İZMİR BAROSU

CMK M.250 ÖZEL GÖREVLİ MAHKEMELER KONULU ATÖLYE ÇALIŞMASI ÖZET RAPORU

19-20 MART 2011

Bireyin hak ve özgürlüklerinin temel güvencesi olan yargı kurumu içerisinde,genelden ve bütünden kopartılan her bir parça, siyasi iktidarın müdahalesine daha açık hale gelir.Hak ve özgürlükler için bir teminat olmaktan çıkar,tehdide dönüşür.

Bugün, Anayasa m.19 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5 ile koruma altına alınan 'Kişi Güvenliği ve Özgürlüğü' Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin ağır tehdidi altındadır.Hiç bir birey güvenlik içinde değildir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemesi görev alanındaki bir suç isnadı ile tutuklanan birey, altı ay ile bir yıl arasında değişen süreler içerisinde mahkemede ilk duruşmaya çıkma imkânı bulabilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları sonucunda, tutuklama tedbirine getirilmek zorunda kalınan üst sınır; kanunda yapılan çeşitli değişiklikler ve son olarak CMK 252/son fıkranın Yargıtay tarafından yorumuyla; bu mahkemelerin görev alanındaki örgütsel nitelikli suçlarda on yıl olarak kabul edilmiş olup, kişi güvenliği için düşünülen bir teminatın nasıl, kişi güvenliğini ihlâle dönüştüğünün çarpıcı bir örneğidir.

Anayasa m. 38/4, AİHS m.6/2 ile güvence altına alınan 'Masumluk Karinesi' on yıl tutuklu yargılanmanın peşinen kabul edilebilir bulunduğu bu mahkemelerde tanınmamaktadır.

Yalnız çok uzun tutukluluk süreleri ile değil, bu mahkemelerin görev alanındaki suç soruşturma ve yargılamalarının muhatabı olan kişilerin basında teşhir edilmesi,peşinen suçlu ilân edilmesi, yargılamayı etkileyecek haber ve yorumların basında kuralsızca yer alması, soruşturma esnasında kişinin avukatının ulaşamadığı bilgi ve belgelerin görünmeyen bir el tarafından basına servis edilmesi, 'Masumluk Karinesi'ni yok saymaktır.Varılan aşamada 'Masum Sayılma Hakkı'nı koruyacak önlemlerin arttırılması, en azından var olan önlemlerin etkin şekilde kullanılması yerine Basın Yasası'nda yapılacak değişiklikler ile bu hukuk dışı uygulamalara hukuksal zemin hazırlanmaktadır.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri siyasal iktidar sahiplerinin gücünü mutlaklaştırmak,bireyi ve toplumu sindirmek işlevini üstlenmişlerdir.Bu ana işlevleri ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin ardılı konumundadırlar.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin ardılı oldukları, yalnız bu mahkemelere eleştiri getirenler tarafından ifade olunmamaktadır.Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerini düzenleyen 5271 Sayılı CMK'nın Resmi Gazetede yayımlandığı tarih olan 17.12.2004 tarihinden önce işlendiği iddia olunan suçları yargılamasının Kanuni Hakim Güvencesi'ne aykırı olduğu yolundaki bir itirazı İstanbul 10.Ağır Ceza Mahkemesi 'Atılı suç tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemeleri mevcut idi.Biz Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin devamıyız' şeklinde karara bağlamıştır.

Günümüzde, siyasi iktidarın köklü şekilde el değiştirmesinin yarattığı çok sancılı bir süreç ve bunu toplum yapısında meydana getirdiği kutuplaşma mevcuttur.Önceki iktidarların asker ve sivil üst düzey yetkililerinin, siyasi iktidarı yasal olmayan yöntemlerle yeniden elde etmeye çalıştıkları ithamı ile bu mahkemelerde yargılanmaları bütün gözleri Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'ne çevirmiştir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri bugünün olağandışı koşullarının ürünü değildir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin öncüsü Devlet Güvenlik Mahkemeleri ilk kez 1961 Anayasası'nın,1971 Askeri Muhtırasından sonra değiştirilmesi ve 136. Maddesine 20.03.1973 gün ve 1699 Sayılı Yasa ile eklenen hükümlerle öngörülmüş,11.07.1973 günü yayımlanan 1773 Sayılı Yasa ile hukuk sistemimizde varlık bulmuştur.Anayasa Mahkemesi'nin 'kuruluş,yetki ve görevleri' düzenleyen hükümlerini anayasaya aykırı bulması ve iptal etmesi sonucu, Anayasa Mahkemesi kararında yer alan bir yıllık süre içerisinde yükselen toplumsal muhalefet yasanın yeniden çıkarılmasını engellemiş ve 11 Ekim 1976 tarihinde ilk dönem DGM'lerin varlıkları son bulmuştur.

DGM'lerin ikinci dönem hukuk sistemimizde yer almaları yine ara rejim esnasındadır.

7 Kasım 1982 tarihinde kabul edilen Anayasa m. 143 doğrultusunda 16 Nisan 1983'de kabul edilen 2845 Sayılı Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin Kuruluş ve Yargılama Yöntemleri Hakkında Kanun gereği DGM'ler 1 Mayıs 1984 tarihinden itibaren faal olmuşlardır.

Milli Güvenlik Konseyi tasarrufu olan 2845 Sayılı DGM Yasası'nın 'kuruluş' maddesi görüşülürken Konsey Başkanı Kenan Evren'in 'Sıkıyönetim ilan edildiğinde Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerine uyarlanması göz önüne alınarak DGM'lerin kuruluş yerlerinin kolordular,ordular ve bölgeler göz önüne alınarak seçildiğini' ifade etmesi bu mahkemelerin askeri karakterini ortaya koymaktadır.İkinci dönem DGM'leri 1 Mayıs 1984 ile 2004 Haziran tarihleri arasında tam yirmiyıl hüküm sürmüşlerdir.

Bugünkü Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri, DGM'lerin bünyesinden 1999 yılında çıkarılan askeri hakimi barındırmasalar da, DGM örgütlenmesini kadro,bina,personel ve mantalite ile bir bütün olarak devir almışlardır.

Bu mahkemeler için 'Soruşturma' başlığı altında düzenlenen CMK m. 251/5 ; '250. madde kapsamına giren suçlarda yakalananlar için 91.maddesinde birinci fıkradaki yirmidört saatlik süre kırksekiz saat olarak uygulanır.Anayasa m. 120 gereğince olağanüstü hâl ilan edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında 91.maddesinin üçüncü fıkrasında dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir' düzenlemesi DGM uygulamalarına açık bir atıfta bulunmaktadır.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri, tıpkı öncülü DGM'ler gibi,'Kanunî Hakim Güvencesi'ni ihlâl etmektedirler.Bu güvence, şekilsel olarak mahkemenin 'kanunla' ve 'suç tarihinden evvel' kurulması koşullarını yeterli saymamaktadır.Kavramın özü;Sanığın Ceza Yargılaması Usul Hukukunda bir 'hak sujesi' olması ve sanık haklarının korunması esasına dayanır ki;

-Kişilerin hangi mahkeme önünde yargılanacaklarının kesin olarak bilinmesini mümkün kılmak,

-Tarafsız ve bağımsız mahkemeler önünde yargılanmalarını güvence altına almak,

-Yargıya güveni sağlamak,

-Yürütmenin yargı üzerindeki etkisini önlemek unsurlarını zorunlu kılar.

Bugün Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin yetki ve görev alanlarının muğlaklığı ve keyfiliğini görebilmek için uzman hukukçu olmak gerekmemektedir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin , dünün DGM'leri gibi,siyasal yaşamda etkin bir güç odağı olmaları Terörle Mücadele Yasası'nın uygulayıcısı olmalarından kaynaklanmaktadır.

Terörle Mücadele Yasası'nın 'Terör' tanımı, bu konuda önemli bir kriter olarak ele alabileceğimiz 22.01.1977 Tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin örnekleyici nitelikte saydığı suç türleri ile benzeşmemektedir.Bir düşünce etrafında bir araya gelmiş insanları terörist oluşum olarak kabul etmesi, hatta bir araya gelme unsuru olmaksızın yalnız düşünce üreten bireyi terörist kabul etmesi sorunun en can yakıcı boyutudur.

Kağıdı ve yazı araçları dışında malzemesi olmayan İsmail Beşikçi'nin düşünceleri sebebi ile yalnız 1991- 1995 zaman aralığında yüzün üzerinde dava ile muhatap olması,Terörle Mücadele Yasası'ndan en çok sanık durumuna getirilmiş kişi konumunda bulunması 'Terör' tanımı üzerinde düşünülmesini mecbur kılmaktadır.

Terörle Mücadele Yasası m.2'de yer alan 'Terör örgütü üyesi olmasalar dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır' düzenlemesi 'Suç ve Cezaların Kanuniliği' ilkesini yok saymaktadır.Kıyas ve benzetme yolu ile uygulayıcıya yeni suç türleri üretme imkânı vermektedir.

Dün terörle mücadelede en etkin konumda bulunan askeri yetkililerin, bugün Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri tarafından 'terör örgütü üyeliği' suçlaması ile tutuklu bulunması, 'Terörle Mücadele Yasası'nın, siyasal iktidar sahipleri tarafından,kendilerine muhalif gördükleri herkesi etkisiz kılacak bir argüman olarak kullanılmasına zemin hazırladığı eleştirilerimizin haklılığını ortaya çıkarmaktadır.

Bugün, Özel görevli Ağır Ceza Mahkemeleri, çok ağır bedeller ödemeyi göze alarak özgürleşenler dışında, kimin neyi ne kadar düşünebileceğine ve düşüncelerini nereye kadar ifade edebileceğine hükmeden iktidar odağıdır.

Düşünce suçları halen ağır ceza yaptırımı altındadır.

Yalnız düşünce özgürlüğü değil, ifade hakkı,toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü,örgütlenme özgürlüğü,basın özgürlüğü alanında da iktidar odağıdır.

Batı uygarlığında, evinde veya işyerinde bir kütüphane sahibi olan kişinin bu kütüphanesi sebebiyle övünç duyma dışında bir duygusu olabileceğini düşünemiyoruz.Ülkemizde dün de, bugün de halen ve her zaman bir kütüphane, cephane muamelesi görmektedir; tedirginlik kaynağıdır.

Avrupa Parlamentosu'nda yaptığı konuşmada, henüz yayımlanmamış kitabın imha edilmesine dair Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemesi uygulamalarına cevaben Başbakan'ın kitabı, bomba ile kıyaslaması bu tesbitimizin abartılı olmadığını göstermektedir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nde bugün siyasal sebeplerle tutuklu olarak yargılanmakta olan binlerce Kürt, anadilde savunma hakkı talep ettikleri için, savunmaları alınmadan tutuklu yargılanmakta, mahkum edilebilmektedir.

Kürtlerin anadilde savunma yapmaları yada anadillerini kamusal alanda kullanmaları Ülkeyi bölünmeye götürür inancı egemendir.Ancak daha büyük bölücülük aynı dilin konuşulması esnasında Türkler için ve Kürtler için o dile farklı anlamlar yüklenmesidir.

'Daha fazla kan dökülmesin, gençler ölmesin,savaş son bulsun,barış olsun' gibi anlatımlar,bir Kürt tarafından telaffuz edildiğinde, terör örgütü propagandası olarak nitelendirilebilmektedir.Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri uygulamasında,sözcüklerin içerdiği anlam bakımından dil birliği bozulmuştur.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri yargılamalarında mahkeme heyeti delillere doğrudan nüfuz etmemektedir.

Hazırlık soruşturması esnasında teknik takip, iletişim kaydetme ve arama kararları mahkemeler tarafından AİHS ve AİHM kararları dayanak alınarak verilse dahi, polis, özel yaşamın dokunulmazlığına dair kuralları alt üst ederek suç unsuru içermeyen veya suç delili barındırmayan her hususu kayıt altına almakta, klasörlerce evrak hazırlayarak başlangıçta kriminal bir tip yaratmaktadır.

Dosyaya delil olarak giren bu belgeler,'Delillerin takdirinin mahkemeye ait olduğu' görüşü ile bir daha dava dosyasından çıkarılmamaktadır.İncelenebilmeleri için yeterli zaman da ayrılamamaktadır.Mahkemeler, iş yoğunluğu gerekçesi ile polisin kaydettiği ve doğrudan suç delili olarak gösterilen görüntüleri aleni yargılama esnasında izlememekte,bu konuda tutulan polis tutanaklarına itibar etmektedir.İtiraz üzerine görüntüleri izleme görevini yine bilirkişi olarak atadığı polislere bırakmaktadır.Yargılama esnasında da asıl insiyatif polise geçmektedir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinde, gizli tanık uygulaması kadar yakıcı olan,etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak isteyen kişilere alenen tanık sıfatı altında,bilirkişilik konumu verilmekte,yargılanmakta olan kişi yada itham olunan örgüt hakkında bu kişilerden görüş talep edilmektedir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinde savunma hakkını lâyıkı ile kullanmak ceza arttırımına sebep olabilmektedir.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri İddianamelerinde, bir tek fiil için ceza kanunlarında uygulanması muhtemel tüm suçlardan ayrı ayrı ceza talep ederek suç ile ceza arasında var olması gereken oransal bağ kopartılmaktadır.Uygarlık ölçeğinde değerlendirildiğinde suç olarak nitelendirilemeyecek fiil için Mahkeme en ağır mahkumiyete karar verir iken, atılı diğer suçlar için beraate hükmederek vicdanen ferahlamakta, bu uygulama ile ceza adaletinin en önemli unsurlarından biri olan vicdan terazisi şaşırtılmaktadır.

İstiklâl Mahkemeleri, Sıkıyönetim Mahkemeleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri; hiçbiri olağan rejimlerin, olağan yargı sistemlerinde varlık bulabilecek kuruluşlar değildir.Olağanüstü siyasal şartların ürünüdür.

Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin hukuk sistemimizden çıkarılması;'Hukukun Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı' ilkesinin her koşulda herkes için savunulması ve siyasal sistemin olağanlaşması, 'Hukuk Devleti' ve 'Demokrasi' değerinin yerleşmesi için toplumsal mücadelenin bir parçası olmakla mümkündür.

