi kabul edilmesi gerekmektedir.

8) *Ceza yargılamasının kamusalılığı ilkesi*: İlke, suç iddiasının kamu adına devlet tarafından hazırlanması ve yargılanmasını ifade eder.

9) *Tabii hâkim ilkesi*: İlke, kişinin kendisine isnat edilen suç tarihinden önce ve yasa ile kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanma hakkını ifade eder.

10) *Davasız yargılama olmaz ilkesi*: İlke, mahkemelerin iddia makamının iddianamesinde belirttiği kişi ve olayla bağlı olarak karar verme mecburiyetini ifade eder. Bu ilkeye göre iddia ve talep yoksa yargılama da yok demektir.

11) *Duruşmanın sözlülüğü ilkesi*: İlke, delillerin doğrudanlığı ile yakından ilgili bir ilkedir ve dosyadaki tüm delillerin duruşmada dinlenmesini, okunmasını ve tartışılmasını ifade eder. Bu nedenle tanıklar duruşmada kural olarak dinlenir; tanıklık edecekleri olaya ilişkin yazılı açıklamada bulunamazlar. Bunlara sözlü savunmayı da eklemek gerekmektedir.

12) *Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması ilkesi (AY m. 141)*: Anayasamız duruşmalara, bazı ayrık durumlar dışında, herkesin katılabileceğini ve böylelikle kapalılıktaki sakıncaların ortadan kaldırılmasını istemiştir. Gerekçe de kararlardaki keyfiliği ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır.⁹

13) *Çabukluk ve Makul sürede yargılanma ilkesi*: Yargılamanın çabukluğu başlamasından son kararın verilerek bitirilmesine kadar duraksama olmasızın yürütülmesi anlamına gelmektedir. Tamamlayıcısı olan diğer ilke, sanığın *makul bir sürede yargılanması yükümlülüğünü* ifade etmektedir. Bu ilke hem ilk derece hem de kanun yolları açısından geçerlidir. İşlemler olağan hayatın akışına uygun bir sürede bitirilmelidir. Bu sürenin belirlenmesinde,

⁹ Vitkaukas-Dikov, age. s.58

davanın kapsamı ve çetinliği (*hard cases*) dikkate alınır. Ancak mahkemeler önündeki dava sayısının fazlalığı, hâkim açığının bulunması ve yetersiz kaynağa dayalı mazeretler yargılama süresinin uzamasını haklı gösterecek nedenler değildir.¹⁰

14) *Delilerin doğrudanlığı ilkesi*: İlke, suçluluk konusunda karar verecek olan mahkemenin araya başka bir makam girmeden delillerle doğrudan doğruya temasa geçmesini ifade eder. Bu ilke gereğince hâkim, kural olarak hükmünü duruşmada, önünde tartışılan delillere dayandırmalıdır.

15) *Delillerin bütünselliği/Kolektifliği*: Diyalektik düşüncenin en kapsayıcı “bütünsellik” ilkesinin yargılamaya yansımadır. Bu ilke, herhangi bir şeyin tek başına ve içinde bulunduğu bütünden ayrı olarak ele alındığı zaman kavranamayacağı anlamına gelmektedir. Deliller duruşmada ortaya konulup taraflarca hâkim huzurunda tartışılmaya başlandıktan sonra kolektif bir mahiyet kazanır. Kolektif bir faaliyet olan ceza yargılaması böylece adil hüküm verme amacına yaklaşabilecektir.

¹⁰ Vitkaukas-Dikov, age.s.83

16) *Delillerin Re'sen Araştırılması*: Hâkimin de doğrudan ve kendiliğinden delil araştırabilmesidir. Mahkemenin iddia konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve eğer gerçekleşmiş ise, gerçekten nasıl gerçekleştiğinin re'sen araştırılması ve aydınlatılması zorunluluğunu ifade eder.

17) *Delillerin Serbestçe Elde Edilmesi ve Değerlendirilmesi*: Duruşmaya getirilmiş, hâkim huzurunda tartışılmış deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir (CMK m. 217/1). Bunun sınırı, kanıtların hukuka uygun olması ve bir ispat yasağının bulunmamasıdır (CMK m. 217/2).

18) *Şüpheden sanık yararlanır ilkesi*: İlke, delillerin duruşmada tartışılması sonucunda sanığın suçluluğu veya suçsuzluğu yönünde hâkimde vicdani kanaat oluşmaması halinde, bu durumdan sanığın yararlandırılması ve beraat kararı verilmesi gerektiğini ifade eder.

1.2 Savunma Stratejisi

Bu kitapçıkta savunma ve strateji kavramları üzerinde durulacak, ceza yargılamasının çeşitli evrele-

rinde savunma tarafından sunulacak dilekçeler ve bu dilekçelerin içerik ve biçimleri hakkında özlü ve uygulanabilir bilgiler verilmeye çalışılacaktır.

! “*Savunma stratejisi*”, belirleme aşamasında “*Savunma Etiği*”¹¹, uygulama aşamasında da “*Adli Yardım*”¹² ve “*Avukatın Soru Sorması*”¹³ komisyonlarının çalışmaları ve dolayısıyla bu konuda hazırlanmış kitapçıklarla ilişkilidir.

1.2.1 Savunma

Hukuk açısından “*savunma*”, Türk Hukuk Lügati tarafından, “*İnsanın en kutsal hakkı olan ferdin mahkeme huzurunda hak ve menfaatini muhafaza için lüzum gördüğü meşru vasıtaları kullanmakta serbest olması*” şeklinde tanımlanmıştır. Ceza yargılaması hukukunda savunma, sanığın suçu işlemediğini veya iddia edildiğinden daha az cezalandırılması gerektiğini ileri sürmedir. Bu bağlamda eylemin suç teşkil etmediğini, hukuka uygunluk sebebi bulunduğunu ve sanığın ceza-

11 Zeynep Pelin Ataman, Savunma Etiği, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin geliştirilmesi AB/AK Ortak Programı Yayını

12 Aynur Tuncel Yazgan, Adli Yardım, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin geliştirilmesi AB/AK Ortak Programı Yayını

13 Naim Karakaya, Avukatın Soru Sorması, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin geliştirilmesi AB/AK Ortak Programı Yayını

landırılmaması gerektiğini ileri sürme de, savunmanın bir başka türüdür. Suçu bir başka sanığın işlediğini ileri sürmek de savunma niteliğindedir. Ancak bu şekilde bir savunma diğer sanık açısından bir iddia değildir. Savunma hakkı, sorguyu da kapsamaktadır.

Savunmanın sorunları ve boyutları, ülkenin demokratik yapısı, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerine bağlılığı ve uygulanmakta olan ceza yargılama sistemi ile şekillenmektedir.

! Özellikle kişilerin özensiz olarak soruşturma süjesi yapılabildiği uygulamada “savunma hakkı”, İtalyan usul hukukçusu Ferri’nin “*ceza yasaları yalnız suçluların yasasıdır, hâlbuki ceza yargılama yasaları dürüst insanların da yasasıdır;*” sözü gereği büyük anlam kazanmaktadır.¹⁴

Bu durum kişi hakları ve güvenliği açısından sorunlar yaratmakta, savunmaya büyük sorumluluk yüklemektedir.

¹⁴ Kunter, Nurullah. Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1986, s.21’den naklen, Ferri, Sociologia Criminale, II, 4.bası, 1930, s.384

Savunmanın etkinliği ve kapsamı, kullanılabilen özgürlükler alanının genişliği ile yakından ilgilidir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlı olduğu bir toplumda savunma imkânsızlıklarla mücadele anlamını taşımaktadır. Özgürlük alanının genişletilmesi, hukuk devleti ilkesine, hukukun üstünlüğü kavramına ve çoğulcu demokratik sisteme inanç meselesidir. Genel yaşamdaki özgürlük alanının sınırlılığı savunma alanına da yansımaktadır. Ülkemizde son zamanlarda çok sayıda avukatın tutuklanması, yargılanması özgürlük alanı hakkında somut fikir vermektedir. Son bir rapora göre, son iki yılda, savunma görevi dolayısıyla 152 avukat hakkında dava açılmıştır. TCK. 128, 277, 278 ve 283 gibi maddeler savunmanın başında “*Damokles’in kılıcı*” gibi sallanıp durmaktadır.

Savunmanın etkinliği bakımından son derece önemli olan “*Savunma dokunulmazlığı*” 765 sayılı eski TCK’nun 486. , 5237 sayılı TCK’nun 128. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kavramla ilgili olarak önceki Ceza Kanununun 486.madde hakkındaki Faruk Erem’in düşüncesi bugün için de geçerliliğini korumaktadır: “*Mesleki kurallar (m. 5) yeterli sayılmıyordu. Ceza Kanununa eklenen*

bu hüküm uygulamada savunma dokunulmazlığını tahrip etmiştir.(...) Savunma etkili olmak zorundadır. Savunmanın bu yönünü zayıflatacak her kuşku, sonuçta adaletin zararına olur.”¹⁵ Yeni kanunda 128. maddeye eklenen “Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir,” koşulları savunmanın dokunulmazlığını ortadan kaldıracak ve savunmanın özgürlük alanını aşırı derecede daraltacak niteliktedir.

Diğer yandan savunma hakkına işlerlik, geniş ve özgür kullanım alanı sağlayacak ortam, yargılama sistemi ile ilgilidir. Hukuk devletinde kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasının, kullanılmasının ve geliştirilmesinin tek güvencesi bağımsız yargıdır. 1961 Anayasası'nın etkisi ve yönlendirmesi ile hâkim teminatı ve bağımsızlığı ile yargının bağımsızlığının sağlanabileceği yanılığısı topluma yerleşmiş bulunmaktadır. 1982 Anayasası bir adım ileri giderek yargıyı “*hâkim savcı birlikteliği*” olarak ele almıştır. Her iki Anayasa'nın öngördüğü yargı sisteminde savunma görmezden gelinmiştir.

! Bugün yürürlükte olan yargılama sistemi, tüm reform ve iyileştirme çabalarına karşın, “*hâkim savcı birlikteliği*” giderilemediği, “*savunma ile iddia*” eşit kılınmadığı, “*silahların eşitliği*” tam olarak sağlanamadığı için tekçi düşüncenin, otoriter rejimlerin ve özünde savunmaya ve avukata ihtiyaç duyulmayan engizisyon sisteminin izlerini taşımaktadır.

1.2.2 “Müdafî”, “Müdahil Vekili”

İtham ve iddia karşısında, ceza davasında itham ve iddia ile karşı karşıya kalan kişiyi savunan profesyonel kişiye, özelinde avukata “*müdafî*” denilmektedir. CMK, şüpheli veya sanığı soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında savunan kişiye “*müdafî*” sıfatını kullanmaktadır. “*Müdafî*”, şüpheli veya sanığın ceza yargılamasında savunmasını yapan avukatın adıdır. (CMK m. 2 ve 149) Öncelikle şunu belirtelim ki, müdafî, sadece ceza yargılamasının savunma makamında yer alan şüpheli/sanık bakımından söz konusudur. Bu nedenle suç soruşturması başlamamışsa, müdafiden de söz edilemez. Bir kimsenin müdafî olarak görevlendirilmesi hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde mümkündür ve iki şekilde olur. Ya şüpheli /sanık

¹⁵ Erem, age.s.51,76

veya kanuni temsilcisi seçer ya da mahkeme veya baro tarafından görevlendirilir. Görevlendirmenin de biri adli yardım amacı ile istek üzerine, diğeri kanunun zorunlu görmesi üzerine olmak üzere iki türü vardır. Baro tarafından görevlendirilen avukat, “*müdafî*” sıfatını kazanır. Seçilen müdafîin seçildiğini vekaletname ile ispat etmesi gerekmez. Şüpheli veya sanığın mahkemeyi herhangi bir şekilde haberdar etmesi, müdafilik sıfatının kazanılması için yeterlidir.¹⁶ İster görevlendirilmiş olsun, isterse şüpheli tarafından seçilmiş (vekaletname verilmiş) olsun müdafîin görevi aynıdır. “*Müdafîin amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak değil, müvekkilinin lehine davayı yürütmektir*”.¹⁷

Kişiyi ceza yargılamasında savunma konumuna sokan “*itham*” ve “*iddia*” kamu temsilcisi Cumhuriyet Savcısından gelmekle birlikte, ceza davasının harekete geçmesine neden olan şikâyeti yapan “*suçtan zarar gören*”, “*müdahil*”, avukatı da “*müdahil avukatı*” sıfatlarıyla ceza yargılaması sürecine katılmaktadırlar. Onlar da mağdura yönelik fiili saldırıya karşı kendilerini savunmaktadırlar.

¹⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010. s. 410, 411.

¹⁷ Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı Ankara 2013 Cilt I s. 309.

CMK m. 2’de “*Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza yargılamasında temsil eden avukat*”, “*vekil*” olarak isimlendirilmektedir.

1.2.3 Strateji

! “*Hedef/amaç*”, karar alıcının varmak istediği sonucu belirler. “*Strateji*” ise hedefe nasıl varılacağı sorusunu yanıtlamaktadır.

Bu tanımla, “strateji” karar alıcının kontrolünde bulunmaktadır. Yalnız stratejiden hedefe giden yolun karar alıcının kontrolü dışında sonuca artı/eksi katkısı olan etmenlerle döşeli olduğu unutulmamalıdır. Günümüzde yaşamın ekonomi, siyaset, eğitim gibi her alanında uygulanmaya çalışılmakta ve kullanılmaktadır.

Hukukun her dalında elde bulunan bilgi, belge ve tek kelime ile kanıtlarla, kişiye yapılan itham ve iddiaya, hukuki saldırıya karşı uzun süreli bir savunma veya saldırı izlencesi, takvimi ve delillerin uygun biçimde düzenlenmesi ve kullanılması anlamında “*strateji*” tespiti mümkün ve gereklidir.

Konumuz CMK m. 170-171. maddeleri gereğince açılmış bulunan kamu-ceza davaları ile sınırlı bulunmaktadır.

1.3 Soruşturma Evresi¹⁸

Doktrin ve uygulama pratiklerimize göre ceza yargılamasında iki temel evre söz konusu olup, bunlardan ilki soruşturma evresidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundaki tanımı ile soruşturma “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*” ifade eder (CMK m. 2). İstisnaları olmakla beraber, soruşturma evresindeki usul işlemleri Cumhuriyet Savcıları tarafından yürütülür (CMK m. 160). Soruşturma evresi kural olarak, kovuşturma evresinde iddia makamı olarak yerini alacak olan savcılığın aktif olduğu bir evredir. Bu evrede savcılık maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için emrindeki adli kolluk marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan bütün delilleri toplar. Bu amaçla bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir (CMK m. 161, 332). Cumhuriyet Savcısı bu evrede yaka-

lama (CMK m. 90), gözaltına alma (CMK m. 91), tutuklama (CMK m. 100) gibi koruma tedbirleri yanında muayene (CMK m. 75 - 80), keşif (CMK m. 83), yer gösterme (CMK m. 85), otopsi (CMK m. 89), arama ve elkoyma (CMK m. 116-134), iletişimin denetlenmesi (CMK m. 135), teknik araçlarla izleme (CMK m. 140) gibi daha pek çok delil toplama yöntemlerine başvurur. Cumhuriyet Savcısı, bu işlemlerden bir kısmını bizzat, bir kısmını gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sonradan alınabilecek hâkim onayı ile yapabilirken, bir kısım işlemlerin yapılması mutlaka hâkim kararı gerektirir. Bu nedenle Cumhuriyet Savcısı ilgili işlemin yapılmasını, işin niteliğine göre hâkim veya mahkemeden ister (CMK m. 162). Sadece hâkim kararı ile yapılabilecek “*moleküler genetik inceleme yapılması*” gibi işlemler de vardır (CMK m. 78 vd.).

Diğer yandan, Cumhuriyet Savcısının emri olmaksızın, adli kolluğun ifade alabilmesi bile mümkün değildir.

Bu statüleri dolayısıyla soruşturma evresinde müdafî veya vekil sıfatıyla avukatlar en çok Cumhuriyet Savcıları ile muhatap olmaktadır.

¹⁸ Bu bölüm ile 1,2,6,7 ve 12 numaralı kutular Av.K. Nevzat Güleşen ve Av.Fahrettin Demirağ'ın katkılarıyla hazırlanmıştır.

Cumhuriyet Savcısı, ihbar, şikâyet veya başka bir yolla bir suçun işlendiği izlenimi veren bir durumun varlığını öğrenince kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK m. 158 ve 160 vd.). Araştırmaların amacı, şüphelinin, kendisine isnat edilen “suç fiili” bakımından “yeterli” derecede şüphe altında olup olmadığına tespitidir. İhbar veya şikâyet üzerine Cumhuriyet Savcılığınca yapılacak işlemler Kalem Yönetmeliği’nde¹⁹ gösterilmiştir. Bu Yönetmeliğin 11. maddesine göre ihbar veya şikâyet üzerine veya re’sen soruşturma başlatılması halinde, evrak UYAP’a kaydedilerek soruşturma numarası alır. Bütün soruşturma işlemleri bu kayıt üzerinden yürütülür.

! Kural olarak soruşturma evresindeki usul işlemleri savunma haklarına zarar vermemek koşulu ile gizlidir (CMK m. 157/1).

Soruşturma kavramını tanımlayan CMK m. 2/1-e’deki “Yetkili merci” ile Cumhuriyet savcılığı kastedilmektedir (YCGK:17.10.2006 -

19 Yönetmeliğin tam adı, “Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik” olup 6 Ağustos 2013 tarih ve 28730 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

165/213). Cumhuriyet Savcıları, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki kolluk görevlileri eli ile şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayıp koruma altına almak ve şüphelinin haklarını da korumakla yükümlüdür (Bkz. 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı kanun m. 22-27). Yapılan araştırmalar sonucunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi hallerinde veya kovuşturma olanağının bulunmadığı anlaşıldığında Cumhuriyet Savcılığı “kovuşturmaya yer olmadığına” karar verir (CMK m. 174). Aksi halde, Cumhuriyet savcılığı bir “iddianame” düzenler (CMK m. 170). İddianamede “yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri” ile “yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek” açıklanır. “Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez” (CMK m. 226/1). Yargılama bunlar üzerinde yürüyecektir. Duruşma sırasında “iddianamede yer alan maddeler dışında bir maddeye dayalı olarak ceza verilecek, indirim veya artırım yapılacak ise bu hususun sanığa bildirilmesi, ek

süre talep ediyor ise, bu sürenin kendisine tanınması ve ek savunmasının alınması CMK m. 226. maddesinin amir hükmüdür” (Y.C.G.K. E.2008/6, K.2008/102,6.5.2008).

! Cumhuriyet Savcıları soruşturma ve sonunda iddianame düzenleme yükümlülüklerini, kamuoyunun güvenini sarsmayacak ve yasadışı eylemlere göre her türlü hoşgörü ya da suç ortaklığı izleniminden kaçınmak için titizlikle yerine getirmelidirler.

Özellikle şüphelinin aleyhine olabilecek deliller kadar lehine olabilecek deliller de titizlikle toplanmalıdır. Talep edilmesine ve sorumluluk ihtar edilmesine rağmen yapılmadığı takdirde iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra AİHM’ne açılacak davalarda bu konu dile getirilebilecek ve devlet aleyhine karar alınabilecektir (Bkz. *Kaya/Türkiye; Ergi/Türkiye; MC/Bulgaristan; Ramsahai ve diğerleri/Hollanda davaları*).

! Cumhuriyet Savcılarının tarafsızlığı konusunda CMK’da her hangi bir hüküm bulunmama ile birlikte AİHM, etkin ve eksiksiz bir soruşturma yapmakla yükümlü bulunan savcılık makamının, bağımsız ve objektif hareket edecek şekilde örgütlenmesi ve hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir.

Gerek soruşturma evresinde, gerekse kovuşturma evresinde avukatların görevi son derece önemli ve etkindir. Uluslararası sözleşme ve belgelerde, avukatlar ceza yargılamasının olmazsa olmaz bir süjesi olarak tanımlanmıştır:

• Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3. c maddesi, “*Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek*” hakkının adil yargılama hakkının bir parçası olduğunu belirtmektedir.

• *Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin* adil yargılanmayı düzenleyen 14.3.b. maddesi de “*Savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma*” şeklinde bir haktan bahsetmektedir.

• *Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler* (Havana Kuralları) 1.nci maddesi “*Herkes haklarının varlığını tespit ettirmek, korumak ve ceza yargılamasının her aşamasında haklarını savunmak için*

kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir” ve 5.nci maddesi ise “Avukatı bulunmayan bu durumdaki kimselere, adaletin yararının gerektirdiği bütün olaylarda etkili bir hukuki yardım verilmesi için, suçun niteliğine uygun deneyim ve donanımına sahip bir avukat atanır; bu kişiler avukatlık hizmetinin karşılığını ödeyebilme imkânından yoksun ise, ücretini kendisinin ödemediği bir avukat hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. Maddesi, Taraf devletleri Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklere tanımakla yükümlü tutmuştur. Bu yükümlülük, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerine yönelik insan hakları ihlallerini önleme ve ihlâle yol açan olay faillerini cezalandırma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Devletin soruşturma aşamasındaki kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü, kötü muamele yasağı konusunda etkili hukuk yolu bulunmaması ve gözaltında işkence şikâyeti hakkında etkili bir cezai soruşturma yapılmamış olması ile bu sonuçlar sonrasında bir giderim elde etme imkânı bulunmaması bakımından da söz konusudur. Nitekim AİHM belirtilen nedenlerle ihlâl kararı verebilmektedir.

(Aydın/Türkiye, 23178/94, 25.09.1997).

Devlet makamlarının “etkin ve eksiksiz bir soruş-

turma yükümlülüğü” konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiş çeşitli kararlar mevcuttur (Kaya/Türkiye 22729/93, 19 Şubat 1998; Ergi/Türkiye 23818/94, 28 Temmuz 1998; MC/Bulgaristan 39272/98, 4 Aralık 2003). Bu kararlardan, Kaya/Türkiye kararında AİHM, soruşturma aşamasındaki birçok bulgunun cevapsız kaldığından bahisle, ilgili makamların etkili bir ceza soruşturmasına zemin hazırlamadıkları ve asgari gerekleri karşılayan bir soruşturma yapılmadığını belirterek Türkiye hakkında ihlâl kararı vermiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında,

- a) Soruşturma evresinin adli bir faaliyet olduğu,
- b) Şüpheli leh ve aleyhindeki delillerin soruşturma aşamasında toplanmasının zorunluluğu,
- c) Özellikle suçtan zarar gören sıfatı ile savcılıklara yapılan başvurularda, soruşturmanın eksik yapılması durumunda *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin* 13. maddesi kapsamında “*etkili başvuru*” yolu olmadığından bahisle, AİHM tarafından ihlâl kararları verilebildiği hatırlanmalıdır (Velikova/Bulgaristan, 41488/98, 18 Mayıs 2000).

! Süreç, iç hukuk yollarının tüketilmesi halinde AYM ve AİHM'ne başvurulabileceği ihtimali göz önünde bulundurulacak biçimde düşünülmelidir. AYM ve AİHM, bazı hallerde iç hukuk yollarının tüketilmesini beklemeden bireysel başvuruyu kabul etmektedir.²⁰ Bu durumları özenle takip etmek gerekir. Ancak genellikle şüpheli/sanık aleyhine gerçekleştirilen ceza yargılama işlemlerine karşı, varsa kanun yoluna başvurulmalıdır; uygulama yanlışlıkları dikkatle not edilmeli, soruşturma evrakına intikal ettirilmelidir. AİHM, yargılamadaki bazı can alıcı önemdeki işlemlere özellikle de ceza yargılamasında şüphelinin ilk sorgulaması aşamasına daha fazla önem verdiği için, avukatın bu aşamada “*teyakkuz*” halinde bulunması zorunludur (İmbrioscia/İsviçre,²⁴ Kasım 1993; Salduz/Türkiye,²⁷ Kasım 2008; Panovits/Kıbrıs, 11 Kasım 2008; Danyan/Türkiye, 13 Ekim 2009 gibi).

1.3.1 Müvekkil ile Görüşme ve İletişim

Müdafinin görevi, soruşturma evresinde yakalama ve gözaltına alma işlemleri sırasında başlar. Ancak, savunma, müvekkile erişildikten sonra strateji belirleme hazırlıklarına başlayabilecektir.

Müvekkilin özgür ya da gözaltında bulunması erişim konusunda farklılıklar göstermektedir. Özgür olan müvekkille avukatın temas kurması konusunda bir sorun yoktur. Kaçak olması, gizli yerlerde görüşme talebi avukat açısından suça katılma veya suça teşvik olarak kabul edilemez. Ancak kaçmayı önermesi veya bizzat gizlemesi hukuki tartışma konusu olabileceğinden dikkatli olmak gerekmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 154.ncü maddesi “*Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Sanık isnat edilen suçtan gözaltına alınmış ise özellikle fiili kısıtlamalardan dolayı erişim farklılık göstermektedir (CMK m. 90 vd.).

²⁰ 8. Ve 9. Bölümlere bkz.

1.3.1.1 Yakalanan Kişiy Erişim

Yakalama, suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına alınma işleminden önce özgürlüğünün hakim kararı olmaksızın geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasıdır (YGİY m. 4). Karşılaştırmalı hukukta ve doktrinde, yakalama, adli ve önleme yakalaması olarak iki ana başlıkta incelenmektedir. Genel sağlığın ve kamu düzeninin korunması için, suç işlenmiş olmasa bile jandarma veya polis “*muhafaza altına alma*” gibi, kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı tedbirler alabilir (2559 sayılı PSVK Madde 13). Muhafaza altına alma önleme amaçlı yakalamanın bir sonucudur ve adli yakalamanın sonucu olan “*gözaltı*”nın bir başka şeklidir. Ancak suç işlenmesini önlemek amacıyla yakalama Türk ceza yargılamasında kabul edilmemiştir.

“*Adli yakalama*” CMK’nun 90 ve 98.nci maddelerinde düzenlenmiştir.

CMK’nun 90.nci maddesi, yakalamanın koşullarını, yakalayan kişinin resmi sıfatı bulunmaması CMK m. 90/1) ve resmi sıfatı bulunmasına göre

(CMK m. 90/2) ayrı ayrı belirlemiştir. Kişiy suç işlerken rastlanması, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması durumunda, herkes yakalama yetkisine sahiptir. Tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmaması durumunda, kolluk görevlilerinin yakalama yetkileri söz konusu olmaktadır.

Adli yakalamanın bir başka şekli, kişinin yazılı emre dayalı olarak denetim altına alınmasıdır. CMK’nun 98. maddesi yakalama emri çıkarılması sebeplerini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre,

a) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir.

b) Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hak-

kında Cumhuriyet Savcılarını ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler.

c) Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir. Yakalama emrinde, kişinin açık eşkâli, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir.

! Her ne şekilde olursa olsun, yakalanan kişinin müdafii ile görüşmesi hiçbir şekilde engellenemez.

Yakalama işlemine karşı, müdafinin de serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimine başvuru hakkı vardır (CMK 91/4). Bu hakkın gereği gibi kullanılabilmesi açısından yakalanana erişim ve onunla görüşme önemlidir. Ancak haksız ve hukuka aykırı yakalama söz konusu değilse, bu başvuru şüpheli veya sanığın hakim önüne çıkarılmasını geciktirecektir. Özellikle yakalama koşullarının bulunup bulunmadığını en iyi bilecek durumda olan yakalananın kendisidir. Ayrıca yakalama tutanağı ve yakalama formunun incelenmesi de şarttır.

AİHM, muhtelif kararlarında avukatla şüpheli veya sanık arasındaki görüşme ve iletişim kısıtlamalarına değinmektedir (S/İsviçre, 12629/87, 28 Kasım 1991). Ancak, avukat ile görüşme konusunda ortaya çıkan kısıtlamaların AİHM önünde yapılacak başvurularda adil yargılanma ilkesinin ihlâli olarak gündeme getirilmesidir. Örnek olarak verilen S/İsviçre kararında AİHM, İsviçre Devletini AİHS'nin 6.3.c maddesinin *ihlâli* "*Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek*" olarak değerlendirmiş, başvuruda bu konuda bir talep olmaması nedeniyle 6.3.b maddesi bakımından ise "*Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmayı*" değerlendirmeye almamıştır.

1.3.1.2 Gözaltındaki Müvekkile Erişim

Gözaltına alma kararının nasıl ve hangi koşullarda verilebileceği CMK'nun 91.nci maddesinde belirtilmiştir.

Cumhuriyet Savcısı yakalanana serbest bırakma yetkisine sahiptir. Ancak yakalananın serbest bırakılması, soruşturmanın selameti ve delillerin toplanması bakımından tehlikeli görülebilir. Böyle bir durumda Cumhuriyet Savcısı, şüphelinin gözaltına alınmasına karar verebilir (CMK m. 91/1). Gözaltına alma bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığına bağlıdır (CMK m. 91/2)²¹ ve Cumhuriyet Savcısının yazılı kararı ile olur. Bir başka ifadeyle kolluk gözaltına alma kararı veremez.

Yol tutuklaması 6526 sayılı Kanunla kaldırıldığından, gözaltı süresi hiçbir şekilde 24 saati geçemez (CMK m. 91/1 ve CMK m. 94 (6526 sayılı Kanunla değişik)). Bu süre toplu suçlarda en çok üç gün daha uzatılabilir (CMK m. 91/3).

²¹ Gözaltına alma kararının koşullarından biri olan “makul şüphe”, CMK’nun 91 inci maddesinin 2. fıkrasında “kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı” şeklinde ifade edilmiş iken, “basit bir şüphle kişilerin gözaltına alınması, uygulamada pek çok mağduriyetlere ve hak ihlallerine yol açabildiği” gerekçesiyle söz konusu koşul, 6 Mart 2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunun 6. maddesi ile “kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı” şeklinde değiştirilmiştir.

AİHS m. 6/3 - c ile güvence altına alınan sanığın, “avukatın yardımından yararlanma hakkı” polis sorgusunun ilk aşamalarında “geçerli nedenlerle” bazı kısıtlamalara tabi tutulabilirse de AİHM, 25.1.1996 tarihli John Murray/Birleşik Krallık davasında “sanığın polis sorgusunun ilk aşamalarında avukata erişmesinin, savunma hakları açısından azami önem arz ettiğini” kaydetmiştir. AİHM, Brennan/Birleşik Krallık, 39846/98, 16 Ekim 2001 davasında, avukatla görüşmenin makul sebeplerle 48 saat geciktirilmesi halinde bu geciktirme kararına karşı yargı yolunun açık bulunduğunu, mevzuatın bağımsız ve düzenli bir biçimde denetiminin yapıldığını, İngiliz hükümetinin diğer uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmadığını ve olağanüstü durumda derhal hâkim önüne çıkarılma hakkının ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır. Bu ilke daha sonraki birçok kararda yer almıştır (*Salduz / Türkiye*, 27.11.2008, *Dayanan/Türkiye*, 13.10.2009, *Brusco/Fransa*, 14.10.2010).²² Salduz Kararında AİHM, bu hakkın kısıtlanmasına yönelik mecburi nedenler yoksa avukata erişimin, şüphelinin polis tarafından yürütülen ilk sorgusundan başlayarak

²² Gözaltında bulunan şüphelinin avukatın yardımından yararlanma hakkı ve bu hakkın ihlâl nedenleri hakkında AİHM tarafından verilmiş kararlar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Basın Birimi tarafından hazırlanmış “Bilgi Notu - Poliste Gözaltılar” 2011.

sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Salduz, poliste gözaltında iken avukatı bulunmadığı halde suçunu itiraf etmiştir. AİHM, başvuranın mahkemede bu iddiaları reddetme imkânına sahip olmasına karşın, emniyette gözaltında iken avukat desteği alamamasının özellikle reşit olmaması nedeniyle savunma haklarını telafi edilemez biçimde etkilediğini kaydetmiş ve AİHS m. 6/3-c’den ihlâl kararı vermiştir. Avukata erişim hakkı, şüphelinin kolluk tarafından ifadesinin alınması sırasında hem avukatının yanında bulunmak suretiyle gerekli hukuki yardımda bulunmasını hem de başkalarının duyamayacağı bir ortamda onunla görüşmesini kapsar.²³

Şunu da belirtelim ki, şüphelinin bu haktan özgür iradesiyle açık ve net bir biçimde feragat etmesi mümkündür. Bu takdirde 6/3-c’nin ihlâlinden söz edilemez (*Yoldaş / Türkiye*, 23.2.2010).

AİHM, muhtelif kararlarında avukatla şüpheli ve sanık arasındaki görüşme ve iletişim kısıtlamalarına değinmekte ve ihlâl kararları vermektedir. Ülkemizde de ilgilendiren *Öcalan/Türkiye* davası bu anlamda konuya yönelik önemli bir karar olarak karşımıza
23 Gözaltındaki kişinin hukuki yardımdan yararlanması konusunda ayrıntılı bilgiler için “Adli Yardım” kitabının ikinci bölümüne bkz.

za çıkmaktadır (*Öcalan/Türkiye* 46221/99, 12 Mart 2003; (*Adamkiewich/Polonya*, 54729/00, 4.10.2010).

Bu hak şüphelinin çocuk olduğu, kolluk tarafından ifadesinin alınması sırasında susma hakkının kullanılmamış olduğu veya buradaki ikrarının mahkûmiyeti-ne esas alındığı durumlarda ayrı bir önem kazanmaktadır. Bu gibi durumlarda AİHM, AİHS m. 6/3-c’nin ihlâl edildiğine karar vermektedir (Bkz. *Salduz/Türkiye*, *Brusco/Fransa*, *Dushka/Ukrayna*, 23.02.2011).

AİHM, bir davada başvuruçuların avukatlarıyla yaptıkları görüşmelerinin dinlenmesi nedeniyle İngiltere Devletinin sözleşmeyi ihlâl ettiği sonucuna varmıştır (*Campell ve Fell/Birleşik Krallık* 7819/77, 28 Haziran 1984). Benzer bir davada, hükümlünün avukatıyla görüşerek, kendisine iftirada bulunan gardiyana karşı açacağı hukuk davası için yönetmelik gereğince avukatla görüşmesinin izne tabi olması ve talep edilen iznin verilmemesi neticesinde avukatıyla görüşmemesi nedeniyle hukuk dava açamaması Sözleşmenin 6.1 maddesinin ihlâli olarak değerlendirilmiştir (*Golder/Birleşik Krallık* 4451/70, 21 Şubat 1975).

AİHM, muhtelif kararlarında şüpheli veya sanığın avukatla görüştürülmemesi konusundaki kısıtlama-

lar konusunda ihlâl kararı vermemiş, buna gerekçe olarak da, yapılan başvurularda bu konuda ihlâl kararı verilmesi yönünde bir talepte bulunulmamış olmasını göstermiştir. AİHM 06 Nisan 2000 tarihinde vermiş olduğu Labita/İtalya davasının kararında ise, avukatla yapılan yazışmanın cezaevi tarafından kontrol edildiğine yönelik davada, ihlâl in Sözleşmenin 6.3.c maddesine değil, 8.nci maddesine “yazışmanın gizliliği”ne dayandırmıştır. (*Mamaç ve Diğerleri/Türkiye*, 29486/95-20 Nisan 2004).

Görüldüğü üzere,

! AİHM kararlarına bir bütün olarak bakıldığında,

- a) Bazı davalarda avukat ile görüştürülmemenin kanıtlanamaması,
- b) Bazı davalarda avukat ile görüştürülmemenin nihai karara etkili olmadığına anlaşılmaması durumlarında ihlâl kararı verilmediği,
- c) Bazı davalarda ise avukat ile görüşmenin gizli bir şekilde yapılmaması durumunda ortaya çıkan ihlâl in adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS 6.ncı maddeye değil, yazışmaların gizliliği ilkesini düzenleyen 8.1 maddesine dayandırıldığı,

d) Birçok davada ise, avukatla görüştürülmemenin Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında bir ihlâl olarak ortaya konulduğu, görülmektedir.

1.3.1.3 Müvekkille yazışma

CMK m. 154/1. bendinin son cümlesindeki “*Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları da denetime tâbi tutulamaz*” hükmü şüpheli ile müdafii arasındaki iletişimi güvence altına almaktadır. Müdafinin, tutuklu olmayan şüpheli veya sanıkla görüşmesi ve yazışması her zaman mümkündür. Bu nedenle söz konusu hak, sanığın tutuklu olması halinde önem kazanır. Gerçekten de 5275 sayılı CGTİK m. 114/3’t e tutukluların yazılı haberleşmelerine ve telefonla görüşmelerine soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemesince kısıtlama getirilebileceği şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Ancak bu hükmün istisnasına aynı maddenin 5. fıkrasında yer verilmiştir. Bu hükme göre “*Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.*” Özellikle dosyada bulunan ifadeler, belge ve raporlar konusunda şüphelinin düşüncelerini öğrenmek bakımından savunmanın stratejisini tespiti sırasında ger-

çek bir ihtiyaca cevap vermektedir. AİHM kararları da bu doğrultudadır.²⁴

1.3.2 Bilgilere ve Delillere Erişim

CMK, soruşturma evresinin özelliklerinden dolayı, savunmanın delil toplaması için özel bir düzenleme yapmamıştır. Sadece “gizli” olan soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı’na aleyhte olan deliller gibi şüpheli lehindeki delilleri toplaması yükümlülüğünü getirmiştir (CMK m. 160/2). Ancak bu durum gerek sorgu sırasında doğrudan sanık/şüpheli tarafından (CMK m. 147/1.f) gerekse ondan bağımsız olarak müdafinin bu evrede delil toplama talebinde bulunmasına engel değildir. Söz konusu kurala aykırı davranılması, kovuşturma evresinde giderilmediği takdirde, savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelecek ve “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlâli sayılacaktır.²⁵ Bilgilere ve delillere erişim, dava dosyasına erişimi ve delillere erişimi kapsar.

²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için “Adli Yardım” kitabının 3.Bölümüne Bkz.

²⁵ Avukatın belge ve delil inceleme ve yazışma yetkileri hakkında “Adli Yardım” kitabının 3. Bölümüne bkz.

1.3.2.1 Dava Dosyasına Erişim

Eski 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu 143.ncü maddesinde “*Müdafî hazırlık evraki ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakin bir suretini harçsız alma hakkına sahiptir. Müdafîin hazırlık evrakını incelemesi veya hazırlık evrakından suret alması hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh hâkimi kararıyla hazırlık soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Müdafîin dosyayı inceleme yetkisi, 5271 sayılı CMK’nun 153. maddesinin birinci fıkrasıyla “*Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.*” şeklinde düzenlenmiş, ikinci fıkrada ise incelemenin kısıtlanması sebepleri ile kısıtlamaya karar verecek merci gösterilmişti. Bu fıkra hükmüne göre müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla kısıtlanabilecektir. Maddenin 3. fıkrasında, “*Yakalanan kişinin veya şüphelinin*

ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adi geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında ikici fıkra hükmü uygulanmaz” denilmek suretiyle söz konusu tutanak ve işlemlerle ilgili olarak kısıtlama kararı verilemeyeceği hüküm altına alınmıştı. Madde- nin 4. fıkrasında ise müdafii, ancak iddianamenin kabul edilmesinden sonra delilleri inceleyebileceği belirtilmişti. Gerek müdafii dosyayı inceleme hakkının sulh ceza hâkimince kısıtlanması gerekse iddianamenin kabulüne kadar müdafii delilleri inceleyememesi silahların eşitliği ilkesine aykırı bir düzenleme idi. Hâlbuki iddia ve savunma makamlarının eşit haklardan yararlanmaları, taraflardan birine tanınan hakların, diğerine de aynen tanınması adil yargılanma hakkının ve bu hakkın vazgeçilmez unsurlarından biri olan savunma hakkının gerçekten hakkıyla yapılmasının zorunlu bir ilkesinin gereğidir. Buna karşılık müdafii dosya içeriğini incelemesinin engellenmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir.

Özetle, avukatın dosyaya erişim hakkı, ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesinin de bir sonucudur. İddia makamının dosya içeriğindeki her şeyi

bilmesine rağmen, savunma makamının dosyaya çok sonra vakıf olabilmesi kabul edilebilir değildir.

! Bu nedenle, 153. maddenin 2’nci, 3’üncü ve 4’üncü fıkraları, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunun 19’uncu maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve böylece sulh ceza hâkiminin kısıtlama yetkisi, 6526 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 6 Mart 2014 tarihinden itibaren sona ermiş bulunmaktadır. Ayrıca avukatın emanette bulunan delilleri incelemesine de engel olunamayacaktır.

Bu değişikliğin gerçekleşmesinde Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve 16 Ekim 2013 günü yayınlanan *2013 Türkiye İlerleme Raporu’nun*, etkili olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu Raporun 48.nci sayfasında şu ifadeler yer verilmektedir: “*Hâkimler, savcılar ve savunma tarafı ile ilgili olarak adliyelerde ve duruşmalar esnasındaki uygulamaya yönelik düzenlemeler, ‘silahların eşitliği’ ilkesine saygı duyulmasını veya bu ilkenin var olduğu algısını güvence altına almamaktadır. Bu durum, hâkimlerin tarafsızlığına ilişkin algıyı gölgelemeye devam etmektedir.*”

Raporda ayrıca avukatın dosyaya erişimi konusunda aşağıdaki çarpıcı tespite yer vermektedir. “*Türk ceza adalet sistemine ilişkin mevzuata ve adli uygulamaya ilişkin endişeler devam etmiştir. Bu hususa ilişkin olarak, savcılarının soruşturmayı yürütme konusundaki yetkinliği, polislin topladığı delilleri filtreleme kapasitesi, savunma makamının savcılık dosyalarına kısıtlı erişimi, duruşmalarda çapraz sorgulamanın düzgün bir şekilde yürütülmemesi ve iddianamelerde gerekçelerin yetersizliği etkili bir savunma önünde yer alan engeller olarak eleştirilmiştir.*”²⁶

Şüpheli müdafinin soruşturma evresinde dosyaya erişiminin, yargılamanın diğer aşamalarında da büyük bir kolaylıklar sağlayabileceğinde şüphe yoktur. Bu doğrultuda, ihbar veya şikâyeti yapan şahıslar ile mağdurların ve tanıkların kimliği, delillerin niteliği, lehte delil olup olmadığı, telefon konuşmaları ile HTS kayıtları, tape’lerin içeriği, el konulan dijital materyalin “hash” değerlerinin tespiti ve benzeri delillerin incelenebilmesi son derece önemli veriler olarak elde edilmiş olacaktır. Dosyaya erişim, birçok durumda, sanığın tu-

tuklanmasını engelleyebilmek gibi hayati sonuçlar doğurabilecektir.

