

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA TUTUKLAMA

İlker UÇDU

Danışman
Doç.Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

2007

Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűőecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gűsterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

İlker UDU

İmza

DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : İlker UÇDU
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku
Tez Konusu : Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30.maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ	<input type="radio"/>
DÜZELTİLMESİNE	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
REDDİNE	<input type="radio"/>		

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. ***
Öğrenci sınava gelmemiştir. **

- * Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

	Evet
Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	<input type="radio"/>
Tez, mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>
Tezin, basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red

ÖZET

Doktora Tezi

(Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama)

İlker UÇDU

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

Maddi gerçeği ortaya çıkarmak için yürütülen ceza muhakemesinde bazı tedbirlere gereksinim duyulabilmektedir. Tutuklama da bunlardan biridir. Günümüzde kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle doğrudan ilgili olan tutuklamaya ilişkin kavramlara hem Birleşmiş Milletler bünyesinde, hem de Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan bir çok belgede yer verilmiştir. Türk hukuk sisteminde tutuklama, anayasal dayanağını Anayasa' nın 19. Md.' sinden almaktadır. Ayrıca tutuklama, Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 100-108. Md.' leri arasında ve Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu' nun 69-76. Md.' leri arasında düzenlenmiştir. Tutuklama kararı verilebilmesi için; muhakeme şartının gerçekleşmesi, sanığa teminat belgesi verilmemiş olması ve hakim kararı olması gibi şekli şartların yanında, sanığın huzurda olması, tutuklama yasağı olmaması, kuvvetli suç şüphesi olması ve tutuklama nedenlerinden birinin bulunması gibi maddi şartların da gerçekleşmesi gerekir. Tutuklama nedenleri ise; sanığın kaçma şüphesi altında olması, davranışlarının; delilleri karartma ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması biçiminde olması ya da tüm bu sayılanlardan başka suçun kanunda katalog halinde sayılan suçlardan biri olması gerekir. Ayrıca tutuklama kararı verilebilmesi için orantılılık ilkesinin ihlal edilmemesi gerekir. Tutuklamanın araç olduğu ve tüm şartlar oluşsa bile ihtiyari olduğu gerçeği de unutulmamalıdır. Yeni ceza muhakemesi hukukumuzda şartların bulunması halinde tutuklama yerine adli kontrol altına alma tedbirine de karar verilebilir. Tutuklamada kişi mutlaka bir avukat yardımından yararlandırılır. Tutuklama kararından kişinin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Tutukluluk durumu hem soruşturmada, hem de kovuşturmada yasada belirtildiği gibi, belli süreler içinde, ya da istem halinde ya da kendiliğinden incelenir. Tutukluluk bir üst sınıra bağlanmış olup, bu süre, suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girip girmemesiyle bağlantılı olarak değişme göstermektedir. Tutuklanan kişinin bazı hakları olduğu gibi, bazı yükümlülükleri de vardır ve bunlar Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun' da düzenlenmiştir. Tutuklamadan kaynaklanan zararlar ise, tutuklulukta geçen sürenin mahkumiyetten indirilmesi ya da tazminat ödenmesi şeklinde giderilmektedir. Tazminat ödemenin koşulları CMK' nın 141. Md.' sinde belirtilmiştir. Askeri ceza muhakemesinde tutuklama ise, CMK' ya paralel olmakla birlikte, askeri disiplinin korunması nedeniyle de tutuklama yapılabilmesi, komutanın da tutuklama isteminde bulunabilmesi gibi bazı yönlerden adli ceza muhakemesinden ayrılmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Kişi Özgürlüğü, Tutuklama, Adli kontrol, Kaçma Şüphesi, Delilleri Karartma

ABSTRACT
Doctoral Thesis
(Detention in Criminal Procedure Law)
İlker UÇDU

Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Program

In the criminal procedure to discover the material truth some measures are needed. Arresting is one of these measures. Nowadays the concept of arresting which is directly interested with personal freedom and security has been included in lots of documents within the bodies of United Nations and European Council. Arresting is taking its constitutional base from 19th Article of the Constitution. Besides, arresting has been regulated between Articles 100-108 of Criminal Procedure Code and Articles 69-76 of Military Courts Establishment and Jurisdiction Methods Code. To give an arresting decision; formal conditions such as the procedure conditions shall be arisen, the defendant shall not be given guarantee certificate and there shall be no judge decision and material conditions such as the defendant is in presence, there is no arresting prohibition, there is a strong evidence of crime and at least on of the arresting reasons are realized are needed. The arresting reasons are; the defendant is suspected to escape, his/her attitudes are in a manner to hide the proofs or apply pressure on witness, victim or others and the crime to be categorized as crime in the law. Besides to give an arresting decision proportion rate shall not be breached. It shall not be forgotten that the arresting is just a mean not and is only arbitrary even the conditions are occurred. In the new criminal procedure in the new criminal procedure juridical control can be decided instead of arresting. In arresting the person is supported by an advocate. The arresting is immediately informed to a close person of the defendant or a person to be determined by the defendant. The arresting situation is examined in certain periods or in demand or automatically as indicated in the law both for investigation and prosecution. The arresting is bound to an upper limit; this period varies depending on whether this crime is under charged area of heavy penal court. The arrested person has entitled for some rights as well as some obligations and these are regulated within Law Regarding Execution of Crime and Security Measures. The losses arising from the arresting is compensated by deducting the arresting period from the condemnation period or paying compensation. The conditions of compensation are stated in article 141 of Law of Criminal Procedure. In Military Criminal Procedure the arresting is in parallel with Law of Criminal Procedure but is different in manners of arresting due to military protection, the commander being entitled to decide for an arresting from the juridical criminal procedure.

Key Words: Civil Liberty, Detention, Judicial Control, Escaping Doubt, Losing the Evidence

İÇİNDEKİLER

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA TUTUKLAMA

Yemin Metni	ii
Tutanak	iii
Özet	iv
Abstract	v
İçindekiler	vi
Kısaltmalar	xiv
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER, TUTUKLAMAYA BENZEYEN TEDBİRLER, TUTUKLAMAYA ALTERNATİF TEDBİRLER

I. GENEL BİLGİLER	2
A. KAVRAM	2
B. TUTUKLAMANIN TARİHÇESİ	4
1. Genel Olarak	4
2. Batı Hukukunda Tutuklama	5
a. Yunan Hukukunda Tutuklama	5
b. Roma Hukukunda Tutuklama	5
c. İngiliz Hukukunda Tutuklama	6
d. Fransız Hukukunda Tutuklama	8
e. Alman Hukukunda Tutuklama	9
3. İslam Hukukunda Tutuklama	10
4. Ülkemiz Hukuku Tarihinde Tutuklama	12
a. Osmanlı Hukukunda Tutuklama	12
b. Cumhuriyet Dönemi Hukukumuzda Tutuklama	14
C. TUTUKLAMANIN ANAYASAL DAYANAKLARI	15
D. ULUSLARARASI BELGELERDE TUTUKLAMA	18
1. Birleşmiş Milletler Bünyesinde Oluşturulan Belgeler	18
2. Avrupa Konseyi Bünyesinde Oluşturulan Belgeler	20
E. KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖN ŞARTLARI	20
1. Gecikmede Tehlike	21
2. Haklı Görünüş	22
3. Orantılılık Bulunması	22
F. KORUMA TEDBİRLERİNİN VE BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK TUTUKLAMANIN ORTAK ÖZELLİKLERİ	24
1. Yasal Düzenleme Zorunluluğu	24
2. Suç Şüphesinin Belli Bir Yoğunlukta Olması	24

3. Hükümden Önce Temel Bir Hakkı Sınırlaması	25
4. Geçici Olması.....	26
5. Araç Olma	27
6. Muhakemenin Yapılabilmesini Sağlamak	28
7. Hakim, Gecikemez Hallerde Savcı Kararı Bulunması	29
G. TUTUKLAMAYA HAKİM OLAN İLKELER.....	29
1. İhtiyarilik İlkesi	30
2. Oranlilik İlkesi	31
3. Suçsuzluk Karinesi.....	32
II. TUTUKLAMAYA BENZEYEN TEDBİRLER	33
A. YAKALAMA	33
1. Kavram	33
2. Yakalamanın Şartları ve Yakalama Yapmaya Yetkili Kişiler.....	34
B. GÖZALTINA ALMA.....	36
1. Kavram	36
2. Gözaltına Almanın Şartları ve Gözaltına Almaya Yetkili Kişiler.....	37
C. ZORLA GETİRME	38
1. Kavram	38
2. Zorla Getirmenin Şartları ve Zorla Getirme Kararı Vermeye Yetkili Olanlar	39
A. GÖZLEM ALTINA ALMA.....	42
1. Kavram	42
2. Gözlem Altına Almanın Şartları ve Gözlem Altına Alma Kararı Vermeye Yetkili Kişiler.....	42
III. TUTUKLAMAYA ALTERNATİF TEDBİR OLARAK ADLİ KONTROL.....	43
A. KAVRAM	43
B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ADLİ KONTROL.....	45
1. İtalyan Hukukunda Adli Kontrol	46
2. Avusturya Hukukunda Adli Kontrol	47
3. Alman Hukukunda Adli Kontrol.....	48
4. Fransız Hukukunda Adli Kontrol	50
C. ADLİ KONTROLÜN ŞARTLARI	52
1. Soruşturma evresinde	52
a. Şüpheli veya Sanık Hakkında Üst Sınırı Üç Yıl veya Daha Az Hapis Cezasını Gerektiren Bir Suç Sebebiyle Yürütülen Bir Soruşturma Olması	52
b. Tutuklama Şartlarının Bulunması	53
c. Cumhuriyet Savcısının İstemde Bulunması	54
d. Sulh Ceza Hakiminin Kararı	54
2. Kovuşturma Evresinde	54

D. ADLİ KONTROL YÜKÜMLÜLÜKLERİ	55
1. Yurt Dışına Çıkamamak	55
2. Belirlenen Yerlere Düzenli Olarak Başvurmak.....	57
3. Çağrılara, Mesleki Uğraşlara veya Eğitime Devam Tedbirlerine Uymak Konularındaki Kontrol Tedbirlerine Uymak.....	57
4. Taşıt Kullanamamak	58
5. Tedavi veya Muayene Olmak.....	59
6. Güvence Miktarını Yatırmak	60
7. Silah Bulunduramamak veya Taşıyamamak.....	61
8. Mağdurun Hakları İçin Belirlenecek Parayı Güvenceye Bağlamak	62
9. Aile Yükümlülüğü ve Nafaka İçin Güvence Vermek.....	62
10. Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Adli Kontrol Yükümlülükleri.....	63
E. ADLİ KONTROL YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ.....	64
F. GÜVENCE GÖSTERME	66
1. Güvencenin Konusu.....	66
2. Önceden Ödetme.....	67
3. Güvencenin Geri Verilmesi.....	68
G. ADLİ KONTROL KARARI	68
1. Adli Kontrol Kararının Verilmesi.....	68
a. Soruşturma Evresinde.....	68
b. Kovuşturma Evresinde	69
c. Adli Kontrol Kararının Gerekçeli Olması	69
2. Adli Kontrol Kararının Bildirilmesi ve Yoklukta Karar Verilmesi	69
3. Adli Kontrol Kararının Yerine Getirilmesi	71
4. Adli Kontrol Kararına Karşı Kanun yolu	71
a. İtiraz Edebilecek Kişiler	71
b. İtiraz Makamları	72
c. İtiraz İncelemesi	72
H. ADLİ KONTROLÜN DEVAMININ İNCELENMESİ VEYA DENETLENMESİ.....	73
I. ADLİ KONTROLÜN SONA ERMESİ	74
İ. ADLİ KONTROL YÜKÜMLÜLÜKLERİNE UYMAMANIN SONUCU	75
J. ADLİ KONTROL ALTINDA GEÇEN SÜRENİN İNDİRİLMESİ.....	76

İKİNCİ BÖLÜM
ADLİ CEZA MUHALEMESİNDE TUTUKLAMA

I. GENEL OLARAK	77
II. TUTUKLAMANNIN ŞARTLARI	77
A. TUTUKLAMANNIN ŞEKLİ ŞARTLARI	77
1. Muhakeme Şartının Gerçekleşmiş Olması	77
2. Sanığa Teminat Belgesi Verilmemiş Olması.....	78
3. Hakim Kararı Bulunması	79
B. TUTUKLAMANNIN MADDİ ŞARTLARI	80
1. Şüpheli ve Sanığın Huzurda Bulunması	81
2. Tutuklama Yasağı Bulunmaması.....	82
3. Kuvvetli Suç Şüphesi Bulunması.....	83
4. Tutuklama Nedenlerinden Birinin Bulunması.....	85
a. Şüpheli veya Sanığın Kaçması, Saklanması veya Kaçacağı	
Şüphesini Uyandıran Somut Olguların Bulunması.....	86
b. Sanığın Davranışları	89
(1) Delilleri Yok Etme, Gizleme veya Değişirme	89
(2) Tanık, Mağdur veya Başkaları Üzerinde	
Baskı Yapılması Girişiminde Bulunma	91
c. Katalog Suçlar.....	93
5. Oranılık (Ölçülülük İlkesinin Bulunması)	96
C. SEVK TUTUKLAMASI	97
1. Yakalama Emri Düzenlenmesi	97
2. Yakalanan Kişinin Hakim Önüne Çıkarılması	99
III. TUTUKLAMANNIN HÜKÜMLERİ	102
A. TUTUKLAMA İSTEMİ	102
B. TUTUKLAMA DURUŞMASI	103
C. TUTUKLAMADA MÜDAFİ YARDIMI	105
D. TUTUKLAMA KARARININ VERİLMESİ	107
E. KELEPÇE TAKILMASI	108
F. SALIVERİLENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	109
G. TUTUKLAMA KARARININ BİLDİRİLMESİ.....	110
H. TUTUKLAMAYA KARŞI KANUN YOLU.....	113
I. TUTUKLULUĞUN İNCELENMESİ	115
1. Soruşturma Evresinde.....	116
2. Kovuşturma Evresinde	117
İ. TUTUKLULUK SÜRESİ.....	118
1. Ağır Ceza Mahkemesinin Görevine Girmeyen	
Suçlarda Tutukluluk Süresi.....	119

2. Ağır Ceza Mahkemesinin Görevine Giren Suçlarda Tutukluluk Süresi.....	120
3. AİHM' in Tutukluluk Süresine İlişkin Yaklaşımı	122
IV. TUTUKLUNUN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	125
A. TUTUKLUNUN HAKLARI.....	125
1. Dosyayı İnceleme Hakkı.....	125
a. Tutuklu Sanık Açısından Dosyayı İnceleme Hakkı	126
b. Tutuklu Sanığın Müdafii Açısından Dosyayı İnceleme Hakkı.....	128
2. Tutuklama Kararının İnfazının Ertelenmesi.....	130
3. Müdafii Yardımından Yararlanma Hakkı.....	131
4. Ziyaretçi Kabul Hakkı	132
5. Haberleşme Hakkı.....	133
6. Çalışma Hakkı.....	137
B. TUTUKLUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	137
1. Disiplin Yaptırımlarına Uyma	138
2. Kısıtlayıcı Önlemlere Uyma	138
3. Zorla Tedavi Etme ve Besleme	139
V. TUTUKLAMANIN SONA ERMESİ.....	141
A. TUTUKLAMA NEDENLERİNİN ORTADAN KALKMASI	141
B. TUTUKLULUK SÜRESİNİN DOLMASI	142
C. CUMHURİYET SAVCISININ TUTUKLAMA KARARININ GERİ ALINMASINI İSTEMESİ.....	144
D. CUMHURİYET SAVCISI TARAFINDAN RE' SEN SERBEST BIRAKMA ...	145
E. KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI ÜZERİNE SERBEST KALMA	147
VI. ÖZEL TUTUKLAMA HALLERİ.....	147
A. GENEL OLARAK	147
B. TANIĞIN, BİLİRKİŞİNİN VE ZİLYEDİN TUTUKLANMASI.....	148
C. DURUŞMA DÜZENİNİ BOZANLARIN HAPSİ.....	149
D. SUÇLULARIN İADESİ İÇİN TUTUKLAMA	150
1. Genel Olarak	150
2. İade İçin Tutuklama.....	151
VII. TUTUKLULUKTA GEÇEN SÜRENİN İNDİRİLMESİ.....	152
A. GENEL OLARAK	152
B. TUTUKLU KALINAN SÜRENİN MAHKUMİYETTEN İNDİRİLMESİ.....	153
1. Kavram ve Hukuki Nitelik	153
2. Tutukluluğun İndirilmesi Kurumunun Tarihsel Gelişimi	154
a. Roma Hukukunda ve Müşterek Hukukta	154
b. Almanya' da	155

c. Fransa' da	155
C. İNDİRİMİN ŞARTLARI	156
1. Tutuklu Geçirilen Bir Süre Bulunması	156
2. Ceza Mahkumiyetinin Bulunması	157
D. FARKLI EYLEMLER NEDENİYLE	
TUTUKLU KALINAN SÜRENİN İNDİRİLMESİ	158
E. TUTUKLULUĞA FAİLİN KUSURLU HAREKETİNİN NEDEN OLMASI.....	161
F. TUTUKLULUĞUN İNDİRİLMESİ VE ERTELEME	161
G. YURT DIŞINDA TUTUKLULUKTA GEÇEN SÜRENİN İNDİRİLMESİ	162
H. İNDİRİMİN UYGULANMASI.....	163
VIII. KANUNA AYKIRI TUTUKLAMADAN DOĞAN ZARARIN GİDERİLMESİ.....	164
A. GENEL OLARAK	164
B. TAZMİNATA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER	165
C. TAZMİNATIN HUKUKİ ESASI	167
D. TAZMİNATIN HUKUKİ DAYANAKLARI	168
E. TAZMİNAT NEDENLERİ.....	169
1. Kanun Dışı Yakalanma, Tutuklanma veya Tutukluluğun Devamına Karar Verilmesi	170
2. Kanuni Haklarının Hatırlatılmaması veya Haklarından Yararlanma İsteğinin Yerine Getirilmemesi.....	171
3. Makul Sürede Yargılama Merci Huzuruna Çıkarılmama ve Hakkında Hüküm Verilmeme.....	171
4. Kovuşturmaya Yer Olmadığı veya Beraat Kararı Verilmesi.....	172
5. Tutukluluk Süresinin Hükümlülük Süresinden Fazla Olması veya Zorunlu Olarak Para Cezasıyla Cezalandırılma.....	174
6. Suçlama, Yakalama veya Tutuklama Nedenlerinin Açıklanmaması....	175
7. Yakalanma veya Tutuklanmanın Yakınlarına Bildirilmemesi.....	176
F. TAZMİNAT İSTEMİNİN ŞEKLİ ŞARTLARI	177
1. Başvuracak Kişi.....	177
2. Başvurma Süresi.....	178
3. Başvurma Şekli	179
4. Ağır Ceza Mahkemesi Kararı	180
a. Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi	180
b. Ağır Ceza Mahkemesinin Yapacağı İşlemler.....	181
c. Ağır Ceza Mahkemesinin Vereceği Karar.....	182
(1) Tazminat İsteminin Kabulü	182
(2) Tazminat İsteminin Reddi	187
5. Karara Karşı Kanun Yolu.....	188
6. Hakimin Sorumluluğu ve Rücu	189
7. Tazminatın Geri Alınması.....	191
8. Tazminat İstenemeyecek Durumlar	193
a. Hükümlülüğünden İndirme	193
b. Lehe Kanun	193

c. Bazı Nedenlerle Verilen Kararlar	194
d. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı	194
e. Gerçek Dışı Beyan.....	195

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

ve

ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNDE TUTUKLAMA

I. GENEL BİLGİLER	196
A. ASKERİ YARGININ VARLIK NEDENİ.....	196
1. Askeri Yargıyı Savunan Görüş.....	197
2. Askeri Yargıyı Reddeden Görüş	198
3. Görüşümüz.....	200
B. ASKERİ YARGININ ANAYASAL KONUMU	201
C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ASKERİ YARGI.....	202
1. Anglo – Sakson Hukukunda Askeri Yargı	203
2. Kit' a Avrupası Hukukunda Askeri Yargı	204
D. ÜLKEMİZ HUKUKUNDA ASKERİ YARGININ GELİŞİMİ.....	206
1. Cumhuriyet Dönemi Öncesinde Askeri Yargı.....	206
2. Cumhuriyet Döneminde Askeri Yargı.....	209
E. ASKERİ CEZA YARGI ORGANLARI.....	213
1. Disiplin Mahkemeleri	214
2. Askeri Mahkemeler.....	216
3. Askeri Yargıtay	217
F. ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNİN GÖREV ALANI.....	218
1. Barış Hali.....	219
2. Sıkıyönetim Hali	221
3. Savaş Hali	223
II. ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNDE TUTUKLAMA	224
A. GENEL OLARAK	224
B. ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNDE TUTUKLAMA NEDENLERİ.....	224
1. CMK' da Belirtilen Tutuklama Nedenlerinin Varlığı.....	225
2. Askeri Disiplinin Korunması	226
a. Askeri Disiplin Kavramı.....	226
b. Tutuklama Nedeni Olarak Askeri Disiplinin Korunması	228
3. Tutuklama Yasağı Konusu.....	230

C. SORUŞTURMANIN BAŞLAMASI VE TUTUKLAMA İSTEMİ.....	231
1. Komutanın Emriyle Soruşturmanın Başlaması ve Tutuklama İstemi.....	231
2. Askeri Savcılıkça Re' sen Soruşturmaya Başlama ve Tutuklama İstemi	234
D. TUTUKLAMA KARARI.....	235
1. Tutuklama Kararının Verilmesi.....	235
a. Tutuklama Kararını Vermeye Yetkili Mahkeme	235
b. Tutuklamada Müdafii	237
2. Tutuklamanın Bildirilmesi.....	239
a. Tutuklananın Yakınlarına Bildirim	239
b. Teşkilatında Askeri Mahkeme Kurulan Komutana Bildirim	240
c. Şüpheli veya Saniğın Komutanına Bildirim	240
3. Tutuklamaya Karşı Kanun Yolları	241
a. Tutuklama Kararına İtiraz	241
b. Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz	242
c. İtiraz Merci	243
E. TUTUKLULUĞUN DEVAMININ İNCELENMESİ.....	245
1. Soruşturma Sırasında İnceleme	245
2. Kovuşturma Sırasında İnceleme.....	245
3. Temyiz AŞamasında İncelenmesi	246
F. TUTUKLULUK SÜRESİ.....	247
G. TUTUKLUNUN HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ	248
1. Genel Olarak	248
2. Tutuklunun Hakları	249
3. Tutuklunun Yükümlölükleri.....	250
H. TUTUKLULUK HALİNİN SONA ERMESİ.....	252
1. Soruşturma Sırasında.....	252
2. Kovuşturma Sırasında	252
I. ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNDE ADLİ KONTROL ve ADLİ KONTROL YERİNE UYGULANABİLECEK TEDBİRLER.....	253
İ. ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNDE TUTUKLULUĞUN MAHKUMİYETTEN İNDİRİLMESİ ve HAKSIZ TUTUKLAMADAN DOĞAN ZARARLARIN GİDERİLMESİ	255
J. ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNDE BAZI ÖZEL DURUMLAR.....	257
1. Disiplin Mahkemelerinin Tutuklama Yetkisi.....	257
2. Üst' ün Geçici Tutuklama Yetkisi	260
3. Tutuklamanın Tekerrür Açısından Kısmi İnfaz Sayılması.....	265
4. Tutuklukta Geçen Sürenin Askerlik Hizmetinden Sayılmaması.....	266
SONUÇ	268
KAYNAKLAR	274

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ACTY	: Askeri Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelik
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Any.	: Anayasa
Art.	: Artikel
As.CK	: Askeri Ceza Kanunu
As.K	: Askerlik Kanunu
As.MKYUK	: Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
As.MUK	: Askeri Muhakeme Usulü Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
D	: Daire
Dis.Mah.K.	: Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanun
EK	: Esas ve Karar
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Md.	: Madde
MSB	: Milli Savunma Bakanlığı
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
SK	: Sayılı Kanun

StPO	: Strafprozessordnung
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TODAİE	: Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
YD	: Yargıtay Dergisi
YGİY	: Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
Yrg.	: Yargıtay
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve ceza muhakemesi hukukumuzda yeni bir dönem başlamıştır. Yeni Kanun' a, eski Kanun döneminde eleştirilen bazı düzenlemeler alınmamış, bazıları da değişikliklere tabi tutularak aktarılmıştır. Yine başka kanunlarda yer alan bazı düzenlemeler o kanunlar yürürlükten kaldırılarak yeni CMK' ya alınmıştır. Uygulamada bazı sorunlarla karşılaşılması kaçınılmazdır. Yapılması gereken bu sorunları kısa zamanda gidermeye çalışmaktır. Ceza muhakemesi hukukumuzdaki bu kapsamlı değişiklik sırasında kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle doğrudan ilgili olan tutuklama kurumunda da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu nedenle daha önce bu konuda yapılan çalışmalar güncelliğini yitirmiş ve yeni bir çalışma yapılması zorunluluğu doğmuştur. Konu bütünlüğü açısından çalışmamızı üç bölümde yaptık. Birinci bölümde, tutuklama kavramının tarihte farklı kültürlerde ve hukuk sistemlerinde geçirdiği evrelere değinip, uluslararası belgelerde ve Anayasamız' da düzenleniş şeklini inceledikten sonra, kendisi de bir koruma tedbiri olan tutuklamanın ön şartlarını, koruma tedbirlerinin ve tutuklamanın ortak özelliklerini, tutuklamaya hakim olan ilkeleri inceledikten sonra, tutuklamaya benzeyen tedbirlere, alternatif tedbir olarak adli kontrole değindik. İkinci bölümdeyse, adli ceza muhakemesinde tutuklamanın şartlarını ve hükümlerini, tutuklunun hak ve yükümlülüklerini, haksız tutuklama tazminatını inceledik. Üçüncü bölümdeyse, askeri ceza muhakemesinde tutuklama kavramının daha önce yapılan çalışmalarda incelenmemiş olması gerçeğinden hareketle, askeri ceza muhakemesinde tutuklama kavramını inceledik. Anayasa yargısının yüce divan sıfatıyla bakacağı davalarda tutuklama kavramının ise, 2949 Sk' nın 35. Md.' sine göre yargılamanın yürürlükteki kanunlara göre yapılacağı belirtilmesi ve bu haliyle farklı bir özellik arz etmemesi nedeniyle ayrıca incelenmesine gerek görmedik. Yine çalışmamızda, tutuklamayla ilgili hem ulusal yüksek mahkemelerin, hem de AİHM' in kararlarına olabildiğince yer vermeye çalıştık. Alman ceza muhakemesi kaynaklarından yararlanarak, belli başlı konularda Alman hukukundaki tutuklama kavramını, Türk hukukundaki tutuklama kavramıyla karşılaştırmaya gayret ettik. Adli ve askeri ceza muhakemesinde teoride ya da uygulamada çıkan sorunlara değindik.

Yaptığımız çalışmanın teorisyenlere ve uygulayıcılara yararlı olması dileğiyle,

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER, TUTUKLAMAYA BENZEYEN TEDBİRLER, TUTUKLAMAYA ALTERNATİF TEDBİRLER

I. GENEL BİLGİLER

A. KAVRAM

Amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ve genelde kamusal nitelik taşıyan ceza muhakemesinde bazı koruyucu tedbirlere başvurulması gerekebilir. Bu tedbirler, muhakemenin yapılabilmesi açısından şüpheli ya da sanığın hazır bulunmasını veya delillerin karartılmamasını güvencelemeye yönelik olabileceği gibi ileride verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlamak amacını da taşıyabilir. Bu amaçları gerçekleştirme ise, ceza muhakemesinin sùjelerine (özellikle bir suç işlemiş olmakla suçlanan kişiye) ya da eşyaya karşı zor kullanılmasını zaman zaman kaçınılmaz kılar. Bu tedbirler için Türk hukukunda genelde koruma tedbirleri kavramı kullanılmakta olup, bu tedbirlere örnek olarak; tutuklama, yakalama, gözaltına alma, arama ve el koymayı verebiliriz¹. Koruma tedbirlerinin genel olarak altı amaca hizmet ettiğini söyleyebiliriz. Bunlar; soruşturmanın yapılabilmesi, delillerin güvenliğinin sağlanması, muhakeme şartlarının araştırılması, muhakemenin yapılabilirliğinin güvence altına alınması, kararın infazının sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesidir².

Bir koruma tedbiri olan tutuklama, sözcük kökeni itibarıyla türkçe olup, sözlük anlamı itibarıyla Uygurlar' da ödünç alınan eşya veya borç alınan para karşılığında, borçlunun çocuğunu alacaklıya teminat ve işlerinde yardımcı olarak vermesi, bu çocukların alacaklının kendi işinde veya onun izni ile başkasının yanında çalıştırılmasıdır. Eski Türkler'deki bu kuruma, insan rehni anlamında "tutugluk" denirdi³.

¹ Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992, s.1

² Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 20. Auflage, München, 1987, s. 179

³ Mustafa Avcı, Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005, s. 76

Bir koruma tedbiri olan tutuklamanın tanımı Anayasa' da ya da kanunlarımızda yapılmış değildir. Kunter-Yenisey'e⁴ göre tutuklama; muhakeme hukuku açısından zorunlu hallerde hakimin verdiği karara dayanılarak, henüz bir yargı ile hürriyeti kaldırıcı cezaya mahkum olmadan, bir sanığın kişi hürriyetinin kaldırılması , bir diğer söyleyişle tutuk duruma sokulmasıdır. Centel-Zafer'e⁵ göre tutuklama; suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hakim kararıyla geçici olarak kaldırılmasıdır. Tutuklamanın amacı, ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi ya da muhtemel bir mahkumiyetin ileride yerine getirilebilmesidir. Yurtcan'a⁶ göre ise tutuklama; bir yargıç kararıyla Anayasa' da ve yasada belirtilen koşulların gerçekleşmesi ile bir kişinin henüz suçluluğu hakkında kesin karar verilmeden önce özgürlüğünün kaldırılmasıdır.

Tutuklamanın amacı, suçlunun kaçmasını veya delil kaynaklarını etkilemesini engelleyerek, etkili bir ceza hukuku soruşturmasının yapılmasını sağlamaktır. Tutuklama öne alınmış bir ceza değildir, ya da suçlunun suskunluğunu bozmak için kullanılacak bir yıldırma işlemi değildir⁷. Masumluk karinesi karşısında tutuklamanın hukuki durumu akla gelebilir. Ancak etkili bir ceza muhakemesi için tutuklamanın gerektiğinde uygulanması konusunda bir görüş birliği vardır ve AİHS' in 5/1. Md.' sinde bile kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklamaya izin verilmiştir⁸.

O halde genel olarak toparlayacak olursak, tutuklamanın; yasada belirtilen koşulların oluşması halinde, şüpheli ya da sanığın hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunmamasıyla beraber, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için hakim kararıyla özgürlüğünün geçici olarak kaldırılması olduğunu söyleyebiliriz.

⁴ Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 599

⁵ Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 261

⁶ Erdener Yurtcan, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı, TBB, Melisa Matbaacılık, Ankara, 2002, s. 225

⁷ Klaus Volk, Strafprozessrecht, 3. Auflage, München, 2002, s. 46

⁸ Urs Kindhauser, Strafprozessrecht, 1. Auflage, Bonn, 2006, s. 113

B. TUTUKLAMANNIN TARİHÇESİ

1. Genel olarak

Ceza hukukunda genel kabullere göre, 17.yy.' a kadar cezaevleri hükümlüye verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın infaz kurumu değil, cezalandırılmak istenen kişinin devletin eli altında bulundurulmasını sağlayan bir nevi tutukevi fonksiyonu görmüştür. Hapis aynı zamanda idari bir tedbir olarak da kullanıldığı için cezai anlamı uzun süre şüpheli kalmıştır. Hatta ilkel dönemlerde cezaların kişiselliği ilkesi bilinmediğinden, kollektif sorumluluk gereği, suçun faili kaybolsa bile onun yerine cezalandırılacak bir başkasını bulmak mümkün olacağından, tutuklamaya bile gerek görülmediği oluyordu. Örneğin; katil, mahkumiyet gününe kadar serbest kalır, ancak suçüstü hallerinde yakalanır ve tutuklanırdı. Ayrıca tutuklama tedbiri ve hapis cezasının yerine getirilmesi, örgütlenmiş bir devleti ve kamu kurumu niteliğindeki binaları gerekli kılıyordu. Yeterli miktarda kurumun bulunmadığı zamanlarda özel kişilere ait yerler de tutukevi olarak kullanılıyor, hatta hapis cezaları özel kişilere ait işlerde çalıştırılmak suretiyle dahi yerine getiriliyordu⁹.

Günümüzde artık doğal hukuk yaklaşımında dokunulmazlık kutsallıkla eş anlamlıdır. İnsanın doğal hakları kutsaldır. İnsan vücudu ve kişiliği üzerindeki haklar artık doğal haklar olarak nitelendirilmektedir. Doğal hukuk anlayışına göre bu haklar devleti öncelediğinden, devletçe verilmediğinden devlet bunlara dokunamaz¹⁰. Doğal olarak burada kastedilen, artık ilk zamanlarda olduğu gibi kişi dokunulmazlığının devlet ya da onun yetkililerince keyfi olarak zedelenemeyeceğidir.

Bu başlık altında günümüzdeki anlamda tutuklama kavramına ulaşıncaya kadar, tarihte farklı kültürlerde bu kavramın ne şekilde geliştiğini incelemeye çalışacağız. Bu kapsamda batı, islam ve ülkemiz hukukunda tutuklamanın geçirdiği evrelere değineceğiz.

⁹Mustafa Avcı, Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimizde Koruma Tedbirlerinden Tutuklama, <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/cezayargilamasi.htm>, Erişim Tarihi: 07.04.2006

¹⁰ Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları -1- Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:17, Ankara, 1995, s. 38

2. Batı Hukukunda Tutuklama

a. Yunan Hukukunda Tutuklama

Atina' da intikam ve kısas cezanın esasıydı. Platon, cezanın amacını korkutma ve iyileştirme olarak belirtmişti. Fakat uygulamada bunun önemi yoktu. Atina mahkemeleri, vatandaşı onursuzluğa, kölelik durumuna sokmaya, kamuya açık yerde rezil etme, para ve mal varlığına ilişkin, ayrıca sürgün, dayak, ölüm gibi cezalar verdiler. Bununla birlikte, özgürlükten yoksun bırakma, Sokrates' in yargılamasından da anlaşıldığı gibi tamamen hariç bırakılmamıştı¹¹.

Eski Yunan' da tutuklamanın tam olarak hangi koşullara bağlı olduğunu saptamak zordur. Bilindiği kadarıyla olağan ya da olağan dışı olsun, tutuklama gibi devlet konseyinin yetki alanına giren bir tedbirin uygulanmasını öncelikle konseyin onaylaması gerekmektedir. Devlet konseyi üyelerinin senatörlük görevine başlarken yaptıkları yeminin tutuklamanın genel çerçevesini çizdiği söylenebilir; “ Onunla aynı vergileri ödeyen üç vatandaşın kefil olduğu hiçbir Atina' lı , vatana ihanet, halka ihanet, ya da kefalet ücretinin hazineye ödenmemesi hariç tutuklanamaz”. Bu yeminden anlaşıldığına göre, senato tutuklama yetkisine sahipti. Yabancıların kamu davasında tutuklanmaları ise kuraldı¹².

b. Roma Hukukunda Tutuklama

Romalılarda ilk olarak krallık döneminde hapisaneler ortaya çıkmıştır. Bu hapisaneler hücrelerden oluşmaktaydı. Bu hücrelerde tutulan kişilerin bir kısmı daha sonra kayalıklara götürülerek aşağı atılırlardı. Ayrıca askerlerin disiplin cezaları için garnizonlarda hapisaneler bulunmaktaydı. Hapisaneler daha çok tutukluların ve ağır suçlarda hükümlülerin asılmalarına kadar tutuldukları yerler olarak hizmet etti. Roma' da ödenmeyen borçlar nedeniyle borçlunun kapatıldığı özel zindanlar da vardı. 12 Levha Kanunu' na göre, alacaklı için 60 gün çalışma ve bu sürenin sonunda borçlunun öldürülmesi veya köle olarak satılması mümkündü¹³.

¹¹ Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 85

¹² Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 15

¹³ Demirbaş, İnfaz, s. 86

Roma hukukunda, sanık sıfatıyla davetli olarak veya zorla Magistra' nın karşısına getirilen kişinin tutuklanması mümkündür. Hatta en eski dönemlerde tutuklama tüm suçlar açısından adeta kuraldı. Şahsi ceza davasında bile sanığın davacı tarafından tutuklanmasına Praetor' ca izin verilebildiği yolunda bulgular vardır. Kamu ceza davasında ise en eski dönemlerde asolan daima tutuklamaydı, bir sanığın serbest bırakılması pek enderdi. Ancak tutuklamaya başvurma, hukuki bir zorunluluk değil, Magistra' nın takdirine bağlıydı. Kamu ceza muhakemesinde tutuklama , ceza hakiminin takdiri yanında, aynı işi yapan diğer Magistra' nın işlemini veto yetkisi bulunan memurlara, özellikle bir tutukluyu hiç kuşkusuz serbest bırakabilecek olan halk tribunlarına bağlıydı¹⁴.

c. İngiliz Hukukunda Tutuklama

Kral Yurtsuz John zamanında, kralın yetkilerini sınırlamak, yürürlükteki yasalara uygunluğunu sağlamak, kişilere bazı haklar tanımak ve bu hakları korumak amacıyla 1215 yılında Büyük Özgürlük Fermanı (Magna Carta Libertatum) gibi önemli bir hukuki belge ortaya çıkmıştır. Kral' la baronlar arasında karşılıklı yetki ve görevleri belirleyen 63 maddelik bu ferman, İngiliz yurttaşlarının özgürlüklerini belirlemekten çok, toplum güçleri arasında bir denge kurmuştur. Ferman, kişi özgürlüğünü korumak amacıyla, bunu bir yargı güvencesine bağlamış, yargıç tarafından verilmiş bir karar olmadıkça kişilerin yakalanamayacaklarını ve tutuklanamayacaklarını belirtmiştir. Büyük Özgürlük Fermanı' na rağmen, kralların, bu belgelerin yetkilerine koyduğu sınırlardan kendilerini kurtarmak için gösterdikleri çaba, arzulanan sonuca varmayı geciktirmiştir¹⁵. Magna Carta, her ne kadar daha çok, kralın vergi salma ve benzeri konularda yetkilerini kısıtlayan bir belge olarak kabul edilse de, kişi özgürlükleri ve özellikle kişi güvenliği konusunda ilk büyük öncülüğü yapan belge olduğunu söylemek mümkündür. Özgür kişilerin mal ve can güvenlikleri teminat altına alındığı gibi, bu kişilerin bağlı buldukları mahkemelerin kararı olmaksızın mal ve can güvenliklerine dokunulmayacak, dolayısıyla mahkeme kararı dışında tutuklama, sürgün ve mal müsaderesi yapılmayacaktı. Ortaçağda

¹⁴ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s.18

¹⁵ Recai G. Okandan, 1215 Büyük Hürriyet Fermanı, İÜHFM, Cilt: 31, Sayı: 1-4, 1953, s. 4

toplumun sadece bir kesimi için geçerli olmasına rağmen Magna Carta' yı takdire şayan bir belge olarak kabul etmek gerekir¹⁶.

1628 yılında, avam kamarasının isteklerini kapsayan ve krala sunulan "Petition of Rights" (Haklar dilekçesi) denilen belgede, Magna Carta' da belirtilen şekle aykırı olarak kimsenin savunması alınmadan tutuklanamayacağı ve hapsedilemeyeceğini belirten hükümler vardı¹⁷. Bu belgede, geçmişteki haksız uygulamaların neler olduğu ve haksız uygulamalara karşı beliren tepkinin dile getirilmesiyle Magna Carta' daki haklar tekrarlanmıştır. Haklar dilekçesi incelendiğinde, kişi güvenliğiyle ilgili şu hükümleri sıralamak mümkündür; a) Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulanacak ve özel yargılama yöntemleri uygulanmayacak, b) Hiç kimse yaşadığı ülkenin yasalarına uygun ve aynı ülkenin hakimlerince verilmiş bir karar olmadıkça, mal ve can güvenliğinden mahrum bırakılmayacak, hakim kararı olmadıkça ve kişinin savunması alınmadıkça tutuklanamayacak, sürgün edilemeyecek, mallarına zorla el konulamayacak ve miras haklarından mahrum edilmeyecek, c) Parlamento tarafından usulüne uygun çıkarılmış bir yasa ya da parlamentonun onayı olmadan, kral, hiç kimseden hediye, para yardımı, vergi veya herhangi bir malını zorla elinden alamayacaktır¹⁸.

İngiltere' de kişi özgürlüğü ve güvenliği için ilk adımlar 1215 tarihinde Magna Carta Libertatum' la atılmış ve arkasından Petition of Rights' la tekrarlanmıştır. Ancak yakalama ve tutuklama açısından kişi güvencesinin gerçek temeli, 1679 yılında kral II. Charles tarafından kabul edilen Habeas Corpus Act adıyla anılan sağlam ve gerçekçi kökleri bulunan bir metinle atılmıştır. Latince "vücuda sahip ol" anlamına gelen Habeas Corpus Act, İngiliz özgürlükler bulvarı olarak adlandırılmaktadır¹⁹. Buna göre, mahkeme kararı olmadıkça hiç kimse cezaevinde tutulamaz. Hakim kararı olmadan bir kişi tutuklanmışsa ya kendisi, ya da onun adına başkası, yüksek mahkeme hakimlerine başvurarak tutuklamanın haklı olup olmadığının incelenmesini isteyebilir. Hakim ilgililere emir vererek sanığın getirilmesini ister ve duruma göre tutuklama sebebini haklı görmezse tutukluyu hemen serbest bırakır²⁰. Sanığın hemen kraliyet hakiminin önüne çıkarılması ilke

¹⁶ Seyithan Güneş, Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 15

¹⁷ Recai G. Okandan, Umumi Amme Hukuku, İÜHF Yayını, İstanbul, 1968, s. 253

¹⁸ Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 446

¹⁹ Güneş, s. 19

²⁰ İlhan Akın, Kamu Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 1990, s. 322

olarak 15. yy.' dan itibaren bir denetim niteliğindedir. Biri tutuklanınca kraliyet mahkemesi yargılamayı kendisinin yapacağını ve bu nedenle sanığın gönderilmesini isterdi. Fakat derebeyi ya da bölge sorumluları sanığı göndermemek ve bu denetimden kurtulmak için çeşitli kaçamak yollarla işi uzatırlardı. Örneğin; kraliyet mahkemesine gönderilmemesi için sanığı bir cezaevinden başka bir cezaevine naklelerlerdi. Genellikle ilk defada sanığı göndermemek adet halini aldığı için kraliyet mahkemesi birkaç kez isteğini tekrarlamak zorunda kalırdı²¹. Habeas Corpus Act, monarşinin yeniden kurulmasından sonra parlamento tarafından kral Charles II' ye kabul ettirilmiştir. Yine bu belgeye göre, kral tarafından tutuklanan bir kişi, vatana ihanet durumu ayırık olmak üzere, herhangi bir yargı organına başvurarak yargılanmasını isteyebilecekti. Yargı organı, kendisine başvuran kişinin en çok yirmi gün içinde mahkemeye getirilmesini cezaevi müdürüne bildirmek zorundaydı. Aksi halde görevini yapmayan veya ihmal eden yargı organı veya cezaevi müdürü ağır para cezasına çarptırılacaktı. 1689 yılında da parlamento ile kral arasında bir anlaşma niteliğinde olan ve yasaların üstünlüğünü savunup, özel yetkili yargı organları kurma hakkını ortadan kaldıran "Bill Of Rights" (Haklar Yasası) kabul edildi. Bu yasa kişisel hak ve özgürlüklerin korunması amacını gütmekte, yurttaşlara krala dilekçe vermek hakkı tanımakta ve bu yüzden yurttaşların tutuklanmaları mümkün olmamaktaydı²².

d. Fransız Hukukunda Tutuklama

1789 Büyük Fransız Devrimi' nden önce Fransa' da krallık zorlu bir baskı yönetimi uyguluyordu. Ne var ki, J.J. Rousseau, Montesquieu, Voltaire gibi "Aydınlık Felsefe" yi temsil eden düşünürlerin etkisiyle Fransa' da bir özgürlük fikri doğmuş ve gelişmiştir. 14 Temmuz 1789 Fransız Devrimi' nden sonra, 26 Ağustos 1789' da "İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi" kurucu meclis tarafından ilan edildi. Bildiri, kapsamı bakımından evrensel, ifadesi bakımından soyut, dayandığı inanç yönünden ise iyimserdir²³.

Bireyci olan bu bildiri, 17 maddeden ibaret olup, 7, 8 ve 9. maddeler kişi güvenliği ve kişi dokunulmazlığı ile ilgilidir. Bildiride kişi güvenliği ile ilgili olarak;

²¹ İdris Güzel, Kişi Güvenliği ve Kolluk (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1987, s. 19

²² Okandan, Umumi, s. 253-254; Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusal Üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 54 vd.

²³ Timur Demirbaş, Kişi Güvenliği, İÜHFİM, Cilt: 43, Sayı: 1-4, 1977, s. 155

“yasanın belirttiği durumlar ve öngördüğü yöntemler dışında hiç kimse suçlanamaz, tutuklanamaz ve alıkonulamaz” denilmektedir²⁴.

1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi, Fransız Devrimi’ nin ilk bildirisidir, fakat sonuncusu değildir. Birkaç yıl arayla, Fransa’ da arka arkaya birkaç bildirinin yayınlanmış olduğunu görürüz. Bunlar, bazı bakımlardan birincisinden daha geniş ve daha etraflı olmakla beraber, hiçbiri 1789 Bildirisi’ nin uyandırdığı yankıları uyandıramamıştır. 19. yy. başlarından itibaren insan hakları ilkeleri yavaş yavaş önceleri Avrupa’ da, sonra bütün dünyada yazılı anayasaların kabulüyle birlikte uygar ulusların hukukuna girmiştir²⁵.

1789 Bildirisi’ nde değişik özgürlükler düzenlenmiş, ancak güvenlik altına alınmamıştır. Bu haklar, 1791 Anayasası’ nda diğer bazı ek haklarla güvenlik altına alınmıştır. 7. Md.’ de, hiç kimsenin yasanın belirlediği haller ve öngördüğü biçimler dışında suçlanamayacağı, gözaltında tutulamayacağı, ya da tutuklanamayacağı, bu hususta keyfi emirler veren, bu tür emirleri düzenleyen, yerine getiren ya da getirtirilenlerin cezalandırılacağı, 9. Md.’ de, herkesin suçlu olduğu açıklanincaya kadar masum sayılacağı, tutuklanmanın kaçınılmaz olduğu hallerde, suçlunun yakalanması için zorunlu olmayan her türlü sert davranışın en sert biçimde cezalandırılacağı, 11. Md.’ de keyfi tutuklamalara karşı direnilebileceği, 12. Md.’ de keyfi tutuklama kararı verenlerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir²⁶.

e. Alman Hukukunda Tutuklama

Cermen halklarının ceza hukuku, esasen intikam esasına dayanıyordu. Sadece mağdur ve onun aşiretine intikam hakkı tanınmıştı. Suçlu, bireyin ve toplumsal varlığın düşmanıydı. 500’ lü yıllara kadar ceza hukuku ve tanrısal intikam birbirlerinden ayrı düşünülüyordu. Uzun süre tutuklamayı kimse düşünmemişti²⁷.

Eski Alman hukukunda muhakeme, itham muhakemesiydi ve tutuklama eski Alman ceza muhakemesine yabancı bir kurumdu. Suçüstü haller dışında tutuklama kabul edilmiyordu. Tutuklamanın ilk uygulamalarına Frenk’ ler zamanında suç ve

²⁴ Toktamış Ateş, Demokrasi, Der Yayınları, İstanbul, 1976, s. 60; Coşkun Üçok, Siyasal Tarih, AÜ Yayını, 5. Baskı, Ankara, 1961, s. 54

²⁵ Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 47

²⁶ Güneş, s. 31

²⁷ Demirbaş, İnfaz, s. 87

cezada kamu hukuksal anlayışının gelişmesiyle birlikte rastlanmaktadır. Tutuklamayla sanık, muhakemenin yapılabilmesi için itaate zorlanmaktaydı. Fakat bu dönemde tutuklama henüz kurumsallaşmamıştı. Bir hukuk kurumu olarak tutuklama ilk olarak Karolina' da ortaya çıktı. 1532 tarihli Karolina' da tutuklama açıkça belirtilmemişti. Ancak "tutuklu sanıktan" söz eden maddeler vardı. Bunların yorumuyla tutuklamanın yasallığı kabul ediliyordu. Karolina' da tutuklama önceleri kişiler aleyhine işlenen kasıtlı ve önemli suçlarla sınırlıydı ve koşulları belirtilmemişti. Ancak Karolina' nın tutuklamayı, tutuklanacak kişinin belli ölçüde şüpheli olmasına bağlı kılması, en azından suçsuz kişilerin tutuklanmasından olabildiğince kaçınılmaya çalışıldığını göstermektedir. Zamanla itham sistemi önemini kaybetmiş ve yerini engizasyon usulü almıştır. Artık Karolina' nın sadece yeterli şüphe varsa sanığın tutuklanması, tutuklamanın ceza değil, sadece bir koruma tedbiri olduğu yolundaki uyarıları dikkate alınmıyordu. Daha sonra çıkartılan kanunlarla bu durum düzeltilmeye çalışıldı. 1768' de çıkarılan Constitutio Criminalis Theresiana ise Carolina' nın tersine tutuklamaya karar verilebilmesi için soruşturma yapılabilecek olmasıyla yetinmiyor, kuvvetli şüphe arıyor, çeşitli suç türlerinde tutuklama sebeplerini örnek olarak sayıyordu. Genel tutuklama sebepleri; sanığın kötü şöhretli olması, daha önce aynı suçu işlemiş olma, mağdurla düşmanlık, suçtan yarar sağlayacak olma vs. gibi sebeplerdi²⁸.

3. İslam Hukukunda Tutuklama

İslam hukuku kaynaklarında; itham sebebiyle hapis, ihtiyati hapis, muvakkat haciz ve muvakkat hapis, tevkif ve ihtiyat tedbiri, istisak ve istizhar (suçun sübutu ile ilgili araştırmayı tamamlamak) için hapis, tutuklamayı ifade için kullanılmış terimlerdir. Hapis, arapça bir kelime olup, sözlük anlamı; tutmak, tevkif etmek, bir kişiyi bir yerde nezaret altında bulundurmadır. Terim olarak; bir kişinin ev, mescit vb. bir yerde tutulması, hasmının kişisel takibi ve gözetimine bırakılması gibi yollarla hukuki tasarruflarının engellenmesi şeklinde tanımlanmıştır. Tutuklama; suç teşkil eden bir fiil işlediğine dair hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişiyi geçici bir süre (suçluluğu veya suçsuzluğu ortaya çıkıncaya kadar) özgürlüğünü kısıtlamak ve hukuki tasarruflarını engellemektir. Yani bir kişinin hakim kararı ile muhakeme edilmek üzere özgürlüğünün kısıtlanıp tutukevi denilen yere konulmasıdır. Tutuklu kişi bir hadiste esir olarak nitelendirilmiştir. Hz. Ömer' in, "İslam' a göre bir kişi udul

²⁸ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 22

(kuvvetli şüphe) olmadan esirleştiremez (tutuklanamaz)” sözünde aynı ifade geçmektedir. İslam hukukunda tutuklama kararı verilebilmesi için isnad edilen suç, had, kısas ya da tazir cezası gerektirmelidir²⁹.

Kettani ve Ali Dede'ye göre, ilk tarihlerden itibaren Hz. Osman zamanına kadar suçlular kuyularda hapsediliyordu. Peygamber ve dört halife zamanında özel bir hapisane yoktu. Mescitler ve dehlizler hapisane olarak kullanılıyordu. Nitekim Peygamber bir cinayet suçlusunu olan Sumame B. Üsale'yi mescidin duvarlarına bağlamıştı. Tay kabilesinden Hatem kızı Sufine mescitte kadınlara özgü bir odaya hapsedilmişti. Peygamber, borçlarını vermeyenleri, harp esirlerini, katilleri veya cinayetten zanlı olanları hapsediyordu³⁰.

Hz. Ömer, Mekke' de 4000 dinara satın aldığı bir evi hapisane olarak kullanmaya başlamış ve bir katili 2 ay buraya kapatmıştı. Hz. Osman' ın ölüm ve hırsızlık suçlarından hapsedtiği Dabi Bin Haris burada ölmüştü. Esasen İslam hukukunda hürriyeti bağlayıcı ceza yoktu, dolayısıyla bu yerleri hem bir tutukevi, hem de İslam hukukundaki cezaların infazına kadar suçluların tutuldukları ve ayrıca borçluların borçlarını ödemeleri için hapsedildikleri yerler olarak nitelendirmek daha doğrudur³¹.

Bilmen' e³² göre, İslam' da hapis esasen ahkamı kazadandır. İdari ve siyasi bir cezadır. Bazı cürümlerden, cinayetlerle ilgili olanların yetkili makamların kararıyla hapsedilmeleri meşrudur. Bazı müttehemlerin (suçlananların) göz hapsine alınmaları, mahkemede geçici olarak tutuklanmaları da ihtiyati tedbirler cümlesindedir. Suçlanan kişiyi ihtiyaten hapis yetkisi ise, sadece kadıya değil, velayeti ceraime sahip kişilere de tanınmıştı ki; bu kişiler halk arasında meydana gelen suçlar, yolsuz hareketler hakkında, idari, siyasi bir takım önlemler alma yetkisinde olan ve vali-i ceraim veya vali-i mezalim denilen kişilerdi. Genellikle, katil ile sirkat ile diğer bir ifadeyle cinayet ile suçlanan kişiler hakkında hapis suretiyle ta' zir icra edilmekte ve bunun için de kişinin suçlu olduğu konusunda oldukça kuvvetli delil aranmaktaydı .

²⁹Avci, Ceza Yargılaması, Erişim Tarihi: 07.04.2006

³⁰Fahreddin Atar , İslam Adliye Teşkilatı, Semih Ofset, Ankara, Tarihsiz, s. 217

³¹Demirbaş, İnfaz, s. 128

³²Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, Cilt: 3, İstanbul, 1950, s. 26, 34, 341, 350

4. Ülkemiz Hukuku Tarihinde Tutuklama

Ülkemiz hukuku açısından tutuklamayı yine ülkemizin siyasi olarak geçirdiği büyük değişimi göz önüne alarak Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Cumhuriyeti dönemleri açısından incelemeyi uygun görmekteyiz.

a. Osmanlı Hukukunda Tutuklama

Osmanlı hukukunda kadı marifeti olmadan kimsenin hapsedilmemesi esastır. Ancak mutlak değildir. Osmanlı hukukunda hapis kavramı kural olarak tutuklama anlamında kullanılmaktadır. Bazı şer' iye sicillerinde zindana koymak veya zindan vermek deyimlerine de rastlanmaktadır. Örneğin 1617' de Galata Mahkemesi' nce adam öldürmekten sanık bir kişi tutuklanmış ve davacıya iddiasını ispat için 15 gün süre tanınmıştır. Davacının bu süre içinde delil sunamaması üzerine sanık kefil karşılığında serbest bırakılmıştır. Yine haksız yere tutuklandığını düşünen bir kimsenin itirazı üzerine, kadı, bir naip atayarak sanığın nasıl bir kişi olduğunu araştırmıştır. Ancak bu tür uygulamaların istisnai olup olmadığı tam olarak bilinmemektedir³³. Osmanlı hukuku da İslam hukukunun uygulandığı bir alan olduğundan, kadılar dışında vali, hükümdar gibi kişiler tarafından da tutuklama yapılabilmekteydi. Bu durum katı bir kuvvetler ayrılığı ilkesinin bulunmayışı ve 1876 Anayasası' na kadar yukarıda sayılan kişiler gibi bazı kişilerin adli yetkilerinin bulunmasıyla açıklanabilir³⁴. Yine Osmanlı hukukunda kefalet etkin bir biçimde kullanılmıştır. Kefalet, sanığın, cezanın infazını bekleyen mahkumun, ya da cezaevinden kaçmasından endişe edilen kişinin istenildiğinde hazır edilmesi olarak anlaşılıyordu. Kişiye kefalet, maddi teminat yerine kişisel teminatı esas almaktaydı³⁵.

Tanzimat' tan önce kamu özgürlükleri alanındaki tek gelişme, 1808 tarihli Sened- i İttifaktır. Bu belgeyle, ayanın, padişah ve sadrazama bağlılığı ifade edilmiş, buna karşılık ta padişah ayanın bağımsızlığını tanıyarak, zaten fiilen var olan feodaliteye hukuksal bir statü kazandırmıştır. Ayanın taraf olduğu bir sözleşme olması nedeniyle 1215 tarihli Magna Carta' ya benzetilmişse de, bu benzetme ancak

³³ Mehmet Akman, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 106

³⁴ Avcı, Ceza Yargılaması, Erişim Tarihi: 07.04.2006

³⁵ Mehmet Akman, Bir Ceza Yargılaması Aracı Olarak Kişiye Kefalet: Osmanlı Örneği, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 11

biçimsel olabilir. Çünkü bu belge, Magna Carta gibi hak ve özgürlükleri güvence altına alan bir belge değildir³⁶.

Osmanlı İmparatorluğu'nda batılı anlamda insan hakları ve kişi güvenliği sorunu Türk toplumunun siyaseten de batılılaşma çabaları içinde ortaya çıkmıştır. İnsan hakları doktrini yerli bir görüş olarak ortaya çıkmamıştır. Ancak 19.yy. 'dan itibaren ki, Genç Türkler islami düşünceleri zorlayarak bir insan hakları ve kişi güvenliği sorununu ortaya atabilmişlerdir³⁷. Osmanlı İmparatorluğu döneminde kişi güvenliğinden dolayısıyla da olsa ilk söz eden belge Gülhane Hattı Hümayunu' dur (1839). Bu belgeye göre, yeni yapılacak yasaların temeli, can güvenliği, ırzın, namusun ve malın korunması, vergi salmada ve askerlik uygulamalarında eşitlik olacaktır. 1856 Islahat Fermanı'yla da 1839 Fermanı'yla sağlanan haklar tekrarlanmıştır. Bu Ferman'da da kişi güvenliği ile ilgili olarak, kimsenin keyfi olarak tutuklanamayacağı güvence altına alınmıştır. Ancak bu fermanlar bir hukuk belgesi niteliğinde değildirler. Padişahın imtiyazları karşısında kişi hakları pozitif bir güvenceye sahip olamamıştır³⁸.

Osmanlı devletinin hukuksal durumu, ilk kez 1876'da yürürlüğe giren Kanun-i Esasi' de ortaya konulmuştur. Bu Anayasa' da, devletin genel yapısı, organları, bunlar arasındaki ilişkiler, vatandaşların temel hak ve özgürlükleri belirtilmiştir. Can, mal, ırz, konut dokunulmazlıkları güvence altına alınmıştır. Ancak padişaha devlete zararları dokunan kimseleri polis soruşturmasına dayanarak yurt dışına sürme yetkisi verilmiştir ki, bu hüküm Anayasa'nın kişi özgürlüğü bakımından değerini sifıra indirmektedir³⁹. Güvencesizlik ve yaptırım yokluğu 1876 Kanun-i Esasi'sinin başlıca karakteristiğidir. Nitekim bu Anayasa iki yıl sonra padişah tarafından kişi hak ve özgürlükleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak aşağıdan yukarıya doğru gelen baskılar sonucunda 1908'de Kanun-i Esasi yeniden yürürlüğe konulmuştur. 1909'da yapılan değişikliklerle de padişaha sürgün yetkisini veren madde kaldırılmış, kişi özgürlüğü ile ilgili 10. Md. biraz daha kuvvetlendirilmiştir⁴⁰.

³⁶ Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982, s. 38

³⁷ Bahri Savcı, Türk Devletinde Tarihi Akışı İçinde İnsan Hakları, AÜSBFD, Cilt: 18, No: 2, 1963, s. 83

³⁸ Demirbaş, Kişi Güvenliği, s. 159

³⁹ Coşkun Uçok ve Ahmet Mumcu, Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1993, s. 269

⁴⁰ Kapani, s. 103

b. Cumhuriyet Dönemi Hukukumuzda Tutuklama

Cumhuriyet dönemimizin ilk anayasası olan 1924 Anayasası' nın 5. bölümünde "Türklerin Kamu Hakları" başlığı altında 71. Md.' de "cana, mala, ırza, konuta hiçbir türlü dokunulamaz". 72. Md.' de "kanunda yazılı hal ve şekillerden başka türlü hiçbir kimse yakalanamaz ve tutulmaz" şeklinde kişi özgürlüğü ve güvenliği düzenlenmiştir⁴¹. Kişi güvenliği 1929 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu' nda etraflı bir şekilde düzenlenmiştir. Fakat 1924 Anayasası' nın yürürlükte kaldığı sürece hukuken varlıklarını koruyan fakat garantiden yoksun bulunan hak ve özgürlükler de siyasi haklar gibi önemli kısıntılara uğramışlardır. Klasik kamu özgürlüklerini sosyal haklarla bağdaştırma yöntemini izlememiş olan 1924 Anayasası' nda, kamu özgürlüklerini sınırlama ölçüsü doğrudan kanun koyucuya bırakılmıştır. Diğer yandan da tek parti çoğunluğunun özgürlükler üzerindeki hakimiyeti sağlanmıştır. Bu durum 1960' da bir ihtilal nedeni olmuştur⁴².

Ülkemizde kişi güvenliği konusunda "Habeas Corpus" anlayışını görebilmek için 1961 Anayasası' nı beklemek gerekmiştir. 1961 Anayasası' nın 30. Md.' sinde "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hakim kararı ile tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilebilmesi aynı şartlara bağlıdır. Yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir, bunun şartlarını kanun gösterir. Yakalanan veya tutuklanan kimselere yakalanma veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekir" denilmektedir⁴³.

1961 Anayasası' nın 30/4 Md.' si, 22.09.1971 gün ve 1488 sayılı, daha sonra da 20.03.1973 gün ve 1699 sayılı yasalarla değişikliğe uğrayarak şu biçimi almıştı: "Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutuklama yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç kırk sekiz saat ve devlet güvenlik mahkemelerinin görev ve yetkilerine giren suçlar ile kanunun açıkça belli ettiği

⁴¹ Suna Kili ve Şeref A. Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, Yayın No: 269, Ankara, 1985, s. 125

⁴² Demirbaş, Kişi Güvenliği, s. 161

⁴³ Şeref A. Gözübüyük, Türk Anayasaları, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 142

hallerde toplu olarak işlenen suçlarda ve genellikle savaş veya sıkıyönetim hallerinde, kanunlarda gösterilen süre içinde hakim önüne çıkarılır, bu süre on beş günü geçemez. Kimse bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun kılınmaz. Yakalanan veya tutuklanan kimsenin durumu hemen yakınlarına bildirilir⁴⁴.

C. TUTUKLAMANIN ANAYASAL DAYANAKLARI

İnsan hakları ve özgürlükleri yıllardan beri en çok tartışılan konuların başında gelmektedir. Devlet otoritesi ile kişi hak ve hürriyetleri arasında kurulması gereken denge hiçbir zaman tam olarak kurulamaması bunda önemli bir rol oynamaktadır. İşte bu noktada kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı önem taşımaktadır. Zira kişi bir hakkından yararlanmak istediğinde, bedensel bütünlüğü ve hürriyetinden yoksun kalmakla tehdit ediliyorsa, o kişi için temel hak ve hürriyetlerin bir anlamı kalmayacaktır. 1982 Anayasa' sını, kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tam bir paralellik kurmuştur. Konu ceza yargılaması hukuku ile doğrudan ilgilidir. Çünkü kişi özgürlüğü ve güvenliğini kısıtlayan hususlar ceza yargılamasında yaygın olarak kullanılan koruma tedbirleridir⁴⁵. Hatta Anayasa' mız tutuklama önlemi için suçluluğu hakkında kuvvetli belirti aranması gerektiğini ifade ederek, şüpheliyi yeterli gören AİHS 5/1 Md.' sine göre sanık lehine daha ileri bir adım atmıştır⁴⁶. Kişi hürriyeti ve güvenliği Anayasa' mızın 19. Md.' sinde düzenlenmiştir⁴⁷.

⁴⁴ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 33

⁴⁵ Burhan Kuzu, Kişi özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma, Prof. Dr. Vecdi Aral' a Armağan, Kocaeli, 2001, s. 183

⁴⁶ Fatih Selami Mahmutoğlu, İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, İstanbul, 1998, s. 164

⁴⁷ "Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olamaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne

Bu madde ile kişi güvenliği ve özgürlüğü konusunda birtakım güvenceler getirilmiştir. “ Şekil ve şartları kanunda gösterilen” deyimiiyle kişi özgürlüğünü kısıtlayan işlemlerin ancak ve yalnızca yürürlükteki mevzuata uygun olarak gerçekleştirilebileceği, özgürlükten hangi hallerde yoksun bırakılabileceğinin sınırlı olarak sayılmasıyla bunlar dışında artırımı gidilememesi, yakalanan veya tutuklanan kişinin yargıç önüne çıkarılması için tolerans gösterilebilecek üst süre sınırı, tutuklanan kişinin tahliyesini isteme ve bu işlemin yasaya uygunluğunu bir mahkemeye incelemek hakkı, ayrıca maddede belirtilen esaslar dışında işleme tabi tutulan kişilerin tazminat isteme hakkı düzenlenmiştir⁴⁸.

03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile Anayasa’ nın 19. Md. 'sinde bazı değişiklikler yapılmıştır. İlk değişiklik, toplu suçlarda hakim önüne çıkarma süresine ilişkindir; toplu suçlarda 15 gün olan hakim önüne çıkarma süresi, AİHM kararlarına uygun olarak 4 güne indirilmiştir. İkinci değişiklik, yakınlarla bildirme hakkına ilişkindir; değişiklikten önce, yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında yakınlarına bildirilebilecekken, 2001 değişikliği söz konusu koşulu ortadan kaldırmıştır. Değişikliğe göre, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluklar gibi bir nedenle yakalananın veya tutuklananın, yakınlarla bildirme hakkı artık engellenemeyecektir. Buna aykırı düşen yasalar ve uygulama Anayasa’ ya ve hukuka aykırı olacaktır. Üçüncü değişiklik ise tazminata ilişkindir; hukuka aykırı yakalama ve tutuklamadan dolayı, haksız yere yakalanan veya tutuklanan kişinin devlete karşı tazminat istemi, tazminat hukukunun genel ilkelerine göre belirlenecektir⁴⁹. Değişiklikten önceki 19. Md.’ nin tazminatı düzenleyen son fıkrasına göre, haksız yakalananın veya tutuklananın uğradığı zarar, kanuna göre devletçe ödenirdi. Anayasa’ da değişiklik

çıkartılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hüküm yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.” Anayasa Md. 19

⁴⁸ Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, s. 75

⁴⁹ Serap Keskin, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler, İÜHFİM, Cilt: 60, Sayı: 1-2, İstanbul, 2002, s. 51

yapan 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile devlete, haksız yakalama veya tutuklama yaparak zarara neden olanlara rücu edebilme hakkı getirilmiş olmaktadır⁵⁰.

Anayasamız'ın 19. Md.'sinde, tutuklamanın ancak hakim kararıyla mümkün olduğu belirtilmekte ve kavram daha yakından ele alınarak tutuklama nedenlerinden ve hakkında tutuklama kararı verilen kişilerin hakim önüne çıkarılmalarından söz edilmekte ve bu konudaki ilkeler belirtilmektedir. Anayasa'nın bu denli kurallar koyması kişinin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının ceza yargılaması amacıyla bile olsa güvence altına alınmak istenmesi olarak nitelendirilebilir⁵¹. Anayasa'mız, temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasa'da belirtilen şartlarla sınırlanabileceğini öngörmüş, böylece sınırlamanın da bazı sınırlarını kabul etmiştir. Sınırlama ancak kanunla yapılabilir. Sınırlama, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır. Anayasa bir çok halde sadece bir hak veya hürriyeti tanımakla yetinmemiş, aynı zamanda kanun koyucunun, o hak veya hürriyeti düzenlerken yapamayacağı hususları da belirtmiştir. Örneğin; tutuklamanın hakim kararı olmadan yapılamaması gibi. Yasal sınırlama ancak Anayasa'nın ilgili maddesinde o hürriyet için öngörülmüş olan sınırlama nedenlerine dayanabilir⁵².

Kanımca, Anayasa'da özellikle organize suçlulukla ve terörle mücadele suçları bakımından yakınlarla haber vermeye ilgili olarak ayrı bir yasal düzenlemeye açık kapı bırakılması daha yerinde olurdu. Bu tip suçlardaki kamu yararının yüksekliği böyle bir ayrımı haklı kılabilirdi. Ayrıca Anayasa'nın 90. Md.'sine 07.05.2004 tarih ve 5170/7 sayılı Kanun ile eklenen "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü karşısında bu türden sözleşmelere de anayasal olarak kanunların bile üstünde bir güvence kazandırıldığını söylemek mümkündür. Bu düzenleme, özellikle kişi güvenliğiyle ilgili düzenlemeler içeren milletlerarası anlaşmaların ülkemiz mahkemelerince de göz önünde tutulmasını gerektirir.

⁵⁰ Keskin, s. 58

⁵¹ Erdener Yurtcan, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, 4. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 214

⁵² Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 103

D. ULUSLARARASI BELGELERDE TUTUKLAMA

Tutuklamaya ilişkin hükümler içeren önemli uluslararası belgeleri Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan belgeler olarak ikiye ayırabiliriz.

1. Birleşmiş Milletler Bünyesinde Oluşturulan Belgeler

1948 tarihli “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” nin 3. Md.’ sinde yaşama, özgürlük, ve kişi güvenliği her bireyin hakkı olarak tanınmış, 9. Md.’ sinde de hiç kimsenin keyfi olarak tutulamayacağı, alıkonulamayacağı ve sürülemeyeceği belirtilmiştir⁵³.

1966 tarihli “Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi” nin 9. Md.’sinde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu, hiç kimsenin keyfi olarak gözaltına alınamayacağı veya tutuklanamayacağı, hiç kimsenin hukukun öngördüğü sebep ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı, gözaltına alınan bir kimsenin derhal yargıç önüne çıkarılmayı isteme hakkı, yargılanan bir kimsenin tutuklanmasının genel bir kural olamayacağı, tutuklanan kişinin bir mahkemeye itiraz hakkı, ayrıca hukuka aykırı gözaltı ya da tutuklanma halinde tazminat isteme hakkı, 10. Md.’ sinde, tutuklanan kişilerin insanca muamele görme hakkı, tutukluların mahkumlardan ve küçük tutukluların yetişkinlerden ayrı tutulması gerekliliği düzenlenmiştir⁵⁴.

1989 tarihli “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme” nin 37. Md.’sinde, hiçbir çocuğun keyfi olarak özgürlüğünden alıkonulamayacağı, tutuklamanın bir yasa gereği olacağı ve tutuklamanın en son önlem olarak düşünülüp, en kısa sürede bitirilmesi gerektiği, yetişkinlerden ayrı bir yere konulması gerektiği, tutukluluğunun yetkili bir mahkemece ivedilikle incelenmesini isteyebileceği düzenlenmiştir⁵⁵.

Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 1957 tarih ve 663 C (xxiv) sayılı karar ile onaylanan “Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar” ın 84. Md.’

⁵³ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Erişim Tarihi: 13.04.2006

⁵⁴ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Erişim Tarihi: 13.04.2006

⁵⁵ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Erişim Tarihi:13.04.2006

sinde tutuklulara, masum kabul edilerek davranılması gerekliliği, tutukluların hükümlülerden, gençlerin yetişkinlerden ayrı bir yere konulması gerektiği, tutukluların kendi kıyafetlerini giyebilecekleri, ya da mahpuslardan ayrı bir kıyafet giydirilebileceği, istekleri halinde ödeme yapılarak çalıştırılabilecekleri, adalet dağıtımının yararı göz önünde bulundurularak aileleri ve arkadaşlarıncı ziyaret edilebilecekleri, avukatları ile görüşmelerinin gözle izlenebileceği, ancak dinlenemeyeceği düzenlenmiştir⁵⁶.

BM Genel Kurulu' nun 09.12.1988 tarih ve 43/173 sayılı kararıyla kabul edilen "Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü" nde de tutuklulara insanca muamele edilmesi, tutuklamanın kanuna uygun olması, tutuklamanın denetiminin etkin şekilde yapılması, prensipleri ihlal eden görevliler için cezai yaptırımlar getirilmesi, yasal haklarının bildirilmesi, tercüman yardımından yararlanma, tutuklanmanın kişinin ailesine bildirilmesi, tutuklunun ailesi ve avukatı ile iletişiminin 1-2 günden fazla kısıtlanmaması, tutuklunun istemi halinde ikametgahına yakın bir yerde tutulması, en geç hapishaneye girdikten kısa bir süre sonra tıbbi muayeneden geçirilmesi, tutma yerinin başka bir makam tarafından kontrolü ve tutulanların bu kişilerle gizli bir şekilde görüşebilmesi, tutulanlara verilebilecek disiplin cezalarının kanunla belirlenmiş olması, tutulanların bakmakla yükümlü olduğu kişilere yardım edilmesi düzenlenmiştir⁵⁷.

14.12.1990 tarih ve 45/111 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilen "Tutuklulara Uygulanacak Muameleler İçin Temel İlkeler" e göre de; bütün tutuklulara saygı ile muamele edilecek, bütün tutuklular kültürel etkinlikler ve eğitime katılma hakkına sahip olacak, hücre hapsinin kaldırılması ya da sınırlandırılması için çalışılacak, kendileri ve aileleri için emek piyasası ile bütünleşmeleri sağlanacaktır⁵⁸.

⁵⁶ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar, Erişim Tarihi: 13.04.2006

⁵⁷ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, , Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü, Erişim Tarihi: 13.04.2006

⁵⁸ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, Tutuklulara Uygulanacak Muameleler İçin Temel İlkeler, Erişim Tarihi: 13.04.2006

2. Avrupa Konseyi Bünyesinde Oluşturulan Belgeler

03.09.1953'de yürürlüğe giren "İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi" nin 5. Md.' sinde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı olduğu, yakalanan kişiye yakalama nedenleri ve suçlamanın en kısa zamanda anladığı bir dille yapılması gerektiği, tutulu durumda bulunan kimsenin hemen bir mahkeme önüne çıkarılması gerektiği, makul süre içinde yargılanması gerektiği, serbest bırakılma için bir mahkemeye başvuru hakkı tanınması gerektiği, salıvermenin teminata bağlanabileceği, bu madde hükümlerine aykırı yakalama ve tutulu bulunmanın tazminata bağlanması gerektiği düzenlenmiştir⁵⁹.

01.02.1989 tarihinde yürürlüğe giren "İşkencenin ve Gayrı İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" ile de özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin, işkence ve gayrı insani ya da küçültücü ceza veya işlemlere maruz kalmamaları için önleyici nitelikte bir komite oluşturulmuş, bu komitenin taraf ülkelerdeki cezaevlerini ziyaret edebilmesi imkanı getirilmiştir⁶⁰.

E. KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖN ŞARTLARI

İnsan hak ve özgürlüklerini kısıtlayan koruma tedbirlerinin haklı görülebilmesi, temel şart da denilebilecek olan üç ön şartın gerçekleşmesine bağlı olup, bunlar; gecikmede tehlike, haklı görünüş ve orantılılıktır. Kanunlar, ön şartları çok defa koruma tedbirinin çeşitlerine göre farklı şartlar öngörerek açıkça ararlar. Fakat bunların açıkça öngörülmediği koruma tedbirlerine rastlamak da mümkündür. Bu durum, bu tedbirlere, bu ön şartlar aranmadan başvurulabileceğini göstermez. Çünkü, görünmeseler de bunlar koruma tedbirlerinin hukuki temelinde yatmaktadır. Tedbir sadece kanuna değil, hukuka da uygun olmalı, bir diğer söyleyişle haklı olmalıdır⁶¹.

⁵⁹ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi, Erişim Tarihi: 13.04.2006

⁶⁰ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, İşkencenin ve Gayrı İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, Erişim Tarihi: 13.04.2006

⁶¹ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 757

1. Gecikmede Tehlike

Her koruma tedbiri az veya çok da olsa hak ve özgürlükleri sınırlandırır. Muhakeme hukukundaki koruma tedbirleri de, uyuşmazlığın esasını inceleyip çözmeye henüz vakit olmadan başvuru tedbirleri olduğundan, bu sınırlama, hak ve özgürlüklerden yapılacak bu fedakarlık, koruma tedbirinin bedeli olarak kabul edilir. Bu bedel ise “tedbire gecikmeden başvurmak zorunluluğu veya kısaca gecikmezlik” ile haklı görülebilir. Gecikmezlik için tehlikenin mümkün olması yetmez, muhtemel olmalıdır. Herhangi bir muhtemel tehlike de yeterli sayılmaz, derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi olasılığının varlığını kabul ettirecek somut ve fiili unsurlarla belirlenen bir tehlike söz konusu olmalıdır. Gecikmede tehlike deyimi sanıldığı kadar geniş değildir. Çünkü, hem tehlikenin yakın olması şarttır, hem hangi koruma tedbiri için söz konusuysa gecikme ve tehlikesi ona göre hesaplanacaktır⁶².

Tehlike, bir zarar olasılığı demektir. Muhakemede tehlike, onun yapılmaması olasılığı veya yapılsa bile gerçeği yansıtamaması olasılığıdır. Eğer bir koruma tedbirine başvurulmadığı takdirde muhakeme için bu olasılıklar söz konusu olacaksa, gecikmede tehlike olduğu açıktır. Eğer böyle bir olasılık yoksa, koruma tedbirine başvurmakta bir anlam yoktur. Koruma tedbirleri zaman geçmesiyle meydana gelecek zararlı sonuçları önlemeyi amaçlarlar. Örneğin; kaçma olasılığı olmasa yakalama veya tutuklama gibi koruma tedbirlerine gerek yoktur⁶³.

İleride tutuklama nedenleri başlığı altında inceleyeceğimiz gibi kuvvetli suç şüphesi bulunması ve sanığın kaçma ihtimalinin olması ya da sanığın bazı davranışlarının deliller, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde etki yapması ihtimalinin olması halinde tutuklama kararı verilebilmektedir. İşte bu durumlarda gecikmede sakınca vardır. Çünkü bu durumların bulunmasına rağmen tutuklama kararı verilmemesi halinde sanık kaçabilecek, ya da bir delil ortadan kaldırılabilir, ya da tanıkların ifadeleri etkilenebilecek ve sonuçta ya muhakeme yapılamayacak, ya da muhakeme yanıtılacaktır.

⁶² Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s. 757

⁶³ Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt: 1, 4. Baskı, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 826

2. Haklı Görünüş

Koruma tedbirine başvurmanın haklı olup olmadığı, aslında muhakemenin sonunda anlaşılır ve haksızlık riski daima vardır. Bu nedenle, Koruma tedbirlerine başvurulmasında ancak “görünüşte haklılık” ile yetinme zorunluluğu vardır. Yani burada ihtimal üzerine hareket edilecektir⁶⁴. Koruma tedbiri bir tehlike tedbiri olduğundan, bir hakkın tehlikede olmasını gerektirir, ancak hakkın bulunup bulunmadığının araştırılması zaman alacağından ve koruma tedbirindeki yakın tehlike gecikmeye izin verilmediğinden, önleme tedbirinden farklı olarak haklı görünüşle yetinmek zorunludur. Koruma tedbirine başvurulabilmesi için tedbirin korumak istediği durumun ileride gerçekleşmesini sadece mümkün olması yetmez, muhtemel görülmesi de gerekir. Muhakeme bir şüphe ve duraksama aşamasıdır. Şüpheden belliliğe gidilmesi, şüphenin yenilmesi, uyuşmazlığın doğrudan doğruya çözülmesi demektir. Hükümden önce alınan koruma tedbirleri bu nedenle yüklenen suç konusunda belliliğe dayanacak değildir. Ancak herhangi bir şüphe de “imkan” olarak kaldıkça, hak ve özgürlükleri kısıacak olan koruma tedbirlerinin alınmasını haklı göstermeyecektir. Bu tedbirlerin alınması için imkan değil, daha fazla bir şey olan “ihtimal” aranacaktır⁶⁵.

Koruma tedbirlerine başvurabilmek için aranan görünüşte haklılık veya başka bir deyişle, kuvvetli şüphe alınacak tedbire göre farklı olabilmektedir. Arama yapmak için aranan şüphe ile tutuklama yapmak için aranan şüphe farklıdır. Kaçma şüphesi var diye bir sanık tutuklanırken, buradaki koruma tedbirinin görünüşte haklı sayılabilmesi sanığın büyük veya küçük olmasına göre bile değişir. Sanık küçükse, bu durum çok defa tedbiri haklı göstermez. Gerek yakalama, gerekse tutuklama çok dikkatle kullanılması gerekli olan tedbirlerdendir. Yasadaki şartlar araştırılmak suretiyle gerçekten vazgeçilmez olduğu durumlarda bu koruma tedbirlerine başvurulmalı, bu konuda azıcık duraksama varsa başvurulmamalıdır⁶⁶.

3. Orantılılık Bulunması

Gecikmede tehlike ve haklı görünüş gibi iki değişken temele dayanarak muhakemeyi zarardan korumak amacıyla hak ve özgürlüklerden fedakarlık pahasına

⁶⁴ Centel ve Zafer, s. 246

⁶⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 759

⁶⁶ Tosun, s. 824

bir koruma tedbiri uygulanmasına karar vermek, bir riski göze almak demektir. Böyle bir tedbirin haklı, dolayısıyla uygun görülebilmesi için, bütün koruma tedbirlerinde olduğu gibi, riski mümkün olduğunca azaltmak, bunun için de amaç ile kullanılacak araç arasında bir denge, karşılıklı bir uygunluk aramak veya Anayasa' mızın 13. Md.' sine 2001 yılında 4709 sayılı kanunla giren “ ölçülülük” gerekmektedir. Bunun da anlamı, aracın amaçtan değerli olmaması kadar, daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilecekse, onun tercih edilmesi, kısaca gerekenden daha değerli araç kullanılmamasıdır. Orantılılığı, hak ve hürriyetlerden kısıntı olarak ödenen bedel ile, bir yandan korkulan zararın ağırlığı, bir yandan da zarar olasılığının kuvveti arasında, ihtiyacın gerektirdiği ölçüde ikili bir denge aranması olarak açıklayabiliriz⁶⁷.

Ceza yargılaması önlemlerinin kişinin hak ve özgürlüklerini sınırladığı bir gerçektir. Bunun bir sonucu olarak, başvuru olan bir önlemin ağırlığı o olayın önemiyle, daha açık bir anlatımla sanığa yüklenen eylemin ağırlığı ve o eylemden ötürü o sanığa verilecek cezanın az ya da çok oluşuna göre değişebilmeli ve bununla orantılı olmalıdır. Aslında orantılılık ilkesiyle anlatılmak istenen failin eyleminin ağırlığıyla, başvurulacak önlemin ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir. Bu bakımdan ne kadar ağır bir suç söz konusu olursa, o ölçüde de ağır önlemlere başvurulabilecektir⁶⁸.

Koruma tedbiri oranlılık ilkesine aykırı olamaz. Burada bir koruma tedbirine karar vermekle elde edilecek yararlar, bu suretle ortaya çıkacak zarar arasında makul, akla uygun bir ölçü olmalıdır. Bazen bu ölçüyü kanun koyucu koyar. Bu durumda koruma tedbirine başvurma yasağı vardır. Örneğin; 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu' na göre, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında, üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez⁶⁹.

CMK' nın 100/1. Md.' sinde de işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiriyle ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilmektedir.

⁶⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 759

⁶⁸ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Baskı, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1994, s.297

⁶⁹ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 487

F. KORUMA TEDBİRLERİNİN VE BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK TUTUKLAMANIN ORTAK ÖZELLİKLERİ

Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kağıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip olan yetkililer tarafından gecikmede sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren yasal çarelere koruma tedbirleri denir. Esasen Türk doktrininde koruma tedbirleri terimi hakkında bir birlik yoktur. Terim konusunda Taner, ihtiyati tedbir, Erem; usul tedbirleri, Yüce; zorlayıcı önlem, Yurtcan; ceza yargılaması önlemi, Tosun, Kunter, Yenisey ve Centel; koruma tedbirleri kavramını kullanmaktadır⁷⁰. Tutuklamanın da bir koruma tedbiri olduğunu daha önce belirtmiştik. Dolayısıyla kendisi de bir koruma tedbiri olan tutuklama hakkında da koruma tedbirlerinin özellikleri uygulama alanı bulur.

Aşağıda koruma tedbirlerinin ve tutuklamanın ortak özelliklerini bentler halinde inceleyeceğiz.

1. Yasal Düzenleme Zorunluluğu

Koruma tedbirleri insan hakları ve temel hak ve hürriyetler bakımından önemli olduğu için Anayasa, AİHS gibi bazı uluslararası antlaşmalar ve kanunlarla düzenlenmiştir. Anayasa' nın 19-21, 23, 26, 28. Md.' leri, AİHS 5-8. Md.' leri, CMK' nın 74 vd. Md.' leri , PVSK 5, 9, 13, 15, 17, 25. Md.' leri, TCK' nın 109, 116, 120. Md.' leri gibi⁷¹. Tutuklama da CMK' nın 100. vd. Md.' lerinde düzenlenmiştir.

2. Suç Şüphesinin Belli Bir Yoğunlukta Olması

Şüphenin ansiklopedik anlamı, zihnin birçok düşünce arasında bir tercih yapmakta duraksamasıdır. Buna göre, bir kanıyı destekleyen nedenler, karşıt kanıyı destekleyen nedenlerle eşit değerde olunca veya bize eşit değerde görününce bu

⁷⁰ Öztürk ve Erdem, s. 483

⁷¹ Öztürk ve Erdem, s. 484

nedenler arasında seçim yapamaz, ortada kalırız, yani şüphe ederiz. Ceza muhakemesi hukukunda söz konusu olan şüphe ise, soruşturmanın başında yetkililerin delillere dayanan bir tahmininden ibaretken, soruşturmanın daha sonraki devrelerinde ve kovuşturma evresinde iddiayı destekleyen delillerle savunmayı destekleyen delillerin yetkililere eşit değerinde görünmesinden ve bu yüzden savunma veya iddia lehinde veya aleyhinde net bir kanıya varamamalarından ibarettir. Demek oluyor ki, hukuk devleti ilkesi esasları çerçevesinde yapılan bir ceza muhakemesinde delil olmadan şüpheden söz edilemez. O halde delil olmadan ceza muhakemesinin çarkları dönmeye başlayamaz. Hiçbir ceza muhakemesi işlemi yapılamaz. Çünkü bir ceza muhakemesi yapılmasının ve böyle bir ceza muhakemesinin varlık sebebi suç şüphesidir. Bir hukuk devletinde böyle bir şüphe ancak delillerle tarif edilebilir. Bu delillerin kuvveti şüphenin kuvvetini ortaya çıkarır. Eldeki deliller sayıca az veya sayıca az olmamakla beraber, delil kuvveti az ise, basit şüpheden, eldeki deliller sayıca az değil ve/ veya delil kuvveti yeterli veya kuvvetli ise yoğun şüpheden söz edilebilir⁷². CMK' nın 100/1. Md.' sinde tutuklama nedenleri arasında kuvvetli suç şüphesinin aranması da bunun bir göstergesidir.

3. Hükümden Önce Temel Bir Hakkı Sınırlaması

Gerçekten koruma tedbirlerinin mutlaka kanunla düzenlenmesinin zorunlu olması ve diğer ortak özelliklerinin bulunmasının aranmasının asıl sebebi budur. Daha suçlu olup olmadığını bilmediğimiz, başka bir ifadeyle suçlu olduğu bir yargı kararıyla sabit hale gelmeyen bir kimse hakkında yakalama ve/ veya tutuklama yaparak kişi özgürlüğünü kısıtlamakta, arama ve/ veya tutuklama yapmak suretiyle mülkiyet hakkını kısıtlamakta, telefonlarını dinlemek suretiyle özel hayatına müdahale edilmektedir⁷³.

Bu hak ve özgürlüklerin birçoğu son kararlarla birlikte sınırlanabilecektir. Örneğin; kişi özgürlüğü, hürriyeti bağlayıcı cezaya, mülkiyet hakkı, para cezasına veya müsadereye karar verilmekle sınırlanacaktır. Bunu göz önünde tutarak bazıları koruma tedbirlerinin ortak özelliği olarak “ yargının etkilerinin çabuklaştırılmasından” söz etmişlerdir. Ancak bu yerinde değildir, yargı ile her zaman konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü vb. temel hak ve özgürlüklerde sınırlanmadığına göre

⁷² Öztürk ve Erdem, s. 484

⁷³ Öztürk ve Erdem, s. 486

bunların sınırlanmasında yargının etkilerinin çabuklaştırılmasından söz edilmesi her zaman doğru değildir⁷⁴.

4. Geçici Olması

Koruma tedbirleri amaç değil, araçtır. İsminden de belli olduğu gibi bunlar sadece tedbirdir. Bu nedenle de geçicidirler. Amaca ulaşılmıca derhal sona ererler veya erdirilirler. Bunların hüküm verilinceye kadar devam etmesi diye bir kural yoktur. Aksine bunların uygulaması sadece amacın gerçekleşmesiyle sınırlı olmak zorundadır⁷⁵. Her önlem ceza yargılamasının ve o önleme başvurulmasının amacına uygun düştüğü sürece uygulanabilecektir. Bütün yargılama önlemleri geçicidir. Bunlara gerek kalmadığında o önlem kaldırılacaktır. Geçicilik özelliği bir açıdan da bu önlemlerin araç olma özelliğinin bir sonucudur. Bir çalışmanın yapılmasında bir araca gerek kalmadığında o araçtan faydalanılmayacaktır. Bu sonuç daha önce başvurulmuş olan bir önlemin ön koşullarının ortadan kalktığı durumlarda da araçtır. Örneğin; kaçacağı konusunda kuvvetli olgular bulunan bir sanığın tutuklanması ve yargılamasının da tutuklu yapılmasıyla sonuçta o sanık hakkında verilebilecek olan bir mahkumiyet kararının uygulanabilmesi mümkün olur. Bu önleme başvurulmuş olmakla da hem önlem ve hem de ceza yargılaması amaçlarına ulaşılmış olur⁷⁶.

Koruma tedbirlerinin geçici oluşu bazen sadece zamanla sınırlama anlamındadır. Örneğin; yakalama, en yakın mahkemeye götürülmek için gerekli süre hariç, suçuna göre 24 saatten, veya 4 günden fazla sürmeyecek, sanığın gözlem altına alınması uzatmalarla en çok 3 ay sürecektir. Ancak, geçicilik sürenin açıkça gösterilmesini gerektirmez. Zira geçicilik, bir tedbiri haklı kılan sebebin kalmaması halinde o tedbirin sona ermesini de ifade eder. Tutuklama kararı verilince, geçici olan yakalama tedbirinin sona ermesi gibi, ya da beraat kararı verilince geçici olan tutuklama tedbirinin sona ermesi gibi. Geçici oluş, bir koruma tedbirinin sadece geri alınabilmesini gerektirmez. Tedbiri haklı gösteren tehlikenin çoğalması veya çok defa rastlandığı gibi azalması ile de orantılılık ilkesi gereğince, yerini daha ağır veya hafif bir başka koruma tedbirine bırakır⁷⁷.

⁷⁴ Tosun, s. 822

⁷⁵ Öztürk ve Erdem, s. 486

⁷⁶ Yurtcan, 1994, s. 296

⁷⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 756

Bütün yargılama önlemleri gibi tutuklama da geçici niteliktedir. Haklı bir neden kalmadığında tutuklama da sona erer. Geçicilik niteliği tutuklamanın vasıta olma özelliğinin bir sonucudur⁷⁸. Tutuklama henüz suçlu olduğu sabit olmayan bir kişinin adeta cezalandırılması gibi ağır bir sonuç doğurduğundan, tutuklama tedbirine başvurulmadan da yargılamanın yapılabildiği hallerde sanık hemen salıverilmelidir. Tutuklamanın geçici olma özelliği nedeniyle tutuklama nedenlerinin ortadan kalktığına anlaşılması halinde istek üzerine ya da re' sen tutuklama kararı kaldırılabilir⁷⁹.

5. Araç Olma

Koruma tedbirleri amaç değildir, bunlar ancak muhakemenin yapılmasını kolaylaştırmak için araç durumundadır. Bu tedbirler muhakemenin yapılması, kararın verilmesi ve hatta kararın yerine getirilmesi için başvuru tedbirleridir. Koruma tedbirleri yargının etkilerinin öne alınması olarak görülemez; yargı örneğinin, hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi şeklinde görülebilecektir; koruma tedbirleri ise onun evinin aranmasını gerektirmiş olabilir. Demek ki, bunlar yaptırımın bir an önce uygulamasına geçmek şeklinde görülemez ama yaptırımla oranlı olmaları da gereklidir. Bu tedbirler yaptırım sayılmadığından, yaptırımlarda uygulanan "non bis in idem", aynı eylem için iki kere ceza verilemez kuralı bunlarda uygulanmaz. Bu tedbirler birden fazla olabilir, birinin yerine öteki geçebilir, birbirinin yardımcı olabilir. Örneğinin; bir kimse tutuklanıp, evi aramaya tabi tutulmuş, bazı eşyalarına el konulmuş, sonradan kendisi teminatla salıverilmiş olabilir, bu durumda dört koruma tedbirinin art arda uygulandığı görülmektedir. Bir kimsenin tutuklanması için yakalanması, yakalanması için gittiği yerde aranması durumunda, arama yakalamasının, yakalama da tutuklamanın aleti durumundadır⁸⁰.

Koruma tedbiri, kendi başına bir anlam ifade etmeyen, muhakeme boyunca eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirebilirliğini sağlamak için kullanılan bir araçtır. Muhakemenin bütünü bakımından olan bu araç olma, bazı defa doğrudan doğruya, bazı defa dolayısıyladır. Dolayısıyla araç olma, başka bir aracın aracı oluşturmaktadır. Örneğinin; yakalama, tutuklama bakımından bir araçtır. Araç oluş

⁷⁸ Yurtcan, 1994, s. 284

⁷⁹ Tosun, s. 824

⁸⁰ Tosun, s. 822

muhakemenin bütünü bakımındandır. Bu nedenle, koruma tedbirleri kesin bir şekilde sınıflandırılmamakta, sınıflandırmalar, hakim niteliklere göre yapılmaktadır. Aynı nedenle, bu tedbirlerin değiştirilebilmesi, birinden diğerine geçilebilmesi, bir kaçının bir arada uygulanabilmesi mümkündür⁸¹.

Tutuklama başlı başına bir amaç değil, bir araçtır. Sanığın yargılamada hazır bulunmasının sağlanması, delillerin ortaya konulabilmesi veya ileride verilebilecek özgürlüğü bağlayıcı cezanın yerine getirilebilmesi için bir araçtır. Tutuklama, ceza yargılamasının amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik bir vasıta olduğundan, yargılamanın yapılamayacak olması durumunda tutuklamaya başvurmaya gerek yoktur. Bu nedenle cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verdiği takdirde sanığı hemen serbest bırakabilir. Tutuklama kararı yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılmasını ve ileride verilebilecek cezanın yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olduğundan, sanık yargılandığı suç nedeniyle verilebilecek cezadan fazla bir süre tutuklu bırakılmamalıdır⁸².

6. Muhakemenin Yapılabilmesini Sağlamak

Ceza muhakemesinde yargılamanın yapılabilmesi veya ileride verilecek hükmün yerine getirilebilmesi amacıyla bazı önlemlere başvurulması gerekebilir. Bu amaçlar arasında şüpheli kişinin veya sanığın hazır bulunmasını veya delillerin karartılmamasını güvencelemek gelir. Bu amaçları gerçekleştirme ise, ceza muhakemesi süjelerine özellikle bir suç işlemiş olmakla suçlanan kişiye ya da eşyaya karşı zor kullanılmasını zorunlu kılar⁸³. Örneğin; bir koruma tedbiri olan elkoymanın üç amacı vardır. Bunlar; muhakemenin yapılabilmesini sağlamak, verilecek kararın kağıt üzerinde kalmasını önlemek, delil temin etmektir. Bu amaçlara ulaşıldığı halde hala elkoymaya son vermemek, somut olayın özelliklerine göre çeşitli suç tiplerine yol açabilir⁸⁴.

Kural olarak sanığın yokluğunda duruşma yapılamaz. Ancak sanığın yokluğu halinde deliller toplanabilir. Tanıklar dinlenebilir. Yine de eğer sanığa yüklenen suç kanunda belirtilen belli bir ağırlığın üzerindeyse, sorgusu yapılmadan mahkumiyet

⁸¹ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 756

⁸² Cengiz Çoban, Adli Yargıda Tutuklama, Ankara, Adil Yayınevi, Tarihsiz, s. 31

⁸³ Centel ve Zafer, s. 244

⁸⁴ Öztürk ve Erdem, s. 486

kararı verilemez. Dolayısıyla kaçak durumunda bulunan bir sanık hakkında mahkumiyet kararı verilemez. İşte örneğin bu halde, kaçak sanık ya da kaçma ihtimali bulunan sanık tutuklanarak muhakemenin yapılabilmesi sağlanır.

