

BİR CEZA MAHKEMESİ OLARAK ANAYASA MAHKEMESİ "YÜCE DİVAN"

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK ()*

GİRİŞ

Yüce Divan nedir? Neden böyle bir Divana gerek duyulmaktadır? Dünyanın medenî bazı ülkelerinin bu konudaki tutumları nedir? Acaba bizde Yüce Divan görevi neden Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir? Anayasa Mahkemesi bugünkü yapısı ile bir ceza mahkemesi olarak görev yapabilir mi? Başka bir deyişle Yüce Divan olarak çalışabilir mi? Hayır, yapamaz! denilirse, bunun nedenleri nelerdir? Evet yapar! denilirse, acaba yaptığı yargılamanın adil bir yargılama olduğu söylenebilir mi? Yüce Divan'ın yargılama usulleri nelerdir? İddia, savunma ve yargılama nasıl yapılır? Bütün bu ve buna benzer sorulara cevap aramak amacıyla hazırlanmış bulunduğumuz bu çalışma; kavram, ceza muhakemesi teşkilâtı içindeki yeri, Yüce Divan'da yapılan ceza muhakemesine hakim ilkeler, Yüce Divan'da yapılan ceza muhakemesine katılan kişiler ve Yüce Divan'da yapılan ceza muhakemesinin yürüyüşü olmak üzere beş ana başlık taşımaktadır.

Çalışma konumuz, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla 12 Nisan 1995 günü iki eski bakan ve bir genel müdür hakkında vermiş bulunduğu karar ile yeniden güncellik kazanmış ve kamu oyunda hararetle bir tartışma başlamıştır. Biz, bu önemli konuyu her türlü günlük siyasi mülahazadan uzak, tamamen Ceza Muhakemesi Hukuku'nun esasları çerçevesinde kalarak değerlendirmek istiyoruz. Dileriz, yararlı olsun!

I. Kavram

1. Tanım

Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu Üyeleri, yüksek mahkeme başkanı veya üyeleri gibi, egemenlik adı verilen muazzam kudretin yürütme ve yargı erki gibi iki önemli kısmını millet adına kullanan üst düzey kamu görevlilerinin, görev suçlarını muhakeme etmek üzere kurulmuş bulunan mahkemelere Yüce Divan adı verilmektedir. 1982 Anayasası bu önemli görevi Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir.

(*) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi.

2. Amacı

Bilindiği gibi, hangi hakimın, hangi kişilerin hangi suçlarını yargılayacağını gösteren yetki kurallarına kişi bakımından yetki kuralları denmektedir. Bu yetki kuralları, bazı kişileri kayırmak için değil, kayırılmalarını önlemek için konulmuştur.(1)

Devletin en üst kadrolarında bulunan kamu görevlilerinin görev suçlarından dolayı, kişi bakımından yetki kuralları gereğince farklı bir yargılama makamı kurulmasının sebebi de, sadece yürütme ve yargı gibi egemenliğin iki önemli kısmını millet adına istimal edebildikleri için nüfuz alanı oldukça geniş bulunan bu kişilerin herkesin tabi bulunduğu yargıyı etkileyebilecekleri ve bu suretle kayırılmalarını temin edebilecekleri endişesi değil; ve fakat aynı zamanda siyasi hesaplaşma ve sair düşüncelerle bu kişilerin haksızlığa uğratılabileceği yolundaki kaygılardır. Kısaca, amaç ADİL BİR YARGILAMA yapmaktır. İddiaı veya savunmayı kayırmadan maddi gerçeği araştırmaktır. Hukuk devleti ilkesinin gereği de budur. Bilindiği gibi, ülkesinde insan haklarını ve güvenliği gerçekleştirmiş bulunan adil devlete hukuk devleti denilmektedir. (2)

3. Tarihçe

Türk Anayasa Hukuku'nda üst düzey kamu görevlilerini muhakeme etmek maksadıyla Yüce Divan ilk kez "Divanı Ali" adı ile 1876 Anayasasında yer almıştır (m.32 vd., m.92 vd.) Buna göre, Divanı Ali 30 üyeli idi. Bunların onu Heyeti Ayan, onu Şûrayı Devlet (Danıştay) onu da Mahkemeyi Temyiz (Yargıtay) ve İstinaf Rûesa (Başkanı) ve azasından (üyelerinden) kur'a ile tefrik ve tayin olunarak Heyeti Ayan dairesinde lüzum görüldükçe ba iradei seniye (padişah buyruğu ile) akd olunurdu (m.92). Yüce Divan 2 Kısımdı. Birinci kısım Dairei İthamiye (İddia Dairesi Makamı), ikinci kısım da Divanı Hükümdü (Yargılama Makamı idi).

İddia Dairesi (makamı), üçü Heyeti Ayan, üçü Şûrayı Devlet (Danıştay) üçü de Mahkemeyi Temyiz (Yargıtay) ve İstinafdan Yüce Divan'a alınacaklar arasından kura ile seçilmiş olan 9 üyeden ibaretti. Bu daire, hakkında şikâyetle bulunulan şahsın suçlanabilip suçlanamayacağına

(1) KUNTER, no. 222, TOSUN, c1. s.518 vd.

(2) ÖZTÜRK, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995, no. 89

üçte iki çoğunlukla karar verir. İddia Dairesinde görev alanlar Divanı Hükümde yer alamazlar (m. 94).

Yargılama makamı olan Divanı Hüküm ise, yedisi Heyeti Ayandan, yedisi Temyiz (Yargıtay) ve İstinafdan ve yedisi de Şurayı Devletten olmak üzere 21 üyeden ibaretti. Bu da kararlarını üçte iki çoğunlukla verirdi ve bu kararlara karşı istinaf veya temyiz yoluna gidilemezdi; yani kesindi (m.95).

Kurtuluş Savaşımızın tam ortasında yapılması sebebiyle sadece temel ihtiyaçların dikkate alınması nedeniyle çok kısa bir Anayasa olan 1921 Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun aksine 1924 tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nda da Yüce Divan'a yer verilmiştir. (m.41,50,61 vd.).

Gerçekten 1924 Anayasasına göre, vazifelerinden münbais hususatta İcra Vekilleri ile Şurayı Devlet ve Temyiz Mahkemesi reisleri ve üyeleri ve Cumhuriyet Başsavcısı'nı muhakeme etmek üzere bir (Divanı Ali) (Yüce Divan) teşkil olunur (m.61). Yüce Divan üyeliği için onbiri Temyiz Mahkemesi (Yargıtay), onu Danıştay reis ve üyeleri meyanından ve kendi genel kurulları tarafından ledeliktiza (gerektiği zaman) gizli oyla 21 kişi seçilir (m.62/1). Yüce Divan, bir reis ve 14 üye ile teşekkül ve salt çoğunlukla karar ittihaz eder. Geriye kalan 6 üye yedektir.

Yüce Divan'ın kararları kesindir (m.65).

Yüce Divan görülen lüzum üzerine TBMM kararıyla teşkil olunur (m.67)

1961 Anayasası ise 1876 ve 1924 sisteminden ayrılarak çağdaş anlamında bir Anayasa Mahkemesi'ne yer vermiş ve Yüce Divan görevini de bu yüksek mahkemeye bırakmıştı.

Gerçekten 1961 Anayasasının 147.maddesinde, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Yargıtay, Yüksek Hakimler Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini, Cumhuriyet Başsavcısı'nı, Başkanun-sözcüsü'nü, Askerî Yargıtay Başsavcısı'nı ve kendi üyelerini GÖREVLERİ İLE İLGİLİ SUÇLARDAN dolayı YÜCE DİVAN sıfatıyla yargılar hükmüne yer verilmişti. Aynı Anayasaya göre, Anayasa Mahkemesi 15 asıl ve 5 yedek üyeden ibaretti. Asıl üyelerden dördü Yargıtay, üçü Danıştay Genel Kurullarınca kendi başkan ve üyeleriyle Cumhuriyet Başsavcısı ve Başkanunsözcüsü arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçiliyordu. Bir üye Sayıştay Genel Kurulu'nca kendi başkan ve üye-

leri arasından aynı usulle seçilmekteydi. Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu ise iki üye seçiyordu. Cumhurbaşkanı'nca da iki üye seçilmekteydi. Cumhurbaşkanı, bu üyelere birini Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tam sayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçiyordu. Yasama Meclisleri ise, bu seçimleri TBMM üyeleri dışından, üye tam sayılarının salt çoğunluğu ve gizli oyla yapmaktaydı (m.145/1).

Anayasa Mahkemesi'ne asıl veya yedek üye olabilmek için 40 yaşını doldurmuş bulunmak ve Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay veya Sayıştay'da başkanlık, üyelik, başsavcılık, başkanun sözcülüğü veya üniversitelerde hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanlarında en az 5 yıl öğretim üyeliği veya 15 yıl avukatlık yapmış olmak şartı (m.145/3).

Halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası ise, kural olarak 1961 Anayasasının Anayasa Mahkemesi modelini benimsemiş ve Yüce Divan görevini bu mahkemeye bırakmıştır.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı'nı, Bakanlar Kurulu Üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyelerini, başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay başkan ve üyelerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar (m.148/3). Yüce Divan'da savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar. Yüce Divan'ın kararları kesindir (m.148/2,3).

1961 Anayasasında 15 asıl 5 yedek üye olarak öngörülen Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasına göre 11 asıl ve 4 yedek üyeden kurulur (m.146/1).

Cumhurbaşkanı iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulu'nun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer (m.146/2).

Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesi'ne asıl ve yedek üye se-

çilebilmeleri için 40 yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az 15 yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az 15 yıl fiilen çalışmış veya en az 15 yıl avukatlık yapmış olmak şarttır (m.146/3).

Anayasanın bu düzenlemesine uygun olarak çıkarılan 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un "**Seçilme yeterliği**" başlığını taşıyan 3.maddesine göre ise "Anayasa Mahkemesi asıl ve yedek üyeliğine seçilebilmek için aşağıdaki şartları haiz bulunmak gerekir.

1. Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay'da başkan ve üye olmak; veya

2. Kırk yaşını bitirmiş, 65 yaşını doldurmamış, yükseköğrenim görmüş ve kamu hizmetlerinde en az 15 yıl fiilen çalışmış veya yükseköğretim kurumlarında en az 15 yıl öğretim üyeliği yapmış olmak şartıyla;

a) Yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyesi; veya

b) **Yükseköğretim Kurulu başkan veya üyesi veya Yükseköğretim Kurumu rektör veya dekanı veya müsteşar, müsteşar yardımcısı, general, amiral, büyükelçi, bölge valisi veya vali,**

olarak görev yapmak; veya

c) Mesleğinde avukat olarak fiilen 15 yıl çalışmış olmak; ve

3. Hakimlik mesleğine alınmamayı gerektiren bir suçtan hüküm giymemek veya bu gibi suçlardan dolayı ceza kovuşturması altında bulunmamak ve hakimlik mesleğine alınmasına engel bir hal olmamak.

Görüldüğü gibi 1982 Anayasası 1961 Anayasası'nın Yüce Divan modelini benimsemiş olmakla birlikte hem üye sayısında hem de bunların seçiminde son derece farklı esaslar benimsemiştir. Üyelerin seçimi konusunda Cumhurbaşkanı'na yetki tanınması, üyelerin niteliklerinin belirtilmemesi, 15 yıl fiilen çalışmış bulunan üst kademe yöneticilerinin üye seçilebilmesinin imkan dahiline sokulması son derece sakıncalı olmuştur. Öte yandan bir subay veya müdür 15 yıl fiilen çalışmakla seçilme yeteneği kazanırken, bir öğretim üyesi, bu sıfat ancak yardımcı doçentlikle kazanıldığından, ondan önceki beş veya altı yılı dikkate

alınmaksızın yapılacak bir hesaplama ile seçilme yeteneği kazanabilecektir.

Madde gerekçesinde," bu maddede, 1961 Anayasasından farklı olarak üyelerin nitelikleri ve nerelerden alınacakları belirtilmemiştir; Anayasa Mahkemesi üyeliği belli bir bilim dalında uzmanlaşmış olmasının yanında her kanun veya kanun hükmünde karamamenin Anayasaya aykırılığını ölçüp tartabilecek, oldukça geniş bir saha ile ilgilenmiş bulunmayı da gerektirir; bu nitelikleri taşıyan kişiler her nerede ve hukuk bilimine dayalı hangi kuruluşta olursa olsun oradan alınıp getirilmesinde kamu yararı vardır; bunu da en iyi biçimde yapabilecek makamın Cumhurbaşkanlığı gibi bir yüce makam olduğu düşünülmüştür" denilmekle (3), tarafımızdan son derece sakıncalı bulunan durumun Anayasakoyucu tarafından bilerek ve isteyerek yaratıldığı ortaya çıkmaktadır.

Bu suretle kurulan bir Anayasa Mahkemesi'nin kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleyebilmesi bir ölçüde mümkün bulunsa bile Yüce Divan sıfatıyla ceza muhakemesi yapabilmesi son derece zordur. Gerçekten, bırakınız ceza hukukçusunu düz hukukçuların bile azınlıkta kalmasına müsait bulunan böyle bir sistem ceza ve ceza muhakemesi hukukunun amacına ulaşmasına müsait bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Aşağıda görüleceği gibi, İtalya'da da Yüce Divan olarak çalışma görevi Anayasa Mahkemesi'ne VERİLMİŞTİR. Ancak bu ülkede Anayasa Mahkemesi'ne ancak ADLİ VE İDARİ YARGIYA MENSUP HAKİMLER, HUKUK FAKÜLTESİ PROFESÖRLERİ VE EN AZ 20 YIL MESLEKTE FİİLEN ÇALIŞMIŞ AVUKATLAR seçilebilmektedir (m.135/2 İtalyan Anayasası) (4).

4. Mukayeseli Hukukta Durum

Mukayeseli hukukta Yüce Divan konusunda farklı sistemler bulunmaktadır.

Kralın dokunulmaz, sorumluluğun ise bakanlarda olduğunu kabul eden (m.63) Belçika Anayasası'na göre, bakanlar hakkında görev suç-

(3) KUZU, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1988, s.183.

(4) GEITNER/PULTE, Die Verfassungen der Staaten in der Europäischen Gemeinschaft, München 1976, s. 192

larından dolayı iddia yetkisi Mecliste, yargılama yetkisi ise Yargıtay'dadır (Yargıtay Birleşik Genel Kurulu'ndadır) (m.63,90)(5).

Alman Anayasası özel bir Yüce Divan öngörmüş değildir. Üst düzey yöneticilerin işledikleri iddia edilen görev suçlarından dolayı yargılanmaları CMUK ve GVG (yani Mahkemelerin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun) hükümleri çerçevesinde olur. Örneğin, vatana ihanet suçu bakımından madde bakımından yetkili olan makam Yüksek Eyalet Mahkemesi'dir (6).

Söz konusu Anayasanın 61. maddesinde Millet Meclisi'nin veya Senato'nun (Bundesrat) Devlet Başkanı hakkında Anayasayı veya federal bir kanunu kasten ihlâl ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde dava açabileceği belirtilmişse de, açılması öngörülen bir dava bir ceza davası olmayıp, Başkanın, bu fiilleri işlediği sabit görülmesi halinde görevden geçici veya sürekli olarak elçektirilmesi konusunda kararın verildiği nevi şahsına münhasır bir davadır (7). İrlanda Anayasası'nda da (m.10) buna benzer bir düzenleme bulunmaktadır (8).

