

**T.C.
ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNA
GÖRE
HAKSIZ TUTUKLAMADAN DOĞAN
ZARARLARIN
GİDERİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Ahmet TANYER

**Danışman
Yrd.Doç.Dr. M.Emin RUHİ**

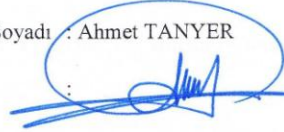
Erzincan 2012

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Adı – Soyadı : Ahmet TANYER

İmza :



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu çalışma Kamu Hukuku Anabilim Dalında jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Danışman/Juri Yrd. Doç. Dr. M. Emin RUHİ

Başkan/Juri Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU

Juri Yrd. Doç. Dr. Veli KARAGÖZ

Yukarıdaki imzalar, adı geçen öğretim üyelerine aittir. 16./...03../2012

Prof. Dr. Adem BAŞIBÜYÜK

Enstitü Müdürü

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Ahmet Tanyer

Erzincan Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNUNA GÖRE

HAKSIZ TUTUKLAMADAN DOĞAN ZARARLARIN GİDERİLMESİ

Suçluların yakalanabilmesi ve toplum güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla ceza yargılaması sırasında kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği doğurabilecek bazı tedbirlere ihtiyaç duyulabilir. Tutuklama bu tedbirlerden biridir. Zira tutuklama ile henüz suçluluğu ispat olunmamış kişinin en temel haklarından biri olan özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. Aşırılık halinde kişi özgürlüğünün keyfi biçimde ihlali anlamına gelebilecek tutuklamanın kanunlar ile düzenlenmesi gerekir. Türk hukuk sisteminde tutuklama, anayasal dayanağını Anayasa'nın 19. maddesinden almaktadır. Ayrıca tutuklama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100-108. maddeleri arasında ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 69-76. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Kanuna aykırı tutuklamalar veya kanuna uygun bir tutuklama sonrası hukuka aykırı uygulamalar nedeniyle haksızlığa uğrayan kişiler olabilmektedir. Hukuk devleti ve hakkaniyet ilkelerinin bir gereği olarak, Devlet'in her türlü haksız işlemi nedeniyle doğan zararın bir şekilde Devlet tarafından telafi edilmesi gerekmektedir. Bu haksız durumun önlenmesi için, tutuklamanın mutlaka hakim tarafından yapılması güvencesi ve tutuklama kararına itiraz kurumları düzenlenmiş iken, haksız tutuklama nedeniyle zarara uğrayanların zararlarının giderilmesi konusunda tazminat ve mahsup kurumları öngörülmüştür.

Haksız tutuklama tazminatı ise, 5271 sayılı CMK'nun 141-144. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tutuklanan kişinin anılan Kanun maddelerinde sayılan haller nedeniyle bir şekilde zarara uğradığı tespit edilir ve mahsup yapılarak zararın giderilmesi de mümkün olmazsa kişinin maddi ve manevi zararı, tazminat yolu ile giderilmeye çalışılır.

Anahtar Kelimeler: Haksız Tutuklama Tazminatı, Mahsup, Koruma Tedbiri, Özgürlüğün Kısıtlanması, İdarenin Sorumluluğu

ABSTRACT

Master Thesis

Ahmet Tanyer

Erzincan University

Institute of Social Sciences

Department of Public Law

ACCORDING TO CRIMINAL PROCEDURE CODE NO. 5271

COMPENSATION FOR DAMAGE RESULTED FROM UNJUST ARRESTMENT

In the activity of assuring public security and arresting criminals, some measures that can bring about intervention to the human rights and freedoms during the judge may be needed. Detention is just one of these measures. Because with detention, one of the most fundamental right of man whose delinquency hasn't been proved yet is delimited. In that case, it is necessary for the detention to be regulated by constitution and code in case that it may mean the violation of human freedom arbitrarily in case of exorbitance. The constitutional foundation of the detention has been in the article 19 of The Turkish Law Constitution. Besides, The detention has been regulated between articles 100-108 of Criminal Procedure Code numbered 5271 and articles 69-76 of Military Courts Of Establishment and Jurisdiction Methods Code numbered 353.

But sometimes there may be people who has been acted unjustly as a result of illegal detention or illegal applications after legal detention. As a necessity of being Government Law and principles of justice, the losses arising from the government's unjustifiable application should be compensated by the government. To prevent these unjustifiable detentions, it is necessary that the detentions should be decided by a judge and the losses of those who has suffered from unjustifiable detention should be compensated.

According to the Turkish Law System, in the case of acquittal and in the case of being guilty of another case, deduction is initially applicated. If there is no other case, the losses arising from the wrong detention is compensated by paying compensation. The compensation caused by unjustifiable application has been regulated between articles 141-144 of Criminal Procedure Code numbered 5271.

Key words: Compensation caused by unjustifiable application, Deduction, The Protective Measures, Limitation of Personal Freedom, The responsibility of the Authorities.

ÖNSÖZ

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Haksız Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi konulu yüksek lisans tezimi hazırlarken araştırmalarımın her aşamasında bilgi, öneri, mesai ve desteğini esirgemeyerek çalışmamı tamamlamama katkıda bulunan danışman hocam sayın Yrd. Doç. Dr. M. Emin RUHI'ye, yüksek lisans dersleri esnasındaki yardımlarından dolayı Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesinin çok kıymetli ve saygıdeğer hocalarından Prof. Dr. Sururi AKTAŐ ve Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU'na çalışmalarım süresince fedakarlık göstererek beni destekleyen kıymetli mesai arkadaşlarım ve en önemli varlığım eşime en derin duygularla teşekkür ederim.

Ahmet TANYER

Van, 2012

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK.....	I
TEZ KABUL TUTANAĞI.....	II
ÖZET.....	III
ABSTRACT.....	IV
ÖNSÖZ.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR.....	XIII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK TUTUKLAMA

I. GENEL BİLGİLER.....	6
A. TUTUKLAMA KAVRAMI.....	6
B. TUTUKLAMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	7
1. Genel Olarak.....	7
2. Anglo Sakson Hukukunda.....	7
3. Kıta Avrupası Hukukunda.....	9
4. İslam Hukukunda.....	9
5. Osmanlı Hukukunda.....	10
6. Türkiye Hukukunda.....	11
II. TUTUKLAMANIN ŞARTLARI.....	13
A. GENEL OLARAK.....	13
B. TUTUKLAMANIN MADDİ ŞARTLARI.....	13

1. Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığını Gösteren Olguların Bulunması	14
2. Bir Tutuklama Nedeninin Bulunması.....	15
a) Şüpheli veya Sanığın Kaçması, Saklanması veya Kaçacağı Şüphesini Uyandıran Somut Olguların Bulunması	16
b) Sanığın Davranışları	18
(1) <i>Delilleri Yok Etme, Gizleme veya Değiştirmeye Yönelik Kuvvetli Şüph</i> e.....	19
(2) <i>Tanık, Mağdur veya Başkaları Üzerinde Baskı Yapılması Girişiminde Bulunulmaya Yönelik Kuvvetli Şüph</i> e	20
c) Tutuklama Nedenlerinin Varsayıldığı Suçlar	21
3. 353 Sayılı Kanunda Belirtilen Askeri Yargıda Uygulanan “Askeri Disiplinin Tesisi” sebebiyle Tutuklama	23
C. TUTUKLAMANIN ŞEKLİ VE ŞARTLARI.....	26
1. Tutuklama Yasağının Bulunmaması	26
2. Ceza Muhakemesi Koşulu	29
3. Güvence Belgesi Verilmemiş Olması	30
4. Tutuklamanın Ölçülü Olması.....	32
5. Yetkili Hâkim veya Mahkeme Kararının Bulunması.....	33
a) Genel Olarak	33
b) Yetkili Hâkim ve Mahkeme	36
(1) <i>Soruşturma Evresinde</i>	36
(2) <i>Kovuşturma Evresinde</i>	38
(3) <i>Kararın Verilmesi ve Gerekçe</i>	40

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TUTUKLAMA TAZMİNATI

I. GENEL BİLGİLER.....	42
A. KAVRAM.....	42
B. HAKSIZ TUTUKLAMA TAZMİNATININ TARİHÇESİ	45

1. İslam Hukuku	45
2. Uluslararası Metinlerde Tazminat	46
a) Milletlerarası VI. Ceza Hukuku Kongresinde Hukuka Aykırı Tutuklama Tazminatı Hakkında Alınan Kararlar.....	46
b) İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi.....	47
c) Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi	48
d) Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişiler İçin Prensipler Bütünü	49
3. Türkiye’de Haksız Tutuklama Nedeniyle Tazminatın Gelişimi	49
a) Ceza Kanununun 1’inci Babının 5’inci Faslına Müzeyyel Mevaddı Kanuniye	49
b) 1961 Anayasası	50
c) 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun	51
(1) 466 sayılı Kanunda Tazminat Halleri	51
(2) 466 Sayılı Kanuna Göre Tazmin Edilecek Zararlar	55
II. 5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNUNA GÖRE HAKSIZ TUTUKLAMA TAZMİNATI.....	57
A. GENEL OLARAK	57
B. TAZMİNAT NEDENLERİ	59
1. Kişinin Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklanması veya Tutukluluğunun Devamına Karar Verilmesi	59
a) Genel olarak	59
b) Kişinin Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklanması .	59
c) Kişinin Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutukluluğunun Devamına Karar Verilmesi.....	66
2. Kanuni Haklarının Hatırlatılmadan veya Haklarından Yararlanma İsteği Yerine Getirilmeden Tutuklanan Kişi.....	71
3. Kanuna Uygun Olarak Tutuklandığı Halde Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmayan ve Hakkında Hüküm Verilmeyen Kişi	72

a) Genel Olarak	72
b) Makul süre.....	73
c) Kanuna Uygun Olarak Tutuklanan Kimsenin Makul Sürede Yargılama Makamı Önüne Çıkarılmaması	74
d) Kanuna Uygun Olarak Tutuklanan Kimsenin Makul Sürede Yargılanmaması.....	77
4. Kanuna Uygun Olarak Tutuklandıktan Sonra Hakkında Kovuşturmaya Yer Olmadığı veya Beraat Kararı Verilen Kişi	82
5. Mahkum Olup Da Tutuklulukta Geçirdiği Süreleri Hükümlülük Sürelerinden Fazla Olan veya İşlediği Suç İçin Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Czası Olması Nedeniyle Zorunlu Olarak Bu Cezayla Cezalandırılan Kişiler	85
a) Genel Olarak	85
b) Mahkum Olup Da Gözaltı ve Tutuklulukta Geçirdiği Süreleri Hükümlülük Sürelerinden Fazla Olan Kişiler.....	86
c) İşlediği Suç İçin Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Czası Olması Nedeniyle Zorunlu Olarak Bu Cezayla Cezalandırılan Kişiler	87
6. Tutuklama Nedenleri ve Hakkındaki Suçlamaların Yazıyla veya Bunun Hemen Mümkün Olmaması Halinde Sözle Açıklanmayanlar	88
7. Tutuklandığı Yakınlarına Bildirilmeyenler.....	90
C.TAZMİNAT İSTEMİNİN ŞEKLİ ŞARTLARI	91
1. Başvurabilecek Kişiler.....	91
2. Başvurma süresi	92
3. Başvuru Şekli	94
4. Başvuru Mercii.....	95
5. Mahkemenin Dava Dilekçesini Kabul Etmesi	96
6. Mahkemenin Maddi ve Manevi Tazminat Talebini Kabul Etmesi.....	99
7. Tazminat Talebinin Reddi.....	103
8. Karara Karşı Kanun Yolu	105

a) İtiraza Tabi Kararlar	105
b) Temyize Tabi Kararlar	106
D. FAİZİN BAŞLANGIÇ TARİHİ	108
E.TAZMİNAT İSTEYEMEYECEK KİŞİLER.....	108
1. Genel Olarak	108
2. Gözaltı ve Tutukluluk Süresi Başka Bir Hükümlülüğünden İndirilenler	109
3. Tazminata Hak Kazanmadığı Halde Sonradan Yürürlüğe Giren ve Lehte Düzenlemeler Getiren Kanun Gereği Durumları Tazminat İstemeye Uygun Hale Dönüşenler	110
4. Genel veya Özel Af, Şikâyetten Vazgeçme, Uzlaşma gibi Nedenlerle Hakkında Kovuşturmaya Yer Olmadığına veya Davanın Düşmesine Karar Verilen veya Kamu Davası Geçici Olarak Durdurulan veya Kamu Davası Ertelenen veya Düşürülenler.....	111
5. Kusur Yeteneğinin Bulunmaması Nedeniyle Hakkında Ceza Verilmesine Yer Olmadığına Karar Verilenler.....	112
6. Adli Makamlar Huzurunda Gerçek Dışı Beyanla Suç İşlediğini veya Suça Katıldığını Bildirerek Gözaltına Alınmasına veya Tutuklanmasına Neden Olanlar	114
F.TAZMİNATIN GERİ ALINMASI.....	114
G. HAKİMİN SORUMLULUĞU VE RÜCU.....	115
1.Genel Olarak	115
2. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 46'ya Göre Tazminat Sebepleri.....	121
a) Genel Olarak	121
b) Kayırma veya Taraf Tutma yahut Taraflardan Birine Olan Kin Veya Düşmanlık Sebebiyle Hukuka Aykırı Bir Hüküm veya Karar Verilmiş Olması.....	121
c) Sağlanan veya Vaat Edilen Bir Menfaat Sebebiyle Kanuna Aykırı Bir Hüküm veya Karar Verilmiş Olması	122
d) Farklı Bir Anlam Yüklenemeyecek Kadar Açık ve Kesin Bir Kanun Hükümüne Aykırı Karar veya Hüküm Verilmiş Olması.....	122

e) Duruşma Tutanağında Mevcut Olmayan Bir Sebeye Dayanılarak Hüküm Verilmiş Olması	123
f) Duruşma Tutanakları İle Hüküm veya Kararların Değiştirilmiş Yahut Tahrif Edilmiş veya Söylenmeyen Sözün Hüküm veya Karara Etkili Olacak Şekilde Söylenmiş Gibi Gösterilmiş ve Buna Dayanılarak Hüküm Verilmiş Olması.	124
g) Hakkın Yerine Getirilmesinden Kaçınılmış Olması.....	124
3. Kusur Unsuru	125
4. 1086 Sayılı HUMK'un 573'üncü Maddesinin İlk Cümlesinde Yapılan Değişiklik De Göz Önünde Bulundurarak Haksız Olarak Tutuklama Tedbiri Nedeniyle Zarar Gören Kişilerin Doğrudan Hâkime Yönelik Olarak Dava Açamamalarının Değerlendirilmesi	129
H. HAKSIZ TUTUKLAMADA ÖDENECEK TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ	133
1. Genel Olarak Haksız Tutuklama Tazminatının Hukuki Niteliği Sorunu.....	133
2. Haksız Fiil Sorumluluğu	135
3. İdari Sorumluluk.....	139
a) Hizmet Kusuru Sorumluluğu Görüşü	141
b) Özgürlüğün Kamulaştırılması Görüşü.....	143
c) Fedakârlığın Denkleştirilmesi Görüşü	143
d) İdari Kusursuz Sorumluluk Görüşü.....	144
e) Kanaatimiz	145

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MAHSUP

I. KAVRAM.....	148
II. MAHSUBUN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	150
A. MAHSUBUN CEZAYI HAFİFLETTİĞİ GÖRÜŞÜ	151
B. MAHSUBUN MAHKUMİYETTEN ÖNCE İNFAZ EDİLEN BİR TÜR CEZA OLDUĞU GÖRÜŞÜ	151
C. MAHSUBUN BİR TÜR AF OLDUĞU GÖRÜŞÜ	152

D. SONUÇ	152
III. MAHSUP SİSTEMLERİ	152
A. SİYASAL SİSTEM.....	153
B. AMPİRİK SİSTEM.....	153
C. KARMA SİSTEM.....	153
D. HUKUKİ SİSTEM.....	153
IV. MAHSUBUN UYGULANABİLME KOŞULLARI	154
A. GENEL OLARAK	154
1. Özgürlüğü Sınırlama Sonucunu Doğuran Hal Ve Bu Nedenle Bir Süre Kişi Özgürlüğünün Sınırlanması.....	154
2. Kesinleşmiş Bir Ceza Mahkumiyetinin Bulunması	157
a) Kesinleşmiş Ceza Mahkûmiyetinin Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması Hali Olan Davaya İlişkin Olması	157
b) Kesinleşmiş Ceza Mahkûmiyetinin Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması Hali Olan Davaya İlişkin Olmaması	158
V. MAHSUPTA USUL	163
SONUÇ	166
KAYNAKÇA	171

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKYUK	: Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
As. CK.	: Askeri Ceza Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
CvGTİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
D.	: Daire
E.	: Esas
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Tutuklama, yargılamanın devam edebilmesi ve bu yargılamanın sonunda verilmesi muhtemel mahkûmiyet hükmünün infaz edilebilmesi için zorunluluk olduğu hallerde uygulanan bir koruma tedbiridir. Tutuklama, bir yönüyle şüpheli veya sanığın kişi hürriyeti, diğer yönüyle de ceza yargılamasının devamı ve suçlunun cezasını çekmesindeki kamu yararıyla ilgilidir. Kamu yararını sağlamak için başvurulmuş bir yol olan tutuklamada, somut olayda kanunsuzluk, usulsüzlük veya haksızlık yapılmışsa, şüpheli veya sanığın bu sebeple uğramış olduğu zararların devlet tarafından tazmini şarttır.¹

Her hukuk düzeninde yanlış idari işlemler yapılmış ve hatta hatalı mahkûmiyet kararları verilmiş olabilir. Ceza davası kamu adına ve yararına açıldığından, bu dava dolayısıyla haksız bir zarara uğrayan kimsenin zararlarının da devlete yüklenmesi gerekir. Böylelikle devlet, hukuk kuralını ihlal ettiği için yaptırıma kendisi katlanmış ve bireylere örnek olmuş olacaktır.²

Vatandaşa, sırf siyasî bir toplum içinde yaşamakta oluşu sebebiyle bazı ödev ve sorumluluklar yüklenmiştir. Bu ödev ve sorumlulukların, “toplum düzenini bozacak, tehlikeye düşürecek ya da zarara uğratacak hareketlerden kaçınmak, toplumun gelişmesine yardım etmek ve bu gelişmeyi engelleyici eylemlerde bulunmamak” şeklinde özetlenmesi mümkündür. Toplumun bir ferdi olarak bu ödev ve sorumlulukları yerine getirmediğimiz takdirde, hukuk düzeninin koyduğu yaptırımlara katlanmak zorunluluğu, toplum halinde yaşamaktan doğan bir diğer sorumluluktur.³

Yüklenen bu sorumlulukların karşılıksız olduğu zannedilmemelidir. Siyasî hayatla ilgili haklar ve hürriyetler, sosyal ve ekonomik haklar ile özgürlükler,

¹Metin Feyzioğlu, “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, Ocak 1993, s. 121.

²Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 3. Bası, İstanbul, Aralık 2005, s. 326

³Uğur Alacakaptan, “Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 18, Yıl 1961, s. 206.

yukarıda belirtilen ödev ve sorumlulukların karşılığıdır. Devletlerin anayasalarında, bu hak ve özgürlüklerin sayılması, vatandaşlara tanındığının bildirilmesi, hukuk devleti olmak için tek başına yeterli değildir.⁴

Hukuk devleti, yüklediği ödev ve sorumlulukların karşılığı olarak vatandaşlara tanıdığı hak ve özgürlüklerin koşullarını da göstermek, başka bir deyişle, adı geçen hak ve özgürlüklere yapılacak tecavüzlerin önlenmesini sağlayacak ve ister özel kişilerden, ister devlet organlarından gelsin, bütün tecavüzlerin yaptırımı bağlanmasını mümkün kılacak tedbirleri de almak zorundadır. Örneğin, bir devletin anayasasının “konuta dokunulamaz” veya “basın hürdür, sansür edilemez” ya da “herkes kanun önünde eşittir” şeklindeki teorik düzenlenmeleri yeterli değildir. Konut dokunulmazlığının, basın özgürlüğünün, kanun önünde eşitliğin koşulları da pozitif hukukta düzenlenmelidir.⁵

“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini yahut değiştirilmesini önlemek için yargıç kararı ile tutulabilir”, “kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğü, kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş yargıç kararı olmadıkça sınırlanamaz” şeklinde hükümlere anayasalarda yer verilmesinin sebebi, diğer birçok hak ve özgürlüklerin ön şartı olan kişi dokunulmazlığının bir koşula bağlanması isteği ve zaruretidir. Aksi takdirde, adı geçen dokunulmazlık ve özgürlüğe, özellikle devlet eliyle yapılacak müdahalelerin önlenmesi, hiç değilse sınırlanması mümkün olmayacaktır. Fakat, vatandaşın haksız bir şekilde yakalanarak özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğuran kamu müdahalelerini önlemeğe, çeşitli sebepler yüzünden, böyle bir koşullama da

⁴ Alacakaptan, s. 206.

⁵ Alacakaptan s.206, Örneğin T.C. Anayasası m. 21 “*Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*”şeklindedir. Görüldüğü üzere konut dokunulmazlığı anayasa ile koruma altına alındığı gibi 5237 sayılı TCK m. 116’da konut dokunulmazlığını ihlal etmek suç olarak düzenlenmiş ve hapis cezasını öngören yaptırımı bağlanmıştır.

yetmemekte ve vatandaş bazı oldu bittilerle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu sebeple, söz konusu oldu bittilerin kişi özgürlüğünü ve onurunu zedeleyici ve kişinin kendisi ile yakınlarının mal varlığı değerlerine zarar veren etkilerini mümkün olduğu kadar ortadan kaldırmak, haksız ve adaletsiz bu duruma son verebilmek üzere devletin işe karışması şarttır.⁶

Bir kişinin ceza soruşturması veya yargılaması sırasında tutuklanması nedeniyle haksız bir zarara uğraması iki halde karşımıza çıkabilir. İlk halde kişinin, suç işlediğinden şüphelenilerek, uluslararası sözleşmelerde, anayasada ve kanunlarda belirtilen usule veya esasa ilişkin kurallara uyulmaksızın tutuklanması halinde uğradığı muameleden dolayı haksız bir zarara maruz kalmaktadır.⁷ İkinci halde ise; kişi, yine bir suç işlediğinden şüphelenilmesi nedeniyle uluslararası sözleşmelerde, anayasada ve kanunlarda belirtilen usule veya esasa ilişkin kurallara uyularak tutuklanmaktadır. Ancak yapılan soruşturma veya yargılama sonucunda gerçek suç failinin tutuklanan kişi olmadığına ortaya çıkması veya tutukevinde kaldığı süreler göz önüne alındığında, hak ettiği cezadan daha ağır veya daha fazla bir hürriyet kısıtlamasına fiilen çarptırılmış olması nedeniyle kişi haksız bir zarara katlanmak zorunda bırakılmaktadır.⁸

Tezcan'a göre; *“Haksız yakalama ve tutuklama, yakalama ve tutuklama ile ilgili esas ve usul kurallarına uyulmaması nedeniyle başlangıçtan itibaren ya da bu koruma tedbirlerinin, ön soruşturmada kamu davasına açılmasına yer olmadığı kararı ve son soruşturmada da beraat kararı veya sadece para cezası verme sonucu sonradan hukuka aykırı hale dönüşmesi hallerinde söz konusu olur. Şu halde, haksız yakalama ve tutuklamanın birinci türü, mutlak haksız yakalama ve tutuklama şeklinde tanımlanabilir. Buna karşılık, ikinci tür haksız yakalama ve tutuklama ise, nispi haksız yakalama ve tutuklama olup, bu tür haksız yakalama ve tutuklamalar,*

⁶ Alacakaptan, s.207.