7. Hakim, Gecikemez Hallerde Savcı Kararı Bulunması

Koruma tedbirlerine kural olarak hakim karar verir. Bu, bazı durumlarda, örneğin, tutuklamada mutlaklıdır. Yani istisnasızdır. Fakat kanunda öngörülen pek çok durumda da gecikmede sakınca varsa, koruma tedbirlerini savcılık kararlaştırabilmekte (CMK 91. Md.), bazen kolluk(CMK 119. Md.), hatta herkes (CMK 90. Md.) yetkili olabilmektedir⁸⁵. Tutuklamada ise biraz önce belirttiğimiz gibi tek yetkili hakimdir. Hakim kararı olmadan bir kimsenin tutuklanması mümkün değildir.

Bugün için kişisel hak ve özgürlükler devletlerin anayasalarında yer aldığından, ceza yargılaması anayasa hukukunu ilgilendirdiği kadar, aynı ölçüde onun bir kavramı olan ceza yargılaması önlemleri de anayasa ve buna ilişkin hukuk kurallarıyla yakından ilgilidir. Bunun bir sonucu olarak, özgürlükleri sınırlayan önlemler bakımından bazı temel kuralların anayasada yer aldığı görülmektedir. Bu temel kuralların başında bir koruma tedbirine başvurma yetkisinin istisnalar dışında hakim yetkisinde olması gelmektedir. Ancak bir hakimin kararıyla kişinin bir hak ya da özgürlüğünün sınırlanabilmesi onun için bir güvence oluşturmaktadır. Bu hakim bağımsızlık içinde çalışan bir hakim olduğunda, kişiye sağlanan güvence daha da artmaktadır⁸⁶.

G. TUTUKLAMAYA HAKİM OLAN İLKELER

Koruma tedbirlerinin ve tutuklamanın ortak özelliklerine değindik. Kişi güvenliği ve özgürlüğü kavramına ciddi bir müdahale teşkil eden tutuklama kararının kolaylıkla verilememesi, işin doğası gereği tutuklamaya bazı ilkelerin hakim olması gerektirir. Bu ilkeleri; ihtiyarilik, oranlılık ve suçsuzluk karinesi başlıkları altında toplayabiliriz.

⁸⁵ Öztürk ve Erdem, s. 487

⁸⁶ Yurtcan, 1994, s. 293

1. İhtiyarilik ilkesi

Tutuklama koşulları anayasalarda ve yasalarda belirtildikten sonra hakime tutuklama kararı vermek zorunluluğu yüklenirse, tutuklamanın zorunluluğundan söz edilir. Aksine tutuklama koşullarının gerçekleşmesine rağmen, yine de son takdirin hakime bırakıldığı durumlarda tutuklamanın ihtiyariliğinden söz edilir. Bugün için tutuklamanın ihtiyari sayılması ve takdir yetkisinin hakime verilmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşan bir çözümdür. Türk Anayasa' sını ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) bu alanda ihtiyarilik sistemini benimsemişlerdir. Gerek Anayasa' da gerek CMK' da tutuklama koşulları sayıldıktan sonra kişilerin tutuklanabilecekleri belirtilmiş, hakimin mutlaka tutuklama kararı vereceği belirtilmemiştir. Anayasa 19. ve CMK 101. Md.' lerdeki " tutuklanabilir" deyimini bunu göstermektedir⁸⁷.

Anayasa' nın 19/4. Md.' sinde sayılı ve belli hallerde hakim kararı ile bir kimsenin tutuklanabileceği yazılıdır. Tutuklama gibi kişi özgürlüğünü kaldıran bir tedbirin uygulamasında büyük dikkat ve özen gösterilmesi zorunludur. Bu nedenle tutuklamanın zorunlu olması hatalı ve keyfi işlemlere yol açar. Hakim ancak Anayasa' da ve kanunda gösterilen nedenlerle tutuklama kararı verebilir. Anayasa Mahkemesi 26.06.1963 tarihli bir kararında (RG: 04.02.1964), sadece "tutuklanabilir" deyimine bakarak, Anayasa' ya göre tutuklamanın ihtiyari olduğuna karar vermiştir. Hakim, genel hükümlere göre tutuklama karar vermeye zorunlu değildir. zorunluluk ancak tutuklama şartlarının bulunması halinde söz konusu olabilir. Belli kanuni esaslara bağlanan nedenlerin gerçekleşmesi sanığın tutuklanmasına olanak verir, ancak zorunlu kılmaz⁸⁸.

Tutuklama kararını sadece hakim verebilir ve tutuklama zorunluluğu yoktur. Tutuklama ihtiyaridir. Tutuklamanın tüm şartları gerçekleşmiş olsa da, hakim veya mahkeme tutuklama kararı konusunda takdir hakkına sahiptir. Takdir hakkı şüphesiz yazılı hukuk kurallarıyla, hak ve adalet duygusuyla sınırlıdır. Türk hukukunda hakimin tutuklama kararı vermeye zorunlu olduğu hiçbir durum yoktur. Tersine hakim, tutuklama kararı verip vermemekte tamamen özgürdür. Kural, sanığın tutuklanmamasıdır. İstisna ise, suçluluğu hakkında kuvvetli suç şüphesi uyandıran

⁸⁷ Yurtcan, Cumhuriyet Savcısının, s. 214

⁸⁸ Abdullah Pulat Gözübüyük, Tutuklamanın Sebepleri Şartları, Adalet Dergisi, Sayı: 3, 1989, s. 51

olgular bulunan kişinin, kaçma şüphesi veya delilleri karartma tehlikesi varsa tutuklanabilmesidir⁸⁹.

2. Oranlilik ilkesi

Anayasa' da yer alan hukuk devleti ilkesi ile temel hak ve özgürlükler bu ilkenin temelini teşkil eder (Any. Md.2, 12 vd.). Bir suç muhakemesi işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi olasılık dahilinde olan zarar arasında makul bir oranın bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye oranlık ilkesi denir. Hakim, tutuklama yaparken tutuklamayı gerekli kılacak herhangi bir nedenin bulunup bulunmadığını titiz bir şekilde araştırmak durumundadır. Neden bulunsa bile, başka çare varsa tutuklama yapmamalıdır. Yapması durumunda oranlilik ilkesine uymamış olur. Yine küçüklerin tutuklanması da daima bu ilkeye ters düşmektedir. Tutuklama, ceza gibi, hatta ondan daha ağır etkileri bulunan bir koruma tedbiridir. Bu sebeptendir ki, oranlilik ilkesi tutuklama konusunda büyük bir öneme sahiptir ve daima göz önünde bulundurulmak zorundadır. Alman CMUK 112. Md.' sinin birinci fıkrasında da, "işin önemi ve hükmedilecek ceza veya emniyet tedbiri ile orantılı değilse, tutuklama kararı verilemez" denilmek suretiyle tutuklama konusunda oranlilik ilkesinin önemine dikkat çekilmiştir⁹⁰.

Tutuklama, ancak zorunlu durumlarda başvurulabilecek bir yargılama önlemidir. Dikkatli uygulanmadığında ceza yargılanmasından beklenen yararlar, kişi özgürlüğü ve çıkarlarıyla kamu yararı karşı karşıyadır. Anayasa Mahkemesi' nin bir kararına göre; yasayla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının, kişilere vereceği zarar, topluma sağlayacağı yarardan fazla bile olsa, kamu yararının gözetilmesi gerekmektedir. Bu karar, oranlilik ilkesinin bir seçim durumunda, kamu yararı lehine, kişi aleyhine bozulabileceğini göstermektedir. Ancak elde edilebilecek kamu yararı ne kadar büyük olursa olsun, tutuklama, amaçları dışında ve bu amaçlara başka önlemlerle ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda kullanılmalıdır. Bunun denetlenebilmesi için de tutuklama kararlarında, tutuklama nedenlerinin ve bu nedenleri oluşturan olguların gösterilmesi gerekir. Özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması amacını denetlemenin en iyi yolu budur. Aksi

⁸⁹ Centel ve Zafer, s. 269

⁹⁰ Bahri Öztürk, Tutuklama Sebepleri, Manisa Barosu Dergisi, Sayı: 24, Manisa, Ocak 1988, s. 2

halde, haksız bir tutuklamanın verdiği acıyı tümüyle karşılayabilecek bir tazminat türünü düşünmek mümkün değildir⁹¹.

Orantılılık ilkesi, ceza ve ceza muhakemesi hukuku müdahaleleri için, verilecek ceza veya yaptırımla fiilin ağırlığı, mevcut suç şüphesi, konunun önemi ya da failin kusuru arasında ölçülü bir orantının bulunmasını ifade eder⁹².

3. Suçsuzluk karinesi

1982 Anayasa' sının 38/4. Md.' sinde "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılmaz" ve 15/3. Md.' sinde de "...suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" denilerek suçsuzluk karinesi düzenlenmiştir.

Anayasa' nın 38/4. Md.' sinde, klasikleşmiş olan "masum sayılır" şeklindeki deyimden aksine, "suçlu sayılmaz" denilmiş olması isabetlidir. Böylece, hem henüz mahkum olmamış bir kişinin suçlu sayılmadığına göre cezalandırılmayacağı belirtilmiş, hem de sanıkken hakkında bazı yargılama tedbirlerinin alınması kapısı, masum sayılmadığına göre kapatılmamış olmaktadır⁹³.

Suçsuzluk karinesi gereğince suçsuz sayılan bir kimsenin tutuklanması bir çelişki olarak görülebilir, ancak cezalandırma hakkının topluma tanınması ile birlikte, bu hakkın kullanılmasına yarayacak olan araçların da topluma verilmesi gereklidir. Tutuklama da bu araçlardan birisidir. Bu nedenle suçsuzluk karinesi, suç işlediği iddia olunan bir kimse hakkında yaptırım uygulanmasını sağlayacak işlemlere engel olmamalıdır. Kaldı ki, suçsuzluk karinesi ile ulaşılmak istenen amaç da siyasi otoritenin keyfi hareketlerine karşı kişi özgürlüğünü güvence altına almaktır. Suçsuzluk karinesi ile anlatılmak istenen mahkumiyetle sonuçlanan bir yargılamadan sonra sanığın suçlu muamelesi görmesi gerektiğidir. Suçsuzluk karinesi, ceza davasında sanığın dokunulmazlığı olarak anlaşılmalıdır⁹⁴.

⁹¹ Meltem Nizamoğlu, Tutuklama Tedbirinde Orantılılık İlkesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 65 , Ocak 2000, Sayı:1, İzmir, s. 26

⁹² Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi (Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 36

⁹³ Kunter ve Yenisey, s. 24

⁹⁴ Feyyaz Gölcüklü, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1958, s.16-18

Bu nedenle, Anayasa' nın 38/4. Md.' sinde yer alan suçsuzluk karinesi ile 19. Md.' sinin çatıştığını söylemek mümkün değildir. Çünkü tutuklama kararıyla masumluk (suçsuzluk) karinesi ortadan kalkmamaktadır. Ancak tutukluluk süresinin, hükmedilmesi beklenen ceza süresi kadar sürdürülmesi, suçsuzluk karinesinin ihlali olarak kabul edilmektedir⁹⁵.

Suçsuzluk karinesiyle, suçluluğu henüz kesinleşmeden sanığın tutuklanması arasındaki sosyal yarar arasındaki denge, ancak hakimin tutuklama ve tutukluluğun devamına karar verirken çok titiz davranmasına bağlıdır. Sosyal yararlar, kişisel yarar arasındaki denge ancak bu şekilde sağlanabilir⁹⁶.

II. TUTUKLAMAYA BENZEYEN TEDBİRLER

Bu başlık altında da, tutuklama gibi kişi özgürlüğünü sınırlamakla beraber, nitelikleri itibarıyla daha farklı fonksiyonları olan yakalama, gözaltına alma, zorla getirilme ve gözlem altına almadan söz edeceğiz.

A.YAKALAMA

1. Kavram

Yakalama bazen bir suç işlenmiş olması nedeniyle yapılabileceği gibi, bazen önleme amacıyla ya da kanun gereği bir kuruma sevk edilmesi gereken kişilerin muhafaza altına alınması amacıyla da başvurulabilir. Bütün bunları kapsamak üzere bir tanım yapmak gerekirse; kanunun verdiği yetkiye dayanarak, kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunması veya kişinin vücudu ve hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için ya da kanunda gösterilen hallerle sınırlı olmak kaydıyla muhafaza altına alınması gereken, ya da suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli kanıt ve belirtiler bulunan kişinin ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini sağlamak amacıyla, hakim tarafından verilmiş bir tutuklama kararı olmaksızın, özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanmasına yakalama denir⁹⁷.

⁹⁵ Kunter ve Yenisey, s. 604

⁹⁶ Mustafa Tepedelen, Masumluk Karinesi ve Tutuklama, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Nisan 1997, s. 21

⁹⁷ İlyas Şahin, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Ankara, 2004, s. 29

Yakalamayı, önleyici yakalama ve adli yakalama olarak ikiye ayırıyoruz. Önleyici yakalama, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu' nun 13. Md.' sinde düzenlenmiştir⁹⁸. Bizim inceleme konumuzuya, CMK' da düzenlenen adli yakalama oluşturmaktadır.

2. Yakalamanın şartları ve yakalama yapmaya yetkili kişiler

Adli yakalama, suç işlediği şüphesi altında olan kişinin gözaltına alma işleminden önce hakim kararı olmaksızın özgürlüğünün geçici ve fiilen kısıtlanması, yani cumhuriyet savcılığına çıkarılincaya kadar tutulmasıdır. Yakalama bazı hallerde herkes tarafından yapılabilirken, bazı hallerde kolluk görevlileri tarafından yapılabilir. CMK' nın 90/1. Md.' sine göre, kişiye suç işlerken rastlanması yada suçüstü bir fiilden dolayı kişinin izlenmekte olması halinde herkes tarafından yakalama yapılabilir. Ancak bu halde de kanun, herkese ancak iki koşulun varlığı halinde geçici yakalama yetkisini vermektedir. Bunlar, izlenen kişinin kaçma olasılığı bulunması ya da izlenen kişinin hemen kimliğini belirleme olanağının olmamasıdır.

⁹⁸ "Polis,

- A) Suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri,
 - B) Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları,
 - C) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri,
 - D) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları,
 - E) Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri,
 - F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,
 - G) Haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri,
- Yakalar ve gerekli kanunî işlemleri yapar.

Yakalanması belirli bir usule bağlanmış kişilerle ilgili kanun hükümleri saklıdır.

Yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbir alınabilir.

Yakalanan kişilere, yakalama sebebi herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhal; toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hâkim huzuruna çıkarılincaya kadar bildirilir.

Kişinin yakalandığı, istediği kanunî yakınlarına derhal bildirilir.

Yakalananlardan,

- A) Uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların,
 - B) Zor kullanılarak yakalananların,
 - C) Haklarında suç soruşturması yapılacak olan şüpheli ve sanıkların,
- Yakalanma anındaki sağlık durumları tabip raporuyla tespit edilir.

Yakalanan kişilerden suç işlediği şüphesi altında olanlar adli mercilere sevk edilir. Haklarında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekenler, ilgili kurum yetkilileri tarafından teslim alınır. Yakalama sebebi ortadan kalkınlar derhal serbest bırakılır." 2559 SK Md.13

Yakalama yapma hakkı kişilere görev olarak yüklenmiş değildir. Ayrıca bu hallerde herkes gibi kolluğun da yakalama yapma yetkisi vardır⁹⁹.

Kolluğun yakalama yapabildiği halleri de yakalama emrine dayanan ve dayanmayan olarak ikiye ayırabiliriz. CMK' nın 98. Md.' sinde yakalama emri düzenlenmesini gerektiren durumlar sayılmıştır. Buna göre, soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde itiraz merci tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca yakalanmışken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler. Yine kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re' sen veya cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından düzenlenir.

Yakalama emrine dayanmayan bir yakalamanın yapılabilmesi içinse, tutuklama kararı verilmesini gerektiren veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren hallerin varlığı gereklidir. Her iki halde de gecikmesinde sakınca bulunmalıdır. Bu nedenle, cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvuru olanağı bulunmamalıdır. Örneğin; sıcak takip sonrası kolluğun yakalama yapması gibi. Dolayısıyla suçüstü halinin varlığı yakalama emrine dayanmayan yakalamanın en önemli örneğidir. Bu koşulların varlığı her somut olayın özelliklerine göre tedbire başvuran kollukça takdir edilecektir¹⁰⁰. Burada savcıya veya amire başvuruncaya kadar yakalama yapılması olanaksız hale gelecekse, gecikmede sakınca vardır. Örneğin; devriye gezen bir polis, bir evden tabanca seslerinin ya da çığlıkların geldiğini duyarsa, olaya derhal müdahale edecektir. Eve girmek için emir beklemeyecektir¹⁰¹.

CMK' nın 90/3. Md.' sine göre, soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olmakla birlikte çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde

⁹⁹ Handan Sevük Yokuş, 5271 sayılı CMK' da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005, s. 64

¹⁰⁰ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 256

¹⁰¹ Öztürk ve Erdem, s. 493

kişinin yakalanması şikayete bağlı değildir. Yine CMK' nın 90/4. Md.' sine göre, kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir. CMK' nın 95. Md.' sine göre de, şüpheli veya sanık yakalandığında cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Yakalanan yabancıysa yazılı olarak karşı çıkmaması halinde durumu vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir.

Görüldüğü gibi yakalama, bazı hallerde kolluk tarafından yapılabildiği gibi, bazı hallerde de hem kolluk, hem de herkes tarafından yapılabilmektedir. Oysa ileride görüleceği gibi tutuklamaya yalnız hakim karar verebilir. Tutuklama nedenleri de yakalama nedenlerinden farklılık gösterir. Tutuklama nedenleri genel olarak kuvvetli suç şüphesinin varlığıyla beraber, şüpheli veya sanığın kaçma şüphesi, şüpheli veya sanığın delilleri yok etme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimi şeklinde davranışlarda bulunması olarak özetlenebilir. Yine tutuklama; süre , itiraz mercii, kişinin konulacağı yer gibi kavramlar açısından ileride görüleceği gibi çok büyük farklılıklar içerir.

B. GÖZALTINA ALMA

1.Kavram

Yakalanan kimsenin durumuna gözaltına alma veya nezaret altında bulundurma denir. Gözetim altında tutma deyimini de kullanılmaktadır. (Sıkıyönetim Kanunu 15. Md.). Tutuklamaya göre tutukluluk neyse, yakalamaya göre de gözaltına alma odur. Yani ondan ayrı bir tedbir olmayıp, onun devamıdır. Gözaltına alınma bambaşka bir işlem değildir. Ama yakalamadan doğabilen bir sonuçtur. Çünkü her yakalama gözaltına alınmayla bitmez. Örneğin; kimlik tespiti için yakalanan kişi, hakime çıkarılmadan serbest bırakılabilir (CMK 91. Md.). Gözaltına alınma kişi özgürlük ve güvenliğini ilgilendirdiği için bu hak Anayasa' mızın 19., AİHS' in 5., CMK' nın 90. vd., PVSK' in 13. Md.' lerinde koruma altına alınmıştır¹⁰².

Yakalama, suç işlediği şüphesi altında olan kişinin gözaltına alma işleminden önce hakim kararı olmaksızın özgürlüğünün geçici ve fiilen kısıtlanması yani

¹⁰² Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 849

cumhuriyet savcılığına çıkarılıncaya kadar tutulmasıyken, gözaltına alma, cumhuriyet savcılığınca yakalama işlemine son verilmeyip, bir başka deyişle yakalanan kişinin serbest bırakılmayıp, yakalananın soruşturmanın tamamlanması amacıyla, kanunda öngörülen süreler içinde hakim önüne çıkarılıncaya veya serbest bırakılıncaya kadar özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp, alıkonulmasıdır¹⁰³.

CMK' nın 91. Md.' sine göre yakalanan kişinin hukuki durumunu belirlemek için kanunda belirtilen sürelerde tutulması gözaltı olarak adlandırılarak bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Gözaltına alma kanunun verdiği yetkiye göre yakalanan kişinin cumhuriyet savcılığınca hakkındaki soruşturmanın tamamlanması amacıyla adli mercilere teslimine veya serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içinde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulmasını sağlayan bir koruma tedbidir¹⁰⁴.

2. Gözaltına Almanın Şartları ve Gözaltına Almaya Yetkili Kişiler

Gözaltına alma kararı ancak cumhuriyet savcılığınca verilebilir. Cumhuriyet savcılığı ancak soruşturmanın tamamlanması amacıyla soruşturma yönünden zorunluysa ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek belirtilerin varlığı söz konusuysa, yakalanan kişinin gözaltına alınmasına karar verebilir. Gözaltı süresi yakalamadan itibaren 24 saati geçemez. Ancak toplu olarak işlenen suçlarda , yani aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlarda delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısındaki çokluk göz önünde bulundurularak bu sürenin cumhuriyet savcısı tarafından her defasında bir günü geçmemek üzere üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebileceği ve bu yazılı emrin de gözaltına alınan kişiye derhal tebliğ edileceği öngörülmüştür¹⁰⁵.

Cumhuriyet savcısı, yakalamayı, gözaltına alınmayı gerektiren bir durum görmez veya yakalama nedenleri ortadan kalkmış bulunursa, yakalanan kişinin bırakılmasına karar verecektir. Kişi gözaltına alınmışsa, CMK 91. Md.' ye göre ilk yakalama anından itibaren en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu azami oniki saatlik süre hariç, yirmidört saati geçmeyecek şekilde gözaltında

¹⁰³ Sevük Yokuş, s. 64

¹⁰⁴ Sevük Yokuş, s. 66

¹⁰⁵ Sevük Yokuş, s. 66

tutularak cumhuriyet savcılığına getirilecektir. Getirilen şüpheliyi cumhuriyet savcısı ya serbest bırakacak ya da tutuklanması istemiyle sulh hakimiğine sevk edecektir. Gözaltında tutma süresinin uzatılmasına ilişkin cumhuriyet savcısının yazılı emrine veya yakalama işlemine karşı, yakalanan kişi ve avukatı veya yasal temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilirler. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhâl ve nihayet yirmi dört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamanın veya süre uzatmanın yerinde olduğu kanısına varırsa, başvuruyu reddeder ya da yakalananın derhâl soruşturma evrakı ile cumhuriyet savcılığında hazır bulundurulmasına karar verir. Gözaltı süresinin dolması veya hâkimin serbest bırakma kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya konu olan fiil sebebiyle yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha bu madde hükmü uygulanamaz¹⁰⁶.

Gözaltına alma kararını cumhuriyet savcısı vermektedir. Oysa ileride görüleceği gibi tutuklamaya yalnız hakim karar verebilir. Tutuklama nedenleri de yakalama nedenlerinden farklılık gösterir. Tutuklama nedenleri genel olarak kuvvetli suç şüphesinin varlığıyla beraber, şüpheli veya sanığın kaçma şüphesi, şüpheli veya sanığın delilleri yok etme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimi şeklinde davranışlarda bulunması olarak özetlenebilir. Yine tutuklama; süre , itiraz mercii, kişinin konulacağı yer gibi kavramlar açısından ileride görüleceği gibi çok büyük farklılıklar içerir.

C. ZORLA GETİRME

1. Kavram

Kural olarak bir ceza muhakemesi işlemi için çağrılmış olup da, buna uymamış olan şüpheli, sanık, tanık ve bilirkişilerin söz konusu ceza muhakemesi işlemi için hazır bulundurulmalarını sağlamak amacıyla, çağırılıp yapılmamış olan makama kolluk aracılığıyla gerektiğinde zor kullanılarak getirilmesine zorla getirme denilmektedir. Tanımdan da anlaşıldığı gibi hukukumuzda zorla getirme şüpheli ve sanıklarla, tanık ve bilirkişilere uygulanabilmektedir¹⁰⁷. Ayrıca CMK' nın 146. Md.'

¹⁰⁶ Yahya Akçadırcı, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/143.doc>, Erişim Tarihi: 26.04.2006

¹⁰⁷ Öztürk ve Erdem, s. 530

sinde 5560 sayılı Kanun' la yapılan değişlikle mağdur ve şikayetçi için de zorla getirme kararı verilmesine olanak sağlanmıştır.

Zorla getirme, kısa bir süre için de olsa kişi özgürlüğünü sınırlayan bir işlem olduğundan kişilere güvence sağlanması bakımından kural olarak hakim kararıyla yapılması ve savcıya bu yetkinin ancak istisna olarak zorunlu hallerde ve getirilecek kişinin sanık, tanık veya bilirkişi olarak farklı durumları göz önünde bulundurularak tanınması şeklindeki¹⁰⁸ görüşe katılmak tarafımızca mümkün görülmemiştir. Esasen dosyayı tüm delilleriyle tamamlamak zorunda olan ve bu yüzden iddianamesi iade edilebilen savcının şüpheli hakkında bile zorla getirme kararı verememesi işin doğasına aykırıdır. Aslında aynı gerekçeyle savcı sadece şüpheli değil, tanık ve bilirkişiler hakkında da zorla getirme kararı verebilmelidir¹⁰⁹.

2. Zorla Getirmenin Şartları ve Zorla Getirme Kararı Vermeye Yetkili Olanlar

Yukarıda belirttiğimiz gibi zorla getirme kararı şüpheli, sanık, tanık, bilirkişi, mağdur veya şikayetçi hakkında verilebilmektedir. CMK' nın 145. Md.' sine göre ifadesi alınacak veya sorgusu yapılacak kişi davetiyeye çağrılır. Davetiyeye, çağrılma nedeni ve gelmezse zorla getirileceği yazılır. Hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan veya 145. Md.' ye göre çağrıldığı halde gelmeyen şüpheli veya sanığın zorla getirilmesine karar verilebilir. Zorla getirme kararı şüpheli veya sanığın açıkça kim olduğu, ilgili suçu, gerektiğinde eşkalini ve zorla getirme nedenlerini içerir. Zorla getirme kararıyla çağrılan şüpheli veya sanık derhal, olanak bulunmadığında yol süresi hariç yirmidört saat içinde çağırılan hakim, mahkemenin veya cumhuriyet savcısının önüne götürülür ve sorguya çekilir veya ifadesi alınır.

Zorla getirme, uygun veya haklı görülecek bir zamanda başlatılır. Zorla getirme kararı veren makamın sorguya çekme veya ifade almasının sonuna kadar devam eder. Uygun zamanda başlatmadan kastedilen, zorla getirme kararını veren makamın şüpheli veya sanığı yirmidört saat içinde dinleme olanağına sahip olacak şekilde ayarlanmasıdır. Zorla getirme işleminin süresi şüpheli veya sanığın güvenlik

¹⁰⁸ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 875

¹⁰⁹ Öztürk ve Erdem, s. 531

güçleri tarafından alınması anından itibaren başlar, sorguya çekilme veya ifade almanın sonuna kadar devam eder¹¹⁰.

CMK' nın 43/1. Md.' sinde tanıkların çağrı kağıdıyla çağrılacağı, gelmemenin sonuçlarının da bildirileceği, CMK' nın 44/1. Md.' sinde de usulüne uygun olarak çağrılıp ta mazeretlerini bildirmeksizin gelmeyen tanıkların zorla getirileceği düzenlenmiştir. Mahkeme, duruşmanın devamı sırasında hemen dinlenmesi gerekli görülen tanıkların belirteceği gün ve saatte hazır bulundurulmasını görevlilere yazılı olarak emredebilir. Ayrıca tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirme kararı verilebilir.

CMK' nın 71. Md.' sinde usulünce çağrıldığı halde gelmeyen bilirkişiler hakkında 60/1. Md.' nin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme hatalı olmuştur. Çünkü 60. Md.' de zorlama hapsi düzenlenmektedir ve bununla yemin ve tanıklıktan sebepsiz çekinenler yemine ve tanıklığa zorlanmaktadır. Gelmemeye halinde zorlama hapsi olmaz. Olmamasının anlamı da yoktur. Çünkü zorlama hapsi için gelmiş olmak gerekir. Çağrıldığı halde gelmediği için zorla getirilen bilirkişiye bir de zorlama hapsi uygulanırsa bu tedbir olmaktan çıkar, gelmemenin cezası olur ki, CMK bir ceza kanunu değildir¹¹¹. Ancak 5560 sayılı Kanun' la CMK' nın 146. Md.' sine yapılan ekle, çağrıya rağmen gelmeyen bilirkişilerin de zorla getirilebileceği hususunda düzenleme yapılması yerinde olmuştur.

CMK' nın 233. Md.' sinde mağdur ve şikayetçinin cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hakim tarafından çağrı kağıdıyla çağrılıp dinleneceği, bu hususta yapılacak çağrı bakımından tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı, CMK' nın 235. Md.' sinde mağdur, şikayetçi veya vekilinin dilekçelerinde veya tutanağa geçmiş beyanlarındaki adrese tebligat yapılacağı, çağrıya rağmen gelmeyen kişiye yeniden tebligat yapılmayacağı, adresin yanlışlığı, eksikliği veya değişmesi halinde tebligat yapılamazsa adresin araştırılmasına gerek olmadığı, ancak bu kimselerin beyanının alınmasının zorunlu olması halinde adres araştırmamayla ilgili fıkranın uygulanmayacağı düzenlenmiştir. 5560 sayılı Kanun' la CMK' nın 146. Md.' sine yapılan ekle, çağrıya rağmen gelmeyen mağdur ve şikayetçinin de zorla getirilebileceği hususunda düzenleme yapılması yerinde olmuştur. Böylelikle davaların boş yere uzamasının da önüne geçilebilecektir.

¹¹⁰ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 329

¹¹¹ Öztürk ve Erdem, s. 533

Zorla getirme kararı vermeye soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin, kovuşturma evresinde de mahkemenin yetkili olduğu, çünkü CMK' nın 146/4. Md.' sinde "isteyen" cumhuriyet savcısıyla çağırın hakim veya mahkemeden söz edildiği belirtilmiştir¹¹². Aynı şekilde cumhuriyet savcısının zorla getirme kararı veremeyeceği, savcı bir şüpheli veya sanığın zorla getirilmesini istemişse, bunun bir tutuklama davası gibi kabul edilmesi gerektiği, istem üzerine sulh ceza hakiminin bir karar vermesi gerektiği, savcının hakime başvurmadan ancak tutuklama kararı verilmesi için yeterli nedenler varsa doğrudan zorla getirme kararı verebileceği öne sürülmüştür¹¹³. Kanımca, CMK' nın 146/4. Md.' sinin 5560 sayılı Kanun' la değiştirilerek "çağırın hakim, mahkemenin veya cumhuriyet savcısının" şeklini almasından sonra artık tartışmaya meydan kalmayacak şekilde cumhuriyet savcısının da zorla getirme kararı verebileceğinin kabulü gerekir.

CMK' nın 251/6. Md.' sinde de özel yetkili ağır ceza mahkemelerine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yetkisine giren suçlarla ilgili suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk, soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheli veya sanığı, tanığı, bilirkişiyi ve suçtan zarar gören kişiyi ağır ceza mahkemesi veya başkanının, cumhuriyet savcısının, mahkeme naibinin veya istinabe olunan hakim emirleriyle belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur.

Zorla getirme kararını cumhuriyet savcısı veya hakim vermektedir. Oysa ileride görüleceği gibi tutuklamaya yalnız hakim karar verebilir. Tutuklama nedenleri de zorla getirme nedenlerinden farklılık gösterir. Tutuklama nedenleri genel olarak kuvvetli suç şüphesinin varlığıyla beraber; şüpheli veya sanığın kaçma şüphesi, şüpheli veya sanığın delilleri yok etme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimi şeklinde davranışlarda bulunması olarak özetlenebilir. Yine tutuklama; süre , itiraz mercii, kişinin konulacağı yer gibi kavramlar açısından ileride görüleceği gibi çok büyük farklılıklar içerir.

¹¹² Öztürk ve Erdem, s. 531

¹¹³ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 879

A. GÖZLEM ALTINA ALMA

1. Kavram

Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığı, akıl hastasıysa ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için kişinin resmi bir sağlık kurumuna alınmasına gözlem altına alınma denir.

2. Gözlem Altına Alınmanın Şartları ve

Gözlem Altına Alma Kararı Vermeye Yetkili Kişiler

Fiili işleyen şüpheli veya sanığın tavır ve hareketlerinden akıl sağlığının yerinde olup olmadığı konusunda kuşku duyulabilir. Bu durumda kişinin akıl hastası olup olmadığı, akıl hastasıysa ne zamandan beri hasta olduğunu, hastalığın kişi üzerindeki etkilerini belirlemek gerekir. Bu durumda, fail bir uzman hekime muayene ettirilir. Hekimin önerisi üzerine cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra fail resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınır. Gözlem altına alma kararı soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresindeyse mahkeme tarafından verilir. Şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hakim veya mahkemenin istemi üzerine baro tarafından bir müdafii görevlendirilir. Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu süre yetmezse her defasında üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir. Ancak sürelerin tümünün toplamı üç ayı geçemez. Gözlem altına alma kararına itiraz edilebilir. İtiraz kararın yerine getirilmesini durdurur. Yargılamanın durdurulması kararı verilmesi gereken hallerde de sanığın akıl hastası olup olmadığı konusunda şüphe varsa, sanık mahkeme kararıyla gözlem altına alınır. Örneğin; sanık hakkında dava açıldıktan sonra yargılama sırasında suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde yargılamanın durması kararı verilir. Ancak akıl hastalığı şüphesi varsa kişinin gözlem altına alınmasına karar verilebilir¹¹⁴.

Gözlem altına alma kararı, kişinin TCK 32. Md.' sinden yararlanıp yararlanmayacağına ya da TCK 57. Md.' sinin uygulama imkanı bulup bulmayacağına saptanması bakımından verilir. TCK' nın 32. Md.' sinde akıl hastası olanlara ceza verilmeyeceği, akıl sağlığında bozukluk olanlara daha az ceza

¹¹⁴ Soyaslan, s. 264

verileceği düzenlenmiřtir¹¹⁵. Akletmek, kişilik sahibi insanın algılama yeteneğiyle ilgili bir fonksiyondur. Bir başka ifadeyle belli verilerden belli sonuçlar çıkarabilme yeteneğidir. Düşünebilmek için insanın önce anlama ve algılama yeteneğinin gelişmiş olması gerekir. Ancak insan, akıl hastalığı denen bazı psişik bozukluklar nedeniyle davranışlarının hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğinden veya davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme yeteneğinden yoksun olabilmektedir. Bu nedenle maruz kaldığı akıl hastalığının etkisinde kalarak suç teşkil eden bir fiil işleyen kişinin kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilmektedir. Kişinin akıl hastası olup olmadığı, psikiyatri biliminin verileri çerçevesinde uzman kişiler tarafından belirlenecektir. Bu kapsamda akıl hastasıysa, bu hastalığın kişinin davranışları üzerinde nasıl etkilerinin olabileceğinin belirlenmesi gerekir. Bu belirleme somut olaydan bağımsız yapılmalıdır. Ayrıca kişinin ne zamandan beri bu hastalığın etkisinde olduğunun da belirlenmesi gerekir. Çünkü ceza hukuku bakımından önemli olan fiilin işlendiği sırada akıl hastası olup olmadığının saptanmasıdır¹¹⁶.

Gözlem altına alma kararını tutuklamada olduğu gibi hakim vermektedir. Ancak tutuklama nedenleri gözlem altına alma nedenlerinden farklılık gösterir. Tutuklama nedenleri daha önce belirtildiği gibi kuvvetli suç şüphesinin varlığıyla beraber; şüpheli veya sanığın kaçma şüphesi, şüpheli veya sanığın delilleri yok etme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimi şeklinde davranışlarda bulunması olarak özetlenebilir. Yine tutuklama; süre , kişinin konulacağı yer gibi kavramlar açısından ileride görüleceği gibi çok büyük farklılıklar içerir.

III. TUTUKLAMAYA ALTERNATİF TEDBİR OLARAK ADLİ KONTROL

A. KAVRAM

Adli kontrol, ceza yargılaması hukukumuzda yeni giren bir kurumdur. Bu kurumun hukuki niteliği, tutuklamanın bir türevi olmasıdır. Bunun anlamı şudur; tutuklamanın koşullarının ve nedenlerinin gerçekleştiği hallerde hakim tutuklama

¹¹⁵ Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Cem Ofset, Ankara, 2005, s. 394

¹¹⁶ İzzet Özge, Türk Ceza Kanunu Gazi şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü Baskı, Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, 2006, s. 445

kararı vermeyecek, fakat sanığın adli kontrol altına alınmasına karar verecektir¹¹⁷. Adli kontrol, CMK' nın 109. Md.' sinde düzenlenmiş olup, madde gerekçesinde yalnız başına tutuklamanın hakimi şüpheli veya sanığı ya bütünüyle hürriyetten yoksunluğa ya da tam serbest bırakmaya zorunlu kılan bir tedbir olduğu, bu maddeyle bu iki durum arasında adli kontrol kurumunun getirilmiş olduğu, kurum oluşturulurken Alman, İtalyan ve özellikle Fransız hukukunun göz önünde bulundurulduğu, kurumun, ilgili özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi mümkün kıldığı, böylece kişinin kaçması riski azaltılırken, özgürlükten tamamen yoksun kılmanın zararlarının da ortadan kaldırılmış olduğu, bu kurumdan sonra tutuklamanın istisna haline geldiği belirtilmektedir¹¹⁸.

5271 sayılı CMK' da düzenlendiği yer itibariyle koruma tedbiri niteliğini taşıyan adli kontrolün amacı, CMK' nın 100. Md.' sindeki "ölçülü olma" kriteri ve 109. Md.' sindeki "tutuklanması yerine" ifadeleri dikkate alındığında tutuklamanın amacıyla aynıdır. Bir başka ifadeyle adli kontrol tedbirinin amacı, şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasına önlemek suretiyle muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlamak veya muhakeme sonunda verilecek olan hükmün infazını mümkün kılmaktır. CMK' da adli kontrol, tutuklama kararının verilmesinden sonra tutuklamanın infazını geri bırakan, askıya alan bir tedbir olmayıp, tutuklamaya seçenek bir tedbirdir¹¹⁹.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 09.04.1965 tarih ve II sayılı kararıyla, üye devletlere, tutukluluk konusunda bazı tavsiyelerde bulunmuştur. Bunlar kısaca; tutukluluğun hiçbir zaman zorunlu olmaması ve istisnai bir tedbir olarak kabul edilmesi, tutuklamaya, gerçekten zorunluluk varsa başvurulması ve hiçbir zaman ceza amacıyla başvurulmaması, tutukluluğun yasayla veya hakim kararıyla süresinin saptanması gibi kararlardır. Bu kararda ayrıca, tutukluluk tedbiri yerine; ikametgahta gözetleme, hakim izni olmadan belli yeri terk etmeme, belli makamlar önüne düzenli çıkma emri, pasaport ve diğer kimlik belgelerinin geri alınması ve teminat isteme gibi daha hafif tedbirlere başvurulması tavsiyesi yer almaktadır. Bakanlar Komitesi, bu karardaki tavsiyelerini 27.06.1980 tarihli 321. dönem toplantısı sırasında almış bulunduğu R (80) II sayılı yeni tavsiye kararı ile genişletmiş, tutuklamanın insani ve

¹¹⁷ Erdener Yurtcan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 73

¹¹⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu- Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, İzmir Barosu Yayınları, Birinci Basım, Şubat 2005, s. 169

¹¹⁹ Neslihan Coşkun, Adli Kontrol, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yeni CMK Dosyası, Sayı: 3, Nisan 2005, s. 86

sosyal nedenlerle asgari düzeyde uygulanması gereğine değinerek, Fransız mevzuatına giren adli kontrol kurumuna benzer tedbirlerin uygulanmasını tavsiye etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, bu tavsiye kararlarına uyma konusunda, 1992 yılında 3842 sayılı Kanun ile bazı eksiklikler ve eleştirilecek hususlar bulunmakla birlikte önemli adımlar atmıştır. Örneğin; tutuklama nedenlerinin yeniden düzenlenmesi, tutuklu sanığın savunma hakkının genişletilmesi, hakim önüne çıkarılma süresinin kısaltılması, tutuklamaya üst sınır getirilmesi gibi. Ancak, tutuklama yerine uygulanacak adli kontrol tedbirleri konusunda bir düzenleme yapılmamıştır¹²⁰.

Adli kontrolün amacı, şüpheli veya sanığın özgürlükten yoksun bırakılma yöntemlerinin en ağırı olan tutuklama yerine, tutuklamadan beklenen amaca uygun olarak tedbirler ve denetimler uygulamaktır. Hakim, adli kontrol kararı verirken yasanın amacını göz önünde tutmalıdır¹²¹. Adli kontrolün gerekçeleri arasında haklı olarak, mahkumların yararlandığı erteleme, şartı salıverme ya da hayati tehlike ve hastalık halinde infazın ertelenmesi gibi çağdaş kurumlardan tutuklunun da yararlandırılması bulunmaktadır. Mahkumiyetten daha hafif bir durumu ortaya koyan tutukluluk halinde bu tür kurumlardan sanığı yararlandırmamak bir çelişkidir¹²².

O halde genel olarak toparlayacak olursak, adli kontrolün, yasada belirtilen tutuklama koşullarının oluşması halinde, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun yine yasada belirtilen ceza miktarını kural olarak aşmaması kaydıyla, şüpheli veya sanığın tutuklanmayarak, kişi özgürlüğüne tutuklamaya oranla çok daha hafif bir müdahale niteliği taşıyan bir takım denetim tedbirlerine ve yükümlülüklerle tabi tutulması olduğunu söyleyebiliriz.

B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ADLİ KONTROL

Adli kontrolü düzenleyen CMK' nın 109. Md.' sinin gerekçesinde, söz konusu kurum düzenlenirken Alman, İtalyan ve özellikle Fransız hukukunun göz önünde bulundurulduğunun belirtilmesi nedeniyle bu üç ülkede yürürlükte olan adli kontrol

¹²⁰ Uğur Eriş, Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk Hukuku, Ankara Barosu, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt: 2, Ankara, s. 307

¹²¹ Suat Hayri Şarman, Ceza Yargılamasında Savunma Avukatlığı Yönünden İhmal Edilen ve/ veya Uygulanmayan Yasa Maddeleri Yetki Gasbı ve CMK ile Getirilen Yeni Kavramlar ve Yeni Kurumlar, Manisa Barosu Dergisi, Ocak- 2006, Yıl: 25, Sayı: 96, s. 78

¹²² Mahmutoğlu, s. 179

hükümleri incelenmiş, ayrıca farklı bir örnek olması açısından Avusturya hukukundaki adli kontrol uygulamasından da söz edilmiştir.

1. İtalyan Hukukunda Adli Kontrol

İtalyan hukukunda tutuklama ve diğer koruma tedbirleri 1989 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu' nun önleyici tedbirler başlıklı dördüncü kitabında düzenlenmiştir. İtalyan ceza muhakemesinde önleyici tedbir uygulanabilmesi için kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunması ve suçun oluşmasını ya da cezalandırılmayı engelleyen bir nedenin bulunmaması gerekir. Uygulanacak tedbirin ölçüsü ve türü somut olaya uygunluğuna bağlıdır ve fiilin önemi ile orantılı olması gerekir. Tutuklamaya başvurulabilmesi için diğer tedbirler uygun görülmemiş olmalıdır. Tedbir uygulanan hallerde somut olaydaki önleme gerekliliğiyle bağdaşmaz olmadığı ölçüde tedbirin türü ve infaz biçimi hakkında tedbir uygulanan kişinin haklarını koruyucu nitelikte olmalıdır¹²³.

İtalyan ceza muhakemesi hukukunda tutuklama yerine uygulanabilecek çeşitli tedbirler; yurt dışına çıkma yasağı, adli polise başvurma yükümlülüğü, ikamet yasağı ve ikamet zorunluluğu, ev hapsi şeklinde İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 280 vd. Md.' lerinde düzenlenmiştir¹²⁴. Bu tedbirler kural olarak soruşturma konusu suçun yasada öngörülen cezası müebbet hapsi veya üst sınırı 3 yılın üzerinde hapis cezası gerektiren suçlarda uygulanabilmektedir. Bu tedbirlerden en ağırı olan ev hapsine konulmasına karar verilen sanığın tutuklu sanık sayılacağı da yasada belirtilmiştir¹²⁵.

İtalyan hukukunda, mahkeme yurt dışına çıkma yasağı öngörmesi halinde, sanığa davaya bakan mahkemenin izni olmaksızın ülkeyi terk etmemeyi emreder. Mahkeme kararın yerine getirilmesini güvence altına alacak, ayrıca pasaport ve yurt dışına çıkış için diğer geçerli kimlik belgelerinin kullanılmasını engelleyecek gerekli kararları alır. Mahkeme, adli polise başvurma yükümlülüğü kararıyla, sanık hakkında belli bir adli polis merkezine başvurma yükümlülüğü öngörür. Mahkeme, sanığın

¹²³ Nur Centel, Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk Hukuku, Ankara Barosu, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt: 2, Ankara, s. 286

¹²⁴ Zekeriya Yılmaz, Adli Kontrol, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2006/1, Yıl: 64, Ankara, 2006, s. 44

¹²⁵ Mahmut Koca, Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının "Adli Kontrol" Tedbirinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, İzmir, 2003, s. 125

oturduğu yeri ve işini göz önünde bulundurarak başvurma gün ve saatlerini belirler. İkamet yasağı öngören kararda ise, mahkeme sanığa belli bir yerde ikamet etmeme ve davaya bakan mahkemenin onayı olmaksızın oraya gitmeme yükümlülüğünü getirir. İkamet zorunluluğu kararıyla ise mahkeme, sanığa, davaya bakan mahkemenin izni olmadan alışlagelmiş şekilde ikamet ettiği belediye çevresinden çıkmamasını emreder. Ancak duruma göre bu alan daha geniş bir bölgeyi kapsayabilir. Mahkeme, ikamet zorunluluğu kararında sanığın başvurması gereken polis merkezini belirtir. Mahkeme, öngörülen bölge sınırlarının belirlenmesinde mümkün olduğunca sanığın ikamet, iş ve bakım ihtiyaçlarını göz önünde bulundurur. Mahkeme, ev hapsi kararında ise, sanığa kendi konutundan veya diğer özel bir ikamet yerinden veya resmi bir bakım – gözetim kurumundan uzaklaşmama yükümlülüğü getirir. Mahkeme gerekirse sanığın onunla birlikte oturan veya onu gözetim diğer kişilerle ilişkide bulunma hakkını sınırlandırır veya kaldırabilir. Eğer sanık başka şekilde geçimini sağlayamayacaksa ihtiyaçlarını gidermesi veya işini yapması için gerektiği kadar uzaklaşma izni verilebilir. Sözü edilen tedbirler savcılığın istemi üzerine mahkemece kararlaştırılır¹²⁶.

2. Avusturya Hukukunda Adli Kontrol

Avusturya hukukunda, tutuklamanın amacına daha hafif tedbirlerle ulaşılabilecekse, tutuklama kararı verilemez veya devam ettirilemez. Avusturya hukukunda tutuklama yerine tedbirler şunlardır; Kaçmama sözü verme, belli bir yerden hakim izni olmaksızın uzaklaşmama sözü verme, belli bir yerde ikamet etme yükümlülüğü, belli bir yerden veya belli ilişkilerden kaçınma yükümlülüğü, alkol almama yükümlülüğü, çalışma yükümlülüğü, belli mercilere başvurma yükümlülüğü, seyahat belgelerini geçici teslim yükümlülüğü, ehliyeti geçici teslim yükümlülüğü, teminat verme ve gözetim yardımcısı kabul etme yükümlülüğüdür¹²⁷.

Avusturya hukukunda tutuklamanın işlevini görecekt diğer kurumlar 1975 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu' nun "sanığın celbi, ihzarı, yakalanması ve tutuklanması" başlıklı 14. bölümünde yer almaktadır. Mahkemeye sorgu için getirilen herkes gecikmeksizin ve en fazla 48 saat içinde sorgu hakimince sorgulanır. Sorgu hakimi sorgudan sonra derhal sanık hakkında daha hafif tedbirler uygulayarak

¹²⁶ Centel, Karşılaştırmalı Hukukta, s. 287

¹²⁷ Koca, Tutuklamada Oranlık, s. 125

serbest bırakma veya tutuklamadan birisine karar verir. Tutuklama kararını tercih ederse hangi nedenlerle daha hafif tedbirlerle tutuklamanın amacına ulaşamayacağını da kararında belirtir. Eğer tutuklamanın amacına daha hafif araçların uygulanmasıyla ulaşılacaksa tutuklama kararı verilemez veya tutuklama durumu devam ettirilemez. Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 180/7. Md.' sine göre en az 10 yıl özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç söz konusu olduğunda tutuklama kararı verilmesi gerekir. Öte yandan şartları veya süre açısından orantılılık ortadan kalkar kalmaz, tutuklama gibi daha hafif tedbirlerin uygulanmasına da son verilmesi gerekir. Sorgu hakimi, sanığın istemde bulunması ve savcının onaylaması durumunda daha hafif tedbirlerin kaldırılmasını emredebilir. Ayrıca sorgu hakimi, daha hafif araçların değiştirilmesine ve kaldırılmasına savcuyu dinledikten sonra karar verir. Bu karara karşı, sanık ve savcılık 3 gün içinde istinafta itiraz edebilirler. Savcılığın itirazının erteleyici etkisi vardır¹²⁸.

3. Alman Hukukunda Adli Kontrol

Alman hukukunda tutuklamanın işlevini görebilecek daha hafif nitelikteki kurumlar CMK' nın "tutuklama ve geçici yakalama" başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Alman hukukunda başlangıçta sadece kaçma şüphesine dayanan tutuklama kararlarını infazının ertelenmesi olanağı vardı ve bunu sağlayacak tek araç teminat yatırmaktı. Daha sonra 04.08.1953 tarihli değişiklik kanunıyla diğer tedbirler de kanuna alındı ve tedbirleri düzenleyen CMK' nın 116. Md.' sinin bu günkü metni 19.12.1964 tarihli değişiklik kanunuyla kabul edildi. Alman hukukunda tutuklama kararı verilmeksizin tedbire hükmedilmesi söz konusu değildir. Tedbire hükmetme, verilen bir tutuklama kararının infazının ertelenmesi etkisini gösterir. Kural olarak her suçta ve kaçma dışında her tutuklama nedeninde tutuklama kararının daha hafif tedbirler uygulanarak infazı ertelenebilir¹²⁹.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 112/1. Md.' sinde tutuklamada oranlılık ilkesi, 116. Md.' sindeyse tutuklama yerine geçecek daha hafif tedbirlerin neler olduğu düzenlenmiştir. 116. Md.' de "tutuklama kararının infazının geri bırakılması" başlığı altında hakime, hem kaçma şüphesi hem de delilleri karartma tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle hükmedilen tutuklama kararının infazının daha az

¹²⁸ Centel, Karşılaştırmalı Hukukta, s. 299

¹²⁹ Centel, Karşılaştırmalı Hukukta, s. 294

ağır olan ve tutuklamanın amacına ulaştırabilecek bir tedbire çevirerek geri bırakılabilmesi yetkisi verilmiştir. Eğer daha hafif tedbirlerin delilleri karatma tehlikesini önemli ölçüde azaltması olasılığı yeterince kuvvetliyse, hakim delilleri karatma tehlikesi nedeniyle hükmedilmiş bulunan tutuklama kararının infazını da geri bırakabilmektedir. Bu tedbirler sanığın birlikte sanık durumunda olduğu diğer kimselerle, tanıklarla veya bilirkişilerle ilişki kurmama yükümlülüğüdür. Hakim, sanığın belirtilen talimatlara uyacağı ve böylece tutuklamanın amacına ulaşılabileceği olasılığı yeterince varsa CMK' nın 112/a Md.' sine göre belirli suçları yeniden işleme tehlikesi üzerine verilen bir tutuklama kararının infazını da geri bırakabilecektir. Alman CMK, tutuklamayla elde edilecek amaca erişme imkanı varsa, tutuklama kararının infazını geri bırakabilme ve bunun yerine daha hafif tedbirlere başvurma yetkisine hakime vermektedir¹³⁰.

Alman CMK' nın 116. Md.' sine göre, hakim kaçma şüphesi gerekçesiyle verdiği tutuklama kararının infazını, belli zamanlarda hakime, kovuşturma organına veya bunlar tarafından belirlenecek idari makamlara başvurma, ikametgahından ancak belirli kişinin izni ve gözetimi altında çıkabilme, ikametgahını veya kaldığı yeri veya belirli bir bölgeyi hakim veya kovuşturma organının izni olmadan terk edememe ve sanık veya bir başkası tarafından uygun bir teminat yatırılması suretiyle geri bırakabilir. Böylelikle Alman CMK' ya göre tutuklamayla elde edilecek amaca ulaşabilme imkanı olduğu taktirde, anılan tedbirlere bařvurulabilmektedir¹³¹.

Hakim, sanığın veya savcılığın istemi üzerine tutuklamanın infazının ertelenmesi konusunda gerekçeli olarak karar verir. Bildirme tedbirinde, sanık belli zamanlarda hakime veya hakim'in belirttiği bir merciye şahsen başvurur. Periyodik bildirme saatleri ve yeri erteleme kararında belirtilir. Başvuru mercii genellikle polis merkezidir. Ancak bildirme yükümlülüğünde, başvurulacak yerler sınırlı olarak sayılmadığı için hakim'in takdirine bağlıdır. İkamet sınırlamasındaysa, sanık ikametgahını veya kalınan yeri veya belirli bir bölgeyi hakim veya kovuşturma organından izin almadan terk edemez. Denetlenmesi zor bir tedbirdir. Bu tedbir özellikle hakim'in sanığa güvenmesini gerektirir. Bu tedbire bildirme yükümlülüğü veya pasaport veya kimlik belgelerinin teslimi yükümlülüğüyle beraber karar verilmesi daha doğru olur. Denetim ngrlmesindeyse, ikametgahtan dışarı sadece

¹³⁰ Koca, Tutuklamada Oranlık, s. 124

¹³¹ Veli zer zbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 377

belli bir kişinin kontrolü altında çıkılabilir. Bu tedbir daha çok otorite altındaki gençler açısından etkili olabilir. Bu tedbirde sürekli kontrol gerekmez, süreli refakat yeterlidir. Örneğin, sanığın işe gidip gelmesi sırasındaki refakat gibi. Teminat yatırılmıyorsa, teminat miktarını sanığın mal varlığı ve geliri ile orantılı olarak belirleme imkanı vardır. Uygulamada en sık başvuru olan tedbirdir. Karşı görüşler bulunmakla birlikte bu tedbirin Alman Anayasası'ndaki eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceği düşünülmektedir¹³². Tutuklamanın infazının ertelenmesi bir tarihe bağlanamayacağı gibi, gelecekte olması muhtemel belirli bir olayın gerçekleşmesi koşuluna da bağlanamaz. Tedbire karar verildiğinde kural olarak tedbirin uygulamasına ara verilemez. Bu tedbirin niteliğiyle de bağdaşmaz. Ancak istisna olarak, örneğin; çok önemli bir iş görüşmesi için, yeterli güvencenin sağlanması halinde tedbirin uygulanmasına ara verilebilir. Alman ceza muhakemesi hukukunda tutuklama yerine hükmedilebilecek tedbirler sınırlı olmayıp, hakim kanunda belirtilen tedbirlere hükmedebileceği gibi kendisi tarafından belirlenecek tedbirlere de karar verebilir¹³³.

Alman gençlik ceza muhakemesinde de adli kontrol tedbirlerinin uygulanması mümkün olup, hatta geçici eğitim düzenlemesi veya başka tedbirlerle tutuklamanın amacına ulaşılabiliyorsa, tutuklama kararı verilemediği gibi, tutuklama kararı verilmişse bile, bu kararın yerine getirilmesinin yetiştirme yurdunda yapılması mümkündür¹³⁴. Geçici düzenlemeler duruma göre değişiklik gösterebilmektedir. İş yeri değişikliği, bir eğitim kurumuna kabul, uygun bir aile yanında ya da bazı yerlerde bulunan tehlikeli gençler için kurulan gençlik yurtlarında gözetim söz konusu olabilmektedir¹³⁵. Ancak uygulamada ciddi sıkıntılar olduğu, yetiştirme yurtlarının yetersiz olduğu, yetiştirme yurduna konulan gençlerin hukuki durumunun yeterince açık olmadığı belirtilmektedir¹³⁶.

4. Fransız Hukukunda Adli Kontrol

Fransa' da 17.07.1970 tarihli Kanun' la getirilen bu kurumun kişi haklarının korunmasını sağlamanın yanında, sanığı birtakım yükümlülüklerle tabi tutarak onun

¹³² Centel, Karşılaştırmalı Hukukta, s. 296

¹³³ Gerd Pfeiffer, Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung, 3. Neubearbeitete Auflage, München, 1993, s. 510

¹³⁴ Rudolf Brunner, Jugendgerichtsgesetz, 8. Auflage, Berlin, 1986, s. 432

¹³⁵ Friedrich Schaffstein, Jugendstrafrecht, 8. Auflage, Stuttgart, 1983, s. 172

¹³⁶ Alexander Böhm, Einführung in das Jugendstrafrecht, 2. Auflage, München, 1985, s. 104

denetim altına alınması bakımından “sosyal bir koruma” fonksiyonuna da sahip olduğu kabul edilmektedir. Fransa’ da söz konusu tedbirin uygulanması için sanığın işlemiş olduğu suçun hapis cezasını gerektirmesi ve hakim kararı gerekir. Bu karar üzerine, sanığın kanunda öngörülen yükümlülüklerden bir veya birden fazlasına tabi tutulması mümkündür. Ancak her halde bu kararın ölçülülük ilkesi gereğince gerekli ve oranlı olması gerekir. Sanığa yüklenen bu yükümlülükler gerektiğinde her zaman değiştirilebilir. Bu yükümlülüklere yenileri eklenebileceği gibi, bu tedbirlerin tüzel kişilere de bünyelerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin, teminat/ garanti vermek, çek keşide etmekten yasaklılık, mesleki yasaklılıklar gibi. Sanık, hakim tarafından hükmedilen yükümlülüğün ya da tedbirin yerine getirilmesinden bilerek kaçınacak olursa, tutuklama emri çıkartılabilir. Sorgu hakimi, her zaman adli kontrol uygulamasının kaldırılmasına karar verebilir¹³⁷.

Adli kontrol yükümlülükleri Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’ nun 138. Md.’ sinde düzenlenmekte olup, bunlar; belirli bir bölgeden ayrılmamak, örneğin; vatandaşı olduğu ülkeyi terk edememek, ikametgahından ya da hakim tarafından belirlenecek belli bir yerden ayrılmamak, belirli yerlere gidememe, ya da sadece hakimce belirlenecek yerlere gidebilmek, belirlenen yerlerden her ayrılıştta derhal hakime haber vermek, düzenli olarak hakim tarafından belirlenen servis ya da mercilere başvurmak, hakim tarafından belirlenen merci veya kişilerin çağrılarına veya gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam hususlarındaki kontrol tedbirlerine uymak, tüm kimliklerini yetkili mercilere teslim etmek, belirli taşıt araçlarını kullanmamak, sürücü belgesini geri vermek, bazı kimselerle görüşmemek, bu kişileri kabul ya da ziyaret edememek, belirli bir tedavi ya da bakıma zorunlu olarak tabi tutulmak, teminat/ kefalet yatırmak, belirli mesleki ya da sosyal aktiviteleri gerçekleştirilmemek, belirli türden çek keşide edememek, silah bulundurmamak, mağdurun zararını karşılamak üzere garanti vermek, ailevi yükümlülükleri gereği düzenli olarak nafaka ödeyeceğine dair güvence vermektir¹³⁸.

Fransız muhakeme hukukunda, sanık ancak muhakemenin amacına ulaşılabilmesi için delillerin karartılmasına, tanıklara baskı yapılmasına, suç ortaklarının aralarında anlaşmalarını önlemek veya sanığın yaşamını korumak, suça son vermek, yeniden suç işlenmesini önlemek, adli makamların emrinde hazır

¹³⁷ Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi, s. 376

¹³⁸ Yılmaz, s. 42

bulunmasını sağlamak gibi suç nedeniyle meydana gelebilecek kargaşaya karşı, kamu güvenliğini sağlamak için adli denetime tabi tutulabilir¹³⁹.

Adli kontrol tedbirine, ön soruşturmada sorgu hakimi, son soruşturmada tutuklamaya karar veren makam karar verebilir. Tutuklamadan farklı olarak gerekçe göstermek gerekmez. Tedbire kabahatlerde başvurulamaz. Cürümlerde uygulanabilmesi için en az hapis cezasını gerektiren bir suç söz konusu olmalıdır. Tedbirler kendiliğinden veya istek üzerine her zaman değiştirilebilir, kaldırılabilir, yenisi eklenebilir. Değişiklik kararlarına karşı sadece savcı itiraz edebilir. Sanık öngörülen yükümlülükler uymazsa kendisine daha ağır yükümlülükler yüklenebileceği gibi, aslında tutuklama olanağı bulunmasa bile tutuklama kararı verilebilir¹⁴⁰.

C. ADLİ KONTROLÜN ŞARTLARI

1. Soruşturma Evresinde

CMK' da adli kontrol tedbirinin soruşturma evresinde uygulanmasında kural olarak, şüpheli veya sanığın hakkında üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle yürütülen bir soruşturma olması, tutuklama şartlarının olması, cumhuriyet savcısının istemde bulunması ve sulh ceza hakiminin karar vermesi gerekmektedir.

a. Şüpheli veya Sanık Hakkında Üst Sınırı Üç Yıl veya Daha Az Hapis Cezasını Gerektiren Bir Suç Nedeniyle Yürütülen Bir Soruşturma Olması

CMK' nın 109/1 Md.' sine göre şüphelinin adli kontrol altına alınması için hakkında yürütülen soruşturma konusu suçun kanunda belirlenen cezasının üst sınırının üç yılın üstünde olmaması gerekir. Üst sınırı üç yılı geçen hapis cezasını gerektiren suçlarda adli kontrol uygulanamaz. Bu düzenlemenin lafzi yorumundan adli kontrol altına alma tedbirinin yalnız üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç hakkında uygulanabileceği anlaşılmaktaysa da, CMK' nın 109/2.

¹³⁹ Durmuş Tezcan, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler), 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1989, s. 56

¹⁴⁰ Centel, Karşılaştırmalı Hukukta, s. 292

Md.' sinde kanunda tutuklama yasağı öngörölen hallerde de adli kontrole ilişkin hükümlerin uygulanabileceği belirtilmektedir. CMK 100/4. Md.' de tutuklama kararı verilemeyecek hallerin sadece adli para cezası gerektiren veya hapis cezasının üst sınırının bir yıldan fazla olmaması düzenlemesi bulunmaktadır. Bu durumda söz konusu suçun adli para cezasını gerektiren bir suç olması halinde de adli kontrol tedbirine hükmedilebilecektir¹⁴¹.

Ayrıca kural olarak adli kontrol kararı üst sınırı üç yıla kadar olan suçlarda verilmekteyse de, CMK' nın 109/4. Md.' sine 25.05.2005 tarihinde 5353 sayılı Kanun' la eklenen fıkrayla yurt dışına çıkamamak ve şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak miktarı ve ödeme süreleri cumhuriyet savcısının isteği üzerine hakimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak tedbirleri açısından üç yıllık üst sınır dikkate alınmayacaktır.

b. Tutuklama Şartlarının Bulunması

CMK' nın 109/1. Md.' sinde adli kontrol kararı verilebilmesi için 100. Md.' de belirtilen tutuklama nedenlerinin varlığı koşulu da aranmıştır. CMK' nın 100. Md.' sine göre, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde tutuklama kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddeye göre, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa veya şüpheli veya sanığın davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa, tutuklama nedeni varsayılabilir.

Dolayısıyla şüpheli veya sanığın, hakkında yürütölen soruşturma konusu suçu işlediğine dair kuvvetli şüphe nedenlerinin ve kaçma veya delilleri karartma şüphesinin bulunması halinde adli kontrol tedbiri uygulanabilir. Şüpheli veya sanığın işlediği suça ilişkin bir muhakeme şartı varsa bu şartın da gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁴².

¹⁴¹ Caner Burhan Hacıoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Faköltesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Erzincan, 2005, s. 172

¹⁴² Hacıoğlu, s. 173

c. Cumhuriyet Savcısının İstemde Bulunması

CMK' nın 110/1. Md.' sine göre, şüphelinin soruşturma evresinde adli kontrol altına alınabilmesi için cumhuriyet savcısının istemde bulunması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı istemde bulunurken, 109/3. Md.' de belirtilen yükümlülüklerden bir veya birkaç tanesinin uygulanmasına karar verilmesini isteyebilir. Ayrıca soruşturma sırasında adli kontrol altına alınmış olan şüpheli hakkında yeni yükümlülükler belirlenmesini veya belirlenen yükümlülüklerin bütünüyle veya kısmen kaldırılmasını, değiştirilmesini veya şüphelinin bunlardan bazılarını uymaktan geçici olarak muaf tutulmasını isteyebilir.

d. Sulh Ceza Hakiminin Kararı

CMK' nın 110/1. Md.'sine göre, soruşturma evresinde adli kontrol kararı verme yetkisi sulh ceza hakimine aittir. Sulh ceza hakimi, cumhuriyet savcısının istemi olmak kaydıyla soruşturma aşamasında şüpheliyi yeni yükümlülükler altına koyabileceği gibi, belirlenmiş olan yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir veya bazılarını şüpheliyi geçici olarak muaf tutabilir.

2. Kovuşturma Evresinde

CMK' nın 110/3. Md.'siyle kovuşturma evresinin her aşamasında görevli ve yetkili yargı mercileri tarafından da adli kontrol uygulanabilmesi olanağı getirilmiştir. Bu evrede de soruşturma evresindeki aranan şartlardan cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hakiminin kararı dışındaki diğer şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Kovuşturma evresinde görevli ve yetkili yargı merci cumhuriyet savcısının istemi olmaksızın, gerekli gördüğünde kendiliğinden adli kontrol tedbirine karar verebilir. Kovuşturma evresi, CMK' nın 2/5 Md.' sinde belirtildiği gibi iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen dönem olarak tanımlanmaktadır¹⁴³. Kovuşturma evresinde görevli ve yetkili yargı merci soruşturma evresinde verilen adli kontrol tedbirinin devamına da karar verebilir¹⁴⁴.

¹⁴³ Yaşar, s. 498

¹⁴⁴ İsmail Malkoç ve Mert Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005, s. 301

D. ADLİ KONTROL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Adli kontrol yükümlülükleri CMK' nın 109/3. Md.' sinde gösterilmiş olup, bu yükümlülükler; yurt dışına çıkamamak, hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak, her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanmamak ve gerektiğinde kaleme makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek, özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etme, şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri cumhuriyet savcısının isteği üzerine hakimce belirlenecek güvence miktarını yatırmak, silah bulundurmamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silahları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek, cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere ayni veya kişisel güvenceye bağlamak, aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkum edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermektir.

1. Yurt Dışına Çıkamamak

Yurt dışına çıkmak hakkı, uzun bir tarihsel süreçten geçerek günümüzde kişisel temel hak ve özgürlüklerden biri olarak kabul edilmiştir. Uluslararası hukukun geleneksel kuralları her ülkeye egemenlik hakkının bir sonucu olarak, kendi topraklarına yabancıların girişini yasaklamak veya bu girişlere kendi uygun göreceği durum ve koşullarda izin vermek yetkisini verdiği gibi, kendi yurttaşlarını yabancı ülkelere gitmekten alıkoyabilme veya bu konuda kısıtlamalar getirebilme yetkisini de vermiştir¹⁴⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' ne ek 4 no' lu protokolün 2/1. Md.' si "herkesin, herhangi bir ülkeyi, kendisinin de dahil olmak üzere terk etmek hakkı" nı, yani yurt dışına çıkmak hakkını tanımıştır. Maddenin 3. Bendinde ise, hakların hangi durumlarda sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. Buna göre, "bu hakların kullanılması kanunun öngördüğü nedenler dışında güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması, suçların önlenmesi, sağlık ve ahlakın yahut başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için alınan gerekli önlemlerdir". Ek Protokole bakıldığında,

¹⁴⁵ Rona Aybay, Yurtdışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü Konusunda Uluslararası Düzenlemeler, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu' ya Armağan, Ankara, 1975, s. 280

yurt dışına çıkma hakkının sınırlandırılmasına ait bazı temel ilkeleri tespit etmek mümkündür. Öncelikle, bu hakkın sınırlandırılması mutlaka kanunla olacaktır. Ayrıca bu kanun, hangi nedenlerle bu hakkın kısıtlanabileceğini belirlemek durumundadır¹⁴⁶.

Anayasa' mızın 23. Md.' sinde herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu, seyahat özgürlüğünün suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesine önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlandırabileceği, ayrıca vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünün vatandaşlık ödevi veya ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlandırabileceği, vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamayacağı düzenlenmiştir.

Yurt dışına çıkma yasağı, tutuklamaya alternatif olarak öteden beri uygulanan bir tedbirdir. Ancak mülga CMUK' da açıkça düzenlenmeyen bu tedbir Pasaport Kanunu' nun 7. ve 22. Md.' leri hükümleri ile, mülga 4422 sayılı ÇASÖMK 9. Md.' si hükmü çerçevesinde uygulama alanı bulmaktaydı. CMK' daki bu düzenleme karşısında yurt dışına çıkamamak, artık adli kontrol tedbiri çerçevesinde başvuru ve CMK içinde yer alan bir kurum haline gelmiş bulunmaktadır. 5353 SK' yla eklenen fıkradan önce yurt dışına çıkamamak yükümlülüğü sadece üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından söz konusu olmaktadır. Bu durumda üst sınırı üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, Pasaport Kanunu' nun 22. Md.' sine dayanılarak yurt dışına çıkarmama kararı verilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktaydı. Bu da tedbirin tutuklama kararına alternatif olarak uygulanabilmesi olanağını büyük ölçüde daraltmış olmaktadır. 5353 SK' yla CMK' nın 109. Md.' sine eklenen 4. fıkra ile tüm bu sakıncalar ortadan kalkmıştır. Söz konusu düzenlemeyle yurt dışına çıkamamak yükümlülüğünün uygulanması bakımından süre sınırı ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla artık süresi ne olursa olsun tutuklamanın mümkün olduğu bir suçun işlendiği iddiasının varlığı halinde adli kontrol tedbiri çerçevesinde şüpheliye yurt dışına çıkmama yükümlülüğü getirilebilecektir¹⁴⁷.

Ayrıca belirtmelidir ki, Anayasa vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünün ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle kanunla sınırlandırabileceğini kabul

¹⁴⁶ Mahmut Koca, Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurtdışına Çıkarmama, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1-2, Erzincan , 2003, s. 166

¹⁴⁷ Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 290

ederken, doğal olarak bunun muhakeme hukuku esaslarına uygun olmasını açıklamamış olsa da, aramıştır. Hayatının kurtarılması için yurt dışına tedaviye gitmesi gereken bir sanık hakkında, bu yasa ölüm cezasından farksızdır. Böyle bir durumda mahkemece, orantılılık ilkesi gereği olarak bu tedbir kaldırılabilir¹⁴⁸.

2. Belirlenen Yerlere Düzenli Olarak Başvurmak

Şüpheli veya sanığın sosyal, kültürel durumu veya işlediği suçun niteliğine veya hakkındaki var olan tutuklama nedeninin niteliğine göre, şüpheli veya sanığın usul işlemlerinde hazır bulunmasını sağlamak veya suç işlemesini önlemek amacıyla yetkili hakim veya mahkemece belirli yerlere belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmasına karar verilebilir. Örneğin, şüpheli veya sanığın yerleşim yerindeki yerel emniyet makamlarına, karakollara, yerel muhtarlıklara, bir veya iki günde bir veya haftada bir başvurmaya zorunlu olduğuna karar verilebilir. Bu yerler, eğitim göreceği veya çalışacağı yerler de olabilir. Bu yükümlülüğün uygulanma amacına uygun olarak, şüpheli veya sanığın günlük faaliyetlerini etkilemeyecek veya güçleştirmeyecek bir biçimde belirlenmesi gerekir. Örneğin, şüpheli veya sanık bir işte çalışıyorsa, başvurma yeri olarak, çalıştığı veya yerleşim yerine uzak bir mesafe belirlenmemeli ve süresi de belirlenirken şüphelinin veya sanığın işini aksatmayacak bir süre belirlenmelidir. Bu nedenle kararda başvurma yeri ve süresi açıkça belirtilmelidir¹⁴⁹.

3. Çağrılara, Mesleki Uğraşlara veya Eğitime Devam Tedbirlerine Uymak

Söz konusu tedbirin amacı şüpheliye bir iş öğretmek, mesleğini icraya devamını ve eğitilmesini sağlamaktır¹⁵⁰. Yetkili merci veya kişilerin çağrılara uyma yükümlülüğüne, şüpheli veya sanığın işlediği suç nedeniyle hakkında yapılacak soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin tamamlanması ve hazır bulunmasını sağlamak amacıyla da karar verilebilecektir. Örneğin; şüpheli veya sanığın isnat yeteneği veya suçu algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespitinde, beden muayenesinin yapılmasında, keşifte vb. gibi hususlarda savcılık, hakimlik, mahkeme ve kolluk makamlarının veya sağlık

¹⁴⁸ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 771

¹⁴⁹ Hacıoğlu, s. 179

¹⁵⁰ Soyaslan, s. 317

birimlerinin çağrılarına uymasına karar verilecektir. Eğer adli kontrol tedbirine şüpheli veya sanığın işlediği suç sebebiyle mesleki uğraşısını veya eğitimini serbestçe sürdürmesi için karar verilecekse, adli kontrol kararında mesleki uğraşına veya eğitimine devam etmesi konusunda gerekli kontrol tedbirlerine de hükmedilebilecektir. Örneğin; şüpheli veya sanık zorunlu ilköğretim, lise veya yüksek öğretim veya çıraklık eğitim veya öğretim kurumuna kayıtlı bir öğrenciyse, eğitim veya öğretimini bu kurumlarda tamamlamasına, devam etmesinin sağlanmasına, bu kurumlarda uyması gerekli kurallara özen göstermesine veya bir öğretmenin rehberlik uygulamalarına, eğitim kurumundaki yoklamalara, sınavlara katıldığına ilişkin bu kurumlardan düzenli olarak bir belgeyi alıp, göstermek veya sunmak zorunluluğu gibi tedbirlere uyması istenebilecektir. Şüpheli veya sanığın mesleki uğraşısına ve eğitimine devamın sağlanması bakımından ise, mesleki uğraşısını bir meslek odası veya kuruluşuna bağlı olarak yürütüyorsa, bu kuruluşlar tarafından devam kontrolünün sağlanmasına karar verilebilir. Örneğin; şüpheli veya sanık bir serbest meslek kuruluşuna kayıtlı olarak uğraşısını sürdürüyorsa, bu kuruluşun kontrolü altında uğraşısına devamını sağlayacak tedbirlere hükmedilebilir¹⁵¹.

Bu tedbirin “hakimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına uymak” kısmını, sanığın kaçmasını engellemek amacıyla verilebilecek tutuklamanın yerine uygulanabilecek bir tedbir, bu merci ve kişilerin şüpheli veya sanığın mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konusundaki kontrol tedbirlerine uyup uymadığını denetlemelerini ise, suçun yeniden işlenmesini önlemeye yönelik tedbir olarak nitelendirmek mümkündür. Hiç şüphesiz böyle bir yüküm, sanığın yaşadığı çevreyle uyumlu bir kişiliğe kavuşmasını sağlayıcı nitelikte de olabilir¹⁵².

4. Taşıt Kullanamamak

Hakim veya cumhuriyet savcısı bu yükümlülüğün uygulanmasında şüphelinin mesleki uğraşlarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verebilir. Bunda amaç yeniden taksirli bir suçun işlenmesine engel olmaktır. Ancak sanığın iş hayatıyla ilgisini kesmemesi, geçimini sağlaması da göz önünde tutulmuştur¹⁵³.

¹⁵¹ Hacıoğlu, s. 180

¹⁵² Koca, Tutuklamada Oranlılık, s. 131

¹⁵³ Soyaslan, s. 317

Şüphelinin veya sanığın taşıt kullanarak kaçma şüphesi varsa, kaçmasını önlemek için bu tedbire hükmedileceği gibi, işlediği suç bir taşıtla işlenmişse, bir daha suç işlemesini önlemek ve özenli olmasını sağlamak için de bu tedbire başvurulabilecektir. Adli kontrol kararında, şüpheli veya sanığın, kullanmaması gereken taşıt türünün veya teslim edeceği sürücü belgesinin açıkça belirtilmesi gerekir. Şüphelinin veya sanığın mesleki uğraşlarında veya ailesinin veya kendisinin günlük geçimini sürdürmesi için bir taşıt kullanması gerekiyorsa ve taşıt kullanmak suretiyle suç işlenmemişse bu tedbire hükmedilmemelidir, yoksa bu yükümlülük ceza niteliğine dönüşecektir. Nitekim, CMK' nın 109/4. Md.' sinde bu yükümlülüğün uygulanmasında şüpheli veya sanığın mesleki uğraşlarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verilebileceği öngörülerek bu sakınca önlenmek istenmiştir¹⁵⁴.

5. Tedavi veya Muayene Olmak

Şüpheli veya sanığın uyuşturucu, uyarıcı, uçucu maddeler ile alkol bağımlısı olduğuna ilişkin şüphe varsa sözü geçen madde bağımlılığında arındırılması amacıyla şüpheli veya sanığın hastaneye yatmasına, tedavi ve muayene tedbirlerine tabi tutulmasına, bunları kabul etmesine hükmedilebilecektir. Bu yükümlülüğe hükmedilmesi için, şüpheli veya sanığın önce muayenesinin yapılmasına karar verilmeli, muayene sonucuna göre, hastaneye yatmasına veya tedavi altına alınmasına karar verilmelidir¹⁵⁵. Alkol ve uyuşturucu bağımlılarını tedavi ve böylece şüpheliyi topluma kazandırma amacı güden bir yükümlülüktür¹⁵⁶.

AİHS' in 5. Md.'sinde belirtilen özgürlükten yoksun bırakma deyimi sadece gözaltına alma veya tutuklama hallerini kapsamaz. Örneğin; Belçika/ Van Der Leer davasında şikayetçi kendisine haber verilmeden ve ifadesi alınmadan bir akıl hastanesine kapatıldığından bahisle dava açmışsa da, AİHM salt bu durumu sözleşmeye aykırı bulmamış, ancak iç hukukta bu gibi durumlarda kişinin ifadesine başvurulması gerektiği halde bunun yapılmamış olmasını sözleşmeye aykırı bulmuştur¹⁵⁷. Genelde uygulamada özgürlükten alıkoyma ile ilgili şikayetler akıl hastalığıyla ilgili olarak mahkemenin önüne gelmektedir. Mahkeme bu durumda

¹⁵⁴ Hacıoğlu, s. 180

¹⁵⁵ Hacıoğlu, s. 181

¹⁵⁶ Soyaslan, s. 317

¹⁵⁷ Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, s. 137

özellikle akıl hastalığının güvenilir bir biçimde tıbbi raporla belirlenip belirlenmediğini incelemektedir. Ayrıca akıl hastalığının derece ve çeşidi böyle bir özgürlükten yoksun kılmayı haklı göstermelidir. Özgürlükten yoksun kılmanın devamı için de aynı koşullar devam etmelidir¹⁵⁸. AİHM' in alkolik veya uyuşturucu tutkunu olan kişilerle ilgili durumda da, akli dengesi yerinde olmayanların alıkonulmalarının usulüne uygun olup olmadığında benimsediği yaklaşım içinde olduğu düşünülmektedir. Witold Litwa / Polonya 04.04.2000 tarihli davasında AİHM şu kanaate varmıştır; “tıbben – alkolik – olarak tanımlanmayan, ancak alkollü iken sergiledikleri tavır ve davranışları kamu düzeni ya da kendileri açısından bir tehlike oluşturan kişiler, kamu düzeni ve sağlık durumları ya da kişisel güvenlikleri bakımından kendilerinin korunması amacıyla gözaltına alınabilirler”¹⁵⁹. Yine AİHM, akli bozukluğun objektif olarak bir tıbbi uzman tarafından saptanmış olması, alıkoymayı gerektirecek ölçüde ağır olması, alıkoymanın tıbbi bozukluğun devamı süresince yapılması, kişinin durumunun düzenli olarak bir mahkeme tarafından değerlendirilmesi, alıkoymanın tıbbi bir kurumda olması kriterlerine de dikkat etmektedir¹⁶⁰.

6. Güvence Miktarını Yatırmak

Adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan yükümlerden biri de, “güvence yatırmak” tır (CMK Md. 109/3-f). 1412 sayılı CMUK’ da, ölçülülük ilkesi gereği tutuklamadan beklenen amacı gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerden biri de teminatla salıvermeydi. 1412 sayılı CMUK sisteminde teminatla salıverme, tutuklamadan beklenen amaca mali teminat ile varmanın mümkün olduğu hallerde, tutuklama kararının infazının şarta bağlı olarak geri bırakılması, askıya alınması sonucunu doğuran bir tedbirdi. 5271 sayılı CMK’ da ise güvence yatırmak, henüz tutuklama kararı verilmeden adli kontrol kapsamında tutuklama yerine uygulanabilecek bir tedbir ise de, sadece üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilir olması, bu tedbirin uygulanma imkanını 1412 sayılı CMUK’ a nazaran daha da sınırlandırmaktaydı¹⁶¹. Uygulamada ortaya çıkan bu sorun 25.05.2005 tarihinde 5353 SK’ yla CMK’ nın 109. Md.’ sine eklenen

¹⁵⁸ Jochen Abr. Frowein ve Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl, 1997, s. 115

¹⁵⁹ Hüseyin Güler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Mevzuatı, Adalet Dergisi, Yıl: 96, Sayı: 20, Ankara, Eylül 2004, Ankara, s. 175; Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, München, 2005, § 21/ 24

¹⁶⁰ Monica Macovei, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, TBB Yayınları: 91, İnsan Hakları El Kitapları, 2005, s. 49

¹⁶¹ Coşkun, s. 88

4. Fıkrayla giderilmiştir. Artık şüpheli ya da sanığa yüklenen suçun üst sınırınının 3 yıldan fazla olması durumunda da bu adli kontrol tedbirine karar verilebilecektir.

Yükümlülüğün amacı şüpheli veya sanığın yargılama ve cezanın infazını sağlamak amacıyla hazır bulundurulmasını sağlamaktır. Ancak güvence miktarını kanun belirlememiştir. Adaletsiz uygulamalara yol açabilecektir. Öte yandan söz konusu yükümlülük üst sınırı üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda da uygulanacaktır. Bu durum sanığın tutuklanamaması veya tutukluluğuna son verilmesi halinde gerçekleşecektir. Saliverilen sanık bu güvence nedeniyle yargılamadan ve cezanın infazından kaçamayacaktır¹⁶². Anayasa Mahkemesi 13.04.1963/ 200-110 gün ve EK sayılı kararında; yasanın teminatın tür ve miktarını hakimin tayin edeceğini öngördüğünü, mahkemenin takdirini kullanırken, tespit edeceği teminatın sanığın kaçmasını önleyecek miktarda olması yanında, sanığın mali durumuna da uygun olacağını, bu nedenle eşitlik ilkesinin zedelenmediğini belirtmiştir. Teminatla saliverme, Anayasa Mahkemesi' nin de gayet yerinde olarak belirttiği gibi, sanığın mali durumuna da orantılı olacağından, eşitliğe aykırı olması söz konusu değildir. Gerçekten tespit edilecek miktar, sanığı duruşmaya katılmaya zorlayacak miktarda olacağından, her sanığın mali durumuna orantılı olarak hissedilebilir ölçüde saptanmalıdır¹⁶³.

CMK' nın 113. Md.' sine göre, gösterilecek güvence, şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya altına alınabileceği diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunması dışında, sırasıyla katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hale getirme, kovuşturma nafaka borcunu ödememe nedeni ile yapılıyorsa nafaka borçları, kamusal giderler ve para cezalarını karşılamalıdır.

7. Silah Bulunduramamak veya Taşıyamamak

Bu tedbirin amacı gerek taşıyarak, gerek silahı kullanarak şüphelinin yeniden suç işlemesini önlemektir¹⁶⁴. Hakim, şüpheli veya sanığın delilleri karartma şüphesine bağlı olarak, tanık, mağdur veya olayla ilgili başkaları üzerinde baskı

¹⁶² Soyaslan, s. 318

¹⁶³ Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İÜHF Yayını, İstanbul, 1982, s. 200

¹⁶⁴ Soyaslan, s. 318

girişiminde bulunmasını önlemek için silah bulundurma veya taşıma yasağına ve gerektiğinde silahı makbuz karşılığında adli emanete teslim etmesine karar verebilecektir. Buradaki silah kavramının geniş yorumlanması gerekir. Kararda yasaklanacak silah çeşidi belirtilmelidir. Teslim alınması kararı verilmişse, süresi belirtilmelidir. Silah adli emanet dairesinde muhafaza altına alınacaktır¹⁶⁵.

Burada görevi gereği silah taşınması gereken kamu görevlileri hakkında bu tedbire karar verilip verilemeyeceği akla gelebilir. Kanımca, görevini silahla yerine getiren kamu görevlileri hakkında da bu tedbire karar verilmesini engelleyecek bir düzenleme olmadığından, bu kişilerin de silahını teslim etmesi istenebilecektir. Bu kişilerin görevlerini nasıl yerine getirecekleriye, bir ceza hukuku değil, idare hukuku sorunudur.

8. Mağdurun Hakları İçin Belirlenecek Parayı Güvenceye Bağlamak

Suç mağdurunun haklarını güvence altına almak için şüpheli veya sanık, aynı veya kişisel güvence vermeye zorlanabilecektir. Aynı güvencenin konusu, taşınır veya taşınmaz mallar üzerinde tesis edilecek rehin veya ipotek olabilir. Kişisel güvencenin mahkeme veya noter huzurunda verilmesi gerekir¹⁶⁶.

Bu durumda cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından güvencenin miktarı ve ödeme süresi belirlenecektir.

9. Aile Yükümlülüğü ve Nafaka İçin Güvence Vermek

Şüphelinin veya sanığın aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya nafaka borçlarını düzenli olarak ödememesi hallerine bağlı olarak, şüpheli veya sanık bu hususları sağlamak amacıyla güvence vermeye zorlanabilecektir¹⁶⁷.

Kişi, eş ve çocuklarına karşı aile hukukundan kaynaklanan bir takım yükümlülükler altındadır. Bunlardan birisi de doyurma ve besleme yükümlülüğüdür.

¹⁶⁵ Hacıoğlu, s. 182

¹⁶⁶ Hacıoğlu, s. 182

¹⁶⁷ Hacıoğlu, s. 182

Bunun ihlali, Türk Ceza Kanunu' nun 233. Md.' sinde suç olarak düzenlenmiştir. Yükümlülüğün amacı şüphelinin nafaka yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak ve güvence altına almaktır¹⁶⁸.

Burada Medeni Kanun' dan kaynaklanan yükümlülükler söz konusu olabileceği gibi, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun' dan kaynaklanan yükümlülükler de söz konusu olabilecektir.

10. Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Adli Kontrol Yükümlülükleri

03.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu' na göre, "suça sürüklenen çocuk; kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu" ifade etmektedir. Anılan Kanun' un 20. Md.' sinde, suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanabilecek adli kontrol tedbirleriyle ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre; suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma evrelerinde adli kontrol tedbiri olarak Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 109. Md.' sinde sayılanlar ile, belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak, belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek, belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak şeklindeki tedbirlerden bir ya da birkaçına karar verilebilir. Bu tedbirlerden sonuç alınmaması, sonuç alınamayacağına anlaşılmaması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir¹⁶⁹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, CMK' nın 109. Md.' sinin birinci fıkrasında belirtilen 3 yıllık süre sınırlamasının bu kanun için uygulanmayacağıdır. Tutuklama yasağı başlığını taşıyan Kanun' un 21. Md.' sinde on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemeyeceği yer almaktadır. Böylelikle daha önce 2253 sayılı Kanun' da yer alan üç yıllık süre, beş yıla çıkartılmıştır¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Soyaslan, s. 318

¹⁶⁹ Yılmaz, s. 62

¹⁷⁰ Serdar Mermut, Çocuk Koruma Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme, Legal Hukuk Dergisi, Cilt : 4, Sayı: 37, İstanbul, 2006, s. 109

E. ADLİ KONTROL YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ

Adli kontrol yükümlülükleri 07.03.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı' na sunulan hükümet tasarısında Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu' na paralel olarak düzenlenmişti. Yasalaşan metinde ise bazı değişiklikler yapılmıştır. Örneğin, tasarıda tutuklamayı gerektirebilecek tüm suçlarda adli kontrole başvurulabileceğinin öngörülmüş olmasına karşılık, kanunda bu kuruma başvurma üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırılmıştır. Bunun gibi tasarıda on altı ayrı yükümlülük gösterildiği halde, kanunda yükümlülük sayısı dokuza indirilmiştir¹⁷¹. Yine 2001 hükümet tasarısında dokuz adet tutuklama nedeni sayılmıştı¹⁷².

Uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddelerle alkol bağımlılığında arınmak amacıyla hastaneye yatma dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olan ve bunları kabul etme yükümlülüğünün masumiyet karinesiyle çelişen bir tedbir olduğu, yine aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkum edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence verme tedbirinin özel hukuk ilişkilerinin ceza hukuku alanına taşınmasına neden olacağı¹⁷³, yurt dışına çıkarmama tedbirinin demokratik toplumdaki ölçülere uygun biçimde düzenlenmesi gerektiği, bu tedbire kural olarak bir yargılama makamının karar vermesi gerektiği, güvence yükümlülüğünün ise mülga CMUK' daki teminatla salıverme kurumundan farklı olduğu, önceden ödemeyi düzenlediği, böylece muhakeme hukukunun amacı olan işlemlerin sanık kaçmadan yapılabilmesini sağlama amacının arka plana itildiği¹⁷⁴, tutuklama yerine daha hafif önlemlerle amaca ulaşılabilmesinin olumlu olduğu, ancak tutuklama yerine uygulanabilecek tedbirler katalogunu bu kadar ayrıntılı belirlemenin yerinde olmadığı, bu belirlemenin

¹⁷¹ Centel ve Zafer, s. 286

¹⁷² "1. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran olaylar bulunması, 2. Suçun delil, iz, eser ve emarelerinin korunması, 3. Tanıklar ve mağdur üzerinde baskı yapılmasının önlenmesi, 4. Şüpheli ve sanık ile şerikleri arasında kanuna aykırı uzlaşma ve iştiraklerin enlenmesi, 5. Suçun ağırlığı, işlendiği hal ve koşullar veya meydana gelen zararın önemi dolayısıyla fiilin kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnai ve ısrarlı düzensizliğe son vermesi, 6. Şüpheli veya sanığın, kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması, 7. Suça son verilmesi, 8. Suçun yinelenmesine engel olunması, 9. Adli kontrol altına alınmış şüpheli veya sanığın 112. Md.'de gösterilen yükümlülüklerden bilerek kaçması nedeniyle hakkında 115. Md' nin uygulanmasının zorunlu olması.", Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, TBB Yayını, Ankara, 2006, s. 113

¹⁷³ Centel ve Zafer, s. 288

¹⁷⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.772

aynı zamanda sınırlayıcı olduğu ve hakimın teknolojik gelişmelerin yarattığı yeni önlemleri tedbir aracı olarak kullanmasını engelleyeceği, bunun yerine sınırlı sayıda tedbiri yasada gösterip, amaca uygun diğer tedbirleri alma konusunda hakime takdir hakkı tanınmasının daha doğru olacağı¹⁷⁵, CMK' nın 109/3-c bendindeki mesleki uğraşlara ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak yükümlülüğünün suçun yeniden işlenmesini önlemeye yönelik olduğu, 109/3-f ve i bentlerindeki güvence yükümlülüğünün bu haliyle suç mağdurunun haklarını güvence altına almak için tutuklamanın bir şantaj olarak kullanıldığı, ayrıca aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve ödemeye mahkum edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermenin ceza muhakemesiyle bir ilgisinin olmadığı, tutuklama yerine geçecek tedbirlerin neler olacağını belirlerken tutuklama nedenlerinin daima göz önünde bulundurulması gerektiği, 2002 CMUK tasarısının 119. Md.' sinde "kamu düzenini bozma", "suçlara son verme", "suçun yinelenmesini engelleme " hallerine de tutuklama nedeni olarak yer verildiği, taşıt kullanamama, silah bulundurmama, suç mağdurunun haklarını güvenceye alma, aile yükümlülüklerini yerine getirme ve nafakayı ödeme gibi yükümlülüklerin koruma tedbiri olarak nitelendirilmesinin zor olduğu, çünkü bu tedbirlerin muhakemeyi yakın bir tehlikeden korumak suretiyle onun sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini veya hükmün yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla hizmet eden tedbirler olarak değerlendirilemeyeceği, bu tedbirlerin daha çok suçun işlenmesine önleyici, suçtan doğan zararları giderici oldukları ve cezai nitelik taşıdıkları, dolayısıyla adli kontrol tedbiri olarak konulamayacakları¹⁷⁶, adli kontrol tedbirinin kural olarak üst sınırı üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanamamasının özellikle TCK' da düzenlenen suçların üst sınırları dikkate alındığında adli kontrol tedbirinin uygulanma olanağını büyük ölçüde sınırlandırdığı, CMK' nın 100. Md.' sinde açıkça ifade edilen ölçülülük ilkesinin anlamını yitirdiği, 2002 CMUK tasarısının, tüm suçlarda adli kontrolü kabul etmesinin daha yerinde bir düzenleme olduğu¹⁷⁷, CMK 109/3. Md.' de yer alan ve tutuklama sebeplerine bağlı olarak uygulanması öngörüldüğü halde tutuklama tedbiriyle ulaşılmak istenen amaçlarla ilgisi bulunmayan taşıt kullanamamak, gerekirse sürücü belgesini teslim etmek, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerle alkol bağımlılığından arınmak için tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak, silah bulunduramamak ve aile yükümlülükleri ve

¹⁷⁵ Nur Centel, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım, Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsal' e Armağan, İzmir, 2001, s. 514

¹⁷⁶ Koca, Tutuklamada Oranlık, s. 132

¹⁷⁷ Coşkun, s. 87

nafakaya dair güvence vermek tedbirlerinin başka bir başlık altında düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁸.

Öte yandan adli kontrol kapsamında CMK' nın 109. Md.' sinde yer alan yükümlülüklerin, ülkenin sosyal ve ekonomik koşulları, bazı kamu hizmetlerinin görülmesindeki altyapı eksiklikleri dikkate alındığında, uygulamada güçlük çıkaracak bir görüntü yaratmakta olduğu, bu görüntünün, uygulamada hakimler adli kontrol kurumunun uygulanmasından sonuç alınmayacağı düşüncesine kapıldıklarında, bu çağdaş kurumun askıya alınması, adeta ölü doğması sonucunu yaratacağı, adli kontrol kurumu, gerek verilen kararlar, gerek uygulanması ve denetimi ile istenen sonuçları yarattığında, ülkemizde tutuklamanın doğurduğu zararları ortadan kaldıracak nitelikte olduğu da belirtilmiştir¹⁷⁹.

CMK' nın 109. Md.' sinde adli kontrol kararı verilebilmesi için tutuklama nedenlerinin aranacağı belirtilmiş olmasına karşın, adli kontrol tedbiri olarak yasada belirlenen yükümlülüklerin arasında uyuşturucu ve alkol bağımlılığı nedeniyle tedavi olma, aile yükümlülüklerini ya da nafakayı yerine getirme, önceden ödetme gibi tutuklama nedenlerine çok yabancı kavramların bulunduğu görülmektedir. Kanımca bu tip yükümlülükler yasadan çıkarılmalıdır. Bundan başka, ben de adli kontrol tedbirlerinin yurt dışına çıkarmama ve güvence yatırma tedbirlerinde olduğu gibi üst sınır gözetilmeksizin uygulanması gerektiği düşüncesindeyim. Çünkü, maddi olayın niteliğine göre, örneğin; bir kişiden silahını almakla, onun yasada belirtilen kişilere baskı yapması girişiminde bulunması önlenebilecek, dolayısıyla tutuklama nedeni ortadan kalkabilecektir.

F. GÜVENCE GÖSTERME

1. Güvencenin Konusu

CMK' nın 113. Md.' sine göre şüpheli veya sanıktan, bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya altına alınabileceği diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunması ya da sırasıyla katılanın yaptığı masraflar, suçun neden

¹⁷⁸ Metin Feyzioğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 62, Ankara, Ocak-Şubat 2006, s. 56

¹⁷⁹ Erdener Yurtcan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 74; Köksal Bayraktar, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu' nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 32, 2005, s. 2866

olduğu zararların giderilmesi ve eski haline getirme, nafaka borçlarını ödememesi nedeni ile kovuşturuluyorsa nafaka borçları, kamusal giderler ve para cezaları hususlarında güvence vermesi istenebilir. Şüpheli veya sanığı güvence göstermeye zorunlu kılan kararda, güvencenin karşıladığı kısımlar ayrı ayrı gösterilir.