Fransız Anayasası dokuzuncu kısmında müstakil bir Yüce Divan öngörmektedir. Gerçekten söz konusu Anayasanın dokuzuncu kısmında yer alan 67. maddesine göre, bir Yüksek Mahkeme (Yüce Divan) kurulacaktır. Bu Mahkeme Millet Meclisi ve Senato'nun 6 yıl için seçtiği eşit sayıda üyeden ibarettir. Yüksek Mahkemenin yapısı (terkibi), kuralları, faaliyetleri ve muhakeme usulleri bir Organizasyon Kanununda düzenlenir (m.68/1).

Aynı Anayasanın 68.maddesine göre ise, Devlet Başkanı görevinden dolayı yalnızca vatana ihanet suçundan sorumludur. Bu suçtan dolayı Başkan hakkında ceza davası açılabilmesi Millet Meclisi ve Senato'nun salt çoğunlukla karar vermesine bağlıdır. Hükmü Yüce Divan verir. Hükümet üyeleri, görev suçlarından dolayı, şayet bu fiiller işlendiği sırada cürüm veya cünha teşkil ediyorsa, Ceza Hukuku bakımından so-

(5) GEITNER/PULTE, s.36, 37.

(6) KARLSRUHERKOMMENTAR, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Auflage, München 1993, s. 1947 vd.

(7) GEITNER/PULTE, s.62

(8) GEITNER/PULTE, s.145

rumludurlar. Bunlar ve yardımcıları (şerikleri) hakkında, şayet filleri devletin güvenliğine karşı bir komplo teşkil ediyorsa, yukarıda Devlet Başkanı için söz konusu olan usulün tatbiki gerekir. Bu fıkra (m.68/2) öngörülen durumlarda Yüce Divan, fillin işlendiği sırada yürürlükte bulunan ceza kanunlarının cürüm ve cünha tanımını ve cezalandırma hükümleri ile bağlıdır (m.68/2)(9).

İtalyan Anayasası yukarıda değinilen ülkelerin anayasalarında öngörülen sistemlerden farklı olarak Yüce Divan görevini Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir.

Buna göre Anayasa Mahkemesi, kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunun denetimini yapmak ve diğer bazı görevleri yerine getirmenin yanında Devlet Başkanı ve Bakanlar hakkında açılacak davalara bakmakla da yetkilendirilmiştir (m.134). Yukarıda işaret ettiğimiz gibi, İtalya'da böyle bir düzenlemeye gidilirken Anayasa Mahkemesi'ne ancak ADLİ VE İDARİ YARGIYA MENSUP HAKİMLER, HUKUK FAKÜLTESİ PROFESÖRLERİ VE EN AZ 20 YIL MESLEKTE FİİLİ ÇALIŞMIŞ AVUKATLARIN seçilebileceği hükmüne de yer verilmiştir (m.135/2)(10)

İtalyan Anayasası'na göre, Devlet Başkanı vatana ihanet veya anayasaya saldırı dışında cezaî sorumluluğu yoktur. Vatana ihanet veya anayasaya saldırı durumunda Başkan hakkında Parlamento tarafından salt çoğunluk kararı ile dava açılır (m.90). Açılan bu davaya Yüce divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi bakar (m.134/2). Bakanlar, Bakanlar Kurulu'nun işlemlerinden müstareken, kendi bakanlıklarının işlemlerinden de bireysel olarak sorumludurlar. Başbakan ve Bakanlar hakkında, görevlerini yaparken işlemiş bulundukları suçlarından dolayı Parlamento tarafından dava açılır (m.96). Açılan bu davaya da Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla bakar (m.134/2)

II.Ceza Muhakemesi Teşkilâtı İçindeki Yeri

Bilindiği gibi Türk ceza muhakemesinin "**yargısal teşkilâtı**" hakimlikler ve ceza mahkemelerinden ibarettir. Ceza mahkemeleri de GENEL CEZA MAHKEMELERİ ve ÖZEL yani İHTİSAS CEZA MAHKEMELERİ

(9) GEITNER/PULTE, s. 116

(10) GEITNER/PULTE, s.192

olmak üzere iki grupta toplanmaktadır. Genel ceza mahkemeleri esas mahkemelerden, yani sulh, asliye ve ağır ceza mahkemeleri ve Yargıtay'dan ibarettir. Yüce Divan'ın bunlar arasında olmadığı açıktır. Özel yani ihtisas mahkemeleri de doğrudan doğruya ve dolaylı olmak üzere iki gruptur. Dolaylı olanlar, yani dolaylı olarak ceza mahkemesi fonksiyonu görenler İcra Tetkik Mercii yani İcra Ceza Mahkemesi gibi kurumlardır (11). Esas olarak İcra Hukuku'na dahil bulunan uyuşmazlıkların halledilmesi ile görevli bulunan bu merciler söz konusu görevleri ile dolaylı olarak ilgili bulunan Ceza Hukuku uyuşmazlıklarını da çözebilmektedirler. Anayasa Mahkemesi olarak gördüğü fonksiyonuyla hiç bir bağlantı içinde olmaksızın, Anayasa ve kanunlarda gösterilen belli bazı kişilerin görev suçlarından dolayı yapılan ceza muhakemesinde yargı yeri olarak öngörülmüş bulunan Yüce Divan'ın bunlar arasında da olmadığı ortadadır. O halde Yüce Divan, Çocuk Mahkemeleri, Askeri Mahkemeler gibi doğrudan doğruya özel (ihtisas) ceza mahkemesi olarak çalışan yargı yerleri arasında yer aldığı söylenmelidir (12).

(11) ÖZTÜRK, no. 512e

(12) ÖZTÜRK, no. 106a

III. Yüce Divana Hakim İlkeler (12a)

Önemle kaydedelim ki, genel mahkemelerde yapılan ceza muhakemesine hakim bulunan ilkeler, kural olarak, Yüce Divan'a, daha doğrusu burada yapılan ceza muhakemesine de hakimdir. Önemli nedeniyle hemen hemen her çalışmamızda temas ettiğimiz bu ilkelere burada da kısaca değinmekte yarar vardır. Bu konuda geniş bilgi için, üçüncü basısını 1994 yılında yaptığımız Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku konulu kitabımıza ve orada zikrettiğimiz kaynaklara bakılmalıdır.

1. Hukuk Devleti İlkesi

İnsan hakları ile ilgili bütün ilkelerin anası, kaynağı durumunda bulunan ve anayasamızın ikinci maddesinde açıkça ifade edilen hukuk devleti ilkesine göre, yasama, yürütme ve yargı gücünü yani egemenlik adı verilen muazzam gücü Millet adına kullanan Anayasal organlar bu

-
- (12a) AKIN, Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1971, s.1 vd.; American Casebook Series, Hornbook Series and Basic Legal Texts Nusthell Series of West Publishing Company, Minnesota 1986, s. 542 vd.; BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İst. 1990, s. 1 vd.; Busam, Das Geständnis im Strafverfahren, Lübeck 1983, s.21 vd., 57 vd.; Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İst. 1992; Cihan, Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri, MHAD 1971, s.7 vd.; Ermacora, Grundriß der Menschenrechte in Österreich, Wien 1988, s. 154 vd.; Öztürk Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, Temmuz 1992; Rüping, Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren, in: ZStW 1979 (91. Band) s. 351 vd.; Schorn, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Bingen 1963, s.17 vd., 100 vd.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 23. Auflage, München 1993, s.1 vd., Schroeder Strafprozeßrecht, MünchK 1993, s.219.; Tettinger, Fairneß und Waffengleichheit Rechtsstaatliche direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren, München 1984 s. 5 vd.; Tosun, Özel Hayatın Gizliliği, TCK'nın 50 yılı ve Geleceği, İst. 1977, s.371 vd.; Tomuschat, Menschenrechte, Bonn 1992, s. 1 vd.; Tosun, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İHFM 1976, cXLI sy. 3-4 den ayrı bası, s.1 vd.; Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde, Köln u.a. 1959, s.19 vd. Yayla, Anayasa Hukuku Ders Notları, İst. 1985, s.88 vd.; Dahs, das rechtliche Gehör im Strafverfahren, München-Berlin 1965 s.45, Kolb das rechtliche Gehör als verfassungsmässiges Recht (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 91 Abs. 1 BV) München 1963 s. 24 vd., Yüce, In Dubio Pro Reo Kaidesi, AD, yıl 53 Kasım-Aralık 1962 sy. 11-12 s. 1209 vd., Arzt, der strafrechtliche Schutz der Intimsphaere, Tübingen 1970, s.142 vd., Danışman, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s.3 vd.; Lücking, Die strafprozessuale Überwachung Des Fernmeldeverkehrs, s.5 vd., Geppert, der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, Berlin - New York 1979 s.1 vd., Löhr, der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozessrecht, Berlin 1972 s. 15 vd.,

gücü sadece hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, **insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamak** amacıyla kullanılabilirler. Bu onların meşruluğunun temelini teşkil eder. Anayasa Mahkemesi'nde hukuk devleti kavramını bu şekilde anlamaktadır (AMKD c.14 s.189).

Görüldüğü gibi hukuk devleti üç sütun üzerine inşa edilmiştir. Bunlar:A. İnsan haklarının gerçekleştirilmesi, B. Adaletin sağlanması, C. Hukukî güvenliğin temin edilmesidir.

İnsan Haklarının Gerçekleştirilmesi :

Bilindiği gibi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi milletlerarası belgelerle medenî ülkelerin Anayasalarında ve kanunlarında yer alan ve ırk, renk, cins, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, millî veya sosyal menşee, servet, doğuş veya diğer herhangi bir fark gözetilmeksizin, insanın insan olması nedeniyle her insan tarafından yararlanılabilen haklara İNSAN HAKLARI denmektedir. İşte bu hakların UYGULAMADA GERÇEKTEN kullanıldığı ülkelere hukuk devleti denmektedir. Son yıllarda en totaliter ülkelere dahi, küreselleşmenin bir sonucu olarak, insan haklarına kayıtsız kalamamakta; bunlara kanunlarında hatta anayasalarında yer vermek durumunda kalmakta; ve fakat söz konusu hakları uygulamada gereği gibi veya hiç kullanılmamaktadırlar. Bu nedenle hukuk devletinin ölçüsü insan haklarına sadece MEVZUATTA YER VERMEK DEĞİL, bunları UYGULAMADA GERÇEKLEŞTİRMektir. Bir devlet, insan haklarına uygulamada gerçekleştirdiği oranda hukuk devletidir.

Bir hukuk devletinin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunun; bu arada söz konusu hukukun esaslarını uygulamak durumunda bulunan Yüce Divan uygulamalarının da insan haklarına dayalı bulunacağı açıktır.

Adaletin Sağlanması :

Etik ve hukukî bir kavram olan ADALET, herkesin fırsat eşitliğinin bulunması; herkesin kanun önünde eşit sayılması; herkese kişiliğini geliştirme olanağının verilmesi; buna engel olan maddî ve manevî engellerin ortadan kaldırılması; her türlü imtiyazın ve keyfiliğin reddedilmesi an-

lamına gelir. Kısaca ifade edilmek gerekirse, adil olan devlete hukuk devleti denir. Yüce Divan'ın da bu anlamda bir adaleti aramak durumunda olacağı açıktır.

Hukukî Güvenliğin Temin Edilmesi :

Ülkesinde, toplum halinde yaşamının ilk ve vazgeçilmez şartı olan Hukukî güvenliği ve sosyal düzeni sağlayamamış olan devlete hukuk devleti denemez. Bir hukuk devletinin varlık sebebi, insan haklarına dayalı adil ve güvenli toplumsal bir düzen kurmak ve bunu kesintisiz bir şekilde sürdürmektir. Bunu sağlamak için çeşitli araçlara ihtiyaç bulunmaktadır.

Hukuk devletinin bir başka yönü, eylem ve işlemlerinde ölçülü (oranlı) davranan devlet olmasıdır. Gerçekten **oranlılık ilkesi**, hukuk devletine hakim olan aşırılık yasağının bir bölümünü oluşturur. Bu ilkeye göre, Ceza Muhakemesi Hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde bulunan zarar arasında makûl bir oranın (ölçünün) bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye oranlılık (ölçülülük) ilkesi denir.

Şu husus gözden kaçırılmamalıdır ki, burada eşitlikten değil, oranlıktan söz edilmektedir. Örneğin, başlangıç şüphesi bulunmamasına rağmen hazırlık soruşturmasına başlanması da oranlılık ilkesine aykırıdır. Bir hukuk devletinde, ceza takibine yetkili makamların, bu arada Yüce Divan'ın bir ceza muhakemesi işlemi yaparken devleti veya ferdi "kayırmaması" kabul edilmez. Çünkü, **"ferdin kayırılması anarşiye, devletin kayırılması da baskıcı bir yönetime yol açar"**. Hukuk devleti ilkesinin geçerli olmadığı devletlere totaliter devletler veya polis devleti denmektedir. Böyle bir devlette insan haysiyeti, insan hakları, temel hak ve hürriyetler gibi konular önemli olmadığından, ya sanığa hiç bir hak tanınmaz, ya da bazı haklar hatta tüm haklar tanınır; fakat sanık bunları uygulamada, özellikle iktidar çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda kullanamaz.

Sayet ceza muhakemesi alanında "gerçekten" reform yapılmak isteniyorsa, her şeyden evvel hukuk devleti ilkesinin UYGULAMADA gerçekleştirilmesi gerekir. Sadece kanun değiştirmek veya yeni kanun yapmakla bu konuda amaca ulaşılması mümkün değildir; olmadığını da geçmiş tecrübeler göstermiştir. Türkiye, hukuk devleti ilkesinin tam ola-

rak hayata geçirilmesi için gerekli bulunan yasal düzenlemelere, asgari düzeyde de olsa sahiptir. Sorun büyük ölçüde UYGULAMADADIR. Almanya'da başarı ile uygulanan ve bizim 1929 da bu ülkeden aldığımız Ceza Muhakemeleri Usûlû Kanunu ile usûlüne göre yürürlüğe sokulmuş bulunan ve bu suretle, Anayasanın 90. m.sinin son fıkrasına göre, doğrudan doğruya uygulanabilecek birer iç hukuk kuralı haline gelmiş bulunan milletlerarası sözleşmeler, örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İşkenceye Karşı Avrupa ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri tam manasıyla uygulansaydı; ceza muhakemesi sırasında insan haklarını ihlâl edenlerle ettirenlerden hesap sorulabilseydi, bu gibi kimseler **Mömurin Muhakematı Hakkında Kanun** gibi özel yargılama kuralları ihtiva eden kanunların arkasına gizlenme olanağı bulamamış olsalardı, ülkemizde ceza muhakemesinde insan hakları konusundaki sıkıntılar bu boyutta olmazdı. O halde, ceza muhakemesi konusunda yapılacak reformun önce UYGULAMADA daha sonra da, eğer gerekli olursa, kanunlarda olması gerekir. Hatırlatalım ki, en kötü kanun iyi uygulayıcıların elinde en iyi kanun haline; en iyi kanun da kötü uygulayıcıların elinde en kötü kanun haline gelebilir.