Dosyanın avukatın erişimine açılmamasının sözleşme kapsamında adil yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirilmesi gerekmekte ise de AİHM, Tanış ve Diğerleri/Türkiye davasında ilginç bir karar vermiştir (Tanış ve Diğerleri/Türkiye, 65899/01, 02.08.2005). Davada, Başvurucular yakınlarının başına ne geldiğini öğrenmek için girişimlerde bulunmuşlar, resmi makamlardan birçok kez bilgi istemişlerdir. AİHM’nin tespitine göre, şikâyetler üzerine yapılan soruşturma yavaş ve etkisizdir. Yerel mahkeme tarafından alınan gizlilik kararı nedeniyle Başvurucular soruşturma dosyasındaki belgelere ulaşma imkânına sahip olamamış ve soruşturmanın işleyişine aktif olarak katılamamışlardır. Mahkeme, başvurucuların yakınlarının akıbetleriyle ilgili kaygılarının karar tarihine kadar sürdüğünü, Başvurucuların kişisel olarak insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kaldıklarını belirterek Sözleşmenin 3.ncü maddesinin ihlâli kararı vermiştir.

²⁶ Türkiye İlerleme Raporu, 16 Ekim 2013, Sayfa 47

AİHM, bir diğer kararında, avukatın dosyaya erişim imkânının da aralarında sayıldığı bir çok gerekçeyle ihlâl kararı vermiş, ancak ihlâl gerekçesini sözleşmenin 5.4.ncü maddesine dayandırmıştır (Wloch/Polonya, 27785/95, 19.10.2000).

Şüpheli veya müdafinin dosyayı incelemesi Kalem Yönetmeliğinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik hükümlerine göre Cumhuriyet Başsavcılığı ve mahkemelerin kayıt, dosyalama, saklama ve arşivleme ile entegrasyonu sağlanmış ise dış birimlerle yapılacak bütün işlemler UYAP ortamında gerçekleştirilir.

Yönetmelik hükümlerine göre şüpheli ve müdafii, soruşturma evresinde, bu şekilde elektronik ortamda oluşturulup saklanan dosya içeriğini, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet Savcısının belirleyeceği personel huzurunda kalemde veya ön büroda inceleyebilir (m. 54/7). İsteddiği belgelerin bir örneğini fiziki ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir. İster sadece inceleme yapılsın, ister örnek alınsın yapılan işlemle ilgili olarak

“*inceleme*” veya “*belge örneği alma*” tutanağı düzenlenir. Bu tutanak/ lar dosyayı inceleyen ya da belge örneği alan ile işleme nezaret eden görevli tarafından imzalandıktan sonra taranarak UYAP’a aktarılır (Kalem Yön. m. 54).

Kovuşurma evresinde dava dosyasının elektronik ortamda incelenmesi ve dosyadan örnek alınması, aynı usule tabidir. Ayrıca müdafii veya vekil, Avukat Bilgi Sistemi vasıtasıyla UYAP üzerinden dava dosyalarını inceleyebilir ve örnek alabilir. Elektronik imza sahibi olmak koşuluyla “Vatandaş ve Kurum Bilgi Sistemi” vasıtasıyla UYAP üzerinden tarafı olduğu kovuşturma dosyasına ait evrakı inceleyebilir ve örnek alabilir. Elektronik imza sahibi olmayan mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören, katılan ve sanık ise sadece dava ve işlemlerin kapak bilgilerine (Kalem Yön. m. 4/g), ulaşabilir.

Yönetmeliğin 54/3 üncü maddesinde yer alan, şüpheli veya müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alma yetkisinin, Cumhuriyet Savcısının istemi ve ilgili hakimın kararıyla kısıtlanabileceğine ilişkin düzenleme varlığını korumakta ise de, Kanunda yer almayan yönetmelik hükmüne

dayanılarak kısıtlama kararı verilemeyeceğinde, buna rağmen verilecek kısıtlama kararının haksız bir fiil oluşturacağında duraksama yaşanmamalıdır. Soruşturma evresinde yapılacak incelemenin, kapsamlı dosyalarda, fiziki veya elektronik ortamda örnek almak suretiyle yapılması, kanaatimizce hem müdafiyeye kolaylık sağlayacak hem de soruşturmanın gecikmesi gibi bir bahaneyeye sınımlanmasının önüne geçilmiş olacaktır.

1.3.2.2 Dava Dosyası Dışındaki Belgelere Erişim

! “Savunma stratejisinin belirlenmesi” evresinde, savunma, dosya ile sınırlı kalamayacaktır. Bu durumda dosya dışında bırakılan, dosya içeriğine dâhil edilemeyen veya edilmeyen bilgi, belge ve olayları da araştırma ve erişim zorunluluğu ortaya çıkacaktır.

! Müdafiyede bulunmayan ve dosyaya dâhil edilmesini istediği bilgi, belge ve raporları ya Cumhuriyet Savcısı ve mahkeme vasıtasıyla temin etmeye çalışacak, ya da Avukatlık Kanunu ile 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’nun tanımış olduğu yetki ve haklara dayanarak kendisi toplayacaktır.

Avukatlık Kanunu’nun 2. maddesinin son fıkrası şu hükmü içermektedir: *“Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve avukatlara görevlerini yerine getirmesinde yardımcı olmak zordur. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır.”*

Bu bağlamda avukata yardımcı olabilecek bir başka kanun, koşulları bulunduğu hallerde 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunudur.

Diğer yandan savunma açısından önemi bulunduğu ve savcılık veya mahkeme tarafından tespitinden kaçınılan, savunma için yararlı olabilecek suç yeri, suç aleti ve olayla ilgili ve ilişkili akla gelebilecek kişi, hayvan ve maddenin görseli hazırlanabilir, savcılığa veya mahkemeye bir dilekçe ile sunulabilir.

K/12 SORUŞTURMA EVRESİNDE MÜDAFI İÇİN KONTROL LİSTESİ

Kanun	Madde	Konu	İncelenecek Konu	Yapılacak İşlem
4483	2	Soruşturma İzni	Müvekkiliniz şüpheli kamu görevlisi ve suç görev suçu ise, soruşturma izni alınmış mıdır?	Soruşturma izni alınmamış olmasına itiraz ediniz.
4483	2	Soruşturma İzni	Müvekkiliniz şüpheli kamu görevlisi ve suç görev suçu ise, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali mevcut mudur?	Suçüstü hali yoksa soruşturma izni alınmamış olmasına itiraz ediniz.
4483	4	İhbarcı Kimliği	Müvekkilimiz kamu görevlisi şüpheli hakkında yapılan ihbar ve şikâyet, şikâyet edenin kimlik bilgileri belli mi?	İhbarcının kimlik bilgileri belli değilse, itiraz ediniz.
5271	3	Görev	Şüpheli asker kişi ve suç da askeri görev ve hizmete ilişkin midir?	Görev itirazında bulununuz.
5271	12-161	Yetki	Soruşturma işlemlerinin yapıldığı yer savcılığı, suçun işlendiği yer savcılığı mıdır?	Genel yetki itirazında bulununuz. (Dikkat: Yetki itirazı süreye tabi olduğundan, ivedilikle yapılmalıdır.)
5271	43	Tanıklık	Soruşturma aşamasında dinlenmesini talep ettiğiniz tanıklar mevcut mu?	Tanık dinletme talebinde bulununuz.
5271	63	Bilirkişi	Soruşturma aşamasında bilirkişi incelemesine gerek olup olmadığını değerlendirin.	Dosyanın bilirkişiye gönderilmesini sağlayınız.

Kanun	Madde	Konu	İncelenecek Konu	Yapılacak İşlem
5271	64	Bilirkişi	Bilirkişi İl Adalet Komisyonu tarafından belirlenmiş ve yemin eksikliği giderilmiş midir?	Gerekirse, yeni Bilirkişi talebinde bulununuz.
5271	67	Uzman	Soruşturma dosyasına uzman mütalaası koymak, şüpheli lehinde hüküm doğurabilir mi?	Uzman mütalaası alın, dosyaya sununuz.
5271	69	Bilirkişi	Bilirkişiyi ret gerekçeleri var mı?	Gerekirse, Bilirkişiyi reddediniz.
5271	84	Keşif	Soruşturma aşamasında keşif yapılması şüpheli lehinde olabilir mi?	Keşif talep ediniz.
5271	90	Yakalama	Suçüstü hali veya gecikmesinde sakınca bulunan bir durum söz konusu mu?	Yakalamaya itiraz ediniz.
5271/6526	91	Gözaltı	Şüpheli gözaltına alınmış mıdır?	Gözaltı kararına itiraz ediniz.
5271	91	Gözaltı	Gözaltı süresi yol hariç 36 saatten fazla mı? Bu süre Cumhuriyet Savcısı tarafından yazılı emir ile uzatılmamış mıdır?	Gözaltındaki şüphelinin derhal salıverilmesini önce Savcılıktan, kabul edilmez ise Sulh Ceza Mahkemesinden talep ediniz.
5271	98	Yakalama Emri	Yakalama emrinin koşulları gerçekleşmiş midir? (98/1,3) Yakalama emri hâkim kararı ile verilmiş midir? (istisna 98/2)	Koşulları gerçekleşmemişse veya Hâkim kararı yoksa ve suçüstü hali de yoksa yakalama kararına itiraz ediniz.

Kanun	Madde	Konu	İncelenecek Konu	Yapılacak İşlem
5271/6526	100	Tutuklama	Şüphelinin eylemi katalog suç mu?	Tutuklama kararına her durumda CMK 268 gereğince itiraz edin. Gerekirse Adli Kontrol tedbiri uygulanmasını talep edin. İtirazınız reddedilirse, bu karar kesin olduğundan doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurabileceğinizi biliniz.
5271	103-104	Tutuklama	Tutukluluk hali devam ediyor mu? 6526 sayılı kanunun 8 madesi ile 100.maddede yapılan “somut delil” durumu incelenmiş mi?	Cumhuriyet Savcısına tutukluluk halini re’sen sonlandırmasını talep edin. Soruşturma ve kovuşturma aşamasının her safhasında tutuklamaya itiraz ediniz.
5271	108	Tutukluluk İncelemesi	Aylık tutukluluk incelemesi yapılıyor mu?6526 sayılı yasa nazara alınıyor mu?	Tutukluluk incelemesinden birkaç gün önce, dosyaya yazılı ve gerekçeli olarak tahliye talebi sununuz.
5271	109	Adli Kontrol	Adli Kontrol uygulanıyor mu? Uygulanan adli kontrol tedbiri uygulanabilir nitelikte mi ve birden fazla mı?	CMK 111 ve CMK 268 gereğince itiraz edin. Adli kontrol tedbirlerinin kaldırılmasını veya en aza indirilmesini talep ediniz.
5271/6526	118	Arama	Mahkemeden arama kararı alınmış mı? Şüpheli ev veya işyerinde yapılan aramada, suçüstü veya gecikmesinde sakınca olmayan hal olmasına rağmen, gece arama yapılmış mıdır? 6526 sayılı yasayla 116 maddede aranılan “somut delillere dayalı kuvvetli” şüphe unsuru araştırılmış mı? Aramada şekil şartlarına uyulmuş mu?	Arama kararına itiraz ediniz.
5271	119	Arama	Konutta, işyerinde veya kamuya açık olmayan alanda yapılan aramalar hâkim kararı verilmeksizin mi icra edilmiştir?	İtiraz ediniz.

Kanun	Madde	Konu	İncelenecek Konu	Yapılacak İşlem
5271	119	Arama Emri	Arama kararı ya da emrinde belirtilen eşya veya mahal dışında bir şey veya yer mi aranıyor?	İtiraz ediniz.
5271	119	Arama	Aranılacak yere, kontrol edemeyeceğiniz kadar çok kolluk görevlisi mi giriyor?	İtiraz ediniz. Hareketlerini kontrol edemeyeceğiniz sayıda kolluk görevlisi varsa, arama mahallini terk etmesini talep ediniz.
5271	119	Arama	Arama mahallinde kamera kaydı yapılıyor mu?	Kamera ile çekim talep ediniz.
5271	120	Arama	Şüpheli arama mahallinde hazır mı?	Yasada belirtilen kişilerin arama mahallinde bulunmasını sağlayınız.
5271	121	Arama Tutanağı	Tutanak düzenleniyor mu? (Tarih ile başlama ve sona erme saati yazılması zorunlu. 6526 Değişikliği)	Saatler, aramanın gece mi gündüz mü yapıldığını tespit bakımından önemli. Tutanağı dikkatlice okuyun, itirazlarınızı “müdafî şerhi” şeklinde tutanağa geçiriniz.
5271	122	Arama Belgeleri	Kolluk arama sonunda elde edilen belge ve bilgileri inceliyor mu?	İtiraz ediniz, bu inceleme yetkisi hâkim ve savcıya aittir.
5271/6526	127	El Koyma	El koyma kararı hâkim tarafından mı verilmiştir?	İtiraz ediniz.
5271	127	El Koyma	Hâkim kararı olmadan icra edilen el koyma işlemlerinde 24 saat içinde hâkim kararı alınmış mıdır?	İtiraz ediniz, el konulan malzemelerin iadesini talep ediniz.

Kanun	Madde	Konu	İncelenecek Konu	Yapılacak İşlem
5271	127	El Koyma	Askeri mahallerde yapılacak el koyma işlemlerinde görevlendirilmiş midir?	İtiraz ediniz.
5271	128	Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma	6526 sayılı kanunla getirilen “somut delillere dayanan “ kuvvetli şüphe araştırılmış mı? Karar nisabı uygun mu? Resmi kurumlardan rapor alınmış mı?	İtiraz ediniz.
5271	130	Avukat Bürosu	Avukat Bürosunda yapılacak olan arama ve el koyma işlemi için Cumhuriyet Savcısı ve Baro Başkanı hazır mıdır?	İtiraz ediniz.
5271/6526	134	Bilgisayarda Arama ve El Koyma	Koşulları ve karar nisabını 6526 değişikliğini dikkate alarak değerlendiriniz. El Koyma işlemi esnasında, imaj alınmış ve hash değerleri tespit edilmiş midir? İmaj kopyası verilmiş midir? (6526 değişikliği ile zorunlu)	İtiraz ediniz. İmaj kopyası talep edin. Verilmiyor ise, hukuka aykırı delil olduğunu belirterek, arama ve el koyma tutanaklarına şerh yazınız.
5271/6526	135	İletişimin Tespiti	Hâkim kararı mevcut mudur? Gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle savcı tarafından talep edilmiş ise, 24 saat içinde hâkim onayına sunulmuş mudur?	İtiraz ediniz.
5271	135	İletişimin Tespiti	Dinleme ve uzatma süreleri 6526 ile yeniden düzenlendi. Koşullar, süre ve karar merci ve karar nisabını inceleyiniz. Süreler uygun mudur?	İtiraz ediniz.
5271	135	İletişimin Tespiti	CMK 135/6’da belirtilen suçlar için dinleme kararı verilebilir (6526 değişikliğine dikkat). Suç maddeleri uygun mudur?	İtiraz ediniz.
5271/6526	139	Gizli Soruşturmacı	Gizli soruşturmacının görevlendirmesinde CMK 139/7(a)’daki suçlara dayanılmakta mıdır? 6526 değişikliğini dikkate alınız.	İtiraz ediniz.

Kanun	Madde	Konu	İncelenecek Konu	Yapılacak İşlem
5271/6526	140	Teknik Araçlarla İzleme	Katalog suçların işlendiği konusunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe var mı? Başka suretle delil elde edilebilir mi? Başka suretle delil elde edilebiliyorsa, Teknik araçlarla izleme kararı verilemez.	İtiraz ediniz.
5271	140	Teknik Araçlarla İzleme	Tedbirin uygulanması bakımından isnat olunan suç maddeleri CMK 140(a) ile uyumlu mu? (6526 değişikliğine dikkat ediniz)	İtiraz ediniz.
5271	146	Zorla getirme	Tutuklama nedeni veya yakalama kararı düzenlenmesini gerektirmeyen bir durum olmasına rağmen, zorla getirme kararı verilmiş midir? Bu durumda daha önce m. 145'e göre çağrılmış mı?	İtiraz ediniz.
5271	147	Sorgu Usulü	Şüpheliye yüklenen suç anlatılmış mıdır? (Genel olarak, şüpheliye isnat edilen suç tutanağa geçmez. Tutanakta sadece "SORULDU" yazılır.) ¹	İtiraz ediniz.
5271	147	Sorgu Usulü	Şüpheliye yasal hakları hatırlatılmış mıdır? (Bu haklar matbu olarak tutanakta bulunur, ancak unutmayın ki hiçbir zaman hatırlatılmaz.)	İtiraz ediniz.
5271	147	Sorgu Usulü	Sorgu ne kadar sürmüştür? Unutmayın ki, ara vermeksizin çok uzun süreli sorguların 148 kapsamında yorma sayılabilir.	İtiraz ediniz ve tutanağa şerh koyunuz.
5271	148	Sorgu Usulü	Şüpheliye bir vaat temin edilmekte midir? Susma hakkı hatırlatılmakta mıdır?	İtiraz edin, gerekirse tutanağa şerh yazınız.
5271	148	Sorgu Usulü	Yasak usuller (yorma, psikolojik baskı..vb) kullanılmış mıdır?	İtiraz edin, gerekirse tutanağa şerh yazınız.

Kanun	Madde	Konu	İncelenecek Konu	Yapılacak İşlem
5271	148-154	Sorgu Usulü	Sorgu öncesinde şüpheli ile müdafinin kimse- nin olmadığı bir yerde karşılıklı görüşmesine izin verilmiş midir?	İtiraz edin, gerekirse tutanağa şerh ya- zınız.
5271	147	Sorgu Usulü	Sorgu tutanağında daha sonra yanlış anlaşılma- ya yönelik olabilecek ifadeler mevcut mudur?	Tutanağı iyice okumadan imzalamayın, gerekirse imzadan imtina edin. İmtina gerekçesini yazınız.
5271	153	Gizlilik Kararı	Gizlilik kararı verilemez (6526 değişikliği)	Buna rağmen dosyaya ulaşamıyorsanız, dilekçenize, cevap yazmasını Cumhuriyet Savcısı'ndan isteyiniz. Gerekirse HSYK ve Adalet Bakanlığı'na şikâyet dilekçesi gönderiniz.
5271	158	İhbar ve şikâ- yet	İhbar veya şikâyet yazılı ve tutanağa geçirtil- mek suretiyle sözlü olarak yapılmış mıdır?	İtiraz ediniz.
5271	158	İhbar ve şikâ- yet	Suç şikâyete bağlı ise, 6 aylık zaman aşımı geçmiş midir?	İtiraz ediniz.
5271	163	Sulh Ceza Hâkimi	Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı durumlarda, kolluk Sulh Ceza Hâkimine haber vermeksizin, kendi tasarrufu ile usulü işlemler yapmış mıdır?	İtiraz ediniz.
5271	169	Tutanak	Soruşturma evresi tutanakları işlemin yerini, tarihi, başlama ve bitiş saatlerini gösteriyor mu? (6526/m. 16)	Tutanağa şerh koyunuz. Hazır bulunma- dıysanız, savunmada veya kanun yolu veya bireysel başvurularda kullanınız.
5271	170-174	İddianame	İddianamede CMK 170/3'de belirtilen tüm hususlar (suçun işlendiği yer ve zaman, ilgili kanun ve sevk maddeleri, deliller.vb) yer almakta mıdır?	Yasal olarak iddianamenin iadesini talep hakkınız yoksa da, iade edilmesi gerekti- ğini belirterek mahkemeye başvurmanıza bir engel yoktur. Bunu hatırlatınız.

Kanun	Madde	Konu	İncelenecek Konu	Yapılacak İşlem
5271	176	İddianamenin Tebliği	İddianame santğa tebliğ edilmiş midir? (Birçok davada iddianame CD/DVD ortamında tebliğ edilmektedir.)	İddianamenin basılı ortamda tebliğini talep ediniz. CD/DVD Ortamında tebliğ edilen iddianameyi usulüne uygun tebliğ edilmesini talep ediniz. Şüpheli, bilgisayar sahibi veya bilgisayar okur/yazarı olmak zorunda değildir.
5271	175	İddianamenin Kabulü	İddianame kabul sürecinde şüpheli tutuklu veya Adli Kontrol kararı uygulanmakta mıdır?	Tensip aşamasında tahliye talebinde bulununuz. Delillerin toplanmış olmasına dayanarak, adli kontrol kararının da kaldırılmasını talep ediniz.
5271	176	İddianamenin Tebliği	İddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en az 7 gün süre var mı? 7 günlük süre yeterli mi?	İtiraz edin. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gereğince, şüphelinin savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olması gerektiğini hatırlatınız. Süre talebinde bulununuz.
5271	176	İddianamenin Tebliği	İddianame müdafiyeye de tebliğ edilmiş midir?	İtiraz ediniz.
5271	177	Tanıklar	Lehinizde beyanda bulunabilecek tanıklar var mı? Uzman raporu önem taşıyor mu?	Duruşmadan 5 gün önce tanık listesini sununuz. Uzman raporu almız. Tanıklara baskı yapıma veya onları etkileme ihtimali yüksek ise, bunları duruşmaya doğrudan getiriniz. Mahkeme bunları dinlemek zorundadır (m. 178).

1.4 Savunma Stratejisinin Belirlenmesi

Bir davanın stratejisi bilimsel hukukla, dava konusu olayın temel olgularının özetlenmesinden oluşur. Bunun için öncelikle maddi hukuk kurallarının incelenmesi, taranması ve olaya en yakın ve sanık lehine olabilecek kuralların ön plana çıkarılması gerekmektedir.

Ceza yargılama hukuku açısından her dava için bir “strateji tespiti” düşünülemez. İdari para cezaları, kabahatler gibi ceza davaları için ancak taktik girişimler, ataklar ve günlük hatta anlık karşı koymalar/savunmalar söz konusu olabilecektir. AİHM, 6. maddede sınırlı bir hakkı ihdas ederken, neyin adil yargılama kapsamına girdiğini tek başına değiştirmeyen bir ilke ile belirlenemeyeceğine, zorunlu olarak belirli bir davanın koşullarına bağlı olduğuna karar vermiştir.²⁷ Bunun sonucu olarak pek çok kez 6. madde altında “hakların özü” testi olarak da bilinen kendine özgü bir ölçülülük testi uygulanagelmektedir. Daha “ciddi” suçların soruşturulması sırasında uygulanacak kurallardan farklı olarak “basit” suçlarda daha düşük seviyede koruma

düşünülmektedir (O’Hallorun ve Francis/Birleşik Krallık, 29 Haziran 2007; Foucher/Fransa, 18 Mart 1997; Menet/Fransa, 14 Haziran 2005 gibi).

Avukat stratejisini belirlerken, göz önüne alması gereken temel ilke çağdaş ceza hukukunun vurguladığı “masum kişinin ceza almasının önlenmesi” ilkesidir. Böylece avukatın ilk görevi “masum” kişinin ceza almamasına yönelik bir değerlendirme yapmak olmalıdır. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi maksadıyla, avukatın yapacağı ilk faaliyetler ise öncelikle müvekkili ile görüşme, ardından dosyaya erişim, delillerin niteliğini analiz ve son olarak da modern ceza hukuku kavramları ışığında davanın doğru bir şekilde yorumlanmasıdır. AİHM, AİHS’nin 6/2 maddesi tarafından benimsenen masumiyet karinesi ilkesinin adil yargılanma unsurları arasında yer aldığını bunun ceza yargılaması bakımından bir güvenceyle sınırlı olmadığını hatırlatarak uygulama alanının daha geniş olduğunu ve hiçbir devlet temsilcisinin bir kişinin suçunun mahkeme tarafından tespit edilmedikçe suçlu olduğunu ilan edemeyeceğini belirtmektedir (Bkz, Allenet de Ribemont-Fransa kararı).

²⁷ Vitkauskas/Dikov.,s.10

Avukat, suçun işlenmesinden sonra, isnat altında bulunan şüpheli/sanık veya yakınlarının başvurusu üzerine savunma üzerinde düşünmeye başlayacaktır. İlk yapılacak iş, dava konusu olabilecek eylem veya eylemleri anlamak ve savunma açısından eksik ve araştırılması gereken yönlerini saptamaya çalışmak olmalıdır. Bundan sonra kaynakları tespit etmek ve tüketmek yani eylemler konusunda ceza kanunu hükümleri, mahkeme içtihatları, bilimsel görüşler ve avukatın daha önce benzer davalar hakkında oluşmuş bilgi ve deneyimlerini gözden geçirmesi olmalıdır. Bu düşünme, inceleme ve çeşitli olasılıklara göre fikir üretme uluslararası alandaki başvuruya kadar devam edecek süreci kapsmalıdır. Unutmamak gerekir ki, davalar avukatın karşı taraftan, savcıdan, hâkimden daha iyi çalışması ve daha iyi düşünmesinden dolayı kazanılabilir.

Herhangi bir suç işlendiği hakkında Cumhuriyet Savcısına bilgi ulaşmasından hemen sonra kolluk Cumhuriyet Savcısının bilgi ve yönlendirmesiyle, zaman zaman hâkim kararlarına da dayanarak delil toplamaya başlayacaktır. Kural olarak Cumhuriyet Savcısı şüpheli/sanık aleyhine olan delillerle

birlikte lehine olan delilleri de toplamak zorundadır (CMK m. 160/2). Bunun uygulamaya nasıl yansıdığı veya yansıyabileceği dosyalarda inceleme yapıldığında anlaşılabilir.

Cumhuriyet Savcısının ilk başvuracağı işlemlerden biri şüpheli/sanığın ifadesini almaktır (CMK m. değişik 94 ve 147). 6526 sayılı kanunla 94.maddede yapılan değişiklikle yakalanan kişi, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkeme huzurunda çıkarılamıyorsa, sesli ve görüntülü iletişim sistemi ile ifadesi alınabilecektir.²⁸ İfade alma, “*şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi*”dir (CMK m. 2/1.g).²⁹ Sanık ya yakalanmış ve gözaltına alınmıştır (CMK m. 90 vd.), ya da ifade ve sorgu için çağrılacaktır (CMK m. 145 vd.). Tanık dinlenmesi olayın hemen arkasından olabileceği gibi daha sonraki aşamalarda da olabilir. Olay yerinde keşif yapmak ve

28 20.09.2011 günlü Resmi Gazete’de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Ses Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması hakkında Yönetmelik (SES-GİP) ile, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde Cumhuriyet Savcısı, yargıç ya da mahkemece dinlenilmesine gerek görülen kişilerin Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi kullanılarak dinlenilmesi, kayda alınması, saklanması ile bunun için gerekli teknik altyapının kurulmasına ilişkin esaslar belirlenmiştir.

29 İfade alma ve sorgu konusunda ayrıntılı bilgi için “Avukatın Soru Sorması” ve “Adli Yardım” başlıklı kitaplara bkz

keşif sırasında çözümleri uzmanlık gerektiren, özel veya teknik bilgiye gereksinime olan konularda bilirkişi de dinlenebilecektir. Gözlem altına alma, tıbbi muayene ve otopsi işlemleri de bu arada yapılabilecektir.

Bunların arkasından veya bu işlemlerle birlikte şüpheli/sanığın yakalanması ve gözaltına alınması söz konusu olabilir. Sanığın ifadesinin alınması aşamasında bazı hallerde zorunlu olarak avukat bulunacak, bazı hallerde de sanığın istemi üzerine yanında avukat bulundurulması sağlanacaktır (CMK m. 150).

Diğer yandan yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphe³⁰ varsa şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler ile bilgisayarlarda arama yapılabilecektir. Koşulları gerçekleşmiş olmak kaydıyla suçla ilişkili eşyaya el konabilecektir. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve

30 CMK'nun 116. maddesine göre şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde arama yapılması, şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda "makul şüphe" bulunmasına bağlı idi. Bu hüküm "şüpheli ve sanıkların temel hak ve özgürlüklerinin korunması için önemli bir güvence sağlanması amacıyla 6526 sayılı Kanununun 9. maddesiyle, şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde arama yapılması, "somut delillere dayalı kuvvetli şüphe" bulunması koşuluna bağlanmıştır.

kayda alınması işlemlerine başvurulabilecektir. Suçun işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunmasına karşın yukarıda yazılan yollarla delil elde edilemiyorsa, belirli suçlarla sınırlı olarak gizli soruşturmacı görevlendirilecek, teknik araçlarla izleme yapılacaktır. Söz konusu işlemleri düzenleyen 128'inci, 135'inci, 139'uncu ve 140'ncü maddelerde 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce, söz konusu tedbirlere karar verilebilmesi için bir suçun işlendiği hususunda "kuvvetli şüphe" sebeplerinin varlığı aranmakta idi. Bir başka ifadeyle 'kuvvetli şüphe'nin mutlaka delile dayanması gerekmiyordu. Yapılan değişiklikle, "somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" şart koşulmuştur. Ayrıca söz konusu işlemlerden, bilgisayar ve bilgisayar kütüklerinde arama ile mobil telefonun tespiti dışında kalan işlem ve tedbire ağır ceza mahkemelerince ve oybirliğiyle karar verilmesi esası getirilmiştir. Böylece kuvvetli şüphenin somut delile dayanmaması halinde, söz konusu işlem ve tedbirlere karar verilmesi engellenmek suretiyle "kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti gibi temel insan hak ve özgürlüklerinin daha güvenceli hale getirilmesi amaçlanmıştır."³¹

31 Bu konuda 6526 sayılı Kanunun madde gerekçelerine bakınız (Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı:4,Sıra Sayısı: 560).

! Savunma stratejisinin birinci ayağı, bu işlemlerin tümünün yasada öngörülen koşullarda yapılması, delillerin hukuka uygun, yasadaki düzenlemeye uyularak elde edilmesidir. Savunma bunu sağlamaya, sağlayamadığı takdirde ileriki aşamalarda dile getirmek için tespit etmeye ve delillendirmeye odaklanmalıdır.

Adil yargılanma hakkı hem uluslararası sözleşmelerde (İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m. 8-11; AİHS.m. 6) hem de Anayasamızda (AY m. 10, 12, 15, 17, 36, 37, 38) vurgulanırken, savunma hakkının temel bir insan hakkı olduğu belirtilmektedir. Müdafî savunma faaliyetini icra ederken, üzerine düşen sorumluluğu iyi şekilde yerine getirmek için, soruşturma ve kovuşturma evrelerini de kapsayacak şekilde savunma için en uygun stratejiyi oluşturmak zorundadır. Avukat tarafından belirlenecek bu strateji, davanın doğru şekilde yönlendirilmesinde ve ister şüpheli veya sanık, ister mağdur veya müşteki olsun müvekkilin yasal hak ve menfaatlerinin korunmasında etkin olacaktır.

Avukatın amacı, davasını kazanmaktır. Ancak, bir avukatın görevi yargılanmakta olan şüpheli/sanık veya yargılama faaliyetine neden olan şikâyetçi/

mağdur olan müvekkilin hak ve menfaatlerini adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı şekilde sonuna kadar korumak olmamalıdır. Avukatlar, stratejilerini belirlerken toplumun veya kişilerin suçtan gördüğü zararı, suçlunun kamu gücü tarafından uyarılmasını ve toplum vicdanının tatmin olmasını, suç işlediği öne sürülen kişilerin gereğinden fazla ceza almaması gibi hukuki değerleri, kavramları da gözetmek zorundadırlar.

! Strateji saptanırken, şüpheli/sanığa önerilirken ve yargılama sürecinde uygulanırken yasalara, meslek kurallarına bağlı kalmak zorunluluğu vardır. Avukatın savunma stratejisini belirlerken, kamunun mesleğine inancını ve güvenini sarsmayacak biçimde davranması gerekmektedir. Davanın yürütülmesi sırasında hizmetini “*sadakat*” ile ifa etmesi de önemlidir.³²

! Savunma stratejisinin tespiti aşamasında avukat müvekkiline abartılı vaatler ve ümitler vermemeye özen göstermelidir. Bunun için de sadece davanın sonucu ile ilgili görüşünü söylemeli, sonuç için bir güvence vermemelidir.³³

32 TBB Meslek Kuralları,m. 3

33 TBB Meslek Kuralları,m. 34

! Ceza avukatının bir ceza davasında görev alması sonucundaki başarı ölçütü, suçlu olan müvekkilinin ceza almaması değildir. Avuktan beklenen, davasını renksiz ve soyutlanmış şekilde sunması yerine, müvekkiline en uygun gelecek şekilde sunmasıdır.

Eğer başlangıçta sanık/şüpheli ile temas sağlanamamışsa, yukarıdaki hazırlık dönemi, bazı şeylerin şekillenmesi ve kesinleşmesi sanıkla görüşme ve dosyanın incelenmesinden sonra başlayabilecektir. Bu bağlamda akla hemen iki ana olasılık gelmektedir.

Birinci Olasılık

Şüpheli/sanıkla görüşme ve dosyanın incelenmesinde adil yargılanma hakkının gereklerine uyulması nedeniyle hiçbir engelle karşılaşmamıştır. Gözaltında bulunan sanıkla uygun koşullarda görüşme yapılmış, gerekli bilgiler alınmıştır (CMK m. 154). Dava dosyası Cumhuriyet Savcısı tarafından müdafiyeye tümüyle gösterilmiş; evrakın fotokopisinin alınmasında fiili bir engel çıkarılmamıştır (CMK m. 153). Avukat, o ana kadar savcının bilgisi dâhilinde olan her şeyi ifadeleri, belgeleri, raporları bilmektedir.

Bu koşullarda olay-sanık; eylem-TCK veya özel ceza yasası hükümlerinin ilişkisi güven içinde tespit edilebilecek; şüpheli/sanığa sağlıklı bir yol izlemesini, daha hafif bir suçun kabulünü önermesi mümkün olabilecektir. Sanık/şüphelinin eylemin inkârının sonuçları irdelenebilecektir. Soruşturma evresine müdahale edilmesi, savunma delillerinin tespiti ve mahkeme huzuruna götürülmesi hazırlığına başlanacak, bunun için de “*dilekçe*” hazırlanabilecektir.

İkinci Olasılık

Avukat, bu olasılıkta, gözaltında bulunan şüpheli/sanık ile görüşmesinde çeşitli zorluklarla karşılaşmıştır (CMK m. 154). Genel kural olarak, suçlanan kişiler sadece gözaltında sorgulanırken değil, gözaltına alındıkları andan itibaren avukatın yardımıyla yararlanma hakkında sahiptirler.³⁴

Bir önceki bölümde incelenen şüpheli/sanık ve müdafî hakkındaki kuralların hiçbirine riayet edilmemektedir.

³⁴ AİHM’ne göre, avukata erişim, bu hakkın kısıtlanmasına yönelik mecburi nedenle yoksa, şüphelinin polis tarafından yürütülen ilk sorgusundan başlayarak sağlanmalıdır (*Salduz /Türkiye*, 27.11.2008; *Dayanan /Türkiye*, 13.10.2009; *Brusco/Fransa*, 14.10.2010). Ayrıca bkz Vitkauskas-Dikov, s.99

! AİHM'ne başvurulduğunda savunmanın karşılaştığı birikmiş, katlanmış (kümülatif) çeşitli güçlüklerin analizi yoluyla bu güçlüklerin “*adil yargılama*” bağlamında yargılamanın tümü üzerindeki bütünsel etkisini ortaya koymak gerekecektir.³⁵

Bu durumda ilk yapılacak iş, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde usulsüzlükleri dile getirmek ve eksiklikleri gidermek için, noksanlık ve yanlışlıkların delillendirilmesi, AYM'ne bireysel başvuru ve AİHM'ne açılacak davalarda kullanılmak üzere yaratılmış fiili durumun tespit edilmesi olmalıdır. Ancak bu konuda çıkan sorunların büyük çoğunlukla, spontane olarak, kişisel tavır ve isteklerden ileri gelmesi nedeniyle belli bir kural önerilmesi de mümkün görülmemiştir.

Müvekkili ile normal koşullarda görüşüp dosyayı inceleyen avukat, müvekkiline isnat edilen eylemin müvekkili tarafından işlenmediğini iddia edebileceği için delillerini bu yönde göstermek yolunu seçecektir. Müvekkilinin suçun işlendiği zaman, o yerden uzakta olduğunu ispat etmeye çalışacaktır.

Eylemin şüpheli/sanık tarafından işlendiğinde bir tereddüt yoksa eylemin niteliği konusuna yönelik bir yol izlenecektir. Olay yerinde bulunduğu halde ölüme neden olan bıçak darbesinin şüpheli/sanık tarafından vurulmadığı savunulabilir. Adli tıp raporunda tarif edilen yara ile şüphelinin konumunun uyuşmaması mümkündür.

Suçun kasıt veya taksir ile işlenmiş olması arasında da ciddi fark vardır. Özellikle bu farklılık ilk dilekçede ortaya konabiliyorsa mutlaka belirtilmelidir (TCK. m. 21-23).

Eylemin işlenme koşulları tartışılabilir. Şüpheli/Sanığın ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran etkin pişmanlık, tahrik, hata, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik gibi nedenler öne sürülebilir (TCK m. 29-34).

1.4.1 Susma Hakkı

Meçhuller içinde bulunduğu bu durumda avukatın müvekkiline “*susma hakkı*” kullanmasını önermesi ilk akla gelen önlemdir (CMK m. 147/1-e). “*Susma hakkı*” sanığı kendini suçlayıcı beyanda bulunma-

³⁵ Vitkauskas-Dikov, s.99

ya karşı koruduğu gibi, şüpheli aleyhine de sonuçlar doğurabilir. Bunun için susma hakkı şüpheli/sanığa önerilmeli, ancak sonuçları anlatılarak, karar şüpheli/sanığa bırakılmalıdır.

! AİHM kararlarına göre, ceza yargılamasında “susma ve kendisini suçlamama hakkı”, “tuzağa düşürülmeme”, ve “bariz bir adil yargılama ihlali ile yüz yüze gelebileceği bir ülkeye iade veya sınır dışı edilmeme hakkı” ile birlikte zımnî “adillik” koşullarını oluşturmaktadır.³⁶

Ancak bu durumda soruşturma evresinde “*tutuklama*” ilk ciddi tehdit olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçun niteliği, kabul edilebilir delillerin varlığı olasılığı karşısında “*tutuklama*” göze alınabilir mi?

Daha sonraki evrelerde tuzağa düşürülme veya açıkça keyfi olan delillerin söz konusu olduğu veya hakkın özünün ihlâl edilmiş bulunduğu hallerde yarar umuluyorsa göze alınabilir.

“*Tutuklama*” beklenebilecek bir karar ise yine göze alınabilir. Ancak, *tutuklama* beklenebilecek bir sonuç değilse, üzerinde düşünülmesi gerekli

³⁶ Vitkauskas-Dikov, s.65 vd.

bir aşamadan geçilmektedir diyebiliriz. Ayrıca susma hakkını kullanan şüpheli/sanık, ileriki evrelerde etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır. Uzlaştırmaya tabi suçlarda, uzlaşmadan sonra verilecek takipsizlik kararından mahrum kalabilir (CMK m. 253 vd.).

Şüpheli/sanığa ve dosyaya erişimin de-facto olarak engellenmiş olduğu durumlarda strateji, şüpheli/sanığın eyleme karşı söyledikleri ve söylemedikleri değerlendirilerek el yordamı ve işlendiği ileri sürülen eylem ile yasal durum arasındaki ilişki açısından kabaca oluşturulmalı, bu olumsuz koşullar altında bağlayıcı beyanlarda bulunmaktan mümkün olduğunca kaçınılmalıdır.

Her iki olasılıkta da ulaşılan, birincide olumlu, ikincide olumsuz aşamadan sonra yapılacak şey eldeki bilgilerle, dosyaya yön verebilecek bir dilekçe yazılmasıdır.

Bu kitapçıkta önerilen “*savunma stratejisi*”, ihbar ve şikâyetin öğrenilmesinden sonra şüpheli/sanık ile görüşmenin ardından başlayacak bir süreç sonunda oluşturulacaktır. Her avukat olaya hemen

başlangıcında el koyacak kadar şanslı olmadığı gibi pek çok bilgiye de sanığa ve/veya dosyaya aşağıda irdeleyeceğimiz nedenlerle erişemeyebilir. Bu gibi atipik sayılabilecek durumlarda her avukat kendi yolunu kendisi bulmak zorundadır. Bu konuda ceza avukatı için tek avantaj delillerin gösterilmesinin hukuk yargılamasında olduğu gibi katı kurallara bağlı olmamasıdır.

Strateji, uzun vadede önceden belirlenen bir amaca ulaşmak için izlenen yoldur. Avukatın amacı, Cumhuriyet Savcılığı ve kolluğun elde etmiş olduğu kanıtların müvekkili lehine görülmesini sağlamaktır.

! Mustafa Tören Yücel'in anlatımı ile "Avukat ışık altında her yüzeyin görülmesi için bir elması çeviren kuyumcu gibi değildir. Avukat elmasın tek bir yönünü açıkça vurgulanmak üzere onu sabitlemektedir."

1.4.2 Takip Edilecek Yolların Tespiti³⁷

Bütün bu açıklamalar ışığında, müvekkil ile görüşme, dosyanın incelenmesi ve delillerin niteliğinin analizi neticesinde aşağıda belirtilecek 3 ana strateji şekillenebilir.

³⁷ Bu bölüm Av.K.Nevzat Güleşen'in katkılarıyla hazırlanmıştır.