Bilindiği üzere, Avukatlık Kanunu m. 76 Barolara, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunma ve koruma görevi vermiştir. Baroların, bu asli görev gereğince, yukarıda sayılan CMK m 250 ve uygulamasından kaynaklanan insan hakları ihlalleri karşısında, üzerine düşen görevi yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu nedenle İzmir Barosu olarak CMK m.250 gereğince görevli Cumhuriyet Savcılıkları ve Mahkemelerin karar ve işlemleri ile gerçekleşen hukuka aykırı uygulamaların tespiti ve teşhisi amacıyla; 19-20 Mart 2011 tarihlerinde İzmir Barosu'nda uygulamacılar ile akademisyenlerin katılacağı bir atölye çalışması düzenlenerek aşağıda başlıkları belirlenen temel sorunlar üzerinden tartışmalar yapılarak çözüm önerileri üretilmiştir.

ARAMA

I-MEVZUATTAN KAYNAKLANAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ:

1-Avukatın Arama Esnasında Hazır Bulunması: CMK m. 120/3 de; "*Kişinin avukatının arama esnasında hazır bulunmasına engel olunamaz"* denmektedir. "Avukatın aramaya katılmak istemesi halinde engel olunamayacağı" biçimindeki negatif düzenlemenin, arama esnasında avukat bulundurulmasının zorunlu tutulması biçiminde pozitif bir düzenleme haline getirilmesi gerekmektedir. Zira aramanın şüpheli açısından olağanüstü bir işlem olduğu ve temel bir hakkın sınırlandırılması gerçeğinden hareketle önemli sonuçlar doğurabileceğinden şüpheliye sağlanan güvencelere ek olarak arama sırasında avukat bulundurulması zorunlu hale getirilmelidir.

2-Sır Saklama Yükümlülüğü Olan Meslek Grupları: Avukat bürosunun aranmasına ilişkin kriterlerin CMK m.46 da düzenlemiş olan tanıklıktan çekinme hallerini içeren diğer meslek gruplarının (hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları, malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler) işyerlerinin ve konutlarının aramalarında da uygulanması gerekir.

3-Aramada belge ve evraklarla ilgili güvenceler yeni düzenlemelerle azaltılmıştır. Belge inceleme yetkisi kolluğa devredilmiş durumdadır.

4-Kısıtlama Kararı: TMK m.10/d bendinde;" Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir," denmektedir. Buna karşın CMK m.153/3'de, "Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adlî işlemlere ilişkin tutanaklar" hakkında kısıtlama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle TMK m.10'nun savunma hakkını hakkın özüne dokunacak şekilde kısıtlaması nedeni ile tamamen kaldırılması gerekmektedir.

5-Önleme Araması: 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'nun 9.maddesinde yer alan "önleme aramasında" polis, tehlikenin veya suç işlenmesini önlemek amacı ile usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar, alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapabilmektedir.

Maddede yer alan **"gecikmesinde sakınca bulunan haller"**den ne anlaşılması gerektiği gerek söz konusu kanunda ve gerekse yönetmeliklerde tanımlanmış değildir.Bu durum mülki amire dolayısı ile

kolluk güçlerine geniş bir taktir yetkisi vermekte aramaya ilişkin bütün güvenceleri ortadan kaldırmaktadır. Böylece kolluğa her an, her yerde arama yapılabilme imkanı tanınarak vatandaş açısından belirsiz bir durum yaratılmıştır. Yine madde de yer alan **suçun işlenmesini önlemek amacı** genel bir tanımlamadır.Genel tehlike kavramları ile kişi hak ve özgürlükleri ihlal edilmemelidir. Bir tehlikenin varlığına işaret edilmek isteniyor ise bu kavramın içini dolduracak şekilde somutlandırılarak ifade edilmesi gerekir. Tüm bu nedenlerle PVSK madde 9'da yer alan düzenleme;

-belirsizlikler(özellikle süresinde) içermektedir,

-kişi hak ve özgürlüklerinin özüne dokunmaktadır,

-suistimallere açıktır.

Ayrıca önleme araması ile amaçlanan yararın başka kanunlarda yer alan düzenlemelerle sağlanıyor olması nedeni ile önleme aramasına hukukumuzda ihtiyaç bulunmamaktadır. **Bu nedenle PVSK madde 9'da yer alan önleme aramasının tamamen kaldırılması gerekmektedir.**

6-Tazminat Hakkı: CMK m. 141/i'de; "Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin maddi manevi her türlü zararlarını devletten isteyebileceği" düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemenin pratikte işlevsel olmadığını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu kararlardan da görmekteyiz.

II. UYGULAMALARDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

7-Aramanın Ön Koşulu "Makul Şüphe": CMK m. 116/1 de *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda **makul şüphe varsa** şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri ve ona ait olan diğer yerler aranabilir"* denmek sureti ile arama işlemi **bir ön koşula** bağlanmıştır. Bu nedenle şüpheli veya sanık hakkında arama kararı verilebilmesi için öncelikle arama kararında makul şüphenin hangi somut olgulara dayandığının belirtilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada genel olarak arama kararlarında makul şüpheye dayanak olacak olgulardan hiç bahsedilmemekte adeta matbu karar örnekleri kullanılarak makul şüphenin varlığından bahsedilmektedir.

8-Arama Kararlarında Aranılacak Eşyanın Gösterilmesi Sorunu: CMK m. 119/2 b de *"Arama karar veya emrinde; aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da **eşya** açıkça gösterilir "* düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme ile aranılacak eşyanın arama kararında belirtilmesi kanuni bir zorunluluktur. Uygulamada ise arama kararlarında karara konu eşya hiç belirtilmemekte bu da arama kararını hukuka aykırı hale getirmektedir. Yine aramanın nedenini oluşturan fiil ile aranan eşya arasında kurulması gereken ilişki kararlarda hiç yer almamaktadır. Ayrıca aynı maddenin **2.fıkrasının b bendi** gereğince arama kararında **"…aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresinin de…"** açıkça belirtilmesi gerekir iken uygulamada bir mahkeme örneğin; Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneğinin Türkiye'de bulunan tüm şubelerinde arama kararı verebilmiştir. Söz konusu karar her ne kadar yetki sorunu nedeni ile iptal edilmiş olsa da benzer kararlara uygulamada rastlamak mümkün olmaktadır.

9-Arama Kararlarında Arama Zamanı: CMK m. 119/2 c'de *"karar veya emrin geçerli olacağı **zaman süresi** açıkça gösterilir ,"* denmektedir. Her ne kadar arama kararlarında *arama zamanı tarih* olarak belirtilse de aramaya başlanacak saat kararlarda yer almamaktadır. Bu durum kolluk tarafından çoğu kez kötüye kullanılmakta; aramaya sabaha doğru erken saatlerde veya akşama doğru hava kararmasına yakın saatlerde başlanmakta bu da aramalarının geceye sirayet etmesine ve hak

ihlallerine neden olabilmektedir. Bilindiği gibi gece ve gündüz aramalarının hukuki düzenlemesi ve arama kararının kriterleri farklıdır. CMK m. 118/1 gereğince; *"konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamamakta"* ancak 2.fıkrada yer alan koşulların varlığı halinde; *"suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacı ile konutta, işyerinde veya diğer kapalı mekanlarda gece araması* yapılabilmektedir. Bu nedenlerle arama kararlarında **"somut olayın özeliği"** göz önüne alınarak aramanın kaç saat sürebileceği öngörülerek arama süresi belirlenmeli gündüz araması esas olmalı ve aramanın geceye uzamamasına dikkat edilmelidir. Ancak gündüz başlanan bir aramaya gecede devam etme zorunluluğu doğmuş ise bu durumda

- aramanın kesintisiz devam edebilmesi için gece aramasına ilişkin kriterlerin somut olayda mevcut olması gerekmekte,
- gece aramasının teknik koşullarının bulunmaması halinde ise arama işlemine son verilerek arama mahallinin muhafaza altına alınması ve ertesi gün yeni bir arama kararı ile işleme devam edilmesi önerilmektedir.

10-Arama Kararlarının 3. Kişilere Etkisi: Arama işlemi genellikle aramaya konu kişinin ailesini, yakınlarını ve iş arkadaşlarını da etkilemektedir. Arama işlemi bu şahısları belirli bir ortamda tutmayı veya o mekandan ayrılmamayı da fiilen zorunlu kılmaktadır. Yani arama işlemi ile aramaya konu olmayan 3. kişilerinde özgürlükleri kısıtlanmaktadır. Bu nedenle arama işlemi sırasında 3. kişilerin özgürlükleri kısıtlanmayacak şekilde önlemler alınmalı ve bu konuda gereken özen gösterilmelidir.

11-Kolluk Görevlilerinin Uygulamasından Kaynaklı Sorunlar: Uygulamada yaşanılan problemlerden biri de; arama yapılacak ortama genellikle birden fazla memurun aramayı birden fazla koldan aynı anda yapması halinde yaşanmaktadır. Bu durumda arama mahallinde tek avukatın bulunması halinde avukatın tüm arama işlemlerini denetlemesi, gözlemlemesi fiilen mümkün olmayacağından orantılılık ilkesi ihlal edilmektedir. Bu nedenle arama mahallinde ne kadar arama grubu varsa o kadar avukat bulunmalı ya da yeterli sayıda avukatın olmaması halinde aranacak bölümlere avukatın gözetiminde teker teker girilmesi sağlanmalıdır. Aksi taktirde kolluğun hileli davranışlarda bulunduğu kuşkusunu ortadan kaldırmak mümkün olmayacaktır.

Arama nedeniyle;

- Arama tutanağı aramada bulunan ya da herhangi bir şekilde arama mahalline girmiş olan herkes tarafından imzalanmalıdır.
- Kolluğun arama mahalline torba, çanta, büyük palto ile girmesine engel olunmalıdır.
- Arama sırasında mekânların dağıtılmaması ve temiz bırakılmasına özen gösterilmelidir.
- Muhtar, komşu gibi bağımsız gözlemcilerin bulunması sağlanmalıdır.
- Tutanağa bağlanması gereken bütün deliller bir yerde toplanmalı ve avukat huzurunda tutanağa bağlanarak muhafazası sağlanmalıdır.
- Delil getiren kolluk görevlilerinin isimleri isim vermemesi halinde sicil ve özellikleri tariflenerek tutanağa not edilmelidir.

12-Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma :CMK m. 134/ 1'de ancak "*Bir suç dolayısı ile yapılan soruşturmada*, ***başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması halinde****, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından*

kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine, ***hakim tarafından*** *karar verilir*. Mevcut yasal düzenlemenin çok sorun yaratmayacağını düşünüyoruz. Ancak kolluğun uygulamasından kaynaklı birçok sorun yaşandığını da biliyoruz. Burada yaşanılan en önemli sorun bilgisayarların artık bilgi depolayan araçlar olmaktan çıkması ve msn, skype, e-mail gibi yazışma ve görüntü aktarma araçları ile aynı zamanda bir iletişim aracı haline gelmiş olmasıdır. Bu nedenle arama kararıyla beraber bilgisayardaki yazışma ve haberleşmeye ilişkin programların yedeklenmesi veya incelenmesi mümkün olmamalı bu konuda iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümler uygulanarak özel hayatın gizliliği ilkesi koruma altına alınmalıdır. Yine bilgisayarın incelenmek amacı ile bulunduğu mekandan alınarak kolluk birimlerine götürülmesi ancak şifre nedeni ile açılamaması halinde söz konusu olmaktadır. Ancak uygulamada kolluğun "yedekleme işi çok uzun sürer" diyerek bilgisayarları alıp götürdükleri görülmektedir. Bu hileli bir davranış olup şifresi bilinen, söylenen bilgisayarlarda bu duruma izin vermemek gerekmektedir. Yine elkoyma işlemi nedeniyle sistemdeki verilerin yedeklenmesinin ardından bir kopyasının (istem halinde) şüpheli veya müdafine verilmesi gerekir. Burada önemli olan yedeklemesi yapılan bilgisayarın **Hash** raporunun alınmasıdır. Böylece hard disk üzerinde kolluk tarafından bir müdahale yapılıp yapılmadığını rahatlıkla tespit etmek ve hileli delil elde edilmesinin önüne geçmek mümkün olmaktadır. Ayrıca CMK m.134/ 4 de "şüpheli veya müdafine yedekten bir kopyanın çıkarılarak verilmesini" istemlerine bırakmıştır. Kopyalama için boş hard disk, CD gibi malzemelerin bizzat kolluk tarafından sağlanması gerektiğinden benzer materyallerin aleyhinde arama yapılan kişilerce temin edilmesinin kolluk tarafından istenilmesi hukuka aykırı bir davranıştır. Kolluğun hileli delil etmesi tartışmasının önüne geçilebilmesi için bu fıkrada düzenlenen "istem halinin" ibaresinin" değiştirilerek, yedekleme işleminin "zorunluluk" haline dönüştürülmesi gerekmektedir.

III- UYGULAMALAR IŞIĞINDA TESPİT EDİLEN DİĞER SORUNLAR:

Arama "***terimi***"nin bir kişinin evinde, işyerinde, bulunduğu yerde ve üstünde delil bulma amaçlı fiziksel incelemeyi işaret ettiği düşünülse bile, arama "***kavramı***", kişinin kendisinin adli yakalama amacıyla elde edilmek üzere aranmasından (fiziksel takip dahil), vücutta tıbbi/cerrahi müdahale ile delil aramaya kadar geniş bir alana işaret eder. (kişinin beden muayenesi genetik ve moleküler inceleme konusu bu çalışmanın dışında tutulmuştur.)