2. İnsan Haysiyetinin Korunması (Dokunulmazlığı) İlkesi

Alman Anayasası "insan haysiyeti" kavramına, en üst değer olarak birinci maddesinde yer vermiş ve bunu değerler sisteminin odak noktası yapmıştır. İnsanlığın üzerine bir kabus gibi çöken ve insanı basit bir araç haline getiren Nazi düzenini yaşamış insanların, bu korkunç düzenden kurtulur kurtulmaz yaptıkları Anayasa ile böyle bir tepki göstermeleri, Hitler döneminin tüyler ürpertici tecrübelerini yaşamak zorunda kalmamış olan öteki insanlar bakımından daima hatırdâ tutulması gereken çok önemli bir mesajdır. Türk Anayasakoyucusu da bu mesaja kulak vermiş ve 5. m.de, "devletin temel amaçları ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığı ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, İNSANIN MADDİ ve MANEVİ VARLIĞININ gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." hükmünü sevk etmiştir. Öte yandan m. 17/3'de de, "kim-seye işkence ve eziyet ya-

pılamaz; kimse İNSAN HAYSIYETİYLE bağdaşmayan bir cezaya ve ı...
ameleye tâbi tutulamaz" denilerek, insan haysiyetine verilen önem dile ge-
tirilmiştir.

Anayasal açıdan ahlaki değil bağlayıcı bir hukukî değer olan insan haysiyetinden vazgeçmek mümkün değildir. Bu nedenle, örneğin işkence, rızaya dayansa da, kabul edilemez; ileride göreceğimiz gibi, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.

Doktrin de yazarlar, insan haysiyeti konusunda büyük ölçüde aş-
ğıdaki tanımda birleşmişlerdir:

"İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevî güçtür." Son bir tahlilde insan haysiyeti adı verilen değer HÜR İRADE olduğu söylenebilir. İnsanın obje haline getirilmesi daima insan haysiyetine aykırıdır.

İnsan haysiyetinin korunması, ona dokunulmaması ancak bir hukuk devletinde ileri sürülebilir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi, insan haysiyeti kavramının zırhını oluşturmaktadır.

Önemle kaydedelim ki, insan haysiyeti, örneğin işkence yasağı gibi bazı durumlarda dokunulmaz olmakla birlikte, sınırsız değildir. Bir hukuk devletinin vatandaşı sadece hakları olan bir vatandaş değildir; onun, sosyal hayatı mümkün kılmak üzere devlet tarafından hukuk devleti ilkeleri esasları çerçevesinde getirilmiş bulunan yükümlülöklere ve alınmış bulunan tedbirlere uymak, toplumsal hayatın çekilmez hale gelmesini önlemek hususunda öngörülen faaliyetlere katkıda bulunmak görevi vardır. İnsanın sosyal bir yaratık olduğu gerçeği bile, bu görevin temelini açıklamaya yeter. Bize göre insan haysiyetinin ancak bir hukuk devletinde ileri sürülebileceği gerçeği dikkate alınarak, bunun sınırının da yine hukuk devleti olduğu söylenmelidir.

İnsan haysiyeti, teneffüs ettiğimiz hava gibidir; bulunmadığı zaman varlığını hissederiz. Bu nedenle nelerin insan haysiyetine uygun olduğunu değil, nelerin insan haysiyetine uygun olmadığını göstermek daha kolaydır. Aşağıdaki 4 halde insan haysiyeti ihlalleri ağır ve doğrudan doğrudur; bu nedenle, ileride de göreceğimiz gibi, bu suretle elde edilen deliller **mutlak delil yasağı** ile karşılaşır. Burada failin suçunun

ağırlığı veya başkaca hususların hiç bir önemi yoktur. Bu nedenle, sınırda kalan durumlarda delil yasakları lehinde karar verilmelidir.

A) Her şeyden önce işkence, yani sanığın kendini suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanması insan haysiyetine aykırıdır (m.38/5 AY, m. 5 İHEB, m.7, 10, 14/3g MvSHS, m.135a CMUK, m.243 TCK). Anayasamıza göre, hiç kimse kendisini... suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (m. 38/5 AY). Bir insandan, onun hür iradesini hiçe sayarak, işkence ile ifade alınması, insan haysiyeti ihlallerinin en ağıridır. Burada işkence işleminin tatbiki, ihlalin varlığı için yeterlidir; hür iradeye yapılan engellemenin derecesinin hiç bir önemi yoktur.

B) Bir kimsenin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması da insan haysiyetine aykırıdır. Anayasamıza göre, hiç kimse... kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (m.38/5 AY, m.14/3g MvSHS).

C) Sanığa, kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından (polis, jandarma, savcı vs.) bazı haklarının, özellikle de "susma hakkı ve (m.38/5 AY, m.5 İHEB, m.3 İHAS m.135 CMUK, m. 528 TCK) bir avukat ile temas kurabilme hakkının" (m.36 AY, m.11 İHEB, m. 6 İHAS, m. 14/3d MvSHS, m. 136 CMUK) bulunduğunun bildirilmemesi suretiyle konuşmasının sağlanması ve kendisini zor duruma sokmasına sebep olunması da insan haysiyetine aykırıdır.

Sanığa, kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının bulunduğunun bildirilebilmesi için her şeyden önce bu bildirme işini yapacak yetkililerin söz konusu hakları bilmeleri gerekmektedir. Bunun en pratik yolu ilgili bakanlık ve bakanlıkların, susma hakkı ile sanığın avukat ile temas kurabilme hakkını ihtiva eden ve taşınması kolay olan sürücü belgesi büyüklüğünde bir kart bastırıp kolluk memurlarına dağıtmasıdır. Sanıkla ilk temasa geçen yetkililer, yanlarında taşıdıkları kartta yer alan hakları sanığa okuyacaklardır.

D) Hayatın gizli alanına (özel hayata değil), yapılan müdahaleler de, insan haysiyetinin doğrudan doğruya ihlâlidir. Bu konuda aşağıda, "özel hayatın gizliliği ilkesi" başlığı altında ele alınacaktır.

3. İşkence Yasası

1982 Ay m. 17/3 de, İHEB m. 5 de, İHAS m. 3 de, MvSHS m.7 de ve CMUK m.135a da hiç kimseye işkence ve eziyet yapılamaz denilmek suretiyle bu yasak son derece açık bir şekilde ifade edilmiştir. Öte yandan TCK m. 243 de işkence ağır bir suç olarak düzenlenmiştir. Burada son olarak aşağıda ele alınacak olan İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler ve Avrupa Sözleşmeleri'ne de işaret edilmelidir.

4. Dürüst İşlem İlkesi

Bundan maksat, ceza muhakemesi işlemlerinin kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunla öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır. Bir hukuk devletinde bu esasların, asgarî olarak nelerden ibaret bulunduğu İHAS m.6 ve MvSHS m.14/1 vd. de gösterilmiştir.

İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetlerinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayrımlar yapılması; örneğin iddia veya savunma makamının kayırılması, Batılı ülkelerden silâh eşitliği olarak anılan ve fakat bizim dürüst işlem ilkesi içinde mütalaa ettiğimiz ilkeye açık bir aykırılık teşkil eder. Silâh eşitliği demek, ülkemizin de dahil bulunduğu Kıta Avrupa Hukuk Sistemi'ne göre, henüz iddia ve savunma makamlarının her bakımdan eşit olması demek değildir. Bugün silâh eşitliği denilince akla gelen, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları GERÇEKTEN kullanabilmesidir.

Maddî gerçeğin daha kolay ortaya çıkmasını sağlayan **çapraz sorgu** dürüst işlem ilkesi ile yakından ilgilidir. Uygulamada bilinmediğinden uygulanmayan, hatırlatıldığında da zaman yok itirazı ile karşılanan ve son yıllarda bilimsel çalışmalara dayanarak değil ve fakat Amerikan filmlerinden esinlenerek hukukumuza kazandırılması istenen bu sorgu yöntemi esasen CMUK m.232 de açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Yüce Divan bakımından iş yükünün fazlalığı ve zaman sıkıntısı gibi bir mülahaza da geçerli olamayacağından, söz konusu yöntemin burada yapılan ceza muhakemesinde tatbiki mümkündür; mümkün olmak durumundadır. Ne var ki, söz konusu yöntem Yüce Divan'da da uygulanmamaktadır.

CMUK m.232 ye göre, CUMHURİYET SAVCISI İLE SANIK TARAFINDAN GÖSTERİLEN TANIKLARLA BİLİRKİŞİNİN DİNLENMELERİNİ VE İSTİZAHINI, CUMHURİYET SAVCISI VE MÜDAFİİN MÜTTEFİKAN VAKİ TALEPLERİ ÜZERİNE MAHKEME REİSİ KENDİLERİNE TEVDİ EDER. BU TAKDİRDE SAVCI TARAFINDAN GÖSTERİLEN TANIKLARI VE BİLİRKİŞİYİ EVVELA DİNLEMELİK VE İSTİZAH ETMEK HAKKI SAVCIYA AİTTİR. SANIK TARAFINDAN GÖSTERİLEN TANIKLAR VE BİLİRKİŞİNİN DİNLENMESİNDE VE İSTİZAHINDA AYNI RÜÇHAN MÜDAFİE AİTTİR.

AYMKYUHK'nın 38. maddesinde, "Yüce Dıvan'da sanığın sorguya çekilmesi sırasında, üyeler ve Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili, başkanın izni ile sanığa soru sorabilirler" hükmüne yer verilmesi CMUK m.232 nin uygulanmasına engel değildir. Zira AYM-KYUHK'nın 38. maddesine paralel bir düzenleme CMUK m.233 de mevcuttur.

5. Bağımsız ve Tarafsız Hakim İlkesi; Tabii Hakim İlkesi

Bağımsızlık, kimseden emir almamak; tarafsızlık ise, iddia ve savunma makamları bakımından objektif davranmak, birini veya diğerini kayırmamak demektir. Hakimin bağımsız ve tarafsız olmasının insan hakları bakımından büyük öneminin bulunduğu açıktır. Hâkimleri bağımsız ve tarafsız olmayan, belli kimselerin özellikle de iktidarın talepleri doğrultusunda karar veren bir devlete hukuk devleti denemez. Bu ilke Anayasada (m. 138 vd.), İHEB de (m. 10), İHAS de (m.6/1), MvSHS de (m. 14/1 cüm.2) ve kanunlarda, (örneğin m.21 vd. CMUK, m.232, 233, 238, 244 TCK) düzenlenmiştir.

Doktrinde ifade edildiği gibi, yargılayacağı **uyuşmazlıkların ortaya çıkışından önce** kanunla kurulmuş bulunan ve **her bakımdan yetkili, tarafsız ve bağımsız** hakime tabii hakim denir. Burada hakimin **hukuk bilgisi ile donatılmış** olması lazım geldiğinin ayrıca zikredilmesi abesle iştigal olurdu. Bu söylenenler karşısında Yüce Dıvan'ın, yargılayacağı uyuşmazlıkların ortaya çıkışından önce kanunla kurulmuş bulunması nedeniyle olağanüstü bir mahkeme olmadığı söylenebilirse de, Anayasa Mahkemesi'ne (Yüce Dıvan'a) üye seçimindeki esaslar dikkate alındığında, tabii hakim ilkesine gereken önemin verilmediği ortaya çık-

maktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesi'ne asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için, 40 yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az 15 yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az 15 yıl fiilen çalışmış veya en az 15 yıl avukatlık yapmış olmak şarttır (m.146/3). Böylece hayatlarında hiç bir şekilde Ceza Hukuku ile karşılaşmamış bulunanların bir ceza muhakemesinde hakimlik yapabilmesi gibi, bir hukuk devletinde asla kabul edilemeyecek bir garip durumla karşılaşmaktadır. Yüce Divan üyeleri halktan hakim esasına göre belirlenmediklerinden, başka bir deyişle meslekten hakim olduklarından, bu işi **meslek** olarak yaptıklarından onlarda Ceza Hukuku bilgisinin aranmaması söz konusu olamaz.

6. Sanığın HAKİM Önünde Meramını Anlatabilmesi İlkesi

Her sanığın HAKİM önünde derdini anlatabilmesini, ne istendiğini söyleyebilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkûm edilememesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini ifade eden ilkeye sanığın hâkim önünde meramını anlatabilmesi ilkesi denmektedir. Çağdaş Ceza Muhakemesi Hukuku'nda sanık, hiç bir hakkı olmayan bir soruşturma konusu, objesi değil, belli hakları ve yükümlülükleri bulunan ve muhakemenin gidişine etki edebilen bir muhakeme süresidir.

Bu ilkenin kaynağı hukuk devleti ilkesidir. Bu bakımdan Alman Anayasası'ndan farklı olarak (m. 103/1) Anayasamızda bu ilkenin açıkça düzenlenmiş olmamasının önemi yoktur. Kaldı ki sözkonusu ilke, usûlüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olduğu için kanun hükümünde bulunan (m.90/son AY) İHAS de açıkça yer almıştır. (m. 6 İHAS).

7. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Her hukuk devletinde kabul edilen ve masumluk karinesi ile sıkı bir ilgisi bulunan bu ilkeye göre 5, yapılan ceza muhakemesinin sonunda, fiilin sanık tarafından işlendiği %100 belliliğe ulaşmadığı takdirde beraat kararı verilecektir. (m. 38/4 AY, m.11 İHEB, m.6/2 İHAS, m.14/2 MvSHS). Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesidir; başka bir

if de ile masumluk karanesidir. Bu ilkeye sahip çıkan Yargıtay'ımızın son derece önemli bir kararına göre; Ceza yargılamalarında amaç, maddi gerçeğin hiç bir kuşkuya yer bırakılmaksızın ortaya çıkarılmasıdır; kuşkunun bulunması halinde, mahkûmiyet kararı verilmesi ceza hukukunun genel ilkelerine aykırıdır; ve kuşkudan sanığın yararlanacağı evrensel bir ceza hukuku ilkesidir ve varsayımlara dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz.

8. Halka Açıklık İlkesi

Tarihsel gelişme, ceza muhakemesinin kapalı kapıların arkasında yapılmasının insan hakları açısından korkunç sonuçlar doğurduğunu ortaya koymuştur. Bu nedenle özellikle Aydınlanma Dönemi düşünürleri duruşmaların halka açık yapılmasını talep etmişlerdir. Muhakemenin halkın girebileceği yerlerde yapılmasını ve muhakeme tutanaklarının halka açıklanabilmesini ifade eden ilkeye halka açıklık ilkesi denmektedir (m. 141/1 AY, m. 10 İHEB, m.6/1 İHAS, m.14/1 MvSHS). Bu ilke CMUK da da düzenlenmiş, bunun ihlalinin mutlak bozma sebebi sayılacağı açıklanmıştır (m. 373/1, 308/6 CMUK).

9 . Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri hür bir "hayat alanı" tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve "bireyin küçük dünyası" olarak anılabilecek olan bu alan temel hak ve hürriyetler ve ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir göstergedir. Bu küçük dünyamız ne kadar geniş ise, ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar hürriyetçi ve demokratik ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir. AY m. 20, 21 ve 22 de, İHEB m. 12 ve İHAS m. 8 de, fertlerin devletin müdahalelerinden korunmuş hür bir alana sahip bulundukları açıkça ifade edilmiştir.