- a) İnkâr (Suçun işlendiği iddiasının tamamen reddi)
- b) İkrar (Suçun işlendiği iddiasının tamamen kabulü) ve hukuki savunma
- c) Koşullu/tevilli ikrar (Suçun işlendiği iddiasının kısmen kabulü)

*"İki ihtimal üzerine savunma (mesela sübutu reddeden savunma ile beraber mahkemece sübutun kabulü halini farz ederek yapılan savunma) çok kere 'savunma zaafi' sayılabilir. Fakat buna sebep olan usul tatbikatının isabetsizliğidir. Kaide şu olmalıdır; sübut üzerinde savunmadan sonra (eğer böyle bir savunma yapılacak ise) bir karar verilmeli, bunu takiben 'kanun hükümlerinin tatbiki yönünden 'hukuki savunma'ya geçilmesine imkân bulunabilmesidir. Zira zıt iki esasın, herhangi bir konuda mesnet olmasına diyalektik kaideleri imkân vermemektedir."*³⁸

1.4.2.1. İnkâr (Suçun işlendiği iddiasının tamamen reddi)

Müvekkil ile görüşme, dosyanın incelenmesi ve delillerin niteliğinin analizi sonucunda, koşulları oluşmuş ise, avukatın ilk hedefi suçun işlendiği id-

³⁸ Faruk Erem, age. s.66

diasının tamamen reddidir. Basit birkaç örnek ile açıklayacak olursak, suç işlediği iddia olunan şahıs, suç tarihinde suç mahallinde olmayabilir. Keza suçlanan şahsın, nitelikleri itibariyle isnat edilen suçu işleyebilmesi fiziken mümkün olmayabilir.

Hem ilk çağlardan beri uygulana gelen ceza hukuku (In Dubio Pro Rea ilkesi), hem de çağdaş ceza hukuku suçun işlendiği hususunda şüphe olması durumunda, bu durumun soruşturma aşamasında şüpheli, kovuşturma aşamasında ise sanık lehinde kullanılması gerektiğini belirtmektedir.

5271 sayılı CMK 223/2. b. maddesi ile “*Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması*”, 223/2. e. maddesi ile de “*Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*”, durumlarda hükmün beraat olacağını belirtmiştir.

Öte yandan, 5271 sayılı CMK, 223’üncü maddesi ile diğer beraat koşullarını da “*Yüklenen failin ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmaması*”, “*Yüklenen suç açısından failin kasıt veya taksirinin bulunmaması*”, “*Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması*” şeklinde saymıştır.

Birçok durumda, suçun işlenmiş olmasına rağmen, delillerin hukuka uygun olarak toplanmadığı durumlar ile karşı karşıya kalınmaktadır. Örneğin, şüpheli veya sanığa isnat edilen suçlar, mahkeme kararına dayanmayan bir telefon dinlemesine (CMK m. Değişik³⁹ 135), teknik takibe (CMK Değişik m. 139,140⁴⁰), arama ve el koyma kararına (CMK m. 112-121, 122, 123) dayanan delillerden oluşabilir. CMK’nın 217/2. maddesi yüklenen suçun sadece hukuka uygun olarak toplanmış delillerle ispat edilebileceğini belirtmektedir. Esasen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması reddini gerektirir (CMK m. 206/2). Keza CMK 230/1.b maddesinde hükmün gerekçesinde “*hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin*” belirtilmesini öngörmektedir.

Türk Ceza Hukuku pratiklerinde çok fazla uygulanmamakla beraber, esasen beraat kararı ile hemen hemen aynı hukukî sonucu doğuran bir diğer düzenleme “*Ceza Verilmesine Yer Olmadığı*” kararıdır. Ancak bu konuyu aşağıda “*Suçun İşlendiği İddiasının Kısmen Kabulü*” bölümünde inceleyeceğiz.

39 6526 sayılı yasanın 12. Maddesi ile CMK 135. Maddesinde önemli değişiklikler yapılmıştır.

40 6526 sayılı yasanın 13 ve 14. Maddeleri ile CMK 139 ve 140. Maddelerinde önemli değişiklikler yapılmıştır.

1.4.2.2. İkrar (Suçun İşlendiği İddiasının Tamamen Kabulü) ve Hukuki Savunma

Ceza avukatlarının tek hedefi, şüpheli/sanığın be-
raatını sağlamak değildir. Soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde sanığın yasalarla sınırları çizilmiş olan hak ve menfaatlerini korumak da hedefler arasındadır. Suçun işlendiği hukuka uygun ve kesin deliller ile ortaya konulmuş ve koşulları oluşmuş ise, iddianın kabul edilmesi de müvekkilimizin hak ve menfaatlerini korumaya yönelik sonuçlar doğurabilecektir. Bu noktada dikkate alınması gereken hususlar şunlardır:

a) Suç işlenmiş olmakla beraber, sanığın ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler olabilir (TCK m. 24-34).

b) Türk Ceza Kanununda birçok suç bakımından “*etkin pişmanlık*” (TCK m. 93, 110, 168/2-4, 192, 201, 221/5, 245/5, 248/2,254, 269/3, 274, 293; CMK m. 171/1, 223/4.a) hükümleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık kapsamında cezada önemli ölçüde bir indirim veya hiç ceza verilmesi söz konusu olabilir. Soruşturma aşamasında

CMK 171/1 maddesi özellikle ceza avukatları tarafından etkin bir şekilde kullanılmalı ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi hususu talep edilmelidir.

c) CMK 223/4. maddesi ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesinin koşullarını belirtmiş olup, etkin pişmanlık gösterilmesi ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi konusunda da önemli bir neden olarak ortaya çıkmaktadır.

Hâkim önündeki “ikrar”, ilişkin olduğu konuyu doğrudan doğruya ispata elverişli bir ispat aracı ve delildir. Genellikle ikrar tek başına bir delil olarak kabul edilmemektedir. Başka delil ve emarelerle desteklenmesi beklenmektedir.⁴¹

Ancak her halükârda ikrarın hukuka uygun biçim ve koşullarda elde edilmesi gereklidir (CMK m. 148). Müdafî hazır olmaksızın şüpheli ve sanığın kollukça alınan ifadesi, ikrar da dâhil olmak üzere, kanuni veya iradi temsilcisi tarafından hâkim veya mahkeme huzurunda doğrulanmadıkça hükme esas tutulamayacaktır (CMK m. 148/4).

⁴¹ Hakeri-Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku,5.Baskı 2012, s.634;

Savunma açısından önemli olan ikrarın sanık/şüphelinin özgür iradesi ile yapılmış olup olmadığı ve bu ikrarın savunmaya etkisidir. Aynı duyarlılık koşullu ikrar için de geçerlidir.

1.4.2.3 Koşullu (Tevilli) İkrar (Suçun İşlendiği İddiasının Kısmen Kabulü)

Suçun işlendiği iddiasının kısmen kabulü “Müvekkilim isnat olunan suç işlemiştir, ancak..” şeklinde başlayan bir beyan ile ifade edilebilir. “Ancak” kelimesinden sonraki beyanlar aşağıdaki şekilde ifade edilebilir:

- a) Amir tarafından verilen emri uygulamıştır,
- b) Haksız olarak tahrik edilmiştir, (Örneğin: hakaret fiilli önce müşteki tarafından başlatılmıştır),
- c) Meşru savunma söz konusudur (TCK m. 25/1). (Örneğin: İlk tecavüz mağdur tarafından başlatılmıştır.)
- d) Zorunluluk hali vardır (TCK m. 25/2).
- e) Hakkını kullanmıştır (TCK m. 26/1).
- f) Karşı koyamayacağı bir tehdit veya cebir altında suç işlemek zorunda kalmıştır,
- g) Fiili işlerken yanılmış, hata yapmıştır (Örneğin: Çalıkların arkasındaki vahşi bir hayvana ateş ettiğini sanmış, ancak mağduru yaralamıştır)

h) Yaşı küçüktür, ceza sorumluluğu yoktur,

i) Kısmi veya tam akıl hastasıdır,

j) Sağır ve/veya dilsizdir (TCK m. 33).

k) İrade dışı aldığı alkol veya uyuşturucu etkisi altındadır (TCK m. 34)

l) Fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır (TCK m. 35)

m) Eylem iddianame belirtilen suç değil, cezası çok daha az olan başka bir suç oluşturmaktadır.

n) İddianamede her bir fiil için ayrı ayrı suçlama talep edilmiştir, ancak ortada birleşik bir suç vardır,

o) İddianamede her bir fiil için ayrı ayrı suçlama talep edilmiştir, ancak ortada zincirleme suç vardır, dolayısıyla ayrı ayrı cezalandırma yerine Türk

Ceza Kanunu 43. ncü maddesi uygulanmalıdır,

p) İddianamede her bir fiil için ayrı ayrı suçlama talep edilmiştir, ancak ortada fikri içtima söz konusudur, dolayısıyla ayrı ayrı cezalandırma yerine Türk

Ceza Kanunu 44.ncü maddesi uygulanmalıdır,

q) Hayatın olağan akışı içinde hepimiz bu durumda bu suç işleyebiliriz,

r) İşlediği suçtan büyük bir pişmanlık duymaktadır. vb.

Bu tür bir kısmi kabul, sanığın daha az bir ceza almasına veya hiç ceza almamasına neden olabilecektir.

1.4.3 Arama ve Elkoyma (CMK Değişik⁴² m. 116), Keşif (CMK m. 83), Durdurma/Tutma (PSVK m. 4/A) Yakalama ve Gözaltına Alma (CMK m. 90-99), Tutuklama (CMK m. 100), Adli Kontrol (CMK m. 109), Koruma Altına Alma, Gözlem Altına Alma (CMK m. 74), Yüzleştirme-Teşhis (CMK m. 6, PSVK ek m. 6) Gibi Yargılama İşlemlerine Göre İzlenebilecek Stratejiler

Yukarıda sayılan işlemlerin birçoğu kovuşturma evresine uzanmaktadır. Özellikle tutuklama kanun yoluna başvurma evresinde de itiraz bakımından yargılamanın önde gelen sorunu olmaya devam etmektedir. Bu bakımdan tutuklama ve tutuklama ile ilgili sorunlar bağımsız başlık altında (5. Bölüm) incelendiği için burada ele alınmayacaktır.

Durdurma/tutma, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PSVK m. 4/A) ile idari makamlarca uygulanmakla birlikte, kişinin serbest bırakılmaması nedeniyle durdurmanın yakalamaya dönüşmesi ve sonrasında yapılan aramada elde edilen deliller dolayısıyla adli nitelik de kazanabilecektir.⁴³ Anayasa (m. 17-21) ve

⁴² 6526 sayılı yasanın 9. Maddesi ile CMK 116.ncı maddede önemli değişiklik yapılmıştır. "Makul" ibaresi "somut delillere dayalı kuvvetli" şeklinde değiştirilmiştir.

⁴³ Yargıtay, hukuka aykırı olarak durdurulan ve suç işlediği hususun-

CMK, bu konuda bağlayıcı ayrıntılı hükümler koyup, düzenlemeler yapmış olmasına rağmen hukuk ihlallerinin en yoğun olduğu işlemler burada yapılmaktadır.

Yakalama, şüphelinin kaçmasını önlemek veya kimliğini tespit için soruşturmanın ilk aşamalarında başvuru geçici nitelikli, genellikle kolluk tarafından gerçekleştirilen bir işlemdir. Tutuklama kararı verilemeyecek hallerde, kişi ancak kimlik tespiti amacıyla yakalanabilir; dolayısıyla yakalananın, kimlik tespitinden sonra serbest bırakılması gerekir. Buna karşılık gözaltına almada amaç, kişinin hâkim önüne çıkarılmasıdır. Gözaltına alma, Cumhuriyet Savcısının yazılı bir kararı ile olur.

Arama ve elkoyma ise, kural olarak hâkim kararını gerektirse de, Cumhuriyet Savcısının denetimi altında kolluk güçleri tarafından genellikle soruşturma evresinin başlangıcında, delil toplama amacıyla yapılmaktadır. Saklanan şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla da arama yapılabilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun arama ile ilgili 116.

da makul şüphe bulunmadığı halde yapılan üst ve eşya aramasında elde edilen delillerin hukuka aykırı delil niteliğini taşıdığına ve hükme esas alınmayacağına karar vermiştir (Y2.CD'nin 20.11.2013 tarih ve Esas No.:2012/29290, Karar No.:2013/27219 sayılı Kararı).

maddesinde ve taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymayı düzenleyen 128 inci maddesinde 6526 sayılı kanunun 9 uncu ve 10 uncu maddeleri ile yapılan değişikliğe dikkat etmek gerekmektedir. Bu yasa ile her iki maddedeki “makul” ibaresi “somut delillere dayalı kuvvetli” şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca 128 inci maddenin 1 inci fıkrasının sonuna eklenen cümle uyarınca elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre maddede sayılan kurumlardan rapor alınması zorunluluğu getirilmiştir. Böylece şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde arama yapılabilmesi, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphe bulunması koşuluna bağlandığı gibi, 128 inci maddede belirtilen eşya, hak ve alacaklara elkonulması da sıkı koşullara bağlanmıştır. Dolayısıyla arama kararının gerekçesinde kuvvetli şüphenin dayanağı gösterilmemişse veya bu şüpheyi oluşturan somut delillere yer verilmemişse, aramada delil elde edilmiş olsun olmasın, aramanın haksız ve hukuka aykırılığı ileri sürülebilecektir. Aynı şekilde elkoyma kararının verilmesinde maddede öngörülen koşullara uyulmaması halinde, bu şekilde elde edilen delilin hukuka aykırılığı ileri sürülebilecektir.

Savunma olayın en başında görev aldığı takdirde yapılacak işlemlerin hukuka uygun yapılmasını sağlayabilir. Ancak, işlem yapıldıktan sonra olaya el konulması halinde usulsüzlük ve hukuka aykırılığı tespit edip sonraki aşamalarda, delilin hukuka aykırı olarak elde edildiğini ileri sürmekten başka yapılabilecek bir şey olmamaktadır.

Bu konuda ADLİ YARDIM kitapçığında önemli ve ayrıntılı bilgiler bulunduğu için burada yinelemekten kaçınılmıştır.

1.4.4. AYM ve AİHM’e “İç Hukuk Yolları Tüketilmeden Başvuru” ve Kesin Hükümden Sonra Başvuru Hazırlıkları

AYM ve AİHM’ne bireysel başvurunun yapılabilmesi için, şüpheli, sanık, mağdur veya müştekinin Anayasa’da veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerinin ihlâl edilmiş olması gerekir. Bu yönde ortaya çıkan bir ihlâlin tek başına olması da yeterli olmayıp,

- i. Yapılan ihlâle yönelik itirazların dile getirilmesi ve hukuk yollarının tüketilmesi,
- ii. İhlalin kanıtlanabilir olması gerekmektedir.

Tutukluluk halinin devamı kararına karşı itiraz merci olan üst mahkemeye 5271 sayılı CMK 268 ve devamı maddeleri gereğince başvuruda bulunulmuş olması ve kararın kesinleştirilmesi; arama ve el koyma tutanaklarına karşı muhalefet şerhi yazılması gibi işlemlerin zamanında yapılmasında fayda vardır.

Şüpheli ve sanık müdafisi olarak, soruşturma aşamasında AYM ve AİHM'e başvuru olasılığı genellikle yok denilecek kadar nadir durumlarda söz konusu olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Soruşturma aşamasında tutuklanan şüphelinin haksız ve uzun tutukluluğa maruz bırakılması, gözaltında ölümü veya işkenceye maruz kalması gibi istisnai durumlarda AYM ve AİHM başvuruları mümkündür.⁴⁴ Mağdur ve müşteki bakımından ise, AYM ve AİHM'e başvuru, savcılık tarafından eksik soruşturma yapılması sonucunda "*Kovuşturmaya Yer Olmadığı*" (CMK m. 172-173) veya "*İddianamenin İadesi*" (CMK m. 174) kararları verilmesi durumlarında sıkça söz konusu olabilir.

44 Geniş bilgi için Bkz. 5.7.2.a ve 10 numaralı kutu.

1.5 Tutuklama⁴⁵

1.5.1 Genel Olarak

Tutuklama, Türk ceza yargılama sisteminin, herkesin yakındığı, çözümü konusunda çaba harcadığı, ancak uygulaması düzeltilemeyen bir kurumudur. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi'nin raporunda 2010 yılı rakamlarına göre ceza ve tutukevlerinde bulunanların % 51'i tutuklu, % 49'u hükümlüdür.⁴⁶ Bu anormal tabloyu değiştirmek ve gizlemek amacıyla Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, aşağıda (5.7.1. d) anlatılacağı üzere, yasalara aykırı olarak, ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet kararı verilmiş, ancak kararı temyiz etmiş ve temyiz incelemesi sona ermemiş kişileri hükümlü "sayması" sonucu cezaevlerindeki tutuklu oranını % 29 olarak açıklamıştır.⁴⁷

Yasalarla alınan önlemler ortaya yeni sorunlar çıkarmaktadır. Sorunun ancak büyük siyasi davalarla

45 Bu bölüm Av.Fahrettin Demirağ tarafından hazırlanmıştır.

46 TBB İnsan Hakları Merkezi, Tutuklama Raporu, 2010, s.18

47 Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, Yıllara göre Ceza İnfaz Kurumlarında Bulunan Tutuklu ve Hükümlü Mevcutları, erişim adres: <http://www.adalet.gov.tr> / Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2013 (Naim Karakaya-Hande Özhaş, age. S.30'dan naklen)

ortaya çıkması bu çözümsüzlükte büyük rol oynamaktadır. Genel olarak uygulama AİHS ile ulusal mevzuatın “adil yargılanma hakkı” içeriğine uygun olmamaktadır.⁴⁸

Bunun birincil nedeni, Türk ceza yargılama siyasetinin devleti koruma amacıdır. Kişinin göz ardı edilerek, ceza adaleti gerçekleştirmenin hedeflenmesi tutuklama uygulamasını etkilemektedir. İkinci olarak “tutuklamacı kültürün” egemen olduğu bir yargı geleneğinin varlığını ileri sürebiliriz.⁴⁹

Savunma stratejisinin yargılamanın amacı ve tutuklamacı geleneği yıkma yönünde aktif olması biçiminde şekillendirilmesi gerekmektedir.

Bu nedenlere ek olarak tutuklamanın sadece hukuk sorunu olmadığını görmek gerekmektedir. Sorun sadece hâkim ve savcılarının uygulaması sorunu değildir. Onların da birkaç yönden baskı altında bulduklarını takdir etmek ve savunma açısından bunu iyi değerlendirmek özelinde davada başarı, genelinde tutuklama kurumunun gerçek amacına uygun biçimde kullanılmasını sağlamak yönlerinden şarttır.

⁴⁸ Karakaya, Naim -Hande Özhaabş, age.s.41

⁴⁹ Karakaya, Naim -Hande Özhaabş, age.s.32 vd.

Savunma, tutuklama sorununun tarihi, sosyolojik ve psikolojik boyutlarını gözden uzak tutmamalıdır.

Yönetim ve kolluk kamu düzenini, -kendisine düşen önleyici ve düzenleyici önlemleri bir yana bırakarak- tutuklama ile sağlamayı istemektedir.

Her mağdur-ceza davasının ne zaman biteceği, kendisini mağdur eden suçun zamanaşımına uğrayıp uğramayacağı veya af edilip edilmeyeceği konularında endişeli olduğundan-suçlunun cezasını hemen tutuklu olarak çekmesini beklemektedir.

Kamuoyunu etkileyen medya, tutuklamanın önleyici niteliğini bir yana bırakarak, mağdurların endişelerine paralel olarak - uygulamadaki farklılık ve çarpıklık nedeniyle - tutuklamayı da salıvermeyi de sorun haline getirmektedir.

Müdafî ve suçtan zarar gören vekil, tutuklamaya farklı tepki göstermektedirler.

Hukuk dışı bu etmenler gözetilmeden tutuklamanın hukuki durumu ve uygulaması aşağıda incelenmektedir.

1.5.1.1 Tanımı

Tutuklama, hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan şüpheli veya sanığın, suç işlediği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını gösteren "somut delillerin"⁵⁰ bulunması halinde, kaçmasını veya delillerin karartılmasını önlemek amacıyla hâkim kararı ile geçici olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasıdır.⁵¹ Tutuklanan kişi, "tutuklu" sıfatını alır ve tutukevine konulur.

1.5.1.2 Hukuki Niteliği

Tutuklama, amacına göre önleyici veya tutucu özelliğe sahip koruma tedbiri niteliğindedir.⁵² Bu nedenle koruma tedbirlerinin tüm özelliklerini taşır.⁵³ Dolayısıyla kişi özgürlüğünü sınırlandırır. Ayrıca "gereklilik", "geçicilik" ve "araç olma" özelliklerine sahiptir. Diğer taraftan koruma ted-

50 6526 sayılı yasanın 8. Maddesi ile CMK 100 ncü maddesinin birinci fıkrasında önemli değişiklik yapılmış, "olguların" ibaresi "somut delillerin" olarak değiştirilmiştir.

51 Tutuklama tanımları için bkz. Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul, 2013, Cilt I, m. 100 açıklaması, s. 911. Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2012, s. 286.

52 Yenisey/Nuhoglu, age. s. 914

53 Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri şunlardır: a) Hüküm verilmemiş halde temel bir hakkı sınırlandırır. b) Geçicidir. c) Araçtır.

birlerinin en ağırdır. Bu itibarla tutuklamayla güdülen amaca bir başka tedbirle ulaşılabilecek ise, tutuklama kararı verilmemelidir. Mesela kaçma şüphesi nedeniyle tutuklama istenilmiş ise, hâkim adli kontrol uygulaması ile şüpheli veya sanığın kaçma riskinin ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağını öncelikle dikkate almalı, bu soruya olumlu cevap verildiği takdirde, tutuklamaya değil, adli kontrole karar vermelidir. Anayasanın 19/3 üncü maddesinde de tutuklamanın zorunlu hallerde başvurulması gereken bir tedbir olduğu belirtilmiştir.⁵⁴

1.5.1.3 Tutuklamanın İnsan Hakları İle İlişkisi

Tutuklama, kişi özgürlüğünü ortadan kaldırması nedeniyle insan haklarıyla da yakından ilgilidir. Özellikle siyasi davalarda iktidar sahipleri tarafından bir araç olarak kullanılmaya müsait olduğundan, kişi özgürlüğünü sınırlandıran her tedbir gibi tutuklama da çağlar boyunca insan hakları mücadelesinde büyük bir önem taşımıştır. Bu nedenle uluslararası metinlerde ve anayasalarda yer almış-

54 Anayasanın 19 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası şöyledir. "...Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir..."

tır.⁵⁵ Tutuklama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 5. maddesinde kişi özgürlüğünü sınırlandıran meşru nedenlerden biri olarak sayılmıştır (AİHS m. 5/1-c).⁵⁶

Koşulları bulunmadığı halde, bir kimsenin kanuna aykırı olarak tutuklanması ve tutuklu haklarına aykırı davranılması, Sözleşmenin 5. maddesini ihlâl eder. Tutuklama yasağı bulunan hallerde, bu yasağa aykırı olarak tutuklama kararı verilmesi de aynı sonucu doğurur. Keza tutukluluk halinin devamı kararları AİHM tarafından, Sözleşmenin 5/3 üncü maddesi, tutuklamaya itirazlar AİHS m. 5/4 çerçevesinde ele alınıp incelenmektedir. Buna karşılık tutukluya yapılan kötü muameleler, ölümle sonuçlanmış olup olmamasına göre Sözleşmenin 2 veya 3. maddeleri kapsamında değerlendirilmektedir.

Tutuklama, masumiyet ilkesiyle de bağlantılıdır. AİHM, gereğinden uzun süren tutukluluk durum-

55 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi m. 9'da, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 9 ve 10'da kişi özgürlüğü ve güvenliği düzenlenmiştir.

56 AİHS'nin 5 inci maddesinde, muhakeme hukuku dışında kalan nedenlerle de kişi hürriyetinin kısıtlanması kabul edilmiştir. Mesela bir çocuk, bulaşıcı hastalığı yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kimsenin kanuna uygun olarak hâkim kararıyla hürriyetlerinin kısıtlanabileceği kabul edilmiştir (bkz. AİHS m. 5/1- d, e).

larını Sözleşmenin 6/2. maddesi açısından ele alıp incelemektedir. Kişi özgürlüğünü ortadan kaldırması nedeniyle tutuklanan kişinin suçlu olduğu yönünde kamuoyunda genel bir kanaat oluşmaktadır. Hâlbuki hakkında mahkûmiyet kararı bulunmayan bir kimsenin suçsuz sayılması, masumiyet ilkesinin gereğidir. Bu ilke, Anayasa m. 38/4'te “ *Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz*” şeklinde, AİHS m. 6/2'de, “ *Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle ceza yargılaması hukukunda asıl olan, soruşturma ve kovuşturmanın tutuksuz sürdürülüp sonuçlandırılmasıdır. Bununla beraber istisnai olarak zorunlu hallerde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi de kabul edilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu tutuklamayı 100 - 108 inci maddelerinde düzenlemiştir. Ancak şartları bulunsa bile tutuklama kararı verilmesi zorunlu olmayıp ihtiyarîdir. Hâkim bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

1.5.1.4 Tutuklamanın Amacı

Ceza yargılamasının amacının sanığı cezalandırmak olduğu çağlarda, tutuklamanın amacı da cezalandırmak idi. Ancak günümüzde ceza yargılamasının amacı, sanığın haklarını korumak suretiyle maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, cezalandırmak amacıyla tutuklama kabul edilmemiştir. Hatta tutuklamaya karar verilirken güdülemeyecek tek amaç, cezalandırma amacıdır, denilebilir.⁵⁷ çünkü hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşmemiş olan ve bu nedenle masum sayılması gereken bir kimseyi cezalandırmaya hiç kimsenin hakkı yoktur. Anayasanın 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında *"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler; ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."* denilmek suretiyle, cezalandırma amacıyla tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Tutuklamanın amacı, tutuklama kararında gösterilen nedenlere, tutuklama gerekçesine göre değişiklik gösterir. Şüpheli veya sanık hakkında *"kaçma*

⁵⁷ Yenisey/Nuhoğlu, age. s.912.

şüphesi" bulunduğu gerekçesiyle tutuklama kararı verilmiş ise amaç, sanığın duruşmadan ve ileride hükmedilmesi muhtemel bir cezanın infazından kaçmasını önlemektir. Kararda tutuklama nedeni, *"delillerin karartılmasını önlemek"* olarak gösterilmiş ise amaç, ceza yargılamasının en isabetli sonucu varmasını sağlamaktır.⁵⁸ Tutuklama kararında her iki tutuklama nedenine yer verilmiş ise, bu takdirde tutuklamayla birden fazla amacın güdüldüğü kabul edilmelidir.

Hükümle birlikte tutuklamada gaye, sanığın cezanın infazından kaçmasını önlemektir. Bu aşamada artık delillerin karartılması ihtimalinden söz edilemez. Hüküm verilmiş olduğundan, sanığın yargılamadan kaçmasından da bahsedilemez. Dolayısıyla burada amaç, mahkemece verilen fakat henüz kesinleşmemiş olan cezanın infazından sanığın kaçmasını önlemek olabilir. Ancak burada bir noktaya dikkat çekmek istiyoruz. Yargılama süresince duruşmayı muntazam olarak takip etmiş olan bir kimşenin hükümden sonra kaçma şüphesinin bulunduğu, ancak sanığın beklemediği sürpriz bir ceza ile karşılaşmış olması halinde düşünülebilir. Bunun dışındaki hallerde kaçma şüphesinin bulunduğu

⁵⁸ Yenisey/Nuhoğlu, age. s. 914.

şeklindeki soyut bir gerekçe, tutarsız ve dayanaksız kalacak, dolayısıyla tutuklamayı hukuka aykırı hale getirecektir.

1.5.2 Tutuklamanın Koşulları

Tutuklamanın koşullarını ana başlık olarak; 1) kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren “somut delillerin” bulunması, 2) tutuklama nedenlerinden birinin varlığı, 3) ölçülülük/orantılılık şeklinde sıralamak mümkündür. Ayrıca tutuklama yasağı⁵⁹ bulunmaması, yargılama şartlarının gerçekleşmiş olması⁶⁰, sanığa güvence belgesi verilmemiş olması⁶¹ da tutuklama kararı verilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken hususlardır.

59 CMK m. 100/4'e göre sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Ayrıca 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 21 inci maddesinde de bir tutuklama yasağına yer verilmiştir. Bu madde hükmüne göre “Onbeş yaşını doldurmuş çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.”

60 Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardan dolayı, CMK'nun 90 ıncı maddesinin 3. fıkrasında belirtilen durumlar hariç, yakalama yasağı bulunduğundan, böyle bir durumda şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi de mümkün değildir.

61 Gaip olan sanığa güvence belgesi verilmesi CMK'nun 246 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca Mahkemece, gaip olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi hâlinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verilmiş ise tutuklama kararı verilemez. Meğerki sanık kaçma teşebbüsünde bulunmuş veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymamış ya da hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olsun.

Günümüzde ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, cezalandırmak amacıyla tutuklama kararı verilmesi kabul edilmemiştir. Ne var ki, bu tedbire, kamuoyunu yatıştırmak, genel önleme, ikrara zorlama, misilleme, peşin ceza amaçlarıyla da başvurulduğu belirtilmiştir.⁶² Bu husus tutuklamada bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca katalog suçlar nedeniyle tutuklama kararı verilmesi, tutuklama kararında ve tutukluluk halinin devamı kararlarında gerekçe gösterilmemesi, tutuklamaya itirazın sonuç vermemesi nedeniyle etkisiz bir başvuru yolu oluşturması, tutukluluğun makul süreyi aşması da başta gelen sorunlardır.

Bu bölümde tutuklamaya ilişkin sorunlar, müdafinin rolü dikkate alınarak ceza yargılamasının yürüyüşü ve tutuklama prosedürü esas alınarak incelenmiştir.

1.5.2.1 Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığını Gösteren “Somut Delillerin” Bulunması

Tutuklamanın ilk ve temel koşulu, “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin*” bulunmasıdır (CMK m. 100/1). Bu koşul, madde-

62 Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul, Beta, 1992, s. 5-7. Katoğlu, Turgut, Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 18 - 32.

nin ilk şeklinde, “*kuvvetli suç şüphesinin varlığı-
nı gösteren olguların... bulunması*” şeklinde ifade
edilmişti. Bu düzenlemeye rağmen uygulamada,
“*dosya kapsamı, mevcut delil durumu, suçun işle-
niş biçimi ve bunun gibi soyut ve klişe gerekçelerle,*
tutuklama kararı verildiği görülmüş ve görülmek-
tedir. Bu uygulama nedeniyle AİHM tarafından,
ülkemiz aleyhine AİHS’nin 5. maddesinden verilen
ihlâl kararları yüksek seviyelere ulaşmıştır. Bu tür
uygulamalara engel olmak ve kişi özgürlüğü ve gü-
venliği hakkının ihlâlini önlemek amacıyla, gözal-
tına alma ve tutuklamanın koşullarında değişiklik
yapılması yoluna gidilmiş ve bu amaçla hazırlanan
Teklif, TBMM Genel Kurulunca 21.2.2014 tarihinde
6526 sayılı Kanun olarak kabul edilip yürürlüğe
konulmuştur.⁶³ Böylece gözaltı kararı verilebilmesi

63 6526 sayılı Kanuna esas teşkil eden Teklif gerekçesinde “*Anayasanın
19 uncu maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, ceza
muhakemesi işlemleri sırasında ihlâlinin önlenmesi amacıyla, teklifte
yapılan önemli bir düzenleme de gözaltı, tutuklama, arama ve elkoy-
ma gibi koruma tedbirlerine başvurulabilmesi açısından “somut delil”
kriterinin getirilmesi olmasıdır. Bu şekilde bu koruma tedbirlerine soyut
bir takım şüpheler nedeniyle başvurularak, kişi hürriyeti ve güvenliği
ile mülkiyet hakkının zedelenmesinin önüne geçilecektir.*” denilmiştir.
Adalet Komisyonu Raporunda da şu görüş ve değerlendirmelere yer
verilmiştir: “*Ceza muhakemesinin amacına daha hafif bir tedbirle ulaşıl-
ması mümkün ise öncelikle bu usule başvurulması gerekir. Bu durum,
kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran koruma tedbirlerinden
öncelikle hafiften ağıra doğru giden sıralama içinde uygulama yapıl-
masını gerektiren orantılı ilkesi olarak karşımıza çıkar. Anayasanın 19
uncu ve devamındaki maddelerinde temel hak ve özgürlüklere getirilecek
sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı açıkça belirtilmek
suretiyle, bu ilke anayasal zeminde kabul edilmiştir. Dolayısıyla orantılık/*

için aranan “*kişinin suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin bulunması*” koşulu, “*kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığına bağlıdır*” şeklinde değiştirilmiştir. Buna bağlı olarak tutuklama için aranan “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların... bulunması*” koşulu da “*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin... bulunması*” şeklinde değiştirilmiştir.

Maddede “*somut delil*” kavramına yer verilmiş olması ve madde gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda, tutuklamaya karar verecek merciin, tutuklama isteminde dayanılan sebeplerin, gerçek ve teknik anlamıyla “*delil*” özelliği taşıyıp taşımadığı konusunda

ölçülülük ferdî devlete karşı koruyan bir görev ifa etmektedir. Bu bağlamda orantılılık ilkesi, Yasama, Yürütme ve Yargı organlarını bağlar. Yasama Organı özgürlükleri sınırlandıran bir kanun çıkarırken, Yürütme ve Yargı Organları da kanunları uygularken bu ilkeyle bağlıdırlar.”
“*-Buna rağmen uygulamada tutuklama kararı; dosya kapsamı, mevcut delil durumu, suçun işleniş biçimi ve bunun gibi soyut ve klişe gerekçelerle – bir diğer ifadeyle gerekçesiz- verilmektedir. Unutmamak gerekir ki, Ceza Muhakemesi Kanunu temel hak ve özgürlüklere uygun olmayan yaygın uygulamalara karşı bir tepki olarak tüm usul işlemlerini ayrıntılı olarak düzenlemiş ve koruma tedbirleri bakımından da bir çeşitliliğe gitmiştir. Mezkûr Kanunun benimsediği bu amaca rağmen, uygulamada tutuklama tedbiri başta olmak üzere birçok koruma tedbiri kararı verirken başvuru soyut ve klişe gerekçeler, Teklifte benimsenen “somut delil” kriteri ile izale edilmeye çalışılmaktadır. Bu suretle temel hak ve özgürlüklere uygun olmayan yaygın koruma tedbiri uygulamalarına son verilmesi amaçlanmaktadır. Yukarıda izah edilenler çerçevesinde Teklif, Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında yer alan kimi koruma tedbirlerinin yeniden düzenlenmesi gereğinin bir neticesidir.”*

bir inceleme yapmasının zorunlu olduğu sonucuna varılır. Çünkü ceza yargılamasında sübut konusunda her şey delil olabilirse de bu sınırsız değildir.

! Delil olabilecek şeyin, bazı özellikleri taşıması şarttır. Bu bağlamda delil gerçekçi olmalı yani beş duyumuzla öğrenilebilmelidir. Ayrıca delil olabilecek şeyler akla, mantığa uygun ve bilimsel olmalıdır. Deliller olayı temsil edici nitelikte olmalı ve ispat bakımından önem taşımalıdır. Nihayet deliller hukuka aykırı olarak elde edilmiş olmamalıdır.

Şu halde merci, tutuklama kararı vermeden önce soruşturma dosyasında bulunan delillerin yukarıda belirtilen özellikleri taşıyıp taşımadığı konusunda bir inceleme yapmalı, teknik anlamıyla delil özelliği taşıdığına kanaat getirdiği takdirde bunların kuvvetli şüphe oluşturup oluşturmadığını değerlendirmelidir. Tutuklama kararının gerekçesinde de bu değerlendirmeye yer verilmelidir. Bu, tutuklama kararının hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi açısından zorunludur.

Kuvvetli suç şüphesini gösteren delillerden maksat, mahkûmiyet olasılığının, beraat olasılığından çok

yüksek olduğunu gösteren delillerin elde edilmiş olması ve dosyada bulunmasıdır. Bir başka ifadeyle, soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda “yeterli şüphe” oluşturması, Cumhuriyet Savcısı tarafından iddianame düzenlenmesi için yeterli olduğu halde, tutuklama kararı verilebilmesi için bu yetmez.

Tutuklama kararı verilebilmesi için elde edilen delillerin, mahkûmiyeti düşündürecek nitelikte yoğun ve ispat açısından güçlü olması gerekir.

! Bu nedenle tek başına ispat kuvveti olmayan iletişimin dinlenmesi suretiyle elde edilen ses kayıtları, telefon konuşmaları, teknik araçlarla izleme sonucu kaydedilen görüntüler, parmak izi gibi ‘belirti delilleri’ ne dayalı olarak tutuklama kararı verilemez.

AİHM, bu konuda “makul şüphe” ölçütünü getirmiştir. Makul şüphe, objektif bir gözlemciyi, bu kişinin suç işlediği konusunda ikna etmeye elverişli yoğunluktaki bir şüphedir. Makul şüphenin devamını, tutukluluğun devamının geçerliliği için mutlaka aranılan bir koşul olduğuna işaret eden AİHM, bunun, belli bir süre geçtikten sonra kişinin

tutukluluk halinin uzatılması için yeterli olmadığıni açıklamıştır (*Stögmüller/Avusturya*, 10 Kasım 1969); *Clooth/Belçika*, 12 Aralık 1991). Ancak ulusal hukukta tutuklama kararı verilmesi, 6526 değişikliğinde olduğu gibi şüphenin daha yoğun olması şartına bağlanmış ise, Sözleşmenin 5/3-c maddesine uygunluk açısından, öncelikle tutuklamanın ulusal hukuka uygun olması gerekir.

Sonuç olarak

! Ceza yargılaması mevzuatımıza göre, tutuklama kararı verilebilmesi için, bir kimsenin suçu işlediği hususunda kuvvetli şüphe oluşturacak nitelikte somut delil bulunmasına ihtiyaç vardır. Bunun dışında verilecek tutuklama kararı hukuka aykırı ve haksız bir tutuklamadır.

Böyle bir durumda ilgililerin, CMK m. 141 ve devamı maddeleri hükümlerine göre tazminat hakkı doğacağı gibi hâkimin hukuki sorumluluğu da söz konusu olabilecektir.

1.5.2.2 Tutuklama Nedenleri

Tutuklamanın ikinci koşulu “*tutuklama nedenleri*”nden birinin bulunmasıdır. Şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması yeterli değildir; Kanunda gösterilen tutuklama nedenlerinden birinin de gerçekleşmiş olması şarttır. Bununla beraber m. 100/3 de sayılan (katalog) suçlar bakımından Kanun bir karine koymuş; hâkime, tutuklama nedeni bulunduğunu varsayma konusunda bir takdir hakkı tanımıştır.

! Katalog suçlarda hâkim, tutuklama nedeni bulunup bulunmadığına bakmaksızın, tutuklama nedeninin mevcut olduğunu varsayarak tutuklama kararı verebilir. Ancak bu karine ilk tutuklama sırasında geçerli olup tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlarda bu karineye dayanılamaz.

Nitekim AİHM, *Mooren/Almanya* (11364/03- 9 Haziran 2009) Kararında, kaçma ve delilleri karartma şüphesini ortaya koyan somut olguların karar gerekçesinde gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Tutuklama nedenleri 100'üncü maddenin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Bu fıkrada söz konusu nedenler, “*Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular*” ve şüpheli veya sanığın davranışlarının “*delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma*”, hususlarında “*kuvvetli şüphe oluşturmaları*” şeklinde ifade edilmiştir.

1.5.2.2.a Kaçma ve Kaçma Şüphesi

Tutuklama nedenlerinden ilki, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunmasıdır (CMK m. 100, f. 2-a). Kaçma, bilerek ve isteyerek davete uymamak veya mahkemede hazır bulunmayı imkânsız kılmak şeklinde algılanmalıdır. Bu kavram yurt dışına kaçmayı veya herhangi bir şekilde saklanmayı da kapsar. Suçun işlenmesinden sonra şüpheli kaçmış ise, söz konusu tutuklama nedeninin gerçekleştiğinde kuşku yoktur. Buna karşılık kaçma ihtimali, kaçma şüphesi şeklinde değerlendirilemez. Kaçma şüphesinin mevcut olup olmadığı, o davaya özgü tüm koşulların incelenmesi suretiyle belirlenir. Bu

konudaki değerlendirme, şüpheli veya sanığın kişiliği, ahlaki durumu, mesleği veya işi, malvarlığı, aile bağları, yurt dışı bağlantıları gibi hususlar göz önünde bulundurularak yapılır.⁶⁴

! Bir kimsenin güvenli bir işinin olması, ikâmetgah sahibi olması, ailesinin bulunması kaçma şüphesini azaltan faktörlerdir.

Suçunu hâkim önünde kabul etmesi, sürekli veya uzun süre tedaviyi gerektiren hastalığı da kaçma şüphesini azaltan bir durum olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık suçun ve cezanın ağırlığı, sosyal ve ekonomik yönden çöküntü yaratma ihtimalinin yüksekliği, şüpheli veya sanığın belirli bir işinin olmaması, sahte kimlik kullanması, suç tarihinden kısa bir süre önce veya suç işlendikten sonra pasaport çıkartmış olması, suçun iadeye tabi olmaması, uluslararası uyuşturucu kaçakçılığı, suç ve terör örgütüne üyelik hallerinde şüpheli veya sanığın kaçma şüphesi olasılığının yüksek olduğu söylenebilir.

AİHM, sanığın yurt dışında birçok iş bağlantısı bulunmasını, ağır bir ceza alma olasılığı ile birlikte değerlendiren ulusal mahkemenin kaçma riski bu-

⁶⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 918.

lunduğuna dair değerlendirmesinde AİHS açısından isabetsizlik gormemiştir (AİHM *Punzelt/ek Cumhuriyeti*, 31315/96 - 25 Nisan 2000). İştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının yakalanmamış olması, diğeri bakımından kaçma olasılığının değerlendirilmesinde bir faktör olamaz, değerlendirme tutuklunun şahsi koşullarına bakılarak yapılmalıdır (*Mamedova/Rusya*, 7064/05 - 1 Haziran 2006). Yargılama sonunda çok ağır bir ceza verilmesi ihtimali, ilk anda yani tutuklama kararı verilirken şüpheli veya sanığın kaçması için bir sebep sayılabilirse de bu, daha sonraki incelemelerde, tek başına kaçma şüphesinin devam ettiğine gerekçe oluşturmaz. AİHM, birçok davada çok ağır bir cezanın beklenebilecek olmasının tek başına kaçma tehlikesi bulunduğuna gerekçe oluşturmayacağını, dolayısıyla tutukluluk halinin devamını haklı çıkarılmayacağını açıklamıştır (Bkz. 10 Kasım 1969 tarihli *Matznetter-Avusturya* davası; *W.-İsviçre* 14379/88, 26 Ocak 1993; *Yağcı ve Sargın-Türkiye* davası ve 17 Mart 1997 tarihli *Muller-Fransa* davası; *IA/Fransa*, 28213/95, 23 Eylül 1998).

