

YER GÖSTERME İŞLEMİ VE 5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNU'NUN 85. MADDESİNİN İNCELENMESİ

Dr. Ali KARAGÜLMEZ*

I. GENEL OLARAK

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), 16.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır ve 334. maddesine göre 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmektedir.

CMK'nın "Yer Gösterme" kenar başlıklı 85. maddesi şöyledir:

"(1) Yer gösterme işlemi hakkında 83 ve 84. madde hükümleri uygulanır."

85. maddedeki hüküm, 7.3.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sevk edilen Hükümet Tasarısı'nda¹ bulunmazken, TBMM Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında metne eklenmiştir. 85. madde hükmünün eklenmesine ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesi şöyledir:

*"Tasarı'ya 84. maddeden sonra gelmek üzere 'Yer Gösterme' başlığı altında yer gösterme işleminin bir disiplin altında ve hukuki zemine kavuşturulması amacıyla yeni 85. madde eklenmiştir."*²

Çalışmamızda yer gösterme işlemi düzenleyen CMK'nın bir cümlelik 85. maddesinin, ceza muhakemesi hukukundaki başlıca etki ve sonuçları ele alınacaktır.

II. YER GÖSTERME İŞLEMİ

A. CMK'nın 83 ve 84. Maddelerinin Uygulanması

CMK'nın 85. maddesi, Türk hukukunda ilk defa getirilen bir hükümdür. 85. maddede, yer gösterme işlemi hakkında CMK'nın 83 ve 84. madde hükümlerinin uygulanacağı emredici şekilde kurala bağlanmıştır.

* Hakim.

¹ "Hükümet Tasarısı", TBMM Başkanlığı'na 7.3.2003 tarihinde sevk edilen "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı"nı ifade etmektedir.

² Adalet Komisyonu Raporu, 1.12.2004 günlü, Esas No: 1/535, 1/292, Karar No: 65.

CMK'nın yollama yapılan 83 ve 84. maddeleri şöyledir:

“Keşif; Madde 83. (1) Keşif, hakim veya mahkeme veya naip hakim ya da istinabe olunan hakim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır.

(2) Keşif tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılır.”

“Keşifte, tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde bulunabilecekler.

Madde 84. (1) Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilirler.

(2) Tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa, bu tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir.

(4) Bu işlerde hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler.

(5) Şüpheli veya sanık tutuklu ise, hakim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hallerde keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilir”.

5271 sayılı CMK'nın 83 ve 84. maddelerine ilişkin olarak, TBMM Adalet Komisyonu tarafından şu açıklama yer verilmiştir:

“Tasarı'nın 83, 84, 85 ve 86. maddelerinde redaksiyon yapılmış ve 81, 82, 83 ve 84. maddeler olarak kabul edilmiştir.”³

5271 sayılı Yasa'nın 83 ve 84. maddeleri, Hükümet Tasarısı'ndaki 85⁴ ve 86.⁵ maddelere denk gelmektedir ve anılan maddelerde TBMM Adalet Komisyonu'nda bir kısım değişiklikler yapılmıştır.⁶

³ Adalet Komisyonu Raporu 1.12.2004 günlü, Esas No:1/535, 1/292, Karar No: 65.

⁴ Hükümet Tasarısı'ndaki metin şöyledir: “Keşif

Madde 85. - Keşif, hakim veya mahkeme veya naip hakim ya da istinabe olunan mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır.

Keşif yapıldığında bununla ilgili olarak düzenlenecek tutanaklara var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delil, iz, eser ve emarelerin yokluğu yazılır.”

⁵ Hükümet Tasarısı'ndaki metin şöyledir ve değiştirilen kısımlar altı çizili olarak gösterilmiştir:

CMK'nın 83. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre keşif, hakim veya mahkeme veya naip hakim ya da istinabe olunan hakim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacaktır. Bir başka anlatımla keşif; olağan hallerde hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı'nın görevidir.

Keşif tutanağına, keşif sırasında var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da keşifte elde edilemeyen delillerin elde edilemediği de yazılır.

84. maddede ise, keşifte bulunabilecek kimseler ve kimi konular kurala bağlanmıştır. CMK'nın 83 ve 84. maddelerinin yer gösterme işlemi bakımından etkilerine geçmeden önce, 85. maddedeki yer gösterme işleminin hukuki niteliğini ele almak istiyoruz.

B. Yer Gösterme İşleminin Hukukî Niteliği

1. CMK'nın 85. Maddesinin Mehası Var mıdır ?

Karşılaştırmalı hukukta ceza yargılaması yasalarında yer gösterme işlemine yer verildiğine rastlanmamaktadır. Bu nedenle, CMK'nın 85. maddesinin bir mehasından söz etmek mümkün değildir. Esasında bu sonuç, karşılaştırmalı hukuk uygulamasında yer gösterme işleminin olmamasından da kaynaklanmaktadır.

Yer gösterme işlemi, Türk hukukundaki uygulamanın kendine özgü bir ürünü niteliğindedir. Bu işlem, bir bakıma (1412 sayılı CMUK'un döneminde) yasal bir dayanağı olmadan öteden beri uygulana gelmiştir.

"Keşifte, tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde bulunabilecekler.

Madde 86. - Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ile bunların avukatları hazır bulunabilirler.

Tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa, bu tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.

Şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir.

Bu işlerde hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler. Hazır bulunmaya hakkı olanlar, kendilerine ait mazerete dayanarak işin başka güne bırakılmasını isteyemezler.

Şüpheli veya sanık tutuklu ise, ancak tutuklu bulunduğu yerdeki mahkeme binası içerisinde yapılacak işlerde hazır bulunmayı isteyebilir. Ancak, hakim veya mahkeme tarafından zorunlu sayılan hallerde tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın da mahkeme binası dışında yapılacak işlerde hazır bulunmasına karar verilebilir".

⁶ Hükümet Tasarısı'nın 85 ve 86. maddelerindeki değiştirilen kısımlar, bir önceki dönemindeki madde metinlerinde altı çizili olarak gösterilmiştir.

Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda ilk defa CMK'nın 85. maddesinde hükme bağlanan yer gösterme işlemi, buna rağmen CMK'da tanımlanmamıştır. CMK'ya bakıldığında "keşif" de tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, CMK'da 83, 84, 169, 181, 209 ve 282. maddelerinde keşiften söz edilmektedir ve keşif; (1412 sayılı CMUK'un döneminde) uygulamada yerleşmiş, sınırları ve içeriği (genel olarak) belli olan bir kavramdır.