Anayasamıza göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (m. 20); kimsenin konutuna dokunulamaz. (m. 21); herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır (m. 22). Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de ka-

nunla yetkili kılınan merclin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranamaz; bu eşya ile konutta bulunan eşyaya el konulamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz (m.20-22).

Doktrinde, insanın sosyal bir yaratık olduğu ve bu nedenle yaşamını ancak diğer insanlarla birlikte devam ettirebileceği gerçeğinden hareketle, insan **hayatının esas itibarıyla iki yönünün bulunduğu** kabul edilir. Bunlar hayatın genel ve özel yönleridir; hayatın özel yönü de "özel hayat" ve "hayatın gizli alanı" olmak üzere ikiye ayrılır.

Hayatın genel yanının, bunların korunacak bir gizliliği bulunmadığından, konumuz bakımından bir özelliği yoktur. Örneğin, kamuya açık yerlerdeki davranışlarımız ve sözlerimiz herkes tarafından görölüp dinlenebilir. Buna karşılık, biri hayatın gizli alanı diğeri de özel hayat olmak üzere ikiye ayrılan **hayatın özel yanı** her hukuk de' letinde koruma altına alınmıştır. **Hayatın gizli alanı (Intimsphäre)** mutlak bir şekilde korunur hatta dokunulmaz sayılırken **özel hayat (Privatleben)** nisbi olarak korunmuştur. Özel hayat dar bir çerçevede, örneğin bir aile içinde söz konusu olabilirken, hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu nedenle de dokunulmazdır. Meselâ bireyin, suç teşkil etmemek şartıyla, cinsel yaşamı tamamen kendisini ilgilendirir. Bugün Batı'da cinsel hayata ilişkin suçların aydınlatılmasında dahi, tanık veya sanığa insan haystiyetle bağdaşmayan soruların sorulamayacağı kabul edilmektedir. Aynı esas Batı'nın değerlerini ve hukuk düzenini benimsemiş bulunan ülkemiz için de geçerlidir. Bilindiği gibi, olayla ilgisi bulunmayan soruların sorulması, delillerin toplanması Ceza Muhakemesi Hukuku esaslarına aykırı olduğu için zaten mümkün değildir. Burada söz konusu olan, olayla ilgisi bulunduğu halde sorulması veya toplanması insan haystiyetine aykırı bulunan sorular ve delillerdir.

İnsanın dinî inancı, belli konuda ne düşündüğünü vs. hayatın gizli alanı içinde kalır. Anayasa m. 24 de, "... kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz..." m.25 de de, "...kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz..." denilmek suretiyle bu husus dile getirilmiştir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

10. Maddî Gerçeğin Araştırılması İlkesi (12b)

a) Genel Olarak

Ceza mahkemesinde, medenî muhakemeden farklı olarak, şekli gerçeğe yetinilmeyip işin esası araştırılır 8. Yargıtay'ımızın 19.4.1993 tarihli bir kararına göre; ceza yargılamasının amacı hiç bir duruksamaya yer vermeden maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. GERÇEK; akla uygun ve realist, olayın bütününe veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım VARSAYIMLARA DAYANILARAK SONUCA ULAŞILMASI, Ceza Yargılaması'nın amacına kesinlikle aykırıdır, Ceza Yargılaması'nda kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir 9. Öte yandan, örneğin CMUK m. 153 de, savcının işin hakikatini araştırmak mecburiyetinde olduğu açıklanmakta bu ilkeye işaret edilmiştir. Ancak bir hukuk devletinde, maddî gerçeğin "her ne pahasına olursa olsun" araştırılması kabul edilmemekte; delil yasakları ile bu ilkeye bazı sınırlar getirilmektedir.

b) Delil Yasakları

Hukuk devleti esaslarına uygun bir şekilde yapılandırılmış bulunan bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denir. Örneğin zorla elde edilmiş ikrarın ceza muhakemesinde hüküm esas alınması yasaktır. Delil Yasaklarının Yüce Divan'da yapılan ceza muhakemesi bakımından da geçerli olduğu açıktır. Günümüzde, maddî gerçeğin sınırsız surette araştırılmasının pek çok kişisel ve toplumsal değerleri tahrip edeceği kabul edildiğinden, maddî gerçeğin araştırılması ilkesine artık mutlak bir değer tanınmamaktadır. Maddî gerçeğin araştırılmasına "delil yasakları" adı ve-

(12b)ÖZTÜRK, CMUK Reformu ve Delil Yasakları, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1993, s.25 vd.; ÖZTÜRK, CMUK Reformunun Bir Yılı, MBD Ocak 1994, s.25 vd.; ÖZTÜRK, Die Grundlagen der Beweisverbote im Türkischen und deutschen Strafverfahrensrecht, in : ZStW 1992, s.667 vd.; YENİSEY, CMUK Eki, İstanbul 1993, s.47 vd. ŞAHİN, Sanığın Kolluk tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 229 vd.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, 23. Auflage, s. 156 vd.; Paragraf 24 D.

rilen bazı sınırlamalar getirilerek anılan kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır.

Delil yasakları ikâme ve değerlendirme yasakları olarak iki ana başlık altında incelenmektedir. Bunlar da, 1) delil konusu yasakları (Örneğin, m. 49 CMUK); 2) delil aracı yasakları (örneğin, m. 47, 48, 50 CMUK); ve 3) delil metodu elde edilmesi yasakları (m. 243 TCK, m. 3 İHAS, m. 5 İHEB; işkenceye karşı Avrupa ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri) olmak üzere üç alt başlık halinde ele alınmaktadır. Bize göre, delil yasakları durumlarını bu şekilde soyut bir tasnife tabi tutmak, konunun esaslı bir şekilde incelenebilmesine engel olmaktadır. Bu nedenle biz bu konuda, olaylara dayalı, daha somut bir tasnifi tercih ettik. Buna göre delil yasakları durumları, aşağıda görüleceği gibi 5 gruptur. 1) Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi. Örneğin, koğuşurma makamlarının sanığa; susma, savunma ve bir avukatın yardımından istifade edebilme haklarının bulunduğu bilendirilmemesi delil yasaklarına yol açar (m. 135 CMUK); ve bu suretle elde edilecek deliller muhakemede kullanılamaz; kullanılması temyiz sebebi teşkil eder. 2) İfade ve Sorgu Sırasında Söz Konusu Olan Delil Yasakları; Örneğin, zorla elde edilen ikrar muhakemede kullanılamaz (m. 135a CMUK, m.243 TCK, m. 3 İHAS, m. 5 İHEB, işkenceye Karşı Avrupa ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri. 3) İfade ve Sorgu Dışında Söz konusu Olan Delil Yasakları; Örneğin hukuka aykırı olarak yapılan vücutun fiziksel ve/veya ruhsal muayenesi (m. 74, 66/son CMUK), ölü muayenesi ve otopsi (m. 79 vd. CMUK), elkoyma arama (m. 86 vd. CMUK) gibi işlemlerle elde edilen delillerin muhakemede kullanılması yasaktır. 4) Delil Aracı Yasakları; örneğin tanıklıktan veya yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların hukuka aykırı bir şekilde tanık olarak dinlenmesi (m. 47 vd., 245 CMUK); kışkırtıcı ajanın delil elde etmede kullanılması yasaktır; bu yasağa aykırı olarak elde edilen deliller Ceza muhakemesinde kullanılamaz. 5) Delil Konusu Yasakları; Örneğin sırlar (m. 49 CMUK), kural olarak, delil konusu yapılamaz.

3842 sayılı Kanun ile (m.12, 13 ve 24) CMUK ya, delil yasakları konusunda üç yeni hüküm ithal etmektedir. Bunlardan ilki aydınlatma yükümlülüğüne ilişkindir. (m. 135/2-5 CMUK). Ancak bu yükümlülük, 3842 sayılı Kanun'da ifade ve sorgu ile başlatılmaktadır. Oysa aydınlatma yükümlülüğü, eğer kendisinden beklenen yarar gerçekten sağlanmak isteniyorsa, koğuşurma makamlarının, ifade ve sorgudan önce, bize

göre, sanıkla ilk temasa geçtikleri anda; örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi, sanığın yakalandığı anda yerine getirilmesinin ön-görülmesi gerekirdi. Gerçekten, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1966 yılında verdiği ve daha sonra geliştirdiği ünlü Miranda Kararı ile polise, sanığı yakaladığında haklarını bildirme yükümlülüğü getirmiş; sanığa susma, bir müdafî yardımından istifade etme gibi hakları bildirmeden elde edilen BEYANIN muhakemede kullanılamayacağı kabul edilmiştir.

3842 sayılı Kanunun düzenlenmesine göre, İFADE ve SORGU sı-rasında sanığa isnad edilen suç ANLATILIR; müdafî tayin hakkının bu-lunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği ve onun hukuki yardımından ya-rarlanabileceği, isterse müdafîin soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ve vekâletname aranmaksızın ifade ve sorguda hazır bulunacağı BİL-DİRİLİR...; isnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir; şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sür-mek imkânı VERİLİR.

Kısaca sanık, AVUKAT YARDIMINDAN İSTİFADE, SUSMA ve SA-VUNMA HAKLARI ile İSNAD konularında AYDINLATILIR. Bunlar ya-pılmadan elde edilecek deliller, muhakemede kullanılması yasak olan de-lillerdendir.

Delil yasakları konusunda 3842 sayılı Kanunla getirilen ikinci ye-nilik ifade ve sorgu sırasında delil elde etme yasaklarına ilişkindir ve Alman CMUK m. 136a ya benzeyen bir hükümdür (m. 135a CMUK). Buna göre, "ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Buna engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uy-gulama gibi iradeyi bozan bedenî veya ruhi müdahaleler yapılamaz; ka-nunun aykırı bir menfaat vaat edilemez; bu suretle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez"

3842 sayılı Kanunla CMUK ya delil yasakları konusunda getirilen üçüncü yeni hüküm ise "değerlendirme yasaklarına" ilişkindir. Buna göre

koğuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" (m. 254/2 CMUK).

Tasarıda "soruşturma organlarının KASTİ HAREKETLERİ sonucu hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hükmü esas alınamaz" şeklinde ifade edilen düzenleme daha sonra kanuna değiştirilerek ve genişletilerek alınmıştır. Buna göre, "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" (m. 34 3842 s.k.; m. 254/2 CMUK).

Delil yasakları konusundaki bu üçüncü ve sonuncu düzenleme bizim hukuk sistemimize tamamen yabancıdır; bu nedenle uygulanma kabiliyeti pek yoktur. Gerçekten, bazı ceza muhakemesi işlem veya eylemlerinin "delil yasağı" olarak kabul edilmesinde, hukuk düzeninin delil yasaklarına tanıdığı görev tayin edici olmaktadır. Pek çok konuda olduğu gibi, bu konuda da Kıta Avrupası hukuk sistemi, Anglo-Amerikan hukuk sisteminden farklıdır. Bunlardan, bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemine göre, delil yasaklarının görevi İNSAN HAKLARIYLA TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİ KORUMAKTIR; Kıta Avrupası hukuk sisteminden tamamen farklı bir sistem olan Anglo-Amerikan hukuk sistemine göre ise POLİSİ (kolluğu) DİSİPLİN ALTINA ALMAKTIR. Bu farkın önemi şuradadır: Şayet delil yasaklarının görevi polisî terbiye etmek, disiplin altına almak şeklinde anlaşılacak olursa, o zaman, delil toplayan kolluğun, bu işi yaparken sebep olduğu her türlü hukuka aykırılık, insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın delil yasaklarıyla karşılanacak ve bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Buna karşılık delil yasaklarının görevi polisî terbiye etmek değil "insan haklarını ve temel hak ve hürriyetleri korumak" şeklinde anlaşılacak olursa, o zaman delil toplayan kolluk tarafından yapılan hukuka aykırılık, ister kasten, ister taksirle olsun, herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş değilse, bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılabilir, zedelemiş ise kullanılamayacaktır. Bize göre, delil yasaklarının görevi, insan haklarını, temel hak ve hürriyetleri korumak olmalıdır.

3842 sayılı kanunda, dolayısıyla da CMUK m. 254/2 de, yapılan aykırılığın herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş bulunup bu-

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

İnsan haklarını korumak amacıyla kabul edildiği anlaşılan CMUK m. 254/2'deki değişikliğin, HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN diğer iki unsurunu yani ADALETİ ve HUKUKİ GÜVENLİĞİ (BARİŞİ) gerçekleştirmekten uzak olduğu ve bu haliyle insan haklarını da koruyamayacağı açıktır.

Tasarıda delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılık "kasten" yapılan hukuka aykırılıklarla sınırlandırılmışken, 3842 sayılı kanunda bu sınır kaldırılmış; delil elde ederken yapılacak her türlü hukuka aykırılık delil yasakları ile karşılanmıştır. Bu durumda, delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın kusurlu (kasten veya taksirle) veya kusursuz olmasının; herhangi bir temel hak ve hürriyeti ihlâl etmiş olup olmamasının hiç önemi yoktur; bir şekilde hukuka aykırı olarak elde edildiği ortaya çıkan delil, ceza muhakemesinde kullanılamayacak; hükme esas alınamayacaktır.

3842 sayılı kanun, mutlak değerlendirme yasakları bakımından suçlar açısından herhangi bir sınırlama getirmiş değildir. Kabahatlerden cürümlere, para cezasını gerektirenlerden ölüm cezasını gerektirenlere, bireysel olanlardan örgütlü (organize) olanlara kadar, her suç bakımından mutlak değerlendirme yasakları geçerlidir.

Örneğin kolluk bir adam öldürme suçu ile ilgili olarak hâkimden aldığı "GÜNDÜZ" arama yapma kararına göre sanık (S)'nin köşkünde arama yapsa; bunu yaparken hiçbir hukuka aykırılık yapmamaya, köşte oturanlara rahatsızlık verecek bir davranış içine girmemeye özen gös-

terdiği için, köşkte bulunan (S)'nin yakınlarının büyük takdirini kazansa; UZUN SÜREN aramada, SUÇ ALETİ ve CESET bulunsa; kolluk saat 22.00'ye doğru, bulunduğu delillere yine hukuka uygun bir şekilde el-koyarak köşkü terketse; bu bulunan deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Çünkü arama GÜNDÜZ yapılması gerekirken GECE'de devam etmiştir (m. 96 CMUK). CMUK da bu konuda açıklık bulunmaması; bu suretle elde edilen delillerin, CMUK m. 254/2 nin mutlak ifadesi yüzünden ceza muhakemesinde kullanılamaması sonucunu doğuracaktır. Oysa gündüz başlayan aramanın gece de devam etmesi işin niteliğinden kaynaklanan bir durumdur (Kunter, no 387 II). Keza, KOLLUK tarafından GÜNDÜZ yapılan aramada iki yerine BİR KOMŞUNUN bulundurulması dışında başka hiç bir hukuka aykırılığın söz konusu olmadığı bir arama neticesinde elde edilecek delillerin de ceza muhakemesinde kullanılması mümkün olmayacaktır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Doktrinde, CMUK m. 254/2'de bulunan ve "hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı" yolundaki düzenlemenin, CMUK ya yine 3842 sayılı kanunla ilâve edilen ve yasak sorgu metodlarını düzenleyen m. 135a ile birlikte düşünülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Yukarıda zikredilen hüküm karşısında böyle bir yorum mümkün değildir. Zira 3842 sayılı kanun HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN DELİLLER konusunda hiçbir sınırlama getirmemiş; örneğin, yalnızca ikrar, tanık beyanı gibi delillerden söz etmemiş; "DELİLLER" ibaresine yer vermiştir. Öte yandan 135a daki esaslara aykırı işlem yapıldığında bunun sonucunun ne olacağı yine aynı maddede gösterilmiş; bu suretle elde edilen delilin, sanığın rızası dahil olsa ceza muhakemesinde kullanılamayacağı açıklanmıştır.