Arama konusu, vücuda, özel alana, mahremiyete ağır etkisi nedeniyle "delil toplama yasakları" yahut muhakeme usul tedbirleri alanında tartışılmadan önce, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması alanında tartışılmalıdır. Başka bir deyişle, arama sonucunda elde edilecek bulgunun ceza muhakemesinde delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı ikincil sorundur. Aslolan aramanın kişinin beden dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği (özel durumlarda genişleyen etkisi nedeniyle kişi güvenliği, haberleşme, seyahat, düşünceyi ifade özgürlükleri…) gibi temel hak ve özgürlüklerinin pek çoğunu kısıtladığını dikkate alarak, "hakkın özüne dokunmama" ilkesine uygun bir arama kavramı tanımlanmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmayı yasaklayan anayasal ilkenin, *"suç delilini elde etmeye imkân veren"* ceza adalet sistemi ilkesinden üstün olduğu ortaya konulmalıdır. Bu tercih, sonucu ceza adalet sistemi açısından verimli bile olsa *(yani delili elde edebileceğimizi bilsek/öngörsek bile)* hakimin arama kararı veremeyeceği, vermemesi gereken haller olduğu, hakim bu kararı vermiş dahi olsa, arama kararını icra edenlerin aynı anayasal ilkeyle sınırlanmış olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bu bakış, aramayı salt bir ceza muhakemesi etkinliği olmaktan çıkarıp, gerçekte birincil olarak ait olduğu temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması yasakları alanına yerleştirir. Mevzuatımızda aramaya ilişkin kanuni düzenlemelerdeki güvenceler özellikle yönetmeliklerle işlevsiz hale getirilmiş veya tamamen ortadan kaldırılmıştır. Adalet Bakanlığının yönetmelik çıkartarak yargısal faaliyet alanına müdahale etmesi sakıncalar içermektedir. Bu tür düzenlemelerde kolluğun görüş ve taleplerinin ağırlıklı olarak etkili olduğu düşünüldüğünde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin yeterince açık olması, kanundan kaynaklanması ve bu alanın yönetmeliklerle düzenlenmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir.

Günümüzde soruşturma aşamasında yapılan mücadeleler nedeni ile işkence ve kötü muamelenin azaldığı, buna karşın kolluğun giderek artan bir oranda hileli yöntemlerle delil oluşturduğu gözlenmektedir. Bu duruma müdahale edilmemesi halinde de hileli delil etme yöntemlerinin yaygınlaşıp uygulamalarını artacağı aşikardır.

Ayrıca ülkemizde kolluk tarafından talep edilen her arama talebinin hakim tarafından 100 de 100'e yakın bir oranda kabul gördüğü düşünülecek olur ise bu konuda kanunda yer alan hakim güvencesinin artık işlevsiz kaldığı sonucuna ulaşmak hiçte zor olmayacaktır.

TUTUKLAMA-KISITLAMA

A-KISITLAMA:
I-MEVZUAT VE UYGULAMADAN DOĞAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1-Kısıtlamanın Amacı: Savunma hakkının kısıtlaması sonucunu doğuran her türlü karar adil yargılanma hakkı ile Anayasa m. 36'ya aykırıdır. Kısıtlama tedbirinin bu kapsamda değerlendirilmesi ve kaldırılması gerekir. Kısıtlama tedbirine yer veren hukuk sistemlerinde ise kısıtlamanın sadece son tedbir olarak ve zorunlu olduğu yerlerde ve zorunlu olduğu ölçüde uygulanmasını sağlayacak yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Zira silahların eşitliğine aykırı olan bu tedbirin en ufak derecede aşımı dahi hem CMK'ya hem de AİHS'ne aykırılık yaratacaktır. Kısıtlamanın CMK'nın en istisnai maddelerinden biri olması gerektiği açıktır. Ancak uygulamada özel görevli mahkemelerin görev alanına giren suçların soruşturmalarında kısıtlama kararları alındığı, kısıtlamanın neredeyse rutin hale geldiği görülmektedir. Keyfi kısıtlamayı kısıtlayacak yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Örneğin; ileride ayrıca detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere kısıtlamanın sadece kolluk kuvvetlerinin şüphelileri yakalamak üzere operasyonda geçirdiği süre ile sınırlandırması gibi hükümler bunlar arasında sayılabilir.

2-Kısıtlamanın Hangi Belgeler Hakkında Uygulanabileceği: CMK'nın emredici hükmü uyarınca kısıtlamanın yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak hakkında uygulanamayacağı açıktır. Tanımlama geniş olduğundan sadece ifade tutanakları değil, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren her türlü tutanak hakkında kısıtlama uygulanamayacağı da kanun hükmüne dayanmaktadır.

Yine CMK m.153 uyarınca bilirkişi raporları hakkında da kısıtlama kararı uygulanamayacağı ortadadır. Bilirkişi, özel ve teknik konularda yargılamaya yardımcı olan kişidir. Buna göre soruşturma dosyasına sunulan her türlü teknik veya özel bilgiyi içeren rapor ve değerlendirmeler bilirkişi değerlendirmesi kapsamındadır. Sonuçta her türlü ekspertiz raporu, balistik incelemesi, otopsi raporu, uzman hukukçu görüşleri ve benzeri belgeler bilirkişi raporu niteliğindedir ve haklarında kısıtlama kararı uygulanamaz. Yine özel bir çalışma sonucunda ortaya konulabilen iletişimin tespiti kayıtları da bilirkişi raporu

kapsamındadır. Zira iletişim tespitleri doğrudan ses kaydı olarak soruşturma dosyasına sunulmamakta üzerinde uzman bilgisi gerektiren çözüm işlemleri yapılmaktadır. Bu nedenle de iletişimin tespiti tutanakları da bilirkişi raporu niteliğindedir.

CMK'daki düzenleme, yakalanan veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında kısıtlamanın uygulanamayacağı sonucunu getirmektedir. Anılan nedenle yakalama, arama, teşhis, yer gösterme ve benzeri tutanaklarının hiçbiri hakkında kısıtlama uygulanamayacaktır. Uygulamada bu hak ihlal edilmekte ve sayılan tutanaklar kısıtlama kararı çerçevesinde hazır bulunmaya yetkisi olan kişilere verilmemektedir.

Uygulamada sadece "delil niteliğinde olduğundan" dolayı bazı belge ve delillerin kısıtlama kararı çerçevesinde müdafilere verilmediğine tanık olunmaktadır. Katılımcılar tarafından anılan uygulamanın hukuka tamamen aykırı olduğu birçok kez tekrarlanmıştır. Yakalanan, şüpheli ve müdafinin delillere ulaşabilmesi yargılama faaliyetlerinin olmazsa olmazıdır. Aksi halde gerçek bir yargılamadan söz edilmesi de mümkün olamayacaktır. Zira engizisyon mahkemeleri de aslında mahkemedirler, ancak onları olması gereken mahkemelerden ayıran özellik savunmanın anılan mahkemelerde yer almayışıdır. Bu nedenle engizisyon mantığı terk edilmeli ve delillere ulaşım kısıtlanmamalıdır.

TMK m. 10/d ,CMK m. 153 ile getirilen kısıtlamanın kapsamını daha da genişletmektedir. Ancak TMK m. 10/d'nin CMK m.153/3 ile getirilen istisnalar hakkında uygulanamayacağı, usul kanunlarında kıyas yapmanın serbest olması nedeni ile CMK'da kısıtlama kararları yönünden öngörülen istisnaların kıyas yoluyla TMK' yönünden de uygulanmasının mümkün olduğu dikkate alınmalıdır. Aksi kabul İHAS, Anayasa ve CMK'ya aykırı olacaktır. Terörle mücadelenin zorluğu ve bazı özel usullerin bu mücadeleye özgülenmesi katılımcılar tarafından kabul edilmiştir. Ancak söz konusu terör suçları dahi olsa savunma tamamen bertaraf edilemez. Anılan nedenlerle zaten CMK'nın istisnai ve özel bir hak kısıtlaması hükmünü içeren 153. maddesi ile getirilen kısıtlamadan daha kapsamlı bir kısıtlama da kabul edilemez.

3-Kısıtlamanın Süresi: Kısıtlama tedbirinin uygulanması konusunda makul bir süre sınırı getirilmesi gerekir. Makul sürenin ne olabileceğine dair farklı görüşler bulunmakla birlikte savunma hakkına ve adil yargılanma ilkelerine en uygun olanı "şüpheli veya sanığa suç isnadının bildirildiği an" ya da en geç yakalanan kişi hakkında "tutuklama talebinde bulunulduğu an" kısıtlama kararının ortadan kalkacağının kabul edilmesidir. Bu öneriler çerçevesinde "Suç isnadı şüpheli veya sanığa bildirildiği anda avukatın da dosyayı inceleme yetkisi doğar. Suç isnadından sonra kısıtlama kararı uygulanamaz" şeklinde bir cümle CMK m. 153'e eklenebilir. Veya CMK m. 153/2'; "ancak kısıtlama hükümleri tutuklamaya sevk edilen şüphelinin müdafine ve tutuk durumuna itiraz edecek olan müdafiye uygulanamaz" hükmü eklenebilir.

Nitekim AİHM tarafından da kısıtlama ile tutuklamanın aynı anda uygulanması AİHS'ne aykırı bulunmuş ve ihlal kararları verilmiştir (Örneğin 10444/83 başvuru sayılı Lamy & Belçika kararı). AİHM kararlarında da görülebileceği üzere kısıtlama ile tutuklama tedbirinin birlikte uygulanmaları hukuku zedelemez, doğrudan ortadan kaldırır. Özgürlüğün bu denli ikinci plana atılması hukuk devletlerinde hiçbir şart altında kabul edilemez.

Uygulamada hakkında kısıtlama kararı olan dosyaların aylarca hiçbir işlem yapılmadan sıra beklediği sıkça rastlanan bir durumdur. Bu uygulama sorunun önüne geçilebilmesi açısından kısıtlama süresince, Cumhuriyet savcılarına rapor tutma zorunluluğu getirilmesi yerinde olacaktır. Her hafta ya da en azından her ay tutulacak olan raporlarda anılan süreçte hangi delilin toplanması beklendiği,

hangilerinin toplandığı, eğer toplanmayan deliller varsa bunların neden toplanamadığının yer alması zorunluluğu getirilmesi, uygulamadaki keyfilikleri azaltacaktır.

Uygulamadaki bir başka sorun, kısıtlamanın gereksiz hale dönüştüğü süreçte dahi devam etmesidir. Cumhuriyet savcıları kısıtlamanın bir yargıç kararına dayandığı, anılan nedenle de kendileri tarafından kaldırılamayacağını sıklıkla ileri sürmektedir. Ancak CMK soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısına tutuklamayı sona erdirme yetkisi tanımaktadır. Hem kıyas serbestisi uyarınca hem de çok azı da kapsar ilkesi uyarınca kısıtlama kararlarının da Cumhuriyet savcıları tarafından kaldırılabileceği kabul edilmelidir.

4-Kısıtlama Kararlarının Sınırlandırılması:CMK ile bir kişinin kaçak sayılması dahi sadece belirli suçlar açısından kabul edilmiştir. Bu nedenle kısıtlama gibi savunma ve özgürlüklere daha çok müdahalede bulunan bir tedbirin de sadece belirli suçlar açısından kabul edilmesi gerekir. Belirtilen nedenlerle kısıtlama kararının da sadece belirli suçlarla sınırlandırılması, belirtilen sınırlamanın da oldukça dar düzenlenmesi yerinde olacaktır.

5-Müdafii ile Görüşmenin ve Müdafii Sayısının Kısıtlanması: TMK m. 10/b, yasa kapsamındaki suçlarda yalnızca bir avukatla görüşülebileceği ve hakim kararı ile müdafii ile görüşmenin yirmi dört saate kadar engellenebileceği düzenlenmektedir. Bir müdafii ile görüşme kısıtlamasının evrensel hukukta hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Evrensel hukukta, gözaltı süresinin uzunluğu, isnat edilen suçun ağırlığı ve istenen cezaların uzunluğu karşısında terörle mücadele kapsamındaki suçlarda, yakalanan kişilere daha fazla hukuksal yardım sağlanması gerektiği görüşü ağırlık kazanmaktadır.

Müdafi ile görüşmenin kısıtlanması tek başına işkence veya kötü muamele olarak kabul edilmese dahi, anılan kısıtlamanın işkence ve kötü muameleye zemin hazırladığı ve anılan suçların tespitini zorlaştırdığı açıktır. Ayrıca hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin avukat dahil hiç kimse ile görüşememesi halinin kendisiside psikolojik bir işkence ya da kötü muameledir.

Yirmi dört saatlik müfafii ile görüşme kısıtlaması sırasında yasa “ifade alınamayacağını” düzenlemekte ise de bunun yeterli olmadığı açıktır. Sağlık kontrolü gibi şüphelinin lehine işlemler dışında “şüphelinin aktif katılımını gerektiren hiçbir işlemin yapılmaması” gerekir.

Bu nedenlerle hak ve özgürlükleri nedensiz ve orantısız bir şekilde kısıtlayan TMK m. 10/b’nin kaldırılması gerekir.

B-TUTUKLAMA
I-MEVZUAT VE UYGULAMADAN DOĞAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1-Katalog Suçlar: Hukukumuza tutuklama oranlarını azaltmak amacıyla alınan katalog suç düzenlemesi ne yazık ki istenilenden çok uzak sonuçlar doğurmuştur. Neredeyse zorunlu tutuklama uygulamasını getirmiştir. Bu nedenle katılımcıların tümü katalog suçların CMK m.100’den çıkartılması gerektiği görüşünü savunmuşlardır.

2-Toplu Sorgulama Sorunu: Toplu tutuklama ve toplu sorgu sorunu ancak uygulamacıların eğitimi ve devlet tarafından ödenen haksız tutuklama tazminatları nedeniyle kamu görevlilerine rücu edilmesiyle önlenebilir.

Tutuklama kararlarının azaltılabilmesi için CMK m.100'e "kaçan, kaçmaya başlamış ve delil kararttığı yönünde somut olgular olan" ibareleri eklenmelidir.