1.5.2.2.b Delilleri Karartma şüphesini Gösteren Olguların Ortaya ıkması

Bu tutuklama nedeni, CMK m. 100 f. 2-b’de iki alt bent halinde düzenlenmiştir.

(1) numaralı alt bentte, şüpheli veya sanığın “*delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme*” hususunda kuvvetli şüpheli oluşturan davranışlarda bulunması düzenlenmiştir. Bu hükme göre şüpheli veya sanığın davranışları, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme hususunda kuvvetli şüpheli oluşturuyorsa, tutuklama nedeni var kabul edilecektir. Burada kastedilen suçun izlerini yok etmedir. Sahte delil hazırlamak da bu kapsamdadır.

(2) numaralı alt bentte de şüpheli veya sanığın, “*tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunması*” hususunda kuvvetli şüpheli oluşturması bir başka tutuklama nedeni olarak yer almıştır. Bu kişilere dürüst olmayan ve hukuk dış yollarla etki etmeye yönelik davranışlar tutuklama nedenidir.

Ancak soyut bir şüphe yeterli olmayıp, bu ihtimalleri destekleyen somut ve fiili nedenlerin bulunması gerekir (*Trzaska/Polonya- 25792/94-11.07.2000*). Şüpheli veya sanık açısından deliller toplanmış, tanıklar dinlenmiş ise veya baştan deliller karartılmışsa bu durum tutukluluk durumunun gerekçesi olmaktan çıkar. Bu itibarla soruşturma evresinde ve kovuşturma evresinin ilk aşamalarında tutukluluk halinin devamına dair kararlarda bu nedene dayanılabilirse de delillerin ortaya konulması ve tartışılması aşamasında artık bu neden tutukluluk halinin gerekçesi olamaz (*Muller/Fransa, 21802/93-17.03.1997; Kemmache/Fransa, 12325/86 - 27.11.1991*).

Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, tutuklama isteminde delillerin karartılması şüphesinin bulunduğu şeklinde bir nedene yer vermiş ise, tutuklama kararının verilmesi sırasında delillerin toplanmış olduğu ve karartılması tehlikesinin bulunmadığı şeklindeki bir savunmanın etkili olması oldukça zordur. Bununla beraber, şüpheli veya sanığın kişiliği, ahlaki yapısı ve suçtan sonraki davranışları gibi hususlar üzerinde durularak delilleri karartma şüphesinin bulunmadığı hususunda merci ikna edilmeye çalışılmalıdır.

1.5.2.2.c Katalog Suçlar

Maddenin 3 üncü fıkrasında, bu fıkarda sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde, “*tutuklama nedeni varsayılabilir*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. 100 ncü maddenin 1. fıkrasında 6526 sayılı Kanunla yapılan değişiklik dikkate alındığında, “*Kuvvetli suç şüphesinin varlığı*” ibaresi “*somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesinin varlığı*” şeklinde anlaşılmalıdır.

Ancak bu hüküm, katalog suçtan şüpheli bir kimşenin tutuklanmasının zorunlu olduğunun kabulü gerekeceği şeklinde yorumlanmaya müsaittir⁶⁵ ve mahkemelerce, “*tutuklama zorunluluğu*” bulunduğu şeklinde bir kanı oluşmuş bulunmaktadır.⁶⁶ Ayrıca kategorik olarak tutuklama kararı verilmesi Anayasa m. 19 hükmüne aykırıdır.⁶⁷ Öğretide de bu düzenleme eleştirilmekte ve katalog suçların varlığı konusunda kuvvetli suç şüphesinin bulunmasının, mecburi tutuklama olarak algılanmaması, sırf

65 Tutuklama Raporu, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, 10 Ağustos 2010 Ankara, s.29-32.

66 Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2010 s. 341.

67 Katoğlu, 22.

bu nedenle otomatik tutuklama kararı verilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁸

AİHM, makul şüphe bulunması koşuluyla, tutuklama nedeni aranmaksızın suçun ağırlığına bağlı olarak tutuklama kararı verilmiş olmasını, AİHS'nin 5/1-c maddesine aykırı bulmamaktadır. Ancak bu şekilde katalog suça dayalı tutuklama kararı, en fazla 30 - 40 gün için geçerlidir. Dolayısıyla bu süreden sonra, ilk defa verilecek olan tutukluluk halinin devamına dair kararda kaçma ve delilleri karartma şüphesini ortaya koyan olguların gösterilmesi gerekir (*Shishkov/Bulgaristan*, 38822/97- 09.01.2003; *Mooren/Almanya*, 11364/03- 09.06.2009). Ayrıca AİHM'ne göre sadece suçun cezasının ağırlığı, kaçma riski bulunduğu gerekçe yapılamaz (*Man-sur/Türkiye*, 16026/90- 08.06.1995).

68 Yenisey/Nuhoğlu, madde 100 açıklaması s. 920; Özbek/Kanbur/Dوغان/Bacaksız/Tepe, s. 293. Yıldız, Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Adli Kontrol" Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku, İstanbul 2011, (Hazırlayan Feridun Yenisey/Ulrich Sieber (eds), Bahçeşehir Üniversitesi Yayını) s. 645-650 (s. 631-697).

1.5.2.3 Ölçülülük

Tutuklama kararı verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve tutuklama nedeninin bulunması yetmez; ayrıca işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmalıdır (*CMK m. 100/1*). Yani şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi ileride haksızlığa neden olacaksa tutuklama kararı verilemez. Aynı şekilde başka bir tedbirle, örneğin adli kontrol uygulaması ile, amaca ulaşılabilecek durumlarda tutuklamaya başvurulamaz.⁶⁹ Durum böyle olmasına rağmen uygulamada genellikle ölçülülük ilkesi tartışılmadan tutuklama kararı verilmektedir.⁷⁰

Müdafî, tutuklama öncesi soruşturma evrakını incelemek suretiyle, somut olayın gerçekleşme biçimini, suçun niteliğini ve yasanın söz konusu suç için öngördüğü yaptırım türünü, cezanın erteleme ve seçenek yaptırımlara çevrilmesi ihtimallerini göz önünde tutarak bu koşulun bulunup bulun-

69 Centel, Nur, İÜHFMC. LXXI, S. 1, s. 193-206, 2013.

70 BAU Hukuk Fakültesi'nde 13.12.2013 tarihinde yapılan "Tutuklama Uygulamaları ve Savunmanın Rolü" Sempozyumunda sunulan raporda, İstanbul Çağlayan, Bakırköy ve Kartal Adliyelerinde incelenen 750 tutuklu dosyadan sadece birinde ölçülülük ilkesi tartışıldıktan sonra tutuklama kararı verildiği belirtilmiştir.

madığını araştırmalı ve tutuklama sırasında şüpheli veya sanık lehinde yaptığı tespitleri savunma olarak ileri sürmelidir. Yoksa sadece tutuklamanın ölçünlük ilkesine aykırı olduğunu söylemek yeterince inandırıcı ve ikna edici olmayacaktır. Diğer taraftan, CMK'nın 109'uncu maddesinde yer alan adli kontrol tedbirleri, şüpheli veya sanığın kaçmasını önlemeye yönelik olduğundan, bu tedbirler üzerinde durulmalı ve şüpheli veya sanık yönünden en uygun tedbire hükmedilmesi konusunda gerekli açıklamalara savunmada yer verilmelidir.

1.5.2.4 Tutuklama Yasağı Bulunmamalıdır

CMK m. 100/4 (*6352 ile değişik*)' e göre sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Ayrıca Çocuk Koruma Kanunu m. 21'e göre, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.

1.5.2.5 Yargılama Şartı Gerçekleşmiş Olmalıdır

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi suçlarda, bu şart gerçekleşmemiş ise tutuklama kararı verilemez.

1.5.2.6 Mahkemece Güvence Belgesi Verilmemiş Olmalıdır

Mahkemece, gaip (244/1) veya kaçak (CMK m. 247/1) sanık hakkında mahkemeye gelmesi halinde, tutuklanmayacağı hususunda güvence belgesi verilmesi mümkündür (CMK m. 246/1; 248/7). Böyle bir güvence verilmiş ise tutuklama kararı verilemez; verilirse hukuka aykırı olur. Sanık hapis cezası ile mahkûm olur veya kaçmak hazırlığında bulunur veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymazsa bu belgenin hükmü kalmaz (CMK m. 246/2).

1.5.2.7 Adli Kontrol Uygulaması İle Amaca Ulaşılması Mümkün Olmamalıdır

Tutuklama kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakması sebebiyle koruma tedbirlerinin en ağıdır. Hâlbü-

ki temel hak ve özgürlüklere müdahalenin meşru sayılabilmesi, müdahalede zorunluluk bulunmasına ve alınan tedbirin ölçülü olmasına bağlıdır. Bu itibarla, özellikle sadece kaçma şüphesinin söz konusu olduğu durumlarda tutuklama kararı vermemek, bunun yerine kişinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak daha hafif bir tedbire başvurmak gerekir. Bu hususu göz önünde bulunduran 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 109 - 115 inci maddelerini, aynı amacı güden, fakat tutuklamaya göre kişi özgürlüğünü daha az kısıtlayan “adli kontrol” kurumuna ayırmıştır.

Adli kontrol, tutuklamaya alternatif bir tedbir olarak kabul edilmiştir. Şüphesiz, kişinin adli kontrol altına alınabilmesi için tutuklama sebeplerinin varlığı şarttır. Tutuklamanın koşulları gerçekleşmemiş ise, hâkim, adli kontrol altına alma kararı da veremez. CKM m. 109/1 hükmüne göre hâkim, tutuklama nedenlerinin bulunması halinde, tutuklamaya karar vermeden önce adli kontrol tedbirleri⁷¹ ile amaca ulaşmanın mümkün olup olmadığını dikkate almak ve bu konuda bir değerlendirme yapmak zorundadır. Bu değerlendirmede, ancak adli kontrol

uygulanması ile amaca ulaşılamayacağı sonucuna vardığı takdirde tutuklama kararı verecektir. Aksi halde kişinin adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Bu husus sadece tutuklama kararının verilmesi sırasında değil, aynı zamanda tutukluluk halinin incelenmesi sırasında da göz önünde bulundurulması gereken bir ilkedir. Nitekim AİHM, Sözleşmenin 5 inci maddesi 3 üncü fıkrasının son cümlesine göre, kişinin salıverilmesini duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlamak mümkün olduğunda, tutuklunun salıverilmesi gerektiğini belirtmiştir (*Letellier/Fransa*, 12369/86, 26 Haziran 1991; *Wemhoff/Federal Almanya*, 27 Haziran 1968). AİHM’ne göre, savunmanın adli kontrol uygulamasına ilişkin talepleri değerlendirilmeksizin yerel mahkemece, sanığın tutukluluk halinin devamına karar verilmesi Sözleşmenin 5 inci maddesini ihlâl eder (*Mamedova/Rusya*, 7064/05, 1 Haziran 2006).

Bu nedenle müdafî, gerek tutuklama duruşmasında gerek tutuklama kararının verilmesinden sonraki aşamalarda salıverme taleplerinde, somut öneriler getirmek suretiyle adli kontrol uygulanması talebinde bulunmalıdır.

⁷¹ Adli kontrol tedbirleri, CMK m. 109/3 te sayılmıştır.

1.5.3 Tutuklama İstemi

CMK m. 101/1'e göre, Cumhuriyet Savcısı ister soruşturma evresinde ister kovuşturma evresinde olsun tutuklama isteminde bulunduğu, gerekçe göstermeli ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer vermelidir. Ancak üzülererek belirtmek gerek ki,

! Bahçeşehir Hukuk Fakültesi tarafından İstanbul'daki Çağlayan, Bakırköy ve Kartal adliyelerinde yapılan araştırma, savcılarının %97 sinin gerekçe göstermeksizin tutuklama isteminde bulunduğunu, sadece %3 ünde gerekçe gösterdiklerini ortaya koymuştur.

Gösterilen gerekçelerin ise, genellikle kanun hükmünün tekrarından ibaret kaldığı anlaşılmıştır. Örnek vermek gerekirse Cumhuriyet Savcılığı tutuklama istemlerinde “*şüphelinin isnat olunan suçta işlediği hususunda kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut olguların bulunduğu, suçun niteliği, delillerin toplanmamış olması sebebiyle şüphelinin kaçma ve delilleri karartma şüphesinin bulunduğu*” belirtilmekte ve “*adli kontrol uygula-*

masının yetersiz kalacağı” şeklinde soyut bir ifadeye yer verilmektedir. Bununla beraber tutuklama isteminden %97 sinin mahkemece kabul edildiği, sadece %3 ünün reddedildiği görülmüştür. Diğer taraftan tutuklama isteminde gerekçeye yer verilmiş olmasının ceza yargılaması hukuku bakımından bir müeyyidesi yoktur. Bu husus Cumhuriyet Savcısının mesleki yükselmesinde de dikkate alınmamaktadır. Bu durumda müdafî, Cumhuriyet Savcısının isteminde gerekçe göstermemiş olmasını, tutuklama nedenlerinin bulunmadığı ve şüpheli veya sanığın tutuklanması gerektiğine inanmadığı şeklinde değerlendirerek istemin reddine karar verilmesini isteyebilir.

1.5.4 Tutuklama Kararının Verilmesi

1.5.4.1 Usul

Soruşturma evresinde tutuklama istenildiğinde, şüpheli soruşturma evrakı ile birlikte yetkili hâkim huzuruna çıkarılır. Bu iş için şüphelinin yüzüne karşı celse açılır (tutuklama duruşması). Şüpheli CMK m. 147 de gösterilen usule göre sorguya çekilir. Sorgu sırasında müdafî hazır bulunur

(CMK m. 101/3). Müdafinin hazır bulunması sadece bir şekilden ibaret değildir. Şüphelinin, avukatın yardımından yararlanma hakkının (AİHS m. 6/3-c) bir gereğidir. Müdafinin şüpheliye gerekli hukuki yardımda bulunabilmesi ise, tutuklama öncesi dosyayı inceleme hakkı ve şüpheli ile görüşme hakkının bulunması halinde bir anlam ifade eder. Bu nedenle müdafinin dosyayı inceleme hakkı (CMK m. 153; AİHS m. 6/3-b) ve müdafinin şüpheli ile görüşme hakkı (CMK m. 154; AİHS m. 6/3-b) güvence altına alınmıştır.

Tutuklama kararı verildiğinde, kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir (CMK m. 101/2).

! Şüpheli veya sanığın yokluğunda/gıyabında tutuklama kararı verilemez.

Bunun iki istisnası vardır: *İlki*, kaçak hakkında yokluğunda tutuklama kararı verilmesine olanak sağlayan CMK'nın 248/5 inci maddesi hükmüdür. *İkincisi*, suçluların geri verilmesi istendiğinde ve geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna mahkemece karar verilmesi halinde tutuklama kararı verilebileceğini düzenleyen TCK'nın 18/6-7 inci maddesi hükmüdür.

Ceza Muhakemesi Kanunu, tutuklama kararı verilmesini belirli koşulların bulunması halinde kabul etmekle beraber, bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Tutuklama koşullarının gerçekleşmiş olması, mutlaka tutuklama kararı verilmesini gerektirmez. Hâkim hem tutuklama nedenleri hem de tutuklamada kamu yararı bulunup bulunmadığını serbestçe değerlendirdikten sonra tutuklama konusunda bir karar vermelidir. Esasen tutuklamanın ceza olmayıp bir koruma tedbiri olması özelliği, bu tedbire zorunlu hallerde güdülen amaçla sınırlı ve geçici olarak başvurulmasını; tutuklama sebepleri ortadan kalkınca da, tutuklunun salıverilmesini zorunlu kılar. Sonuç olarak tutuklama ihtiyari bir tedbirdir.

1.5.4.2 Yetkili Hâkim

Tutuklamaya soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde davaya bakan mahkeme tarafından karar verilir.

1.5.4.3 Tutuklama Kararı İle Tutukluluk Halinin Devamına Veya Tahliye İsteminin Reddine İlişkin Kararların Gerekçesi

Tutuklama kararlarının gerekçelerinin içeriğinin ayrıntılı olması gerekir.

AİHM uzun süre tutuklu kalan sanıkların aynı basmakalıp gerekçelerle tutukluluğunun devamına karar verilmesini kabul etmediğinden, ülkemiz aleyhine çok sayıda ihlâl kararı verilmiş, Türkiye, başvuruculara önemli bir miktarda tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Bunun üzerine 12.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanununun 97’nci maddesi ile CMK’nın 101’inci maddesinin 2 nci fıkrası değiştirilmiştir. Bu düzenlemeye göre tutuklamaya tutukluluk halinin devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

- a) Kuvvetli suç şüphesinin,
- b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,
- c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bundan başka adli kontrol uygulamasının neden yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere de yer

verilmelidir. Bu maddedeki “kuvvetli suç şüphesi” ve “olgular” kavramlarını 6526 sayılı yasanın 100. maddede yapmış olduğu değişikliğe göre okumak gerekmektedir.

Şüpheli veya sanığa isnat olunan suçun CMK’nın 100/3’üncü maddesinde yazılı (katalog) suçlardan olması sebebiyle, tutuklama nedeni var sayılarak tutuklama kararı verilmiş ise, tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlarda, tutuklama nedeni veya nedenleri gösterilmelidir. Şüphesiz, sadece “kaçma şüphesi bulunduğu” şeklinde soyut bir gerekçe yeterli sayılmaz. Nitekim *Mansur-Türkiye* (16026/90- 8 Haziran 1995) davasında AİHM, “*kanunların özellikleri*” şeklindeki bir gerekçenin iddia edildiği şekilde başvuru sahibinin kaçması riskini doğurmadığını belirtmiştir. Mahkeme bu konuda şöyle demiştir.

“Mahkeme bir sanığın kaçmasına ilişkin tehlikenin sadece söz konusu cezanın ağırlığı bazında değerlendirilmeyeceğine işaret etmektedir. Bu aynı zamanda, bir kaçma tehlikesinin mevcudiyetini teyit eden veya kaçma ihtimalinin yargılanmak üzere tutuklu tutulmayı haklı çıkarmayacak derecede düşük

olduğunu ortaya koyan başka ilgili etkenlere göre değerlendirilmelidir.

Söz konusu davada, birinci mahkemenin tutukluluk halini teyit eden emirlerinde, kaçmaya ilişkin bir tehlikenin neden olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmaksızın, basmakalıp denmese de, hemen her zaman aynı kelimeler kullanılmıştır.”

Tutuklama kararında, tutuklama nedenlerine ilişkin gerekçeden başka, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekli de gösterilir (CMK m. 34/2; AY m. 40). CMK, söz konusu kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabileceğinden, söz konusu kararlarda, karar tarihinden itibaren yedi (7) gün içinde kararı veren mahkeme veya hâkimliğe verilecek bir dilekçe ile itiraz edilebileceği belirtilmelidir (CMK m. 268/1).

1.5.5 Tutuklunun Salıverilme Hakkı

Şüpheli veya sanığın salıverilme hakkı CMK m. 104’te düzenlenmiştir. Bu hükme göre soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir. Bu husus so-

ruştırma evresinde sulh ceza hâkimliğince, kovuşturma evresinde davaya bakmakta olan mahkemeye karar verilir. Salıverilme isteminin reddine dair kararlara itiraz edilebilir. Bu hak, Anayasanın 19/8 inci maddesinde, “*Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciiine başvurma hakkına sahiptir.*” denilmek suretiyle güvence altına alınmıştır.

1.5.6 Tutukluluk Durumunun İncelenmesi

Tutukluluk süresinin uzayıp cezaya dönüşmesini önleyen tedbirlerden biri de CMK m. 108’le, şüpheli veya sanığın tutukluluk durumunun incelenmesi konusunda yargı organlarına getirilmiş bulunan yükümlülüktür. Bu madde, soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğinin sulh ceza hâkimi tarafından incelenmesini emretmektedir. Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı belirtilen sürelerde sulh ceza hâkiminden inceleme

talebinde bulunur. Belirtilen süreler içinde şüpheli de tutukluluk durumunun incelenmesini isteyebilir (m. 108/2).

Kovuşturma evresinde bu inceleme, her oturumda davaya bakmakta olan mahkeme tarafından, sanığın isteği üzerine veya resen yapılır (m. 108/3). İncelemeden maksat, şüpheli veya sanığın tutukluluk durumunun devam edip etmeyeceği bakımından koşullarda değişiklik olup olmadığının araştırılmasıdır.

Anayasanın 38 inci maddesiyle güvence altına alınan suçsuzluk karinesi, soruşturma ve kovuşturma süresince kişi özgürlüğünün esas, tutuklamanın ise istisna olmasını gerektirir. Tutukluluğun devamı, ancak kişi özgürlüğü ve güvenliğinden daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı görülebilir. AİHM kararları da bu yönde istikrar kazanmıştır (*Labita/ talya*, 26772/95 - 06.04.2000).

Soruşturma evresinde suçun cezasının ağırlığına bağlı olarak tutuklama kararı verilebilirse de, tutukluluğun devamı için, bunu haklı gösterecek sebep ve dayanakların bulunması ve bunların karar gerekçesinde gösterilmesi gerekir. CMK'nın 100'üncü

maddesinin 1. fıkrasında 6526 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin, bu tür gerekçelerle tutuklama veya tutukluluk halinin devamına kararı verilmesini ve böylece hak ihlallerini önlemek amacıyla yapıldığı hatırdan çıkarılmamalıdır.

AİHM, *Tomasi/Fransa* (12850/87- 27.08.1992) kararında bu konudaki görüşünü şu şekilde açıklamıştır.

“Tutukluluk halinin uzatılmasında basmakalıp aynı gerekçelerin kullanılması, başlangıçta kabul edilebilmekte, ancak soruşturma veya yargılama uzadıkça, sadece bu basmakalıp gerekçelerle tutukluğun uzatılmasında 5/3'ün ihlâl edildiğine karar verilebilmektedir. Bu gerekçelerin her zaman olgulara dayanması, mevcut olgulara da aykırılık teşkil etmemelidir. Yurt dışında olduğu için gıyabi tevkif müzekkeresi infaz edilemeyen sanığın kendiliğinden yurda dönüp teslim olması halinde, tutukluluğunun devamında, “kaçma şüphesinin varlığının” gerekçe olarak gösterilmesi, mevcut olgularla çelişeceği için kabul edilmez bulunabilir. Tutuklu sanıkların soruşturma ve yargılanmaları hızlı bir şekilde yürütülmelidir. Bunda, soruşturma ve yargılama mercilerine atfedilecek gecikme veya ihmal, söz konusu maddenin ihlâlini doğurabilecektir.”

Anayasa Mahkemesinin kararları da aynı doğrultudadır. Yüksek Mahkemeye göre tutukluluğun devamı ancak masumiyet karinesine rağmen Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı bulunabilir. Bir davada tutukluluğun makul süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle ilk derece mahkemelerine düşen bir görevdir. Dolayısıyla bu amaçla yapılan inceleme sonunda verilen tutukluluk durumunun devamına ilişkin kararlarda, hâkim veya mahkemece, bunu haklı kılan olgu ve olayların ortaya konulması, karar gerekçesinde bunlara yer verilmesi gerekir (AYM B. No.:2012/1137-02.07.2013; B. No.:2014/9-03.01.2014). CMK'nın 100 üncü maddesinin 1. fıkrasında 6526 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin, bu tür gerekçelerle tutuklama veya tutukluluk halinin devamına kararı verilmesini ve böylece hak ihlallerini önlemek amacıyla yapıldığı hatırdan çıkarılmamalıdır.

Hakkında kuvvetli suç şüphesinin bulunan bir kişinin kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek amacıyla tutuklama kararı verilebilir. Başlangıçta tutuklama kararı verilmesi için gösterilen bu ne-

denler belirli bir süre için yeterli görülebilirse de, kanuni sürenin uzatılması sonucunu doğuran tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlarda, tutuklama nedenlerinin hala devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir.

1.5.7 Tutukluluk Süresi

Tutuklama, şüpheli veya sanığın kaçmasını ve delillerin karartılmasını önlemek amacıyla kabul edilmiş geçici bir tedbir olduğundan, bu nedenler ortadan kalktığında tutuklamaya da son verilmelidir. Diğer taraftan tutukluluk süresinin mahkûmiyet halinde verilmesi beklenen ceza süresine çok yaklaşması, yani tutuklamanın cezaya dönüşmesi, masumiyet karinesine aykırı düşer. Bu nedenle tutukluluk süreleri hem anayasalar ve ulusal yasalarla hem de uluslararası metinlerle sınırlandırılmıştır. Nitekim Anayasanın 19'uncu maddesinin yedinci fıkrası ve AİHS'nin 5'nci maddesinin 3 üncü fıkrası, tutuklulukta makul süreyi teminat altına alırken CMK'nun 102'nci maddesi de azami tutukluluk sürelerini göstermiştir. Bu itibarla bu süreler hiçbir şekilde aşılmamalıdır. Tutukluluğun bu süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle davaya bakmakla

görevli mahkemenin görevidir. Ancak kanunla getirilen söz konusu üst sınırlar, makul sürenin aşılmadığı istisnai durumlar için geçerli olup hiçbir şekilde kişinin bu süre doluncaya kadar tutukluluğun sürdürebileceği anlamına gelmemelidir (*AYM 2. Bölüm, 21.11.2013 tarih ve Başvuru No.:2012/1303 sayılı Kararı*). Ne var ki, ülkemizde uzun yargılamalar, keyfi tutuklamalar, tutuklamanın ceza gibi görülüp uygulanması, ceza yargılamasının temel sorunlarından birini oluşturmaktadır.⁷²

1.5.7.1 Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tutukluluk Süresi

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, tutuklamanın cezaya dönüşmesini önlemek amacıyla bazı hükümler koymuştur. Bir taraftan azami süreler belirleyerek tutukluluk süresini sınırlandırırken (m. 102), diğer taraftan yargılama makamlarını, şüpheli veya sanığın tutukluluk durumunu belirli sürelerle incelemek ve tutuklama koşullarında değişiklik olup olmadığını değerlendirmekle yükümlü tutmuştur. Ayrıca şüpheli veya sanığa da bu konuda haklar tanımıştır. Böylece tutuklamanın makul bir süreyi aşip cezaya dönüşmesi engellenmek istenmiştir.

⁷² Şen, Ersan, Türk Yargısının Kronik Sorunu: Gereksiz tutuklama, Ersan Şen (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/934356-turk-yargisinin-kronik-sorunu-gereksiz-tutuklama>) erişim tarihi: 16.12.2013.

Ceza Muhakemesi Kanununun 102. maddesi tutuklukta geçecek azami süreleri belirlemiştir.

1.5.7.1.a Ağır Cezalık Olmayan Suçlarda Tutukluluk Süresi

Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir (m. 102/1). Dolayısıyla ağır cezalık olmayan suçlarda tutukluluk süresi en çok bir yıl altı aydır.

1.5.7.1.b Ağır Cezalık Suçlarda Tutukluluk Süresi

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez. Bu durumda ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından tutukluluk süresi, zorunlu hallerdeki uzatmalar ile birlikte beş yılı geçemeyecektir. Yargıtay da bu görüştedir:

(YCGK: 12.04.2011 tarih ve E.2011/1-51, K.2011/42 sayılı kararı).⁷³

⁷³ Sulh Ceza Mahkemelerinin görevi, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 10. maddesinde gösterilmiş olup, bu hükmeye

! 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi ile değiştirilen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 10'uncu maddesi ile kurulan terör ağır ceza mahkemelerinin bakmakla görevli oldukları TMK m. 10/5'te sayılan suçlar bakımından CMK m. 102'de belirtilen tutukluluk süresinin iki kat uygulanacağı hüküm altına alınmıştı. 10'uncu maddesinin bu hükmü Anayasa Mahkemesinin 04.07.2013 tarih ve E.2012/100, K.2013/84 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, iptal kararının 2.8.2013 tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmış ise de, Terörle Mücadele Kanununun 10'uncu maddesi, 6526 sayılı Kanununun 19'uncu maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle ağır cezalı suçların tamamında tutukluluk süresi azami beş yıldır. Bu sürenin aşılması halinde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabileceği unutulmamalıdır.

göre "iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler" sulh ceza mahkemelerinin görevine girmektedir. CMK'nun 100/4. maddesi gereğince sadece adli para cezasını veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceğinden, sulh ceza mahkemelerinin görevine giren suçlar bakımından azami tutukluluk süresinden de söz edilemez.

1.5.7.1.c Uzatma Kararları

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kural olarak tutukluluk süresi; ağır cezalı olmayan suçlarda bir yıl, ağır cezalı suçlarda iki yıldır. Bu süreler ancak zorunlu hallerde uzatılabilir.

Bir davada tutukluluğun makul süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle ilk derece mahkemelerine düşen bir görevdir. Dolayısıyla bu amaçla yapılan inceleme sonunda verilen tutukluluk durumunun devamına ilişkin kararlarda, hâkim veya mahkemece, bunu haklı kılan somut delillerin ortaya konulması, karar gerekçesinde bunlara yer verilmesi gerekir. Azami sürenin gerekçe gösterilmeden genel ifadelerle uzatılması, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlâlini neredeyse otomatik, makul sürede yargılama hakkının ihlâlini ise potansiyel hale getirebileceğinden kabul edilemez (AYM B. No.:2012/1137-02.07.2013; B. No.:2014/9- 03.01.2014).

Bilindiği üzere, hakkında kuvvetli suç şüphesinin bulunan bir kişinin kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek amacıyla tutuklama kararı verilebilir. Dolayısıyla bir kimsenin gerekçeden tamamen

yoksun bir mahkeme kararıyla tutuklanması veya tutukluluğun uzatılması kabul edilemez (*Belevitskiy/Rusya*, 72967/01- 01.03.2007; *Nakhmanovich/Rusya*, 55669/00- 02.03.2006). Çok kısa gerekçelerle veya yasal hiçbir hüküm göstermeden tutuklama kararı vermek veya tutukluluğu devam ettirmek de aynı sonucu doğurur (*Mooren/Almanya*, 11364/03- 09.07.2009). Başlangıçta tutuklama kararı verilmesi için gösterilen bu nedenler belirli bir süre için yeterli görülebilirse de, kanuni sürenin uzatılmasına ilişkin kararlarda, tutuklama nedenlerinin hala devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler “*ilgili*” ve “*yeterli*” görüldüğü takdirde yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, örgütsel suçlardan olup olmadığı, sanık sayısının çokluğu gibi hususlar, sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken faktörlerdir. Tüm bu unsurlar birlikte değerlendirildiği takdirde sürenin makul olup olmadığı hususunda bir kanaate ulaşılabılır (*AİHM, Chraidi/Almanya*, 65655/01- 26.10.2006).

1.5.7.1.d Tutukluluk Süresinin Hesaplanması

Tutuklama, hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması devam eden şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilen bir tedbirdir. CMK m. 2’ye göre şüpheli; soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık; kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanunumuz açısından, hüküm verilinceye kadar olan tutuklama ile hükmün verilmesinden, hükmün kesinleşmesine kadar devam eden tutuklama arasında bir fark yoktur. Bu nedenle CMK m. 102’de gösterilen azami süreler, hüküm verildikten sonra hükmün kesinleşmesine kadar geçen tutukluluk süresinin, hükümden önceki süreye eklenmek suretiyle hesaplanması gerekir. Bir başka ifadeyle CMK m. 102’de gösterilen sürelerin hesabında kişinin tutuklandığı (yakalama veya gözaltına alınmış ise bu tarihten) tarihten itibaren hükmün kesinleşmesine kadar olan süreçte tutuklu kaldığı süre dikkate alınmalıdır.

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.04.2011 tarih ve 2011/1-51- 42 sayılı kararında, CMK’nun

102. maddesinde belirtilen tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen sürenin dikkate alınması gerektiğini, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen sürenin hesaba katılmayacağını belirtmiştir. Yargıtay'a göre, hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır.⁷⁴

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu kararlarında, tutukluluk süresinin hesabında ilk derece mahkemesi önünde yargılama aşamasında geçen sürenin dikkate alınması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Anayasa Mahkemesine göre "kişi yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm edilmişse, bu kişinin hukuki durumu 'bir suç isnadına bağlı olarak tu-

tuklu' olma kapsamından çıkmakta ve tutmanın nedeni ilk derece mahkemesince verilen 'hükme bağlı olarak tutma' haline dönüşecektir." (AYM 2. Bölüm, 21.11.2013 tarih ve Başvuru No.:2012/1303 sayılı ve 02.07.2013 tarih ve Başvuru No.: 2012/1137 sayılı Kararları).

Ancak böyle bir yaklaşım, Ceza Muhakemesi Kanununa ve yargılama hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 2/1-b'ye göre sanıklık statüsü, hükmün kesinleşmesine kadar devam etmektedir. Bu durumda, ister soruşturma evresinde veya kovuşturma evresinde yargılamanın devamı sırasında ister hükümlerle birlikte verilmiş olsun, tutuklama kararları arasında nitelik bakımından fark yoktur. Bir başka ifadeyle tutuklamayı, hükümden önceki tutukluluk ve hükümden sonraki tutukluluk olmak üzere ikiye ayırmak CMK'da yeni bir düzenleme yapılmadığı sürece, mümkün değildir. Her ne kadar ilk derece mahkemesi sübut konusunda bir kanaate varmış ise de, bu kanaat, hüküm kesinleşmediği sürece şüpheden öteye gidemeyecektir. Bu nedenle hükümlerle birlikte verilen tutuklama veya tutukluluk halinin devamı kararlarının koşulları ile diğerlerinin koşulları ara-

⁷⁴ Yargıtay 3. CD'nin 29.03.2011 tarih ve E.2011/3- 49, K.2011/28 sayılı Kararında da, tutuklulukta makul süre değerlendirilmiştir. Daire, sanık hakkında yerel mahkemeye verilen mahkûmiyet hükmünü usule aykırılıktan bozmuş, fakat sanığın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. Böyle bir karara varılırken "hükmolunan ceza miktarı" ve "temyizde geçen sürenin tutuklulukta geçen makul süreden sayılmayacağı" şeklinde bir gerekçeye yer verilmiştir.

sında fark bulunmamaktadır. Şunu da belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi, birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların birleştirilerek tek bir dosya üzerinden yürütülmesi durumunda, uygulanan tutuklama tedbirinin suçların tamamı açısından sonuç doğuracağını, bu nedenle tutukluluk süresinin birleştirilen davalara konu tüm suçlar açısından azami beş yıl olması gerektiğini de belirtmiştir. Tutuklama bir yaptırım olmadığından, aynı dosya kapsamındaki her suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez. Bununla beraber suç ve sanık sayısı, davanın karmaşıklığı gibi etkenler, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusundaki değerlendirmede ele alınabilecek faktörler olup, bunların kanunda belirtilen tutukluluk süresinin belirlenmesine esas alınmaları mümkün değildir. Çünkü tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içindeki yeri, 102 nci maddenin lafzı ve amacı ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması gerektiği birlikte değerlendirildiğinde, aksine bir sonuca varmak mümkün değildir (AYM 2.Bölüm. 02.07.2013 tarih ve Başvuru No.: 2012/1137 sayılı Kararı).

1.5.7.2 Tutukluluk Süresi

Tutuklamanın ceza olmayıp bir koruma tedbiri olması özelliği, bu tedbire zorunlu hallerde güdülen amaçla sınırlı ve geçici olarak başvurulmasını; tutuklama sebepleri ortadan kalkınca da, tutuklunun salıverilmesini zorunlu kılar. Diğer taraftan, Sözleşmenin 6/2. maddesine göre herkes, hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar masum sayılır. Buna karşılık tutuklama nedenleri ortadan kalkmasına rağmen tutukluluğun sürdürülmesi cezaya dönüşür; hakkında henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş bir kimsenin tutukluluğunun uzun sürmesi, o kişinin toplumda, suçlu olarak algılanmasına neden olur. Hâlbuki kişinin lekelenmeme hakkı vardır. Tutukluluğun gerektiğinden uzun sürmesi ise, bazı hallerde kişinin söz konusu hakkını ihlâl eder yani suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturabilir. Nitekim Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasında, tutuklanan “...kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre, ceza yargılamasında tutukluluk hali, makul süre devam edebilir. Bu süre içerisinde hüküm verilmemişse, tutukluluğa son verilmelidir.

Sanık da tutukluluğuna son verilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hak öğretide ve AİHM kararlarında, “tutuklamada makul süre hakkı” olarak ifade edilmektedir.

1.5.7.2.a AİHS ve AİHM Kararlarında Tutukluluk Süresi

Sözleşmede tutukluluk süresi ile ilgili olarak açık bir hüküm yoktur. Makul süre kavramı, AİHM kararları ile bir anlam kazanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası açısından tutuklamada makul sürenin aşılp aşılmadığını değerlendirirken, öncelikle ulusal mevzuatın tutuklamaya ilişkin hükümlerinin Sözleşmeye uyumunu incelemekte, burada Sözleşmeye aykırılık bulunmadığı takdirde, somut olayda ulusal mevzuata göre tutuklama koşullarının bulunup bulunmadığını araştırmaktadır. Bu bağlamda zamanla bu koşullarda değişiklik olup olmadığını incelemektedir. Bu aşamada tutuklama kararında gösterilen gerekçeleri de incelemekte, “suçun niteliği, delil durumu, dosya kapsamı” gibi soyut ve basmakalıp sözlerden oluşan gerek-

çeleri yeterli kabul etmemektedir (*Sarar/Türkiye*, 1947/09, 27.03.2012; *Aysu/Türkiye*, 44021/07-13.03.2012 (prg. 48-49) ve bu kararda zikredilen; *Atıcı/Türkiye*, 19735/02- 10.05. 2007; *Solmaz/Türkiye*, 27561/02 - AİHS 2007- II (Özetler), *Derreci/Türkiye*, 77845/01- 24.05.2005; ve *Tacıroğlu/Türkiye*, 25324/02- 02.02.2006). Tutuklama için gerekli koşullara uyulmuş ise, AİHM, bu aşamada tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmaktadır. Tutuklama koşulları bulunmamasına veya koşullar ortadan kalkmasına rağmen tutukluluk hali sürdürülmüş ise, süre ne olursa olsun AİHM, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlâline karar vermektedir. Sürenin makul olup olmadığını incelerken, yargı makamlarının işi sürüncemede bırakıp bırakmadığını, delillerin toplanması ve suçun niteliği yönünden olayın karmaşıklığını, sanığın tutukluluk durumunun periyodik bir şekilde gözden geçirilip geçirilmediğini göz önünde tutmaktadır.

Tutukluluk süresiyle ilgili olarak AİHS'nin 5. maddesi açısından her dava için geçerli olabilecek genel bir üst sınır belirleme olanağı yoktur. Bununla beraber AİHM, tutukluluk süresinin aşırı uzun olduğu

davalarda AİHM'nin 3. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.

! AİHM, genel olarak 5 yılı aşan tutukluluk süresinin makul süreyi aştığını (aşırı olduğunu) kabul etmektedir. Bununla birlikte iki yıl, hatta daha az süreleri de, makul kabul etmediği, kararları vardır (*Bykov/Rusya*, 4378/02- 10.03.2009). Bu kararda başvuran Bykov'un tutukluluk süresi, 1 yıl 8 ay 15 gündür. *Bati ve diğerleri/Türkiye*, (33097/96 ve 57834/00- 03.06.2004) kararında da AİHM, 1 yıl 8 ay tutukluluğun makul süreyi aştığını belirtmiştir.

Buna karşılık tutukluluk durumunun uzamasının, davanın karmaşıklığı ve şüpheli veya sanığın tutumundan ileri gelen durumlarda (4 yıl üç gün süren tutuklulukta) AİHM, makul sürenin aşılmadığını kabul etmiştir (*Chraidi/Almanya*, 65655/01, 26 Ekim 2006). Aynı şekilde, üç yıl bir ay yirmi yedi günlük tutuklama süresinin, sanığın kaçma riskinin devam etmesi nedeniyle makul süreyi aşmadığı sonucuna varmıştır (*Van der Tang/İspanya*, 19382/92- 13 Temmuz 1995).

! AİHM'ne göre yakalama ve gözaltına alınma halinde, bu süre tutuklama kararının verildiği tarihte değil, yakalama tarihinde başlar. Sürenin sona erdiği tarih ise, karar tarihi değil, şüpheli veya sanığın bizzat serbest bırakıldığı tarihtir. Diğer taraftan başvuru tarihinde tutukluluk hali devam ediyorsa süre, mahkemece mahkûmiyet kararının verildiği tarihte sona ermiş sayılır. Bir başka ifadeyle temyiz incelemesi sırasında tutuklu olarak geçen süre, makul sürenin hesabında dikkate alınmaz. Ancak Yargıtay'ın bozmasından sonra yargılama tutuklu olarak sürdürülmüşse, bozmadan sonraki tutukluluk süresinin önceki tutukluluk süresine eklenmesi gerekir (*Çayan Bilgin/Türkiye*, 37912/04- 08.12.2009; *M./Almanya*, 19359/04- 17 Aralık 2009).

! Ancak AİHM'nin makul sürenin, yerel mahkemece verilen mahkûmiyet kararı ile sona ereceğine ve temyiz aşamasında geçen sürenin, makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınmayacağına, fakat bozmadan sonraki tutukluluğun ilk tutukluluk süresine eklenmesi gerektiğine ilişkin kararının uygulanmasına mevzuatımız bakımından imkân yoktur.