⁷ Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2008, s. 42, Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, *Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.93.

⁸ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2004, s.174-176.

kurallara uyulmakla birlikte, uygulanan bu koruma tedbirlerinin, ön soruşturmada kamu davası açılmasına yer olmadığı kararı, son soruşturmada da beraat kararı veya sadece para cezası verme sonucu sonradan hukuka aykırı hale dönüşmesi hallerinde söz konusu olur. ”⁹

Haksız tutuklamaların önlenmesi ve bu nedenle zarara uğrayan mağdurların zararlarının giderilmesi için devlet, yasal düzenlemeler ile vatandaşa kişi özgürlüğü bağlamında güvence sağlamak istemiştir. Haksız tutuklamaların önlenmesi için, tutuklamanın mutlaka hâkim tarafından yapılması güvencesi¹⁰ ve tutuklama kararına itiraz kurumları¹¹ düzenlenmiş iken, haksız tutuklama nedeniyle zarara uğrayanların zararlarının giderilmesi konusunda ise, “tazminat” ve “mahsup” kurumları öngörülmüştür.

Koruma tedbirlerinden insan hayatını maddi ve manevi yönden en çok etkileyen “tutuklama kurumu”nun ceza yargılaması sırasında, hukuka aykırı ve gereksiz bir şekilde uygulanması ülkemizde sıklıkla karşılaşılan bir durum olması nedeniyle “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Haksız Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi” konusunu incelemeyi amaçladık.

Tutuklama koruma tedbirinin hukuka aykırı uygulanmasının mağdur üzerindeki etkilerini gidermek için ilk akla gelen, mağdurlara bir miktar para ödenmesi suretiyle tazmin yoludur. Kişilerin özel haklarının ihlal edilmesine ilişkin maddi ve manevi tazminat davaları esasen medeni yargılama hukuku alanına girmekle beraber, Ceza Muhakemesi Kanunu¹²,nun 141, 142, 143 ve 144’üncü maddelerindeki düzenlemeler, haklarında ceza soruşturması ya da yargılaması başlatılan kişilerin bu aşamalarda, uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle karşı karşıya kaldıkları, yine Ceza Muhakemesi Kanununda sayılan haksızlıklara ilişkin

⁹ Durmuş Tezcan, “3842 Sayılı Yasa Açısından Yakalama ve Tutuklama”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 4, Cilt 1-2, Yıl 1994, s. 34.

¹⁰ 5271 sayılı CMK m.101.

¹¹ 5271 sayılı CMK m.101/5 .

¹² 04.12.2004 tarihli 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (R.G. 17.12.2004/25673).

olarak tazminat istemini ve koşullarını düzenlemiştir.¹³ Bu haksızlıklardan biri de haksız tutuklamadır.

Tutuklama koruma tedbirinin hukuka aykırı uygulanmasının mağdur üzerindeki etkilerini gidermek için ikinci akla gelen yol ise, mağdurun başka bir suçundan kesinleşmiş cezası varsa haksız tutuklu kaldığı süreler göz önünde bulundurularak bu cezasından düşürülmesidir. Bu kuruma ise “mahsup” adı verilmektedir.¹⁴ Mahsup kurumu, esasen adalet duygusuyla kabul edilmiş ve cezaların infazı ile ilgili bir işlemdir.¹⁵ Mahsup 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 63’üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Araştırma konumuzun esası “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Düzenlenen Haksız Tutuklama Tazminatı” olmakla birlikte “Mahsup” konusuna kısaca değinmeyi de uygun bulduk. Bu amaçla araştırmamızda öncelikle “Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”yı açıkladıktan sonra, iki bölüm halinde “Haksız Tutuklama Tazminatı” kurumunu ve “Mahsup” kurumunu inceleyeceğiz.

¹³ Fatih Kanmaz, *AİHM ve Yargıtay Kararları Işığında Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.81.

¹⁴ 5237 sayılı TCK m.63’ün madde başlığı “Mahsup”tur.

¹⁵ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 3, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1989, s. 170.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK TUTUKLAMA

I. GENEL BİLGİLER

A. TUTUKLAMA KAVRAMI

Maddi gerçeği ortaya çıkarmak için kamusal nitelik taşıyan ceza yargılamasında bazı koruyucu tedbirlere başvurulması gerekebilir. Bu tedbirler, yargılamanın yapılabilmesi açısından şüpheli ya da sanığın hazır bulunmasını veya delillerin karartılmasını önlemeye yönelik olabileceği gibi ileride verilecek hükmün infaz edilebilmesini sağlamak amacını da taşıyabilir. Bu tedbirler için Türk hukukunda genelde koruma tedbirleri kavramı kullanılmakta olup, bu tedbirlere örnek olarak; tutuklama, yakalama, gözaltına alma, arama ve el koymayı verebiliriz.¹⁶

Bir koruma tedbiri olan “Tutuklama”, suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hâkim kararıyla geçici olarak kaldırılmasıdır.¹⁷

Tutuklama, Türk Hukuku kaynaklarında itham sebebiyle hapis, ihtiyati hapis, ihtiyaten tevkif ve muvakkat hapis, tevkif gibi kavramlarla ifade edilmiştir.¹⁸

¹⁶ Nur Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama*, Beta Yayınevi, İstanbul 1992, s. 1.

¹⁷ Centel/Zafer, s.261.

¹⁸ Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1945, s.125.

B. TUTUKLAMANNIN TARİHSEL GELİŞİMİ

1. Genel Olarak

Tutuklama tarihsel süreç içerisinde değişik amaçlara hizmet etmiştir. 17'nci yüzyıla kadar cezaevleri hükümlüye verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın infaz kurumu değil, cezalandırılmak istenen kişinin devletin eli altında bulundurulmasını sağlayan bir tür 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 kaybolursa bile onun yerine cezalandırılacak bir başkasını bulmak mümkün olacağından, tutuklamaya bile gerek görülmediği oluyordu. Örnek vermek gerekirse; 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 getiriliyordu.¹⁹

2. Anglo Sakson Hukukunda

İlk kez 1679 tarihli “*Habeas Corpus Act*” ile çeşitli güvenceler getirilmiştir. Getirilen güvenceler ile tutuklamalara karşı kişi özgürlüğü, keyfi müdahalelere karşı korunmaya çalışılmıştır.²⁰

Magna Carta öncesi izlerine rastlanan “*Habeas Corpus*” yargılama sırasında mahkeme önüne çıkarılması gereken bir sujenin getirilmesi için yargılama öncesi kraliyet memurlarına verilen bir emirdir. Habeas Corpus, Anglo Sakson Hukuku’nun kişi özgürlüğünü korumak amacıyla geliştirdiği bir kurum olup, Kıta Avrupası

¹⁹ Mustafa Avcı, “Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimize Koruma Tedbirlerinden Tutuklama”, *Kamu Hukuku Arşivi*, Diyarbakır 1998, s. 28

²⁰ İlhan Akın, *Kamu Hukuku*, Fakülteler Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1974, s. 284.

Hukuku'nda, "Anglo Sakson'ların Habeas Corpus'u" ile tam olarak mukayese edilebilecek bir kurum bulunmamaktadır. Buna karşın Habeas Corpus kurumunu oluşturan kişi özgürlüğünün özellikle idare tarafından keyfî bir şekilde kısıtlanmasının önlenmesi düşüncesi, Kıta Avrupası Hukuku'nda da etkili olmuş ve buna dayanılarak temel hak ve özgürlükler, anayasa ve kanun metinlerinde yer almak suretiyle güvence altına alınmışlardır. Kıta Avrupası Hukuku'nda yakalanan ve tutuklanan kişilerin sınırlanmış süreler dahilinde hâkim veya mahkeme önüne çıkarılması zorunluluğuna ilişkin yasal düzenlemeler mevcuttur. Bu sürelere riayet edilmemesi durumunda devletin ve yetkili kişilerin sorumlu tutulması öngörülmüştür. Ancak Anglo Sakson Hukuku'nda bu süreler haricinde Habeas Corpus ile bu sürelerden bağımsız bir şekilde tutukluluğa ve yakalamaya itiraz etme olanağı da getirilmiştir.²¹

Anglo Sakson Hukuku'nda kişi özgürlüğünün en önemli koruma aracı Latince'de "*Huzura çıkmasına müsaade et!*"²² anlamına gelen "*Habeas Corpus*" emridir. Amacı haksız olarak özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişinin biran önce hürriyetine kavuşmasını sağlamaktır. Her ne kadar Anglo Sakson Hukuku'nda da kişinin haksız olarak uygulanan tutuklamadan veya yakalamadan kaynaklanan maddi ve manevi zararlar dolayısıyla tazminat davası açma hakkı bulunsa da, bu tazminat davasının kişinin derhal özgürlüğünü sağlamayacağı ve geçmişe dönük olarak ancak bir tamir yöntemi olabileceği de açıktır. Habeas Corpus emrinin, kişiyi baskın otoritenin keyfî alıkoymalarına karşı koruması mahkeme kararının hukuka uygun olup olmadığına göre iki şekildedir; Şayet kişi hakkında uygulanan tutuklama kararı hukuka aykırı ise habeas corpus emri sayesinde kişi derhal serbest kalacaktır. Ancak tutuklama kararı hukuka uygun ise bu seferde kişi yargılamanın bir an önce yapılmasını isteme hakkına sahiptir. Habeas Corpus emri kısaca tutuklama kararını uygulayan makama "Kişinin özgürlüğünü kısıtlama sebebi her neyse bu belgeleri derhal göster" çağrısıdır. Emri veren mahkeme tutuklama kararını uygulayan merciiin

²¹ Metin Feyzioğlu, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 44, 1995, sayı 1-4, s. 665-666.

²² Feyzioğlu, "Habeas Corpus Kurumu", s. 688.

elindeki delilleri yetersiz bulursa, bu durumda kişiyi derhal serbest bırakma yetkisine de sahip bulunmaktadır.²³

Özetlemek gerekirse “*Habeas Corpus Güvencesi*” olarak adlandırılan bu kurum sayesinde İngiltere’de, hiç kimsenin, kral mahkemesinin kararı olmaksızın cezaevinde tutulamayacağı, hâkim kararı olmaksızın özgürlüğü kısıtlanan kişinin durumunun mahkeme tarafından inceleneceği, tutuklanması gerekli değilse hemen salıverileceği ve özgürlüğü kısıtlandıktan sonra bir gün içinde hâkim önüne çıkartılacağı konuları tereddüte yer vermeyecek şekilde güvence altına alınmıştır.²⁴

3. Kıta Avrupası Hukukunda

Kıta Avrupası Hukuku’nda ise, kişi özgürlüğüne ve dolayısıyla tutuklamaya ilişkin güvenceler 1789 Fransız İhtilali ile hız kazanmıştır. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (m.7 vd.), 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m.9), 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme(m.5), 1967 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme (m.9), özgürlük ve kişi güvenliğini koruma altına alan, tutuklamanın keyfi olmasını engelleyen hükümler içeren uluslararası belgelerdir.²⁵

4. İslam Hukukunda

İslam hukukuna gelince, tutuklama, işlenmiş bir suçun cezası olarak değil de, güvenlik gerekçesiyle veya sanığın kaçmasını önleme maksadıyla kişilerin hapsinden söz edilmektedir.²⁶

²³Feyzioğlu, “Habeas Corpus Kurumu”, s. 688.

²⁴Centel/Zafer, s. 261.

²⁵ Centel/Zafer, s. 262.

²⁶ H. Mehmet Günay, “İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele”, *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Şubat, 2000, s. 5.

İslam hukukunda tutuklama kararı verilebilmesi için şüpheliye isnad edilen suç, had, kısas ya da tazir cezası gerektirmelidir. Kettani ve Ali Dede'ye göre, Hz. Muhammed ve dört halife zamanında özel bir hapisane yoktu. Mescitler ve dehlizler hapisane olarak kullanılıyordu. Nitekim Hz. Muhammed bir cinayet suçlusunu olan Sumame B. Üsale'yi mescidin duvarlarına bağlamıştı. Tay kabilesinden Hatem kızı Sufine mescitte kadınlara özgü bir odaya hapsedilmişti. Hz. Muhammed, borçlarını vermeyenleri, harp esirlerini, katilleri veya cinayetten zanlı olanları hapsediyordu. İlk tarihlerden itibaren Hz. Osman zamanına kadar suçlular kuyularda hapsediliyordu.²⁷

5. Osmanlı Hukukunda

Osmanlı hukukunu incelediğimizde, hapsedilme için kural olarak kadı kararı gerekmektedir. Osmanlı hukukunda hapis kavramı, “tutuklama” anlamında kullanılmaktadır. Bazı şer’ iye sicillerinde “zindana koymak” veya “zindan vermek” deyimlerine de rastlanmaktadır. Örnek vermek gerekirse 1617 yılında Galata Mahkemesi tarafından adam öldürmekten sanık bir kişi tutuklanmış ve davacı tarafa iddiasını ispat için 15 gün süre tanınmıştır. Davacının bu süre içinde delil sunamaması üzerine sanık kefalet karşılığında serbest bırakılmıştır. Yine siciller incelendiğinde, haksız yere tutuklandığını düşünen bir kişinin itirazı üzerine, kadı, bir naip atayarak sanığın yaşam tarzını araştırmıştır. Ancak bu tür uygulamaların istisnai olup olmadığı tam olarak bilinmemektedir.²⁸

Osmanlı Hukukunda, batılı anlamda insan hakları ve kişi güvenliği sorunu insan hakları doktrini, yerli bir görüş olarak ortaya çıkmamıştır. Ancak 19’uncu yüzyıldan itibaren, Genç Türkler geleneksel İslam hukuku doktrinini zorlayarak bir

²⁷ Fahreddin Atar , İslam Adliye Teşkilatı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991, s.217.

²⁸ Mehmet Akman, “Bir Ceza Yargılaması Aracı Olarak Kişiyi Kefalet: Osmanlı Örneği”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 11.

insan hakları ve kişi güvenliği sorununu ortaya atabilmişlerdir.²⁹ Osmanlı hukukunda kişi güvenliğinden dolayısıyla da olsa ilk söz eden belge 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu’ dur. 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 fermanla da kişi güvenliği ile ilgili olarak, kimsenin keyfi olarak tutuklanamayacağı güvence altına alınmıştır. Ancak bu fermanlar bir hukuk belgesi niteliğinde değildirler. Padişahın sahip olduğu imtiyazları karşısında kişi hakları pozitif bir güvenceye sahip olamamıştır.³⁰

6. Türkiye Hukukunda

Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk anayasası olan 1924 Anayasasının 5. bölümünde “Türklerin Kamu Hakları” başlığı altında 72. maddesinde “*Kanunda yazılı hal ve şekillerden başka türlü hiçbir kimse yakalanamaz ve tutulmaz*” şeklinde kişi özgürlüğü ve güvenliği düzenlenmiştir.³¹ Kişi güvenliği, 1929 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda 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.³²

Türkiye Cumhuriyetinde kişi güvenliği konusunda “Habeas Corpus” yaklaşımı 1961 Anayasası ile doğmuştur. 1961 Anayasası’nın 30’uncu maddesinde “*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok*

²⁹ Bahri Savcı, “Türk Devletinde Tarihi Akışı İçinde İnsan Hakları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, No: 2, 1963, s. 83.

³⁰ Timur Demirbaş, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Tutuklama”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı: 3, İzmir, 1996, s. 22.

³¹ Suna Kili ve Şeref A. Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri*, Türkiye İş Bankası Yayınları, Yayın No:269, Ankara, 1985, s. 125.

³² Demirbaş, s.167.

edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim 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” denilerek tutuklamanın şartları anayasal güvenceye bağlanmıştır.

II. TUTUKLAMAMANIN ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

Tutuklamanın şartları ile nedenleri birbirinden farklı kavramlar olmakla birlikte tutuklama şartı, tutuklama nedenlerini de kapsayan bir üst kavramdır. Her ne kadar 5271 sayılı Kanununun 100'üncü maddesi başlığı "Tutuklama Nedenleri" olarak düzenlenmiş ise de, maddenin ilk fıkrasında "Tutuklama Şartları", 2'nci ve diğer fıkralarında ise "Tutuklama Nedenleri"ne yer verilmiştir.

Tutuklama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için doktrinde tutuklamanın maddi şartları ve şekli şartları olarak ifade edilen bazı şartların mevcudiyeti aranmaktadır. Buna göre tutuklamanın maddi şartları; somut olgulara dayalı kuvvetli suç şüphesinin ve bir tutuklama nedeninin varlığıdır. Tutuklamanın uygulanabilirliğini sağlayan şekli şartlar ise, ceza muhakemesinin olanaklı olması, sanığa güvence belgesi verilmemiş olması, tutuklama yasağının bulunmaması, tutuklamanın ölçülü olması ve şüpheli veya sanık hakkında usulüne uygun olarak bir tutuklama kararı verilmiş olmasıdır. Tutuklamanın şartlarının teoride bu şekilde kategorize edilmesi, uygulayıcılar için bir kolaylık da sağlamış olacaktır.³³

B. TUTUKLAMAMANIN MADDİ ŞARTLARI

Tutuklama ihtiyari bir koruma tedbiridir. Tutuklamanın uygulanması hiçbir zaman zorunlu değildir. Tutuklamanın iki maddi koşulu vardır; Bunlardan biri, olguya dayanan kuvvetli suç şüphesi veya başka bir anlatımla kuvvetli suç şüphesi

³³Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 9. Bası, Ankara 2006,s.508; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, 14. Bası, İstanbul 2006, s. 773-774.

uyandıran olguların bulunması iken, diğeri tutuklamaya ilişkin kanunlarda gösterilen tutuklama sebeplerinden birinin gerçekleşmesidir.³⁴

1. Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığını Gösteren Olguların Bulunması

5271 sayılı CMK bazı koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için “şüphe” veya “makul şüphesi” yeterli görürken, aralarında tutuklamanın da bulunduğu bazı koruma tedbirleri için ise “kuvvetli şüphe” aramaktadır. Zira bir kişi hakkında kamu davası açılabilmesi için “yeterli şüphe” asgari zorunluluk iken, henüz dava açılmasından çok önceki bir safhada dahi başvurulabilecek bir tedbir olan tutuklama açısından kuvvetli şüphe öngörülmüştür. Çünkü hakkında tutuklama kararı verilen kişinin, mahkum olmuş bir kişi gibi özgürlüğü kısıtlanmaktadır.³⁵

5271 sayılı CMK, *kuvvetli şüphe* terimini getirerek, hem basit şüphe ile kişilerin hürriyetlerinin keyfi bir şekilde alıkonulmasını önlemek istemiş, hem de *kuvvetli suç şüphesinin* kabulü için de bir ölçüt getirmiştir. Buna göre; *kuvvetli suç şüphesinin* mevcudiyetini gösteren olguların varlığı şarttır.³⁶ 5271 sayılı CMK’nda “*kuvvetli şüphe*”nin tanımı yapılmadığından bu boşluk doktrin tarafından doldurulmaya çalışılmıştır. Centel’e göre; “*Tutuklamanın talep edildiği ana kadar yapılan soruşturma ile elde edilen somut olaylara dayalı delillerin ışığında, kişinin fail veya suç ortağı olarak bir suçu işlediği ve yargılama sonunda mahkum olacağı hususunda büyük bir ihtimal görülmesidir*”.³⁷ Öztürk ve Erdem’e göre “*Kuvvetli şüphe, eldeki delillere göre yapılan bir yargılamada şüpheli veya sanığın mahkûm olmasının kuvvetle muhtemel olması*” demektir.³⁸ Soyaslan’a göre ise; “*Günlük hayat deneyimlerine ve eldeki delillere göre şüphelinin suçu işlediğinin kesin gibi görünmesidir*”.³⁹ Tüm bu tanımlamaları birlikte değerlendirdiğimizde; mevcut olgular dikkate alındığında yargılama sonucunda kişinin mahkûm olma olasılığının

³⁴ Centel/Zafer, 2005, s. 262, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu., s.861-873, no.50.1, 2,3.

³⁵ Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.354.

³⁶ Ünver, Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* s. 354.

³⁷ Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama*, , s.39.

³⁸ Öztürk/Erdem, s.512.

³⁹ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bası 2, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, s.306.

yüksek olduğu durumlarda “*kuvvetli şüph*e”nin varlığından söz etmek mümkün olacaktır.⁴⁰

Kişi özgürlüğüne ağır bir müdahalede bulunması nedeniyle koruma tedbirlerinden en ağırı olan tutuklama, ancak zorunluluk halinde başvurulması gereken bir tedbirdir.

Kanımızca kişi hakkında yetersiz veya soyut suç şüphesine dayanarak tutuklama tedbirinin uygulanması halinde soruşturma veya kovuşturmanın ilerleyen aşamalarında gerçek failin tutuklanan kişi olmadığına anlaşılması, toplumdaki adalet düşüncesini temelinden sarsacak bir durum olduğundan “*kuvvetli suç şüphesi*” tutuklama tedbirinde en çok dikkat edilmesi gereken şartlardan biridir.

2. Bir Tutuklama Nedeninin Bulunması

5271 sayılı CMK'nun 100'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında tutuklama kararı verilebilmesi için sadece kuvvetli şüphenin varlığını yeterli görmemiş ayrıca bir tutuklama nedeninin bulunmasını da bir zorunluluk olarak öngörmüştür. Tutuklama nedenleri CMK'nun 100'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre bir suçu işlediğine yönelik kuvvetli şüphenin varlığını gösteren olgulara rağmen, kişinin kaçacağı, delilleri karartacağı veya tanık, mağdur ve başkaları üzerinde baskı yapacağına yönelik kanı oluşmuyorsa tutuklama tedbiri uygulanamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Boicenco/ Moldova⁴¹, Memedova /Rusya⁴², Labita/İtalya⁴³, Punzelt/Çek Cumhuriyeti⁴⁴ kararlarında; somut olaya göre, şüpheli kişinin kaçacağına veya delilleri karartacağına yönelik somut delillerin bulunması hallerinde, tutuklama tedbirinin uygulanma sebebinin tutuklama kararının gerekçesinde açıkça belirtilmesi, elde edilen delillere göre makul suç şüphesini ve

⁴⁰ Veli Özer Özbek, *CMK İzmir Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 347.

⁴¹ Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.38, 11.07.2006 tarih ve BaşvuruNo:41988/05.