Tutuklamaların ülkemizde bu oranda yüksek olmasının önemli bir nedeni de sorguların CMK'ya ve hukuka olarak uygun yapılmamasıdır. Ülkemizde de Fransa'daki özgürlükler yargıcı ve CMUK dönemindeki gibi sorgu yargıçlığı kurulması yerinde olacaktır. Böylece tutuklamalar belirli standartlara çekilebilecektir. Sorgu yargıçlığında görevlendirilecek yargıçların da belirli ve çok uzun olmayan sürelerle anılan görevlerde bulunmaları, yapılan işe yabancılaşmayı engelleyecek bir önlem olarak düşünülmelidir.

3-Uzun Tutukluluk Süreçleri: Özel görevli mahkemelerin iş yoğunluğu olağan dışı yetkiler kullanan bu mahkemelerin, olağan yargı görevleri üstlenmeleri nedeniyle sayılarının yetersiz kalması sonucu oluşmaktadır. Oysa özel görevli mahkemeler kaldırılacak olursa, diğer ağır ceza mahkemeleri ile görev dağılımı gerçekleştirilecek ve iş yoğunluğu önemli ölçüde azaltılacaktır.

Henüz soruşturma aşamasında CMK m. 250 kapsamının gereksiz ve hukuka uygun olmayacak bir şekilde genişletilmesi sonucunda iş yoğunluğu ciddi derecede artmaktadır. Bu nedenle henüz soruşturma aşamasında suç isnadının doğruluğunun değerlendirilmesi için yargıca ulaşma hakkının tanınması yerinde olacaktır. Böylece suç isnadı yargıç denetimine sunulacak ve CMK m. 250'e dayanan soruşturmaların hukuka aykırı bir şekilde genişletilmesinin önüne geçilebilecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere tutuklamayı takiben iddianame hazırlamak için aylar geçmektedir. İddianamelerin hazırlanmasında süre sınırı getirilmesi ve anılan sürenin de iki aşamalı düzenlenmesi yerinde olacaktır. Özellikle tutuklu işlerde iddianame hazırlama süresinin emredici bir şekilde ve kısa sürede düzenlenmesi yönünde düzenlemeler yapılmalıdır.

Yargıtay tarafından da CMK m. 250 kapsamına giren suçlar açısından tutuklama süresi en fazla on yıl olarak kabul edilmektedir. Anılan kabul CMK'nın zorlanarak tutuklama sürelerinin özgürlük aleyhine genişletilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu anlayış ve içtihattan hızla dönülmelidir. Ancak kanunun değiştirilerek masumiyet karinesini hiçe sayan on yıllık bir tutuklamaya en aleyhe yorumda dahi izin vermeyecek yasal bir düzenleme yapılmalıdır.

Yine Yargıtay vermiş olduğu karar ile; ilk derece mahkemesinin kararı nihai karardır, bu karardan sonra tutuklular hüküm özlü konumuna gelir ve tutuklu olmazlar demiştir. Anılan yorum tamamen hukuka aykırıdır. Zira bu kabul 10 yıllık tutuklama süresini sadece ilk derece mahkemesi yargılaması için kabul etmiş konuma gelmiştir. Yargıtay süreci ise tutuklamaya dahil edilmeyecektir. Bu durum bizim mevzuatımıza aykırıdır. Zira hüküm özlü tutuklu ya da tutuklu ayrımı bizim mevzuatımızda karşılığı olmayan kavramlardır. Yargıtay'ın da anılan yorumu en kısa sürede değiştirmesi umulmaktadır.

4-Tutukluluk İncelemeleri: Yukarıda da belirtildiği üzere taraflar çağrılmadan, kağıt üzerinde gerçekleştirilen tutukluluk incelemeleri hukuka aykırıdır. Uygulamaya bu yönde yapılan itirazlara

sonuç alınamamakta olup mevzuat uygulamayı destekler nitelikte bulunduğundan AİHM önünde Türkiye aleyhine ihlal kararları verilmektedir.

Yine yukarıda belirtildiği üzere temyiz aşamasında tutukluluk incelemesi yapılmamaktadır. Yargıtay'ın mevcut iş yükü altında tutukluluk incelemesini yapması da fiilen mümkün değildir. Bu nedenle istinaf mahkemelerinin açılması ve tutukluluk incelemelerinin hukuka ve ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun olarak gerçekleştirmesinin sağlanması acil bir ihtiyaç olarak durmaktadır.

Yukarıda belirtilen son sorun özel yetkili mahkemelerin örgütlü suçlardan beraat ve diğer suçlar açısından görevsizlik kararı vermesi ve tutukluluğun anılan aşamada hiçbir incelemeye tabi tutulmamasıdır. Anılan süreçte tutuk incelemesinin yapılmasının şart olduğu mevzuatın da emredici bir hükmüdür. İstinaf mahkemeleri açılıncaya kadar incelemenin Yargıtay tarafından gerçekleştirilmesi uygun olacaktır.

Beraat kararlarının temyiz edilmemesi halinde de dosyanın görevli mahkemeye gidene kadar geçecek olan süreçte görevsizlik kararını veren özel görevli mahkeme, dosya yeni mahkemesine ulaştıktan sonra ise tutukluluk incelemesinin görevli mahkemece gerçekleştirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

5-CMK m.94 Kapsamındaki Tutuklama Kararları: CMK m. 94'e dayanılan tutuklama kararları uygulamada yol tutuklaması olarak isimlendirilmektedir. Anılan tabir hukuka uygun değildir ve değerlendirme hatasına yol açmaktadır. CMK m.94 uyarınca şüphelinin huzuruna çıkarıldığı yargıç tutuklama koşullarını incelememekte yakalanan kişi ile hakkında yakalama emri çıkartılan kişi olup olmadığını tespit etmektedir.

Yakalanan kişinin tutuklanıp tutuklanmayacağının değerlendirmesinin CMK m.94 uyarınca huzuruna çıkarıldığı yargıç tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Zira CMK'nın anılan maddesinde kişinin "serbest bırakılmadığı takdirde" tutuklanacağı düzenlenmiştir. Bir yargıcın serbest bırakma yetkisi bulunmaktaysa aynı yargıcın tutuklama şartlarının oluşup oluşmadığını tartışabileceği açıktır. Bu şekilde uzun ve keyfi tutuklamaların azalması mümkün olabilecektir. Tutuklama şartlarının oluşmadığına kanaat getiren yargıcın, buna rağmen tutuklama yapmak zorunda olması CMK'nın açık hükmünü ihlal edeceği gibi, AİHS'ni de ihlal eder. Zira AİHM, şüphelinin sorgusu için çıkarıldığı yargıçlıkta, yargıcın serbest bırakma yetkisinin bulunmaması halini AİHS'ne aykırılık olarak kabul etmektedir.

6-Adli Kontrol Tedbirleri: Adli kontrol sadece basit, cezası az olan suçlarda kullanılacak olan bir tedbir değildir. CMK m. 109/4 uyarınca yurt dışına çıkış yasağı ve güvence miktarı yatırma tedbirleri cezası ağır olan suçlar açısından da uygulanabilecektir ve uygulanmalıdır. Ancak uygulamada adli kontrol, özellikle de CMK m 250'e dayanan soruşturma ve kovuşturmalar açısından hemen hemen hiçbir zaman uygulanmamaktadır. Kimi kısıtlı haller dışında adli kontrol sadece CMK ile getirilen azami tutukluluk sürelerinin sonrasında uygulanan bir tedbir çeşidi haline gelmiştir. Uygulamanın izlediği bu yolun kaynağı CMK değildir.

CMK m. 109/1 ile getirilen süre sınırının kaldırılması ve adli kontrol tedbirlerini uygulamada yargıçlara daha geniş bir takdir hakkı tanınması önerilmektedir.

7-Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat: CMK, koruma tedbirlerinin nedensiz ve orantısız bir şekilde uygulanması halinde devletten tazminat istenebileceğini düzenlemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere CMK m. 141'e dayanan tazminat talepleri sadece beraat kararı nedeniyle alınabilen haksız tutuklama tazminatlarıdır. Uygulamanın bu hatasının acilen önüne geçilmesi ve CMK m. 141'de sayılan diğer tazminat olasılıklarının da mahkemeler tarafından dinlenilmesi gerekmektedir.

Mevzuata bir hüküm eklenerek zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılan davalarda tutuklu yargılanan sanıkların da haksız tutuklama tazminatı isteyebilmelerinin önü açılmalıdır.

Ülkemizde tutuklamaların olağan dışı boyutlara ulaştığı yukarıda da belirtilmiştir. Tutuklamaların bu boyutlara ulaşmasının en önemli nedeni yargıçların takdir haklarını hep özgürlük aleyhine kullanmış olmalarıdır. Bu nedenle devlet tarafından ödenen haksız tutuklama tazminatları için yargıçlara rücu edilmelidir.

Uygulamadaki sorunların aşılmasında yargıç ve Cumhuriyet savcılarına yönelik olarak temel hak ve özgürlükler konusunda bilinç arttırma çalışmaları yapılması, hukuk fakültelerindeki eğitimden başlayarak özgürlüğe saygının uygulamacılara verilmesi önemli birer unsurdur.

İLETİŞİMİN TESPİTİ

İletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler 5271 syl. CMK m.135-138, PVSK Ek m. 7, JTGYK Ek m.5 ve DİHMİTK m.6 ile yapılmış durumdadır. İletişimin dinlenmesi ve tespitini yapan düzenlemelerin tümü bu tedbire başvurma amacını "önleme amaçlı denetleme" olarak belirtmektedir. Başvurulabilecek tedbirler ise "tespit", "dinleme", "kayıt", "sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi" olarak düzenlenmiştir.

CMK m. 135/1'de "*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır."* denilmektedir.

Madde metninden anlaşılacağı üzere bu tedbirlerden herhangi birine başvurabilmek için CMK m.135/6'da sayılan fiillerden birinin işlendiğine dair "kuvvetli suç şüphesi bulunması" ve "başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmaması" gereklidir. Bu durumda dahi, iletişimin dinlenmesi ve diğer tedbirlere ancak hakim kararı ile başvurulabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise savcı bu tedbirlere karar verebilmekte ancak bu kararın yirmi dört saat içinde hakim tarafından onaylanması gerekmektedir.

CMK'da, "bir suç soruşturması" çerçevesinde ve adli bir işlem olarak başvurulabileceği düzenlenen bu tedbirler, gerek PVSK, gerek JTGYK ve gerekse DİHMİTK'da bir idari işlem olarak düzenlenmiştir. Ancak ister adli, ister idari işlem gereği uygulanmış olsun iletişimin tespiti kararının hakim tarafından verilmesi ya da onaylanması gerekmektedir.

İletişimin tespiti kararları;

- CMK m.250/1'de sayılı suçlara ilişkin adli soruşturmalarda delil etme amacıyla veya
- PVSK ve JTGYK uyarınca; "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere" ve DİHMİTK uyarınca; "Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak"

Ancak hakim kararıyla,

- Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda CMK uyarınca Cumhuriyet Savcısı, PVSK uyarınca Emniyet Genel Müdürü/ İstihbarat Dairesi Başkanın emri; JTGYK uyarınca Jandarma Genel

Komutanı/İstihbarat Dairesi Başkanın yazılı emri; DİHMİTK uyarınca ise MİT Müsteşarı/Yardımcısının yazılı emri ile karar alınabilecektir.

- Bu kararlar en geç 24 saat içinde hakim onayına sunulmak zorundadır.

Aslında idari işlem niteliğinde olan kararlar, hakim onayına sunulmakla adli bir nitelik kazanmaktadır.

I-MEVZUATTAN KAYNAKLANAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1- İletişimin denetlenmesinin ilişkin CMK m. 135/3 de azami bir süre öngörülmelidir. Kişinin sonsuza kadar dinlenmesi ve özel hayatına ölçüsüz müdahale edilmesinin önüne geçilmelidir. Tape çözümlerinin sonradan ayıklanıyor olması özel hayatın gizliliğine müdahale edildiği gerçeğini değiştirmemektedir.

2-İletişimin tespiti ve dinlenmesi kararı verilen zaman süresince, elde edilen bilgi ve bulguların belirli sürelerde hakim onayına sunulması ve hakim denetimine tabi tutulması zorunluluğu getirilmelidir.

3-Mevzuattaki düzenlemelerde yer alan, "derhal ve en kısa sürede" ifadeleri daha net bir biçime kavuşturulmalı, azami süreler konulmalıdır.

4- İletişimin denetlenmesi kararlarının gizli olması, silahların eşitliği kuralının ihlalidir. Savunma hakkının kullanılmasının önünde engel teşkil etmekten çıkarılmalıdır.

5-İletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen verilerin de yirmi dört saat içerisinde hâkim denetimine sunulması düzenlenmelidir.

6-Dinleme ve tape işlemlerinin adli/idari mercilerden bağımsız bir kurum tarafından yapılması ve dinlemenin alt yapısının şeffaf hale getirilmesi için gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

7-Dinleme kapsamında yapılan işlemlere dair esaslar, tespit işleminin yöntemi, kaydı, saklanması vs. gibi işlemlerin usulleri yasayla düzenlenmelidir.

8-Savcının, soruşturma aşamasında CMK m.250 yer alan yetkileri kullanmadan önce hakim izni alması zorunluluğu yasal düzenleme ile getirilmelidir.

9-Dinleme kararı verildikten sonra ilk delil elde etme durumunda dinlemeye devam edilmemesi için yasal düzenleme yapılmalıdır.

10- Önlem amaçlı dinlemelerde de yine aynı tür hak ihlallerine rastlanılmaktadır. İstihbarat amacıyla dinleme yapma yetkisi tamamen kaldırılmalıdır.

11-İletişimi dinlenen kişi bakımından denetim mekanizmalarına başvuru yolunun kapalı oluşu/gizliliği sorun teşkil etmektedir. İletişimin dinlenmesinin denetlenmesine ilişkin etkin bir başvuru yolu mekanizmasının oluşturulması için itiraz mercii yasayla düzenlenmelidir. İletişimin denetlenmesi kararlarına karşı yargısal başvuru ve denetim mekanizmaları oluşturulmalı, gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Haberleşme hürriyeti, özel yaşamın gizliliği gibi çok önemli anayasal hakları ihlal edilen kişinin, itiraz hakkının olmaması öncelikle **'Hukuk Devleti'** ilkesinin ihlalidir.