2. Yer Gösterme İşlemini Adli Kolluğun Tek Başına Yapamaması

1 Nisan 2005 tarihinden itibaren, CMK'nın 85. maddesinin emredici yapısına (ve 83. maddeye) bakıldığında, yer gösterme işlemi mutlaka hakim veya Cumhuriyet Savcısı yapacaktır. Dolayısıyla, adli kolluk tek başına yer gösterme işlemi yapamayacaktır.

1 Nisan 2005 tarihinden itibaren adli kolluğun tek başına yaptığı yer gösterme işlemi hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delil olacak ve yargılamada kullanılamayacaktır.⁷

3. Yer Gösterme İşlemi Keşif midir?

Bir görüşe göre, CMK'nın 85. maddesindeki "yer gösterme işlemi" bir keşiftir. Yasa koyucunun 85. madde içerisinde yaptığı yollama da bunu göstermektedir.⁸

Bize göre, CMK'nın 85. maddesindeki normatif yapı gereğince yer gösterme işleminin bir keşif olduğu söylenebilir de, kimi tartışmalı konular bu düşünceyi zorlaştırmaktadır.

Yer gösterme işlemi, keşif kadar sınırları ve içeriği belli olan bir kavram değildir. Yer gösterme denilince, kural olarak başta adam öldürme, gasp, terör olayları, hırsızlık gibi bazı suçlarda şüpheli veya sanığın, soruşturma⁹ evresinde kolluk nezaretinde olayın oluş şeklini göstermesi amacıyla yapılan işlem akla gelmektedir.

Yer gösterme işlemiyle, soruşturma konusu fiil, bunu gerçekleştirme şüphesi altındaki kişi tarafından, soruşturmayı yürütenlerin önünde olabildiği ölçüde tekrar canlandırılmaktadır. Ancak, bu belirleme, yeterli ve tartışmasız değildir.

⁷ Yurtcan, Erdener, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005, s. 56.

⁸ Yurtcan, s. 56.

⁹ "e. Soruşturma: Kanun'a göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi" ifade eder (CMK. m. 2/1-e).

Burada tartışmasız olan nokta, yer gösterme işleminin, soruşturma evresine mahsus olması ve kovuşturma¹⁰ evresinde ise yer gösterme işleminin değil, keşif söz konusu olabilmesidir. Bununla birlikte, keşif, hem soruşturma ve hem de kovuşturma evresine ilişkindir. Ancak, keşif, ağırlıklı olarak kovuşturma evresinde görülür.

4. Sanık Dışındaki Kişilerin Yer Göstermesi

Tartışmalı konularından birisi, müşteki veya tanığın yer göstermesi halinde ne olacaktır. Hatta, CMK'nın 90. maddesi¹¹ gereğince olaya müdahale eden önleyici kolluğun da, adli kolluk işlemleri nedeniyle yer gösterme yapması istenebilir. Böylesi durumlarda ne olacaktır? Bir başka deyişle, müşteki, tanık veya önleyici kolluk tarafından bir yer gösterme yapılması gerekli ise, bunu adli kolluk tek başına yapabilecek midir?

Bu tartışmanın temelinde, CMK'nın 85. maddesinde, yer gösterme işleminin tanımının, içeriğinin ve sınırlarının açıklanmamış olması yatmaktadır. Bu husus, uygulamada pek çok soruna, duraksamaya ve karmaşaya neden olabilecek gibi görünmektedir.

Örneğin; 1 Nisan 2005 tarihinde mağdur (Z) silahlı saldırıya uğrar ve göğsünden iki kurşun yarası alır; bilinmeyen kişilerce yaralı vaziyette hastane önüne bırakılır. Sonradan haberdar olan adli kolluk olaya el koyar. (Z) bir hafta sonra iyileşince, kendisinden yer gösterme yapması istenir. Adli kolluk, (Z) ile birlikte giderek (Z)'nin yer göstermesini tutanağa bağlar ve soruşturmaya devam eder.

Acaba burada, CMK'nın 85. maddesi karşısında, adli kolluğun tek başına (hakim veya Cumhuriyet Savcısı olmadan) mağdurla yaptığı yer gösterme işlemi geçerli olacak mıdır?

Madem ki yer gösterme işleminin temel amacı, olayın, bunun içersindeki kişi veya kişiler tarafından tekrar canlandırılması ve bu sırada, hem olayın genel resminin ve hem de ayrıntılarının belirlenmesi olduğuna göre, bu işlemin şüpheli veya sanıkla sınırlı olduğunda bir kesinlik yoktur. Nitekim, adı üstünde yer gösterme; fiilin işlendiği yerin ve bu yerdeki sürecin

¹⁰ "f. Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi" ifade eder (CMK. m. 2/1-f).

¹¹ "(2) Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet Savcısı'na veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler" (5271 sayılı CMK. m. 90/2).

görülebilmesidir; yeter ki, fiil sürecinin içerisinde ya da bir kısmında bulunan birileri bu göstermeyi yapmış olsun.

Örnekteki mağdurun yaptığı yer gösterme de, içerik olarak ve pek çok yönden şüpheli veya sanığın yaptığı yer göstermeye benzemektedir. CMK'nın 85. maddesinin keşif işlemine yollama yapan emredici hükmü gereğince, mağdurla yapılan yer gösterme işlemi de, tek başına kolluk tarafından yapılamayacaktır ve hakimın veya Cumhuriyet Savcısı'nın bulunması gerekebilecektir.

Kaldı ki, 85. maddede aynen uygulanacağı belirtilen 83 ve 84. maddelerdeki keşif işlemi, yalnızca sanığa ilişkin değildir. Keşifte, tanık, müşteki, mağdur bulunabileceği gibi, keşifte, yukarıda sayılan hiç kimse de bulunmayabilir. Kimi zaman keşif, sadece keşfi yapılan yerdeki olan ve olmayan olguların tutanağa bağlanması için de yapılabilir. Böylesi durumlarda da keşfe ilişkin 83 ve 84. madde hükümleri uygulanacağına göre, bu son halde dahi adli kolluğun tek başına yer gösterme işlemi yapabilmesi tartışmalı görünmektedir. Üstelik, tanık, müşteki veya mağdurla yapılan yer gösterme işleminde, çoğu zaman gecikmesinde sakınca bulunan halden de söz etmek zor olabileceğinden, yer gösterme işleminin hakim tarafından yapılması gerekebilecektir.