Güvencenin kapsamı konusunda hükümde herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. “Kefaletin neveleri” başlığını taşıyan mülga CMUK 118. Md.’ sine göre; “kefalet gerek para ve gerek devlet esham ve tahvilleri tevdi suretiyle olabileceği gibi nevinin takdir hakimindedir. Hakim, kefaletin miktar ve nevinin takdirinde; suçun niteliğini, sanığın kişisel durumunu ve yargı organlarınca yapılacak işlemlere uyup uymayacağını göz önünde bulundurur”. Ancak madde şüpheli ya da sanığın “parasal durumundan” ve “güvence miktarının yatırılması” ndan söz ettiğine ve 113. Md.’ sinde güvencenin mahsubu esasını getirdiğine göre, güvence genellikle para olacaktır. Öte yandan CMK’ nın 109/3-h bendinde düzenlenen güvencenin “para” olacağı hükümde açıkça belirtilmiş bulunmaktadır¹⁸⁰.

Şüphelinin veya sanığın yabancı olması halinde oturduğu ülkenin parasını karşılık olarak gösterebilmesine karar verilebilmelidir. Bu durumda kararın verildiği tarihteki resmi kur esas alınarak ve buna uygun bir miktarın yatırılması istenecektir. Hakim güvencenin çeşidini ve miktarını ve güvencenin karşıladığı kısımları belirlemede takdir yetkisini kullanırken, sadece kanunda gösterilen ödemelerin yapılmasını değil, şüphelinin veya sanığın kişisel durumunu ve usul işlemlerinde hazır bulunup bulunmayacağını göz önünde tutmalı ve güvenceyi peşin bir tazminat veya para cezası niteliğine dönüştürmemelidir¹⁸¹.

2. Önceden Ödetme

CMK’ nın 114. Md.’ sine göre hakim, mahkeme veya cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanığın rızasıyla güvencenin mağdurun haklarını karşılayan veya nafaka borcuna ilişkin bulunan kısımlarının, istedikleri takdirde, mağdura veya nafaka alacaklılarına verilmesini emredebilir. Soruşturma ve kovuşturmanın konusunu oluşturan olaylar nedeniyle mağdur veya nafaka alacaklısı lehinde bir

¹⁸⁰ Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 291

¹⁸¹ Hacıoğlu, s. 183

yargı kararı verilmiş ise, şüpheli veya sanığın rızası olmasa da ödemenin yapılması emredilebilir¹⁸².

3. Güvencenin Geri Verilmesi

CMK' nın 115. Md.' sine göre, şüpheli veya sanık, güvence alma nedenlerinden birisi olarak tüm adli işlemlere karşılık vermiş, yargılamada bulunmuş, kendisine yüklenen adli yükümlülükler uymuşsa, bu nedenlerle kendisinden alınan güvence miktarı kendisine geri verilecektir. Şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı, sanık hakkında beraate karar verildiğinde, suç mağduruna veya nafaka alacaklısına ödenmemiş olan güvencenin ikinci kısmı, kendilerine iade edilecektir. Sanığın mahkum olması halinde, güvence miktarından sırasıyla, önce katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi, eski hale getirme, şüpheli veya sanık nafaka borçlarını ödemedikleri nedeniyle kovuşturuluyorlarsa nafaka borçları, kamusal giderler, para cezaları ödenecektir. Artan kısım iade edilecektir¹⁸³.

G. ADLİ KONTROL KARARI

1. Adli Kontrol Kararının Verilmesi

a. Soruşturma Evresinde

Soruşturma evresinde adli kontrol kararını sulh ceza hakimi verecektir. Ancak sulh ceza hakimi bu kararı kendiliğinden veremez, cumhuriyet savcılığının istemi üzerine adli kontrol kararı verilebilir. CMK' nın 12. Md.' sine göre davaya bakmak yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine ait olduğundan, soruşturma suçun işlendiği yer cumhuriyet savcılığınca yapılacak olup, adli kontrol kararını vermeye yetkili hakim, suçun işlendiği yer sulh ceza hakimidir.

¹⁸² Yılmaz, s. 61

¹⁸³ Soyaslan, s. 321

b. Kovuşturma Evresinde

Kovuşturma evresinde cumhuriyet savcısının istemde bulunmasına gerek yoktur. CMK' nın 110/3. Md.' sine göre görevli ve yetkili yargı merci tarafından gerekli görülmesi halinde adli kontrol kararı verilecektir. Ancak CMK' nın 33. Md.' sine göre duruşmada verilecek kararların cumhuriyet savcısı, duruşmada hazır bulunan mdafı, vekil ve diğer ilgililer dinlendikten sonra, duruşma dışındaki kararlarınsa cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra verilebileceği göz önünde bulundurulacaktır. Ancak bu düzenleme, mahkemenin ilgili tarafların görüşleriyle bağlı olduğu anlamına gelmemektedir.

c. Adli Kontrol Kararının Gerekeçeli Olması

CMK' nın 34. Md.' sine göre adli kontrol kararı, gerekeçeli olarak yazılmak zorundadır ve kararda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, merci ve şekli de belirtilecektir. Adli kontrol, yukarıda belirttiğimiz gibi, bir hürriyet kısıtlaması sonucu doğurduğundan adli kontrol altına alama kararının iğerdiğini oluşturan yükümlülük veya tedbire hükmeden kararın gerekeğelerinin yeterli olması gerekmektedir. Bu nedenle kararda tutuklama nedenlerinin, yani kaçma veya delilleri karartma şüphesinin ve bu nedenlerin dayandığı somut olguların belirtilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan Anayasa' da düzenlenen ölçülülük ilkesi gereğince de şüpheli veya sanığa yüklenecek yükümlülüğün somut olayda güdülen amaç ile orantılı olması sađlanacaktır¹⁸⁴.

2. Adli Kontrol Kararının Bildirilmesi ve Yoklukta Karar Verilmesi

CMK' nın 110. Md.' sine göre adli kontrole hükmedilebilmesi için istem ve karar yeterli görülmektedir. Dolayısıyla şüpheli veya sanık hazır değilse bile yokluğunda ve savunması alınmadan adli kontrol kararı verilmesi kural olarak mmkndr¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Hacıoğlu, s. 186

¹⁸⁵ Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu, Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 322

CMK' nın 35. md' sinde ilgili tarafın yüzüne karşı verilen kararın kendisine açıklanarak, istemesi halinde bir örneğinin de kendisine verileceği düzenlendiğinden, adli kontrol kararının yüze karşı verilmesi halinde karar şüpheli veya sanığa açıklanarak istemesi halinde karardan bir suret şüpheli veya sanığa verilecektir.

CMK' nın 101. Md.' si uyarınca, tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanma hakkına sahip olup, tutuklama kararı verilmeden önce şüpheli veya sanığın savunması alınmalıdır. Adli kontrol tedbirine ilişkin düzenlemelerde, şüpheli veya sanığa böyle bir imkan tanınmamıştır. Dolayısıyla şüpheli veya sanık hazır değilse yokluğunda ve savunması alınmadan adli kontrol kararı verilmesi mümkündür¹⁸⁶. Adli kontrol kararı verilmeden önce sanığın savunmasının alınması gerektiği ileri sürülebilirse de¹⁸⁷, bu durum, zaten düzenleniş şekli itibarıyla uygulama alanı son derece sınırlı olan adli kontrolün uygulanmasını daha da güçleştirecektir. Sözelimi, kaçma şüphesi bulunan şüpheli hakkında adli kontrol kapsamında yurt dışına çıkmama kararı verilirken, mutlaka hazır bulunmasını ve savunmasının alınmasını aramak tedbirin uygulanmasını zorlaştıracaktır. Kaldı ki, adli kontrol tedbiri, tutuklamaya göre kişi hak ve özgürlüklerine daha az müdahale edilmesine yol açan ve itiraz edilmesi mümkün bir karardır¹⁸⁸.

CMK' nın 109/3 Md.' sinin "h" bendinde mağdurun suçtan doğan zararlarının giderilmesinin güvence altına alınması yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bunun yanında aynı maddenin "i" bendinde düzenlenen, aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkum edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek tedbiri yer almaktadır. Dolayısıyla bu tedbirler açısından işin niteliği gereği sanığın yokluğunda bu bentlerdeki yükümlülüklerle karar verilememesi gerekir¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Yılmaz, s. 59

¹⁸⁷ Koca, Tutuklamada Oranılık, s. 136

¹⁸⁸ Coşkun, s. 89

¹⁸⁹ Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi, s. 383

3. Adli Kontrol Kararının Yerine Getirilmesi

Adli kontrol altına alınan şüpheli veya sanıklarla ilgili olarak, kararda belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin denetim çalışmaları “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü” nce yapılacaktır. 5402 sayılı Kanun’ a göre; adalet komisyonunun bulunduğu yerdeki cumhuriyet başsavcılığına bağlı olarak bir şube müdürlüğü kurulacaktır. Bununla birlikte iş durumu ve coğrafi konum göz önüne alınarak genel müdürlüğün önerisi ve bakanlık onayı ile şube müdürlüğü bulunmayan ilçelerde de denetimli serbestlik ve yardım hizmetlerini yürütmek üzere şube müdürlüğüne bağlı büro kurulabilmesi de mümkündür. Şube müdürlüklerinde bir şube müdürü, bürolarda bir şef, yeterli sayıda psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog, öğretmen, benzeri alanlarda eğitim alan personel ile bu alanda özel hizmet içi eğitim almış diğer unvanlardaki personel ve yönetim hizmetlerini yürütecek görevliler bulunur. Şube müdürlüğüne, denetimli serbestlik, yardım ve koruma hizmetleri için infaz ve koruma memuru atanması veya görevlendirilmesinde bu hizmetlere yönelik en az iki ay süreli hizmet içi eğitimi başarı ile tamamlamış olmaları gereklidir¹⁹⁰.

4. Adli Kontrol Kararına Karşı Kanun yolu

a. İtiraz Edebilecek Kişiler

CMK’ nın 111/2. Md.’ sine göre adli kontrole ilişkin kararlara itiraz edilebilir. CMK’ nın 260/1. Md.’ sine göre de hakim ve mahkeme kararlarına karşı cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, katılan – katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenler dahil – tarafından adli kontrol kararına karşı itiraz edilebilir.

Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişinin açık arzusuna aykırı olmamak kaydıyla adli kontrol kararına itiraz edebilir. Şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi, şüpheli veya sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliğinden başvurabilirler.

¹⁹⁰ Yılmaz, s. 60

Adli kontrol kararına karşı yukarıda belirtilen kişiler kararı öğrendikleri günden itibaren yedi gün içinde kararı veren merciyeye verilecek bir dilekçeyle veya tutanağa geçirilmek koşuluyla zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle itiraz edebilirler. Tutanakla tespit edilen beyanı mahkeme başkanı veya hakimin onaylaması gerekir.

b. İtiraz Makamları

CMK' nın 268. Md.' sine göre adli kontrol kararına itiraz edildiğinde öncelikle kararına itiraz edilen hakim veya mahkeme kararını yeniden gözden geçirerek itirazı yerinde görürse kararını düzeltir, itirazı yerinde görmezse en çok üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan merciyeye gönderir.

Eğer şüpheli soruşturma sırasında adli kontrol altına alınacak olursa, bu kararı sulh ceza hakimi vereceğinden, itiraz mercii bu sulh ceza hakiminin yargı çevresinde bulunduğu asliye ceza mahkemesi, sulh ceza işleri asliye ceza hakimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme merci ağır ceza mahkemesi başkanı olacak, adli kontrol kararı kovuşturma evresinde verilirse sulh ceza mahkemesinin vereceği adli kontrol kararı yukarıda belirttiğimiz usule bağlı olarak ilgili yargı merci tarafından itiraz merci olarak incelenecek, yine kovuşturma evresinde asliye ceza mahkemesi hakimi tarafından verilecek adli kontrol kararının itiraz mercii yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi olacak, Adli kontrol kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde itirazı inceleme merci bir sonraki numaralı ağır ceza mahkemesi, son numaralı daire için birinci daire, adli kontrol kararını veren ağır ceza mahkemesi tek dairesel ise itiraz merci en yakın ağır ceza mahkemesi olacaktır.

c. İtiraz İncelemesi

İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz. Ancak kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, geri bırakılmasına karar verebilir. İtirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir. Mercii, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi, gerek gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir. Kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde cumhuriyet savcısı ve sonra müdafii veya vekil

dinlenir. İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir. Karar mümkün olan en kısa sürede verilir. Mercinin, itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir.

H. ADLİ KONTROLÜN DEVAMININ İNCELENMESİ veya DENETLENMESİ

Adli kontrol bir koruma tedbiri olması nedeniyle geçicidir. Bu tedbirde niteliği itibariyle özgürlüğün kısıtlaması sonucunu doğurduğundan, bu tedbirle ulaşılmak istenen muhakeme hukuku gayesine ulaşıldığında, suçun kovuşturma olanağı bulunmadığında veya muhakeme bir hükümlle sona erdiğinde bu tedbire son verilecektir. Diğer taraftan tutuklama nedenlerine ilişkin kuvvetli şüphe bulunmamtaysa bu tedbire son verilmesi gerekecektir. Bu nedenlerle adli kontrole devamın gerekip gerekmediğinin incelenmesi doğal olarak zorunludur. Adli kontrol kararının uygulanmasının da tutuklamada olduğu gibi, gözden geçirilerek devamının denetlenmesi gerekir. CMK' da bu yönde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Benzer bir düzenleme yapılması uygun olurdu. Adli kontrol koruma tedbirinin uygulanması açısından CMK' da bir üst sınır ve kontrol süresi de düzenlenmemiştir. Ancak, soruşturma evresinde, CMK' nın 110/2 Md.' sindeki düzenlemeyle, cumhuriyet savcısının istemiyle, hakime, adli kontrolün içerdiği yükümlülükleri kısmen veya tamamen değiştirme veya kaldırma yetkisinin verilmesi suretiyle adli kontrol uygulamasının devamının incelenmesi ve denetlenmesi olanağı sağlandığı ileri sürülebilirse de, bu düzenleme hakime kendiliğinden araştırma ve denetleme yetkisi vermemektedir. Diğer taraftan her ne kadar CMK' nın 111. Md.' sinde şüpheli veya sanığın istemi üzerine, cumhuriyet savcısının görüşünü aldıktan sonra, adli kontrol kararının kaldırılmasına hakim veya mahkemece karar verilebileceği düzenlenmişse de, aksi karar da verilebileceğinden, bu düzenleme de adli kontrolün hukuka uygunluğunun ya da gerekliliğinin incelenmesi açısından yeterli bir güvence sağlamamaktadır. Adli kontrol koruma tedbiri tutuklama yerine uygulanabilecek bir tedbir olarak düzenlendiğinden, tutukluluğun incelenmesine ilişkin CMK' nın 108/1 Md.' sindeki hükmün kıyas yoluyla uygulanması suretiyle doğacak sakıncaların giderilmesinin mümkün olduğu, kovuşturma evresinde ise adli kontrol uygulamasının devamına ilişkin denetleme veya incelemenin her oturumda veya oturum arasında

kendiliğinden mahkemece yapılmasına engel bir düzenleme bulunmadığı belirtilmiştir¹⁹¹.

I. ADLİ KONTROLÜN SONA ERMESİ

CMK' da adli kontrol tedbirinin hangi zamana kadar uygulanacağına ilişkin bir düzenleme getirilmemiş, bu hususta bir üst sınır belirtilmemiştir. Bir koruma tedbiri olması nedeniyle adli kontrol "geçici" olup bunu haklı kılan şartlar ortadan kalkınca veya muhakeme bir hüküm ile sona erince adli kontrol tedbirine son vermek gerekir. CMK' nın 111. Md.' nin birinci fıkrasına göre, şüpheli veya sanığın istemi üzerine, cumhuriyet savcısının görüşünü aldıktan sonra hakim veya mahkeme, 110. Md.' nin "Adli kontrol uygulamasında hakim, cumhuriyet savcısının talebi üzerine, şüpheliyi bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koyabilir; kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir veya şüpheliyi bunlardan bazılarını uymaktan geçici olarak muaf tutabilir" şeklindeki ikinci fıkrası hükmünü dikkate alarak, beş gün içinde karar verebilir. Dolayısıyla, şüpheli veya sanığın adli kontrol kararının kaldırılması yönündeki istemini alan hakim veya mahkeme, cumhuriyet savcısının görüşünü de aldıktan sonra, şüpheli veya sanığı bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koyabilir; kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir ya da şüpheli veya sanığı bunlardan bazılarını uymaktan geçici olarak muaf tutabilir¹⁹².

Adli kontrol de her koruma tedbiri gibi geçici olduğundan mutlaka sona erecektir. CMK' da adli kontrolün sona ermesi bakımından çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. CMK' nın 103/3. Md.' sindeki "soruşturma evresinde, cumhuriyet savcısı adli kontrol veya tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa, şüpheliyi resen serbest bırakır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde şüpheli serbest kalır" şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre cumhuriyet savcısının adli kontrolün artık gereksiz olduğu kanısına varması halinde adli kontrol sona erecektir¹⁹³.

Ancak kanımca bu düzenlemeler yeterli güvenlik sağlamamaktadır. Tutuklamada olduğu gibi bir üst sınır belirlenmesinin daha uygun olacağını

¹⁹¹ Hacıoğlu, s. 188

¹⁹² Yılmaz, s. 56

¹⁹³ Hacıoğlu, s. 190

düşünmekteyim. Yoksa zaten üst sınırı 3 yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle yapılan bir soruşturma ya da kovuşturma nedeniyle kişi yıllar süren adli kontrol tedbirlerine tabi tutulabilecektir. Bu durumda herhalde orantılılık ilkesi gereğince ceza muhakemesi hukukumuzda giren adli kontrol tedbirinin kendisi orantılılık ilkesini ihlal edebilecektir.

İ. ADLİ KONTROL YÜKÜMLÜLÜKLERİNE UYMAMANIN SONUCU

CMK' nın 112. Md.' sine göre, "Adli kontrol hükümlerinin isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı merci hemen tutuklama kararı verebilir". Böyle bir tutuklama kararının, tutuklamaya ilişkin hükümlere göre itiraza tabi olacağı kuşkusuzdur. CMK' nın 100/4. Md.' si uyarınca, "sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez." Kanun' un 109. Md.' sinin ikinci fıkrasına göre de "kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de , adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir." 112. Md.' de ise, "adli kontrol tedbiri kapsamında tabi oldukları yükümlülükleri bilerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilecek hapis cezasının süresine bakılmaksızın tutuklama kararı verilebileceği" öngörülmektedir. Kanun' un 112. Md.' sindeki bu düzenlemeyle, tutuklama kararı verilmesi yasak olan suçlarda tutuklama kararı verilmesinin mümkün hale gelmesi gibi bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu, önce sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklamanın haksızlığa neden olacağını kabul ederek, bunlarda tutuklama yasağı getirmiş, daha sonra 112. Md.' si ile bu suçlar bakımından da tutuklama kararı verilmesini mümkün kılan bir düzenlemeye gitmiştir¹⁹⁴.

Şüpheli veya sanık kendisi hakkında verilen adli kontrol kararının içeriğini oluşturan yükümlülüklerle isteyerek uymazsa, hemen tutuklama kararı verilmesi öngörülmüştür. Tedbirlere uymama şüpheli veya sanık için kaçınılmaz veya hukuka uygun bir haklı sebeple doğmuşsa da tutuklama kararı verilip verilmeyeceği konusunda açıklık yoktur. Böyle bir sorunun ortaya çıkması olasılığı vardır. Tutuklamaya karar verecek yetkili merciin bu durumda tutuklama kararı vermemesi

¹⁹⁴ Yılmaz, s. 57

gerekir. Böyle bir karara itiraz mümkündür. Yetkili itiraz merciinin bu durumu gözeterek bir haksızlığa meydan vermemesi gerekir¹⁹⁵.

Kanımca, adli kontrol kurumu incelendiğinde, daha çok ağır olmayan suçlarda şüpheli ya da sanığın tutuklanmaktan korunması, bununla birlikte de muhakemenin yapılabilmesinin sağlanması amaçlarının ön planda olduğu izlenimi doğmaktadır. Bu durumda zaten üst sınırı fazla hapis cezası gerektirmeyen bir suçta da kişinin adli kontrol tedbirlerine uymaması nedeniyle tutuklanması gündeme gelebilecektir. Bu durumda, tutukluluk için CMK 102. Md.' deki süreler söz konusu olacak ve orantılılık ilkesi ihlal edilecektir. Bu nedenle adli kontrol tedbirlerine uymama halinde geçişli bir düzenleme yapılması, öncelikle disiplin hapsi türünde bir ceza verilmesi, yine de tedbirlere uymama durumunda tutuklama kararı verilmesi düşüncesindeyim.

J. ADLİ KONTROL ALTINDA GEÇEN SÜRENİN İNDİRİLMESİ

Adli kontrol kişinin özgürlüklerini kısmen kısıtlayan, kişiyi bazı haklardan yoksun bırakan bir tedbirdir. Bu nedenle adli kontrol altında geçen süre kişi özgürlüğünü sınırlama nedeni sayılarak cezadan indirilemez. Gerçekten adli kontrol altına alınan kimse kendisine yüklenen yükümlülükler uymadığı zaman kendisi hakkında verilen adli kontrol kararı kaldırılarak tutuklanabilir. Bu tutuklama şüpheli veya sanığın yokluğunda verilecektir. Ancak sanık hakim önüne getirildiğinde mutlaka savunması alınmalıdır. Çünkü daha ağır bir tedbirin uygulanması söz konusudur. Yargılama sonunda mahkum olduğunda, tutuklu olarak geçirilen süre mahkumiyet süresinden indirilecektir. Ancak adli kontrol altında geçen süre mahkumiyet süresinden indirilemez. Çünkü şüpheli veya sanık bu süre içinde özgürlüğünden tamamen yoksun bırakılmamıştır. Bu nedenle söz konusu mahkumiyet özgürlükten yoksun bırakmaya eş bir mahkumiyet değildir. Bununla beraber, şüpheli veya sanık alkol veya uyuşturucu bağımlılığından kurtulmak için tedaviye tabi tutulmuş, daha sonra tedavi tedbirlerine uymaması nedeniyle cezaya mahkum olmuşsa, tedavi için hastanede geçirilen süre hapis cezasından indirilecektir. Kanunun böyle bir istisna öngörüşünün nedeni bağımlılıktan kurtulma tedavisinin hastanede de geçirilse özgürlüğü ortadan kaldırmasıdır¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Hacıoğlu, s. 190

¹⁹⁶ Soyaslan, s. 318

İKİNCİ BÖLÜM

ADLİ CEZA MUHALEMESİNDE TUTUKLAMA

I. GENEL OLARAK

Ülkemizde adli ve askeri ceza muhakemesinin bulunması nedeniyle çalışmamızda bu iki farklı alandaki tutuklama kavramlarını ayrı ayrı incelemeyi uygun gördük. Bu başlık altında adli ceza muhakemesinde tutuklamanın şartları, hükümleri, sona ermesi ve haksız tutuklamadan doğan zararların giderilmesi konularını inceleyeceğiz. Yine bu başlık altında konularla ilgili olarak verilen yüksek mahkeme kararlarına, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin AİHS' in 5. Md.' si ile ilgili vermiş olduğu kararlara ve Alman hukukundaki uygulamaya değineceğiz.

II. TUTUKLAMANIN ŞARTLARI

Tutuklamanın şartlarını şekli ve maddi şartlar olarak ikiye ayırabiliriz. Şekli şartları; muhakeme şartının gerçekleşmiş olması, sanığa teminat belgesi verilmemiş olması, hakim kararı bulunması, maddi şartları ise; şüpheli ve sanığın huzurda bulunması, kuvvetli suç şüphesinin varlığı, tutuklama yasağı bulunmaması, tutuklama nedenlerinden birinin bulunması ve ölçülülük başlıkları altında inceleyeceğiz. Ayrıca bu başlık altında sevk tutuklaması konusunu da inceleyeceğiz.

A. TUTUKLAMANIN ŞEKLİ ŞARTLARI

1. Muhakeme Şartının Gerçekleşmiş Olması

Muhakemenin yapılabilmesi şarta bağlıysa, tutuklama için önce bu şartın gerçekleşmiş olması aranmalıdır. Çünkü tutuklama, muhakemenin yapılabilmesi için başvuru olan bir koruma tedbiridir. Şartın gerçekleşmemesi nedeniyle muhakeme yapılamayacaksa, böyle bir tedbire başvurmak da anlamsız ve haksız olur¹.

¹ Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 66

Muhakeme şartları genel olarak; izin, talep, karar ve şikayettir. İzin veya talep Ceza Kanunu' muzun sisteminde adalet bakanı tarafından açığa vurulan ve suç hakkında kamu davası açmaya yetkili savcıya hitap eden bir irade beyanıdır. Ceza Kanunu' muzun 12, 13, 299, 305 ve 306. Md.' lerinde hangi suçlarda izin veya talep gerekeceği belirtilmiştir. Kovuşturulması karar alınmasına bağlı suçların başında ise milletvekili ve parlamento üyesi olmayan bakanların geçici yasama dokunulmazlıklarına giren suçlar gelir. Bu suçlarda Anayasa' nın 83. Md.' sine göre meclis tarafından o milletvekili hakkında dokunulmazlığın kaldırılmasına karar verilmesi gerekir. Ayrıca 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun' a göre de, görev suçu işleyen memurların yargılanabilmeleri için kanunda belirtilen mercilerce izin verilmesi gerekir. Kovuşturma şartlarından olan şikayet ise, suç kurbanının iradesini açıklamasını bekleme sebebine dayanır. Şikayete bağlı suçlarda suç, kamu yararı kadar, belki daha da çok kişi yararına zarar verir². Muhakeme şartlarına, dava süresi, zamanaşımı, af ve akıl hastalığını da ekleyebiliriz.

Alman ceza muhakemesinde genel olarak muhakeme engeli varsa tutuklama kararı verilemez. Ancak bu mutlak değildir. Şikayete bağlı suçlarda tutuklama kararı verilebilir. Ancak bu durumda şikayet hakkı olanlardan en az biri tutuklama kararından derhal haberdar edilir ve şikayet hakkı olanlardan en az birinin hakim tarafından belirlenecek ve bir haftayı geçemeyecek bir süre içinde bu hakkı kullanmaması halinde tutuklama kararının kaldırılması gerekir³.

2. Sanığa Teminat Belgesi Verilmemiş Olması

CMK' nın 246. Md.'si uyarınca “ Mahkeme, gaip olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verebilir ve bu güvence koşullara bağlanabilir. Sanık, hapis cezasıyla mahkum olur veya kaçmak hazırlığında bulunur veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymazsa belgenin hükmü kalmaz”.

Gaip sanık, kaçak durumunda değildir. Hakkında yargılama yapıldığını bilmeyen , bilse de hukuksal ve eylemsel nedenlerle yetkili mahkeme huzuruna

² Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: 1, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 324

³ Karl Peters, Peters Stafprozess, 4. Auflage, Heidelberg, 1985, s. 423

gidemeyen bir sanık söz konusudur. Bu nedenle güvence verilmesi, hakkındaki kovuşturmayı sonuçsuz bırakmak gibi bir amacı olmayan sanığa, devletin verdiği belgeye dayalı bir söz olmaktadır. Mahkemenin verdiği güvence yazılı bir kararla olur. Güvence, bir yerde oturma ya da mağdurun zararını giderme gibi belli koşullara bağlanabilir. Güvence belgesi hangi suç için verilmişse, sanığı o suçu için tutuklanmaktan korur ve suçun niteliği değişse bile tutuklama kararı verilemez. Fakat sanığın işlediği iddia edilen bütün suçlardan tutuklanmaktan kurtaran güvence verilmesi de olanaklıdır. Maddede bu geniş güvenceyi engelleyen bir hükme yer verilmemiştir⁴.

Güvence belgesi, sanığın mahkemeye gelmesi için kabul edilen medeni, insancıl, özgürlükçü koruma tedbirlerinden birisidir. Güvence belgesi, gaip ya da kaçak sanığın ortaya çıkmasını sağlamak amacıyla verilir ve sanığın muhakemede hazır bulunmasını sağlamayı amaçlar. CMK bunu daha çok gaipler için düşünmüştür, ancak kaçaklar hakkında da uygulanabileceğini öngörmüştür. Güvence belgesinin CMK' nın 246. ve 248/7. Md.' sine göre mahkeme tarafından kaçak sanıklar hakkında da verilmesi mümkündür⁵.

Ancak kanun kovuşturma sırasında kaçak sanık için sağladığı bu imkanı soruşturma sırasında şüpheliden esirgemiştir. Amacı bir an önce maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesinde kaçak şüpheliye de aynı olanağı sağlamak gerektiği kanısındayız.

3. Hakim Kararı Bulunması

Anayasa' nın 19/3. ve CMK' nın 101. Md.' sinde tutuklama kararının sadece hakim tarafından verilebileceği düzenlenmiştir. Çünkü tutuklama, kişi özgürlüğüne yönelik en ağır tedbirdir. Ülkemizde tutuklama kararını hakimden başkasının verebildiği dönemler de yaşanmıştır. 26.04.1325 tarihli " Serseri ve Mazannei-şu Eşhas Hakkındaki Kanun" Md. 3 ve 11, 3005 sayılı " Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu" Md. 6, 3780 sayılı " Milli Korunma Kanunu" Md. 68/1, 1567 sayılı " Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu" Md. 4, 4654 sayılı " Memleket İçi

⁴ Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Cem Ofset, Ankara, 2005, s. 1114

⁵ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 524

Düşmana Karşı Silahla Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu” Md. 11, 4656 sayılı “ Şehir ve Kasabaların Lüzumu Halinde Seyrekleştirilmesi ve Tahliyesi Hakkında Kanun” Md. 10 cumhuriyet savcılarına; 1631 sayılı “ Askeri Muhakeme Usulü Kanunu” Md. 104 asker kişiler için adli amire, 04.02.1329 tarihli “ Memurin Muhakematı Kanunu “ Md. 16 memur için idari mercilere, 4237 sayılı “ Fevkalade Hallerde Haksız Olarak Mal İktisap Edenler Hakkındaki Kanun” Md. 8, hakim onayıyla tahkik memuruna tutuklama kararı alma yetkisi vermektedir. Bu kuralların tümü yasa değişikliği veya Anayasa Mahkemesi kararıyla yürürlükten kalkmıştır⁶ .

B. TUTUKLAMANIN MADDİ ŞARTLARI

Tutuklamanın maddi şartlarından şüpheli veya sanığın huzurda bulunması, tutuklama yasağı bulunmaması, kuvvetli suç şüphesi bulunması, tutuklama nedenlerinin bulunması, oranlılık ilkesinin bulunmasını anlıyoruz.

Alman ceza muhakemesinde de tutuklama nedenleri genel olarak CMK’ ya paralellik arz etmektedir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’ nun 112. Md.’ sine göre, kuvvetli suç şüphesinin bulunması halinde, eğer bir tutuklama nedeni de varsa, -ki bunlar kaçma ve delilleri karartma halleridir- tutuklama kararı verilebilmektedir. Ayrıca bu maddede belirtilen bazı ağır suçların (katalog suçlar) işlenmesi halinde de tutuklama kararı verilebilmektedir. Alman ceza muhakemesinde bizim muhakeme hukukumuzda yabancı bir nedenle, suçun tekrarlanması tehlikesi nedeniyle de tutuklama kararı verilebilir. Ancak olayın önemi, verilmesi beklenen ceza ve oranlılık ilkesine aykırı olması halinde tutuklama kararı verilemez⁷. Tutuklama nedenlerine, 1997 yılında Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’ na eklenen duruşma tutuklamasını da ekleyebiliriz⁸. Gençlik ceza muhakemesindeyse, tutuklama nedenleri kural olarak aynı olmakla beraber eğer bazı tedbirlerle tutuklamanın amacına ulaşılabilirse, -ki bunlar; hakim önünde ikna edici söz verme, belirli yerlere başvurma yükümlülüğü, güvenilir bir kişiyle düzenli olarak bir araya gelme gibi tedbirlerdir- tutuklama kararı verilemez⁹.

⁶ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 69

⁷ Klaus Volk, Strafprozessrecht, 3. Auflage, München, 2002, s. 47

⁸ Heiko Hartmut Lesch, Strafprozessrecht, Berlin, 1999, s. 164

⁹ Peter- Alexis Albrecht, Jugendstrafrecht, München, 1987, s. 195

1. Şüpheli ve Sanığın Huzurda Bulunması

CMK' nın tutuklama koruma tedbiri bakımından getirdiği en önemli yeniliklerden biri giyabi tutuklama kararına yer vermemiş olmasıdır. Bu nedenle yeni kanunda tutuklama müzekkeresi kavramına yer verilmemiştir. Giyabi tutuklama kararı verilmesi usulü tartışılabilir. Gerçekten pratik bir gereksinimi karşıladığı kuşkusuzdur. Bununla birlikte uygulamada tutuklama kararlarının kolaylıkla verilebildiği göz önünde bulundurulduğunda, hakimin hiç görmediği bir kişi hakkında tümüyle dosya üstünden tutuklama gibi kişi özgürlüğü ve güvenliği yönünden çok ağır sonuçlar doğuran bir karar vermesinin önlenmesi çok sorun çıkarmayacaktır. Kaldı ki, onun yerine kullanılabilir başka bir olanak daha vardır. Gerçekten bu durumda CMK' nın 98. Md.' sine göre hakim tarafından yakalama emri verilebilir. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun' un 5. Md.' sine göre “ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükte iken verilmiş giyabi tutuklama kararları Ceza Muhakemesi Kanunu' nun yürürlüğe girmesiyle 248. Md.' sinin yabancı ülkede bulunan kaçaklarla ilgili beşinci fıkrası hükmü ayrı kalmak üzere yakalama emri niteliğine dönüşür. Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 248. Md.'sinin beşinci fıkrası hükmü sadece yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında uygulanır”¹⁰.

Ancak belirtmeliyiz ki, CMK' nın 248/5. Md.' si, kanunun giyabi tutuklamayı kaldırmış ve yerine yakalama emrini getirmiş olmasıyla çelişmektedir. Çelişki de yasama tekniğine aykırı bir biçimde 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun' un 5. Md.' siyle giderilmiştir. 5320 SK' nın 5/2. Md.' si uyarınca, CMK' nın 248/5. Md.' si yalnızca yurt dışında bulunan kaçaklar hakkında uygulanacaktır. Burada amaçlanan, uluslararası iade antlaşmaları açısından yakalama emrinin yetersiz kalabileceği endişesi karşısında, yurt dışındaki kaçaklar hakkında tutuklama kararı verilebilmesini sağlamaktır. Ancak 5320 SK' nın bir geçiş dönemi kanunu olması gerekirken, CMK' nın ayrılmaz bir parçası haline getirilmesi hangi konunun nerede düzenlendiğinin saptanmasını zorlaştırmaktadır. Yapılması gereken 5320 SK' nın 5/2. Md.' sini, CMK' nın 248/5. Md.' sine ilave etmekten ibarettir¹¹.

¹⁰ Veli Özer Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 357

¹¹ Metin Feyzioğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, <http://www.law.ankara.edu.tr/yazicidostu.php?yad=1340>, Erişim Tarihi: 06.09.2005

2. Tutuklama Yasağı Bulunmaması

CMK' nın 100/4. Md.' sine göre " sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez". 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu' nun 21. Md.' sinde de " Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez " hükmü bulunmaktadır.

Hakim, tutuklama kararı vermeden önce, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun cezasına bakacak, öngörülen sınırın altında olduğunu saptaması halinde tutuklama kararı vermemesi gerekecektir. Bu durumda diğer koşulların oluşup oluşmadığının araştırılmaması gerekir. Buna karşılık, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun cezasının sınırın üzerinde olduğunu belirlemesi halinde ise, tutuklamanın mümkün olduğunu gözeterek, diğer koşul ve nedenlerin bulunup bulunmadığına bakması gerekecektir¹². İşlenen suçun özellikleri ve cezanın üst sınırıyla ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler göz önünde bulundurulmalıdır¹³. Üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlarda tutuklama yasağı varken, bu üst sürenin 5353 SK ile bir yıla indirilmesinin kapsamı çok daralttığı ve anlamını azalttığı nedenleriyle eleştirilmektedir¹⁴. Ceza Kanunu incelendiğinde, üst sınırı bir yılın altında olan suçların genelde, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, taksirli iflas, usulsüz ölü gömülmesi gibi basit nitelikli suçlar olduğu görülmekle birlikte, reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel taciz, tehdit, konut dokunulmazlığını ihlal, iş ve çalışma hürriyetini ihlal, güveni kötüye kullanma, suçu ve suçluyu övme, halkı kanunlara uymamaya tahrik, türklüğü, cumhuriyeti, devletin organlarını aşağılama gibi genel tutuklama nedenlerinin bulunabileceği suçların üst sınırının iki yılın altında olduğu görülmektedir. Dolayısıyla üst sınırı bir yılın altında hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama yasağı bulunması bize makul görünmektedir. Kanun maddesinde hapis cezası ile birlikte adli para cezasına da yer verilmiş olabilir. Bu halde, hapis cezasının üst sınırı incelenerek yasal koşulun oluşup oluşmadığı saptanacaktır.

¹² Yaşar, s. 461

¹³ İsmail Malkoç ve Mert Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005, s. 283

¹⁴ Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi, s. 350

Alman ceza muhakemesinde, eylemin 6 aya kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza gerektirmesi ya da 180 güne kadar para cezasını gerektirmesi halinde karartma tehlikesi nedeniyle tutuklama kararı verilemez. Kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklama kararı verilebilmesi içinse, sanığın daha önce en az bir kez kaçması ya da kaçma hazırlığında bulunması, sabit ikametgahının bulunmaması ya da kimliğini ispat edememesi gerekir¹⁵. Ayrıca şahsi davalık suçlarda tutuklama kararı verilemez¹⁶.

3. Kuvvetli Suç Şüphesi Bulunması

Şüpheliyi basit şüphe, yoğun şüphe ve yeterli şüphe olmak üzere üçe ayırabiliriz. Basit şüphe, dayandığı deliller basit, yetersiz ve/ veya sayıca az olan şüphedir. Soruşturmaya başlanabilmesi için belli ve yaşanmış somut olayların en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyması gerekir. Eldeki deliller sayıca az değil ve/ veya delil kuvveti yeterli veya kuvvetli ise yoğun şüpheden söz edilir. Yoğun şüphe, yeterli ve kuvvetli şüphe olmak üzere ikiye ayrılmalıdır. Koruma tedbirlerinde kuvvetli şüphenin aranması gerekir. Bu ifade özellikle yakalama, tutuklama, zorla getirme gibi koruma tedbirleri söz konusu olduğunda doğrudur¹⁷.

Şüpheli veya sanığın suçu işlediği konusundaki basit ve olguya dayanmayan soyut şüphe tutuklama kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Bu açıdan tutuklama kararı verilebilmesi için tutuklamanın talep edildiği andaki delillere göre kişinin fail veya suç ortağı olarak bir suçu işlediği konusundaki olasılık büyük olmalıdır. Öyle ki, burada kamu davası açılması için aranandan daha kuvvetli bir şüphe aranmalıdır. Dikkat edilmelidir ki, tutuklama kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran çok ağır bir önlem olduğundan, kamu davasının açılması için bile yeterli şüpheli yeterli gören yasa koyucu burada kuvvetli şüphe aramıştır¹⁸. Ceza muhakemesinin başında kuvvetli görünen suç şüphesi nedenlerinin, ceza muhakemesi sürecinde güçlendirilmemeleri halinde sonraki aşamalarda kuvvetli suç şüphesine işaret etmeyebilecekleri unutulmamalıdır¹⁹.

¹⁵ Peters, s. 421

¹⁶ Peters, s. 423

¹⁷ Öztürk ve Erdem, s. 485

¹⁸ Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 262

¹⁹ Peters, s. 420

Doğaldır ki, suç işlendiği konusundaki bu kuvvetli şüphe, yasada yer alan , hukuka aykırı, kusurlu ve belli bir eyleme ilişkin olmalıdır. Tutuklananın fail olup olmadığını ya da ortada bir suç bulunup bulunmadığını araştırmak için tutuklamaya başvurmamalıdır. Nitekim Yargıtay eşinin ve kendisinin isminin bulunmadığı seçim listesine kaydolunmak üzere ilçe seçim kuruluna dilekçe veren kişinin iki ayrı dilekçe istenmesi üzerine bu dilekçeyi henüz işleme konulmadan yırtıp atması eylemini seçim suçu sayarak dilekçe vermek isteyen kişiyi tutuklayan hakim hakkındaki mahkumiyet hükmünü, bu olayın suç teşkil etmediğini hakim önceden bildiği gerekçesiyle yerinde bulmuştur²⁰.

Kuvvetli suç şüphesi, söz konusu kişinin suçu işlemiş olduğu konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin var olması durumudur. AİHM, özgürlükten yoksun bırakmaya yol açan şüphede dürüstlük ve iyiniyet ilkelerinin aranmasının şüphenin makul olmasında ayrılmaz bir parça olduğunu belirterek, şüphenin makul olmasını, şüphelenilen kişi ile suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişkinin olmasına bağlamış, söz konusu kişiyi doğrudan suçla ilişkilendirecek eylemlere ait kanıt, belge veya bu tür adli bulguların olması gerekliliğini vurguladıktan sonra, suç işlendiğine gösterge olarak ne kadar güvenilir olursa olsun duygu, içgüdü, varsayım ya da önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyetin gerçekleştirilmesini , örneğin; kişinin geçmişte benzer suç işlemiş olmasını şüphe için yeterli olmadığından, hukuka uygun olmadığına karar vermiştir²¹. Yine AİHM, 30.08.1990 tarihinde verdiği Fox, Campbell ve Hartley / Birleşik Krallık kararında “şikayetçilerin sırf IRA’ ya mensup teröristler oldukları kuşkusuyla yakalanmış ve tutuklanmış olmalarının, yeterli bilgi ve olayların yokluğunda bir suç işlemiş olma kuşkusununun makul bir gereksinimi oluşturmayacağı” sonucuna ulaşarak makul nedenlerin nasıl anlaşılması gerektiğine ışık tutmuştur²². Kuvvetli suç şüphesi, olguların, objektif olarak kişinin cezalandırılabilir bir eylemi gerçekleştirdiğini ortaya koymasını gerektirir. Eldeki bilgiler yalnızca güvenilir olmayan tek bir kaynağa dayanıyorsa, tutuklama için daha fazla kanıt ortaya konulmalıdır. Öte yandan, kuvvetli suç şüphesi olayın tamamen ortaya çıkarılmış

²⁰ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 40

²¹ Malkoç ve Yüksektepe, s. 280

²² Fatih Selami Mahmutoğlu, İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 163

olmasını da gerektirmez. Doğaldır ki, kuvvetli suç şüphesi kanıt olmadan yasal karinelere de dayandırılmaz²³.

Kanımca, günümüzde teknolojinin ulaştığı seviye göz önünde bulundurulduğunda, özellikle teknoloji kullanılmak suretiyle sonuca ulaşılabilecek suçlarda bu tip deliller henüz ortaya konulmayan eylemlerde, şüpheli ya da sanığın ileride beraat etme olasılığı dikkate alınarak, tutuklama kararı verme konusunda daha da dikkatli olunmalıdır. Bu bağlamda eylemin niteliğine göre DNA analizi, kimyasal sonuç raporu, balistik muayene sonucu vb. deliller ortaya konulmadan tutuklama kararı verilmemelidir.

4. Tutuklama Nedenlerinden Birinin Bulunması

Uygulamada, bu tutuklama nedenlerinin var olup olmadığı her zaman ciddi bir araştırma konusu yapılmamakta ve kolayca tutuklama kararları verilebilmektedir. Tutuklama kararlarının gerekçesiz olması bu uygulamayı daha da vahim hale sokmaktadır. Bu nedenle yeni CMK, tutuklama kararları dahil tüm hakim ve mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını hüküm altına almıştır. Aslında bu aynı zamanda anayasal bir sorumluluktur²⁴. CMK' nın 100/2 . Md.' sinde temel olarak iki başlık altında tutuklama nedenleri düzenlenmiştir, bunlar ; şüpheli veya sanığın kaçma şüphesi ve bazı davranışlarıdır. Yine CMK' nın 100/3. Md.' sinde de, bazı suçların işlenmesi halinde (katalog suçlar) yasal karine olarak tutuklama nedeni öngörülmüştür.

AİHM, 10.11.1969 tarihli Matznetter/ Avusturya kararında olayın özel şartları içinde, "tekrar suç işleminin önlenmesi" gerekçesi ile tutuklamayı haklı bir neden olarak kabul etmiştir. Buna göre, sanığın cezalandırılabilir faaliyetlerini çok uzun bir süreden beri devam ettirmesi, mağdurların uğradığı kayıpların büyüklüğü, sanığın suçu yeniden işleyebileceği hususunda haklı bir kaygı yaratabilir. Burada çok ciddi bir suçu işlediğinden makul kuşku duyulan sanığın, diğer özel koşullarla birlikte, yargılama sırasında tutukluluğunun devamına karar verilebileceğini ima etmiştir²⁵.

²³ Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, München, 2005, § 21/17-18

²⁴ Öztürk ve Erdem, s. 515

²⁵ Malkoç ve Yüksektepe, s. 281

Tutuklama bir muhakeme hukuku kurumudur ve ancak onun amacına uygun nedenlerle yapılabilirdir. Bununla beraber tutuklamaya her zaman bu nedenle yer verilmediğini gösteren pek çok durum vardır. Halkın heyecanını yatıştırmak, devletin otoritesini göstermek ya da yeni bir suç işlenmesini önlemek amacıyla tutuklamaya zaman zaman hukuk sistemlerinde izin verilmiştir. Oysa tutuklama bir tedbirdir ve başvurulmasındaki amaç, muhakemenin esenlikle yürümesini sağlamaktır. Bu nedenle suçların nitelik ve ağırlığı tutuklama kararı alınmasında doğrudan doğruya bir sebep olamaz. Ancak suçların ağırlığı, beklenen cezanın fazlalığı, ancak kaçma karinesi doğurması halinde tutuklamayı haklı gösterebilir²⁶.

AİHS' in 5/1-c Md.' sinde tutuklama nedenleri CMK' dan daha geniş bir biçimde suç işlenmesine engel olmayı da kapsayacak şekilde belirtilmiştir. İleride suç işlenmesinin engellenmesi amacıyla da tutuklamaya izin verecek bir yasal düzenleme yapılması Sözleşme' ye aykırı olmayacaktır. Ancak kanımca suç işlenmesinin engellenmesi bir kolluk sorunudur ve ceza muhakemesinin amaçlarıyla bir ilgisi yoktur.

Şimdi başlıklar halinde tutuklama nedenlerini inceleyeceğiz.

**a. Şüpheli veya Sanığın Kaçması,
Saklanması veya Kaçacağı Şüphesini
Uyandıran Somut Olguların Bulunması**

Kaçma şüphesi yeterli olmayıp, bu şüpheyi uyandıracak olgular gereklidir. Özellikle şüphelinin ilk yakalanışının zor olması ve soruşturma konusunu oluşturan suçun sonuçları ile sonrasında katlanması gereken zararların ağır oluşunun kaçma şüphesini uyandıran olgular olduğu belirtilmiştir²⁷. Ancak kanımca şüpheli ya da sanığın ilk yakalanışının zor olması, başlı başına kaçma şüphesi uyandıran bir olgu olarak kabul edilmemelidir. Çünkü şüpheli ya da sanık bu duruma elinde olmayan nedenlerle düşmüş olabileceği gibi, bu durumdan habersiz dahi olabilir.

CMK' nın 244. Md.' sinde gaip; " bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun

²⁶ Ayhan Köksal, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Tutuklama, İÜHFİM, Cilt: 30, Sayı: 1-2, İstanbul, 1964, s. 100

²⁷ Malkoç ve Yüksektepe, s. 282

bulunmayan sanık “ olarak tarif edilmiştir. CMK’ nın 247. Md.’ sinde ise kaçak; “hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişi “ olarak tarif edilmiştir.

Kaçma kavramı, sanığın sadece uzak bir yere ya da yabancı bir ülkeye gitmesi durumu değildir. Kendisini saklı tutan ya da kendisini saklamak amacıyla oturduğu yeri değiştiren kişi de bu kavrama dahildir²⁸. Kaçak sanık , gaip sanıkla karıştırılmamalıdır. Gaiplik durumunda kural olarak kendisine ulaşılamayan bir sanık söz konusudur. Öyle ki, sanık, hakkında muhakeme yapılmakta olduğunu bile bilemeyebilir. Kendisine ulaşılamayacak şekilde ikametgahını terk eden ve başka bir ikametgah edinmeyen veya en azından tebligatın emin bir şekilde yapılmasına imkan verecek sabit bir adresi bulunmayan kişi kaçaktır. Bulunduğu yeri, muhakemeyi sonuçsuz bırakmak maksadı ile sürekli değiştiren sanık kaçaktır. Buna karşılık, muhakemeyi sonuçsuz bırakma amacı olmaksızın seyahate çıkan kişi kaçak değildir. Bir ülkede yetkili makamlara bildirimde bulunmadan veya yanlış bir isim ile yaşayan kişi kaçaktır. Sanığın kaçma hazırlıkları yapması, örneğin sahte bir kimlikle ev kiralaması, devlet sınırının yakınlığı, sanığın derin suskunluğu, sahte pasaport temin etmesi, yanında büyük paraları nakit olarak bulundurması veya yurt dışına herhangi bir şekilde çıkarmaya çalışması, terör veya uyuşturucu kaçakçılığı gibi suçları işlemiş olması, onun kaçacağını gösteren belirtiler olarak değerlendirilmelidir. Sanığın, önce muhakemeden kurtulmak için kaçmış ve fakat daha sonra gelip katılmak istediğini bildirmiş olması halinde “sanığın daha önce kaçmış olduğu” gerekçesi ile tutuklanmasının mümkün olmaması gerekir. Muhakemeye gelen sanığın yeniden kaçacağına ilişkin şüpheleri uyandıracak olgular tespit edilecek olursa, ancak o zaman tutuklama mümkün olmalıdır²⁹.

Sanığın öldürülmesi tehlikesi varsa, onun hayatını kurtarmanın sonuç olarak ceza yargılamasının yapılabilmesini mümkün kıldığından Anayasa ve CMK’ da bu durum bir tutuklama nedeni olarak sayılmamasına rağmen sanığın tutuklanabileceği³⁰ şeklindeki görüşe ise, tutuklama sebeplerinin yasada sınırlı olarak sayılmış olması ve bu şekilde genişletici bir yoruma kapı açılırsa, tutuklama

²⁸ Faruk Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayınevi, Ankara, 1986, s. 444

²⁹ Bahri Öztürk, Tutuklama Sebepleri, Manisa Barosu Dergisi, Sayı: 24, Manisa, Ocak 1988, s. 2

³⁰ Mustafa Avcı, Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005, s. 78

nedenlerinin çok genişletilebileceği nedenleriyle katılmamaktayız. Kaldı ki, tehdit altında olan bir sanığın korunması görevi mahkemeye değil, idareye dolayısıyla kolluk gücüne sorumluluk yükleyen bir durumdur.

Sanığın kendisini, örneğin; uyuşturucu almak suretiyle muhakemeden kurtarmak amacı gütmesi halindeyse, kaçma şüphesi bulunduğunu kabul etmek gerekir³¹. Ancak intihar teşebbüsü halinde kaçma şüphesi bulunduğundan bahisle tutuklama kararı verilmemelidir³².

Kaçma şüphesinin değerlendirilmesinde, somut olayda durum takdir edilerek suçlunun kendisini ceza muhakemesinden kurtarmaya çalışıp çalışmadığı ortaya konulmalıdır. Bu değerlendirme, yalın tahminlerle değil, objektif bir gözlemcinin de belirli ve olayla ilgili veriler ışığında böyle bir tehlike görüp görmediğine göre yapılmalıdır. Kaçma şüphesi değerlendirilirken, suçlanmanın ağırlığı ve somut olayda verilmesi beklenen ceza birlikte düşünülmeli, suçlunun aleyhine olan delilleri bilip bilmediği ya da ne kadarını bildiği, suçlunun önceki yaşamı, maddi durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Uygulamada ne yazık ki sadece verilmesi beklenen cezayla, kaçma şüphesi bağlantılı düşünülerek tutuklama kararı verilmektedir³³. Kaçma şüphesinin kabulünde, göze çaracak nitelikte ikamet ve iş değişikliği, yanlış isim ve belgelerin kullanımı, önceki yargılamalarda kaçmış olma, istikrarsız kişilik, şans oyunlarına eğilim, madde kötüye kullanımı, sıkı aile ve iş bağlarının eksikliği, belirli bir ikamet olmaması kriterleri göz önünde bulundurulabilir. Yaşlılık, sağlık durumunun kötülüğü gibi durumlar varsa bu hallerin de kaçma olasılığını azalttığı göz önünde bulundurulmalıdır³⁴. Yurt dışıyla sıkı bağlar ve yurt dışında mal varlığı gibi durumlarda da kaçma şüphesi kabul edilebilir. Alman ceza muhakemesinde tutuklama emirlerinin % 80' i kaçma şüphesi nedeniyle düzenlenmektedir³⁵.

Kanımca, kaçma şüphesinin değerlendirilmesinde gerçek somut durum dikkate alınmalı, varsayımlarla hareket edilmemelidir. Yüklenen suçun cezasının ağırlığı başlı başına değil, fakat tüm diğer belirttiğimiz kriterler birlikte düşünülerek kaçma şüphesinin varlığı değerlendirilmelidir.

³¹ Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 20. Auflage, München, 1987, s. 186

³² Lesch, s. 162

³³ Werner Beulke, Strafprozessrecht, 6. Neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2002, s. 108

³⁴ Lesch, s. 164

³⁵ Urs Kindhauser, Strafprozessrecht, 1. Auflage, Bonn, 2006, s. 116

Alman ceza muhakemesinde özellikle belirli ikametgahı bulunmayan sanıklarla, yabancılar düşünülerek, muhakemeden uzak kalma ihtimali bulunan suç faillerinin kovuşturma sırasında bir haftaya kadar tutuklanabilmesi imkanı da getirilmiştir (StPO Art. 127/ b-2). Yine bu halde de kuvvetli suç şüphesi aranacaktır. Muhakemeden uzak kalma ihtimalinin değerlendirilmesinde kaçma şüphesine göre daha düşük bir derece aranacak, ancak uzak kalma ihtimalinin somut olaylarla desteklenmesi gerekecektir³⁶.

AİHM' e göre de, sanığın kaçma tehlikesi içinde olduğuna sadece işlenen suçun karşılığı olarak beklenen cezanın ağırlığı ile karar verilemez. Böyle bir tehlikenin var olup olmadığının belirlenmesinde bütün faktörler ve özellikle sanığın karakteri, evi, mesleği, malları, aile çevresine ilişkin bütün bilgiler ve yargılanacağı ülke ile olan bağlarının derecesi de göz önüne alınmalıdır³⁷. Ayrıca AİHS' in 5/c Md. 'sinde kaçma şüphesi tutuklama nedeni olarak belirtilmekle birlikte, "sanığın bir suç işleme şüphesi altında olması" da, bir ön şart olarak değil, ayrı bir tutuklama nedeni olarak belirtilmiştir. Bu bakımdan, tutuklamayı daha ağır şartlara bağlayan kanunumuzun sisteminin sanık için daha güvenceli olduğu şüphesizdir³⁸.

b. Sanığın Davranışları

Şüpheli ya da sanığın davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu hususlarda da kuvvetli şüphe varsa bir tutuklama nedeni varsayılabilecektir.

(1) Delilleri Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme

Delilleri karartma tehlikesi nedeni ile tutuklamaya başvurulabilmesinin, devletin, arama, el koyma, tanık ve bilirkişileri erken dinleme gibi başka yollarla, sanığın delilleri etkilemesini engelleyeceği ya da, medeni muhakemede büyük maddi değerler söz konusu olduğu halde, delillerin karartılmasını önlemek amacı ile tutuklama yoluna başvurulmaksızın da muhakemenin yürütülebildiği gerekçeleriyle

³⁶ Lesch, s. 164

³⁷ Burhan Kuzu, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma, Prof.Dr. Vecdi Aral' a Armağan, Kocaeli, 2001, s. 195

³⁸ Timur Demirbaş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 3, İzmir, 1996, s. 22

eleştirildiği görülmektedir. Ancak, bu eleştiriler delilleri karartma tehlikesi nedeni ile tutuklamaya başvurulabilmesinin yasalardan çıkarılması sonucunu doğurmamıştır. Sanığın salt susma hakkını kullanması da delilleri karartma tehlikesinin gerekçesi olmamalıdır. Ancak, sanığın susmasının ya da savcının istediği biçimde ikrarda bulunmamasının uygulamada delilleri karartma tehlikesinin asıl dayanağı olduğu belirtilmektedir. Sanığın daha önce delilleri karartma yoluna başvurmuş olması da, hatta hakkında yalan tanıklıktan dava açılmış bile olsa, gelecekte delilleri karartmak isteyeceği karinesi yaratmamalıdır. Ancak somut olayların delilleri karartma tehlikesini ortaya koyabileceği unutulmamalıdır³⁹.

Delillerin karartılması tehlikesinden söz edebilmek için sanığın davranışlarından ileride delilleri karartıcı nitelikte hareketler yapabileceği konusunda kuvvetli bir şüphe doğmalı ve bunun sonucu olarak da maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının güçleşmesi tehlikesi ortaya çıkmalıdır⁴⁰.

Uygulamada delillerin karartılması nedeni ile tutuklamaya itiraz edilmiştir. Adaletin, sanığın delilleri değiştirmesi ile işlemez hale gelmeyeceği, devletin elindeki kuvvetle sanığın zarar verici çabalarını önleyebileceği ileri sürülmüştür. Kaldı ki, delilleri sanığın değiştirmesi şart değildir. Akrabaları, yakınları tarafından da aynı karartma faaliyeti yapılabilir. Ancak bu itirazların pek bir önemi olmaması gerekir. Çünkü hiç kimse suç delillerini suçu işleyen kadar iyi bilemez ve onların değiştirilmesinde sanık kadar başarılı olamaz. Deliller adaletin gerçekleşmesinde araçtır. Delillerin değişmesi adaletin yerine gelmesinin gerçekleşmemesine ya da gecikmesine neden olabilir. Bununla beraber bu tutuklama nedeni kötüye kullanılmaya oldukça uygundur. Çünkü her suç için delillerin değiştirilmesi ya da yok edilmesi olasılığı vardır⁴¹. Olayın aydınlandığı, delillerin güvence altına alındığı veya zaten karartıldığı durumlarda karartma tehlikesi bulunmadığından tutuklama yoluna gidilmemelidir⁴².

Kanımca bu tutuklama nedenine dayanılarak tutuklama kararı verilebilmesi için yok edilecek, gizlenecek ya da değiştirilecek delillerin muhakemenin gidişini etkileyecek olan deliller olması gerekir. Örneğin; bir evrakta sahtecilik suçlamasıyla

³⁹ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 50

⁴⁰ Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993, s.164

⁴¹ Köksal, s. 99

⁴² Avcı, s. 78

ilgili soruşturma sırasında söz konusu belgeyi yok etme çabası bu kapsamdadır. Ancak soruşturma konusuyla hiç ilgisi olmayan delil niteliği taşımayan bir belgenin yok edilmeye çalışılması halinde bu tutuklama nedenine dayanılarak tutuklama kararı verilmemelidir.

Alman ceza muhakemesinde de delillerin karartılması bir tutuklama nedenidir. Bunun için sanığın davranışlarının delil araçları üstünde somut ve gayrimeşru bir şekilde soruşturmanın engellenmesi amacına yönelik olması gerekir. Deliller, örneğin hakim tanıkları dinlemesi suretiyle güvence altına alınmışsa, artık delillerin karartılması nedeniyle tutuklama kararı verilemez⁴³. Ayrıca salt henüz soruşturmanın devam etmesi, bu nedenle delilleri karartma şüphesi olduğu gibi bir tutuklama gerekçesi kabul edilemez⁴⁴.

(2) Tanık, Mağdur veya Başkaları Üzerinde Baskı Yapılması Girişiminde Bulunma

CMK' nın 100/2-b,2. Md.' sinde bu tutuklama nedeni düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında tanık ve mağdur dışında bu gruba, mütalaası, delilleri değerlendirme vasıtası olan bilirkişileri de katabiliriz. Bu kişilerin, tutuklamaya karar verileceği anda şerik, tanık veya bilirkişi olmaları şart değildir. Sanığın, ileride bu kişilerin, o davada, söz konusu sıfatlardan birisi ile yer alacağını tahmin etmesi yeterlidir. Ancak, karartma şüphesinin bulunduğunu kabul edebilmek için, söz konusu kişilere meşru olmayan biçimde etkide bulunulması şarttır. Nitekim, mülga CMUK' a kaynak Alman CMUK Md. 112/II-3-b' de de, şerik, tanık veya bilirkişileri dürüst olmayan biçimde etki altına alma kuvvetli şüphesinden söz edilmektedir. Söz gelimi, bu kişileri yanıltarak, korkutarak veya bir çıkar sağlayarak yanlış ya da yalan beyana yöneltmek bu maddeye girmektedir. Buna karşılık, tanıklara, sadece olay hakkında ne bildiklerini sormak veya tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlara, bu haklarını kullanmalarını rica etmek, onlara baskı yapılmadığı sürece delilleri karartma sayılmamalıdır⁴⁵.

⁴³ Gerhard Schafer, Die Praxis Des Strafverfahrens, 4. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz, 1986, s. 207

⁴⁴ Gerd Pfeiffer, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Auflage, München, 1993, s. 479

⁴⁵ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 50

Kanımca başkaları deyimi; vekil, savcı, hakim gibi yargı görevi yapanları, sahip olduğu bir bilgi vb.' yi bilirkişi, savcılık ya da mahkemeye ileterek soruşturma ya da kovuşturmanın gidişini etkileyebilecek olan kişileri de kapsar. Dolayısıyla şüphelinin ya da sanığın, mağdurun vekiline baskı yaparak bir tanığın dinlenmesinden vazgeçilmesini istemesi, ya da aracı kullanarak hakimin kendisi hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulamaması halinde siyasi bağlantılarını kullanarak tayinini çıkaracağı şeklinde bir davranış tutuklama nedeni olabilecektir.

Bu nedenle tutuklama kararı verilebilmesi için, yalnızca böyle bir olasılığın yeterli olmayıp, baskı girişiminde bulunulduğu konusunda kuvvetli şüphe oluşması gerekir. "Şüpheli veya sanık, olayla ilgili olarak tanıklarla konuşmaya çalışıyor ya da mağdurla görüşme çabalarını gösterir tavırlar sergiliyorsa, baskının varlığını kabul etmek gerekir. Şüpheli ve sanık ile şerikleri arasında kanuna aykırı uzlaşma ve iştiraklerin önlenmesi için de tutuklama kararı verilebilir. Uyuşturucu madde kaçakçısı şüpheli veya sanık, diğer suç ortakları ile telefonda konuşuyor, toplantı yapıyor ya da evlerine gidip görüşüyorsa onun, suçu ortaklardan birisinin üzerine yükleyerek, kendisini ya da diğerlerini kurtarmak için, uzlaşmaya çalıştığını kabul etmek ve tutuklama kararı vermek gerekir. Ayrıca konuşma ve görüşmelerin gerçekten bu yolda olduğunu belirlemeye ihtiyaç yoktur"⁴⁶ şeklindeki görüşe katılmamaktayız. Çünkü ceza muhakemesi varsayım ve karinelerle yürütülen bir muhakeme dalı olmayıp, sadece sonuç için değil, sonuca giderken kullanılan ara işlemlerde de maddi gerçeği arayan bir muhakeme dalıdır.

Sanık, serbest bırakılması durumunda rahatça aleyhinde tanıklık yapacaklara baskı uygulama, soruşturmaya alınacak diğer kişilere taktik verme, davaya karışan herhangi birine yapılacak sorgulamalarda ne tür yanıtlar vermesi konusunda hileye başvurma, soruşturmada gerekli belge ve diğer somut delilleri yok etme veya soruşturma ile kovuşturmayı kesintiye uğratabilecek yöntemlere başvurusu olanaklarına sahip ve bunlara girişme yolunda davranışlarda bulunuyor ve bulunmaya kalkışıyor ise, bunları engellemek ve maddi gerçeğin ortaya çıkışını sağlamak için şüpheli veya sanık tutuklanabilir⁴⁷. Delillerin karartılması konusunda toplumun üst tabakalarında bulunan kişilerle alt tabakalarında bulunan kişilerin aynı etki gücüne sahip olmadıkları göz önünde tutulmalıdır⁴⁸. Tanıkların, iştirakçilerin ya

⁴⁶ Yaşar, s. 462

⁴⁷ Malkoç ve Yüksektepe, s. 282

⁴⁸ Peters, s. 422

da bilirkişilerin etkilenmeleri doğrunun yanlış bir biçimde aktarılması amacına yönelik olmalıdır. Değerlendirme yapılırken suçlunun subjektif görüşü değil, yapılan eylemin objektif olarak söz edilen kişileri etkileyip etkileyemeyeceği göz önünde tutulmalıdır. Girişimlerin bizzat suçlu tarafından yapılmasına gerek yoktur. Bir başkasının suçlu adına tanıkları, iştirakçileri ya da bilirkişileri etkilemeye çalışması halinde de tutuklama nedeninin oluştuğunun kabulü gerekir⁴⁹.

Alman ceza muhakemesinde bir başkasının tanıkları, iştirakçileri ya da bilirkişileri etkilemeye çalışması halinde de tutuklama nedeninin oluştuğu açıkça düzenlenmiştir. Suçlunun davranışları delilleri etkilemeye uygun olmalıdır. Tanıklıktan çekinme hakkı olan birinden, bu hakkını kullanmasını istemek delilleri karartma niteliğinde değildir⁵⁰.

c. Katalog Suçlar

Bu suçlar CMK' nın 100/3. Md.' sinde belirtilmiştir⁵¹. Bu suçlardan dolayı tutuklama kararı verilebilmesi için tutuklama nedenlerinin varlığı aranmaz. Bu

⁴⁹ Pfeiffer, s. 482

⁵⁰ Kindhauser, s. 118

⁵¹ (CMK 100/3.Md.)Tutuklama nedenleri

“ ...

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3.(Ek: 6/12/2006 – 5560/17 md.) Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),

4. İşkence (madde 94, 95)

5. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

6. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

7.(Ek: 6/12/2006 – 5560/17 md.) Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),

8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

b) 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.

d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

f) 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

(4) (Değişik: 25/5/2005 – 5353/11 md.) Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.”

suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe nedenlerinin varlığı tutuklama kararı verilebilmesi için yeterlidir. Yasada “ sayılır” yerine “ varsayılabilir” ifadesinin kullanılması kaçma ve delilleri karartma karineleri bulunan hallerde de hakimin takdirini ön plana çıkartmaktadır. Ancak uygulama yasal karine öngörülen hallerde tutuklamanın zorunlu olduğu yanlış anlayışının yerleştiğini göstermektedir. Bu nedenle kaçma ve delilleri karartma karinelerinin yasada bulunması yerinde değildir. Bu hallerde bile hakim tutuklama nedeninin olup olmadığını araştırmalıdır. Tutuklama bir ön ceza olmadığı için sanığın olası cezasını peşinen çektirme uygulaması tutuklamanın niteliğiyle ve hukuk devleti kavramı ile bağdaşmaz⁵². 1961 Anayasası döneminde suçun ağır cezalı olması halinde tutuklama yapılabileceğine dair hüküm Türkiye İşçi Partisi tarafından Anayasa Mahkemesi’ ne götürülmüş, ancak Anayasa Mahkemesi 19.02.1963/ 277-34 gün ve EK sayılı kararıyla suçun ağır cezalı olması halinde tutuklama zorunluluğunun bulunmadığı, bunun bir karine olduğunu, aksinin de kabul edilebileceğini belirterek başvuruyu reddetmiştir⁵³.

CMK, CMUK’un aksine “ Kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi veya sanığın ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi “ şeklindeki tutuklama nedenini yasada düzenlememiş, onun yerine katalog sistemini esas almıştır. Bununla birlikte katalogta yer alan suçların hangi kriter esas alınarak belirlendiği belli değildir. Örneğin katalogta yağma suçunun alınmamasının eksiklik olduğu , 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezasını gerektiren çocukların cinsel istismarı suçu katalogta yer alırken, 6 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasını gerektiren yağma suçunun katalogta yer almamasının eksiklik olduğu belirtilmiştir⁵⁴. Nitekim daha sonra 5560 SK’ yla yağma suçu da katalog suçlar içine alınmıştır. Ayrıca katalogta yer alan suçların oldukça ağır suçlar olduğu, bunların faillerinin günlük hayat tecrübelerine, hayatın akışına göre kaçmak veya delilleri karartmak çabası içine girebileceği şeklinde de karşıt görüş belirtilmiştir⁵⁵.

Alman CMK’ nın 112/3. Md.’ sinde terör örgütü kurma, soykırım, adam öldürme, patlayıcı madde kullanma suçlarında kişinin, kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunmasa da tutuklanabileceği öngörülmüştür. Ancak Alman Anayasa

⁵² Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 264

⁵³ Köksal, s. 104

⁵⁴ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 349

⁵⁵ Öztürk ve Erdem, s. 518

Mahkemesi, hukuk devleti ilkesiyle ters düşmemesi için bu hükmün şu yorumunun kabul edilebileceğini belirtmiştir; “fıkranın uygulanabilmesi için sanık tutuklanmadığı takdirde olayın aydınlatılmasının ve suçlunun cezalandırılmasının tehlikeye düşeceğini gösteren haller bulunmalıdır. Kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunması somut olaylarla belgelenmese de duruma göre tutuklama için yeterli olabilir”. Bu yoruma rağmen fıkra Alman öğretisinde çok eleştirilmekte ve anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmektedir⁵⁶. Anayasa Mahkemesi’ nin bu yorumu faildeki tehlikelilik halini dikkate almamakta, kaçma ya da karartma tehlikesinin kabulünü kolaylaştırmakta, sonuçta ispat yükünü tersine çevirmekte, hatta ceza muhakemesini garanti altına alma amacından uzaklaşarak nasyonal sosyalist dönemdeki gibi halkın heyecanını yatıştırma amacını taşımaktadır⁵⁷. Ayrıca 1994 değişikliğiyle yaşamı tehlikeye sokan kundaklama eylemlerinin de kapsam içine alındığı, bunda göçmenlerin evlerine yapılan kundaklama eylemlerine karşı duyulan tepkinin etkili olduğu, bunun da nasyonal sosyalist dönemdeki halkın heyecanını yatıştırma tutuklama nedeninden farklı olmadığı belirtilmiştir⁵⁸. Alman ceza muhakemesindeki katalog suçlar incelendiğinde yüklenen suçun cezasının alt sınırının 6 aya kadar düşebileceği gözlenmektedir⁵⁹.

Kanımca, bazı suçlar için kaçma ve delilleri karartma yönünde yasal bir karene oluşturulmasa bile, tutuklama nedenlerini düzenleyen CMK’ nın 100/1-2 Md.’ si ile bu açığın giderilmesi mümkündür. Katalog şeklinde bir düzenleme, ceza yasasında zaman içinde meydana gelebilecek değişiklikler karşısında yetersiz hale gelebilecektir. Toplumsal gelişmelere bağlı olarak yeni ağır suçlar ceza kanununa eklenebileceği gibi, bambaşka konuları düzenleyen kanunların içinde de oldukça ağır suçlara yer verilebilecektir. Ayrıca CMK’ nın 100/1-2 Md.’ sinde zaten tutuklamanın genel koşulları düzenlenmiştir. Bu şartlar varsa şüpheli ya da sanık zaten tutuklanacaktır. Ayrıca bu şartların bazı suçlar için oluştuğunu peşinen kabul etmek, tutuklamanın bir koruma tedbiri olması niteliğini zedeleyip, tutuklamanın toplumsal heyecanı yatıştırma veya öç alma aracı olmasına yol açabilecektir. Nitekim 5560 SK’ yla basın ve toplumun etkisiyle CMK’ daki katalog suçlara hırsızlık suçları da eklenmiştir. Yine katalog suçlar her zaman, iktidarda olan siyasi gücün hassas olduğu konularda yeni eklemeler yapılması olasılığını da barındırırlar.

⁵⁶ Nur Centel, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-3, İstanbul, 1994, s. 91

⁵⁷ Volk, s. 48

⁵⁸ Lesch, s. 160

⁵⁹ <http://bundesrecht.juris.de/stgb/index.html>, Erişim Tarihi: 08.05.2007

Bu nedenlerle CMK' da ayrı bir katalog oluşturmak yerine, genel tutuklama nedenleriyle yetinilmesi düşüncesindeyim.

5. Oranılık (Ölçülülük İlkesinin Bulunması)

Uluslararası sözleşmeler ve anayasalar tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yine bu metinlerde belirlenecek çerçeve içinde ve sadece kanun ile yapılabilmesi modern hukuk devleti anlayışının zorunlu bir gereğidir. Bu anlayışın diğer bir gereği de kanun koyucunun, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken, artık 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle Anayasa' nın 13. Md.' sine açıkça girmiş olan oranılık (ölçülülük) ilkesine uygun hareket etmesidir. Bu ilke, anayasal çerçevede, sınırlandırılmadan beklenen amaçla, bu amacı gerçekleştirmek için kullanılacak araç arasında bir oran bulunmasını ifade eder ve kanun koyucunun özgürlüklere gereğinden fazla sınırlandırma getirmesinin önüne geçer. Daha geniş ve unsurlarını içeren bir tanımlamayla oranılık, temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğunda, sınırlamada başvuru olan aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını içeren bir ilkedir. Bir başka anlatımla, temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ile beklenen amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve ölçülü araçlara başvurulması demektir⁶⁰.

Muhakemeyi zarardan korumak amacıyla hak ve özgürlüklerden fedakarlık pahasına bir koruma tedbiri uygulanmasına karar vermek, bir riski göze almak demektir. Böyle bir tedbirin haklı, dolayısıyla caiz görülebilmesi için bütün tehlike tedbirlerinde olduğu gibi riski mümkün olduğunca azaltmak, bunun için de amaç ile kullanılacak araç arasında bir denge, karşılıklı bir uygunluk aramak gerekmektedir. Bunun da anlamı, aracın amaçtan daha değerli olmaması kadar, daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilecekse, onun tercih edilmesi, kısaca gerekenden daha değerli araç kullanılmamasıdır⁶¹.

Tutuklama kararı verebilmek için sanığın huzurda olması, kuvvetli suç şüphesi olması, tutuklama sebeplerinin bulunması yetmez. Bu tedbirin somut olayda

⁶⁰Mahmut Koça, Tutuklamada Oranılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, 2003, İzmir, s. 112

⁶¹Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2000, s. 596

oranlı, ölçülü olması da lazımdır. Bu koşul, usul hukukumuzda ilk olarak eski CMUK' a 3842 sayılı Kanun' la girmişti. CMK, bu ilkeyi önemi nedeniyle 100. Md.' nin ilk fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiriyle ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemez. Görüldüğü gibi norm emredicidir. Önemle ifade edilmelidir ki, ceza muhakemesi hukukumuzda tutuklama zorunluluğu bulunmamaktadır. CMK' nın 100/1. Md.' sinde "tutuklanabilir" demek suretiyle bu husus açıklanmıştır. Hakim gerçekten ihtiyaç bulunması halinde başta oranlılık olmak üzere ceza muhakemesine hakim ilkeleri göz önünde tutarak tutuklama kararı vermelidir⁶². İşin önemi kavramından anlaşılması gereken, eylemle zedelenen hukuki değer, eylemin bir rastlantı suçu mu yoksa seri bir suçun parçası mı olduğu, eylemin toplumda yol açtığı zarar, eylemin takibinin suçla mücadele ve kamu açısından taşıdığı değer gibi kavramlardır⁶³. Yine tutuklama kararı verilmeden önce, suçlunun tutuklanmasıyla ortaya çıkabilecek olan suçlunun ekonomik, mesleki ve sosyal durumunun etkilenmesi, aile ve sağlığının etkilenme durumu gibi negatif etkiler de orantılılık ilkesi açısından değerlendirilmelidir⁶⁴.

C. SEVK TUTUKLAMASI

CMK kural olarak gıyabi tutuklamayı kaldırmıştır. Ancak bazı hallerde sanıklara ulaşabilmek mümkün olmamaktadır. Bu gibi durumlarda yakalama emri düzenlenmekte ve sanıkların yetkili mahkeme önüne getirilmesi sağlanmaktadır.

1. Yakalama Emri Düzenlenmesi

CMK' nın 98. Md.' sinde soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emrinin düzenlenebileceği, kovuşturma evresinde ise kaçak sanık hakkında yakalama emrinin re' sen veya cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından yakalama emrinin düzenlenebileceği belirtilmektedir. Yakalama emrinde kişinin açık eşkali, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir. Burada özellikle soruşturma evresinde tutuklama isteminin reddi durumunda, itiraz merci tarafından düzenlenen yakalama emri üzerine yakalanan şüphelinin gönderileceği yer

⁶² Öztürk ve Erdem, s. 518

⁶³ Pfeiffer, s. 484

⁶⁴ Kindhauser, s. 120

konusunda duraksama yaşanabilmektedir. Kanımca, CMK' nın 98/4. Md.' sinde yakalama emrinde kişinin yakalandığında nereye gönderileceğinin belirtilmesi gerektiğinden hareketle, itiraz mercinin düzenlediği yakalama emrinde, şüphelinin yakalandığında tutuklama istemini reddeden mahkeme önüne götürüleceği belirtilmelidir.

Her ne kadar CMK' nın gerekçesinde gıyabi tutuklamanın kaldırıldığından söz edilmekteyse de, maddenin içeriğinde adı yakalama emri olsa da bir gıyabi tutuklamanın söz konusu olduğu, bunun en büyük delilinin yakalama emrinin bir hakim tarafından düzenlenmesi olduğu, ayrıca bu işlemin savcının istemi üzerine de yapılabildiği, gıyabi tutuklama müzekkeresi terimini, yakalama emri olarak değiştirmenin kurumun sonuçlarını ortadan kaldırmayacağı, bugüne kadar hiçbir sorun çıkmadan uygulanan gıyabi tutuklama kurumunu değiştirmenin anlamının olmadığı, gerekçede gıyabi tutuklamanın kaldırılmasının temelinin de açıklanmış olmadığı belirtilmiştir⁶⁵. Kanımca, teorik olarak kimsenin yokluğunda bir tutuklama kararı verilememesi, kişilerin en azından tutuklamaya sevk edildiklerinde kendilerini savunma olanağından yoksun kalmamaları hedeflenmişse de, ne yazık ki uygulamada ekonomik sorunlar, kişilerin yetkili mahkeme önüne derhal sevk edilememeleri, bu kurumun gıyabi tutuklamadan olması gereken farklarını yok etmiştir.

CMK' nın 247. Md.' sinde kaçağın tanımı yapılmıştır. Buna göre, hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir. CMK' nın 244. Md.' sinde de gaibin tanımı yapılmıştır. Buna göre, bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup ta yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanık gaip sayılır. Oysa CMK' nın 98. Md.' sine göre, kovuşturma sırasında yakalama emri yalnızca kaçak sanık hakkında verilebilir. Dolayısıyla, kanun, gaip sanık hakkında kovuşturma evresinde yakalama emri verilmesine izin vermemektedir. Bu durum insan hareketlerinin çok yoğun olarak yaşandığı ülkemizde yargılamaların uzun yıllar devam etmesine ve hatta dosyaların zamanaşımına uğramasına yol açacak, sanığın hakları korunurken, mağdurların bir kez daha mağdur edilmelerine yol açacaktır. Zaten maddenin soruşturma ve kovuşturma evreleri açısından yakalama emri düzenleme şartları

⁶⁵ Erdener Yurtcan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 64

bakımından farklılık yaratmasına da gereklilik olmadığı kanısındayım. Kovuşturma evresinde de özellikle çağrı yapılamayan sanık hakkında yakalama emri düzenlenebilmelidir. İlk anda zorla getirme kararıyla kovuşturma evresinde istenilen sonuca ulaşılabileceği düşünülebilirse de, CMK' nın 146. Md.' sine göre zorla getirme kararı verilebilmesi için tutuklama kararı ya da yakalama emri için gerekli nedenlerin bulunması ya da çağrıldığı halde gelmeyen bir kişinin varlığı gerekmektedir. Oysa tüm bu belirtilenler çağrı yapılamayan sanığı kapsamamaktadır.

Alman ceza muhakemesinde tutuklama emrine suçlunun kimliği, olayların hukuki niteliği, kuvvetli suç şüphesine ve bir tutuklama nedeni var olduğu sonucuna götüren olgular yazılmak zorundadır. Delillerin ne dereceye kadar yazılacağı konusunda tek sınır eylemin devlet güvenliğine karşı işlenmiş olmasıdır. Olayların etraflıca belirtilmesi, tutuklama emirlerinin keyfi ve adeta beyaza imza niteliğinde düzenlenmesini engeller⁶⁶. Sanığın adı bilinmiyorsa takma adının yazılması ya da kişinin betimlemesinin yapılması da yeterlidir⁶⁷.

2. Yakalanan Kişinin Hakim Önüne Çıkarılması

CMK' nın 94. Md.' sine göre, hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç 24 saat içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılır. Serbest bırakılmadığı takdirde yetkili hakim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır.

Yukarıda belirtilen süreler şüpheli veya sanık hakkında işlem yapılması için değil, şüpheli veya sanığın hakim veya mahkeme önüne götürülmesi için öngörülmüştür⁶⁸. Sevk tutuklaması şekli bir karardır ve hakim veya mahkemece çıkarılan yakalama emrine göre verilecektir. Başka bir ifadeyle, sadece yakalama emrinde bulunan bilgilerin yakalanan kişiye uyup uymadığına bakılacak, uyuyorsa sevk tutuklaması kararı verilecek ve kişi derhal yetkili hakim veya mahkemeye gönderilecektir. Böyle şekli bir tutuklama kararı üzerine kişi kesinlikle tutukevine konulmayacaktır. Kişi gecikme olmaksızın yetkili hakim veya mahkemeye

⁶⁶ Roxin, s. 189

⁶⁷ Schafer, s. 209

⁶⁸ Centel ve Zafer, s. 258

gönderilecektir. Kişinin sevk tutuklaması üzerine tutukevine konulması tazminat ödemeyi gerektirir. CMK' nın 100. vd. Md.' lerinde aranan koşullar burada aranmaz. Aranması da mümkün değildir. Zira dava dosyası sevk tutuklaması kararını verecek olan hakimin elinde değil, yetkili mahkemededir⁶⁹.

Burada öngörülen tutuklama tedbiri tamamen yakalanan kişinin ilgili mahkemeye başvurmasını sağlamaya yöneliktir. Ancak unutulmamalıdır ki, CMK insan haklarının uygulama kanunudur. Dolayısıyla her kurumun işlevinin insan hakları bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Özellikle CMK' nın 196. Md.' si hükmünün dikkate alınması zorunludur. Sanığın, alt sınırı 5 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilmesi mümkündür. Dolayısıyla istinabe suretiyle sorguya çekilmesi mümkün olan sanık veya şüpheli için yol tutuklaması yapılmadan önce istinabenin mümkün olup olmadığı o yer sulh ceza hakimince değerlendirilmelidir. Bu yapılmadığı takdirde insan haklarına aykırı uygulamaların önü de açılmış olacaktır ki, bu yasanın amacı ile bağdaşmaz⁷⁰.

Alman ceza muhakemesinde tutuklama emri nedeniyle ele geçen kişi derhal tutuklama emrini düzenleyen yetkili hakimin önüne götürülür. Eğer aynı gün içinde örneğin, mesafenin uzaklığı gibi bir nedenle götürülemezse, en geç ertesi gün en yakın mahkemeye götürülür⁷¹. Soruşturmanın devam etmekte olması göndermenin ya da sorgunun gecikmesini haklı göstermez⁷². Derhal sözcüğünden gecikmeyi haklı gösterecek hallerin bulunması durumu dışında, kişinin büyük bir hızla gönderilmesi anlaşılmalıdır. Gecikmeyi haklı gösterebilecek durumlar ancak savaş, bulaşıcı hastalık ya da grev gibi konular olabilir. Ancak kanunda belirtilen süre sonunda hala gönderme işlemi yapılamamışsa, bu durum kişinin salıverilmesini gerektirmez. Kişinin en yakın mahkemeye götürülmesi durumunda dosya ve ilgili bilgilerin derhal yetkili mahkemeden getirilmesi sağlanmalıdır. Çünkü kişi ister yetkili hakim önüne götürülsün, ister en yakın mahkemeye götürülsün, sorguya çekilir. Sorgu sonunda hakim ya tutuklama kararı verir, ya tutuklama kararını kaldırır, ya da tutuklama

⁶⁹ Öztürk ve Erdem, s. 502

⁷⁰ Mehmet Reşat Koparan, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, TBB Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 65, Temmuz – Ağustos 2006, s. 163

⁷¹ Beulke, s. 112

⁷² Th. Kleinknecht, H. Müller ve L. Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Auflage, Darmstadt, 1980, s. 523

kararını erteleyerek adli kontrol tedbirlerinden birine karar verir⁷³. Ancak kişinin en yakın hakime götürülmesi halinde bu hakimin tutuklama emrini kaldırma ya da infazını erteleme yetkisi yoktur⁷⁴. Tutuklama emri nedeniyle yakalanan kişinin yetkili hakim önüne götürülmeden önce itiraz hakkı vardır. Bu itiraz üzerine itiraz mahkemesi duruşma yaparak karar verir⁷⁵.

AİHS' in 5/1-c Md.' si, bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması halini kapsamaktadır. Bu düzenleme 5/3. Md.' yle birlikte düşünülmelidir. Yakalanan kişinin durumu hakkında gecikmeksizin bir hakim tarafından karar verilmeli, ayrıca uygun bir zaman içinde olayın özü hakkında karar verilmelidir⁷⁶.

Üzüntüyle belirtmeliyiz ki, bu madde uygulamada bir türlü gerektiği gibi işletilememiştir. Şöyle ki, hakkında sevk tutuklaması kararı verilen şüpheli veya sanık derhal sevk edilmemekte, tutukevine konulmakta ve bırakınız birkaç günlük süreleri, aylarla ifade edilen süreler boyunca sevk tutuklaması kararının verildiği yerleşim yerine ait ceza ve tutukevinde yetkili mahkeme önüne götürülmeyi beklemektedir. Yine sevk tutuklaması nedeniyle itiraz sorunu ortaya çıkmaktadır. Uygulamada, bazı yerlerde itiraz durumunda sevk tutuklamasını yapan sulh ceza mahkemesinin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesince itiraz incelemesi yapılabilmektedir. Oysa dosya yetkili mahkemenin elindedir ve itiraz incelemesi bu nedenle yetkili mahkemenin bulunduğu yerdeki itiraz mahkemesince değerlendirilmelidir. Sevk işleminde meydana gelen gecikmelerle ilgili gösterilen maddi mazeretler yapılan işlemi hukuka uygun hale getirmez. Yukarıdaki paragrafta belirtilen AİHS' in düzenlemesi de göz önünde bulundurulduğunda bu tip olaylar nedeniyle AİHM tarafından ülkemiz aleyhinde kararlar verilebileceği unutulmamalıdır.

⁷³ Günter Wendisch, StPO Löwe- Rosenberg Grosskommentar, 24. Auflage, Berlin, 1984, s. 81, 82

⁷⁴ Kindhauser, s. 123

⁷⁵ Karl Heinz Gössel, Strafverfahrensrecht, Berlin Köln Mainz, 1977, 1. Auflage, s. 79

⁷⁶ Jochen Abr. Frowein ve Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl, 1997, s. 112

III. TUTUKLAMANIN HÜKÜMLERİ

Bu başlık altında, tutuklama istemini yapacak merci, tutuklama duruşması, tutuklamada müdafî, tutuklama kararının verilmesi, kelepçe takılması, salıverilenin yükümlülükleri, tutuklamanın bildirilmesi, tutuklamaya karşı kanun yolu, tutukluluğun incelenmesi ve tutukluluk süresini inceleyeceğiz.

A. TUTUKLAMA İSTEMİ

CMK' nın 101. Md.' sine göre, soruşturma sırasında şüphelinin tutuklanmasına, cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından, kovuşturma sırasında ise, sanığın tutuklanmasına cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re' sen mahkemece karar verilir.

Her ne kadar soruşturma evresinde suçüstü haliyle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, savcıya erişilemiyorsa veya olayın genişliği itibarıyla savcının iş gücünü aşıyorsa sulh ceza hakimi tarafından da re' sen tutuklama kararı verilebileceği belirtilmişse de⁷⁷, kanımca CMK' nın 163. Md.' si sulh ceza hakimine yalnızca soruşturma işlemlerini yapma yetkisini vermekte, Mülga CMUK 125. Md.' sinde bulunan bu yetkiyi kaldırmaktadır. Dolayısıyla soruşturma evresinde cumhuriyet savcısının istemi olmadan sulh ceza hakiminin tutuklama yetkisi yoktur.

Cumhuriyet savcısı tutuklama isteminde bulunurken, mutlaka gerekçe göstermelidir. Bu gerekçede tutuklamanın koşullarının nasıl gerçekleştiği ve nedenlerinin varlığının ne surette bulunduğu hususları açıklanmalıdır. Ayrıca tutuklama isteminde adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuksal ve eylemsel nedenlere de yer verilmelidir⁷⁸. Madde adli kontrol kurumu ile de bağlantılı olarak tutuklama kararının verilmesi usulünü şüpheli veya sanığa ciddi güvence sağlamak suretiyle göstermektedir⁷⁹. Eğer cumhuriyet savcısı gerekçe göstermeden ya da adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuksal ve eylemsel nedenlere yer vermeden tutuklama isteminde bulunursa bunun sonuçlarının ne olacağı CMK' da gösterilmemiştir. Bu halde hakimin sorguya

⁷⁷ Hakan Hakeri ve Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 185

⁷⁸ Yaşar, s. 467

⁷⁹ Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu, Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 296

geçmeden önce bu iki hususta cumhuriyet savcısından açıklama istemesi düşünülebilir⁸⁰.

Akla gelebilecek diğer bir konu da, cumhuriyet savcısının şüpheli veya sanığın yokluğunda tutuklama isteminde bulunup bulunamayacağıdır. CMK kural olarak giyabi tutuklamayı kaldırmıştır. Bunun tek istisnası daha önce belirttiğimiz gibi yurt dışındaki kaçak sanıklardır. Ancak CMK' nın 98. Md.' sindeki şartların bulunması halinde cumhuriyet savcısının sulh ceza hakimi ya da mahkemeden yakalama emri düzenlemesini isteme yetkisi vardır.

Hükümet tasarısında tutuklama istenildiğinde, istemeleri halinde şüpheli, sanık ve müdafinin savunma hazırlamak üzere üç günü aşmayacak şekilde hazırlık süresinden yararlanabilecekleri, bu süre içinde şüpheli veya sanığın hakim veya mahkeme kararıyla muhafaza altına alınabilecekleri yönündeki düzenleme, bu kurumun henüz Fransa' da da yeni uygulamaya girmiş olması, uygulamada gözaltı süresinin uzatılması anlamına geleceği, bu kişilerin konulacağı yer konusunda sorun çıkacağı gerekçeleriyle metinden çıkarılmıştır⁸¹.

Alman ceza muhakemesinde soruşturma sırasında tutuklama emri savcılığın istemi üzerine, suçlunun ikamet ettiği yer mahkemesince düzenlenir. İstisnai olarak, savcıya ulaşılmıyorsa ve gecikmesinde tehlike umulan bir hal varsa savcılığın istemi olmadan da hakim tarafından tutuklama emri düzenlenebilir⁸².

B. TUTUKLAMA DURUŞMASI

Tutuklama kararının duruşmalı verilmesi ve kararın da gerekçeli olmasının sağlanması gerektiği görüşü doktrinde sıklıkla ileri sürülmekteydi. 3842 SK.' yla mülga CMUK 106. Md.' ye yeni, fakat yetersiz bir hüküm getirilmişti. buna göre, tutuklanması istenilen sanık hazır, karardan önce dinlenecek ve karar verilmeden önce savcı ile hazır olan müdafî dinlenecekti. Sanık hazır değilse, isteme ilişkin karar yokluğunda ve evrak üzerinden verilecekti⁸³. Ancak bu yenilik hayata

⁸⁰ Ali Karagülmez, Tutuklama Nedenleri ve Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz Konusunda 5271 Sayılı CMK' nın İncelenmesi, TBB Dergisi, Sayı: 58, Mayıs-Haziran 2005, Ankara, s. 128

⁸¹ Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2005, s. 446 vd.

⁸² Gössel, s. 73

⁸³ Öztürk ve Erdem, s. 522

geçirilememiştir. Uygulamada tutuklama için duruşma yapılmasına çok ender rastlanılmış, savcılar işlerinin çok, zamanlarının az olduğunu ileri sürerek bu kuruma karşı çıkmışlardır. Oysa duruşmalı olarak verilecek bir tutuklama kararı klişe bir gerekçeden daha öte olabilecekti⁸⁴. CMK' da tutuklama kararının sanığın yüzüne karşı verilmesi uygulaması getirilmiştir. Tutuklama duruşmasında şüpheli veya sanığın ve müdafinin hazır bulunması kabul edilmiş, sanığın savunma hakkını kullanması ve kararın içeriğinin sözlü olarak şüpheli veya sanığa bildirilmesi öngörülmüştür⁸⁵.

2002 CMUK hükümet tasarısında savcının da tutuklama duruşmasında dinlenmesinden söz edilmekteydi. Ancak tasarı yasalaşırken bu hüküm metinden çıkarılmıştır. Tutuklama duruşmasının bu kez tam uygulaması Türk ceza yargılaması sistemi açısından olumlu bir adım olacakken bu fırsat kaçırılmıştır. Oysa sırf tutuklamanın tartışıldığı bir duruşmada gerçeğin ortaya çıkması tutuklamaya gerek olup olmadığının belirlenmesi daha gerçekçi olabilecekti⁸⁶.

Ayrıca bir duruşma yapılması öngörüldüğüne göre, şüpheli ya da sanığın tutuklama kararı verilmemesi için deliller ileri sürmesi, bu anlamda tanık vb.' den yararlanmasının mümkün olması gerektiği, tutuklama istemiyle hakim önüne çıkarılacak kişiye cumhuriyet savcısının istemini içeren dilekçesinin tebliğ edilmesi gerektiği, aksi halde duruşma yapmanın bir anlamı kalmayacağı, CMK' da şüpheli veya sanığa aleyhindeki delilleri sorgu sırasında bildirileceğine ilişkin mülga CMUK 108. Md.' sindeki gibi bir düzenleme bulunmadığı, sorgu sırasında sadece cumhuriyet savcısı ve müdafinin bulunacağı sınırlamasının da CMK' da yer almadığı, o halde bu kişiler dışında kişilerin de tutuklama duruşmasında hazır edilebileceği⁸⁷ şeklindeki görüşe katılmak mümkün olmamıştır. Çünkü tutuklama duruşmasında şüpheli veya sanığın tanık, bilirkişi vb. gibi delilleri öne sürebilmesine olanak tanımak, tutuklama duruşmasını, olay hakkında karar vermeye götürecek bir düzenleme olur. Bu durumda silahların eşitliği ilkesi gereğince, cumhuriyet savcısının da tutuklama duruşmasına katılmasını sağlayacak yasal düzenleme yapılması gerekir. Ayrıca tutuklamanın bir koruma tedbiri olduğu ve tutuklamaya

⁸⁴ Nur Centel, 3842 Sayılı Yasa Hükümleri Karşısında Tutuklama ve Yakalama, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 1. Baskı, İzmir, s. 613

⁸⁵ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 791

⁸⁶ Yurtcan, Yeni Ceza Muhakemesi, s. 68

⁸⁷ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 273

sevk edilen şüpheli hakkında kuvvetli suç şüphesi bulunduğu, çoğu zaman delillerin henüz tam toplanmamış olduğu ve hatta şüphelinin delilleri karartmasının, ya da etkilemesinin önüne geçmek için tutuklama tedbirine başvurulduğu gerçeği göz ardı edilmiş olur. Ayrıca CMK' nın ifade ve sorgunun tarzı başlıklı 147. Md.' sinde şüpheli veya sanığa yüklenen suçun anlatılacağı, aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağının tanınacağı, 101/3. Md.' ye göre, tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanığın kendisinin seçeceği veya baroca görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanacağı, 153. Md.' de müdafinin kural olarak soruşturma sırasında dosyayı inceleyebileceği düzenlemeleri karşısında şüphelinin aleyhine olan delillerden habersiz olarak tutuklama duruşmasına çıkarıldığı düşüncesine de katılmamaktayız.