12-Hukuka ve yasaya aykırılık durumlarında tazminat yolunun etkin bir yol olarak kullanılması, rücu mekanizmasının işlerlik kazandırılması sağlanmalıdır.

II-UYGULAMADAN KAYNAKLANAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ:

13. Tedbir Taleplerinde/Kararlarında Gerekçe Bulunmaması:

-Başka bir yolla delil elde edilemediğine ilişkin gerekçenin olmaması,

-Bu tedbire başvurulmasını gerektiren durumun ve gerekçesinin ne olduğunun açıklanmaması uygulamadaki en önemli sorunlar arasındadır

CMK m.135 ve ilgili yönetmelikte yer alan düzenlemenin aksine, uygulamada iletişimin tespitine, kayda alınmasına neden ihtiyaç duyulduğunun talep ya da kararlarda belirtilmemektedir. Savcılık, kolluk taleplerinde ve mahkeme kararlarında hangi tedbire neden ihtiyaç duyulduğunun belirtilmemesi yaygın bir eksikliktir. Talep ve kararlarda yasanın aradığı hiçbir gerekçeye yer verilmemektedir. Keza uzatmaya yönelik talep ve kararlar da gerekçesiz olarak verilmektedir.

14. Tedbir İstenen İletişim Aracına Dair Yasada Sayılan Unsurların Eksikliği: CMK m.135/3'de " hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir", denmektedir. Yasanın açık düzenlemesine karşın bu madde hükmü kimi zamanlarda, amacına aykırı kullanılmakta kimlik bilgisi belirtilmeden, sadece telefon numarası verilerek talep ve karar alınmakta ve dinleme kaydından şahsın kimliğine ulaşılmaya çalışılmaktadır. Halbuki talepte ve kararda, iletişimine müdahale edilecek şahsın kimlik bilgilerinin tereddüde yer bırakmayacak kesinlikte ve açıklıkta yer alması gerekmektedir.

15. Yasada sayılı tedbirlerin tümüne birden karar verilmesi: CMK m.135'de bu tedbirin başvurulması halinde; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal verilerinin bildirilip belirlenmesi gibi bir sıralama yapılmıştır. Ancak uygulamada tespit, dinleme, kayda alma ve sinyal verilerinin tespitine dair işlemlerin hepsi aynı anda, birlikte talep edilmekte ve kararlarda da tümü yönünden izin verilmektedir. Halbuki iletişimin tespiti ayrı bir işlemdir, iletişimin kayda alınması ayrı bir işlemdir. Bu uygulamaların aynı anda yapılması için bir gerekçenin olması ve bu gerekçenin dayanağının bu iletişimin tespiti istenilen şahsın kullandığı iddia edilen telefon numarasının gerçekten onun tarafından kullanılıp kullanılmadığının delil ve bilgilerle birlikte açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Ancak uygulamada bu koşullar tamamen göz ardı edilmektedir.

16. Yargı çevresi sorunu: Özel görevli savcıların kendi yetki alanı dışındaki yargı çevrelerine yönelik dinleme kararı talep etmesi ve mahkemelerin de bu doğrultuda karar vermesi sık rastlanan uygulamalardan biridir. Mevzuatta buna imkan veren bir yetki düzenlemesi olmadığı halde uygulamada bu tür kararlara sıklıkla rastlanmaktadır.

17. Elde edilen bilgi ve bulguların delil değeri sorunu:

a. İletişimin dinlenmesinin tape çözümlerinin kolluk tarafından yapılması sorun teşkil etmektedir. Tape çözümlere, konuşma aralarında kolluk kendi yorumunu da eklemektedir. Konuşma sırasında kullanılan ifadenin ne anlama geldiğini yorumlamaktadır. Bu durum delile müdahale anlamına gelmektedir

b. Tabe çözümlerinde, kolluğun kayıt altına alınan dinlemeleri aslına aykırı olarak tape etmesi de uygulamada sıkça karşılaşılan sorunlardandır.

c. Dinleme kararından önceki döneme ya da kararda verilen süreden sonraki döneme ait görüşme ve dinleme kayıtlarının dosyaya kanıt olarak konulması ve karara esas alınması bir başka sorundur.

d. İletişimin tespiti ve dinlenmesinden elde edilen bilgiler uygulamada tek başına delil olarak kabul edilmekte ve mahkumiyet kararlarına dayanak olmaktadır.

e. Kısıtlama kararı verilen dosyalarda tape kayıtlarının müdafiinin incelemesine izin verilmemesi başka bir sorun tespitidir. Halbuki, iletişimin dinlenmesinin kaydı tape haline getirilmiş ise, bu bir bilirkişi raporu niteliğindedir, taraflardan gizlenmesi mümkün değildir.

f. Tanıklıktan çekilme hakkı olan kişilere ait dinleme verilerinin soruşturma ve kovuşturma dosyalarından çıkarılmaması da sorun teşkil etmektedir.

18. Özel verilerin elde edilmesi sorunu: Dinleme sırasında elde edilen özel hayata ilişkin veriler, kolluk tarafından şüpheliye karşı tehdit ve şantaj amaçlı olarak kullanılmakta, bu veriler şüpheliden ifade elde etmeye yönelik araç haline gelmektedir.

19. Amaca uygunluk ve gizlilik esası bakımından denetlenememe sorunu: Dinleme kayıtlarının ayıklama işini kolluk yapmaktadır. Bu kolluğa delil değerlendirme yetkisi verme anlamına gelmektedir. Uygulamada delil toplama işi zaten kolluğa bırakılmış durumdadır. Delilleri değerlendirme işi de bu durumda kollukta kalmaktadır. Bunun önüne geçilmesi gerekmektedir. Soruşturma evresinde savcılık makamının bu yetkilerini tamamen kolluğa bırakmış olması da sıkıntı yaratmaktadır. Kolluğun önleme amaçlı dinleme yaptığı durumlarda, dinleme yapılan süre içinde birden fazla suç işlendiği halde durumu derhal adli makamlara bildirmediği, dinlemeyi sürdürdüğü, adeta suçun işlenmesine müsaade ettiği ya da hakkında dinleme kararı verilen kişi ile ilgili dinleme süresi içinde herhangi bir delil elde etmediği halde tekrar tekrar karar talep ettiği çok sık görülen durumlardır. Bunun önüne geçecek yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

20. Üçüncü kişilerin dinlenmesi: Soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan 3. kişiler ile olan iletişimde, tesadüfen elde edilen delillerin hakim denetimine tabi olmaması da önemli bir sorun alanıdır.

21. Kayıtların muhafazası/imhası sorunu: Yargılama sonuçlanıncaya kadar tape çözümlemelerinin orijinal kayıtlarının dosyada muhafaza edilmesi gerektiği halde bunların asıllarının dava sonuçlanmadan imha edilmesi sorun teşkil etmektedir. Bu durumda elde edilen verilerin asılları yok olduğu için delil değeri olması da mümkün olmamaktadır.

22. Ayrıca gizlilik nedeniyle, ilgili tarafın kayıttan haberi olmadığı gibi imhadan da haberi olmamaktadır. Bu durumda, ilgili kişi içeriği denetleyemediği için belki de lehine delil oluşturabilecek kayıtların ortadan kaldırılmasına itiraz hakkını kullanamamaktadır.

23. Bu tedbirle kişinin dinleme süresinde yaptığı tüm konuşmalara ulaşabilme olanağı sağlanmış olmaktadır. Bu kayıtlar dosyaya girmeden ayrı bir yerde korunmalı, kişi talep ettiği taktirde bu kayıtların orijinallerine ulaşabilme hakkı sağlanmalıdır. Ayrıca dinleme kaydının ayıklanması işini savcılığın bizzat yapması gerekmektedir. Dosyaya savcılık tarafından ayıklanarak oluşturulmuş kayıt kanıt olarak sunulmalıdır.

24. Katalog suçlar sorunu: CMK m.135 de öngörülen katalog sınırlamasını aşmak amacıyla kasıtlı olarak soruşturmanın örgüt kapsamında başlatıldığı durumlarda, bu yasal dayanakla toplanılmış

kanıtların yasak delil olarak kabul edilmesi, yasadışı yolla elde edilmiş bir delile dayanarak başka bir delile ulaşılmış ise bu delillerin de hukuka aykırı delil kapsamında görülmesi için gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME

I-KONUYA İLİŞKİN GENEL SORUNLAR:

A-KARAR VERME SÜRECİ AÇISINDAN

1-Teknik takibin kullanıldığı ceza soruşturmalarında, idarenin ve idarenin talimatı altında faaliyet yürüten kolluğun takdir yetkisinin belirleyici olduğu görülmektedir. Soruşturmaların planlanma ve yürütülüş şekli, potansiyel suçlu gruplarının var olduğu şeklinde bir ön kabul olduğu izlenimini uyandırmaktadır.

2-Soruşturmalarda savcı-kolluk hiyerarşisi tersine dönmüş durumdadır.

3-CMK m.250 kapsamındaki soruşturmalarda **kolluk-savcı ve hakim** bağımsız makamlar yerine tek ve birlikte faaliyet gösteren tek bir makam görüntüsü vermektedir. Yasal mevzuatın getirdiği usulü garantiler açısından hakim denetimi aslında etkin ve işlevsel olmayıp, savcılıktan gelen talepleri onaylamakla yetinen bir makam olarak karşımıza çıkmaktadır.

4-Hali hazırda mevcut olan yasal mevzuatın eksiklikleri bir yana, mobese, basın ve üçüncü kişiler aracılığıyla elde edilen "delillerin" kullanılabilirliği hususunda ciddi yasal sorunlar gözlemlenmektedir. CMK m.250 bağlamında yürütülen soruşturmaların hemen hemen tamamında delil elde etme yöntemlerinin şeffaflıktan uzak olduğu ve silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiği çok rahatlıkla söylenebilir. Arızi delil / kolluk dışı kaynaklardan elde edilmiş delillerin (teknik izleme) yargılamada kullanılması açısından delil değeri, menşei ciddi bir güvence sorunu içermektedir. Bu tür "delillerin" kaynakları ve sorgulanabilirliği açısından kötüye kullanabileceği boşluklar mevcuttur.

5-Teknik araçlarla elde edilen delillere ilişkin **"bilimsel değerlendirmeleri"** yine bu delilleri elde eden kolluk yapmaktadır. Kolluk bazı durumlarda "uzman" yardımına başvurabilse de uzmanların niteliği hususunda belirsiz bir durum mevcuttur (örneğin Kürtçe yapılan ortam dinlemelerinin çözümlenmesi).

6-İlk teknik izleme kararı verilmesi ile uzatma kararları açısından yerindelik ve gereklilik denetimleri hakim tarafından gerektiği şekilde yapılmamaktadır. Hakim sadece gelen her talebe izin veren bir makam olarak gözlemlenmektedir. Verilen red kararları hiç yok denecek kadar az olup, bu durum hakim denetiminin şekli olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kararlarda gözlemlenen bir başka özellik verilen kararların neredeyse hepsinin aynı gerekçelere dayanması, kararların matbu bir formu andırmasıdır. Bir başka ifadeyle konuya ilişkin savcı ve hakim kararları şüphenin ferdileştirilmesi açısından ciddi belirsizlikler ve muğlaklıklar içermektedir. Gerçektende talepte ve kararda adı geçen kişi altında bir başka kişi hakkında delil toplanmasını denetleyecek etkin mekanizmalar bulunmamaktadır. Sonuç olarak kişisel verilerin toplanması –aleyhte veri depolama-özel hayatın dokunulmazlığına müdahale açısından mevcut yasal mevzuat ve uygulama idareye sınırsız bir takdir yetkisi vermektedir.

7-Bu başlık altında son olarak CMK m.141/1'de – hukuka aykırı teknik izlemeler açısından bir tazminat müessesinin öngörülmemesi ciddi bir hukuksal eksiktir.

B-MEVZUAT AÇISINDAN ÖNE ÇIKAN SORUNLAR

i. CMK

8-CMK m.140'da kullanılan "kamuya açık yerler" ve "konut" kavramı açısından belirsizlikler mevcuttur? (bakınız Nimetz / Avusturya kararı). Özel hayat – kamusal hayat ayrımı açısından kesin ayırıcıların olmaması nedeniyle özel hayatın her an tehlike altında olduğu söylenebilir. Bir diğer ifadeyle sadece konutun "mahrem" kabul edilmesi bugünün şartları altında kabul edilebilir değildir.

9-CMK m.140/2 göre cumhuriyet (kolluğun) savcısının böyle bir alanda tek başına söz sahibi olması, hakim denetiminin şeklen mevcudiyeti ciddi anlamda sorunlar yaratmaktadır.

10-CMK m.140/3 hükmü ile 5397 sayılı yasanın 1.maddesinin 2 ve 4. fıkraları açıkça çelişmektedir. 5397 sayılı yasa (önleme ve istihbarat dinlemeleri) yasal kesinliğe aykırı olarak idareye aşırı geniş bir yetki vermekte ve m.140'ın getirdiği "sınırlı da olsa var olan" "takdir yetkisinin" sınırlarını olabildiğince belirsizleştirmektedir.

11-CMK m.140/3 açısından fiiliyatta bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Yasal mevzuat "müteaddit kereler uzatabilir" diyerek bu yolla delil etme süresi açısından sınırsızlığa yol açmaktadır. Bu belirsizliğin önlenmesi açısından bir üst zaman sınırlamasının konulması uygun olacaktır.

12-Süre uzatımı açısından CMK m.140/3'de bulunan "gerekli görüldüğü" ibaresi belirsizdir ve ucu açıktır. Kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının istisna olduğu ve "yasal kesinlik" ilkesinin ancak net ve öngörülebilir bir mevzuatla sağlanabileceği göz önüne alındığında, ilgili hükmün belirsizliğe neden olmayacak, haklar ve özgürlüklere saygı duyan bir nosyonla yeniden ve açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

13-CMK m.140/4 aleyhte bir delil bulunmaması durumunda, elde edilen delillerin imhasında sadece savcının bulunmasını öngörmektedir. Hüküm silahların eşitliği ve hakim güvencesi yönünden olabildiğince sorunludur. Teknik takip sonucunda bir delil elde edilmemişse, konuyla ilgili haklarını kullanabilmeleri ve veri imha sürecini denetleyebilmeleri amacıyla ilgililere ve en başta soruşturma konusu olan şahsın kendisine haber verilmesi gereklidir.