⁴² Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.40, 01.06.2006 tarih ve Başvuru No:7064/05.

⁴³ Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.41, 06.04.2000 tarih ve BaşvuruNo:26772/95.

⁴⁴ Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.41, 25.04.2000 tarih ve BaşvuruNo:31315/96

tutuklama nedenlerinden birisinin varlığını göstermesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵ 5271 sayılı CMK'na göre iki tutuklama nedeni vardır; bunlardan biri *şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması* iken, diğeri genel olarak *sanığın davranışları* olarak nitelendirebileceğimiz şüpheli veya sanığın delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulmasıdır.

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

Doktrinde “kaçma şüphesi” olarak adlandırılan bu tutuklama sebebinin varlığından söz edebilmek için bunu gösteren somut olgular gerekmektedir.⁴⁶ CMUK'tan farklı olarak CMK kaçma şüphesi hakkında somut olguların varlığını aramaktadır. Olgu kavramı, “*Gözlenebilir ya da görgül işlemlerle kavranabilir olan ve kendine özgü bir örüntüsü bulunan olay*” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷ Şüphe kavramı ise “*kuşku*” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸ Bu iki kavram birlikte değerlendirildiğinde, CMK m. 100/2-a kapsamında şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı kuşkusunu oluşturan gözlenebilir ya da görgül işlemlerle kavranabilir olan ve kendine özgü bir örüntüsü bulunan olayların bulunması halinde kaçma şüphesinden bahsedilebilecektir.

Şüpheli veya sanığın kasten, adli makamların kendisini, mahkemeye davetini veya diğer yargılama işlemleri için usulüne uygun bir biçimde hazır bulundurulmasını olanaksız kılması durumunda “**kaçma**”dan söz edilir.⁴⁹ Her somut olayda ayrı ayrı hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken kaçma şüphesi, kararda da somut olguları da gösterilerek açıkça belirtilmelidir. Kişinin suç işledikten sonra kaçma hazırlığı içinde iken yakalanması, kaçma olgusunu gösterirken, birçok

⁴⁵ Ünver, Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 355.

⁴⁶ 5271 sayılı CMK m. 100/2-a

⁴⁷ Tanım için bkz. www.tdkterim.gov.tr (10.05.2011).

⁴⁸ Tanım için bkz. www.tdkterim.gov.tr (10.05.2011).

⁴⁹ Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama*, s.42

tanık önünde suç işledikten sonra kaçan, ancak kendiliğinden kolluk kuvvetlerine teslim olan failin kaçacağı şüphesinin bulunduğunu söylemek gerçekçi değildir.⁵⁰

Şüpheli veya sanığı tutuklama konusunda yetkili olan hâkim veya mahkemenin somut olgularla desteklenen objektif bir şüphenin varlığının tespiti halinde tutuklama sebebinin bulunduğu söylenebilecektir. Başka bir deyişle kaçma şüphesi olarak doktrinde tanımlanan şüphe, sübjektif değil, objektif şüpheye dayanmalıdır.⁵¹

Kişinin sabit bir ikametgâhının olmaması genel olarak kaçabileceği yönünde somut bir olgunun varlığına delalet eder. Kişi yargılama aşamasında bulunabileceği yeri mahkemeye bildirmekle yükümlüdür. Taşınması veya sabit ikametgâhını değiştirmesi halinde de mutlaka mahkemeye bildirimde bulunmalıdır. Aksi takdirde mahkeme sanığı yargılama aşamasında bulamazsa bu durumda sanık kaçak addedilir ve sanığın mahkeme huzuruna çıkarılabilmesi için yakalama emri düzenlenir. Günümüzde 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 51'inci maddesine göre; adres beyanı ile yükümlü kişi ve kurumlar yerleşim yeri adreslerine ilişkin değişiklikleri **yirmi iş günü içinde** ilçe nüfus müdürlüklerine bildirmekle yükümlü iseler de; kaçak kişinin bu yükümlülüğe uyacağını düşünmek kanımızca hayalden öte bir şey değildir. Bu nedenle mahkeme kişinin bildirdiği adreste bulunmaması halinde, öncelikle nüfus kayıt sisteminden kişinin adresinin değişip değişmediğini sorgulamalı, nüfus kayıt sisteminde adres değişikliğinin bildirilmediği görülüyorsa, bu durumda başka bir araştırma yapılmaksızın derhal kişi hakkında kaçaklara yönelik tedbirler uygulanmalıdır.

Kişinin ailesi, sosyal, ekonomik ve kişisel yaşantısı da kaçma şüphesi kapsamında CMK m. 100/2-a'da aranan somut olguları tespiti için göz önünde tutulması gereken hususlardır. Düzgün bir aile yaşamı, mesleği ve kazancı olan bir kişi ile; ailesi olmayan, geçimini sağlayabilecek kazancı olmayan bir kişinin kaçacağına yönelik şüphelerin yoğunluğu birbirinden farklıdır. Toplumda örnek alınabilecek bir kişinin suç işlemesi halinde kaçması objektif olarak daha az

⁵⁰ Ünver, Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 355.

⁵¹ Metin Feyzioğlu, *Tutuklama*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 46.

düşünülürken iken serseri bir yaşam süren kişinin suç işlemesi halinde kaçmasından daha çok şüphelenilecektir.⁵²

Alman uygulamasında şu durumların kaçma isteğini azaltacağı varsayılmaktadır; *şüpheli veya sanığın aile bağlarının kuvvetli olması, güvenli iş ve ikametgah şartlarına sahip veya hasta olma, hâkim huzurunda suçunu ikrar etmiş olmadır.* Şu hallerde ise, kaçma ihtimalinin artacağı var sayılmaktadır; *Hükmolunacak cezanın yol açacağı sosyal veya ekonomik çöküntünün büyük olması ihtimali, kendi kusuruyla işsiz kalma, sahte isim kullanma, işlediği suçun niteliğine göre başka ülkeye kaçması halinde iade imkânının bulunmaması, bir terör örgütüne üye olma veya uluslararası uyuşturucu kaçakçılığı faaliyetlerine karışmadır.*⁵³

Uygulamada, kaçma şüphesine dayanarak duruşmaya gelen sanığın tutuklanması örneklerine rastlanabilmektedir. Kaçmayıp duruşmaya gelerek mahkemeye ve ceza yargılamasına yardımcı olan bir sanığın, bu durumda, CMK m. 100/2-a kapsamında hangi somut olguya dayalı olarak tutuklandığı sorusu doğal olarak yanıtız kalmaktadır.⁵⁴

AIHS' in 5/c maddesinde 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 Ceza Muhakemesi Kanunumuzun sisteminin sanık veya şüpheli için daha güvenceli olduğu şüphesizdir.⁵⁵

b) Sanığın Davranışları

CMK m. 100/2-b'de yer alan düzenlemeye göre şüpheli ya da sanığın davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma

⁵² Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 222.

⁵³ Centel/Zafer, s. 263.

⁵⁴ Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *Tutuklama Raporu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ağustos 2010, s. 41.

⁵⁵ Demirtaş, s. 22.

şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu hususlarda da kuvvetli şüphe varsa bir tutuklama nedeni varsayılabilir.

Şüpheli veya sanığın davranışları suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmeye yönelik olduğu ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunmaya yönelik olduğu değerlendiriliyorsa delilleri karartma şüphesinden bahsedilebilir.⁵⁶

(1) Delilleri Yok Etme, Gizleme veya Değiştirmeye Yönelik Kuvvetli Şüphe

Suç işlediği hususunda kuvvetli şüphe bulunan kişinin -doktrinde “delilleri karartma şüphesi” olarak tanımlanan⁵⁷- suç konusu delilleri yok etme, gizleme veya değiştirmeye yönelik kuvvetli şüphenin bulunması halinde, hakkında tutuklama kararı verilebilir.

Delillerin karartılmasına yönelik şüpheden ve dolayısıyla tehlikeden 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 çıkmalıdır.⁵⁸

Yargılamanın, sanığın delilleri değiştirmesi ile işlemez hale gelmeyeceği, devletin elindeki kolluk kuvvetiyle sanığın zarar verici çabalarını önleyebileceği uygulamada sıklıkla ileri sürülen görüşlerdir. Sanığın akrabaları, yakınları tarafından da aynı karartma faaliyetinin işleme tehlikesi bulunduğundan bu görüş görmezden gelinemez. Bir taraftan da hiç kimse suç delillerini suçu işleyen kadar iyi bilemez ve onların değiştirilmesinde sanık kadar başarılı olamaz. Deliller adaletin gerçekleşmesinde en önemli araçtır. Delillerin değişmesi adaletin yerine gelmesinin gerçekleşmemesine ya da gecikmesine neden olabilecektir. Bununla beraber bu

⁵⁶ Ünver, Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 356.

⁵⁷ Ünver, Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 356.

⁵⁸ Feridun Yenisey, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993, s.164,s.99.

tutuklama nedeni kötüye kullanılmaya oldukça uygundur. Çünkü her suç için delillerin değiştirilmesi ya da yok edilmesi olasılığı vardır.⁵⁹

Uygulamada şüpheli veya sanığın üzerine atılı suça ilişkin tüm deliller toplanmasına rağmen, bunun dışında şüpheli veya sanığın delilleri karartma ihtimalinin bulunmadığı durumlarda dahi somut olgular irdelenmeksizin soyut ifadelerle sanığın delilleri karartmasına ilişkin kuvvetli şüphenin bulunduğundan bahisle tutuklamaya ve tutukluluğun devamına karar verildiği görülmektedir.⁶⁰

(2) Tanık, Mağdur veya Başkaları Üzerinde Baskı Yapılması Girişiminde Bulunulmaya Yönelik Kuvvetli Şüphe

Jeremy Bentham'ın ifade ettiği gibi; “*Tanık, adaletin gözü ve kulağıdır*”.⁶¹ Bu nedenle sanığın müdahalesinden tanığı korumak ve doğruları söylemesini sağlamak adaletin gerçekleşmesi için olmazsa olmaz bir koşuldur.

CMK m. 100/2-b maddesi 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.⁶²

Soruşturma ve yargılama makamlarından kaynaklanan ya da şüpheli/sanığın kasti davranışından kaynaklanmayan olaylar nedeniyle tanıkların üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulmaya yönelik şüpheden bahisle tutuklama nedeni var sayılamaz. Örnek vermek gerekirse, suç ortağının halen kaçak olması, bazı önemli

⁵⁹ Ayhan Köksal, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Tutuklama ve 1961 Anayasası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 30, Sayı: 1-2, İstanbul, 1964, s.78.

⁶⁰ Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *Tutuklama Raporu*, s.42.

⁶¹ Candaş Gürol, “Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, *TBBB, Yıl 2005*, Sayı 60, s. 44.

⁶² Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, , s.50.

tanıkların veya suçun mağdurunun henüz bulunamamış ve ifadelerinin tespit edilememiş olması, tutuklama nedeni olarak şüpheli veya sanığa yüklenemez. Ancak uygulamada tüm yargılama işlemlerinin bitmesine rağmen tek bir tanığın dinlenememiş olması ve sanık veya şüphelinin bu tanığa baskı yapacağından şüphelenilmesi nedeniyle tutuklama kararı verildiği sıklıkla görülen bir durumdur.⁶³

Uygulamada, özellikle örgütlü suçlarda, örgüt şemasının tespit edilmesi ve örgüte üye diğer şüphelilerin yakalanması, yakalanan şüpheli ile diğer örgüt üyelerinin temasa geçmesinin önlenmesi için tutuklama kararı verilebilmektedir. Bu tür durumlarda yakalanan şüphelinin temasa geçmesi halinde yakalanamamış veya tespit edilememiş örgüt üyelerinin suç delillerini – örnek olarak hücre evindeki örgüt dokümanlarını, silahları – yok edebilecekleri düşüncesiyle tutuklama yöntemine tecrit amacıyla başvurulmaktadır.

c) Tutuklama Nedenlerinin Varsayıldığı Suçlar

Yasa Koyucu toplum için tehlike oluşturan bazı ağır suçlar bakımından hâkime takdir hakkı tanımıştır. Bu tür suçlar bakımından tutuklama kararı verilebilmesi için tutuklama sebeplerinin varlığının aranmayacağı kanuni tanımdan anlaşılmaktadır. Önemli olan bu tür suçların işlendiğine yönelik kuvvetli suç şüphesinin somut olayda bulunmasıdır. Ancak kanımızca adil bir şekilde karar verebilmek için tutuklama sebeplerinin de bulunup bulunmadığı araştırılmalı, salt kanuni olarak tutuklama nedeninin varsayılması yeterli görülmemelidir.

Söz konusu olan bu suçlar 5271 sayılı CMK'nun 100'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında sayılmıştır.

CMK m.100/3'te sayılan ve “katalog suçları” olarak tabir edilen suçlar şunlardır:

⁶³ Zekiye Özen İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, (Danışman Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008, s. 129.

-26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'da yer alan;

- Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (m.76, 77, 78)
- Kasten öldürme (m.81,82, 83)
- Silahla işlenmiş kasten yaralama (m.86/3-e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (m.87)
- İşkence (m.94, 95)
- Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, m. 102)
- Çocukların cinsel istismarı (m.103)
- Hırsızlık (m.141, 142) ve yağma (m.148, 149)
- Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m.188)
- Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m.220/ iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç)
- Devletin güvenliğine karşı suçlar (m.302, 303, 304, 307, 308)
- Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (m.309, 310, 311, 312, 313, 314, 315)

- 10.07.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunu'nda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları (m.12),

- 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22'inci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

- 21.07.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tâbiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar,

- 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110'uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

Sayılan katalog suçlar, bu suçların cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer nazara alındığında öylesine ağır suçlardır ki; günlük hayat tecrübeleri gereği şüpheli veya sanığın kaçma veya delilleri karartma çabası içerisine girebileceğinden söz edilebilir. Fakat katalog suçların söz konusu olduğu hallerde dahi hâkim veya mahkeme tutuklama sebeplerinin mevcut olup olmadığını her somut olayın

özelliklerini de göz önünde bulundurularak değerlendirmelidir.⁶⁴ Zira 5271 sayılı CMK bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu hallerde tutuklama sebeplerinin var olduğunun kabul edilebileceğini, fakat var sayılmak zorunluluğu bulunmadığını belirtmektedir.⁶⁵

Kanımızca tutuklama kararı verilirken şüpheli veya sanığın yaşadığı sosyal hayatın, eğitim durumunun ve ailevi özelliklerinin de göz önünde bulundurularak üzerine atılı suç nedeniyle kaçarak sosyal kazanımlarından vazgeçebilecek bir yapıya sahip olup olmadığı da önem arz eder. Örneğin kişinin üzerine atılı suçun ilk suç olması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan da istifade edebilecek şartları taşıdığı ortadayken, kaçarak hayatını etkileyebilecek bir karar alması ihtimal dahilinde değildir. Buna karşın üzerine atılı suçun adam öldürme gibi müebbet hapis cezası alabileceği bir suç olması durumunda kişinin kaçarak saklanma veya yurt dışına çıkma ihtimalinin bulunduğu da bir gerçektir. Tabii bu tür durumlarda genelleme yapılmaması ve her olayın kendisine has koşullarına bakılarak vicdani kanaat oluşturulduktan sonra bir karar verilmesi gerekmektedir.

3. 353 Sayılı Kanunda Belirtilen Askeri Yargıda Uygulanan “Askeri Disiplinin Tesisi” sebebiyle Tutuklama

Disiplinli ilk insan grupları ordulardır. Ordu, ülkenin gerek içteki gerekse dıştaki tüm düşmanlara karşı savunmasını sağlayan sosyal bir gruptur. Ordu mensupları hayatları pahasına görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Devletin idamesi için ordunun güçlü olması gerekir. Orduların güçleri ise disiplinleri ile ölçülmektedir.⁶⁶ Ordu güçlü ise Devlet de, Millet de güçlü demektir.

Orduda disiplin, askeri yasalarla bunlara aykırı olmayan nizam ve emirlere uyma niteliği olarak tanımlanmıştır.⁶⁷ Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet

⁶⁴ Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s.216; Özbek, s.349-350.

⁶⁵ Ünver, Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 356.

⁶⁶ Rıfat Taşkın, *Askeri Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara, 1946, s. 6.

⁶⁷ R.Orhan İzgü, “Orduda Disiplin”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 15, Sayı 57, 1971, s.20.

Kanunu⁶⁸, nun 13'üncü maddesine göre, “**Disiplin**”; “*Kanunlara, nizamla ve amirlere mutlak itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet etmek*” demektir.

Ordunun mevcudiyeti, **hazır olma** ve **itaat** kuralının sıkı bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. *Hazır olma* kuralı, askeri hizmetin yürütülmesinde hazır olmamanın, hizmete zamanında katılmamanın kabul edilemeyeceğine dayanır. *İtaat kuralı* ise, askeri disiplinin temelini oluşturan amirlere ve üstlere mutlak itaate dayanır.⁶⁹ Bu iki kural yerine getirilmeksizin hiçbir ordu, kendisinden beklenen görevi yerine getiremez ve disiplini bozan eylemler de bu iki kuralın ihlalini gösterir. Hazır olma kuralına dayanan suçlar 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu⁷⁰, nda düzenlenen *fırar*⁷¹ ve *izin tecavüzü*⁷², itaat kuralına dayanan suçlar ise, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun ikinci babının, “*Askeri İtaat ve İnkıyadı Bozan Suçlar*” başlıklı beşinci faslında düzenlenen suçlar olarak örneklendirilebilir.⁷³

353 sayılı Kanun⁷⁴, un 71'inci maddesinde “*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması durumunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen tutuklama nedenlerinden birinin varlığı halinde veya askeri disiplinin korunması amacıyla şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebileceği*” düzenlenmiştir.

Askeri disiplinin korunması ve bozulan disiplinin yeniden tesisi için verilen tutuklama kararları genellikle suçun işlendiği veya Askeri Savcılık tarafından soruşturmaya başlandığı sırada alınması gereken bir koruma tedbiridir.⁷⁵ Suçun işlenmesinden makul bir süre geçtikten sonra askeri disiplinin korunması nedenine

⁶⁸04.01.1961 tarih ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu (R.G.10.01.1961/10703).

⁶⁹ Cemil Çelik, “Askeri Yargıda Tutuklama Sebepleri”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 30, Sayı 114, Mayıs 2002, s.102.

⁷⁰ 22.05.1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (R.G.15.06.1930/1520)

⁷¹ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 66/1-a maddesi

⁷² 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 66/1-b maddesi

⁷³ Sahir Erman, *Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul*, Sermet Matbaası, İstanbul 1974, s. 6-9.

⁷⁴ 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (R.G. 26.10.1963 Mk./11541)

⁷⁵ Çelik, s.102.

dayanılarak tutuklama kararı, elde edilecek bir faydanın bulunmaması nedeniyle verilmemektedir.⁷⁶

Gerçekten de Askeri Mahkemelerin yetki sahalarının genişliği sebebiyle mahkemeye uzaklığı fazla olan bir askeri birlikten suç dosyasının tamamlanarak soruşturma emri verilmesi için ilgili komutanlığa gönderilmesi, ilgili komutanlık tarafından soruşturma emri verilerek suç dosyasının Askeri Savcılığa gönderilmesi süreci sonunda bazen olayın üzerinden iki aya yakın bir sürenin geçtiği olabilmektedir. Birlik içerisinde müsnet suça konu olayın bile unutulduğu, hatta şüphelinin terhis edildiği ya da görev yerinin atama ile değiştiği durumlarda şüpheli hakkında askeri disiplini tesis etmek için tutuklama kararı verilmesi hiçbir fayda sağlamayacaktır. Bir askeri birlikte suç işlenmiş, bu nedenle birlik personelinin moral ve motivasyonu objektif olarak zedelenmiş ise, şüphelinin halen birliğinde görev yapmasının infial uyandıracığı durumlarda, olayın sıcaklığı ile bozulan askeri disiplinin yeniden tesisi amacıyla tutuklama kararı verilebilir. Ayrıca ordu disiplinine doğrudan etki etmeyen veya 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda atfen dahi belirtilmemiş suçlar bakımından bu tutuklama nedenine başvurulması Kanunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Askeri suçlar bakımından ise, bu tutuklama nedenine ihtiyatlı bir şekilde başvurulmalıdır. Zira bu gibi hallerde tutuklama koruma tedbiri olmaktan çıkarak cezalandırma aracına dönüşür. Unutmamak gerekir ki, ordu disiplininin hiçbir müdahale olmamasına rağmen kendiliğinden tesis edildiği durumlar da olacaktır. Bozulmamış veya zaten düzelecek olan ordu disiplini için tutuklama yoluna gidilmesi sakıncalıdır.

Ordu içi işleyişte disiplinin korunması ve sürdürülmesi, askerlik hizmetinin vazgeçilmez bir unsurudur. Askeri disiplinin tesisi için tutuklama kararı verilebileceği Anayasa Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır.⁷⁷

⁷⁶ Fevzi H. Esatoğlu, "Hüküm ile Birlikte Tutuklama", *İstanbul Barosu Dergisi*, Sayı 10-12, 1983, s. 437.

⁷⁷ AMK. 26.06.1963 E.97, K. 166 (AMKD Sayı 1,1964), s. 323-342.

C. TUTUKLAMANIN ŞEKLİ VE ŞARTLARI

Tutuklama için bir takım şekli koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar; tutuklama yasağının bulunmaması, ceza muhakemesi koşulu, sanığa güvence belgesi verilmemiş olması, tutuklamanın ölçülü olması, hâkim veya mahkeme kararının bulunmasıdır.

1. Tutuklama Yasağının Bulunmaması

Haksız tutuklama ile en yakından ilişkili olan konu tutuklama yasaklarıdır. Bu yasaklar göz ardı edilerek yapılan tutuklamalar “*haksız tutuklama*” olacaktır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzda “*Kamu düzenini fazla etkilemeyen ve basit sayılabilecek suçlar için tutuklama yasağı*” öngörülmüştür.⁷⁸

5271 sayılı CMK’nun 100’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasında, “*Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlar*” için tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Bu koşullara göre 5237 sayılı TCK’nda tutuklama yasağına tabi olan suçlar şöyledir:

- Taksirle yaralama suçunun basit hali (m. 89/1)
- Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu (m.98/1)
- Çocuk düşürme suçu (m. 100)
- Tehdit suçu (m. 106/1)
- Haksız arama suçu (m. 120)
- Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu (m. 121)
- Ayrımcılık suçu (m. 122)
- Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu (m.133/1,2)
- Verileri yok etmeme (m. 138)

⁷⁸ Centel/Zafer, s. 265.

- Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu (m. 160)
- Taksirli iflas suçu (m. 162)
- Karşılıksız yararlanma suçu (m. 163)
- Bilgi vermeme suçu (m. 166)
- Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçu (m. 171)
- Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali suçu (m.175)
- İnşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama suçu (m. 176)
- Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçu (m. 177)
- İşaret ve engel koymama suçu (m. 178)
- Çevrenin taksirle kirletilmesi suçu (m. 182/1)
- Zehirli madde imal ve ticareti (m. 193)
- Sağlık için tehlikeli madde temini (m. 194)
- Usulsüz ölü gömülmesi suçu (m. 196)
- Açığa imzanın kötüye kullanılması suçu (m. 209)
- Sağlık personelinin gerçeğe aykırı remi belge düzenlemesi suçu (m. 210/2)
- Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma suçu (m. 219)
- Hayâsızca hareket etme suçu (m. 225)
- Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu (m. 228)
- Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören suçu (m. 230/3)
- Kötü muamele suçu (m. 232)
- Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu (m. 233)
- Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu (m. 234)
- Bilişim sistemine girme suçu (m. 243/1)
- Kamu görevlisinin ticaret suçu (m. 259)
- Kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu (m. 260)
- Özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma (m. 264)
- Yalan tanıklık suçu (m. 272)

- Suçu bildirmeme suçu (m. 278)
- Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu (m. 280)
- Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçu (m. 284)
- Ses veya görüntülerin kayda alınması suçu (m. 286)
- Yetkisiz genital muayene suçu (m. 287)
- Resmen teslim olunan mala el konulması ve bozulması suçu (m. 290)
- Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu (m. 292/1)

Bir diğer tutuklama yasağının düzenlendiği yasa 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu⁷⁹,dur. 5395 sayılı ÇKK'nun 21'inci maddesinde, on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren eylemlerinden dolayı tutuklama kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir.⁸⁰

Kabahatler Kanunu⁸¹,nun 40'ncı maddesinde düzenlenen “kimliği bildirmeme” suçu incelendiğinde; kişinin kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözetim altına alınabileceği ve gerekirse tutuklanabileceği, tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından da genel hükümlerin uygulanacağı anlaşılmaktadır. Ancak “kimliği bildirmeme” nedeni ile tutuklama teknik anlamda bir tutuklama olarak kabul edilmemelidir. Zira kimliğin belirlenmesi halinde tutuklu kişi derhal tahliye edilecektir.

Adli kontrol tedbiri uygulanan bir kişinin adli kontrol hükümlerine isteyerek uymaması halinde, şüpheli veya sanık hakkında mahkûmiyeti halinde hükmolunacak ceza süresi ne olursa olsun hemen tutuklama kararı verilebileceği 5271 sayılı CMK'nun 112'nci maddesi⁸²nde düzenlenmiştir. Bu durumda tutuklama yasakları dikkate alınmayacaktır.⁸³

⁷⁹ 03.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (R.G.15.07.2005/25876)

⁸⁰ Abdulkadir İlhan, Tutuklama ve Tutuklama Süreleri, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt1/Ilhan_tutuklama.pdf (01.02.2012)

⁸¹ 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (R.G.31.03.2005/25772)

⁸² “(1) Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir.” (5271 sayılı CMK'nun 112'nci maddesi)

⁸³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.305.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 71'inci maddesinde, *sırf askeri suçlar bakımından Kanun'da öngörülen cezanın üst sınırı bir yıldan az olsa bile tutuklama kararı verilebileceği* belirtilmiştir. Buna göre *sırf askeri bir suç işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunan şüphelinin veya sanığın üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti itibariyle üst sınırı bir yıldan az dahi olsa tutuklama kararı verilebilecektir.*

2. Ceza Muhakemesi Koşulu

Ceza yargılamasının yapılabilmesi bir koşula bağlı tutulmuşsa bu koşul gerçekleşmeden yargılama yapılamaz. Zira tutuklama koruma tedbiri, ceza yargılamasının yapılabilmesi için başvurulmuş bir koruma tedbiridir. Bu durumda ceza yargılaması dahi koşul gerçekleşmediği için yapılamıyorsa, tutuklama da yapılamayacaktır. Buna rağmen ceza yargılamasının yapılabilmesi için gerçekleşmesi gereken koşul gerçekleşmeden yapılan tutuklama hem haksız hem de gereksiz olacaktır.⁸⁴

Örnek vermek gerekirse; geçici yasama dokunulmazlığının bulunması bir ceza muhakemesi koşuludur. Dokunulmazlık kaldırılmadığı sürece yargılama yapılamaz ve tutuklama kararı da verilemez. Gerçekten de Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 83'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre; *"Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz..."* O halde, milletvekilleri bakımından seçimden önce veya sonra olsun bir suç işledikleri gerekçesiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı olmadıkça tutma, sorguya çekme, tutuklama ve yargılama yapılamaz.

Ceza yargılamasına ilişkin bir engel bulunup bulunmadığı hususu şüpheli kaldığında dahi tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi ihtimali vardır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi suçlarda, şikayet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılmasına kadar şüpheli, hâkim huzuruna çıkarılarak

⁸⁴ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, , s. 67.

tutuklama kararı verilebilmektedir. 5271 sayılı CMK'nun 91'inci maddesinin 1'inci, 3'üncü ve 6'ncı fıkraları uyarınca gözaltına alınan kişi 24 saat içerisinde ve en geç 4'üncü günün sonunda soruşturma işlemlerinin tamamlanmasına müteakip hâkim huzuruna çıkarılır. Yine CMK'nun 90'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde, kişinin yakalanmasının şikayete bağlı olmadığı belirtilmektedir. Bu gibi hallerde, şikâyet beklenmeksizin yakalama yapılabileceği ve yargılama koşulu gerçekleşmeden tutuklama yapılabileceği belirtilmektedir.⁸⁵

Yargılama koşulunda bir diğer istisna ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 83'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde ve seçimden önce soruşturmaya başlanmak kaydıyla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 14'üncü madde⁸⁶sindeki durumlarda, yasama dokunulmazlığının kaldırılması beklenmeksizin tutuklama tedbirine başvurulabilecektir. Yine Anayasa'nın 112'nci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca milletvekili olmayan bakanların durumu da aynıdır.

3. Güvence Belgesi Verilmemiş Olması

Sanığın ceza yargılaması sırasında mahkemeye çağrıldığında mahkeme huzuruna tutuklanma kaygısı olmaksızın çıkmasını sağlayan koruma tedbiri, sanığa teminat (güvence) belgesi verilmesidir.⁸⁷

5271 sayılı CMK'nun güvence belgesini düzenlediği 246'ncı maddesi⁸⁸ incelenecek olursa “sanığa güvence belgesi verilmesi” kurumu özellikle gaip olan

⁸⁵ Centel/Zafer, s.265.

⁸⁶ “(1) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. (2) Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. (3) Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 14)

⁸⁷ Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, s. 295.

sanıklar hakkında uygulanması amaçlanmıştır. Bununla birlikte 5271 sayılı CMK'nun 248'inci maddesinin 7'nci fıkrasında, 246'ncı madde hükmünün kaçaklar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

Güvence belgesinin verilebilmesi için sanığın talepte bulunması şart değildir. Cumhuriyet savcısı da talepte bulunabilir. Güvence belgesinin verilmesi konusunda suç tipleri yönünden bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak güvence belgesinin verilmesi koşula bağlı tutulabilir.⁸⁹ Güvence teminatı olarak nakit para gösterilebilir.⁹⁰ Miktarı, hâkim veya mahkeme tarafından belirlenmektedir. Sanığın mali durumu ve yargılamanın geldiği nokta, yargılamanın tıkanmışlığı, esas alınarak güvence miktarı belirlenmektedir. Kişisel teminat söz konusu olamaz.⁹¹

5271 sayılı CMK'nun 246'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre, sanık güvence belgesi verilen davada hapis cezası ile mahkum olur ya da kaçmak hazırlığında bulunur veya güvence belgesi verilirken belirtilen koşullara uymazsa belgenin hükmü kalmaz.

Güvence belgesi kurumu 1412 sayılı CMUK'nun 288'inci maddesi⁹²nde düzenlenen kuruma benzer bir kurumdur. 1412 sayılı CMUK'nda "kaçma şüphesi" tutuklama nedenine bağlı olarak güvence belgesi verilebilmekte iken, 5271 sayılı CMK'nda düzenleme nedeniyle tüm tutuklama nedenleri bakımından güvence belgesi verilebilmektedir.⁹³ 1412 sayılı CMUK'ndaki kurum tutuklama kararının

⁸⁸“(1) Mahkeme, gaip olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verebilir ve bu güvence koşullara bağlanabilir. (2) Sanık, hapis cezası ile mahkum olur veya kaçmak hazırlığında bulunur veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymazsa belgenin hükmü kalmaz.” (5271 sayılı CMK madde 246)

⁸⁹Centel/Zafer, s. 266.

⁹⁰ Musa Sağ, “Tutuklamanın Şekli Koşulları ve Özel Tutuklama Durumları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 72, Sayı 3, İstanbul, 1998, s. 697.

⁹¹ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 775.

⁹² “ (1) Mahkeme gaip olan maznun hakkında bir teminat varakası verebilir. Bu teminat şartlara bağlanabilir. (2) Teminat varakası hangi suç için verilmiş ise maznunu yalnız ondan dolayı tevkiften masun bulundurur. (3) Maznun hürriyeti tahdit eden bir ceza ile mahkum olur veya kaçmak hazırlığında bulunur yahut teminat varakasının bağlı olduğu şartlara riayetsizlik ederse teminatın hükmü kalmaz.” (1412 sayılı CMUK'nun 288'inci maddesi)

⁹³ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 305-307.

infazını engellemekteyken, 5271 sayılı CMK’ndaki “güvence belgesi” tutuklama kararı verilmesini engellemektedir.⁹⁴

Güvence belgesinin hükmünün kalmaması durumunda tutuklama kararı verilebilecektir⁹⁵.

Güvence belgesi, kovuşturma aşamasında söz konusu olabilecek bir belgedir⁹⁶.

4. Tutuklamanın Ölçülü Olması

5271 sayılı CMK’nun 100’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemez”. Bu emredici kanuni düzenleme uyarınca, soruşturmaya konu şüpheli veya sanığın eyleminin önemi ve verilmesi beklenen ceza ile güvenlik tedbiri dikkate alındığında, tutuklama telafisi mümkün olmayan bir haksızlığa sebep olabileceksen tutuklama kararı verilemez. Başka bir koruma tedbiri ile beklenen fayda elde edilebilecek ise artık o tedbir uygulanmalıdır.⁹⁷

Ölçülülük ilkesi, “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*oranlılık*” ilkelerinin bir bileşkesidir. Ölçülülük ilkesi “*aşırılık yasağı*⁹⁸”nı da bünyesinde barındırır. 5271 sayılı CMK’nda ifade edilmek istenen de esasen aşırılık yasağıdır.⁹⁹

Güvenlik tedbirine başvurulabilecek durumlarda da tutuklamanın mümkün kılınmış olması ölçülülük ilkesine aykırı görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, ruh sağlığı ve hastalıkları hastanesine kapatılması gereken ve bu yönde karar verilmesi

⁹⁴ Centel/Zafer, s. 290.

⁹⁵ Bahri Öztürk, *Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1984, s. 137.

⁹⁶ Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 772.

⁹⁷ Centel/Zafer, s. 266.

⁹⁸ Özbek’e göre; “*Ölçülü olmak, aslında aşırıya kaçmamaktır. Bu nedenle oranlılık ilkesi içinde aşırılık yasağını geliştirilmiştir. Uygulanan tedbir temel hak ve özgürlükler bakımından aşırıya kaçmamalıdır*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer ÖZBEK, “Organize Suçlulukla Mücadele Ön Alan Soruşturmaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2004, Sayı 2, s. 74.

⁹⁹ Metin Yüksel, *Ölçülülük İlkesi (Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 26-37.

gereken bir kişinin tutuklanması halinde, tutuklanmadan beklenen faydaya ulaşamayacağı belirtilmektedir.¹⁰⁰

5. Yetkili Hâkim veya Mahkeme Kararının Bulunması

a) Genel Olarak

Tutuklamanın bir diğer şekli şartı ise tutuklama kararının yetkili hâkim veya mahkeme tarafından yerine getirilmesidir. Tutuklama kararı sadece yetkili hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak verilebilir. Tutuklama şüpheli veya sanığın kişi özgürlüğü ile doğrudan ilgili olduğundan, hâkimin veya hâkimlerden oluşan heyetin (mahkemenin) tutuklamaya karar vermesi kişi özgürlüğü açısından önemli bir güvencedir.¹⁰¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre aynı maddenin 1'inci fıkrasının (c) bendinde açıklanan şartlara göre tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya kanunla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır.

Yasal dayanağı olmayan, gereksiz tutuklamaları önlemek için düzenlenen bu fıkra, devlet görevlilerine iki ayrı ödev yüklemektedir. Buna göre yakalanan veya tutuklanan kişi, işlemin denetimi amacıyla hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya kanunun yetkili kıldığı başka bir memur önüne çıkarılacak ve herhalde tutuklulukta geçen süre makul süreyi aşmayacaktır.¹⁰² Adli görevin gerekli kıldığı ilk koruma; kanunun yetkili kıldığı memurun yürütme organı ve taraflar karşısındaki bağımsızlığıdır. Buna göre hiç kimseden emir almamak koşuluyla, savcı ve sorgu yargıçlığı görevlerinin aynı kişilerde toplandığı sistemlerde, bu tür görevlilerin savcı sıfatıyla hareket etmemesi, yahut etme olasılığının mevcut bulunmaması kaydıyla

¹⁰⁰ Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 272.

¹⁰¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 343.

¹⁰² Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.236.

“savcılık” mensupları da bu kavrama dahil olabilecektir. Adli görevin gerekli kıldığı diğer korumalar da kanunun yetkili kıldığı memurun önüne getirilen kişiyi bizzat dinlemesi; tutuklama tedbirinin uygulanmasının gerekip gerekmediği konusunda hukuki ölçütlere dayanarak karar vermesidir. Yetkili memurun tutuklamanın gereksiz olduğu kanaatine varması halinde kişinin tahliye edilmesi de gerekeceği için aynı zamanda yetkili memurun tahliye etme yetkisine de sahip olması gerekmektedir.¹⁰³

İki organ arasındaki ilişkinin niteliği ile ilgili bir kavram olan “bağımsızlık”, bu organlardan birinin fonksiyonel açıdan diğerinin etki ve karışması olmaksızın faaliyetini yürütebilmesidir. Hâkim, karar verirken, hiçbir biçimde, hiçbir nedenle, hiç kimsenin etkisi altına girmeyen kimsedir. Hâkimin bu şekilde karar verebilmesi için hem bu niteliği kazanabilecek biçimde yetiştirilmesi, hem de anayasal ve yasal düzenlemelerin gerekli ortamı sağlaması gerekir. Bağımsız yargı, hukuk devletini/hukukun üstünlüğünü en iyi şekilde gerçekleştiren sistem olarak kabul edilmektedir. 1962 tarihli Lagos Konferansı¹⁰⁴ sonunda ortaya konan görüşlerde hâkimlerin atama, tayin ve görevlerinden alınmalarının tam bir çözüme kavuşturulamadığı ve bağımsızlıklarının sağlanamadığı ülkelere yönelik tavsiyelerde özetle şunlara dikkat çekilmiştir:

Hâkimlerin atama, tayin gibi özlük işlemlerini gerçekleştirme yetkisi yasama ve yürütmenin elinden alınmalı ve bağımsız bir organa verilmelidir; yargı bağımsızlığının bu ilkelere uygun olarak tam sağlanamadığı ülkelerde ise, bu ilkeler başta ceza hâkimleri olmak üzere bütün hâkimler hakkında uygulanmalıdır. Ayrıca özellikle ceza yargısında hukuk eğitimi görmemiş kimselerin veya idarenin denetiminde olan memurların görev almaları halinde hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkün değildir.¹⁰⁵

Bu tavsiyeler ülkemizde kamuoyunda sıklıkla tartışılan bir konu olan yargı bağımsızlığına ışık tutabilir. Yargı bağımsızlığı, bir yargılamada, iddia ve savunma taraflarının katkılarıyla, yargılama işlemleri içerisinde toplanan kanıtlarla, iç ve dış

¹⁰³ Gözübüyük/Gölcüklü, s.237.

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. İbrahim Şahbaz, “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 25, Ankara 2008, s. 234

¹⁰⁵ Şahbaz, s. 234.

baskı ve etkilerden uzak, güven verici bir ortamda karar verilmesini ifade etmektedir. Yargının tarafsızlığı ise, yargısal faaliyette çıkar ilişkisinin bulunmaması anlamında bağımsızlığın ayrılmaz bir parçasıdır. Bu iki ilke gerek iç hukukumuzda, gerekse uluslararası/ulusalüstü hukukta, temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması bakımından büyük öneme sahiptirler. Zira bu iki temel ilke bir demokratik hukuk devletinde hakların korunmasında “dürüst” ve “adil yargılanma” ilkelerinin temelini oluşturmaktadırlar. Bu nedenledir ki, ülkemizle yakından ilgili olan AIHS ile diğer uluslararası metinlerde ve Anayasa’ımızda yargı bağımsızlığı ilkesi açık bir biçimde düzenlenmiştir.¹⁰⁶

Sanığın veya şüphelinin tutuklanmasına ilişkin kararı yalnızca hâkim veya mahkeme verebilir. Savcı, kolluk, adli yada idari amir tutuklama kararı veremez.¹⁰⁷

Tarihimize göz atıldığında, tutuklama kararının hâkimden veya mahkemeden başka mercilerce verildiği dönemlerin de olduğunu görürüz. 1890 tarihli “Serseri ve Mazannei-şû Eşhas Hakkındaki Kanun”un 3’üncü maddesi ve 11, 8.6.1936 gün ve 3005 sayılı “Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu”nun 6’ncı maddesi, 18.1.1940 gün ve 3780 sayılı “Milli Korunma Kanunu”nun 68’inci maddesinin 1’inci fıkrası, 20.2.1930 gün ve 1567 sayılı “Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun”un 4’üncü maddesi, 17.8.1944 gün ve 4654 sayılı “Memleketiçi Düşmana Karşı Silahla Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu”nun 11’inci maddesi, 7.8.1944 gün ve 4656 sayılı “Şehir ve Kasabaların Lüzumu Halinde Seyrekleştirilmesi ve Tahliyesi Hakkındaki Kanun”un 10’uncu maddesi, Cumhuriyet savcılarına; 22.5.1930 gün ve 1631 sayılı eski “Askerî Muhakeme Usulü Kanunu”nun 104’üncü maddesi, asker kişiler için adli amire; 4.2.1329 günlü “Memurun Muhakematı Kanunu”nun 16’ncı maddesi, memur için idarî mercilere; 29.5.1942 gün ve 4237 sayılı “Fevkalade Hallerde Haksız Olarak Mal İktisap Edenler Hakkındaki Kanun”un 8’inci maddesi, hâkim onayıyla tahkik memuruna tutuklamaya karar verme yetkisi tanımaktaydı. Ancak bugün söz konusu bu düzenlemeler tamamıyla yürürlükten kaldırılmış olup,

¹⁰⁶ Şahbaz, s. 234.

¹⁰⁷ Adli veya idari amirin tutuklama kararı veremeyeceğine ilişkin kuralın istisnası 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 169’uncu maddesinde yer alan disiplinin temini için her üstün geçici olarak asker kişileri tutuklamaya yetkili olduğudur.

tutuklama kararı verme yetkisi sadece hâkim veya hâkimlerden oluşan mahkeme heyetine aittir.¹⁰⁸

Hâkim veya mahkemeden kastedilen, yukarıda da belirtildiği gibi tarafsız, bağımsız, önceden görev ve statüsü yasalarla belirlenmiş ve idarenin her türlü müdahalelerine kapalı karar makamıdır. 5271 sayılı CMK’nda tutuklamaya yetkili hâkim veya mahkemenin tanımını yapmamış, soruşturma ve kovuşturma safhalarında hangi tür mahkemelerin görevli olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 138’inci maddesi¹¹⁰, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına ilişkin iken; 142’nci maddesi¹¹¹, mahkemelerin kuruluşunun, görev, yetki ve yargılama usullerinin ancak kanunla düzenleneceğini vurgulamaktadır.

b) Yetkili Hâkim ve Mahkeme

(1) Soruşturma Evresinde

5271 sayılı CMK’nun 101’inci maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca soruşturma evresinde tutuklama kararı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından verilir .

Tutuklama kararını vermeye yetkili olan hâkim, 5271 sayılı CMK’nda belirtilmemiştir. Ancak 5271 sayılı CMK’nun “yetkili mahkemeyi” düzenleyen 12’nci maddesi uyarınca davaya bakmak yetkisi suçun işlendiği yer

¹⁰⁸ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, , s. 69-70.

¹⁰⁹ Mehmet Reşat Koparan, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 19, Sayı 65, Temmuz-Ağustos 2006, s. 154-172.

¹¹⁰ “(1) Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, Kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. (2) Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. (3) Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. (4) Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 138)

¹¹¹ “(1) Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir.” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 142)

mahkemesindedir. Yine 5271 sayılı CMK'nun 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer mahkemesi yetkilidir. Yetkiye ilişkin bu kuralın tutuklamaya yetkili hâkim için de geçerli olması gerekmektedir.¹¹²

Askeri Yargıda tutuklama talebi, askeri savcı veya teşkilatında askeri mahkeme kurulu bulunan komutan tarafından yapılmaktadır. Tutuklama konusu suçun tek hâkimle veya heyet halindeki mahkeme ile yargılanmasına bağlı olarak tutuklama talebi, tek hâkimle veya heyetli askeri mahkeme tarafından karara bağlanmaktadır. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 19'uncü maddesine göre; subay ve astsubayların işledikleri suçlara ait davalar ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ait davalar ile üst sınırı beş yılın üstündeki hapis cezalarını, bunlara bağlı para cezalarını gerektiren Askeri Ceza Kanununda ve diğer kanunlarda yazılı suçlara ait davalara üç askeri hâkimden¹¹³ oluşan heyet halinde mahkeme tarafından bakılır. Subay ve astsubayların işledikleri suçlara ait davalar ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ait davalar hariç olmak üzere, üst sınırı beş yıla kadar (beş yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilebilecek adli para cezalarını ve güvenlik tedbirlerini gerektiren Askeri Ceza Kanununda ve diğer kanunlarda yazılı suçlara ait davalara ve suç konusu olmayan eşyanın müsaderesine tek hâkim tarafından bakılır. Heyetle veya tek hâkimle görülecek davaların belirlenmesinde, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeden, kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur. Bir kimse tarafından işlenmiş müteaddit eylemlerin yargılanması görevinin tespitinde, en ağır cezayı gerektiren eylem dikkate alınır. Eylemde veya failde bağlantı halinde de heyetle veya tek hâkimle görülecek işler biraz önce belirtilen genel kurala tabidir. Tek hâkim tarafından bakılan davalarla ilgili soruşturmalarda, hâkim kararı gerektiren her türlü işleme ait kararlar, tek hâkim tarafından verilebilir. Bu kararlara karşı yapılan itirazları en yakın askeri mahkeme incelemeye yetkilidir.

¹¹² Feyzioğlu, "Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi", s. 29.