C. TUTUKLAMADA MÜDAFİ YARDIMI

Şüpheli ya da sanığın müdafî tarafından savunulması ihtiyari veya zorunlu olabilir. Müdafî aracılığıyla savunulma konusunda tercih yapma olanağının şüpheli veya sanığa bırakıldığı hallerde görev yapan müdafîye ihtiyari müdafî, görevlendirilmesi konusunda şüpheli veya sanığın iradesinin önem taşımadığı hallerde görev yapan müdafîye ise zorunlu müdafî denir. Kanun koyucu belli hallerde müdafî zorunluluğu öngörmüştür. Bu hallerde müdafinin işlemlerde hazır bulunması adalet gereğidir⁸⁸.

Hakim ya da mahkeme, şüpheli veya sanığa seçebileceği bir müdafinin yardımından yararlanabileceğini hatırlatır. Şüpheli veya sanık seçtiği takdirde, müdafî tutuklama duruşmasında hazır bulunur. Müdafî seçilmediği takdirde baro tarafından görevlendirilecek bir avukatın tutuklama duruşmasında mutlaka hazır bulundurulması gerekir. Avukatın hazır bulunmadığı durumda tutuklama kararı verilmesine yasal olanak yoktur. Mülga CMUK' ta avukat bulundurulabileceği şeklinde bir düzenleme olmasına karşın bu konuda yasal zorunluluk yoktu⁸⁹.

Şüpheli müdafî olarak istediği avukatı seçebilir. Bu hak kanuni temsilciye de verilmiştir. Şüphelinin seçtiği müdafinin vekaletnamesi olması gerekmez. Ancak şüphelinin mahkemeyi bilgilendirmesi gerekir. CMK' nın 156. Md.' sine göre istem

⁸⁸ Centel ve Zafer, s.160

⁸⁹ Yaşar, s. 467

üzerine müdafî görevlendirme yetkisi yer bakımından yetkili yer barosuna aittir. CMK kural olarak müdafî sayısını sınırlamamıştır. Ancak sadece soruşturma sırasında ifade almada en çok 3 avukatın hazır bulunabileceğini düzenlemiştir⁹⁰.

Uygulamada tutuklamada hazır bulunan müdafinin görevinin ne zaman sona ereceği konusunda bir duraksama bulunmaktadır. Askeri Yargıtay 2. D' sinin 11.04.2007/ 621-616 gün ve EK sayılı kararına göre; "02.03.2007 tarihinde RG' de yayınlanan "Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik" ' in 7. Md.' sine göre, müdafinin görevi soruşturma evresinde, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi, yetkisizlik veya görevsizlik kararı, kamu davası açılması halinde iddianamenin kabulü kararı verilmesi, kovuşturma evresinde, yargılamanın yapıldığı il veya ilçe dışında yargılamayı gerektirir görevsizlik veya yetkisizlik kararı, esasa ilişkin hükmün kesinleşmesi ya da davanın nakline karar verilmesi, müdafinin ölmesi ve kişinin kendine bir müdafî seçmesi halinde sona erer. Dolayısıyla soruşturma sırasında tutuklama sırasında hazır bulunan müdafinin, sanığın kovuşturma sırasında müdafî talebi de olmaması dikkate alındığında temyiz hakkı yoktur". Aslında kanımca, Yönetmelik' te tutuklama için hazır bulunan müdafinin durumundan çok, CMK' nın 147. Md.' sine göre görevlendirilen müdafinin durumu ortaya konulmuştur. Çünkü CMK' nın 101/3. Md.' sinde tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanığın kendi seçeceği ya da baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlandırılacağı belirtilmekte, müdafinin görevinin daha sonra da devam edeceğine ilişkin bir düzenleme görülmemektedir. Kanun koyucunun amacı, tutuklama gibi kişi özgürlüğüne ciddi müdahale oluşturan bir tedbirde kişiyi bir hukukçu yardımından yararlandırmak olduğuna göre, kişi tutuklu kaldığı sürece müdafî yardımından yararlandırılması gerektiği düşüncesindeyim. Bu sayede kişi ileride inceleneceği gibi, her tutukluluğun devamına karar verildiğinde, itiraz aşamasında hukukçu yardımından yararlanabilecektir. Yönetmeliğin bu haliyle tutuklamada hazır bulunan müdafinin durumunu açıkça ortaya koymadığı ve daha açık bir düzenleme yapılması gerektiği düşüncesindeyim.

⁹⁰ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 223 vd.

D. TUTUKLAMA KARARININ VERİLMESİ

CMK' nın 101. Md.' sine göre, soruşturma sırasında sanığın tutuklanmasına sulh ceza hakimi tarafından, kovuşturma sırasında ise mahkeme tarafından karar verilir. Kanun yolu aşamasında tutuklama kararının istinaf veya temyiz mercilerince verilmesine ilişkin bir kanun hükmü bulunmadığından, bu aşamaları kovuşturma aşaması sayıp, ilk hükmü veren mahkemenin tutuklama kararını verme yetkisini kabul etmek gerekir. İstinaf ve temyiz mercileri mahkumiyet hükmünü bozarsa, salıverme kararı verebilirler⁹¹ . Alman ceza muhakemesi hukukunda (StPO Md. 125/2) tutuklama konusunda hükmü temyiz edilmiş olan mahkeme veya acele hallerde başkanın yetkili olduğu açıkça belirtilmiştir. Hukukumuzda da Yargıtay' ın tutuklama kararı vermeye yetkili olmadığı ve bu kararın esas mahkemesince verilebileceği kabul edilmektedir⁹².

Yetki konusu CMK' nın 12-16. Md.' leri arasında düzenlenmiş olup, tutuklama kararını vermeye yetkili sulh ceza hakimi veya mahkeme bu maddelere göre saptanacaktır. Ayrıca CMK' nın 100/4. Md.' sinde sadece adli para cezası gerektiren ya da hapis cezasının üst sınırı bir yıldan az olan suçlarla ilgili olarak getirilen tutuklama yasağı nedeniyle bu tip suçlarda tutuklama kararı verilemez.

Tutuklama kararında hukuki ve fiili nedenler ile gerekçelerinin gösterilmesi gerekir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak ta bildirilir. Ayrıca karardan bir örnek verilir. Tutuklanması istenilen şüpheli veya sanık hazırca karardan önce dinlenmesi gerekir. Şüpheli veya sanığa kendi seçtiği bir müdafî yardımından yararlanma hakkı olduğu hatırlatılacaktır. Ancak şüpheli veya sanık kendi seçtiği bir müdafî yardımından yararlanmazsa, baro tarafından görevlendirilecek bir müdafî yardımından yararlandırılacaktır. Sorguda sanık ve müdafî dinlendikten sonra bir karar verilecektir. Şüpheli veya sanık hakkında kaçak olmaları halinde soruşturma sırasında sulh ceza hakimi, kovuşturma sırasında mahkeme tarafından yakalama emri verilebilir. Ancak yurt dışındaki kaçaklar hakkında iade usulü açısından kovuşturma sırasında mahkeme tarafından giyabi tutuklama kararı verilebilir⁹³.

⁹¹ Avcı, s. 79

⁹² Musa Sağ, Tutuklamanın Şekli Koşulları ve Özel Tutuklama Durumları, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 3, Cilt: 72, İstanbul, 1998, s. 699

⁹³ Yaşar, s. 467

Soruşturma aşamasında çocukların tutuklanmasına karar vermede görevli mahkeme konusunda mevzuat incelendiğinde, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na göre kurulan çocuk mahkemeleri tutuklama konusunda görevli değildirler. Her ne kadar 5395 SK' nın 26/3 Md.' sinde "mahkemeler ve çocuk hakimi bu kanunda ve diğer kanunlarda yer alan tedbirleri almakla görevlidir" hükmü yer almaktaysa da, bu maddede yer alan tedbir kavramının sadece koruyucu ve destekleyici tedbirler bakımından olduğu 26. Md.' nin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Her ne kadar tutuklama da bir koruma tedbiriye de, 26/3. Md.' de bulunan tedbir kavramının ceza muhakemesinde söz konusu olan koruma tedbiriyle bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla soruşturma aşamasında çocukların tutuklanmasına karar vermeye görevli mahkeme sulh ceza mahkemesi olacaktır⁹⁴.

Tutuklama kararında dayanılan olgular ve haller gösterilmelidir. Ancak uygulamada tutuklama kararları gerekçesiz verilmektedir. Oysa bu konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da eleştirilmektedir. Örneğin Mahkeme, Mitap ve Müftüoğlu/ Türkiye davasında, şikayetçilerin sıkıyönetim mahkemesinin tutukluluk hallerinin devamına ilişkin olarak gösterdiği gerekçeleri sanıkların salıverilmelerine kadar değiştirmeksizin yinelenmesinin, Any. 19. Md.' deki makul süre gereğinin hiç dikkate alınmadığını gösterdiğini ileri sürmelerini, başvurunun kabul gerekçelerinden biri olarak belirtmiştir⁹⁵.

Tutuklama kararının gerekçesinde, kanunda belirtilen tutuklama nedenlerinin aynen tekrarı yerine, o nedenlere götüren somut olgulara yer verilmesi gerekir. Örneğin; şüphelinin işlediği suç nedeniyle soruşturulmaya başlanmasının ardından sahibi olduğu yatın hazırlanmasını isteyen ve pasaportu olan şüphelinin tutuklanmaması halinde kaçma şüphesi olduğunun belirtilmesi gibi. Böylelikle hem ulusal yargı mercileri, hem de AİHM tarafından tutuklama nedenlerinin tutuklamayı haklı kılmadığı konusunda daha sağlıklı bir denetim yapılabilecektir.

E. KELEPÇE TAKILMASI

Tutuklanan bir kimseye bir yerden diğer bir yere nakil sırasında kelepçe takılabilmesi için kişinin kaçacağı ya da kendisinin veya başkalarının hayat ve beden

⁹⁴ Murat Aydın, Soruşturma Aşamasında Çocukların Tutuklanmasına Karar Vermede Görevli Mahkeme, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara, 2006, s. 57

⁹⁵ Centel, 3842 Sayılı, s. 613

bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtiler olması gerekir. Örneğin; yakalanan kişinin direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması hallerinde kendisine kelepçe takılır. Kişinin üzerinde silah bulunma olasılığı varsa yine silah elde edilinceye kadar kelepçe takılabilir. Çocuklara kelepçe vb. aletler takılamaz. Ancak zorunlu hallerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlem alınır⁹⁶. Eğer tutuklu kaçmayacak, kendisine veya başkalarına zarar vermeyecek şekilde hareket ediyorsa kollarına kelepçe, zincir gibi bir alet takılmayacaktır. Çünkü kelepçeli nakil onur kırıcı bir etkiye sahiptir⁹⁷. CMK'nın 93. Md.' sindeki bu düzenlemeden sonra belirtilen iki durum dışında tutukluya kelepçe takılmayacaktır. Kolluğun kanuna uyup uymadığını amir durumunda bulunan savcı denetleyecektir⁹⁸. Yine sözü edilen tehlikelerin bulunduğu iddiasıyla çok yaşlı ya da ciddi sağlık sorunları olan bu nedenle yürümekte bile zorlanan bir şüpheli ya da sanığa kelepçe takılması kanuna uygun olmayacaktır.

Alman ceza muhakemesinde de benzer şekilde bir düzenleme vardır. Tutuklunun güç kullanması ya da direnmesi, kaçma denemesinde bulunması ya da somut kaçma şüphesi olması, intihar ya da kendine zarar vermesi tehlikesi dışında tutukluya kelepçe takılamaz⁹⁹.

F. SALIVERİLENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

CMK'nın 106.Md.' sinde tutukluyken salıverilen şüpheli veya sanığın yükümlülükleri düzenlenmiştir. Davaların makul sürede bitirilmesi için, şüpheli veya sanığın usul işlemlerinde hazır bulunması gerekir. Ancak uygulamada, şüpheli veya sanığın adresi bilinmediğinden kendisine ulaşılamaması nedeniyle, usul işlemlerinde hazır bulundurulmamakta ve bu sebeple de davalar uzamaktadır. İşte maddenin amacı, adres araştırılması yüzünden uğranılan zaman kaybını önleyerek, davaların görülmesini olabildiğince çabuklaştırmaktır¹⁰⁰.

Ceza muhakemesinin amacını yerine getirebilmek için salıverilen şüpheli veya sanığa adres bildirme ve bildirdiği adrese yapılacak tebligatın hukuki

⁹⁶ Malkoç ve Yüksektepe, s. 270

⁹⁷ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 311

⁹⁸ Öztürk ve Erdem, s. 495

⁹⁹ Roxin, s. 192

¹⁰⁰ Yaşar, s. 492

sonuçlarına katlanma ödevi yüklenmiştir. CMK' nın 106. md' sine göre; şüpheli veya sanık salıverilmeden önce, yetkili yargı merciine veya tutukevinin müdürüne adresini ve varsa telefon numarasını bildirmekle yükümlüdür. Şüpheli veya sanığa soruşturmanın veya kovuşturmanın sona erdirileceği tarihe kadar yeniden beyanda bulunmak suretiyle veya iadeli taahhütlü mektupla önceden verdiği adreslerdeki her türlü değişiklikleri bildirmesi ihtar edilir. Ayrıca, ihtaraya uygun hareket etmediğinde önceden bildirdiği adrese tebligatın yapılacağı bildirilir. Dikkat edilecek olursa, şüpheli veya sanığın mevcut adres ve telefonlarını bildirmenin yanında ilerideki değişiklikleri de bildirme yükümlülüğü vardır. Değişiklikleri bizzat veya iadeli taahhütlü mektupla bildirecektir. Dolayısıyla diğer bildirim şekillerine göre yapılacak bilgilendirmeler şüpheli veya sanık bakımından bir sonuç doğurmayacaktır. Bu ihtarların yapıldığını belirten ve yeni adresleri içeren tutanak veya tutukevi müdürünün düzenleyeceği belgenin aslı veya örneği yargı merciine gönderilir. Bu şekilde bildirilen adresler mahkemelerce yapılacak tebligat işlemlerinde esas alınacak, sanık veya şüpheli değişikliklerden bilgi vermemişse, yapılan bu tebligat aleyhine sonuç doğurabilecektir¹⁰¹.

G. TUTUKLAMA KARARININ BİLDİRİLMESİ

CMK' nın 107. Md.' sine göre, tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye hakim kararlarıyla gecikmeksizin haber verilir. Ayrıca soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla tutuklunun tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verilir. Şüpheli veya sanık yabancı olduğunda, tutuklama durumu yazılı olarak karşı çıkmaması halinde vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna da bildirilir.

Anayasa' nın 19/7. Md.' sinde kişinin yakalandığı veya tutuklandığının yakınlarına derhal bildirileceği hükmü bulunmaktadır. Bu hükümde yakalama ile tutuklama arasında bir ayırım yapılmadığı gibi, kişinin belirlediği bir kişiye ve bizzat bildirmeye ilişkin de bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca soruşturmanın amacının tehlikeye düşecek olması da bir kısıtlama sebebi olarak öngörülmemiştir. Anayasa, bildirme görevini soruşturma ve kovuşturma organlarına vermiştir. Yine yakalama halinde soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmemesi aranmamaktayken

¹⁰¹ Koparan, s. 168

tutuklamadaki bildirimde böyle bir sınırlama getirilmesi anlamsızdır. Çünkü, kişi önce yakalanır sonra tutuklanır. Yakalama halinde hiçbir kısıtlama öngörülmemiştir. Aynı bildirim kamu görevlilerinin yapması halinde tehlikeye düşmeyecek olan soruşturma amacının kişinin bizzat bildirim halinde tehlikeye düşeceğinin söylenemeyeceği belirtilmiştir¹⁰². Yakınları deyiminden kişinin akrabaları, eşi, iş ortağı, sözlüsü, arkadaşları vb. anlaşılır¹⁰³.

Anayasa' nın 19/5.Md.' si 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Bu değişiklikle daha önce var olan soruşturmaya zarar vermeme koşulu kaldırılmış ve yakınlar bildirme işlemi mutlak bir nitelik kazanmıştır. Gerek yürürlükten kaldırılan CMUK, gerekse yeni CMK, Anayasa' dan çıkarılan bu koşulu aramaya devam etmektedir. Bu durumun Anayasa' ya uygunluğu bir yana, Anayasa' nın bu şekilde değiştirilmesini de anlamak mümkün değildir. Dünyanın örnek alınabilecek ülkelerinde böyle bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁴. Ülkemizde kişi özgürlüğü ve güvenliğini ayrıntılı olarak düzenleyen ilk Anayasa' nın 1961 Anayasa' sı olduğu, bu Anayasa' nın 30. Md.' sinde yakınlar bildirme hakkı bakımından hiçbir koşul getirilmediği, oysa 1982 Anayasa' sının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 19. Md.'sinin ilk metninde yakınlar bildirme hakkı bakımından soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk bulunmaması koşulunun getirildiği, bu yönüyle 1961 Anayasası' na göre insan hakları açısından daha geri gittiği, 1982 Anayasa' sının 19. Md.' sinde yapılan 2001 değişikliğinin olumlu olduğu savunulmuşsa da¹⁰⁵, kanımızca soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk koşulunun, özellikle terör suçları ve organize suçlar bakımından korunmasında fayda vardı. Çünkü kişinin tutuklandığından yakınlarına haber verilmesi durumunda suç iştirakçilerinin kişinin yakınlarından bu durumu öğrenmeyeceklerine dair bir garanti verilmesi mümkün olmadığı gibi, kişinin yakınlarının da suça iştiraktan soruşturma konusu olabilecekleri ve bu tip suçların takibindeki kamu yararının yüksekliği göz ardı edilmemelidir.

Şüpheli veya sanığın tutuklandığından yakınlarına haber verilmesi hakim kararı ile olur. Tutuklama kararında "tutuklamadan şüpheli veya sanığın

¹⁰² Şahin, s. 308

¹⁰³ Mahmutoglu, s. 177

¹⁰⁴ Öztürk ve Erdem, s. 505

¹⁰⁵ Serap Keskin, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler, İÜHFİM, Cilt: 55, Sayı: 1-2, İstanbul, 2002, s. 59

yakınlarından birine veya tutuklunun belirlediği kişiye haber verilmesine” şeklinde bir ibareye yer verilmesi uygun olur. Haber tutuklamadan hemen sonra gecikmeksizin verilmelidir. Tutuklamanın amacını tehlikeye düşürdüğünden bahisle haber vermekten kaçınılamaz. Maddenin ilk fıkrasına göre haber verme tutuklamayı gerçekleştiren merci tarafından yapılır. Maddenin ikinci fıkrasına göre yapılacak haber vermede ise bir sınırlama bulunmaktadır. Şöyle ki, bizzat haber vermede soruşturmanın amacı tehlikeye düşecekse bizzat haber verme mümkün değildir. Soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmediği konusunun takdiri hakime aittir¹⁰⁶.

Alman ceza muhakemesinde, suçlunun tutuklama emri nedeniyle yetkili hakimin önüne götürülmesi halinde, hakim, suçlu istemese bile tutuklamadan suçlunun yakınlarını ya da güvendiği bir kişiyi haberdar etmelidir. Suçlunun bizzat haber verebilmesi ise, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmemesi koşuluna bağlıdır¹⁰⁷. Ancak uygulamada suçlunun açıkça kimseye haber verilmemesini istemesi halinde haber verme işlemi yapılmamaktadır. Oysa düzenlemenin amacı göz önünde bulundurulduğunda, suçlunun yakınlarının tutuklamayı öğrenmesinde kamu yararı bulunmaktadır ve doktrindeki hakim görüş tutuklamanın bildirilmesi gerektiği yönündedir¹⁰⁸. Düzenlemenin amacı ise, bir vatandaşın olaydan bağımsız bir üçüncü kişinin haberi olmaksızın, iz bırakmadan ortadan kaybolmasının önüne geçmektir. Bildirim, tutuklamanın devamına ilişkin her karardan sonra da yapılır. Aynı kişi hakkında birden fazla tutuklama kararı varsa, her birinin infazına başlandığında bildirim yükümlülüğü yeniden devreye girer¹⁰⁹. Hakim, eğer kötüye kullanma durumu varsa, örneğin; kişi bir iştirakçiye haber verecekse, soruşturma tehlikeye girecekse tutuklunun belirlediği bir yakını ya da güvendiği kişiye haber verilmesini engelleyebilir. Ancak haber verme yükümlülüğünden tamamen vazgeçilemez. Kişi çok sayıda yakını ve güvendiğine haber verilmesini isterse hakim bunların arasından bir seçim yapıp, bazılarını haber verilmesini emredebilir¹¹⁰.

Tutuklanan kişi yabancıysa vatandaşı olduğu ülkenin büyükelçiliği veya konsoloslughuna haber verilir. Ancak yabancı sanık karşı çıkarsa bu bildirim yapılmaz. Tutuklandığının konsolosluğa bildirilmesinin istenmesi şeklindeki sanık

¹⁰⁶ Yaşar, s. 493

¹⁰⁷ Roxin, s. 190

¹⁰⁸ Schafer, s. 211

¹⁰⁹ Pfeiffer, s. 500

¹¹⁰ Kleinknecht, Müller ve Reitberger, s. 523

isteminin yazılı olması gerekir. Kişinin tutuklandığı yakınlarına derhal bildirilir. Derhal sözcüğü mevcut şartlar içindeki en kısa zamanı ifade eder. İlgilinin eşi, anne, babası, çocukları gibi kan veya evlilik bağı nedeniyle kendisiyle ilişkisi olanlar yakın kavramına dahildir. Burada yakın kavramının saptanmasında kişinin beyanını esas almak gerekir. AİHM' de, tutuklamanın en kısa zamanda bildirilmesi konusunda şüphelinin sorgulanmasının, özgürlüğünün kısıtlanma nedenini anlamasına yeterli olduğu belirlenen durumlarda, bu sürenin iki ila ondokuz saat arasında olmasını Sözleşme' ye aykırı görmemiştir¹¹¹.

H. TUTUKLAMAYA KARŞI KANUN YOLU

İster hakim, ister mahkeme tarafından verilmiş olsun tutuklama kararlarına itiraz edilebilir. Mülga CMUK' a göre, uygulamada tahliye isteminin reddine ilişkin mahkeme kararına itiraz kabul edilmiyordu. CMK 101/2. Md.' de tutuklama, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlar tutuklamaya ilişkin sayılarak bu kötü uygulamaya son verilmek istenmiştir. Tutuklama isteminin reddi veya verilmiş tutuklama kararının geri alınması kararlarına karşı denetim muhakemesine gidilmiş olması, sanığın salıverilmesine engel olmaz. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir. Şüpheli veya sanığın tutukluluk halinin devamına veya salıverilmesine hakim veya mahkemece karar verilir. Ret kararına itiraz edilebilir. Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay' a geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu' nca dosya üstünden verilir¹¹².

Tutuklama kararına karşı itiraz, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren merciyeye verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek üzere zabıt katibine yapılacak bir beyanla olur. Kararına itiraz edilen mahkeme veya hakim itirazı yerinde görürse kararını düzeltir, yerinde görmezse en çok üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili merciyeye gönderir. İtiraz mercileri CMK'nın 267. Md. ' si vd.' da gösterilmiştir. Mercinin itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir. Ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Yani cumhuriyet savcısının tutuklama istemiyle hakim önüne çıkan şüpheli veya sanık hakkında

¹¹¹ Malkoç ve Yüksektepe, s. 296

¹¹² Öztürk ve Erdem, s. 526

tutuklama kararı verilmemesi halinde, cumhuriyet savcısı bu karara itiraz edebilir. İtirazı inceleyen mercinin tutuklama kararı vermesi halinde merci tarafından ilk defa verilen bu tutuklama kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir¹¹³.

CMK' da soruşturma evresinde tutuklama isteminin sulh ceza hakimince reddi kararına karşı cumhuriyet savcısının itirazında önemli bir sorun ortaya çıktığı, sorunun kaynağının gıyabi tutuklama kurumunun kaldırılmış olması olduğu, itirazı inceleyen merci itirazın kabulü düşüncesindeyse vereceği karar konusunda bir açıklık olmadığı, CMK' nın 271. Md.'sinde itiraz mercinin şüpheli veya sanığı dinleyeceğine dair bir hüküm bulunmadığı, CMK' nın 101/4. Md.'sinde sulh ceza hakimince tutuklama kararı verilmemesi halinde şüphelinin derhal serbest bırakılacağı belirtilmediği, dolayısıyla şüpheli veya sanığın mevcutlu olarak itiraz mercine gönderilmesinin mümkün olmadığı savunulmuştur¹¹⁴. Bu durum CMK' nın 98. Md.' sine 5353 SK' yla yapılan değişiklik sonrası düzeltilmiştir. Artık CMK'nın 98. Md.' sine göre tutuklama isteminin reddi kararına karşı itiraz üzerine, itiraz merciince, hakkında yeterli tutuklama sebebi bulunan şüpheli hakkında yakalama emri verilebilir. Hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi en geç yirmidört saat içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hakimine çıkarılır. Serbest bırakılmadığı takdirde yetkili hakim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır. Bu durumda duruşma yapılarak, müdafinin hazır edilerek tutuklama kararı verilmelidir¹¹⁵.

CMK' da itiraz halinde itiraz merciince şüpheli ya da sanık ve müdafinin dinlenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımca, artık itiraz merciince itirazın reddi durumunda, kişi hakkında en azından belli bir süre için tahliye umudu ortadan kalkacağından, sanığın istemi halinde, itiraz merciince de şüpheli ya da sanığın ve müdafinin dinlenmesinden sonra karar verilmesine ilişkin bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır. Ayrıca CMK' nın 104.Md.' sine göre şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında salıverilmesini isteyebileceği düzenlemesi mahkemeyi sürekli boş yere uğraştırabilecek bir düzenlemedir. Bu hususun özellikle istemin süresi ve yeni durum ortaya çıkması gibi koşullar dikkate alınarak daha objektif kriterlere bağlanması gerektiği düşüncesindeyim.

¹¹³ Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi, s. 356

¹¹⁴ Karagülmez, s. 129

¹¹⁵ Malkoç ve Yüksektepe, s. 287

Alman ceza muhakemesinde tutuklanan kişi, tutuklayan merciden her zaman tutukluluk durumunun incelenerek tutukluk halinin sona erdirilmesini ya da adli kontrol tedbirlerinden birine çevrilmesini isteyebilir. Ayrıca zaten savcılık ve mahkeme her zaman tutuklama şartlarının devam edip etmediğini incelemek durumundadırlar. Ancak eğer tutuklu, tutukluluğun incelenmesini istememiş ya da tutukluluğa itiraz etmemişse ve bir müdafisi de yoksa, mahkeme 3 ay sonra resmi olarak tutukluluğu incelemek zorundadır. Tutukluluğun incelenmesinde eğer tutuklunun istemi varsa mahkeme tutukluyu da dinler. Tutuklunun tahliye edilmemesi halinde daha sonraki istemler nedeniyle yapılan incelemelerde 2 ay geçmeden tutuklu dinlenmez. Ayrıca tutuklamaya itiraz imkanı da vardır. Bu halde tutuklamayı yapan mahkeme istemi karşılamazsa, itiraz hakkında eyalet mahkemesi karar verir. Bu mahkemenin kararına karşı da yüksek eyalet mahkemesine itiraz hakkı vardır. İtiraz mahkemesi duruşmasız olarak karar verir ve itiraz yürütmeyi durdurmaz¹¹⁶.

Konu ile ilgili olarak AİHS 5/4 Md.' si tarafından gerekli görülen yargısal kontrol, sadece içerik olarak ulusal hukukun şekli zorunlulukları değil, aynı zamanda tutuklamanın yerindeliğinin temelinde bulunan suç şüphesi, tutuklama ve özgürlüğün kısıtlanması ile gerçekleştirilmek istenen amacın meşruluğunu da kapsamalıdır. Bu bağlamda mahkeme, sanık tarafından tutuklanmasına karşı ileri sürülen gerekçeleri ve itirazları tartışmalıdır. Her ne kadar sanığın ve duruma göre müdafinin yaptıkları her itirazın karar esnasında dikkate alınması zorunlu olmasa da, sanık veya müdafinin tutuklamanın hukuka uygunluğuna karşı olarak getirdikleri somut olgular ne görmezlikten gelinebilir ve ne de önemsiz ve konu dışı olarak değerlendirilebilir¹¹⁷.

I. TUTUKLULUĞUN İNCELENMESİ

Tutukluluğun incelenmesi konusu CMK' nın 108. Md.'sinde düzenlenmiştir¹¹⁸. Tutuklama, insan özgürlüğünü sınırlayan geçici bir önlem olup, koşulların ortadan

¹¹⁶ Kindhauser, s. 124

¹¹⁷ Hans- Heiner Kühne ve Robert Esser, Çev: Oğuz Şimşek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tutuklama konusundaki yargısı – 2000 ve 2001 yıllarındaki gelişim üzerine bir inceleme - , Prof.Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, 2004, s.177

¹¹⁸ Tutukluluğun incelenmesi

kalkmasıyla sona erdirilmesi gerekir. Anayasa' nın 19/3. Md.' sinde, tutukluk durumunun sürdürülmesini, tutuklamayı gerektiren koşullar ve nedenlerin sürmesine bağlamıştır. Tutukluluğun incelenmesini soruşturma ve kovuşturma evrelerinde inceleyeceğiz.

1. Soruşturma Evresinde

CMK' nın 108/1,2. Md.' si soruşturma evresindeki tutukluluğun incelenmesini düzenlemiştir. Soruşturma evresinde, şüpheli veya cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde, en geç otuzar gün aralıklarla tutukluluğun sürdürülüp sürdürülmemesine karar vermesi gerekir. İstem üzerine, hakimin bu incelemeyi daha kısa sürelerle yapması da olanaklıdır. Sulh ceza hakiminin tutukluluk halinin devam edip etmemesine karar verirken, CMK' nın 100. Md.' sini gözetmesi gerekir. Örneğin; suçun delillerinin toplanması nedeniyle şüphelinin artık bunları ortadan kaldırması olanaksız hale gelmiş olabilir. Bu durumda sulh ceza hakimi, tutukluluğa son vermelidir. Tutukluluk durumunun incelenmesini cumhuriyet savcılığı isteyebileceği gibi, şüphelinin de istemesi mümkündür. Soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin kendiliğinden inceleme yapmaya yetkisi yoktur¹¹⁹.

Her ne kadar kanunda açıkça cumhuriyet savcısının tutukluluğun devamının gerektiğini talep edeceği belirtilmemekteyse de, bu sonuca CMK' nın 103/2. Md.' sinden kolayca ulaşılabilir. Nitekim eğer cumhuriyet savcısı tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısındaysa, tutukluyu kendiliğinden serbest bırakma yetkisini kullanabilir. Ayrıca sulh ceza hakiminden istemde bulunmasına gerek yoktur. Dolayısıyla 108/1. Md. gereğince cumhuriyet savcısının istemi sadece tutukluluk halinin devamının gerektiği noktasından ibaret olacaktır. Maddenin ikinci fıkrasına

MADDE 108. – 1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibari ile tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından 100 ncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verir.

2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.

3) Hakim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde re'sen karar verir.

¹¹⁹ Yaşar, s. 494

göre, inceleme istemi, şüpheli veya müdafî tarafından da yapılabilir. Ancak bu istem elbette tahliye istemine ilişkin olacaktır¹²⁰.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bir kararında, hakimin tutuklamanın devam edip etmeyeceğini denetleme sürecinde ilgili kişinin dinlenmemesinin sözleşmeyi ihlal etmeyeceğini belirtmektedir. Çünkü Komisyon' a göre, AİHS Md. 6/1 anlamında silah eşitliği burada söz konusu olmadığı gibi, olayda ilgilinin tutukluluğunun denetimini isteyen dilekçeleri mahkemelerce gecikmeksizin işleme konulmuştur¹²¹. Ancak AİHM, Sanchez – Reisse/ İsviçre davasında Habeas Corpus prosedürünün de duruşmalı olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir¹²². Kanımca şüphelinin istemi halinde tutukluluğun incelenmesinin huzurda yapılması, şüphelinin tahliye istemine ilişkin nedenleri sözlü olarak inceleme merci önünde dile getirebilmesine ilişkin düzenleme yapılması daha uygun olacaktır.

2. Kovuşturma Evresinde

CMK' nın 108/3. Md.' sinde kovuşturma evresinde, tutukluluk halinin sürüp sürmeyeceğinin incelenmesi düzenlenmiştir. Hakim veya mahkeme, tutuklu bulunan sanığın, tutukluk halinin devam edip etmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektiğinde oturumlar arasında re' sen karar verir. Mahkemenin karar verirken, 1. Fıkra da olduğu gibi CMK' nın 100. Md.' sini göz önünde bulundurması gerekir. İnceleme, duruşmada oturumdan oturuma yapılır. Ancak koşullar gerektiğinde, örneğin, kanıtların değişmesi nedeni ile, sanığın salıverilmesi söz konusu ise, oturum arasında da inceleme yapılması olanaklıdır. Mahkeme bu incelemeyi istek olsun olmasın kendiliğinden yapar ve karar vermeden önce cumhuriyet savcısının görüşünü alması gerekir. Tutuklu sanıklar hakkındaki duruşmalara otuz günden fazla ara verilmemelidir. Ancak, işlerin çokluğu nedeni ile duruşma daha uzağa bırakılmışsa, duruşma aralığında gereken inceleme yapılarak, tutukluluk durumunun devam edip etmeyeceği karara bağlanmalıdır¹²³.

¹²⁰ Gökten Koçyıldırım, CMK' da Yeni Tutuklama Sistemi, Hukuk Gündemi, Ağustos 2005, Sayı: 2, s. 76

¹²¹ Centel, Yakalama ve Tutuklama, s. 101

¹²² Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, s. 161

¹²³ Yaşar, s. 495

Bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay aşamalarında ileri sürülecek salıverme istemleri için doğası gereği dosya üzerinde incelenir. Yani cumhuriyet savcısının, sanığın veya müdafinin dinlenmesi söz konusu değildir. Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay' a geldiğinde, ileri sürülecek salıverilme istemlerinin bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay' ın ilgili dairesince ya da ceza genel kurulunca karara bağlanması gerekir. Bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay, ilk derece mahkemesinde olduğu gibi istem olmaksızın da kendiliğinden salıverme kararı verebilirler¹²⁴.

Uygulamada özellikle iş yoğunluğu gerekçe gösterilerek tutuklu sanıkların duruşmalarına otuz günden fazla ara verilebilmekte ve bu arada tutukluluk durumları incelenmemektedir. Kanımca soruşturma evresinde şüphelinin tutukluluk durumu en geç otuzar günlük sürelerle incelenirken, kovuşturma evresinde bu süreden daha uzun bir sürede inceleme yapılabileceğinin kabulü yanlıştır. Kovuşturma evresinde de, eğer otuz gün içinde bir sonraki oturum yapılamıyorsa bile, sanığın tutukluluk durumu mutlaka incelenmelidir.

İ. TUTUKLULUK SÜRESİ

Ceza muhakemesi hukukumuzda tutuklamanın bir süreye bağlanması ilk defa mülga CMUK' un 110. Md.' sinde 3842 SK' yla yapılan değişiklikle uygulanmıştır. Devletin hazırlık soruşturması veya son soruşturmayı kısa zamanda bitirememesinin mağduru tutuklu olamaz. Devlet, soruşturmayı en kısa zamanda bitirmek zorundadır. Devletin olanaklarının olup olmaması tutuklunun sorunu değildir. Öte yandan devletin olanaklarının yetersizliği, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin teminatsız kılınmasının gerekçesi olamaz. O halde Anayasa' nın 19/7. Md.' si hükmü doğrultusunda ceza muhakemesi hukukuna getirilen düzenleme ilke olarak yerindedir. Böyle bir düzenleme, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin teminatı olmuştur¹²⁵.

Karşılaştırmalı hukukta tutukluluk süresiyle ilgili farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Alman hukukunda özgürlüğü bağlayıcı ceza veya özgürlüğü bağlayıcı bir emniyet tedbiri içeren bir hüküm verilmedikçe, aynı eylemden dolayı tutukluluk süresi en fazla 6 ay olabilir. Ancak tutuklama nedenlerinin devam etmesi

¹²⁴ Koparan, s. 167

¹²⁵ Zeki Hafızoğulları, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, AÜHFD, Cilt: 43, Sayı: 1-4, Ankara, 1993, s. 37

koşuluyla, soruşturmada özel zorluklar varsa ya da soruşturmanın kapsamı ya da diğer önemli bir neden hüküm verilmesini engelliyor ve tutuklamanın devamını haklı gösteriyorsa, yüksek eyalet mahkemesi kararıyla bu süre 6 ayı aşabilir. İtalyan hukukundaysa, yüklenen suçun gerektirdiği hapis cezası dikkate alınarak üç aydan altı yıla kadar değişen tutukluluk süreleri bulunmakta, Avusturya hukukunda ise delilleri karartma tehlikesi nedeniyle yapılan tutuklamalarda iki aylık üst süre bulunmakta, karmaşık olaylarda bu süre üç aya kadar uzatılabilmektedir. Diğer nedenlere dayanılarak yapılan tutuklamalarda ise, sınır altı ay olmakla birlikte, bir yıla kadar uzatılabilmektedir. Yaptırımı beş yıl olan özgürlüğü bağlayıcı cezalarda ise, iki yıla kadar uzatma mümkün olabilmektedir¹²⁶.

Tutuklulukta geçebilecek süre CMK' nın 102. Md.' sinde düzenlenmiştir¹²⁷. Bu başlık altında kanundaki ayrımı esas alarak tutuklulukta geçebilecek sürenin ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen ve ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda ne kadar olacağı ile AİHM' in tutukluluk süresine ilişkin yaklaşımını inceleyeceğiz

1. Ağır Ceza Mahkemesinin Görevine Girmeyen Suçlarda Tutukluluk Süresi

Ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmeyen suçların yargılaması sulh ceza mahkemeleri ile asliye ceza mahkemeleri tarafından yapılır. Mahkemeler arasındaki görev ayrımı 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun' da düzenlenmiştir.

Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde –yani, TCK' da yer alan yağma (Md. 148), irtikap (Md. 250/1-2), resmi belgede sahtecilik (Md. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (Md. 158), hileli iflas (Md.161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlar dışında kalan suçlarda, kısaca on yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, (Md.12

¹²⁶ Mahmutoglu, s. 173

¹²⁷ CMK102. Md.: (1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak, bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

(2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.

(3) Bu maddede öngörülen uzatma kararları, cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilir.

Teş.K)- tutukluluk süresi en çok altı ay olup, bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek dört ay daha uzatılabilirken, yani tutuklama süresi, uzatmalar dahil toplam 10 ayı geçemezken¹²⁸, CMK' da 5560 SK' yla yapılan değişiklikle, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıl olarak belirlenmiş, bu sürenin zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilmesine olanak tanınmıştır.

Kanımca tutuklama için bir üst sınır belirlendikten sonra artık bir de uzatma süresi belirlemeye gereksinim yoktur. Belirlenen uzatma süresi, ülkemizin bu konudaki önceki kötü uygulamaları da gözetildiğinde, açığa imza niteliğine dönüşebilecek bir tehlikeliliği barındırmaktadır. Ayrıca tutukluluk süresi konusunda ayrıma gidilirken adli teşkilat yapısına uygun olarak sulh- asliye- ağır ceza mahkemesi ayrımı yapmanın daha uygun olduğunu düşünmekteyim. Çünkü 5235 SK' nın 10. Md.' sine göre sulh ceza mahkemeleri üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçların yargılamasını yapmaktadır ve bu suçların yargılamasının yapıldığı bir mahkemeye, kişiyi birbuçuk yıla kadar tutuklu bırakabilme yetkinin verilmesinin oranlılık ilkesine aykırı olduğu kanısındayım.

2. Ağır Ceza Mahkemesinin Görevine Giren Suçlarda Tutukluluk Süresi

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir. Uzatma süresi toplam üç yılı geçemez. Burada uzatma sürelerinin toplamının mı 3 yılı geçemeyeceği, yoksa asıl süre ile birlikte toplam 3 yılı mı geçemeyeceği yönünde bir tartışma başlamıştır. Eğer ilk düşünce kabul edilecek olursa, tutuklama süresi en fazla 2+3=5 yıl olabilir. Buna karşılık söz konusu ifade, asıl tutuklama süresi olan 2 yıl ile birlikte toplam 3 yılı geçemeyecek şeklinde kabul edilecek olursa, uzatma süresi 1 yıl şeklinde anlaşılmalıdır. Görüldüğü üzere yasal düzenlemenin ifadesinde zaafiyet bulunmaktadır. Yasal düzenlemenin şüpheli ya da sanık lehine yorumlanması ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarda toplam tutuklama süresinin en fazla 3 yıl olarak anlaşılması gerektiği savunulmuştur¹²⁹.

¹²⁸ Öztürk ve Erdem, s. 519

¹²⁹ Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi, s. 361; Köksal Bayraktar, Yeni CMK' da Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 32, İstanbul, 2005, s. 2865; Süheyl Donay, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 126

Ancak ne yazık ki, toplam tutuklama süresinin 2+3=5 yıl olarak kabulü gerekmektedir. Aslında CMK 2001 tasarısında tutukluluk süresi sadece 2 yıldır. TBMM Adalet Alt Komisyonunda bu düzenleme değiştirildi ve ağır cezalı işlerdeki süre hariç, şu anda CMK' da bulunan metin kabul edildi. Ağır cezalı işler için ise iki artı bir formülü benimsendi. Böylece, bu durumlarda toplam tutuklama süresi üç yıldır. Ne var ki, TBMM Adalet Komisyonu, üç artı bir formülünü, yani toplam üç yıllık tutuklama süresini az bularak, iki artı üç formülünü kabul ederek, toplam tutukluluk süresini beş yıla çıkardı. Bu düzenleme kanun yapma tekniğine uygun değildi. Uzatmalar temel süreden uzun tutuldu. CMK' nın TBMM Genel Kurulu' ndaki görüşmeleri sırasında verilen bir değişiklik önergesi ile son saniyede Md. 252' ye bir ikinci fıkra eklendi. Buna göre "250 nci maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından (yani terör suçları bakımından), kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır". Başka bir ifade ile, terör suçlarında tutuklama on yıla kadar uzayabilecektir, ne var ki, bununla da yetinilmedi. CMK Yürürlük Kanunu' nun 12. Md.' sinde tuhaf bir düzenleme yapıldı. Buna göre; "Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 102. Md.' si, aynı Kanun' un 250/1-c Md.' sinde yazılı suçlar (terör suçları) bakımından, 1 Nisan 2008 tarihinde yürürlüğe girer. Bu süre zarfında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu' nun 110. Md.' sinin uygulanmasına devam olunur". Bilindiği gibi, 3842 sayılı Kanunla değişik eski CMUK Md. 110' a göre, ağır cezalı işlerde tutuklamanın ucu açıktır¹³⁰.

Yargılama süresi ile tutukluluk süresi farkı kavramlardır. Fakat tutukluluk süresinin makul olan yargılama süresini aşamayacağı doğal bir sonuçtur. Bu bağlamda CMK' nın 102. Md. 'sinde öngörülen tutukluluk süresinin beş yıl olarak kabul edilmesi halinde, tutukluluk süresinin iki kat olarak uygulanmasını düzenleyen CMK' nın 252/son Md.' si uyarınca, tutukluluk süresinin on yıla kadar çıkması söz konusu olabilecektir. Her iki maddeyi de AİHS hükümleri ve bu hükümlere anlam veren AİHM kararları ile birlikte yorumlarsak, kabul edilmiş olan tutukluluk sürelerinin daha baştan AİHS bağlamında makul olmaması gibi çarpık ve Anayasa' nın 90/son Md.' si ile de bağdaşmaz bir durum ortaya çıkacaktır¹³¹.

¹³⁰ Öztürk ve Erdem, s. 520-521

¹³¹ Kaan N. Karcıoğlu, Ceza Muhakemesi Kanununun 102. Maddesine Göre Ağır Ceza Mahkemesinin Görevlerine Giren İşlerde Tutukluluk Süresi, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 6-7, 2005, s. 67

Uzatma kararları, cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilir. Kanun' da bu süjelerin dinlenmesinden söz edilmediği için, uzatma kararları duruşmasız olarak dosya üzerinden verilebilir. Kanun' a göre duruşma dışındaki kararlar yazılı ve sözlü görüş alınarak verilebilir¹³².

3. AİHM' in Tutukluluk Süresine İlişkin Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin, tutuklanan kişinin, makul bir süre içinde mahkeme edilme veya adli bir soruşturma sırasında serbest bırakılma hakkının bulunduğunu belirten 5/3 Md.' si hükmünü, belli bir tutukluluk süresi bulunması gerektiği biçiminde yorumlamamakta, somut olayın özelliklerini göz önüne almaktadır. Bu nedenle sözleşmeye üye ülkelerin hukuk sistemlerinde tutuklama için sınırlandırıcı bir süre bulunması sözleşme açısından şart değildir. Karşılaştırmalı hukukta tutuklama için üst sınır öngören ülkeler bulunduğu gibi, bunu öngörmeyenler de vardır. Örneğin Belçika, Danimarka ve Norveç hukuk sistemlerinde tutuklama için bir üst sınır öngörülmüş değildir. Buna karşılık İsviçre, Alman, Avusturya, İtalyan ve Polonya hukuk sistemlerinde tutuklama için üst sınır öngörülmüştür¹³³.

AİHM' in tutuklama süresi konusundaki yaklaşımında önceden kesin bir süre belirleyip, bu süreyi aşan yargılama hallerini sözleşmeye aykırı bulmak gibi bir durum söz konusu değildir. Mahkeme, her başvuruyu kendi somut koşulları çerçevesinde değerlendirmektedir. Ancak bazı istisnalar dışında üç yılı aşan tutukluluk sürelerinin AİHS' in 5/3. Md.' sini ihlal ettiğinin kabul edildiği görülmektedir¹³⁴. AİHM, 08.05.1995 tarihli Mansur/ Türkiye kararında Türkiye' den Yunanistan' a uyuşturucu madde ithal etmesi nedeniyle Yunanistan' da dört yıl cezaevinde kaldıktan sonra Türkiye' ye dönüşünde aynı suçtan Türkiye' de yargılanırken 01.11.1984 – 30.04.1991 tarihleri arasında tutuklu olarak yargılanan, 30.04.1991-01.07.1991 tarihleri arasında da hakkında verilen otuz yıl ağır hapis cezası nedeniyle hükümlü olarak cezaevinde bulunan ve tutukluyken tahliye istemi yirmi sekiz defa reddedilen İran uyruklu Sadi Mansur hakkında işlediği suçun ağır cezalı bir suç olması, diğer yandan mahkumiyetini gerektirecek ciddi deliller bulunması ve hatta bunu mahkumiyet kararının doğrulamasının gerekçe gösterilerek tutukluluk

¹³² Centel ve Zafer, s. 270

¹³³ Centel ve Zafer, s. 271

¹³⁴ Karcılıoğlu, s. 66

halinin uzatılmayacağını belirterek, Türkiye aleyhine davayı sonuçlandırmıştır¹³⁵. Yine AİHM, Yağcı ve Sargın/ Türkiye kararında eski TİP Genel sekreteri N.Yağcı ve eski TKP genel sekreteri K. Sargın'ın Türkiye'ye döndükten sonra, 16.11.1987-04.05.1990 tarihleri arasında tutuklu kalmalarıyla ilgili davada, davacıların Türkiye'ye kendi istekleriyle dönmüş olmaları, dolayısıyla kaçma şüphelerinin olmadığı, ulusal mahkeme kararında neden bir kaçma tehlikesinin bulunduğuna ilişkin hiçbir açıklama olmadığı, delillerin de tutukluluğun devamını haklı kılmak için yeterli olmadığını belirterek, tutuklu kalınan süreyi Sözleşme'nin 5/3. Md.'sine aykırı bulmuştur¹³⁶.

Tutuklama kararının kaleme alınması sırasında mahkemeler ve ceza kovuşturması organlarının her ikisi de stereotip açıklamalardan ya da kelime kelime aynı tekrarlamalardan kaçınmalıdır. Tutuklama kararının verildiği anda mevcut olan suç şüphesi ve buna bağlı olan suç ne kadar ağır olursa olsun, muhakemenin güvencesi amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ancak belirli bir zamana kadar haklı gösterilebilir. Tutukluluk süresi ne kadar uzun sürerse, özgürlüğün kısıtlanmasına devam edilebilmesi için, bir o kadar fazla gerekçe ve delil göstermek gerekmektedir. AİHM, dört yıldan fazla süren bir tutukluluk süresi için "özellikle kuvvetli nedenler" in varlığını aramaktadır. AİHM, bir kaçma tehlikesi iddiasının kabulü için yüksek gereklerin varlığını öngörmektedir. Yeteri derecede gerekçelendirebilmek için, üç yılı aşkın bir tutuklamadan sonra somut olguların bu iddiayı desteklemesi gerekir. Suç isnadının ağırlığı ve verilme olasılığı bulunan cezanın yüksekliği, tek başına duruşma aşamasından önce yıllarca süren tutukluluk bakımından yeterli gerekçe oluşturmaz. Sanığın serbest bırakılması halinde kamu düzeninin tehlikeye düşmesi bakımından da durum aynıdır. Kanun dışı dayanışma ve delilleri karartma tehlikesi de somut olgulara dayanmak zorundadır. Tutuklu ile birlikte olan diğer sanığın serbest bırakılması, tutuklu için verilmesi olası ceza miktarı bunun için yeterli değildir¹³⁷.

AİHM, 1968 yılından beri konu ile ilgili verdiği kararlarla ilgili olarak geliştirdiği kriterlerle konuyu somutlaştırmıştır. Mahkeme, her şeyden önce makul tutukluluk süresi hakkında gün, ay, yıl gibi bütün davalara uygulanabilecek kesin süreler

¹³⁵ Durmuş Tezcan, AİHM' de Açılan Türkiye'ye İlişkin Bazı Davalar Hakkında Gözlemler, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2001, s. 54

¹³⁶ Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004, s. 192

¹³⁷ Kühne ve Esser, Çev: Oğuz Şimşek, s. 168

koymanın mümkün olmadığını, bunun her olayın niteliğine göre değişebileceğini belirtmektedir. Tutukluluğun makul süreyi aştığına ilişkin yapılan başvuruları AİHM üç aşamada incelemektedir. Birinci aşamada, tutukluluk süresince sanığın suç işlediği yolundaki şüphelerin devam edip etmediğini incelemektedir. Ancak makul suç şüphesi belli bir süre geçtikten sonra yeterli değildir. İkinci aşamada, ulusal yargı mercileri tarafından tutukluluk süresinin devamı için başka gerekçe gösterip gösterilmediğini ve bu gerekçelerin tutuklulukla ilgili ve tutukluluk için yeterli olup olmadığını incelemektedir. Eğer bu gerekçeler ilgili ve yeterli görünüyorsa, incelemesini devam ettirip, üçüncü aşamada, yetkili makamların tutuklu sanığın muhakemesi sırasında gerekli özeni gösterip göstermediğini araştırmaktadır¹³⁸. AİHM tarafından, tutukluluk halinin sürdürülmesini haklı ve makul göstermek için devletlerce öne sürülen, sanığın delilleri yok etmesi, kaçması veya yeniden suç işlemesi tehlikesi gibi gerekçeler anlayışla karşılanmaktadır. Bu konuda, sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, mal varlığı, ailesi ve ülkesiyle olan bağları gibi hususları da göz önüne alarak tutukluluk süresinin makul olup olmadığını belirlemektedir¹³⁹. Bir olayda tutukluluğun devamı, masumiyet karinesine rağmen kişi özgürlüğü kuralına karşı ağır basan gerçek bir kamu yararı bulunduğu dair olaya özel belirtilerin bulunması halinde haklı görülebilir¹⁴⁰.

AİHM' e göre, ulusal mahkemelerin somut olayda tutuklamanın makul süreyi aşip aşmadığını belirlerken, masumluk karinesini de göz önünde bulundurarak, kişi özgürlüğünün sınırlanmasını meşru kılan tüm koşulları araştırıp incelemeleri ve bunun gerekçesini de kararlarında açıkça göstermeleri gerekir. AİHM' e göre, tek başına suç işleme şüphesi, tutuklama için zorunlu bir koşul ise de, belirli bir aşamadan sonra bu tek başına tutuklamaya gerekçe oluşturmaz. Ulusal mahkemelerin tutuklamanın devamına karar verirken, dayandıkları gerekçenin hala bu tedbiri gerekli kılıp kılmadığını kararlarında belirtmeleri zorunludur. Uygulamada bazen olduğu gibi, gelişigüzel, basmakalıp gerekçelerle verilen tutuklamanın devamına ilişkin kararlar AİHS 5. Md.' sinin ihlali niteliğindedir¹⁴¹. AİHM, terörle mücadele gibi bazı özel durumların tutukluluk süresini uzatabileceğini kabul etmektedir. Ancak sadece terör eylemleriyle bağlantılı olması şüphesiyle tutuklanan

¹³⁸ Faruk Turhan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 3-4, Konya, 2001, s.107

¹³⁹ Ünal, s. 155

¹⁴⁰ 06.04.2000 tarihli AİHM Labita/ İtalya Kararı, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, İstanbul Barosu Yayınları, Cilt: 3, İstanbul, 2000, s. 331

¹⁴¹ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, AİHS ve Uygulaması, s. 176

bir kişi hakkında bu durumun bir açık ek te vermediğini düşünmektedir. Mahkeme verdiği kararlarda, 15 ay sonra artık bir karartma şüphesinden ya da 31 ay sonra bir kaçma şüphesinden söz edilemeyeceğini belirtmektedir¹⁴².

IV. TUTUKLUNUN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun' un 114. vd. Md.' lerinde tutukluların hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Burada önce haklardan sonra yükümlülüklerden bahsedeceğiz.

Tutuklu, bir muhakeme hukuku tedbirinin sonucu olarak özgürlüğü kısıtlanan kişi olduğundan, onun tutukevindeki durumu hükümlüden önemli lde farklılıklar gösterir. Tutuklunun hakları hükümlüye göre daha fazladır. Bir defa çalışma ve cezaevi kıyafeti giyme yükümlülüğü yoktur. Bu haklar kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmekle birlikte, bazı durumlarda kısıtlayıcı önlemler alınabileceği de belirtilmiştir. Tutuklu, henüz suçluluğu sabit olmayan kimse olmakla beraber, tutukevinde iken infaz kurumunun kurallarına uyması gerekir. Bu nedenle, hükümlüler hakkında uygulanan yükümlülükler, tutuklunun hukuki durumu ile bağdaştığı lde tutuklu hakkında da geerlidir¹⁴³.

A. TUTUKLULARIN HAKLARI

Tutukluların haklarını; dosyayı inceleme hakkı, tutuklama kararının infazının ertelenmesi hakkı, müdafii yardımından yararlanma hakkı, ziyaretçi kabul hakkı, haberleşme hakkı ve çalışma hakkı olarak ayırabiliriz.

1. Dosyayı İnceleme Hakkı

Dosyayı inceleme hakkı denilince akla bizzat tutuklu şüpheli veya sanık ya da müdafii tarafından dosyanın incelenmesi gelmektedir. Savunmanın bu iki farklı sujesini ayrı başlıklar halinde inceleyeceğiz.

¹⁴² Grabenwarter, ř 21/ 29

¹⁴³ Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 168

a. Tutuklu Sanık Açısından Dosyayı İnceleme Hakkı

CMK' da müdafinin dosya inceleme yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, şüphelinin veya sanığın böyle bir yetkiye sahip olup olmadığı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle bu durum doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bir görüşe göre¹⁴⁴, dosya inceleme yetkisi sadece müdafiyeye tanınmış, bunun yanında şüpheli veya sanığa tanınmamıştır. Bu durumda şüphelinin veya sanığın kendi dosyasını incelemesi kabul edilemez. Bunun nedeni dosya içeriğinin bu kişiler tarafından bozulması, önemli bazı belge ve delillerin yok edilmesi tehlikesinin bulunmasıdır. Kanunun bu yetkiyi sadece müdafiyeye tanınması onun meslek kurallarına bağlı olması ve dosyayı tahrif etmesinin düşünülmeceğinden kaynaklanmaktadır. Hatta sanığın avukat olması durumunda bile dosyayı incelemesi mümkün değildir. Diğer bir görüşe göre¹⁴⁵ ise, kanunda açıklık bulunmaması, sanığın kendi dosyasını incelemekten yasaklandığı anlamına gelmemektedir. CMK' da zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmediğinden, müdafii bulunmayan şüphelinin veya sanığın dosyayı inceleyebilmesinin engellenmesi savunma hakkını kısıtlayıcı niteliktedir. CMK' nın 150. Md' sinin 2 ve 3. fıkralarına göre kendisine zorunlu olarak müdafii atananların dışındaki şüpheli veya sanıkların dosyayı inceleyebilmesine olanak tanınmalıdır.

AİHM' in 19.10.2000 tarihli Wloch/ Polonya kararında belirttiği gibi, eğer iddia makamının temsilcisi gerekçelerini muhakeme dosyasındaki belirli dokümanlara dayandırıyor, bu takdirde sanığa veya onun müdafisine iddia makamının gerekçe ve görüşlerine karşı etkin biçimde vaziyet alabilme olanağının tanınması gerekir. Bu ise belirli durumlarda savunmanın bu dokümanlara ulaşmasını gerektirebilir. Dosyaya ulaşma ve iddia makamının tutukluluğun devamına ilişkin görüşleri hakkında bilgi sahibi olabilme hakkı arasında karşılıklı bir ilişki mevcuttur. Eğer "savunma" yargılamanın bu aşamasında dosyaya ulaşma hakkına sahip olmamış ise, tutuklama nedenleri hakkında tutuklama müzekkeresinde yer alan bilgiler AİHS' in 5/4. Md' sinde öngörülen yargılamaya ilişkin gerekleri karşılamış olmaz¹⁴⁶.

¹⁴⁴ İbrahim Vidinli, Müdafiiin Dava Evrakını Tetkik Selahiyeti, Adalet Dergisi, Yıl: 36, Sayı: 12, Ankara, Aralık 1945, s. 1300; Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2000, s. 395

¹⁴⁵ Mehmet Emin Alşahin, Müdafiiin Dosya İnceleme Yetkisi, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 40, İstanbul, 2006, s. 1054; Murat Aksan, Yeni CMK' da Dava Evrakı İnceleme Yetkisi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Mart 2005, s. 124; Erol Deniz Er, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 261

¹⁴⁶ Kühne ve Esser, Çev: Oğuz Şimşek, s. 173

Yine AİHM' e göre, kural olarak dosyayı inceleme hakkı sağlanmalıdır. Sözlü olarak yapılan açıklamalar veya tutuklama müzekkeresinde yer alan bilgiler esas itibari ile dosyadan bilgi sahibi olma hakkının yerine geçemez. AİHM 13.02.2001 tarihli Schöps/ Almanya kararında bu konuyu açıklamıştır¹⁴⁷. AİHM tarafından kural olarak savunmanın dosyayı inceleme hakkı bulunmaktaysa da, mevcut dosyanın tamamının incelenmesinin engellenmesi de tamamen göz ardı edilmemiştir. Ancak engellemede önemli bir biçimde sınırlandırma getirilemez¹⁴⁸. AİHM' in 18.03.1997 tarihli Foucher/ Fransa' ya karşı kararı açıkça müdafii olmayan sanığa da dosya inceleme hakkı tanıdığı için, CMK' da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, doğrudan AİHM 6/1. Md. ve 5/4. Md.' sine dayanmak suretiyle, müdafii olmayan sanığa da dosya inceleme hakkının tanınması zorunlu görünmektedir. Gerçi müdafii, sanıktan farklı olarak "yargının bir organı olan" ve bu yüzden de kendi kişisel bilgisini, soruşturma amacını tehlikeye düşürmemek için kötüye kullanmama yükümlülüğü altında bulunan müdafiiye dosyayı inceleme hakkı tanınmasının bir sakınca oluşturmayacağı iddia edilebilir. Ne var ki, müdafii, soruşturma ile ilgili konularda sanığa bilgi vermesini önlemeye yönelik bir güvence mevcut değildir. Öyle ki, müdafii, sanığa esas itibariyle tüm dosya içeriği ile ilgili bilgi vermeye yetkili, hatta yükümlüdür. Sanığa bizzat dosya inceleme hakkının tanınmasının ortaya çıkarabileceği sakıncalar, onun müdafiiinin bulunması durumunda da mevcut olduğuna göre, müdafii olmayan sanığa dosya inceleme hakkı tanınmamasını haklı gösterebilecek bir neden bulunmamaktadır¹⁴⁹.

¹⁴⁷ "Başvurucunun kendisine yönelik isnatlar hakkında sulh ceza hakimi ve tutuklama müzekkeresi yoluyla bilgilendirildiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte bu yolla elde edilmiş olan bilgiler, yalnızca eyalet mahkemesi tarafından olguların değerlendirilmesine dayanarak sadece sonuç çıkarma niteliğinde olan bilgilerdi ki, bunlara da ancak savcılık ulaşabilmişti. AİHM' in kanaatine göre, bu tür sonuç çıkarmanın dayandığı olgular hakkında bizzat bilgi edinmeksizin bu tür bir isnadın güvenilirliğini makul biçimde tartışma konusu yapmak, sanık için hemen hemen mümkün değildi. Oysa bu, sonuç çıkarmanın dayandığı diğer deliller, ifadeler ve bilgi elde etmek konusunda, sanığa yeterli olarak inceleme olanağının tanınmasını gerektirir. Bunun için incelenmesinin talep ettiği bu delillerin kendisinin bunlara ulaşmadaki amacını karşılayıp karşılamadığına bakılmaz." (AİHM, Schöps/ Almanya, Karar Tarihi: 13.02.2001, § 50 = StV 2001, 203) Kühne ve Esser, Çev: Oğuz Şimşek, s. 174

¹⁴⁸ "Mahkeme, ceza işlerinde etkin bir soruşturma zorunluluğunu kabul etmektedir ki, bu da hazırlık soruşturmasında toplanan bilgilerin bir kısmının, delilleri karartmasının ve bu yolla yargının işleyişini çıkmaza sokmasını engellemek için şüpheliden gizli tutulmasını gerektirebilir. Ancak bu haklı amaç, savunmanın haklarının önemli biçimde sınırlandırılması suretiyle izlenemez. Bu yüzden bir kişinin tutukluluğunun hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi için önem taşıyan bilgilere şüphelinin avukatının uygun biçimde ulaşabilmesi gerekir." (AİHM, Lietzow/ Almanya, Karar Tarihi: 13.02.2001 § 47) Kühne ve Esser, Çev: Oğuz Şimşek, s. 175

¹⁴⁹ Mustafa Ruhan Erdem, AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, İzmir, 2004, s. 108

Kanımca da müdafisi olmayan tutuklu şüpheli ya da sanığın dosyayı inceleme hakkına getirilecek sınırlamalar en başta silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır. Bu kişilerin dosyaya zarar verme olasılıkları bulunduğu varsayımı, dosyanın kalemde gözetim altında incelenmesiyle aşılabilir. Kaldı ki, bir çok avukat görevinin gereklerine aykırı hareket etmekten dolayı yargılanmaktadır. Ayrıca failin dosyada bulunan tanık ifadelerini okuduktan sonra intikam güdüsüyle hareket edebileceği akla gelebilirse de, aynı risk yukarıda belirttiğimiz gibi müdafii tarafından aktarılabilecek bilgiler için de geçerlidir.

b. Tutuklu Sanığın Müdafii Açısından Dosyayı İnceleme Hakkı

Savunma özerk ve teknik bir eylemdir. Bu nedenle, müdafii özerk usul hak ve yetkilerine sahiptir. Müdafinin savunma görevini gereği gibi yerine getirilebilmesi için sanık hakkındaki suçlamayı leh ve aleyhindeki tüm delilleri bilmesi, gerektiğinde görmesi gereklidir. İtham muhakemesinin özlülük özelliği, sanığa ve müdafine kural olarak bu olanağı sağlamaktadır¹⁵⁰.

Mülga CMUK, 3842 sayılı Kanun' la değiştirilmeden önce, müdafii ancak iddianamenin mahkemeye verilmesinden itibaren dosyayı inceleyebiliyordu. İstisnai olarak soruşturmanın amacına zarar vermemek koşuluyla bu konuda daha önce de izin verilebiliyordu. Bu değişiklikten sonra, avukatı hazırlık soruşturmasını yürüten savcıya eşit kılmaya çalışmanın işin doğasına aykırı olduğu, bir avukattan müvekkilinin aleyhine hareket etmesi beklenemezken, savcının sanığın lehine de hareket edebileceği, hazırlık soruşturmasında gizliliğin ortadan kalkmasının özellikle organize suçlulukla mücadele bakımından oldukça olumsuz bir ortam yarattığı öne sürülmüştür¹⁵¹. Müdafii, CMK' nın 153/1. Md.' si gereğince soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız alabilir. Müdafii soruşturmaya ilişkin her türlü kağıt ve belgeyi inceleyebilir. Bunlar ses kayıtları, fotoğraflar, leh ve aleyhe tüm belgeler vb.' dir. Suçluluğun veya suçsuzluğun kanıtlanmasında önemli sayılacak bilgiler içeren belgelerin incelenmesinin engellenmesi mümkün değildir. Çünkü böyle bir davranış savunma hakkının ihlali

¹⁵⁰ Hakkı Y. Doğan, Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994, s. 114

¹⁵¹ Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Adalet Yayınevi, İzmir, 1996, s. 134; Hafizoğulları, s. 38

anlamına gelir. Müdafininin dosyayı inceleme yetkisi soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek olması halinde savcının istemi üzerine sulh ceza hakimince kısıtlanabilir. Ancak önceden bilinmediği takdirde başarıya ulaşacak bir soruşturma işleminin yapılacağı dosyadan anlaşılacaksa, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesinden söz edilebilir. Tehlike, soyut değil somut olmalıdır. Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları, tanık, keşif, muayene gibi şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları müdafininin incelemesi engellenemez¹⁵². Müdafinin dosya inceleme yetkisi yalnızca soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği durumlarda kısıtlanabilir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme; soruşturmanın geciktirilmesi, engellenmesi, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması vd. demektir. Soruşturmanın amacının ne zaman tehlikeye düşeceğini her somut olay için ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Örneğin; müdafinin dosya içeriğini öğrenmesi, toplanmakta olan delilleri karartacak veya sanık hakkında uygulanacak bir koruma tedbirini sonuçsuz bırakacaksa müdafinin bu yetkisi kısıtlanabilir¹⁵³.

Müdafî kural olarak soruşturma evresinin başından sonuna kadar dosyayı inceleme hakkına sahiptir. Bu hak, iddianamenin kabulünden sonra mutlak hale gelmektedir. CMK' nın 153/4. Md.' sinde muhafaza altına alınmış delilden söz edilmesi bir sınırlama değildir. Yani burada avukatın tüm dosyayı ve bu arada da tüm delilleri değil de, sadece muhafaza altına alınanları görebileceği şeklinde bir yorum yapılması kabul edilemez¹⁵⁴. Müdafinin dosyayı incelemesi için vekaletname aranmaz. Ancak avukatların ilgili olmadıkları herhangi bir dosyayı merak nedeniyle incelememeleri için en azından şüpheliye sorulduktan sonra inceleme izni verilmelidir¹⁵⁵.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 147. Md.' sine göre, müdafî, engel olacak önemli nedenler yoksa, izin alarak deliller hariç, dosyayı bürosuna veya evine götürüp inceleyebilmektedir. bunun nedeni müdafinin adliyedeki incelemesinin yetersiz kalacağından korkulmasıdır¹⁵⁶.

¹⁵² Centel ve Zafer, s. 163 vd.

¹⁵³ Alşahin, s.1058

¹⁵⁴ Öztürk ve Erdem, s. 319

¹⁵⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 483

¹⁵⁶ Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1984, s. 116

2. Tutuklama Kararının İnfazının Ertelenmesi

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun' un 116. Md.' sine göre; "bu kanunun hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi tutuklular hakkında da uygulanabilir." Adı geçen Kanun' un 16. Md.' sine göre; hapis cezasının infazı, akıl hastalığı ile diğer hastalıklar ve yeni doğum yapma gerekçeleri ile ertelenebilir¹⁵⁷.

Alman ceza muhakemesinde tutuklama kararının infazının ertelenmesi tedbirin niteliğiyle bağdaşmadığı için kural olarak söz konusu değildir. Ancak örneğin, bir yakının ölümü halinde bir refakatçinin gözetiminde cenazeye katılım mümkündür¹⁵⁸. Fakat bu söylenenden erteleme tamamen olanaksız olduğu sanılmamalıdır. Tutuklunun sağlık durumunun elvermemesi halinde tutuklu bir hastaneye yatırılabilir. Ayrıca tutuklamanın infazı, kişide ağır yaşamsal tehlikeye yol açacaksa, tutuklama emri infaz edilmez. Aynı şekilde gebe kadın hakkında verilen tutuklama emri de infaz edilmez. Yine olaydan sonra akıl hastalığına yakalanan fail hakkında da tutuklama kararı infaz edilmez¹⁵⁹.

Tutuklu, henüz masumluk karinesinden yararlandığı ve belki gerçekten masum olduğu için, hakkındaki kaçma şüphesine dayanan tutuklama kararının yerine getirilmesinin ertelenebileceğini kabul etmek, kesinleşmiş hüküm söz konusu olduğu halde bile bu istisnalara yer veren yasa koyucunun iradesine, her zaman ters düşme gerektir. O halde, hastalık nedeni ile tutuklamanın infazının ertelenmesi mümkün olmalıdır¹⁶⁰.

Kanımca da üstün bir değer olarak korunması gereken insan, sadece suç işlediği için muhakemenin bir metası durumuna dönüştürülmemeli, ölüm cezası kanunlarımızdan bile kaldırılmışken, salt tutuklu olduğu için bir insan ölüm olasılığıyla karşı karşıya bırakılmamalıdır.

¹⁵⁷ Avcı, s. 80

¹⁵⁸ Roxin, s. 198

¹⁵⁹ Pfeiffer, s. 485

¹⁶⁰ Centel ve Zafer s. 277

3. Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı

Tutuklu, müdafî ile her zaman görüşebilir ve mektuplaşabilir. Bunların yazışmaları ve görüşmeleri denetlenemez. Kanunda şüpheli veya sanığın vekaletname aranmaksızın, müdafîyle her zaman konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği, bu kişilerin müdafîyle yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı açıkça belirtilmiştir. Şüpheli veya sanıkla müdafînin yazışmalarının ve görüşmelerinin denetlenmesi, savunma hakkını kısıtlar. Savunmanın hazırlanabilmesi için tutuklunun müdafîyle özgürce haberleşmesi ve yüz yüze görüşebilmesi gerekir. Savunma hakkı, tutuklu savunmasına ilişkin belgelerin kurum görevlilerince denetlenememesini gerektirir. Kanuna göre, ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar incelemeye tabi tutulamaz. Tutuklunun resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgraflar denetlenemez¹⁶¹.

Tutuklu, savunması için istediği müdafîyi seçmek ve görevlendirmek hakkına sahiptir. Her dereceden kurum görevlileri bu hususta tutukluya tavsiyelerde bulunamaz. Özel kanunda yer alan hükümler saklı olmakla birlikte, tutuklunun müdafîi ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz. Sanığın müdafî ile görüşme ve yazışmalarının denetime tabi tutulamaması, yani mutlak denetim yasağı olmasının hem beşeri deneylere, hem de delilleri karartmak tehlikesini tutuklama nedeni sayan Ceza Muhakemesi Kanunu' nun mantığına aykırı olduğu, sanıkla işbirliği yaparak delilleri karartma yoluna giden avukatlara ne yazık ki rastlanabildiği, böyle olunca mutlak denetim yasağı getiren bir düzenlemenin savunma ve sanığı değil, suçluyu koruduğu, savunmayı suç işlemeye ittiği belirtilmiştir¹⁶².

Kanımca savunma zaten zayıf durumda olup, büyük bir olasılıkla fail suçu işlediğine ilişkin kuvvetli deliller bulunması nedeniyle tutuklu durumda bulunmaktadır. Şartlar böyleyken, bir de savunmayı daha da zor duruma sokarak

¹⁶¹ Centel ve Zafer, s. 285

¹⁶² Hafızoğulları, s. 42

faille müdafî arasındaki iletişimi gözetlemek savunmayı iyice etkisiz bir duruma getirecektir.

AİHM, terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların haberleşmelerine yapılan müdahaleleri de incelemiş, özel bir infaz sistemine tabi olmalarına rağmen avukat ile iletişime müdahaleyi kabul etmemiştir. Örneğin; Labita/ İtalya' ya karşı kararında, cezaevi idaresi, avukatı tarafından tutuklu başvurucuya gönderilen iki mektubu savunma ile ilgili bir haberleşme olmadığını ileri sürerek denetlemiştir. Mahkeme, 8. Md.' nin ihlal edildiğine karar vermiş, ancak avukat ile haberleşmesinin sansür edilmesinin sözleşmenin savunma hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkını ihlal ettiğine ilişkin şikayeti 8. Md.' deki haberleşmeye saygı hakkı içinde yer aldığından, 6/3. Md. bakımından ayrıca incelemeye gerek görmemiştir. AİHM, bir başka kararında cezası özel birimde infaz edilmekte olan terör suçlarından hükümlünün, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile devam eden başka davalardaki avukat ile haberleşmesinin sansür edilmesini, hukuken öngörülmeven müdahale nedeni ile haberleşmeye saygı hakkının ihlali olarak nitelemiştir¹⁶³.

4. Ziyaretçi Kabul Hakkı

Tutuklular soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kurumun bu husustaki genel eylemine uymak suretiyle ziyaretçi kabul edebilirler. Ancak soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hakim veya mahkeme, soruşturmanın veya davanın selameti bakımından tutuklunun ziyaretçi kabulünü yasaklayabilir veya bu hususta kısıtlamalar koyabilir¹⁶⁴.

Tutukluyu, belgelendirilmesi koşulu ile eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı haftada bir kez ve ayrıca kuruma kabullerinde zorunlu haller dışında bir daha değiştirilmemek üzere ad ve adreslerini bildirdiği en fazla üç kişi yarım saat ile bir saat arasında çalışma saatleri içinde ziyaret edebilir. Bu kişiler dışındaki kişilerin ziyaretine cumhuriyet başsavcılığı tarafından yazılı olarak izin verilebilir. Ziyaret sırasında kurum güvenliğini tehlikeye sokacak

¹⁶³ Handan Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, Sayı: 3-4, Erzincan, 2003, s. 371

¹⁶⁴ Öztürk ve Erdem, s. 528

davranışlarda bulunulamaz. Ziyaretçiler alınan güvenlik tedbirlerine uyararak kuruma girebilirler. Alınacak tedbirler 5275 sayılı CGTİK' in 86. Md.' sinde belirtilmiştir.

Hükümlülerin mahrem görüşe hakları olduğu konusu, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu' nun bu ziyaretlere getirilen yasaklamanın Sözleşme' nin 8. Md.' sini ihlal etmeyeceğine dair kararlarına kadar tartışılmıştır. Komisyon, birlikte aynı infaz kurumunda bulunuyor olsalar bile, eşlerin evlilik ilişkisini cezaevinde de sürdürmeleri konusunda bir hak sahibi olmadıklarını belirtmiş ve bunu da infaz kurumunun düzeni gerekçesine dayandırmıştır. Tutuklu ve hükümlüler için aile yaşamında, infazın gerekleri doğrultusunda doğal olarak bazı sınırlamalar söz konusudur. Bazı ülkeler, özgürlüğünden yoksun bırakılanlarla, ziyaretçileri arasındaki cinsel ilişkiye izin vermezken, bazı ülkeler ise bunu açıkça düzenler. Örneğin, Hollanda' da ayda bir kez bu özel ziyarete izin verilmektedir. Kosta Rika' da ise özel odalarda eşler 4 saat ile bir gece arasında kalabilmektedir. Bu uygulama, evli hükümlülere tanınan bir ayrıcalık olarak görünmesine rağmen, evli olmayan çiftleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. BM cezaevi kuralları bu hususu açıkça düzenlemiş olup, kural 60' daki normallik ilkesi gereğince, hükümlüler ve partnerleri arasında cinsel ilişkiye izin verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁶⁵. İskandinav devletlerinde ve Kanada' da da hükümlü eşini kabul edebilmekte, bu şekilde kısmen de olsa cinsel sorun çözülmüş bulunmaktadır¹⁶⁶.

Kanımca da, tutuklu kişi henüz hakkında kesin hüküm verilmemiş kişi olup, ceza ve tutukevindeki kısıtlayıcı yaşam koşullarının mümkün olduğunca elastik şekilde düzenlenmesi ve yorumlanması gerekir. Bu kapsamda tutukluya mahrem görüş hakkı tanınması gerektiğini düşünmekteyim.

5. Haberleşme Hakkı

Bir insanın mahpusluğu, genellikle aile ilişkilerini bozar ve toplumla olan bağlarını koparır. Bu nedenle, mahpusların ceza infaz kurumunda buldukları süre içinde aileleri, arkadaşları ve toplum ile bağlarını sürdürmeleri, mahpusluğun zararlı etkilerini azaltarak, mahpusların salıverilmelerinden sonra topluma dönmelerini kolaylaştıracaktır. Böyle bir ilişkiyi sürdürmek herkesin yararına olacaktır¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Sevük Yokuş, s. 363

¹⁶⁶ Demirbaş, İnfaz, s. 245

¹⁶⁷ Demirbaş, İnfaz, s. 228

Anayasa' ya göre, herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Haberleşmenin engellenmesi ve gizliliğine dokunulması, ancak yasada açıkça gösterilen hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı ile, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, yasayla yetkili kılınan mercinin yazılı emriyle mümkündür. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları yasada belirtilecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' ne göre, herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bu hakka müdahalenin koşulları sözleşmede düzenlenmiştir¹⁶⁸.

Tutuklunun haberleşme hakkı vardır. Ancak, yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemesince kısıtlanabilir¹⁶⁹. Ancak, bu kısıtlama ceza muhakemesi amacıyla olmalı ve gerekçesi gösterilmelidir. CGTİK' in 116. ve 68. Md.' sine göre, tutuklu kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücreti kendisine karşılanmak koşulu ile gönderme hakkına sahiptir. Tutuklu tarafından gönderilen ve kendisine gelen bu tip muhaberat, mektup okuma komisyonu ya da bu komisyon yoksa, kurumun en üst amirince denetlenir. Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, suç örgütü üyelerinin haberleşmelerine neden olan tehdit ve hakaret içeren muhaberatın gönderilmesine ve alınmasına izin verilmez. Ancak tutuklu tarafından resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tabi değildir.

Dış dünya ile iletişimin sürdürülmesinin bir aracı olarak mektuplaşma, uluslararası belgelerde açıkça tanımlanmıştır. Geleneksel olarak bu alanda oldukça sınırlayıcı düzenlemeler vardır. Eğer tüm mektuplar görevliler tarafından okunur ve sansür edilirse, mektup dolaşımı en alt düzeyde kalacaktır. BM Prensipler Bütünü 19. Md.' si uyarınca sadece olağanüstü durumlarda bu gibi sansür, makul şartlar ve sınırlamalar anlamına gelir. Bu nedenle kural olarak, bir hükümlünün aldığı ve gönderdiği mektupların ve kendisi ile mektuplaşanların sayısında hiçbir sınırlama olmamalıdır. Bu, aynı zamanda hükümlüler arasındaki yazışmalar için de geçerlidir¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Centel ve Zafer, s. 282

¹⁶⁹ Öztürk ve Erdem, s. 529

¹⁷⁰ Sevük Yokuş, s. 347

Alman ceza muhakemesinde tutuklunun mektup trafiği, gelen mektuplar ve müdafiyeye olan iletişim dışında denetlenir. Alman Anayasa Mahkemesi, tutuklunun eşine gönderdiği hakaret içeren mektupların cezaevi yönetimince gönderilmemesini anayasaya aykırı bulmuştur. Müdafiden gelen yazılar yalnızca dış görünüşüne göre müdafiden geldiği şüpheliyse, cezaevi yönetimince mahkemeye iletilmelidir¹⁷¹. Tutukluların gazete ve dergi getirtme hakları vardır. Ancak bunlara sayı sınırlaması getirilebilir. Ayrıca pornografik içerikli yayınların kuruma sokulmasına yasak konulabilir¹⁷².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' ne göre, tutuklu ve hükümlülerin yazışmalarının denetimlerinin ölçüsü, amaca uygunluk ve olayın özelliğinin böyle bir denetimi haklı kılmıştır. AİHM, Boyle ve Rice davasında, cinayet işlemekten ömür boyu hapse mahkum edilen şikayetçinin bir arkadaşına yazdığı mektuba, İngiliz cezaevi yönetimi tarafından el konularak yerine ulaşmasını engellenmesini, keyfi bir işlem olarak nitelendirmiş ve Sözleşme' nin 8. Md.' sine aykırı bulmuştur. AİHM' e göre, tutuklu ve hükümlülerin avukatları ile yazışmalarının özel bir önemi olup, bu konudaki en küçük bir engelleme AİHS' e aykırı sayılmaktadır. Örneğin; AİHM' in incelediği Schönberger- Durmaz davasında, Türk vatandaşı Durmaz İsviçre' nin Zürih kentinde tutuklanmıştır. Bunun üzerine eşi derhal avukat Schönberger ile temasa geçmiş ve eşinin vekaletini vermek istemiştir. Avukat, cezaevindeki Durmaz' a mektup yazarak, kendisi ile temasa geçinceye kadar kimseyle konuşmamasını, savcının sorularına cevap vermemesini istemiş ve sessiz kalmasının kendisinin yararına olacağını bildirmiştir. Cezaevi yönetiminin mektuba el koyarak savcıya vermesi ve yerine ulaştırmaması Sözleşme' nin 8. Md.' sine aykırı bulunmuştur. Yine AİHM' e göre, Campbell/ İngiltere davasında, sanığın avukatı ile yazışması, diğer yazışmalarına oranla daha ayrıcalıklıdır. Cezaevi yönetimi, sanığa gelen mektupları sadece içinde yasa dışı maddeler olduğu konusunda makul şüpheler bulunduğu takdirde açabilir. Ancak bu halde dahi mektuplar okunmamalı, okuma ancak istisnai durumlarda mümkün olmalıdır. Somut olayda mektubun okunması açısından makul ve acil bir ihtiyaç olmadığından 8. Md. ihlal edilmiştir¹⁷³.

¹⁷¹ Roxin, s. 193

¹⁷² Kleinknecht, Müller ve Reitberger, s. 544

¹⁷³ Demirbaş, İnfaz, s. 232

Bir diğ er iletişim yolu da telefonla iletişimidir. Telefonla iletişim tutukluların aileleri ile düzenli ve anlamlı ilişkiler kurmasını sağ larken, aynı zamanda cezaevi yaşamı koş ullarının getirdiğ i duygulardan kurtulmada bir çıkış yolu da sağlamaktadır. Bu iletişim biçimi özellikle okuma yazma bilmeyen tutuklular ve yabancı tutuklular için daha da önemlidir. Uluslararası belgelerde, açık bir şekilde telefon ile iletişimden söz edilmekle birlikte, bir çok ülkede bu konuda yasal düzenleme söz konusudur. AİHS 8/1. Md.' si anlamında "muhaberat" kavramına her türlü yazılı ve sözlü gönderi girmektedir. AİHM, telefon konuşmalarının da bu kavram altında ele alınmasını kabul etmektedir. İletişim sisteminin doğ rudan devlet tarafından mı, yoksa devletin gözetimi ve denetimi altında özel firmalar tarafından mı işletildiğ i önem taşımaz. 2002 tarihli A.B. Kararında başvuruçunun telefon edebilme olanaklarının sınırlı olmasının dış arı ile iletişimini kısıtladığ ına ilişkin şikayetini değ erlendiren AİHM, telefon olanakları hususunda, Sözleşme' nin 8. Md.' sinin, özellikle ilişki kurmak için diğ er haberleşme olanakları mevcut ve yeterli olduğ unda, telefonla iletişimi teminat altına aldığ ı şeklinde yorumlanamayacağ ını belirtmiştir. Mahkemeye göre, olayda telefon olanakları cezaevi tarafından sağ lanmış olup, cezaevi yaşamının olağ an makul şartları göz önünde bulundurularak yasal sınırlamalar söz konusu olabilir. Örneğ in; diğ er mahkumlarla telefonu paylaşacakları göz önünde bulundurulduğ unda, suçun ve düzensizliğ in önlenmesi amacı ile sınırlamalar getirilebilir. Bu bağ lamda ve bu şartlarda özel hayata veya haberleşmeye müdahale düşünülebilir. Sonuçta AİHS 8/2. Md.' de öngörülen hususların varlığ ı söz konusu olduğ undan, Mahkeme 8. Md.' nin ihlal edilmediğ ine karar vermiştir¹⁷⁴. Alman ceza muhakemesinde kural olarak tutuklunun radyo, televizyon gibi haber alma kaynaklarını bulundurabilmesine izin verilmektedir. Yasaklama ancak zorunlu hallerde gündeme gelmektedir. Ancak kötüye kullanıma uygun olan kişisel bilgisayara, elektronik daktiloya, teybe izin verilmemektedir. Ayrıca tutuklunun seçme hakkı da bulunmaktadır¹⁷⁵.

Bir diğ er iletişim yöntemi de bilgisayarla internet aracılığ ı ile iletişimidir. CGTİK' in 116. ve 67. Md.' sine göre, ancak Adalet Bakanlığ ı' nın uygun görmesi halinde eğitim ve kültürel amaçlı olarak bilgisayarın kuruma alınmasına izin verilebilir. Dış arıdan getirilen bilgisayarların kuruma sokulmasına izin verilmez. Ayrıca bu haklar tehlikeli veya örgüt mensubu tutuklular bakımından kısıtlanabilir.

¹⁷⁴ Sevük Yokuş, s. 354

¹⁷⁵ Roxin, s. 193

6. Çalışma Hakkı

Tutuklulardan çalışmaları istenebilir. Ancak, buna zorunlu tutulamazlar. Tutuklular istediklerinde, idare barındıkları odalarda çalışmalarına izin verebilir. Odada çalışma olanağı yoksa, tutukluların işyerlerinde de çalışmalarına izin verilebilir. Bu takdirde kendileri hakkında çalışmakta olan hükümlülere ait rejim uygulanır¹⁷⁶.

Yeniden sosyalleştirme bakımında çalışmanın da önemi büyüktür. Çünkü, çalışma yeniden sosyalleşmenin belirleyici koşulu olarak, her şeyden önce infaz gerçeğinin önemli bir kısmını oluşturur ve günü yenmeye yardım eder. Avrupa' da ve tüm dünyada çalışma, infazın içeriğinin esasını oluşturur. İnfaz çalışması bir fiyat-yarar analizi içinde, sadece ekonomik faktörleri ortaya koymaz. Aynı şekilde, yeniden sosyalleşmenin belirleyici koşulu olarak karakterize edilir¹⁷⁷.

Tutuklular kurum düzenine aykırı olmaksızın yaptıkları çalışma karşılığında kurum dışına da hizmet sunabilmelidirler. Örneğin; tutuklanan bir yazar dış dünya ile bağlantıları çerçevesinde roman yazabilmeli, ya da bir ressam resim yapabilmelidir.

Alman ceza muhakemesinde de tutuklular çalışmaya zorlanamazlar. Ancak kurum düzenine aykırı olmamak ve tutuklamanın amacıyla bağdaşmak kaydıyla tutukluların uğraşlarına izin verilir¹⁷⁸. Örneğin; kitap yazan bir tutuklunun büyük miktarlarda dökümanı kurum imkanlarıyla göndermek istemesi kabul edilemez. Yine tutuklular uğraşlarını kurumca belirlenen zaman diliminde yapmalıdırlar¹⁷⁹.

B. TUTUKLULARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Tutukluların yükümlülüklerini disiplin yaptırımlarına uyma, kısıtlayıcı önlemlere uyma ve zorla tedavi etme ve besleme başlıkları altında inceleyebiliriz.

¹⁷⁶ Öztürk ve Erdem, s. 529

¹⁷⁷ Demirbaş, İnfaz, s. 246

¹⁷⁸ Roxin, s. 193

¹⁷⁹ Kleinknecht, Müller ve Reitberger, s. 547

1. Disiplin Yaptırımlarına Uyma

Tutukevinde düzenli bir yaşamın sürdürülmesi güvenlik ve disiplinin sağlanması amacı ile yükümlülüklerini ihlal eden tutuklulara disiplin cezası verilir. CGTİK' in 37. Md.' sine göre kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları kusurlu olarak ihlal eden tutuklu hakkında disiplin cezası verilmesi mümkündür. Burada idarenin uyulmasını emrettiği davranış ve tutumların hukuka uygun istemler olması gerektiği açıktır. Yoksa hukuk düzeni hukuka aykırı istemleri yerine getirmeyen tutukluların cezalandırılabilmesine olanak sağlamaz. Örneğin; bir cezaevi müdürünün her sabah kendisine ait ayakkabıları boyamasını istediği bir tutuklunun bunu yerine getirmemesi halinde disiplin yaptırımına tabi tutulması düşünülemez.

Disiplin cezaları CGTİK' in 38. Md.' sinde belirtilmiştir. Çocuklar dışındakilere verilebilecek olan disiplin cezaları; kınama, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma, hücreye koyma olarak belirlenmiştir. CGTİK' in 39. vd. Md.' lerinde disiplin cezalarının hangi eylemler nedeniyle verilebileceği belirtilmiştir. Uyarma, kınama ve bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezaları kurumun en üst amiri tarafından verilir. Savunma almadan disiplin cezası verilemez. Kurum amirince verilebilecek disiplin cezaları dışında kalan disiplin cezaları disiplin kurulunca verilir.

2. Kısıtlayıcı Önlemlere Uyma

CGTİK' in 115. Md.' sine göre, tehlikeli halde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutuklular hakkında kısıtlayıcı önlemler uygulanabilir. Bu önlemler şunlardır; tutuklunun tek başına sıkı bir rejim altında muhafaza edilmesi ve kaldığı odanın kamera ile izlenmesi, belirli süreyle dışarıyla ilişkisinin, ziyaretçi kabulünün ve telefon görüşmelerinin kısıtlanması, gerekiyorsa kendisine ve başkalarına zarar vermesini önleyici özel hazırlanmış bir odada barındırılması ve kaldığı odanın kamera ile izlenmesi, saldırganlık gösterdiği takdirde belirli süreyle kelepçelenmesi ve hareketlerinin engellenmesi, yüksek

güvenlikli bir kuruma nakledilmesi. Tedbir uygulamasına, soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hakim veya mahkeme karar verir.

Alman ceza muhakemesinde tutukluların hakları, tutuklamanın amacı ve kurum düzeni göz önünde bulundurularak kısıtlanabilir. Alman Anayasa Mahkemesi' ne göre, kurum düzeni kavramı dar yorumlanmalı ve bu kavramdan minimum kısıtlama anlaşılmalıdır. Tutuklular gereksiz kısıtlamalara tabi kılınmamalıdır. Kurum içinde yaşamın akışı, kurum görevlilerinin güvenliği dikkate alınmalı, tutuklularla, görevliler arasında gereksiz gerilimler yaratmamaya özen göstermelidir¹⁸⁰.

3. Zorla Tedavi Etme ve Besleme

CGTİK' in 78. Md.' sine göre, tutuklunun acil veya olağan muayene ve tedavisi kurum hekimince yapılır. Burada bulaşıcı bir hastalığa yakalanan tutuklunun tedaviyi reddetmesi ya da bulaşıcı olmasa bile bir hastalığa yakalandığında tedaviyi reddetmesi söz konusu olabilir. Hastalık bulaşıcı ise, tutuklunun rızasına bakılmaksızın tecriti ve tedavisi gerekir. Bulaşıcı olmayan hastalıklarda ise ancak yaşamsal tehlike varsa müdahale mümkün olmalıdır. CGTİK' in 82/3. Md.' sinde de bu konuda düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 24. Md.' sine göre tıbbi müdahaleler hastanın rızasının bulunmasına bağlıdır.

Beslenmeyi reddeden tutuklu ve hükümlülerle ilgili olarak CGTİK' in 82. Md.' sinde bir düzenleme bulunmaktadır. Tutukluların kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli reddetmeleri halinde kurum hekimince bu hareketlerinin bedensel ve ruhsal sonuçları kendilerine anlatılır. Sonuç alınamaması halinde kurum hekimince belirlenen rejime göre beslenmeleri yapılır.

Açlık grevi veya ölüm orucu yapanların durumuna gelince, yaşamsal tehlike veya sağlık için ağır tehlike bulunması durumunda, açlık grevi yapan tutuklular zorla beslenmelidir. Tutuklunun önemli vücut işlevlerinde bozulma olasılığı varsa, sağlık için ağır tehlike, gerekli önlemler alınmadığı takdirde ölmesi olasılığı varsa, yaşamsal tehlike var demektir. Kanuna göre, açlık grevi veya ölüm orucu yapanlar vazgeçmeleri sağlanmazsa, yaşamsal tehlikeye girdikleri veya bilinçlerinin bozulduğu hekim tarafından belirlendiği anda, isteklerine bakılmaksızın kurumda,

¹⁸⁰ Schafer, s. 213

olanak bulunmadığı takdirde hastanede gerekli beslenme ve tedaviyi tabi tutulurlar. Bu amaçla tedbir uygulanması işlemin sağlık ve yaşam açısından tehlike oluşturmaması koşuluna bağlıdır. Sağlığın korunması ve tedavi amaçlı zorlayıcı tedbirler onur kırıcı nitelikte olmamak koşuluyla uygulanır¹⁸¹.

Alman ceza muhakemesinde de Ceza İnfaz Kanunu' nun 101 ve 178. Md.' leri tutuklu ve hükümlülere sağlıklarını korumayla ilgili tedbirlere uyma yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle açlık grevi halinde zorla besleme mümkündür¹⁸².

Uluslararası ceza reformu, Dünya Sağlık Birliği' nin Tokyo ve Malta bildirimlerinde; "Yaşamın kutsallığına saygı gösterilmesi her insan için etik bir zorunluluktur. Hekimlik mesleğinde ise bu konu daha da önemlidir. Hekim hastanın yaşamını sürdürmek ve onun yararı için sanatının bütün gereğini yerine getirmek zorundadır. Hastanın kendi aldığı karara saygı göstermek hekimin görevidir. Hekim müdahale etmeden önce hastayı durumundan bilgilendirerek iznini alır. Ancak acil durum ortaya çıktığında, hekim hasta için en iyi olanı yapmak zorundadır." şeklinde, müdahale etme konusundaki son kararın bireysel olarak doktora ait olduğu esasından hareketle, şu sonuçlara varmıştır; doktorlar ya da diğer sağlık bakım personeli, açlık grevcisine, grevi ertelemek için herhangi biçimde yersiz baskı yapmamalıdır. Açlık grevcisi, açlık grevinin klinik sonuçları üzerine bilimsel olarak bir doktor tarafından bilgilendirilmelidir, hastaya uygulanacak herhangi bir tedavi onun onayı alınarak yapılmalıdır, doktor gün aşırı hastanın açlık grevini devam ettirmeyi isteyip istemediğini araştırmalıdır¹⁸³.

Kanımca da açlık grevlerinde yaşamsal tehlike ortaya çıkması durumunda kişiye müdahale edilmelidir. Çünkü tutuklu, devletin koruma ve bakım sorumluluğu altındadır. Açlık grevinin, ötenaziden sonuçları açısından pek bir farkı yoktur. Ötenaziye bile izin vermeyen devlet, bir suç işlediği iddiasıyla tutukevine kapattığı failin yaşamından da sorumludur.

¹⁸¹ Centel ve Zafer, s. 281

¹⁸² Roxin, s. 194

¹⁸³ Demirbaş, İnfaz, s. 178

V. TUTUKLAMAMIN SONA ERMESİ

Tutuklama, diğer koruma tedbirleri gibi geçici olduğundan, bazı şartların oluşması halinde doğal olarak sona erecektir. Bildiğimiz gibi tutuklama amaç değil, araçtır. Aşağıda başlıklar altında hangi durumlarda tutuklamanın sona ereceğini inceleyeceğiz.

A. TUTUKLAMA NEDENLERİNİN ORTADAN KALKMASI

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında, tutuklu şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir. Salıverilme isteği için bir zaman sınırlaması olmadığı gibi, belirli aralıklarla yapılması da öngörülmemiştir. Sanığın ya da müdafinin salıverilme isteği için, duruşma gününü beklemelerine de gerek yoktur. Diğer günlerde de salıverilme isteminde bulunmaları olanağı vardır¹⁸⁴.

Burada araştırılacak olan, tutuklamanın kaldırılması için yeterli neden bulunup bulunmadığı değil, tutuklamanın devamı için yeterli neden bulunup bulunmadığıdır. Tutuklama nedeni ortadan kalkmışsa, tutuklamanın devamına artık gerek yok demektir. Söz gelimi, delilleri karartma tehlikesi muhakemenin ilerlemesi ile kendiliğinden azalmakta, delillerin güvenceye alınması durumunda ise, tamamen ortadan kalkmaktadır. Ya da olası cezanın tutuklulukta geçen süreden uzun olmayacağı ortaya çıktığında, kaçma tehlikesi çok azalmaktadır¹⁸⁵. Tutuklamanın olmazsa olmaz koşullarının başında kuvvetli suç şüphesi gelmektedir. Muhakemede kuvvetli suç şüphesine götüren kanıtların değişmesi ya da suç şüphesinin azalması durumunda da tutukluluk haline son vermek gerekir.