Bu sonuç ise, yer gösterme işlemlerine, hakim veya Cumhuriyet savcılarının yetişebilmelerini fiili duruma göre içinden çıkılmaz hale getirebilecektir.

C. CMK'nın 83 ve 84. Maddeleri, Yer Gösterme İşleminde Nasıl Uygulanacaktır?

CMK'nın 85. maddesindeki ilk sorun, yer gösterme işlemi açısından CMK'nın 83 ve 84. maddelerinin nasıl uygulanacağına belirlenmesidir. Çünkü, bu konu yeterince açık değildir.

Üstelik, keşif ile yer gösterme işlemi, yukarıda açıklandığı üzere bünye itibarıyla tam örtüşmemektedir. Diğer yandan, yer gösterme işlemi yalnızca soruşturma evresinde, keşif ise daha çok kovuşturma evresinde yapılmaktadır ve yer gösterme ile keşif arasında, yoğunluk açısından evre farklılığı da söz konusudur. Bu nedenlerle, keşfe ilişkin 83 ve 84. maddelerin, yer gösterme işleminde nasıl uygulanacağı çok açık değildir.

Bu noktada çeşitli yaklaşımlar düşünülebilir. Bunları başlıklar halinde ele almak istiyoruz:

1. 83 ve 84. Maddede, Keşif Sözcüğü Geçen Yerleri Yer Gösterme İşlemi Olarak Anlama Yaklaşımı

Bu yaklaşıma göre, CMK'nın 83 ve 84. maddelerindeki "keşif" kelimesi geçen yerleri, "yer gösterme işlemi" şeklinde değiştirip uygulama yapılmalıdır. Bu yaklaşım, keşif ile yer gösterme işleminin aynı (çok benzer) kavramlar olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmektedir.

Bu tartışmada ilk önce CMK'nın normatif yapısına bakılmalıdır. Eğer keşif ile yer gösterme aynı ise, CMK'da neden 85. maddeye yer verilmiştir (neden 85. madde eklenmiştir)?

Madem bu kavramlar aynı ise, 83 ve 84. maddelerde, "keşif ve yer gösterme" denilebilir ya da 83 ve 84. maddelerin sonuna "Bu madde, yer göstermede de uygulanır" fıkrası eklenebilirdi;¹² ama CMK'da böyle yapılmamıştır.

Bizce, yasa koyucunun bu yaklaşım tarzı, keşif ile yer gösterme işleminin aynı (çok benzer) kavramlar olmadığını ortaya koymaktadır.

Bu sonuç benimsenirse, daha tartışmalı bir soru akla gelmektedir. Keşif ile yer gösterme işlemi aynı kavramlar değilse, neden yer gösterme işlemi konusunda keşifle ilgili 83 ve 84. madde hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır?

Bu soru, yer gösterme işlemi gibi önemli bir konuda 85. maddenin tartışmalı bir yapısının olduğunu ortaya koymaktadır.

2. Bünyesine Uygun Olarak 83 ve 84. Maddelerin Uygulanması Yaklaşımı

Bu yaklaşıma göre, yer gösterme işlemi, keşiften daha dar ve özel bir kavramdır; 83 ve 84. madde, ancak yer gösterme işleminin bünyesine uygun olarak uygulanmalıdır.

Bu yaklaşım, 85. maddenin uygulanmasındaki tartışmaların çözümünü açısından daha akılcı gelebilir. Fakat, burada da teknik ve içerik açısından sorun bulunmaktadır.

Bu sorun, 85. maddenin normatif yapısına ilişkindir. 85. maddedeki "Yer gösterme işlemi hakkında 83 ve 84. madde hükümleri uygulanır" kuralının kaleme alınış biçimi, kolaylıkla ikinci yaklaşıma olanak vermemektedir.

¹² Nitekim CMK'nın 68. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"(3) Cumhuriyet Savcısı'nın, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine bilimsel mütalaa hazırlayan uzmanın duruşmada dinlenmesi hususunda da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır".

85. madde, “Yer gösterme işlemi hakkında bünyesi gözetilerek, 83 ve 84. madde hükümleri uygulanır” şeklinde olmadığı, bir başka anlatımla, 85. maddede “bünyesi gözetilerek” gibi bir ibare bulunmadığı için, ikinci yaklaşım da tartışmasız değildir.

Sonuç olarak, 85. maddede, yer gösterme işlemi hakkında 83 ve 84. madde hükümlerinin uygulanacağını gayet net ve kesin bir ifadeyle belirtmesi karşısında, ikinci yaklaşımı normatif bakımdan dinlemenin zor olduğunu; aksi tutumun ise 85. maddeye rağmen bir yaklaşım olacağını düşünmekteyiz.

3. 83 ve 84. Maddelerdeki Yer Gösterme İşleminin Bünyesine Uymayan Kurallara İlişkin Düzeltme Yapılması Gerekliyi Yaklaşımı

Bu yaklaşıma göre, kimi tartışmalı ve duraksamalı sonuçları olsa bile, 85. maddenin açık ve emredici yapısı gereğince yer gösterme işlemi hakkında CMK'nın 83 ve 84. maddeleri uygulanacaktır. Bu durumda, 83 ve 84. maddelerin yer gösterme işleminin bünyesine uymayan kimi kuralları açısından ise, bir an önce düzeltilme yapılmalıdır.

Bu yaklaşımlar çerçevesinde, 83 ve 84. maddedeki hükümlerin ayrı ayrı yer gösterme işlemi hakkındaki sonuçlarını ele almak istiyoruz.

D. CMK'nın 83. Maddesinin Yer Göstermeyle İlgili Sonuçları

CMK'nın 83. maddesinin yer gösterme işlemindeki başlıca sonuçları şöyledir:

1. Yer Gösterme İşlemi Hakim, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde ise Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılacaktır

Yer gösterme işlemi; olağan hallerde hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacaktır. Bu sonuç, 85. maddenin en radikal ve tartışmasız yönünü oluşturmaktadır.

Buna göre, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren adli kolluk¹³ (ilgili polis ya da jandarma), Cumhuriyet Savcısı adına (tek başına) yer gösterme işlemi yapamayacaktır.