¹¹³ " (1) Askeri mahkemeler, bu Kanunda aksi yazılı olmadıkça üç askeri hâkimden kurulur. (2) Askeri mahkeme kurulunda bulunanların en kıdemlisi, mahkeme başkanlığı görevini yapar. (353 sayılı Kanun m.2)

AİHM’nde görülen Hakan Önen/Türkiye¹¹⁴ davasında, başvuran, Milli Savunma Bakanlığı’nın askeri hâkimleri denetleme ve disiplin cezaları verme yetkisine sahip olduğunu ve yargılama düzeni bakımından tarafsızlıklarına gölge düşürüldüğü iddiasını ileri sürmüştür. Hakan Önen/Türkiye davasında Findlay/İngiltere¹¹⁵ kararına da atıfta bulunan başvuran, bir mahkemenin bünyesinde askeri hiyerarşiye bağlı bir askerin varlığının mahkemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürdüğünü belirtmiştir. Buna karşılık AİHM, bu davada içtihatlarına göre, taraflar ve yargılama düzeni açısından bir mahkemenin bağımsız olup olmadığını tespit etmek için üyelerinin atanma biçimini ve sürelerini dikkate alarak dış baskılarına karşı, öngörülen güvencelerin varlığını gözönünde bulundurduğunu hatırlatmıştır. Yine AİHM, Genelkurmay Askeri Mahkemesinin üyelerinin atanma ve terfilerinin, Askeri Yargıtay’a ilişkin 357 sayılı Kanun ile sözü edilen askeri mahkemelerin oluşumuna ilişkin 353 sayılı Kanununa göre gerçekleştiğini belirtmiştir. AİHM, üyelerinin atama ve terfi şekilleri aynı kanunlarca düzenlenen Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bağımsız ve tarafsızlığına ilişkin hükme bağlanan yeni bir karar çerçevesinde dile getirilen şikayetler konusunda varılan sonuçlar hatırlatılmıştır. Söz konusu kararda AİHM, askeri hâkimlerin atama şekilleri ve görevleri süresince sağlanan güvencelerin, AİHS’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca herhangi bir ihlale neden olmadığı yönünde karar verdiğini belirtmiş ve tüm bu nedenlerle başvuran tarafından AİHS’nin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrası kapsamında dile getirilen şikayetin temelden yoksun olduğu gerekçesiyle reddine karar vermiştir.¹¹⁶

(2) Kovuşturma Evresinde

5271 sayılı CMK’nun 101’inci maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen mahkeme tarafından karar verilir. Sanığın veya şüphelinin 5271 sayılı CMK’nun

¹¹⁴Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.104,10.02.2004 tarih ve BaşvuruNo:32860/96

¹¹⁵Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.115, 25.02.1997tarih ve BaşvuruNo:22107/93

¹¹⁶<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/hakanonen.htm> (08.04.2011)

147'nci maddesi¹¹⁷nde yer alan hakları hatırlatıldıktan sonra kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek müdafisi huzurunda üzerine atılı suç nedeniyle olay hakkında sorgu ve savunması tespit edildikten sonra tutuklanmasına karar verilebilir.

Kural olarak sanığın ilk sorgu ve savunmasının tespiti sonrasında üzerine atılı müsnet suça ilişkin tutuklama kararı verilebilmektedir. Ancak sorgusu yapıldıktan sonra sanığın bulunduğu bir oturumda tutuklanması talep edilmişse veya mahkeme re'sen tutuklamaya karar verecekse, bu halde tutuklama sebebine ilişkin olarak sanığın savunması tekrar alınmalıdır. Sanığa, tutuklama nedenleri konusunda savunma hakkı verilmelidir. 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendine göre, yasal hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan sanığın bu nedenle uğrayacağı tüm maddi ve manevi zararları Devlet'ten talep etmesi mümkündür.¹¹⁸

¹¹⁷ “(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

- a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.
- b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.
- c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.
- d) 95 inci Madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.
- e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.
- f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.
- g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.
- h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.
- i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:
 1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.
 2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.
 3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.
 4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.
 5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.” (5271 sayılı CMK'nun 147'nci maddesi)

¹¹⁸ Centel/Zafer, s. 267.

(3) *Kararın Verilmesi ve Gerekçe*

5271 sayılı CMK'nun 101'inci maddesinin 1'inci fıkrasının son cümlesi uyarınca, tutuklama taleplerinde mutlaka gerekçe gösterilmeli ve adli kontrol uygulanmasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmelidir.

5271 sayılı CMK'nun 101'inci maddesinin 2'inci fıkrasına göre ise; tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenler ile gerekçeleri gösterilmek zorundadır. Gerekçe kararın akla uygun, çelişkisiz, inandırıcı açıklanması anlamına geldiğinden sadece tutuklama nedeninin, yani *kaçma veya delilleri karartma şüphesinin* bulunduğu belirtilmiş olması ile gerekçeli karar yazılmış sayılmaz. Gerekçe sayesinde, tutuklamanın yasal nedenlerle yapılıp yapılmadığı tespit edilebileceği gibi; sanığın ve müdafinin tutuklamanın sebepleri konusunda bilgi edinip, savunma ve itiraz merciinin ise denetim yapabilmesi mümkün olacaktır.¹¹⁹

AİHM, Mansur/Türkiye¹²⁰ davasında, bir sanığın kaçmasına ilişkin tehlikenin sadece söz konusu cezanın ağırlığı bazında değerlendirilmeyeceğine işaret etmektedir. Bu durumda bir kaçma tehlikesinin mevcudiyetini destekleyen veya kaçma ihtimalinin yargılanmak üzere tutuklu kalmayı haklı çıkarmayacak derecede düşük olduğunu ortaya koyan başka ilgili etkenlere göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu davada, birinci mahkemenin tutukluluk halini teyit eden emirlerinde, kaçmaya ilişkin bir tehlikenin neden olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmaksızın, basma kalıp denmese de, hemen her zaman aynı kelimeler kullandığını, "Delil durumu" ifadesinin suça ilişkin ciddi göstergelerin mevcut olduğunu belirttiğini ancak mevcut davada bunların şikayet konusu tutukluluğun devamını haklı çıkarmayacağını açıklamıştır. Tüm bu açıklamalar ışığında tutuklama kararlarının gerekçesiz olması nedeniyle AİHM, başvuranın söz konusu süre içinde sürdürülen tutukluluk halinin AİHS'nin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasını ihlal ettiğini kabul etmiştir.

¹¹⁹ Centel/Zafer, s. 268.

¹²⁰ Başvuru No: 14/1994/461/542, www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmkarar/mansur.doc. (01.01.2012)

5271 sayılı CMK'nun 101'inci maddesinin 2'inci fıkrasına göre; kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.

5271 sayılı CMK'nun 101'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre tutuklama kararı verilmezse, şüpheli veya sanık derhâl serbest bırakılır. Aynı maddenin 5'inci fıkrasına göre ise, tutuklama veya tutuklama talebinin reddi kararlarına itiraz edilebilir.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ TUTUKLAMA TAZMİNATI

I. GENEL BİLGİLER

A. KAVRAM

Haksız tutuklama, ilk bölümde belirtildiği üzere tutuklama ile ilgili esas ve usul kurallarına uyulmaması nedeniyle başlangıçtan itibaren ya da bu koruma tedbirlerinin, ön soruşturmada kamu davasına açılmasına yer olmadığı kararı ve son soruşturmada da beraat kararı veya sadece para cezası verme sonucu sonradan hukuka aykırı hale dönüşmesi hallerinde söz konusu olur.¹²¹ Bu şekilde uygulanmış olan tutuklamaları haksız tutuklama olarak nitelendirebiliriz.

Sanığın veya şüphelinin kaçması şüphesinin veya delilleri karartma ihtimalinin bulunduğu her olayda mutlaka tutuklama kararı vermek doğru değildir. Diğer koruma tedbirlerinin uygulanması ile sanığın kaçması veya delilleri karartması önlenbiliyorsa tutuklama zorunlu olmaktan çıkacaktır.¹²²

Örnek vermek gerekirse bir kişinin evinde uyuşturucu madde imal ettiği ihbarı alınmışsa, bu durumda gerekli teknik takip ve dinleme sonucu üzerine suç atılı kişinin kimlerle temasa geçtiği, ham maddeyi nerden ve nasıl temin ettiği tespit edilebilir. Müteakiben de arama ve elkoyma yapılarak şüphelinin evinde ve varsa başka yerlerindeki uyuşturucu madde araçlarının adalet emanet dairesine girmesi sağlanabilir. Adalet emanet dairesindeki delillerin derhal kriminal incelemesinin yaptırılması neticesinde uyuşturucu madde imalinde kullanılan araç ve hammaddeler olup olmadığı anlaşılabilir. Bu delillerin ele geçirilmesinden sonra kanımızca şüphelinin veya sanığın delilleri karartma ihtimalinin bulunduğu söylenemez. Ancak bu gibi hallerde dahi CMK'nun 100'üncü maddesinde “uyuşturucu imal ve ticareti”

¹²¹ Tezcan, “3842 Sayılı Yasa Açısından Yakalama ve Tutuklama”, s. 34.

¹²² Alacakaptan, s.185.

katolog suçlardan sayıldığından tutuklama nedeni varsayıldığı gerekçesiyle şüpheli hakkında tutuklama kararı verilmektedir. Söz konusu olayda şüphelinin uyuşturucu madde imal suçunu işlediği sabit olsa dahi, yani ceza yargılamasında şüphelinin sorgu ve savunmasının 5271 sayılı CMK'nun 147'inci maddesi uyarınca sorgu ve savunmasının tespiti dışında araştırılması gereken başka bir husus kalmasa da sanığın kaçacağından bahisle tutuklama kararı verilebilecektir. Aslında burada sanığın kaçacağı şüphesine iten sebep hâkimin suçun sabit olması nedeniyle gerek sanığın gerekse de kamunun bir zarara uğramayacağını, aksine kamuoyundaki suç işlenmesi nedeniyle doğan infialin dineceğine ilişkin öngörüdür.

Bu nedenle uygulamada tutuklamaya peşin cezalandırma aracı olarak sıklıkla başvurulmakta istisnai olarak kaçma ve delilleri karartma şüphesi olduğundan bahisle tutuklama yapılmaktadır. Başka bir deyişle, adeta kişinin alabileceği muhtemel cezaya mahsuben bir uygulama yapılmaktadır. Keza, muhakemenin erken bir aşamasında mağdurun ve toplumun tatmini de tutuklamanın amacı gibi algılanmaktadır. Bir bakıma, ikamet sisteminin, nüfus kayıt sisteminin yetersizlikleri dolayısıyla da tutuklamaya başvurulmakta, kişi adeta hüküm verilinceye kadar bu yolla devletin eli altında tutulmaya çalışılmaktadır.¹²³

Koruma tedbirlerinden biri olan tutuklamanın uygulanmasının son çare olması ve varılmak istenen amaç ile tedbirin orantılı olması gibi ilkeler, doktrinde şiddetli bir şekilde tartışılrsa da, uygulamada tutuklamaya kuralmış gibi başvurulduğu bir gerçektir.¹²⁴ Özellikle de ülkemizde açılan ceza davalarının %70'inin mahkumiyetle sonuçlandığı göz önünde bulundurulursa, haksız uygulanan tutuklama nedeniyle tazminat konusunun önemi daha iyi anlaşılır.¹²⁵

¹²³ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 220.

¹²⁴ Kaan Yırtımcı, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", *Hukuk Gündemi Dergisi*, Sayı 3, Aralık 2005, s. 33.

¹²⁵ Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, Tutuklama Raporu(2010), s. 20 :
"Ülkelere göre mahkumiyet oranları; Japonya %99.9, Çin %99.6, Kore %99.6, Fransa%98.9, Almanya %96.5, İsveç %94.7, İngiltere %90.3, Türkiye %70."

Hâkimlerin kanunlarda yazılı zorunluluk durumlarının gerçekten bahis konusu olmasa dahi, sırf soruşturmayı ve kovuşturmayı daha rahat yürütebilmek için kişinin el altında bulundurulması endişesiyle tutma kararı vermeleri de doğru değildir. ¹²⁶

Haksız tutuklamaların sayıca fazla olmasının diğer bir sebebi de, mahkemede savunma tanıklarının hepsinin üzerine suç atılı kişiyi korumaya yönelik ifade verdiği düşüncesi ile ifadelerine itibar edilmezken, buna rağmen, kamu tanıklarının hepsinin maddi gerçeği söyleyen kişiler varsayılarak kabul edilmesidir. Bir diğer sıkıntı ise, bir kere hakkında tutuklama kararı verilen kişinin, soruşturma ve kovuşturma tamamlanana kadar tutukluluk halinin devamına karar verilmesidir. Her ne kadar tutukluluğun devamına karşı itiraz yolu öngörülmüş ise de, diğer mahkemede aynı kanıda olacağından sonuç değişmeyecektir. Açıklanan tüm bu hallerde, tutuklama kararlarının bazıları, zorunluluk olmadan verildiği veya zorunluluk sınırı aşıldığı için haksızdırlar. ¹²⁷

Hâkimlerin iyi yetiştirilmesi halinde, bu anlamda haksız tutuklama kararlarının azalacağı ve hâkimlerin kişisel değerlerinin kanuni düzenlemelerle birlikte haksız tutuklama kararlarını ortadan kaldıracacağı, tutuklama sebepleri ile tutuklama kararının diğer şartları dışında bir tedbir koyan kanun hükümlerine ihtiyaç olmadığı ileri sürülebilecektir. Ancak rastgele dünyadaki herhangi bir ülkedeki ceza yargılamasından alınacak örneklerden görülecektir ki çeşitli faktörlerin birbiri ardına eklenmesi ile kişi özgürlüğüne kısıtlamalar konulabilmektedir. Hâkimin kişisel değeri, haksız sonuçların ortaya çıkmasını önleyemeyecektir. Haksız tutuklamayı önlemek amacına yönelik tedbirler de, olayların çapraşık ve karmaşık oluşları sebebiyle istenen sonuca götürmemekte, Anayasalara ve diğer kanunlara, tutma kararının ne zaman verilebileceğini gösteren ve kişi özgürlüğünün zedelenmesini engelleyici çeşitli hükümlerin konulmasına ve hâkimlerin değerli ve iyi niyetli kişiler olmasına rağmen haksız tutuklama kararlarına engel olunamamaktadır. ¹²⁸

Ülkemizde haksız tutuklamalar çoğunlukla beraat kararları nedeniyle meydana gelse de, bir şekilde tutuklanan kişi zarar görebilmektedir. 5271 sayılı CMK'nun 141

¹²⁶ Alacakaptan, s. 186.

¹²⁷ Alacakaptan, s. 186.

¹²⁸ Alacakaptan, s. 187.

ila 144'üncü maddeleri arasındaki düzenlemelere göre haksız tutuklama nedeniyle zarara uğradığını iddia eden kişi, Devlet aleyhine tazminat davası açarak haksız tutuklama nedeniyle uğradığı tüm maddi ve manevi zararlarının tazminen giderilmesini isteyebilir.

B. HAKSIZ TUTUKLAMA TAZMİNATININ TARİHÇESİ

Tarihe göz atıldığında, kişi özgürlüğüne ilişkin uğraşlar genelde tutuklama üzerine yoğunlaşmıştır. Özellikle tutuklama şartları, tutukluya tanınan hakların neler olacağı gibi hususlarda gelişmeler elde edilmiştir.¹²⁹

Haksız tutuklamalara ilişkin tazminat sorunu özellikle Fransız İhtilali sonrasında gelişen özgürlükçü ortamda tartışılmaya başlanmıştır.¹³⁰ Bu konudaki gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelere kısaca değinmek gerekmektedir.

1. İslam Hukuku

İslam hukukuna göre, haksız tutuklama halinde devletin bu işleminden doğan zararları tazmin yükümlülüğü vardır. Nasıl bir kimsenin haksız bir fiil ile bir kimseye zarar vermesi halinde, zarar gören kişinin zararını karşılama yükümlülüğü varsa, haksız tutuklamadan dolayı da devletin tazminat sorumluluğu mevcuttur.¹³¹

Haklarında herhangi bir suç isnadı mevcut olmayan veya eylemleri herhangi bir suç teşkil etmeyen kişilerin tutuklanması, tutuklama kararının yetkisi olmayan kişiler tarafından verilmesi ve son olarak da geçerli bir tutuklama kararının bulunmamasına rağmen kişi özgürlüğünün kolluk yetkilileri tarafından kısıtlanması halinde tazminata hükmedilmesi esas kabul edilmiştir.¹³²

¹²⁹ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 3.Bası, İstanbul 1986, s.451.

¹³⁰ Reşit Ülker, "Haksız Tevkife Tazminat", *Ulus*, 11.01.1964.

¹³¹ Avcı, s. 40.

¹³² Avcı, s. 41.

Hükmolunacak tazminat hem maddi hem de manevi zararları karşılamaya yöneliktir. Maddi zararın tazmini kapsamında kişinin uğradığı bedeni ve mal varlığına yönelik zararların tazmini yer alırken, manevi zararın tazmini kapsamında zarara uğrayan kimseye bir miktar para ödenmesi, bir kişinin haksız olarak tutuklanmasına neden olan kimsenin ondan özür dilemesi ve beraat kararının veya tutuklamanın haksızlığının ilanı şeklinde de olabilir.¹³³

İslam hukukunda hukuka aykırı yakalama ve tutuklama işlemini yapan kimselerin de cezalandırılması düzenlenmiştir. 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunun'da ve 1876 tarihli Osmanlı Anayasası'nın 110'uncu maddesinde bu konuda düzenleme yer almaktaydı.¹³⁴

İslam hukukunda yargılamanın yenilenmesi sonucunda önceden verilen hükmün kanuna uygun olmadığına anlaşılması durumunda, önceki hükmü veren hâkimin şahsi kusuru varsa hâkim, aksi takdirde ise devletin tazminat sorumluluğu bulunmaktadır.¹³⁵

2. Uluslararası Metinlerde Tazminat

a) Milletlerarası VI. Ceza Hukuku Kongresinde Hukuka Aykırı Tutuklama Tazminatı Hakkında Alınan Kararlar

1953 yılında Roma'da VI. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi yapılmış, bu kongrede tutuklu kalıp da daha sonra beraat eden sanıklara tazminat ödenmesi konusu tartışılmıştır. Kongre sonucunda devletlerin bu tür durumlarda tazminat ödemesi prensibi kabul edilmiştir. Dikkat çeken husus kongre sonucunda "*Milli Kanunlarda kabul edilen usuller dışında hâkimin şahsi sorumluluğunu kabul etmenin doğru olmayacağına karar verilmiştir.*" Kongre sonucunda tazminat hakkında varılan karar şöyledir: "*Haksız yere tevkif edilen sanığa, açık hata hallerinde ve*

¹³³ Avcı, s. 41.

¹³⁴ Avcı, s. 41.

¹³⁵ Atar, s.215.

tevkifin yersiz olduğu anlaşıldığı takdirde devletin bir tazminat ödemesi kabul ve derpiş edilmelidir".¹³⁶

Kongrede haksız tutuklamadan bahsedilmemekle beraber hukuka aykırı tutuklamalarda tazminatı tavsiye etmesi nedeniyle önemlidir.¹³⁷

b) İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi veya diğer adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin 5'inci maddesi tutuklama ve yakalamaya ilişkin esasları düzenlemektedir. Maddenin son fıkrasında ise, bu esaslara aykırı yapılmış yakalama veya tutuklama işleminin mağduru olan her şahsın tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir.¹³⁸

¹³⁶ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 996.

¹³⁷ Hakan Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklanarlara Tazminat Verilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 23.

¹³⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5'inci maddesi şu şekildedir:

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suç işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili

Ayrıca 22.11.1984 tarihinde imzaya açılan 7 numaralı protokolünün 3'üncü maddesi uyarınca, bu tazminatın ödenmesini şu kayıt ve şartlarla insan haklarından biri haline getirmiştir¹³⁹:

- ✓ Bir adli hata yapıldığı yeni olay veya eski olayın sonradan öğrenilmesi nedeniyle anlaşılmış olmalı,
- ✓ Bu nedenle kesinleşmiş bir ceza mahkumiyeti iptal edilmeli veya bu konuda özel bir af çıkarılmalı,
- ✓ Bu mahkumiyet yüzünden bir kişi ceza çekmiş olmalı,
- ✓ Bu kişi bilinmeyen olayın zamanında öğrenilmemesinden kısmen veya tamamen sorumlu bulunmamalı.

Bu şartlar varsa, o kişinin ceza çekmekle uğradığı zarar, o Devlet kanunlarına veya uygulamalarına uygun olarak tazmin edilecektir.

c) Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmış olan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesinin 5'inci fıkrasına göre: *"Hukuka aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutuklanmaktan mağdur olan bir kimse icrası mümkün bir tazminat hakkına sahiptir"*.¹⁴⁰

kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. *Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*
5. *Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.*

¹³⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 996.

¹⁴⁰ Sözleşme metni için bkz. <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html> (29.03.2011)

d) Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişiler İçin Prensipler Bütünü

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1988 ve 43/173 sayılı kararıyla kabul edilen sözleşmenin 35'inci maddesinde “*Prensiplere aykırılık halinde uğranılan zararların tazmini*” düzenlenmiştir. Maddeye göre, sözleşmede yer alan haklara aykırı olarak kamu görevlilerinin eylemleri veya ihmalleri nedeniyle uğranılan zararlar, uygulanması mümkün kurallara veya iç hukuktaki sorumluluk hükümlerine göre tanzim edilir. Sözleşmede yer alan prensiplerde tutanağa bağlanması istenen bilgiler, bu prensipte belirtilen tazminat talepleri bakımından kullanılmak üzere iç hukukta öngörülen usullere uygun olarak verilir.¹⁴¹

3. Türkiye’de Haksız Tutuklama Nedeniyle Tazminatın Gelişimi

a) Ceza Kanununun 1’inci Babının 5’inci Faslına Müzeyyel Mevaddı Kanuniye

Türkiye’de haksız tutuklama nedeniyle tazminata ilişkin en eski metin hicri takvime göre 12 Şubat 1339 tarihli “Ceza Kanununun 1’inci Babının 5’inci Faslına Müzeyyel Mevaddı Kanuniye” isimli kanundur.¹⁴²

Kanunun tazminata ilişkin maddesi şu şekildedir: “*Nüfusu memuriyetini suistimal ile kanunun haklarında tevkif emri sadır olmayan kimseleri hapis ve tevkif veya idareten nefiy veya hilafı kanun serbestii seyahatı haleldar veyahut masuniyeti mesaikini ihlâl eyleyenler... ve herhangi bir kimseyi kanunen mensup olduğu mahkemeden gayri mahkemeye sevkedenler velhasıl gerek kanuni esasi ve gerek kavanini hususiye ve nizamat ile efrada temin edilmiş olan ceraimi mezkûrede heran zimethal olanlar bir seneden üç seneye kadar hapis ve müebbeten rütbe*

¹⁴¹ Sözleşme metni için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin1211.pdf (29.03.2011)

¹⁴² Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi*, s. 26.

memuriyetinden tardolunur. Bundan mütevellit zararı şahsiye dahi tazmin ettirilir.”¹⁴³

b) 1961 Anayasası

Haksız ve hukuka aykırı tutuklama nedeniyle tazminat kurumu anayasal anlamda ilk kez 1961 Anayasası ile getirilmiştir. 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun da 1961 Anayasa’sının çıkarılmasını öngördüğü bir kanundur.¹⁴⁴

1961 Anayasasının yapım aşamasında Bilim Kurulunca hazırlanan Anayasa tasarısının 33’üncü maddesinde tazminat ile ilgili olarak şu hüküm yer almıştır: *“Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar Devletçe ödenir. Devletin bu işlemde kusurlu olanlara rücu hakkı saklıdır”*. Kurucu Meclis Anayasa Komisyonunun kaleme aldığı tasarının 30’uncu maddesi ise şu şekildedir: *“Bu kuralların dışına çıkılmasından doğan ceza ve hukuk sorumluluğu kanunla düzenlenir”*. Bu hüküm de öğretilerde çıkan tartışmalar neticesinde değiştirilmiştir. 1961 Anayasasının halkoyuna sunulan ve kabul edilen 30’uncu maddesinin metni şu şekildedir: *“Bu esaslar dışında işleme tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre devletçe ödenir”*. Madde gerekçesi ise şöyledir: *“Sonuncu fıkradaki tazminat hükmü de, şahıs dokunulmazlığı hakkında konulmuş olan yukarıdaki hükümlerin ciddiye alınmasının kaçınılmaz müeyyidesi ve adaletin zaruri bir neticesi olarak kendisini kabul ettirmektedir. Esasen birçok medeni memleketin anayasasında da benzeri bulunan bu hükmün muhtevasını ihtiyaçlara göre özel kanun düzenleyecektir”*.