Anglo-Amerikan Hukuku'nda "zehirli ağacın meyveleri" olarak anılan DELİL YASAKLARININ UZAK (DOLAYLI) ETKİSİ tartışmalı bir konudur. Örneğin sanık, işkence neticesinde suçunu ikrar eder ve bu sırada suç aleti veya başkaca delillerin yerlerini de gösterirse, dolaylı (işkence ile sağlanan ikrar vasıtasıyla) elde edilen bu delillerin muhakemede kullanılabilinip kullanılamayacağı ciddi bir sorudur. Anglo - Amerikan Hukuku'nda bu delillerin de kullanılması kabul edilmemektedir. CMUK m. 254/2'ye 3842 sayılı kanunla ithal edilen ve "hu-

kuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını; mutlak bir şekilde öngören" düzenleme karşısında delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi meselesi Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından da halledilmiş olmaktadır. Gerçekten kanunun bu düzenlemesi karşısında hukuka aykırı delillerin elde edilışlerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Burada önemli olan delil veya delillerin elde edilmesi sırasında, bir şekilde herhangi bir hukuka aykırılığın yapılmış olmasıdır.

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

Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Deliller ve Delil Yasakları

Özel kişilerin hukuka aykırı yollardan delil elde etmeleri, örneğin bir belgeyi çalmaları ve bunu yetkili makamlara vermeleri durumunda bu deliller, kural olarak değerlendirilebilecektir. Çünkü, kanunlarımızda yer alan, özellikle yasak delil metodları özel kişilere değil, koğuşturma makamları için öngörülmüştür. Ancak, insan haklarına yapılan ağır müdahaleler bunun istisnasını teşkil eder. Özel kişinin sanığı işkence ederek ikrar elde etmesinde durum budur. Böyle hallerde işkencenin kim tarafından yapıldığının önemi yoktur.

Alman Yargıtayı, özel kişinin, sanığın sözlerini gizlice banda alması halinde bu tür delillerin değerlendirilmesini insan haklarının ihlali olarak gördüğünü açıklamıştır. Almanya'da gizlice banda alınan ya da bir kişinin hatıra defterinden aktarılan ve hayatın gizli alanını ilgilendiren malûmatın, kural olarak değerlendirmeye alınamayacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık, adeta meşru müdafaa gibi bir durumla karşılaşırsa; örneğin çocuk kaçıran bir kişinin telefonla şantaj yapması ha-

linde, bu kişinin konuşması, usûle uymaksızın, banda alınursa, bu banda alınanların delil olarak kullanılması kabul edilmektedir.

11. Diğer İlkeler

Yüce Divan'da yapılan ceza muhakemesine hakim ilkeler yukarıdakilerden ibaret değildir. Bunlardan başka davasız yargılama olmaz ilkesi, vasıtasızlık ilkesi, sözlülük ilkesi-yazılılık ilkesi, delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi gibi daha başka pek çok ilke daha vardır. Bu konuda geniş bilgi için Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku başlıklı kitabımıza ve orada zikredilen kaynaklara bakınız.

IV. Yüce Divanda Yapılan Ceza Muhakemesine Katılan Kişiler

1. İddia

Kural olarak, CMUK ya göre iddia makamında kimler varsa yine özel düzenlemelerin bulunmadığı yerde CMUK'yı uygulamak durumunda bulunan Yüce Divan'da da iddia makamında onlar vardır. Anayasaya göre Yüce Divan'da iddia faaliyetini Türkiye Cumhuriyeti Başsavcısı ya da onun vekili yapar (m. 148/4 AY). Ancak Anayasa ve kanunlarda öngörülen bazı kişilerin Yüce Divan'a sevki konusunda bazı başka kurum ve kişiler de yetkili bulunmaktadır. Örneğin Cumhurbaşkanı (m.105/son AY) ve bakanları (m.100/3, 112/son, 113/3, Yüce Divan'a TBMM sevk etmektedir. Bu konuyu aşağıda ayrıca ele alacağız.

2. Savunma

Yüce Divan'da yapılan ceza muhakemesinde savunma makamı bakımından herhangi bir özellik bulunmamaktadır. CMUK da öngörülenler Yüce Divan'da savunma makamında yer alırlar. Bunlar da sanık ve müdafî (m. 136 vd. CMUK) ve/veya savunma bilirkişisidir (m.212, 213,232 CMUK).

3. Yargılama

Yargılama makamında da Anayasa Mahkemesi "Yüce Divan" sıfatıyla yer almaktadır.

A. Hakimlerin Nitelikleri ve Tabii Hakim İlkesi

Genel Mahkemelerin hakimlerinde bulunması gereken niteliklerin Yüce Divan hakimlerinde de aranacağı açıktır. Bunlar, yukarıda da açıklandığı gibi bağımsızlık ve tarafsızlıktır. Bağımsızlık, kimseden emir al-

mamak; tarafsızlık ise, iddia ve savunma makamları bakımından objektif davranmak, birini veya diğerini kayırmamak demektir. Hakimin bağımsız ve tarafsız olmasının insan hakları bakımından büyük öneminin bulunduğu açıktır. Hakimleri bağımsız ve tarafsız olmayan, belli kimselerin özellikle de iktidarın talepleri doğrultusunda karar veren bir devlete hukuk devleti denemez. Bu ilke Anayasada (m.138 vd.) İHEB de (m.10, İHAS de (m. 6/1), MvSHS de (m.14/1 cüm.2) ve kanunlarda, (örneğin m. 21 vd. CMUK, m. 232, 233, 238, 244 TCK) düzenlenmiştir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, yargılayacağı **uyuşmazlıkların ortaya çıkışından önce** kanunla kurulmuş bulunan ve **her bakımdan yetkili, tarafsız ve bağımsız** hakime tabii hakim denir. Burada **hakimin hukuk bilgisi ile donatılmış** olması lazım geldiğinin ayrıca zikredilmesi abesle iştiğal olurdu. Bu söylenenler karşısında Yüce Divan'ın, yargılayacağı uyuşmazlıkların ortaya çıkışından önce kanunla kurulmuş bulunması nedeniyle olağanüstü bir mahkeme olmadığı söylenebilirse de, Anayasa Mahkemesi'ne (Yüce Divan'a) üye seçimindeki esaslar dikkate alındığında, tabii hakim ilkesine gereken önemin verilmediği; özellikle tarafsızlık konusunda da ciddi kuşklar ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri asli görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar, görev alanlar çekilmiş sayılır. Bu husus Anayasa Mahkemesi'nce karara bağlanır (m.11 AYMKYUHK). Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri 65 yaşını doldurunca, istekleri olmasa dahi emekliye ~~aynırlar~~ ^{aynırlar}. Bunlar yazılı olarak emekliliklerini isteyebilecekleri gibi, müddet ve kabule bağlı olmaksızın görevlerinden çekilebilirler. Bu takdirde başkanlık, durumu derhal Cumhurbaşkanlığı'na ve yenisinin seçimi için aday gösterilmesi gerekiyorsa ilgili kuruma bildirir (m.12 AYM-KYUHK). Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeliği, yukarıda zikredilen haller dışında; 1. Hakimler ve Savcılar Kanunu'na göre hakimlik ve savcılık mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı kesin hüküm giyilmesi halinde kendiliğinden; 2. Görevin, sağlık bakımından yerine getirilemeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla kesin olarak anlaşılmaması veya göreve izinsiz veya özürsüz ve aralıksız olarak 15 gün veya bir yılda toplam 30 gün süre ile devam edilmemesi hallerinde Anayasa Mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararıyla sona erer (m. 13 AYM-KYUHK). Bütün bunlar ve özlük hakları ile ilgili diğer düzenlemeler (m.14

vd.), genel esasların yanında ilave olarak Anayasa Mahkemesi hakimlerinin bağımsızlığını pekiştiren düzenlemelerdir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri: 1. Kendilerine ait olan veya kendilerini ilgilendiren dava ve işlere; 2. Aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile eşinin, kan veya sıhrîyet yönünden usul ve fûruunun, dördüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan yönünden ve sıhrîyeti doğuran evlilik kalkmış olsa bile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) sıhrîyet yönünden civar hısımlarının veya aralarında evlatlık bağı bulunan kimselerin dava ve işlerine; 3. Dava ve iş sahiplerinin vekili, vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket ettiği dava ve işleri; 4. Hakim, savcı, hakem sıfatıyla bakmış veya tanık ya da bilirkişi olarak beyanda bulunmuş olduğu dava ve işlere; 5. İstisari mütalaa ve kanaat beyan etmiş olduğu dava ve işlere bakamazlar.

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri tarafsız hareket edemeyecekleri kanısını haklı kılan hallerin dava açılmadan veya iş Mahkemeye gelmeden önce mevcut olduğu iddiası ile reddolunabilirler. Bu takdirde Anayasa Mahkemesi, reddedilen üye katılmaksızın ret konusu hakkında kesin karar verir. Ret Şahsıdır. Kurulun toplanmasına mani olacak sayıda üyenin reddine ilişkin talepler dinlenmez (m.47 AYM-KYUHK). Ret dilekçesinde, ret sebeplerinin açıkça gösterilmesi ve lüzumlu ispat vasıtalarının hep birlikte bildirilmesi gereklidir. Bu şartları kapsamayan dilekçeler reddolunur. Yemin delil teşkil etmez. Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin yukarıdaki sebeplerle çekinmeleri halinde, Anayasa Mahkemesi, çekinme isteğinde bulunan Başkan ve üyenin de iştirakiyle konu hakkında kesin karar verir. Ancak, çekinme isteğinde bulunan oy kullanamaz. Kurulun toplanmasına mani olacak sayıda üyelerin çekinme istekleri dinlenmez. Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin reddine ilişkin istemlerin reddi halinde, ret isteyen Mahkemece, ret isteminin mahiyetine göre onbin liradan yüzbin liraya kadar para cezası alınır (m.48 vd. AYMKYUHK).

CMUK dan belli ölçüde ayrılan bu özel düzenlemeler Anayasa Mahkemesi hakimlerinin tarafsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemelerdir.

B. Yetki

a. Madde Bakımından

Yüce Divan Anayasa ve kanunlarda gösterilen belli sayıdaki üst düzey kamu görevlisinin sadece GÖREV SUÇLARI bakımından yetkilidir. Söz konusu kişiler şahsi suçları bakımından genel kurallara tabidirler.

aa. Görev Suçu

Görev suçunun ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bize göre burada görev suçu Memurin Muhakematı Hakkında Kanun (MMK) esas alınarak bir sonuca varılabilir. Bu kanuna göre, memurun, memuriyet vazifesi sırasında veya memuriyet vazifesinden dolayı işledikleri suçlara, başka bir deyişle **GÖREV SIRASINDA** veya **GÖREVDEN KAYNAKLANAN SUÇLARA** GÖREV SUÇLARI DENİR (m.1 MMK). Suçlar bakımından burada başka maddi bir sınırlama söz konusu olmadığından, cürümlerden kabahatlere, işkenceden müessir file veya adam öldürmeye, hakaret ve sövmekten rüşvete kadar, Anayasa ve kanunlarda gösterilen belli kişilerin görevleri sırasında veya görevlerinden kaynaklanan tüm suçlarının ceza muhakemesi Yüce Divan'ın madde bakımından yetkisi dahilinde bulunmaktadır.

GÖREV suçunun ne olduğunun net bir şekilde belirlenebilmesi için her şeyden önce **GÖREV** kavramının anlamının saptanması; daha sonra da **görev sırasında** ve **görevden münbais** kavramları üzerinde durulması icabeder.

Görevden maksat tabii ki, **kamu görevidir**. Uygulama ve doktrinde hakim bulunan anlayışa göre, bir **hukuki tasarrufta bulunmak** suretiyle **bir iktidar ve yetkiyi kullanmak** veya buna **kamu hukuku usulüne uygun** olarak **katılmak** kamu görevi yapmaktır (14). Görev suçundan söz edebilmek için böyle bir iktidar ve yetkinin kullanılması veya buna kamu hukuku usulüne uygun olarak katılınması sırasında suç işlenmesi veya suçun bu iktidar ve yetkinin kullanılmasından veya buna katılınmasından kaynaklanmalıdır.

14) Kamu görevi kavramından hareketle Ceza Hukukunda memur tanımı için bkz. ERMAN, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, İstanbul 1947, s.236 vd.

bb. Kişisel Suç

Görev suçu kapsamı dışında kalan tüm suçlara kişisel suçlar denir ve bu suçlar, yukarıda da ifade edildiği gibi, kim tarafından işlenmiş bulunursa bulunsun genel kurallara tabidir.

b. Yer Bakımından

Doktrin ve uygulamaya göre, hangi hakimın hangi yerdeki işe bakağını gösteren yetki kurallarına yer bakımından yetki kuralları denir (15). Ceza Muhakemesi Hukuku'nda kural, suçun işlendiği yer mahkemestir yer bakımından yetkili olmasıdır. Bunun bilinmemesi durumunda da nasıl hareket edileceği CMUK da gösterilmiştir. (m.8. vd. CMUK). Ancak CMUK da yer alan bu yer bakımından yetki kuralları, Yüce Divan bakımından geçerli değildir. Çünkü söz konusu mahkeme ülke de tek tir. Bu durumda Yüce Divan, Anayasa ve kanunlarda gösterilen belli kişilerin kural olarak, Türkiye'de işlemiş bulundukları tüm görev suçları için yer bakımından yetkilidir.

TCK m.4 de yer alan düzenlemeye göre ise (16), yurt dışında Türkiye namına memuriyet veya vazife deruhte etmiş olup da memuriyet veya vazifeden dolayı bir cürüm işleyen kimse hakkında Türkiye'de takibat yapılır. Burada sadece MEMURİYET veya VAZİFEDEN DOLAYI denilmesi GÖREV (VAZİFE) SİRASINDA denilmemesi, yurt dışında işlenen suçlar bakımından, yurt içinde işlenen suçlarda geçerli bulunan MMK sistemine nazaran önemli bir farklılık yaratmaktadır. Bu durumda, yurt içinde görev sırasında işlenen örneğin bir adam öldürme veya hakaret suçu için Yüce Divan yer bakımından yetkili olacakken, aynı suçların aynı şekilde yurt dışında işlenmesi halinde Yüce Divan yer bakımından yetkili olamayacaktır. Bu durumda yurt dışında görev sırasında işlenen örneğin, bir adam öldürme suçu bakımından yer bakımından yetki CMUK da öngörülen kurallara göre saptanacaktır.