¹³ 5271 sayılı CMK'da, başta “Adli kolluk ve görevi” kenar başlıklı 164. maddesinde olmak üzere, bu konudan söz edilen maddelerinde “adli kolluk” kavramına yer verilmiştir.

a. Yer Gösterme İşleminin Dikkate Alınma Niteliğinin Artması

CMK'nın 85. maddesindeki düzenleme nedeniyle, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren adli kolluğun tek başına yer gösterme işlemi yapamayacak olmasının en önemli sonuçlarından birisi, yer gösterme işleminin (1 Nisan 2005 tarihinden öncesine göre) soruşturma ve kovuşturmada dikkate alınma niteliğinin artmış olmasıdır.

CMK'nın "İfade alma ve sorguda yasak usuller" kenar başlıklı 148. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, "Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz" emredici hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükme göre, şüpheli veya sanığın, müdafî hazır olmaksızın adli kolluk tarafından alınan ifadesi, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanıkça doğrudur denilmedikçe geçerli olmayacak, hükme esas alınmayacaktır.

Yer gösterme işleminde de, şüpheli veya sanığın olayın seyrine ilişkin beyanları (ifadesi) alındığına göre, eğer 85. madde, CMK'da yer almayıp yine bunu adli kolluk tek başına yapabilecek olsaydı, 148. maddenin (4) numaralı fıkrası devreye girecekti.

Diğer yandan, 85. madde gereğince adli kolluğun tek başına yer gösterme işlemi yapamayacak olması, yer gösterme işlemlerinde CMK'nın 148. maddenin (4) numaralı fıkrasının uygulanma olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Bir başka deyişle, CMK'nın 85. maddesi, 148. maddesinin (4) numaralı fıkrasıyla paralellik taşımaktadır ve bu haliyle yer gösterme işleminin (soruşturma ve) kovuşturmada dikkate alınma niteliği artmıştır.

b. Yer Gösterme İşleminin Hakim Tarafından Yapılmasının Öngörülmesi Yerinde midir?

83 ve 84. maddelerde keşif işleminin, kural olarak hakim tarafından, ancak gecikmesinde sakınca bulunan istisnai hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılmasının hükme bağlanmış olmasının, soruşturma işlemi olan yer gösterme hakkında da geçerli sayılması yerinde midir?

85. maddenin bu sonucu, uygulamada, yer gösterme işlemini hakim mi yoksa Cumhuriyet Savcısı'nın mı yapacağı tartışmalara neden olabilecektir. Özellikle, hakim ve savcı arasındaki görev ayırımındaki "gecikmesinde sakınca bulunan haller" ölçütü, en sıkıntılı konulardan birisini oluşturmaktadır.

aa. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına, CMK'nın kimi maddelerinde yer verilmiş ise de, bu kavram CMK'nın 2. maddede tanımlanmamıştır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, Hükümet Tasarısı'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (8) numaralı bendinde şöyle tanımlanmaktadır:

"8. Gecikmesinde sakınca bulunan hal: Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun delil, iz, eser ve emarelerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkması halini ifade eder".

Hükümet Tasarısı'nın bu tanıma ilişkin gerekçesinde ise şöyle denilmektedir :

"8. Gecikmesinde sakınca bulunan hal:

*Tasarı'nın değişik maddelerinde belirtildiği üzere, delil, iz, eser ve emarelerin saptanması bakımından adli mercilerce yetkilerin ne suretle kullanılacağı, insan haklarına saygı ve adil yargılama esasları çerçevesinde gösterilmiştir. 'gecikmesinde sakınca bulunan hal'in bu maddede tanımlanması ve bu uygulamanın, gerektiği durumlarda, maddesinde açıkça gösterilmesi uygun görülmüştür. Maddeye göre temel koşul derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun, delil, iz, eser ve emarelerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkmasıdır. Bu halin ilgililerce bir takdiri gerektirdiği muhakkaktır. Bu takdirin ölçüsü maddede böylece gösterilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ceza davasının makul süre içinde bitirilmesi hususunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin bir tür teminatı olmaktadır."*¹⁴

Hükümet Tasarısı'na göre, gecikmesinde sakınca bulunan hal iki unsurdan oluşmaktadır:

1. Derhal müdahale edilme,

2. Bu yapılmadığı takdirde suçun delil, iz, eser ve emarelerinin ortadan kaybolma olasılığının bulunması.

Burada, birinci unsur yoksa, ikinci unsurun bulunması yeterli olmayacaktır. Bir başka anlatımla, gecikmesinde sakınca bulunan halden söz edebilmek için, bu iki unsurun birlikte bulunması şarttır. Üstelik bu iki unsurun var olup olmadığı bu konuda bir takdiri de gerektirmektedir.

¹⁴ TBMM çalışmaları sırasında Hükümet Tasarısı'ndaki 2. maddenin 1. fıkrasının (8) numaralı bendi metinden çıkartılmıştır. Bunun gerekçesine rastlayamadık.

Bu noktada ise, bu takdiri Cumhuriyet Savcısı'nın mı yoksa hakimnin mi yapacağı ve kim tarafından yapılacak takdirin esas alınacağı tartışmaları gündeme gelecektir.

5271 sayılı CMK'da gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının tanımına yer verilmemiş ise de, Hükümet Tasarısı'ndaki tanımlama, bu kavramı yorumlarken yol gösterici olabilecektir. Kaldı ki, kimi maddelerde sözü edilen "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*" kavramı, 5271 sayılı CMK'nın uygulanmasında da yorumlanmak durumundadır. İşte bu yorum yapılırken, Hükümet Tasarısı'ndaki tanım ve gerekçesinden yararlanılabilecektir.

bb. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Yer Gösterme İşlemi Yapılırken Uygulanması

Somut bir olayda yer gösterme işlemi gerekiyken, bunda gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olup olmadığının belirlenmesi uygulamada sorunlara yol açabilecek görünmektedir.

Özellikle olayın oluş şekliyle (olayın seyriyle) sınırlı yer gösterme işlemleri, genellikle "*derhal müdahaleyi*" gerektirmeyebilir. Örneğin; bina içerisinden hırsızlık suçundan şüpheli (H)'nin, eylemi gerçekleştirme şekline ilişkin yer gösterme işleminde "*derhal müdahale edilme*" unsurundan söz etmek zordur. Çünkü, (H)'nin, bugün yer gösterme yapması ile yarın veya birkaç gün sonra yer gösterme yapmasında, suçun kaybolacak delil, iz, eser ve emaresi de olmayabilir.