1961 Anayasasının 30’uncu maddesindeki düzenleme kişilerin özgürlüklerine karşı devlet tarafından yapılan müdahaleleri tazminat ile önlenmeye çalışılması, mağdur kişilerin zararlarının da devlet tarafından karşılanacağına ilişkin güvence getirilmesi bakımından önemli bir yeniliktir.

¹⁴³ Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, s. 26.

¹⁴⁴ Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, s. 73.

c) 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun

(1) 466 sayılı Kanunda Tazminat Halleri

Türkiye’de 1961 Anayasası’ndan önce, kanundışı yakalananlara veya tutuklananlara tazminat verilmesinin genel kurallara dayandırılması fikri ortaya atılmıştır. Fakat Türk hukuk sisteminde haksız tutuklamanın tazminatını açıkça kabul eden ilk hüküm, 1961 Anayasası’nın “kişi güvenliği” kenar başlığını taşıyan 30’uncu maddesinin son fıkrasıdır. Haksız tutuklanan ve yakalananlara tazminat verilmesini öngören hükmün böylece 1961 Anayasası’nda yer alması sonucu, konuyu ayrıntılı olarak bir yasa ile düzenlemek zorunluluğu belirmiş ve sorun 1961 Anayasası’nın “*Bu Anayasa ile konulması emredilen diğer kanunlarda en geç iki yıl içinde çıkarılır*” hükmünü koyan geçici 7’nci maddesi çerçevesinde kararlaştırılarak hazırlanan tasarı “*Kanundışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun*” olarak 7 Mayıs 1964 tarihinde kabul edilmiştir.¹⁴⁵

13.09.1963 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kararlaştırılan, “*Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı*”nın gerekçesi şu şekildedir:

“Kamu yararına başvuru ve geçici tedbir mahiyetinde olan tutuklama müessesesinin kişi hürriyetini kayıtlayan ağır ve fakat zaruri bir muamele olduğu aşikârdır. Bu sebeptendir ki bu tedbire zaruri olduğu ölçüde başvurmak iktiza eder. Bu zaruretin sınırlarının aşılması asla tecviz edilemez. Tabidir ki, zaruretin ölçüsünü takdir edecek hâkimdir. Bu tedbirin hâkim tarafından alınması, kişi hürriyeti gibi pek mühim bir mesele üzerinde keyfiliğe kaçılmaz düşüncesini de bertaraf edecek nitelikte değildir. Bu konuda haklı olarak endişeye düşen ve kişi hürriyetinin gelişigüzel zedelenmemesini ve bu hususta gerçekten bir kanun hâkimiyetini temin ve keyfiliği önlemek için Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu hususta temel

¹⁴⁵ Hasan Köroğlu, *Haksız Tutuklama Tazminatı*, Adil Yayınevi, 1. Bası, Ankara 1996, s. 25.

premsipleri belirlemek suretiyle kişinin dokunulmazlığı ve güvenliği meselesini teminat altına almış bulunmaktadır.

Anayasanın 14'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında;

'Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamaz' ve 30'uncu maddesinde de;

'Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan ancak kaçmayı ve delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim kararı ile tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilmesi aynı şartlara bağlıdır.

Yakalama ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir. Bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan ve tutuklanan kimselere yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddianın yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekmektedir.

Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, 24 saat içerisinde hâkim önüne çıkarılır. Ve bu süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun kılınamaz. Yakalanan veya tutuklanan kimse hâkim önüne çıkarılınca durum hemen yakınlarına bildirilir.

Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanunlara göre Devletçe ödenir.' hükümlerini vazedmiş bulunmaktadır.

Haksız tutuklamalar sebebiyle verilecek tazminatın hukuki mahiyeti üzerinde şimdiye kadar muhtelif görüşler ortaya atılmış bulunmaktadır.

Bir Kısım Hukukçular:

Devletin tazminat borcu tamamen 'hukuki sorumluluk' haksız fiil, başkasının fiilinden dolayı sorumluluk çerçevesi içerisinde mütalaa etmektedirler. Bu görüşlerin neticesi olarak hâkimler dikkatli davranacak ve yersiz tevkifler azalacaktır.

Bazı Müelliflerce:

Tutuklama, şahıs hürriyetinin istimlâki ve ödenen tazminat da 'istimlâkin bedelidir.' denilmektedir.

Üçüncü Bir Grupta:

Tazminatı 'riksle' izah etmektedir. Teorik olarak her vatandaş için aynı derecede mevcut olan 'tutuklama riski' pratikte yalnız bir kısım vatandaşlar için tahakkuk etmektedir. Kovuşturma sonunda sebepsiz yere tutuklandıkları anlaşılan kimselerin bu yüzden uğradıkları zararın tazmini icap eder.

Dördüncü Anlayış:

Devletin tazminat borcu şibih cürümden doğan bir borçtur.

Bazı Müelliflere Göre de:

Hukuka bağlı Devlet telakkisinin benimsenmesi neticesi Devletin sorumluluğunu kabul zaruri ve mantıki görülmektedir.

Son Görüş:

Devlet organlarına organik bir bağla bağlı bulunduğuna göre, bu organlar tarafından yapılan muamele doğrudan doğruya bizzat devlet tarafından yapılmış gibidir. Hâkimler de devlet organı oldukları faaliyetlerinin sebep olduğu zararlardan dolayı Devletin sorumluluğunu tabii bulmaktadır. Başka bir deyimle tazminatın esası kusursuz mesuliyet 'objektif mesuliyet' esasına dayanır.

Anayasamıza gelince, Anayasa koyucu 30'uncu maddenin gerekçesinde 'Sonuncu fıkradaki tazminat hükmü de şahıs dokunulmazlığı hakkında konulmuş olan yukarı ki hükümlerin ciddiye alınmasının kaçınılmaz bir müeyyidesi ve adaletin zaruri bir neticesi olarak kendisini kabul ettirmektedir.' demek suretiyle, tazminat ilkesinin dayanağını Hukuk Devleti kavramı ile adalet duygusunu teşkil ettiğini açıkça göstermektedir.

Kanunda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut bu işlemlere haksız olarak mazur kaldıkları sonradan anlaşılan kimselerin, bu

*sebeplerle uğradıkları zararların giderilmesi Anayasanın 40'inci maddesinin son fıkrası hükmü ile milli hukukumuzda girmiştir".*¹⁴⁶

466 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre; Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut tutukluluklarının devamına karar verilen kişilerin her türlü zararları devletçe 466 sayılı Kanuna göre ödenir.

466 sayılı Kanunun 1'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre; yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyen kişilerin her türlü zararları devletçe 466 sayılı Kanuna göre ödenir.

466 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre; yakalanıp veya tutuklanıp da kanuni süre içerisinde hâkim önüne çıkarılmayan kişilerin her türlü zararları devletçe 466 sayılı Kanuna göre ödenir.

466 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre; hâkim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun kılınan kişilerin her türlü zararları devlet tarafından 466 sayılı Kanuna göre ödenir.

466 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin 5'inci fıkrasına göre; yakalanıp veya tutuklanıp da bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyen kişilerin her türlü zararları devletçe 466 sayılı Kanuna göre ödenir.

466 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin 6'nci fıkrasına göre; Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahut beraatlarına veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen kişilerin her türlü zararları devletçe 466 sayılı Kanuna göre ödenir.

466 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin 7'inci fıkrasına göre; mahkum olup da tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra

¹⁴⁶ Muammer Yurdakul, "Haksız Tutuklama Sebebiyle Tazminat Davaları" *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 73, Sayı 2, Nisan 2008, s. 89-91.

sadece para cezasına mahkum edilen kişilerin her türlü zararları devlet tarafından 466 sayılı Kanuna göre ödenir.

466 sayılı Kanunun 1'inci maddesi tazminat nedenlerini (10.01. 1991 tarih ve 3696 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra 8'inci bent yürürlükten kaldırılmıştır.) 7 fıkra halinde sıralamıştır. 1-5 fıkralar kesin tazminat nedenlerini düzenlerken, 6-7'nci fıkralar kesin olmayan tazminat nedenlerini düzenlemektedir.

Köroğlu¹⁴⁷, na göre; kanundışı yakalanan veya tutuklanan bir kimseye tazminat verilebilmesi için bu sebeplerden yalnızca bir nedenin bulunması yeterlidir. Fakat, birden fazla sebebin olması halinde mağdur kişinin manevi zararı açısından ayrıca değerlendirme yapılması gerekmektedir.

(2) 466 Sayılı Kanuna Göre Tazmin Edilecek Zararlar

466 sayılı Kanuna göre, haksız yere tutuklanan veya yakalananların uğrayacakları her türlü zararın Devlet tarafından ödeneceği düzenlenmektedir. Bu kavrama, her türlü maddi ve manevi zararın da girmesi gerektiği uygulamada kabul görmüştür. Bu hususta Yargıtay, manevi zararın maddi zarardan ayrı düşünülmemeyeceğini ve bu nedenle manevi zararın da devlet tarafından karşılanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁸

466 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay içtihatları incelendiğinde “maddi zarar”ın kişinin uğradığı kazanç kayıpları olarak algılandığını görürüz. Buna göre kişinin haksız olarak hürriyetinin kısıtlandığı dönemdeki tüm mesleki kazanç kayıpları, “maddi zarar” kavramı içerisinde değerlendirilir. Yargıtay maddi zararın

¹⁴⁷ Köroğlu, s. 26.

¹⁴⁸ Köroğlu, s. 27; “Mahkeme, gerek maddi gerekse manevi zarar istemleri ile bağlıdır. Olay hukuki olduğundan istemin dışına çıkılamayacaktır. Ve hiçbir şekilde istemden fazlasına hükmedilemeyecektir. Tazminatın verilmesinde 466 sayılı Kanunun kabul ettiği ilke, uğranılan ve kanıtlanan her türlü zararın ödenmesi şeklindedir.” (Y.7.CD. 17.10.1973 tarih ve 1973/10471 E., 1973/10618 K. sayılı kararı)

tespitinde subjektif ölçütlerden ziyade kişinin objektif kazancını ve ileri sürdüğü belgeleri dikkate alır.¹⁴⁹

Manevi zararın tespitinde kanun dışı yapılan işlem dolayısıyla çekilen üzüntü ve acı dikkate alınır.

466 sayılı Kanun'da düzenlenen tazminat, yargı faaliyeti sırasında kasıtlı olmayan ve ancak hizmet kusuru olarak adlandırılabilir hata tutum ve kararları, hükümleri ve ihmali davranışları ile haksız yakalama ve tutuklamaya neden olduklarının anlaşılması sonucu Devletin objektif sorumluluğunun kabul edilmesinden kaynaklanan bir tazminattır.

¹⁴⁹ “Maddi kazanç isteminde kazanç kaybı tespit edilirken, haksız yere yakalanan ve tutuklanan kimsenin tarım işçisi olması halinde, tarım işçileri asgari ücret komisyonu kararı dikkate alınır.” (Y.1.CD. 20.12.1988 tarih ve 1988/4399 E., 1988/4556 K. sayılı kararı), “Sıvacı ustası olduğu kabul edilen davacının vergi kayıtları araştırılıp varsa vergi bildirimindeki miktara göre, yoksa asgari ücret üzerinden maddi tazminat belirlenmelidir.” (Y.1.CD. 19.06.1994 tarih ve 1994/2696 E., 1994/2233 K. sayılı kararı), “Davacı haksız tutuklandığı davası için ödediği avukatlık ücretini kanıtladığı takdirde, tazminat hesabından dikkate alınmalıdır.” (Y.1. CD. 08.03.1994 tarih ve 1994/851 E. 1994/1064 K. sayılı kararı), “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.” (YCGK. 11.11.1997 tarih ve 1977/122 E. 1977/158 K. sayılı kararı).

II. 5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNUNA GÖRE HAKSIZ TUTUKLAMA TAZMİNATI

A. GENEL OLARAK

Hâkimler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen yargılama faaliyetine ilişkin ikinci derecede sorumluluklarını gerektirecek şekilde hareket etmişlerse, haksız tutuklamalardan dolayı tazminata rücu yoluyla mahkûm edilebilirler. Ancak hâkim, kanunlara uygun olarak tutuklama kararı vermiş olup da neticede şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilirse veya sanık yargılandığı dava sonucu beraat ederse, bu tutuklamadan hâkimin sorumlu tutulması mümkün değildir. Diğer taraftan, sanığın veya şüphelinin haksız yere tutuklandığı da neticede anlaşılmışsa, sanığın bir zarara uğradığı da açıkça ortadadır. Ceza davası kamu yararına açıldığına göre, bu durumdan kamunun bir ferdi zarar görmüş ise, bu zararı toplum, yani Devlet yüklenmelidir.¹⁵⁰

466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun, 23.03.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18/1-c maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle yürürlükten kaldırılmıştır.

1 Haziran 2005 tarihinden itibaren haksız yakalanan ve tutuklanan kimseler, zararlarının karşılanması için CMK'nun 141 ila 144'üncü maddelerine göre tazminat isteminde bulunabileceklerdir.

5271 sayılı CMK'nda tazminata ilişkin yer alan düzenleme, 466 sayılı Kanuna göre daha kapsamlıdır. Ceza Tazminat Hukuku açısından getirilen yenilikler şunlardır¹⁵¹;

¹⁵⁰ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s.996.

¹⁵¹ Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi*, s. 91.

a) 466 sayılı Kanunda yalnız yakalama ve tutuklama koruma tedbirleri için tazminat öngörölmüşken, 5271 sayılı CMK ile arama ve el koyma halinde de Devletin tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir.

b) 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesi ile kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul bir süre içerisinde hakkında karar verilmeyen kişilerin de uğradıkları maddi ve manevi zararlar için Devletten tazminat talep etmelerine olanak sağlanmıştır.

c) Devletin koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin görevini kötüye kullanan kamu görevlisine, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişilere rücu etme hakkı tanınmıştır.

d) Bu yenilikler dışında 5271 sayılı CMK'nun 323'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkumiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar bu Kanunun 141 ila 144'üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilebileceği düzenlenmiştir.

Mülga 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanunun 1'inci maddesi hükümleri büyük ölçüde korunarak 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesi olarak düzenlenmiştir. Maddede öngörölen tazminat istemi, soruşturma ve kovuşturma sırasında ilgilinin maruz kaldığı haksız işlemlere ilişkindir. Madde metninde maddi ve manevi tazminat istenmesini gerektirebilecek haller ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Maddenin (e) bendinde tazminata konu kararlar sınırlı bir şekilde sayıldığından (kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı) bunlar haricindeki kararlar tazminata konu edilemeyeceklerdir. Buna göre; haklarında düşme veya ortadan kaldırma kararı verilenlere maddi veya manevi tazminat ödenmesine imkân yoktur. Yalnızca para cezasına mahkum edilenler haksız yere gözaltında veya tutuklulukta geçirdikleri süreler nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteminde bulunabilirlerken, para cezası özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilenler veya hapis cezası ertelenenler maddi ve manevi tazminat isteminde bulunamayacaklardır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinde koruma tedbirlerine ilişkin tazminat nedenleri sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bu tazminat nedenleri yargı kararları ışığında ayrı ayrı açıklanacaktır.

B. TAZMİNAT NEDENLERİ

1. Kişinin Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklanması veya Tutukluluğunun Devamına Karar Verilmesi

a) Genel olarak

5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde “*kanunlarda* belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen” kişilerin uğradıkları zararlar nedeniyle devletten tazminat isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

b) Kişinin Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklanması

Kişi özgürlüğünü kısıtlayan yakalama ve koruma tedbirleri, temel hak ve özgürlükler açısından taşıdıkları önem göz önünde bulundurularak hem iç hukuk normlarıyla hem de uluslararası hukuk normları ile belirli şartlara tabi tutulmuşlardır. Bu sebeple yetkili ve görevli kişilerin koruma tedbirlerine başvururken gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile gerekse Anayasa ve kanunlarımızla belirlenmiş olan kurallara uygun hareket etmesi gerekmektedir.¹⁵²

¹⁵² Serdal Baytar, “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 61, Yıl 18, Kasım-Aralık 2005, s. 363.

Madde metninde “*kanunlarda belirtilen*” şeklinde bir ifadenin yer alması sebebiyle konuyla ilgili tüm kanunlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de tazminat bakımından dikkate alınmak zorundadır.¹⁵³

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Kişi Hürriyeti ve Güvenliği” başlıklı 19’uncu maddesi şu şekildedir;

“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 hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim 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 olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

¹⁵³ Düzgün, Elmacı, s. 92.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 m.)Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 m.)Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün 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.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 m.)Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.¹⁵⁴

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 19'uncu maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5'inci maddesine paralel bir şekilde düzenlenmesi sebebiyle sözleşmenin Anayasamıza da doğrudan yansıdığı net bir şekilde görülmüştür. Kaldı ki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90'ıncı maddesinin son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Bu sözleşmeler hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaz. Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri esas alınır.

¹⁵⁴ <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=188&lang=0> (12.04.2011)

Yargıtay da tazminat konusunda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve AİHS'nin 5'inci maddesine atıf yaparak 9'uncu Ceza Dairesinin 26.04.2005 tarih ve 2005/2455-1799 E. K. sayılı kararında "...Kişinin Anayasa'nın 19'uncu maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5'inci maddesi ile diğer kanunlarda gösterilen esaslar dışında bir işleme tabi tutulduğu anlaşıldığından, incelemeye devam edilerek kişinin uğradığı zararlar ilgili talep konusunda bir karar..." verilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁵

Tutuklama bir ceza olmayıp, bir koruma tedbiri, ceza muhakemesinin amacına ulaşmasını sağlamak için başvuru bir araçtır. Tutuklama kararı verilebilmesi için CMK'nun aradığı bütün şartların aynı anda bulunması gereklidir. Kanunun aradığı şartların tamamı aranmaksızın uygulanan bir tutuklama, koruma tedbiri niteliğinde olamaz. Çünkü böyle bir "tutuklama"yı ceza muhakemesinin amaçlarıyla haklı göstermek imkânsızdır. Öte yandan, Devlet eliyle uygulanan bir hürriyet kısıtlamasına "ceza" denilebilmesi için, Anayasa'nın m. 38 ve TCK'nun m. 2'ye göre, kanunda tanımlanmış olması gereklidir. Cezanın kanuniliği, onun süresinin, miktarının ve türünün önceden bilinmesini sağlar. Cezaya hükmedildiğinde de, cezanın muhatabı hürriyetinin hangi süreyle kısıtlanacağını ve/veya ne kadar para cezası ödeyeceğini bilir. Müebbet hapis cezasında dahi belirlilik vardır. Tutuklamanın şartlarının ne zaman ortadan kalkacağı ise önceden bilinemez. Bu nedenle tutuklama tedbirinin süresi önceden belirlenemez. Tutuklamanın azami bir süreyle sınırlandırıldığı hallerde dahi bir belirlilikten söz edilemez.¹⁵⁶

Tutuklamaya karar verilmesi sırasında, önceki bölümde belirttiğimiz tutuklamaya ilişkin kanunlarda belirtilen koşullara uyulmasının yanında, tutuklamaya karar verildikten sonra da tamamlayıcı gerekli işlemlerin yapılması gerekmektedir. Öncelikle tutuklama kararının hukuki ve fiili nedenleri, ayrıntılı gerekçesi, CMK m. 101/2'ye göre tutuklanan kişiye sözlü ve yazılı olarak bildirilir. Bu sayede kişinin tutuklama nedenlerini bilerek, somut olgulara dayanarak itiraz edebilme hakkını

¹⁵⁵ Düzgün-Elmacı, s. 93.

¹⁵⁶ Metin Feyzioğlu, *Tutuklamada Görülen Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler*, <http://www.feyzioğlu.av.tr/yayin/tutuklamaya-dair-uygulamada-gorulen-sorunlar.html> (02.01.2012)

kullanmasına olanak sağlanacaktır. Gereksiz karar verilmesi halinde, etkin bir başvuru yolu bulunduğu söylenemez. Zira, kararın gereksiz olması durumunda şüpheli/sanık kanun yolu aşamasında kararın hangi noktalarına karşı görüş bildireceğini bilemeyeceğinden, bu durum müdafaa hakkının kısıtlanması demek olup, adil yargılanma hakkını ihlal eder.¹⁵⁷

CMK m. 101/2'ye göre tutuklama kararında, kanunun aradığı şartların her biri, gerekçelendirilmiş olarak yazılmak zorundadır. Gerekçe göstermek yükümlülüğü yalnızca CMK'ndan kaynaklanmaz. Anayasa m. 141'e göre "bütün mahkemelerin her türlü kararları" gerekçeli olmak zorundadır. Gereksiz karar verilmesi, AİHS md. 6'da ve Anayasa md. 36'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkına da aykırıdır.¹⁵⁸

Tutuklama kararında nelerin yer alacağı, CMK'nda açıkça sayılmamıştır. Ancak CMK m. 100, bir tutuklama kararında hangi noktaların yer alması gerektiğinin işaretlerini vermektedir. Bunlar

- Suçun tutuklama kararı verilebilen bir "suç" olması (CMK 100/4).
- Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular
- Bir tutuklama kararı (CMK m.100/2) bulunması
- {Katalog suçlar (CMK m.100/3) dışındaki suçlarda}, tutuklama tedbirinin işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmasıdır.¹⁵⁹

Uygulamadaki yerleşik kanaat ise, CMK m. 206'da delilleri yetkili mahkemenin yapılacak olan yargılama sırasında takdir edeceği için hâkimin tutuklama kararı verirken "delilleri takdir edemeyeceği" ve kovuşturma sırasında değerlendirilmesi gereken delillerin soruşturma aşamasında, tutuklama yapacak olan nöbetçi hâkim tarafından yapılmasının, "görüş açıklama yasağına" (ihsas-ı rey)

¹⁵⁷ Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s. 211.