14-CMK m.140/5 anlamında izlemenin "konutla" sınırlandırılmaması, sınırlamanın özel hayatın yaşandığı yerlerin tamamını kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. "Kamuya açık yerler "muğlak bir kavram olup, bunun mahiyeti açık bir şekilde düzenlenmelidir.

15-Yasada avukat bürolarının teknik araçlarla takibin yapılamayacağı konusunda net bir güvence yoktur. Arama açısından mevcut olan garantinin diğer delil elde etme yöntemlerine de uygulanması gerekmektedir.

ii. 5397 Sayılı Yasa

16-CMK 135-140.maddelerinin getirmiş olduğu ve hali hazırda zayıf olan güvenceler, 5397 sayılı Yasanın getirdiği önleme ve istihbari-takip-izleme yolu ile tamamıyla ortadan kaldırılmıştır. Sonuç olarak kişi temel hak ve özgürlüklerine her an tecavüzün mümkün olduğu vahim bir hukuki durum yaratılmıştır. Bu durum hukukun araçsallaşmasının tipik bir örneğidir. 5397 Sayılı Yasa'nın gerek "karar verme süreci" gerekse de "uygulanması" açısından ciddi bir şeffaflık sorunu bulunmaktadır.

iii. Yönetmelik[1]

17-CMK m. 138 ancak, arama, el koyma ve iletişime müdahale vasıtasıyla elde edilen "tesadüf" delillerinin ne şekilde "kullanılacağını" düzenlerken "Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin" 22. maddesi "teknik takip" sırasında tesadüfen elde edilen delilin de "muhafaza altına alınıp" derhal Cumhuriyet savcılığına gönderileceğini düzenlemektedir. CMK m. 140/4 ile açıkça düzenlenmeyen bu konu Yönetmelik m.22 ile düzenlenmektedir. Bu durum Anayasal garantileri açıkça ihlal etmektedir.

18-Yönetmelik'in 10/1. ile 18. maddeleri arasında ciddi bir çelişki bulunmaktadır. İlgili yasa hükmünün (TCKm.140), TCK 220/2, 7 ve 8. fıkralarını dışarıda tutmasına rağmen yönetmeliğin terör örgütünün faaliyeti kapsamında ise bu suçlar açısından teknik izlemeye cevaz vermesi yasal kesinlik ilkesine aykırıdır. Bu şekliyle kanunun kapsamı yönetmelikle genişletilmektedir.

19-Teknik izlemelere ilişkin çözümler kolluk içindeki, konuyla ilgili ehliyetleri hususunda kati veriler olmayan personel tarafından yapılmaktadır. Değerlendirmeleri yapan uzmanların niteliği ve vasıflarının nesnelliliği, nasıl seçildikleri, seçilme ve değerlendirmelere karşı etkili bir itirazın öngörülmemesi idare lehine ciddi bir belirsizlik yaratmaktadır.

20-Yönetmelik madde. 19'da, "gözetleme kavramı" ile CMK m.140'da olmayan yeni bir kavram yaratılmıştır. Ayrıca yönetmelik m.19'da kişinin "işyeri" izlemenin merkezine alınmaktadır. Son olarak yönetmelik m.19'da kullanılan "her türlü faaliyet" ile yasadaki "faaliyet" olarak kullanılan terimin kapsamı genişletilmiş ve ciddi bir belirsizlik yaratılmıştır.

21-Yönetmelik m.20/5'de teknik araçlarla izleme sonucunda herhangi bir suç bulunmaz ise cumhuriyet savcılığın bunu imha edeceğini düzenlemiştir. Düzenleme bu şekliyle "silahların eşitliğine" aykırıdır. Elde edilen verilerin imhası açısından hakim denetimi ve savcılık işlemlerinin keyfiliğini denetleyecek bir mekanizma mevcut değildir.

C- VENEDİK KOMİSYONU KARARI (2007)

Venedik Komisyonun 2007 tarihli kararı uyarınca kişilerin kamuya açık yerlerde görüntü kaydına konu olabilmesi belli şartlara bağlanmıştır. Bu koşullar:

a.AİHS madde 8 gereklerine

[1] Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Kurum : Adalet Bakanlığı, Kabul Tarihi:14.02.2007, RGT:14.02.2007, RG No:26434

b.Konuyla ilgili kişisel verilerin toplanması ve kullanılmasına ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 5. ve 6. maddelerinin gereklerine

c. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ilgili yönergelerine

d. Yasal kesinlik ilkesine uygunluk göstermesi gerekmektedir.

II- SONUÇ VE ÖNERİLER

- CMK m. 140 gerek lafız gerekse de öz itibarıyla, kişinin hak ve özgürlükleri aleyhinde belirsiz bir takım riskler yaratmaktadır. Bu nedenle özel hayatın dokunulmazlığı ve mesleki sırrın korunması bağlamında ve yasal kesinlik ilkesi ışığında maddenin acilen elden geçirilmesi gerekmektedir.

- Ayrıca yasadaki düzenlemeler yönetmelikle genişletilmiş ve idareye sınırları belirsiz bir takdir yetkisi yaratılmıştır. Bu durumun önüne geçmek için yasal mevzuatın elden geçirilmesi sonrasında yönetmelikte gerekli değişiklerin yapılması gerekmektedir.

- Savcının teknik takip uygulamasını ve ilgili uzatmaları talep ederken somut verilere dayanması, kuvvetli şüphenin varlığı ve başka türlü delil elde edemediğini somut olgularla ortaya koyması gerekmektedir. Teknik takibin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması açısından çok önemli bir koruma tedbiri olması nedeniyle tüm aşamalarda hakim denetiminin ve silahların eşitliği ilkesinin etkin bir şekilde sağlanması ve uygulamaya geçirilmesi şarttır.

- Teknik takip hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması açısından çok önemli bir koruma tedbiridir bu nedenle tüm aşamalarda silahların eşitliği ilkesi uyarınca koruma tedbirine konu olan kişinin haklarını güvence altına alan etkin bir bilgilendirme ve itiraz müessesi tesis edilmeli ve işletilmelidir.

- Mobese kayıtları ile üçüncü kişilerce elde edilerek soruşturma makamlarına iletildiği belirtilen ses ve görüntü kayıtlarına dair delil "değeri" açısından bir yasal dayanak tesis edilmelidir.

- Ayrıca sorun kısmında belirtilmiş olan hususların ortadan kaldırılmasına yönelik uygulayıcıların aktif ve donanımlı bir şekilde çaba gösterebilmeleri amacıyla , bu tür delil elde etme yöntemlerine karşı koyabilmelerini sağlayabilecek farkındalık eğitimleri düzenlenmeli, örnek dilekçeler, örnek yargı kararları ve örnek AİHM kararları ile meslektaşlara katkı sağlanması önerilmektedir. Ayrıca konuyla ilgili kitlesel AİHM başvurularının yapılması, bu amaca yönelik olarak dilekçe örneklerinin hazırlanması önerilmektedir.

GİZLİ SORUŞTURMACI-GİZLİ TANIK

A-GİZLİ SORUŞTURMACI

I-GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN SORUN ALANLARI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilebilecek Suçlar ve Haller: Gizli soruşturmacı görevlendirilebilecek suçlar ve istisnaları tek tek sayılmıştır[2]. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m.188),

[2] CMK m.139/7

silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama (TCK m. 314, 315), Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12), Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220) suçları bu kapsamdadır. TCK 220. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen örgüt üyesi olma, 7. maddesinde düzenlenen örgüte yardım etme ve 8. fıkrasında düzenlenen propaganda suçları ise istisna olarak sayılmıştır. Ancak yukarıda da değinildiği gibi 2006 yılında yapılan değişiklikle TMK kapsamına giren suçlar yönünden bu istisnalar kaldırılmış bir yıl gibi kısa bir ceza öngörülen propaganda suçu yönünden dahi gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin önü açılmıştır.

Bir suçla ilgili gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için sayılan suçlarının varlığının yanı sıra "kuvvetli şüphe nedenlerinin bulunması" ve "başka türlü delil elde edilememesi" gerekmektedir.

Ancak gizli soruşturmacı aracılığı ile elde edilen bilgiler üzerine başka yollarla delil toplanması mümkündür. Örneğin tespit ettiği telefonların dinlemeye alınması, suça karıştığını bildirdiği kişiler hakkında teknik takip uygulanması gibi adli işlemler yapıldığında artık "başka yollarla delil elde edilememesi" koşulu ortadan kalkmış olacaktır. Mevzuatta bu gibi durumlarda yani zincirleme delil toplanmaya başlanması halinde gizli soruşturmacının görevinin son bulacağına ilişkin düzenleme bulunmaması ciddi sakıncalar taşımaktadır.

2. Gizli Soruşturmacının Olabileceklerin Niteliğine İlişkin Sorunlar: Yasa gizli soruşturmacının "kamu görevlisi" olmasını ön görmektedir. Bu nedenle kolluk görevlisi olmayan bir kişi de kamu görevlisi sıfatı taşıması halinde gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilecektir. Gizli soruşturmasının görevi gerek işin niteliği, gerek tanımı gereği bir suç soruşturmasının yürütülmesine ilişkin olup, adli görev kapsamındadır. Soruşturma işlemleri cumhuriyet savcıları tarafından bizzat ya da emrindeki "adli kolluk görevlileri" tarafından yürütülür[3]. Adli kolluk görevi olan kamu görevlileri yasada[4] sayılmıştır.

Gizli soruşturmacının "adli kolluk görevlisi" olması zorunlu olmadığı gibi, adli görevi olan bir kolluk görevlisi olması da zorunlu değildir. İlgili yönetmelikte[5] gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kamu görevlisi oldukça geniş tanımlanmıştır. Buna göre "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" kamu görevlisi kabul edilecektir.

Adli görevi bulunmayan, kolluk görevlisi dahi olmayan kişilerin gizli soruşturmacı olarak atanacak olması ciddi sakıncaları beraberinde getirecektir. Gizli soruşturmacının görev ve yetkisinin genişliği bu konuda yaşanacak sorunların ve ihlallerin ciddiyetini arttırmaktır. Ceza hukuku ve temel hak ve özgürlükler konusunda bilgi ve deneyimi olmayanların sözleşmeli olarak veya başka yolla gizli soruşturmacı olması mümkün olmamalıdır.

CMK, kamu görevlisi olmayı yeterli saymakla aslında çokça başvurulan muhbir/haber alma elemanı kullanmaya dair pratiğe yasal kılıf hazırlamıştır. Aslında istihbarat toplamak için kullanıla gelmekte olan yöntemler, haber kaynağını doğrudan adli soruşturmanın parçası haline getirme olanağı sağlanarak yaygınlaştırılmıştır.

---

[3] CMK m. 160,161
[4] CMK m. 164
[5] Yönetmelik m. 4/1-ğ

Uygulamada gizli soruşturmacıların, avukat kimliği ve avukat sıfatı kullanabildiğine rastlanmaktadır. Avukatlık ve hekimlik gibi meslekleri yürütenlerin sır saklama yükümlülüğünün olması kişilerde güven yaratır. Bu şekilde elde edilen bilgilerin bir suç soruşturmasında kullanılmaması gerekmektedir. Gizli soruşturmacının bu gibi sıfatları kullanmasına engel olacak düzenlemenin bulunmaması ciddi bir yasal boşluk yaratmaktadır.

3. Gizli Soruşturmacının Görev ve Yetkilerinden Doğan Sorunlar:İlgili yönetmelik gizli soruşturmacıyı, "Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi[6]" olarak tanımlamaktadır. Gizli soruşturmacının yetki ve sorumluluklarını düzenleyen yasa ve yönetmelik hükümleri[7] benzer içeriktedir.

Tanımdan da anlaşılacağı gibi maddede iki tür görev sayılmıştır. Bilgi ve delil toplamak şeklinde özetlenebilecek bu görevler için soruşturmacı gerektiğinde örgütün içine sızacaktır. Başka bir değişle istihbarat görevi ile delil toplama görevi aynı kişide toplanmıştır.

Gizli soruşturmacının şüphelilerden elde ettiği bilginin "susma hakkını" ihlal ettiği, kişilerin dolanbaçlı ya da hileli yollarda kendi aleyhinde bilgi vermesinin yolunu açtığı açıktır. Ayrıca şüpheli ya da sanık beyanda bulunacak olsa dahi, ifade alma usulüne ilişkin düzenlemelere uyulması gerekmektedir. Gizli soruşturmacının şüphelilerden bilgi alması ifade alma usulüne ilişkin usul kurallarının bertaraf edilmesi anlamını taşımaktadır.

Bilgi ve delil toplama yetkisi, ceza soruşturmasının önemli ayaklarıdır ve çoğu zaman özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme serbestisi gibi pek çok temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Bir suç şüphesi nedeniyle dahi olsa bireylerin hak ve özgürlüklerine zarar verilmemesi amacıyla ceza muhakemesi pek çok usuli kurala uygun hareket etmeyi gerektirir. İletişimin tespiti, teknik takip, arama ve el koyma işlemlerinin hakim güvencesine bağlanması, belli sürelerle sınırlandırılmış olması, belli suçlar yönünden uygulanabilirlik gibi pek çok usul kuralı keyfi ve denetimsiz bilgi ve delil toplanmasının engellenmesi amacını taşımaktadır.

Ancak gizli soruşturmacı tarafından delil toplanmasına dair bir sınırlama bulunmadığından başta hakim güvencesi olmak üzere pek çok usulî güvence ortadan kalkacaktır.