Bununla birlikte, özellikle suçun, delil, iz, eser ve emarelerinin elde edilmesine yönelik kimi durumlarda, yer gösterme işleminin derhal yapılmaması halinde bunlar kaybolabilecek ise, gecikmesinde sakınca bulunan halden söz edilebilir. Örneğin; sanığın kaçırıp bir yere kapattığı mağdurun yerini göstermesi işleminde, zaman kaybedilmesi durumunda mağdurun hayatı tehlikeye girebilecektir ki, gecikmesinde sakınca bulunan hal vardır denilecektir. Aynı şekilde, sanığın, uyuşturucunun yerini göstermesinde, geç müdahale, uyuşturucunun kaybolmasına ve delil elde edilememesine neden olabilecektir ki, gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusudur.

Ancak, uygulamada gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, her olayda bu kadar kolay belirlenemeyebilir. Yer gösterme işlemini, hakimnin mi yoksa Cumhuriyet Savcısı'nın mı yapacağı tartışmalarına neden olacaktır.

Bu tartışmaların yaşanacak olmasının ise, yeni bir temel yasa olan Ceza Muhakemesi Kanunu bakımından yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

cc. CMK'nın 85. Maddesinde Değişiklik Yapılarak Hakimin Yer Gösterme İşlemi Yapmasından Vazgeçilmelidir

CMK'nın 85. maddesi gereğince, gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde hakimin yer gösterme işlemiyle görevli olması, pek çok nedenle yerinde değildir. Bunlardan birkaçını ele alabiliriz:

1. Otopsi ile karşılaştırma;

CMK'nın 85. maddesindeki düzenleme, 1412 sayılı CMUK'nın ölü muayenesi ve otopsiyle ilgili 79. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Otopsi, hakim ve tehirinde zarar umulan hallerde Cumhuriyet Savcısı huzurunda biri adli tabip veya patalog olmak şartı ile iki hekim tarafından yapılır.*" kuralını ve uygulamada görülen tereddüt ve duraksamaları akla getirmektedir.

Üstelik, yer gösterme işlemi karşısında otopsi işlemi, niteliği itibarıyla büyük çoğunlukla gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramını bünyesinde taşımaktadır ve bu yönden daha az tartışmalıdır.

Hükümet Tasarısı'nın 88. maddesinin 1. fıkrasında "*Otopsi, Cumhuriyet Savcısı'nun istemi üzerine hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı huzurunda yapılır*" şeklindeki hüküm, 5271 sayılı CMK'nın "*Otopsi*" kenar başlıklı 87. maddesinde geçmişte yaşanan tartışmalara son verir şekilde, "*Otopsi, Cumhuriyet Savcısı'nun huzurunda biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğer dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır*" denilerek, otopsinin yalnızca Cumhuriyet Savcısı'nun huzurunda yapılabileceği öngörülmüştür.¹⁵

CMK'da, yer gösterme işlemine göre, soruşturma evresinde olmazsa olmaz niteliği olan otopsi işleminde hakime yer verilmezken, yer gösterme işleminde hakime de yer verilmesi çelişki doğurmaktadır.

ii. Aynı işte soruşturma evresinde görevli hakimin yargılamaya katılmaması;

CMK'nın "*Yargılamaya katılmayacak hakim*" kenar başlıklı 23. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, "*Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hakim, kovuşturma evresinde görev yapamaz*".¹⁶

¹⁵ CMK'nın 87. maddesi TBMM Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş ve şöyle denilmiştir: "*Tasarı'nın 88, 89 ve 90.1 maddelerinde redaksiyon yapılmış ve 87, 88 ve 89. maddeler olarak kabul edilmiştir.*" TBMM Adalet Komisyonu Raporu, 1.12.2004 günlü, Esas No:1/535, 1/292, Karar No: 65.

¹⁶ Söz konusu madde gerekçesi şöyledi: "*Karşılaştırmalı yargılama hukukunda bu konu daha kapsamlı olarak ele alınmıştır. Genel ilke, hakimlerin önceden aynı işte*

CMK'nın 23. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince, hakim, yer gösterme işlemini gerçekleştirmiş ise, soruşturma evresine ilişkin bir işlem yapmış olacaktır. Buysa, o hakimin kovuşturma evresinde bu işe bakamamasına neden olacaktır.

Bu sonuç ise, başta ilçelerde olmak üzere, uygulamada, kovuşturma evresine bakacak hakim ve mahkemede, sıkıntıları, gecikme ve usul ekonomisine aykırılıkları gündeme getirecektir.

Yer gösterme işleminde olağan hallerde hakimin görevli olmasının sakınca nedenlerini artırmak mümkündür. Şu ana kadar ifade ettiğimiz nedenlerle dahi, biz (CMK'nın 85. maddesinde) yapılacak bir değişiklik, hakimin yer gösterme işlemi yapmasından geri dönülmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

2. Yer Gösterme İşleminin Uygulama Açısından Tartışılması

Acaba CMK'ya son anda eklenen 85. madde, Ülkemizin gerçekleriyle, uygulamayla bağdaşmakta mıdır? Yeterince tartışılmış mıdır? Ne tür sonuçlar doğurabileceği enine boyuna, uzun soluklu düşünülmüş müdür?

CMK'nın 85. maddesine göre, kolluk, savcı bizzat gelmeden, tek başına yer gösterme işlemi yapamayacaktır. Yer gösterme işlemi, bir yönüyle tıpkı kolluğun otopsi işlemini yapamaması ve ancak bu işlemi Cumhuriyet Savcısı'nın yapabilmesi gibi bir konuma, hatta hakimin de görevli kılınmasıyla daha sıkıntılı bir boyuta getirilmiştir.

a. Görevli Hakim ve Cumhuriyet Savcısı ile Suç Sayıları

Bir görüşe göre, "şu anda gerektiği zaman kendi inisiyatifi ile suçla mücadele için harekete geçebilen 200.000 civarındaki polis ve 220.000 civarındaki jandarmanın, bundan sonra 3000 civarındaki savcının emri olmadan harekete geçmesinin mümkün olmaması, bir ülkenin suçla mücadele açısından intiharıdır. Kanunlar bir ülkenin intihar metinleri olamaz. Aslında olması gereken, gecikmesinde sakınca olan hallerde, savcının sözlü daha sonra yazılı haline dönüştürülen emri ile, sanığı

soruşturmaya katılmamış olmalarıdır. Hakimlerin, bir işe müdahale ettiklerinde önceden bir fikir veya düşüncelerinin olmaması gerekir ve tarafsız kalmanın bir koşulu da budur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak hakimin önce soruşturmasını veya bir soruşturma işlemini yaptığı davadaki usul işlemlerine katılmasını hukuka aykırı saymıştır. Avrupa usul kanunlarında da benzeri hükümler yer almaktadır. Ancak, pratik nedenlerle ilkeyi ihlal eden kanunlar varsa da bu istisnalar Avrupa hukuklarında giderek gerilemektedir".