¹⁵⁸ Metin Feyzioğlu, *Tutuklamada Görülen Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler*, <http://www.feyzioğlu.av.tr/yayin/tutuklamaya-dair-uygulamada-gorulen-sorunlar.html> (02.01.2012)

¹⁵⁹ Feridun Yenisey, *Tutuklama Kararında Gerekçe Gösterme Zorunluluğu*, <http://www.bahcesehir.edu.tr/fakultehaber/index/fakulte/igul/dil/tr/id/280> (02.01.2012)

aykırı olduğu ileri sürülmekte ve neticede gerekçesiz tutuklama kararları verilmektedir.¹⁶⁰

Hukuk devletinin belki de en genel ve basit tanımı, “kendi koyduğu kuralla bağlı olan devlet”tir. Yargı erkini kullanan hâkim ve mahkeme, bu erki devlet adına kullanmaktadır. Bu devlet hukuk devleti ise, hâkim ve mahkeme, hukuk kurallarıyla bağlıdır. Şüphelinin/sanığın ceza kanununu ihlal ettiği iddiası üzerine yargılama yetkisini kullanan hâkim, Ceza Muhakemesi Kanunu’nu ihlal ederse, ortaya, açıklanması zor, çelişkili bir durum çıkar. Kaldı ki gerekçe, yargılamanın adil olduğunu gösteren en önemli belge olduğuna göre, CMK’nun böyle bir zorunluluk getirmiş olması son derece yerindedir.¹⁶¹

5271 sayılı CMK’nda, 1412 sayılı Kanun döneminde eleştiri konusu olan ve tutuklamanın gerekçesinin kararda gösterilmesine açıkça yer vermeyen hükmün değiştirilerek tutuklamaya ve tutuklamanın devamına veya bu hususta bir tahliye talebinin reddine ilişkin kararlarda hukuki nedenleri ile gerekçelerin gösterileceğinin belirtilmesi, AiHM kararları doğrultusunda yerinde olmuştur.¹⁶²

Kanımızca işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmamasına rağmen tutuklanan kişinin kendisinin kanunlarda belirtilen koşullar dışında tutuklandığını kişinin ispat edebilmesi çok zordur. Zira tutuklamanın ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının tespitinin somut olgulara dayanmaması, hâkime veya mahkemeye geniş bir takdir hakkı vermesi nedeniyle tutuklamanın ölçülü olup olmadığı hususunda bir tespit yapılması da zordur. Ancak tutuklama kararının gerekçesinde hangi zorunluluk dolayısıyla tutuklamanın yapıldığı belirtilmiş olursa tutuklanan kişi de hakkındaki tutuklama kararına bu doğrultuda itiraz edebilecektir. Buna göre, tutuklanan kişinin, kendisine tutuklanma nedenleri

¹⁶⁰ Feridun Yenisey, *Tutuklama Kararında Gerekçe Gösterme Zorunluluğu*, <http://www.bahcesehir.edu.tr/fakultehaber/index/fakulte/igul/dil/tr/id/280> (02.01.2012)

¹⁶¹ Metin Feyzioğlu, *Tutuklamada Görülen Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler*, <http://www.feyzioğlu.av.tr/yayin/tutuklamaya-dair-uygulamada-gorulen-sorunlar.html> (02.01.2012)

¹⁶² Nur Centel, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasasında Tutuklama Adli Kontrol Yakalama ve Haksızlıkların Giderilmesi”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan*, İstanbul 2006, s.857

ayrıntılı olarak açıklanmamış olması da kanuna aykırı olduğundan, tutuklanan kişiye tazminat isteme hakkı vereceği kanaatindeyiz.

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 gösterebiliriz.¹⁶³

Kanunlarda 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 hâkim kararı olmadan yapılacak bir tutuklama, durumu kanuna aykırı hale getirecektir.¹⁶⁴

Yargıtay da tutuklamanın kanuni 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, tutuklamanın kanuni mesnedi bulunmadığı gözetilmeden... tazminat isteklerinin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”¹⁶⁵

Tutuklama kararı sadece gerçek kişiler hakkında verilebilir. Şüpheli veya sanık olan bu gerçek kişinin ceza sorumluluğu bulunmalıdır. Başka bir deyişle ceza sorumluluğunu kaldıran hallerden birinin bulunması halinde şüpheli veya sanık hakkında tutuklama tedbirine karar verilemez. TCK m. 32’de belirtildiği şekilde fiili işlediği anda akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayanlar veya TCK m. 25’de belirtildiği şekilde meşru savunmada bulunanlar hakkında tutuklama tedbirine hükmedilemez. Aynı şekilde fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu olmadığından bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak TCK m. 31 uyarınca, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Bu nedenle tutuklama kararından önce şüphelinin veya sanığın cezai sorumluluğunun olup olmadığı tespit edilmelidir.

¹⁶³ Soyaslan, s. 322.

¹⁶⁴ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, s.232.

¹⁶⁵ Mümin Kavalalı, Naci Ünver, *Hukukumuzda Yasadışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s. 71

Aksi halde yasal açıdan cezalandırılması mümkün olmayan bir kimsenin tutuklanmasından söz edilir ki bu husus başlı başına hukuka aykırılık sebebi teşkil edeceğinden tazminatı gerektirir.¹⁶⁶ Mahkûm olma ihtimali beraat etme ihtimalinden yüksek olan şüpheli veya sanık hakkında tutuklama tedbiri uygulanır, aksi halde uygulanmamalıdır.¹⁶⁷

Tutuklanan kişinin CMK m. 101'e göre tutuklamaya itiraz etme hakkı vardır. Uygulamada tutuklanan şüpheli ve sanık, avukatına da yazılı muvafakatname vererek tutuklamaya itiraz etmediği durumlar olmaktadır. Bu gibi bir durumlarda tutuklanan kişinin sonradan tutuklamanın hukuka aykırı olduğuna dair bir tazminat talebinde bulunup bulunamayacağına ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığı gibi doktrinde kabul edilmiş bir görüş de mevcut değildir. Kanımızca bu durumda kişi tutuklanmasının hukuka uygun olduğunu zımnen kabul etse de, ortada hukuka aykırı bir işlem var ise, bu durumun sonradan anlaşılabilmesi durumunda kişinin tazminat talep etme hakkının saklı kalması hakkaniyet ilkesine uygundur. Zira genellikle tutuklanan kişinin tutuklama kararına itiraz etmemesi durumu, tutuklu haldeyken yargılamanın daha hızlı biteceğine olan inancı dolayısıyladır.

Tüm bu açıklamalar ışığında şüpheli veya sanığın kanunlarda belirtilen koşullara uyularak tutuklanmaması halinde tazminat hakkı doğacaktır.

c) Kişinin Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutukluluğunun

Devamına Karar Verilmesi

Kanunlarda yazılı koşullar dışında tutuklanmasına karar verilen kişilerin tazminat talep etmeleri haklarıdır. Bunun dışında kanuna uygun olmayan şekilde tutukluluğunun devamına karar verilenlerin de tazminat talep etmeleri düzenlenmiştir.

¹⁶⁶ Feyzioğlu, "Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi",s.121.

¹⁶⁷ Ahmet Taşkın, Tutuklamanın Psiko- Sosyolojik Boyutu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 1, Sayı:1 , Ankara, Temmuz 2010, s. 303.

5271 sayılı CMK'nun 108'inci maddesinin birinci fıkrasında; soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibariyle tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından CMK m.100 hükümleri göz önünde bulundurularak karar verileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında şüphelinin de tutukevinde bulunduğu süre içerisinde veya en geç otuzar günlük süreler içerisinde tutukluluk durumunun incelenmesini talep etme hakkının bulunduğu belirtilmektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, hâkim veya mahkemenin, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk durumunun devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında veya birinci fıkrada öngörülen süreler içerisinde re'sen karar verileceği belirtilmiştir.

5271 sayılı CMK'nun 108'inci maddesi incelendiğinde, öncelikle sanığın veya şüphelinin tutukluluk durumu hakkında maddede belirtilen sürelerin geçirilmemesi gerekmektedir. Kanımızca sürelerin az bir müddet ile zorunluluk nedeniyle geçirilmesinden sonra, mahkeme veya hâkim tarafından yapılan değerlendirme sonucunda sanığın veya şüphelinin tutukluluk durumunun devamına karar veriliyorsa, ortada herhangi bir zarar doğmaması nedeniyle tazminata hükmedilmemesi gerekmektedir. Tabii kişinin tutukluluk halinin kasıtlı olarak bir aydan uzun süre incelenmemesi halleri bu durumun dışındadır. Tazminata hükmedilme ile ilgili bir diğer husus da sanığın veya şüphelinin tutukluluk durumunun incelenmemesi nedeniyle bir zarar görüp görmediğidir. Zarar gördüğünü ispatlayan kişi tazminatı hak edecektir.

Mülga CMUK m. 112 uyarınca tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediğine mahkeme her oturumda karar vermek zorundaydı. Tutuklu işlerde yine mülga CMUK m. 222 uyarınca duruşmaya otuz günden fazla ara verilemiyordu. Mülga CMUK'ndan farklı olarak, 5271 sayılı CMK'nda, tutuklu işlerde duruşmaya otuz günden uzun süre ara verilmesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkeme, tutuklu işlerde de duruşmaya otuz günden fazla ara verebilir. Ancak bu durumda CMK md. 108/3'ün son cümleciğinde yer alan "ya da

birinci fıkrada öngörülen süre içinde re'sen karar verir" hükmü uyarınca, 1. fıkrada belirtilen otuz günlük süre dolduğunda mahkeme, dosya üzerinden tutukluluğun devam edip etmeyeceğine dair bir karar vermek zorundadır.¹⁶⁸

Mülga CMUK'ndaki düzenleme ile CMK'ndaki düzenlemeyi karşılaştırdığımızda, mülga CMUK'ndaki düzenlemenin daha yerinde olduğu ifade edilmelidir. Zira, tutukevinde belirsizlikler içinde yaşamını sürdüren sanık, her oturumu heyecan ve endişe içinde beklemektedir. Her oturum, tutuklu sanığın kendini yargılayan mahkemenin huzuruna çıkmasına olanak verir. Her oturum, sanığa, hâkimin yüzüne karşı savunma yapma imkânını verir. Her oturumda savunma makamı, sanığın suçluluğu hakkında kuvvetli şüpheye sebebiyet verecek belirtilerin olmadığını, kaçacağına dair somut olguların bulunmadığını veya delilleri karartacağına dair kuvvetli şüphenin ortadan kalktığını veya bu şüphelerin baştan itibaren yersiz olduğunu hâkim veya hâkimlerin yüzlerine karşı anlatabilir. Her oturumda, mahkemenin hâkim veya hâkimleri de, hürriyetini kesin hükümden önce en ağır şekilde sınırladıkları insanla yüz yüze geleceklerdir. Dolayısıyla mahkemenin hâkim veya hâkimleri, dosyadaki bir ismin değil, karşılarında gördükleri bir insanın hürriyetinin kısıtlanmasının devamına veya tahliyesine karar vereceklerdir.¹⁶⁹

Ceza muhakemesinin kovuşturma evresinde kural, sözlülük¹⁷⁰ ve yüze karşılık¹⁷¹tır. Sözlülük ve yüze karşılığın uygulandığı bir ortamda, başta vicdan

¹⁶⁸ Metin Feyzioğlu, *Tutuklamada Görülen Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler*, <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/tutuklamaya-dair-uygulamada-gorulen-sorunlar.html> (02.01.2012)

¹⁶⁹ Metin Feyzioğlu, *Tutuklamada Görülen Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler*, <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/tutuklamaya-dair-uygulamada-gorulen-sorunlar.html> (02.01.2012)

¹⁷⁰ Ünver, Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 48: "Sözlülük ilkesi; ceza muhakemesi materyalinden niteliği itibariyle beyan olarak açıklanması mümkün olanların esas itibariyle duruşmada hâkimlerin önünde açıklanması ve üzerinde süjelerin sözlü ifadede bulunması olarak anlaşılmaktadır".

¹⁷¹ YCGK. 06.05.2008 tarih ve 2008/1-90 E. 2008/100 K. sayılı ilamında, yüze karşılık ilkesi şu şekilde tanımlanmıştır: "Görevli mahkemede sanığın duruşmada hazır bulunması ve sorgusunun yapılması, yargılamanın yüze karşı olması, savunma hakkının kısıtlanamayacağı ve cezanın kişiselleştirilmesi ilkelerinin doğal bir sonucudur. Yüze karşılık; duruşmada tarafların hazır bulunması demektir. Sağlıklı yargılama ile en doğru sonuca ulaşma en iyi bu şekilde mümkün olur, sanığın yokluğunda duruşma yapılması bazı hallerde istisna olarak kabul edilmiştir. Sanığın ceza yargılamasının sujesi olarak en önemli hakkı savunma

olmak üzere insani değerlerin etkili olması, dosya üzerinden kararların verildiği bir ortama kıyasla çok daha muhtemeldir. Öte yandan sözlülük ve yüze karşılık etkili bir savunma hakkı için de gereklidir. Tutuklama şartlarının bulunup bulunmadığını veya devam edip etmediğini sağlıklı bir şekilde değerlendirebilmek için hâkim, şüpheli veya sanıkla yüz yüze gelmelidir. Tutuklama kararından sonra, tutukluluğun devamına karar verilmesi de, tutuklama şartlarının varlıklarını korumasına bağlıdır. Tutukluluğun devamı kararı, yeni bir tutuklama kararı gibidir. Öyleyse ilk tutuklama kararı nasıl yüze karşı veriliyorsa, en azından duruşma evresinde, tutukluluğun devamı kararları da mutlaka yüze karşı verilmelidir.¹⁷²

Yerel Mahkemeler çoğunlukla kişinin tutukluluk halinin devamına karar verirken “müsnet suçun vasıf ve mahiyeti”, “sanığın tutuklu kaldığı süre”, “kuvvetli suç şüphesi” ve “tutuklama nedenlerinin ortadan kalkmadığı” gibi basma kalıp cümleler kullanmaktadır. Ancak AİHM, Mahmut Yaman/Türkiye¹⁷³ davasında; yaklaşık dokuz yıl altı aylık bir süre tutuklu bulunan kişinin her duruşma bitiminde esas hâkimlerinin gerekçelendirmeden ve çoğunlukla delil durumuna atıfta bulunarak basma kalıp ifadelerle başvuranın tutukluluk halinin devamına karar verilmesini, uzun süren ve halen devam etmekte olan tutukluluk süresini haklı göstermeye yetmeyeceğini belirterek, asıl hâkimler tarafından benimsenen gerekçelerin uygun ve yeterli olmaması nedeniyle davada kişinin yargılamasında gerekli ihtimamın gösterilip gösterilmediği hususu üzerinde durmaya gerek olmadığına karar vermiştir.

Ülkemizde tutuklama ile ilgili bir diğer sorun da mevzuatta yer almayan ancak uygulamada sıklıkla başvuru hâkim tutukluluk kurumudur. İlk derece yargılaması sırasında tutuklu halde bulunan kişi, bir koruma tedbiri nedeniyle, yani ceza yargılamasının tamamlanması amacıyla, özgürlüğünden yoksun kılınmakta ve tutukluluk süresi de düzenli olarak, dosya üzerinden de olsa incelenmektedir. Ancak

hakkıdır. Savunma hakkı temel haklardan olup, hem İnsan haklarına ilişkin Uluslararası metinlerde hem de Anayasada güvence altına alınmıştır. Sanığın duruşmada hazır bulunması yüze karşılık özelliğinin olduğu kadar savunma hakkının da bir sonucudur. Bunun içindir ki sanığın yokluğunda duruşma kuralı olarak kabul edilmemiştir. (CMK.193/1.m.) Sanığın yokluğunda duruşma yapılması istisnayı oluşturur.”

¹⁷² Metin Feyzioglu, *Tutuklamada Görülen Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler*, <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/tutuklamaya-dair-uygulamada-gorulen-sorunlar.html> (02.01.2012)

¹⁷³ Başvuru No: 33631/04.

ilk derece mahkemesi tarafından bir hüküm verilmesi ile kişinin tutukluluğunun devamına karar verilmesi halinde temyiz incelemesi için tebligat eksikliklerinin giderilerek dosyasının yüksek mahkemeye gönderilinceye kadar tutukluluk durumu incelenmemektedir. Karar verildikten sonra tutuklu kişiler ile ilgili tutukluluk halinin inceleme makamı ve usulü mevzuatta düzenlenmediği için bir boşluk oluşmaktadır.

Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 31.11.2011 tarihli resmi verilerine göre ülkemizdeki ceza infaz kurumlarında 36.462 tutuklu, 17.950 hükmen tutuklu, 73.419 hükümlü olmak üzere toplamda 127.831 kişinin bulunduğu anlaşılmaktadır.¹⁷⁴ Bu verilere göre hükmen tutuklu sayısı, tutuklu sayısının yarısı kadardır. Tutuklu kişilerin tutukluluk halleri en fazla otuz günlük süreler dahilinde incelenirken, hükmen tutuklu sayısı vahim bir şekilde fazla olduğu halde halen bu konu hakkında yasal bir düzenlemenin bulunmaması dikkat çekicidir. Hakkında mahkeme tarafından bir karar verilmiş olsa dahi bu karar kesinleşmediği, dolayısıyla sanığın suç işlediği kesin olarak saptanmadığı için hükmen tutuklu kişiler de masumiyet karinesinden yararlanmalıdırlar. Yüksek mahkeme tarafından yerel mahkemenin verdiği karar bozulduğu anda verilen karar yeniden değerlendirilecektir. Ancak mevcut yasal düzenlemeler dikkate alındığında hükmen tutuklu kişiler hükümlü gibi muamele görmekte, tutukluluğa ilişkin durumları yeniden değerlendirmeye tabi tutulmamakta, hatta yetkililer tarafından tutuklu sayısı ifade edilirken dahi hükmen tutukluların sayısı bu hesaba dahil edilmemektedir.¹⁷⁵

Kanımızca kişinin üzerine atılı suçun niteliği ve cezasına göre, tutuklama halinin süre yönünden devamında sakınca olmadığından bahisle dava dosyasını iyi taktik etmeden ve tutuklunun taleplerini, iddialarını dinlemeden tutukluluk halinin devamına karar vermek daha sonra kişinin zarara uğrayarak, devletten tazminat istemesine neden olabilecektir. Bu nedenle tutukluluğun incelenmesi, tutuklunun serbest kalabileceği, hataların fark edilebileceği bir inceleme safhası olduğu için, çok iyi irdelenmelidir.

¹⁷⁴ <http://www.cte.adalet.gov.tr/> (02.02.2012)

¹⁷⁵ <http://www.hukukihaber.net/gundem/bakan-ergin-tutuklu-sayisi-dustu-h19832.html> (02.02.2012)

2.Kanuni Haklarının Hatırlatılmadan veya Haklarından Yararlanma İsteği Yerine Getirilmeden Tutuklanan Kişi

5271 sayılı CMK'nun 147'nci maddesine göre; şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde, şüpheli veya sanığa kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlü olduğu hatırlatıldıktan sonra kimliği saptanır ve üzerine atılı suçlama hakkında bilgi verilir. Müdafii seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafii ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği kendisine bildirilir. Müdafii seçecek durumda olmadığı ve bir müdafii yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafii görevlendirilir. 95'inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhal bildirilir. Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir. Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürme olanağı tanınır.

Görüldüğü gibi CMK'nun 147'nci maddesinde şüpheli veya sanığın temel kanuni hakları düzenlenmiştir. Bu temel hakların sanığa veya şüpheliye hatırlatılmadan veya istekte bulunması halinde isteği yerine getirilmeden tutuklanan şüpheli veya sanık tazminata hak kazanır.

Sanığın 5271 sayılı CMK'nun 147'nci maddesinde belirtilen haklar dışında da hakları bulunmaktadır. Ancak uluslararası sözleşmeler de dikkate alındığında bu hakların hatırlatılmasının yeterli olduğu söylenebilir. Sanık diğer haklarına ilişkin bir talepte bulunduğu, bu hakkının da yerine getirilmesi gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse, 5271 sayılı CMK'nun 149'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre; soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Kişinin tutuklanmadan önce seçtiği üç avukat ile konuşup, sorgusu sırasında temsil edilmesini istemesine rağmen hâkim veya mahkeme bu isteğini yerine getirmeden tutuklanmasına karar verirse, 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca tazminat talep etme hakkı kazanır.

CMK. m.191’de ise kovuşturma aşamasının başlaması ile sanığa yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun hatırlatılarak CMK m. 147’nci maddede belirtilen haklarının bildirileceği düzenlenmiştir. CMK m. 191 kovuşturma aşamasında sanığın sorgusunun nasıl tespit edileceğini, duruşmanın başlamasını düzenler. CMK. m. 147’de “yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun hatırlatılmasını CMK m. 191’de yeniden ve özellikle belirtmesi ve daha sonra CMK m. 147’de yer alan diğer hakların hatırlatılmasını düzenlemesi, kanımızca sanığın susma hakkına kanun koyucunun verdiği önemi göstermektedir.

Uygulamada genellikle bu hakların hatırlatılmak yerine sadece tutanağa “haklarının hatırlatıldığı” ibaresi yazılmakla yetinilmektedir.¹⁷⁶ Yine bu çerçevede, avukat isteyip istemediğinin sorulmaması, istemesi halinde baro tarafından müdafii görevlendirilmesinin mahkemece karşılanmaması gibi durumlar bu madde kapsamında değerlendirilebilir.

3. Kanuna Uygun Olarak Tutuklandığı Halde Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmayan ve Hakkında Hüküm Verilmeyen Kişi

a) Genel Olarak

5271 sayılı CMK’nun 141’inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde tutuklu kişiler hakkında iki farklı tazminat nedeni düzenlenmiştir. Birinci sebep kanuna uygun olarak tutuklanan kimsenin makul sürede yargılama makamı önüne çıkarılmaması hali iken, ikincisi kanuna uygun olarak tutuklanan kimsenin makul sürede yargılanmaması halidir.

¹⁷⁶ Yırtımcı, s.34.

b) Makul süre

5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinde geçen "makul süre" kavramının tanımını ne kanunun diğer maddelerde ne de başka bir kanunda düzenlenmiştir. Makul süre kavramı AİHS ve AİHM içtihatlarından esinlenilerek 5271 sayılı CMK'nuna dahil edildiğinden makul süre kavramının anlaşılması için AİHM içtihatlarını incelemek gerekmektedir.