Hakim ya da mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektiğinde oturumlar arasında kendiliğinden karar verir. Mahkeme karar verirken, CMK' nın 100. Md.' sini göz önünde bulundurur. İnceleme, duruşmada oturumdan oturuma yapılır. Ancak koşullar gerektiğinde, örneğin kanıtların değişmesi nedeni ile sanığın salıverilmesi söz konusu ise oturum arasında da inceleme yapabilir¹⁸⁶. Kanun' da

¹⁸⁴ Yaşar, s. 490

¹⁸⁵ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 160

¹⁸⁶ Yaşar, s. 495

açıkça belirtilmemiş olsa da CMK' nın 223. Md.' sine göre beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi hallerinde de artık CMK' nın 100. Md.' sinde belirtilen tutuklama nedenleri ortadan kalktığından kişinin tutukluluk haline son verilmesi gerekir.

Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay' a geldiğinde, salıverme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu' nca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir. Bu karar kendiliğinden de verilebilir¹⁸⁷.

Alman ceza muhakemesinde de tutuklama nedenlerinin ortadan kalkması, ya da tutukluluğun devamının olayın önemi, verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbiriyle orantılı olmaması halinde tutuklamanın sona ermesi gerekir. Bir kanun yoluna başvurulmuş olması suçlunun serbest bırakılmasına engel olmaz. Beraat kararı verilmesi ve kamu davasının açılmasının reddedilmesi halinde de tutuklama kararı kaldırılır. Bu kararların kesinleşmesine gerek yoktur. Kısmi beraat kararı verilmesi durumunda tutuklama emrinin hangi suç nedeniyle verildiği önem kazanır¹⁸⁸.

B. TUTUKLULUK SÜRESİNİN DOLMASI

Her hukuk devleti, vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini garanti altına almıştır. Bu hak ve özgürlüklere genel olarak dokunulamaz. Ancak devlet zorunlu hallerde toplum hayatını ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerini korumak için garanti altına almış olduğu bu hak ve özgürlüklere dokunabilir. Aksi halde ceza davalarının yürütülmesi olanaksız hale gelir ve birçok ispat aracı korunamaz. İşte tutuklama kurumu vatandaşların garanti altına alınmış kutsal hak ve özgürlüklerine çok ağır bir tecavüz olduğu halde, haklı bir tedbir olarak kabul edilmektedir. Üzüntü ile belirtilmelidir ki, tutuklama kurumu uygulamada her türlü kötüye kullanıma açık, çok elastik ve tehlikeli bir tedbirdir. Tutuklama kurumunun fayda ve sakıncaları konusunda tartışmalar devam etmektedir. Bu sakınca ve tartışmaları yok etmek veya azaltmak için tutuklamanın bir süreye bağlanması, birçok modern hukuk devletinde kabul edilmiştir¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi, s. 366

¹⁸⁸ Kleinknecht, Müller ve Reitberger, s. 548

¹⁸⁹ Ahmet Buharalı, Tevkifte Süre, Adalet Dergisi, Yıl: 57, Sayı: 3, Mart 1966, s. 239

CMK' nın 102. Md.' si tutuklulukta geçecek süreyi düzenlemiş olup, Kanun' un en çok eleştirilen maddelerinden birisi konumundadır. Maddenin ilk metninde; "ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok altı aydır. Ancak, bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek dört ay daha uzatılabilir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez. Bu maddede öngörülen uzatma kararları, cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilir" hükmü yer almaktaydı. Mülga CMUK' un söz konusu maddeyi karşılayan 110. Md.' sine bakıldığında, tutukluluk süresi bakımından hazırlık soruşturması ve son soruşturma aşamaları temel alınarak bir ayrıma gidildiği göze çarpmaktadır. Oysa CMK muhakeme aşamalarını değil, mercileri esas almış ve tutukluluk süresini "ağır ceza mahkemesi görev alanı" nı temel alarak belirlemiştir. Yine CMUK' un 110/2 Md.' sinde uzatma süreleri açısından bir üst sınır koyulmamışken, CMK tutuklama süresinin üst sınırlarını çizmiştir. Buna göre ağır ceza mahkemesi görev alanına girmeyen suçlarda tutuklama süresi ilk metne göre en fazla 6 ay + 4 ay = 10 ay (5560 SK' yla değişiklikten sonra 1 yıl + 6 ay = 1 yıl 6 ay), ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarda ise en fazla 2 yıl + 3 yıl = 5 yıl olarak öngörülmüştür. Öğretide bu madde, özellikle ağır ceza mahkemesinin görev alanındaki suçlar açısından tutuklama süresinin çok uzun olması, uzatma süresinin azami süreden uzun olmasının yasama tekniği açısından hatalı bulunması gibi nedenlerle yoğun eleştirilere uğramıştır. Bununla birlikte, Kanun' un 252/son Md.' sinde "250 nci maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından, kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır" hükmünün yer alması sonucunda kimi suçlar açısından tutuklama süresi on yıla kadar çıkmış bulunmaktadır. Bu sürenin de, geçici bir tedbir olan tutuklama için bir hayli uzun olduğunu ve AİHM' de deyim yerinde ise "Türkiye' nin başını ağrıtmaya" ne denli açık bulunduğunu söylemeye gerek bile yoktur¹⁹⁰.

Burada tutuklamanın infazına ara verilmişse ya da fail tutukluluk sırasında gözlem altına da alınmışsa, tutuklama süresinin nasıl hesaplanacağı konusunda duraksama yaşanabilir. Kanımca infaza ara verilmişse, bu dönemde failin özgürlüğü kısıtlanmamış olacağından, ara dönemin süreden sayılmaması gerekir. Ancak fail

¹⁹⁰ Koçyıldırım, s. 74

hastalanması nedeniyle hastaneye kaldırılmışsa, muhafaza altında tutuklu koğuşunda yatacağından, yani özgürlüğü kısıtlanmış olacağından, bu sürenin kanundaki tutuklama süresinden sayılması gerekir. Ancak gözlem altına almada fail zaten aynı zamanda tutuklu da olduğundan, bu sürenin iki defa dikkate alınmaması gerekir.

Alman ceza muhakemesinde, eğer tutuklamadan itibaren tutuklamaya neden olan eylem nedeniyle 6 ay içinde hürriyeti bağlayıcı bir cezaya hükmedilmemişse, tutuklama kararı kaldırılır. Ancak soruşturmanın niteliği, olayın kapsamı ya da başka önemli bir neden dolayısıyla karar verilememiş ve tutukluluğun devamını haklı gösterecek nedenler varsa tutuklama devam edebilir. Tutuklamanın infazına ara verilmişse, fiilen tutuklulukta geçen süre göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkemenin iş yükünün ağırlığı önemli bir neden olarak kabul edilemez. Ancak önemli bir delilin o süre zarfında elde edilememesi önemli bir nedendir. 6 aylık süre sonunda tutuklamanın kanunda belirtilen nedenlerle devam edip etmeyeceğine bölge mahkemesi karar verir. Bölge mahkemesi kararını verirken suçluyu ve müdafiyi sözlü duruşmada dinleyerek karar verir¹⁹¹. Tutuklamanın yalnızca suçun tekrarına engel olunması nedeniyle yapılması halinde bir üst sınır öngörülmüş olup, bu süre de 1 yıldır¹⁹².

C. CUMHURİYET SAVCISININ TUTUKLAMA KARARININ GERİ ALINMASINI İSTEMESİ

CMK' nın 103/1. Md.' si, cumhuriyet savcısına şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını sulh ceza hakiminden isteyebilme yetkisini vermektedir. Aynı şekilde şüpheli ve müdafide aynı istemde bulunabilirler.

CMK' nın 103/1. Md.' si, tutuklanan şüpheli veya sanığın, adli kontrol altına alınması suretiyle serbest bırakılması öngörmektedir. Cumhuriyet savcısı, yaptığı yeni değerlendirmede, tutuklamadan beklediği sonuçlara adli kontrol altına alınma kararıyla da ulaşabileceğini görmesi durumunda, soruşturma evresinde sulh ceza hakiminden şüphelinin adli kontrol altına alınması koşuluyla serbest bırakılmasını isteyebilir. Tutuklu bulunan şüpheli veya müdafinin de aynı istemde bulunması

¹⁹¹ Kleinknecht, Müller ve Reitberger, s. 550 vd.

¹⁹² Kleinknecht, Müller ve Reitberger, s. 556

mümkündür. Bu istemler üzerine, sulh ceza hakimi şüphelinin adli kontrol altına alınıp alınamayacağına ilişkin kararını verir¹⁹³.

Şüpheliden ve sulh ceza hakiminden söz edildiğine göre, bu istemin soruşturma evresine ilişkin olduğu söylenebilir. Burada dikkat çekici olan konunun, istemin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmaya ilişkin olduğu, O halde serbest bırakma isteminin ancak adli kontrol kararı verilebilecek olan suçlar bakımından söz konusu olacağı, bu suçların da üst sınırı 3 yılı geçmeyen suçlar olduğu düşünüldüğünde daha ağır suçlar bakımından bu yönde bir istemde bulunulabilmesi mümkün olmadığı¹⁹⁴, şeklindeki görüş 5353 SK' yla CMK' ya 109/ 4. Fıkra' nın eklenmesiyle geçerliliğini yitirmiştir. Artık yurt dışına çıkamamak ve güvence yatırmak adli kontrol tedbirlerine karar verilmesi durumunda yüklenen suçun üst sınırına bakılmaksızın cumhuriyet savcısının istemi üzerine tutuklama kararı geri alınabilecektir

CMK' nın 103/1. Md.' sine göre, yapılan istem üzerine sulh ceza hakimince cumhuriyet savcısı, şüpheli veya müdafinin görüşü alındıktan sonra 3 gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adli kontrol uygulanmasına karar verilir. Bu kararlara itiraz edilebilir.

D. CUMHURİYET SAVCISI TARAFINDAN RE' SEN SERBEST BIRAKMA

CMK' nın 103/2. Md.' sine göre, soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa şüpheliyi kendiliğinden serbest bırakır. Cumhuriyet savcısının bu konuda sulh ceza hakiminden karar istemesine gerek yoktur.

Öğretinin bir kısmınca bu hükmün hatalı, hukuka aykırı ve hatta Anayasa' nın kuvvetler ayrılığı ilkesini düzenleyen hükmüne aykırı olduğu, bu hükmün olması gereken hukuka uygun olmadığı, bir yargı organı tarafından verilen kararı siyasal bir organ olan Adalet Bakanlığı' na bağlı ve idarenin bir ajanı olan cumhuriyet savcısının kendiliğinden kaldırması ve daha da önemlisi bu kaldırma kararına karşı

¹⁹³ Yaşar, s. 499

¹⁹⁴ Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi, s. 363

bir kanun yolunun kabul edilmeyişinin çok sakıncalı olduğu, hükmün keyfiliğe yol açtığı ve kolaylıkla kötüye kullanılacağı, yürütmenin yargıya müdahalesi anlamına geleceği, bu yetkinin cumhuriyet savcısının elinden alınması gerektiği, böyle bir tasarrufa ihtiyaç varsa, cumhuriyet savcısının soruşturma evresinde bunu sulh ceza hakiminden ve kovuşturma evresinde ise mahkemeden talep etmesi ve bu makamların kararıyla bu kimselerin salıverilmesi savunulmuştur¹⁹⁵.

Kanunda, savcıya sanığın tutukluluğunun devamına gerek görmeyerek, onu salıverme yetkisinin tanınması bir yargı organının verdiği kararın idari organca geri alınmasına olanak tanımak olmaktadır. Ancak, bu durum sanığın lehine olduğundan genel olarak öğretilde, Any. Md. 138/4' e aykırı görülmemektedir. Öte yandan, örneğin, Alman StPO Md.120/3' e göre ise, kamu davasının açılmasından önce, savcılığın tutuklama kararının kaldırılmasını talep etmesiyle, tutuklama kararının kaldırılması gerekmekte ve taleple birlikte aynı anda, savcı, sanığın serbest bırakılmasını da emredebilmektedir¹⁹⁶.

CMK' nın 103. Md.' sinin Anayasa' nın 138/4. Md.' sindeki, idarenin mahkeme kararlarını değiştiremeyeceği, yerine getirilmesini geciktiremeyeceği, kuralına aykırı olduğunu söylemek ve bu hükmü yargı hakkına tecavüz saymak mümkün değildir. Çünkü, Anayasa' nın 19. Md.' sinde sadece tutuklama için hakim kararı aranmakta, fakat salıverme için hakim kararı aranmamaktadır. Tutuklama için hakim kararı bulunması sanık lehine ise de, bu kararın kaldırılması için hakime başvurulması sanık lehine değildir. Sanığın salıverilmesi için hakime başvurulması, hakim sanığı salıvermek zorunda olduğundan, hakime, salıver şeklinde emir vermek anlamına geleceğinden, sanığın salıverilmesi için hakimden karar istenmesi Anayasa' ya aykırı olacaktır. Sonuç olarak, cumhuriyet savcısına dava açmama konusunda yetki veren kanun koyucunun CMK' nın 103. Md.' si ile cumhuriyet savcısına sanığı salıverme yetkisi tanıdığı olması Anayasa' ya aykırı değildir¹⁹⁷.

Kanımca soruşturma aşamasında şüpheliyi tutuklamaya sevk edip etmemek konusunda tek yetkili olan cumhuriyet savcısının yine soruşturma aşamasında

¹⁹⁵ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, TBB Yayını, Ankara, 2006, s. 129

¹⁹⁶ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 162

¹⁹⁷ Cengiz Çoban, Adli Yargıda Tutuklama, Adil Yayınevi, Ankara, Tarihsiz, s. 195

şüpheliyi salıvermesinde işin niteliğine aykırı bir durum yoktur. Deyim yerindeyse soruşturmanın efendisi cumhuriyet savcısıdır.

E. KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI ÜZERİNE SERBEST KALMA

CMK iki türlü kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verme olanağı getirmiştir. Bunlardan bir tanesi CMK' nın 171. Md.' sinde belirtilen maslahata uygunluk (takdir yetkisi) sebebiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verme olanağı, ikincisi de CMK' nın 172. Md.' sinde belirtilen yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi ya da kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verme durumudur. CMK cumhuriyet savcısına kamu davasını açmada takdir yetkisi tanımıştır. Gerçekten CMK Md.171' e göre, cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların veya şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde cumhuriyet savcısı kamu davasını açmayabilir¹⁹⁸.

İşte belirtilen nedenlerle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğinde CMK' nın 103/2. Md.' si gereğince şüpheli kendiliğinden serbest kalır. Bu durumda sanık kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verildiğini öğrendiğinde cezaevi yönetiminden bırakılmasını isteyebilir. Bu halde cumhuriyet savcısının cezaevine vereceği emirle serbest bırakılacaktır¹⁹⁹.

VI. ÖZEL TUTUKLAMA HALLERİ

A. GENEL OLARAK

Genel tutuklama, sanık veya suç işleme şüphelisi durumunda olan kişinin hakim kararıyla kanunda gösterilen nedenlerle özgürlüğünün sınırlanarak cezaevine konulmasıdır. Bunun dışında, yine hakim kararı ile yasa da gösterilen başka nedenlerle kişilerin özgürlüğünün sınırlandırılmasına karar verildiği durumlar vardır. Genel tutuklamadan bunların farkı, aleyhine alındıkları kişinin mutlaka tutukevine konmaması ve nedenlerin de aynı olmamasıdır; genel tutuklama ile benzer yanları

¹⁹⁸ Öztürk ve Erdem, s. 634

¹⁹⁹ Malkoç ve Yüksektepe, s. 292

ise, hakimin karar vermesi, hepsinin de muhakemeyi kolaylaştırma amacına yönelik olması, yani koruma tedbiri niteliğinde bulunmasıdır. Bir başka önemli fark da, genel tutuklama, sadece suç işleme şüphesi ile yapılırken ve sanığa ilişkin iken, özel tutuklama durumlarında bu koruma tedbirinin sanığa, bazen tanığa, bazen suç ile ilişkili eşyayı elinde bulundurana yönelik olabilmesidir²⁰⁰. Kanımca, suçluların iadesi için tutuklama da genel tutuklama nedenlerinden birinin bulunması nedeniyle değil, uluslararası sözleşme nedeniyle yapıldığı için özel bir tutuklama halidir.

Kanunda belirtilen bu özel tutuklama hallerinin süresi çok kısadır ve tutukluluk hali sürenin sonunda kendiliğinden sona erer²⁰¹.

B. TANIĞIN, BİLİRKİŞİNİN VE ZİLYEDİN TUTUKLANMASI

CMK' nın 60. Md.' sine göre, yasal bir neden olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yeminin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde derhal serbest bırakılır. Bu tedbirleri almaya naip hakim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hakimi yetkilidir. Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez. Disiplin hapsi kararına itiraz edilebilir.

CMK' nın 60. Md.' sinde, tanığın "hapsolunması" ndan söz edilmekle birlikte, burada söz konusu olan özgürlüğü bağlayıcı ceza değil, özel bir tutuklama (zorlama tutuklaması) halidir. Çünkü, özgürlüğü kısıtlanmakla, tanığın bildiklerini açıklamaktan ya da yemin etmekten kaçındığı için cezalandırılması değil, bildiklerini açıklaması veya yemin etmesi için baskı amacı oluşturulması amacı güdülmektedir. CMK' nın 60. Md.' si uyarınca tanığın özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için onun, yasal olarak geçerli bir neden bulunmaksızın tanıklık yapmaktan veya yemin etmekten kaçınması söz konusu olmalıdır. Yasal olarak geçerli bir neden varsa tanığın özgürlüğü kısıtlanamaz. Tanıklıktan kaçınma, açık veya kapalı olabilir. Tanığın

²⁰⁰ Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt: 1, 4. Baskı, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 867

²⁰¹ Nevzat Toroslu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003, s. 209

açıkça gerçeğe aykırı beyanı (olay hakkında bilgi sahibi olmadığını söylemesi gibi) Alman uygulamasında tanıklıktan kaçınma sayılmaktadır. Tanıklıktan kaçınma hakkı olduğunu sanan tanığın bu yanılması, göz önüne alınmalı ve özgürlüğü kaldırılmamalıdır²⁰².

CMK' nın 71. Md. ' sine göre usulünce çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişi hakkında da 60/1. Md. hükmü uygulanır.

CMK' nın 123. Md.' sine göre, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya el konulur. CMK' nın 124. Md.' sine göre de, 123 Md.' de yazılı eşya veya diğer mal varlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür. Kaçınma halinde bu şeyin zilyedi hakkında 60. Md.' de yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz.

AİHS' in 5/1-b. Md.' sinde de bir mahkeme tarafından kanuna uygun olarak verilen bir karara uymama durumunda özgürlük kısıtlamasının Sözleşme' ye uygun olduğu belirtilmektedir. Burada sözü edilen mahkeme kararı, esas hakkındaki mahkumiyet hükmü dışındaki veya öteki bentlerde belirtilenlerden başka kararlardır. Bunlar arasında, mahkemenin yargılama düzenini korumak, ya da görevin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile verdiği, örneğin; duruşmaya gelmeyen, ya da gelipte konuşmayan tanığa, yahut duruşmada düzeni bozan sanığa verilen disiplin cezası niteliğindeki tutuklama ya da hapis kararı gibi kararlar yer alır.²⁰³

C. DURUŞMA DÜZENİNİ BOZANLARIN HAPSI

CMK' nın 203. Md.' sine göre, duruşmanın düzeni, mahkeme başkanı veya hakim tarafından sağlanır. Mahkeme başkanı veya hakim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla

²⁰² Centel, Tutuklama ve Yakalama, s.170

²⁰³ Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara , 1998, s. 214

salondan çıkarılmasını emreder. Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır, Hakim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhal dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz.

Duruşmanın düzenini sağlamak amacıyla tutuklama kararı verilmesi CMK' nın 203. Md.' sinden başka, HUMK' un 150. Md.' si, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu' nun mülga 143. Md.' si ve Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu' un 35. Md.' si hükümlerinde de düzenlenmekte ve bu hükümler arasında farklılıklar bulunabilmektedir. Oysa duruşmanın düzeninin sağlanması tüm yargılamalar için ortak ve aynı nitelikli bir durum olduğundan, bu konuda tek bir düzenleme yapılması ve hakarete uğrayanın anayasa mahkemesi hakimi ya da sulh ceza hakimi olması verilecek cezaya etki eden bir unsur olmamalıdır. Hakim, Türkiye Cumhuriyeti' nin hakimidir ve böyle bir ayırım anlamsızdır. Tüm mahkemelerin vakar ve haysiyeti için eşit şekilde korunması gerekir²⁰⁴.

D. SUÇLULARIN İADESİ İÇİN TUTUKLAMA

1. Genel Olarak

Suçluların iadesi, ceza hukuku uygulamaları bakımından devletler arasında yapılmış bulunan en eski yardımlaşma şeklini belirler. İade, işlediği suç belirli bir devletin yargı yetkisi içinde olan kişinin ülkesinde bulunduğu devlet tarafından yargı yetkisine sahip olan devlete teslim edilmesi demektir. Bu itibarla suçlunun, isteyen devlete teslimi ya hakkında verilmiş ve kesinleşmiş cezanın infazı veya kendisine isnat edilen suçtan dolayı yargılanmasının yapılması için gerçekleşen milletlerarası bir usuldür. Türk iade hukukunun bugünkü kaynaklarını 1982 Anayasası' nın 38/son Md.' si, çeşitli tarihlerde değişik devletlerle yapılmış bulunan suçluların iadesi sözleşmeleri, 7376 sayılı Kanun' la onaylanan Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve Türk Ceza Kanunu' nun 18. Md.' si oluşturmaktadır²⁰⁵.

²⁰⁴ Mehmet Celal Kalyoncu, Mahkemelerden Verilen İnzibati Nitelikteki Tutuklama Kararları, Adalet Dergisi, Yıl : 79, Sayı: 4, Ankara, Temmuz-Ağustos 1988, s. 113

²⁰⁵ Dönmezer ve Erman, s. 413

2. İade İçin Tutuklama

TCK' nın 18. Md.' sinde geri vermenin koşulları düzenlenmiştir. Kural olarak, vatandaş suç nedeniyle yabancı bir ülkeye verilemez. Yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza kovuşturması başlatılan veya mahkumiyet kararı verilmiş olan bir yabancı talep üzerine kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla geri verilebilir.

Geri vermenin dayanağı teşkil eden eylemin, düşünce suçu veya siyasi ya da askeri suç niteliğinde olmaması gerekir. Ancak, belirtmek gerekir ki, ceza kanunlarında esasen suç olarak tanımlanan ve suç oluşturduğu hususunda bütün insanlığın fikir birliği içinde bulunduğu eylemlerin bu istisna kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Uluslararası Ceza Divanı' na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler dolayısıyla vatandaş da yabancı bir devlete teslim edilebilir. Ayrıca geri vermenin dayanağını teşkil eden fiilin Türk kanunlarına göre de suç oluşturması gerekir. Suç, yurt dışında işlenmiş olmakla birlikte, Türk devletinin güvenliğine karşı, Türk devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmişse, geri verme talebi kabul edilmez. Geri verme talebinin dayanağını oluşturan suçla ilgili olarak gerek talep eden devlet hukukuna göre, gerek Türk hukukuna göre dava ve ceza zamanaşımının dolmamış olması gerekir. Ayrıca, suç her iki devlette de affa uğramamış olmalıdır. Ayrıca talep eden devlette kişiye işkence ve insanlık dışı muamele yapılabileceğine dair kuvvetli şüphe nedenleri mevcutsa talep kabul edilmeyecektir²⁰⁶.

İade işlemi bir takım formalitelere bağlı olduğundan iade süreci uzayabilir. Bu nedenle sanık veya mahkum kaçabilir. İade isteminde bulunan devlet tarafından yapılacak işlemlerden ilki bir talepname hazırlanmasıdır. Acele hallerde iadeyi isteyen devlet daha talepnameyi vermeden kişinin tutuklanmasını isteyebilir. Tutuklamanın gerçekleşmesinden sonra 18 gün içerisinde talepname ve buna bağlı belgeler gelmezse tutuklama sona erer. Ancak, her olasılıkta bu tutuklamanın süresi 40 günü geçmeyecektir. Bununla beraber serbest bırakma her zaman mümkündür. Ancak talep edilen taraf, istenen kişinin kaçmasına engel olacak tedbirleri almalıdır

²⁰⁶ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı, 3. Baskı, Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası Ankara, 2006, s. 158

(Avrupa Sözleşmesi Md.16/4). Fakat serbest bırakma, sonradan talepnamenin gelmesi halinde yeniden tutuklamaya engel değildir (Avrupa Sözleşmesi Md.16/5). Talepnamenin tesliminden sonra da tutuklama mümkündür (TCK Md.18/6). Bu takdirde tutuklama kararı verilebilmesi için CMK' nın tutuklama koruma tedbirine ilişkin koşulların gerçekleşmesi aranır. TCK' nın 18/6. Md.' sinde; "*geri verilmesi istenen kişi hakkında koruma tedbirlerine başvurulmasına, Türkiye' nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verilebilir*" denilmektedir. Bu itibarla TCK, koruma tedbirlerine başvurma bakımından talepname verilmiş olmasını aramaktadır. Talepname verildikten sonra, TCK 18/6. Md.' si uyarınca koruma tedbirlerine ve özellikle tutuklama tedbirlerine başvurulabilmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu' ndaki düzenlemeler esas alınır. İfadeye karar verildikten sonra, bu kez de talep eden devlete teslim edilebilmesi için kişinin tutuklanması gerekir. Nitekim TCK' nın 18/7. Md.' sine göre; geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi halinde, ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre tutuklama kararı verilebilir veya diğer koruma tedbirlerine başvurulabilir²⁰⁷.

AİHM, 18.12.1986 tarihli Bozano/ Fransa kararında, İtalyan vatandaşı olan başvurucunun işlediği çeşitli suçlar nedeniyle İtalya' da mahkum edilmesi üzerine, Fransa' da bulunan başvurucunun İtalya tarafından iadesinin istenmesi ve Fransız mahkemesince, İtalya' da yapılan yargılamanın Fransız kamu düzenine aykırı olması nedeniyle iade talebinin reddedilmesi üzerine, Fransız hükümetinin başvurucuyu İsviçre' ye sınır dışı etmesi ve başvurucunun daha sonra İsviçre' den İtalya' ya iade edilmesini, muvazaalı şekilde suçlunun iadesi niteliğinde görüp, Sözleşme' nin 5/1-f Md. 'sinin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁰⁸.

VII. TUTUKLULUKTA GEÇEN SÜRENİN İNDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Yargılama sırasında bazı şüpheli ya da sanıkların tutuklanmaları söz konusu olabilmektedir. Bu sürenin daha sonra verilecek cezadan indirilmesi adalet gereğidir. Kavramın hukuki geçmişi incelendiğinde otomatik bir indirimin yapılmadığı, bir takım

²⁰⁷ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 391

²⁰⁸ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 286

mücadelelerden sonra indirimin kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca bu başlık altında indirimin mahkumiyetten yapılması, indirimin şartları, farklı eylemler nedeniyle tutuklu kalınan sürenin indirilmesi, failin kusurunun indirim etkisi, indirim ve erteleme, yurt dışındaki tutukluluk ve indirimin uygulanmasını inceleyeceğiz.

B. TUTUKLU KALINAN SÜRENİN MAHKUMİYETTEN İNDİRİLMESİ

1. Kavram ve Hukuki Nitelik

TCK' nın 63. Md.' sinde tutuklu kalınan sürenin indirileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve kişi özgürlüğünü sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilecektir.

Ancak tutuklu kalınan sürenin mahkumiyetten indirilmesi konusunda çeşitli sistemler bulunmaktadır. Bunlardan siyasal sistem; tutukluluğun mahkumiyetten indirilmesini hiçbir şekilde kabul etmemekte, tutukluluğun infazının mahkumiyetin infazına göre daha yumuşak olması nedeniyle, indirim kabul edilirse sanığın tutuklu kalacağı süreyi uzatmaya çalışacağı ve böylece diğer mahkumlara oranla ayrıcalığa sahip olacağı ileri sürülmektedir. Tutuklu kalınan sürenin mahkumiyetten indirilmesi konusunda diğer bir sistem olan ampirik sistemde ise; hakime takdir yetkisi verilmekte, yine diğer bir sistem olan karma sistemde; failin kusuru yoksa, muhakeme aşamalarına göre farklı olmak üzere tutuklu kalınan sürenin mahkumiyetten indirimi kabul edilmektedir. Son bir sistem ise, tutuklu kalınan sürenin zorunlu olarak mahkumiyetten indirimini kabul eden hukuki sistemdir. Hukukumuzda kabul edilen sistem de bu zorunlu indirim sistemidir²⁰⁹.

Tutuklu kalınan sürenin ceza mahkumiyetinden indirilmesinin hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler öne sürülmüş bulunmaktadır. Cezanın hafifletilmesi görüşüne göre; indirim, cezanın hafifletilmesi nedenlerinden biridir. Nitekim bu görüş taraftarlarınca indirim, ceza kanunlarının cezanın tayini kısmında cezanın hafifletilmesi nedenleri arasında yer almaktadır denilmektedir. Bu görüşü eleştirenler ise, tutuklu kalınan sürenin cezadan indirilmesinin cezayı hafifleten bir neden değil,

²⁰⁹ Hasan Bıyıklı, Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkumiyetlerinden İndirilmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Ankara, 1983, s. 273; Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 211

önceden çekilen tutukluluğun kısmen veya tamamen hak edilen cezadan düşülmesidir, yoksa söz konusu olan daha hafif bir ceza ile cezalandırılma değildir demektirler. Önceden çekilmiş ceza görüşüne göre, tutukluluk önceden çekilmiş cezadır. Bu nedenle hükmedilen cezadan indirilmesi gerekmektedir. Ancak bu indirme zorunlu değildir. Doğaldır ki, bu görüş tutuklamanın hukuki niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim bu görüş eleştirilerek, kişiye mahkum edilmeden önce ceza çektirilmesinin mümkün olmadığı, tutuklamanın ise bir ceza olmayıp, koruma tedbiri olduğu belirtilmektedir. Öte yandan özel af görüşüne göre ise, tutuklu kalınan sürenin ceza mahkumiyetinden indirimi özel af niteliğindedir. Ancak bu görüş te eleştirilerek, özel affın bir lütuf ve merhamet niteliği gösterdiği, indirimde ise böyle bir nitelik bulunmadığı, kişinin indirimde layık olup olmadığı göz önüne alınmadığı ve karar verecek makamın da farklı olduğu ileri sürülmüştür. Tutuklu kalınan sürenin ceza mahkumiyetinden indirilmesi hak ve adalet duygusuyla kabul edilmiş kendine özgü ve yerinde bir kuraldır. Çünkü özellikle ülkemiz açısından tutukluluk ve hükümlülük infaz rejimlerinin birbirinden çok farklı olduğu, hükümlünün tutuklu kalmış olmakla karlı çıkacağı, zira indirim nedeniyle cezanın bir kısmını veya tamamını daha hafif bir şekilde çekmiş olacağı öne sürülemez²¹⁰.

Ayrıca devlet, suçlu olduğu iddiasıyla bir kişinin özgürlüğünü kısıtlamış ve sonra da arkasından ceza vermişse, tutuklu kalınan süre her bir somut olayda farklı olacağından, tutuklu kalınan sürenin mahkumiyetten indirilmemesi halinde, suç nedeniyle soruşturmaya konu olan vatandaşlardan daha çok tutuklu kalanların özgürlüğü daha çok kısıtlanmış olacak, bu da eşitlik ilkesini daha çok zedeleyecektir.

2. Tutukluluğun İndirilmesi Kurumunun Tarihsel Gelişimi

a. Roma Hukukunda ve Müşterek Hukukta

Eski zamanlardan beri ceza usul hukukunda tutuklama kurumuna rastlandığı gibi, kendisine suç isnat edilen kişinin, soruşturma sırasında tutuklanmak suretiyle kısıtlanan özgürlüğünün kendisine verilen cezadan indirilmesi fikrine de rastlanmaktadır. Pratikteki bu fikrin ilk olarak Digesta' da düzenlenmiş olduğunu belirtilmektedir (L. 25 D. 48, 19 ve L. 23 Cod. 19, 47). Mevcut bulunan indirim ile ilgili bu düzenlemenin tutukluluğun indiriminin, ancak kusursuz ve uzun süren

²¹⁰ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 212

tutukluluklarda söz konusu olduğu şeklinde anlaşılmasına gayret gösterilmiştir. Müşterek hukukçular da sonuca varırlarken, hukuku ihlal eden kişinin muhakemenin emniyet içinde devamına yardım ile yükümlü olduğu fikrinden hareket etmektedirler. Bu nedenle müşterek hukuk doktrinine göre, eğer tutukluluk failin kusuru olmaksızın meydana gelmişse, daha sonra hükmedilen ceza ile birlikte kişiye iki defa ceza verilmiş olacaktır. Böyle bir duruma meydan vermemek için de uzun süren tutukluluğu hükmedilen cezadan indirmek gerekir. Şunu belirtmek gerekir ki, Digesta' da tutukluluğun indirilmesi ile ilgili olarak bu hükümlerde (tutukluluğun kusursuz olması) gerektiği hususunda bir açıklık yoktur ve bu şart tamamıyla müşterek hukuk doktrininin bir buluşu olup, çeşitli devlet mevzuatlarına da buradan aktarılmıştır²¹¹.

b. Almanya' da

19. yy.' in ilk yarısında Alman doktrininde tutukluluğun indirilmesi konusunda var olan uyuşmazlıklar çeşitli ceza kanunlarına da yansımıştır. Bazı ceza kanunları - Bavyera Ceza Kanunu (1813), Braunschweig Ceza Kanunu (1840), Hannover Ceza Kanunu (1841) ve Baden Ceza Kanunu (1840)-, tutukluluğun indirilmesinden cezayı hafifleten nedenler başlığında söz etmişlerdir. Buna karşın haklı olarak, indirim işleminin cezayı hafifletici bir neden olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüş, cezayı hafifletici ve ağırlatıcı nedenlerin, failin eylemiyle ve kişiliğiyle ilgili konular olduğu, indirimde ise, böyle bir niteliğin mevcut olmadığı beyan edilmiştir. Saksonya Ceza Kanunu' nun 30. Md.' sinde ise, indirimin ihtiyariliği esası kabul edilmiş ve böylece tutukluluğun verilen cezadan indirilip indirilmemesi konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir. Bundan başka Oldenburg Ceza Kanunu' nun 51. Md.' sinde de buna benzer bir düzenleme yapılmıştır. En sonunda da 15.05.1871 tarihli Alman Ceza Kanunu' nun 60. Md.' siyle fakültatif sistem kabul edilmiş, yani indirim konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir²¹².

c. Fransa' da

Fransız İhtilalinde, İnsan Hakları Beyannamesi' nin 7. Md.' si hiç kimsenin kanunun belirlediği şekiller dışında dava edilemeyeceğini ve tutulamayacağını

²¹¹ Kayıhan İçel, Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkumiyetinden Mahsubu, İÜHFM, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963, s. 562

²¹² İçel, s. 563

belirtmiştir. Durum bu olmakla beraber, 1810 tarihli Ceza Kanunu'nda kanun koyucu şiddet politikası gütmüş, soruşturma sırasında tutukluluğun zorunlu olması kuralını getirmiştir. Bu kanuna göre, sanığın bilinen ikametgahı olmadığı takdirde, tutuklama zorunluydu ve soruşturma hakimi bir defa tutuklama kararını verince artık onu geri alamazdı. Bu durum yıllarca devam etti ve ilk olarak 14.07.1865' de kanun hakime, sanığı tekrar özgürlüğüne kavuşturma konusunda yetki verdi. Bununla beraber, 1892 yılına kadar ceza kanununda tutukluluğun indirilmesine ilişkin bir düzenleme yapılmadı. Bunun tek istisnası, hüküm ile kanun yoluna başvuru arasındaki sürenin indirilmesidir. Gerçekten 1892 yılına kadar Fransa' da, hüküm verildikten sonra kanun yoluna başvuruya kadar geçen sürenin ceza mahkumiyetinden indirilmesi olanağı vardı. Ancak şu da belirtilmelidir ki, sözü geçen sürenin indirilebilmesi iki hale özgüydü. Bunlar; 1) Devlet tarafından kanun yoluna başvurulması durumu, 2) Sanık tarafından kanun yoluna başvurulması ve sonuçta cezanın hafifletilmesi durumuydu. Diğer bir ifade ile sanık tarafından başvuru halinde, kanun yolu mahkemesinin sanık lehine karar vermesi gerekmektedir. İşte bu iki durum dışında sözü geçen sürenin cezadan indirilmesi Fransa' da yine de mümkün değildi. 1888 yılında tutukluluğun indiriminin zorunluluğu sistemini içeren bir kanun teklifinde bulunuldu ve bu teklif bazı değişikliklerle 1892' de kanunlaştı. Böylece indirimin zorunluluğu prensibi Fransız Ceza Kanunu'na da girmiş oldu²¹³.

C. İNDİRİMİN ŞARTLARI

TCK' nın 63. Md.'sine göre indirim işlemi yapılabilmesi için tutuklu olarak geçirilen bir süre ve kesinleşmiş bir ceza mahkumiyetinin bulunması gerekir.

1. Tutuklu Geçirilen Bir Süre Bulunması

TCK' nın 63. Md.' si ile mahkumun suç nedeni ile kişi özgürlüğünü sınırlama sonucunu doğuran, örneğin; tutuklama gibi haller nedeni ile geçirilen sürelerin mahkumiyetten indirilmesi esası benimsenmiştir. Böylece teknik anlamda tutukluluk sayılmamakla beraber kişi özgürlüğünü sınırlama sonucunu doğuran tedbirlerin tümünün de tutukluluk gibi mahkumiyet süresinden indirilmesi öngörülmüştür. Bu

²¹³ İçel, s. 563

nedenle, madde metninde “hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller” deyimini kullanılmıştır²¹⁴.

TCK’ nın 63. Md.’ sine göre indirim işleminin yapılabilmesi için, tutuklu geçirilen süre, mahkumiyet hükmü kesinleşmeden önce olmalıdır. Bir diğer ifadeyle ancak mahkumiyet hükmü kesinleşmeden önce tutuklu kalınan günler cezadan indirilir. Tutuklu geçirilen süre tutuklama kararından itibaren değil, sanığın tutulması suretiyle özgürlüğünün kısıtlandığı tarihten itibaren hesaplanır. Sanığın teminatla salıverilmesi halinde, teminatla salıverilme kararının uygulanmasından bu kararın geri alınmasına kadar tutukevi dışında geçirilen sürenin mahkumiyetten indirilmesi, indirim işleminin kabul edilme amacına aykırı olacaktır. İndirim işleminde önemli olan, tutuklama kararının, mahkumiyet hükmü kesinleşmeden önce yerine getirilmeye başlanmış olmasıdır. Tutukluluk durumunun hükmün kesinleşmesi anında devam ediyor olması indirime engel olmaz. İndirime karar verme konusunda hakimin takdir yetkisi bağlı yetki olduğuna ve kanunda aksi bir hüküm olmadığına göre, sanığın kendi kusurlu hareketleriyle tutuklamaya neden olması veya tutuklamayı uzatması indirim yapılmamasını gerektirmez²¹⁵.

TCK’ da 63. Md.’ deki “ bütün haller” deyimini nedeniyle sanığın duruşma düzeni nedeniyle özel olarak tutuklanması halinde de bu sürenin mahkumiyetten indirilmesi gerektiği kanısındayım. Yine aynı nedenle tutuklamaya benzeyen yakalama, gözaltı ve gözlem altına alınma nedeniyle özgürlüğün kısıtlandığı süreler de mahkumiyetten indirilecektir.

2. Ceza Mahkumiyetinin Bulunması

TCK’ nın 63. Md.’ si uyarınca indirim için ortada bir ceza mahkumiyetinin bulunması gerekmektedir. Ancak bu mahkumiyet, geçici özgürlüğü bağlayıcı bir ceza veya para cezası olmalıdır. Öte yandan belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma halinde de tutuklu kalınan sürenin indirilmesi söz konusu olmamaktadır. Nitekim, 765 sayılı mülga TCK’ ya kaynak olan İtalyan Ceza Kanunu’ nun 40/1. Md.’

²¹⁴ İzzet Özgenç, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 152

²¹⁵ Metin Feyzioğlu, Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi, ABD, Yıl: 50, Sayı: 1, Ankara, Ocak 1993, s. 113

sinde de, “ kesinleşmeden önceki tutukluluk, kişi özgürlüğünü kısıtlayan ceza mahkumiyetlerinden indirilir” denilmektedir²¹⁶.

Burada üzerinde durulması gereken bir konu da indirilecek tutukluluğun ne zamana kadar geçen tutukluluk olduğudur. Fransız hukukundaki durumu incelerken belirttiğimiz gibi, 1892 yılına kadar Fransa’ da, hüküm verildikten sonra kanun yoluna başvuruya kadar geçen sürenin ceza mahkumiyetinden indirilmesi olanağı vardı. Buna karşın, hükümden önceki tutukluluk indirilemezdi. 1892 yılından itibaren ise, bu sürenin de indirilebilmesi yoluna gidildi. Artık genellikle bütün ceza kanunları hükmün kesinleşmesine kadarki sürenin mahkumiyetten indirilmesini (zorunlu veya takdiri) kabul etmektedir²¹⁷.

CGTİK’ in 107. Md.’ sinde ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezasına mahkum edilenlerin de iyi halli olmaları durumunda belli sürelerin sonunda koşullu salıverilmeye hakları olduğu belirtildiğinden, bu kişilerin de tutuklu geçirdikleri sürenin mahkumiyetten indirilmesi olanağı vardır. Ayrıca hükümlerin hangileri olduğu CMK’ nın 223. Md.’ sinde belirtilmiş olup, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları mahkumiyet olmayıp, bu kararlardan indirim söz konusu olmaz.

D. FARKLI EYLEMLER NEDENİYLE TUTUKLU KALINAN SÜRENİN İNDİRİLMESİ

İndirim yapılabilmesi için, ceza mahkumiyetinin tutuklu kalınan davada verilmiş olması gerekmez. Mahkumiyet hükmü, sanık hakkında açılmış başka bir ceza davasında da verilmiş olabilir. Tutuklu kalınan ceza davası ile mahkumiyet kararı verilen ceza davasının farklı mahkemelerde görülmüş olması da indirime engel olmamalıdır. Sanık hakkında açılmış iki ayrı ceza kovuşturmasının bulunması halinde yapılacak indirim işleminde önemli bir sorun, suç teşkil ettiği için ceza mahkumiyetini gerektiren eylemin, sanığın tutuklanmasına karar verilen kovuşturmaya göre ne zaman işlenmiş olduğudur. Yargıtay İBK’ da, beraat hükmü kesinleştikten sonra işlenmiş olan suçtan mahkumiyet halinde, önceden beraatla sonuçlanmış olan suçtan dolayı tutuklu kaldığı sürenin, beraatından sonra işleyeceği

²¹⁶ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 217

²¹⁷ İçel, s. 572

suçtan verilecek ceza süresinden indirilmesinin kanun hükümlerine uymayacağına karar vermiştir²¹⁸. Demek ki, indirim işleminin yapılabilmesi için sanık, mahkumiyetine karar verilen eylemi, tutuklu kaldığı, ama sonuçta beraat ettiği muhakemede beraat kararı kesinleşmeden önce işlemiş olmalıdır. Böylelikle sanık mahkumiyetine karar verilen eylemi işlerken, hakkında açılmış veya açılacak diğer ceza kovuşturmasının beraatla sonuçlanacağını bilmediği için, beraat ettiği suçun muhakemesi sırasında tutuklu kaldığı süre kadar ceza gerektiren yeni bir suç işlemek konusunda açık bonoya sahip olamayacaktır. İki ayrı ceza kovuşturmasının bulunması halinde, bir diğer sorun da tutuklama kararı verilen kovuşturmanın kesinleşmiş beraat hükmüyle sonuçlanmasının gerekip gerekmediğidir. Yukarıda sözü geçen içtihadı birleştirme kararı böyle bir şart getirmemiştir. İndirim yapılabilmesi için tutuklu kalınan kovuşturmada beraat hükmünün kesinleşmesi gerekmez. Hatta beraat hükmü verilmesi de zorunlu değildir. Mahkumiyet kararı verilse bile, tutuklu kalınan sürenin bu ceza yerine diğer cezadan indirilmesi ya da tutuklu kalınan sürenin fazla olması halinde her iki cezadan da indirilmesi mümkün olmalıdır. Yargıtay, bir af kanunu çıkmadan önce tutuklu kalınan sürenin, af kanunu çıktıktan sonra işlenen suçun cezasından indirimini kabul etmemektedir. Bu içtihadın sanık lehine bir işlem olan indirimin kabul edilmesindeki amaca aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere Yargıtay, haklı olarak, sanığın yeni bir suç işlemek konusunda açık bir bonoya sahip olmasını yerinde bulmamıştır²¹⁹.

²¹⁸ “Beraat eden bir şahsın beraat kararından evvel işlenmiş ve fakat birleştirilmeyerek ayrı bakılmış olan diğer suçundan mahkum olduğu takdirde beraat ettiği suçundan dolayı mevkuf kaldığı müddetin mahkum olduğu ceza müddetine mahsup edilemeyeceğine dair ileri sürülen mülahazaya ve bu suretle üç muhalif reye karşı; bir şahsın müteaddit suçlarının bir mahkemede birleştirilerek bir hükme bağlanması ve ayrı ayrı bakılarak verilen hükümlerin Usulün 403.maddesi hükmüne göre birleştirilmesi halleri cezanın infazı bakımından farksız olup birlikte hükme bağlanan iki suçtan birinden beraatına ve diğerinden mahkumiyetine karar verildiği halde beraat ettiği suçtan dolayı mevkuf kalmış olduğu müddetin mahkum olduğu ceza müddetine mahsubu lazım geldiği gibi, ayrı ayrı hükümlerle birinden beraat ve diğerinden mahkumiyet halinde dahi infazında – beraat kararı ister evvel ister sonra olsun-beraat ettiği suçtan dolayı mevkuf kalmış olduğu müddetin ceza müddetine mahsubu icap edeceği, çünkü birden ziyade suçlarda cezaların birleştirilmesi ve neticede bir hüküm infaz edilmesi ve kati hükümden evvel mevkuf olarak geçen müddetin hangi suça ait olursa olsun mutlak surette mahkum olduğu ceza müddetinden indirilmesi Ceza Kanununun 40. maddesi ile içtima hükümlerinin zaruri bir neticesi olduğu ve ancak beraat hükmü katileştikten sonra işlenmiş olan suçtan mahkumiyet halinde evvelce beraatla neticelenmiş olan suçtan dolayı mevkuf kaldığı suçtan mahkumiyet halinde evvelce beraatla neticelenmiş olan suçtan dolayı mevkuf kaldığı müddetin beraatından sonra işleyeceği suçtan verilecek ceza müddetinden indirilmesi kanun hükümlerine uymayacağı, çünkü sonradan işlenen ve mahkumiyetle neticelenen suç evvelce beraat kararına bağlanmış olunan suçla birleştirmeye kanuni bir yol ve imkan bulunmadığı mütalaasına dayanılarak beraat eden bir şahsın, beraat ettiği suçtan dolayı mevkuf kaldığı müddetin beraat kararından evvel – beraat kararı katileşmeden evvel işlenmiş olduğu diğer bir suç için verilen ceza müddetine mahsubu icap ettiğine dair (YİBK, 06.03.1940/ 5-68 gün ve EK, RG: 09.09.1940/ 4607).”

²¹⁹ Feyzioğlu, Tutuklamadan Doğan, s. 117

Tutukluluğa neden olan suçtan fail beraat etmemiş olsa ve fakat tutukluluk süresi hükmedilen cezadan fazla ise, tutukluluk süresinden geri kalan kısmı diğer bir ceza mahkumiyetinden indirilmesi halinde de aynı şartın aranması gerekir. Bu şartın aranmasındaki amaç, bir defa tutuklanan kişinin o suçundan dolayı beraat etmesi veya hükmedilen cezanın tutuklu kalınan süreden az olması halinde, geri kalan tutukluluk süresini aşmamak şartıyla bir suç işlemek konusunda serbest kalmasının önüne geçmektir²²⁰.

Henüz sonuçlanmamış olan bir kovuşturmada tutuklu kalınan süre kesinleşmiş olan bir hükümde indirim tabi tutulabilir. Ancak bu durumda mükerrer indirimin önüne geçmek için durumun devam eden kovuşturma dosyasına bildirilmesi gerekir. Yargıtay 8. D.' nin 17.09.1984/ 4247-3967 gün ve EK sayılı kararı da bu doğrultudadır²²¹. Ayrıca şartların oluşması halinde bir suçtan tutuklu olarak kalınan fazla sürenin diğer bir suçun cezasında indirimi mümkündür²²². Ayrıca Yargıtay' a göre, işlediği bir suçtan ötürü cezası infaz edilirken şartla tahliye edilen hükümlünün, bihakkın tahliye tarihinden önce yeni bir suç işleyerek tutuklanması ve yeni suçun cezasından fazla bir süre tutukluluğunun devamı halinde fazla tutuklu kaldığı sürenin koşullu salıvermenin geri alınması nedeniyle ilk suçtan infazı gereken cezadan indirilmesi olanaklıdır²²³. Yine ertelenen bir suçtan dolayı tutuklu kalınan sürenin başka bir suçtan alınan cezadan indirilmesi de olanaklıdır²²⁴.

²²⁰ İçel, s. 575

²²¹ Erhan Günay, Uygulamada Tutukluluğun Ceza Mahkumiyetinden Mahsubu Şartla Tahliye ile Müddetname Tanzimi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 28

²²² "TCK" nın 40. maddesi ile 06.03.1940 gün ve 5/68 sayılı İçt. Birl. Kararının amaç ve içeriklerine göre tutukluluğun mahsubunda ilke, tutuklu kalınan suçtan verilen kararın kesinleşme tarihinden önce bir suç ya da suçların işlenmesi yeterli olup, tutuklu kalınan suçun beraat veya mahkumiyetle sonuçlanmasının gerekmeceği cihetle, yazılı emre dayanan C. Başsavcılığının tebliğnamesi içeriği yerinde görülmele ... kararının bozulmasına ve ortadan kaldırılmasına, infaz işleminin bu doğrultuda mahallinde yapılmak üzere evrakın C. Başsavcılığına iadesine ... oybirliğiyle karar verildi" (Yrg. 1. CD 18.07.1994/ 3293-2484 gün ve EK), Günay, s. 30

²²³ (Yrg.CGK, 31.01.2006, 2006/1-4 E, 2006/7 K, gün ve sayılı kararı),[\(Otomasyon Programı\)](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 05.12.2007

²²⁴ "... Mahsuba konu, 18.12.2006-31.12.2006 tarihleri arasındaki mahkumiyete karar verilen firar suçunun, tutuklu kalınan kasten yaralama suçundan verilen hükmün kesinleşmesinden (05.04.2007 tarihinden) önce işlenmiş olması karşısında, hükümlünün kasten yaralama suçu nedeniyle tutuklulukta geçirdiği sürenin halen infazı yapılmakta olan firar suçunun cezasından mahsubuna karar verilmesi gerekmektedir. Kastan yaralama suçu nedeniyle tutuklu kalınan sürenin firar suçunun cezasından mahsubu halinde, tutukluluğun iki kez mahsubu ihtimalinin bulunması, indirim işleminin yapılmasına hukuki bir engel teşkil etmemektedir. İndirim yapıldığına dair kararın kasten yaralama suçuna ilişkin dosaya konması ve gerekçeli kararın üzerine şerh düşülmesi gibi tedbirlerle bu sakıncanın giderilmesi mümkündür. Kastan yaralama suçundan dolayı verilen erteleme halinde infaz hükümlerine göre infazının yapılması her zaman mümkün bulunmaktadır", (As.Yrg.3.D. 22.05.2007/ 1212-1206 gün ve EK), (Askeri Yargıtay kütüphanesinden)

E. TUTUKLULUĞA FAİLİN KUSURLU HAREKETİNİN NEDEN OLMASI

Kanunumuz tutuklulukta geçen sürenin indirilmesinde, sanığın tutukluluğa kusurlu hareketi ile neden olmaması şartını aramamıştır. Yani fail tutukluluğa kusuru ile neden olsa da indirim yapılacaktır. Kanunumuzun kusurlu tutukluluğun indiriminin olanak dışı olup, olmadığı konusunda herhangi bir açıklık içermemesi ve kusurlu, kusursuz tutukluluk şeklinde bir ayırım yapmaması çok yerindedir. Çünkü sanık, kusuru olsun veya olmasın, özgürlüğü kısıtlanmış ve bu özgürlüğünü kısıtlama olgusu henüz işlemiş olduğu suçtan mahkum olmadan önce meydana gelmiştir. Bu nedenle sonradan mahkum olan sanığın kusuruyla bile olsa fiilen tehdit edilen özgürlüğünün iade edilmesi gerekir²²⁵.

F. TUTUKLULUĞUN İNDİRİLMESİ VE ERTELEME

Bu başlık altında incelenecek konu, hükümlünün tutuklulukta geçirdiği bir sürenin bulunması durumunda, TCK' nın 63. Md.' si gereğince bu süre hükmedilen cezadan indirilmişse, cezanın indirilen kısmının ertelenmesinin olanaklı olup olmadığıdır. Bu mesele doktrinde tartışma konusu olmuştur. Şöyle bir ayırım yapılmaktadır. Erteleme konusunda deneme süresi iyi hal ile geçirildikten sonra, mahkumiyetin esasen vaki olmadığı sistem kabul edilirse, cezanın indirilen kısmının ertelenmesi olanaklı olmalıdır. Buna karşın, deneme süresinin iyi hal ile geçirilmesinde cezanın infaz edilmiş veya cezanın infazından vazgeçilmiş sayılması sistemi içinde tutuklulukta geçen sürenin ertelenmesine olanak yoktur. Yabancı ülkeler uygulamasında, genellikle hükmedilen cezanın indirilen kısmının ertelenmesi kabul edilmektedir. Örneğin; Alman uygulamasında tutukluluğun indirilmesi durumunda indirilen kısmın ertelenmesinin olanaklı olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay, ilk zamanlarda cezanın, tutukluluğun indirilmesi işlemiyle indirilen kısmının ertelenemeyeceği yolunda içtihadta bulunmuşken, sonradan bu içtihadından dönmüş ve tutukluluk indirilmiş olsa bile, erteleme verilen cezanın tamamı hakkında yapılması gerektiğine karar vermiştir. Tutukluluk süresinin ceza mahkumiyetinden indirilmesi durumunda da erteleme olanaklı olmalıdır. Çünkü suçlu hükmedilen cezanın tamamını tutuklu olarak geçirse bile, erteleme suçluya sağladığı çıkarın

²²⁵ İçel, s. 575

sadece, cezanın infazını ortadan kaldırmaktan ibaret olmadığından hareketle, suçlunun bu durumda da erteleme konusunda çıkarı vardır²²⁶.

Tutuklu kalınan sürenin mahkumiyetten indirilerek, kalan sürenin ertelenmesi durumunda, özellikle erteleme kararının geri alınması halinde infazda sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, erteleme toplam mahkumiyet süresi üstünden yapılmalıdır. Tutukluluğun indirilmesi işlemi ise, erteleme durumunda şarta bağlanmalı ve kararda, erteleme kararının geri alınması durumunda tutuklulukta geçen sürenin indirileceği belirtilmelidir.

G. YURT DIŞINDA TUTUKLULUKTA GEÇEN SÜRENİN İNDİRİLMESİ

TCK' nın 16. Md.' sine göre nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı yabancı ülkede göz altında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen sürelerin aynı suçtan dolayı Türkiye' de yapılacak yargılama sonunda verilecek cezadan indirilmesi öngörülmüş, böylece adalet esaslarına uyulması sağlanmıştır²²⁷.

Bu konuda karşılaştırmalı hukuk bakımından genel olarak benimsenen kural, yabancı ülkede cezanın çekilmiş olması halinde ülkede yeniden kovuşturma yapmak, fakat ikinci defa hükmedilen cezadan yabancı ülkede daha önce çekilmiş olan cezayı indirmektir. Bu sayede *non bis in idem* kuralının mantığı ile bir uyum kurulduğu belirtilmektedir. Gerçek şudur ki, böyle bir davranış *non bis in idem* kuralına aykırıdır ve yabancı mahkumiyet hükmünün olumsuz yönden kesin hüküm etkisini kabul etmemeyi ifade eder. Çünkü cezanın indirilebilmesi için, bu kurala aykırı olarak, bir kere daha aynı eylemden dolayı kovuşturma yapmak gerekir. Bununla beraber yabancı ülkelerde verilen hükümlerin olumsuz kesin hüküm etkisini kabul etmeyenler de cezada indirim kuralını benimsemektedirler. Yabancı kanunların hemen hepsinde indirim kuralı yer almış bulunmaktadır²²⁸.

²²⁶ İçel, s. 576,577

²²⁷ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 154

²²⁸ Dönmezer ve Erman, s. 511

H. İNDİRİMİN UYGULANMASI

TCK' nın 63. Md.' si hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen tutukluluğun ceza mahkumiyetinden indirilmesini öngörmekte, bu konuda herhangi bir istisna tanımamaktadır. Kural olarak, tutuklu kalınan sürenin mahkum olunan cezadan indirilmesini, mahkumiyet hükmünü veren mahkeme yapmaktadır. Bunun için, önce cezaya hükmedilmesi, sonra indirim işleminin uygulanması gerekmektedir. Tutuklu kalınan günler indirildikten sonra cezaya hükmedilmesi, yasaya aykırı olacaktır. Öte yandan, herhangi bir nedenle indirim işleminin, hükmü veren mahkemece yapılmış hükme yazılmamış olması durumunda bile, infaz sırasında, yetkili cumhuriyet savcısı, indirimi kendiliğinden göz önüne almak zorundadır. İndirim sırasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların giderilmesi için ise, CGTİK' in 98. Md.' si uyarınca mahkemeye başvurulması mümkündür. Özgürlüğü bağlayıcı cezalardan tutuklu kalınan sürenin ne şekilde indirileceği konusunda, TCK Md. 63' de herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, özgürlüğü bağlayıcı cezanın türü ne olursa olsun, bir günlük tutukluluk, bir günlük özgürlüğü bağlayıcı cezaya eşit sayılmalıdır.

Hükmedilen ceza adli para cezası ise, adli para cezasına çevirme TCK 50 ve 52. Md.' lere göre her bir gün karşılığı belirlenecek bir miktar üzerinden yapılacağından, indirim işleminin de tutuklu kalınan gün kadar sürenin, adli para cezasına çevirmede esas alınan günden düşülmek suretiyle yapılması gereklidir. Ancak TCK 63. Md.' de adli para cezasına hükmetme halinde, bir gün tutukluluğun 100 TL sayılmasına ilişkin düzenleme, hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen adli para cezası bakımından, tutuklu yargılanan sanıkla, tutuksuz yargılanan sanık açısından adaletsizlik doğurmaya açıktır. Yapılması gereken, yargılama sonucu doğrudan adli para cezasını gerektiren bir suçtan hüküm giyme halinde bir gün tutukluluğun 100 TL sayılacağına kanunda belirtilmesidir.

Öte yandan fail hakkında hapis cezasıyla birlikte adli para cezasına da hükmedilmiş olabilir. Bu durumda tutuklu kalınan sürenin önce hapis cezasından indirilmesi gerekir²²⁹. Ayrıca 5237 sayılı TCK dışındaki diğer kanunlarda yer alan adli para cezasının ödenmemesi durumunda CGTİK' in ek 1. Md. ' si gereğince hükümlüler bir gün 100 YTL hesabıyla hapsedilirler. Aynı maddeden hareketle, TCK dışındaki kanunlar nedeniyle yapılan soruşturmalarda, bu kanunlarda gün para

²²⁹ Günay, s. 21

cezası sisteminin olmaması ve para cezasına hükmedilmesi durumunda, tutuklu kalınan sürenin de bir gün 100 YTL hesabıyla mahkum olunan adli para cezasından indirilmesi gerekir.

Sanık hakkında hükmedilen kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza TCK 50. Md.' si uyarınca adli para cezasına çevrilecekse, önce bu işlemin yapılıp, sonra tutuklu kalınan sürenin indirilmesi gerekmektedir. Yargıtay' ın belirttiği gibi, önce indirim işleminin yapılıp, sonra artan özgürlüğü bağlayıcı cezanın paraya çevrilmesi yerinde değildir. Para cezasının taksitde bağlanması durumunda ise, önce indirim işlemi yapılıp, sonra taksit miktarlarının belirlenmesi, infazda duraksamaya yol açmamak bakımından daha doğru olacaktır²³⁰.

VIII. KANUNA AYKIRI TUTUKLAMADAN DOĞAN ZARARIN GİDERİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Kanun dışı yakalanan veya tutuklananlara tazminat verilmesi düşüncesi, kişi güvenliğini sağlayan güvencelerden biri olarak düşünülmüş ve anayasalarda yer almıştır. Örneğin; 1884 yılında Portekiz, 1886 yılında İsveç, 1887 yılında Norveç, 1888 yılında Danimarka, 1892 yılında Avusturya, 1898 yılında Almanya hukuk sistemlerine bu konu yasal düzenlemelerle girmiş bulunmaktadır. Ülkemizde 1961 Anayasası' ndan önce, kanun dışı yakalananlara veya tutuklananlara tazminat verilmesini genel kurallara dayandırma fikri ortaya atılmıştır. Ancak, Türk hukuk sisteminde haksız tutuklama tazminatını açıkça kabul eden ilk hüküm, 1961 Anayasası' nın "Kişi Güvenliği" üst başlığını taşıyan 30. Md.' sinin son fıkrasıdır. Benzer bir düzenleme de 1982 Anayasası' nın "kişi hürriyeti ve güvenliği" kenar başlığını taşıyan 19. Md.' sinin son fıkrasında yapılmıştır²³¹.

Hiçbir hukuk düzeni kusursuz değildir. Ceza muhakemesi, maddi gerçeği bulmak çabasıdadır, ancak bunu garantileyememektedir. Bu açıdan, yapılan yanlışların ya da haksızlıkların giderilmesi gerekmektedir. Nitekim, Any. Md. 19/9' da ve aynı maddenin ilk sekiz fıkrasında şartları ve hükümleri düzenlenen tutuklama ile

²³⁰ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 222

²³¹ Hasan Köroğlu, Haksız Tutuklama Tazminatı, Adil Yayınevi, Ankara, 1996, s. 25

yakalamanın, öngörülen esaslar dışında uygulanmasıyla kişilerin uğradıkları zararın, kanuna göre devletçe ödeneceği belirtilmiş bulunmaktadır. Daha önce yürürlükte bulunan 1961 Any. Md. 30/5' te de, hemen hemen aynı anlatım biçimiyle ve ilk kez yer alan bu hüküm dolayısı ile, tutuklama ve yakalamanın kanun dışı olması durumunda ilgiliye tazminat verilmesi, hukukumuzda, 07.05.1964 gün ve 466 SK' yla gerçekleştirilmiştir. Böylece, "işbu maddenin hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tevkif muamelesinin mağduru olan her şahsın tazminat istemeye hakkı" veya "tevkif muamelesinin mağduru olan her şahsın tazminat istemeye hakkı" bulunduğunu belirten AİHS 5/5. Md. 'nin gereği de yerine getirilmiş olmaktadır. Ancak, 466 SK' da sadece kanun dışı yakalama ve tutuklama için tazminat verilmesi öngörülmüş, diğer özgürlüğün kaldırıldığı haller, söz gelimi, sanığın şuurunun incelenmesi için bir kuruma yatırılması (mülga CMUK Md.74) ya da ihzar (mülga CMUK Md.133) göz önüne alınmadığı gibi, koruma tedbirlerinden el koyma (mülga CMUK Md.86) ve aramanın (mülga CMUK Md.94) kanun dışı olması ya da muhakemenin iadesi yoluyla hükmün ortadan kalkması durumuna da değinilmemiştir. Oysa, söz gelimi, 08.03.1971 tarihli Alman Ceza Kovuşturması Tedbirlerine ilişkin Tazminat Hakkında Kanun Md. 2' de tutuklamadan başka koruma tedbirlerinin yerine getirilmesinden ve Md.1' de de kesinleştikten sonra muhakemenin iadesi yoluyla veya başka bir ceza muhakemesinde ortadan kalkan ya da hafifletilen hükümlerle zarara uğratılmanın da, tazminat kapsamı içine alındığı görülmektedir²³².

B. TAZMİNATA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Haksız tutuklama veya cezalandırmaya karşı devletin tazminat yükümlülüğünün bulunması düşüncesine ve bunun hukuk kurallarına yansımalarına aydınlanma çağından itibaren rastlanmaktadır. Avrupa ülkelerinden söz gelimi Federal Almanya' da 1898 tarihinden beri var olan, haksız yakalanan ve tutuklananlara tazminat verilmesi kurumu, ülkemizde ancak 1961 Anayasası ile bu konu hüküm altına alındıktan ve hukuk devleti olmanın bir gereği sayılmaya başlandıktan sonra yasalaşabilmiştir. Gerçi, bu konuda bir kanun tasarısı, 1956 yılında TBMM' ye sunulmuş, ancak yasalaşmamıştır. Üstelik öğretilerde, böyle bir

²³² Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 225

tazminata hukuki dayanak bulma zorluğu gerekçesiyle, aleyhte görüşler de ileri sürülmüştür²³³. Bu dönemdeki görüşlere aşağıda yer verilmiştir.

Savcı' ya göre, yargı hizmetlerinin görülmesi sırasında yapılan haksızlıklar hizmetin gerektirdiği gerekliliklerden doğduğu için, devletin sorumluluğunu gerektirmez. Zaten hakim, bir karar verirken tamamen devletten bağımsız davrandığından, onun eyleminin zararlı sonuçlarından devleti sorumlu tutmak haklı olmaz ve adliye mahkemelerinin verdikleri kararların idari mahkemelerce kontrolü de doğru olmaz. Ancak, hakimin kişisel kusuru varsa, kendisinden genel hükümler gereğince tazminat istenebilir²³⁴.

Onar' a göre ise, devlet, hakimlere emir veremez ve yargı faaliyetini denetleyemez. Bu suretle BK Md. 55, hakimlerin kusur ve eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğuna uygulanamayacağı gibi, yasal açıklık olmadıkça bunların eylemlerinden dolayı devlete sorumluluk ta yüklenemez. Bu konuda, kanunda bir hüküm ve açıklık aramak gerekir. Ancak, HUMK Md. 573' de, hakimin sorumluluğunu gerektiren nedenlerde devletin mali sorumluluğuna ilişkin hiçbir hüküm bulunmamaktadır²³⁵.

Sarıca' da, devletle memur arasındaki ilişkinin akdi nitelikte olmadığına değinerek, hakimle devlet arasındaki ilişkinin de böyle olduğunu, bu nedenle, borçlar hukukunun istihdam edenin sorumluluğuyla ilgili hükümlerinin devletle hakim arasındaki ilişkiye uygulanamayacağını belirtmektedir²³⁶.

Bu görüşlerden başka, haksız yakalama ve tutuklama hallerinde tazminat verilmesinin kabulü ile, adalet mekanizmasının haksızlık yaptığını itiraf edilmiş olacağı ve bunun bir sakınca teşkil edeceği gibi, yargı organlarının bağımsızlığı ile bağdaşmayacağı²³⁷ ya da, haksızlığın tazminatla değil, verilen tutuklama kararlarının bir üst merci tarafından kontrol edilmesiyle ve tutukluluk süresinin makul bir şekilde sınırlandırılmasıyla giderilmesi gerekeceği düşünceleri de ileri

²³³ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 226

²³⁴ Bahri Savcı, Türk Devletinde Tarihi Akışı İçinde İnsan Hakları, Ankara, AÜSBFD, Cilt: 18, 1963, s. 278

²³⁵ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952, s. 1218

²³⁶ Ragıp Sarıca, İdari Kaza I, İdari Davalar, İstanbul, 1949, s. 299

²³⁷ Faruk Erem, Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat, Balkanoğlu, Ankara, 1966, s. 715

sürülmüştür²³⁸. Oysa tazminat ödenmesiyle adalet mekanizmasının hata yaptığını devletin itiraf etmesinde, sakınca değil yarar vardır. Haksızlık itiraf edilmese de duyulur ve bilinir. Haksızlık yapınca tazminat ödenmesi gerektiği şeklindeki hukuk kuralı konusunda devlet kendisinin istisna teşkil etmediğini ortaya koyarak örnek olmalıdır²³⁹.

Kanun koyucu ise, 07.05.1964 gün ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun' u çıkarmakla, konuyla ilgili karşıt görüşlere artık itibar etmediğini ortaya koymuş oldu. Kunter' in belirttiği gibi, ceza davası kamu yararına açıldığına göre, bundan bir zarar doğduğunda, bu zararı birey değil toplum yüklenmelidir. Ayrıca, tazminat vermekle adalet mekanizmasının hata ettiğini devletin itiraf etmesi de yararlıdır. Çünkü, haksızlık nasıl olsa duyulacaktır. Bir haksızlık yapıldığında bunun giderilmesi gerektiği yolundaki hukuk kuralına devletin kendisinin de uyması kişilere örnek olacak ve hakimleri dikkatli hareket etmeye yöneltecektir²⁴⁰.

C. TAZMİNATIN HUKUKİ ESASI

Haksız tutuklama tazminatının esası konusunda ileri sürülen iddialar çeşitlidir. Biraz sonra göreceğimiz gibi bunlardan hiçbiri tek başına durumu açıklayamamaktadır. Zaten tazmin işlemine karşı olan yazarlar da kuvvetlerini bu görüş ayrılığından almaktadırlar. Bazı hukukçular, devletin tazmin borcunu tamamen hukuki sorumluluk (haksız fiil, başkasının fiilinden dolayı sorumluluk) çerçevesi içinde değerlendirmektedirler. Bu teorinin kabulüyle hakimlerin daha dikkatli davranacakları, yersiz tutuklamaların azalacağı öne sürülmektedir. Diğer bazılarına göre ise tutuklama, kişi özgürlüğünün istimlakı, ödenen tazminat ta istimlak bedelidir. Üçüncü bir grup, bu tazminatı risk ile açıklamaktadır. Teorik olarak her vatandaş için aynı derecede mevcut olan tutuklanma riski, pratikte yalnız bir kısım vatandaşlar için gerçekleşmektedir. Kovuşturma sonunda bu sonuncuların sebepsiz yere tutuklandıkları anlaşılınca, bu yüzden uğradıkları zararın kanun önünde eşitlik prensibi gereğince, kollektivite tarafından tazmini gerekir. Dördüncü bir görüşe göre, devletin tazminat borcu suç benzerinden doğan bir borçtur. Beşinci bir görüş,

²³⁸ Uğur Alacakaptan, "Haksız Yakalama ve Tutuklama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti", AÜHFD, Cilt: 18, Sayı: 1-4, Ankara, Ocak-Nisan 1961, s. 193

²³⁹ Erem, Diyalektik Açısından, s. 466

²⁴⁰ Erem, Kanun Dışı Yakalanan, s. 716

devletin sorumluluğunu idare hukukundaki sorumluluk esaslarına dayandırmaktadır. Bazı yazarlara göre de, hukuka bağlı devlet anlayışının benimsenmesinin sonucu olarak, fonksiyonlarından dolayı devletin sorumluluğunu kabul gerekli ve mantıktır. Halbuki, devletle kralın kişiliğinin aynı olduğu eski devirlerde, kralın haksızlık yapmayacağı varsayımı sonucunda, devlet te her türlü faaliyetinden dolayı sorumsuz tutuluyordu. Nihayet son bir görüş, devletin tazminat borcunu Gierke' nin organik teorisi ile açıklamaktadır. Devlet, organlarına organik bir bağ ile bağlı olduğuna göre, bu organlar tarafından yapılan işlem doğrudan doğruya bizzat devlet tarafından yapılmış gibidir. Hakimler de devlet organı olduklarından, faaliyetlerinin neden olduğu zararlardan devletin sorumluluğu doğal görülmelidir²⁴¹.

D. TAZMİNATIN HUKUKİ DAYANAKLARI

1982 Anayasası 19. Md.' si ile hukuka aykırı yakalama ve tutuklamalardan doğan zararların tazminini öngörmekle, kişi hak ve özgürlüklerine değer verdiğini göstermek istemiştir. Anayasa' mızın 19/4. Md.' sine göre "bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, kanuna göre devletçe ödenir". Bu hüküm 1961 Anayasası' nın 30. Md.' si hükmünden farklı değildir. Gerekçe ise şöyledir: "Nihayet maddenin dokuzuncu fıkrası ile, kanuna aykırı hürriyet kısıtlamalarında kişinin uğradığı zararın devletçe tazmini öngörülmüştür. Bu tazmin otomatik değildir, tazmin şartlarını kanun gösterecektir. Mesela, yargılama sonunda verilen bir beraat kararı, yargılama sırasında tutuklu kalmış bir sanığa muhakkak tazminat ödemeyi gerektirmez". 1991 yılında tazminat engelleri kaldırıldıktan sonra artık yargılama sonunda verilmiş bulunan bir beraat kararı sanığa mutlaka tazminat ödemeyi gerektirmektedir. Bunun tek şartı, yapılan işlem veya verilen kararın hukuka aykırı veya haksız olması ve sanığın da bir zarara uğramış olmasıdır. Yapılacak olan muhakeme de sadece zararın saptanmasına yönelik olacaktır. Anayasa' nın ikinci maddesinde deyimlenen hukuk devleti ilkesinin sonucu olarak 19. Md.' deki tazminat esası kabul edilmiştir. Cumhuriyetimizin insan haklarına dayalı bir hukuk devleti oluşu, kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını gerektirmiş ve benimsenmiş bulunan bu ilkenin uzantısı olarak da kişi güvenliği başlığı altındaki 30. Md.' sinde yasal güvencesini bulmuştur. Anayasa' mızın hukuka aykırı tutuklamaların doğurduğu zararların devletçe ödenmesini öngörmesi, Anayasa' nın

²⁴¹ Feyyaz Gölcüklü, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti, (Türk Hukukunda Muvakkat Yakalama- Tevkif), Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1958, s. 171

kişi ve hak özgürlüklerine verdiği değeri gösterir. Öte yandan bir hukuk devleti olduğunu belirten Türk devletinin hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşan bir niteliğidir. Ayrıca Anayasa' nın 40. Md.' si temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkindir: "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurulma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır"²⁴².

E. TAZMİNAT NEDENLERİ

Tazminat nedenleri CMK' nın 141. Md.' sinde belirtilmiştir. Bu madde iç hukuk sistemimizde kanuna aykırı tutuklamadan doğan zararın giderilmesini düzenlemektedir. Ayrıca tarafı olduğumuz AİHS gereğince de Sözleşme' nin 5. Md.' si nedeniyle bireyin AİHM' de şartların oluşması halinde, devlet aleyhine dava açması olanağının bulunduğu göz önünde tutulmalıdır.

Uygulamada sorun hükmedilen maddi veya manevi tazminatın miktarı açısından ortaya çıkmaktadır. Mahkemelerin tazminat miktarını tam karşılık olarak belirleme konusundaki çekimserliklerini atmaları ve tazminat miktarının AİHS' nin 41. Md.' sindeki adil tatmin yöntemiyle belirlenmesi gerekmektedir. Yoksa AİHM' in tazminatın makul bir düzeyde olmadığı gerekçesiyle başvuruları kabul etme olanağı bulunmaktadır²⁴³.

CMK' nın 141/2. Md.' sine göre, bir kimse kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra o kimse hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı veren mercinin, gözaltı veya tutuklulukta geçirdiği sürelerin hükümlülük sürelerinden fazla olduğu kişiler hakkında mahkumiyet kararı veren merci ile, yakalanıp veya tutuklanıp da suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezaya hükmeden mercinin

²⁴² Hakan Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 74

²⁴³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Açık Cezaevi Yayınları, Ankara, 2004, s. 177

ilgiliye tazminat hakkı olduğunu bildirmesi ve bunun ayrıca verilen karara geçirmesi gerekir²⁴⁴.

1. Kanun Dışı Yakalanma, Tutuklanma veya Tutukluluğun Devamına Karar Verilmesi

CMK' nın 90-99. Md.' lerinde yakalamanın, 100-108. Md.' lerinde tutuklamanın nedenleri ve koşulları belirtilmiştir. Dolayısıyla bu maddelere aykırı olarak yapılacak bir yakalama veya tutuklama ya da tutukluluğun devamına karar verilmesi, CMK' nın 141. Md.' sini ihlal edecek ve tazminat ödenmesini gerektirecektir.

Soruşturma veya kovuşturma sırasında kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalama, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilmesine örnek olarak bir yıldan az hapis cezasını gerektiren bir eylemde tutuklama kararı verilmesini gösterebiliriz²⁴⁵. Yine kanunda belirtilen tutuklama nedenleri dışında bir nedenle, örneğin; sanığın tekrar suç işleme ya da intihar etme olasılığının bulunduğu gerekçesiyle yapılan bir tutuklama kanuna aykırı olacak ve tazminat istemine dayanak yapılabilecektir. Yine hakim kararı olmadan yapılacak bir tutuklama, durumu kanuna aykırı hale getirecektir²⁴⁶. Ayrıca kanunda sadece CMK' ya aykırı değil, diğer kanunlarda belirtilen koşullara aykırı yapılacak yakalama, tutuklama ve tutukluluğun devamına karar verilmesi halleri de tazminat nedeni olarak belirtilmiştir. Bu itibarla bu konuyla ilgili bütün kanunlar, örneğin; Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ve bu arada Anayasa' nın 90. Md.' si gereği AİHS' de bu kapsamda düşünülecektir. Yine orantılılık prensibine uyulmadan verilen tutukluluk kararları da kanuna aykırı olacaktır. Söz gelimi pasaportu elinden alınmak suretiyle kaçması engellenebilecek bir kimsenin kaçmaması için tutuklanması gibi²⁴⁷. Yargıtay' da tutuklamanın dayanaktan yoksun bulunmasını tazminat nedeni olarak kabul etmiştir; “ tutuklama kararında bu karara esas alınan deliller gösterilmediği gibi davacılara isnat edilen suçlarla ilgili soruşturma evrakında da delil mevcut olmadığı,

²⁴⁴ Serdal Baytar, Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılınması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 18, Sayı: 61, 2005, s. 365

²⁴⁵ Soyaslan, s. 322

²⁴⁶ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 232

²⁴⁷ Hakeri, Haksız Yakalanan, s. 82

tutuklamanın kanuni mesnedi bulunmadığı gözetilmeden... tazminat isteklerinin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir"²⁴⁸ .

2. Kanuni Haklarının Hatırlanmaması veya Haklarından Yararlanma İsteğinin Yerine Getirilmemesi

CMK' nın 147. Md.' sinde belirtilen yakınlarına haber verme, susma, şüpheden kurtulması için delil toplanmasını isteme hakları hatırlanmadan ya da hatırlanmış olsa bile bu haklarını kullanmasına izin verilmeden tutuklanan şüpheli veya sanık tazminata hak kazanır. Uygulamada genellikle bu hakların hatırlanmak yerine sadece tutanağa " haklarının hatırlanıldığı" ibaresi yazılmakla yetinilmektedir. Tutanağın aksi ispatlanamayacağından bu durumda kişinin tazminata hak kazanamayacağı açıktır²⁴⁹. Yine bu çerçevede, avukat isteyip istemediğinin sorulmaması, istiyorsa gereğinin yapılmaması gibi durumlar bu madde kapsamında değerlendirilebilir.

3. Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmama ve Hakkında Hüküm Verilmeme

Şüphelinin tutuklandıktan sonra mahkeme önüne çıkarılması gereken süreye ilişkin CMK' da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak AİHS' nin 5. Md.' si uyarınca " ... yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir hakim ... önüne çıkarılır, kendisinin makul sürede yargılanmaya ... hakkı vardır". Yine 6. Md. uyarınca herkes makul bir sürede davasının görülmesini isteme hakkına sahiptir. Tutuklu kişinin makul sürede hakim önüne çıkarılmaması ve bu sürede hakkında hüküm verilmemesi, hem AİHS' nin 5. ve 6. Md.' lerine aykırıdır ve devletin AİHM' de mahkumiyetine neden olur – ki, bu nedenle birçok mahkumiyetimiz gerçekleşmiştir- hem de iç hukukta devletin tazminat sorumluluğuna yol açar. AİHM makul süre kavramını her somut olaya göre saptamaktadır. Ancak mahkeme özellikle davanın karmaşıklığı, başvuranların ve adli mercilerin tutumu kriterlerine bakmakta ve eğer yargılama makul sürede bitirilememişse, 6. Md.' nin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmektedir. Nitekim Mahkeme, Mansur/ Türkiye kararında 5 yıl 3 aylık

²⁴⁸ Mümin Kavalalı ve Naci Ünver, Hukukumuzda Yasadışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, s. 71

²⁴⁹ Kaan Yırtımcı, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Hukuk Gündemi Dergisi, Sayı:3, Aralık 2005, s. 34

tutukluluk süresinin 5. Md.' yi, 7 yıllık yargılama süresinin de 6. Md.' yi ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Yine Yağcı ve Sargin/ Türkiye kararında ise 2 yıl 2 aylık tutukluluk süresinin ve 4 yıl 8 aylık yargılama süresinin makul olmadığına karar vermiştir²⁵⁰.

Yargılama süresi konusunda AİHM' in önceden belirlediği kesin bir ihlal süresi olmamakla beraber, sekiz yılı aşan yargılamaların Sözleşme' ye uygun bulunmadığı ifade edilmektedir. Yine kimi hallerde altı veya yedi yıl devam etmiş olan yargılamalar Sözleşme' ye uygun bulunmuşken, 3-5 yıl arasındaki sürelerin makul bulunmadığı yönünde kararlar mevcuttur²⁵¹.

Kanımca bu bent nedeniyle tazminata karar verilirken, özellikle makul sürede hüküm verilmemesinde, soruşturma ya da kovuşturma konusu suçun niteliği, olayın karmaşıklığı, suça katılan kişi sayısı ve bu kişilerin ele geçirilip geçirilemediği, yargılama mercinin objektif kriterlere göre davayı sonuçlandırmak için yeterli çabayı gösterip göstermediği, yargılama sırasında sanıkların ne gibi istemlerde buldukları ve yargılama merci tarafından bu istemlerin karşılanması için ne yapıldığı gibi kriterler göz önünde bulundurulmalı, bir takım gecikmeler maddi sorunlar ya da idarenin hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle gerçekleşmişse bile, yine de tazminata karar verilmelidir.

4. Kovuşturmaya Yer Olmadığı veya Beraat Kararı Verilmesi

Uygulamada tazminat istemlerinin en çok yoğunlaştığı madde bu maddedir. CMK' nın 172. Md.' si uyarınca soruşturma evresinin sonunda kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağı bulunmaması hallerinde şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Kamu davası açılıp ve iddianame mahkemece kabul edilip yapılan kovuşturma sonucu yüklenen fiilin suç olmadığı, yüklenen fiilin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması ya da yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedenlerinden biriyle sanık hakkında beraat kararı verilir. KYOK veya beraat kararı verilmesi halinde kararı veren merci, şüpheli veya sanığa

²⁵⁰ Yırtımcı, s. 34

²⁵¹ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 373

tazminat isteme hakkı olduğunu hatırlatmak ve bu hususu karara geçirmek zorundadır. Tazminat hakkının karara geçirilmemesinin yaptırımı kanunda mevcut değildir. Ancak bu halde kıyasen CMK' nın 40. Md.' si uygulanabilir ve kusuru olmaksızın hak düşürücü süreyi kaçıran kişilere eski hale getirme imkanı tanıyan bu madde uyarınca kararda kendilerine tazminat başvurusu hakkı hatırlatılmayan kişilere de eski hale getirme olanağı tanınabilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde sanık hakkında beraat, kusurluluğu ve isnad yeteneğini kaldıran (veya azaltan) nedenlerin varlığı halinde ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. CMK' nın 223. Md.' sinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gereken, cezaya etki eden nedenler tek tek sayıldığından bunların dışındaki nedenlerin kanun koyucu tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği ve rıza ve hakkın kullanılması gibi durumlarda sanık hakkında beraat kararı verileceği ve eğer sanık yakalanmış veya tutuklanmışsa tazminat isteminde bulunabileceği anlaşılmaktadır²⁵² .

Tutuklanan kişi, sonradan tutuklandığı davadan beraat ederse tazminat isteyebilir. Beraat kararı hangi nedene dayanırsa dayansın bir ceza mahkumiyeti söz konusu olmadığına göre, sanık suçsuz sayılmalı ve tazminat isteyebilmelidir. Bu açıdan beraate rağmen kişinin suçsuzluğundan kuşku duyulması durumunda dosyanın yeniden incelenerek tutuklamanın haklı olup olmadığının araştırılması şeklinde bir yaklaşım yerinde değildir. Nitekim beraat kararının sübut yönünden incelenmesi konusunda değişik görüşlerin belirtildiği birçok Yargıtay kararı karşısında, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 02.05.1977 tarihli İBK' yla ağır ceza mahkemesinin tazminat istemine esas olan beraat kararını delil yönünden incelemesine yasal olanak bulunmadığını, buna karşılık beraata ait dosya da 466 SK' nın 4. Md.' sinde belirtilen “ sanığın ihmali veya kusurlu hareketlerinin” ve diğer maddelerde yer alan unsurların incelenmesi gerektiğini belirtmiştir²⁵³ . Yapılan kovuşturma çerçevesinde yurt dışından sanığın iadesi sağlanmış ve yapılan yargılama sonunda beraat etmişse, bu kişinin yurt dışında iade maksadıyla tutuklu kaldığı sürelerin de, haksız tutuklama kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekir²⁵⁴ .

²⁵² Yırtımcı, s. 34

²⁵³ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 235

²⁵⁴ Tezcan, Haksız Yakalama, s. 83

Ayrıca sanığın suçu kabulüne rağmen, sonraki aşamalarda toplanan delillere göre beraat etmesi halinde de tazminata hükmedilir²⁵⁵.

Kişinin beraat ettiği veya hakkında kamu davası açılmadığı durumlarda da yakalama ve tutuklama hukuka uygun olabilir. Bununla birlikte, kişi beraat etmiş veya hakkında kamu davası açılmamış ise, artık bu durumda tutukluluğu devam ettirmenin de herhangi bir gerekçesi kalmaz. AİHM, bu gibi durumlarda serbest bırakmanın belirli bir zaman alacağını kabul etmekle birlikte, bunun süresinin mutlaka en alt düzeyde olması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkeme, serbest bırakmanın 12 saati aştığı durumlarda Sözleşme' ye aykırılık bulunduğunu kabul etmiştir²⁵⁶.

5. Tutukluluk Süresinin Hükümlülük Süresinden Fazla Olması veya Zorunlu Olarak Para Cezasıyla Cezalandırılma

Şüpheli veya sanık gözaltına alınıp tutuklandıktan sonra hakkında hüküm verildiğinde, tutukluluk süresi mahkum olduğu hürriyeti bağlayıcı cezanın süresinden uzun olanlar zararlarının karşılanması için devletten tazminat isteyebileceklerdir. Bu durumun yüklenen suçun niteliğinin değişmesinden veya hakimin hatasından kaynaklanması arasında herhangi bir fark yoktur. Kanunda “ hükümlülük süresinden“ söz edildiğinden, infaz aşaması tazminata hak kazanma bakımından göz önüne alınmaz. CGTİK' e göre kural olarak hükmolunan hapis cezasının 2/3' ü infaz edilir. Örneğin; onbeş ay hapis cezasına hükümlü bir kişinin cezası on ay olarak infaz edilir. Eğer bu kişi onbeş ay boyunca tutuklu olarak yargılansa, cezasının 2/3' ünün infaz edilmesi gerektiğinden dolayı tazminat isteminde bulunamayacaktır²⁵⁷. Yargıtay Ceza Genel Kurulu' nun yaklaşımı da bu şekildedir. Dolayısıyla şartla tahliye tarihi değil, bihakkın tahliye tarihi dikkate alınır²⁵⁸. Cezası ertelenen kişi mahkumiyet kararından daha fazla bir süre tutuklu kalmışsa, bu fazla süre için tazminat isteme hakkı vardır. Sadece para cezasına mahkum olma durumunu ise

²⁵⁵ “Beraatle sonuçlanan davada geçerli sayılmayan ikrarın 466 sayılı kanuna göre açılan tazminat davasında red sebebi sayılamayacağı, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.10.1984 gün ve 1984/9193-426 sayılı kararında açıklanmış olduğu gözetimden yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi, Kanuna aykırı ve davacılar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerine görülmüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı istem gibi bozulmasına, oybirliği ile karar verildi.”, (Yrg.9.CD, 24.11.1995/ 6192-6155 gün ve EK), Parlar ve Yıldırım, s. 505

²⁵⁶ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, AİHS ve Uygulaması, s. 171

²⁵⁷ Yırtımcı, s. 35

²⁵⁸ “Hükümlülüğünden fazla tutuklu kalınan günler için ilgili kimselere tazminat verilmesi gerekir.”, (Yrg.CGK 11.02.1974 / 554-95 gün ve EK), Parlar ve Yıldırım, s. 504

sanık hakkında uygulanan kanun maddesinde öngörülen cezanın doğrudan doğruya para cezasını gerektirmesi olarak anlamak gerekir. Bu nedenle TCK' nın 50. Md.'si gereğince hapis cezasından çevrilen para cezasına mahkum edilme halinde tazminat verilemez²⁵⁹.

Kanımca fail tutuklandığı andaki suç niteliğinin sonradan elde edilen kanıtlar çerçevesinde değişerek, failin işlediği suçun aslında sadece para cezasını gerektirdiğinin sonradan anlaşılması durumunda da devletin tazminat verme yükümlülüğü devam eder. Çünkü devlet soruşturmayı savsaklamadan, iyi bir biçimde yapmalı, kişinin işlediği suçun niteliğini iyice ortaya koymadan onu suçlayarak tutuklanmasına neden olmamalıdır.

6. Suçlama, Yakalama veya Tutuklama Nedenlerinin Açıklanmaması

CMK' nın 97. Md.' sinde kolluğun yakalama yaptığında, yakalama tutanağı düzenleyeceği, bu tutanağa, yakalamanın hangi suç nedeniyle yapıldığının ve haklarının yazılacağı, YİGY' in 6. Md.' sine göre de yakalanan kişiye yakalama sebebi ve iddiaların yazılı, bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, CMK' nın 101/2. Md.' sine göre, tutuklama kararında hukuki ve fiili nedenlerin gösterilmesi ayrıca, CMK' nın 147. Md.' sine göre, kişiye yüklenen suçun anlatılması gerekir. İşte bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde tazminat sorumluluğu doğacaktır²⁶⁰.

AİHS' nin 5/2. Md.' si uyarınca yakalanan kişiye yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenleri en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir. Bildirimin yapıldığını ispat sorumluluğu devlete aittir ve devlet bu konuda şüpheli veya sanığa verilen yazılı belgenin bir örneğini sunmakla yükümlüdür. Sözleşme' nin 6/3. Md.' si uyarınca sanık kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında en kısa zamanda ve ayrıntılı olarak haberdar edilmelidir. Bu bentte düzenlenen Sözleşme' nin 5/2. Md.' sindeki bildirimdir. Çünkü amaç, yakalanan veya tutuklanan kişinin kanuni itiraz hakkını kullanmasını sağlamak için bir an önce bilgilendirilmesidir. Yakalama ve tutuklamanın hemen

²⁵⁹ Parlar ve Yıldırım, s. 503

²⁶⁰ Hakan Hakeri ve Yener Ünver, Temel Bilgiler, s. 249

sonrasında sözlü, daha sonra da yazılı olarak bildirim yapılmaması, devletin AİHM tarafından mahkumiyetine sebep olacaktır²⁶¹.

AİHM, 1994 tarihli Murray/ İngiltere ve 2000 tarihli Dikme/ Türkiye davalarında bildirim süresinin iki ila on dokuz saat arasında olmasını Sözleşme' yi ihlal eder nitelikte görmemiştir. Bu güvence, suç soruşturması ve özellikle polis tarafından gözaltına almada kendini gösterecektir. Kişiyeye yapılacak bildirimden amaç onun neden yakalandığını, tutulduğunu anlamış olmasını bir şekilde sağlamaktır. Bunun özel bir şekli yoktur. Verilecek bilginin içeriği, zamanı ve veriliş tarzı önemlidir. “En kısa zamanda” deyimini “hemen” anlamına gelmez. Ancak gereksiz ve anormal bir şekilde uzatılmasına da engeldir. “Kısa zaman” somut olayın gösterdiği özelliğe göre değerlendirilecektir²⁶².

7. Yakalanma veya Tutuklanmanın Yakınlarına Bildirilmemesi

CMK' nın 95. Md.' si yakalanan veya gözaltına alınan , 107. Md.' si tutuklanan kişilerin yakınlarına haber verilmesini düzenlemekte olup, bu hükümlere muhalefet tazminat sorumluluğu doğuracaktır²⁶³. Yakınlara haber verme gereğine titizlikle uyulmalıdır. Ülkemizde yakalanan veya tutuklanan kişilerin yakınlarının durumdan haberdar olmaları büyük önem taşır. Günümüzde kişilerin günlerce ortadan kaybolduğu, sonra karakolda bulunduğunun haberi alındığı, karakolda ise bir telefon etme olanağı verilmediği olaylar gözlenebilmektedir. Ancak kişinin tutuklandığını gizli tutmak istemesinin mümkün olduğu, artık bu halde tazminat isteyemeyeceği belirtilmişse de²⁶⁴, kanımca CMK' nın 107/1. Md.' si göz önünde bulundurulduğunda, şüpheli ya da sanık istemese bile tutuklamadan yakınlarına bildirim zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle tutuklamadan yakınlarına bildirim yapılmaması durumunda tazminat sorumluluğu doğacaktır. Ancak yine kanımca failin bildirimde bulunulmasını istediği yakınının suça iştirakten aranması ve kaçma şüphesi altında olması gibi spesifik bir durumda devletin tazminat sorumluluğu olmayacaktır.

²⁶¹ Yırtımcı, s. 35

²⁶² Hüseyin Güler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Mevzuatı, Adalet Dergisi, Yıl: 96, Sayı: 20, Eylül 2004, Ankara, s. 178

²⁶³ Yırtımcı, s.35

²⁶⁴ Hakeri, Haksız Yakalanan, s. 86

F. TAZMİNAT İSTEMİNİN ŞEKLİ ŞARTLARI

Tazminat isteminin şekli şartları denilince akla; başvuracak kişi, başvuru süresi, başvurma şekli ve başvurulacak merci gelmektedir.

1. Başvuracak Kişi

CMK' nın 141. ve 142/1-2. Md.' sine göre zarara uğrayan kişinin tazminat isteminde bulunma hakkı vardır.Yargıtay' a göre vasi, vesayeti altındaki kişi lehine tazminat davası açabilir. Vasinin sulh mahkemesinden izin almadan, vesayeti altındaki kişi adına dava açmış olması ve dava devam ederken küçüğün vesayeti gerektiren halinin sona ermiş bulunması, açılmış olan davanın varlık ve değerini ortadan kaldırmayacaktır. Ergin küçük, haksız tutuklamadan dolayı uğradığı her türlü zararın ödenmesi isteğiyle bizzat veya vekil vasıtasıyla dava açmak, takip etmek, usul işlemlerini yapmak ehliyetine sahiptir. Öte yandan tazminat isteminde bulunma hakkı olan kişi ölmüşse, davaya mirasçılarını devam edebilmeli ya da süresi içinde olmak kaydıyla dava açabilmelidirler. Bunun dışında dolaylı olarak zarara uğrayan kişilerin tazminat davası açma hakları bulunmamaktadır²⁶⁵. Bazı yazarlar ise, mirasçılara tazminat hakkının geçip geçmeyeceği sorununun borçlar hukukunun haksız fiil hükümlerine ve miras hukuku kurallarına göre çözülmesi gerektiği görüşündedir. Buna göre davacı tazminat davası açtıktan sonra ölmüşse, mirasçılar hem maddi hem manevi tazminat isteyebilirler. Buna karşın davacı tazminat davası açmadan önce ölmüşse, ancak maddi tazminat istenebilir²⁶⁶. Böyle bir ayrıma gitmeden her durumda mirasçılara tazminat hakkının geçtiğini kabul etmek gerekir. Biraz önce sözü edilen ikinci halde mirasçılarını manevi tazminattan mahrum bırakmanın haklı bir gerekçesi olamaz. Burada da mirasçılarının tutuklama veya yakalamadan zarar gören kimsenin yakınları olarak bu işlemlerden üzüntü duydukları ve acı çektikleri inkar edilemez²⁶⁷.