medya önünde teşhir etmeden ve sanığın avukatının da hazır bulunması sağlanarak, polisin yer gösterme işlemi yapabilmelidir. Uygulamada, hakimler bir yana, iş yoğunluğu içinde bulunan ve çoğu zaman olayın detayını bilmeyen C. Savcılarının odalarından çıkararak yer gösterme işlemini gerçekleştirmeleri hemen hemen imkansızdır. Buradaki muhtemel amaç, C. Savcılarını odalarından çıkarmaktan çok, yer gösterme gibi önemli bir işlemin uygulamasına son vermek olabilir. Bu da suç soruşturmasını zaafa uğratacaktır".¹⁷

Bu görüşte, gerçekten çok ciddi iddialar ileri sürülmektedir. Konuyu daha detaylı ele alabiliriz:

Ülkemizde, 2004 yılında polis bölgesinde toplam 353.692 suç işlenmiştir ve bu sayı bir önceki yıldan % 10 fazladır. Bu olaylardan 1/4'ü İstanbul'da gerçekleşmiştir. İstanbul'daki bir önceki yıla göre suç işleme oranında % 15 artış olmuştur. Türkiye genelinde, yer gösterme işlemlerine de konu olabilen "mala ve şahsa karşı" işlenen suçların illere göre dağılımında ilk sırayı 94.509 olayla İstanbul alırken, bu ili sırasıyla 28.647 olayla Ankara, 21.358 olayla İzmir, 14.988 olayla Bursa ve 13.378 olayla Antalya izlemiştir. Türkiye genelinde, 2004 yılında oto hırsızlığının sayısı 24.659, otodan hırsızlık sayısı ise 25.190'dır. 2004 yılında ülkemizde en çok artış gösteren suç ise, % 35 artan 4.259 şahıstan yapılan gasp-yağma suçlarıdır.¹⁸

Yukarıdaki verilere göre, yalnızca İstanbul, Ankara, İzmir, Bursa ve Antalya'da 2004 yılında işlenen ve yer gösterme işlemine de konu olabilen mala karşı suçların toplamı 172.880'dir. Bu rakamlara, diğer illerdeki mala karşı işlenen suçları ve yer gösterme işlemine konu; adam öldürme, adam kaçırmaya, banka soygunu, terör olayları ve benzeri suç sayılarını da eklediğimizde, ortaya çok büyük rakamlar çıkmaktadır.

Ülkemizde hakim ve Cumhuriyet Savcısı'nın toplam sayısı ise yaklaşık 9.000 civarındadır. Üstelik bu sayı içerisinde, Cumhuriyet Savcıları ile soruşturma evresinde görevli hakim sayısının çok daha az olduğunu da göz önüne aldığımızda, çok düşündürücü bir tablo ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan, yukarıdaki suç sayılarına bakıldığında, başta İstanbul olmak üzere, belirtilen bazı illerde iş yoğunluğu ve suç sayılarının dağılımında büyük dengesizlik bulunmaktadır. Anılan suç yoğunluğu fazla olan illerde ise, buna paralel yeterli hakim ve Cumhuriyet Savcısı sayısında söz etmek mümkün değildir.

¹⁷ Eryılmaz, Bedri, "Suçla Mücadele ve Kişi Hak ve Özgürlükleri Açısından Yeni CMUK Tasarısı Neler Getiriyor?", www.turkishweekly.net

¹⁸ www.digimedya.com 30 Ocak 2005.

Bu göstergelere göre, daha önce kolluk tarafından yapılabilen yer gösterme işlemleri, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren ihtiyaç duyulan bütün soruşturma evraklarında yapılabilecek midir?

Bizce, yukarıdaki rakamlar nedeniyle, fiili imkansızlık karşısında, çoğu zaman yer gösterme işlemi yapılmadan kamu davalarının açılması söz konusu olabilecektir. Tam bu noktada iddianamenin iadesi konusu gündeme gelebilecektir.

b. İddianamenin İadesi

CMK'nın "İddianamenin İadesi" kenar başlıklı 174. maddesine göre, mahkeme, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren yedi gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra; iddianamenin 170. maddedeki unsurları içermediğini tespit ettiğinde, eksik ve hatalı noktaları belirterek iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığı'na iadesine karar verecektir.

Örneğin; iddianame ekindeki adam öldürme suçuna ilişkin soruşturma evrakında, yer gösterme işlemi yapılmamışsa, bu bir iddianamenin iadesi nedeni olabilecek midir?

Özellikle, 1412 sayılı CMUK'un uygulandığı dönemde, herhangi bir yasal dayanağı olmadığı halde uygulanan yer gösterme işleminin, 5271 sayılı CMK'nın 85. maddesinde açıkça düzenlenmiş olması karşısında, örneğimizdeki suçta yer gösterme işlemi yapılmadan düzenlenecek olan iddianamenin, iadesine karar verilmesine yanlıştır denilebilecektir?

Biz, CMK'nın 174. maddesinde yollama yapılan 170. maddenin (2) numaralı fıkrasındaki, "*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet Savcısı , bir iddianame düzenler*" hükmü karşısında, örneğimizdeki adam öldürme suçunda, yer gösterme işlemi yapılmadan iddianame düzenlenmiş ise, davaya bakan mahkemenin, yer gösterme işleminin yapılmamış olması nedeniyle toplanan delillerin yeterli olmadığı kanısına varması halinde iddianamenin iadesine karar verebileceğini düşünmekteyiz.

Çünkü, yer gösterme işlemi, hem bir bütün olarak delil niteliği taşıyabilir, hem de CMK'nın 83. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, yer gösterme tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılacak olmakla, buna ilişkin delillerin belgesi olabilir.

Bu sonuç itibarıyla, ülkemizdeki işlenen suç sayısındaki fazlalığa göre, hakim ve savcı sayısının orantısız azlığı karşısında, yer gösterme işlemi yapılmadan açılan davada, CMK'nın 174. maddesi gereğince iddianamenin bu yönden iadesine karar verildiğinde, soruşturma (ve hatta kovuşturma) evresinde tıkanmalar yaşanabilecektir.