Burada ayrıca TCK m. 10a da yer alan düzenlemenin de Yüce Divan tarafından dikkate alınacağını belirtmek gerekir (17).

(15) KUNTER, no. 197 vd.

(16) Gbl. bkz. YENİSEY, Milletlerarası Ceza Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, s.1.vd.34 vd.; TEZCAN, Ceza Kanununun Yer İtibarıyla Uygulanması: Milletlerarası Ceza Hukuku, in: Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s.175 vd.

(17) TEZCAN, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Yurt Dışında İşlenen Suçlar Manisa Barosu Dergisi Temmuz 1987, s.18 vd.; ÖZTÜRK, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3. Bası, Ankara 1994, s.38 vd.

c. Kişi Bakımından

Bilindiği gibi, hangi hakimın, hangi kişilerin suçlarını yargılayacağını gösteren kurallara kişi bakımından yetki kuralları denilmektedir (18).

Anayasaya ve ilgili kanunlara göre, Yüce Divan sınırlı sayıda üst düzey kamu görevlisi için kişi bakımından yetkilidir. Bunlar, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanlar, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyeleri; Başsavcılar, Başsavcivekili, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay'ın Başkan ve üyeleridir (m.148/3 AY).

aa. Cumhurbaşkanı

Cumhurbaşkanı, kural olarak görev suçlarından dolayı, **vatana ihanet** dışında cezaî sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda rüşvet alan, zimmetine para geçiren Cumhurbaşkanı hakkında ceza davasının açılabilmesi olanaksızdır (19).

Türk vatanının bütünlüğüne, devletin **Anayasa ile kurulu rejimine** karşı işlenen suçların tamamına vatana ihanet suçları denmektedir (20). Burada vatana ihanet suçunun oluşabilmesi için aranan iki kriterden ikincisi son derece muğlaktır. Bize göre burada esas alınan Anayasanın ikinci maddesidir.

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı TBMM üye tam sayısının en az 1/3 ünün teklifi üzerine, 3/4 ünün kararı ile suçlandırılır (m.105/son AY).

Bazı yazarlara göre, Cumhurbaşkanı'nı yargılayacak olan **Yüce Divan**, Cumhurbaşkanı'na isnat olunan fiilin suç olup olmadığını ve Cumhurbaşkanı'nın bundan sorumlu bulunup bulunmadığını serbestçe takdir edebilirse de, **İsnad olunan fiilin vatana ihanet sayılmayacağına karar veremez**; bir fiilin vatana ihanet olup olmadığına karar vermek yetkisi sadece **yasama organına** tanınmıştır (21). Böyle bir görüşe iştirak

(18) TOSUN, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1094, c.1, s.518 vd.

(19) ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s.58 vd.

(20) ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 58.

(21) DÖNMEZER/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.1, no. 409.

etmek mümkün değildir. Bir defa, ceza mahkemeleri, bu arada bir ceza mahkemesi olarak çalışan ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'da (AYMKYUHK da) hüküm bulunmadığı hallerde, diğer ceza mahkemeleri gibi Ceza Muhakemeleri Usûlû Kanunu'nu (CMUK y) uygulayacak olan Yüce Divan (m. 35 AYMKYUHK) iddia ve savunmalarla bağlı değildir (m. 150, 257 CMUK). Bilindiği gibi, DAVASIZ YARGILAMA OLMAZ ilkesi gereğince **"tahkikat ve hüküm yalnız iddianamede beyan olunan suça ve zan altına alınan şahsa hasredilirse de"**, bu sınır dahilinde, **MAHKEMELER** bağımsız hareket etmek hak ve görevini halz olup Ceza Kanunu'nun tatbikinde kendilerine arz edilen **İDDİALAR İLE BAĞLI DEĞİLDİRLER**; yani suçu nitelemek, iddianamede gösterilen fiilin Ceza Kanunu'nda gösterilen hangi suç kalıbına uyduğunu söylemek yetkisi münhasıran mahkemelerdedir.

Yine bilindiği gibi, hukukumuzda, **kamu davasını açmak yetkisi** kural olarak savcıya tanınmışsa da, Anayasa ve kanunlarla bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Anayasa ile getirilen istisnalardan biri konumuzla ilgilidir. Buna göre, Yukarıda da belirtildiği gibi, Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı TBMM üye tam sayısının en az 1/3 ünün teklifi üzerine, 3/4 ünün kararı ile **suçlandırılır** (m.105/son AY). Görüldüğü gibi, TBMM'nin burada yaptığı iş **İDDİA FAALİYETİDİR: KAMU DAVASI AÇMAKTIR** (22). O halde, **Yüce Divan yalnızca suçlandırma yani iddia faaliyeti yapma, dava açma yetkisi bulunan TBMM nin nitelmesi ile bağlı değildir. TBMM "vatana ihanet" ettiği iddiası ile Cumhurbaşkanı hakkında kamu davası açabilir; ancak, Mahkeme fiilin vatana ihanet teşkil etmediğinin sabit olduğu veya vatana ihanet teşkil ettiğinin sabit olmadığı kanısına varırsa beraat kararı verecektir.** Burada mahkemenin, TBMM nin nitelmesi ile bağlı olduğunu ileri sürmek mahkûmiyet kararını önceden ilân etmek demektir. Böyle bir düşünce ne hukuk devleti ilkesi, ne muhakemenin sonuna kadar sanığın masum sayılması ilkesi, ne de başka bir ilke ile bağdaşabilir.

Bu sorunun bir de **siyasî boyutu** vardır. Meclis çoğunluğunun, kendilerinden olmayan Cumhurbaşkanı ile hasaplaşmak için "vatana iha-

(22) ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s.135.

net" nitelemesini kötüye kullanması ihtimal dahilindedir. Gerçekten TBMM, basit bir sözü veya fiilinden dolayı Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet ettiğini ileri sürerse ne olacaktır? Yüce Divan'ın böyle bir niteleme ile bağlı sayılması bir hukuk devletinde akla dahi getirilmeyecek bir husustur.

Hakkında vatana ihanet ettiği iddiası ile TBMM tarafından kamu davası açılan Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı'nın devam edip etmeyeceği de tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlara göre, böyle bir kamu davasının açılması ile Cumhurbaşkanlığı makamı boşalmıştır; Anayasanın 106. maddesi çerçevesinde bu iş TBMM başkanı vekaleten yürütür; Yüce Divan'ın kararı beklenmeden yeni Cumhurbaşkanı seçilmelidir; Yüce Divan beraat kararı da verse, eski Cumhurbaşkanı yeniden seçilmedikçe görevine dönemez (23). Fikirlerine katıldığımız bazı yazarlar ise, Anayasanın 106. maddesinde, geçici görevden ayrılmanın hastalık, yurt dışına çıkma gibi sebeplerle; makamın boşalmasının da ölüm, çekilme veya "başka bir sebebe" bağlandığı; bunlar arasında Yüce Divan'da yargılamanın bulunmadığı; "başka bir sebep" deyimini Yüce Divan'da yargılanmayı da içerecek kadar genişletmenin mümkün olmadığı; Yüce Divan'ın vereceği kararı beklemeksizin makamın boşaldığını varsayıp yeni Cumhurbaşkanı seçmenin hukukun genel ilkelerine aykırı olacağı (24) gerekçesi ile buna karşı çıkmışlardır.

Gerçekten, Cumhurbaşkanı'nın çekilmesi veya çekilmiş sayılması konusunda Anayasada boşluk vardır. Bu boşluk, Anayasanın ruhuna ve hukukun genel ilkelerine aykırı olarak doldurulmaya kalkışılmamalı; burada özellikle, davanın siyasi hesaplar yüzünden açılmış olabileceği ve/veya beraat kararı verilebileceği daima hatırd tutulmalıdır. Bizce Yüce Divan, Cumhurbaşkanı'nın görevine devam etmesinin sakıncalı olacağı kanısında ise, örneğin Cumhurbaşkanı'nın delilleri karartabileceğinden endişe ediliyorsa "İşten el çekirme" koruma tedbirine (m.49 AY, m.137 vd. DMK) başvurabilir. Bir hukuk devletinde yalnızca bir dava açılması işlemi otomatik olarak kamu görevinden yasaklılık sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, hakkında kamu davası açılan Cumhurbaşkanı mahkum edil-

(23) DÖNMEZER/Erman, no. 409

(24) İÇEL/Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul 1987, s. 137 vd.

miş olmadıkça Cumhurbaşkanı sıfatını muhafaza eder. Cumhurbaşkanı gibi önemli ve saygı duyulan bir makama seçilmiş bulunan bir kimsenin demokratik geleneklere göre davranıp davranmaması, örneğin ortaya çıkan bunalım üzerine kendiliğinden istifa edip etmemesi başka; uygun davranmama veya fiili bir durum olarak ortaya çıkan siyasi mücadele sebebiyle uygun davranmaması durumunda buna hukuk devleti ilkesine aykırı bazı otomatik sonuçlar bağlamak ise daha başkadır. Hukukçunun görevi, duygusal davranmadan ve günlük siyasete alet olmadan, soruna hukuki çözümler arayıp bulmaktır.

Bize göre burada, Alman ve İrlanda sistemi ihtiyaca daha iyi cevap verebilecek durumdadır. Böyle bir düzenlemenin bizim Anayasamıza da alınmasında sayısız yararlar vardır. Yukarıda belirttiğimiz gibi Alman Anayasası'nın 61. maddesinde Millet Meclisi'nin veya Senato'nun (Bundesrat) Devlet Başkanı hakkında Anayasayı veya federal bir kanunu kasten ihlâl ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde ceza davası niteliğinde olmayan bir dava açabileceği belirtilmiş, Başkanın, bu fiilleri işlediği sabit görülmesi halinde görevden geçici veya sürekli olarak elçektirilmesi konusunda kararın verildiği nevi şahsına münhasır bir davadır. İrlanda Anayasası'nda da (m.10) buna benzer bir düzenleme bulunmaktadır.

bb. Başbakan ve Bakanlar

Yukarıda açıklandığı gibi, Cumhurbaşkanı'nın, vatana ihanet dışında görev suçu bakımından cezai sorumluluğunun bulunmamasına karşılık Başbakan ve bakanların, vatana ihanet başta olmak üzere her türlü görev suçundan dolayı cezai sorumlulukları vardır.

Başbakan ve bakanlar hakkında TBMM üye tam sayısının en az 1/10'unun vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir; soruşturma komisyonunun raporu mecliste görüşülür ve Yüce Divan'a sevk kararı üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alınır (m. 100 AY). Görüldüğü gibi, TBMM nin burada yaptığı iş yine 'iddia faaliyeti'dir; kamu davası açmaktır (25)

Bu düzenlemeleriyle Anayasa, Cumhurbaşkanı'na nazaran, Başbakan ve bakanlar hakkında daha kolay soruşturma ve dava açılabilmesini öngörmüştür.

[25] ÖZTÜRK, Ceza Hukuku... s. 59; ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti, (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s.135.

cc. Yüksek Mahkeme Başkan ve Üyeleri

aaa. Genel Olarak

Yargıtay, Danıştay gibi Yüksek Mahkemelerin başkan ve üyelerinin görev suçları için de kişi bakımından yetkili olan mahkeme Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'dir. Burada bütün yüksek mahkemelerin başkan ve üyelerinin durumlarını ayrı ayrı inceleyecek değiliz. Aksı takdirde çalışmamızın sınırlarını çok aşmış oluruz. Bu nedenle biz burada, örnek teşkil etmesi amacıyla Yargıtay, Askeri Yargıtay ve Danıştay; daha sonra da ilginç olması sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ni kısaca ele alacağız.

bbb. Yargıtay

4 Şubat 1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun (26) altıncı bölümü, "suçlarla ilgili inceleme, soruşturma ve kovuşturma" başlığını taşımaktadır. Kanunun 46. maddesinde, Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin görevleri ile ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulu'nun kararına bağlı olacağı açıklanmıştır. Ancak, ağırcezaı gerektiren suçüstü hallerinde hazırlık ve ilksoruşturmanın genel hükümlere göre yapılacağı öngörülmüştür. 4 Temmuz 1985 günü yürürlüğe giren 3206 sayılı Kanun'un 82. maddesiyle ilksoruşturmayı kaldırdığını açıkladıktan sonra 83. maddesinde konumuzla yakından ilgili önemli hükümler sevketmiştir. Buna göre, "bu kanun ile kaldırılan ilk tahkikat hükümleri ile ilgili olarak; DİĞER KANUNLARDA geçen İLK TAHKİKAT ibaresi HAZIRLIK TAHKİKATI olarak değiştirilmiştir. Diğer kanunlarda CMUK'nın ilk tahkikat hükümlerine yapılan atıflar KAMU DAVASININ HAZIRLANMASINA ilişkin hükümlere yapılmış sayılır. CMUK'nın 163 ve müteakip maddelerindeki hükümler, tahkikatı yapmakla görevli kılınanlar tarafından uygulanır. BU KANUNLARIN İLK TAHKİKATIN YAPILMASINI ZORUNLU KILAN HÜKÜMLERİ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMIŞTIR" (27). Bu düzenlemeler karşısında "soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı sorgu hakiminin yetkisini haiz olup, CMUK'nın ilksoruşturmaya ait hükümlerini uygular" hükmünü getiren Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesinin farklı anlaşılması gerekecek; başka bir deyişle, soruşturmayı

[26] RG. 8 Şubat 1983, sy. 17953

[27] ÖZTÜRK, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu Değiştiren 3206 sayılı Kanunun Memurların Muhakemesine Etkileri, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1986, s. 256 vd.

yapan ceza dairesi başkanı İLKSORUŞTURMA değil HAZIRLIK SORUŞTURMASI yapacak, bu sırada tabii olarak sorgu hakımı gibi değil SAVCI gibi faaliyet gösterecektir. Bu suretle Ceza Muhakemesi Hukukumuzda savcının kamu davası açma monopolüne bir istisna daha getirilmiş olmaktadır.

Birinci Başkanlık Kurulu, incelediği evrakı eksik bulursa soruşturmayı yapan başkana tamamlatır. Kamu davasının açılmasına gerek görmediğinde evrakın işlemiden kaldırılmasına (takipsizlik kararı), aksi halde kamu davasının açılmasına karar verir ve GÖREVLE İLGİLİ SUÇLARDA Anayasa Mahkemesine, KİŞİSEL SUÇLARDA YARGITAY CEZA GENEL KURULUNA tevdi olunmak üzere dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderir. Evrakın işlemiden kaldırılmasına dair verilen kararlar kesindir (m.46/5 Yargıtay Kanunu). Burada takipsizlik kararının denetime kapatılmış bulunması keyfiliğe yol açabilir. Bu nedenle de hukuk devleti ilkesine uygun değildir. Danıştay Kanunu'nda öngörülen yöntemin burada örnek alınması mümkündür. Az sonra görüleceği gibi, Danıştay Kanunu'na göre, kamu davasının açılmaması kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması kararı ise istem üzerine Danıştay Genel Kurulu'nda incelenir. Bu yoldaki istemin tebligattan itibaren 10 gün içinde yapılması gerekir (m.77 Danıştay Kanunu).