Çünkü ceza yargılaması hukukunda tutuklama, soruşturma veya kovuşturma evrelerinde verilebilen bir koruma tedbiridir. 5271 sayılı CMK'nun 101. maddesine göre şüpheli veya sanığın tutuklanmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir. CMK'nun 2. maddesine göre kovuşturma evresi iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar olan süreci ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle sanıklık sıfatı hükmün kesinleşmesi ile sona ermektedir. Mahkûmiyet hükmünün infazı da, ancak bundan sonra mümkün hale gelmektedir. Bu itibarla tutuklu bir kimse, hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra hükümlü sayılır.

Uzun süren tutukluluk süreleri nedeniyle verilen ihlâl kararları, ülkemiz aleyhine AİHS'nin 5. maddesine ilişkin ihlâl kararlarının önemli bir bölümünü oluşturduğu halde,⁷⁵ yukarıdaki karar “*makul süre*” kavramını inceleyen ve AİHM'nin, AİHS'nin 5. maddesine getirdiği yorumu dikkate alan ilk Ceza Genel Kurul kararıdır. Ne var ki söz

⁷⁵ AİHM tarafından Türkiye aleyhine 5. maddesine aykırılıktan verilen ve Adalet Bakanlığının Web sitesinde yayımlanan ihlâl kararlardan gelişigüzel seçilen 95 karardan 70'i tutukluluk süresinin aşırı olmasına ilişkindir.

konusu kararda, AİHM'nin uygulamaları sanık aleyhine yorumlanmıştır.

Ancak ülkemizde tutuklulukta geçen süreyi mahkûmiyet öncesi tutukluluk, mahkûmiyet sonrası tutukluluk şeklinde bir ayırıma tabi tutmak mümkün değildir. CMK'na göre, mahkûmiyet kararı verilmesi ile kovuşturma evresi sona ermemekte ve hakkında mahkûmiyet kararı verilen kişinin “sanıklık” statüsü devam etmektedir. Bu statünün sona ermesi, hükmün kesinleşmesine bağlıdır. Hâlbuki temyiz kanun yoluna başvurma mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesini önler. Dolayısıyla bu durumdaki kişi sanık statüsündedir ve suçsuzluk karinesinden yararlanır. Bu itibarla tutukluluk süresi hesaplanırken, temyizde geçen süre de dikkate alınmalıdır. Bu sürenin hesaba katılmaması, istinaf mahkemeleri faaliyete geçtiğinde, istinaf incelemesinde geçen tutukluluk süresinin de dikkate alınmaması sonucunu doğuracağından son derece sakıncalıdır. Çünkü CMK m. 275'e göre istinafa başvurma, hükmün kesinleşmesini önler. Aksi halde hükümlü birlikte tutuklama kararı verildiğinde, tutuklulukta geçecek sürenin 5/3-c'yi ihlâl etmesi hiçbir zaman söz konusu olamayacak demektir ki, bu mantıkla bağdaş-

maz. AİHS m. 5/3 asgari standartları belirlemektedir. Daha lehe düzenleme yapılmasına engel yoktur. CMK'daki düzenleme, sanığın daha lehine bir düzenlemedir. Diğer taraftan CMK m. 102, makul süreyi değil, azami tutukluluk süresini belirlemiştir. Ayrıca ulusal hukuk, özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından AİHS'ne göre daha güvenceli ise, tutukluluk süresinin öncelikle ulusal hukuka göre değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir düzenlemenin varlığı halinde, ulusal hukuka aykırılık, AİHS'ne de aykırılık oluşturur. Kanaatimizce 102. maddedeki sürenin dolmamış olması, tek başına tutukluluk halinin devamının gereçesi olmamalıdır.

1.5.7.2.b Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Süre

Anayasa Mahkemesi tutuklulukta makul süre kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin görüşünü, ilke niteliğindeki 02.07.2013 tarihli *Ramazan Aras* kararında açıklamıştır. Yüksek Mahkemeye göre, hukuka uygun olarak tutuklanan bir kişinin, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti ve tutuklama nedeninin varlığı devam ettiği sürece ilke olarak belli bir süreye kadar tutukluluk halinin makul kabul edilmesi gerekir.

Ancak “...kanunla tutukluluk süresi için getirilen üst sınırlar makul sürenin aşılmadığı istisnai durumlar için geçerli olabilir ve hiçbir şekilde kişinin bu süre doluncaya kadar tutulabileceği anlamına gelmez. Aksine, üst sınırın aşılmadığı durumlarda dahi, tutukluluk makul süreyi aşmışsa, anayasal hakkın ihlâl edildiği sonucuna varılacaktır.”

Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görüşüne varmıştır. Mahkemeye göre, bir sanığın tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Bu bağlamda davanın karmaşıklığı, suçun organize nitelik taşıması, sanık sayısı gibi faktörler, sürenin makul olup olmadığına değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken unsurlardır.

Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurucunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı tarihtir.

1.5.8 Tutuklamada Müdafinin Görev ve Yetkileri

Müdafî, tutuklama öncesi şüpheli/sanıkla görüşmeli, tutuklama isteminin gerekçesini, soruşturma evrakını incelemeli, yukarıda açıklanan hususlarla ilgili olarak gerekli bilgi ve mümkün olduğunca belge toplamalıdır. Öncelikle dosyada mevcut delillerin şüphe oluşturup oluşturmadığı yönünden bir inceleme yapılmalıdır. Belirti delillerinin tek başına kuvvetli şüphe oluşturmayacağı unutulmamalıdır.

Tutuklama isteminde kaçma şüphesi nedenine dayanılmış ise, şüpheli veya sanığın kaçma riski bulunmadığını somut verilerle ortaya koymalıdır. Özellikle sanığın suçun işlenmesinden sonraki davranışları gösteren belge ve bilgiler incelenmeli, örneğin sanık suçun işlenmesinden hemen sonra kendiliğinden suç aracıyla birlikte teslim olmuş ise, bunun üzerinde ısrarla durulmalıdır. Aksi halde, müdafîin, “*müvekkil, sabit ikametgâh sahibidir, belli bir işi vardır*” şeklindeki soyut bir savunması, kaçma şüphesinin bulunmadığı konusunda yeterince ikna edici olmayacaktır. Nitekim öğretide, bu tür bir savunmanın hukukilikten uzak olduğu belirtilerek eleştirilmiştir.⁷⁶

Tutukluluk durumunun incelenmesi sonucu verilen tutukluluk halinin devamına ilişkin kararların her biri diğerinden bağımsızdır. Dolayısıyla söz konusu kararlara karşı AİHM’ne ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvurma süresi her karar için ayrı hesaplanır. Bu nedenle tutukluluk halinin devamına dair her karara itiraz edilmelidir. Ayrıca yeni durumlar ortaya çıktığında müdafî, tutukluluk durumunun incelenmesi ve salıverme talebinde bulunmalı ve bu talebin reddine ilişkin kararlara karşı itiraz yoluna başvurmalıdır.

Müdafî, gerek salıverme taleplerinde gerekse tutukluluk halinin devamına dair kararlara karşı itirazında gerekçe göstermelidir. Bu amaçla hazırladığı dilekçede, inceleme yapacak mercii, tutuklama nedenlerinin ortadan kalktığına ikna edecek olgu ve olaylara yer vermelidir. Tutuklama nedenlerinin niçin geçersiz hale geldiğini, somut bir şekilde ortaya koymalıdır. Adli kontrol uygulanmasını talep etmesi halinde ise, şüpheli veya sanığın kaçma veya delilleri karartma tehlikesi bulunmadığı hususunda yeterli ve somut güvenceler göstermelidir.

⁷⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, age. s. 292.

1.5.9 Tutuklama Nedeniyle Tazminat

Hukuka aykırı tutuklama nedeniyle şüpheli veya sanıkların uğradıkları zararın giderilmesi esaslı ilk kez 1961 Anayasasının 30'uncu maddesi ile düzenlenmişti. 1982 Anayasasının 19'uncu maddesinde de *"Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir"* hükmüne yer verilmiştir.

Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, koşulları bulunmadığı halde tutuklanan veya tutukluğunun devamına karar verilenler, kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlanma isteği kabul edilmeden tutuklananlar, kanuna uygun olarak tutuklandığı halde, makul süre içinde yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen kişiler, kanuna uygun olarak tutuklandıktan sonra hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatına karar verilen kişiler, tutuklama nedenleri kendisine bildirilmeyen kişiler, tutuklandıkları yakınlarına bildirilmeyen kişiler maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebilirler.

Ancak, CMK'nın 142'nci maddesine göre, tutuklama uygulamasında hukuka aykırılık nedeniyle tazminat isteminde bulunabilmek için, karar veya hükmün kesinleşmiş olması şarttır. Bir başka ifadeyle bu hüküm, hukuka aykırı olarak tutuklandığı kanaatinde olan bir kişiye, hakkındaki yargılamanın devamı süresince tazminat talebinde bulunma (davası açma) imkânı vermemektedir. AİHS m. 5/3'e veya 5/4'de aykırılık bulunan hallerde, kişinin AİHS m. 5/5 gereğince tazminat hakkı bulunduğunu belirten AİHM, böyle bir düzenlemenin AİHS'nin 5/5'nci maddesinin gereklerini karşılamadığı kanaatindedir (*Kürüm/Türkiye*, 56493/07, 26.01.2010; *Demir ve İpek/Türkiye*, 42138/07 ve 42143/07- 26 Ocak 2010). Bu gibi durumlarda, Anayasanın 90'uncu maddesi uyarınca Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

! Bu nedenle haksız tutuklama, tutukluluğun makul süreyi aşması ve tutuklamadaki diğer hukuka aykırılıklar nedeniyle hükmün kesinleşmesi beklemeden Anayasa Mahkemesine ve AİHM'ne bireysel başvuruda bulunulmalıdır.

(Tutuklama, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararlara karşı kanun yollarına başvuru için Kanun Yolları bölümüne; bu bağlamda verilecek dilekçelerle ilgili olarak Kontrol Listeleri bölümüne bkz.)

1.6 Kovuşturma Evresi

Kovuşturma evresi iddianamenin kabulü (CMK m. 175/1) kararıyla başlayıp hükmün Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmesine (CMK m. 305 vd. ve 323) kadar geçen süreci ifade eder. İddianamenin kabulü ile kamu davası açılmış olmaktadır. Kanun yolları da bu evreye dâhildir.⁷⁷ Bu devrede aktif olan, bütün işlemleri yapacak olan yargılama makamı hâkimlerdir.

Adil yargılama hakkının amacı, ceza davalarında iddianame ile resmi olarak yapılmış olan suç isnadının “bağımsız ve tarafsız mahkeme” niteliğindeki bir organ tarafından karara bağlanmasını sağlamaktır. Mahkeme, kovuşturma aşamasında duruşma ve duruşmadan sonuç çıkarma dönemlerinde yargılama görevini yapan makam olarak tanımlanabilir.⁷⁸

Anayasa'nın 37. maddesine göre, “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma

sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

Ülkemizde ceza yargılama teşkilatı 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun” ile 4.2.1983 tarih ve 2979 sayılı Yargıtay Kanunu tarafından düzenlenmiştir. Bunlara göre, ilk derece mahkemeleri Sulh Ceza, Asliye Ceza, Ağır Ceza ve Çocuk Mahkemeleridir. Ayrıca 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'na göre asker kişileri yargılamak üzere askeri mahkemeler de bulunmaktadır.

Sulh ve Asliye Ceza Mahkemeleri tek hâkimli, Ağır Ceza Mahkemeleri ise bir başkan ve yeterli sayıda üyeden oluşur. Bu mahkemeler bir başkan ve iki üye ile toplanır (5235 m. 9). Sulh Ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı bulunmaz (CMK m. 188/2). 5320 sayılı Yürürlük Kanununa 6217 sayılı Kanunun 26. maddesi ile eklenen Geçici 3. madde ile “1.1.2014 tarihine kadar Asliye Ceza Mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı bulunmaz ve katılma

⁷⁷ Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, 2012, s.586

⁷⁸ Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, 2008, s.102

hususunda Cumhuriyet Savcısının görüşü alınmaz. Ancak verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıvermeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet Savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.” şeklinde düzenleme yapılmıştı. Mahkemelerde iddia makamının bulunmaması, yargılama diyalektiği açısından sakıncalı olduğu gibi, ceza yargılamasının önemli ilkelerinden “*çekişmeli olma*”, “*delillerin kolektifliği*” ilkeleri açısından noksanlıklar yaratmaktadır. Bununla beraber bu uygulama 1.1.2014 tarihi itibarıyla sona ermiş olmakla söz konusu sakınca da ortadan kalkmıştır.

Çocuk Mahkemeleri Çocuk Koruma Kanunu hükümlerine göre Çocuk Mahkemesi ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi olarak kurulmuşlardır (ÇKK m. 25, 26/4). Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı bulunmaz (ÇKK m. 25/1). Çocuk mahkemelerinin yargı çevresi kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırlarıdır. (ÇKK m. 27/1) Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin mülki sınırlarıdır. (ÇKK m. 27/2)

K/1 GÖREV VE YETKİ KONUSUNDA İZLENECEK STRATEJİLER

Birçok davada görev ve yetki konusunda savcı ve hâkimlerin hata yapabildiği görülmektedir. Genel mahkemelerin kendi aralarında ve çocuk mahkemeleri ile özel yargılama yapılması gerekli kişiler hakkında yetki uyuşmazlıkları yaşanmaktadır. Adli, idari ve askeri yargı mercileri arasında doğacak görev ihtilaflarını Uyuşmazlık Mahkemesi, adli yargıya dâhil mahkemeler arasında doğacak görev uyuşmazlıklarını Bölge Adliye Mahkemesi kuruluncaya kadar Yargıtay, müşterek görevli Ağır Ceza Mahkemeleri (CMK m. 4/2) ile kesinleşmiş görevsizlik kararları bulunduğu takdirde Yargıtay Ceza Genel Kurulu çözmekle görevlidir. Özellikle, askeri mahkemeler ile adli yargı ceza mahkemeleri arasında ortaya çıkabilecek görev ve yetki uyuşmazlıkları bakımından avukatların dikkatli olması ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun 8-12’nci maddelerindeki hükümlerden kaynaklanan hakları zaman kaybetmeden kullanmaları gerekir. Yasal düzenlemeye göre, görevsiz mahkemenin kanuna aykırı olarak kendini görevli sayması ve davaya bakması durumunda, delillerin ikamesi aşamasına geçilmeden, Yargıtay veya Askeri Yargıtay Başsav-

cılığına başvurmak suretiyle olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması yoluna gidilmelidir. Dolayısıyla tarafların bu maksatla Uyuşmazlık Mahkemesine dosyanın gönderilmesini talep etmeleri gerekmektedir. Ancak uyuşmazlık çıkarma isteminde bulunmaya yetkili makam; reddedilen görevsizlik itirazı adli yargı yararına ileri sürülmüş ise Cumhuriyet Başsavcısı, askeri ceza yargısı yararına ileri sürülmüş ise Askeri Yargıtay Başsavcısıdır (2247 m. 10).

Soruşturma veya davaların askeri ceza yargılaması platformuna kaydırılması, sanık ve avukatların soruşturmanın genişletilmesine yönelik haklı taleplerinin sıklıkla kabulü, sanıkların ve avukatların savunmalarının adeta süre ile hiçbir şekilde sınırlandırılmaması, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması hedefinin askeri savcı ve hâkimler tarafından genel olarak çok titiz bir şekilde izlenmesi, askeri savcılık ve mahkemelerdeki iş yükünün daha az olması, Askeri Yargıtay'ın en basit davalarda hukuki doyuruculuğu son derece yüksek kararlar vermesi gibi hususlar dikkate alındığında sanık bakımından daha avantajlı bir duruma gelmesine neden olabilecektir.

Buna karşılık, Cumhuriyet Savcılığı ve mahkemelerde dosya sayısının fazlalığı nedeniyle hâkimlerin iş yükünün çok fazla olması, sanığın ve avukatın savunmasının süre ile sınırlandırılması, CMK 201 kapsamındaki doğrudan soru sorma hakkının bile tam olarak kullanılmaması, yazılı savunmaların tam ve eksiksiz olarak okunmaması, sanık veya tanıkların zaman zaman hâkimler tarafından azarlanması ceza yargılamasında sıkça görülen olaylardır.

Ancak bu noktada göz önünde bulundurulması gereken şey, barış zamanında asker olmayan kişilerin işlemiş oldukları suçlara ilişkin davalara askeri mahkemede bakılamayacağıdır (AY m. 145).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin birinci fıkrası gereğince, “yasayla kurulmuş” mahkemelerin “bağımsız” ve “tarafsız” olmaları da gerekmektedir. Bu adil yargılanma hakkının yaşama geçirilmesi için şarttır.

Anayasa, hâkimlerin bağımsızlığını, “hiçbir organ, makam, merci ve kişi” tarafından yargı yetkisini kullanan “mahkemelere ve hâkimlere”, “emir ve talimat” verememesi, “genelge” gönderememesi, “tavsiye ve telkinde” bulunamaması suretiyle sağ-

lamaya çalışmıştır (AY m. 138/2). Bu kuralların HSYK'nun “*hâkim savcı birlikteliği*” şeklinde ortaya çıkan yapısı dolayısıyla sözde kaldığını gözden uzak tutmamak, çözüm aramak gerekliliğini vurgulamak isteriz.

Hâkimin tarafsızlığı, objektif olması, taraflardan birini tutmaması, birinin lehine ve aleyhine tavır takınmaması anlamına gelmektedir. Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bir karara göre, hâkimlerin yargılamaya katılanlarla yargılama dışındaki bir zamanda kişisel ilişki kurmaktan, konuşmaktan kaçınmaları ve tarafsızlıklarına halel getirmemeleri gerekmektedir.⁷⁹

CMK m. 22 ve 23'te hâkimlerin tarafsızlığını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapılmıştır.

K/2 SAVCI VE HÂKİMLERİN TARAFSIZLIĞI KONUSUNDA İZLENECEK STRATEJİLER

Cumhuriyet Savcılarının tarafsızlığı konusunda CMK'da her hangi bir hüküm bulunmamakla birlikte AİHM, etkin ve eksiksiz bir soruşturma yapmakla yükümlü bulunan savcılık makamının, bağımsız

ve objektif hareket edecek şekilde örgütlenmesi ve hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede olaylara karışan güvenlik gücü mensuplarının üstleri tarafından yürütülen bu tür soruşturmaların AİHS bağlamında etkili bir soruşturmanın bağımsız ve tarafsızlık şartını yerine getiremeyeceğine karar vermiştir (*Peker/Türkiye, 42136/06 - 2011; Ramsahai/Hollanda, 52391/99, 15.05.2007 (Büyük Daire; Nachova ve Diğerleri/Bulgaristan, 43577-6.07.2005)* Sözleşme'nin 6. Maddesindeki bağımsızlık ve tarafsızlıkla ilgili güvencelerin, cezai konularda suç isnadı konusunda karar verme durumdaki makamlarla ilgili olduğunu kabul etmektedir. Savcılık makamının kül halinde bağımsızlık ve tarafsızlığı da soruşturma evresinde dile getirilip delillendirilebilir. Ayrıca AİHM, bu makamın, şüpheli veya sanığın suçlu olduğu kanaatini uyardıracak her türlü basın açıklaması ve beyanlarda bulunmasının masumiyet karinesini ihlâl edeceğine karar vermiştir. Bu bakımdan avukatlar, savcılarının müvekkilleri hakkında yapacakları basın açıklamaları ve sair belgelerde kullandıkları dili müvekkillerinin hakları açısından titizlikle takip etmeli, uyarmalı, eleştirmeli ve yakınmalıdırlar. (*Daktaras/Litvanya; 34896/97 Craxi/İtalya; Y.B. ve diğer-*

⁷⁹ Ünver-Hakeri, age.s.186

leri/Türkiye, 48173/99 ve 48319/99, 28 Ekim 2004; (Butkevicius/Litvanya, 48297/99 - 26.03.2002; Al-lenet de Ribemont/Fransa (10.2.1991- 15175/89); Lesnik/Slovakya davalarına bkz.)

Hâkimler; savcılar ve avukatlar ile birlikte ceza yargılamasında görev yapan ve yargılama sonunda hüküm veren hukukçulardır. Meslek Kuralları'nın 17. maddesi bu ilişkilerde avukatlar için temel bir kural koymuştur: “Hâkim ve savcılarla ilişkilerinde avukat, hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır.”

Hâkimlerin, bir kanun maddesini farklı yorumlamaları, onların farklı kişilik ve düşünce yapısına sahip olmalarından ileri gelmektedir. Hâkimlerden istenen soğukkanlılık, onun tüm sosyal etkilerden kendini uzak tutmasını gerektirmez. Hâkimler de taraf ve tanıklara karşı bilinçdışı sempati ve antipatilerin etkisi ile tepki gösterebilirler.

İyi bir hâkim, karar duruşmasına çıkıncaya kadar, sanık hakkında ne karar vereceğini bilmeyen hâkimdir. Hâkimlerin, kendi ideolojilerinden bile bağımsız olmaları gerektiği öncelikle ifade edilmektedir.

Mustafa Tören Yücel hâkimlerin davranışını şöyle özetlemektedir: “Hâkimler yalnızca ön yargıları değil, sürekli dikkat edebilme kapasitesini etkileyen etmenleri de bilerek, bunların etkisinden kaçabilmelidir. Öte yandan, yargılama sürecinde en önemli faktör bu kendini tanıma yanında hâkimin görme ve işitmesinin çok net olması da her şeyden önce gelmektedir.(...) Bu doğrultuda, hâkimin kendisinin en iyi olduğunu düşünerek mental engelleri kaldırması; kendisine güvenmesi; soğukkanlı ve sabırlı olması; peşin hükümlü olabileceğini kabul ederek bunu gidermek için gerekli çaba ve bilgiye odaklanması gerekmektedir. Özetle hâkim, ön yargılarına, duruşmada gelişen peşin hükümlere karşı kendini arındırmak için sürekli olarak ‘kendine gel’ savaşı vermeli ve bunu da taraflara yansıtmalıdır. İşte bu tarafsızlık karar verecek hâkimin ilk önce gelen niteliğidir. Bu nitelik hâkimler için içsel bir erdemdir.”

Ancak bazı davalarda, hâkimlerin hukuka aykırı uygulamalar yaptıkları, ideolojik davranışlar sergiledikleri, sanıklar hakkında ön yargılı davrandıkları, ihsas-ı rey adını verdiğimiz şekilde davranışlarda buldukları gözlenebilmektedir.

Hâkimin reddi (CMK m. 24) ve diğer görevlileri şikâyet konusunda, avukat meslektaşlarımızın dikkatli ve titiz davranmalarını gerekliliğini bir kez daha vurgulamak gerekir. Meslek Kuralları (m. 23) avukatlara bu bağlamda bazı önerilerde bulunmaktadır: *“Hâkimin reddi, savcılarının ve başkaca adalet görevlilerinin reddi veya şikâyet edilmesi konusunda ve genellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklar.-Ret veya şikâyet dilekçelerinin bir örneği de baroya verilir.”*

Avukatın görevi hâkimi tarafsızlık çizgisine çekmek konusunda ciddi çaba göstermektir. Avukat hâkimin niteliği ve alışkanlıkları da dâhil olmak üzere yargılamaya etki edecek bütün öğeleri strateji belirlemesi sırasında düşünmek zorundadır.

K/3 ZOR HÂKİMLE BAŞ EDEBİLME STRATEJİSİ

Her hâkimin kişisel özellikleri nedeniyle huzurunda dava takibi hiç de rahat/kolay olmayabilir. Bazıları için “zorlu” gözükken bir hâkim diğerleri için rahat olabilir. Bazı hâkimlerin belli türden bir davada sergiledikleri tutum ötekilerden daha katı/zorlu görülebilir. Bazı hâkimlere özgü huzurlarında bulunmak evrensel nitelikte bir “sıkıntı/zorluk” içermektedir. Bazı hâkimler de çok sabırsız bir tutumu davranışlarıyla sergilemektedir. Bir adam öldürme suçunun Ağır Ceza Mahkemesinde yargılamasında, maktulün annesi, “Zamanımızı harcamayın” diyen hâkime “Biz zaman da harcadık, can da harcadık hâkime hanım” diye bağırdı. Ve mahkeme başkanı güvensizlik ortamı oluşturduğu gerekçesiyle davadan çekilmiştir.⁸⁰

Hâkimlere özgü sakıncalı durumların yaratabileceği adaletsizlikleri gidermek üzere aşağıdaki ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır:

Hazırlık: Davada ileri sürülebilecek gerçekler bağlamında, hukuk ve duygusal temalar açılarından

⁸⁰ Sabah (29.09.207) s.3

hazırlıklı olunmalıdır. Avukat davanın gerçekleri ve hukukuna ait olanı dünyadaki herkesten daha fazlasını bilmelidir.

Profesyonel davranmak: Mahkemede ısrarla verilen ters kararlara karşın profesyonelce davranmak, en soğuk hâkimi bile eritecek güçlü bir enstrüman olabilir. Yargılama sırasında ve dışında hâkimle ilişkilerinde profesyonellik asla elden bırakılmamalıdır.

Sabırlı olmak: Hâkimin hukuka ters bir kararının sizi raydan çıkarmasına izin verilmemesine özen gösterilmelidir. Aksine, sakın kalma yeteneğini kullanarak itirazlarınızı yapınız. Ülkede yargılamanın tek bir celseden ibaret olmayıp, bir süreç olduğunu göz önünde tutunuz. İşte hâkimin itici tutum ve davranışına karşı itidali elden bırakmayarak; profesyonel bir duruş sergileyerek gerektiğinde talep ve savların zapta geçirilmesinde ısrar edilmesi; yanıt alınmadığında yazılı olarak sunulması yöntemi seçilmelidir.

Israrlı olmak: Hâkim tutumu ile müdafii sindirmeye veya suskunlaştırmaya çalışırsa, bunun vuku bulmasına/olmasına asla izin vermemelisiniz.

Yazılı sunmak: Talep ve itirazları/argümanları dinleyerek zapta geçirmeyen hâkimlere karşı zapta geçirilmesi isteme hakkınız olduğu gibi bunu istemek müvekkilinize karşı göreviniz olduğunu unutmamalısınız. Bu durum karşısında tavır aldığınızı hissettirerek, itirazlarınızı ve argümanlarınızı nasıl ifade edeceğinizi özenle tasarlayın ve bu anlatımı gerekirse tekrarlayın. Duruşmada sözlerinizi kesme itiyadında olan bir hâkim karşısında iseniz, yazılı metnin gücüne başvurarak yazılı beyanda bulunmayı yeğleyin. İşte hazırlıklı, profesyonel, sabırlı ve güçlü olmanın müvekkilin için paha biçilmez sonuçlar sağlayıcı nitelikte olduğu unutulmamalıdır.

Kişilik: Bazı hâkimlerle sembolik etkileşime girmek hiçte mümkün olmayabilir. Bu durum kişinin ceberut hâkim niteliğinden kaynaklanabilir. Bu durumda bile Meslek Kuralları'nın 17. maddesindeki "...avukat hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır.Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır" kuralına uygun biçimde sabırla profesyonel davranmakta ısrar edilmeli ve yargılamanın bir süreç olduğu bilinerek sonunda sizin hakkınızdaki algısının değişebileceğini düşünmekten kendinizi alıkoymamalısınız. Bu konuda hiçte

kötümser olmaya gerek yoktur; düşünebildiğinizden fazla hâkimi olumlu olarak etkiyebileceğiniz bilinci sizler için yeterli olmalıdır.

Sonuç olarak, avukat davasının teorisini kurgularken tutarlı bir strateji için hâkimin kişiliği ve stili önemli bir öğe olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

1.6.1 Duruşma Hazırlığı

İddianamenin kabulü ile kamu davası açılmış ve kovuşturma evresi başlamıştır (CMK m. 175/1). Bu evrede, önce duruşma hazırlığı yapılır (CMK m. 175/2). Tek hâkimli mahkemelerde hazırlıkların mahkemenin görevli ve yetkili hâkimi; toplu mahkemelerde ise, usul ekonomisi bakımından mahkeme başkanı tarafından yapılması uygundur.⁸¹

Duruşma günü tespit edilir, duruşmada hazır bulunması gerekenlere çağrı yapılır. (CMK m. 175/2). Çağrı kâğıdının tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir (CMK m. 176/4). Bu süreye uyulmamış olması halinde, sanığın duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı vardır ve mahkemece bu hakkın sanığa

hatırlatılması gerekir (CMK m. 190/2). Aksi halde savunma hakkı kısıtlanmış olur. Tutuklu olmayan sanığa duruşma günü ile birlikte iddianame de tebliğ olunur (CMK m. 176/1).

Tutuklu sanığın mahkemeye çağırılması, duruşma gününün tebliği suretiyle yapılır. İddianame de duruşma günü ile birlikte kendisine tebliğ edilir. Müdafii de sanıkla birlikte davet olunur. Bu işlem tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunda görevli personel yanına getirilerek tutanak düzenlemek suretiyle yapılır. Sanıktan “*duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir.*” (CMK m. 176/3).

Sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime verir (CMK m. 177/1). Ancak bu süre hak düşürücü bir süre değildir. Sanığın, yargılamanın sonraki aşamalarında da delil toplanmasını istemesine bir engel bulunmamaktadır.

⁸¹ Ünver-Hakeri, age. s.587

1.6.2 Duruşma

Duruşma hazırlığı aşamasında tespit ve taraflara tebliğ edilmiş bulunan günde, mahkemenin duruşma için tahsis ettiği mekânda duruşma başlar (CMK m. 182 vd. Duruşma salonunun niteliği ve yeterliliği hakkında bkz. Stanford/İngiltere, 23 Şubat 1994; Riepan/Avusturya, 14 Kasım 2000). Duruşma salonunda, yasal hiçbir dayanağı bulunmamasına karşın savcıların avukatlarla eşit koşullarda bulunmaması “*silahların eşitliği*” ilkesinin açık bir ihlâli olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

Duruşmada hâkim (hâkimler), sulh ceza mahkemeleri dışında savcı, zabıt kâtibi ve yasanın zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde müdafinin bulunması şarttır (CMK m. 188). Mahkemede bir oturumda bitmeyecek davada herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek ve oya katılmak üzere yedek üye de bulundurulabilir (CMK m. 188/3). Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda cumhuriyet savcısı bulunmaz hükmünü (ÇKK m. 25/1), Yargıtay Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri için kabul etmemektedir.⁸²

Mahkemenin yasaya uygun olarak teşekkül etmemiş olması, hukuka kesin aykırılık sayılmıştır (CMUK m. 308/1; CMK m. 289/1-a). Bu niteliği dolayısıyla savunmanın bu konuda dikkatli olması büyük önem taşımaktadır. Bu konuda derhal düzenlenecek bir dilekçe ile durum tutanağa geçirilmelidir.

Duruşmanın nasıl yapıldığı ve kanunda belirtilen şekil ve yöntemlere uyulup uyulmadığı ancak tutanakla kanıtlanabilir (CMK m. 219 vd.). Tutanağa karşı ancak sahtecilik iddiasında bulunulabilir. Duruşma tutanağı sahteliği kanıtlanıncaya kadar geçerlidir.

Sanığın duruşmada bulunması kural olduğu halde (CMK m. 193/1), yargılama yasasında sanığın hazır bulunmamasına imkân veren veya bu gibi durumlarda yapılması gereken işlemleri gösteren ayrıntılı hükümler bulunmaktadır (CMK m. 193/2, 194, 195, 196, 199, 200). Duruşma sanık olmadan yapılırsa, mahkemenin karar ve işlemlerinin kendisine tebliği tarihinden itibaren bir hafta içerisinde, sürenin geçmesinden doğan sonuçları gidermek için, sanık kanuni nedenlere dayanarak mahkemenin o karar ve işlemleri hakkında eski hale getirme isteminde bulunabilir (CMK m. 198).

⁸² Ünver-Hakeri, age.s.603

Sanık hazır bulunmasa bile müdafii bütün oturumlarda hazır bulunma yetkisine sahiptir (CMK m. 197). Bu hükmün uygulanmaması savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmekte olup hukuka aykırılık hali olarak mutlak temyiz nedenidir (CMK m. 289/1-h).

Duruşma, açık (CMK m. 182), doğrudan doğruya (CMK m. 217/1), kesintisiz (CMK m. 190/1), sözlü (CMK m. 209, 214) yapılır.

Duruşma, sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağırılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmediği saptanarak başlar. Sanık bağımsız olarak duruşmaya alınır. İddianamenin kabulü kararı okunarak duruşmanın başladığı hâkim veya başkan tarafından açıklanır (CMK m. 191/1). Tanıklar duruşma salonundan çıkarılıp sanığın kimliğinin saptanmasından sonra, iddianame okunur (CMK m. 191/2-3). Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı (susma hakkı) olduğu ve CMK m. 147'de yer alan hakları hatırlatılır (Bu hususun duruşma tutanağına geçirilmiş olması önemlidir). Sanık açıklamaya hazır olduğunun bildirdiğinde sorgusu yapılır (CMK m. 191/3-c,d). Duruşmanın yönetiminden mahkeme başkanı veya

hâkim sorumludur. Başkan veya hâkim duruşmayı yönetir, sanığı sorguya çeker, delillerin ortaya konulmasını sağlar (CMK m. 192/1). Sanığın sorgusuna, müdafinin müdahalesi söz konusu değilse de hâkim veya başkanın yönlendirici soru sorması halinde, itiraz etmesi ve sanığa, bu tür soruya cevap vermeyebileceğini hatırlatabilir.

K/4 DURUŞMA KONTROL LİSTESİ

- İddianamenin iadesi yasal süre içinde (CMK m. 174) ve uygun yöntemle yapılmış mıdır?
- Sanığın sorgusunun yapılacağı duruşma günü ile iddianamenin tebliği arasında en az 7 gün var mıdır? Yoksa bu konuda talebe rağmen duruşmaya ara verilmeden devam edilmekte midir? (CMK m. 176, 190/2)
- Mahkemenin yasaya uygun olarak teşekkül etmemiş olması, hükmün kesin hukuka aykırılığı hükmündedir (CMK m. 289/1-a). Bu niteliği dolayısıyla savunmanın bu konuda dikkatli olması büyük önem taşımaktadır (CMK m. 182, 188). Bu konuda derhal düzenlenecek bir dilekçe ile durum tutanağa geçirilmesi sağlanmalıdır.

- Duruşma sanık hazır olmadan yapılırsa, mahkemenin karar ve işlemlerinin kendisine tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde, sürenin geçmesinden doğan sonuçları gidermek için sanık kanuni nedenlere dayanarak mahkemenin o karar ve işlemleri hakkında eski hale getirme isteminde bulunabilir (CMK m. 198/1). Bunun istisnası aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra hükmüne göre, sanık isteği üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya müdafî tarafından duruşmada temsil edilmiş ise artık eski hale getirme talebinde bulunamaz.

- Sanığın duruşmadan çıkarılması yasaya ve fiili duruma uygun mudur? (CMK m. 200)

- Sanık hazır bulunmasa bile müdafî bütün oturumlarda hazır bulunma yetkisine sahiptir (CMK m. 197). Bu hükmün uygulanmaması savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmekte olup hukuka aykırılık hali olarak mutlak temyiz nedenidir (CMK m. 289/1-h).

- Tensip tutanağında belirtilen toplanması gereken delillerde eksiklik var mıdır? Sanık doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşma sırasında

getireceği bilirkişi ve tanıkların ad ve adreslerini Cumhuriyet savcısına makul süre içinde bildirir. Çağırılması mahkeme tarafından reddedilen tanık ve uzman kişinin dinlenmesi işlemi yasaya uygun biçimde yapılmış mıdır? (CMK m. 177,178,179).

- Tanıklar duruşma salonundan dışarı çıkarıldı mı? (CMK m. 191).

- Tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi ve yeniden keşif ve muayene için belirlenen gün sanığa ve müdafîne –diğer ilgililerle birlikte-tebliğ edilmiş midir? (CMK m. 181/1,2) Bu işlemlere sanığın katılması sağlanmış mıdır? (CMK m. 181/3). Maddede, “... belirlenen gün ... bildirilir” denilmiş olması dikkate alınacak olursa, bu hükmün emredici bir hüküm olduğu sonucuna varılır. Bildirme zorunlu, fakat sanığın keşfe katılması mahkemece zorunlu görülmemiş ise – onun yönünden bir haklıdır. Özellikle keşif sırasında sanığın hazır bulunabilmesi amacını güden bu hüküm, uygulamada göz ardı edilmektedir. Zaman, iş çokluğu, maddi imkân veya asayiş sorunları “*adil yargılama*” koşullarının göz ardı edilmesi için gerekçe sayılamaz. Bu noksanın tutanaklara geçirilmesi kanun yollarına başvuru sırasında önemlidir.

- Doğrudan soru sorma yöntemi yasaya uygun biçimde uygulanıyor mu? (CMK m. 201).
- Tercüman kullanımı yasaya uygun mudur? (CMK m. 202).
- Duruşmada okunmayacak belgeler (CMK m. 210, 211) kuralına uyulmakta mıdır?
- Delillerin tartışılması (CMK m. 215, 216) aşamada yasadaki usul ve sıraya uyulmakta mıdır?

1.6.3 Delillerin Tartışılması

Savunma stratejisinin uygulanabileceği mekân ve zaman genellikle duruşma ile ilgilidir. Sanık müdafii belirlemiş olduğu stratejiyi bu aşamada uygulama imkânı bulacaktır. Özellikle delillerin ortaya konulması ve tartışılması aşamasında büyük özen göstermek zorundadır (CMK m. 206). AİHM yüz yüze görüşme olması amacıyla, delil unsurlarının açık duruşmada sanığın önünde mahkemeye sunulmasının gerekliliğini hatırlatmaktadır.

Hâkim/mahkeme, kararını duruşmaya getirilmiş ve tartışılmış delillere göre verecektir. Hâkim kararında hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delile dayanabilir (CMK m. 217/2). Hukuka aykırı yollardan delil elde edilmesi yasaklanmıştır ve hâkim/mahkeme ortaya konulan delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse bu delili ret edecektir (CMK m. 206/2). AİHM, görevinin, “*davanın bütün olarak, delilin ne şekilde edinildiği de dâhil olmak üzere adil olup olmadığını kapsadığını*” kararlaştırmıştır (Khan/İngiltere 35394797 & 34; Jalloh/Almanya, 54810/00 & 95; Hacı Özen/Türkiye, 46266/99).

Tanıkların ve diğer delillerin güvenilirliği bu aşamada ortaya çıkacaktır. Kovuşturma evresinin en büyük özelliği sanık, tanık, bilirkişi ve uzmanların sorguya çekilmesi ve onlara soru sorulmasıdır. Bu seriden yayınlanan *Avukatın Soru Sorması* kitabı yeterli bilgi verdiği için burada yinelenmeyecektir. Hüküm verinceye kadar yeni delil bildirmek mümkün olduğundan (CMK m. 207) sonradan çıkacak deliller konusunda hazırlıklı olunmalı; bunların güvenilirliği araştırılmalıdır.

1.6.3.1 Tanıklar

Yukarıda kısaca değinildiği gibi ceza yargılamasında tanık, yargılama konusu olayla ilgili beş duyusuyla edindiği izlenimi aktaran kişidir. Tanık beyanı, “ *taraflardan olmayan, fakat olayın tanığı olmuş bir kişinin olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme*” veya naip ya da istinabe olunan “*bir mahkeme veya hâkim huzurunda tanıklık ederken yaptığı sözlü beyandır.*” Bu beyan, tanığın, özellikle “görüğü tanığının” duyuları ile olay hakkında edindiği bilgileri içermesi sebebiyle ispat açısından son derece önemlidir. Fakat tanıkların hataya düşmeleri veya çeşitli nedenlerle yalan beyanda bulunmaları nedeniyle güvenilirliği tartışılan ve bu yönüyle de zayıf bir delildir.⁸³

Tanık, taraflardan olmayan, fakat olayın tanığı olmuş kişidir. Bununla birlikte suçun mağduru da tanık olarak dinlenebilir (CMK M. 236/1). Sanık, tanık olarak dinlenemez, ancak birlikte yargılandığı sanık veya sanıklar hakkında yeminsiz olarak dinlenmesi mümkündür (CMK m. 150/1. c).

CMK, tanıklığı 43-61. maddeleri arasında düzenlemiştir; tanıkların çağırılması, tanıklıktan çekinme, tanıkların dinlenilmesi tanıklara yemin verilmesi gibi hususlarda ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. Duruşma sırasında tanığın dinlenmesi ile ilgili kurallar ise kamu davasının yürütülmesini düzenleyen hükümleri Üçüncü Kitap Birinci Kısım’da sıralanmıştır. Sanığın savunma delillerinden tanık veya tanıkları bildirmesi (CMK m. 177), çağırılması reddedilen tanıkların (ve bilirkişinin) duruşmaya getirilmesi (CMK m. 178), çağrılan tanıkların ad ve adreslerinin sanığa ve Cumhuriyet Savcısına bildirilmesi (CMK m. 179), tanıkların (ve bilirkişilerin) huzurda veya istinabe veya naiple dinlenmesi (CMK m. 180,181), duruşmanın başlaması ile tanıkların dışarıya çıkarılması (CMK m. 191/2), tanığa doğrudan soru sorulması (CMK m. 201), tanığın dinlenilmesinden vazgeçilme koşulları (CMK m. 206/3), tanığın duruşma salonundan çıkarılması (CMK m. 208), tanığın önceki ifadesinin okunması (CMK m. 212) düzenlenmiştir.

CMK’nun 58. maddesinin üçüncü fıkrası ve 5726 sayılı *Tanık Koruma Kanunu’nun* 5. maddesinin ilk fıkrasının (b) bendi uyarınca duruşmada hazır

⁸³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1346, 1351-1352.

bulunma hakkına sahip olanların yokluğunda tanığın dinlenmesi mümkündür. Ancak bu düzenleme, duruşmanın açıklığı ilkesini tehdit etmektedir. Tanıkların, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanların yokluğunda dinlenmesine olanak veren hükümler ve gizli tanık kurumu, delillerin müsterekliği ve dolayısıyla savunma hakkına ilişkin vahim sonuçlar doğurduğu gibi, duruşmanın açıklığı ilkesinin de istisnalarından birini oluşturmaktadır.