3. Yer Gösterme İşlemi, Keşifte Olduğu Gibi Tutanağa Bağlanacaktır

CMK'nın 83. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, yer gösterme işlemi tutanağa bağlanacaktır. Tutanağa, yer göstermedeki var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılacaktır.

4. 1 Nisan 2005 Tarihinde, Soruşturması veya Kovuşturması Devam Eden ve Önceden Yer Gösterme İşlemi Yapılmış Olan İşlerde Ne Olacaktır?

CMK'daki kurallar usule ilişkindir. Yer gösterme işlemiyle ilgili 85. madde de bir usul kuralıdır. Usul kuralları ise, derhal uygulanırlık ilkesi ve niteliği gereğince, ancak yürürlüğe girdikten sonraki işlemlere uygulanır ve yürürlükten önce tamamlanmış işlemleri etkilemez.

Bir başka anlatımla, 1 Nisan 2005 tarihinde, ister soruşturma, ister kovuşturma evresinde olsun, daha önce yer gösterme işlemi yapılmış olan işlerde, yeniden yer gösterme işlemi yapılması gerekmeyecektir.

E. CMK'nın 84. Maddesinin Yer Göstermeyle İlgili Sonuçları

CMK'nın 84. maddesindeki düzenlemenin, yer gösterme işlemi için uygulanacak olması, en sıkıntılı ve tartışmalı konulardan birisidir. 84. maddenin her fıkrası için bakıldığında, bir yaklaşımla yer gösterme işlemindeki sonuçları şöylece belirtebiliriz:

1. Yer göstermede şüpheli, sanık, mağdur, müdafii ve vekilin hazır bulunması; CMK'nın 84. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilirler. Acaba keşif işleminin bünyesine uygun olan bu kural, yer gösterme işlemi için uygun mudur? Uygulanabilir mi?

Özellikle sanığa yaptırılacak yer göstermede, mağdurun bulunma istemi dinlenmemiş ise, 84. maddenin (1) numaralı fıkrası gereğince bir

aykırılık olmayacak mıdır? Aynı şekilde, tanığa yaptırılacak yer gösterme işleminde, sanığın ya da mağdurun bulunma hakları, kimi zaman tanığın gerçeği söylemesine engel olmayacak mıdır?

Bu gibi durumlarda, 84. maddenin (3) numaralı fıkrasındaki yetkinin kullanılabilmesi söylenebilir. Ancak, bu yetki kullanılana kadar sıkıntılar yaşanabileceği gibi, ileride incelenecek (3) numaralı fıkranın yer gösterme işlemi bakımından uygulanabilmesi de sıkıntılıdır.

2. Tanık veya bilirkişinin, duruşma yerine yer göstermede dinlenebilmesi; CMK'nın 84. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki, tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa, bu tanık veya bilirkişi de, keşifte olduğu gibi yer gösterme işleminde dinlenebilecek midir?

84. maddenin (2) numaralı fıkrasının, yer gösterme işleminin bünyesine uyduğunu söyleminin zor olduğunu düşünmekteyiz. Yer gösterme, adı üstünde yer göstermeye dair sınırlı bir işlemidir. Böyle sınırlı bir işlemde, tanık veya bilirkişinin mazeret nedeniyle dinlenebilecek olması, yer gösterme işlemi esasından çıkartıp, keşif niteliğine dönüştürmektedir. 84. maddenin (2) numaralı fıkrası, yer gösterme işleminin bünyesiyle uyum sağlamadığı için, tartışmalı noktalardan birisini oluşturmaktadır.

3. Yer göstermede şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilmesi; 84. maddenin (3) numaralı fıkrasındaki, keşifle ilgili olan, *“mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekte, şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir”* kuralı, yer gösterme işleminin bünyesine uymamaktadır.

Yer gösterme işlemi, esas itibarıyla şüpheli veya sanığın, bir bakıma olayı yeniden canlandırma işlemidir. Böyle bir işlemde, şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilmesi yerinde değildir.

Bu arada, 84. maddenin (3) numaralı fıkrasının Hükümet Tasarısı'ndaki şeklinde *“mağdur”* kelimesi yokken, TBMM Adalet Komisyonu'nda metne *“mağdur”* kelimesi eklenmiştir. Bu ekleme konusunda bir gerekçe de rastlayamadık.

84. maddenin (3) numaralı fıkrasında, *“mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekte,”* denildikten sonra, her nedense *“şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir.”* denilmiş; mağdurdan söz edilmemiştir. Fıkranın başlangıcında mağdurun huzurunun gerçeğe uygun tanıklık etmeye engel olmasından söz edilirken, cümlenin devamında bunun sonucunun gösterilmemesinin önemli bir eksiklik olduğunu düşünmekteyiz.

Burada, gerçeğe uygun tanıklık etmeye şüpheli veya sanığın huzuru engel olabilir; mağdurun bir zararı olmaz savı ileri sürülebilirse de; madem öyle, fıkraya neden “mağdur” kelimesi eklenmiştir sorusu akla gelmektedir.

Bu nedenlerle biz, 84. maddenin (3) numaralı fıkrasındaki “mağdur” ile ilgili tereddüdün yapılacak bir düzenlemeyle giderilmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz.

4. Yer gösterme işleminden haberdar edilme; CMK’nın 84. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, keşifte bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler.

Buradaki haberdar etme, emredici nitelikte kaleme alınmıştır. Bunun, yer gösterme işleminin niteliğiyle bağdaşabildiğini söylemek zordur. Çünkü, yer gösterme işlemi, genellikle ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve gerginliğin yoğun olabildiği fiillerde yapılmaktadır. Böylesi olaylarda, yer gösterme işleminin yapılması gününden önce, sayılan kişilere haber verilmesi, gerginliğe ve yeni olaylara yol açabilecek niteliktedir. Nitekim, 1 Nisan 2005 tarihinden önce kolluk tarafından yapılan yer gösterme işlemlerinde, kimi zaman linç girişimlerinin olması ihtimali karşısında, ansızın ve ilgisiz kişilerin dikkati çekilmeden bu işlemin yapıldığı olmuştur.

5. Şüpheli veya sanığın tutuklu olması; CMK’nın 84. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre, şüpheli veya sanık tutuklu ise, hakim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hallerde keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilir.