Mevzuat her ne kadar gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceğini düzenlemiş, ardından da içine sızdığı örgütün işlediği suçlardan sorumlu tutulamayacağını belirtmiş ise de, gizli soruşturmacının görevi ile birlikte düşünüldüğünde maddenin uygulanması neredeyse imkansızdır. Bir kamu görevlisinin hakkında başka türlü delil elde edilmesi mümkün olmayan bir örgütün yapılanmasına dahil olması ve bilgi/delil toplayabilmesi için, öncelikle örgüt içinde güvenilirlik sağlaması gerekecektir. Bir örgüte sızabilmek aynı zamanda belli suçları doğrudan işlemeyi veya en azından suça iştirak etmeyi gerektireceğinden, "gizli soruşturmacı suç işlemez" kuralının pratik bir değeri bulunmamaktadır. Mevzuat gizli soruşturmacının denetlenmesine ilişkin bir sistem öngörmemekte, hatta çalışmaları ile ilgili "gerektiğinde rapor verme" rahatlığı tanımaktadır.

Gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceğinin yasada belirtilmesi yeterli değildir. Pratikte gizli soruşturmacının suç işlememesi ya da suça iştirak etmemesi mümkün olmadığından, işlediği suçları

[6] Yönetmelik m.4/ğ
[7] CMK m.139/4, Yönetmelik m.27/1

görmezden gelme veya suç işlemeye izin veren yasal ya da yargısal bir dokunulmazlık yaratma yoluna gidilmektedir.

4. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Kararlarında Hakim Güvencesi Sorunu: Ceza soruşturmalarında suçun ortaya çıkarılmasına dair kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin gözetilmesine ilişkin dengeyi sağlama konusunda en önemli güvencelerden biri hakim kararıdır. Yani kolluk ve savcılık tarafından talep edilen kısıtlamaların zorunluluğu ve oranlılığını taktir edecek bir hakimin varlığıdır.

CMK m.139/1. gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararın "hakim" veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde "savcılar" tarafından verilebileceğini düzenlemektedir.

Her şeyden önce gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ile gerekli prosedürel işlemler dikkate alındığında gizli soruşturmacı görevlendirmesinin birlikte mümkün olamayacağı görülmektedir. Gizli soruşturmacının belirlenmesi, kimliğinin değiştirilmesi, yeni kimliğine uygun belgelerin hazırlanması gibi uzun işlemlerin yapılması, ardından gizli soruşturmacının örgüt içine girmek için gerekli hazırlıkları yapması ve ilişkiler kurması uzun zaman alacak işlemlerdir. Böyle bir durumda gecikmesinde sakınca bulunan bir halden bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle cumhuriyet savcılarına tanınan karar verme yetkisi kaldırılmalıdır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılarca alınan kararlar, 24 saat içinde hakim onayına sunulmak zorundadır. Ancak gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin savcı kararların hakim onayına sunulacağını düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

5. Kişisel Bilgilerin Toplanması ve Kullanılması Sorunu: Yasa ve yönetmelikte gizli soruşturmacı tarafından elde edilen kişisel bilgilerin "…görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz." hükmü[8] yer almaktadır. Düzenleme kişisel verilerin elde edildiği soruşturma kapsamında kullanılmasına olanak vermektedir.

Gizli soruşturmacının bilgi toplama görevi kapsamında hangi bilgilere ulaşabileceği, neleri kayıt altına alacağı ve raporlayacağı ve bu bilgilerin nasıl ve ne kadar süre ile saklanacağı konularında hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Kişilerin siyasi görüşü, etnik aidiyeti, cinsel tercihi gibi konuların soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılmasına olanak sağlayan bu düzenlemelerin kolluk ve adli makamlar nazarında ön yargı oluşturması ve yargının tarafsızlığını zedelemesi gibi bir sonuç doğurabileceği açıktır.

6. Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Nasıl Kullanılacağı Sorunu:CMK m.139, gizli soruşturmacı tarafından tesadüfen elde edilen bilgi veya delilin varlığı halinde nasıl bir işlem yapılacağını düzenlememektedir. Oysa ilgili Yönetmeliğin 30/2. maddesinde gizli soruşturmacı görevlendirilebilecek bir suçun işlendiği şüphesi uyandırabilecek bir delil elde edilmesi halinde derhal muhafaza altına alınacağı ve durumun savcılığa bildirileceği düzenlemesi yer almaktadır.

Yönetmeliği hazırlayan Adalet Bakanlığının, gizli soruşturmacıya yasada tanımlanmamış bir yetki verdiği, başka bir ifade ile yetki genişletmesi yoluna gittiği açıktır. Anılan fıkranın iptali amacıyla İstanbul Barosu tarafından açılan davada, Danıştay 10. Dairesi başvuruyu reddetmiş ise de; davacının

[8] CMK m.139/6, Yönetmelik m.30/1

temyiz başvurusu üzerine dosyaya bakan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, daire kararının bozulmasına karar vermiştir[9].

7. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesine Dair Kararların Süresiz Olması Sorunu: Konuyla ilgili mevzuatta gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişlin kararların uygulanmasıyla ilgili herhangi bir süre öngörülmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerin ciddi şekilde kısıtlanması sonucunu yaratan bir tedbirin süresiz olarak uygulanması, tedbirlerin "geçici olması" ilkesini ihlal anlamını taşımaktadır.

8. Hazırlanan Raporların Hukuki Değeri Tartışmalıdır:CMK gizli soruşturmacı tarafından toplanan bilgi veya delillerin nasıl değerlendirileceği ve hangi makamlara bildirileceği konusunda düzenleme içermemektedir. Buna karşılık Yönetmelik, kolluk birimine gerektiğinde rapor verileceğini düzenlemektedir[10]. Her şeyden önce "gerektiğinde" ifadesi oldukça muğlaktır. Hangi bilginin rapor edilmesi gerektiği konusunda gizli soruşturmacıya geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. İşin niteliği gereği takdir hakkının yerinde kullanılıp kullanılmadığını denetleme olanağı bulunmamaktadır.

Ayrıca gizli soruşturmacının raporunu adli soruşturmanın yürütücüsü olan savcıya değil de kolluk birimine vermesi ceza muhakemesi kurallarına aykırıdır. Yönetmelik raporu alan kolluk biriminin, bunu nasıl değerlendireceği, savcılığa ibraz edip etmeyeceği konularında bir düzenleme içermemektedir. Bu raporların soruşturma dosyasına konulup konulmayacağı dahi açıklanmamıştır.

Bütün açıklamalar karşısında hazırlanan raporların "hukuki değeri" tartışmalıdır. Bu raporlar ancak bir "beyan delili" olarak kabul edilebilir. Fakat bu durumda "beyan delili" gibi güvenilirliği zayıf olan bir delil üzerine inşa edilmiş bir adli soruşturma ile kaşı karşıya kalınacaktır.

9. Elde Edilen Verilerin İmhasına İlişkin Sorunlar: Yasa elde edilen verilerin hangi koşullar altında imha edileceğini düzenlemektedir. Konuyla ilgili düzenleme Yönetmeliğin 29. maddesinde[11] yer almaktadır. Maddeye göre, elde edilen tüm veriler, ancak kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde savcı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından imha edilebilecektir. Ayrıca açılan dava sonunda beraat kararı verilemesi halinde, toplanan verilerin imha edileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İmha kararından önce veya sonra, hakkında bilgi toplanmış olan kişilerin durumdan haberdar edilmesi sağlanmadığı gibi imha işlemine katılmalarına da olanak tanınmamıştır.

10. Bireylere Tazminat Hakkı Tanınmamıştır: CMK 141. maddede sayılan ihlaller arasında gizli soruşturmacı görevlendirmesine ilişkin adli işlemlerden kaynaklanan ihlaller sayılmamıştır. Kaldı ki bireylerin yapılan işlemlerden haberdar olabilmesini sağlayacak düzenlemeler bulunmadığından tazminat talep edebilmenin pratik bir yolu da bulunmayacaktır.

B- GİZLİ TANIK

TANIK KORUMADAN GİZLİ TANIKLIĞA NASIL GELİNDİ?

[9] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 04.11.2010, 2010/2077 E., 2010/1467 K.
[10] Yönetmelik m.28/6
[11] Yönetmelik Madde 29 - (1) Gizli soruşturmacı tedbirinin kullanılması sonucunda suç işlendiğine ilişkin bilgi elde edilmemişse, elde edilen tüm veriler, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinden sonra Cumhuriyet savcısı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından, toplam süre 10 günü geçmemek kaydı ile imha edilir.

a) Tanık Koruma Kavramı ve Gizli Tanık

Türkiye'de uygulanan ceza yargılaması sisteminde tanıklık yerine getirilmesi zorunlu bir görev olarak tanımlanmıştır. Ancak belli hallerde tanıklara tanıklıktan çekinme yani tanıklık yapmama hakkı tanınmıştır[12].

Tanığın korunmasını sağlayacak pek çok tedbir vardır ve bunlar tanıklık yapılmasından sonra da devam edebilir. Adil yargılama ilkesi gereğince aslolanın koruma, istisnanın ise gizleme olması gerekir. Ancak 2005 yılında CMK'nın 58. maddesinde yapılan düzenleme ve ardından 2008 yılında yürürlüğe giren TKK uygulaması, tanığın korunmasından çok tanığın gizlenmesi deneyimlerini ortaya çıkarmıştır.

b) Tanık Koruma Tedbirleri ve Raporda Ele Alınan Kısımlar

TTK, tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizlenmesini, görüntüsünün gizlenmesini, tutuklu/hükümlü ise güvenli bir cezaevine yerleştirilmesini, fiziki koruma sağlanmasını ve geçici olarak maddi destek sağlanmasını koruma tedbirleri arasında saymıştır. Yine TTK, tanığın kimlik bilgilerinin ve buna ilişkin resmi kayıtların, belgelerin değiştirilmesi, işinin ve eğitim kurumunun değiştirilmesi, yaşadığı şehrin veya ülkenin değiştirilmesi, estetik müdahale ile görünümünün değiştirilmesi gibi daha kalıcı ve ciddi tedbirler alınabileceğini de belirtmektedir. Bu tedbirlerin birden fazlası aynı zamanda uygulanabilir.

Tanığın korunması için alınacak tedbirler içerisinde ceza yargılamasını etkileyenler, tanığın kimliğinin gizlenmesi ile görüntüsünün gizlenmesi için tanık dinlenirken alınacak tedbirlere ilişkin olanlardır. Bu nedenle bundan sonraki bölümlerde tanık koruma kavramı yerine "gizli tanık" ifadesi kullanılmıştır.

Ceza yargılamasında esas olan yüzyüzelik ilkesidir. Delillerin, iddia ve savunmanın da hazır bulunduğu ortamda değerlendirilmesi ve tartışılabilmesi, yargılamanın adil yürütülebilmesinin olmazsa olmaz kuralıdır. Özellikle tanık beyanı gibi güvenilirliği zayıf bir delilin değerlendirilmesi, tanığa sorulacak sorularla beyanlarının doğruluğunun test edilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için de gereklidir.

Tanığın kimliğinin ve dinlenme sırasında görüntüsünün gizlenmesi (özel usulle dinleme), verdiği bilginin kontrol edilmesini engelleyecek tedbirlerdir. Tanığın kim olduğunun bilinmesi, tanıklığının güvenilirliğini kontrol etmeye yarayan temel bilgilerden biridir ve gerçek dışı beyanda bulunması karşısında bu beyanın çürütülmesini sağlamak için öncelikle tanığın kim olduğunun bilinmesi gereklidir. Özel usulde dinleme sırasında tanığa soru sorulamaması, tanığın hal ve hareketlerinin gözlemlenememesi, fiziksel özelliklerinin anlaşılamaması silahların eşitliği, tanıkları sorguya çekme ve savunma hakkını ihlal edecektir.

I-GİZLİ TANIKLA İLGİLİ MEVZUAT VE UYGULAMA SORUNLARI

1-Gizli Tanıklık İçin Aranan Koşullar ve Sorun Alanları

a) Kimlik bilgilerinin gizli tutulmasına ilişkin koşullar: CMK m.58/2'ye göre kimliğinin anlaşılması tanık veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturması halinde bu tedbire başvurulabilir. Yasa ağır tehlikenin ne olduğunu tanımlamamıştır. Can ve beden bütünlüğüne karşı oluşan tehlikenin ağır olarak kabul edilmesi ve ancak uğranılacak zararın telafisinin imkansız ya da çok güç olması gibi hallerde ağır tehlike var sayılmalıdır.

[12] CMK m.45,46,47,48

TKK m.4/2'de, tanığın ya da yakınlarının "hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığının ağır ve ciddi bir tehlike" altında bulunmasından bahsedilmiştir. Malvarlığına yönelik tehlikenin telafisi imkansız olmadığından, hatta en kolay telafi edilecek zarar kapsamında bulunduğundan, gizli tanık tedbirine başvurma için yeterli sayılması yerinde değildir.

b) Özel dinleme usulü uygulanması için aranan koşullar : Tanığın duruşmada dinlenmesi sırasında ses ve görüntüsünün gizlenmesi için ağır tehlikenin varlığı yanında tehlikenin başka türlü giderilemeyecek olması şartının da gerçekleşmesi gerekir. Yasa hükmü yüzyüzelik ilkesinin ihlali sonucunu yaratan özel usulde dinleme biçimini kısıtlamaktadır. Örneğin fiziki koruma, dinlendikten sonra tanığının kimlik bilgilerinin, yaşadığı şehrin veya ülkenin değiştirilmesi, estetik müdahaleyle görüntüsünün değiştirilmesi gibi diğer tedbirler ile korunması mümkün iken yargılamada, taraflar huzurunda dinlenmesi engellenmemelidir.

Ancak uygulama bunun tam tersi olup başka koruma yollarının mevcut olup olmadığı incelenmeden kimliğin gizlenmesi ve özel usulde dinleme kararları verildiği görülmektedir.