Savunma açısından en önemli yöntem “*çapraz soru*”dur. CMK, bu bağlamda “*doğrudan soru sorma*” konusunda 201. maddesi ile bazı olanaklar sunmakta ise de yeterli değildir. “*Çapraz soru*” gerçeğe ulaşmada tanık, bilirkişi kim olursa olsun mahkemeye çağrılan kişinin doğru söyleyip söylemediğinin, güvenilirliğinin sınanmasının tekniğidir.⁸⁴

Son zamanlarda “*çapraz soru*” konusundaki isteklerin mahkemeler tarafından reddedildiği ve *de-facto* durum yaratıldığı yakınmaları gelmektedir. Uygulamaların tutanaklara geçirilmesi ve AİHM’ne başvurulması halinde ciddi sorunlar yaşanacağı akıldan çıkarılmamalıdır.

K/5 TANIKLAR KONTROL LİSTESİ

- TBB Meslek kurallarınının 24’üncü maddesinde “*avukat, ileride tanık olarak dinlenecek kimselerden, istisnai olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa, onları etkilemiş olma şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat, tanıklara tavsiyelerde bulunamaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hâkim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez*” buyurucu yasağını dikkate almak gerekmektedir.
- Dinlenmesini istediğiniz ve doğrudan doğruya davet ettireceğiniz ya da duruşma sırasında getireceğiniz (CMK m. 178) bilirkişi ve tanıkların ad ve adreslerini mahkemeye beş günlük süre içerisinde bildirdiniz mi? (CMK m. 177/1)
- Cumhuriyet Savcısı da, iddianamede gösterilen tanık ve bilirkişiler dışında başka kimseleri davet ettirecek ise bunların ad ve adreslerini sanığa yine makul süre içinde bildirmiş mi? Yapılan çağrıda; tanık veya bilirkişilerin dinlenmesi için belirlenen gün yer alıyor mu? (CMK m. 181)

⁸⁴ Karakaya, Naim. Avukatın Soru Sorması, s.

- Tanıklıktan çekinme durumu var mı? (CMK m. 45, 46, 47 ve 48) Tanığa yemin ettirilmesi gerekiyor mu? (CMK m. 49-55)
- Tanığın dinlenmesinde usul işlemlerine uyuluyor mu?
- Tanık veya bilirkişinin naip hâkim veya istinabe yolu ile dinlenme ihtiyacı var mı? (CMK m. 180)

1.6.3.2 Bilirkişi

Bilirkişiler, sahip oldukları uzmanlık bilgileriyle, alanlarına giren teknik konularda yargılamaya yardımcı olan kişilerdir. (CMK m. 63/1) Bununla birlikte, bilirkişi mütalaası delil değil, delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır.⁸⁵ CMK 62-73 maddeleri arasında genel olarak bilirkişilik kurumu hakkında; 74-89 maddeleri arasında da gözlem altına alma, muayene, keşif ve otopsi gibi bilirkişilik ile ilişkilendirilebilecek bazı konularda düzenleme yapmıştır.

Kovuşturma evresinde, öncelikle soruşturma evresinde dinlenmiş veya rapor alınmış bilirkişilere karşı deliller mahkemeye sunulmalıdır (CMK m. 177/1).

Sanığın dinlemek istediği “uzman kişi”nin ad ve adresleri mahkeme ile birlikte Cumhuriyet Savcısına da makul süre içinde bildirilmelidir (CMK m. 179.) Cumhuriyet Savcısı da iddianamede gösterilenler dışında çağıracağı kişileri makul süre içinde sanığa bildirmek zorundadır (CMK m. 179/2).

Kovuşturma evresinde, mahkeme sanığın gösterdiği ve dinletmek istediği uzman kişi hakkındaki talebi ret ettiğinde, sanık uzman kişiyi mahkemeye getirebilir. Mahkeme bu uzman kişiyi dinletmek zorundadır (CMK m. 178). Bu gelişim tutanağa mutlaka geçirilmelidir. Mahkemenin *de-facto* olarak dinlememesi halinde savunma hakkının kısıtlandığı iddiası için sonraki aşamalarda önemli bir delil olacaktır. Savunma hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı (AİHS m. 6/3-b), kişinin kendi seçtiği uzmanın/bilirkişinin duruşmada görüş bildirmesini veya ek veya alternatif bilirkişi/uzman görevlendirmesi hakkını içermez. Mahkeme tarafından görevlendirilmiş olan bir bilirkişinin aynı duruşmada, öncesinde vermiş olduğu beyanı aniden veya tamamen değiştirmesi gibi istisnai durumlarda, ulusal mahkemenin başka bir bilirkişiyi beyanda bulunmak üzere görevlendirmeyi göz

⁸⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, parag. 92.1 – IV, s. 1398.

önüne almaması durumunda adillik veya savunma hakları açısından bir sorun ortaya çıkabilir (G.B./Fransa).⁸⁶ Şunu da ekleyelim ki, bilirkişinin yanılması mümkündür. Böyle bir durumun varlığı konusunda şüpheyi düşen hâkimin, başka bir bilirkişi tayin ederek yeni bir inceleme yaptırması gerekir. Hâkim her ne kadar bilirkişi mütalaası ile bağlı değil ise de, hangi nedenlerle katılmadığını gerekçede bilimsel bir şekilde göstermesi gerekir.⁸⁷

Tanık ve bilirkişilerin duruşma aşamasında çağrılması ve dinlenmesi konusunda yasada ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır (CMK m. 180, 181, 201). Bunlara riayet edilmemesi savunma hakkının kullanılmasına ile yakından ilişkilidir.

Dosyada bulunan “*bir açıklamayı ve görüşü bildiren resmi belge ve diğer yazılar*” gibi “*fenni muayene ve doktor raporlarının*” duruşmada okunması gerekmektedir. Okunmadan sonra gerekirse bu belge ve raporlarda imzası bulunanlar açıklamada bulunmak üzere duruşmaya çağrılabilirler. (CMK 214, 68) Bu belge ve raporların okunmasından sonra savunma makamı belge ve raporlar hakkın-

⁸⁶ Vitkauskas-Dikov, age. s.99

⁸⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1399.

da düşüncelerini mahkemeye sunacaktır. Böylece delillerin tartışılması aşamasına geçilmiştir. (CMK 215,216)

K/6 BİLİRKİŞİ RAPORLARI KONUSUNDA İZLENECEK STRATEJİLER

Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, hâkim, re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine “*bilirkişi*” dinlenilmesine, rapor alınmasına karar verir (CMK m. 63). Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı da bilirkişi ataması yapar (CMK m. 63/3). Davanın niteliğine ve sübutuna ilişkin bilirkişi raporlarının genellikle soruşturma evresinde düzenlendiğini unutmamak gerekmektedir.

Bilirkişilik kurumu, yasanın açık hükmüne (CMK m. 63/1-2.cümle) aykırı olarak son derece hoyratça kullanılan bir enstrüman haline gelmiştir. Yargıtay Onursal üyelerinden Çetin Aşçıoğlu’nun uzun yıllar sonunda edindiği bilgi birikimi ve deneyimlerini hukuk literatürüne kazandırdığı eserde “*kanaayan yara*” olarak nitelendirmesi anlamlıdır.⁸⁸

⁸⁸ Çetin Aşçıoğlu, “*Yargılamada Maddi gerçeğin Belirlenmesi ve Kanaayan Yara Bilirkişilik*”, Ankara 2010

Savunmanın soruşturma evresinden itibaren bilirkişiler ve bilirkişi raporları konusunda duyarlı ve uyanık olmaları, “*yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi hakkında*”, yasanın verdiği “*uzman mütalaası*” alma haklarını kullanmaları tavsiye edilecek ilk önlemdir (CMK m. 67/6, 68/3).

Genellikle heyet halinde verilen bilirkişi raporlarında, raporların tek bir kişi tarafından hazırlanıp imzalanması, muhalefet şerhi konulmaması, imzası görülen diğer şahısların genellikle raporu hiç okumadan imzalamaları sıkça rastlanan durumlardır.

Buna karşılık, avukatların da yapabilecekleri vardır:

- a. Uygun ve hakkaniyetli olamayan raporlara, özellikle “*uzman mütalaası*”na dayanarak itiraz etmek,
- b. Ek raporlar veya yeni bir heyetten yeni bir rapor istemek,
- c. Raporu hazırlayan şahıslara doğrudan soru sorma taleplerinin dile getirilmesi,

d. Yetersizliği ve tarafsızlığı konusunda ciddi endişeler bulunan bilirkişi reddetmek (CMK m. 69).

e. Gerçeğe aykırı mütalaada bulunan bilirkişiler hakkında ceza yaptırımını bulunduğunu anımsatmak ve gerektiğinde bu konuda girişimde bulunmak (TCK m. 276).

f. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemeyeceğini (CMK m. 63/1), gözönünde bulundurmak.

Soruşturma evresinde alınmış ve yargılama için büyük önem taşıyan bilirkişi beyan ve raporlarına karşı avukatların titiz bir strateji belirlemesi ve uygulaması gerektiğinde şüphe bulunmamaktadır.

1.6.3.3 Hukuka Aykırı Deliller

Ceza yargılamasının temel amacı eylemle ilgili maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Ceza yargılamasında kural olarak delil serbestisi vardır, bunun anlamı her şeyin delil olabilmesidir (CMK m. 217/2). Ancak, Yargıtay’ın bir kararında açıkça ifade edil-

diği üzere bu amaç, “*ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Yapılan araştırma ve soruşturma, mutlak ve sınırsız değildir. Bu etkinlikler sırasında kişisel ve/veya toplumsal değerlerin korunması zorunludur.*” Ceza yargılamasında hâkimin vicdanî kanaatine etki edecek delillerin hukuk kurallarının çizdiği çerçevede ve keyfilikten uzak biçimde elde edilmesi gereklidir (CMK m. 217/1, c.2, AY 38/6 ve 138/1). Hukuka aykırı delil, yabancı unsurlara başvurmadan, “*hukuk sistemine, dolayısıyla da hukuk kurallarına aykırı biçimde elde edilmiş delil*” olarak tanımlanabilir. Ancak bu bağlamda “*hukuka aykırılık*” kavramının “*yasaya aykırılıktan*” daha geniş bir anlama sahip olduğunu gözden uzak tutmamak gerekmektedir. Bu nedenle elde edilmiş bulunan delillerin “*Gerek pozitif hukuk metinlerine, gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir*”. Anayasa Mahkemesi 22.06.2001 tarihli kararında “*Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçeve içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası*

sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde karar-namelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.”

Yapılan açıklamalardan bu kitapçığın çeşitli bölümlerinde açıklanan yakalama/gözaltı, arama/elkoyma (CMK m. 116 vd.), ifade alma/sorgu (CMK m. 135/a), dinleme gibi yollarla elde edilen delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak ulusal kurallarla açıkça yasaklanmış yöntemlerle elde edilen deliller tartışmasız biçimde hukuka aykırı olduğu gibi açık bir yasaklama olmasa da ilgili kurallara aykırı biçimde elde edilen deliller de hukuka aykırıdır. Bütün bunların yanında ulusal kuralların sessiz kaldığı hallerde uluslararası kurallara aykırılık oluşturan yöntemlerle ulaşılan delilleri de hukuka aykırı kabul etmek zorunludur. Bu bağlamda birinci duruma örnek olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 148. maddesi verilebilir. Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 135/a maddesinin benzeri olan

düzenlemede ifade alma veya sorguda başvurulması yasak olan yöntemler açıkça ortaya konmuş ve 3. fıkrada da bu yöntemlerden birine başvurulması halinde rıza bulunsa bile ifadelerin delil olarak kullanılması yasaklanmıştır. O halde işkence altında alınan bir ifadenin, içeriğinde ne olursa olsun, hukuka aykırı olduğu tartışmasızdır. Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun, sanığın özgür iradesine dayanmayan beyanlarına dayanarak elde edilen delilleri de hukuka aykırı delil kapsamında gören kararı, ilk karar olması sebebiyle “zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir” ilkesinin ülkemizde kabul edilmesi açısından önemlidir.⁸⁹

İkinci duruma örnek ise yine Ceza Muhakemesi Kanunu’ndan “*arama*” işleminin/ tedbirinin düzenlendiği 116 ve devamı maddeleridir. Her ne kadar yukarıdaki örnekte olduğu gibi açık bir yasaklama düzenlemesi olmasa da, Anayasa’nın 20 ve 21. maddeleri ile birlikte bir değerlendirme yapıldığında “*somut delillere dayalı kuvvetli şüphe*” olmaksızın (6526 sayılı yasa ile değişik CMK m. 116), yargıç kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan halde Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin yazılı emri bulunmaksızın

(CMK m. 119/1), koşulları oluşturmaksızın gece vakti yapılan arama (CMK m. 118) hukuka aykırı olacak ve elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil kategorisinde değerlendirilmesi gerekecektir. Bu yaklaşım, bilgisayarlarda, bilgisayar programları ve kütüklerinde yapılan aramalar (CMK m. 134) bakımından da geçerlidir. Hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirilen bu tür aramalarda elde edilen bulguların hukuka aykırı olduğunda kuşku yoktur.

Son duruma yani ulusal kuralların sessiz kaldığı ve fakat uygulamanın evrensel kurallara aykırı olduğu hale örnek olarak 5271 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önce, 1412 sayılı yasanın gönderilere el konulmasıyla ilgili 91 ve 92. madde hükümleri kıyasen uygulanarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesidir. Konuyu 6 Aralık 2005 tarihli *Ağaoğlu-Türkiye* kararında inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu uygulama ile başvuruçunun özel hayatının gizliliği hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir (paragraf 53-54-55). Zira mevcut hükümler gerekli güvenceleri sağlayan bir yasa olmaktan uzaktır.

⁸⁹ AsYDK’nun 10.12.1992 tarih ve 1992/119 – 140 sayılı Kararı.

! Asıl sorun hukuka aykırılığı belirlenen bir delilin, maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayan ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu konu öğretilerde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, delilin kullanılmasını kesin olarak yasaklayan bir normun bulunması dışında, kanuna aykırı yöntemle elde edilmiş delillerin hüküme kullanılıp kullanılmayacağına mahkemenin takdirine bırakılması gerekir. Sonuçta verilen hüküm adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecekse, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olsa da delilin hükme dayanak yapılabilmelidir.⁹⁰ Bu bağlamda AİHM bir kararında, yayınlanan tapeler yasa dışı yollarla elde edilmiş olsa bile, yolsuzluk iddialarını içeriyorsa, yayınlanmasının suç oluşturmayacağına karar vermiştir.⁹¹ Bir başka görüşe göre ise CMK'nun 217/2 nci maddesinde yer alan “*yüklenen suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebilir*” hükmünün zıt anlamından, suçun hukuka aykırı delillerle ispat edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre Kanun, bu hükmüyle mutlak bir değerlendirme yasağı

öngörmüştür.⁹² Bu nedenle mutlak değerlendirme yasağı, delilin sadece hükme esas alınmasını değil, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tüm aşamalarını kapsamaktadır.⁹³

Hukuka aykırı delil kavramı, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ceza mevzuatımıza girmiştir. Söz Konusu Kanunun 254/2. maddesinde hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı belirtilmişti. Bu hüküm daha sonra 2001 Anayasa değişikliği ile anayasal bir ilke haline getirilmiştir. Bu ilke Anayasa'nın 38/6. maddesinde “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” şeklinde yer almıştır. Anayasanın bu hükmü ile kanuna aykırı olarak elde edilmiş delilin reddedileceğini emreden CMK'nun 206/2-a maddesi hükmü ve bu hükmün olumlu bir şekilde ifadesi olan “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” şeklindeki 217. maddesinin 2. fıkrası hükmü birlikte okunduğunda, hiçbir istisna veya farklı uygulamaya izin vermeksizin huku-

⁹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, parag.93.1-IV, s. 1419 – 1426.

⁹¹ Adio Twist S.A./Slovakya, 62202/00, 19 Aralık 2006

⁹² Centel,Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Bası, 2012, s. 681 -685.

⁹³ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, 2013, 2.Cilt s. 189.

ka aykırı delillerin ceza yargılamasında mutlak olarak değerlendirme dışı bırakıldığı sonucuna varılır.

Ancak, üzülmek belirtmek gerekmektedir ki bu konuda uygulama ve yüksek mahkemelerin tutumları iç açıcı değildir. Yargı, yasamanın gerisinde bulunmaktadır. Yargıtay, şekle ilişkin bir kurala aykırılığın delili hukuka aykırı delil haline getirmeyeceğine karar vermiştir.⁹⁴ Buna karşılık sahte rakı kararında Yargıtay, hâkim kararı olmaksızın yapılan aramada elde edilen delillerin, aramanın hukuka aykırı olması sebebiyle, mahkûmiyet hükmüne esas alınmayacağına karar vermiştir.⁹⁵

Bu nedenle soruşturma evresinden başlayarak yapılan her türlü işlemin ulusal yasa ile evrensel hukuk kurallarına uygunluğu dosyaya sözlü veya yazılı biçimde intikal ettirilmeli, kanun yoluna veya bireysel başvurular aşamasında bu hususun dikkate alınması için hukuki zemin hazırlanmalıdır.

1.6.3.4 Avukatın Savunması

Çözümü zorluk gösteren karmaşık, çetin ve uzun sürecek “*hard cases/zor, çetin*” davalarda strateji tespitinin yaşamsal önemi bulunmaktadır. “*Anayasaal Düzen*” (TCK m. 309-316) ile “*Kamu Barışına*” (TCK m. 213-222), kara para aklanmasına ait davalar, kriminolojik önemi yoğunlaşan suç türleri arasında yer alan davalar çetin davalardır (*hard cases*). “*Hard cases/ çetin*” sayılan siyasi davaların savunmasında strateji büyük önem taşımaktadır. Bu konudaki en önemli örnek, Platon’un yazdığı “*Sokrates’in Savunması*”dır. Sokrates kendisine yöneltilen suçlamaları yaşamının ve ahlakî görüşlerinin kısa bir tarihçesini vererek yanıtlamıştır. Bulgar sosyalist lider Georgi Dimitrov’un Alman Mahkemesi’nde yaptığı savunma da bu tür davalara güzel bir örnektir. Dimitrov’un savunması, yüzyılın ve belki de dünya tarihinin en önemli savunmasıdır. Dimitrov, faşist mahkeme önünde, faşizmin kendi şahsında sosyalizme ve barışa doğrulttuğu silahı tersine çevirmeyi başarmıştır. Komünistleri “*cani*”, “*kundakçı*” gibi gösterme hedefiyle tezgâhlanan dava, faşizmin dünya çapında teşiriyle sonuçlanmıştır. Daha çağdaş siyasal savunmaya ise “*Kopuş*

94 YCGK’nun 26.6.2007 tarih ve 2007/7 -147/159 sayılı Kararı.

95 YCGK’nun 17.11.2009 tarih ve 2009/7-160/264 sayılı Kararı.

savunması” stratejisi ile Jaques Vergés’i örnek gösterebiliriz.⁹⁶ Savunma stratejisinde iki yöntem söz konusudur. Var olan adalet sistemini kabul eden “*uyum savunmaları*” (Dreyfus, Maurice Challe) ve yeni bir gerçekliği gözler önüne sermeyi hedefleyen “*kopuş savunmaları*” (Sokrates, Dimitrov).

Dava dışı mukabil ithamlarla saldırmak veya ölçülü, uyumlu bir savunma siyasi davalar için iki ayrı stratejidir. Siyasi davalarda avukatın mahkemeye tarafsız görünmesi mümkün olmamakla birlikte, sakin, kararlı, objektif kalabilen avukatın daha iyi sonuç alabileceği öngörülmektedir. Özellikle siyasi davalarda, avukat kendi bağımsızlığına özen göstermek zorundadır.⁹⁷

Delillerin duruşmada ortaya konulmasından sonra sıra delillerin tartışılmasına gelmiştir.⁹⁸ Bu aşamaya

96 Jaques Verges, “*Savunma Saldırıyor*”, Metis Kitap yayınları, 4. Baskı, 2013. Verges, katıldığı siyasi davalarda müvekkillerinin suçlarını inkâr etmeden dünyanın başka yerinde terör olarak nitelenen insanların bir özgürlük savaşçısı olduklarını ileri sürerek dava konusunun dışında bunların terörist olarak nitelenmesinin yanlış olduğu, gerçekte yurdunu seven kurtuluş savaşçıları olduklarını anlatarak yaptığı savunmalarındaki stratejilerine “*Kopuş Savunması*” kuramı/stratejisi demektedir. En ünlüsü Cezayir kurtuluş savaşçılarının davasıdır. (Filiz Kerestecioğlu, Şeytanın Avukatı Jaques Verges Öldü, Güncel Hukuk, Eylül/2003, sayı 117 Sh.63)

97 TBB. Meslek Kuralları m. 2

98 Ünver-Hakeri, age.s.652,714

savunma diyalektiği açısından bakmak gerekmektedir. Her şeyin incelikle ve ustalıkla tartışılmalıdır. Sadece olaylara dayanmalı, boşlukların tamamlanmasından kaçınmalı, kelime boşluğunda gerçeği kaybetmekten korkmalıdır. Diyalektik savunmaya zarar vermemelidir.⁹⁹

Mahkeme bu aşamada önce katılan ve vekiline sonra Cumhuriyet Savcısına söz verecektir. Onu sanık ile müdafii ve varsa kanuni temsilcisi takip edecektir (CMK m. 216/1). İkinci defa söz verilmesi mümkündür (CMK m. 216/2).

Daha sonra Cumhuriyet Savcısına esas hakkındaki mütalaasını bildirmek üzere söz verilecektir. Bu mütalaa iddianameden farklı olabilir. Ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin eylem veya eylemler dışında bir eylem ileri sürülmesi mümkün değildir (CMK m. 225). Savcıların makul mütalaa sınırlarını ve anayasal sınırlandırmaları aşmamaya dikkat etmesi gerekir. Savcılar savunma avukatından daha yüksek bir özen yükümlülüğündedirler, kamunun haklarını sonuna kadar korurken sisteme uygun ve sanığa adil davranmaları gerekir.

99 Erem, age. s.66

Esas hakkında mütalaa anlaşılır ve açık biçimde olmalıdır. Esas hakkındaki mütalaa, eyleme olduğu kadar hukuki meseleye de değinmelidir. Savunma diyalektiği, “itham” ile yaşama geçecektir; bu nedenle esas hakkında mütalaa sağlıklı bir savunma yapılabilmesinin ön koşulu olarak düşünülmalıdır. Bu ceza yargılamasının bütünsel/kolektif olma ilkesinin sonucudur. İtham, savunma, hüküm, kendini tanımlamak istediği zaman kendi karşısına muhtaçtır: *“İtham-savunma-hüküm ilişkisi düşündürücüdür. Oksijen ile hidrojen birleşirse su olur, fakat ikisi yan yana konulsa su olmayacaktır, birleşmeleri gerekir, birleşince de su her ikisinden de ayrı niteliktedir. İtham-savunma-hüküm ilişkisi de böyledir. İlk ikisi olmazsa, hüküm de yok demektir.”*¹⁰⁰

Bu nedenlerledir ki, 6217 sayılı Kanunun 26. maddesi ile CMK’ya eklenen geçici 3. madde ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği 14.4.2011 tarihinden 1.1.2014 tarihine kadar asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı bulunmayacağı ve görüşünün alınmayacağı şeklindeki düzenleme adil yargılamanın ve yargılama diyalektiğinin özümsememesinin sonucu yanlış bir uygulama olarak hukuk yaşamamızda anılacaktır.¹⁰¹

¹⁰⁰ Erem, age. s.67

¹⁰¹ Karakaya-Özhabeş, age.s.51-52

Suçun hukuki niteliği son aşamada, hâkimlerin delilleri değerlendirmesi sırasında değişecek olursa, sanık suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun maddesinden başka bir madde ile mahkûm edilemez (CMK m. 226). Sanığa ve doğal olarak müdafine ek savunma hakkı mutlaka verilmelidir (CMK m. 226/3).

Mahkeme, esas hakkındaki mütalaadan sonra savunma için sanığa, müdafine veya kanuni temsilciye söz verecektir. Müdafî görevi yapan avukat, iddianameye ve daha sonra kovuşturma evresinde toplanmış bulunan ve tartışması yapılan delillere dayanarak savunmasını belirlediği amaca uygun olarak yapmak durumundadır. Her zaman beraat düşünülmebilir. Stratejinin belirlenmesi bölümünde anlatıldığı gibi, suçun kabulü ile daha az ceza gerektiren bir eylem kabul edilebilir. Kanuni ve takdiri indirim nedenleri dile getirilebilir.

Savunmada hâkimin veya hâkimlerin psikolojisine uygun bir yol izlenmelidir. Siyasi davalarda ithamcı bir yol izlenebilir, ideolojinin savunulması doğaldır.

Delilleri tartışma ve esas hakkındaki mütalaa aşamasından sonra, müdafî tarafından yapılacak savunma yazılı dilekçe ile de mümkün olmakla birlikte, son savunmanın sözlü olması ceza yargılama sistemi açısından yerinde olacaktır. Avukatlık tarihi gelişiminde de görüldüğü üzere bir hitabet ve iletişim işidir. Hâkimler doğru zamanda, doğru duyguların etkisi altında kalırlarsa davanın insani boyutlarını daha iyi anlar, hatırlar ve kararlarını bu etki altında ve yönünde verebilirler. Sözlü savunmadan, avukatın söz ve hareketleri ile hâkimleri etkileyebileceği için avukatlık tarihinde kuşku duyulmuştur. Diktatörlerin hemen hepsi sözlü savunmaya karşı çıkmışlardır. Mahkemeler “*sözlü savunma*” yerine yazılı olarak hazırlanmış savunmayı tercih eder ve avukatlardan bunu isteyebilirler. Bu istek ceza yargılama hukukumuzun dayandığı “*itham*” sistemine aykırıdır. Sözlü savunmanın uzunluğu kısıltığı avukatın takdirine bırakılmalıdır. Avukat, sözünün kesilmesi veya susturulması halinde bunu mutlaka tutanağa geçirilmesini sağlamalıdır. Zira savunmanın sınırlandırılması anlamına gelecek bu hareketten dolayı hüküm bozulabileceği gibi başvurulacak diğer aşamalarda da cezalandırma sebebi olabilir.

Avukatın çok iyi hazırlanması, fakat metinden okuyarak savunma yapmaması esastır.

! Bir avukat sadece yazım alanında değil, konuşmasında da her kelimeyi, gerek doğru söylenişi ve gerekse anlamını ortaya koyacak bir şekilde kullanmak zorundadır.

Konuyu en canlı ve uygun biçimde anlatması gerekir. Konuşma edebî ve uzun olmaktan çok, aklın gereklerine uygun olmalıdır. Varsayımlara dayanmamalıdır. Dosyanın, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı ve kolluk, ileriki aşamalarda savunma ve kovuşturma evresinde mahkeme tarafından toplanan deliller ile uyumlu olmalıdır. Fıkralar, kıssalar, ilginç betimlemeler, benzetmeler (teşbih) ve eğretilmeler (istiare), abartmalar, küçültücü sıfatlar, cinaslar, anekdotlar zevkle dinlenilebilirse bile sonuca etkili olabileceği şüphelidir. Bir hâkim veya yargılama sistemimize jüri olmadığı için hâkimler kurulu önündeki söz, davranış ve savunmalarının inandırıcı olması ancak bu şekilde sağlanabilir.

Çok konuşmak bazen avukatın müvekkilinin işi ile özdeşleşmesi anlamına gelebilir ki, bu çok tehlikeli ve olmaması gereken bir haldir. Müvekkillerin duygularını tatmin için, bazı avukatların davanın esasına hâkim olamadıkları halde, ulu orta ve haddinden fazla konuştukları, davanın çözüme kavuşabilmesi ve doğru bir karara varılması için önemli olan yönlerin dışında, deyim yerinde ise, gerek karşı yana, gerekse avukatına hücum ettikleri görülmektedir ki, bu kabul edilemez.

Duruşma savunmadan sonra sanığa verilecek son söz ile bitecektir (CMK m. 216/3).

1.6.4 Hüküm

Son söz sanığa verildikten sonra duruşmanın sona erdiği açıklanır (CMK m. 223/1). Toplu mahkemelerde hüküm verilmesi için müzakere dönemi başlamıştır (CMK m. 227). Müzakerede ancak karara ve hükme katılacak hâkimler bulunur. Yedek hâkimin ve Cumhuriyet Savcısının müzakereye katılması yasaya aykırıdır.

Müzakere aşamasını da duruşma gibi mahkeme başkanı yönetir (CMK m. 228). Mahkeme başkanı müzakere bittikten sonra, kıdemsiz üyeden başlayarak oyları ayrı ayrı toplar ve en sonra kendi oyu- nu verir (CMK m. 229).

Bu suretle beraat (CMK m. 223/2), ceza verilmesine yer olmadığına (CMK m. 223/3,4), hükümlülüğe (CMK m. 223/5,6), ret (CMK m. 223/7) ve düşmeye veya durmaya (CMK m. 223/8) dair bir mahkeme hükmü ortaya çıkar ve taraflara tefhim veya tebliğ edilir.

Bundan sonraki aşama kanun yollarına başvuru aşamasıdır (CMK m. 272 ve 286). Durma kararı dışındaki (hüküm sayılan) kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulabilecektir. Ayrıca, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararları da kanun yolu bakımından hüküm sayıldığından (CMK m. 223/10), temyize tabidir. Durma kararı hakkında itiraz yolu açıktır (CMK m. 223/8).

(Esas hakkında savunma dilekçeleri ile ilgili Kontrol Listeleri bölümüne bkz.)

K/7 SORUŞTURMA VEYA DAVANIN UZUN SÜRMEŐİ VEYA BİRAN ÖNCE BİTİRİLMESİ KONUSUNDA İZLENECEK STRATEJİLER

Meslek Kuralları (m. 22), “*avukat savunma için zorunlu olmadıkça davanın uzaması sonucuna varacak isteklerden kaçınır*” kuralını getirmiştir. İş sahipleri genellikle davalarının olumlu ve çabuk bitmesini isterler. Genel davranış bu şekilde olmakla birlikte dosya kapsamına göre sanığın suç işlediği konusunda şüphe olmaması ve sanığın ceza almasının kaçınılmaz olduğu durumlarda,

- i. Soruşturma veya davanın zamanaşımına uğraması,
- ii. Özel veya genel af çıkması ve
- iii. Sonradan ortaya çıkabilecek delillerin davanın seyrini değiştirme olasılıkları göz önüne alınarak davanın uzun sürmesi tercih edilebilir.

Ancak, bir ceza soruşturmasının veya davasının kimi durumlarda çok uzun sürmesi avukat için aşırı külfet ve iş yükü getirebildiği hususu da gözden kaçırılmamalı ve dengelerin gözetilmesi de sağlanmalıdır.

Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması, erteleme, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile karşılaşılmaması vb. gibi durumlarda soruşturmanın/davanın olabildiğince kısa sürmesi taraflar için daha avantajlı bir durum yaratabilecektir.

1.7 Kanun Yolları¹⁰²

Kanun yolları, ceza yargılama sistemimize göre, olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Olağan kanun yolları mahkemelerin veya hâkimlerin kesinleşmemiş kararlarına karşı başvuru olan itiraz (CMK m. 267), istinaf (CMK m. 272) ve temyiz (CMK m. 286) yollarıdır.

İtiraz kanun yolu, hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı kabul edilmiştir (CMK m. 267).

İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı başvurulabilen ve hükümler ile hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarının maddi ve hukuki denetiminin yapıldığı istinaf yolu, henüz uygulamaya geçirilebilmiş değildir.

¹⁰² Av.K.Nevzat Güleşen’in katkılarıyla hazırlanmıştır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Kanunu 2004 tarihinde çıkarılmış olmasına rağmen henüz Bölge Adliye Mahkemeleri fiilen kurulup çalışmaya başlamamıştır. Bu nedenle sadece hukuki denetim yapabilecek olan temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir. Bunu sağlamak amacıyla, 5320 sayılı Kanunun 18/1-a maddesi ile yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CMUK'nun temyiz kanun yoluna ilişkin 305 ila 326 ncı maddesi hükümleri yürürlükte bırakılmıştır (Bkz. 5320 sayılı Kanun m. 8). Dolayısıyla temyizi kabil olan ve olmayan hükümler, temyiz istemi, temyiz süresi, temyiz sebepleri ile temyiz kanun yoluna ilişkin diğer işlemlerle ilgili olarak söz konu Kanun hükümleri uygulanmaktadır.

Ancak başlangıçtan beri Yargıtay'ın temyiz yolu ile hukuki denetim yanında maddi denetim yaptığı da bilinmektedir.

Olağanüstü kanun yolları ise mahkeme ve hâkimlerin kesinleşmiş kararlarına karşı başvurulması mümkün olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı (CMK m. 308), kanun yararına bozma (CMK m. 309-310) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK m. 311) yollarıdır.

Kanun yollarına savcı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatını almış olanlarla katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar başvurabilirler (CMK m. 260).

Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişinin açık arzusunun aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir (CMK m. 261.). Şunu da belirtelim ki, 150'nci maddenin 2. fıkrası uyarınca kendisine müdafii atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse, müdafinin iradesi geçerli sayılır (CMK m. 266/3).

Kanun yollarına yazılı yani dilekçe veya zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle başvurulabilir. Tutuklu sanıklar için bazı özel düzenlemeler söz konusudur (CMK m. 263).

Burada önemli olan, kanun yolunun türünde veya mercisinde yapılacak yanılma başvurusunun haklarını ortadan kaldırmamasıdır. Bu halde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhal görevli ve yetkili mercie gönderecektir (CMK m. 264/1-2).

Yasal bir zorunluluk bulunmamakla birlikte doğal olan avukatın itiraz, istinaf ve/veya temyiz yollarına, yazılı yani bir dilekçe ile başvurmasıdır. Dilekçe genel olarak dilekçe hakkındaki unsurlara ve niteliklere sahip olmalıdır.

Özellikle istinaf ve temyiz başvurularında aleyhine kanun yoluna başvuru kararı hakkındaki istinaf ve temyiz nedenlerinin dilekçede gösterilmesi gerekmektedir (CMK m. 294, 295, 301). İstinaf başvurusuna ilişkin nedenlerin gösterilmemiş olması inceleme yapılmasına engel olmaz (CMK 273/4). Buna karşılık temyiz başvurusunda temyiz nedenlerinin gösterilmemiş olması temyiz isteminin reddini gerektirir (CMK m. 298). Ancak bu hüküm bugün için yürürlükte değildir ve hükümlerin temyizi halinde, inceleme, 1412 sayılı Kanunun 305 ve devamı maddelerine göre Yargıtay tarafından yapılmaktadır. Bu Kanunun 314'üncü maddesinin 2. fıkrasına göre temyiz layihasının verilmemesi veya dilekçe veya beyanda temyiz sebeplerinin gösterilmemiş olması temyiz incelemesine engel teşkil etmez.

Bu aşamada önemli olan, başvuru ve gerekçeli dilekçelerin, avukatın dava için tespit etmiş olduğu savunma stratejisine uygun olmasıdır. Özellikle iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurulacak AYM ve AİHM açısından bu durum son derece önemlidir.¹⁰³

K/8 KANUN YOLLARI

A. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında

A.1. Olağan Kanun Yolları

A.1.1. İtiraz (CMK m. 267-271)

A.1.2. İstinaf (CMK m. 272- 285) ... hem haddi hem hukuki denetim... 5235 sayılı yasanın geçici 2. md. uyarınca Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşu, yargı çevreleri ve göreve başlayacakları tarih RG'de ilan edildiğinde yürürlüğe girecektir.

A.1.3. Temyiz (CMK m. 286-307) ... sadece hukuki denetim

¹⁰³ İç hukuk yolları tüketilmeden AYM ve AİHM'ne başvuru için 8 ve 9. bölümlere bkz.

A.2 Olağanüstü Kanun Yolları

A.2.1. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi (CMK m. 308)¹⁰⁴

A.2.2. Kanun Yararına Bozma

A.2.2.(a) Adalet Bakanlığı'nın istemi üzerine başvuruda bulunulması (CMK m. 309)

A.2.2.(b) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın resen başvuruda bulunması (CMK m. 310)

A.2.3. Yargılamanın Yenilenmesi (CMK m. 311-323)

B. 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluş Ve Yargılama Usulü Kanunu Kapsamında:

B.1. Olağan Kanun Yolları

B.1.1. İtiraz (As.Mah.U.K m. 202-204)

B.1.2. Temyiz (As.Mah.U.K m. 205-227)

¹⁰⁴ 6352 sayılı Kanunun 99. maddesi ile yeniden düzenlenmiş; C.Başsavcısı'nın itirazı üzerine dosyanın önce kararına itiraz edilen daireye gönderilmesi sürece eklenmiştir. Bu süreçte sanık ve müdafinin görüşünün alınmaması adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir (Karaka-Özhabeş, age.s.53).

B.2. Olağanüstü Kanun Yolları

B.2.1. Yargılamanın Yenilenmesi (As.Mah.U.K. m. 228-242)

B.2.2. Kanun Yararına Bozma (As.Mah.U.K. m. 243)

K/9 TUTUKLAMAYA, TUTUKLULUK DURUMUNUN DEVAMINA VEYA TAHLİYE İSTEMİNİN REDDİ KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARINA BAŞVURU¹⁰⁵

1. İtiraz

Tutuklamaya, tutukluluk durumunun devamına veya tahliye isteminin reddi kararlarına karşı itiraz yolu kabul edilmiştir (CMK m. 101/5; 105/1).

a) Başvuru

İtiraz, karar tarihinden itibaren yedi (7) gün içinde kararı veren mahkeme veya hâkimliğe verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle olur (CMK m. 268/1). Maddede itiraz edilebileceğinden söz

¹⁰⁵ Av.Fahrettin Demirağ tarafından hazırlanmıştır.

edilmiş, fakat itiraza hakkı olanlar belirtilmemiştir. Tutuklama kararına, kanun yoluna başvurma hakkı olanların itiraz edebileceklerinde kuşku yoktur. Tutuklama isteminin reddi kararına ise sadece Cumhuriyet Savcısı itiraz edebilir. Kanun tutuklama isteminde bulunma hak ve yetkisini Cumhuriyet Savcısına verdiği göre, tutuklama isteminin reddi kararına sadece Cumhuriyet Savcısı tarafından itiraz edilebileceği kabul edilmelidir.¹⁰⁶

Müdafi, sırf itiraz etmiş olmak için bu yola başvurmamalıdır. Tutuklama kararını tüm yönleriyle incelemeli, itirazında, tespit ettiği hukuka aykırılıklara yer vermeli, tutuklama nedenleri bulunsa bile dilekçesinde, adli kontrol uygulamasına karar verilmesi hususunda somut olgulara yer vermelidir. Bu, müdafinin özen yükümlülüğünün ve meslek kurallarının bir gereğidir.

b) İtirazın İncelenmesinde Usul

Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir. Yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir (CMK m. 268/2).

¹⁰⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s.1009.

Tutuklama kararına karşı yapılan itirazı inceleyecek merciler m. 268/3'te gösterilmiştir.

İtiraz üzerine merciin yapacağı işlemler CMK m. 270'de gösterilmiştir. Maddenin ilk metninde, itirazın, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirilmesi merciin takdirine bırakılmıştı (CMK m. 270/1). Bu durum AİHM'nce silahların eşitliği ilkesine aykırı görülmekte ve ihlâl kararı verilmekte idi. Örneğin, Savcılığın yaptığı itirazın incelenmesi, sanık veya müdafii haberdar edilmeden yapılmışsa, AİHM, 5/4. maddenin ihlâl edilmiş olacağına karar vermiştir (*Fodale/İtalya*, 70148/01-1.6.2006).

Bu nedenle 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunla maddeye eklenen ikinci fıkra ile, Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüşün şüpheli, sanık veya müdafiiye bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir (CMK m. 270/2). CMK'nun 33 üncü maddesi uyarınca duruşma dışındaki kararlar Cumhuriyet Savcısının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra verileceğinden, savcı görüşünün şüpheli, sanık veya müdafiiye bildirilmesi zorunludur.

İtiraz hakkında, kural olarak duruşma yapılmaksızın, evrak üzerinden inceleme yapılarak karar verilir. Ancak gerekli görüldüğünde Cumhuriyet Savcısı ve sonra müdafî veya vekilin dilenebilecek yani gerekli görüldüğünde duruşma yapılabilir (CMK m. 271/1).

Tutuklamaya itiraz halinde incelemenin duruşmalı olarak yapılmasının mercii takdirine bırakılması, uygulamada evrak üzerinden inceleme yapılarak karar verilmesine, dolayısıyla ülkemizin AİHM'nin 5/4 üncü maddesini ihlalden mahkûmiyetine yol açmıştır. AİHM Kararları dikkate alındığında bu düzenleme tutuklama kararına karşı itirazın silahların eşitliği ilkesine uygun olarak müdafî dinlenilmek suretiyle karar verilmesi gerekmektedir.

AİHM, özellikle, itirazın incelenmesinin çekişmeli yargılama esasına uygun olmasını ve her durumda, iddia makamı ile sanık arasında “silahların eşitliği” ilkesinin temin edilmiş olması gerektiğini vurgulamıştır (*Cahit Demirel/Türkiye*, 18623/03 - 7 Temmuz 2009). Bu bağlamda tutukluluğa itirazı inceleyen mahkemenin, savcının bu talep hakkındaki mütalaasını önceden başvurucuya veya avukatına bildirmemesi ve söz konusu kişilerin, konuya dair cevap verme imkânı olmaması, 4. fıkranın gerek-

lerinin yerine getirilmediği sonucuna varmak için yeterlidir (*Sarar/Türkiye*, 1947/09-27.03.2012).