Şüpheli veya sanığın tutuklu olduğu durumlarda, “zorunlu sayılan haller”in ölçüsünün ne olacağı tartışmalı bir konudur. Ayrıca, tutuklu kimselerin yer gösterme işleminde hazır bulundurulmalarında da, gerginlik ve yeni olaylara yol açabilme riski olacaktır. Üstelik, 1 Nisan 2005 tarihinden önce (olağan hallerde), kolluk tarafından yapılan yer gösterme işlemlerinde, tutuklu olan şüpheli veya sanığın getirildiğine rastlamadığımızı belirtmek isteriz.

III. SONUÇ

İncelememizde vardığımız başlıca sonuçları şöylece belirtebiliriz :

1. Türk hukukunda ilk defa CMK’nın 85. maddesinde yasal kurala bağlanan yer gösterme işleminde, CMK’nın 83 ve 84. maddelerinin uygulanacağını emredici biçimde hükme bağlanmasının birinci sonucu,

1 Nisan 2005 tarihinden itibaren adli kolluğun tek başına yer gösterme işlemi yapamayacak olmasıdır. Yer gösterme işlemi kural olarak hakim ve gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacaktır.

2. 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren yer gösterme işlemi adli kolluğun tek başına yapamayacak olması nedeniyle, CMK'nın 148. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki "*Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz*" emredici hükmü, yer gösterme işleminde şüpheli veya sanığın alınan beyanları açısından uygulanmayacaktır. Bu haliyle, yer gösterme işleminin hükme esas alınma niteliği kuvvetlenmiştir.

3. Yer gösterme gibi bir konunun Türk hukukunda ilk defa genel ceza usul yasasında kurala bağlanırken, keşifle ilgili iki maddeye yollama yapılarak düzenlenmesinin, ilk başta kanun yapım tekniğine uygunluk bakımından yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Böylesine önemli bir konu, madem ki yasada kurala bağlanmak istenmiştir; iki ayrı maddeye yollama yapmak yerine, 85. maddede en azından açıkça kaleme alınabilirdi.

4. CMK'nın 85. maddesinin kaleme alınış biçimi ve 83 ve 84. maddelere yollama yapılması kimi tartışmalara neden olabilecek niteliktedir. CMK'nın 83 ve 84. maddeleri, yer gösterme işleminde nasıl uygulanacaktır?

Keşif ile yer gösterme işlemi birbiriyle örtüşen ya da tümüyle aynı evreye ilişkin veya birbiriyle aynı nitelikte ve içerikte olan konular değildir. Bu nedenlerle, yer gösterme işleminde, 83 ve 84. maddenin uygulanacağına öngörülmüş olmasıyla, farklı yorumla, farklı uygulamaların önü açılmaktadır.

Madde gerekçesinde, "*yer gösterme işleminin bir disiplin altında ve hukuki zemine kavuşturulması amacıyla*" 85. maddenin eklendiği söylenirken, 85. maddenin kaleme alınış şeklinin bu disiplini sağlayacak açıklıkta olmadığını düşünmekteyiz.

5. Esasında 85. maddede, keşifle ilgili hem 83 hem de 84. maddelerin uygulanacağına açıkça belirtilmesiyle, yer gösterme işlemi, görünüşte bir bakıma keşif boyutuna taşınmaktadır. Eğer, yer gösterme işleminin tek başına adli kolluk tarafından yapılması yerine, hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılmasını sağlamak amaç ise, bu hususun 85. maddede belirtilmesiyle yetinilebilirdi ya da yalnızca 83. maddeye yollama yapılabilirdi. Yer gösterme işleminde 84. maddenin de uygulanacak olması, tartışmalı noktaları artırmaktadır.

6. Yer gösterme işlemi, mağdur, müşteki ve tanık tarafından da yapılabilir. Bu gibi hallerde dahi hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın bulunmasını aramak, soruşturma evresinde pek çok sıkıntılara neden olabileceği gibi, işin esasına da uygun düşmemektedir. Çünkü, suç ihbarından sonra müştekinin olay yerini göstermesi de, bir yer gösterme işlemi midir değil midir tartışması gündeme gelebilir. Buysa, hem işin esasına uymayacaktır ve hem de ülkemizin şu anki hakim ve Cumhuriyet Savcısı ile suç sayısı verileriyle bağdaşmamaktadır. Açıkçası, suç sayılarının yoğunluğuna göre mevcut hakim ve Cumhuriyet Savcısı kadro sayılarıyla bunun altından kalkılmayacağını düşünmekteyiz. Bir an için, ideal bir yaklaşımla kadro sayısı CMK'nın sorunu değildir, Adalet Bakanlığı bunu çözümlemelidir savı ileri sürülebilirse de, hakim ve Cumhuriyet Savcısı kadrolarına getirilecek görevlilerin, belirli bir seviyede niteliği gerektirmesi ve yetiştirilmelerinin kolay olmaması ve kimi nedenlerle, bu sava katılmak güç görünmektedir.

7. 1412 sayılı CMUK'nın 79. maddesinden farklı olarak 5271 sayılı CMK'nın 87. maddesinde otopsi işleminin yalnızca Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacağı hükmüne bağlanmışken; yer gösterme işleminin kural olarak hakim tarafından yapılacak olmasının yukarıda açıkladığımız gerekçelerle yerinde olmadığını, mutlaka bir an evvel değişikliğe gidilerek, yer gösterme işleminde hakime yöneltilen görevin yasadan çıkartılması gerektiğini düşünmekteyiz.

8. Usul kurallarının derhal uygulanırlık ilkesi ve Usul Yasası'nın yürürlüğünden sonraki işlemler için geçerli olmasının bir gereği olarak, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren henüz kesinleşmemiş ve yer gösterme işlemi daha önce yapılmış olan soruşturma veya kovuşturma evresindeki işlerde, yer gösterme işleminin tekrarlanmasına gerek bulunmamaktadır.

9. Yer gösterme işleminde, esas olan sanık tarafından yapılan yer göstermedir. Oysa, tanık, müşteki ve hatta bilirkişiyi de kapsayan keşifle ilgili CMK'nın 83 ve 84. maddelerinin yer gösterme işleminde de geçerli sayılması yerine, 85. maddede yapılacak bir değişiklikle, yer gösterme işlemini hakim değil, her halde Cumhuriyet Savcısı'nın yapması ve bu hükmün yalnızca sanığa yaptırılacak yer göstermeyle sınırlı tutulması sağlanmalıdır.