Görüldüğü gibi, Yargıtay Kanunu'na göre, kanunda sayılanlardan birinin suç işlemesi halinde, ağırceza gerektiren suçüstü hali hariç, hazırlık soruşturmasını, soruşturma için görevlendirilen bir ceza dairesi başkanı yapmakta, hazırlık soruşturmasının sonundaki kararları ise Birinci Başkanlık Kurulu vermektedir. SUÇ, GÖREV SUÇU İSE, SÖZ KONUSU KURUL KAMU DAVASINI YÜCE DİVAN SIFATIYLA ANAYASA MAHKEMESİNDE (m.148/3 AY: m. 46/5 Yargıtay Kanunu); KİŞİSEL SUÇ ise, YARGITAY CEZA GENEL KURULUNDA AÇMAKTADIR.

ccc. Askerî Yargıtay

27 Haziran 1972 tarih ve 1600 sayılı Askerî Yargıtay Kanunu'nda da Başkan ve üyelerin, görev suçlarından dolayı Yüce Divan'a sevkini nasıl olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, Askerî Yargıtay Başsavcısı, ikinci başkanı, daire başkanları ve üyelerinin GÖREVLE İLGİLİ SUÇLARINI her ne suretle olursa olsun haber alan Başkan, ilgililer hakkında soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına karar vermek üzere konuyu Genel Ku-

rula intikal ettirir. **Askeri Yargıtay Başkanının GÖREVE İLGİLİ SUÇLARINA** ait ihbar ve şikâyetler Millî Savunma Bakanı tarafından Genel Kurula intikal ettirilir. Genel Kurul önce soruşturma açılmasına yer olup olmadığının belli edilmesi için bir veya üç kişiyi görevlendirir. Bu üye veya üyeler incelemelerini yaptıktan sonra kanaatlerini belirtmeksizin durumu bir raporla Başkanlığa bildirirler. Bu rapor üzerine Genel Kurulda yapılacak görüşme sonunda kovuşturmayaya yer olmadığına karar (TAKİPSİZLİK KARARI) verildiği takdirde, kararın bir örneği ilgiliye, bir örneği de varsa şikâyetçiye tebliğ olunmak üzere Başkanlığa sunulur. **Bu karar kesindir.** Burada kararın kesin olduğunun açıklanması, söz konusu kararın denetime kapatılması, keyfiliğe yol açabileceğinden hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Danıştay Kanunu'nda öngörülen çözüm örnek alınarak burada da bir denetim ihdas edilebilir. Az sonra görüleceği gibi, Danıştay Kanunu'na göre, Kamu davasının açılmaması kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması kararı ise istem üzerine Danıştay Genel Kurulunda incelenir. Bu yoldaki istemin tebligattan itibaren 10 gün içinde yapılması gerekir (m.77 Danıştay Kanunu).

Kamu davasının (soruşturmanın) açılmasına karar verildiği takdirde Askeri Mahkemeler Kurulu ve Yargılama Usulü Kanunu'na göre gerekli soruşturmayı yapmak üzere gizli oyla üç üye görevlendirilir. Bu kurula üyelerden en kıdemlisi başkanlık eder. **Kurul, askeri savcılarının soruşturma yetkisine sahiptir.** Soruşturma kurulu, yaptığı soruşturma sonucunu bir raporla tesbit ederek Genel Kurul Başkanı'na arz eder. Genel Kurul Son soruşturmanın açılmasına (kamu davasının açılmasına) karar verdiği takdirde soruşturma dosyası Askeri Yargıtay Başkanlığı tarafından YÜCE DİVAN'A sunulmak üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. İmzasız, adressiz veya takma adla yapılan ihbar ve şikâyetler işleme konulmaz.

ddd. Danıştay

6.1.1982 ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun yedinci bölümü ceza koğuşturmasına ayrılmıştır. Bu bölümde yer alan 76. maddede soruşturma düzenlenmiştir. Buna göre, Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin GÖREVLERİNDEN DOĞAN VEYA GÖREVLERİ SIRASINDA işlemiş bulundukları suçlardan, yani GÖREV SUÇLARINDAN dolayı Danıştay Başkanı'nın seçeceği bir daire

başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından HAZIRLIK SORUŞTURMASI yapılır. Kanunda ilksoruşturmada söz açılmakta ise de, 3206 sayılı kanunun yeni düzenlemesi karşısında bunun hazırlık soruşturması şeklinde anlaşılması gerekeceği açıktır.

Danıştay Başkanı hakkındaki hazırlık soruşturması, Başkanlık Kurulu tarafından seçilecek bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından yürütülür. Başkanlık Kurulu'nda yapılan seçime başkan katılmaz (m.76/2 Danıştay Kanunu).

Hazırlık soruşturmasını 3206 sayılı Kanun'un 83/2. maddesinin hükmü ve Danıştay Kanunu'nun 81. maddesi karşısında savcı yetkilerini haiz olarak yapan kurul, soruşturma sonunda düzenleyeceği soruşturma raporunu ve buna ilişkin evrakı Danıştay Başkanı'na, soruşturma Danıştay Başkanı hakkında ise, raporu ve evrakı başkanvekiline verir. Bu husustaki dosya Danıştay Başkanı veya vekili tarafından KAMU DAVASININ AÇILMASI veya AÇILMAMASI (takipsizlik) kararlarının verilmesi için İdari İşler Kurulu Başkanlığı'na verilir. Bu kurulun vereceği kararlar sanığa ve varsa şikâyetçiye tebliğ olunur (m.76/3 Danıştay Kanunu).

Yukarıda da ifade edildiği gibi, hazırlık soruşturmasını yapmaya yetkili olanlar savcı yetkilerini haiz olarak soruşturma yaparlar. Gerçekten Danıştay Kanunu'nun 81. maddesinin birinci fıkrasında, yukarıdaki hükümlere göre yapılacak olan soruşturmalar ile verilecek kararlar, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMUK'nın soruşturmaya ilişkin hükümleri uygulanır denilmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında da, soruşturma kurallarının sorgu hakiminin yetkilerini haiz olacakları açıklanmıştır. 3206 sayılı kanunun yeni düzenlemesi karşısında, 81. maddede geçen "soruşturma" tabiri hazırlık soruşturması; "sorgu hakimi" tabirinin de savcı olarak anlaşılması gerekir (m.83/1,2 3206 s.k.).

Kamu davasının açılmaması kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması kararı ise istem üzerine Danıştay Genel Kurulu'nda incelenir. Bu yoldaki istemin tebligattan itibaren 10 gün içinde yapılması gerekir (m.77 Danıştay Kanunu). İdari İşler Kurulu Başkan ve üyeleri bu kurula katılamaz (m.76/4 Danıştay Kanunu). Danıştay Genel Kurulu'nun bu toplantılarda yeter sayısı en az 31'dir. Toplantıda hazır bulunanlar çift sayıda ise, en kıdemli üye toplantıya katılmaz.

76. maddeye göre verilen kamu davasının açılması kararı bir üst kurulda inceleme isteminde bulunulmamak veya üst kurulca onanmak suretiyle kesinleşince, soruşturma dosyası, gereği yapılmak üzere Danıştay Başkanı veya vekili tarafından Cumhuriyet Başsavcısı'na gönderilir. Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Danıştay Başkanı ve üyelerinin GÖREV SUÇLARINDAN dolayı yapılacak soruşturmaları Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yapılır. Bilindiği gibi Yüce Divan'daki savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcivekili yapar (m.148/4 AY). Burada Danıştay Kanunu'na göre yetkili olan kurulun kamu davasının açılması kararını vermesi ve bununla ilgili, iddianame yerine geçen evrakı düzenlemesiyle kamu davası açılmıştır. Yani davayı açan "yetkili kurul"dur, yoksa Cumhuriyet Başsavcısı değildir. Başsavcı'nın yaptığı iş şeklidir. Onun kamu davasının açılması kararını değiştirebilmesi mümkün değildir (28)

Anayasa Mahkemesi sadece siyasi iktidarı elinde tutanları değil, yargının en üst seviyesinde bulunan yetkilileri de görev suçlarından dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılayabilmektedir. Burada ilginç olan nokta Anayasa Mahkemesi'nin kendi Başkanı ve üyelerinin görev suçları bakımından da kişi bakımından yetkili bulunmasıdır.

ccc. Anayasa Mahkemesi

Bilindiği üzere, Başbakan, bakan, yüksek yargıç gibi üst düzey kamu görevlileri hakkında özel soruşturma kurallarının kabul edilmesinin sebebi kayırılmayı önlemek, objektif, adil bir yargılama yapılabilmesini mümkün kılmaktır. Bunun da yolu, esas olarak, eğer sanık yargıç ise, sanığın mensup olduğu kurumun dışında arkadaş çevresinden uzak bir ortamda yargılanmasını sağlamaktır. Yargıtay, Danıştay gibi yüksek mahkemeler bakımından görev suçları açısından bu esas benimsenmiştir. Ne var ki aynı esas Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyeleri için geçerli değildir. Onlar kendi kendilerini yargılamak gibi, kabul edilmez bir durum içinde bulunmaktadır. 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nda (AYMKYUHK) öngörülen böyle bir düzenleme, sanıkların ka-

(28) ÖZTÜRK, 3206... s. 273.

yırılmasına veya tersi bir duruma yol açabileceğinden hukuk devleti ilkesine uygun düşmez.

Gerçekten Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda (AYMKYUHK) ve 3 Aralık 1986 tarihli Anayasa Mahkemesi İcütüzüğünde Başkan ve üyelerin şahsı ve görev suçları hakkında özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, "Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlarla şahsı suçları için soruşturma açılması Anayasa Mahkemesi'nin kararına bağlıdır. İhbar ve şikâyetler Başkanlıkça derhal mahkemeye bildirilir (m. 24 İcütüzük). Başkan gereken hallerde işi Anayasa Mahkemesi'ne götürmeden önce bir üyeye ön inceleme de yaptırabilir. İmzasız, adressiz yahut takma adla yapılan veya yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetler Başkanlıkça işleme konulmaz (m.55/1 AYMKYUHK; m.24 İcütüzük). Anayasa Mahkemesi'nce soruşturma açılmasına karar verildiği takdirde gerekli soruşturmayı yapmak, CMUK ya göre gereken kararı vermek ve söz konusu kanunun SORGU HAKİMİNE tanıdığı yetkileri kullanmak üzere üç üye görevlendirilir. Bu kurulun vereceği kararlar kesindir. Ön inceleme yaptırılmasına, kurul üyelerinin seçilmesine, soruşturmanın yapılmasına ve gereken kararların verilmesine dair esaslar Anayasa Mahkemesi İcütüzüğünde gösterilir (m.55/2 AYMKYUHK). Ağırcezaı gerektiren suçüstü hallerinde hazırlık soruşturması ve ilk soruşturma genel hükümlere tabidir (m.55/3 AYMKYUHK). Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin şahsı suçlarında Yargıtay üyelerinin şahsı suçlarına ilişkin hükümler uygulanır (m.55/4 AYMKYUHK). Bunlar Hakkında Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesi hükümleri çerçevesinde yapılan işlem neticesinde sonsoruşturmanın açılmasına (kamu davasının açılmasına) gerek görüldüğünde dosya Yagıtay Ceza Genel Kurulu'na tevdi edilerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir (29).

dd. Diğer Üst Kamu Görevlileri

Yüce Divan'da yargılanan üst düzey kamu görevlileri yukarıda açıklananlardan ibaret değildir. Bunlardan başka Hakimler ve Savcılar Yük-

(29) ÖZTÜRK, 3206.. s. 275y üyelerinin şahsı suçlarına ilişkin hükümler uygulanır. (m.55/4)

sek Kurulu ile Sayıştay Başkan ve üyeleri de görev suçlarından dolayı Yüce Divan'da Yargılanırlar.

13 Mayıs 1981 tarih ve 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun (HSYKK) 17. maddesine göre Yüksek Kurulun Başkanvekili ile asıl ve yedek üyeleri hakkında, disiplin işlemleri ile görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlenen suçlardan dolayı, özel kanunlardaki hükümler uygulanır. Başkandan söz etmemesinin sebebi, söz konusu kanunun (HSYKK), yargı bağımsızlığı bakımından son derece sakıncalı olmasına rağmen hâlâ muhafazasına devam edilen ve Adalet Bakanı'nın Kurulun Başkanı olduğunu öngören 2. maddesi hükmüdür. Aynı maddeye göre, Adalet Bakanı Müsteşarı da Kurulun tabii üyesidir; üç asıl üç yedek üye Yargıtay'dan; iki asıl iki yedek üye de Danıştay'dan gelir.

Kurulun tabii üyesi olmasına rağmen müsteşar, görev suçundan dolayı Yüce Divan'da yargılanmaz; hakkında MMK (m.11) ve sair kanunlar çerçevesinde işlem yapılır. Zira, özel kanunda buna ilişkin bir düzenleme yoktur.

21 Şubat 1967 tarih ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu'na (SK) göre, Sayıştay Başkan ve üyelerinden birinin görevi ile ilgili veya görev sırasında işlediği bir suçtan dolayı Sayıştay Genel Kurulu'nca seçilecek üç daire başkanı ve iki üyeden kurulu bir heyet tarafından ilk kovuşturulması (hazırlık soruşturması) yapılarak hazırlanacak fezleke ile sair evrakı yargılamanın lüzumu (kamu davasının açılması) veya men'ine (takipsizlik) karar alınmak üzere Daireler Kurulu'na verilir. Bu kurulun vereceği yargılamanın men'ine dair olan karar (takipsizlik kararı) kendiliğinden, yargılamanın lüzumuna dair olan karar itiraz üzerine Sayıştay Genel Kurulu'nca incelenir. İtiraz süresi, kararın tebliğinden itibaren 15 gündür. Genel Kurulca verilen yargılamanın men'ine dair karar kesindir. Soruşturma kurulunun seçimine ilgililer ve kamu davasının açılıp açılmaması yolundaki görüşmelere de soruşturma kurulu üyeleri katılamaz. Kamu davasının açılmasına (yargılamanın lüzumuna) dair verilen kesin karar üzerine dosya Anayasa Mahkemesi'ne tevdi olunur (m.96/SK).

Sayıştay Başkan ve üyelerinin şahsî suçlarından dolayı yapılacak olan kovuşturma Yargıtay üyelerinin tabii olduğu hükümler çerçevesinde yapılır (m.96/son SK).

ee. Bağlantı

Kişi bakımından yetki konusuna giren işler arasında bağlantı bulunabilir. Örneğin MMK m.15 e göre, "ceraimi müşterekede aynı veya muhtelif sınıflara mensup memurlar madûn mafevke tâbi olmak üzere aynı mahkemede muhakeme olunur denilmek suretiyle bu hususa dikkat çekilmiştir. Gerçekten, memurlar birlikte suç işleyecek olurlarsa, bağlantılı uyuşmazlıklar, yüksek memur esas alınmak suretiyle birleştirilir (30).