Zarar görenler deyiminin geniş yorumlanması halinde, bizzat tutuklu kalan ya da tutulan kişiler dışındaki zarar gören kişilere de tazminat ödenmesinin olanaklı

²⁶⁵ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 239

²⁶⁶ Yılmaz Biçer, Haksızca Tutuklanana Devlet Ödencesi, Yargıtay Dergisi, Sayı: 1-2, Ocak- Nisan 1978, s. 110

²⁶⁷ Hakeri, Haksız Yakalanan, s. 117

olduğu, çünkü maddede sayılan nedenler dolayısıyla haksız ya da hukuka aykırı bir işleme maruz kalan kişi dışında bu kişiyle olan – akrabalıktan, iş ilişkisine kadar geniş alandaki – ilişki dolayısıyla bazı kimselerin de zarara uğramasının olası olduğu şeklindeki görüşe²⁶⁸ katılamamıştır. Çünkü CMK’ nın 141. Md.’ sinde suç soruşturması veya kovuşturması sırasında bentlerde sayılan haksızlıklara maruz kalan kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebilecekleri hüküm altına alınmıştır ve ne yazık ki bu madde dolaylı olarak bu işlemlerden etkilenen kişilerin tazminat isteminde bulunabileceklerine dair bir düzenleme getirmemiştir .

Yine Yargıtay’a göre, bu tazminat davasını açmak için özel bir vekaletnameye gerek yoktur. Bu yüzden genel vekaletname yeterli kabul edilmektedir²⁶⁹.

2. Başvurma Süresi

CMK’ nın 142/1. Md.’ sine göre, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.

Karar ya da hükmün kesinleşmeden mahkemeye başvurulması yerinde değildir. Ancak asıl olan sanığın bunlardan haberdar olduğu tarihtir. Nitekim Yargıtay 9. CD’ nin 06.07.1978/ 3110-3032 gün ve EK sayılı kararında da belirtildiği gibi “haksız tutuklamada dava süresi, davanın af yasasıyla ortadan kaldırıldığının sanığa tebliğiyle başlayacağından, öncelikle bu tebliğ araştırılmalıdır”. Ayrıca yine Yargıtay’ ın 21.04.1975 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince yerel mahkemelerde sanıkların yokluğunda hükmolunan beraat kararları ile Yargıtay’ ca onanan ya da CMUK’ un 322. Md.’ si uyarınca verilen beraat kararlarının sanıklara tebliği gerekir. Bu durumda üç aylık süre tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır²⁷⁰. Kanunda öngörülen dava açma süresi hak düşürücü bir süredir²⁷¹.

²⁶⁸ Hakeri, Haksız Yakalanan, s. 115

²⁶⁹ Baytar, s. 367

²⁷⁰ Centel, s. 240

²⁷¹ “466 sayılı Kanun’un 2. Md.’sinde yazılı üç ay içinde davanın açılmasını öngören süre, hak düşürücü sürelerdendir, işlemeye başladıktan sonra durmaz, kesilmez, tatili mümkün değildir, mahkemece göz önünde tutulur. Belgeler eklenmeden yapılan başvurular ile dava açılmış sayılmaz ve daha sonra belgelerin eklenmesi suretiyle şartların tamamlanması keyfiyeti, hükmün

Üç aylık sürenin başlaması için karar veya hükümlerin bizzat ilgisine, yani sanığa tebliğ edilmiş olması şart olup, vekile yapılan tebligat üç aylık süreyi başlatmaz. Beraat kararı sanığın yokluğunda verilip sonra kesinleşse bile, bu karar bizzat sanığa tebliğ edilmedikçe üç aylık süre başlamaz. Uygulamada tebliğin sadece vekile yapıldığı düşünülürse, üç aylık sürenin başlamadığı durumlara çok sıkça rastlanmaktadır. Bu nedenle CMK' da bir yıllık üst sınır getirilmiştir. 466 sayılı mülga Kanun' da süre bakımından herhangi bir üst sınır yoktu ve Yargıtay tazminat hukukunun genel prensiplerini göz önüne alarak Borçlar Kanunu' nun 60. Md.' sindeki haksız fiiller için öngörölmüş olan on yıllık üst sınırı uygulamaktaydı. Artık üst sınır yasayla açıkça belirlenmiştir ve bir yıldır²⁷².

3. Başvurma Şekli

Tazminat istemi görevli ve yetkili mahkemeye verilecek bir dilekçeyle yapılır. Dilekçede, istemde bulunan kişinin açık kimliği ve adresi yer almalı, zarara neden olan işlem açıkça belirtilmeli ve zararın nitelik ve niceliği kaydedilmelidir. Örneğin; ne kadar süre tutuklu kaldığı, bu süre zarfında tutuklu bulunmasa çalıştığı işyerinden ne kadar ücret alınacağı açıklanmalı, buna ilişkin belgeler dilekçeye eklenmelidir. Ayrıca dilekçede maddi ve manevi zarara karşılık istenen miktar açıkça belirtilmelidir. Faiz istenmesi halinde yasal faize hükmedilmesi de dilekçede talep edilmelidir. Belirtilen hususların eksik olması halinde, mahkeme bir aylık süre vererek eksik bilgi ve belgelerin tamamlanmasını ister ve bu süre zarfında eksik bilgi ve belgelerin tamamlanmaması halinde istemin itiraz yolu açık olmak üzere reddedileceğini ihtar eder²⁷³. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe mahkemece reddolunur. Dilekçenin reddi kararına itiraz edilebilir. Red halinde tazminat davasının esastan değil, dilekçenin reddi hali söz konusudur. Öngörülen üç aylık süre içinde eksiklikler giderilerek, yeniden dava açılması olanaklıdır. Duyuruda esas alınacak adres davacının dilekçesine yazdığı adrestir. Adresin yetersizliği, yanlışlığı veya adres değişikliği nedeniyle tebligatın yapılmaması durumunda adres araştırılmasına

kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde tahakkuk etmediği takdirde, ilk haliyle açılmamış sayılan davayı açılmış hale getirmez", Yargıtay 5. CD, 11.07.1972/ 2999-3346 gün ve EK, Baytar, s. 369

²⁷² Yırtımcı, s. 35

²⁷³ Yırtımcı, s. 36

girişilmeyip, cumhuriyet savcısının yazılı görüşü alınarak dilekçenin reddine karar verilmesi gerekir²⁷⁴.

4. Ağır Ceza Mahkemesi Kararı

CMK' nın 142/2. Md.' sine göre, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemi hakkında karar verme görevi ağır ceza mahkemelerine verilmiş bulunmaktadır. Tazminat talebini inceleyen mahkeme uzmanlık isteyen bir konuyla uğraşacağı ve tazminatın dayanağı herhangi bir özel hukuk kuralı olmadığından görevli mahkemenin hukuk değil, ceza mahkemesi olması yerinde görülmüştür²⁷⁵. İdarenin tazminat ödemesine ilişkin olan bir davanın adli yargıya bırakılması eleştirilmişse de adli yargının tercih edilmesinde isabet vardır. Çünkü aksi durumda idari yargının adli yargı üzerinde bir çeşit denetleme yetkisi oluşabilecekti²⁷⁶. Kararı verecek mahkeme ağır ceza mahkemesi olmakla birlikte hangi ağır ceza mahkemesinin yetkili olacağı, mahkemenin yapacağı işlemler ve mahkemenin vereceği karar ayrı alt başlıklar halinde incelenecektir.

a. Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi

Tazminat istemi hakkında karar vermeye yetkili ağır ceza mahkemesi zarara uğrayanın oturduğu yer mahkemesidir. Şayet bu mahkeme istemin konusu olan işlemle ilişkili ise, numara bakımından kendisini takip eden ağır ceza mahkemesi yetkilidir. Aynı yerde ağır ceza mahkemesinin başka bir dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesi yetkilidir²⁷⁷. Tazminat istemine esas olan işlemi yapan mahkeme, söz gelimi istem sahibinin tutuklanmasına veya tutukluluğunun devamına karar veren mahkemedir. Yargıtay' a göre, tutukluluk kararının kaldırılmasına ilişkin itirazın reddine karar veren mahkeme de bu kavrama dahildir. Buna karşılık ilk duruşmada sanıkları salıveren mahkeme tazminat istemine esas olan işlemi yapan mahkeme kavramına dahil sayılmamaktadır²⁷⁸.

Daha önce tutuklanıp salıverilen bir sanığın davasını tutuksuz olarak görüp beraat kararı veren mahkemenin, tazminata esas olan işlemi yapmış sayılıp

²⁷⁴ Yaşar, s. 554

²⁷⁵ Alacakaptan, s. 219 ; Gölcüklü, s. 180

²⁷⁶ Erem, Diyalektik Açısından, s. 478

²⁷⁷ Yırtımcı, s. 36

²⁷⁸ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 242

sayılmayacağı konusundaysa farklı kararlar bulunmaktadır. Yargıtay 1. CD' si bu durumdaki mahkemeyi tazminata esas olan işlemi yapan mahkeme olarak nitelendirirken, Yargıtay CGK 26.10.1964/111-431 gün ve EK sayılı kararında, tazmine esas işlemin, tutuklama kararı veya bunun kaldırılması isteminin reddi gibi tutuklama ile ilgili işlemler olduğu, yoksa esas hakkında verilen beraat kararlarının bu kapsamda olmadığına işaret etmiştir²⁷⁹.

Kanımca daha önce tutukluluk hakkında nasıl olursa olsun herhangi bir karar vermiş olan ağır ceza mahkemesinin tazminat konusu işlemle ilişkili olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca önceki aşamalarda yine tutukluluk ile ilgili bir karar vermiş olan bir hakimin daha sonra tazminat istemi konusunda karar verecek olan ağır ceza mahkemesinde görev yapması halinde, istem hakkında karar verecek olan heyette görev almaması gerekir.

b. Ağır Ceza Mahkemesinin Yapacağı İşlemler

Ağır ceza mahkemesi tazminat istemini içeren dilekçeyi aldıktan sonra dilekçeyi yetki, süre ve eksiklik olup olmadığı yönlerinden inceler. İnceleme sonucu herhangi bir eksiklik görmezse, dosyayı getirtir ve dilekçe ile eki belgelerin bir örneğini devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister. Mahkemenin gönderdiği açıklamalı çağrı kağıdına rağmen istemde bulunan ile hazine temsilcisi gelmezlerse yokluklarında karar verilebilir.

Davanın yasal süre geçtikten sonra açıldığı anlaşılırsa dava reddolunur. Yine tazminata esas olan işlemle mahkeme kendisini ilişkili görüyorsa, yetkisizlik kararı vererek dosyayı en yakın ağır ceza mahkemesine gönderir. Mahkeme, istemin ve delil niteliğindeki belgelerin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek maddi ve manevi tazminatın saptanmasında gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerden birine yaptırmaya yetkilidir

²⁸⁰

²⁷⁹ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 242

²⁸⁰ Yaşar, s. 554

Bizim de katıldığımız görüşe göre, mülga 466 sayılı Kanun dönemindeki uygulama doğrultusunda hazineye davaya katılma ve kanun yoluna başvurma yetkisinin yeni yasada tanınmış olması yerinde değildir. Çünkü burada verilecek karardan kamunun, dolayısıyla devletin zarar görmemesi için çaba gösterecek makam hazine değil, cumhuriyet savcılığı olmalıdır²⁸¹. Çünkü madem ki, konunun bir uzmanlık alanı olduğu kabul edilerek, karar verme yetkisi ağır ceza mahkemesine verilmiştir, o halde kamuyu da ceza yargılaması konusunda uzman olan cumhuriyet savcılığı temsil etmelidir.

c. Ağır Ceza Mahkemesinin Vereceği Karar

Ağır ceza mahkemesi tazminata hükmedebileceği gibi tazminat istemini red de edebilecektir.

(1) Tazminat İsteminin Kabulü

Mahkeme, tazminat istemini kabul ettiğinde, maddi ve/ veya manevi tazminata hükmedecektir. Tazminat miktarının belirlenmesinde tazminat hukukunun genel prensipleri göz önünde bulundurulacaktır. Davacı dilekçesinde, zararın nitelik ve niceliğini açıkça belirtmeli ve buna ilişkin belgelerini sunmalıdır. Özellikle maddi zararın ispatında, istemde bulunan eğer bir işyerinde çalışmakta ise, buna ilişkin belgeleri sunmalıdır. Yoksa tutuklu kaldığı sürelerle denk düşen asgari ücret tarifesi üzerinden maddi tazminata hükmedilebilir. Ancak davacı örneğin; öğrenciyse ve çalıştığına dair bir belge sunamamışsa, maddi tazminata hak kazanamaz. Davacı bir işyerinde çalışmaktaysa ve tutuklu kalması nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmişse, Yargıtay davacının beraat ettikten sonra kesinleşen beraat kararını işyerine sunup sunmadığı konusunu tazminat miktarında göz önüne almaktadır. Eğer kesinleşen karar işyerine sunulmasına rağmen davacı işe kabul edilmemişse, davacıya tutuklu kaldığı süre boyunca ücret kaybı, iş akdinin fesih tarihine kadar olan kıdem tazminatı ve sosyal yardım ile ikramiye alacaklarının maddi tazminat olarak ödenmesi gerekmektedir. İşyerinde çalışan davacıya ödenecek ücret, alacağı net ücret üzerinden hesaplanır ve ayrıca davacının resmi tatillerde çalışıp çalışmadığı göz önüne alınır. Ancak Yargıtay, ücret alacağının sadece tutuklu kalınan süre

²⁸¹ Centel ve Zafer, s. 330

bakımından istenebileceği, beraat kararından sonra iş bulamama süresi için tazminat istenemeyeceği görüşündedir²⁸².

Maddi tazminatın varsayımlara göre hesaplanması, söz gelimi tutuklu öğrencinin tutuklanmasaydı, mezun olup memuriyete girerek alacağı maaşın hesaba katılması doğru değildir. Yine Yargıtay' a göre, beraatle sonuçlanan davada, vekile ödenen vekalet ücretinin hazineden tahsiline de karar verilmesi gerekir. Maddi tazminatın hesabında yerel örf ve adetler ile mevsim koşulları da gözetilerek yılın hangi aylarında devamlı çalışılmadığı da araştırılmalı, yoksa tutuklu kalınan günlerin tamamı üzerinden maddi tazminata hükmedilmelidir. Yargıtay' a göre, maddi tazminatın hesabında tahliye olunan gün hesaba katılmamalıdır. Ayrıca davacının tutuklu kaldığı günlerde yediği yiyecek bedelinin 2548 SK' ya göre tahsili mümkün olduğundan, tazminat tutarından indirilmemesi gerekir²⁸³.

Maddi zarar haksız olarak yakalanan veya tutuklanan kişinin yakalama ve tutuklama süresinde uğradığı gelir kaybıdır. Ayrıca haksız işlemler sebebiyle yaptığı giderlerin de maddi zarar kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Avukat ücreti, yol gideri vb. gibi. Yakalanan veya tutuklanan kişi memur, işçi gibi ücretli biriye net ücret kaybı maddi zarar sayılır. Ancak kişi görevine tekrar iade edildiyse ve maddi zararı karşılandıysa, kendisine maddi tazminat ödenmez. Belli bir işyerine bağlı olarak çalışmayan işçiler için tarım veya sanayide çalışıp çalışmadıkları araştırılarak tarım veya sanayi asgari ücreti üzerinden tazminata hükmolunur. Hafta ve bayram tatilleri hesaba dahil edilmez. Brüt asgari ücretten vergi düşülerek tazminata hükmedilmesi gerekir. İşsizlere de net asgari ücretten hesaplanarak maddi tazminat ödenir. Serbest meslek sahibi olanların daha önce ne kadar kazanç elde ettiği vergi dairesi veya meslek kuruluşu gibi yerlerden sorularak veya gerekirse bilirkişi dinlenerek net gelir kaybının saptanması ve buna göre tazminata hükmedilmesi gerekir. Mahkemeler istenilen tazminattan fazlasına hükmedemezler. Davacılar da dava dilekçesindeki miktarları sonradan değiştiremezler²⁸⁴. Maddi zararın saptanmasında subjektif takdir değil, belirli ölçü ve belgeler kullanılmalıdır. Yine

²⁸² Yırtımcı, s. 37

²⁸³ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 247

²⁸⁴ Yaşar, s. 550

maddi zararın belirlenmesinde davacının fiilen çalışma olanağı bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır²⁸⁵.

Manevi zarar nedeniyle tazminata ise, kişinin itibarının sarsılması, özlem çekmesi, üzüntüleri, cezaevi koşulları, duyulan acı ve ızdıraplar için karar verilir. Manevi tazminat için de kriter olarak tutuklu kalınan süre, kişinin toplum içindeki konumu, maddi durumu, yüklenen suçun niteliği, tutuklamanın kişi üzerinde bıraktığı etki gibi konular göz önünde bulundurulmalıdır²⁸⁶. Belirtilen nedenler dışında olayın oluş şekli, tutuklulukta geçen süre ve benzeri konular da gözetilmelidir²⁸⁷. Yargıtay genelde sözettiğimiz kriterleri gözeterek zenginleşme sonucunu doğurmayacak şekilde hak ve nesafet kurallarına uygun makul bir miktar saptanması gerektiğine ilişkin kararlar vererek yerel mahkemelerin belirledikleri manevi tazminat miktarlarını düşük bulmaktadır²⁸⁸.

Ancak Yargıtay'ın tazminatın eylem sonunda doğan manevi zararlar orantılı olup olmadığını, dolayısıyla tazmin sınırlarını aşan bir sebepsiz zenginleşme meydana gelip gelmediğinin takdirinin her zaman yerinde olmadığı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararından anlaşılmaktadır. Gerçekten Yargıtay 1. CD'nin "manevi tazminat bir zenginleşme vasıtası değil, zarara uğrayan kişinin sosyal

²⁸⁵ "Davacının tutuklu kaldığı günlerde dini ve millî bayram günlerin de bulunup bu günlerde çalışmanın mutad olup olmadığı, yine mevsim gereği çalışmayacağı günler varsa ona göre araştırma yapılmalıdır." (Yrg.1.CD, 28.06.1994/ 2670-2203 gün ve EK)

"Dosyadaki belgenin incelenmesinden davacının, coğrafi şartlar bakımından, Mayıs ayından 15 Kasım gününe kadar çalışabileceği anlaşıldığından, mahkemenin talep dışına çıkarak, çalışmadığı günler içinde davacı lehine tazminata hükmetmesi doğru değildir." (Yrg.CGK, 05.11.1977/ 122-158 gün ve EK)

"Çalışılması mutad olmayan günler eksik hesap edilerek tazminattan az indirim yapılması sonucu fazla tazminata hükmolunması yanlıştır." (Yrg.5.CD, 02.04.1975/ 548-908 gün ve EK)

"Davacının SSK'ya bağlı işçi olup olmadığı araştırılarak bu kuruma bağlı olduğu takdirde, tatil günlerinde de çalışıp çalışmadığı hususu belli olacağından, tatil günlerinde çalışıp çalışmadığı durumuna göre tazminatın belirlenmesi gerekir." (Yrg.5.CD, 18.12.1974/ 4752-4867 gün ve EK)

"466 sayılı yasa uyarınca tazminat isteyen davacı rençber olduğuna göre, resmi tatil ve bayram günlerinden başka, köyün iklimi ve coğrafi şartlar bakımından ve özellikle tutukluluk süresi içinde kaç gün çalışması gerektiğinin tarım kuruluşlarından sorulup saptandıktan sonra tazminata karar verilmesi gerekir." (Yrg.5.CD, 24.04.1974/ 1152-823 gün ve EK), Köroğlu, s. 28

²⁸⁶ Yaşar, s. 551

²⁸⁷ "Haksız olarak tutuklu kaldığı günler için 466 sayılı Kanun gereğince tazminat isteğinde bulunan Resul'e 2.470.000 TL maddi, 35.000.000 TL manevi tazminat ile 250.000 TL dilekçe yazım ücreti verilmesine dair (Adana Birinci Ağır Ceza Mahkemesi)'nden verilen 21.04.1994 gün ve 1993/106 esas, 1994/99 karar sayılı hükmün Yargıtayca incelenmesi davalı Hazine vekili tarafından istenmiş olduğundan; dava evrakı C. Başsavcılığı'ndan tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek, gereği düşünüldü: Hükmolunacak manevi tazminatın; davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, gözaltında ve tutuklulukta geçirdiği süre ve benzeri hususlarda gözetilmek suretiyle, zenginleşme sonucu doğurmayacak şekilde hak ve nesafet kullarına uygun, makul bir miktar olarak tayin ve tesbiti gerekirken, davacı yararına bu ölçülere uymayacak miktarda fazla manevi tazminata karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Yrg.9.CD, 02.05.1995/ 2697-3186 gün ve EK), Köroğlu, s. 38

²⁸⁸ Yırtımcı, s. 37

durumu gözetilip, duyduğu manevi acının kısmen tatmini maksadına matuf bulunduğu halde ..., tutuklandığı sırada ikinci sınıf bir büfe işleticisi ve karar tarihinde asker olan davacı lehine maddi tazminatın da çok üstünde bir milyon lira gibi fahiş manevi tazminata hüküm olunmasını” yerinde bulmayan kararına karşı alt derece mahkemesinin direnmesini, Yargıtay Ceza Genel Kurulu şu gerekçeyle haklı görmüştür; “Sanık, 27.10.1982 tarihinde adam öldürmek ve ırza geçmek suçlarından tutuklanıp 06.03.1985 tarihinde tahliye edilmiştir. Tutuklandığı tarihte Bursa Endüstri Meslek Lisesi 3. sınıfında öğrencidir. Tutuklanmasına kendisi sebebiyet vermemiş ve üstüne atılı suçlardan beraat etmiş, bu karar kesinleşmiş, süresinde tazminat davası açılmıştır. Belirtilen okulda 3. sınıf öğrencisi olan sanığın üzerine yüklenen suçların nitelik olarak ağırlığı tartışılmaz. Bu nedenlerle iki yılı aşkın bir süre tutuklu kalmış ve bu süre içerisinde manevi acı ve ızdıraba duçar kalmıştır. Öte yandan, tutuklanması nedeniyle askere iki seneyi aşkın bir süre sonra gidebilmiş, bu da hayata atılmak açısından emsallerinden geri kalmasına neden olmuştur. Bütün bu koşullar davacının kişiliğini olumsuz yönde etkileyerek manevi kayba uğramasına yol açmıştır. Takdir edilen 1 milyon liralık manevi tazminat fahiş olmayıp, hak ve adalet kurallarına uygun isabetli bir miktardır”. Olayın özellikleri ve tazminat tarihi göz önüne alındığında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’ nun söz konusu kararı yerinde olmaktadır²⁸⁹.

Uygulamada Yargıtay manevi tazminatın miktarını tayinde ölüm tazminatları ile karşılaştırma yapmaktadır²⁹⁰. Ayrıca Yargıtay manevi tazminat miktarlarını

²⁸⁹ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 248

²⁹⁰ “ Zenginleşme vasıtası olmayan ancak elem ve ızdırabın kısmen giderilmesi amacını hedef alan manevi tazminatın davacının kısmi kusuru da gözetilerek tutuklandığı tarihlerdeki duruma , hal ve mevkiin icabına göre takdiri gerektiği nazara alınmayarak tevkif dönemlerindeki uygulamalar bakımından tayin edilen ölüm tazminatlarının da üstünde yazılı miktarda fahiş olarak takdir edilmesi” , (Yrg.1.CD,11.10.1989/ 2713-2655 gün ve EK), Ünver ve Kavalalı, s. 126
“ Yasa dışı yakalanan veya tutuklananların uğrayacakları her türlü zararın tazmini esasını düzenleyen 466 sayılı Yasa uyarınca hüküm olunan manevi tazminat miktarı, kişinin toplumdaki sosyal yerine göre belirlenir. Bu hususu göz önünde bulunduran uygulayıcı yasa dışı yakalanan veya tutuklananın maruz kaldığı acıyı dindirmek için münasip bir miktar tayin etmeli ve bunu gerekçesinde göstermelidir. İncelenen dava konusu olayda, sanık Milli Eğitim Bakanlığı Ankara Eğitim Enstitüsü öğrencisi iken, üst üste özürsüz olarak sınavlara katılmadığı gerekçesi ile, 17.11.1980 tarihinde kaydı silinmiş, daha sonra M.E.B.’ nin onayı ile tutuklulukta geçen süre özür sayılarak kaydı yenilenmiş, 2. sınıf 4. yarıyıl öğrencisi olarak sınav hakkını kullanmıştır. Bu durum nazara alındığında, sanığın öğrenim hakkının tamamen kaybolmadığı, ancak bir süre aksadığı görülmüştür. Yerel Mahkeme, bu duruma göre 500.000 liralık manevi tazminat isteğinden 300.000 liraya hükmetmiştir. Bu miktar tutuklu kaldığı süreye, tutuklandığı zamana ve emsaline nazaran fahiştir. Uygulamada kasten adam öldürme hallerinde bile bu miktar manevi tazminat tayin ve takdir olunduğuna nadiren rastlanmaktadır. Bu yönüyle kabule göre de; takdir ve tayin olunan manevi tazminat miktarı fahiştir”, (Yrg.CGK, 09.04.1984/ 386-131 gün ve EK), Ünver ve Kavalalı, s.139

denetlemektedir²⁹¹. Tazminat miktarının belirlenmesi bakımından CMK' da 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile Anayasa' nın 19/son Md.'sinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenlemeye yer verilmiş, böylece mağdurların gerçek zararlarını tespit etmekten uzak olan eski Kanun' daki anlayış terk edilerek, zararın tazminat hukukunun genel esaslarına göre belirlenmesi öngörülmüştür²⁹².

Tazminat davalarında davalı taraf hazine olduğundan tazminata hükmedilmesi halinde hazineye nisbi harç yükletilemez²⁹³. Başvuru harcı da alınmamalıdır²⁹⁴. Ortada bir hukuk davası olmadığından harç ta alınamaz²⁹⁵.

Yargıtay' ın istikrar kazanmış kararları ayrıca faiz istenemeyeceği yönündeydi. Ancak 2001 yılında Anayasa' ya eklenen hükümlerle birlikte artık bu içtihatlar değişmek zorundaydı. Nitekim Yargıtay CGK' nın 2004/ 1-177 E, 2004/ 203 K sayılı kararı ile talep edilmesi halinde yasal faize hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Tazminat miktarının hesaplanmasında tazminat hukukunun prensiplerinin göz önüne alınacağı kuralının tek istisnası davacının kusurunun tazminat miktarından indirilemeyecek olmasıdır. Buna ilişkin bir düzenleme mülga 466 SK' da bulunmaktaydı, ancak 1991 yılında yapılan bir değişiklikle kanundan çıkarılmıştı. Yeni CMK' da da bu yönde bir hüküm bulunmamakta olup, tazminat miktarının saptanmasında davacının kusuru göz önünde bulundurulamaz²⁹⁶. Ayrıca faize karar verilirken zararı doğuran fiil ve işlem tarihi esas alınmalıdır²⁹⁷.

466 SK' nın kapsadığı konuların Ceza Muhakemesi Kanunu' na alınması ve genişletilerek düzenlenmesi yerinde olmuştur. Ağır ceza mahkemelerine ek bir iş yükü gibi görünse de, düzenlediği haklar bakımından Türkiye' nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nde mahkum olduğu konularda yapılacak bireysel başvuruların

²⁹¹ “ Manevi zararı takdir ve tayin etmek durumunda olan mahkemenin bu yetkisini kullanırken 466 sayılı kanunun sınırları içinde hareketle hukukun genel prensiplerinden faydalanarak hakkaniyet ve nesafete göre hüküm verip zarara uğrayanda bir huzur ve tatmin hissi yaratırken 466 sayılı kanunun sınırları dışına çıkılıp adil ölçüleri aşarak tazmin prensipleri dışına da çıkılmaması gerekir”, (Yrg.CGK, 27.01.1975/29-18 gün ve EK), Ünver ve Kavalalı, s. 71

²⁹² Baytar, s. 371

²⁹³ <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=15026>, (Yrg. CGK, 23.11.2004, 2004/1-177 E, 2004/203 K gün ve sayılı kararı), Erişim Tarihi: 02.12.2007

²⁹⁴ Handan Surlu, Gerekeçeli İçtihatlı Kanun dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Kanun Şerhi, Ankara, 1974, s. 71

²⁹⁵ Selahaddin Kemaloğlu, Haksız Tevkifte Devletçe Verilecek Tazminat, 1969, s. 26

²⁹⁶ Yırtımcı, s. 37

²⁹⁷ “ Vekalet ücretinin davacı asil yerine vekiline verilmesi, vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken dilekçe yazım ücretine hükmedilmesi ve hükmedilen manevi tazminata zararı doğuran fiil ve işlem gününden başlayarak yasal faize hükmedilmesi gerekirken bunun gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir”, (Yrg.2.CD, 10.04.2006 gün ve 2005/6848 E, 2006/7034 K sayılı kararı), (Kişisel Arşiv)

önünü kesmesi bakımından önemli bir düzenlemedir. İç hukuk yollarının tüketilmesi sağlanmak isteniyorsa, etkin bir araştırma ve hakkaniyete uygun yüksek tazminat rakamlarına hükmedilmesi gerekecektir²⁹⁸.

(2) Tazminat İsteminin Reddi

Tazminat istemi şekil açısından reddedilebileceği gibi esas açısından da reddedilebilir. Ağır ceza mahkemesinin yapacağı işlemler başlığı altında incelediğimiz gibi, mahkeme, istemde bulunan kişinin dilekçesinde bilgi ve belgeler açısından bir eksiklik görürse, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi takdirde dilekçenin itiraz yolu açık olmak üzere reddedileceğini ilgiliye duyurur. İşte bu duyuruya rağmen eksikliği gidermeyen davacının istemi reddedilir. Bu red kararı şekil açısından verilmiş bir red kararıdır. Esas yönünden ise, istem kısmen kabul edilip, kısmen reddedilebileceği gibi, tamamen de reddedilebilir.

İstemin esastan reddi konusunda ise, zarar yokluğundan red konusu gündeme gelmektedir. İstemde bulunan kişi herhangi bir zarara uğramamışsa ya da uğramış olduğu zararı kanıtlayamazsa istem reddedilir. Yine tutuklu kalınan sürede yapılamayan iş kanuna aykırıysa tazminat istemi reddedilir²⁹⁹. Tazminat istemi için ilk kararın verilmiş olması yeterli değildir. Bu kararın kesinleşmiş olması da gerekir. Yoksa henüz tazminat istemi hakkı doğmadığından istemin reddine karar verilmesi gerekir. Zarar gören kişinin isteminin sadece bir kısmı haklı bulunmuş ya da sadece bir kısmı kanıtlanabilmişse bu kısmının kabulüne, diğer kısmının ise reddine karar verilecektir. Davacının sübut delillerini sunmaması halinde mahkeme dilekçeyi reddetmez ve inceleme yaparsa, ancak bu incelemeler sonucunda saptanan zarara ilişkin tazminat ödenir³⁰⁰. Tazminat istemi reddedildiği takdirde hazine vekiline ödenen vekalet ücretiyle masraflar davacıya yüklenir³⁰¹.

Özellikle mülga 466 SK' nın 4. Md.' si yürürlükten kaldırılmadan önce tazminat isteminde bulunan kişi tazminata esas olarak gösterdiği işleme tamamen

²⁹⁸ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 1001

²⁹⁹ Güngör Y. Erdurak, Notlu İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Kazancı Yayınları, Ankara, 1985, s. 602

³⁰⁰ Hakeri, Haksız Yakalanan, s. 146

³⁰¹ "Davacıların tazminat talebi reddolunduğu halde davayı vekille takip eden ve hükümden önce cevap veren davalı hazine yararına vekalet ücreti ile eden ve hükümden önce cevap veren davalı hazine yararına vekalet ücreti ile davacıların sebebiyet verdikleri masrafların kendilerine yükletilmemesi bozmayı gerektirir.", (Yrg.9.CD, 20.01.2004/ 15-157 gün ve EK), Erol, s. 292

kendi ihmal ve kusurlu hareketiyle neden olmuşsa, tazminata hükmedilmiyordu. Bu durumda, kişi neden olduğu masrafları ödemek zorundaydı³⁰².

5. Karara Karşı Kanun Yolu

Ağır ceza mahkemesinin kararına karşı, CMK' nın 142/8. Md.' sine göre, istemde bulunan, cumhuriyet savcısı veya hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir. İstinaf incelemesi öncelikle ve ivedilikle yapılır. Yargıtay, verilen kararların temyiz olanağının HUMK' un 427 ve 428. Md.' lerindeki koşullara bağlı olduğu görüşündedir³⁰³. Ancak anılan Genel Kurul kararında karşıt görüşte üyeler de bulunmakta olup, CMK' nın 142. Md.' sinde herhangi bir sınırlama konulmadan istinaf yolunun açık tutulduğunu, bu nedenle kararın temyiz olanağının HUMK 427 ve 428. Md.' lerindeki sınırlara bağlı olmadığını belirtmişlerdir ki, bizce de daha isabetli olan görüş budur.

Ayrıca kanun yolu bakımından kazanılmış hak göz önünde tutulmalıdır. Nitekim Yargıtay, yetkisiz mahkemenin vermiş olduğu 1000 liralık manevi tazminat öngören kararı temyiz etmeyen davacının, hazinenin kararı temyizi üzerine Yargıtay' ın bozarak kendisine yolladığı yetkili mahkemenin bu 1000 liralık miktarın üzerinde bir manevi tazminata hükmedemeyeceğine karar vermiştir. Olayda davacı 3500 lira manevi tazminat istemesine rağmen, yetkisiz mahkeme 1000 lira manevi tazminata hükmetmiş, hazine vekili kararı temyiz etmiş, Yargıtay yetkili mahkemede görülmediğinden hükmü bozmuş, dava önüne gelen yetkili mahkeme de bu kez 2000 lira manevi tazminata hükmetmiştir. Yargıtay hazine bakımından kazanılmış hak olduğunu kabul ederek, her ne kadar ilk kararı yetkisiz mahkeme vermiş olsa bile, ilk karardaki 1000 liralık manevi tazminatın üstüne çıkılamayacağına hükmetmiştir³⁰⁴.

³⁰² Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 252

³⁰³ <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95%203%20ICM8%20ICMNLSD15%20UYAPVERIBANKASI59%2026%20A1001001A07F11B70903H4753618%20A07F11B70903H475361%2014%201162&aranan=tutuklama&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>, (Yrg.CGK, 14.02.2006, 2006/9-29 E, 2006/22 K, gün ve sayılı kararı), Erişim Tarihi: 05.12.2007

³⁰⁴ Hakeri, Haksız Yakalanan, s. 149

6. Hakimin sorumluluğu ve Rücu

Anayasa' nın konuyla ilgili 19. Md.'sinde tazminatı düzenleyen son fıkrasında 03.10.2001 gün ve 4709 SK' yla değişiklik yapılmadan önce haksız yakalanan veya tutuklananın uğradığı zarar kanuna göre devletçe ödenirdi. Söz ettiğimiz Anayasa değişikliğiyle devlete zarara neden olan kamu görevlilerine rücu hakkı getirilmiş olmaktadır. Bu konu 4709 SK' nın 4. Md.' sinin gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır³⁰⁵.

CMK' nın 143. Md.' sine göre, devlet ödediği tazminattan dolayı koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlisine rücu eder. Madde metni rücu etme olanağı tanımının da ötesinde rücu edilmesini emretmektedir. Ancak kamu görevlisine rücu edilebilmesi için kamu görevlisinin (hakim, savcı, kolluk görevlisi) TCK' nın 257. Md.' sinde yer alan görevi kötüye kullanma suçundan mahkum olması gerektiği savunulmuştur³⁰⁶.

Burada sorun, memurun hukuka aykırı işlemi kasten yapıp yapmadığının kanıtlanması sorunudur. Taksirle işleyen memura rücu edilemez. Çünkü görevi kötüye kullanan memur fiili kasten işlemelidir. Taksirle görevin gereklerine aykırı hareket eden memura rücu edilirse kamu görevlisinin iş güvenliği ortadan kalkar. Rücu işlemi kamu görevlisinin görevi kötüye kullanmasından dolayı mahkum olmasıyla sabit olduktan sonra gerçekleştirilebilir. Örneğin; kamu görevlisi aldığı rüşvet sonucu haksız işlemi yapmışsa, devlet şüpheli veya sanığa tazminat ödeyecektir. Daha sonra ilgili kamu görevlisine rücu edecektir. Ancak burada kamu görevlisinin rüşvetten mahkum olması gerekir³⁰⁷.

Özellikle Kanun' un yakalama ve tutuklama ile ilgili olarak öngördüğü kurallara uyulmaması sonucu ortaya çıkan kanun dışı uygulamalar, hakimler bakımından kast ve ağır kusur halinde kişisel sorumluluğu gerektirebilir. Nitekim HUMK' un 573. Md. 'si hakimlerle ilgili olarak sınırlı bir sorumluluk getirmektedir. HUMK' un 573. Md.' sine göre kasıtlı davranan hakimler aleyhinde hukuk

³⁰⁵ Keskin, s. 61

³⁰⁶ Yırtımcı, s. 37

³⁰⁷ Soyaslan, s. 325

mahkemesinde tazminat isteminde bulunulması mümkündür³⁰⁸. HUMK 573. Md.' de düzenlenen tazminat sorumluluğu hakimlerin yargısal faaliyetlerinden ötürü devletin değil, kendi mali sorumluluklarıdır. Kanun koyucu hakimlerin yargısal faaliyeti yerine getirme şeklindeki esas görevlerinin yerine getirirken kararsız ve ürkek olması endişesinden yola çıkarak normal sorumluluk rejimine bağlı tutulmasını istememiş ve bu nedenle de hakimin sorumluluğunu sınırlı hallerde kabul etmiştir³⁰⁹. Hakimler kural olarak verdikleri kararlardan dolayı sorumlu olmamakla birlikte, HUMK 573. Md.' sinde açıkça belirtilen durumlarda sorumluluklarını gerektirecek şekilde hareket ettiklerinin belirlenmesi halinde kanun dışı tutuklamadan dolayı tazminat sorumlulukları bulunmaktadır. Anılan maddede öngörülen hususlar şunlardır; hakim, iki taraftan biri ile olan dostluk veya düşmanlığı dolayısıyla diğer taraf lehine kanuna ve adalete aykırı bir hüküm veya karar vermişse, yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin bir yasa hükmüne aykırı bir şekilde karar vermişse, yargılama tutanağında mevcut olmayan bir nedene dayanarak hüküm vermişse, yargılama tutanakları ile, kararların değiştirilmesi ve söylenmeyen bir sözün hüküm ve kararı etkileyecek şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş olması, hakimin verilen veya sağlanan veya vaat olunan bir menfaatten ötürü kanuna aykırı şekilde hüküm vermiş olması, hakkı yerine getirmeden kaçınılması, hakimin memuriyet görevini yapmaktan ihmal ve terahi göstermesi veya kanuna göre verilen emirleri makul bir sebep olmaksızın yapmaması. Anılan durumlarda hakimin mali sorumluluğu yasada sayılanlarla sınırlı olarak kabul edilmiştir. Bu yasa hükmü Anayasa ile güvence altına alınan “ yargı bağımsızlığı”, “ hakimlerin yargı fonksiyonlarını hiçbir kurum veya kişiden emir, telkin ve tavsiye almadan yürütmelerine” ve “ vicdani kanaatlerine” göre hüküm vermelerine ilişkin genel ilkeyle çelişmemektedir. Çünkü anılan sorumluluk kasta veya ağır bir ihmale dayanan haksız fiil sorumluluğu olup, bu nedenle bireylerin uğradığı zararların tazmini esas alınmıştır³¹⁰. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına aşağıda yer verilmiştir³¹¹.

³⁰⁸ Tezcan, Haksız Yakalama, s. 72

³⁰⁹ Hakan Hakeri, Anayasa Değişik Madde 19/son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp' e Armağan, Cilt: 3, İstanbul, 2003, s. 774

³¹⁰ Ali Parlar ve Ferhat Yıldırım, Silahlı Çeteler ve Terör Suçları- Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları, Ankara, 2001, s. 492

³¹¹ “ Taraflar arasında haksız eylemden doğan tazminat davası üzerine yapılan yargılama sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı toplam 235.000.000 lira maddi ve manevi tazminatın 25.12.1996 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalı Adalet Bakanlığında alınarak davacıya ödenmesine, fazlaya dair istem ile diğer davalı Ş..... T.A.Ş. Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın reddine ilişkin hükmün süresi içinde Adalet Bakanlığı adına Hazine Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor okunduktan sonra dosya incelendi, gereği görüldü. Dava isim ve soyadı benzerliğinden ötürü (Beyoğlu Birinci Asliye Ceza Mahkemesi) ' nin 1994/1570 esas ve 1995/628 karar sayılı dosyasında 3167 sayılı yasa hükümlerine aykırı davranmaktan ötürü 1

7. Tazminatın Geri Alınması

Şüpheli hakkında başlangıçta haksız, hukuka aykırı görünen yakalama yapılabilir. Daha sonra kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilebilir. Ancak aynı suçla ilgili yeni deliller çıkabilir. Bu durumda kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar kaldırılacak, şüpheli hakkında kamu davası açılacak, bunun sonucunda sanık mahkum olabilecektir. Bu durumda şüpheliye daha önceden ödenen tazminat geri alınacaktır. Sanık hakkında kamu davası açılmış, sanık beraat etmiş olabilir. Bir süre tutuklu kalmasından dolayı devlet tazminata mahkum edilmiş olabilir. Ancak yeni delil çıktığında, mahkeme aleyhe yenilenirse sanık mahkum olabilecektir. Bu durumda daha önceki mahkumiyet süresine ilişkin ödenmiş olan tazminat mahkumdan geri alınacaktır. Daha önceki savcılık veya yargı makamları işlemleriyle hukuka aykırılık gerçekleştirilmiş, şüpheli veya sanığa tazminat ödenmişse, bu

yıl 6 ay süre ile hapis cezasıyla cezalandırılıp tutuklanmasından sonra yanlışlığın farkına varılarak tahliye edilen davacının bu olan nedeniyle kişilik değerlerinde azalma meydana geldiğinden dolayı 250 milyon TL. manevi tazminatın davalılardan tahsili istemine ilişkindir.

Beyoğlu Birinci Asliye Ceza Mahkemesinin yukarıda esas ve karar numaraları yazılan dosyanın incelenmesinde müşteki Y...Bankası A.Ş. vekilinin şikayeti üzerine Beyoğlu Cumhuriyet Savcılığının 30.11.1994 tarihli iddianamesiyle İsmail... ismindeki şahıs hakkında 3167 sayılı Yasa' nın 16/1. maddesi uyarınca cezalandırılması için açılan kamu davasında eylemine uyan sevk maddesine göre 1 yıl 6 ay süre ile hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği ve bu kararın kesinleşmesinden sonra davacının cezaevine konulduğu ancak bu aşamada isim ve soyadı benzerliğinden ötürü bu yanlışlığın yapıldığı, davacının bu olay ile hiçbir ilişkisi olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu olay nedeniyle hükümlü sıfatı ile bir süre cezaevinde yatan davacının çevresine karşı kötü duruma düştüğü, aşağılandığı, çevrenin kendisine iyi gözle bakmadığı ve bu yüzden acı ve elem çektiği açıktır. Ayrıca davacının özgürlüğünün de haksız olarak sınırlandırıldığı kabul edilmesi gereken bir olgudur. Hukuka aykırı olan bu eylem nedeniyle kişilik değerlerinde objektif azalma oluşan davacının manevi tazminat isteme hakkının varlığı tartışmasız kabul edilmelidir. Bu olayda tazminatın kimden isteneceği önem arz etmektedir.

Anayasa' nın 9. maddesine göre yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. 138. maddede ise hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğu açıklanmıştır. Yine hakimlerin Anayasa, kanuna ve hukuka uygun olarak ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri de ifade edilmiştir.

Ayrıca hiçbir organ, makam, merci ve kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği; tavsiye ve telkinde bulunamayacağı da emredici bir kural olarak Anayasada yer almış bulunmaktadır.

Anayasanın bu emredici hükümlerine göre hakimler bağımsız olup, Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak çalışmaları ve astlık durumu mevcut değildir. O halde Adalet Bakanlığı'nın memuru durumunda olmayan hakimlerin hukuka aykırı eylemlerinden ötürü bakanlık makamı hasım gösterilmek suretiyle maddi ve manevi tazminat istenemez. Kaldı ki haksız fiil sorumluluğunda BK 41. maddesi uyarınca zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur. Ayrıca HUMK' un 573. ve ardından gelen maddelere göre hakimler ile ilgili işlemlerden ötürü kasten ve ağır kusurları ile şahıslara zarar verilirse bundan sorumlu tutulacaklardır.

Bu duruma göre hukuka aykırı eylem iddiasıyla hakimlerin sorumluluğu gündeme geldiğinde; genel hükümler uyarınca BK 41. maddesi dayanak yapılmak suretiyle dava açılabilir gibi, koşullar varsa HUMK' un 573. ve ardından gelen maddelerine göre de dava açılması mümkündür. O halde hakimlerin hukuka aykırı eylemlerinden ötürü Adalet Bakanlığı hasım gösterilmek suretiyle tazminat isteminde bulunulması doğru değildir. Bu nedenle; Adalet Bakanlığına ilişkin davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken davanın kısmen kabul edilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan karar bozulmalıdır.

Sonuç: temyiz bulunan kararın gösterilen nedenle (BOZULMASINA) oybirliğiyle karar verildi.",
(Yrg.4. HD, 22.02.1999, 1998/9027 E., 1999/1342 K.), Parlar ve Yıldırım, s. 493

tazminat talep edilmeyecektir. Geri alma işlemi cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkumiyet kararını veren mahkemenin kararı üzerine gerçekleştirilecektir. Geri alma kararına itiraz etmek mümkündür. Geri alma prosedürü amme alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat uyarınca gerçekleştirilecektir³¹².

466 sayılı mülga Kanun' a göre, bu amaçla bu kişilerin malları üzerine ödenen tazminat miktarınca , hazine tarafından ihtiyati haciz konulması mümkündür. Dava sonunda kişi beraat ederse ihtiyati haciz kalkmakta, mahkum olursa ödenen tazminat hükme gerek olmaksızın hazineye geri alınmakta ve ihtiyati haciz hakkında genel hükümler uygulanmaktaydı³¹³. CMK' da ihtiyati haciz ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.

Geri alma işleminde cezaların tümü esas alınarak, gözaltı ve tutukluluk süreleri mahkumiyet süresini aşmıyorsa, ödenen tazminat bütünüyle geri istenecektir. Aşıyorsa, o sürenin karşılığı kişiye bırakılarak, hukuka uygun olduğu anlaşılan gözaltı ve tutukluluğun karşılığı olarak ödenen bedel geri alınacaktır. Mahkeme, dosya üzerinden incelemesini yaparak geri isteme koşullarının gerçekleşip, gerçekleşmediğini değerlendirecek, tazminatın bir bölümünün geri verilmesi gereken hallerde gerekli hesaplamayı yaparak kararını verip, cumhuriyet savcılığına tebliğ edecektir³¹⁴. Tazminat, özgürlüğünden veya haklarından yasal olmadan mahrum edilenlerin hakkıdır. Ancak, tazminat ödenmesine esas olan işlemin hukuka aykırı olmadığı sonradan ortaya çıkarsa, kişinin tazminat alımı ile haksız zenginleştiği belgelendiği takdirde tazminat geri alınır³¹⁵.

Yürürlükteki Alman Tazminat Kanunu' nun 14. Md.' sine göre de, tazminata hükmedilmesinden sonra beraat kararı verilen kimse bakımından yargılamanın yenilenmesi veya hakkında kovuşturamama veya düşme kararı verilen veya son soruşturmanın açılmaması kararı verilen kimse bakımından da, son soruşturmanın açılması kararının verilmesi halinde tazminat kararı düşer. Tazminatın halihazırda ödenmiş olması halinde geri alınabilir³¹⁶.

³¹² Soyaslan, s. 324

³¹³ Centel, Tutuklama ve Yakalama, s. 254

³¹⁴ Yaşar, s. 556

³¹⁵ Haydar Erol, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2006, s. 278

³¹⁶ Hakeri, Haksız Yakalanan, s.172

8. Tazminat İstenemeyecek Durumlar

Kanuna uygun olarak yakalandıkları ya da tutuklandıkları halde bazı durumlarda kişiler tazminat isteyemezler. Yargılama makamları ve güvenlik güçlerinin gerçekleştirdikleri işlemler hukuka uygundur. Ancak bu işlemler bazı nedenlerle ortadan kaldırılmış olabilir veya işleme ilişkin tazminatı hukuk düzeni kısa bir zaman önce koymuştur veya koruma tedbirinin uygulamasına şüpheli veya sanığın kendisi neden olmuştur. İşte bu durumlarda şüpheli, sanık veya mahkuma tazminat verilmez . Bu haller aşağıda incelenmiştir.

a. Hükümlülükten İndirme

Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler tazminat alamazlar. Çünkü haksız işlemin karşılığı bir şekilde başka bir işlemle giderilmiştir³¹⁷. Eğer indirim yapıldıktan sonra yine de bir süre artmışsa, bu süre için tazminat istenebileceği çok açıktır³¹⁸. Burada özgürlüğün fiilen kısıtlandığı süre göz önünde tutulmalıdır. Örneğin; yargılandığı sırada bir süre tutuklu kalan sanığın daha sonra hüküm giymesi, ancak tutuklulukta geçirdiği sürenin şartla tahliye süresini karşılması nedeniyle yeniden cezaevine girmemesi durumunda bihakkın tahliye tarihi esas alınarak tazminata karar verilmemelidir.

b. Lehe Kanun

Tazminata hak kazanmadığı halde, sonradan yürürlüğe giren ve lehe düzenlemeler getiren kanun gereği durumları tazminat istemeye uygun hale dönüşenler tazminat alamazlar. O halde tazminata ilişkin kanunlar geçmişe yürümezler. Yürürlük gününden itibaren gelecekte gerçekleşecek olaylara uygulanırlar³¹⁹. Çünkü sanık tutuklu kaldığı suçu işlediği anda, o eylem kanunlarda suç olarak düzenlenmiştir ve sanık kanunlara uygun davranma yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Ayrıca aynı durum toplumdaki anlayışa bağlı olarak ceza kanunlarında bir takım eylemlerin daha az cezayla cezalandırılmaları yönünde yapılan değişiklikler için de geçerlidir.

³¹⁷ Soyaslan, s. 326

³¹⁸ Yaşar, s. 558

³¹⁹ Soyaslan, s. 326

c. Bazı Nedenlerle Verilen Kararlar

Genel veya özel af, şikayetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle haklarında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilenler veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya ertelenen veya düşürülenler tazminat isteminde bulunamazlar³²⁰. Tazminat istenebilmesi için bir karar veya hükümle haksızlığın belgelenmesi gerekir. Genel veya özel af, şikayetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşürülmesine karar verilenlerle, davası geçici olarak durdurulanlar kendilerine yapılan haksızlığın belgelenmesi olanağı bulunmadığından tazminat isteyemezler³²¹. Örneğin; kamuoyundaki adıyla pişmanlık yasasından yararlanma halinde tazminat istemi hakkı bulunmamaktadır³²².

Af durumunda kişinin yaptığı eylemin suç olmadığı kabul edilmemekte, Anayasa' da yetkili kılınan organlarca, kişinin sağlık durumu ya da yeni bir şans verilmesi ya da toplumsal barışın yeniden kurulması gibi nedenlerle gerçekleştirilen eylemler nedeniyle kişilerin cezalandırılmasından vazgeçilmektedir. Benzer bir durum da şikayetten vazgeçme ve uzlaşma gibi durumlar için söz konusudur.

d. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler için işlemler hukuka uygun yapılmış, ancak kusur yetenekleri olmadığı için kendilerine ceza verilmemiştir. Ancak bunlara güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bunlar hakkında da doğal olarak hukuka aykırı olarak

³²⁰ Soyaslan, s. 326

³²¹ Yaşar, s. 558

³²² "Diyarbakır 2 Numaralı Devlet Güvenlik Mahkemesinin 04.07.1996 tarihinde kesinleşen kararıyla Davacı Kudbettin Yağbasan' ın TCK' nın 168/2. Md' sine muhalefet suçundan yargılanarak 4085 sayılı Yasa ile değişik 3419 sayılı Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Yasanın 1/a Md.'si uyarınca ceza tertibine yer olmadığına karar verildikten sonra davacı vekili 09.11.1998 tarihli dilekçesiyle haksız tutuklama tazminatı ödenmesi talebinde bulunmuş olup, mezkur Yasada atılı suçu kabul ederek pişman olduğunu belirten ve hakkında bu Yasanın uygulanmasını talep eden sanıklarla ilgili olarak suçun sübut bulunması ve diğer yasal şartların da oluşması halinde belirlenen oranlar çerçevesinde ceza miktarının indirilmesi veya ceza verilmemesi öngörülmüştür. Bu halde 466 sayılı Yasanın 1/a maddesindeki tazminat istemine esas olarak kabul edilen Anayasa ve diğer yasalarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalama ve tutuklama ögesinin oluşmadığı, bu nedenle 4085 sayılı Yasa ile değişik 3419 sayılı Yasanın 1/a Md.'sinde öngörülen cezalandırılmama halinin niteliği itibarıyla 466 sayılı Yasanın 1. Md.'sinin 6. bendi kapsamında düşünülmemeyeceği gözetilmeden davanın reddi yerine, değerlendirmede yanılığa düşülerek yazılı şekilde tazminata hükmedilmesi, Yasaya aykırı ve davalı vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerine görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi bozulmasına, oybirliği ile karar verildi.", (Yrg.9.CD, 27.04.2000/ 1032-1200 gün ve EK), Parlar ve Yıldırım, s. 526

arama, yakalama gibi koruma tedbiri alınmış ise, bu nedenlerle tazminat ödenecektir³²³. Ancak CMK' nın 223/4. Md.' si gereğince verilecek ceza verilmesine yer olmadığı kararı sonucunda işlenen fiilin suç olma özelliği devam edip, bazı nedenlerle bu karar verilmiş olacağı için tazminat istenemeyecektir.

e. Gerçek Dışı Beyan

Adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanlarla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek kendisinin gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlara da tazminat ödenmeyecektir. Ancak beyanlarının gerçek dışı olduğunun mahkeme önünde kanıtlanması gerekir³²⁴. Eğer sanık suçunu ikrar etmişse, fakat bu ikrar başkasının suçunu kabullenmek için yapılmışsa, sanık hem bir suç işlemiş olmakta (TCK 270. Md.), hem de tazminat isteyememektedir³²⁵.

Kanun koyucunun amacı, devletin yetkili organlarınca ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan haksızlıkları tazminat ödemek yoluyla gidermektir. Oysa burada, kişi bizzat kendi beyanlarıyla adli makamları yanıltmakta ve gözaltına alınmasına ya da tutuklanmasına uygun koşulları kendisi yaratmaktadır. Bu nedenle burada devletin ve organlarının bir haksızlığından söz edilemez.

³²³ Soyaslan, s. 326

³²⁴ Soyaslan, s. 326

³²⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 1002

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

ve

ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNDE TUTUKLAMA

I. GENEL BİLGİLER

Askeri ceza muhakemesi genellikle hukukçular arasında yeterince tanınmayan bir alandır. Bazı hukuk fakültelerimizde askeri ceza hukuku dersleri seçimlik ders olarak okutulmakta olup, bir çok hukuk fakültemizde ise öğrenciler askeri ceza hukuku konusunda hiçbir bilgi sahibi olmadan okulu bitirmektedirler. askeri ceza muhakemesi kural olarak barışta ve olağan dönemlerde asker kişileri kapsamakla birlikte, özellikle sıkıyönetim ve savaş halinde büyük oranda sivil kişileri de kapsamaktadır. Ayrıca 05.10.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5530 SK' yla 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu büyük oranda değiştirilerek, CMK' ya paralel hale getirilmiştir. Bu nedenle askeri ceza muhakemesinde tutuklama kavramından söz edilirken özellikle adli ceza muhakemesinden ayrılan yanlara değinilecek, aynı konuların tekrarından kaçınılmaya çalışılacaktır. Bu bölümde öncelikle askeri ceza muhakemesinin genel bir tanıtımı yapıldıktan sonra askeri ceza muhakemesinde tutuklama kavramından söz edilecektir. Ülkemizde askeri ceza muhakemesiyle ilgili yapılmış pek fazla çalışma bulunmaması nedeniyle kavramlar açıklanırken yargı kararlarına ve görüşlerimize de sıkça yer vermeye çalışacağız.

A. ASKERİ YARGININ VARLIK NEDENİ

Askeri yargının var olması gerektiği görüşü ile birlikte askeri yargının reddini savunan görüş te bulunmaktadır. Biz her iki görüşe yer verdikten sonra kendi görüşümüzü açıklayacağız.

1. Askeri Yargıyı Savunan Görüş

Askeri yargının gerekliliği üzerindeki tartışmalar geçmişten başlayıp günümüze kadar devam etmiştir¹. Askeri yargının gerekliliği, silahlı kuvvetlerin varlığı ile açıklanır. Gerçekten bir ülkenin silahlı kuvvetlerini nasıl silahla, mühimmatla ve diğer hizmet ve alt yapıların götürülmesiyle donatmak şartsa ve aksi taktirde silahlı kuvvetler kendisinden beklenen görevi yerine getiremez ve arzulanan yararı sağlayamazsa, disiplini adil bir şekilde ve kısa sürede tesis edecek bir yargı mekanizmasına da gereksinim bulunduğu kabul etmek gereklidir².

Silahlı kuvvetlerin kendine özgü yapısı ve üstlendiği görev itibarıyla, personeli ve bu personelin kullandığı araç, gereç ve malzeme ile her zaman hazır bulunması gerekliliği vardır. Silahlı kuvvetlerin bu yapısı ve işlevi nedeniyle, askeri yargı diğer yargı düzenlemelerinden ayrılmakta ve adli suçların yanında özellikle hazır bulunma kuralından kaynaklanan askeri suçlar da söz konusu olmaktadır³.

Diğer taraftan, ordu birliklerinin bulunduğu her yerde, ordu içindeki disiplinin yeniden ve süratle sağlanabilmesi için yargılamanın yapılması zorunluluğuna karşın, savaş zamanında genel mahkemelerin çalışmaz hale gelme olasılığı vardır. Bu nedenle, savaş zamanı gibi durumların varlığı halinde, ordu ile birlikte hareket eden askeri mahkemelerin daha barış zamanında kurulup çalışmaya başlamaları zorunluluğu doğmaktadır. Diğer bir söyleyişle, silahlı kuvvetlerin tüm unsurlarıyla hazır olması, askeri yargı yönünden de hazır olmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, ordunun hazır bulunma yükümlülüğü ve bunun yaptırıma bağlanması, askeri yargının varlık nedeni olarak ileri sürülmektedir⁴.

Çok sayıda insanın silahlı olarak hiyerarşi içinde bir araya gelmesi ile oluşan kitlenin, ordu olarak nitelendirilebilmesi için, bir komuta altında hareket etme yeteneği olmalıdır. Çünkü ordunun temelini oluşturan askeri disiplinin de temelini itaat etme kuralı oluşturmaktadır. Bu büyük örgütlenmenin içindeki itaat zorunluluğu,

¹ Orhan Köprü, Türkiye' de Askeri Yargının Doğuşu ve Gelişimi, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 22, Sayı: 89, Ankara, Ocak 1994, s.1

² Sahir Erman, Askeri Yargı, Askeri Yargıtay'ın 80 inci Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, 6-7 Nisan 1994, Ankara, 1994, s. 45

³ Örneğin; Askeri Ceza Kanunu' nun 66/1-a Md.' sinde tanımlanan firar suçu, görevi gereği hazır bulunmak zorunda bulunanların izin almaksızın bulunmaları gereken yerden ayrılmalarını yaptırıma bağlamıştır.

⁴ John Gillisen, Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri I, Çev: Nail Sucu, YD, Cilt: 8, Ocak – Nisan 1982, Sayı: 1 – 2, Ankara, s. 17

onun işlevi ile birlikte değerlendirildiğinde, askeri yargının varlığını gerekli kılmaktadır⁵.

Silahlı kuvvetlerin disiplin içinde olması gereksinimi, sivil toplumlardan daha önce kendisini hissettirmiştir. Askeri disiplinin sağlanması ve sürdürülebilmesi için ayrı bir yargı sistemiyle yapının desteklenmesi zorunludur. Bu nedenle, ordulardaki yargı sistemi daha eski olduğundan varlığını daha sonra da sürdürmüştür⁶.

Askeri adaletin kaynağını komutanın otoritesi olarak gören anlayışa göre ise, askeri adaletin sağlanabilmesi için komutan tarafından atanmış ve ona bağlı kişiler tarafından dağıtılması zorunluluğu vardır. Ayrıca, askeri ilişkilerin özelliklerini, bazı kuralların gerekçesini ve kurallara aykırı davranışların ordu içinde doğuracağı sonuçları, askeri disiplinin gerektirdiği ölçütte, ancak askerlerin anlayabileceği ileri sürülmüştür⁷. Ayrıca, askeri mahkemelerin varlığını uzmanlaşma zorunluluğunun bir sonucu olarak görenler de mevcuttur⁸. savaş zamanında genel mahkemelerin hareketli olmamalarından dolayı kurulamama ve savaş zamanında önceden öngörülemeyen durumların ortaya çıkması olasılığı, askeri yargının varlığını haklı göstermektedir⁹.

Silahlı kuvvetlerin, egemenliğin bir görünüşü durumunda olan yargılama yetkisini ele geçirmişken elden çıkarmak istememesinin, askeri yargının varlık nedeni olmasa da, varlığını sürdürme nedeni olduğu da ileri sürülmüştür¹⁰.

2. Askeri Yargıyı Reddeden Görüş

Askeri yargının varlığına getirilen en önemli eleştiri, yetki alanının sivilleri de kapsayacak şekilde geniş olmasıdır. Askeri yargının gerekliliği konusunda büyük bir uyuşmazlık olmamasına karşın, görev ve yetki alanlarının genişliği ile bağımsız bir şekilde faaliyette bulunabilmeleri için kuruluş ve işleyişleri, konusunda uyuşmazlık

⁵ Gilisen, s. 17

⁶ Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Dersleri (Genel Kısım), Cilt: 1, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 522

⁷ Raşid Vasfi Seviğ, Askeri Adalet, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1955, s. 84

⁸ İbrahim Fevzi Akmaner, Türkiye' de Askeri Kazanın Tarihçesi ve Tekamülü, Askeri Adalet Mecmuası, Yıl: 3, Sayı: 9, Ankara, 1957, s. 541

⁹ Tosun, s. 523

¹⁰ Sahir Erman, Askeri Ceza Hukuku (Umumi Kısım ve Usul), 7. Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, s. 1

söz konusudur¹¹. Özellikle, olağanüstü durumlarda askeri yargının görev alanı genişlemekte ve siviller önemli bazı suçlarından dolayı askeri yargıya bağlı kılınmaktadır. Özellikle sivillerin doğal yargı yerinden ayrılması söz konusu olduğundan, bu durum öğretide eleştirilmiştir¹².

Benzer iki konuda adli ve askeri yargının, birbirleriyle çelişen kararlar vermeleri olasılığı her zaman mevcut olduğundan her iki yargının tek çatı altında toplanması gerekliliği belirtilmiştir¹³.

Nitekim, askeri hakimlerin cüppeli de olsa subay üniforması içinde görev yapmakta olmaları, genel yargıya oranla askeri yargıya bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından getirilen teminatların eksikliği belirtilerek, askeri yargının bağımsız olmadığı savunulmuştur¹⁴.

Askeri yargının gerekliliğini savunanlar, öncelikle itaat, otorite ve disiplin kavramlarının önemini vurgulamaktadırlar. Bu bağlamda, askeri yargıda görev yapan askeri hakimlerin belirtilen kriterlerin etkisi altında karar verme durumunda olabilecekleri şüphesi mevcuttur. Adaletin, salt dağıtılır olmasının ötesinde, tüm şüphelerden uzak bir biçimde yerine getirilmekte olduğunun görülmesi gereklidir¹⁵.

Yargının, sivil ve askeri olmak üzere iki başlı olarak Anayasa' da ve devlet örgütlenmesinde yer alması, çağdaş hukuk anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Askerliğin temelini disiplin ve otoritenin oluşturması ve bu nedenle katı bir hiyerarşik yapıyı gerekli kılması, oysa yargının bağımlılığı tamamıyla dışlamış olması karşısında, askeri yargının özgürlükçü bir demokrasi anlayışıyla bağdaşmadığı belirtilmektedir. Ayrıca, askerlik hayatı sivil yaşamın bir bölümünden başka bir şey değildir. Bu nedenle, genel ceza kanunu, askerlik hayatının meydana getirdiği tüm ilişkileri öngörebileceğinden, askeri yargının varlığı gerekli değildir¹⁶. askeri mahkemelerin zorunluluğu başka şeydir, askeri mahkemelerin sadece askerlerden,

¹¹ Erman, Askeri Ceza, s. 10

¹² Faruk Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayınevi, Ankara, s. 106; Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2000, s. 134

¹³ Güven Dinçer, Adli Teşkilat, Mahkemeler – Türkiye' de Yargının Yeniden Düzenlenmesi, Yeni Türkiye Dergisi, Sayı: 10 Yıl: 2, Ankara, 1996, s. 807

¹⁴ Ümit Kardaş, Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 79

¹⁵ Mustafa Okşar, Doğal Yargıç İlkesi Açısından Askeri Yargıda Mahkemelerin Kuruluşu, Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamıştır), İstanbul, 2000, s. 74

¹⁶ Erman, Askeri Ceza, s. 1

askeri hakimlerden oluşması başka şeydir. Askeri mahkemeleri haklı gösteren neden ancak orduyu takip eden bir mahkemeyi haklı gösterir, yoksa bu mahkemenin askerlerden oluşması, hatta bu mahkemelerdeki hakimlerin dahi askeri teşkilatta yer alması zorunlu değildir. Orduyu takip eden mali teşkilat gibi, adli ceza yargılamasının da orduyu takip eden bir bölümü oluşturulabilir. Sıkıyönetim mahkemelerinde sivil hakim ve savcılardan yararlanılması, askeri mahkemelerin sadece askerlerden ve askeri hakimlerden kurulması gerekmediğini göstermektedir¹⁷.

3. Görüşümüz

Yukarıda ilgili başlıklar altında söz ettiğimiz gibi askeri yargının varlığını savunan veya reddeden görüşler bulunmaktadır. Askeri mahkemeler çok uzun bir süreden beri dünyada ve ülkemizde varlıklarını sürdürmektedirler ve bu pratik bir gereksinimin sonucudur. Ordular bir savaş nedeniyle ülke topraklarından çok uzaklara gidebilmektedirler ve büyük oranlarda askerin bulunduğu ordularda suç işlenmesi doğal bir sonuçtur. Dolayısıyla orduyla birlikte hareket eden bir mahkemenin varlığı kaçınılmaz olmaktadır. Ayrıca orduda işlenen suçlar genel ceza mahkemelerinde yargılanan suçlar biçiminde olabileceği gibi, genel ceza mahkemelerine son derece yabancı olan ve sert biçimde cezalandırılmadıkları takdirde ordunun dağılmasına ve bozguna uğramasına, bununla bağlantılı olarak ta ülke topraklarının ve egemenliğin kaybına yol açabilecek isyan, firar, emre itaatsizlik, savaştan teslim olma vb. gibi bir çok farklı suçlar olabilmektedir. Yine özellikle bu tür suçların büyük bir hızla yargılanıp, cezaların verilmesinde ordu disiplini açısından çok büyük bir yarar vardır. Ayrıca bir savaş ortamının kargaşası içinde adli mahkemelerin işlemez duruma gelmesi riski her zaman var olup, savaş olsa bile özellikle işgal edilen bölgede sivil kişiler arasında da suçlar işlenebilmektedir. Ancak askeri yargıyı reddeden görüşlerde de kısmen haklılık payı bulunmaktadır. Askeri mahkemeleri ve hakimleri düzenleyen kanunlarda bazen erkler ayrılığını zedeleyebilecek hükümler bulunabilmektedir. Ancak bunlar sanıldığı kadar fazla olmayıp, birkaç yasal düzenlemeyle giderilebilecek olan konulardır. Dolayısıyla askeri yargının belirttiğimiz nedenlerle pratik bir gereksinimi karşıladığı, bu nedenle var olması gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁷ Kunter ve Yenisey, s. 135

B. ASKERİ YARGININ ANAYASAL KONUMU

Askeri yargı, Anayasa' nın "yargı" başlıklı üçüncü bölümünde 145. Md.' de düzenlenmiş olup, askeri yargının askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği, bu mahkemelerin, asker kişilerin askeri olan suçlarıyla, bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili işledikleri suçlara bakacakları, askeri mahkemelerin sivil kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçlarıyla, görevlerini yerine getirirken veya askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakacakları, askeri mahkemelerin savaş veya sıkıyönetim durumlarında hangi suçlar ve kişiler bakımından yetkili olduklarının kanunla düzenleneceği, askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılarının komutanlıkla ilişkilerinin mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenleneceği, yine askeri hakimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden teşkilatında buldukları komutanlıkla olan ilişkilerinin de kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa' nın 156. Md.' sinde Askeri Yargıtay' ın, 157. Md.' sinde de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi' nin kuruluşu ve bakacağı davalar düzenlenmiştir. Doğal olarak bu bölümde askeri ceza muhakemesinde tutuklama kavramını inceleyeceğimiz için Askeri Yüksek İdare Mahkemesi inceleme alanımız dışında kalacaktır.

Askeri yargının anayasal konumunu ortaya koyduktan sonra kısaca bu alanda da ortaya çıkan sorunlara değinmek istiyoruz. Askeri mahkemelerin kurulması, bu mahkemelerde dava açılması, görülmesi, sonuçlandırılması ve dolayısı ile ayrı bir takım usul kurallarının oluşturulması zorunluluğuna dayanılarak "yargılama birliğine" bir istisna getirilmiştir¹⁸.

Askeri ceza yargılamasının, yargılama birliği prensibini zedelemeyeceğini savunan görüşler genelde, askeri ceza yargı organlarının da yargılama yetkisini aynı kaynaktan aldığını, böyle bir ayırımın mantığı, hukuki açıdan zorunlu nedenlerden dolayı ve uzmanlaşmanın inkar edilemez faydalarından kaynaklandığını ileri sürmektedirler¹⁹.

¹⁸ Tevfik Odman, Askeri Yargıtay'ın Hukuka Aykırı Deliller Konusunda Verdiği Kararlar, Askeri Adalet Dergisi, Yıl : 24, Ankara, Ocak 1996, s. 95; Erman, Askeri Ceza, s. 305.

¹⁹ Önder Ayhan, Türk Hukuk sisteminde Askeri Yargı, Askeri Yargıtay'ın 75 nci Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1989, s. 6

Özarpat' a göre; yargı hakkının kullanılması yalnızca bir organa ait olmalıdır. Yargı hakkı çeşitli organlar tarafından kullanılacak olursa, bireyler doğal olarak bağlı kalmaları gereken mahkemelerden uzaklaştırılır. Askeri mahkemeler yargılama birliğine aykırı düşen adli organların başında gelmektedir²⁰.

Tosun' a göre; askeri mahkemelerde görev yapan hakimlerin bağımsız olmaları yeterlidir, bu sağlandıktan sonra birkaç yüksek mahkemeye bağlı sistemlerin bulunması yargılama birliğinin kabul edilmediğini göstermez²¹. Günümüzde kabul gören genel görüş te bu yöndedir. Yargılama birliği prensibi yargılama gücünün bağımsızlığı ile eş anlamlıdır. Yargılama makamları bağımsız olduktan sonra bu durumun bir önemi kalmamaktadır. Önemli olan konu mahkemelerin tek bir güce dayanmaları, zümre, sınıf ayrımı olmaksızın ulus adına karar vermeleridir. Yargılama makamları bağımsız olduktan sonra, şu veya bu bakanlığa bağlı olmasının bir önemi kalmaz²². Görülüyor ki, yargılama birliğinde esas sorun yargılamanın bağımsızlığı sorunudur²³. Günümüzde kabul edilen genel görüş ise, yargılama birliği prensibinin yargılama gücünün bağımsızlığı ile aynı anlamda olduğu yönündedir²⁴.

Kanımca da önemli olan yargılama makamlarının bağımsızlığı olmakla birlikte, özellikle içtihat aykırılığının önüne geçebilmek adına yüksek yargı konusunda birliğe gitmekte fayda bulunmaktadır. Ancak askeri mahkemelerin bazı konularda farklı usul kurallarına bağlı kılınması işin niteliği gereğidir.

C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ASKERİ YARGI

Karşılaştırmalı hukukta askeri yargı sistemleri konusunda birlik görülmemektedir. Hemen hemen her ülkenin farklı bir askeri yargı sistemi bulunmaktadır. Ancak genel ceza muhakemesinde olduğu gibi, sistemler göreceli olarak benzerliklerine göre; anglo – sakson hukukunda ve kıt' a avrupası hukukunda askeri yargı olarak iki başlık altında toplanabilir.

²⁰ Hilmi Özarpat, Askeri Yargılama Usul Hukuku, Ankara, 1950, s. 23

²¹ Tosun, s. 265

²² Kunter ve Yenisey, s. 119

²³ Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin tarafsızlığı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 47

²⁴ Erem, s. 47; "Yargılama birliğinden amaç, yargı yetkisini kullanan mahkemelerin bağımsızlığıdır" Bkz., Any. Mah. 15.04.1975 tarih 1973/19 E., 1975/87 K., AMKD, Sayı: 13, s. 403

1. Anglo – Sakson Hukukunda Askeri Yargı

Bu sistemin özü, askeri mahkemelerin ve askeri hukuk müşavirliği (Judge Advocate General) teşkilatının varlığıdır²⁵. Hukukçulardan oluşan askeri hukuk müşavirliğinin idari yetkilerinin yanında yargısal yetkileri de mevcuttur. Hukuk müşavirliğinin işlevleri ülkelere göre değişmektedir. ABD’ de askeri hukuk müşavirlerinin askeri mahkemelerde, hukuk danışmanı, savcı, komutanının hukuk danışmanı gibi görevleri vardır. İngiltere’ de judge advocate ismiyle anılan bu müşavirler duruşmalara katılmakta, hukuki konularda mahkemeye açıklamada bulunmakta, ancak oy kullanmamaktadırlar²⁶. Bu mahkemelerde genel ceza yargılamasındaki hakim ve jürinin yerini hukukçu olan adli müşavir ve asker kişilerden oluşan mahkeme heyeti almıştır. Adli müşavir duruşmanın yönetimi ile ilgili danışmanlık yapmakta, ancak karara katılmamaktadır. ABD’ de kararı yalnızca asker kişilerden oluşan heyet vermekten , İngiltere’ de adli müşavir, adalet bakanlığınca atanmış sivil bir hakim ve subaylardan oluşan heyet kolektif olarak vermektedir²⁷.

Askeri mahkemeler devamlı olmayıp, belirli bir davaya bakmak için askeri otoritece toplanmaya davet edilirler. Bu da zaman kaybına yol açabilmektedir²⁸. Ancak zaman içinde askeri mahkemelerin toplanma yönteminden uzaklaşarak, sivil mahkemelerde ve kıt’ a avrupalı askeri mahkemelerinde olduğu gibi devamlı askeri mahkeme niteliğine bürünüldüğü ileri sürülmektedir²⁹. Örneğin; Kanada iki yıldan daha az hapis cezası vermeye yetkili sürekli nitelikte askeri mahkemeler kurarak bu alanda önemli bir reform gerçekleştirmiştir³⁰. Kanada askeri ceza muhakemesinde, askeri mahkeme kararlarına karşı, Askeri İstinaf Mahkemesi’ ne başvurulabilmekte, istinaf mahkemesi kararına karşı da Kanada Yüksek Mahkemesi’ ne başvurulabilmektedir. ABD askeri ceza muhakemesinde ise, askeri mahkeme kararlarına karşı her kuvvet komutanlığının teşkilatında bulunan askeri istinaf mahkemelerine başvurulabilir. Askeri istinaf mahkemelerinin kararlarına karşı, Askeri Temyiz Mahkemesi’ ne gitme hakkı vardır. Ayrıca Askeri Temyiz Mahkemesi’

²⁵ Gilisen, s. 315

²⁶ Köprü, s. 4

²⁷ Recai Ertürk, Mukayeseli Hukukta Askeri Yargı Teşkilatı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Askeri Hakimlerin Statüsü, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 32, Sayı: 120, Ankara, 2004, s. 49

²⁸ Erman, Askeri Ceza, s. 46

²⁹ Gilisen, s. 314

³⁰ Gilisen, s. 316

nin incelediği kararlara karşı, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi' ne başvurma olanağı vardır. Ancak Askeri Temyiz Mahkemesi' nce incelenmeyen kararlara karşı Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi' ne başvurma olanağı yoktur. İngiliz askeri ceza muhakemesinde ise, askeri mahkeme kararlarına karşı Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi üyelerinden oluşan Askeri Temyiz Mahkemesi' ne başvurulabilir. Ayrıca daha sonra Yargıtay' a başvuru olanağı da vardır. Temyiz sonunda verilen kararlara karşı istisnaen Lordlar Kamarası' na başvurulabilmektedir³¹.

2. Kıt' a Avrupası Hukukunda Askeri Yargı

Kıt' a Avrupası' nda yaygın olan ikinci sistemde, kuruluş sistemleri değişik olmakla beraber, ana eğilim askeri mahkemelerin askeri hakimlerle, asker üyelerin karışımından oluşmasıdır. Bir çok ülkede yalnız başkanın ya da duruşmayı yönetecek üyenin hukukçu olmasıyla yetinildiği görülmektedir³². Belçika' da askeri mahkemeler bir sivil hakimle, başkanlık görevini yürüten bir üst subay ve üç daha ast rütbeli subay üyeden kurulur. Bu subay üyeler bir ay süre için atanırlar. İlk derece askeri mahkemelerde başkan bir üst subay olup, sivil hakim onun baş yardımcısı olduğu halde, ikinci derece askeri mahkemelerde (istinaf) başkanlık görevini sivil istinaf mahkemesi üyeleri arasından seçilen sivil hakim yapmaktadır³³. Almanya' da 2 nci Dünya Savaşı' ndan sonra askeri mahkemeler kaldırılmıştır. 04.09.1972 tarihinde yayınlanan Askeri Disiplin Kanunu ile oluşturulan sisteme göre, disiplin amiri tarafından cezalandırılmayan disipline aykırı fiiller, disiplin mahkemelerince görülüp sonuçlandırılır. Disiplin mahkemeleri kararlarına karşı Federal Mahkeme' nin disiplin işlerine bakan dairesine başvurarak, istinaf yoluna gidilebilmektedir. Asker kişi, askeri disiplin konusuyla ilgili olmayan bir suç işlediğinde sivil kişiler gibi adliye mahkemelerinde yargılanmaktadır³⁴. İtalya' da ise, askeri mahkemeler ikisi askeri hakim, biri sınıf subayı olmak üzere üç hakimden kuruludur. Askeri hakimler statü olarak ordu kadrolarında görevli sivil personeldir. 1981 yılından beri gerek talimatlar, gerekse özlük hakları bakımından askeri hakim

³¹ İhsan Işık, Karşılaştırmalı Askeri Yargı Sistemleri, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 32, Sayı: 119, Ankara, 2004, s. 117

³² Erman, Askeri Yargı, s. 46

³³ Erman, Askeri Ceza, s. 320

³⁴ Erman, Askeri Ceza, s. 374

ile sivil hakim arasında fark yoktur. Askeri İstinaf Mahkemesi ise, 3' ü askeri hakim, 2' si sınıf subayı olmak üzere 5 hakimden kuruludur³⁵.

Barış zamanında askeri mahkemelerin kararlarına karşı bir üst mahkemeye başvurulması genellikle kabul edilmiştir. bir çok ülkede ayrı bir askeri yargıtay kurulmuş olmayıp, adli yargıtay bu görevi yerine getirmektedir. Üst mahkemeye başvurmada üç sistem benimsenmiştir. Birincisi; İspanyol ve kısmen Fransız sistemidir. Fransa' da, Askeri Yargıtay 1965 yılında kaldırılmıştır. Buna göre, askeri mahkemelerden verilen kararlar arada istinaf incelemesi olmaksızın Adli Yargıtay' ın belirli bir dairesinde temyizen incelenir³⁶. İkinci sistem olan Türk sisteminde; ayrı bir Askeri Yargıtay mevcuttur. Türkiye' de Askeri Yargıtay, sadece askeri hakim ve savcılardan oluşmaktadır³⁷. Türkiye' de uygulanan sisteme Portekiz sistemini de dahil etmek mümkündür. Üçüncü sistemde ise; bir ara kademe olarak askeri istinaf mahkemesi bulunmaktadır. Askeri istinaf mahkemesi kararlarına karşı adli yargıtaya başvurulabilmektedir. Hollanda, Yunanistan, İtalyan ve Belçika' da uygulanan sistem budur³⁸.

Günümüzde adil yargılanma haklarının güvence altına alınmasına yönelik uluslararası insan hakları gelişmelerinin askeri yargıya uydurulması yönünde belirgin bir eğilim mevcuttur. Belçika, barış zamanında askeri mahkemeleri tümüyle kaldırmaya yönelik reform çalışmaları içindedir. Çek Cumhuriyeti' nde, askeri mahkemeler 1983 yılında kaldırılmış, askeri mahkemelerin görevini sivil mahkemeler üstlenmiştir. Duruşmaların sivil mahkemelerde yapılması nedeniyle, artık özel kural ve usuller uygulanmamaktadır. İsrail, son yıllarda askeri hukuk sisteminde AİHS ışığında insan hakları açısından bazı reform ve gözden geçirmeler yapmıştır. İtalya' da askeri yargı sistemi reformu süreci değerlendirme aşamasındadır. Burada askeri hakimlerin özel bir bölüm olarak genel mahkemelere eklenmesi, değerlendirilmektedir³⁹. Hollanda' da ise, 1990 yılında askerleri yargılama yetkisi sivil mahkemelere devredildi. Artık askerlerin işlediği suçlarda yargılama görevi Arnhem Bölge Mahkemesine aittir. Ancak bu mahkemenin yapısında iki sivil hakimle birlikte en az yarbay rütbesinde bir askeri hakim bulunmaktadır. Bu mahkemenin

³⁵ Giuseppe Scandurra, İtalya Askeri Yapısı, Çev: Sahir Erman, Askeri Yargıtay' ın 80 nci Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1994, s. 139

³⁶ Işık, s. 117

³⁷ Erman, Askeri Yargı, s. 46

³⁸ Işık, s. 117

³⁹ İrfan Yılmazlar, Abdullah Kaya ve Rıdvan Dağ, Askeri Yargılama Yetkisi Semineri Sonuç Raporu (10-14 Ekim 2001/ Rodos), Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 30, Sayı: 113, Ankara, 2002, s. 18

kararlarına karşı başvurulabilen Arnhem İstinaf Mahkemesinde de tuğgeneral rütbesinde bir asker üye bulunmaktadır⁴⁰.

D. ÜLKEMİZ HUKUKUNDA ASKERİ YARGININ GELİŞİMİ

Ülkemizde askeri yargının geçmişi uzun zaman öncesine dayanır. Her ne kadar bu günkü anlamda olmasa da askeri yargı hep var olmuştur. Ülkemizin geçirdiği köklü siyasi evrim göz önünde bulundurularak, ülkemizdeki askeri yargının gelişim süreci de cumhuriyet öncesi ve sonrası dönem olarak iki başlık altında incelenmiştir.

1. Cumhuriyet Dönemi Öncesinde Askeri Yargı

Osmanlı İmparatorluğu' nun kurulduğu günden itibaren askerliğe verilen önem bilinmektedir. Bu devirde mevcut olan askeri sınıfın, yalnızca savaşanlardan ve askeri hizmetlerde çalışanlardan oluşan bir sınıf olmayıp, tüm kamu hizmetlerinde çalışanları kapsadığı bilinmektedir. Askeri sınıf denilen bu geniş sınıf, ulema olan ve olmayan şeklinde ikiye bölünmüştü⁴¹.

Osmanlı İmparatorluğu' nun başlangıcında, gönüllü askerliğe dayanan ordunun, daha sonraları tımar sahiplerinin beslemek ve yetiştirmekle yükümlü oldukları feodal nitelikte kuvvetlerle sağlandığı, bunun yanında devşirme usulüne başvurularak yeniçerilerin oluşturulduğu, yeniçeri ocağının disiplinden uzaklaşması üzerine de batılı anlamda ilk ordunun kurulduğu bilinmektedir. Osmanlı devletinde yargı hakkı hükümdara, yani padişaha aitti. Padişah, bu hakkını kadılar aracılığı ile kullanırdı. Orhan bey zamanında kurulan ve I' nci Murat zamanında yeniden düzenlenen ordunun kazandığı önem ve ordu mensuplarının toplum içindeki durumları dikkate alınarak, bunlara ait şer' i, hukuki ve örfi davaların çözümünün ordu ile birlikte hareket edebilen özel bir kuruma bağlanması gerekli görülmüş ve ordu için ayrı bir kadı atanmasının gerekli olduğu düşünülmüştür. Osmanlılar bu ordu kadısına "kadı asker" ünvanını verdiler. Daha sonra askerlerin bütün davalarına bakan kadı askerlerin bu yetkileri, kısa bir süre sonra, askerlerin mesleki

⁴⁰ Yusuf Şeker, Hollanda Askeri Yargı Sistemi, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 30, Sayı: 115, 2004, s. 4

⁴¹ Ahmet Mumcu ve Coşkun Üçok, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınları, Ankara, 1985, s. 198

suçlarından dolayı cezalandırılmalarının amir ve üstlerine ve özel şekilde oluşturulan heyetlere tanınması nedeniyle bir sınırlandırmaya tabi tutulmuştur⁴².

Padişah veya vekili gerekli gördüğü durumlarda kendiliğinden soruşturma yaparak fetva dahi almadan “siyaseten katl” yetkisini kullanabilirdi⁴³. Bu dönemde askeri sınıftan kişilere verilen “siyaseten katl” cezasının yerine getirilmesi özellikler taşır, infaz sırasında bu kişilerin şeref ve haysiyeti korunur, rütbesinin gerektirdiği saygı gösterilirdi⁴⁴.

Yeniçeriler döneminde, suç işleyen her ordu mensubu, yeniçeri anayasası sayılan 12.07.1297 tarihli “Kanunname-i Yeniçeriyân” gereğince yargılanırdı. Bu kanun, yeniçerilerin yargılanmaları yönünden bir çok özel hüküm içermekteydi. Örneğin, yeniçeriler, mutlaka ocağında, kendi amirlerince cezalandırılırdı. Vezir bile yeniçeriye ceza veremez, cezalandırılmak üzere kendi ocağına göndermekle yetinirdi⁴⁵.

II' nci Mahmut' un hicri 1241 yılında yeniçeri ocağını kaldırmasından sonra, 1244 yılında Asakir-i Mansure-i Muhammediye adı ile yeni bir ordu kuruldu. Bu ordunun askeri adalet organını ilgilendiren düzenlemeler yapıldı. 1837 (hicri 1253) yılında yayınlanan Kanunname-i Asakir-i Mansure-i Muhammediye, daha çok Ordu İç Hizmet Kanunu niteliği göstermekteydi. Kanunun “Tedibat” başlığını taşıyan kısmında, birlik komutanları tarafından verilen disiplin cezaları düzenlenmişti. Ayrıca bu kısımda disiplin cezası verilirken amirler ve üstlerin izleyeceği yol, astına nezarete ihmalde bulunan amir ve üstün de aynı şekilde cezalandırılacağı hükmü yer almaktaydı⁴⁶. Daha sonra hicri 1253 tarihli “Kanunname-i Ceza” adlı kanun yayınlanmıştır. Bu kanun ile yedi kişiden oluşan divanı harpler kurulmuştur. Kanunname-i Ceza, askeri yargı için yargılama usulü ve askeri ceza kanunu niteliğindedir. Bu kanun ile suçların kanuniliği, hakim tarafsızlığının temini, sanıkların savunmalarına azami olanak sağlanması, sanıkların müdafii tayin edebilmeleri, mahal mahkemelerince verilen hükümlerin istinaf ve temyiz yoluyla

⁴² Akmaner, s. 643

⁴³ Kardaş, s. 40

⁴⁴ Mumcu ve Üçok, s. 114

⁴⁵ Erman, Askeri Ceza, s. 14

⁴⁶ Akmaner, s. 652

inceleme haklarının tanındığı görülmektedir. Bu nedenlerle Kanunname-i Ceza'nın zamanına göre ileri düzeyde bir kanun olduğu düşünülebilir⁴⁷.

Kanunname-i Ceza ile askeri suçların bu kanunda yazılı suçlar olduğunun belirtildiği, bu şekilde askerlerden suç işleyenlerin yargılanmalarının genel yargı ve askeri yargı olarak ilk ayrımlarının bu kanunda yapıldığı görülmektedir. Bu kanun ile oluşumları, sanıkların konumları ve suçlarına göre değişen, Divan-ı Harbi Mahsus ve Divan-ı Harbi Tecessüs isimleriyle Divan-ı Harpler kurulmuştu⁴⁸.

1837 tarihli Dar-ı Şura-ı Askeri Nizamnamesi ile bütün ordu mensuplarının başvuracağı merci saptanmıştı. Bu şura aynı zamanda askeri kanun ve nizamnameleri düzenlemekle görevli idi. Şura' nın üç dairesi vardı. Şura' nın Nizam Dairesi, ayrıca kanunun belirlediği derecedeki davalara da bizzat bakmakla yükümlüydü⁴⁹.

Tanzimat' tan sonra, orduda yapılan ıslahat hareketleri çerçevesinde 08.06.1857 tarihli Fransız Askeri Ceza Kanunu' ndan iktibas edilen Askeri Ceza Kanunnamesi Humayunu 1869 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile sanığın rütbesine göre kuruluş şekli değişen divanı harpler kurulmuştur. Sanığın rütbesine göre divan-ı harp üyeleri değişirdi. Bir sivilin yargılanması gerektiğinde, ilmi ve mülki rütbesinin askeri rütbeye olan eşitliği göz önünde tutulur ve divan-ı harp ona göre kurulurdu. Divan-ı harplerin bağlı bulunacakları usul kurallarının olmaması büyük bir keyfilik getirmiştir⁵⁰.

1869 - 1930 tarihleri arasındaki devrede, gerek Askeri Ceza Kanunname-i Humayunu ve gerek bu kanunu değiştiren diğer kanunlar ve diğer gerek bu kanunlarla kurulan askeri mahkemeler; Divan-ı Harbi ve Muvakkatı, Divan-ı Harbi Mahsus, Divanı Harbi Örfi ve Divan Temyizi Askeri olarak isimlendirilmişlerdir. Bu şekilde askeri mahkemelerin, genel mahkemeler dışında aralarında bu şekilde görev bölümüne tabi tutuldukları görülmektedir⁵¹.

⁴⁷ Akmaner, s. 651

⁴⁸ Köprü, s. 4

⁴⁹ Orhan Ertosun, Askeri Yargıtay'ın Tarihçesi, Görev ve Yetkileri İle Sorunları, Danıştay Dergisi, Sayı: 11, Ankara, 1975, s. 57

⁵⁰ Erman, s. 308

⁵¹ Akmaner, s. 781

Divan-ı harplerce verilen kararları incelemekle görevli olarak 06.04.1914 tarihinde çıkarılan 233 sayılı ve "Divan-ı Temyizi Askeriyenin Teşkilat ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat" isimli kanun ile Divan-ı Temyizi Askeri kuruldu. Bu tarihte Askeri Yargıtay' ın ilk temeli de atılmış oldu⁵².

2. Cumhuriyet Döneminde Askeri Yargı

Cumhuriyet döneminde, Alman Askeri Muhakeme Usulü Kanunu ile 1928 tarihli Fransız Askeri Ceza Kanunu' ndan alınmak suretiyle 22.05.1930 tarih ve 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu meydana getirildi. Bu kanun ile divan-ı harpler kaldırılmış, yerlerine askeri mahkemeler kurulmuş ve adli amirlik kurumu getirilmiştir. Açık yargılama usulü, savunma hakkı, mahkemelere müdafî kabulü, kanun yollarına başvurulması olanağı getirilmiştir⁵³.

1631 SK' nın 13. Md.' sine göre adli amirler, refakatında askeri mahkeme kurulmasına kanunun izin verdiği komutan ve eşiti makamlarla bunların üstleridir. 1631 SK' nın 14. Md.' sine göre, adli amirin engeli çıktığında, bu yetki vekiline geçmekteydi. Adli amirler arasında hiyerarşik bir yapılanma vardı. Üst adli amir soruşturmaya başlamak, devam ettirmek, kanun yollarına başvurmak konularında astı konumundaki adli amirlere emir verme yetkisine sahipti. Ancak başlamış olan bir soruşturmanın devamı içinde itiraz mercii konumundaydı. Adli amirlerin yetkileri soruşturmanın her aşamasında son derece geniş olup, soruşturmaya yön verici nitelikteydi. Hazırlık ve ilk soruşturmanın açılması, davanın mahkemeye intikali, hazırlık ve ilk soruşturma sırasında tutuklama, arama, bilirkişi seçimi, tanık çağırma gibi işlemler bile adli amirin emriyle yapılırdı⁵⁴.

Hakimlik niteliğini taşımayan kimseye bu tür yetkilerin tanınması yargı fonksiyonunun bağımsız mahkemelerce yürütüleceğini belirten 1924 Anayasası' na da aykırıydı. Ancak o tarihte bir Anayasa Mahkemesi bulunmadığından bu aykırılığı ileri sürmenin hukuki bir yolu yoktu. Adli amirlik kurumu, 1961 Anayasası' nın 14. ve 7. Md.' siyle daha açık bir çelişkiye düşmekteydi. Bu nedenle 25.10.1963 tarihli ve

⁵² Ertosun, s. 57

⁵³ Köprü, s. 5

⁵⁴ Köprü, s. 6

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu' nun geçici 1. Md.' si ile adli amirlerin görev ve yetkileri kaldırılmıştır⁵⁵.

1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu ile oluşturulan alay askeri mahkemeleri, bir binbaşının başkanlığında kurulmuştu. Savcılık görevini bir adli subay yürütürdü. Her tümen, kolordu ve orduda gerektiği kadar askeri mahkeme kurulurdu. Tümen askeri mahkemeleri erden binbaşıya kadar, kolordu, ordu askeri mahkemeleri erden albaya kadar, Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi ise erden, mareşal' e kadar asker kişileri yargıladı. Askeri mahkemeler bir başkan, bir subay üye ile bir askeri hakim üyeden oluşurdu. Savcılık görevini adli amiri temsil eden bir askeri hakim yürütürdü⁵⁶.

1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu döneminde tutuklama yetkisi adli amire aitti. Halbuki adli amir tarafsız bir organ değildi. Gerçekten adli amir askeri yargıda davayı açan kimseydi ve bu sıfatla taraflardan biriydi. Taraflardan birine, diğer tarafı tutuklamak yetkisinin tanınması, usul esaslarıyla bağdaşmıyordu. O dönemde, tutuklamaya karşı en büyük teminat olan, tarafsız bir organın buna karar vermesi kuralı askeri yargılama usulünde yer almamıştı⁵⁷.

Ayrıca yine 1631 SK döneminde 124/2. Md.' ye göre, adli amir, irtikaptan, rüşvet alıp vermektan sanık olanlardan, kendisinin ve karısının servetlerine ve yaşayış biçimlerine ilişkin kaynakları gösteren bir beyanname isterdi. Bu emri yerine getirmeyen sanık tutuklanırdı. Bundan başka, irtikap, rüşvet, ihtilas, zimmet, vazifeyi suiistimal sureti ile kaçakçılık, resmi müzayede ve münakasalara fesat karıştırmaktan sanık olanlar hakkında, son soruşturma açılması kararı ile birlikte, tutuklama kararı verilir ve bunların duruşmaları her halde tutuklu olarak yapılırdı (1631 sayılı As.MUK 130/2. Md.). Ancak 1631 sayılı As.MUK' un 124/2 ve 130/2. Md' lerinde yer alan ve tutuklama zorunluluğunu gerektiren bu hükümlerin, tutuklamayı her durumda hakimnin takdirine bırakan Anayasa' mıza aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi' nde açılan dava üzerine bu iki madde iptal edilmişti⁵⁸.

⁵⁵ Erman, Askeri Ceza, s. 354

⁵⁶ Köprü, s. 7

⁵⁷ Erman, Askeri Ceza, s. 432

⁵⁸ Erman, Askeri Ceza, s. 430

1631 SK' nın 284. Md.' siyle Divan-ı Temyizi Askeri yürürlükten kaldırılmıştır. Askeri Temyiz Mahkemesi kurulmuştur. 22.05.1930 tarihli ve 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu on bir kez değişikliğe uğradıktan sonra, 25.10.1963 tarihinde 353 SK' nın 259 Md.' siyle yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁹.

Cumhuriyet döneminde askeri yargı alanında yürürlüğe giren en önemli kanunlardan biri de 22.05.1930 tarihinde kabul edilerek dört ay sonra yürürlüğe giren 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu' dur. Pek çok kez değişikliğe uğramakla birlikte halen yürürlükte bulunan bu kanun, 1898 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu esas alınarak ve özellikle 1928 tarihinde yeniden düzenlenen Fransız Askeri Ceza Kanunu' ndan faydalanılarak düzenlenmiştir⁶⁰.