AİHM'ne göre, tutuklu kendisi çıkamıyorsa, gerekiyorsa ücreti devlet tarafından karşılanmak üzere bir müdafî sağlanarak, mahkeme önünde itirazın duruşmalı olarak incelenmesi sağlanmalıdır (*Duda/Polonya*, 67016/01, 19.03.2007). Bununla birlikte AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, tutukluluğun uzatılmasına ilişkin kararlara yapılan her itirazda başvuranın dinlenilmesinin gerekli olmadığını; ancak kişinin makul aralıklarla dinlenilme hakkını kullanmasının yerinde olacağına karar vermiştir (*Altunok/Türkiye*, 31610/08 - 29 Kasım 2011 par.45, 54; *Knebl/Çek Cumhuriyeti*, 20157/05 - 28 Ekim 2010 par. 85).

AİHM, tutuklamaya itiraz duruşmasında, sanık müdafîin soruşturma dosyasındaki bilgilere ulaşmaması veya ulaşmasının engellenmesi halinde, 5/4.maddenin ihlâl edildiğine karar vermektedir. *Schöps/Almanya* (25116/94 -13.02.2001) kararında AİHM, hazırlık soruşturması sırasında 7 ay süreyle sanık müdafîin soruşturma dosyasına ulaşmasının engellenmesi nedeniyle, bu şartlar altında yapılan tutuklamaya itiraz incelenmesini söz konusu 5/4. maddeye aykırı bulmuştur. CMK'nın 153 üncü

maddesinin, müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasının, Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine, sulh ceza hakimince yasaklanabileceğini düzenleyen 2 nci fıkrası ile bununla bağlantılı olan 3 üncü ve 4 üncü fıkralar 6526 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırıldığından, bugün için dosyaya ulaşma konusunda hukuki bir engel bulunmamaktadır.

İtiraz mercii, itiraz olunan kararı hem maddi yönden ve hem de hukuki yönden bir değerlendirme yaparak inceleyecek ve itirazı yerinde görürse, bu konuda bir karar verecektir. Bir başka ifadeyle itiraz mercii, tutuklamanın tüm koşullarının somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğini, tutuklamaya karar veren mahkeme gibi incelemek ve buna göre karar verme yetkisine sahiptir. Bu açıdan itiraz mercii'nin yetkisi, tutuklamanın AİHS'nin 5. maddenin 1. fıkrasında öngörülen amacına uygunluğunun denetimini sağlayacak kadar geniştir. Bu yetkinin kullanılmaması halinde, tutuklama Sözleşmenin 5 inci maddesinin diğer fıkralarına uygun olsa bile, dördüncü fıkra ihlâl edilmiş olur. Ülkemizde tutuklamaya itirazın başarı olasılığının çok düşük olduğuna işaret eden AİHM, itiraz incelemesinin gerçek çekişmeli bir yöntemle yapılmasının başlı başına ihlâl nedeni teşkil edeceğini

belirtmiştir (*Fırat Can/Türkiye*, 6644/08- 24 Mayıs 2011; aynı doğrultuda *Fırat/Türkiye*, 37291/04- 30 Haziran 2009). AİHM, itiraz edenin, somut olarak gösterdiği ve önem arz eden itiraz nedenleri, mevcut olgular çerçevesinde ele alınıp irdelenmeden verilen itirazın reddi kararının da AİHS m. 5/4'ü ihlâl edeceğini belirtmiştir (*Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 11209/84, 11234/84, 11266/84 ve 11386/84, 29 Kasım 1998).

e) İnceleme Süresi

Kanunda itirazı inceleyen mercii'nin “mümkün olan en kısa sürede” karar vereceği belirtilmiş, fakat belirli bir süre öngörülmemiştir (CMK m. 271/3).

AİHM, itirazın kısa süre içinde sonuçlandırılmasının AİHS m. 5/4 ün ihlâl edeceğini belirtmiştir. AİHM 'ne göre bu süre, itirazın yapıldığı tarih ile ret kararının tutukluya veya müdafie bildirildiği tarihler esas alınarak hesaplanır. Bir başka ifadeyle sürenin başlangıcı; itirazın yapıldığı tarih, sürenin sonu; ret kararının ilgisine tebliğ edildiği tarihtir. AİHM, itirazın 41 günde sonuçlandırılmasını AİHS m. 5/4'e aykırı bulmuştur (*Şevk/Türkiye*, 4528/02- 11 Nisan 2006).

İtiraz merciin vereceği karar kesindir.

Ancak tutuklama isteminin reddi kararına itiraz üzerine, merci tarafından verilen tutuklama kararına itiraz edilebilir (CMK m. 271/4).

! Bugün için ülkemizde, ister genel yargıda ister askeri yargıda olsun, tutuklama kararına karşı itirazı inceleyen mercilerin denetimlerinin, tutuklamanın şekli koşullarıyla sınırlı olarak yapıldığı görülmekte ve bilinmektedir. Bu nedenle tutuklama kararına yapılan itirazlar, çoğunlukla sonuçsuz kalmaktadır.

Nitekim AİHM, CMK'da tutuklamaya, tutukluluk halinin devamına ve tahliye talebinin reddine ilişkin kararlara karşı öngörölmüş olan itiraz "kanun yolunun uygulamada düşük başarı ihtimali vaat ettiğini ve sanığa gerçek anlamda çekişmeli bir hukuk yolu sağlamadığını" belirtmiştir (Cahit Demirel/Türkiye, 18623/03 - 7 Temmuz 2009; ayrıca bu konuda zikredilen Koşti ve diğerleri, Bağrıyanık, Doğan Yalçın kararları).

İtiraz merciinin, talebin reddine ilişkin kararının gerekçesi de önemlidir. AİHM, tutuklamaya ilişkin kararlara itirazın reddi kararının basmakalıp gerek-

çelere dayandırılmasının, itiraz yolunun başarılı olma ihtimallerinden şüphe duymak için önemli unsurlardan biri olduğunu belirtmiştir (Kürüm/Türkiye, 56493/07- 26 Ocak 2010; Koşti ve diğerleri/Türkiye, 74321/01 - 3 Mayıs 2007). Şunu da belirtelim ki, gerekçe gösterme yükümlülüğü, hem tutuklamaya yapılan itirazların incelenmesinde hem tutukluluk süresinin uzatılmasına dair kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesinde söz konusudur (Knebl/Çek Cumhuriyeti, no.20157/05, § 76, 28 Ekim 2010).

2. Kanun Yararına Bozma

Olağanüstü bir kanun yolu olan kanun yararına bozma CMK m. 309 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümlere karşı kabul edilmiştir. Ancak takdir hakkına giren konularda kanun yararına bozma yoluna başvurulması kabul edilmemiştir (Bkz. YCGK: 11.12.2007 tarih ve 2007/2-267/271 Esas ve Karar sayılı). Bunun sonucu, itiraz merciince talebin reddine karar vermek suretiyle kesinleşen, uygulamada tutuklamaya ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlara

karşı kanun yararına bozma yolu kabul edilmemektedir. Durum böyle olmakla beraber, gerek tutuklamaya gerekse tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin gösterilmemiş olması veya takdir hakkı dışında kalan bir başka hukuka aykırılık bulunması hallerinde kanun yararına bozma yoluna başvurulabileceği kabul edilmelidir.

1.8 İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi¹⁰⁷

AİHM’ye başvurunun hazırlık evresini iç hukuk yollarının tüketilmesi süreci oluşturur. AİHS md. 35’e göre, iç hukuk yollarının tüketilmesi, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik koşuludur. AİHM’ye başvurunun temelleri bu süreçte atılır. Bu bağlamda gözetilmesi gereken noktalar şunlardır:

1) İç hukuk yolları tüketilirken, iç hukukta olumsuz karar verilmesi durumunda AİHM’ye başvurulacağı ve bu başvuruda dayanılacak AİHS maddelerinin - mümkünse, AİHM’nin benzer olaylara ilişkin içtihatlarının – belirtilmesi bunun yapıldığının tutanak, dilekçe kaydı ve benzerleri ile belgelenmesi gerekir¹⁰⁸.

107 Bu bölüm ve 8 numaralı kutu Av. Münci Özmen’in katkılarıyla hazırlanmıştır.

108 Bu yapılmadığı takdirde, iç hukuk yolunun tüketilmediği, dolayısıyla, yakınma konusunun iç hukukta AİHS açısından incelenmesine fırsat verilmeden doğrudan doğruya AİHM’e taşındığı itirazı ile karşılaşılabılır.

2) İç hukuk yollarının tüketilmesi, yargı organları önünde gerçekleşmekteyse, AİHS md. 6’da güvence altına alınan adil yargılanma hakkına yönelik her ihlâl anında müdahale edilmeli ve müdahale edildiği de tutanak, dilekçe kaydı ve benzerleri ile belgelenmelidir¹⁰⁹.

Tüketilecek iç hukuk yolları olağan, erişilebilir ve etkin nitelikte olmalıdır. Olağanüstü nitelikteki, erişilebilir ve etkin olmayan iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmez.

1.8.1 Olağan İç Hukuk Yolu

Olağan nitelikteki iç hukuk yolu, başvuruçunun doğrudan kullanma hakkına sahip olduğu ve süreç sonunda aleyhine başvuru olanağı kalmayan veya bulunmayan bir nihai/kesin kararın¹¹⁰ elde edilebildiği yoldur. Bu bağlamda KANUN YOLLARI başlıklı 7. bölümde yeterli açıklamalar yapıldığı için burada yinelenmeyecektir.

5271 sayılı CMK yürürlüğe girmeden önce 466 sayılı “*Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun*”da öngörülen tazminat ile CMK’nın 141- 144. maddelerinde düzenlenen

109 Müdahale edilmez ve müdahale belgelenmezse, AİHM’ye yapılacak başvuruda, ana ihlâl(ler)e ek olarak, iç hukuk yolu tüketilirken oluşan, adil yargılanma hakkına ilişkin ihlâl(ler)e de dayanılması durumunda, söz konusu ek ihlâl(ler) noktasında iç hukuk yolunun tüketilmediği itirazı ile karşılaşılabılır.

110 “Nihai karar”dan kesin nitelik taşıyan yani, olağan yollardan değiştirilemeyen veya düzeltilemeyen karar anlaşılmalıdır. Bkz. aşağıda, ‘Nihai karar’ bölümü.

“Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” yolları konu bakımından özel ve tüketilmesi gereken olağan iç hukuk yollarıdır.

Aynı şekilde,

1) 5233 sayılı “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun” çerçevesinde, maddi zararların sulh yoluyla tazmini için “Zarar Tespit Komisyonları”na; sulh yoluyla çözüm sağlanamazsa yargı yoluna başvurulması,

2) 19.01.2013 tarihinde yayımlanan 6384 sayılı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun” çerçevesinde, yargılamanın uzun sürdüğü ve mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği veya hiç icra edilmediği iddialarıyla¹¹¹ 23.09.2012 tarihinden önce AİHM’ye kaydedilen başvuruların, tazminat ödenmek suretiyle sonuçlandırılması amacıyla kurulan Komisyon’a¹¹² başvurulması ve bu Komisyon’un kararlarına karşı

¹¹¹ Bakanlar Kurulu, başka ihlâl iddialarını da kapsama almaya yetkilidir (yasanın 2/2 maddesi).

¹¹² Komisyon, 20.2.2013 tarihinden itibaren başvuruları almaktadır. Anayasa Mahkemesi, yasanın, Komisyon’un oluşumu ile ilgili 4. maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması davasını (E.2013/34) 6.6.2013 tarihli toplantısında reddetmiştir.

Ankara Bölge İdare Mahkemesine itirazda bulunulması, tüketilmesi gereken olağan ve özel iç hukuk yollarıdır.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) bireysel başvuruları karara bağlama görevi verilerek ve 2011 yılında çıkarılan 6216 sayılı “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”un 45-51. maddeleri ile AYM’ye bireysel başvuru hakkı düzenlenerek mevcut olağan iç hukuk yollarına bir yenisi eklenmiştir.

! Buna göre, AİHM’ye başvurmadan önce AYM’ye bireysel başvuruda bulunmak gerekmektedir.

1.8.2 Erişilebilir İç Hukuk Yolu

İç hukuk yolunun erişilebilir olmasından, başvuru yapmaktan alıkoyan engellerin, mesafelerin ve parasal külfetlerin olmaması anlaşılır.

1.8.3 Etkin İç Hukuk Yolu

Etkin iç hukuk yolu, (i) ileri sürülen ihlâl sorununu olgular bakımından inceleyebilen ve ihlâlin sonuçlarını giderebilecek kararlar alabilen ve kararları bağlayıcı olan organ veya (ii) bunu sağlayan yasal olanaktır.

Birinci şıktaki organın mutlaka yargı organı olması gerekmez. Örneğin, yukarıda belirtilen 5233 sayılı “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun” ve 6384 sayılı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun” ile kurulan Komisyonlar yargı organı değildir.

İkinci şıkta örnek olarak, orman sınırları içinde kaldığı için tapusu iptal edilen kimseye tazminat ödenmesini olanaklı kılan MK m. 1007/1¹¹³ gösterilebilir. 6328 sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu”nun 17. maddesine göre bu Kuruma yapılan başvurular etkin iç hukuk yolu olarak sayılamaz. Zira, bu Kurum idari mercilere sadece “öneride” bulunabilir (yasanın 1., 20. ve 21. maddeleri); sorununu çözen bağlayıcı kararlar alamaz.

¹¹³ MK 1007/1: “Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur.”

İç hukuk yolunun etkin olup olmadığına AİHM karar verir ve iç hukuk yolunun etkinliğinin sürüp sürmediğini denetler. AİHM’nin önceden etkin bulmadığı iç hukuk yolunun sonradan etkinlik kazandığına hükmetmesi veya bunun tam tersi olasıdır. Örneğin, AİHM önceleri, KKTC’deki Rum taşınmazları ile ilgili Tazmin Komisyonu’nu etkin iç hukuk yolu olarak nitelendirmemiş (AİHM’in 14.3.2005 tarihli Xenides-Arestis/Türkiye kabul edilebilirlik kararı) ancak, ilgili yasada yapılan bazı değişiklikler üzerine, bu yolun etkin olduğuna hükmetmiştir (AİHM’in 1.3.2010 tarihli Demopoulos vd./Türkiye kabul edilemezlik kararı.).

AİHM, etkinlik değerlendirmesi açısından, düzenlemenin kendisini veya içeriğini her zaman yeterli görmeyebilir ve söz konusu düzenlemenin üreteceği sonuçları bekler. Örneğin, AİHM, orman sınırları içinde kaldığı için tapusu iptal edilen kimseye MK m. 1007/1’ye dayanarak tazminat ödenmesini sağlayan YHGK’nın 18.11.2009 tarihli içtihat değişikliğinden sonra, bu yolun etkinliğini kabul etmiştir (AİHM’nin 15.5.2012 tarihli Altunay/Türkiye ve 21.11.2012 tarihli Arioğlu vd./Türkiye kabul edilemezlik ve Anayasa Mah-

kemesi'nin 16.4.2013 tarihli ve 2012/1315 sayılı ve 16.4.2013 tarihli ve 2013/1012 sayılı Bireysel Başvuru Kararları).

AİHM, 5233 sayılı “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun”la kurulan “Zarar Tespit Komisyonları”nın etkinliğini, 12.01.2006 tarihli Aydın İçyer/Türkiye kabul edilemezlik kararını verirken incelemiş ve söz konusu Komisyonların etkin nitelikte olduklarına hükmetmiştir.

AİHM, 6384 sayılı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun”la oluşturulan iç hukuk yolunu 11.4.2013 tarihli Müdür Turgut vd./Türkiye kabul edilemezlik kararında incelemiş ve söz konusu yasanın, kapsadığı ihlalleri konu edinen ve 23.09.2012 tarihinden önce AİHM’ye yapılmış ve henüz devlete tebliğ edilmiş başvurular için çözüm getirdiğini belirterek, kurulan Komisyona başvuru yolunun tüketilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. AİHM, kabul edilemezlik kararında, bu yeni iç hukuk yolunun etkin olup olmadığını, Komisyonun ve itiraz mer-

ciinin (Ankara Bölge İdare Mahkemesinin) vereceği kararlara bakarak her zaman yeniden değerlendirebileceğini de kaydetmiştir.

AİHM, 14.05.2013 tarihli Hasan Uzun/Türkiye kabul edilemezlik kararında da, AYM’ye bireysel başvuru yolunu incelemiş ve 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen kararlar (*decisions that had become final*) bakımından tüketilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. AİHM bu kararıyla, AYM’ye bireysel başvuru yolunun etkinliğine hükmetmediğini ve AYM’nin bireysel başvurular üzerine vereceği kararların, AİHM kararlarıyla ne ölçüde uyum içinde olduğunu denetleme hakkını saklı tuttuğunu vurgulamıştır.

AİHM, ihlallerin iç hukuk yollarında çözümlenerek, kendi iş yükünün hafifletilmesini beklemektedir. AİHM’nin bu beklentisi gerçekleşmediği takdirde, yeni oluşturulan iç hukuk yollarının etkin olmadıklarına veya etkinliklerini yitirdiklerine hükmetmesi olasıdır.

Başvuruda bulunan taraf, iç hukuk yolunun etkin olmadığını veya etkinliğini kaybettiğini, dolayı-

sıyla, tüketilmesinin gerekmediğini ileri sürerse, bunun aksini kanıtlamak, iç hukuk yolunun tüketilmediği itirazında bulunan davalı devlete düşer.¹¹⁴ Davalı devlet, tüketilmesi gerektiğini savunduğu iç hukuk yolunun etkinliğini ancak uygulamadan örnekler¹¹⁵ veya emsal içtihatlar¹¹⁶ göstererek kanıtlayabilir.

1.8.4 Kesin Hüküm (Res Judicata)/Nihai Karar (Final Decision)¹¹⁷

Nihai karar^{118, 119}, olağan iç hukuk yolları tüketildikten sonra olağan yollardan değiştirilemeyen veya

114 AİHM, bazı durumlarda kanıt yükünü, güçlü konumu nedeniyle, davalı devlete yüklemeyi hakkaniyete daha uygun bulur. AİHM, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun tüketilmesi gerektiğini belirttiği 14.5.2013 tarihli Hasan Uzun/Türkiye kabul edilemezlik kararında, devletten, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun etkin bir iç hukuk yolu olduğunu kanıtlamasını, beklediğinin altını çizmiştir.

115 Bkz., AİHM'in 12.1.2006 tarihli Aydın İcyer kabul edilemezlik kararının 29. paragrafı.

116 Bkz., 45 no.lu dip-notta belirtilen kabul edilemezlik kararları.

117 Vitkauskas-Dikov, age.s.35; Ceza yargılamasında “kesin hüküm” kavramı kullanılmaktadır. Nihai karar kavramı özel hukuk davalarıyla ilgilidir.

118 AİHS'nin 35. maddesi uyarınca AİHM, nihai kararın (*final decision*) verildiği günden itibaren 6 ay içinde yapılan başvurulara bakar.

119 İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. ve 46. maddelerinde, Danıştay Dava Dairelerinin, İdare ve Vergi Mahkemelerinin itiraz ve temyiz edilebilecek kararları; HMK'nın 341. maddesinde, istinaf yoluna başvurulabilecek ilk derece mahkeme kararları ve 361. maddesinde, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri'nin temyiz edilebilecek kararları için “nihai karar” deyimini kullanılmıştır. Belirtilen maddelerde bu deyim, AİHS'nin 35. maddesinde öngörülen “nihai karar” (*final decision*) anlamında kullanılmadığı açıktır. Nitekim, HMK'nın 294. maddesinin 1. fıkrasında nihai karar, “hüküm” olarak tanımlanmıştır.

düzeltilmeyen karardır¹²⁰. Nihai kararın icra veya infaz edilebilir olması aranmaz.

1) Ceza yargılamasında itiraz merciinin kararları, Bölge Adliye Mahkemelerinin temyiz edilemeyen kararları ile Yargıtay'ın başvuru hakkını tüketen son kararı;

2) Askeri ceza yargılamasında itiraz merciinin kararları ile Askeri Yargıtay'ın başvuru hakkını tüketen son kararı;

AİHS'nin 35. maddesinde belirtilen “nihai karar” niteliğindedir.

3) Önceki 2 paragrafta belirtilen kararların üzerine AYM'ye bireysel başvuruda bulunulabiliyorsa, “nihai karar” artık, öncekiler değil, AYM'nin vereceği

120 Anayasa Mahkemesi, 12.2.2013 tarihli ve 2012/947 sayılı Bireysel Başvuru Kararının 18. paragrafında, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kabul edilebilirlik koşulu olan iç hukuk yolunun tüketilmesiyle ilgili olarak, “*Bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun kalmaması veya baştan böyle bir yolun bulunmaması ile hüküm şekli anlamda kesinleşir. Kesinleşme, olağan kanun yollarının tüketilmesi veya tüketilmesi için öngörülen zamanın geçmesi ile gerçekleşmektedir*” açıklamasında bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bu açıklaması, iç hukuk yolunun tüketilmesiyle ilgili yöntemin ortaya konması bakımından önemlidir. AİHM, AİHS'de ve taraf olunan Ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlükleri, iç hukuktaki anlayış ve uygulamalardan bağımsız olarak yorumlamakta ancak, iç hukuk yolunun tüketilmesinin yöntemi gibi konularda iç hukuku dikkate almaktadır. Ayrıca, 10 numaralı kutuya bkz.

Bireysel Başvuru Kararı'dır. İç hukuk yollarının tüketilmesi evresinde gözetilmesi gereken noktalar, AİHM'ye yapılan bireysel başvurunun kabul edilebilirliği (*admissibility*) ile ilgilidir. AİHM, burada belirtilen noktalarda eksiklik görürse, inceleme sürecinin her aşamasında kabul edilemezlik kararı verebilir.

1.9. AYM ve AİHM Başvuruları

1.9.1 AYM'ye Bireysel Başvuru

Anayasa'nın 148.maddesine 07.05.2010 tarih ve 5928 sayılı yasanın 18.maddesi ile eklenen 3.fıkrasına göre, herkes Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

AYM'ye bireysel başvuru hakkı ile ilgili önemli noktalar:

1) Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı, Anayasada güvence altına alınan ve AİHS ve

Ek Protokollerde karşılığı bulunan hak ve özgürlüklerin ihlalini kapsar. Örneğin, mülkiyet hakkı Anayasada yer alan ve 1 No.lu Ek Protokolün 1. maddesiyle düzenlenen bir hak olduğundan, bu hakkın ihlâl edildiği düşünülen her olayda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilmektedir; aksi takdirde, AİHM açısından, iç hukuk yolunun tüketilmesi koşulu yerine getirilmemiş olur. Buna karşılık, Anayasada güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkı AİHS ve Ek Protokollerde yer almamıştır. Bu nedenle, sosyal güvenlik hakkı ile ilgili ihlâllerde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması gerekli değildir. Diğer deyişle, sosyal güvenlik hakkı ile ilgili ihlâllerde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu sayılamaz¹²¹.

2) 6216 sayılı yasanın 48. maddesinin 2. fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi, anayasal önem taşımayan¹²² ve önemli zarar içermeyen bireysel başvuru

121 Ancak, Anayasa Mahkemesi, içtihat yoluyla yetkisini genişletir ve sosyal güvenlik hakkını da görev kapsamına alırsa, o zaman hukuksal durum tamamen değişir ve sosyal güvenlik hakkı ile ilgili ihlâllerde de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu niteliği kazanır.

122 Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuruları sadece anayasal açıdan incelemekle görevli olduğu, bu nedenle de, kendi incelemelerinde AİHS md. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkını (örn., silahların eşitliği gibi ilkeleri) gözetmek durumunda olmadığı savunulabilir. AİHM'nin, Anayasa Mahkemesinin parti kapatma davalarındaki

ruhari kabul edilemez bulabilir. Bu nokta, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmasında tereddüt yaratabilir. Zira Anayasa Mahkemesinin hangi başvuruları anayasal açıdan önemsiz bulacağı veya başvurulara konu olan zararların hangilerini önemsiz olarak değerlendireceği önceden bilinemez¹²³. Ancak, söz konusu belirsizlik, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun atlanmasına neden olmamalıdır, çünkü belki de Anayasa Mahkemesi, başvuruyu anayasal açıdan önemli bulacak veya konu edilen zararı önemli olarak değerlendirecektir.¹²⁴

yargılamasını – anayasal inceleme olduğu gerekçesiyle -AIHS'nin 6. maddesinin kapsamı dışında tutması (bkz., AIHM'nin 9.4.2002 tarihli **Yazar vd. /Türkiye (HEP)** kararının 66-67. paragrafları) da bu savunmayı destekleyebilir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ihlâl kararı vermesi durumunda, a) ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetmesi veya b) dosyayı yeniden yargılama yapması için ilgili mahkemeye göndermesi veya c) başvurucu lehine tazminata hükmetmesi veya d) başvurucuya genel mahkemelerde dava açma yolunu göstermesi (1216 sayılı yasanın 50. maddesi), başvurucu açısından ceza hukuku veya özel hukuk alanında sonuçlar doğurur. Bu da, Anayasa Mahkemesini, bireysel başvuru incelemelerinde AIHS'nin 6. maddesi kapsamındaki standartları gözetmek durumunda bırakır (bu konuda bkz., AIHM'nin 23.6.1993 tarihli Ruiz-Mateos/İspanya kararının 55-60. paragrafları).

123 Bu durum, pek çok AIHM kararında hukuk devletinin gereği olan yasallığın önemli bir unsuru olarak sayılan “yasal belirlilik” (*legal certainty*) ilkesi açısından ciddi bir sorundur.

124 AIHM, başvuruları anayasal önem açısından ele almaz. Zararın önemsizliği AIHM'nin de göz önünde bulundurduğu bir husustur ancak, zarar ne kadar önemsiz olursa olsun, insan haklarına saygı ilkesi gerektiriyorsa, başvuruyu inceler (AIHS 35/3-b). Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin önemsiz olarak değerlendirdiği zararı, AIHM insan haklarına saygı ilkesi açısından incelemeye değer bulabilir.

3) Yasanın 49. maddesinin 6. fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi, “süper temyiz mercii” gibi işlem yapmayacak yani, kanıtların değerlendirilmesine bakmayacak ve yasa kurallarının yorumuna karışmayacaktır. Bu nedenle, yakınılan ihlâlin giderilmesi için Anayasa Mahkemesinin kanun yolu mercii gibi inceleme yapmasının gerekip gerekmediği belirlenmelidir. Örneğin, yakınılan ihlâl, kanıtların değerlendirilmesiyle ilgili ise, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak gereksizdir zira, Anayasa Mahkemesi, belirtilen yasa kuralı uyarınca bu ihlâli incelemeyecektir.¹²⁵

4) Yasanın Geçici 1. Maddesinin 8. Fıkrası, 23.09.2012 tarihinden sonra “kesinleşen” (kesin nitelikte olan) işlem ve kararlar¹²⁶ aleyhinde bireysel başvuruda bulunulabileceğini belirtmektedir. Bu kural, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisini belirlemektedir. Buna göre, ortada kesin nitelikte nihai bir karar yoksa, Ana-

125 Bkz., Anayasa Mahkemesi'nin 12.2.2013 tarihli ve 2012/1027 sayılı; 26.3.2013 tarihli ve 2013/781 sayılı; 16.4.2013 tarihli ve 2013/906 sayılı; 16.5.2013 tarihli ve 2013/1281 sayılı; 16.5.2013 tarihli ve 2013/1375 sayılı Bireysel Başvuru Kararları.

126 Kesin nitelikteki kararların tebliğ edilmesinin, bu kararların “kesinleşmesi” üzerinde etkisi yoktur (bkz., Anayasa Mahkemesi'nin 12.2.2013 tarihli ve 2012/329; 12.2.2013 tarihli ve 2012/947 sayılı; 5.3.2013 tarihli ve 2012/883 sayılı Bireysel Başvuru Kararları).

yasa Mahkemesine gitmek zaman kaybı olacaktır. Uzun tutukluluk konusu, Anayasanın 19. Madde- siyle güvence altına alınan kişi güvenliği ve hür- riyeti ile ilgilidir ve tek başına AİHS md. 5'in ih- lâlîni oluşturur. Dolayısıyla, Anayasa Mahkeme- sine bireysel başvuru hakkının kapsamına girer. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun devamı kararına karşı itirazın reddini, “kesinleş- men” karar olarak nitelendirmiştir¹²⁷. Bu durumda, 23.09.2012 tarihinden sonra verilen, tutukluluğun devamına ilişkin karara karşı yapılan itirazın red- di kararı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru konusu yapılabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu doğrultuda, yasanın öngördüğü 5 yıllık azami tutukluluk süresini aşan durumlarda ihlâl kararları vermiştir¹²⁸.

127 Anayasa Mahkemesi’nin 26.3.2013 tarihli ve 2012/260 sayılı; 16.5.2013 tarihli ve 2012/266 sayılı Bireysel Başvuru Kararları. Anayasa Mahkemesi bu kararlarında başvuruları, “zaman bakımından yetkisizlik” nedeniyle reddetmiştir.

128 Anayasa Mahkemesi’nin 2.7.2013 tarihli 2012/338 sayılı; 2012/239 sayılı; 2012/521 sayılı; 2012/1137 sayılı Bireysel Başvuru Kararları.

K/10 AYM ve AİHM’NE BAŞVURUDA “İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ” KURALININ İSTİSNALARI

Kural olarak Anayasa’nın 148/3, Anayasa Mahke- mesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkın- daki Kanununun 45/2 maddeleri ile AİHS’nin 35/1. maddesi gereğinde bu mahkemelere (AYM ve AİHM) ancak “iç hukuk yollarının tüketilmesin- den sonra” başvurulabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 35. madde- sinin başlığı “*kabul edilebilirlik koşullarıdır*” ve bireysel bir başvurunun hangi koşulları taşıma- sı halinde Mahkeme nezdinde kabul göreceğini belirlemektedir. 35. maddenin 1. bendi şöyledir: “*Uluslararası Hukukun genel olarak kabul edi- len prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme’ye başvurulabilir.*”

AİHM içtihatlarında şu durumlarda “*iç hukuk yol- ları tüketilmeden*” de AİHM’e başvuru yapılabile- ceği kabul edilmektedir:

- i. İç hukuk yolunun etkisiz olması;
- ii. Hak ihlaline sebep olan açık bir ulusal yasa kuralının bulunması;
- iii. Hak ihlaline sebep olan yerleşmiş bir yargı içtihadının bulunması;
- iv. Hak ihlaline sebep olan yerleşmiş idari uygulama bulunması;
- v. Açılmış bir davanın sürüncemede kalması;
- vi. Kamu görevlilerinin engellemesi. (Bu içtihatların geliştirildiği karar örnekleri: *Akdıvar ve diğerleri v. Türkiye* (21893/93); *Van Oosterwijck v. Belçika* (7654/76); *Navarra v. Fransa* (13190/87); *Keegan v. İrlanda* (16969/90) *Kürüm/Türkiye*, 56493/07, 26.01.2010; *Demir ve İpek/Türkiye*, 42138/07 ve 42143/07- 26 Ocak 2010).

AYM, henüz bu konuda emsal oluşturabilecek yönünde karar vermemiştir. Ancak, 2.4.2014 tarih ve Başvuru 2014/398 sayılı kararında, “*Mahkeme kararına rağmen... bu konuda verilen yürütmeyi*

durdurma kararının, işlemin hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleştiği tespitine dayanıldığı ve yürütmenin durdurulmasına karar verilen işlemin doğurduğu etkinin idarece giderilmesi zorunluluğu bulunmasından” hareket ederek, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirme için vazgeçilmez koşullar arasında olan ifade özgürlüğünün sınırlamasının hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesine, idare mahkemesine başvurma etkili bir yol olmadığından iç hukuk yollarının tüketilmesini beklemede bir yarar olmadığına karar vermiştir.

Bu uygulama, AİHM’nin tutuklama konusundaki uygulaması ile birlikte karar gerekçesinde koşullara uygun her hak ihlali için yapılabilir ve savunma bu konuda girişimde bulunabilir.

1.9.2 AİHM'e Bireysel Başvuru

AİHM'ne bireysel başvurunun yapılmasından önce gerekli hazırlık evresi yani, iç hukuk yollarının tüketilmesi yukarıda açıklanmıştır. İç hukuk yollarının tüketilmesi, AİHS md. 35'te belirtilen ve AİHM'ne yapılacak başvurunun kabul edilebilirliği ile ilgili koşullardan bir tanesidir. AİHS md. 35'te belirtilen diğer koşullar şunlardır:

- 1) 6 aylık süre koşulu
- 2) AİHS ve ek Protokollerde yer alan haklarla bağlantılı olma koşulu
- 3) Başvurucunun mağduriyetinin önemli ölçüde olması koşulu.

II. BÖLÜM

2. DİLEKÇE HAZIRLANMASI

2. 1 Avukatın Hukuki Müdahalesi

2.1.1 Hukuki Sorunun Tanımlanması (Tavsif)

Suçun tanımlanması (tavsif) savunma stratejisinin saptanması aşamasında, büyük önem taşımaktadır. Örneğin, eylemin yaralama (TCK m. 86) veya öldürmeye kalkışma (TCK m. 81 ve m. 35) niteliğinde olması, hırsızlık (TCK m. 144) ve yağma (TCK m. 148) suçlarının bir *“hukuki ilişkiye dayanan”* (TCK m. 144/1-b, 150/1) hali arasında ciddi farklar bulunmaktadır. Suçun şüpheli lehine yorumlanabilecek biçimde tanımlanması ilk yazılacak dilekçede öne sürülmeli ve soruşturmanın gösterilen yönde yürütülmesi sağlanmalıdır.

Bu bağlamda yine gönüllü vazgeçmeye dikkat çekilebilir (TCK m. 36).

Soruşturma aşamasında yazılacak dilekçelerin ana konusu suçun, suç unsurlarının ve şüpheli/sanığın

irdelenmesi olarak özetlenebilir. Dosyaya, Cumhuriyet Savcılığına ve bu aşamada görev alacak hâkime yön vermek amacı güdülür. Bu çalışmanın adli yargılamayı etkileme suçu ile ilişkisi, savunma hakkı dolayısıyla yoktur (TCK m. 288). Bu, savunma görevi yapan müdafinin asli görevidir. Bu çalışmayı yapmadığı takdirde avukat mesleğine ihanet etmiş olur, müdafiliğini üstlendiği sanık/şüpheliye karşı da görevi ihmal suçu işlemiş sayılacaktır.

Dilekçe verildiği tarihe kadar soruşturmada yapılan yöntem yanlışlıkları, adil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek işlemler mutlaka dile getirilmeli, düzeltilmeleri istenmelidir. Eğer bu konudaki uygulamalar dosya hakkında kesin bir değerlendirme şansını ortadan kaldırmışsa, şüpheli/sanığı bağlamayacak bir üslup kullanılmasına dikkat edilmeli, sonradan öğrenilecek veya ortaya çıkacak delillere karşı tedbir alınması düşünülmelidir. Bu ilerde bireysel başvuru yapılması halinde kullanılmak üzere gereklidir.

2.1.2 Soruşturma Evresinde Delillerin İlk Değerlendirmesi

İlk yapılacak iş eylemle yasa hükümlerinin karşılaştırılması, eylemin yasaya aykırı olup olamayacağı tartışılması ve hukuki yardım yapılacak kişiye en az zarar verecek eyleme uyacak yasa hükümlerinin tespittir.

Deliller yargılama konusu olayın tümünü veya bir parçasını ispat edecek nitelikte, beş duyu organımızla algılanabilecek ve elde edilebilir nitelikte olmalıdır. Deliller hukuka uygun yollardan elde edilmelidir. CMK m. 206/2-a hükmü soruşturma aşamasında toplanacak ve toplanmış bulunan deliller hakkında da geçerlidir. Delil sağlam ve güvenilir olmalıdır. Delil iddia, savunma ve yargılama makamlarının bilgisine sunularak kolektifliği sağlanmalıdır. Delil akılcı, bilim tarafından kabul edilebilir olmalıdır.

Soruşturma aşamasında verilecek dilekçelerde toplanan delillerin güvenilirliği, raporların bilimselliği tartışılmalıdır.

Delillerin değerlendirmesi incelenen dokümanın niteliğine göre tıp, fizik, kimya, tarih vs. bilimlerinin verilerine göre yapılmalıdır. Bu konularda bilimsel ve yargısal içtihatlar aranmalı ve dilekçede bu kararlara yer verilmelidir.

Toplanan delillerin, tanık beyanları, keşif ve bilirkişi raporlarına göre sanıkla olayların ilişkilendirilmesi, kovuşturma evresinin ve ileride üçüncü aşamanın önemli sporunudur. Kanıtlar sanıkla ilgili değilse olayın varlığı bir anlam taşımayacaktır.

Daha sonra kanıtlarla olayın ilişkilendirilmesi yapılmalıdır.

2.1.3 Lehte Delil Toplama İsteği

Soruşturmayı yapan kolluk veya Cumhuriyet Savcısının gözünden kaçmış veya haberli olmadığı veya önem vermediği deliller bu dilekçe ile gündeme getirilmelidir. Delilin geç gösterilmesi dinlenmesine engel olmamakla birlikte özellikle tutuklama kararı öncesinde yeni delillerin toplanması stratejik olarak önemli bir adımdır (Ayrıca Bkz. CMK m. 177). Avukat, yeniden delil toplama sırasında gerçeği

yansıtmadığını bildiği ve ileride bu hususun ortaya çıkabileceği delillerin toplanmasını istememelidir. Dosyada bu nitelikte bir delil varsa bu yanlışlığı düzeltici önlemler alınmalıdır.

2.2 Dilekçe

Ceza Muhakemesi Kanunu, dilekçenin biçim ve içeriği hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir. Ceza yargılamasında şikâyet (CMK m. 158/5), itirazlar (CMK m. 268) ve temyiz isteği (CMK m. 289) tutanak görevlisine beyan ile de mümkün olduğundan yasa bu konuda bağlayıcı bir hüküm koymak gereği duymamıştır. Yine de bazı hallerde, özellikle kanun yolları aşamasında dilekçe verilmesi bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir (CMK m. 295). Ancak avukat tarafından verilmesi istenen bu “ek” dilekçenin içeriği belli olmakla birlikte başkaca bir unsuru hükme bağlanmamıştır. Eski ceza yargılama yasasının şahsi davayı düzenleyen 350 nci maddesi, verilecek şahsi dava dilekçesinin iddianamenin koşullarını haiz olması gerektiğini şeklinde düzenlenmiştir (CMUK m. 350, 163). Bugün için şahsi dava yolu bulunmamaktadır. Yine kovuşturma evresinde sanığın savunma delillerini toplama isteminde de

(Soruşturmanın genişletilmesi konusunda dilekçe Kontrol Listeleri bölümüne bkz.)

“dilekçe”den söz edilmekle birlikte dilekçenin şekli ve niteliği konusunda bir ayrıntı öngörülmemiştir (CMK m. 177). Oysa medeni hukuk yargılamasında dilekçe konusunda açık ve ayrıntılı hükümler bulunmaktadır (HMK m. 119 vd., m. 129 vd., m. 364 vd. gibi). Aynı durum idari yargılamaya için de söz konusudur. İdari davalarda dilekçenin içeriği ve verileceği yer konusunda hükümler bulunmaktadır (İdari Yargılama Usulü K. m. 3-5).

! Ceza yargılamasında dilekçeye önem verilmemiş olması, yargılamanın sözlülüğüne dayanan niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Ancak kuralları yargılama yasası tarafından belirlenmemiş bu durum ceza yargılamasında dilekçe konusunu daha önemli kılmaktadır. Özellikle savunma, itiraz ve temyiz dilekçelerinin yazılmasına özen gösterilmelidir. Ayrıca hukuka aykırı işlemlere itiraz ve düzeltme talepleri ileriki aşamalarda ileri sürülürken kanıt niteliği taşıyacağından önemlidir.

2.2.1 Dilekçenin Özellikleri

Avukat tarafından düzenlenmiş bir dilekçede hukuk deyimleri, yasadaki kavramlar kullanılmalıdır. Dilekçede açık bir anlatım bulunmalıdır. Dilekçeler kuşku ve tereddüt yaratmayacak biçimde yazılmalıdır. Fikirler arasında mantiki bir sıralama yapmak, konu dışına çıkmamak ve üslup işin en önemli yanındır. “İyi bir avukatın iyi bir kalem sahibi olması” bunun için gereklidir. İleri sürülen düşünceler en kuvvetli olandan başlayarak sıralanmalı, en çok önem verilen olasılık/öneri/istek sona saklanmalıdır. İnsanların ilk duydukları ve okudukları ile son duydukları ve okuduklarının akıllarında kalacağı gerçeği unutulmamalıdır.

Dilekçeler, yasalardaki ifade ve tanımlara bağlı kalarak yazılmalıdır.

Siyasi davalara özgü savunma stratejilerinden farklı olarak ılımlı, ikna edici, güven verici bir üslup kullanılmalıdır. TBB Meslek Kuralları m. 5, “Avukat(ın) yazarken de konuşurken de düşüncelerini objektif bir biçimde” açıklaması gerektiğini vurgulamıştır.

Siyasi davalar farklı özellikler gösterdiği için savunma bakımından da farklılıklar bulunması doğaldır. Siyasi davalarda saldırgan bir üslup kullanılması mümkün olmakla birlikte avukatın şüpheli/sanık ile özdeşleşmiş gibi görünmemesine özellikle dikkat edilmesi tavsiye olunmaktadır. “Avukat sanığın cübbe giymiş suç ortağı değildir.” Böyle bir görüntünün, şüpheli/sanığa zarar verebileceği düşünülmalıdır.

Özellikle soruşturma aşamasında dilekçeler, çeşitli tereddütler de bulunması nedeniyle aşırı derecede uzun olmamalıdır. Delillerin durumuna, delillerin eleştirisine, yeni delillerin gösterilmesine uygun olmalı, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle ayrıntılara boğulmamalıdır. Hâkimlerin dilekçe okuma konusundaki bilinen isteksizlikleri bu konuda uyarıcı olmalıdır.

Dilekçelerde konu canlı ve soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı ve kolluk, ileriki aşamalarda savunma ve kovuşturma evresinde mahkeme tarafından toplanan delillere uygun biçimde anlatılmalıdır. Varsayımlara dayanmamalıdır. Avukat edebiyat merakını ve yeteneğini dava dışında baş-

ka ürünlerle tatmin etmelidir. Davalarından sanat eserleri üretmelidir, ancak yargılama sırasında bu girişimlerden uzak durmalıdır.