Bağlantı kişi bakımından yetki konusuna giren işler arasında olabileceği gibi, bunlarla genel kurallara tabi işler arasında da olabilir. Örneğin, MMK m.15/son da, "memurun birinci maddede mezkûr olan cürûmlerinden (görev suçlarından) memur olmayan eşhas dahi methaldar olduğu takdirde muhakemeleri tevhidten memurun tabi olduğu mahkemede rüyet olunacaktır" denilmek suretiyle bu hususa dikkat çekilmiştir. Gerçekten, bir kamu görevlisinin görev suçuna (m.1 MMK) kamu görevlisi olmayan bir kişi iştirâk ederse, bağlantılı uyuşmazlıklar memur esas alınarak birleştirilir (31).

Bağlantı konusunda Anayasa ve AYMKYUHK da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda sorun, CMUK ve MMK hükümleri çerçevesinde halledilecektir.

ff. Kişi Bakımından Yetki Uyuşmazlıkları

Yüce Divan ile öteki yargılama makamları arasında herhangi bir yetki uyuşmazlığı çıkmaz. Örneğin Yüce Divan ağır ceza mahkemesinde muhakeme edilmekte olan bir uyuşmazlığı bakmakta olduğu işle bağlantılı olduğunu tespit eder ve birleştirmede de yarar görürse, birleştirme kararını kendisi verir. Bu karar, ağır ceza mahkemesini bağlar. Çünkü, Yüce Divan'ın her türlü kararı yargıdır. Anayasa'ya ve AYMKYUHK ya göre Yüce Divan kararları kesindir (m.148/5 AY; m.35/2 AYMKYUHK).

(30) KUNTER, no. 223.

(31) ÖZTÜRK, no. 170.

V. Yüce Divanda Yapılan Ceza Muhakemesinin Yürütüşü

1. Hazırlık Soruşturması

Bilindiği gibi, bir ceza mahkemesi olan Yüce Divan, Anayasa ve kuruluş kanununda hüküm bulunmayan hallerde CMUK nu uygulayacaktır. Uyuşmazlıkların kendisine intikalinde de CMUK da öngörülen usule uyulacak; önce, kural olarak, söz konusu kanun hükümlerine, göre bir hazırlık soruşturması yapılacak; sanıklar belirlenip, savunmaları alındıktan ve deliller toplanıp sair işlemler tamamlanarak dosya tekemmül ettirildikten sonra kamu davası açılacak ve bu suretle iş Yüce Divan'a intikal etmiş olacaktır. Yüce Divan'ın yetkinde bulunan işlerin hazırlık soruşturması faille göre farklılıklar göstermektedir. Şimdi kısaca bu durumları ele alalım.

Eğer görev suçu işlediği ileri sürülen Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakan ise hazırlık soruşturmasını TBMM yapmaktadır. Yukarıda gördüğümüz gibi, Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı TBMM üye tam sayısının en az 1/3 ünün teklifi üzerine, 3/4 ünün kararı ile **suçlandırılır** (m. 105/son AY).

TBMM nin burada yaptığı iş İDDİA FAALİYETİDİR; KAMU DAVASI AÇMAKTIR. Başbakan ve bakanlar hakkında TBMM üye tam sayısının en az 1/10'unun vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir; soruşturma komisyonunun raporu Meclis'te görüşülür ve Yüce Divan'a sevk kararı üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alınır (m.100 AY). TBMM nin burada yaptığı iş de yine "iddia faaliyeti"dir; kamu davası açmaktır. (32). O halde TBMM, söz konusu işi yaparken hukuk düzenimizin iddia faaliyeti ile ilgili olarak öngörmüş bulunduğu esaslara, özellikle de CMUK da öngörülen kurallara uygun davranmak durumundadır. Burada, özellikle komisyon teşkilinde TBMM üyelerinden hukukçu, tercihan ceza hukukçusu olanlardan yararlanma cihetine gidilmelidir.

Kolluğun ve sair koğuşturma makamlarının da yardımıyla deliller toplanıp dosya tekemmül ettirildikten sonra, suç şüpheleri kuvvetlenir,

(32) ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 135.

daha doğrusu başlangıç şüphesi yeterli veya kuvvetli şüphe (33) haline gelirse kamu davası açılır; gelmezse takipsizlik kararı verilir.

Toplanan deliller kamu davasının açılması için yeterli ise, bir fezleke hazırlanır. Bu hazırlanan **fezleke iddianame yerine geçmektedir** ve söz konusu fezlekedeki CMUK m.163 hükmüne uygun olarak iddianamede yer alan hususların gösterilmesi gerekir. O halde burada: 1. **SANIĞIN AÇIK KİMLİĞİ**, 2. **İSNAD EDELİN SUÇUN NEDEN İBARET OLDUĞU**, 3. **SUÇUN KANUNİ UNSURLARI** (Kanunî, maddî, manevî ve hukuka aykırılık unsurları), 4. **UYGULANMASI GEREKEN KANUN MADDELERİ**, 5. **DELİLLER** ve nihayet 6. **DURUŞMANIN YAPILACAĞI MAHKEME** gösterilir.

Uygulamada CMUK m.163 hükmüne titizlikle riayet edilmemektedir. Bazı durumlarda delillerin gösterilmediğine veya genel olarak gösterildiğine; suçun neden ibaret olduğunun ve kanunî unsurlarının olayda gerçekleşmiş bulunup bulunmadığının gösterilmediğine, veya bu hususta genel ibarelerle yetinildiğine tanık olunmaktadır ki, bir hukuk devletinde böyle bir uygulamanın kabul edilmesi mümkün değildir.

Yüksek Mahkemelerin başkan ve üyeleri hakkında görev suçundan dolayı yapılan hazırlık soruşturması konusunda ciddi sakıncalar taşıyan düzenlemeler mutlaka düzeltilmelidir.

2. Soruşturma

Yukarıda da açıkladığımız gibi, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatı ile bakacağı işlerde takip edeceği usûl 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un yedinci bölümünde gösterilmiştir (m. 35 vd. AYMKYUHK). Buna göre, Ana-

(33) Ceza Muhakemesi Hukukunda ŞÜPHE delillerle tarif edilir. Basit şüphe, dayandığı deliller basit, yetersiz ve/veya sayıca az olan şüphedir. Hazırlık soruşturmasına başlanabilmesi için, belli ve yaşanmış somut olayların, en azından belirti (iz) şeklinde ortada bulunan delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyması şarttır. Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olması ihtimali beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüphe var demektir. CMUK, kamu davasının açılabilmesi için yeterli şüphenin bulunmasını aramıştır. (m.163/1 CMUK). Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olması kuvvetle muhtemel ise, kuvvetli şüphe var demektir. Örneğin suçüstü halinde kuvvetli şüphe vardır (ÖZTÜRK, uygulamalı, s.433 vd.

yasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir (m. 35 AYMKYUHK). Yüce Divan başkan ve on asıl üye ile toplanır.

Kararlar salt çoğunlukla verilir. Yüce Divan kararları kesindir (m. 148/5 AY.m. 35/son AYMKYUHK).

Yüce Divan'da iddia faaliyetini Cumhuriyet Başsavcısı ya da onun vekili yapar. Ancak Başsavcı yardımcılarında bir veya birkaçı Başsavcı veya vekili ile birlikte duruşmaya katılabilirler (m. 148/4 AY. m. 36 AYM-KYUHK). Savunma makamında sanık ve müdafii vardır. AYMKYUHK m. 37'de, müdafinin her zaman duruşmada hazır bulunabileceği açıklanmıştır. Yargılama makamı, yani **Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi**, her şeyden önce açılan davanın kabule şayan olup olmadığını inceleyecek, yetkisi dahilinde olmayan konulara ilişkin davalarla yetkisi dahilinde olup da CMUK'da öngörülen şartları taşımayan davaları kabule şayan bulunmadığı gerekçesiyle reddedecek, aksi takdirde duruşmaya geçilecektir. Bu suretle, beraatle sonuçlanacak işlerin yıllarca Mahkemeyi meşgul etmesi önleneceği gibi; böyle bir muhakeme ile fertlerin temel hak ve hürriyetlerine gereksiz yere müdahale edilmesi de önlenmiş olacaktır.

Görev yasakları ve hâkimin reddi muhakemesi AYMKYUHK'nın 46 ila 50. maddelerinde gösterilmiştir. Kanunun 46. maddesinde görev yasakları CMUK m.21'e benzer bir şekilde gösterildikten sonra, 47. maddede, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri tarafsız hareket edemeyecekleri kanısını haklı kulan hallerin dava açılmasından veya iş mahkemeye gelmeden önce mevcut olduğu iddiası ile reddolunabileceği açıklanmıştır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi, reddedilen üye katılmaksızın ret konusu hakkında karar verir. Tekrardan kaçınmak için burada yukarıda yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetinmek istiyoruz.

Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nce yapılan duruşmada sanık hazır bulunmalıdır. Ancak, sorgusu yapılmış olan sanığın sonraki oturumlara gelmemesi ve Yüce Divan'ca da duruşmada hazır bulunmasına gerek görülmemesi durumunda duruşmadan varestede tutulma istemi bulunmasa dahi yokluğunda duruşmaya devam edilerek mu-

hakeme sonuçlandırılabilir. Müdafî de her zaman duruşmada hazır bulunabilir (m. 37 AYMKYUHK).

Yüce Divan'da, sanığın sorgusu sırasında, üyeler ve Başsavcı veya onun vekili başkanın izni ile sanığa soru sorabilirler (m.38 AYMKYUHK). Bilgisine başvuru bilirkîşî veya tanığın dinlenmesi, usûl kanunları gereğince resmi bir makamın iznine bağlı bulunup da Devlet menfaatlerine zararlı olacağı mütalahasıyla izin verilmediği takdirde, mahkeme izin vermeye yetkili kimsenin sözlü veya yazılı mütalaasını aldıktan sonra, izin vermemenin yetersizliğine üçte iki çoğunlukla karar verirse bilirkîşî veya tanık sır saklamak ödevine dayanamaz. Ancak, izin vermeme keyfiyeti, açıklanmasında mahzur bulunan sırrın Türkiye Cumhuriyeti'nin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin bulunması sebebine dayanıyorsa, yetkili makamın bu husustaki kararı kesindir.

Başkan Yüce Divan'daki duruşmanın gerekli kıldığı durumlarda Devlet kurum ve kuruluşlarına ait araç, gereç, stenograf ve teknik personelden yararlanmak için istemde bulunabilir. Bu istemler, ilgili makamlarca hemen yerine getirilir. Bundan başka, duruşmanın safahatı, başkanın uygun göreceği teknik araçlarla kaydolunabilir. Bu kayda dayanılarak düzenlenen duruşma tutanaklarının her sayfası başkan ve zabıtkâtibi tarafından imzalanır. Bu tutanakların, duruşmanın safahatına uygun olmadığı yolundaki iddialar, Yüce Divan'da incelenip karara bağlanır. (m. 39, 40 AYMKYUHK). Bu hükümlerin dışında, Yüce Divan'da CMUK'da düzenlenmiş bulunan genel kurallara göre muhakeme yapılacaktır.

3. Denetim Muhakemesi

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Yüce Divan'ın her türlü kararı yargıdır. Çünkü, Anayasa'ya ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılanma Usulleri Hakkında Kanun'a göre Yüce Divan kararları kesindir (m.148/5 AY; m.35/2 AYMKYUHK). Bu durumda Yüce Divan'ın kararlarına karşı herhangi bir denetim muhakemesi yoluna gidebilmek mümkün değildir.

Ancak bütün bunlara rağmen, Yüce Divan kararlarına karşı yine de bir denetim yolunun var olduğu söylenebilir. O da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (IHAS) 25 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bu-

lunan ve Türkiye tarafından 1987 yılında tanınan bireysel başvuru hakkıdır.

Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı, Temyiz Mahkemesi gibi bir denetim muhakemesi mercii olmadığını ifade emekte ise de, bir ceza muhakemesi sırasında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde düzenlenmiş bulunan insan haklarının ihlâl edilmesi halinde; iç yolları tüketmek kaydıyla bireysel başvuru hakkını kullanmak suretiyle iş söz konusu mercilerin önüne geldiğinde, ister istemez, insan hakları açısından yani dolaylı da olsa bir denetim söz konusu olmaktadır. Yüce Divan'ın kararlarının kesin olması sebebiyle tüketilecek bir iç yol bulunmadığından, karardan itibaren altı ay içinde (m.26 İHAS) bu yola gidilebilir.

Kaldı ki, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına göre, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir; hatta bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine baş vurulamaz. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi de böyle bir milletlerarası sözleşme olduğuna ve Türkiye Bireysel Başvuru hakkını da tanıdığına göre, Yüce Divan'ın veya bu Divanın yetkisine giren işlerin hazırlık soruşturması sırasında insan haklarını ihlâl etmesi halinde bireysel başvuru hakkının kullanılması mümkündür.

Sonuç

Yaptığımız bu çalışmadan çıkan en önemli sonuç şudur:

Yüce Divan teşkilinde amaç ADİL BİR YARGILAMA yapmaktır. İddiaı veya savunmayı kayırmadan maddî gerçeği araştırmaktır. Hukuk devleti ilkesinin gereği de budur. Bilindiği gibi, ülkesinde insan haklarını ve güvenliğini gerçekleştirmiş bulunan adil devlete hukuk devleti denilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa ve mevzuatta öngörüldüğü şekilde teşkili, daha doğrusu bu mahkemeye üye seçimi esasları hukuk devleti ilkesine ve bunun tabii sonucu olarak da tabii hakim ilkesine uygun değildir. Mukayeseli hukuka ilişkin açıklamalar bunu kanıtlamaya yetmelidir.

Bu suretle kurulan bir Anayasa Mahkemesi'nin kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleyebilmesi bir ölçüde mümkün bulunsa bile Yüce Divan sıfatıyla ceza muhakemesi ya-

pabilmesi son derece zordur. Gerçekten, bırakınız ceza hukukçusunu düz hukukçuların bile azınlıkta kalmasına müsait bulunan böyle bir sistem ceza ve ceza muhakemesi hukukunun amacına ulaşmasına müsait bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Belli ölçüde örnek aldığımız İtalya'da da Yüce Divan görevi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir; ancak, orada iktisatçılar, maliyeciler, valiler veya generaller vs. değil yalnızca **ADLİ VE İDARİ YARGIYA MENSUP HAKİMLER, HUKUK FAKÜLTESİ PROFESÖRLERİ VE EN AZ 20 YIL MESLEKTE FİİLEN ÇALIŞMIŞ AVUKATLAR** Anayasa Mahkemesi'ne seçilebilmektedir (m. 135/2 İtalyan Anayasası)

Bize göre yeni bir Anayasa yapılırken, Yüce Divan görevi Anayasa Mahkemesi'ne değil; Yargıtay'a verilmelidir. Bu mahkemenin vereceği kararlar kesin olmamalı ve mutlaka bir denetim muhakemesi sistemi kurulmalıdır. Örneğin, bir Ceza Dairesi veya birkaç ceza dairesinin oluşturacağı büyük bir kurul bîdayet mahkemesi olarak çalışmalı, Ceza Genel Kurulu da temyiz incelemesi yapmalıdır; veya Yargıtay içinde buna benzer bir başka sistem kurulmalıdır. Bize göre hukuk devleti ilkesine en uygun sistem budur.