1921 ve 1924 Anayasa' larında askeri yargıya yer verilmemişti. 1961 Anayasası' nda askeri yargı ve askeri yüksek yargı organlarına yer verilmesiyle askeri yargı anayasal bir kurum niteliğine kavuşmuştur. 1961 Anayasa' sının 138. Md.' sinde askeri yargının askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği belirtilmiştir. Böylece, 1961 Anayasası ile disiplin mahkemeleri askeri yargı sistemine katılmış oldu⁶¹.

1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu hükümlerine göre, askeri mahkemelerde çoğunluk hukukçu olmayan üyelerdeyken, 1961 Anayasası' nın 138. Md.' siyle çoğunluğun hukukçu üyelerden oluşması sağlanmıştır. 15.03.1973 tarih ve 1699 SK' yla 1961 Anayasası' nın 138/4. Md.' sinde yer alan "askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır" cümlesine "ancak savaş halinde bu şart aranmaz" hükmü eklenmiş, yine maddenin son fıkrasına "askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin refakatında buldukları komutanlarla ilişkileri" cümlesi eklenmiştir. 1973 değişikliği ile maddeye giren "ancak savaş halinde bu şart aranmaz" hükmü, Anayasa Mahkemesi' nin 15.04.1974 tarih ve 1973/19 E, 1975/83 K sayılı kararı ile hukuk devleti niteliğine ve cumhuriyetin değişmez kurallarına aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁶².

⁵⁹ Köprü, s. 7; 1631 Sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu Hakkında bkz. Rifat Taşkın, Askeri Muhakeme Usulü Kanunu, Ankara, 1935

⁶⁰ Köprü, s. 7

⁶¹ Şeref Gözübüyük, Açıklamalı Türk Anayasaları, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 53, 67, 131

⁶² AMKD, Sayı: 13, s. 54

1961 Anayasası' nın 141. Md.' siyle Askeri Yargıtay yüksek yargı organı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca Anayasa' nın 140. Md.' sine 20.09.1971 tarih ve 1488 SK' yla eklenen son fıkra ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulmuştur.

1961 Anayasası' nın 138 Md.' siyle getirilen yeni düzenleme karşısında 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu' nun bir çok düzenlemesi 1961 Anayasa' sının getirdiği ilkelere ters düşmüştür. Bu nedenle 25.10.1963 tarihinde halen yürürlükte olan 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usul Kanunu⁶³ kabul edilmiştir. Bu kanun ile askeri mahkemelerin kuruluşu 1961 Anayasası' na göre yeniden düzenlenmiş, askeri savcılık teşkilatı kurularak adli amirlerin yetkilerinin büyük çoğunluğu askeri savcılara verilmiştir.

1961 Anayasası' nın 138. Md.' sine uygun olarak, halen yürürlükte olan 16.06.1964 tarihli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanun (Dis.Mah.K.) kabul edilmiştir. Bunun dışında askeri hakim ve savcılarının statülerini düzenleyen 357 sayılı Askeri Hakimler ve Savcılar Kanunu 26.10.1963 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. 17.07.1972 tarihinde bu kanunun adı Askeri Hakimler Kanunu olarak değiştirilmiştir. Bu kanun pek çok değişiklik geçirmiş olup, halen yürürlüktedir.

13.05.1971 tarihinde 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu kabul edilmiş ve eski örfi idare kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. 1402 SK' yla getirilen hükümler arasında sıkıyönetim ilan edilen bölgelerde, sıkıyönetim askeri mahkemelerinin kurulabileceği yer almıştır. Sıkıyönetim askeri mahkemeleri, aslında normal bir askeri mahkeme niteliği taşırlar. İki askeri hakim ve bir subay üyeden meydana gelirler. Daha sonra 12.09.1980 tarihinden itibaren 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usul Kanunu' nda (As.MKYUK) yapılan değişikliklerle sanık sayısının 200' ü geçmesi halinde mahkeme heyetinin dört askeri hakim ve bir subay üyeden kurulu olması düzenlemesi yapılmış, bu mahkemelerde adli hakim ve savcı görevlendirilmesi olanağı sağlanmıştır. 1402 SK' da 1973' de ve 12.09.1980' den sonra günün şartlarına uygun olarak çeşitli değişikliklere uğramıştır⁶⁴.

⁶³ "As.MKYUK bir iktibas yasası olmayıp, CMUK' un belli başlı hükümleri ile askerlik hizmetlerinin gerekleri bir araya getirilip, çağdaş ceza muhakemesi kuralları da nispeten göz önünde bulundurularak yapılmış bir yasadır." ,Ahmet Kerse, 1961 Anayasasına Göre Gerekçeli Notlu Askeri Yargı Mevzuatı, Cilt: 1, İstanbul, 1964, s. 116

⁶⁴ Köprü, s. 10

1961 Anayasası' nın 138. Md.' si gibi, 1982 Anayasası' nın, "Askeri Yargı" başlığını taşıyan 145. Md.' sinde de, askeri yargının askeri mahkemeler ile disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği tekrarlanmakla birlikte, bu mahkemelerin kuruluşuna ilişkin hükümleri içermemekte ve gerek barış, gerek savaş ve gerek sıkıyönetim hallerinde, bu iki mahkemenin kuruluşunun "kanunla" düzenleneceğini belirtilmektedir⁶⁵.

1982 Anayasası' ndaki düzenlemede "askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır" hükmünün, 1961 Anayasası' ndan farklı olarak metinden çıkartılması doktrinde çok eleştirilmiştir. Erman' a göre, bu hükmün çıkartılması çok sakıncalı olmuştur. Çünkü bir kuruluş kanunu askeri mahkemeleri tamamen subay üyelerden kursa, artık Anayasa' ya aykırılık söz konusu olmayacaktır. İleride özel kanunlar yapılırken, bu husus göz önünde tutulmalıdır, çünkü mahkemelerin kuruluşu, hakimlerin tayin, nakil ve azilleri ile, bağımsızlık arasında çok büyük bir ilişki vardır ve çoğunluğu asker kişilerden oluşan bir askeri mahkeme, bağımsızlık açısından teminat vermekten uzaktır⁶⁶.

1961 Anayasası' nın 138. Md.' sinde "askeri hakimlerin refakatında buldukları" komutanlarla ilişkilerinin kanunla düzenleneceği belirtildiği halde, 1982 Anayasası' nın 145. Md.' sinde "askeri hakimlerin mahkemesinde görevli buldukları komutanlık" ile ilişkilerinden söz edilmektedir. Doktrinde, bir komutanın refakatında olmakla, o komutanlığın mahkemesinde görevli bulunmak arasında fark olduğu ve bu değişikliğin 1961 Anayasası' ndan önceki dönemlerdeki "adli amirlik" kurumunun yeniden yaratılmasına olanak verebileceği ileri sürülmüştür⁶⁷. 1982 Anayasası' nın, 156. Md.' sinde Askeri Yargıtay, 157. Md.' sinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi birer anayasal kurum olarak yerlerini korumuşlardır.

E. ASKERİ CEZA YARGI ORGANLARI

Askeri ceza yargı organları denilince akla ilk derece mahkemeleri olarak askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri ile yüksek dereceli bir mahkeme olan Askeri Yargıtay gelir.

⁶⁵ Erman, Askeri Ceza, s. 324

⁶⁶ Erman, Askeri Ceza, s. 324

⁶⁷ Erman, Askeri Ceza, s. 324

1. Disiplin Mahkemeleri

Anayasa' nın 145/1. Md.' sine göre disiplin mahkemeleri askeri yargı organı olarak düzenlenmiştir. Disiplin mahkemelerinin kuruluşu, yargılama usulü, görev ve yetkileri, bakacakları disiplin suçları, 16.06.1964 tarihli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanun (Dis.Mah.K.) ile düzenlenmiştir.

Dis.Mah.K' nın 1. Md.' sine göre, Disiplin mahkemesi; tugay ve daha büyük (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel ve Sahil Güvenlik Komutanlığında eşidi) kıt'a, karargâh ve askerî kurumlar ile Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı teşkilâtında kurulur. Sahil Güvenlik Komutanı' nın, Jandarma Genel Komutanı' nın, kuvvet komutanlarının ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı' nın göstereceği lüzum üzerine veya doğrudan doğruya Genelkurmay Başkanlığı' nca, diğer komutanlıklar, karargâhlar veya askerî kurum amirlikleri teşkilâtında da disiplin mahkemesi kurulabilir. Aynı garnizonda birden fazla disiplin mahkemesi kurulması gereken kıt'a komutanlığı, karargâh ve askerî kurum amirlikleri bulunursa, Genelkurmay Başkanlığı' nca yeteri kadar disiplin mahkemesi kurulması ile yetinilebilir.

Disiplin mahkemesi; biri başkan, ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında üyelere biri astsubaylardan seçilir. (Dis.Mah.K. Md. 2) Bu mahkemelerde görev yapan üyeler hakim değildir. Disiplin mahkemelerinin hakimlik sıfatı taşımayan üyelere oluşmasının Anayasa' ya aykırı olduğu iddiası, itiraz yolu ile bir disiplin mahkemesi tarafından, Anayasa Mahkemesi' ne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararında, disiplin mahkemelerinin Anayasa' da yer alan askerlik hizmetlerinin gereklerine uygun olduğu gerekçesi ile bu durumun Anayasa' ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁶⁸.

Başkan ve üyelerin en az bir yıl kıt' a veya askeri kurumlarda hizmet görmüş olmaları, taksirli suçlar dışında bir cürüm ile hükümlü bulunmamaları, sanığın astı olmamaları ve başkanın en az yüzbaşı rütbesinde bulunması şarttır. Başkan ve üyeler yargılama süresi içinde sanığın ve birbirlerinin en yakın amiri olamazlar (Dis.Mah.K. Md. 4).

⁶⁸ Any.Mah.' nin 28.06.1966 tarih ve 1963/132 E, 1966/29 K, Sayılı Kararı, AMKD, Sayı: 4, s. 145.

Disiplin mahkemelerinde iddia görevini disiplin subayları yerine getirir⁶⁹. Teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutanlıklar veya askeri kurum amirlikleri ile Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı'nda askeri savcılar ve adli müşavirler arasından atanmış bir disiplin subayı bulunur. Refakatında adli müşavir bulunan kıt'a komutanlığı ve askeri kurum amirliği teşkilatında kurulan disiplin mahkemelerinde, disiplin subaylığı görevi bu adli müşavir veya yardımcıları tarafından yapılır. Adli müşavir ve askeri savcılarının kanunda belirtilen nedenlerle görevlendirilmemesi halinde disiplin subaylığı görevini diğer bir sınıf subayı yapabilir. (Dis.Mah.K. Md. 6) Disiplin subayları teğmen ile binbaşı rütbesindeki subaylar arasında seçilir⁷⁰. Disiplin subayının en başta gelen görevi hazırlık soruşturmasını yürütmektir.

Disiplin mahkemeleri asker kişilerin bu kanunda yazılı olan disiplin suçlarına ait davalarına bakmakla görevlidirler. Disiplin mahkemelerinde hazırlık soruşturmasına başlamanın komutanın emrine bağlı olması, (Dis.Mah.K. Md. 14/2), hazırlık soruşturması sonucunda dava açılıp açılmamasına komutanın karar vermesi (Dis.Mah.K. Md. 15), disiplin mahkemelerinin komutanın emri ile toplanması, (Dis.Mah.K. Md. 17)⁷¹, kararlara karşı temyiz yolunun bulunmaması, itirazın ise hakimlerden oluşmayan üst disiplin mahkemesine yapılması (Dis.Mah.K. Md. 31), mahkeme üyelerinin hukukçu olmaması ve hakimlik teminatlarına sahip olmaması nedenleriyle bu mahkemelerin mahkeme olma niteliği üzerinde yoğun tartışmalar olmaktadır. Bu şartlar altında kurulan ve işleyen disiplin mahkemelerinin, bünyeleri gereği, Anayasa' nın 145/4. Md.' sinde ifadesini bulan "askeri yargı organlarının kuruluşu..., mahkemelerin bağımsızlığı..., gereklerine göre kanunla düzenlenir" prensiplerine aykırı olduğu söylenebilir⁷².

Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında oy çokluğu ile, Anayasa' da askeri yargı yerlerinin, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri olarak gösterilmesi, mahkeme kavramının değişik anlamlarda kullanılmış olmasının düşünülmemeyeceği, 1961 Anayasa' sının 138/4. Md.' sindeki "askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır" kuralının sadece "askeri mahkemeleri" kapsadığı, bu düzenlemenin kurulan disiplin mahkemelerini kapsam

⁶⁹ Muzaffer Yasin Aslan, Askeri Yargıda Savcılık, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, s. 88

⁷⁰ Disiplin subaylarının niteliği, görev ve yetkisine yönelik ayrıntılı bilgi için Bkz. Aslan, s. 87-90

⁷¹ Bu madde Anayasa' ya aykırı bulunmamıştır, Bkz. Any.Mah.' nin 04.06.1970/6-29 gün ve EK, AMKD, Sayı: 8, s. 288

⁷² Erman, Askeri Ceza, s. 344

dışı tuttuğundan kuşku bulunmaması gerekçeleriyle disiplin mahkemelerini bir davaya bakmakla görevli olan mahkeme saymıştır⁷³.

Kanımca AİHM' nin mahkeme konusundaki kriterleri arasında hukukçu olmasa bile, bir mahkemenin üyelerinin yürütmeden bağımsızlığını aradığı gerçeği karşısında, disiplin mahkemeleri konusunda bu konuya değinilerek yapılacak bir başvurunun Türkiye' yi güç durumda bırakabileceği göz ardı edilmemelidir.

2. Askeri Mahkemeler

Askeri mahkemeler, kolordu, ordu (deniz ve havada eşiti olan birliklerde) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı' nın teşkilatında, Milli Savunma Bakanlığı' nca kurulmaktadır. Kuvvet komutanlıklarının teklifi veya Genelkurmay Başkanlığı' nın doğrudan doğruya göstereceği lüzum üzerine bir komutanlık veya kurum teşkilatında da, Milli Savunma Bakanlığı' nca askeri mahkeme kurulabileceği gibi aynı yolla kaldırılabilir. İdarenin elindeki bu olanakla, sonuç elde edemediği yerdeki askeri mahkemeyi kaldırarak, askeri hakimi görev yerinden uzaklaştırabileceği⁷⁴ ve bu şekilde askeri hakimler üzerinde baskı oluşturabileceği⁷⁵ belirtilerek, bu düzenleme eleştirilmiştir. Bizce de, idarenin sahip olduğu bu yetki, kötüye kullanıma açık olması ve askeri hakimler üzerindeki olası etkileri nedeniyle kaldırılmalıdır.

Öte yandan askeri mahkeme, teşkilatında kurulduğu komutanlık veya kurumun ismiyle isimlendirilir⁷⁶. Ancak, askeri mahkeme tek isim altında bulunmakla birlikte, askeri mahkemede bulunan hakim sayısı kadar tek hakimden oluşan askeri mahkeme ve askeri hakimlerle oluşturulabilecek kombinasyon sayısı kadar da kurul halinde yargılama yapan askeri mahkeme mevcuttur. Teorik olarak tek hakimli askeri mahkeme ile kurul halinde yargılama yapan askeri mahkeme arasında görev uyumsuzluğu söz konusu olabilmekte ise de, uygulamada bu tür bir görev uyumsuzluğuna pek rastlanmamaktadır.

⁷³ Any.Mah., 04.06.1970/ 6-29 gün ve EK, AMKD, Sayı: 8, s. 288, Any.Mah., 26.01.1978 gün ve 1977/132 E, 1978/6 K, AMKD, Sayı: 16, s. 13

⁷⁴ Kardaş, s. 48

⁷⁵ Centel, s. 25

⁷⁶ Örneğin, Kara Kuvvetleri Komutanlığı Teşkilatında Kurulan Askeri Mahkeme, "Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi" Olarak isimlendirilir.

1961 Anayasası'yla, askeri mahkeme kurulunda görev yapanların çoğunluğunun hakim olması şartı getirilmiştir. Bu düzenleme zamanında çıkarılan 353 sayılı Kanun ile, askeri mahkemelerin iki askeri hakim ve bir subay üyeden kurulması uygulaması getirilmiştir. Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi, general ve amiralleri yargıladığı zaman⁷⁷, üç askeri hakim ve iki general veya amiralden oluşur. 1981 yılında 2376 sayılı Kanun ile 353 sayılı Kanun' a eklenen ek birinci madde ile askeri mahkemelerin hakim sınıfından bir üyesinin, subay ve astsubaylar dışında kalan kişiler tarafından işlenen bazı suçlar bakımından tek hakimle yargılama yapacağı hükmü kanuna konulmuştur⁷⁸.

1982 Anayasası ile askeri mahkemelerin kuruluşunun kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa' da yer alan bu düzenleme karşısında, askeri mahkemelerin kuruluşunda görev yapanların çoğunluğunun hakimlik mesleğine sahip olmasının aranmayacağı belirtilerek, bu durumun askeri yargıyı zayıflatacağı belirtilmiştir⁷⁹. Halbuki, söz konusu anayasal düzenleme asgari şartı tespit etmekle, askeri mahkeme kurulunda görev yapanların tamamının hakim olabilmesi olanağını yok etmemiştir⁸⁰. Kanımca, Anayasa' daki düzenlemeyi, yine Anayasa' da yer alan diğer hükümler ışığında değerlendirmek gerekli olup, bu durumda da askeri mahkeme kurulundaki subay üyenin görev yapmasının Anayasal dayanağı kalmamıştır.

3. Askeri Yargıtay

Anayasa' nın 156. Md.' si ile Askeri Yargıtay yüksek mahkeme olarak düzenlenmiştir. Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

⁷⁷ General ve Amiralleri yargılamaya Genelkurmay Askeri Mahkemesi yetkili ve görevlidir (As.MKYUK Md. 15)

⁷⁸ Subay ve astsubayların işledikleri tüm suçlar bakımından, askeri mahkemelerde kurul halinde yargılama yapılır. Diğer sanıklar için ise, kanunda yer alan suçlardan yargılanma durumuna göre, askeri mahkeme tek askeri hakimden oluşabilmektedir (As.MKYUK 19. Md.).

⁷⁹ Kardaş, s. 44

⁸⁰ Çetin Özek, Türk Askeri Muhakemesi Hukukunda Son değişimler, İHFM, Cilt: 30, Sayı: 1-2, İstanbul, 1964, s. 55

Askeri Yargıtay üyeleri en az yarbay rütbesinde birinci sınıf askeri hakimler arasından, Askeri Yargıtay genel kurulunun ve tam sayının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için göstereceği üçer aday içinden cumhurbaşkanınca seçilir.

Askeri Yargıtay' ın kuruluşu, işleyişi, mensuplarının disiplin ve özlük işleri, 2563 SK' yla değişik 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu ile düzenlenmiştir. 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu' nun 16. Md.' si uyarınca askeri mahkemelerden verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararları son yargı yeri olarak inceleyip karara bağlamak, askeri yargıda kanun hükümlerinin ve hukuk kurallarının uygulanmasında birliği sağlamak, gerektiğinde kurulları arasında verilen farklı içtihatları birleştirmek ve Askeri Yargıtay Başkanı' nın, Başsavcısı' nın, İkinci Başkanı' nın, daire başkanlarının ve üyelerinin askeri yargıya tabi şahsi suçlarına ilişkin ceza davalarına ve kamu davası ile birlikte bu suçlardan doğan istirdat ve tazminat davalarına ilk ve son derece yargı yeri olarak bakmakla görevlidir⁸¹.

Doktrinde yüksek mahkemelerin sivil ve askeri olarak ayrılmasının ayrı ve aykırı içtihatların var olmasına neden olacağı yönünde eleştiriler mevcuttur⁸². Kanımca da ilk derecedeki mahkemelerin farklı bünyelerde kurulmasında ciddi bir sakınca olmamakla birlikte, askeri mahkemelerin adli ceza mahkemeleri ile aynı tipte eylemleri yargılayabilmeleri gerçeği karşısında aynı tipte eylemleri gerçekleştiren sivil bir vatandaşla, asker kişi arasında yapılacak bir yargılama sonucunda farklı sonuçlara ulaşmak olasılığı doğmaktadır.

F. ASKERİ CEZA MUHALEMESİNİN GÖREV ALANI

Askeri ceza muhakemesinin görev alanı başlığı altında askeri mahkemelerin görev alanını inceleyeceğiz. Çünkü zaten disiplin mahkemelerinin görev alanında farklı durumlara göre değişiklik olmamaktadır. Askeri mahkemelerin görev alanı barış, sıkıyönetim ve savaş halinde farklılıklar göstermektedir. Her üç durumu ayrı ayrı inceleyeceğiz.

⁸¹ Derya Yaman ve Murat Yaman, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Askeri Yargıtay Işığında Askeri Yargı ve Adli Yargı Arasında Görev Sorunları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 47

⁸² Ahmet Kerse, Askeri Yargı, Türk Hukuk Ansiklopedisi, Cilt: 2, Ankara, 1962, s. 1420

1. Barış Hali

As.MKYUK' un 9. Md.' sinde, "askeri mahkemeler kanunda aksi yazılmadıkça asker kişilerin; askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde, yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler" hükmü yer almaktadır. Bu madde Anayasa' nın 145. Md.' sine paralel olarak düzenlenmiştir.

Maddede söz konusu olan asker kişi, askeri suç, askeri mahal gibi kavramların açıklanması gerekli olup, sırasıyla alt paragraflarda açıklanmıştır.

Asker kişilerin kim olduğu As.MKYUK' un 10. Md.' sinde ayrıntılı biçimde açıklanmıştır. Buna göre muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askeri öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler, yedek askerler (Askeri hizmette buldukları sürece), Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel, askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanunu' na tabi bulunan işçiler ve rızası ile Türk Silahlı Kuvvetleri' ne katılanlar asker kişi sayılırlar.

Türkiye Büyük Millet Meclisi' nin 243 sayılı yorum kararına göre askeri suç ise; Askeri Ceza Kanunu' nda yazılı suçlarla, bu kanunun atıf suretiyle cezalandırdığı suçlardır⁸³. Anayasa Mahkemesi' de askeri suç tanımını benzer bir şekilde yapmıştır⁸⁴. Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre ise askeri suç; unsurlarının ve cezalarının tamamı Askeri Ceza Kanunu' nda yazılı olan, bir diğer deyim ile Askeri Ceza Kanunu dışında hiçbir ceza kanunu ile cezalandırılmayan suçlar, unsurları kısmen Askeri Ceza Kanunu' nda, kısmen diğer kanunlarda gösterilen suçlar, TCK' ya yollama suretiyle askeri suç haline getirilen suçlar olmak üzere üç grupta değerlendirilen suçlardır⁸⁵.

⁸³ RG: 03.05.1945

⁸⁴ Any.Mah., 14.02.1978/13013günveEK., <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1978/K1978-13.HTM>, Erişim Tarihi: 08.07.2007

⁸⁵ (As.Yrg.İçt.Brl.Krl., 20.06.1975/ 6-4 gün ve EK), Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 1997, Sayı: 11, s. 275; (Uyş.Mah., 18.06.1999/ 18-18 gün ve EK), Askeri Adalet Dergisi, Sayı: 107, Ankara, 2000, s. 128

Askeri suçları, sırf askeri suç ve askeri suç benzerleri şeklinde iki kategoriye ayırmak mümkündür⁸⁶. Sırf askeri suç; bir asker kişi tarafından askeri bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de, bu sifata sahip olmayan kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve genel ceza kanununda ne kısmen ve ne de tamamen öngörülmeyen askeri suçlardır. Askeri suç benzerleri ise; Asker olmayan kimseler tarafından da işlenmesi mümkün olup, askeri çıkarları korumak amacını güden, bütün veya bir kısım unsurları ile genel ceza kanununda öngörülen ve askeri ceza kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanı içine alınan suçlardır⁸⁷.

Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu' nun bir kararında; sırf askeri suç kavramının yasal bir tanımının bulunmadığı, bu boşluğun yargı karlarıyla çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁸. Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu' nun ikinci bir kararıyla, bu kez sırf askeri suç kavramının ne olduğu belirlenmiş, tanımı yapılmamakla birlikte çerçevesi çizilmiştir⁸⁹. Bu kararda açıklandığı gibi, sırf askeri suçları belirlerken, failin statüsü, suçun unsurlarının yalnızca Askeri Ceza Kanunu' nda yer alması, unsurlarının tamamı ya da bir kısmı TCK' da yer alan suçların, yurt savunması ve sanatını öğrenmek ve yapmak görevine doğrudan doğruya etken olan askeri itaat ve inkıyatla ilişkisinin ölçü alınması gerekmektedir. Bu durumda, bir suçun sırf askeri suç olarak kabulü için ortak unsur, söz konusu suçun asli maddi failinin yalnızca asker olabilmesidir. Eğer sadece asker kişiler tarafından işlenebilen bir suçun unsurları yalnızca As.CK' da yer almışsa ya da unsurlarının tamamı ya da bir kısmı TCK' da yer almakla beraber askeri itaat ve inkıyatla ilişkili bir suç ise, o suçun sırf askeri suç olduğu söylenebilir. Eğer suç asker olmayan kişilerce işlenebilen bir suç ise , o suçun sırf askeri suç olduğu söylenemez. Askeri Yargıtay içtihatları da bu yöndedir⁹⁰.

Askeri mahal ise, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu' nun 51. Md' sinde belirtilen yerlerdir. Bunlar ise, askerlerin barındığı ve hizmet gördüğü kışla, karargah ve askeri kurumlar ile deniz kuvvetleri teşkilatında bulunan gemiler gibi askeri

⁸⁶ Bu ayırım TCK 50, 51 ve As.CK' nın 47. Md.' sindeki seçenek yaptırıma çevirme ve erteleme hükümlerinin uygulanması açısından önemlidir.

⁸⁷ Erman, Askeri Ceza, s. 151, Ör; As.CK 131, 140, 144, 146, 135, 56, 55, 63, 81, 79, 95. Md.'leri

⁸⁸ (As.Yrg.İçt.BrI.Krl., 11.06.1975/ 5-2 gün ve EK), (Askeri Yargıtay Kütüphanesinden)

⁸⁹ (As.Yrg.İçt.BrI.Krl., 20.06.1975/ 6-4 gün ve EK), Askeri Adalet Dergisi, Sayı: 11, Ankara, 1997, s. 275

⁹⁰ (As.Yrg.Drl.Krl., 27.06.1996/ 105-104 gün ve EK), (Askeri Yargıtay Kütüphanesinden)

tesislerdir. Aynı Kanun' da, orduevleri, askeri gazinolar ve kışla gazinolarının askeri bina oldukları, askeri mahal vasıf ve özelliklerine sahip oldukları açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca askeri mahkemeler kural olarak barışta sivilleri yargılamazlarsa da, 353 sayılı As.MKYUK' un 12. Md.' sine göre asker ve sivil kişiler Askeri Ceza Kanunu' nda yazılı bir suçu müştereken işlerlerse sanıkları yargılamak görevi askeri mahkemeye aittir.

2. Sıkıyönetim Hali

Anayasa' nın 122. Md.' sinde hangi durumlarda sıkıyönetim ilan edileceği belirtilmiştir. Buna göre; Anayasa' nın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması nedeniyle, cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu, milli güvenlik kurulunun da görüşünü aldıktan sonra, süresi altı ayı aşmamak üzere yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde sıkıyönetim ilan edebilir.

Yine Anayasa' nın 122. Md.' sinde sıkıyönetim işlemlerinin nasıl yürütüleceği, özgürlüklerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağını kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. İşte Anayasa' nın sözünü ettiği kanun 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu' dur. Sıkıyönetim halinde askeri mahkemelerin kurulacağı ve bu mahkemelerde yargılanacak kişi ve suçlar Sıkıyönetim Kanunu' nda düzenlenmiştir. Sıkıyönetim halinde kurulacak sıkıyönetim askeri mahkemelerinin görevli olduğu suçlar Kanun' un 15. Md.' sinde belirtilmiştir⁹¹. 765 sayılı TCK' nın yürürlükten kaldırılması

⁹¹ Madde 15 – (Değişik: 15/5/1973 - 1728/1 Md.)

(Değişik: 19/9/1980 - 2301/8 Md.) Sıkıyönetim ilan edilen yerlerde aşağıdaki suçları sıkıyönetim ilanına ve faaliyetlerine ilişkin olarak işleyenler ve bunların suçlarına iştirak edenler bu Kanunun 21 inci madde hükümleri saklı kalmak şartıyla, sıfat, meslek ve memuriyetleri ne olursa olsun Sıkıyönetim Komutanı nezdindeki askeri mahkemelerde yargılanırlar.

a) Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci babının birinci, ikinci ve dördüncü fasıllarında yazılı Devletin kişiliğine karşı işlenen suçlar;
b) Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının beşinci babının birinci ve ikinci faslında yazılı suç işlemeye tahrik ve cürüm ikai için cemiyet kurmak suçları;
c) Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının altıncı babının ikinci faslında yazılı Devlete ait mühür, damga ve sair alametlerin taklidi hakkındaki suçlar;

nedeniyle Sıkıyönetim Kanunu' nda belirtilen suçların 5237 sayılı TCK' daki karşılıklarının uygulanması gündeme gelecektir (5252 SK. Md.3).

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu' nun 11. Md.' sine göre, beş yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin davalara sıkıyönetim askeri mahkemesinin hakim üyelerinden biri tarafından bakılır ve hükmolunabilecek cezanın kanuni artırım nedenleri göz önünde bulundurulduğunda beş yılı geçme olasılığı bulunduğu davaya heyetçe bakılır⁹². Dolayısıyla sıkıyönetim halinde 353 sayılı As.MKYUK' un 19. Md.' si gereğince tutuklama duruşmasında askeri mahkemenin tek hakimle mi, yoksa kurulla mı kurulacağını belirleyecek olan, ceza miktarının beş yılı geçip geçmemesi olacaktır.

d) Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının yedinci babında yazılı kamunun selameti aleyhine işlenen suçlar;

e) Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının onuncu babının ikinci faslında yazılı yağma, yol kesme, adam kaldırma suçları;

f) (Değişik : 19/9/1980 - 2301/8 Md.) Türk Ceza Kanununun 179, 180, 188, 191, 192, 201, 228, 234, 235, 236, 241, 242, 248, 249, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 264, 266, 268, 271, 296, 448, 449, 450, 451, 452, 516, (takibi şikayete bağlı olan fıkraları hariç), 517, 536 ve 537'nci maddelerinde yazılı suçlar ile; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanunda yazılı suçlar;

g) Türk Ceza Kanununun 390 ve 391 inci maddelerinde yazılı suçlar ile haberleşmeyi sağlayan Posta, Telgraf, Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğüne veya Türk Silahlı Kuvvetlerine ait her türlü araç, gereç, tesis ve tellerine karşı işlenen hırsızlık suçları;

h) Askeri Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59 uncu maddelerinde yazılı suçlar;

i) Askeri Ceza Kanununun 75, 93, 95 ve 96 ncı maddeleri ile 148 inci maddesinin ikinci fıkrasında ve 160 inci maddelerinde yazılı suçlar;

j) Takibi şikayete bağlı olmayan veya şahsi dava yoluyla takibi gerekli bulunmayan basın yoluyla işlenmiş suçlar;

4738

k) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti hakkında Kanuna muhalefetten doğan suçlar;

l) Derneklerin, sendikaların ve mesleki kuruluşların kanunlarında mevcut kapatılmalarıyla ilgili davalar.

(648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu' nun siyasi partilerin kapatılmasıyla ilgili hükümleri saklıdır.)

(Değişik : 19/9/1980 - 2301/8 Md.) Yukarıda yazılı suçlara el koyan yetkili merciler, bu suçlara ait hazırlık soruşturması evrakını vakit geçirmeden Sıkıyönetim Komutanına göndermekle yükümlüdürler. Sıkıyönetim Komutanı kendisine gönderilen evrakı Sıkıyönetim Komutanlığı nezdindeki askeri savcılığa işlem yapılmak üzere gönderir.

(Değişik : 19/9/1980 - 2301/8 Md.) Ancak, Sıkıyönetim Komutanı bu suçlardan Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinde bakılmasına lüzum görmediklerini ilgili adli mercilere vermeye yetkilidir.

(Ek : 19/9/1980 - 2301/8 Md.) Sıkıyönetim Komutanının suç dosyasını gönderdiği Cumhuriyet Savcıları, askeri savcılar ile mahkemeler görevsizlik ve yetkisizlik kararı veremezler. Bu şekilde gönderilen suç dosyaları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır.

(Ek : 19/9/1980 - 2301/8 Md.; Değişik : 3/5/1985 - 3195/1 Md.) Sıkıyönetim komutanı bu Kanunda yazılı suçlardan sanık kişileri sıkıyönetim komutanlığı nezdindeki askeri mahkemeye sevk ve tutuklanmaları gerekip gerekmediği hakkında bir karar alınıncaya kadar gözetim altında tutabilir. Bu süre 15 günden fazla olamaz. Ancak, delillerin araştırılıp tespitinin uzun süre alması sebebiyle sanıkların 15 gün içinde hakim önüne çıkarılmalarına imkan bulunmaması halinde sanıklar soruşturmanın bitiminde ve herhalde 30 gün içinde yetkili hakim önüne çıkarılırlar. Gözetim altında bulunanlar ilk 15 gün sonunda hakim önüne çıkarılmadıkları takdirde sıkıyönetim komutanı bu kişilerin durumunu bu süre sonunda inceler ve hakim önüne çıkarılıp çıkarılmamaları konusunda karar verir. Aynı kişi için aynı suç isnadı sebebiyle yeni deliller çıkması gibi haklı bir sebep yok iken bu yetki bir defadan fazla kullanılamaz.

⁹² Hulusi Özbakan ve Hasan Çelikkale, Sıkıyönetim Davaları ile İlgili Askeri Yargıtay Kararları ve Alakalı Mevzuat, Ankara, 1982, s. 12

3. Savaş Hali

353 sayılı As.MKYUK' un 14. Md.' sinde askeri mahkemelerin savaş halinde hangi suçları yargılayacakları belirtilmiştir. Buna göre, asker kişilerin işledikleri suçlara ait bütün davalar, asker kişilerle müştereken suç işleyen sivil kişilere ait davalar, muharip Türk Silahlı Kuvvetleri teşkilatında bulunmalarına izin verilmiş olan yabancı askerlerin işledikleri suçlara ait bütün davalar, savaşta esir edilenlerin işledikleri suçlara ait bütün davalar, adliye mahkemelerinin bulunmadığı savaş bölgelerinde işlenmiş suçlara ait bütün davalar, bir hizmet veya sözleşme ve yüklenme veya her hangi bir sebep ve suretle muharip Türk Silahlı Kuvvetleri teşkilatında bulunan veya Türk Silahlı Kuvvetlerini takip eden kişiler ile Türk Silahlı Kuvvetleri teşkilatında bulunmasına izin verilmiş olan yabancı askerlerin yanlarında bulunan kişiler tarafından işlenen Askeri Ceza Kanunu' nda yazılı askeri suçlara ait davalar, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu' nun 55, 56, 57,58, 59, 63, 64, 75, 78, 80, 81, 93, 94, 95, 100, 101, 102, 124, 125 ve 127. Md.' lerinde yazılı suçlara ait davalar, ilan olunan hareket bölgesinde, birinci derece askeri yasak bölgeler içinde veya nöbet yerlerinde karakollarda kışla ve karargahlarda, askeri kurumlarda, yerleşme ve konaklama amacıyla kullanılan bina ve mahaller içinde askerlere karşı işlenen 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun 86, 106, 108, 113, 125 ve 265. Md.' lerinde yazılı suçlara ait davalar, nöbet, devriye, karakol, inzibat, askeri trafik, kolluk veya kurtarma ve yardım görevi yapan askerlere karşı bu görevleri yaptıkları sırada işlenen (H) bendinde yazılı suçlara ait davaları yargılamak görevi askeri mahkemelere aittir.

AİHS' nin 15. Md.' sinde olağanüstü hallerde, adil yargılamaya ilişkin 6. Md.' de askıya alınabilecek hükümler arasında düzenlendiğinden, kanımca sivillerin savaş durumunda askeri mahkemelerde yargılanması AİHS' ni ihlal etmez. Ayrıca gerek savaş durumunda, gerekse savaşa varmayan silahlı çatışma ve hatta direnme görülmeyen durumlarda bir devlet ülkesinin başka bir devletçe işgal edilmesi, o işgal edilen ülkede işgal rejiminin uygulanmasını gerektirmektedir. İşgal rejiminin temel ilkesi, denetim altına alınan ülkenin tümü işgal altında bulunsa bile, işgal devletinin ülkesini oluşturumamasıdır. İşgal edilen ülkede de mahkemeler kural olarak görevlerini sürdürmektedir. Ancak 1949 Cenevre Sivillerin Korunması Sözleşmesi'

nin 64-77. Md.' leri uyarınca işgalci devlet ceza kanunları çıkarma ve ülkede kendi askeri mahkemelerini kurma yetkisine de sahip olmaktadır⁹³.

II. ASKERİ CEZA MUHALEMESİNDE TUTUKLAMA

A. GENEL OLARAK

Askeri ceza muhakemesinde iddia, savunma ve yargı faaliyetini düzenleyen kanun 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu' dur (As.MKYUK). Bu Kanun 25.10.1963 tarihli olup, CMK' daki değişikliklere paralel olarak 05.07.2006 tarihinde 26219 sayılı RG' de yayınlanan 5530 SK' yla büyük oranda değiştirilmiştir. Kanun değiştirilmeden önceki dönemde 353 sayılı As.MKYUK' un mülga CMUK karşısında özel mi, yoksa genel mi bir kanun olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktaydı. Hakim olan görüş, As.MKYUK' la mülga CMUK arasında özel-genel kanun ilişkisinin bulunmadığıydı⁹⁴. Ancak kanımca 5530 sayılı Kanun ile As.MKYUK' a eklenen ek madde 1 ile bu tartışmalar sona ermiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre CMK' nın bazı maddeleri hariç olmak üzere As.MKYUK' da aksine hüküm bulunmaması halinde CMK' nın düzenlemeleri As.MKYUK için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla artık As.MKYUK' un CMK karşısında özel bir kanun olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Çalışmamızın bu bölümünde CMK' nın, As.MKYUK' da özel hüküm bulunmaması halinde askeri ceza muhakemesinde de tamamen uygulanabilir hale gelmesinden hareketle, çalışmamızın ikinci bölümünde belirtilen konuların tekrarından kaçınılarak, sadece askeri ceza muhakemesine özgü olan düzenlemelerden söz edilmiş, bazı başlıklar altında da CMK' daki hükümlerin uygulanmasına veya uygulanmamasına rağmen, uygulamada duraksama doğurabilecek işlemler ve görüşlerimiz aktarılmaya çalışılmıştır.

B. ASKERİ CEZA MUHALEMESİNDE TUTUKLAMA NEDENLERİ

Askeri ceza muhakemesinde tutuklama nedenleri As.MKYUK' un 71. Md.' sinde gösterilmiştir. Buna göre kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların

⁹³ Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 558

⁹⁴ Öztürk ve Erdem, s. 845

bulunması durumunda, CMK' da belirtilen tutuklama nedenlerinden birinin de varlığı veya askeri disiplinin korunması amacıyla şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. Burada CMK' nın 100. Md.' sinde belirtilen işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiriyle ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemeyeceğine dair düzenlemenin askeri ceza muhakemesinde uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu ortaya çıkabilirse de, As.MKYUK' un ek 1. Md.' sinde, bu Kanun' da hüküm bulunmayan hallerde CMK' nın uygulanacağı ve CMK' nın As.MKYUK' da uygulama alanı bulamayacak düzenlemeleri arasında bu konu da sayılmadığından, askeri ceza muhakemesinde de orantılılık ilkesi gereğince işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiriyle ölçülülük olmaması halinde tutuklama kararı verilemeyeceği düşüncesindeyiz. Ancak tutuklama yasağı başlığı altında inceleyeceğimiz gibi, sırf askeri suçlarda bu konuda istisna söz konusu olabilecektir.

As.MKYUK' dan önce yürürlükte bulunan mülga 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu' nun 105. Md.' sinde "salıverildiği halde yeniden suç yapacağına delalet eder sebepler varsa" düzenlemesi Anayasa' ya aykırı bulunduğundan Anayasa Mahkemesi' nin 26.06.1963/ 197-166 gün ve EK sayılı kararıyla iptal edilmişti⁹⁵. Bugün artık askeri ceza muhakemesinde sadece CMK' daki nedenlere ilave olarak askeri disiplinin korunması amacıyla tutuklama olanağı vardır.

1. CMK' da Belirtilen Tutuklama Nedenlerinin Varlığı

As.MKYUK' un 71. Md.' sinde CMK' da belirtilen tutuklama nedenlerinden birinin varlığı durumu tutuklama nedeni olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla CMK' nın 100. Md.' sinde belirtilen kaçma şüphesiyle, delilleri karartma ve tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimi şeklinde ortaya çıkabilen şüpheli veya sanık davranışları askeri ceza muhakemesinde de tutuklama nedeni olacaktır. Ayrıca yine CMK' nın 100/3. Md.' sinde belirtilen katalogdaki suçların işlenmesi halinde bir tutuklama nedeni varsayılabilecektir. CMK' da belirtilen tutuklama nedenleri çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak incelendiği için aynı konuları tekrarlamaktan kaçınıyoruz. Ancak As.MKYUK, CMK gibi bazı katalog suçlarda

⁹⁵ Enis Coşkun, Açıklamalı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, Ararat Yayınları, Ankara, 1972, s. 131

tutuklama nedeni varsayılabileceğine ilişkin As.CK' da yazılı bazı suçlar bakımından tutuklama nedeni öngörmemiştir. As.CK' da da, 353 SK ek 1. Md. gereğince yollamada bulunulan CMK 100/3. Md.' sindeki katalog suçlar gibi ağır nitelikli suçlar bulunmaktadır. Örneğin; As.CK' nın 131. Md.' sinde özel nitelikli zimmet, askeri eşyayı çalmak gibi suçlara yer verilmiş olup, zimmet suçunu işleyen asker kişiler TCK' daki zimmet suçundan değil, As.CK' daki zimmet suçundan yargılanmaktadırlar. Ayrıca As.CK 91. Md.' sinde üste fiilen taarruz suçu düzenlenmekte olup, yine bu maddede taarruzun silahla ya da üstün vücudunda tahribata yol açan şekli ile ölüme yol açan nitelikli şekilleri de düzenlenmiştir. Ayrıca yine As.CK' da sırf askeri suç niteliğinde olup, özellikle savaş halinde çok ağır şekilde cezalandırılan bir çok suç bulunmaktadır. As.MKYUK' da bu suçların işlenmesi halinde tutuklama nedeninin varsayılabileceğine dair bir katalog oluşturulmamıştır. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz askeri disiplinin korunması nedeniyle de tutuklama olanağı sağlayan As.MKYUK' un ayrıca katalog suçlara yer vermemesinin çok büyük bir eksiklik olduğunu düşünmemekteyiz. Çünkü sözü edilen suçlar aynı zamanda askeri disiplini sarsan suçlar olduğundan farklı bir nedenle de tutuklama kararı verilebilecektir.

2. Askeri Disiplinin Korunması

As.MKYUK' un 71. Md.' sinde askeri disiplinin korunması da bir tutuklama nedeni olarak öngörülmüştür. Öncelikle askeri disiplin kavramından ne anlaşılması gerektiğini inceleyecek, daha sonra tutuklama nedeni olarak askeri disiplinin korunması kavramını açıklayacağız.

a. Askeri Disiplin Kavramı

Bütün ulusların tarihinde disiplinli ilk topluluk, disiplinin kesinlikle korunmasında varlık nedenini bulan ilk örgüt silahlı kuvvetler olmuştur⁹⁶. Silahlı kuvvetler, dış düşmana ya da iç karışıklık halinde iç düşmana karşı devleti korumakla görevli, devlet içinde örgütlü sosyal bir gruptur. Silahlı kuvvetler, bünyesinde görev yapanların yaşamları pahasına bu görevini yapmak

⁹⁶ Gilisen, s. 72

zorunluluğundadır⁹⁷. Böylesine zorlu bir görevi üstlenen ordunun ülkenin ve devletin devamlılığını sağlayabilmesi için güçlü olması gereklidir.

Diğer taraftan, silahlı kuvvetlerin ne kadar güçlü olduğu, disiplinin ne denli sağlam olduğuna bağlıdır. Disiplin, ordunun bütün ruhu olarak tanımlanarak, bu durum Moltke tarafından “yukarıdan aşağıya otorite, aşağıdan yukarıya itaat” şeklinde belirtilmiştir⁹⁸. Disiplin, askerliğin temeli olarak kabul edilmiştir. Orduda disiplin, askeri kanunlarla bunlara aykırı olmayan nizam ve emirlere uyma niteliği olarak tanımlanmıştır⁹⁹. Belirtmek gerekir ki, silahlı kuvvetlerin yapısını ve işleyişini düzenleyen mevzuat, diğer kurumların yapısını düzenleyen mevzuata oranla son derece serttir. Askeri yargının varlık amacının da, silahlı kuvvetlerin hizmet gereklerini yerine getirebilmesi olduğu belirtilmiştir¹⁰⁰.

Disiplin, ortak bir inançtır. Düşüncelerden, duygulardan, alışkanlıklardan seçilmiş, bir araya toplanmış ve ortak bir inanç olarak kabul edilmiş bulunan kurallar disiplini doğurur. Bu şekilde oluşan disiplin, orduların düşmanlarını yenebilmelerini ve bunun için gerektiğinde personelin yaşamlarını feda edebilmelerine yönelik istek, şevk ve yeteneğini doğurur ve geliştirir¹⁰¹.

Yukarıda disiplinin silahlı kuvvetler için ne denli gerekli olduğunu vurguladıktan sonra, disiplinin tanımının yapılması zorunluluğu vardır. Çünkü askeri disipline uymayan hareketlere karşı da disiplinin korunması gerekir¹⁰².

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’ nun 13. Md.’ sinde disiplin; “kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet etmek” şeklinde tanımlanmıştır. Disiplin kelimesi, Fransızca “discipline” kökeninden gelmekte olup, sözlük anlamı olarak, sıkı düzen, kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünüdür¹⁰³.

⁹⁷ Erman, Askeri Ceza, s. 2

⁹⁸ Rifat Taşkın, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, Harp Okulu Basımevi, Ankara, 1946, s. 6

⁹⁹ Orhan R. İzgü, Orduda Disiplin, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 15, Sayı: 57, Ankara, 1971, s. 20

¹⁰⁰ Eduardo No-Louis Magalhaes, İspanya Askeri Yargısı, Askeri Yargıtay’ ın 80’ nci Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1994, s. 61

¹⁰¹ Ramazan Yıldırım, Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış, AYİM Dergisi, Sayı: 14, Ankara, 2000, s. 82

¹⁰² Taşkın, Askeri Ceza, s. 6

¹⁰³ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, Erişim Tarihi: 08.07.2007

AİHM, 08.06.1976 tarihli Engel ve diğerleri/ Hollanda kararında AİHS' nin kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin 5. Md.' sinin askerlik hizmetinin yerine getirilmesinde veya özel statü ilişkisinden kaynaklanan salt fiziki hareket özgürlüğünü korumadığı sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu olayda Hollanda' lı beş askere bazı eylemleri nedeniyle üstleri tarafından verilen disiplin cezaları askeri yüksek mahkeme tarafından onanmıştır. Bunun üzerine Hollanda' lı askerler kendilerine verilen cezaların AİHS' in 5. Md.' sine aykırı olduğunu öne sürmüşlerdir. Mahkeme, Sözleşme' nin yalnız sivilleri değil, askerleri de kapsamına aldığı, ancak sözleşme kurallarını askerlere uygularken askerliğin özelliklerinin göz önünde tutulması gerektiğini, askerliğin özgürlüğü kısıtlayan bir durum olmadığını, her devletin kendi askeri disiplinini düzenlemekte serbest olduğunu, ancak bir sivil uygulandığında özgürlüğü kısıtlayıcı olarak kabul edilen bir durumun askerlere uygulandığında her zaman aynı sonucu vermeyip, özgürlüğün kısıtlanması anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁴.

b. Tutuklama Nedeni Olarak Askeri Disiplinin Korunması

Askeri yargının varlık nedeni doğrultusunda, disiplinin tanımı dikkate alındığında işlenen her suçun askeri disiplini sarstığı kolaylıkla savunulabilir. Nitekim, bu denli geniş anlamlar içeren tutuklama nedeninin varlığı, suç işlendiğine dair kuvvetli belirtiler bulunduğundan tutuklama tedbirine başvurulması sureti ile uygulamada duraksamalara ve kötüye kullanıma yol açabilecektir. Bu nedenle hangi suçlar işlendiğinde, tutuklama tedbirine disiplinin korunması için başvurulacağı belirlenmesinin uygun olacağı düşünülmüştür. Hatta bu nedenle eski Askeri Muhakeme Kanunu' nun yürürlükte olduğu sırada Milli Savunma Bakanlığı bu boşluğu doldurmak için bir genelge yayınlamıştır. Bu genelgede çevrede ve özellikle askeri birlik içerisinde heyecan uyandıran veya disiplini esaslı şekilde tehlikeye düşüren suçlarla, komutanların bakanlığa bildirme gereği duydukları diğer suçlar, disiplini bozan suçlar olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Açık Cezaevi Yayınları, Ankara, 2004, s. 167

¹⁰⁵ Cemal Korkmaz, Askeri Kazada Tevkif Muvakkat Yakalama ve Salıverme, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 9, Ankara, 1957, s. 591

Anayasa Mahkemesi bir kararında, askerlikte disiplinin önemine değindikten sonra; “o halde disiplinin korunması ve sürdürülmesi, askerliğin vazgeçilmez bir unsuru olduğuna göre askeri disiplinin korunması zorunlu olduğu takdirde sanığın tutuklanabilmesi kabul edilmelidir. Aksi takdirde askerliğin temeli sarsılmış olur” gerekçesi ile yürürlükten kaldırılan Askeri Muhakeme Usulü Kanunu’ nun benzer nitelikteki 105. Md.’ sinin birinci bendinin (c) fıkrasının iptali istemiyle açılan davayı reddetmiştir. Oy çokluğu ile kabul edilen bu kararın karşı oy gerekçesinde ise; “askeri disiplinin başının ve sonunun gösterilmediği ve her askeri suçun askeri disiplini bozar nitelikte kabulünün mümkün bulunduğundan bahisle, istisnasız olarak her askeri suç için tutuklama kararı verilebileceği neticesine varılmak gerekir ki, bu hem tehlikeli hem de hukuka aykırı sonuçlar doğurur” denilmiştir¹⁰⁶.

Özarpat’ a göre, ancak askeri disiplini bozan itaatsizlik, fesat, amire taarruz gibi suçlarda ve failin asker kişi olması halinde bu tutuklama nedenine başvurmak gerekir¹⁰⁷. Asker kişinin işlediği her askeri suçta, böyle bir kabul yapılmadığı takdirde, askeri disiplinin bozulacağından bahisle bu madde uyarınca tutuklanması söz konusu olabilecektir¹⁰⁸. Çoker ise, görev sırasında görülen ihmaller, itaatsizlikler ve özellikle kısa süreli dahi olsa firar ve izin tecavüzü gibi suçlar işlendiğinde, aynı anda cezalandırmak suretiyle bertaraf edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹⁰⁹.

Kanımca askeri disiplini dar anlamda ele almak gerekir. Yani askeri disiplinin özünü oluşturan suçların niteliği yanında, her somut olayda failin kişiliği ve görevi, eylemin oluş şekli, eylemin asker topluluğu üzerindeki etkisi, tedbire başvurulma anı ile olayın meydana geldiği an arasındaki zaman aralığını birlikte ele alarak askeri disiplin kavramına bir anlam yüklemek gerekir. Aksi takdirde belli suçlar için “askeri disiplini” bozan nitelikte olduğu kabul edilse dahi, bu durumda tutuklama tedbir niteliğini kaybedecektir. Ayrıca sanık asker kişi olmayınca, kanunun bu hükmüne dayanarak, tutuklama kararı vermek mümkün olmayacaktır. Sivil kişinin işlediği suçta askeri disiplinin bozulması, ast-üst ilişkilerini zaafiyete uğratması mümkün değildir. Bu durum asker kişi olup ya da yargılama sırasında emekli olan veya TSK’ dan çıkarılan asker kişiler için de geçerlidir.

¹⁰⁶ Any.Mah., 26.06.1963/ 197-166 gün ve EK, AMKD, Sayı: 1, s. 323

¹⁰⁷ Özarpat, s. 133

¹⁰⁸ Erman, Askeri Ceza, s. 432

¹⁰⁹ Fahri Çoker, Askerlikte Disiplin, Korunması Çareleri ve Mevzuatı, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, Ankara, 1956, s. 316

3. Tutuklama Yasağı Konusu

As.MKYUK' un 71. Md.' sinde kuvvetli suç şüphesinin varlığıyla beraber CMK' daki tutuklama nedenlerinden birinin bulunması veya askeri disiplinin korunması amacıyla tutuklama kararı verilebileceği belirtildikten sonra, sırf askeri suçlarda kanunda öngörülen cezanın üst sınırı bir yıldan az olsa bile tutuklama kararı verilebileceği düzenlenmiştir. O halde sırf askeri suçlar bakımından tutuklama yasağı söz konusu olmamaktadır. Sırf askeri suçun tanımını askeri ceza muhakemesinin görev alanı başlığı altında incelediğimiz için burada tekrarlamıyoruz. Ancak sırf askeri suçların As.CK' da açıkça belirtilmemiş ve bu konunun yargı içtihatlarına bırakılmış olmasının özellikle sırf askeri suçlarda tutuklama yasağını kabul etmeyen kanun sistematiği içinde kişi özgürlüğü ve güvenliğine ciddi şekilde müdahale oluşturabileceği kanısındayım.

Örneğin; Askeri Yargıtay kararları ile daha önce sırf askeri suç sayılan kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek (As.CK Md. 79) suç¹¹⁰ ve askerlikten kurtulmak için hile yapmak (As.CK Md. 81) suç¹¹¹ sırf askeri suç olmaktan çıkarılmıştır. Ancak bu defa kanun koyucu, As.CK' nın 47. Md.' sinde 26.03.2000 gün ve 4551 SK' yla değişiklik yaparak, As.CK' nın üçüncü babının dördüncü faslında yazılı suçlardan dolayı verilen cezaların tecil edilemeyeceği ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemeyeceği yönünde düzenleme yapmıştır. Sözü edilen fasılda yazılı suçlar Askeri Yargıtay tarafından içtihat değişikliğine gidilerek artık sırf askeri suç sayılmayan As.CK' nın 79-81. Md.' lerindeki suçlardır. As.CK' nın 95/4. Md.' sinde yer alan astlık-üstlük ilişkilerini zedelemeye, amir ve komutanlara karşı güven hissini yok etmeye yönelik olarak alenen tahkir ve tezyif etmek suçu da, "askeri itaat ve inkiyadı bozan suçlar" başlığı altında düzenlenmekle birlikte, daha önce sırf askeri suç kabul edilirken, bu suçların asker olmayan kişiler tarafından da işlenebilir¹¹² olması nedeniyle sırf askeri suç olmaktan çıkarılmıştır¹¹³.

As.CK Ek 8. Md.' sine göre, sırf askerî suçlar hakkında kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz. Ayrıca sırf askeri

¹¹⁰ (As.Yrg.Drl.Krl., 04.04.1996/ 52-51 gün ve EK), Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 1996, Sayı: 97, s. 130

¹¹¹ (As.Yrg.Drl.Krl., 22.09.1994/ 95-226 gün ve EK), (Askeri Yargıtay kütüphanesinden)

¹¹² Bkz., As.MKYUK Md. 13

¹¹³ (As.Yrg.Drl.Krl., 27.06.1996/ 105-104 gün ve EK), (Askeri Yargıtay kütüphanesinden)

suç kabul edilen suçlar As.CK 47. Md.' si gereğince erteleme kapsamı dışındadır. Dolayısıyla CMK 100. Md.' de belirtilen orantılılık olmaması halinde tutuklama kararı verilmemesi sırf askeri suçlar bakımından uygulama alanı bulmaz. Ancak yine de sırf askeri nitelikli bir suçta tutuklama kararı verilmesi durumunda, verilmesi beklenen cezadan daha uzun süre şüpheli ya da sanığı tutuklu durumda bırakmak orantılılık ilkesine aykırı olacağı gibi, ilerde inceleneceği gibi şüpheli ya da sanığa tazminat ödenmesini gerektirebilir.

C. SORUŞTURMANIN BAŞLAMASI VE TUTUKLAMA İSTEMİ

Adli ceza muhakemesinde, cumhuriyet savcılığı bir suç işlendiğini öğrendiğinde istisnalar hariç olmak üzere kural olarak kendiliğinden soruşturmaya başlar. Ancak askeri ceza muhakemesinde askeri savcının soruşturmaya başlaması için kural olarak teşkilatında mahkeme kurulan komutanın soruşturma emri vermesi gerekir. Askeri savcı ancak bazı istisnai durumlarda kendiliğinden soruşturmaya başlayabilir. Her iki durumda tutuklama istemini ayrı başlıklar halinde inceleyeceğiz.

1. Komutanın Emriyle Soruşturmanın Başlaması ve Tutuklama İstemi

Askeri ceza muhakemesinde soruşturmaya başlamanın bazı özellikleri vardır. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt' a komutanı veya askeri kurum amiri bir suçun işlendiğini öğrendiğinde, refakatindeki askeri savcıya soruşturma açtırır ve yapılmakta olan soruşturma hakkında askeri savcıdan her zaman bilgi isteyebilir (As.MKYUK 8/1. Md.).

Sanığın bağlı olduğu askeri birlik komutanı veya askeri kurum amiri, mahiyetinden birinin kendisine ihbar veya şikayet edilen ya da başka bir şekilde öğrendiği suçları hakkında askeri savcılıkça soruşturma yapılması gerekiyorsa, sanığın kimliğini, yüklenen suçu ve bu suçun delillerini gösterir bir vaka raporu düzenler ve adli yönden bağlı bulunduğu askeri mahkemenin teşkilatında kurulduğu kıt' a komutanı veya askeri kurum amirine gönderir. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt' a komutanı veya askeri kurum amiri suç evrakını inceledikten sonra askeri savcıya gönderir ve sanığın tutuklanmasını isterse bu husustaki istemini de

bildirir (As.MKYUK 95/3. Md.)¹¹⁴. Askeri savcı, komutanın suç dosyasını göndermesinden sonra, kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığına karar vermek üzere bir soruşturma yapar (As.MKYUK 96/1 Md.).

Yaptığı soruşturma sonucunda askeri savcı, olayı soruşturmaya değer görmez veya yapılan soruşturma sonunda kamu davası açılmasını haklı göstermeye yetecek neden bulunmazsa, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir (As.MKYUK ek madde 1, CMK 172. Md.). Askeri savcı, soruşturma sonunda toplanan delillere göre suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe varsa bir iddianame ile askeri mahkemede dava açar (As.MKYUK ek madde 1, CMK 170. Md.). Komutanın, askeri savcıya soruşturma açtırdıktan sonra soruşturmanın yürütülmesi sırasında askeri savcıya müdahale yetkisi yoktur. Ancak komutanın askeri savcılıkça verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararına, (As.MKYUK 107. Md.) görevsizlik, yetkisizlik kararlarına (As.MKYUK 112. Md.), tutuklama ve tutuklama isteminin reddine ilişkin askeri mahkeme kararlarına itiraz hakkı vardır (As.MKYUK 74. Md.).

As.MKYUK' un 95/3. Md.' sinde, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt' a komutanı veya askeri kurum amirinin, kendisine gelen suç evrakını inceledikten sonra askeri savcıya göndereceği belirtilmektedir. İnceleme, değerlendirme yapmayı gerektirdiğinden, komutanın suç evrakını askeri savcıya gönderme zorunluluğu yok demektir¹¹⁵. Komutanın soruşturma açtırma yetkisi mutlaktır. Komutanın bu işlevi iki yönlü olacaktır. Yapılan değerlendirmeye göre, soruşturma açılmasını gerektiren bir durum yoksa, ihbar hakkında elbette ki hiçbir işlem yapılmayacaktır. Ancak yapılan ihbar askeri mahkemede veya disiplin mahkemesinde yargılama yapılmasını gerekli kılan ciddiyet ve önemdeyse evrak işleme konulacaktır. Bu yetkinin kullanılmasında askeri savcılığın herhangi bir müdahalesi düşünülemez¹¹⁶. Ancak refakatinde bulunduğu kıt' a komutanı veya birlik amirine durumu bildirebilir¹¹⁷. Anayasa' nın 138. Md.' sinde gösterilen "askerlik hizmetinin gereklerini" dikkate alan kanun koyucu soruşturma açma konusunda teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutana mutlak bir yetki tanımıştır¹¹⁸.

¹¹⁴ İsmet Polatcan, Askeri Ceza Kanunu- Disiplin Mahkemeleri Kanunu, İstanbul, 2002, s. 588

¹¹⁵ Erman, Askeri Ceza, s. 412

¹¹⁶ MSB' nin 23.05.1986, As.AdL.: 28-13-86-Şb-4, gün ve sayılı genelgesi

¹¹⁷ Aslan, s. 67

¹¹⁸ MSB' nin 17.04.1964 gün ve As. Ad. İş. Bşk.:2230-4-64 sayılı mütalaası

Uygulamada teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanın soruşturma emri vermemesi halinde bu işleme karşı yargı yolu AYİM tarafından kabul edilmemekte, komutanın bu işlemi idari değil, yargısal nitelikte değerlendirilmektedir. Kanımca Anayasa' nın 123. Md.' sinde idarenin bir bütün olduğunun düzenlenmesi, 4483 SK' nın 9. Md.' sine göre hakkında soruşturma izni verilmeyen memura karşı yargısal itirazın kabul edilmesi, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanın bir yargı değil, yürütme görevlisi olması, Anayasa' ya göre de, cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ile memurlara verilen uyarma ve kınama cezaları dışındaki idari işlemlere karşı dava yolunun kapatıldığına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı birlikte düşünüldüğünde, soruşturma emri verilmemesi işlemi nedeniyle menfaati ihlal edilen kişi, bu işlemin iptali için askeri idari yargıda dava açabilmelidir.

Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt' a komutanı veya askeri kurum amirinin, sanığı korumak için soruşturma açtırmaması, As.CK' nın 145. Md.' sindeki "astının fiili hakkında kasten kanuni takibatta bulunmamak" suçuna neden olabilir. Yine unsurları gerçekleştiği takdirde görevi ihmal veya görevi kötüye kullanmak suçları da düşünülebilir¹¹⁹. Ancak böyle bir durumda da o komutan hakkında bir üst komutanın işlem yapması gerekeceğinden uygulamada etkili bir denetim mekanizması bulunmamaktadır.

Kural olarak askeri savcılar komutanın verdiği soruşturma emrindeki kişi ve eylem ile bağlıdırlar. Ancak askeri savcıya soruşturmayı başka bir şüpheliyi veya suçu kapsayacak şekilde genişletme imkanı tanınmıştır. Askeri savcı yürüttüğü soruşturma sırasında gerektiğinde ivedi durumlarda soruşturmayı başka bir kişiyi veya suçu kapsayacak şekilde genişletebilir (As.MKYUK Md. 103/1). Bu durumda komutandan soruşturma emri almaya gerek yoktur. Ancak askeri savcı soruşturmayı genişlettiği takdirde durumu derhal yetkili askeri mahkemenin teşkilatında kurulduğu komutan veya askeri kurum amirine bildirir. İvedi durumların takdiri askeri savcıya aittir. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt' a komutanının şüpheli ve suç belirtmeden sadece olay belirtmek suretiyle vereceği soruşturma emri, As.MKYUK 8,95 ve 103. Md.' leri çerçevesinde askeri savcının saptayacağı her şüpheli ve suçu kapsayıp, askeri savcının belirlediği her şüpheli ve suç için soruşturma yapip

¹¹⁹ Hulusi Özbakan, İlgili Mevzuatı İle İçtihatlı Gerekçeli Notlu ve Açıklamalı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, Cilt: 1, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 1989, s. 473

sonuçlandırması olanağı vardır. Askeri savcının genişletme yaptığı bu durumlarda her şüpheli hakkında komutana bilgi vermesi yeterlidir¹²⁰.

Komutanın, soruşturma sırasında, askeri savcı gibi, sanığın tutuklanmasını doğrudan doğruya askeri mahkemeden isteme yetkisi yoktur. Komutan, sanığın tutuklanmasını istediği takdirde bu istemi gerekçesiyle birlikte askeri savcıya bildirir. Askeri savcı, bu istemi yetkili askeri mahkemeye iletmekle yükümlüdür. Uygulamada askeri savcı, komutanın tutuklama istemini askeri mahkemeye iletirken, komutanın tutuklama istemine katılıp katılmadığı yönündeki savcılık görüşünü de belirtmektedir. Askeri savcı komutanın tutuklama istemine katıldığı takdirde, bu durumda hem komutanın, hem de askeri savcının tutuklama istemi söz konusu olmaktadır.

As.MKYUK' un 5530 SK ile kaldırılan tutuklama isteme yetkisi başlıklı 70. Md.' si 08.06.1972 tarihinde 1596 SK' yla değiştirilmeden önce komutanın tutuklama isteminin askeri mahkemeye, askeri savcılıkça iletilmesi konusunda bir açıklık yoktu. Genelde askeri savcılar bu tutuklama istemini iletip iletmemek konusunda kendilerini yetkili görmekteydiler. Ancak Anayasa' nın 138. Md.' sindeki askerlik hizmetlerinin gerekleri ve As.MKYUK' un sistematiğine daha uygun düşeceğinden bu madde değiştirilmiş ve askeri savcıların komutanın tutuklama istemini askeri mahkemeye iletmekle yükümlü oldukları açıkça madde metnine yazılmıştı. Hatta bu kanun değişikliği sırasında komisyon görüşmelerinde askeri savcının tutuklama istemi bile teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanın onayına bağlı kılınmak istenmişse de, bu istem Anayasa' nın 138. Md.'sindeki askeri hizmetin gerekleri kavramıyla ilişkili olmadığından reddedilmişti¹²¹.

2. Askeri Savcılıkça Re' sen Soruşturmaya Başlama ve Tutuklama İstemi

Kural olarak askeri savcının soruşturmaya başlaması için teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanın soruşturma emri vermesi gerekirse de, bu durumun istisnaları vardır. As.MKYUK' un 95/4. Md.' sine göre ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlar ile gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda askeri savcıların

¹²⁰ MSB' nin 13.02.1986, As.Adı: 28-4-86-Şb-4, gün ve sayılı genelgesi

¹²¹ Coşkun, s. 129

derhal soruşturmaya başlama yetkileri bulunmaktadır. Ancak bu durumda teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutana bilgi vermeleri gerekmektedir.

Gecikmesinde sakınca olan durumlar, eğer bir koruma tedbirine başvurulmazsa, soruşturma ya da kovuşturma makamlarının daha sonra gerçeği saptama olanağının ortadan kalkabileceği durumlardır¹²². Örneğin; ölüm, hayati tehlike geçirilecek derecede yaralanma, büyük hasarlı araç kazaları gibi olaylar gecikmesinde sakınca umulan durumlardır. Zorunluluk halinde ağır cezayı gerektiren veya gecikmesinde sakınca umulan durumlarda soruşturmayı bir disiplin subayı da yapabilir. Her iki durumda da soruşturmaya başlayan askeri savcı veya disiplin subayı tarafından derhal yetkili askeri mahkemenin teşkilatında kurulduğu komutan veya askeri kurum amirine bilgi verilir. Bu durumlar dışında, askeri savcılarının, görerek veya herhangi bir şekilde öğrendikleri suç oluşturan eylemler hakkında doğrudan soruşturmaya başlama yetkileri yoktur.

Saniğin tutuklanmasını askeri savcı doğrudan doğruya yetkili askeri mahkemeden isteyebilir (As.MKYUK 69. Md.). Askeri savcının tutuklama isteme yetkisi soruşturma için olduğu kadar kovuşturma için de geçerlidir. Gerçi kovuşturma aşamasında mahkeme kendiliğinden tutuklama kararı verebilirse de, bu durum hiçbir zaman askeri savcının tutuklama isteme yetkisine engel değildir¹²³.

D. TUTUKLAMA KARARI

Tutuklama kararının verilmesi genel olarak askeri ceza muhakemesinde de adli ceza muhakemesinden pek farklılık göstermez. Farklı olabilecek noktalara aşağıdaki başlıklar altında değinilmiştir.

1. Tutuklama Kararının Verilmesi

a. Tutuklama Kararını Vermeye Yetkili Mahkeme

Mülga 1630 sayılı As.MUK' un 104. Md.' si tutuklama yetkisini hazırlık soruşturması sırasında adli amire tanıdı. Mahkeme yargılama sırasında ancak

¹²² Ahmet Bilgin, Birlik Komutanının Hukuk El Kitabı, Gözlem Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 119

¹²³ Özbakan, Cilt: 1, s. 382

bazı durumlarda tutuklama kararı verebilirdi. Bu hükmün sakatlığı ortadadır. Adli amir, yani nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan, davanın taraflarından biridir. Duruma göre sanık hakkında davayı açan onu suçlayan kimsedir. Bu bakımdan tarafsız değildir. Genel hukuk prensiplerine göre, bir kimsenin hem davacı taraf olması, hem de geçici de olsa bir yaptırım uygulayabilmesi mümkün değildir. Nitekim yeni 353 sayılı As.MKYUK, tutuklama yetkisini komutana vermemiş ve bir hakimlik işlemi olarak kabul etmiştir¹²⁴.

353 sayılı As.MKYUK' un 1963 tarihinde yürürlüğe girmesiyle askeri yargıda tutuklamaya karar verme yetkisi, soruşturmanın her aşamasında artık askeri mahkemeye aittir. Başka makam ve mercilerin tutuklama yetkileri yoktur. Askeri savcı ile nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri, sadece sanığın tutuklamasını isteyebilir¹²⁵.

Tutuklama kararı vermeye yetkili mahkeme, sanığın tabi olduğu komutanlığın bağlı olduğu teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanlık ya da kurum amirliğinin askeri mahkemesidir. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanlık askeri savcısı, tutuklama istemini bu mahkemeye bildirmektedir. Fili veya hukuki nedenlerle askeri mahkeme oluşmadığı zaman askeri savcı, tutuklama istemini en yakın askeri mahkemeye bildirir. Uygulamada en yakın askeri mahkemenin hangi mahkeme olacağı hususunda duraksamalar ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine Milli Savunma Bakanlığı, Harita Genel Komutanlığı' na, her askeri mahkeme için en yakın askeri mahkemenin hangi mahkeme olduğunu tespit ettirmiştir.

Askeri ceza muhakemesinde soruşturmanın aşamalarına göre tutuklama kararını verecek mahkemeler bakımından yetki bölüştürmesi yapılmamıştır. Yargılamaya yetkili mahkeme aynı zamanda tutuklama için de yetkilidir. Bu bağlamda, yargılama tek hakim ile yapılacaksa tutuklamaya da tek hakimden oluşan mahkeme karar vermektedir. Doğal olarak, kurul halinde yargılama yapılabilecek hallerde, tutuklama kararı da kurul olarak verilmektedir. Askeri savcı, soruşturma sırasında tutuklama isteminde bulunmuşsa, sanığın rütbesine ve yüklenen suç için uygulanacak kanun maddesinde öngörülen ceza sınırına bağlı olarak tutuklamaya karar verecek mahkeme oluşmaktadır. Dolayısıyla, soruşturma sonucunda askeri

¹²⁴ Özek, s. 11

¹²⁵ Özbakan, Cilt: 1, s. 379

savcı işlenen suçu farklı nitelendirerek kamu davası açtığında, tutuklama kararı için oluşturulan mahkemeden farklı yapıda bir mahkeme (tek hakimle veya kuruldan oluşan) yargılamayı yapabilecektir.

As.MKYUK' un 80/7. Md.' sine göre yakalanan kişi yakalama yerine en yakın askeri mahkeme veya sulh ceza hakimine gönderilmek için en fazla 12 saat olabilen zorunlu süre hariç, yakalamadan itibaren en fazla 24 saat içinde sorguya çekilmek üzere askeri mahkeme önüne çıkarılır. Askeri mahkeme önüne çıkarılma olanağı olmaması halinde en yakın sulh ceza hakimine gönderilir. Askeri mahkemelerin her il ve ilçede teşkilatlanmadığı gerçeği birlikte değerlendirildiğinde, askeri mahkeme kurulunun oluşturulmadığı durumda, bulunulan yerde başka askeri mahkeme yoksa, sulh ceza hakiminden tutuklama isteminde bulunulması daha uygun çözüm olacaktır. Askeri savcının, askeri mahkemenin bulunmadığı yerde soruşturma yapması halinde de , aynı çözüm yolu geçerli olacaktır¹²⁶. Bu bağlamda yetkili askeri mahkemeden tutuklama isteminde bulunulmasının asıl olduğu unutulmamalıdır.

b. Tutuklamada Müdafii

As.MKYUK' un 5530 SK ile değiştirilmesiyle birlikte Ek 1. Md.' de bu kanunda hüküm olmayan hallerde CMK' nın uygulanacağına ilişkin düzenleme nedeniyle askeri ceza muhakemesinde de soruşturma sırasında tutuklamaya sevk edilen şüpheli veya kovuşturmada sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi halinde şüpheli veya sanığın CMK 101/3. Md.' si gereğince kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanması söz konusu olmaktadır.

353 sayılı As.MKYUK' tan önce yürürlükte bulunan 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu' nun 206. Md.' sinde sahtekarlık, hırsızlık, emniyeti suistimal, yağma, tahrip ve askeri sırlarla, devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda, sanıkların yalnızca adli amirin uygun göreceği bir avukat veya dava vekilini müdafii olarak seçebilecekleri öngörülmekteydi. Söz konusu hüküm öğretilmiş ve sonunda Anayasa Mahkemesi' nin 26.06.1963/ 197-166 gün ve EK sayılı kararıyla,

¹²⁶ Komutanın tutuklama istemi ile sanığın askeri savcılığa gönderilmesi, fakat sürekli veya geçici yetki ile görevli askeri savcının bulunmadığı hallerde dahi, sulh hakimine gönderilmek üzere cumhuriyet savcısına dosya ile birlikte sanığın gönderilmesinin As.MKYUK' un 72/3. Md.' si uyarınca uygun olacağına değerlendirildiği konusunda bkz. Milli Savunma Bakanlığı' nın 16.08.1985, Ad.:1985/ 24404 gün ve sayılı mütalaası, Özbakan, Cilt: 1, s. 394

sanığın mesleki bilgisine ve kişiliğine güvendiği avukat veya dava vekili tarafından savunulmak istemesinin doğal hakkı olduğu, adli amir onayının savunma hakkının serbestçe kullanılmasını engellediği, 1961 Any. Md. 11' de öngörülen kamu yararını ve milli güvenliği ilgilendiren bir neden bulunmadığı belirtilerek söz konusu hükmün iptaline karar verilmiştir¹²⁷.

As.MKYUK' da CMK' dan farklı olarak belirli şartların gerçekleşmesiyle subayların da müdafî olabileceği kabul edilmektedir. Subayların, belirli şartların gerçekleşmesiyle müdafî olarak tayin edilmesinin nedeni, askeri mahkemelerin yetkisinin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Askeri mahkemelerde yetki, önceden de belirtildiği üzere asker kişiyi takip etmektedir. Yer itibariyle yetki söz konusu değildir. Askeri mahkeme hangi komutanlık teşkilatında kurulmuşsa, o komutanlığa bağlı kişileri yargılamaktadır. Olağanüstü haller ve savaş durumunda askeri mahkemeler, normal olarak buldukları yerlerden farklı yerlere gidebilmektedirler. Bu tür yerlerde müdafî olabilecek kişileri bulabilmek güç olmaktadır. Kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurarak avukat ve dava vekilinden ayrı olarak belirli şartların bulunması halinde, subayların da müdafî olabileceğini kabul etmektedir. Askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği etmeye yetkili kimse yoksa, hukuk fakültesini bitirmiş subaylar (askeri hakim ve askeri savcı ile yardımcılar hariç) ve bunlar da yoksa diğer subaylar müdafî tutulabilirler. Hukuk fakültesini bitiren subaylardan amaç, her hangi bir hukuk fakültesini bitirerek sınıf değiştirmemiş (askeri hakim sınıfına geçmemiş), ya da askeri hakim sınıfından başka bir sınıfa geçmiş (öğretmen, personel gibi) subaylardır. Astsubaylarla, askeri memurlar (hukuk fakültesini bitirmiş olsalar bile) askeri mahkemelerde müdafîlik yapamazlar. Emekli subaylar sırf bu sıfatlarıyla müdafî olamazlar. Kanun askeri hakimler ile askeri savcılarının ve yardımcılarını bu görevden ayırık tutmuştur. Bu yasak, Anayasa' nın 140. Md.' sindeki "Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar" hükmünden kaynaklanmaktadır. Maddenin yazılış tarzından adli müşavirler ile disiplin subaylarının müdafîlik yapabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Subaylar, savunmayı kabul etmeleri için en yakın amirinin iznini almak zorundadırlar. Avukatlar ve dava vekilleri için böyle bir zorunluluk yoktur¹²⁸.

¹²⁷ Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1984, s.93

¹²⁸ Özbakan, Cilt: 1, s. 446

Kanımca, müdafilik konusunda hukuk fakültesi mezunu subayların müdafii olarak tutulabileceklerine ilişkin hüküm yetersizdir. Bir savaş ortamında sınırların ötesinde avukat bulunmayacağı gibi, hukuk fakültesi mezunu subayların bulunma olasılığı da düşüktür. Yapılması gereken askeri avukat sınıfının oluşturularak şüpheli ya da sanığın isteğine bağlı olarak bu kişilerin müdafii olarak askeri mahkemelerde görev yapmalarına ilişkin yasal düzenlemenin hayata geçirilmesidir.

2. Tutuklamanın Bildirilmesi

a. Tutuklananın Yakınlarına Bildirim

4709 SK' yla yapılan değişiklikten önceki Anayasa' nın 19/6. Md.' sinde "yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında yakınlarına derhal bildirilir" hükmü yer almaktaydı. 17.10.2001 tarihli RG' de yayınlanarak yürürlüğe giren 4709 SK' yla yapılan değişiklik sonucu Anayasanın 19/6. Md.' si "kişinin yakalandığı veya tutuklandığı yakınlarına derhal bildirilir" şeklinde düzenlenmiştir. Yeni düzenleme kişinin yakalandığının veya tutuklandığının yakınlarına bildirilmesini şarta bağlamamıştır.

As.MKYUK' un 73. Md.' sinde , soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk istisna haline getirilmemiş, şarta bağlanmaksızın ve herhangi bir ayırım yapılmaksızın, tutuklandığının sanığın yakınlarına hemen bildirileceği belirtilmiştir. Kanunda kullanılan yakınları deyimini sanıkla yakınlık derecesine göre, en yakınından başlamak suretiyle sıralandırılmalıdır. Eş, çocuk, anne, baba, kardeş vs. yakın akrabalar gibi¹²⁹. Kanun ve Anayasa' da akraba değil, yakın kavramının kullanılmış olması nedeniyle yakın kavramının akraba dışında esaslı bir ilgisi bulunan kişileri de kapsadığını söylemek olanağı vardır. Örneğin; iş ortağı, patronu, nişanlısı gibi¹³⁰. Sanığın tutuklandığının yakınlarına bildirilmesinin, zabıta aracılığı ile 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılması gerekir¹³¹.

¹²⁹ Özbakan, Cilt: 1, s. 402

¹³⁰ Centel, Müdafii, s. 86

¹³¹ Centel, Müdafii, s. 85

Askeri ceza muhakemesinde şüpheli ya da sanık istemese bile yakınlarına bildirim yapılır.

b. Teşkilatında Askeri Mahkeme Kurulan Komutana Bildirim

Sanığın tutuklanması halinde, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt' a komutanı veya kurum amirine de haber verilir. Haber verme işlemi, komutan tutuklama isteminde bulunmasa bile yapılır. Çünkü As.MKYUK uyarınca, komutanın tutuklama kararları ile tutuklama isteminin reddine ilişkin kararlara itiraz edebilme yetkisi vardır.

Adli müşavire, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan tarafından soruşturma emri verme yetkisi tanındığı durumda tebligat yapılması zorunludur. Gerek komutana yapılan tebligatta, gerekse adli müşavire yapılan tebligatta itiraz süresi gerekçeden haberdar oldukları tarihten itibaren işlemeye başlar¹³². Komutana ve adli müşavire, tutuklama kararından suret gönderilerek tebliğ yapılması, yasal hakkın kullanılabilmesi bakımından önemlidir. Çünkü tutuklama kararları gerekçeyi içermemektedir. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanın izin, istirahat ya da görevde olması nedeniyle vekaleti başka bir komutana bırakması durumunda tebligat bu komutana yapılmalıdır.

c. Şüpheli veya Sanığın Komutanına Bildirim

Sanığın tutuklanmasından, sanığın görev yaptığı birlik komutanına da haber verilir. Böylece birlik komutanı birliğinde görevli asker kişinin durumunu kontrol olanağını bulabilmektedir. Çünkü asker kişinin izinsiz olarak görevi gereği bulunmak zorunda olduğu yeri terk etmesi suçtur¹³³. Sanığın amirine yapılan bildirim yanında, sanığın bağlı olduğu askerlik şubesine yapılacak bildirim, uygulamada asker kişinin askerlik sürecinin belirlenebilmesinde ve hak kayıplarının önlenmesinde fayda sağlayacaktır¹³⁴. Kaldı ki, subay ve astsubayların tutuklanması

¹³² (As.Yrg. Drl.Krl.K., 13.11.1964/ 94-129 gün ve EK), Özbakan, Cilt: 2, s. 886

¹³³ As.CK' nın 66/1-a Md.' sinde firar suçu ve devamında benzer nitelikteki eylemlerden kaynaklanan suçlar tanımlanmıştır. Bu bağlamda kişinin birliğinden ayrı kalması halinde birlik komutanının bilgilendirilmesi önemlidir.

¹³⁴ Birliğinden 6 ay ayrı kalan asker kişinin dosyası MSY: 70/1C Asker Alma Yönergesi ikinci bölüm sekizinci kısım 1. Md.' sinde belirtildiği üzere, askerlik şubesine gönderilmektedir. Dolayısıyla

halinde bu durum derhal ilgili kuvvet komutanlığı veya bakanlık personel başkanlığına ve Milli Savunma Bakanlığı' na bildirilmektedir¹³⁵. Yine bu bildirim sayesinde personelin özlük haklarıyla ilgili yanlış ödemelerin de önüne geçilebilecektir¹³⁶. Yine bu sayede birlik komutanı görevler için personel planlamasında bu kişilerin görev planlamasına alınmamasını sağlayabilecek, ayrıca benzer tipte eylemler sonucunda meydana gelebilecek tutuklamalara karşı personelini eğitebilecek ve idari tedbirler alabilecektir.

3. Tutuklamaya Karşı Kanun Yolları

a. Tutuklama Kararına İtiraz

Gerek soruşturma sırasında, gerekse kovuşturma sırasında verilen tutuklama kararına karşı sanık, askeri savcı ve teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askeri kurum amiri itiraz edebilir. İtiraz süresi 7 gündür. Süre tebligattan itibaren başlar (As.MKYUK Md. 74).

Askeri savcı, kendisi tutuklama isteminde bulunmamışsa veya komutanın tutuklama istemine katılmamışsa, verilen tutuklama kararına itiraz edebilir. Askeri savcı veya komutan, istem ile tutuklama kararı arasında geçen süre içinde tutuklama nedenleri ortadan kalkmış ise, kendi istemi üzerine verilen tutuklama kararına itiraz edebilir.

İtiraz dosya üzerinden incelenir. *“Oysa tutuklama kararından önce ilgililerin dinlenmesinin ve tutuklama kararının gerekçeli olmasının hem ceza muhakemesi, hem de insan hakları bakımından sayısız yararları vardır”*¹³⁷. İtiraz, tutuklama kararının yerine getirilmesini engellemez. İtiraz üzerine, tutuklama istemini inceleyen

tutuklanan asker kişi sanığın kayıtlarının sağlıklı tutulabilmesi için, bu bildirim askerlik şubesine de yapılması faydalı olacaktır.

¹³⁵ Bkz. 03.10.1995 tarih ve MİY: 40-9-95/As.Adı.İşl.İhb.Yet.As.Czev.Ş. sayılı MSB Genelgesi.

¹³⁶ “Subay ve Astsubaylarla ilgili tevkif, tahliye, açığa alma açığın kaldırılması hallerinin saymanlıklara zamanında bildirilmemesi yüzünden bazı yanlış ödemeler yapıldığı ilgi yazı ile bildirilmekte ve bu nevi yanlışlıklara yer verilmemesi için bu hallerden ilgili saymanlıkların derhal haberdar edilmesi istenmektedir. 353 sayılı kanununun 73. ve müteakip maddelerine göre askeri mahkemelerce tutuklanmalarına karar verilen askeri kişilerin tutuklandıkları, bağlı oldukları komutanlıklara derhal bildirilmektedir. 926 sayılı kanununun 65. Md.' sine göre yürütülen açığa alınma ve açığın kaldırılması işlemleri de subay ve astsubayların mensup oldukları kuvvetin personel başkanlığı kanalı ve bağlı oldukları komutanlıklar aracılığı ile yürütülmektedir.” (MSB' nin 10.02.1969 tarih ve As.Ad.İşl.Bşk: 1969/934-4 sayılı genelgesi), Coşkun, s. 136

¹³⁷ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem ve Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2000, s. 571

askeri mahkemeye en yakın askeri mahkemenin verdiği karar kesindir (As.MKYUK Md. 74/4). İtirazı inceleyen askeri mahkeme, itirazı kabul edip sanığın tahliyesine karar vermiş ise, bu karara itiraz olanağı yoktur. Ancak tutuklama isteminin reddine ilişkin karara karşı askeri savcı veya komutan tarafından yapılacak itiraz üzerine itirazı inceleyen en yakın askeri mahkeme, itirazı haklı bulup, sanığın tutuklanmasına karar verecek olursa, bu takdirde sanık için bu tutuklama kararına itiraz hakkı doğar (As.MKYUK Md. 74/son).

Askeri ceza muhakemesinde, adli ceza muhakemesinden farklı olarak itiraz istemi üzerine tutuklama kararını veren askeri mahkemenin CMK' nın 105. Md.' sindeki gibi kendisinin tutuklama kararını yeniden gözden geçirebilmek gibi bir yetkisi yoktur. Bu durumda dosyayı en yakın askeri mahkemeye göndermek zorundadır. Askeri ceza muhakemesinde, itiraz incelemesi yetkisi en yakın askeri mahkeme tarafından yapılabilmekte olup, bazen bu mahkemeler arasında yüzlerce km. uzaklık olabilmekte ve itiraz incelemesi gecikebilmektedir. Askeri mahkemelerin örgütlenme biçimi değiştirilerek, toplu mahkemeler olan askeri mahkemelerin tek hakimli olarak aynı garnizonda birden fazla askeri mahkeme kurulmak suretiyle itiraz incelemesinin hızlandırılabilceğini düşünüyorum. Bu durumda kurul olarak yapılması gereken yargılamalarda da bu mahkemelerdeki hakimlerin bir araya gelmesini sağlayacak düzenleme de yapılabilir.

b. Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz

Tutuklama isteminin reddine ilişkin karara karşı askeri savcı ile teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askeri kurum amiri itiraz edebilir (As.MKYUK Md. 74/2). Askeri savcının veya komutanın, tutuklama isteminin reddine ilişkin verilen karara itiraz edebilmesi için tutuklama isteminin kendisinden gelmesi zorunlu değildir. Askeri savcı veya komutan tutuklama isteminde bulunmasa bile, birbirlerinin tutuklama isteminin reddine ilişkin verilen karara itiraz edebilirler.

İtiraz üzerine, en yakın olan askeri mahkeme istemi kabul ederek, tutuklamaya karar verdiğinde, bu karara da verilen ilk tutuklama kararı olması nedeniyle itiraz edilmesi olanaklıdır. Kişinin tutuklanmasına ilişkin bu karara itiraz

edebilmesi, Anayasa ile güvencelenmiş olan kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığına verilen önemin bir göstergesidir¹³⁸.

As.MKYUK' un 74/5. Md.' sinde "itirazı inceleyen mahkeme, şüpheli veya sanığın tutuklanmasına karar verdiği takdirde" deyimi geçmekte olup, ilk anda itiraz mahkemesinin giyabi tutuklama kararı verip veremeyeceği sorusu akla gelmektedir. Ancak 5530 SK' nın gerekçesi¹³⁹ ve 5320 SK' nın 5. Md.' sinde mülga CUMK döneminde verilen giyabi tutuklama kararlarının yakalama emrine dönüşeceği açıkça belirtilmesi karşısında bu durumda itiraz mahkemesinin yakalama emri düzenleyeceğinin kabulü gerekir kanısındayım.

c. İtiraz Mercii

Tutuklama kararına itiraz edilmesi halinde, en yakın askeri mahkeme tarafından duruşmasız işlere ait bir karar verilmektedir (As.MKYUK Md. 204/3). Dolayısıyla, şüpheli, sanık veya müdafii tutukluluğa ilişkin itirazın incelenmesi sırasında hazır bulunamamaktadırlar. Bu durumun büyük bir eksiklik olduğu ileri sürülmektedir¹⁴⁰. İtiraz incelemesi sırasında şüphelinin ya da sanığın müdafininin hazır bulunması ve itiraz incelemelerinin duruşmalı yapılması gereği vurgulanmıştır¹⁴¹.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sanığın veya hukuki temsilcisinin yokluğunda, sadece savcılık makamının dinlenmesinden sonra tutuklama kararının verilmesini öngören bir usulün, "silahların eşitliği" ilkesine aykırı düştüğünü kabul etme eğilimindedir. Ancak, sanığın salıverilme isteminin incelenmesi sırasında "silahların eşitliği" ilkesi uygulanmaz. Çünkü, adil yargılanma şartı, suç isnadının karara bağlanması ile sınırlıdır. Ayrıca, salıverilme isteminin incelenmesi sırasında

¹³⁸ Muhtar M. Çağlayan, Tevkif Kararına Vukubulan İtiraza İlişkin Yargıtay Altıncı Ceza Dairesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, Adalet Dergisi, Sayı: 8, Ankara, 1970, s. 498

¹³⁹ "... bu zorunluluk kapsamında 29.06.2006 tarih ve 5530 sayılı Kanunla, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen terimler aynen benimsenmiş, söz konusu kanundaki düzenlemelere benzer ve aynı hükümlerin tekrarı yerine askeri yargılama usulündeki hükümler yürürlükten kaldırılarak bu hükümler için Ceza Muhakemesi Kanununa atıf yapmak suretiyle paralellik sağlanmıştır" Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, Genelkurmay Basımevi, Ankara , 2006, s. 1

¹⁴⁰ Tosun, s. 864

¹⁴¹ Centel, Müdafii, s. 99

“alenilik”, genellikle sanık kimselerin çıkarına değildir¹⁴². Bu suretle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çok kısa sürede karar alınabilmesini amaçlamıştır. Ancak, “çok kısa süreyi” adil karar alabilecek ölçüde bir süre olarak algılamak faydalı olacaktır¹⁴³.

Tutuklama kararına itiraz edilmesi sonucunda, itirazı inceleyen mahkemenin itirazı yerinde bularak kişiyi salıvermesi durumunda, verilen bu karar kesindir. Dolayısıyla, yeni bir tutuklama nedeni olmadıkça kişinin tekrar tutuklanmaması gerekir¹⁴⁴.

Tutuklama kararlarına karşı itiraz halinde izlenecek usul, yasamızda ayrıntılı olarak yer almışsa da, itirazın sonuçlandırılması bakımından bir süre sınırlandırılması öngörülmemiştir. Bu durumun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre önemli bir eksiklik olduğu belirtilerek, süre belirlenmek suretiyle kişinin en kısa sürede özgürlüğüne kavuşturulmasının sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴⁵. Sürenin belirlenmesi, kanımca, askeri yargı bakımından son derece önemli bir güvence oluşturacaktır. Çünkü kararına itiraz edilen ve itirazı inceleyecek askeri mahkemeler genellikle farklı şehirlerde bulunmaktadır.

Tutuklama kararına veya tutuklama isteminin reddine dair verilen karara itiraz edildiğinde, itirazı inceleyen mahkeme sadece var olan tutuklama nedenleri ile bağlı değildir. İtirazı inceleyen mahkeme, inceleme sonucunda, tutukluluğun devamına ya da kaldırılmasına karar verebileceği gibi, tutuklama nedenini de değiştirebilir¹⁴⁶.

As.MKYUK’ un 80/4 Md.’ si uyarınca Anayasa ve kanunda yazılı süreler içinde, kişinin askeri mahkeme önüne çıkarılma olanağı olmadığı takdirde en yakın sulh ceza hakiminin verdiği tutuklama kararına karşı hangi mahkemeye itiraz edilebileceği konusunda açık bir hüküm yoktur. Uygulamada sulh ceza hakiminin verdiği tutuklama kararı soruşturma sırasında verilmiş ise, soruşturmayı yürüten askeri savcının refakatinde bulunduğu komutanın teşkilatında kurulan askeri mahkemeye, kovuşturma sırasında verilmiş ise, kovuşturmayı yürüten askeri mahkemeye en yakın askeri mahkemeye itiraz yapılmaktadır.

¹⁴² AİHM, 27.06.1968, Neumeister/ Almanya, Osman Doğru, İnsan Hakları Kararları Derlemesi, Cilt: 1, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 74

¹⁴³ Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İÜHF Yayını, İstanbul, 1982, s. 197

¹⁴⁴ Tosun, s. 866

¹⁴⁵ Donay, s. 199

¹⁴⁶ Centel, Müdafii, s. 99

E. TUTUKLULUĞUN DEVAMININ İNCELENMESİ

Tutukluluğun devamının incelenmesini soruşturma ve kovuşturma evrelerinde olmak üzere ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1. Soruşturma Sırasında İnceleme

Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, askeri savcının istemi üzerine tutuklama kararını veren askeri mahkeme tarafından 71. Md. hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir. Bu karar şüpheliye tebliğ edilir. Tutukluluk halinin incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir. İnceleme tarihinde askeri mahkemenin vereceği karara karşı, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kit' a komutanı veya askeri kurum amiri, askeri savcı ve şüpheli,  gün içinde kararı veren askeri mahkemeye en yakın askeri mahkemede itiraz edebilir. İtirazı inceleyen askeri mahkemenin vereceği karar kesindir.

As.MKYUK' un 78. Md.' si 5530 SK ile kaldırılmadan önce, askeri savcının tutuklu sanığı serbest bırakabilmesi için ya şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi ya da soruşturmanın niteliğine göre tutukluluk halinin devamına gerek görmezse, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanın uygun görüşünü alması gerekiyordu. Yeni düzenlemeyle askeri savcının tutuklu şüpheliyi kendiliğinden serbest bırakabilmesi konusunda, As.MKYUK' un Ek 1. Md.' si gereğince CMK' nın 103/2. Md.' si uygulama alanı bulacak ve askeri savcı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde veya tutuklamanın gereksiz olduğu kanısına varılması durumunda şüpheliyi kendiliğinden serbest bırakabilecektir.

2. Kovuşturma Sırasında İnceleme

As.MKYUK' un 75/4. Md.' sine göre askeri mahkeme, tutuklu bulunan sanığın duruşmasında, tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğini , her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde davanın açılmasından hükmün

kesinleşmesine kadar askeri savcı veya sanığın istemi üzerine veya kendiliğinden inceleyerek karara bağlar.

Burada kovuşturma sırasında askeri mahkeme tarafından tutukluluk haliyle ilgili verilen kararlara itiraz hakkının olup olmadığı gündeme gelmektedir. As.MKYUK' un 75/3. Md.' sinde soruşturma sırasında askeri mahkemenin tutukluluğun devamı konusunda verdiği kararlara itirazın mümkün olduğu açıkça belirtilmiş olmasına karşın, 75/4. Md.' de kovuşturma sırasında verilen bu türden kararlara karşı itiraz edilebileceği düzenlenmemiştir. As.MKYUK' un Ek 1. Md.'sinde bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK' nın hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak kovuşturma sırasında verilen tutukluluk haliyle ilgili kararlar 75. Md.' de açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla kovuşturma sırasında askeri mahkemenin sanığın tutukluluk haliyle ilgili verdiği kararlara adli ceza muhakemesinden farklı olarak itiraz edilemeyecektir.

3. Temyiz Aşamasında İnceleme

Tutuklu bulunan sanık hakkındaki kararın temyiz edilmiş olması nedeniyle, tutukluluğunun ne şekilde ve hangi aralıklarla inceleneceğine ilişkin kanunda bir açıklık yoktur. Ancak, tutuklu bulunan kişinin tutuklu kaldığı süre, şartla salıverme süresini karşılayacak şekilde olduğunda ve sanık şartla salıverilmeye hak kazandığında, Askeri Yargıtay' ın istikrar bulan içtihatları doğrultusunda, kararı veren askeri mahkeme tarafların istemi üzerine veya kendiliğinden evrak üzerinden inceleme yaparak tutuklama kararını geri alabilecektir¹⁴⁷.