! Avukatlar ve talep sahibi kişilerin HMK. m. 114 ve HMK. Yönetmeliği 37/3 ve 4 maddeleri gereğince dilekçelerini “talep ederim” veya “dilerim” sözleri ile bitirmesinde yasal bir sakınca olmadığı gibi yasaya da uygun olduğunu düşünmekteyiz. CMK hariç olmak üzere bütün usul kanunlarında dilekçe, iddianame, kararlar hakkında düzenleyici hükümler bulunmaktadır. Mahkemeler, Cumhuriyet Savcıları ve diğer resmi kuruluşların birbirleri ile yazışmalarını düzenleyen “Resmi Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik” formatının müvekkili adına hareket eden avukatlar açısından uygulanabilir olmadığı kanaatindeyiz. Adalet Bakanlığı genelgelerinde de yargıç ve savcılarının “yargı faaliyeti” sayılmayan yazışmalarında bu Yönetmeliğin uygulanması gerektiği bildirilmiştir.

2.3. Dilekçe Kontrol Listeleri¹²⁹

2.3.1 Soruşturma Evresinde Dilekçe Yazma Öncesi Kontrol Listesi

Avukatın görevi şüpheli veya sanığa ya da suçtan zarar görene etkin bir hukuki yardımda bulunmak olduğundan, avukat, dilekçe yazmadan önce, yargılamanın evresine ve davadaki sıfatına göre aşağıdaki hususlarda bir ön hazırlık yapmalıdır.

- Müdahil olduğunuz veya görevlendirildiğiniz evreye veya aşamaya göre soruşturma veya dava dosyasını incelediniz mi?
- Şüpheli veya sanık gözaltında veya tutuklu ise, onunla görüşüp kendisine isnat olunan fiil ile bilgileri sorup öğrendiniz mi?
- Suç ve şüpheliyle ilgili gerekli bilgileri, soruşturma evrakının ve ilgili kayıtları incelemek suretiyle tespit edip daha önce öğrendiklerinizle karşılaştırdınız mı?

¹²⁹ Av.Fahrettin Demirağ tarafından hazırlanmıştır.

• İncelediğiniz ana kadar yapılan işlemlerde (yakalama/gözaltı, arama, keşif, bilirkişi vs.) hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını tespit edin. Hukuka aykırılık varsa; hukuki sorunu tespit ettiniz mi?

- a. Hukuka aykırılığın mahiyeti nedir? Bu aykırılığın giderilmesi nasıl sağlanır?
- b. Düzenlenecek dilekçenin amacı ve niteliği nedir? Yargılama kurumlarından hangisi veya hangilerini ilgilendiriyor?
- c. Bu konudaki mevzuat hükümleri/düzenlemeler nasıldır?
- d. Dava konusu olayda uygulama nasıl yapılmıştır?
- e. Talebimiz ne olmalıdır?

2.3.2 Tutuklamaya, Tutukluluğun Devamı ve Tahliye Talebinin Reddi Kararlarına İtiraz Dilekçeleri Yazımında Kontrol Listesi

Dilekçe, itiraz merciini, yargılamanın selametle sürdürülmesi bakımından şüpheli veya sanığın tutuklanmasına gerek olmadığı veya tutuklama kara-

rının hukuka aykırı olduğu ya da verilmesi beklenen hapis cezasının ertelenebileceği, adli para cezasına veya seçenek yaptırımlara çevrilebileceği dikkate alındığında, daha fazla tutuklu kalmasının haksızlığa yol açacağı, uzun süren tutukluluğun cezaya dönüşmesi sebebiyle masumiyet karinesini ihlâl edebileceği hususunda ikna edecek içerikte olmalıdır.

Bu nedenle tutuklama kararına itiraz etmeden önce, itirazın dayanaklarını tespit etmemiz gerekir. Dolayısıyla itiraz dilekçesini yazmadan önce, müdafî olarak soruşturma dosyasını ve tutuklama kararını titiz bir şekilde incelememiz şarttır.

- Tutuklama istemini ve tutuklama kararının gerekçesi ile birlikte soruşturma evrakını titiz bir şekilde inceleyiniz.

- Tutuklama kararının gerekçesi, CMK'nın 6526 sayılı kanunla değişik 100/1'inci ve 6352 sayılı yasa ile değişik 101/2 maddesindeki koşullara uygun mudur?

- Tutuklama yasağı var mı?

- a. Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez (CMK değişik m. 100, f. 4).

- b. Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemez (5395 sayılı ÇKK m. 21).

- Yargılama şartları gerçekleşmiş midir?

- a. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi suçlarda, şikâyet koşulu gerçekleşmemiş ise, soruşturma sürdürülemeyeceğinden tutuklama kararı verilemez (CMK m. 90/3 hariç).

- b. Suçun zamanaşımına uğraması halinde de, aynı durum söz konusudur.

- Tutuklama kararının gerekçesinde kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren “somut delillere” yer verilmiş midir?

a. “Somut delillerin” gösterilmemiş olması, kararı hukuk aykırı kılar.

b. “Somut delillere” yer verilmiş ise, bu “deliller” dosya içeriğine uygun mu? Karşılaştırın.

c. Adli kontrol uygulanması talebinde bulunmuş iseniz, bu talep hangi gerekçeyle reddedilmiştir? Gösterilen gerekçe hukuka ve dosya içeriğine uygun mudur?

ç. Tutuklama kararında adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmiş mi? Soyut bir şekilde “adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı” şeklindeki gerekçenin, hukuka uygun bir gerekçe sayılmayacağını belirtelim.

• Tutuklama kararında tutuklama sebeplerinden hangisine dayanıldığını tespit ediniz.

a. Dosyanın delillerin toplanmış olup olmaması bakımından incelenmesi.

b. Şüpheli ikrarda bulunmuş ise, delilleri karartma ihtimalinin ileri sürülebilmesi için özel başka nedenler bulunmalıdır. Bu nedenle delillerin karartılması ihtimalinin bulunmadığı özellikle ve vurgulanarak itiraz sebebi olarak ileri sürülmelidir.

c. Tutuklama kararında kaçma şüphesine yer verilmiş olması halinde, uygun ise, itirazınızın gerekçesini, şüphelinin sosyal ve ekonomik durumunu, aile, meslek ve iş yaşamını ön plana çıkarmak suretiyle, maddi (m. 109/f) veya şahsi ve ayni (m. 109/f) güvence vererek tutuklama müzakeresinin kaldırılması ve adli kontrol uygulanmasına karar verilmesi talebine dayandırınız.

• Ölçülülük ilkesi üzerinde durulmuş mudur?

İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile olmaması halinde tutuklama kararı verilemez (CMK m. 100, f.1 (son cümle). Özellikle taksirli suçlardan dolayı verilen ceza kısa süreli olmasa bile, şüpheli/sanık hakkında TCK’nun 52 nci maddesi hükmünün uygulanabileceği durumlarda ölçülülük ilkesine vurgu yapılmalıdır.

2.3.2.1 Tutukluluk Halinin Devamına Dair Kararlara İtiraz Dilekçesi

Müdafî, tutuklamaya itiraz etmesine rağmen bundan sonuç alamamış, merci, itirazın reddine karar vermiş olabilir. Ayrıca müdafî, CMK m. 104 ve m. 108, f. 2'ye göre yaptığı başvurulardan da olumlu sonuç alamamış olabilir. Bu durumda müdafî, söz konusu taleplerin reddine ilişkin kararlara karşı itiraz yoluna başvurmalıdır (CMK m. 105 ve 268). Böyle bir başvuru ancak dilekçe ile yapılabilir.

Müdafî, sırf itiraz etmiş olmak için bu yola başvurmamalıdır. Söz konusu kararlara yapılacak başvuruların, soruşturmayı ve kovuşturmayı belirli bir süre uzatacağı gözönünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle salıverme taleplerinin reddine veya m. 108 uyarınca verilen tutukluluk halinin devamı kararlarına itiraz etmeden önce, dosya incelenmelidir. Bu incelemede şu sorulara yanıt aranmalıdır:

- Tutuklama kararı verilmesinden sonra delil durumunda sanık lehine bir değişiklik var mı? Toplanan deliller ve gelen aşama itibarıyla suçun niteliğinin sanık lehine bir değişmesi sonucu verilmesi

beklenen ceza miktarında önemli bir azalma ihtimali veya haksız tahrik, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma olasılığı var mı?

- Toplanması gereken delil var mı? Varsa şüpheli veya sanığın bu delile ulaşma ve onu değiştirme veya ortadan kaldırma olanağı var mı? Mesela bir tanık bilinen adresinde bulunamamış ve başka adresi de tespit edilememiş ise, şüpheli veya sanığın bu tanığa ulaşmasından söz edilemeyeceğinden, bu tanığın dinlenilmemiş olması sebebiyle delilleri kartta şüphesinden de bahsedilemez.

- Tutukluluk halinin devamına dair kararın gerekçesi CMK değişik m. 101, f. 2 ye uygun olarak yazılmış mı? Gösterilen gerekçe dosya içeriğine uygun mu?

- Tutukluluk halinin devamına dair kararlar taaddüt etmişse, itiraz edilen kararda gösterilen gerekçe ile daha önce verilen tutukluluk halinin devamına dair kararların gerekçelerini karşılaştırdınız mı?

(Mahkemenin göstereceği gerekçenin, dosya içeriğine uygun olması ve basma kalıp ifadelerden ibaret olmaması gerekir (CMK değişik m. 101, f.).

2) AİHM’de basmakalıp ifadeler içeren tutukluluk halinin devamı kararlarını Sözleşmenin 5’inci maddesinin 4 üncü fıkrasına aykırı bulmaktadır.)

- İsnat olunan suçta göre verilmesi beklenen ceza süresi ile tutuklu kalınan süreyi karşılaştırdınız mı? Tutukluluk süresinin verilmesi beklenen ceza süresine yaklaşmış olması halinde, tutuklamanın masumiyet karinesini ihlâl edebileceği gözden ırak tutulmamalı ve dilekçede bu hususa yer verilmelidir.

- Tutukluluk süresi m. 102’de belirtilen sürelerle yaklaşmış veya bu süreleri aşmış mı?

2.3.1.2 Tahliye Taleplerinin Reddi Kararlarına İtiraz Dilekçesi

- Soruşturma veya yargılama ilerledikçe deliller büyük ölçüde toplanmış olacağından, tutukluluk halinin devamı kararları, kaçma şüphesine bağlı olarak verilebilecektir. Hâlbuki adli kontrol tedbirleri ile şüpheli veya sanığın kaçmasının önlenmesi mümkündür.

Bu nedenle tahliye talebinin ilk kez reddedilip edilmediğine göre, tutuklamaya itirazın reddi kararı-

nın veya bir önceki tahliye talebinin reddine dair kararının gerekçelerini inceleyerek itiraz etmeyi düşündüğünüz kararın gerekçesi ile karşılaştırdınız. Ret gerekçesinin CMK değişik m. 101/2 ‘ye uygun olup olmadığını, varsa hukuka aykırılıkları belirleyiniz. Şüpheli veya sanığın tahliyesine karar verilmesi gerektiği konusunda daha önce belirttiğiniz hususları ek olarak;

- Gerekçede saptadığımız hukuka aykırılıkları, nedenleri ile birlikte yazınız.

- Dosyayı, soruşturma veya yargılamanın bulunduğu aşama itibarıyla toplanması gereken delil bulunup bulunmadığı açısından inceleyiniz ve şüpheli veya sanığın daha önce delilleri kartartma girişiminde bulunmadığından ve kaçma teşebbüsünde bulunmadığından emin olunuz.

- Şüpheli veya sanığın tutuklu kaldığı süre ile verilmesi beklenen cezayı karşılaştırdınız. Tutuklu kalınan sürenin CMK m. 102 de öngörülen sürelerle veya verilmesi beklenen cezaya yaklaşmış ise, suçsuzluk karinesi üzerinde ısrarla durunuz.

- Şüpheli veya sanığın sosyal konumu, mesleği ve ekonomik açıdan maruz kalacağı maddi ve manevi zarar üzerinde durunuz.
- Şüpheli veya sanığın yargılamadan kaçmayacağı konusunda duruma göre aynı, maddi veya şahsi güvence gösteriniz.

2.3.3 Kovuşturma Evresinde Dilekçe Yazımında Kontrol Listeleri

2.3.3.1 Delillerin Toplanması İsteme Dilekçesi (CMK m. 177)

Kamu davasının açılmasından sonra, fakat duruşma başlamadan en az beş gün önce, sanığın tanık veya bilirkişi dinlenmesini veya delillerin toplanmasını istemesi, mahkeme başkanına veya hâkime verilecek bir dilekçe ile mümkündür. Böyle bir dilekçeyi yazmadan önce, iddianame ve dava dosyası, ayrıntılı bir şekilde incelenerek iddianamede anlatılan olay anlaşılmalıdır. Çünkü hükmün konusu, iddianamede sınırları çizilen maddi olaydır. Dolayısıyla olay yeterince anlaşılmadan hukuki sorunun tespiti yani eylemin nitelendirilmesi ve uygulanma-

sı gereken yasa hükümlerinin belirlenmesi olanağı yoktur. Bu nedenle iddianamede anlatılan maddi olayın, dosyada mevcut delillere ve bilgilere uygun olup olmadığı, olayın anlatımında yanlışlık veya eksiklikler bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Çünkü eylemin nitelendirilmesi, olayın doğru olarak anlaşılmasına bağlıdır. Bu ise ancak delillerin duruşmada ortaya konulup tartışılmasından sonra mümkün olabilir. Hâlbuki bu aşamada kamu davası yeni açılmıştır. Dava konusu olay yeterince netleşmemiştir. Bu nedenle davanın kısa sürede sonuçlandırılmasında savunma açısından yarar varsa veya sanık tutuklu olup toplanması istenilen deliller, şüpheli veya sanığın tahliyesine katkı sağlayacak ise bu yola başvurulmalıdır. Duruşma aşamasında tanık veya uzman kişinin dinlenilmesini talep hakkı bulunduğu gibi (m. 178), delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilmeyeceğinden (m. 207), zorunluluk yoksa duruşma öncesi delillerin toplanması talebinde bulunulmasında fayda vardır.

Savunmada strateji “*eylemin sanık tarafından gerçekleştirilmediği*” şeklinde belirlenmiş ise, müdafî,

bu konudaki savunmayı güçlendirecek delillerin toplanmasını talep etmelidir. Mesela suç gün ve saatinde sanığın bir başka yerde bulunduğu dair bilgi verecek tanığın dinlenmesi için çağırılması talep edilebilir. Buna karşılık savunma açısından faydalı olmayan, savunmayı zayıflatacak, sanığın aleyhine olması ihtimali olan delillerin toplanmasını istemek müdafinin görevi ile bağdaşmaz. Bu amaçla yapılacak dosya incelemesinde;

- İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olay veya olaylar hangi delillerle ve ne şekilde ilişkilendirilmiştir?

- Sanığın maddi olaya ilişkin savunması (-kabul /inkâr/ kısmi veya değişik kabul-) ne şekildedir? Bunu öğrenmek amacıyla şüpheli veya sanıkla görüştünüz mü?

a. Savunmayı doğrulamak açısından olayla ilgili toplanması gereken deliller (tanık veya bilirkişi dinlenmesi, keşif yapılması vb. işlemler) nelerdir?

b. Savunmada ileri sürülen hususlar Cumhuriyet Savcılığınca araştırılmış ve sanığın lehindeki deliller toplanmış mıdır?

c. Sanık tarafından gerçekleştirildiği iddia olunan somut olayın/filin teknik bilgiyi gerektiren bir yönü var mıdır, varsa bilirkişi incelemesi yaptırılmış mıdır?

aa. Yaptırılmış ise, bilirkişi ne şekilde seçilmiştir (m. 64) ? Adalet komisyonları tarafından belirlenen listeden mi yoksa liste dışından mı? Yoksa kanunla görevlendirilmiş resmi bilirkişi ataması mı söz konusudur?

bb. Yaptırılmamış ise, bilirkişi incelemesi yapılmasının savunmaya katkı sağlayıp sağlamayacağı araştırılmalı, gerekirse bu konuda önce bir uzmanın bilgisine başvurulmalıdır. Savunma açısından yararlı olacağı hususunda bilgi edinildiği takdirde bilirkişi incelemesi yaptırılması talep edilmelidir.

d. Olayla ilgili tanık dinlenmesi veya keşif yapılması talepleri de aynı ilkeler dikkate alınarak yapılmalıdır.

- Dilekçede, davet edilmesi istenen tanık veya bilirkişinin hangi olaya ilişkin olarak dinletilmek istendiğinin belirtilmesi zorunlu ise de (m. 177/1), savunmayı zayıflatacak ayrıntılara yer verilmemeli,

ispat edilecek noktalarda açıklama yapılmamalıdır. Çünkü talebimizin reddedilmesi halinde, dinlenmesini talep ettiğimiz kişileri mahkemeye getirdiğimizde, bu kişilerin mahkemece dinlenilmeleri zorunludur (m. 178).

2.3.3.2 Soruşturmanın Genişletilmesi Konusunda Dilekçe

İddianamede belirtilen ve kamu davasının açılmasından sonra, fakat duruşma başlamadan önce toplanması istenen tüm delillerin duruşmada ortaya konulup tartışılmasından sonra, tarafların yeni delil getirmesi talebi uygulamada, “*soruşturmanın genişletilmesi/tevsii tahkikat talebi*” olarak adlandırılmaktadır.

Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, yargılama makamı, sanığın lehinde ve aleyhinde olabilecek tüm delilleri araştırmak ve ortaya koymakla yükümlüdür.

! Bir başka ifadeyle, ceza yargılamasında bazı istisnalar dışında, sanık masumiyetini ispatlamak zorunda kalmaktadır. Ancak, Cumhuriyet Savcısının da iddiasını ispat yükümlülüğü yoktur.

Bu karmaşık durum dolayısıyla maalesef Türk ceza yargılamasında sanık suçsuz olduğunu ispat durumunda kalmaktadır ki, bu hukuka aykırı bir görünümdür.

Toplanan deliller mahkûmiyet için yeterli değilse, Cumhuriyet Savcısı esas hakkındaki iddiasında sanığın beraatını talep edebilecektir/etmektedir. Öte yandan, Ceza Muhakemesi Kanununda taraf yargılamasının kabul edildiğini gösteren hiçbir hüküm bulunmamaktadır (Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Maddi Gerçeğin Resen Araştırılması, paragraf 19, II-4, s. 625-626).

! Ceza yargılamasında “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi geçerlidir. Bu ilke, sanığın cezalandırılmasını gerektiren tüm unsurların ispatını kapsar.

Bu nedenle mahkeme, sanığın suç teşkil eden eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda ki şüphesini yenemezse, beraat kararı verecektir. Ancak şüphe sadece suç teşkil eden fiilin sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususunda doğmaz. Suçun niteliği, nitelikli hallerin mevcut olup olmadığı, sanığın kastı, saiki (eylemin

nitelendirilmesi açısından önem taşıdığı hallerde) nedensellik bağı, teşebbüs, iştirak, suçların içtimalı, sanığın yaşı ve ceza ehliyeti gibi noktalar bakımından da şüphe söz konusu olabilir. Mahkeme, bu konulardan şüpheli kalan hususları sanık lehine ispatlanmış gibi değerlendirmek zorundadır. Bununla beraber sübutun tartışmalı olduğu davalarda, inkârâ yönelik savunmayı doğrulamak, güçlendirmek ve desteklemek veya şüpheyi devam ettirmek amacıyla soruşturmanın genişletilmesi talep edilebileceği gibi, somut olayın gerçekleşme biçiminin iddiadan farklı, fakat savunmada belirtildiği şekil ve surette gerçekleştiğini ortaya koymak maksadıyla da yeni delillerin ortaya konulması istenebilir. Bu konudaki talep, duruşmada sözlü veya yazılı olarak (dilekçeyle) yapılabilir.

Soruşturmanın genişletilmesini istemeden önce, şu soruyu sormak gerekir. İddia konusu olayın sanık tarafından gerçekleştirildiği hususunda veya suçun tüm unsurlarının varlığına ilişkin, yargılama makamı tarafından başlangıçta duyulan kuşku hala devam ediyor mu? Bu soruya olumlu yanıt veremiyor ise, soruşturmanın genişletilmesi talep edilmemelidir.

Buna karşılık ispat yükünün yer değiştirdiği durumlarda yani sanık aleyhine sabit olan bir durumun aksinin ispatı gereken hallerde müdafî, soruşturmanın genişletilmesi talebinde bulunmalıdır.

Soruşturmanın genişletilmesi isteminin kabulü, yargılamanın/dava sürecinin belirli bir süre daha uzamasına neden olacağından, soruşturmanın genişletilmesi talebinde bulunmadan önce bu açıdan da bir değerlendirme yapılmalı, sanık lehine sonuç doğurma olasılığı yüksek olan hallerde mutlaka soruşturmanın genişletilmesi talep edilmelidir.

İstisnai bazı durumlar hariç, davayı uzatmak amacıyla soruşturmanın genişletilmesi talebinde bulunulmamalıdır. Sırf davayı uzatmak amacıyla yapılan, soruşturmanın genişletilmesi taleplerinin CMK'nın 206/2-c hükmü uyarınca reddedileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

2.3.3.3 Esas Hakkında Savunma Dilekçesi

Savunma, iddiaya ve yargılama sürecinde toplanan delillere göre sanığın beraatine karar verilmesi, cezalandırılmaması veya esas hakkındaki iddiada

istenilenden daha az ceza verilmesi gerektiği şeklinde belirlenir. Savunma dilekçesini yazmadan önce plan yapınız. Plan, dosya incelendikten ve yargılama süreci gözden geçirildikten sonra yapılmalıdır.

A. Yapılacak incelemede şu hususlar gözönünde bulundurulmalıdır:

a) Soruşturmaya nasıl başlanıldığı (ihbar veya şikâyet üzerine), ilk işlemlerin neler olduğu ve kim tarafından yapıldığı, yakalama işlemi yapılmış mı? Teşhis işlemine başvurulmuş mu, başvurulmuş ise, usulüne uygun mudur?

b) Kolluk tarafından şüphelinin ifadesi alınmış ise, kolluk görevlisinin kim olduğu, yakalama tutanağındaki kolluk görevlileri aynı mıdır?

c) İddia ve esas hakkındaki iddiada değişiklik yapıp yapılmadığı,

• Şüpheli veya sanığın baştan veya sonradan olayı kabule yönelik ikrarı var mıdır?

(Şüphelinin kolluk ifadesindeki ikrarının, müdafii bulunmak kaydıyla bir anlam ifade edeceğini unutmayınız.)

• Duruşmada ortaya konulan tüm delilleri (tanık beyanları, bilirkişi mütalaası, rapor ve belge delilleri) incelediniz mi?

• Sanığın ikrarı olmamakla beraber mevcut deliller karşısında sübut, tartışmasız kabul edilebiliyor mu? (Kabul edilebiliyor ise, savunmayı eylemin sanık tarafından gerçekleştirilmediğini ileri sürmek gerçekçi olmayacak, lehe hükümlerin uygulanması talebi yargılama makamı tarafından kabul görme-yebilecektir.)

• Olayın sanık yönünden sübutu tartışmalı ve bu konuda hala şüphe bulunduğu düşüncesinde iseniz, aleyhe olan delilleri tek tek ve toplu olarak birbirleriyle karşılaştırdınız mı?

a. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş ve CMK m. 206/2-a ya göre reddi gerektiği halde mahkemece ortaya konulması kabul edilmiş olan delil var mıdır?

b. Birbiriyle çelişen veya mantığa yada bilime aykırı olanlar var mıdır?

c. Bilirkişi dinlenmiş midir?

aa. Dinlenmiş ise mütalaasına karşı daha önce beyanda bulunup bulunmadığınızı incelediniz mi?

bb. Daha önce beyanda bulunmamışsanız, bilirkişi konunun uzmanı mı, uzmanlık derecesi nedir?

cc. Atama usulüne baktınız mı? Resmi bilirkişi mi? Resmi bilirkişi söz konusu ise, bilirkişinin rapor düzenleme yetkisi var mıdır? (m. 73'e ve Adli Tıp Kanununa ve Yönetmeliğin ilgili hükümlerini inceleyiniz).

dd. Bilirkişi Listedenden seçilmemiş ise uzmanlık alanı, incelenen konuya uygun mu? Dinlenmeden önce yemini verilmiş midir?

d. Keşif yapılmış mı? Keşifte yapılan tespitler, tanık anlatımları ile uyuyor mu?

e. Ölüm olaylarında: Otopsi raporu düzenlenmiş mi yoksa ölü muayenesiyle mi yetinilmiştir? Raporla belirtilen ölüm sebebi, oluşa ve delillere uygun mudur?

f. Parmak izi tespiti yapılmış veya benzeri resmi kurumlarca düzenlenmiş balistik raporu vb. somut delil mevcut ise, sanık bunu başka türlü (suç dışında) açıklıyor mu? Bu savunmanın doğruluğunun ispatı gerekir.

g. Suçun sübutunda bir tereddüt yoksa, oluşunu kabul ettiğiniz eylemi nasıl nitelendiriyorsunuz?

h. Buna göre hukuki sorun veya sorunları belirleyiniz.

i. Bu nitelendirmeye göre görev sorunu var mı? Varsa görevsizlik kararı verilmesini talep edebilirsiniz. (Şüphesiz sanık aleyhine bir durum söz konusu ise, dilekçede görev konusuna değinilmemelidir. Hâkimin hata ve eksikliklerini sanık aleyhine sonuç doğurabilecek şekilde hatırlatmak müdafinin görevleri arasında bulunmadığı gibi savunmanın mantığına da aykırıdır.)

B. Dosyayı inceledikten ve gerekli kontrolleri yaptıktan sonra savunma dilekçesini aşağıda belirtilen şekilde kaleme alabilirsiniz.

- Savunmanın sonuç bölümünde ileri süreceğiniz talebi belirtmekle söze başlayınız.

a. İddiaya göre somut olay nedir?

b. Biz nasıl anlıyoruz? Buna göre hukuki sorun veya sorunları belirleyiniz.

- Eylemi savunma açısından nitelendiriniz.
- Bu nitelendirmeye göre görev sorunu var mıdır? Araştırınız. Mahkemenin Kanuna aykırı olarak davaya bakmağa kendini görevli veya salahiyyetli sayması mutlak bozma nedenidir (CMUK m. 308/4).
- Belirlenen stratejiye göre fiilin sanık tarafından gerçekleştirilmediğini, bu konuda mahkûmiyetine yeterli delil bulunmadığını, duruşmada ortaya konulan ve lehe delilleri öne çıkararak, tüm delilleri tartışmak suretiyle, ileri sürünüz.

Ortaya konulan delillerden Hukuka aykırı olan veya hukuka aykırı olarak elde edilmiş olanlar varsa ve duruşmada mahkemece m. 206/a uyarınca reddedilmemiş ise, bunları ayrıca belirtiniz ve bu delillere dayanılarak hüküm kurulamayacağını ileri sürünüz.

- Duruşma sürecinde ileri sürülen taleplerin (hâkimin reddi, görevsizlik kararı verilmesi, soruşturmanın genişletilmesi -tanık veya bilirkişi dinlenmesi - talepleri gibi) reddedilmesinin hukuka aykırı olduğunu ve bu aykırılıkların hükmü etkilediğini ileri sürün ve bu aykırılıkların hükmü ne şekilde etkilediğini açıklayın.

(Bu tür hukuka aykırılıkların hükme karşı kanun yoluna başvurma dilekçesinde açıklanmasının daha uygun olacağı kanaatinde olmakla beraber, savunmada bu konuya değinmekle en azından, olayın yeterince aydınlatılmamış olduğunu belirtmiş oluyoruz.)

- Duruşma evresinde mahkemece, savunma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığını, tanık veya bilirkişilerin dinlenmesinde, delillerin ortaya konulmasın-

da, ortaya konulma isteminin reddedilmesinde ve tartışılmasında usule aykırılık yapıp yapılmadığını, yapılmış ise bunların neler olduğunu tespit ediniz. Usul hukuku açısından bunların müeyyidelerinin ne olduğunu, kanuni dayanaklarını da göstererek açıklayınız. Savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olduğunu (CMUK m. 308/8), unutmamız. (Bu hususu temyiz dilekçesinde yazmanın daha uygun olduğu görüşümdedir. Ancak önceden yapacağımız bu tespit, talebimizin aksine bir karar çıkması halinde, yazacağımız temyiz dilekçesi için ön hazırlık niteliği taşıyacaktır.)

“Duruşma sürecinde ileri sürülen” sözleriyle başlayan bir önceki bölümdeki düşünceler bu bölüm bakımından da geçerlidir.

- Delilleri tek tek belirtip aleyhe olanlara, niçin itibar edilemeyeceğini gerekçeli olarak açıklayınız. Savunmayı doğrulayıp destekleyen delilleri öne çıkararak vurgulayınız.

- İddia makamının eylemi doğru nitelendirmediğini açıklayınız/ileri sürünüz.

- Olayı/eylemi nitelendiriniz. Eyleme yer ve zaman bakımından uygulanacak kanun hükümlerini (lehe kanun uygulaması söz konusu mu) tespit ediniz.

- a. Suçun unsurları bakımından yorum ihtiyacı var mıdır? (Gerek varsa bu husus gösterilir. Savunmada benimsenen düşünce belirtilir.)

- b. Tartışmalı unsur veya unsurlar üzerinde önemle durunuz.

- c. Gerek nitelendirmede gerek tartışmalı unsurların açıklanmasında görüşümüzü doğrulayan öğretilerden ve Yargıtay kararlarından örnekler veriniz.

- Duruma göre hukuka uygunluk nedeni, etkin pişmanlık, haksız tahrik veya diğer hafifletici nedenlere ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini gerekçeli olarak belirtiniz.

- Teşebbüs, iştirak, suçların içtimaı hükümlerinin uygulanması gerektiğini veya gerekmediğini ileri sürünüz.

(Böyle bir savunmanın ancak eylemin sübutunun tartışmasız olduğu durumlarda yapılacağını unut-

mamak gerekir. Çünkü uygulamaya yönelik savunma, suçun sanık tarafından işlenmediği şeklindeki savunmayı zayıflatacaktır. Sübut tartışmalı ise, uygulamaya girilmemeli, uygulama hataları, mahkûmiyet verildiği takdirde temyiz dilekçesinde ileri sürülmelidir.)

- Bütün bu hususları açıklarken kanunun ilgili hükmünden söz edilir. Savunma doğrultusunda öğretilerdeki görüşlere ve varsa Yargıtay içtihatlarına yer verilir. Savunmada ileri sürdüğümüz görüşü destekleyen ilmi görüşler bulunup bulunmadığı, Yargıtay kararlarının var olup olmadığı araştırılmalı, gerekirse bunların kısa bir özeti yapılarak dilekçeye alınmalıdır.
- Sanık hakkında verilmesini istediğiniz kararı hükümü veya uygulanmasını istediğiniz hükümleri belirterek savunmaya son veriniz.
- Savunma dilekçesinde hukuki ve uygun ifadeler kullanmaya özen gösteriniz. Önemli gördüğünüz cümle veya kelimelerin büyük harfle, altı çizili ve renkli olarak yazılması yargılama makamının dikkatini çekecektir.

2.3.4 Kanun Yollarına Başvuru Evresinde Dilekçe Yazımında Kontrol Listesi

İlk derece mahkeme kararlarının maddi ve hukuki denetimini sağlayacak istinaf yolu, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Kanun 2004 tarihinde çıkmasına rağmen henüz Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup çalışmaya başlamadığı için sadece hukuki denetim yapılabilecek olan temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir. Ancak başlangıçtan beri Yargıtay'ın temyiz yolu ile hukuki denetim yanında maddi denetim yaptığı da bilinmektedir. Bu nedenle temyiz dilekçesinde her iki alandaki yasaya aykırılıklar vurgulanmalıdır.

Bu liste, istinaf (CMK m. 280/1-b) temyiz aşamalarında hukuka kesin aykırılık hallerini gösteren CMK 289. maddesi (halen yürürlükte olan CMUK. m. 308) hükümleri, esas alınarak düzenlenmiştir.

- Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.

- Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması.
- Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması.
- Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi.
- Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması.
- Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralı ihlâl edilmiş midir? (CMK m. 182 vd.)
- Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması.
- “Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir

halde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez” (CMK m. 225/1). Yargılama bunlar üzerinde yürüyecektir. Duruşma sırasında “iddianamede yer alan maddeler dışında bir maddeye dayalı olarak ceza verilecek, indirim veya artırım yapılacak ise bu hususun sanığa bildirilmesi, ek süre talep ediyor ise bu sürenin kendisine tanınması ve ek savunmasının alınması CMK 226. maddesinin amir hükmüdür” (Yg.C.G.K. E.2008/6, K. 2008/102, 6.5.2008). Duruşma ve hüküm aşamasında bu kesin kanun hükmüne uyulmuş mudur?

- Hükümün hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delillere dayanması gerekmektedir. Önceki aşamalarda özenle takip edilmiş olması gereken hukuka aykırı deliller temyiz aşamasında ileri sürülmelidir.
- Hükümün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi.

2.3.5 Bireysel Başvuru (AYM ve AIHM) Evresinde Dilekçe Yazımında Kontrol Listesi¹³⁰

• Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurudan önce, yeni yasal düzenlemeler nedeniyle öncelikle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak gerekmektedir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmadan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunmak durumunda, hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başvuru kabul edilmeyecektir.

• Bu anlamda, Anayasa Mahkemesine başvuru maksadıyla Anayasa Mahkemesinin başvuru formlarının İnternet sitesinden indirilmesi mümkündür.¹³¹

• Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ücretli olup, 2014 yılı için 206 TL'dir. AIHM başvurusu için de başvuru formları İnternet sitesinden¹³² indirilebilmektedir. Başvuru ücretsizdir.

• Avukatlar tarafından yapılacak başvurular için Anayasa Mahkemesine başvuruda vekâletname, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru için “*yetki belgesi*” veya vekâletname yeterli olacaktır. Vekâletname ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda, vekâletnamede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru konusunda da yetki verilmiş olmasına dikkat edilmelidir.

¹³⁰ Bu bölüm ve 11 numaralı kutu Av.K.Nevzat Güleşen'in katkılarıyla hazırlanmıştır.

¹³¹ (www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/b_b.pdf)

¹³² http://echr.coe.int/Documents/PO_pack_TUR.pdf

K/11 AYM VE AIHM DİLEKÇE KONTROL LİSTESİ

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru	AIHM Bireysel Başvuru
Soruşturma ve kovuşturma evresinde yapılan ihlalleri kronolojik olarak belirleyiniz.	Soruşturma ve kovuşturma evresinde yapılan ihlalleri kronolojik olarak belirleyiniz.
İhlalin Anayasa ve AIHS'nin hangi maddelerine göre ihlâl olduğunun tespit ediniz.	İhlalin AIHS'nin hangi maddelerine göre ihlâl olduğunu tespit ediniz.
İhlale yönelik itirazların iç hukuk yollarında yapılarak, Anayasa Mahkemesi öncesindeki iç hukuk yollarının tüketilmesi. (AY m. 148/3; AYM Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hk. K. m. 45/2) Ancak, Anayasa Mahkemesi 2.4.2014 tarihli ve Twitter kararı diye bilinen kararı alırken iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasını aramamıştır. Bu kararın kapsamında içerisinde kalan hallerde bireysel başvuru yoluna başvurulabilir. (AYM İç Tüzüğü, m. 73)	İhlale yönelik itirazların iç hukuk yollarında yapılarak, AIHM başvurusu öncesinde Anayasa Mahkemesi bireysel başvurusu dâhil tüm iç hukuk yollarının tüketilmesi. Bu husus AIHM açısından, Sözleşmenin 35/1 maddesine rağmen mutlak değildir. Uzun tutukluluk hallerinde AIHM, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu zaman da başvuruyu inceleyip sonuçlandırmıştır. (<i>Kürüm/Türkiye</i> ,56493/07, 26.01.2010; <i>Demir ve İpek/Türkiye</i> , 42138/07 ve 42143/07- 26 Ocak 2010)
Başvuru paketinin elektronik olarak Anayasa Mahkemesi web sitesinden indirilmesi	Başvuru paketinin elektronik olarak AIHM web sitesinden indirilmesi
Vekâletnamenin hazırlanması	Yetki belgesinin hazırlanması
Elektronik başvuru paketinden oluşan dilekçeyi 10 sayfayı geçmeyecek veya en fazla 20 sayfa olacak şekilde doldurarak, ihlallerin açıklanması	Başvuru paketinin doldurularak, ihlallerin açıklanması
İmzaladığınız başvuru paketin harcını ödeyerek yurtiçinde herhangi bir mahkemeye, Anayasa Mahkemesine; yurtdışında büyükelçilik veya konsolosluga teslim edilmesi Adres: Ahlatlıbel Mah. İncek Yolu Serpmeleri, No.4 06805 Çankaya-Ankara/TÜRKİYE	İmzaladığınız başvuru paketini posta veya kargo ile Strasbourg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gönderilmesi Adres: European Court of Human Rights Council of Europe F-67075 Strasbourg Cedex/France
Başvuru sonrasında başvurunun yapıldığına yönelik belgenin teslim alınması	Başvuru sonrasında, başvurunun teslim alındığına yönelik evrak ve dosya numarasını içeren barkodların teslim alınması
Başvuru sonucunda ihlâl kararı verilmiş ise, durum değerlendirilmesi yapılması; ihlâl kararı verilmemiş ise, doğrudan ve kararın tebliğinden itibaren altı ay içinde AIHM'ye başvuruda bulunulması	Başvuruda ihlâl kararı verilmemiş ise, Büyük Daire nezdinde itirazda bulunulması

KAYNAKÇA:

Ataman, Zeynep Pelin, Savunma Etiği, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi AB/AK Ortak Projesi, 2014

Centel, Nur Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul, Beta, 1992

Centel, Nur; Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Bası, İstanbul 2010.

Çelikoğlu, Cengiz Topel, Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, Seçkin Yayınevi Ankara 2011

Demirağ, Fahrettin, Adli Yazı, Adalet Yayınevi 2013.

Demirağ, Fahrettin, Ceza Muhakemesi Kanunu, TBB Yayını 2007.

Donay, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta,2012.

Güçlü, Akyürek, Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, TBB Dergisi, Sayı1, Yıl 2012.

Ekinci, Hüseyin; Sağlam, Musa, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Yayını, Ankara 2012.

Erem, Faruk, Meslek Kuralları (Şerh), Ankara Barosu Yayını, Ankara 1995

Ergül, Ozan; Kontacı, Ersoy; Polat, Deniz, 1982 ANAYASASI, Savaş Yayınevi, Ankara2013

Ernest, E. Hirş, (Genişletip değiştirerek işleyen, Av. Volf Çernis), Pratik Hukukta Metot, 4. Tıpkı Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.

Karakaya, Naim, Avukatın Soru Sorması, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi AB/AK Ortak Projesi, 2014

Karakaya, Naim; Özhabeş, Hande, Yargı Paketleri: Hak Ve Özgürlükler Açısından Bir Değerlendirme, Tesev Yayınları, 2013

Karayalçın, Yaşar, Hukukda Öğretim - Kaynaklar-Metod, Problem Çözme, Genişletilmiş 4. Baskı, 1994, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.

Katoğlu, Turgut, Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4

Kerestecioğlu, Filiz, “Şeytanın Avukatı Jaques Verges Öldü”, Güncel Hukuk, Eylül/ 2003, sayı 117

König, Stefan, Freiheit und Strafprozess/Özgürlük ve Ceza Muhakemesi, Anwalts blatt, 2008/4

Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun; Nuhoğlu,Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası İstanbul 2010.

Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2012

Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

Cengiz, Serkan; Demirağ, Fahrettin; Ergül, Teoman; McBride, Jeremy; Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum Ve Kavramları, TBB, Avrupa Konseyi-Avrupa Birliği Ortak Yayını, Ankara 2008

Şen, Ersan, Türk Yargısının Kronik Sorunu: Gereksiz tutuklama (makale)

Toroslu, Nevzat; Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2012

Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012

Verges, Jaques, "Savunma Saldırıyor", Metis Kitap yayınları, 4. Baskı, 2013

Vitkauskas, Dovydas; Dikov, Grigoriy (Türkçesi: Av.Serkan Cengiz), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi 2012.

Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2013.

Yıldız, Ali Kemal, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Adli Kontrol* Risk Altındaki Global Dünya Toplumuna ve Ceza Hukuku, İstanbul 2011, (Hazırlayan Feridun Yenisey/Ulrich Sieber (eds), Bahçeşehir Üniversitesi Yayını)

Yazgan, Aynur Tuncel, Adli Yardım, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi AB/AK Ortak Projesi, 2014

Yücel, Mustafa Tören, Adalet Psikolojisi, Sekizinci Baskı, Ankara 2013

Yücel, Mustafa Tören, Yargı Reformu ve Demokrasi, 2011.

Kurumsal Yayınlar:

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, Tutuklama Raporu, Ağustos 2010.

TBB İnsan Hakları Merkezi, İnsan Hakları Raporu, Nisan 2013.

Türkiye İlerleme Raporu, 16 Ekim 2013.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Basın Birimi tarafından hazırlanmış "Bilgi Notu - Poliste Gözaltılar" 2011.

İnternet Siteleri:

Adalet Bakanlığı internet Sitesi: <http://www.adalet.gov.tr>

Ersan Şen (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/934356-turk-yargisinin-kronik-sorunu-gerekcesiz-tutuklama>)

Anayasa Mahkemesi internet Sitesi: (www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/b_b.pdf)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi internet sitesi: http://echr.coe.int/Documents/PO_pack_TUR.pdf





TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ AVRUPA BİRLİĞİ VE AVRUPA KONSEYİ ORTAK PROJESİ

Bu kitapçığın içeriği Avrupa Birliğinin görüşlerini yansıtmayıp Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi projesinin bir çıktısıdır.



Bu Proje, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmekte ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülmektedir. Bu Projenin sözleşme makamı Merkezi Finans ve İhale Birimi'dir. This Project is co-funded by the European Union, the Republic of Turkey and Council of Europe and implemented by the Council of Europe. The Central Finance and Contracts Unit is the Contracting Authority of this Project.