ÖNERİLER: *Gerek kimlik bilgilerinin gizli tutulması, gerekse özel usulle dinleme tedbiri için tehlikenin, tanığın ya da yakınlarının hayatına ve beden bütünlüğüne yönelik olması gerektiğinin kabul edilmesi, TTK'da sayılan malvarlığına yönelik tehlikenin kapsamdan çıkarılması gerekmektedir.*

Ayrıca tanığın kimliğinin açık olmasının beyanlarının doğruluğunu tartışabilmesi için önemli bir veri olduğu dikkate alınarak kimlik bilgilerinin gizlenmesi kararı verilirken de "tehlikenin başka türlü giderilmesi olanağının olmaması" şartı aranmalıdır.

2- Karar Verme Yetkisine Sahip Olanlar ve Kararlara İtiraz Hakkının Olmamasına Dair Sorunlar: Tanığın kimlik bilgilerinin gizli tutulması veya duruşmada hazır bulunmaya hakkı olanların yokluğunda dinlenmesine dair kararlar, hazırlık aşamasında savcı ve yargılama aşamasında mahkeme tarafından verilebilir[13]. Burada önemli konulardan biri, soruşturmanın gizliliği ilkesi gereğince tanığın savcı tarafından dinlenmesi sırasında zaten başka kişilerin hazır bulunamayacak, ancak duruşma yani yargılama sırasında tanığın aleni olarak dinlenebilecek olmasıdır. Türkiye'deki ceza yargılaması açısından pratik sonuç doğuran olan, savcıya tanınan kimliğin gizli tutulmasına ilişkin tedbir kararıdır.

Gizli tanıklıkla ilgili beş yıllık deneyim, çoğu zaman şüpheli konumundaki kişilerin gizli tanık haline getirildiklerini, kimlikleri gizli tutulduğu için başkalarını suçlayıcı yönde beyanlarda bulunduklarını, kendilerinin suçla bağlantılarını saklamalarına göz yumulduğunu göstermektedir.

Yargılama aşamasında gizli tanıklıkla ilgili kararları mahkeme verecektir.

Gizlilik kararlarına karşı itiraz yolu düzenlenmemiştir. Adil yargılanma hakkının ağır şekilde ihlali sonucunu yaratabilecek bir tedbir kararına karşı denetim yolu bulunmaması önemli bir eksikliktir.

ÖNERİLER: *Tanığın kimliğinin gizlenmesi veya dinlenme usulüne ilişkin kararların soruşturma aşamasında sulh hâkimi, yargılama aşamasında ise mahkeme tarafından verilmesine dair düzenleme yapılmalı, savcıların karar verme yetkisi kaldırılmalıdır. Ceza yargılamasında temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda aranan hâkim güvencesi, gizli tanık kararları için de sağlanmalıdır.*

[13] TKK m.6/1

Soruşturma aşamasında dinlenecek tanıkların ister tanık, isterse gizli tanık olsun ilk kez beyanlarının alınması sırasında şüpheli ve mağdur yani davanın taraflarının yanı sıra kendilerini temsil eden avukatların hazır bulunması ve soru sormasına olanak veren düzenlemeler yapılmalıdır. Tanıkların, yalnızca kolluk ve savcı tarafından dinlenmeleri sırasında verdikleri beyanlarla bağlı kalmaya çalışmaları, yargılama sırasında ise önceki beyanlarının aksine beyanda bulunmama eğilimi içine girmeleri olasıdır. Bu nedenle, davanın taraflarının ilk dinleme sırasında hazır bulunması ve soru sorma hakkını kullanabilmeleri yerinde olacaktır.

Sulh ceza hâkimi, soruşturma aşamasında tanığın kimliğinin gizlenmesine ilişkin karar almadan önce tanıkla görüşerek bu konuda bir talebinin olup olmadığını, gizli tanık olması konusunda bir teklif alıp almadığını ya da baskı görüp görmediğini bizzat araştırmalı ve diğer koşullarının oluşup oluşmadığını gerekçelendirmelidir. Gizli tanık kararı verildikten sonra, tanığın beyanı bizzat sulh ceza hâkimi tarafından alınmalıdır.

Yargılama aşamasında da Mahkemece gizli tanık kararı verilmeden önce koşullarının oluşup oluşmadığının tespiti için tanık ile görüşme yapılmasına, tanığın iradesinin ne olduğunun ve tehlikenin varlığına dair somut olguların mahkeme veya görevlendireceği naip hakim tarafından değerlendirilmesine ilişkin yasal değişiklik yapılmalıdır.

Gizli tanık kararlarına karşı itiraz yoluna başvurma hakkı tanınmalıdır.

3- Gizli Tanık Olabileceklere İlişkin Sorunlar

a) Mağdurun Gizli Tanık Olması: CMK 58. Maddede açık olarak tanıkların kimliğinin gizli tutulması ve/veya ses ve görüntü aktarması yolu ile dinlenmelerinden bahsetmektedir. Ancak TKK, suç mağdurlarını da koruma tedbirleri yönünden tanık olarak kabul etmiştir[14]. Dolayısı ile mağdurların gizli tanık olmaları mümkündür.

Mağdurun gizli tanık olabilmesinin imkansızlığının yanı sıra sakıncaları da olduğu yasa koyucu tarafından göz ardı edilmiştir. Şüpheli ya da sanığın yakalandığı anda suç isnadını öğrenme hakkı vardır. İsnat kendilerine bildirilirken, işledikleri iddia edilen suçun kime karşı, ne zaman, ne şekilde işlendiğinin açıklanması gerekir. Suçun kime karşı işlendiğinin bildirilmesine karşı, mağdurun kimliğinin gizli tutulmasının ya da özel yöntemlerle dinlenmesinin, amaçlanan korumayı sağlayamayacağı açıktır. Ayrıca suçun niteliğine göre, yapılacak adli işlemler de kimliğin gizlenmesine engeldir. Kimliğinin veya ses ve görüntüsünün gizlenerek dinlenmesi ile mağdurun korunması sağlanamayacağından, ancak başka yollarla tedbir almak gerekecektir.

Ayrıca mağdur olayın tarafıdır ve suçla ilgili anlatımları iddia niteliğindedir. Mağdurun gizli tanık sıfatını kazanması halinde iddia, delile dönüşecektir. Olayda taraf olanların yalnızca gerçeği söyleyeceğini düşünmek mümkün değildir. Sav/iddia ve savunma eşitliği temeline oturması gereken yargılamanın iddia unsuru delilleştirilerek savunma tarafının zayıflatılması adil yargılanma hakkını zedeler.

b) Şüphelinin Gizli Tanık Olması:CMK ve TTK'da mağdurların aksine şüpheli ya da sanığın gizli tanıklara ilişkin düzenlemelerden yararlanabileceklerine ilişkin hüküm bulunmamaktadır.

[14] TTK m.2/1-a, 4/1-a

Oysa uygulamada şüpheli veya sanık olanların da gizli tanık kabul edildikleri bilinmektedir. Soruşturmanın başında kolluk veya savcı, şüpheli konumundaki kişilerle anlaşarak, gizli tanık olması karşılığında kendilerini soruşturma dışında tutacak şekilde beyan alma yoluna gitmektedirler. Yani savcılık bilgi karşılığında gizli tanık olarak dinlediği şüphelilere fiili bir cezasızlık/dokunulmazlık yaratmaktadır.

Bazı dosyalarda gizli tanık olarak dinlenen şüpheliler hakkında da dava açıldığı görülmektedir. Bu dosyalarda aynı kişi duruşmada şüpheli, duruşma dışında ise gizli tanık olarak dinlenmektedir.

TCK m.221, örgütlü suçlar kapsamında etkin pişmanlık hükümlerini düzenlemektedir. Maddede, suç örgütündeki konumuna bakılmaksızın, pişman olarak beyanda bulunan kişilere ceza verilmeyeceği ya da cezalarında indirim yapılacağı düzenlenmiştir. Bilgi vermek isteyen şüphelilerin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması imkanı varken, kendilerinden gizli tanık olarak bilgi alınmasının amacı tanığı korumak değil, gizliliği bir pazarlık unsuru olarak kullanmaktır.

<u>ÖNERİ:</u> *Mağdur veya şüpheli ya da sanığın, gizli tanık sıfatı ile kimliğinin gizlenmesini ya da ses ve görüntü aktarımı yapılarak dinlenmesini kısıtlayan ve çok zor koşullara bağlayan yasal düzenlemeler yapılmalı ve uygulama, mağdur ve tanıkların diğer yollarla korunmasına ilişkin TKK hükümlerine işlerlik kazandırılması yönünde ilerletilmelidir.*

4- Özel Dinleme Usulleri ve Uygulamadan Doğan Sorunlar: Kovuşturma evresinde tanığın nasıl dinleneceğine ilişkin kararın içeriği CMK ve TTK da farklı şekillerde düzenlenmiştir. CMK m.58/3'de aleni duruşmada dinleme yapılmayacaksa "Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır." denilmektedir.

Oysa TTK 5/1-b maddesi "Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi" şeklinde iki ayrı dinleme biçiminden bahsetmektedir: Tanığın "hiç kimse bulunmadan dinlenme" veya "ses ve görüntünün değiştirilerek tarafların hazır bulunduğu ortamda" dinlenmesi.

Aynı yasanın 9. maddesinde özel dinleme usulü olarak iki biçim öngörmektedir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntüsünün değiştirilerek tanınmasının engellenmesi sağlanabilir. Ya da mahkeme tanığın duruşma sırasında fiziksel olarak görünmesini engelleyecek bir önlem alarak dinlenmesini sağlayabilir.

CMK'da sayılan "ses ve görüntü aktarması yapılması" yönteminde, tanığın duruşma salonu dışında bir mekanda dinlenmesi ve teknik araçlar kullanılarak duruşma salonunda bulunanların dinlemeye katılabilmesi söz konusudur. TTK m.9'da yer alan dinleme biçiminde ise; tanık duruşma salonunda bulunacak ancak ya ses veya görüntüsü değiştirilecek ya da salonda bulunanların kendisini görmesi engellenecektir.

Ancak TTK 9. maddede, TTK m.5/1-b'de belirtildiği gibi "duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi" şeklinde bir seçenek yer almamaktadır. Bu yöntem, yalnızca mahkeme heyeti ve tanığın hazır bulunduğu bir ortamda dinleme yapılabileceğine dair yorumlara neden olmaktadır.

Uygulamada, mahkemelerin gizli tanıkları yalnızca mahkeme heyetinin ve tanığın bulunduğu ortamda dinledikleri ve taraflara yalnızca ifadenin tutanağa geçirilmiş halini vermekle yetindikleri

görülmektedir. Bazı mahkemeler ise taraflara sormak istendikleri soruları önceden yazılı olarak bildirme olanağı tanımaktadırlar. Böylesi bir dinleme CMK 58. ve TTK 9. maddelerine aykırıdır.

Tanığın fiziken görünmesini engelleyecek önlemler alınarak ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek yapılan dinlemelerde ise tanığın hal ve hareketlerini izleme olanağını ortadan kaldıracağı, gözle tespit edilebilecek bir kısım fiziksel özelliklerinin anlaşılmasını engelleyeceği için yine adil yargılanma hakkının ihlaline yol açacağı ortadır.

Burada önemli konulardan biri de duruşmada hazır bulunma hakkı olanlardan, sanık müdafiliği ve mağdur vekilliği görevi yapan avukatların dinleme sırasında hiçbir engel bulunmadan duruşmaya katılıp katılmayacağıdır. Başka ülke örneklerinde sanığın tanığın ses ve görüntüsüne ulaşması engellense bile avukatının herhangi bir engel olmadan dinleme işlemine katılmasına izin verilmektedir. Türkiye'de de tarafların avukatlarına bu hakkın tanınması yerinde olacaktır.

ÖNERİ: *TTK 5/1-b maddesi "**Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi** ya da **ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi"** ifadesi düzeltilmeli gizli tanığın yalnızca mahkeme heyeti ya da hâkim önünde dinlenebileceği yorumuna neden olan ayırım ortadan kaldırılmalıdır.*

Sanık müdafii ve mağdur vekilinin duruşmada herhangi bir kısıtlama olmaksızın dinleme işleme katılması hakkı tanınmalıdır.

II-UYGULAMALAR IŞIĞINDA TESPİT EDİLEN DİĞER SORUNLAR:

Atölye çalışmasına katılan avukat ve akademisyenlerin gerek izledikleri dava dosyaları, gerekse basına yansıyan haberler üzerinden yaptıkları tespitlerde;

a)Verilen kararların somut nedenlere dayanmadığı,

b)Gizlilik kararının devamını gerektiren durumun oradan kalkmasına rağmen uygulamasına devam edildiği, örneğin gizli tanığın kimliğinin anlaşılmasına rağmen özel usulle dinlendiği,

c)Soruşturma aşamasında "ihbar eden" konumunda olan kişinin, sonradan tanık olarak dinlendiği, ayrıca aynı kişiye bu kez gizli tanık sıfatı ile teşhis işlemi yaptırıldığı, böylece bir kişinin ifadesinden ibaret olan beyan delilinin dosyada üç ayrı delilmiş gibi göründüğü,

d)Gizli tanığın, tarafların hazır bulunmadığı ortamda yalnızca mahkeme veya hakim tarafından dinlenmesi halinde, tanıkların dinlenmesine ilişkin usul kurallarına uyulup uyulmadığının, örneğin tanıklıktan ya da yeminden çekilme hakkının hatırlatıp hatırlatılmadığı, dinleme sırasında sözünün kesilip kesilmediği gibi duruşma işlemlerinin doğruluğunun taraflarca denetlenemediğini,

e)Gizli tanıkların yeminsiz dinlenmesine dair yasal düzenleme yapılması gerektiği,

f)Gizli tanığın diğer tanık ve sanıklarla yüzleştirmesinin mümkün olmadığı,

g)Gizli tanığın beyanlarının delil değeri konusunda düzenleme yapılmadığı, beyan delili olan tanık ifadelerinin güvenilirliği zayıf iken, beyanlarının doğruluğu denetlenemeyen gizli tanığın ifadesinin beyan delili dahi kabul edilmemesi, ancak delil başlangıcı kabul edilebileceğinin düzenlenmesi gerektiği saptamaları yer almaktadır.