Uygulamada Askeri Yargıtay, temyiz incelemesi sırasında sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediğini incelemekte, şartlar gerçekleştiğinde bozma nedenine göre sanığın tahliyesine karar vermektedir¹⁴⁸. Kanımca As.MKYUK' un ek 1. ve CMK' nın 104/3. Md.' si göz önünde bulundurulduğunda Askeri Yargıtay' ın incelemesine gönderilen bir dosyada tutuklu sanığın tahliyesi gerektiğinde Askeri Yargıtay tarafından tahliye kararı verilebilecektir. Ayrıca tutuklama nedenleri ortadan kalktığında, temyiz aşaması sırasında davayı gören askeri mahkeme de sanığın tahliyesine karar verebilir.

¹⁴⁷ (As.Yrg.Drl.Krl.K., 24.03.1986/ 112-79 gün ve EK; As.Yrg.Drl.Krl.K., 25.03.1986/ 43-34 gün ve EK; As.Yrg.1.D, 26.11.1986/ 251-232 gün ve EK), Özbakan, Cilt: 1, s. 77-78

¹⁴⁸ (As.Yrg., 4.D, 11.11.1997/ 199-434 gün ve EK), (Askeri Yargıtay kütüphanesinden)

As.MKYUK' un 132. Md.' sinde, 5530 SK ile kaldırılmadan önce, 71. Md.' de yazılı hallerde hükümle beraber tutuklama kararı verilebileceği belirtilmişti. Metnin ilk halinde hükümle beraber tutuklama kararlarına karşı kanun yollarına başvurma konusunda sorunlar çıkmıştı. Bazı askeri mahkemeler hükümle beraber verilen tutuklama kararlarına itiraz edilemeyeceği düşüncesiyle dosyaları itiraz mercilerine göndermemişlerdi. Ancak Askeri Yargıtay kararlarında bu durumda da itiraz kurumunun işleyeceğini belirtmişti¹⁴⁹.

F. TUTUKLULUK SÜRESİ

Mülga CMUK' un 110/1. Md.' sinde, 1992 yılında 3842 SK ile yapılan değişiklik sonucu tutuklulukta geçecek süre hazırlık soruşturmasında en fazla altı ay, kamu davasının açılması halinde ise daha önce hazırlık soruşturması sırasında tutuklu olarak geçirilen süre dahil olmak üzere en fazla iki yıl süreyle sınırlandırılmıştı. Ancak bu düzenleme As.MKYUK' a yansıtılmadığı için As.MKYUK' da 5530 SK ile yapılan değişikliğe kadar askeri ceza muhakemesinde tutukluluk için bir süre öngörülmemişti. Şu anda As.MKYUK' un Ek 1. Md.' si gereğince askeri ceza muhakemesinde de CMK' nın 102. Md.' si uygulama alanı bulacağından, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi bir yıl olacak, bu süre zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilecek, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise tutukluluk süresi en çok iki yıl olarak uygulanacak, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek üç yıl daha uzatılabilecektir. Ayrıca CMK' nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun' un 12. Md.' sine göre 102. Md.' de yazılı süreler aynı Kanun' un 250/1-c Md.' sinde yazılı suçlarla, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından 01.04.2008 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Bilindiği gibi askeri ceza muhakemesinde, adli yargı gibi, sulh ceza-asliye ceza-ağır ceza mahkemesi ayrımı bulunmamakta, As.MKYUK' un 9. Md.' si kapsamındaki eylemler askeri mahkemeler tarafından yargılanmaktadır. Askeri ceza muhakemesinde As.MKYUK' un 19. Md.' sinde tek hakimle ve kurulla bakılacak işler ayrımı olup, subay ve astsubayların işledikleri suçlar ile diğer kişiler tarafından

¹⁴⁹ Fevzi H. Esatoğlu, Hüküm İle Birlikte Tutuklama, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 10-11-12, İstanbul, 1983, s. 439

işlenmiş olup, üst sınırı üç yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçların yargılaması kurulla, diğer suçların yargılaması tek hakimle yapılmaktadır. Dolayısıyla kanımca CMK' nın 102. Md.'sindeki tutukluluk süresini dikkate alırken, eylemin As.MKYUK' un 19. Md.' si gereğince tek hakimle mi yoksa kurulla mı yargılandığı değil, eylemin 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleriyle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun gereğince hangi mahkemenin yargı yetkisine girdiği göz önünde bulundurularak tutukluluk süresi hakkında bir karara varılmalıdır.

G. TUTUKLUNUN HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Genel Olarak

As.MKYUK' un 244. Md.' sinde kural olarak cezalar ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında aksine hüküm bulunmaması durumunda 5275 sayılı CGTİK' in uygulanacağı, cezaların askeri ceza ve tutukevlerinde ne şekilde infaz edileceğinin MSB' liği tarafından çıkarılacak yönetmelikte gösterileceği belirtilmektedir.

Tutuklama kararına dayanılarak tutuklanan kişi sanık durumunda olup, hükümlü değildir. Dolayısıyla, suçu işlediği kesin hükümlü saptanıncaya kadar sanık "masum" sayılacaktır. Bu itibarla tutuklunun cezaevleri yerine, tutukevine götürülmesi ve orada alıkonulması, tutukluluğun infazının cezanın infazına benzer şekilde düzenlenmemesi gereklidir. Ancak askeri cezaevleri ve tutukevleri ayrı ayrı kurulmayıp, tek çatı altında kurulmuşlardır. Bu nedenle tutuklanan kimsenin mümkün olduğu kadar ayrı bir yere konulup, ayrı bir odada bulundurulacağı belirtilmiştir (As.MKYUK Md. 76/1).

Bu konuya As.MKYUK' un 244. Md.' sine dayanılarak çıkarılan Askeri Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelikte' de (ACTY) aynı şekilde yer verilmiş olup, hükümlü ve tutukluların birbirleri ile temasına izin verilmeyeceği, ayrı yerleştirmenin mümkün olduğu kadar ayrı bölümlerde, bu mümkün olmadığında ise, ayrı odalarda bulundurulacağı belirtilmiştir (ACTY Md. 46). Böylece, kanun koyucu, uygulamada da görüldüğü gibi, ayrı odaya da razı

olduğunu belirtmiştir¹⁵⁰. Ayrı oda ile, tutuklanan her sanık için ayrı odanın amaçlandığı da ileri sürülmüştür¹⁵¹.

Askeri veya sivil yargı organlarınca asker kişiler hakkında verilen tüm tutuklama kararlarının infaz yeri, sanıklar asker kişi sıfatını taşıdıkları sürece, askeri tutukevleridir (As.CK Md. 39/C-4). Asker kişi olan tutuklu sanığın, genel cezaevlerinde infazı gerekli olan özgürlüğü bağlayıcı cezasının infazı, tutukluluk hali durdurulmak suretiyle askeri cezaevlerinde yapılır. Dolayısıyla, tutuklu ve hükümlüler askeri ceza ve tutukevinde hem birlikte kalmakta, uygulamada çoğu zaman tutukluların hükümlülerden ayrı bulundurulması olanağı bulunmayabilmektedir. Oysa, tutukluların bile suçlandıkları suçun niteliğine göre sınıflara ayrılması ve bu sınıfların da birbirleri ile görüştürülmemesi gerekir¹⁵².

Sivil kişilerin askeri ceza ve tutukevlerine konulmalarıysa, ancak savaş ve sıkıyönetim durumlarında olanaklıdır (As.CK Md.39/C-5). Ancak TSK' da görevli sivil personel asker kişi sayıldığından, bu kişilerin tutuklanmaları durumunda askeri ceza ve tutukevine konulması olanaklıdır.

2. Tutuklunun Hakları

Tutuklular hükümlülerden farklı işleme tabi olmakla birlikte, ancak tutuklama ile gözetilen amacı ve tutukevinin düzenini sağlayacak kadar tutuklu hakkında kayıtlama yapılması mümkündür. Tutuklu istediği takdirde, tutukevinin düzen ve emniyetini bozmamak ve tutuklanmasındaki amaç ile uygun olmak şartıyla servet ve durumuna göre kendisi masraf ederek istirahat ve uğraşısını düzenleyebilir (As.MKYUK Md. 76/2). Bu durum, masumluk karinesinden ve tutuklamanın olası cezanın önceden çektirilmesi anlamını taşıyamaması gerekliliğinden doğmaktadır¹⁵³. Tutuklu hakkında, ancak tutuklama ile gözetilen amacı sağlayacak kadar sınırlama yapılabileceği konusu, tutuklama kararında yer alan tutuklama nedenleri olarak değerlendirilebilir. Ancak, tutuklama nedenleriyle yapılacak kısıtlamanın ölçüsünü cezaevi görevlilerinin belirlemede güçlük olduğu da unutulmamalıdır.

¹⁵⁰ Tosun, s. 858

¹⁵¹ Erem, s. 453

¹⁵² Feyyaz Gölcüklü, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama ve Tevkif), Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1958, s. 122.

¹⁵³ Centel, Müdafii, s. 105

Ayrıca tutuklunun müdafii ile her zaman görüşmesi ve haberleşmesi mümkündür. As.MKYUK' un 91. Md.' si 05.10.2006 tarih ve 5530 SK ile yürürlükten kaldırılmadan önce, iddianamenin askeri mahkemeye verilmesine kadar tutuklulukta geçen süreçte bazı kısıtlamaların yapılması mümkündür. Askeri savcı, sanığın bilmesini uygun görmediği hususların sanığa bildirilmesini yasaklayabiliyor, askeri savcının bu kararına karşı askeri mahkemede itiraz edilebiliyordu. Askeri savcı, tutuklama nedenine göre, sanık ile müdafinin görüşmesinde hazır bulunabiliyordu. Mülga CMUK' ta bulunan benzer nitelikteki hüküm, 3842 SK' yla yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, kötüye kullanım halinde yapılması gerekli düzenleme yapılmaksızın, Avukatlık Kanunu' nda yer alan yetersiz düzenlemeler ile yetinilmiştir. Bu durum ise, denetimin kaldırılmasına ve sanığın kayırılmasına yol açtığından eleştirilmiştir¹⁵⁴.

Ancak belirtilen maddenin kaldırılmasından sonra As.MKYUK' un ek 1. Md.' si gereğince CMK' nın 154. Md.' si askeri ceza muhakemesinde de uygulama alanı bulacak ve tutuklu vekaletname aranmaksızın müdafiiyle her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilecek ve cezaevi idaresi tarafından sanığın müdafii ile görüşmesinin hiçbir zaman dinlenmemesi gerekecektir. Yine aynı şekilde şüpheli veya sanığın müdafiiyle yazışmaları da denetime tabi tutulamayacaktır.

3. Tutuklunun Yükümlülükleri

CGTİK' in 114. Md.' sinde tutuklulardan çalışmalarının istenebileceği, ancak buna zorunlu tutulamayacakları düzenlenmiştir. ACTY' nin 51. Md.' sinde ise, tutuklu ve hükümlüler bakımından bir ayırım yapılmaksızın, tutukluların da teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanın emriyle, sağlık durumunu bozmamak ve ceza amacı gütmemek kaydıyla ağır işlerde çalıştırılabilmesine olanak tanınmıştır (ACTY Md. 51). Tutukluların çalışma yükümlülüğünün kaldırılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁵⁵.

Ayrıca, tutuklular askeri cezaevinde buldukları sırada hükümlülerle aynı şekilde tek tip elbise giymektedirler. Tutuklanan asker kişinin cezaevinde

¹⁵⁴ Öztürk, Erdem ve Özbek, s. 655

¹⁵⁵ Centel, Müdafii, s. 123

bulunmaması halinde askeri üniforma giymesi durumu söz konusu olduğuna göre, sanığın cezaevinde bulunduğu sırada bu şekilde kısıtlama getirilmesi yerindedir. Aksi düşünülmediğinde, üniformalı ve rütbeli olan tutuklunun, kendisinden daha ast rütbeli asker gardiyana teslim edilmesi sonucu doğacaktır.

Tutuklu olan sanığın dış dünya ile olan ilişkisi, yönetmelikle düzenlenmiştir. Tutuklu ve hükümlüler bakımından hiçbir farklılık öngörülmemiştir. Bu durum önemli bir eksiklik oluşturmaktadır. Tutuklu, henüz suçluluğu kesin olmayan bir kişi olduğundan, onun hakkında yapılacak özgürlük sınırlamalarının, tutuklamanın amacı ile bağdaşır olması gereklidir. Tutuklunun mektuplaşmasında, telefon görüşmesinde ve ziyaretçi kabulü ile onunla görüşmesinde, tutuklama nedenleri ile çoğu zaman bağdaşmaz nitelikte olan standart sınırlamalar söz konusudur. Tutukluya gelen tüm mektuplar cezaevi idaresince incelenmekte, sakıncalı yerleri çizilmekte ya da verilmemekte aynı kontrol gazete, kitap gibi eserlerde de yapılmaktadır (ACTY 66-70. Md.)

Tutuklu, tutukevinde ciddi bir tehlike teşkil ettiği veya diğer tutukluların emniyeti için gerekli görüldüğü veya intihara veya kaçmaya kalktığı veya bu yolda hazırlıkta bulunduğu takdirde sağlığına zarar vermeyecek tedbirler alınabilecektir (As.MKYUK Md. 76/3). Ayrıca, ACTY' nin 82. Md.' sine göre, askeri ceza ve tutukevi müdürünün gerek görmesi halinde, tutuklulara sevk sırasında kelepçe takılabilir. Kanımca kelepçe takma işleminin CMK' nın 93. Md.' sinde olduğu gibi bir takım objektif kriterlere bağlanması gerekir. Sonuçta kelepçe takılması onur kırıcı bir durumdur.

Askeri ceza ve tutukevlerinde bulunan tutuklulara verilebilecek disiplin cezaları konusunda da, 5275 sayılı CGTİK' e paralellik sağlanmıştır. Tutuklulara uyarma, kınama, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve hücreye koyma cezaları verilebilir. Uyarma ve kınama cezaları müdür tarafından, diğer disiplin cezaları askeri mahkemenin hakim sınıfından bir üyesi tarafından verilir. Askeri mahkemenin, disiplin cezası hakkında vereceği karar kesindir. Acil hallerde disiplin cezasının müdür ya da askeri savcı tarafından uygulamasına başlanır ve derhal askeri mahkemenin onayına sunulur. Kanımca burada da derhal kriteri yerine bir süre kriteri getirilerek, örneğin; 24 saat

içinde askeri mahkemenin onayına sunulur denilmek suretiyle daha güvenceli bir sistem benimsenebilirdi.

Bundan başka tutukluların As.CK' nın 24. Md.' sinin kıyasen uygulanmasıyla emir veremeyecekleri ve genel hizmet yapamayacakları da kabul edilmektedir¹⁵⁶.

H. TUTUKLULUK HALİNİN SONA ERMESİ

1. Soruşturma Sırasında

Soruşturma sonunda askeri savcı kamu davası açılmasına gerek olmadığını değerlendirerek kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir. Bu durumda, tutuklama kararı da hükümsüz kalacaktır (As.MKYUK ek Md. 1, CMK Md. 103/2). Artık bu kararlar hakkında kamu davası açılmayan sanığın suçluluğu hakkında kuvvetli belirtilerin olmadığı düşünülmelidir. Askeri savcı verdiği kararlarla birlikte tutuklu şüphelinin derhal salıverilmesini sağlar.

Mahkeme kararı ve tutuklanan kişinin, mahkeme kararı olmaksızın salt askeri savcı tarafından verilen bir kararla salıverilmesi, ilk bakıldığında bir çelişki olarak görülebilir¹⁵⁷. Oysa, askeri savcının vermiş olduğu kararlar muhakeme yapılabilmesini sağladığı gibi, muhakeme yapılmasını önlediği de bir gerçektir. Bu nedenle, sadece muhakemenin yapılabilmesi için tutuklanan kişinin, muhakemenin yapılamayacağı halde koruma tedbirine tabi tutulmasına devam edilmesi kabul edilemez¹⁵⁸.

2. Kovuşturma Sırasında

Askeri mahkeme yargılama sonucu, sanığın beraatine veya kamu davasının düşmesine karar verdiğinde, tutuklama kararı ve ona dayanılarak çıkartılan tutuklama kararı hükümsüz kalır. Verilen bu kararın kesinleşmesi beklenmeden, tutuklu sanık derhal salıverilir. Çünkü, beraatine karar verilmiş olan sanığın yüklenen suçu işlediğine dair kuvvetli belirti de kalmamıştır. Böylece tutuklama kararı hükümsüz kalmıştır ve sanığın derhal salıverilmesi gereklidir. Ayrıca, bu kararlar

¹⁵⁶ As.Yrg. 3.D, 01.04.1997/189-188 gün ve EK, (Askeri Yargıtay kütüphanesinden)

¹⁵⁷ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000 , s. 232

¹⁵⁸ Tosun, s. 861

yargılama artık sona erdiğine göre, sanığın yargılanması sırasında gerçeğin ortaya çıkarılması veya sanık hakkında verilecek kararın infazının gerçekleştirilmesi için başvurulacak bir tutuklama tedbirinden de söz edilemez¹⁵⁹.

Aynı şekilde, muhakeme şartı gerçekleşmediği için verilen durma ve düşme kararları sonucunda da tutuklama kararları hükümsüz kalır. Verilen bu kararın kesinleşmesi beklenmeden, tutuklu sanık derhal salıverilir. Bunun yanında, mahkumiyet kararı verilmekle birlikte, bu cezanın ertelenmesi de aynı sonucu doğurur¹⁶⁰. Kanımızca, mahkumiyet hükmünün seçenek yaptırıma çevrilmesi ya da CMK' nın 223. Md.' sinde belirtilen ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi ve davanın reddi halinde de aynı sonuca ulaşmak gerekir.

Askeri savcının veya başka bir ilgilinin, askeri mahkeme tarafından verilen bu kararlar aleyhine kanun yollarına başvurusu, tutuklunun serbest kalmasını önlemez. Bunun aksini kabul etmek, yargılama makamlarının vermiş olduğu kararların etkisiz kılınması sonucunu doğurur. Bu durum ise kabul edilemez¹⁶¹.

Yargılama sonucu, sanık hakkında özgürlüğü kaldırıcı cezaya karar verilip, bu karar kesinleştiğinde, tutukluluk hali kendiliğinden sona erer ve hükmün infazına geçilir. Bu şekilde sanığın cezaevindeki tutuklu sıfatı sona erer ve hükümlü sıfatından dolayı hakkında uygulanan infaz rejiminde değişikliğe gidilir.

I. ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNDE ADLİ KONTROL ve ADLİ KONTROL YERİNE UYGULANABİLECEK TEDBİRLER

As.MKYUK' un Ek 1. Md.' sinde açıkça CMK' nın adli kontrole ilişkin 109-115. Md.' lerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla askeri ceza muhakemesinde adli kontrol tedbirlerine hükmetmek olanağı yoktur. Aslında askeri ceza muhakemesinin barışta çok daha sınırlı oranda olmasına rağmen, özellikle sıkıyönetim ve savaş hallerinde siviller üzerine de yayılabilen etkisi göz önünde bulundurulduğunda, adli kontrol tedbirlerine yer verilmesi daha yerinde olurdu. Ayrıca her ne kadar er-erbaşların kendilerine günlük çarşı izni verilmemesi halinde kışlalarda bulunmak zorunda oldukları düşünülebilirse de, adli kontrol tedbirinin tek

¹⁵⁹ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 320

¹⁶⁰ Kunter veYenisey, s. 620

¹⁶¹ Tosun, s. 862

amacının kaçmayı önlemek olmadığı, delilleri karartmak ya da etkilemenin de adli kontrolün bir amacı olabileceği düşünülürken er-erbaşılar için özel nitelikli – örneğin, kışla dışına günlük izin verilmemesi gibi – bazı tedbirlerin As.MKYUK’ da düzenlenebileceği, ordunun sadece er-erbaşılarından oluşmadığı, ayrıca tüm askerlerin silahlı bir güç olduğu gerçeği dikkate alındığında, silahını teslim etme gibi adli kontrol tedbirlerinin ya da kaçma şüphesi olan bir askerin her türlü veya bazı taşıtları kullanamaması ve sürücü belgesini teslim etme gibi adli kontrol tedbirlerine uymasının istenmesinin makul ve tutarlı olacağı, işlenen suç nedeniyle bir mağdur olabileceği ve bu mağdurun haklarının güvence altına alınabileceği, özellikle er-erbaşılar arasında bazılarının sivil yaşamlarında alıştıkları uyuşturucu ve alkol bağımlılığı nedeniyle suç işleyebilecekleri ve işledikleri suçlar nedeniyle yapılan soruşturma veya kovuşturma sırasında hastaneye yatmak dahil, tedavi tedbirlerine hükmedilebileceği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, As.MKYUK’ ta da CMK’ daki adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasına olanak sağlanması, ancak askerlik hizmetinin gereği olarak bazı adli kontrol tedbirlerinin uygulanmayacağına ilişkin istisna konulabileceği, ayrıca yine askerlik hizmetinin niteliği gereği olarak bazı farklı kontrol tedbirlerinin de düzenlenebileceği kanısındayım. Zaten asker kişilerin askeri ceza muhakemesine tabi olmayan suçlarında yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda CMK’ daki adli kontrol tedbirlerinin uygulanabilecek olmasının kanımızı güçlendirdiği de ortadadır. Nitekim Fransa’ da 24.12.1971 tarihinde yapılan değişiklikle askeri ceza muhakemesinde de adli kontrol tedbirlerinin uygulanması olanağı getirilmiştir¹⁶².

Askeri ceza muhakemesinde adli kontrol tedbirlerinin uygulanamaz olmasına rağmen adli kontrol tedbiri yerine öngörülebilir başka bazı tedbirler vardır. Bunlar açığa alınma, işten el çektirme ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu’ nun 22. Md.’ si gereğince yurt dışına çıkarmama tedbirleridir. Açığa alınma tedbirinde TSK’ da görevli subay ve astsubaylar hakkında belli suçlardan cezai kovuşturma yapıldığında, ilgili bakanlık açığa alma kararını verebilecektir (926 sayılı TSK Per. K. Md. 65). Yüz kızartıcı suçlar veya taksirli suçlar hariç olmak üzere beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlar nedeniyle haklarında kamu davası açılanlar hakkında bu tedbire başvurulabilir. Ayrıca As.CK’ da düzenlenen emre itaatsizlikte ısrar, üste veya amire fiilen taarruz, üste veya amire hakaret, mukavemet suçlarında öngörülen ceza miktarına bakılmaksızın bu tedbirin uygulanmasına karar verilebilir. Disiplin

¹⁶² Roger Merle ve Andre Vitu, Traite de Droit Criminel, Troisième Edition, Paris, 1979, s. 455

soruşturmalarında bu kararın verilmesi olanaklı değildir. Açığa alınanlara bu sürede, aylıklarının üçte ikisi verilir. As.MKYUK' un 84. Md.' sinde de geçici olarak işten el çektirme tedbiri düzenlenmiştir. Buna göre askeri savcı, asker kişi olan bir şüphelinin yapılan soruşturma dolayısıyla geçici olarak işten el çektirilmesini gerekli görürse, bu konuda karar verilmesini teşkilatında askeri mahkeme kurulan yetkili kıt' a komutanı veya askeri kurum amirinden ister. Kıt' a komutanı veya askeri kurum amiri bu konuda en geç üç gün içinde kararını verir ve sonucunu askeri savcıya bildirir. Madde gerekçesinde, bu hükmün tutuklamadan ve açığa alınmadan daha hafif bir tedbir olduğu, soruşturmanın esneklikle yürütülmesine olanak sağlamak amacıyla kabul edildiği belirtilmiştir. Ayrıca karar verecek makamın, askeri gerekleri göz önüne alarak bu tedbir yerine, bu tedbirle amaçlanan amaçları elde edebilmek için diğer idari tedbirleri alabileceği de vurgulanmıştır¹⁶³. Açığa alınmanın başlangıcı, açığa alınmaya ilişkin bakanlık onayının ilgili personele tebliğ tarihi, açığın kaldırılması ise bakanlık onay tarihidir¹⁶⁴. İşten el çektirme işlemi açığa çıkarma demek olmadığından, işten el çektirilen sanığın mali hakları etkilenmez, maaşını eskisi gibi almaya devam eder. Ancak bu süre içinde görevinin başına gelemmez. Aksine hüküm olmadığı için işten el çektirme tedbiri disiplin subayının istemi üzerine teşkilatında disiplin mahkemesi kurulan komutan tarafından da uygulanabilir¹⁶⁵.

İ. ASKERİ CEZA MUHALEMESİNDE TUTUKLULUĞUN MAHKUMİYETTEN İNDİRİLMESİ ve HAKSIZ TUTUKLAMADAN DOĞAN ZARARLARIN GİDERİLMESİ

Askeri ceza muhakemesinde de tutukluluğun mahkumiyetten indirilmesi konusunda TCK' nın 63. Md.' si uygulama alanı bulmakta ve bu konuda adli ceza muhakemesiyle tam bir paralellik gözlenmektedir. Askeri ceza muhakemesinde başka suçtan tutuklu kalınan sürenin indirilmesinde her iki yargılamanın askeri yargıda yapılmış olması aranmamaktadır¹⁶⁶. Ayrıca tutukluluğun indirilmesi durumunda kişinin eksik ödenen mali haklarını isteme hakkı yoktur¹⁶⁷.

¹⁶³ Kerse, s. 277

¹⁶⁴ Polatcan, s. 588

¹⁶⁵ Erman, Askeri Ceza, s. 440

¹⁶⁶ " Sanığın tutuklamaya neden olan suç ve mahkumiyete neden olan suç nedeniyle askeri yargıda veya sivil yargıda yargılanmış olmasının indirim açısından bir önemi yoktur. Askeri yargı tarafından verilmiş mahkumiyet hükmünden sivil yargı tarafından verilmiş tutuklamanın indirilmesi veya bunun tersi mümkündür.", (As.Yrg. 2. D, 18.01.1968/ 84-74 gün ve EK), Hasan Bıyıklı, Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkumiyetlerinden İndirilmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Ankara, 1983, s. 278

¹⁶⁷ "Davacının kesinleşen 14 günlük mahkumiyet süresinin tutukluluk süresinden indirilmesi bir infaz işlemi olup, bu süre için 926 SK' nın 65/h Md.' si uyarınca davacıya maaş ile hizmet ve makamına

Askeri ceza muhakemesinde haksız tutuklamadan doğan zararların giderilmesi konusunda da adli ceza muhakemesine tam bir paralellik gözlenmektedir. As.MKYUK' un Ek 1. Md.' si gereğince askeri ceza muhakemesinde de CMK' nın tazminat ile ilgili 141. vd. Md.' leri uygulama alanı bulmaktadır.

Mülga 466 sayılı Kanun döneminde, bu Kanun'un 6. Md.' sine göre disiplin yönünden yapılan tutuklamalarda 466 SK' nın uygulanmayacağı düzenlenmekteydi. Oysa askeri mahkemeler askeri disiplinin korunması nedeniyle tutuklama kararı verebilmektedirler. O zaman ki düzenlemeye göre, bu nedenle verilen tutuklama kararlarından dolayı tazminat ödenmesinin olanaksız olduğu izlenimi doğmaktaydı. Bu durum ise tazminat ödemenin niteliğiyle bağdaşmamaktaydı. Dolayısıyla askeri disiplinin korunması nedeniyle tutuklama kararı verilmiş olsa bile, şartları oluştuğunda zararın giderilmesi gerekirdi kanısındayım.

Mülga 466 SK da yer alan bu düzenlemeyi disiplin suçları bakımından kabul edenler, disiplin suçları nedeniyle yargı kararı verilmediğini ve idari bir kararın söz konusu olduğu görüşündedirler¹⁶⁸. Ancak 477 sayılı Dis.Mah.K.' ya göre kurulan disiplin mahkemelerinde tutuklama kararı verilip verilemeyeceği tartışmalı olmakla beraber, disiplin mahkemelerinin verdiği kararlar birlikte infaza hükmedebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu aslında bir hükmen tutuklamadır. Ayrıca As.CK' nın 169. Md.' sine göre üstün geçici tutuklama yetkisi bulunmaktadır. CMK' nın 141. Md' sinde, artık mülga 466 SK' daki gibi disiplin nedeniyle yapılan tutuklamalardan dolayı tazminat ödenmeyeceğine dair bir düzenleme olmadığı gibi, suç soruşturması sırasında kanuni gözaltı süresi içinde hakim önüne çıkarılmayan, yakalama nedenleri ve hakkındaki suçlama kendilerine açıklanmayan, hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen, eşyalarına koşulları oluşmadığı halde el konulan kişilerin tazminat isteme haklarının bulunduğu açıkça düzenlenmiş olup, belirtilen bu işlemler genelde idari mercilerce yapılabilecek keyfi işlemlerdir. Dolayısıyla yeni kanun döneminde disiplin mahkemelerince yapılacak tutuklamalar ile üst tarafından yapılacak keyfi geçici tutuklamaların da, CMK' nın 141. Md.' si gereğince tazminat istemine konu oluşturabileceği kanısındayım. Hakeri tarafından da mülga 466 SK'

ilişkin ödenek ve tazminatların ödenmemesinde yasaya aykırılık yoktur", (AYİM 1.D, 26.09.1978 gün ve 1977/878 E, 1978/325 K), Polatcan, s. 590

¹⁶⁸ Durmuş Tezcan, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler), 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1989, s. 96

nın 6. Md.' sinin CMUK ön tasarısına alınmamış olması nedeniyle artık ceza mahkemelerince uygulanacak disiplin tedbirleri bakımından tazminat hükümlerinin uygulanacağı, ancak idari nitelikli disiplin tedbirlerinde bu düzenlemenin uygulanmayacağı belirtilmektedir¹⁶⁹. Ceza mahkemeleri, dolayısıyla askeri mahkemeler bakımından bu görüşe katılmakla birlikte, yukarıda belirttiğim nedenlerle üst tarafından ya da disiplin mahkemelerince yapılacak tutuklamalarda tazminat istenemeyeceğine ilişkin görüşe katılmamaktayım.

Ayrıca tazminat istemini karara bağlayacak mercii, tazminat isteme koşulları, tazminatın geri alınması ve tazminat istenemeyecek durumlar konularında As.MKYUK' ta özel düzenleme olmadığı için, askeri ceza muhakemesi nedeniyle doğabilecek tazminat istemlerinde de adli ceza muhakemesi hükümleri geçerli olacak ve karar adli yargı ağır ceza mahkemelerince verilecektir.

J. ASKERİ CEZA MUHAKEMESİNDE BAZI ÖZEL DURUMLAR

Askeri ceza muhakemesinde, adli ceza muhakemesine tamamen yabancı bazı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumları aşağıda inceleyeceğiz.

1. Disiplin Mahkemelerinin Tutuklama Yetkisi

Anayasanın 145 . Md.' sinde, askeri yargının askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği belirtilmiştir. Yargılama makamı, iddia makamı, savunma makamı ve yargı makamı olmak üzere üç makamdandır¹⁷⁰. 477 sayılı Kanun' a göre disiplin mahkemelerinde sadece savunma makamı usulüne göre oluşabilmektedir. Nitekim Dis.Mah.K.' nin 25. Md.' sine göre, sanık soruşturmanın her safhasında bir müdafii tutabileceği gibi, müdafii yoksa disiplin mahkemesince de müdafii tutulabilir. Dis.Mah.K. Md. 2' ye göre, disiplin mahkemeleri subay ve astsubaylardan kurulu bulunduğu ve komutanın veya askeri kurum amirinin emriyle toplandıklarından (Dis.Mah.K. Md. 17), yargı makamı usulüne göre oluşmamaktadır¹⁷¹.

¹⁶⁹ Hakan Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 174

¹⁷⁰ Kunter ve Yenisey, s. 57

¹⁷¹ Hulusi Gül, Anayasa Mahkemesi Kararlarındaki Mahkeme Kavramına Eleştirel Yaklaşım, Askeri Adalet Dergisi, Sayı: 105, Ankara, Mayıs 1999, s. 25

Askeri savcılar ve adli müşavirler arasından atanmış disiplin subayının veya bu görevi yerine getiren adli müşavir ve yardımcısının bulunmaması ya da görevini yerine getirmesine engel nedenlerin bulunması halinde, iddia makamını oluşturan disiplin subaylığı görevini diğer bir sınıf subayı yapabilir¹⁷².

Kaldı ki, disiplin mahkemelerini, karşı yöndeki Anayasa Mahkemesi kararlarına¹⁷³ rağmen mahkeme olarak kabul etmeyen görüşler vardır. Gül' e göre, disiplin mahkemeleri teminatı olmayan ve hakim niteliğinde bulunmayan kimselerden oluşmuş, bir komutanlığa veya askeri kurum amirliğine bağlı, karar ve hükümlerin tümüne temyiz yolu kapalı bir "kurul olarak" mahkeme kavramı ve kapsamı içinde yer alamazlar¹⁷⁴. Tosun' a göre de, tutuklamanın hakim tarafından yapılabileceği Anayasa' nın 19/3. Md.' sinde düzenlenmiş olduğu için hakimden başka kimsenin tutuklama yapabilmesi kabul edilemez. Böyle bir kanun Anayasa' ya aykırı olur¹⁷⁵. AİHM' in hakimlerden oluşmayan bir kurulun tutuklama yetkisi bulunup bulunmadığı konusundaki görüşüyse şu şekildedir; AİHS 5/1- c Md.' sinde de belirtilen "yetkili adli makam" ın, bağımsız, tarafsız ve kişinin keyfi suretle özgürlüğünün kısıtlanmasını önleyici güvenceye sahip bir usul izleyen hakim veya kanun tarafından adli görev yürütmekle yetkili kılınmış bir yargıçlığın bağımsız ve tarafsız olma güvencelerine sahip olması gerekir¹⁷⁶.

Disiplin mahkemelerinin tutuklama yetkisi olup olmadığı konusunda Dis.Mah.K.' da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dis.Mah.K.' nın 63. Md.' si, As.MKYUK' a genel bir yollama yaparak, Dis.Mah.K.' da aksine hüküm bulunmayan hallerde, As.MKYUK hükümlerinin disiplin mahkemelerinde de uygulanacağını belirtmiştir.

AİHS' in 5/1-a Md.' sinde belirtilen yetkili mahkeme deyimi, ceza hükmünü veren mahkemenin bazı nitelikler taşıması gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme, her şeyden önce bağımsız ve tarafsız olmalı ve yerleşmiş usul kurallarına uygun bir şekilde karar verilmelidir. Mahkemenin bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı, her olayın

¹⁷² Orhan Köprü, Türkiye'de Askeri Yargı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1988, s. 118

¹⁷³ "Disiplin mahkemesi bir askeri yargı organı olup, belirli davalara bakar. Kuruluşu, işleyişi, Anayasa'da açıklanan ilkeler uyarınca özel kanunla düzenlenir ve Anayasa hükmüyle verilmiş adı da mahkemedir." Any.Mah., 04.06.1970/ 6-29 gün ve EK, AMKD, Sayı: 8, s. 288; Any.Mah., 26.01.1978 gün ve 1977/132 E, 1978/6 K, AMKD, Sayı: 16, s. 13

¹⁷⁴ Gül, s. 25

¹⁷⁵ Tosun, s. 847

¹⁷⁶ Timur Demirbaş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 3, 1996, s. 19

kendisine özgü şartları içinde değerlendirilmelidir. AİHM, Hollanda ile ilgili Engel davasında, şikayetçi hakkında karar veren askeri disiplin mahkemesinin de, taraflara ve özellikle de yürütme organına karşı bağımsızlığı güvence altına alındığı sürece, madde anlamında yetkili mahkeme sayıldığını belirtmiştir¹⁷⁷.

Kanun, sözel olarak yorumlandığı zaman Dis.Mah.K.' da tutuklama konusunda aksine hüküm bulunmadığından, As.MKYUK' un tutuklamaya ilişkin hükümlerinin disiplin mahkemelerinde de uygulanacağı şeklinde bir sonuca ulaşılabilir. Bazı yazarlar kanunun bu düzenleme şeklinde disiplin mahkemelerinin tutuklama yetkisinin bulunduğu sonucuna varmaktadır. Aslında disiplin mahkemelerinin bünyelerinin orjinalliği nedeniyle kanun üzerinde Cumhuriyet Senatosu' nda yapılan görüşmeler sırasında kişilerin bu mahkemelerde tutuklanıp tutuklanmayacağı sorulması üzerine, komisyon sözcüsü Kanun' un 63. Md.' sinin As.MKYUK' a atıf yaptığını belirterek, bu mahkemelerin tutuklama yetkisi olduğuna ilişkin olumlu görüş bildirmiştir¹⁷⁸. Erman, Anayasa' nın kişi dokunulmazlığını düzenleyen 17. Md.' sinde, kişi dokunulmazlığının ve özgürlüğünün ancak hakim kararı ile kısıtlanabileceğine ilişkin hükme yer verilmediği, böylece hakim niteliğine sahip olmayanlardan kurulu mahkemelerce bile kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına olanak tanındığını, kuruluş biçimleri belirtilmeyen mahkemelerce verilen özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi için kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına 19 Md.' sinin izin verdiğini belirtmiştir¹⁷⁹.

Ceza hukukunun genel kurallarına göre, kesinleşmeyen bir hükmün infazına geçilemeyeceği, kesinleşmemiş bir hükme itiraz edildiğinde ve bu hüküm bozulduğunda sanığın beraat edebileceği veya daha hafif bir cezaya mahkum olabileceği kabul edilmekle beraber, Disiplin Mahkemeleri Kanunu' nda bu genel prensibe uyulmamış ve "hükümlülük halinde disiplin mahkemesince cezanın derhal yerine getirilmesine karar verilebileceği" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin amacının da disiplin mahkemelerinde tutuklama kurumunun

¹⁷⁷ Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, s. 139

¹⁷⁸ Talih Uyar, Disiplin Mahkemelerinin Tutuklama Yetkisi Var mıdır?, Askeri Adalet Dergisi, 1970/54-55-56, 1970/8, Ankara, 1970, s. 547

¹⁷⁹ Erman, Askeri Ceza, s. 342

olmaması nedeni ile bozulan disiplinin bir an önce yeniden kurulması olduğu öne sürülmüştür¹⁸⁰.

Kanımca da disiplin mahkemelerinin tutuklama yetkisi bulunmaktadır. Öncelikle yukarıda da belirttiğimiz üzere, Dis.Mah.K.' nın 63. Md.' sinde As.MKYUK' a yollamada bulunulmak suretiyle tutuklama yapılabilmesinin önü açılmış olmaktadır. Ayrıca aşağıda inceleyeceğimiz gibi As.CK' nın 169 . Md.' sine göre her üste "disiplinin temini" için astlarını tutuklama yetkisi verilmiştir. Dis.Mah.K' da düzenlenen suçların da sadece askerler tarafından işlenebilen disiplin suçları olduğu düşünüldüğünde, üste verilen bu yetkinin bir mahkemeye verilmemiş olduğunu düşünmek yanlış olacaktır. Disiplin mahkemelerinin tartışmalı olmasıyla, tutuklama kavramının farklı şeyler olduğu kanısındayım. Bu yetkinin disiplin mahkemelerince kullanılmasının uygulamada sakınca yaratabileceği düşünülüyorsa, o zaman bu sakıncaları giderecek yasal düzenlemeler yapılması gerektiğini düşünmekteyim.

2. Üstün Geçici Tutuklama Yetkisi

As.CK' nın 169. Md.' sine göre, "168 nci maddesi hükümlerini bozmamak şartıyla, her üst emri altında olmayanları da disiplinin temini için geçici olarak tevkif etmeğe ve ettirmeğe yetkilidir. Ancak bu tevkif keyfiyeti gün ve saatiyle derhal mevkufun disiplin amirine bildirilmelidir". 1924 Anayasası döneminde 1632 sayılı Kanunla yürürlüğe giren As.CK' nın 169. Md.' si 1961 ve 1982 Anayasa' ları döneminde de varlığını korumuştur¹⁸¹.

1961 Anayasası' nın yürürlükte olduğu dönemde, As.CK' nın 169. Md.' sinin Anayasa' ya aykırı olduğu ileri sürülerek açılan davalar Anayasa Mahkemesi tarafından oy çokluğuyla reddedilmiştir¹⁸².

Anayasa Mahkemesi bir kararında "...yetkisi disiplini bozan eyleme, olayı gören bir üstün el koyması, eylemi durdurması ve disiplini yeniden kurması

¹⁸⁰ Cihan Koç, Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı-Örneklî TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu Disiplin Mahkemeleri Kanunu, 4. Baskı, Ankara, 2006, s. 703

¹⁸¹ Celal Işıklar, Askeri Ceza Kanunu'nun 169' ncu Maddesindeki Üstün Disiplinin Temini İçin Astını Geçici Olarak Tutuklama Yetkisi, Askeri Adalet Dergisi, Sayı: 101, Ankara, Ocak 1998, s. 69

¹⁸² Any.Mah.,28.06.1966 gün ve 1963/132 E,1966/29 K Sayılı Kararı

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1966/K1966-29.HTM>, Erişim Tarihi:

10.07.2007; Any.Mah.,28.06.1966 gün ve 1965/42 E, 1966/3K,

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1966/K1966-30.HTM>, Erişim Tarihi:

10.07.2007

demektir, disiplin hukukuna giren bir davranıştır....” şeklinde görüş belirterek As.CK’ nın 169. Md.’ sinin, Anayasa’ da kabul edilen tutuklama ve yakalama ile hiçbir ilişkisinin olmadığını, 169. Md.’ de “muvakkat tevkif, mevkuf” gibi hükmün amacını aşan deyimlerin yer almasının, bunların sözlük anlamları ile kullanılmış oldukları yolunda yorumlanmaması gerektiğini belirterek, As.CK’ nın 169. Md.’ sini Anayasa’ ya aykırı bulmamıştır¹⁸³.

Bugün için ise, disiplinin sağlanması için üstün tutuklama yetkisinin Anayasa’ nın 38/8. Md.’ sinde yer alan “idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerinin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir” hükmü karşısında Anayasa’ ya aykırı olduğunu iddia etmek pek olası görünmemektedir¹⁸⁴.

As.CK’ nın 169. Md.’ sinde yer alan üstün tutuklama yetkisi, teknik anlamda tutuklamadan farklıdır. Hakim kararına dayanmaz. Ceza yargılamasına herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Üste tanınan bu yetki, kanun koyucu tarafından disiplinin sağlanması amacıyla konulmuştur¹⁸⁵. Aslında benzer bir yetki Türk Ticaret Kanunu’ nun 1472. Md.’ sinde de kaptana verilmiştir. Hukuk tekniği açısından bu bir tutuklama değil, yakalamadır¹⁸⁶.

As.CK’ nın 169. Md.’ sindeki geçici tutuklama, Askeri Ceza Kanunu’ nun disiplin cezaları babında yer almaktadır. As.CK’ nın 169 . Md.’ sinde yer alan geçici tutuklama, hüküm ve sonuçları bakımından genel tutuklama ile aynı, içeriği itibarıyla disiplinin sağlanması için yargılama amacı dışında kendine özgü bir tutuklama kurumudur¹⁸⁷.

As.CK’ nın 168. Md.’ sinde her amirin emri altındakilere disiplin cezası vermeye yetkisi bulunduğu belirtilmiştir. Her üste, disiplinin sağlanması için geçici olarak “tevkif etme veya ettirme yetkisi”, 168. Md. hükümlerini bozmamak şartıyla tanınmıştır. As.CK’ nın 169. Md.’ sindeki hüküm, disiplin amirinin yukarıda açıklanan

¹⁸³ Any.Mah., 28.06.1966 gün ve 1963/132 E,1966/29 K
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1966/K1966-29.HTM>, Erişim Tarihi:
10.07.2007

¹⁸⁴ Işıklar, s. 70

¹⁸⁵ Taşkın, Askeri Ceza, s. 268

¹⁸⁶ Mustafa Avcı, Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yeni CMK Dosyası, Sayı: 3, Nisan 2005, s. 79

¹⁸⁷ Işıklar, s. 78

ceza vermek yetkisini ortadan kaldırmaz. Bu yetki hizmetin içinde veya dışında uygulanabilir. Astların, üstleri tutuklama yetkisi yoktur¹⁸⁸.

Üst, tutuklamayı bizzat kendisi yapabileceği gibi, suçlunun amirine başvurarak onun aracılığıyla da yaptırabilir. Üstün, 169. Md. uyarınca geçici tutuklamaya, ancak disiplinin sağlanması için son olarak ve zorunluluk olduğunda başvurması gerekir. Askeri Yargıtay içtihatlarında da, tutuklama yetkisinin kapsamı belirlenirken, disiplinin sağlanması için “elzem ve zaruri son çare” olması aranmaktadır¹⁸⁹.

As.CK’ nın 169. ve 168 . Md.’ leri birlikte değerlendirildiğinde, tutuklama yetkisi öncelikle amire aittir. Amir, disiplinin sağlanmasının gerektirdiği olayı biliyor ve buna rağmen tutuklamamış ise, amir veya amirin amiri konumunda olmayan başka bir üstün tutuklama yetkisi yoktur. Askeri Yargıtay içtihatları da bu yöndedir¹⁹⁰. Çünkü üstün tutuklama kararı, amirin ceza verme yetkisini ortadan kaldırmamalıdır.

Amir konumunda olmayan üst, emri altında olmasa bile, rütbesinin ceza vermeye elverdiği statüdeki astını tutuklayabilir. Askeri Yargıtay içtihatlarında bir albayın tevbihten başka ceza veremeyeceği yarbayı, As.CK’ nın 169. Md.’ sine göre tutuklayamayacağını, muvakkat tevkif yetkisi süresinin As.CK’ nın 171. Md.’ sinde yazılı disiplin cezası verme yetkisinin sınırları ile sınırlı olduğunu belirtmiştir¹⁹¹. Muvakkat yakalananlar bunu engellemeye çalışırlarsa, As.CK’ nın 90. Md.’ sine göre mukavemet suçundan sorumlu olabilirler¹⁹². Tutuklamayı yapan üst, failin disiplin amiri olmayabilir. Bu durumda, asta, rütbesi itibarıyla özgürlüğü kısıtlayan cezaları verme yetkisi olmalıdır. Çünkü, faili tutuklu bırakabileceği süre buna paraleldir.

Tutuklamanın süresi tutuklayan üstün değil, disiplin amirinin asta ceza verme yetkisi kadardır. Yalnızca oda hapsi cezasını gerektiren olaylarda tutuklamaya başvurulabilmeli, tevbih, maaş katı, sıra harici hizmet gibi kişisel özgürlüğü kısıtlayıcı

¹⁸⁸ Orhan Çelen, Askeri Ceza Kanunu, Cantekin Matbaacılık, Ankara, 2001, s. 694

¹⁸⁹ (As.Yrg.3.D, 23.02.1988/ 158-139 gün ve EK; As.Yrg.Drl.Krl, 10.09.1981/ 104-101 gün ve EK; As.Yrg. 5.D, 14.10.1987/ 618-602 gün ve EK), (Askeri Yargıtay Kütüphanesinden)

¹⁹⁰ (As.Yrg.5.D, 14.10.1987/ 618-602 gün ve EK), (Askeri Yargıtay kütüphanesinden)

¹⁹¹ (As.Yrg.1.D, 30.09.1968/ 569-574 gün ve EK; As.Yrg. 4.D, 03.03.1970/ 73-193 gün ve EK), Özbakan, Cilt: 1, s. 418

¹⁹² “İzin belgesiz dolaştığı için, kendisini yakalamak isteyen inzibat erlerine teslim olmayan, yakalanıp inzibat karakoluna götürülmesi teşebbüslerine karşı koyan, bu cümleden olarak görevini ifa eyleyen inzibat eri H.K.’ ya tornavida salladığı sabit olan sanığın fiili As.CK’ nın 90/1. Md.’ sinde yazılı mukavemet suçunu teşkil eder.”, (As.Yrg.Drl.Krl., 04.06.1965/ 75-76 gün ve EK), Süleyman Doğruer, Askerler İçin Hukuk Rehberi, KHO Matbaası, Ankara, 1998, s. 210

olmayan cezaların gerektirdiği durumlarda tutuklamaya başvurulmamalıdır. Yine göz hapsi ve izinsizlik cezaları verilebilecek kimseler tutuklama yetkisinin kapsamı dışında kalmaktadır. Çünkü tutuklama, sonuçları bakımından oda hapsi cezası ile benzerlik göstermektedir¹⁹³. Askeri Yargıtay' da bir kararında As.CK' nın 169. Md.' sine göre tutuklamanın teknik anlamda bir tutuklama olmadığını belirtmiştir¹⁹⁴.

Tutuklama durumunun gün ve saatıyla derhal astın disiplin amirine bildirilmesi gerekir. Disiplin amiri en nihayet ertesi gün tutukluyu sorguya çekmelidir. Tutuklu, suçsuzluğunun anlaşılması üzerine serbest bırakılmalıdır. Burada disiplin amirinin değerlendirilmesi esas alınmalıdır. Tutuklayan üst, bu durumda disiplin amirinin üstündeki amire şikayette bulunabilir.

Tutuklama, İç Hiz.K.' nın 95. Md.' si gereğince inzibat subayı, astsubayı, erbaş ve erleri tarafından muvakkat yakalama suretiyle yerine getirilir. Muvakkat yakalamada hareket tarzı İç Hiz.K. Md. 82' de açıklanmıştır.

4709 SK' yla değişiklik yapılmadan önce, Anayasa' nın 19/son Md.' sinde "bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, kanuna göre devletçe ödenir" hükmü yer almaktaydı. 466 SK' nın 6. Md.' sinde "bu kanunun hükümlerinin disiplin yönünden tutuklamalar ve alınan tedbirlere uygulanmayacağı" belirtilmiştir. Bu nedenle değişiklikten önce, ast, kanun dışı geçici tutuklama halinde devletten tazminat isteyememekteydi.

Ancak 4709 SK' yla değişik Anayasa' nın 19/son Md.' si "bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, devletçe ödenir" hükmüne yer vermiştir. Bu durumda artık muvakkat tutuklamada da devletin sorumluluğunu kabul etmek gerekir. Aksi yorum hukuk devleti ilkesi ve adalet kavramıyla bağdaşmaz ve AİHS' in 5/5. Md.' sine aykırı olur kanısındayım.

Üstün geçici tutuklama yetkisini kullanmasında astın başvurabileceği bir yargı yolu ve kurumu yoktur¹⁹⁵.

¹⁹³ Işıklar, s. 65

¹⁹⁴ (As.Yrg.3.D, 31.08.1994/ 412-407 gün ve EK), (Askeri Yargıtay kütüphanesinden)

¹⁹⁵ Sahir Erman, Türk Silahlı Kuvvetlerinde İnsan Hakları, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 20, Sayı: 81, Ankara, 1992, s. 17

AİHM, 22.12.2005 tarihli A.D./Türkiye kararında başvurucu astsubaya disiplin amiri olan yarbay tarafından verilen yirmi bir günlük oda hapsi cezasının AİHS' nin 5/1-a Md.'sini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde; Engel ve diğerleri kararına da yollama yaparak, özgürlükten yoksun bırakma halinin Sözleşme' nin 5/1-a Md. 'sine uygun olabilmesi için, bu halin yargı kararından doğması gerektiğini, özgürlükten yoksun bırakma kararının, yürütme organı karşısında bağımsız ve uygun hukuki güvenceleri bulunan, olayı değerlendirmek için gerekli yetkiye sahip bir mahkeme tarafından verilmesi gerektiğini, mahkemenin askeri yaşamın özelliklerini göz ardı etmemekte olduğunu, bir sivil verildiğinde özgürlükten yoksun bırakma olarak görülebilecek bir disiplin cezası veya tedbirin, asker kişiye verildiğinde aynı şekilde görülmeyebileceğini, ancak silahlı kuvvetler bünyesinde, normal hayat şartlarından açıkça sapma olarak kendini gösteren kısıtlamaların, Sözleşme' nin 5. Md.' sinin kapsamı dışında kalmayacağını, dahası bu maddenin, devletin iç hukuku tarafından ister cezai, isterse idari olarak değerlendirilsin, özgürlüğü kısıtlayıcı bütün "mahkumiyet kararları" için uygulanacağını belirttikten sonra;

"Mevcut olayda Mahkeme, başvurucunun subay ve astsubaylara özgü cezaevinde yirmi bir gün hapis yattığını kaydeder. Bu nedenle, Sözleşme' nin 5. Md.' si anlamında başvurucunun özgürlüğü kısıtlanmıştır. Bu hapisliğe başvurucunun askeri amiri karar vermiştir. Söz konusu askeri amir bu yetkisini, kendisinden daha yüksek makamların da dahil olduğu bir askeri hiyerarşi içinde kullanmıştır ve kendisi bu makamlardan bağımsız değildir. Ayrıca askeri amirin uyguladığı disiplin süreci, Sözleşme' nin 5/1-a bendinin gerektirdiği yargısal güvenceleri sağlamamaktadır. Sonuç olarak bu güvencelere sahip değildir. Bu nedenle Sözleşme' nin 5/1-a bendi ihlal edilmiştir" şeklinde görüş belirtmiştir¹⁹⁶. Gerçekten de Sözleşme, kuvvetli suç şüphesi altında bulunan kişinin mutlaka hakim kararıyla yakalanmasını düzenlememiş olmakla birlikte, 5/3. Md.' sinde yakalanan kişinin gecikmeksizin hakim ya da adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne götürülmesini düzenlemiştir. Adli görevlinin, mahkemenin kriterlerine göre; yürütmeden bağımsız olması, tedbirden etkilenen kişiyi dinlemesi ve bir tutuklama kararı verilmesi ya da verilmemesi için gerekli olguları inceleyip karar vermeye yetkili olması gerekir. Ayrıca AİHM, askeri hizmetin gerekleri olsa bile 7 günlük alıkonulma

¹⁹⁶ <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=5954>, Çev: Oya Boyar, Erişim Tarihi: 03.04.2007

süresini sözleşmenin ihlali niteliğinde görmüştür. Yine silahlı askeri hizmetin reddi nedeniyle meydana gelen 5 günlük alıkonulma süresini ise haklı bulmuştur¹⁹⁷.

Disiplinin tesisi, silahlı kuvvetlerin temelidir. Kanımızca üste verilen bu yetki, gerçek anlamda tutuklama yetkisi değildir. Bu, bozulan disiplinin en kısa zamanda yeniden sağlanması için üste tanınan bir yetkidir. Bu yetkiyi, disiplinin sağlanması için yakalama şeklinde algılamak daha doğru olacaktır. Üste verilen bu yetkinin sınırlarının daha açık bir şekilde kanunda belirtilmesi, “gecikmesinde sakınca bulunma ve ağır derecede disiplinin ihlali” şartının aranması ve disiplinin sağlanması amacına yönelik olan bu yetkiye mevzuata uygun bir süre sınırının getirilmesi, ayrıca yargısal denetimini sağlayacak bir mekanizmaya yer verilmesi gerekli bulunmaktadır.

3. Tutuklamanın Tekerrür Açısından Kısmi İnfaz Sayılması

As.CK’ da tekerrür kurumu, TCK’ daki tekerrür kurumundan farklıdır. Tekerrürden dolayı cezanın arttırılması için, o suçun cezasında açıkça tekerrür halinde cezanın arttırılacağı yazması gerekir (As.CK Md. 43). Örneğin; As.CK’ nın 66/2-c Md.’ sinde düzenlenen mükerrer firar suçu bu türden bir suçtur. As.CK’ da, TCK’ daki gibi genel bir düzenleme yoktur. Tutukluluk durumunun sanık aleyhinde doğurduğu en önemli sonuç, tekerrür halinin uygulanmasında görülür. Sanık tutuklu kaldığı suçtan mahkum olmuş ise, verilen hüküm kesinleşmekle beraber henüz infaz edilmese bile, tutuklu kaldığı süre infaz edilmiş kabul edilmektedir.

Ancak bunun yanında, daha önce karar verilen cezanın kısmen bile olsa infaz edilmesi zorunludur. Cezanın infazından itibaren beş sene geçmesiyle tekerrür hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda cezanın ne zaman kısmen infaz edildiği konusu önem kazanmaktadır. Hükmedilen cezanın tamamen infaz edilmesi halinde, tekerrür hükümlerinin uygulanmasında duraksama bulunmamaktadır. Sanık yargılama aşamasında tutuklu kaldığı takdirde ve sanığın mahkumiyetine hükmedilip, bu karar kesinleştiği takdirde, cezanın kısmen infaz

¹⁹⁷ Jochen Abr. Frowein ve Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl, 1997, s. 111, 123

edilmiş olacağı Yargıtay ve Askeri Yargıtay kararlarıyla kabul edilmektedir¹⁹⁸. Sanığın yolda ve gözaltında geçirdiği süreler kısmi infazdan sayılmamaktadır¹⁹⁹. Aynı şekilde gözlem altına alınma nedeniyle indirilen süre nedeniyle de kısmen infaz şartlarının oluşmayacağı kabul edilmektedir²⁰⁰.

4. Tutuklukta Geçen Sürenin Askerlik Hizmetinden Sayılmaması

1111 sayılı Askerlik Kanunu' na göre, beraat ile sonuçlanan davalarda tutuklu kalınan süreler askerlik hizmetinden sayılmaktadır. (As.K. Md. 80/2). Bu suretle tutuklu kalınan sürenin hiçbir şekilde indirim işleminde kullanılmadığı hallerde, tutuklu kalınan süre askerlik hizmetinden sayılarak, sanığın mağduriyeti kısmen de olsa azaltılmış olmaktadır. Elbette ki, tutuklulukta geçirilen sürenin neden olduğu sonuçların tamamıyla ortadan kaldırılması olanağı bulunmamaktadır.

Mahkumiyetle sonuçlanan davalarda infazı gereken süreden fazla tutuklulukta geçirilen süreler askerlik hizmetinden sayılır. Askerlik hizmeti altında iken işlediği bir suçtan dolayı almış olduğu özgürlüğü bağlayıcı ceza kesinleştiği takdirde tutuklulukta geçen süreler cezadan indirildiğinden hizmetten sayılmaz. Ancak bazen yükümlü bir suçtan tutuklu kaldıktan sonra karar verilmeden mahkemece tahliye edilmekte ve hizmetine devam etmektedir. Bu gibi durumlarda kararın verilmesi için geçen süre veya karar verildikten sonra yükümlünün temyiz hakkını kullanması sonucu davanın karara bağlanması uzun süre almaktadır. Bu gibi hallerde, tutukluluk süresi geçici olarak hizmetten sayılmalıdır. Çünkü, hüküm verilmeden veya ceza verilip de kesinleşmeden, yükümlünün terhis tutukluluk süresi kadar geriye kaydırılır ise, beraat etmesi veya aldığı ceza miktarının tutukluluk süresinden az olması halinde yükümlüye yükümlü bulunduğu süreden daha fazla hizmet yaptırma söz konusu olacaktır. Bu nedenle, tutuklu kalıp da tahliye edilen yükümlüler normal terhis tarihinde, yargılandığı mahkemeden, hakkında verilip, kesinleşen bir ceza olmadığı saptandıktan sonra terhis edilmeli, ancak terhis belgesi

¹⁹⁸ (Yrg. 4.CD, 28.04.1988/ 2878-3310 gün ve EK), Ümit Kardaş ve Mehmet Çingı, Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 168; (As.Yrg.Drl.Krl.K., 04.04.1958, 1957/4214 E, 1958/66 K), Hulusi Özbakan, İlgili Mevzuatı ile İçtihatlı, Gerekeçeli, Notlu, Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 1990, s. 73

¹⁹⁹ (As.Yrg.Drl.Krl., 23.12.1993/ 103-101 gün ve EK), Kardaş ve Çingı, s. 165

²⁰⁰ (As.Yrg.Drl.Krl., 01.10.1998/ 127-123 gün ve EK), (Askeri Yargıtay Kütüphanesinden)

arkasına ve şubesine gönderme yazısına yükümlünün tutukluluk süreleri yazılarak, yargılandığı mahkemeden durumunun takibi ile hakkında karar verildikten ve kesinleştikten sonra hizmet hesabının yeniden yapılarak, tutukluluk süresi cezadan sayılmış ise, bu süre kadar hizmeti kalacağından tamamlattırılması işleminin yapılması gerekir²⁰¹.

²⁰¹ Bilgin, s. 139

SONUÇ

Tutuklama kavramı günümüzdeki anlamına kavuşuncaya kadar tarihsel süreç içinde bir çok evrelerden geçmiştir. Kişi özgürlüğü ve güvenliğine bu kadar ciddi bir müdahale niteliği taşıyan tutuklamanın bir takım güvencelere bağlanması için bu süreç içinde çok çetin mücadeleler verilmiştir. Tutuklama artık günümüzde sadece bir iç hukuk sorunu değil, özellikle ülkemizin de tarafı olduğu İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)' nin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. Md.' si de düşünüldüğünde uluslararası bir sorundur. Bu konuda yeterli güvenceler içermeyen bir tutuklama kurumunun, hem bireylerin haklarını önemli ölçüde zedeleyeceği, hem de ülkemizi uluslararası toplumda ne kadar güç durumda bırakacağını açıklamaya gerek yoktur. Kişi özgürlüğünü koruyan tek uluslararası sözleşme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de değildir. Bu konuda oluşturulmuş ve tarafı olduğumuz başka belgeler de bulunmaktadır.

İç hukuk sistemimize gelince, kişi özgürlüğü ve güvenliğini güvence altına alan en üst norm Anayasa' nın 19. Md.' sidir. Bu madde ile genel olarak tutuklamanın hangi durumlarda yapılabileceği, kişinin haklarının ve tutuklama nedenlerinin bildirilmesi, tutuklamanın ancak hakim kararıyla yapılabileceği, tutukluluğun incelenmesini isteme hakkı, yakınlara bildirme hakkı ve haksız tutuklama tazminatı düzenlenmiştir. Bu madde Anayasa' nın en uzun maddelerinden birisidir ve kişi özgürlüğüne ve güvenliğine ne kadar önem verildiğinin bir göstergesidir. Ancak maddede 2001 yılında 4709 SK ile yapılan değişiklikle, daha önce tutuklamada soruşturmanın gerektirdiği kesin zorunluluk dışında yakınlara bildirim yapılırken, bu zorunluluk kaldırılmış ve bildirim mutlak bir hal almıştır. Kanımca insan hak ve özgürlüklerini düzenleyen metinlerde olabildiğince geniş bir hareket serbestisi sağlamak temel amaç olmakla birlikte, özellikle insanlık için ciddi tehdit oluşturan ve kamu yararının zorunlu kıldığı organize suçluluk ve terör suçlarıyla mücadeleyi zayıflatacak düzenlemelerden de kaçınılmalıdır. Belirttiğim nedenlerle bu tip suçlar açısından bildirim yükümlülüğünün mutlak hale getirilmemesi gerektiğini düşünüyorum. Ayrıca yine aynı değişiklikle haksız tutuklama durumunda devletin tazminat ödedikten sonra yaptıkları işlemlerle tazminata yol açan kamu görevlilerine rücu olanağının getirilmiş olmasının yerinde bir değişiklik olduğunu düşünüyorum. Böylece kamu görevlileri işlemlerinde daha dikkatli olacaklar ve keyfi davranışlardan kaçınacaklardır.

Tutuklama konusundaki yasal düzenlemelere gelince, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükten kaldırılmış olup, yeni kanunla birlikte bir çok muhakeme kuralı ve bunların yanı sıra tutuklamaya ilişkin kurallar da değişikliğe uğramıştır. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile tutuklama konusunda getirilen yenilikleri genel olarak; tutuklamaya alternatif tedbir olarak adli kontrol kurumunun yasaya alınması, tutuklama karinelerinin kaldırılarak, oluşturulan katalog suçlarda karine öngörülmesi, üst sınırı bir yıla kadar olan suçlarda tutuklama yasağının getirilmesi, gıyapta tutuklama kararı verilebilmesinin ancak yurt dışındaki kaçak sanıklar hakkında mümkün olması, tutuklamada zorunlu müdafî uygulamasının getirilmesi, tutukluluk süresinde değişiklikler olarak özetleyebiliriz.

Öncelikle belirtmek isterim ki, tutuklamaya alternatif bir tedbir olarak adli kontrol tedbirinin CMK' ya alınmış olması yerinde bir düzenlemedir. Artık hakim tutuklamaya sevk edilen bir kişiyi tutuklamak ya da tutuklamamak seçenekleri arasında sıkışmak zorunda kalmayacaktır. Ancak CMK' nın 109. Md.' sinde adli kontrol kararı verilebilmesi için tutuklama nedenlerinin aranacağı belirtilmiş olmasına karşın, adli kontrol tedbiri olarak yasada belirlenen yükümlülüklerin arasında uyuşturucu ve alkol bağımlılığı nedeniyle tedavi olma, aile yükümlülüklerini ya da nafakayı yerine getirme, önceden ödetme gibi tutuklama nedenlerine çok yabancı kavramların bulunduğu görülmektedir. Kanımca bu tip yükümlülükler yasadan çıkarılmalıdır. Bundan başka adli kontrol tedbirlerinin yurt dışına çıkarmama ve güvence yatırma tedbirlerinde olduğu gibi üst sınır gözetilmeksizin uygulanması gerektiği düşüncesindeyim. Çünkü, örneğin; belirlenen yerlere düzenli başvuru yükümlülüğü ile de şüpheli ya da sanığın kaçmasını önleme olanağı olabilir, ya da silah bulundurmama yükümlülüğü ile kişinin tanık, mağdur ya da başkaları üzerinde baskı kurma olanağı ortadan kaldırılabilir. Ayrıca adli kontrol tedbirlerine uymama sonucu tutuklama kararı verilebileceği düzenlenmişse de, çoğu zaman bu suçların ağır suçlar olmadığı düşünülüğünde, kanunda bu durumda önce disiplin hapsi türünde bir ceza verilmesi, yine de adli kontrol tedbirlerine uymama durumunda tutuklama kararı verilebilmesi şeklinde bir düzenleme yapılması uygun olurdu. Yine bunlardan başka kanunda adli kontrol tedbirinin uygulanmasına da bir süre sınırının getirilmesinin daha uygun olacağını değerlendirmekteyim.

Adli ceza muhakemesinde tutuklamada ise, sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için öncelikle bazı şekli şartların oluşması gereklidir. Bunlardan biri de sanığa teminat belgesi verilmemiş olmasıdır. CMK' nın 246. Md.' sine göre, ancak gaip olan sanık hakkında teminat belgesi verme olanağı vardır. Dolayısıyla soruşturma sırasında şüpheli hakkında teminat belgesi verme olanağı bulunmamaktadır. Kanımca, şüpheliye de bu olanağı tanımak gerekir. Bundan başka, CMK kural olarak gıyapta tutuklama kararı verilmesi olanağını kaldırmışsa da, bu olanağı yurt dışında bulunan kaçaklar hakkında uluslararası iade konusunda sorun olmaması için korumuştur. Ancak bu konuda yapılacak düzenlemenin yerinin CMK olması gerekirken, düzenleme Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun' da yapılmıştır. Yine CMK' da eski CMUK' da bulunan sanığın suçunun üst sınırının 7 yıldan fazla hapis cezası gerektirmesi ya da ikametgahının bulunmaması ya da kimliğini ispatlayamaması gibi tutuklama karinelere yer verilmemiş olmakla birlikte başka bir tutuklama karinesine – katalog suçlara – yer verilmiştir. Katalog suçlarda da tutuklama zorunlu olmayıp, ihtiyari olduğuna göre, kanımca ayrı bir katalog oluşturmaya gerek yoktur. Zaten genel tutuklama nedenleri varsa şüpheli ya da sanık tutuklanacaktır. Bazı suçlar için katalog oluşturulması ne yazık ki uygulamada bu suçlar için tutuklama zorunluluğunun olduğu şeklinde anlaşılmaktadır. Ayrıca ileride toplumsal yaklaşıma bağlı olarak ceza kanununa yeni bazı ağır suçlar eklenebilecek ya da başka kanunlar içinde bilim ve teknolojiye paralel olarak bazı eylemler için ağır cezalar öngörülebilecektir. Ayrıca her siyasi iktidar temsil ettiği görüşe uygun olacak şekilde kataloga yeni ekler yapmaya çalışabilecektir. Tüm bu sakıncaların ortadan kaldırılması için CMK' da ayrı bir katalog yapmak yerine genel tutuklama nedenleriyle yetinilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Öte yandan CMK' da kural olarak gıyabi tutuklama kararı verilebilmesi olanağı kaldırılmış olup, bu konuda doğabilecek boşluğun yakalama emriyle doldurulabileceği görülmektedir. Ancak bu kurum konusunda da açıklığa kavuşturulması gereken hususlar bulunmaktadır. Şöyle ki, CMK' nın 94. Md.' sine göre, hakkında çıkarılan yakalama emri nedeniyle sevk tutuklaması yapılan kişinin en geç 24 saat içinde yetkili hakim ya da mahkeme önüne çıkarılması, çıkarılmıyorsa aynı süre içinde sulh ceza hakimi tarafından yetkili mahkemeye gönderilmek üzere tutuklanacağı düzenlemesi bulunmaktaysa da, ne yazık ki sevk tutuklaması yapılan kişi haftalarca ya da aylarca sevk edilmek üzere

bekletilmektedir. Ekonomik nedenler öne sürülerek bu yükümlülük ihlal edilmemelidir. Bu konuda gerekli ekonomik önlemler alınmalıdır. Bundan başka CMK' nın 98. Md.' sine göre tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde itiraz merci tarafından yakalama emri düzenlenebileceği hükmü bulunmakta olup, uygulamada bu yakalama emri nedeniyle yakalanan kişinin nereye gönderileceği konusunda duraksama yaşanmaktadır. Kanımca CMK' nın 98/4. Md.' sinde her ne kadar yakalama emrinde kişinin yakalandığında nereye gönderileceği belirtilir hükmü yer almaktaysa da, mahkemelerce farklı gönderme yerleri belirlenebileceğinden, açık bir düzenleme yapılmasının uygun olacağını düşünüyorum. Ayrıca, kanun soruşturma evresinde çağrı yapılamayan şüpheli hakkında yakalama emri düzenlenebileceğini belirtmişse de, aynı olanağı kovuşturma evresinde mahkeme bakımından tanımamıştır. Bu olanağın kovuşturma evresi için de tanınması uygun olacaktır. Bunlardan başka tutuklamada görevlendirilen müdafinin görevinin ne zaman sona ereceği açıkça ortaya konulmamıştır. CMK' nın 101/3. Md.' sinde tutuklama istenilen kişinin müdafii yardımından yararlanacağı düzenlemesi bulunmasına karşın, 02.03.2007 tarihinde RG' de yayınlanan müdafii görevlendirilmesine ilişkin yönetmelikte müdafinin soruşturma ya da kovuşturma evrelerinde görevlendirilmesi durumuna göre görev süresinin belirlendiği görülmektedir. Kanımca yapılması gereken, kişinin tutuklanması halinde bu durumu sona erinceye kadar müdafii yardımından yararlanabilmesidir. Yine CMK' da tutuklanan kişinin her aşamada salıverilmesini isteyebileceği düzenlemesi olup, bu düzenleme sürekli olarak mahkemenin karar vermesini gerektirebilecek bir düzenlemedir. Kanımca, artık tutukluluğun incelenmesi için bir süre belirlendikten sonra ancak tutuklama nedenlerinde belirtilen eylemlerin niteliğinde değişme olması halinde kişiye salıverilme isteminde bulunabilme hakkının tanınması, ayrıca da istemi halinde itiraz merciince de durumunun duruşmalı olarak incelenmesi hakkının tanınması uygun olacaktır. Yine tutuklamada bir üst sınır belirlenmesi yerinde olmakla birlikte, açık bir bono vereceğinden ayrıca uzatma imkanı olmaması gerektiğini düşünüyorum.

CMK' da kural olarak müdafii açısından dosyayı inceleyebilmesi bakımından olumlu düzenlemeler bulunmaktaysa da, şüpheli ya da sanık açısından böyle bir açıklık yoktur. Özellikle kişinin tutuklu olması halinde mağduriyeti daha da artacaktır. Bu nedenle şüpheli ve sanıkların da dosyayı inceleme haklarının bulunduğu kanunda düzenlenmelidir. Bunlardan başka tutuklu kalınan sürenin mahkumiyetten

indirilmesine ilişkin düzenlemeler tutuklu ya da tutuksuz yargılanan kişiler arasında adaletsizlik doğuracak niteliktedir. Şöyle ki, TCK' nın 63. Md.' sine göre adli para cezasına hükmedilmesi halinde tutukluluğun indirilmesinde 1 gün 100 TL sayılacaktır. Oysa hakkında verilen hapis cezası adli para cezasına çevrilen ve tutuksuz yargılanan kişi bu para cezasını ödemezse her bir gün kaç TL' den adli para cezasına çevrilmişse ödemediği miktara karşılık gelen süre kadar cezaevinde yatacaktır.

Askeri ceza muhakemesi ise, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri eliyle yürütülmekte olup, disiplin mahkemelerinin tutuklama yetkisi olup olmadığı tartışmalıdır. Bir an önce bu konunun açıklığa kavuşturulması gereklidir. Askeri mahkemeler ise, ceza muhakemesini, özellikle 05.10.2006 tarihli 5530 SK ile 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu' nda yapılan değişiklikler çerçevesinde CMK' ya paralel bir şekilde yürütmektedirler. Askeri ceza muhakemesinde, adli ceza muhakemesinden farklı olarak askeri disiplinin korunması da bir tutuklama nedenidir. Ancak askeri ceza muhakemesinde sırf askeri suçlarda tutuklama yasağının uygulanmayacağı yönünde bir düzenleme bulunup, sırf askeri suçların Askeri Ceza Kanunu' nun hangi maddelerinde düzenlenen suçlar olduğuna ilişkin de bir düzenleme bulunmamaktadır. Hangi suçların sırf askeri suç oldukları tamamen yüksek yargı kararlarıyla şekillenmektedir ki, tutuklama yasağı bulunmaması da göz önünde bulundurulduğunda, en kısa zamanda bu suçların kanunda açıkça belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca askeri ceza muhakemesinde de tutuklama istemi halinde kişi müdafî yardımından zorunlu olarak yararlandırılır. Ancak askeri mahkemelerin hareketli mahkemeler olması, ülke sınırları dışında da yargılama yapabilmeleri karşısında tutuklama istenilen kişinin müdafî yardımından yararlanması olanağı ortadan kalkacaktır. Bu nedenle orduda bir askeri avukat sınıfının kurulması gerektiği kanısındayım. Bunlardan başka askeri mahkemeler arasında çok uzak mesafeler bulunabilmekte, bu da tutukluluğa itiraz incelemesinin haftalarca sürebilmesine yol açmaktadır. Yasal düzenlemeyle yapılacak yeni bir teşkilatlanmayla bu sakıncanın da önüne geçilebilecektir. Yine askeri ceza muhakemesinde adli kontrol tedbirlerinin uygulanmayacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Oysa askerlerin adli yargıya tabi suçlarında böyle bir engel bulunmayıp, askeri ceza muhakemesinin özellikle sıkıyönetim ve savaş hallerinde siviller üzerine de yayılan etkisi düşünüldüğünde askeri ceza muhakemesinde de adli kontrol tedbirlerine yer vermek uygun olacaktır.

Başlangıçta da belirttiğimiz gibi ceza muhakemesi hukukumuz tamamen değişime uğramış olup, bu yeni dönemde bazı sıkıntıların ortaya çıkması doğaldır. Ancak kanun koyucuya düşen en kısa zamanda bu sıkıntıları ortadan kaldıracak düzenlemeleri hayata geçirmektir.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları -1- Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:17, Ankara, 1995.

AKIN, İlhan, Kamu Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 1990.

AKMAN, Mehmet, Bir Ceza Yargılaması Aracı Olarak Kişiyi Kefalet: Osmanlı Örneği, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004.

AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004.

AKMANER, İbrahim Fevzi, Türkiye' de Askeri Kazanın Tarihçesi ve Tekamülü, Askeri Adalet Mecmuası, Yıl: 3, Sayı: 10, Ankara, 1957.

AKSAN, Murat, Yeni CMK' da Dava Evrakı İnceleme Yetkisi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, İstanbul, Mart 2005.

ALCAKAPTAN, Uğur, Haksız Yakalama ve Tutuklama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti, AÜHFD, Cilt: 18, Sayı:1-4, Ankara, Ocak-Nisan 1961.

ALBRECHT, Peter Alexis, Jugendstrafrecht, München, 1987.

ALDIKAÇTI, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982.

ALŞAHİN, Mehmet Emin, Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 40, İstanbul, 2006.

ARTUK, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

ASLAN, Muzaffer Yasin, Askeri Yargıda Savcılık, Adil Yayınevi, Ankara, 1998.

ATAR, Fahreddin , İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi), Semih Ofset, Ankara, Tarihsiz.

ATEŞ, Toktamış, Demokrasi, Der Yayınları, İstanbul, 1976.

AVCI, Mustafa, Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama, Yeni CMK Dosyası, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, İstanbul, Nisan 2005.

AYBAY, Rona, Yurt Dışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü Konusunda Uluslararası Düzenlemeler, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu' ya Armağan, Ankara, 1975.

AYDIN, Murat, Soruşturma Aşamasında Çocukların Tutuklanmasına Karar Vermede Görevli Mahkeme, Terazı Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara, 2006.

AYHAN, Önder, Türk Hukuk Sisteminde Askeri Yargı, Askeri Yargıtay' ın 75 nci Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1989.

BAYRAKTAR, Köksal, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu' nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 32, İstanbul, 2005.

BAYTAR, Serdal, Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşlanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 18, Sayı: 61, 2005.

BEULKE, Werner, Strafprozessrecht, 6. Neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2002.

BIYIKLI, Hasan, Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkumiyetlerinden İndirilmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Ankara, 1983.

BİÇER, Yılmaz, Haksızca Tutuklanana Devlet Ödencesi, Yargıtay Dergisi, Sayı: 1-2, Ankara, Ocak- Nisan 1978.

BİLGİN, Ahmet , Birlik Komutanının Hukuk El Kitabı, Gözlem Yayıncılık, Ankara, 2001.

BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuku İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, Cilt:3, İstanbul, 1950.

BÖHM, Alexander, Einführung in das Jugendstrafrecht, 2. Auflage, München, 1985.

BRUNNER, Rudolf, Jugendgerichtsgesetz, 8. Auflage, Berlin, 1986.

BUHARALI, Ahmet, Tevkifte Süre, Adalet Dergisi, Yıl: 57, Sayı: 3, Ankara, Mart 1966.

CENTEL, Nur, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.

CENTEL, Nur, 3842 Sayılı Yasa Hükümleri Karşısında Tutuklama ve Yakalama, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 1. Baskı, İzmir, 2000.

CENTEL, Nur, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım, Prof. Dr. Mahmut Tefik Bırsel' e Armağan, İzmir, 2001.

CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.

CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1984.

CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992

CENTEL, Nur, Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk Hukuku, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt: 2, Ankara, 2000.

CENTEL, Nur, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-3, İstanbul, 1994.

Ceza Muhakemesi Kanunu - Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, İzmir Barosu Yayınları, Birinci Baskı, İzmir, Şubat 2005.

COŞKUN, Enis, Açıklamalı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, Ararat Yayınları, Ankara, 1972.

COŞKUN, Neslihan, Adli Kontrol, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yeni CMK Dosyası, Sayı: 3, İstanbul, Nisan 2005.

ÇAĞLAYAN, M.Muhtar, Tevkif Kararına Vukubulan İtiraza İlişkin Yargıtay Altıncı Ceza Dairesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, Adalet Dergisi, Sayı: 8, Ankara, 1970.

ÇELEN, Orhan, Askeri Ceza Kanunu, Cantekin Matbaacılık, Ankara, 2001.

ÇOBAN, Cengiz, Adli Yargıda Tutuklama, Adil Yayınevi, Ankara, Tarihsiz.

ÇOKER, Fahri, Askerlikte Disiplin, Korunması Çareleri ve Mevzuatı, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, Ankara, 1956.

DEMİRBAŞ, Timur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 3, İzmir, 1996.

DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

DEMİRBAŞ, Timur, Kişi Güvenliği, İÜHFM, Cilt:43, Sayı:1-4, İstanbul, 1977.

DEMİRBAŞ, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Adalet Yayınevi, İzmir, 1996.

DİNÇER, Güven, Adli Teşkilat, Mahkemeler – Türkiye' de Yargının Yeniden Düzenlenmesi, Yeni Türkiye Dergisi, Sayı: 10 Yıl: 2, Ankara, 1996.

DOĞRUER, Süleyman, Askerler İçin Hukuk Rehberi, KHO Matbaası, Ankara, 1998.

DOĞAN, Y.Hakkı, Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Kararları Derlemesi, Cilt: 1, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayınları, İstanbul, 1998.

DONAY, Süheyl, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2005.

DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İÜHF Yayını, İstanbul, 1982.

DÖNMEZER, Sulhi, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 3, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.

DÖNMEZER, Sulhi, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt:1, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.

ER, Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

ERDEM, Mustafa Ruhan, AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, İzmir, 2004.

ERDURAK, Yılmaz Güngör, Notlu İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Kazancı Yayınları, Ankara, 1985.

EREM, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayınevi, Ankara, 1986.

EREM, Faruk, Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat, Balkanoğlu, Ankara, 1966.

ERİŞ Uğur, Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk Hukuku, Ankara Barosu, Hukuk Kurultayı, Cilt: 2, Ankara, 2000.

ERMAN, Sahir, Türk Silahlı Kuvvetlerinde İnsan Hakları, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 20, Sayı: 81, Ankara, 1992.

ERMAN, Sahir, Askeri Yargı, Askeri Yargıtay'ın 80 inci Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, 6-7 Nisan 1994, Ankara, 1994.

ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, 7. Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.

EROL, Haydar, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2006.

ERTOSUN, Orhan, Askeri Yargıtay'ın Tarihçesi, Görev ve Yetkileri İle Sorunları, Danıştay Dergisi, Ankara, 1975.

ERTÜRK, Recai, Mukayeseli Hukukta Askeri Yargı Teşkilatı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Askeri Hakimlerin Statüsü, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 32, Sayı: 120, Ankara, 2004.

ESATOĞLU, Fevzi H., Hüküm İle Birlikte Tutuklama, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 10-11-12, İstanbul, 1983.

FEYZİOĞLU, Metin, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 62, Ankara, Ocak-Şubat 2006.

FEYZİOĞLU, Metin, Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi, ABD, Yıl: 50, Sayı: 1, Ankara, Ocak 1993.

FROWEIN, Jochen, Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Kehl, 1996.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusal Üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

GILISEN, John, Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri I Çev: Nail Sucu, YD, Cilt: 8, Ankara, Ocak – Nisan 1982.

GILISEN, John, Askeri Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri II, Çev: Nail Sucu, YD, Cilt:8, Sayı: 3, Ankara, Temmuz 1982.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Türk Hukukunda Muvakkat Yakalama- Tevkif), Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1958.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara , 1998.

GÖREN, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM Basımevi, Ankara, 2002.

GÖSSEL, Karl Heinz, Strafverfahrensrecht, 1. Auflage, Berlin, 1977.

GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, İstanbul, 1986.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Açıklamalı Türk Anayasaları, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Tutuklamanın Sebepleri Şartları, Adalet Dergisi, Sayı: 3, Ankara, 1989.

GRABENWARTER, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, München, 2005.

GÜL, Hulusi, Anayasa Mahkemesi Kararlarındaki Mahkeme Kavramına Eleştirel Yaklaşım, Askeri Adalet Dergisi, Sayı: 105, Ankara, Mayıs 1999.

GÜLER, Hüseyin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Mevzuatı, Adalet Dergisi, Yıl: 96, Sayı: 20, Ankara, Eylül 2004.

GÜNAY, Erhan, Uygulamada Tutukluluğun Ceza Mahkumiyetinden Mahsubu Şartla Tahliye ile Müddetname Tanzimi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

GÜNEŞ, Seyithan, Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1998.

GÜZEL, İdris, Kişi Güvenliği ve Kolluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1987.

HACIOĞLU, Burhan Caner, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, 2005, Erzincan, 2005.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, AÜHF Dergisi, Cilt: 43, Sayı: 1-4, Ankara, 1993.

HAKERİ, Hakan ve Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

HAKERİ, Hakan, Anayasa Değişik Madde 19/son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: 3, İstanbul, 2003.

HAKERİ, Hakan, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

IŞIK, İhsan, Karşılaştırmalı Askeri Yargı Sistemleri, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 32, Sayı: 119, Ankara, 2004.

IŞIKLAR, Celal, Askeri Ceza Kanununun 169 ncu Maddesindeki Üstün Disiplinin Temini İçin Astını Geçici Olarak Tutuklama Yetkisi, Askeri Adalet Dergisi, Ankara, Ocak 1998.

İÇEL, Kayıhan, Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkumiyetinden Mahsubu, İÜHF, Cilt: 29, Sayı: 3, İstanbul, 1963.

İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

İZGÜ, R.Orhan, Orduda Disiplin, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 15, Sayı: 57, Ankara, 1971.

KALYONCU, Mehmet Celal, Mahkemelerden Verilen İnzibati Nitelikteki Tutuklama Kararları, Adalet Dergisi, Sayı: 4, Yıl : 79, Temmuz-Ağustos, Ankara, 1988.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1993.

KARAGÜLMEZ, Ali, Tutuklama Nedenleri ve Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz Konusunda 5271 Sayılı CMK'nın İncelenmesi, TBB Dergisi, Sayı: 58, Mayıs-Haziran, Ankara, 2005.

KARCILIOĞLU, N.Kaan, Ceza Muhakemesi Kanununun 102. Maddesine Göre Ağır Ceza Mahkemesinin Görevlerine Giren İşlerde Tutukluluk Süresi, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 6-7, İstanbul, 2005.

KARDAŞ, Ümit, Hakim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

KARDAŞ, Ümit, Mehmet Çingir, Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2001.

KAVALLI, Mümin, Naci Ünver, Hukukumuzda Yasadışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.

KEMALOĞLU, Selahaddin, Haksız Tevkifte Devletçe Verilecek Tazminat, 1969.

KERSE, Ahmet , 1961 Anayasasına Göre Gerekçeli – Notlu Askeri Yargı Mevzuatı, Cilt: 1, İstanbul, 1964.

KERSE, Ahmet, Askeri Yargı, Türk Hukuk Ansiklopedisi, Cilt: 2, Ankara, 1962.

KESKİN, Serap, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler, İÜHFM, Cilt:60, Sayı:1-2, İstanbul, 2002.

KINDHAUSER, Urs, Strafprozessrecht, 1. Auflage, Bonn, 2006.

KLEINKNECHT, Th, H. Müller, L. Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Auflage, Darmstadt, 1980.

KİLİ, Suna, A. Şeref Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, Yayın No: 269, Ankara, 1985.

KOCA, Mahmut, Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurtdışına Çıkarmama, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1-2, Erzincan, 2003.

KOCA, Mahmut, Tutuklamada Oranlilik İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının Adli Kontrol Tedbirinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, İzmir, 2003.

KOÇ, Cihan, Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu Disiplin Mahkemeleri Kanunu, 4. Baskı, Kartal Yayınevi, Ankara, 2006.

KOÇYILDIRIM, Gökten, CMK' da Yeni Tutuklama Sistemi, Hukuk Gündemi, Sayı: 2, Ankara, Ağustos 2005.

KOPARAN, Mehmet Reşat, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, TBB Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 65, Ankara, Temmuz – Ağustos 2006.

KORKMAZ, Cemal, Askeri Kazada Tevkif, Muvakkat Yakalama ve Salıverme Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 9, Ankara, 1957.

KÖKSAL, Ayhan, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Tutuklama ve 1961 Anayasası, İÜHFM, Cilt: 30, Sayı: 1-2, İstanbul, 1964.

KÖPRÜ, Orhan, Türkiye'de Askeri Yargının Doğuşu ve Gelişim, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 22, Sayı: 89, Ankara, Ocak 1994.

KÖPRÜ, Orhan, Türkiye'de Askeri Yargı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1988.

KÖROĞLU, Hasan, Haksız Tutuklama Tazminatı, Adil Yayınevi, Ankara, 1996.

KUNTER, Nurullah, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006.

KUNTER, Nurullah, Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

KUZU, Burhan, Kişi özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma, Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan, Kocaeli, 2001.

KÜHNE, Hans-Heiner, Robert Esser, Çev: Şimşek Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Tutuklama Konusundaki Yargısı – 2000 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme - , Adil Yargı Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, Ankara, 2004.

LESCH, Heiko Hartmut, Strafprozessrecht, Berlin, 1999.

MACOVEİ, Monica Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, TBB Yayınları: 91, İnsan Hakları El Kitapları, Ankara, 2005.

MAGALHAES, Eduardo No-Louis, İspanya Askeri Yargısı, Askeri Yargıtay'ın 80 nci Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1994.

MAHMUTOğLU, Fatih Selami, İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, İstanbul, 1998.

MALKOÇ, İsmail, Mert Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005.

MERMUT, Serdar, Çocuk Koruma Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme, Legal Hukuk Dergisi, Cilt : 4, Sayı: 37, İstanbul, 2006.

MERLE, Roger, Andre Vitu, Traite de Droit Criminel, 3. Edition, Paris, 1979.

METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi (Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

MUMCU, Ahmet, Coşkun Üçok, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, 5. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 1985.

NİZAMOğLU, Meltem, Tutuklama Tedbirinde Orantılılık İlkesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:65 , Sayı:1, İzmir, Ocak 2000.

ODMAN, Tefvik Askeri Yargıtay'ın Hukuka Aykırı Deliller Konusunda Verdiği Kararlar, Askeri Adalet Dergisi, Yıl : 24, Ankara, Ocak 1996.

OKANDAN, Recai Galip, 1215 Büyük Hürriyet Fermanı, İÜHFM, Cilt:31, Sayı:1-4, İstanbul, 1953.

OKANDAN, Recai Galip, Umumi Amme Hukuku, İÜHFM Yayını, İstanbul, 1968.

OKŞAR, Mustafa, Doğal Yargıç İlkesi Açısından Askeri Yargıda Mahkemelerin Kuruluşu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952.

ÖZARPAT, Hilmi, Askeri Yargılama Usul Hukuku, Ankara, 1950.

ÖZBAKAN, Hulusi, İlgili Mevzuatı ile İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, Feryal Matbaacılık, Ankara, 1990.

ÖZBAKAN, Hulusi, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 1989.

ÖZBAKAN, Hulusi, Hasan Çelikkale, Sıkıyönetim Davaları ile İlgili Askeri Yargıtay Kararları ve Alakalı Mevzuat, Çağ Matbaası, Ankara, 1982.

ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ÖZDEK, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004.

ÖZEK, Çetin, Türk Askeri Muhakemesi Hukukunda Son Değişimler, İHFM, Cilt: 30, Sayı: 1-2, İstanbul, 1964.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü Bası, Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, 2006.

ÖZGENÇ, İzzet, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

ÖZTÜRK, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

ÖZTÜRK, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem ve Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

ÖZTÜRK, Bahri, Tutuklama Sebepleri, Manisa Barosu Dergisi, Sayı: 24, Manisa, Ocak 1988.

PARLAR, Ali, Ferhat Yıldırım, Silahlı Çeteler ve Terör Suçları- Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları, Ankara, 2001.

PAZARCI, Hüseyin , Uluslararası Hukuk, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

PETERS, Karl, Peters Strafprozess, 4. Auflage, Heidelberg, 1985.

PFEIFFER, Gerd, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Auflage, München, 1993.

ROXİN, Claus, Strafverfahrensrecht, 20. Auflage, München, 1987.

POLATCAN, İsmet, Askeri Ceza Kanunu- Disiplin Mahkemeleri Kanunu, İstanbul, 2002.

SAĞ, Musa, Tutuklamanın Şekli Koşulları ve Özel Tutuklama Durumları, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 3, Cilt: 72, İstanbul, 1998.

SARICA, Ragıp, İdari Kaza, Cilt: I, İdari Davalar, İstanbul, 1949.

SAVCI, Bahri, Türk Devletinde Tarihi Akışı İçinde İnsan Hakları, AÜSBFD, Cilt:18, No:2, Ankara, 1963.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, Jugendstrafrecht, 8. Auflage, Stuttgart, 1983.

SCHAFER, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 4. Auflage, Stuttgart- Berlin-Köln- Mainz, 1986.

SEVİĞ, Vasfi Raşid, Askeri Adalet, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1955.

SEVÜK YOKUŞ, Handan , Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3-4, Erzincan, 2003.

SEVÜK YOKUŞ, Handan, 5271 Sayılı CMK' da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, İstanbul, Nisan 2005.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

SURLU, Handan, Gerekçeli İçtihatlı Kanundışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Kanun Şerhi, Ankara, 1974.

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu, Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ŞAHİN ,İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

ŞARMAN, Suat Hayri, Ceza Yargılamasında Savunma Avukatlığı Yönünden İhmal Edilen ve/veya Uygulanmayan Yasa Maddeleri Yetki Gasbı ve CMK ile Getirilen Yeni Kavramlar ve Yeni Kurumlar, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 25, Sayı: 96, Ocak-2006.

ŞEKER, Yusuf , Hollanda Askeri Yargı Sistemi, Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 30, Sayı: 115, Ankara, 2004.

TAŞKIN, Rifat, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, Harp Okulu Basımevi, Ankara, 1946.

TAŞKIN, Rifat, Askeri Muhakeme Usulü Kanunu, Ankara, 1935.

TEPEDELEN, Mustafa, Masumluk Karinesi ve Tutuklama, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Ankara, Nisan 1997.

TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Açık Cezaevi Yayınları, Ankara, 2004.

TEZCAN, Durmuş, AİHM' de Açılan Türkiye' ye İlişkin Bazı Davalar Hakkında Gözlemler, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2001.

TEZCAN, Durmuş, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler), 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1989.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003.

TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Dersleri (Genel Kısım), Cilt: 1, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984.

TURHAN, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı:3-4, Konya, 2001.

Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2005.

UYAR, Talih, Disiplin Mahkemelerinin Tutuklama Yetkisi Var Mıdır?, Askeri Adalet Dergisi, 1970/54-55-56, 1970/8, Ankara, 1970.

ÜÇOK, Coşkun, Siyasal Tarih, AÜ Yayını, 5. Bası, Ankara, 1961.

ÜÇOK, Coşkun, Ahmet Mumcu, Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1993.

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, 1995.

ÜNVER, Yener, Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, TBB Yayını, Ankara, 2006.

ÜNVER, M.Naci, A.Mümin Kavalalı, Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.

VİDİNLİ, İbrahim, Müdafii Dava Evrakına Tetkik Selahiyeti, Adalet Dergisi, Yıl: 36, Sayı: 12, Ankara, Aralık 1945.

VOLK, Klaus, Strafprozessrecht, 3. Auflage, München, 2002.

YAMAN, Derya, Murat Yaman, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Askeri Yargıtay Işığında Askeri Yargı ve Adli Yargı Arasında Görev Sorunları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

YAŞAR, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Cem Ofset, Ankara, 2005.

YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993.

YILDIRIM, Ramazan, Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış, Sayı: 14, AYİM Dergisi, Ankara, 2000.

YILMAZ, Zekeriya, Adli Kontrol, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2006/1, Yıl: 64, Ankara, 2006.

YILMAZLAR, İrfan, Abdullah Kaya, Rıdvan Dağ, Askeri Yargılama Yetkisi Semineri Sonuç Raporu (10-14 Ekim 2001 / Rodos), Askeri Adalet Dergisi, Yıl: 30, Sayı: 113, Ankara, Ocak 2002.

YIRTIMCI, Kaan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Hukuk Gündemi, Sayı:3, Ankara, Aralık 2005.

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Baskı, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1994.

YURTCAN, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, 4. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005.

YURTCAN, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı, TBB, Melisa Matbaacılık, Ankara, 2002.

YURTCAN, Erdener, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005.

WENDISCH, Günter, StPO Löwe- Rosenberg Grosskommentar, 24. Auflage, Berlin, 1984.

<http://www.law.ankara.edu.tr/yazicidostu.php?yad=1340>, FEYZİOĞLU, Metin, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, Erişim Tarihi: 06.09.2005

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/143.doc>, AKÇADIRCI, Yahya, Genel Hükümler Koruma Tedbirleri Soruşturma Evresi, Erişim Tarihi: 26.04. 2006.

<http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/cezayargilamasi.htm>, AVCI, Mustafa, Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimize Koruma Tedbirlerinden Tutuklama, Erişim Tarihi: 07.04.2006.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Erişim Tarihi: 13.04.2006.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Erişim Tarihi: 13.04.2006.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Erişim Tarihi: 13.04.2006.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, Mahpusların İslahı İçin Aşgari Standart Kurallar, Erişim Tarihi: 13.04.2006.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü, Erişim Tarihi: 13.04.2006.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, Tutuklulara Uygulanacak Muameleler İçin Temel İlkeler, Erişim Tarihi: 13.04.2006.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Erişim Tarihi: 13.04.2006.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/orta/belge_belge01.html, İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, Erişim Tarihi: 13.04.2006.

<http://bundesrecht.juris.de/stgb/index.html>, Bundesstrafgesetzbuch, Erişim Tarihi: 08.05.2007

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1966/K1966-29.HTM>, Erişim Tarihi: 10.07.2007

<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=5954>, Çev: Oya Boyar, Erişim Tarihi: 03.04.2007