AİHM'ne göre makul süre, görülen davanın özelliklerine ve niteliğine göre, en kısa olan süredir. Kişi özgürlüğünün doğrudan ihlal edildiği ceza davalarında ise, sürenin diğer davalara nazaran daha kısa olması AİHM tarafından kabul gören bir durumdur.¹⁷⁷

AİHM, makul süre konusunda belli başlı bazı ilkeleri, özellikle göz önünde bulundurmaktadır. Bunlar; "davanın niteliği ve karmaşıklığı", başvuru sahibinin tutumu" ve "otoritelerin tutumu"dur. Bu ilkelerin yanında, davanın "başvuruda bulunan için arz ettiği öneme" göre de değerlendirme yapmaktadır.¹⁷⁸

Yargılama süresinin -AİHM kararlarında ve iç hukukumuzda yer alan tabiriyle- makul (akla uygun, mantıklı) olması, her davanın niteliğine göre değişmektedir. AİHM, altı yıl, iki ay, iki gün, süren bir cinayeti konu edinen Boddaert/Belçika¹⁷⁹ davasında, şerik sanığın işlediği başka bir suçtan yargılanmasının sonucunun bekletici mesele kabul edilerek beklenmesini, davanın makul sürede sonuçlandığı gerekçesiyle ihlal olarak kabul etmemişken¹⁸⁰, üç yıl süren Foti ve Arkadaşları/İtalya¹⁸¹ davasında, sürenin tespitinde suç isnadı tarihine bakılacağı, ayrıca makul sürenin her olayın koşullarına göre değerlendirileceğini söyleyerek,

¹⁷⁷ Özge Sırma, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 7, Cilt VII, Sayı 1, İstanbul 2008, s. 103.

¹⁷⁸ Sırma, s. 103; "AİHM'nin Zimmermann ve Steiner-İsviçre davası kararı 13 Temmuz 1983, Seri A No. 66, s.11, fıkra 24", Duertre, s. 175.

¹⁷⁹ 12 Ekim 1992, A Serisi no: 235-D

¹⁸⁰ Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 941.

¹⁸¹ 10 Aralık 1982 tarihli karar, Seri A No. 56, s. 18, paragraf 52.

davanın makul bir sürede sonuçlandırılmadığı gerekçesiyle AİHS'ne aykırı bulmuştur.¹⁸²

Bir yargılamada AİHS'nde sözü edilen “makul süre”ye uyulup uyulmadığına karar vermek için öncelikle bu sürenin ne zaman başladığı ve ne zaman sona erdiğini tespit etmek gerekecektir.

AİHM, ECKLE/Almanya davası kararında¹⁸³ makul sürenin başlangıcı konusunda ceza davası açısından şu gözlemlerde bulunmuştur: “*Ceza davalarında, 6'ncı madde 1'inci fıkrada (madde 6-1) bahsedilen “makul süre”, bir kişiye suç isnat edilir edilmez başlar; bu, davanın mahkeme önüne çıkmasından önceki bir tarihte de olabilir. (bkz. örneğin, 27 Şubat 1980 tarihli Deweer kararı, Seri A No. 35, s. 22, fıkras 42); örneğin yakalanma tarihi, bir kişiye aleyhinde dava açıldığının resmi olarak bildirildiği tarih, ön soruşturmanın başlatıldığı tarih(tir).*”¹⁸⁴ Buna göre ceza davalarında makul süre bir kişiye suç isnat edildiği andan itibaren başlayacaktır.

Makul sürenin sonu ise mümkün ve olası kanun yolları dahil, yargılamanın kesin hükümlerle sonuçlandığı tarihtir.¹⁸⁵ Türk hukukuna göre, hükmün kesinleştiği an ise tüm iç hukuk yollarının tüketildiği andır.¹⁸⁶

c) Kanuna Uygun Olarak Tutuklanan Kimsenin Makul Sürede Yargılama Makamı Önüne Çıkarılmaması

Anayasanın 19'uncu maddesinin 7'nci fıkrasına göre; tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince

¹⁸² Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 531.

¹⁸³ 15 Temmuz 1982, Seri A No. 51, s. 33, paragraf 73

¹⁸⁴ Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya 2003, s.175

¹⁸⁵ Gözübüyük, s. 285.

¹⁸⁶ Olgun Akbulut, “Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, Sayı 1, Ocak 2002, s. 183; AİHM'nin “28 Haziran 1978 tarihli König kararı, Seri A No. 27, s. 33, paragraf 98”, Dutertre, s. 175.

duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Kişinin tutuklandıktan sonra mahkeme önüne çıkarılması gereken süreye ilişkin 5271 sayılı CMK’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Tazminat açısından böyle bir düzenleme Anglo Sakson hukukundaki -daha önce de açıkladığımız- “Habeas Corpus” kurumunun kıta avrupası hukukundaki yansımasıdır. Böylelikle yetkili makamların özgürlüğü kısıtlanan kişileri bir an önce hâkim önüne çıkarmaları sağlanmaya çalışılmaktadır.

CMK’nun 141’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (d) bendinin ilk cümlesine göre, her ne olursa olsun bir kişi tutuklandıktan sonra makul bir süre içerisinde yargılama makamı önüne çıkarılarak savunma hakkının tanınması gerekmektedir. Aksi takdirde, kişinin devletten tazminat talep etme hakkı doğacaktır.

Uygulamada kişinin yetkili mahkeme önüne çıkarılmasında sorunlar yaşanmaktadır. Bu sorun yakalanan kişinin mahkemeye götürülmesi ile ilgili “sevk tutuklaması” ya da “yol tutuklaması” adı verilen, 5353 sayılı Kanun’la değişik CMK m. 94 uygulamasından kaynaklanmaktadır: Bilindiği üzere CMK sisteminde, “şüpheli veya hükümlülerin geri verilmesi” ile ilgili uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülük dışında, gıyabi tutuklamaya yer verilmemiştir. Kararı veren hâkim veya mahkeme bir başka şehirde ise, kişinin önüne getirildiği en yakın yer hâkimi tarafından kimlik tespitinden sonra, (yerine getirilen yakalama emrindeki soruların yanıtlanmasının ardından serbest bırakılması istenmiyorsa) “sevk tutuklaması” kararı verilmektedir. Bu kararı veren hâkimin, kişinin tutukevine götürülmeksizin esas mahkemenin bulunduğu şehre götürme emrini kararında yazması halinde sorun çözülecek olsa da; çoğu zaman personel ve araç sıkıntısı nedeniyle bu yapılamadığından kişi, uzun süre “sevk tutuklaması kararı” verilen şehirde fiilen tutulmaktadır.¹⁸⁷

Kişinin kanuna uygun olarak tutuklanmasından sonra makul bir süre içerisinde, kişiyi yargılamaya yetkili bir makam önüne çıkarılması gerektiği AİHS’nin 5’inci

¹⁸⁷ Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *Tutuklama Raporu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ağustos 2010, s. 78.

maddesinin 3'üncü fıkrasında da düzenlenmiştir. Buna göre; “İş bu maddenin I/c fıkrasında derpiş edilen şartlara göre yakalanan veya tevkif edilen herkesin, hemen bir hâkim veya adli görevi yapmaya kanunen mezun kılınmış diğere bir memur huzuruna çıkarılması lazım ve makul bir süre içinde muhakeme edilmeye yahut adli takibat sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir”.

Düzenlemede sözü edilen “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir hâkim veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğere bir görevli”nin, yakalanan kişiyi tutuklamaya veya serbest bırakmaya yetkili ve yargıç güvencelerine sahip bir kişi olması gerekmektedir. Oysa 5353 sayılı Kanun’la değışik CMK m. 94 uyarınca, “Sevk tutuklaması” kararı veren yargıcın, AİHS m. 5/3 kapsamında “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir hâkim veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğere bir görevli” sayılması olanaklı değıildir. Sevk tutuklaması kararı veren yargıcın görevi, yakalanıp önüne getirilen kişinin, yakalama emrinde belirtilen olup olmadığını araştırmaktan ibarettir. Kimlik tespitinin kişiyi doğruladığının anlaşılması halinde - bu emri düzenleyen hâkim tarafından işlem den sonra serbest bırakılmanın açıkça istenmesi hali hariç-, işlemi yerine getiren en yakın yer hâkiminin veya mahkemesinin vereceğı tek karar; bu kişinin bekletilmeden yakalama emrini veren mercie derhal götürülmesine ilişkin “sevk tutuklaması kararı” olacaktır.¹⁸⁸

Uygulamada eleman ve araç sorunları nedeniyle yakalama emri çıkaran hâkim tarafından dinlenip salıverilecek pek çok kimse yasaya aykırı olarak günlerce, hatta haftalarca çıkarıldığı hâkimin bulunduğu yerdeki tutukevine kabul edilip orada kalmaktadır. Bu karara karşı yapılacak itirazın ise, halen yakalananın kimliğı ile ilgili hata dışında bir sonuç vermesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle bu kişileri asıl hâkimine hemen sevk etmemeyi, yeni bir itiraz nedeni olarak düzenlemek gerekmektedir.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Türkiye Barolar Birliğı İnsan Hakları Merkezi, *Tutuklama Raporu*, Türkiye Barolar Birliğı Yayınları, Ağustos 2010,s. 79.

¹⁸⁹ Türkiye Barolar Birliğı İnsan Hakları Merkezi, *Tutuklama Raporu*, Türkiye Barolar Birliğı Yayınları, Ağustos 2010,s. 80.

Kanımızca ceza yargılaması taraflarının teknolojinin getirilerinden yararlanılarak kanunen tabi oldukları mahkemenin önüne fiziken getirilmelerine gerek olmadan da talepleri veya yargılamanın gerekleri yerine getirilebilecektir. Nitekim 5271 sayılı CMK'nun 196'ncı maddesine göre, sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı halinde bu yöntem uygulanarak sorgusunun yapılabileceği belirtilmiştir. Bu sayede sanığın yakalama emrine istinaden kilometrelerce uzaklıktaki kanunen tabi olduğu mahkemesi önüne fiziken getirilmesine gerek kalmadan sorgusu tespit edilebilecek, gerekirse sevk tutuklamasına gerek kalmadan, kişi tahliye edilebilecektir.

d) Kanuna Uygun Olarak Tutuklanan Kimsenin Makul Sürede Yargılanmaması

Anayasanın 19'uncu maddesinin 8'inci fıkrasına göre, 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.

Makul sürede yargılanma hakkı, köklerini “*gecikmiş adalet, adalet değildir*” düşüncesinden almaktadır.¹⁹⁰ Bu hak ile, hak arayanlar için, yargılama sürecinin mümkün olduğunca az zaman alması özellikle sanığın maruz kaldığı durumdan en az zarar görmesi amaçlanmaktadır.

Kanuna uygun olarak tutuklanan kişinin makul sürede yargılanmamasının 5271 sayılı CMK'nda tazminat nedeni olarak düzenlenmesi AİHM kararları nedeniyledir.¹⁹¹ Zira, 466 sayılı Kanun'da, kanuna uygun olarak tutuklanan kişinin makul sürede yargılanmaması dolayısıyla tazminat talep etme hakkı

¹⁹⁰ Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul Beta Yayınları, 2001, s. 107.

¹⁹¹ Ünver,Hakeri, s. 243.

düzenlenmediğinden, AİHM iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğine bakılmaksızın bu nedene dayanan tazminat taleplerini kabul etmekteydi.¹⁹²

Abdullah Yılmaz/ Türkiye¹⁹³ kararında, AİHM bu konuya ilişkin özetle şu şekilde karar vermiştir; “...Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle, AİHM’ne söz konusu şikayetin kabul edilemez, ilan edilmesi çağrısında bulunmaktadır. Hükümet, kanuna aykırı olarak yakalanan veya tutuklanan kişilere tazminat ödenmesi hakkındaki 466 sayılı yasaya atıfta bulunmaktadır. AİHM, Hükümet’in atıfta bulunduğu 466 sayılı yasanın, kanuna aykırı olarak veya haksız yere tutuklanma nedeniyle Devlet’e karşı sorumluluk davası açma imkânını öngördüğünü kaydetmektedir. (Göç-Türkiye, başvuru no: 36590/97). Oysa ki başvuran tazminat elde edebilmek için başvuru imkânına sahip olmadığı şeklinde bir şikayette bulunmamaktadır. Bu bağlamda dava süresince makul bir sürede yargılanma veya serbest bırakılma hakkı, tutukluluk nedeniyle tazminat elde etme hakkından ayrılmaktadır. AİHS’nin 5’inci maddesinin 3’üncü fıkrası, makul sürede yargılanma veya serbest bırakılma, 5’inci fıkrası ise tazminat elde etmekle ilgilidir(Yağcı ve Sargın/ Türkiye 08.06.1995 tarihli karar). Bu durumda, AİHM, Hükümet’in itirazını reddetmektedir. AİHS’nin 35’inci maddesinin 3’üncü fıkrası çerçevesinde başvurunun dayanaktan yoksun olmadığını kaydeden AİHM, ayrıca başka açılardan bakıldığında da kabul edilmezlik unsurunun bulunmadığını tespit eder. Bu nedenle başvuru kabul edilebilir niteliktedir...”¹⁹⁴

CMK’nun 141’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (d) bendi ile kanuna uygun olarak tutuklanan kişiye makul sürede hakkında hüküm verilememesi hallerinde devletten tazminat talep edebilme hakkı tanınmış ise de, AİHM’nin Alp ve Diğerleri/Türkiye¹⁹⁵ kararında, CMK’nın 142’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, böyle bir talebin ancak ilgili yargı sürecinin sona ermesinin ardından yapılabileceği, bu nedenle bu hukuk yolunun, mevcut davada olduğu gibi, ulusal yargılama

¹⁹² Düzgün, Elmacı, s. 99

¹⁹³ Başvuru No:10512/02

¹⁹⁴ Abdullah Yılmaz/Türkiye Kararı,

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmteklite.asp>, (28.04.2011)

¹⁹⁵ Başvuru No. 34396/05, 8753/06, 37432/06, 37435/06, 2873/07, 24664/07 ve 44938/08

sürecinin devam ettiği koşullarda uygulanamayacağından, 5271 sayılı CMK'nun, AİHS'nin 5'inci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca, başvurana, AİHS'nin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ihlal edilerek hürriyetinden mahrum edildiği için tazminata başvurma hakkını da sağlamadığını belirtmektedir. Bu nedenle AİHM, Abdulmecit Öztürk'le ilgili olarak AİHS'nin 5'inci maddesinin 5'inci fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM'nin kararında gösterdiği listeye bakıldığında müsnet suça konu olay nedeniyle 14.08.1998 tarihinde tutuklanan Abdulmecit ÖZTÜRK, 01.10.2007 tarihinde dava kesin hükümlerle sonuçlanmadan tahliye edilmiştir.¹⁹⁶

AİHM, 17 Mart 1997 tarihli Muller/Fransa¹⁹⁷ davasında ise; “... *Adaletin yerine getirilmesi için yargılamanın çeşitli aşamalarının birleştirilmesi gerekirken, birbirini izleyen hâkim değişiklikleri –ilki, soruşturma başladıktan bir sene sonra, diğer ikisi soruşturma başladıktan sonraki iki sene içerisinde değişmiştir– Bu nedenle soruşturmanın yavaşlamasına neden olmuştur. Yerel mahkemeler, bu gerekçeyi kabul etmiştir... Başvuran, soruşturma başlar başlamaz suçlamaları kesin olarak kabul ettiği ... ve bu nedenle, soruşturmanın yavaşlamasına neden olacak bir başvuru yapmadığı ... halde adli makamlar, gereken hızla hareket etmemiştir. Bu nedenle, Muller'in tutuklu yargılaması yapılırken harcadığı süre, 5. maddenin 3. fıkrasında ortaya konan “makul süre”yi aşmıştır... ”¹⁹⁸ şeklinde bir kanaate ulaşarak hâkim değişikliği nedeniyle tutuklu davanın uzamasını da AİHS'nin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına aykırı bulmuştur.*

İnsan, çevresinde olacakları tahmin ve kontrol etmek ister. Tahmin ve kontrol önemli bir insan ihtiyacıdır. Uzunca bir süre bu ihtiyacın giderilmemesi durumunda, yani kişi kendisine yönelen olumsuz durumları tahmin ve kontrol edemediğinde, başına gelenleri kendi yetersizliğine bağladığında, yılgınlığa ve öğrenilmiş çaresizliğe düşer.¹⁹⁹ Belirsizliğin umut, kaygı ve endişelerle kuşattığı insanda

¹⁹⁶ Alp ve Diğerleri/Türkiye Kararı,

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/alpvedigerleri18.03.2011.doc>, (01.05.2011)

¹⁹⁷ Başvuru No: 21802 / 93, 17 Mart 1997.

¹⁹⁸ Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s. 71.

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/CMK_AIHMKararlar.pdf (02.05.2011)

¹⁹⁹ www.psikolojidunyasi.com.tr/ayinkonusu.asp (10.05.2010)

oluşacak psikolojik travma zamanla derinleşerek bir tür cezaya dönüşür. Umut ve belirsizlik kutupları arasındaki gelgitler gerilime, gerilim ise psikolojik travmaya neden olur. Tutukluluk süresi içinde meydana gelen intihar olaylarında bu travmanın rolü büyüktür. Bu nedenle en kısa sürede şüpheli veya sanığın tutukluluk statüsünden çıkarılması gerekir. Sürelerin en önemli amaçlarından birisi de budur.²⁰⁰

Azami tutukluluk süreleri belirlenerek tutuklu kişilerin yaşadıkları belirsizlik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. CMK'nun 102'nci maddesi uyarınca, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıl olmakla birlikte bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek 6 ay daha uzatılabilir. Buna göre tutuklama süresi, uzatmalar dahil toplam 1 yıl altı ayı geçemez.

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi üç yılı geçemez. Burada uzatma süresinin toplamının üç yılı geçemeyeceği öngörüldüğünden, tutuklama süresi, iki yıllık temel süre ile birlikte beş yıldan fazla olamayacaktır.²⁰¹

5271 sayılı CMK'nun 250/1-c maddesinde belirtilen ve özel yetkili ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren işlerde 5271 sayılı CMK'nun 102'nci maddesinde öngörülen tutukluluk süresi iki kat olarak uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak da tutuklama süresi 10 yıla kadar uzayabilmektedir.²⁰²

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanununun 12'nci maddesi ile, 5271 sayılı CMK'nun 250/1-c maddesinde belirtilen ve ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde 5271 sayılı CMK'nun 102'nci maddesinde öngörülen tutukluluk sürelerine ilişkin düzenleme 31.12.2010 tarihine kadar ertelenmiştir. Bu süre zarfında da 1412 sayılı CMUK'nun 110'uncu maddesinin uygulanmasına devam edilmiştir. 1412 sayılı CMUK'un 110'uncu maddesine göre ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk

²⁰⁰ Ahmet Taşkın, s. 282.

²⁰¹ Aynı yönde Kunter, Yenisey, Nuhoglu, s.775; Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 190; Centel/Zafer, s. 337; Yasemin F. Saygılar, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Güncel Sorunlar", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 4, Sayı 34, Haziran 2009, s. 47.

²⁰² Saygılar, s.47-48.

süresine herhangi bir sınırlama getirilmediğinden 31.12.2010 tarihine kadar bu tür suçlarda kişinin tutuklama süresi herhangi bir sınırlama olmaksızın uzatılmasına olanak tanınmıştır. Önceden belli dahi olsa, mahkemelerin ağır iş yükü nedeniyle 31.12.2010 tarihinde dahi yeni düzenlemeye uyum sağlanamamış ve 01.01.2011 tarihi itibarıyla azami tutukluluk süresini doldurmuş birçok kişi mecburiyet nedeniyle aniden tahliye edilerek kamu vicdanı yaralanmıştır.²⁰³

AİHM'ne göre mahkûmiyet kararından sonra temyizın sonuçlandırılmasındaki gecikmeden dolayı tutukluluk halinin devamı halinde, şikâyetçi olacak kişi AİHS'nin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre değil, ancak AİHS'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen "makul süreye aykırılık iddiasında bulunabilecektir. Bu duruma örnek teşkil eden 27.06.1968 tarihli Wemhoff/Almanya kararına kısa bir göz atmak gerekmektedir.

Karl Heinz Wemhoff 9 Kasım 1961 tarihinde Berlin'de yakalanmıştır. Wemhoff, "broker"dır ve emniyeti suistimal ile suçlanmaktadır. Delilleri karartma şüphesi ile, Tiergarten sulh hâkimi Wemhoff hakkında tutuklama kararı vermiştir. Wemhoff, 1961, 1962, 1963 ve 1964 yılları süresince serbest bırakılması için çeşitli başvurular yapmışsa da, bunlar mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Wemhoff ve diğer 12 kişi hakkında yapılan soruşturmalar 24 Şubat 1964 tarihinde bitmiştir. 855 sayfalık iddianame 23 Nisan 1964'de düzenlenmiş ve son soruşturmanın açılmasına 9 Kasım 1964 tarihinde karar verilmiştir. Duruşma sonunda Wemhoff 7 Nisan 1965'de suçlu bulunmuş ve 6 yıl 6 ay hapis cezası ve adli para cezasına mahkum edilerek tutukluluk durumunun da devamına karar verilmiştir. Wemhoff cezasının 2/3 kadarını çektikten sonra 8 Kasım 1966'da şartla salıverilmiştir. AİHM tutukluluk durumunun uzun sürmesi konusunda, davanın karmaşık bir yapıya sahip olması

²⁰³ <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/16660283.asp> (10.11.2011): "Bingöl'ün Solhan İlçesi'nde çıkan aşiret kavgasında 5 kişiyi öldürmek, 7 kişiyi de yaralamak suçundan 90 yıl 10 ay hapis cezası alan Mahmut K, bugün yürürlüğe giren CMK'nin tutukluluk süresini kısaltan 102'nci maddesi gereğince Gümüşhane Ağır Ceza Mahkemesi'nce tahliye edildi", <http://haber.gazetevatan.com/ortulu-af-gibi-tahliyeler/350238/1/Haber> (10.11.2011): "Eli kanlı katiller, mafya babaları, tecavüzcüler tahliye için sıraya girdi. Hukuçular isyan etti." <http://www.haberinyeri.net/katiline-102-tahliyesi-91521h.htm> (10.11.2011): "İzmir'in Urla İlçesi'nde 2005 yılının Kasım ayında, kız arkadaşı F.İ.'yi 37 yerinden bıçakla öldürerek, cesedini kullanılmayan bir binadaki derin dondurucuda saklayan ve yerel mahkeme tarafından ömür boyu hapis cezasına çarptırılan C.E.'de mahkûmiyeti Yargıtay'da onaylanmadığı için CMK'nun 102'nci maddesi gereği serbest kaldı."

durumunda, AİHS'nin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmünün ihlal edilmeyeceğine, sözleşmenin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrası bakımından da uzun süren temyiz aşamasının AİHS'ne aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁰⁴

4. Kanuna Uygun Olarak Tutuklandıktan Sonra Hakkında Kovuşturmaya Yer Olmadığı veya Beraat Kararı Verilen Kişi

5271 sayılı CMK'nun 172'nci maddesi uyarınca; soruşturma evresi sonucunda kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmemesi veya kovuşturma olanağı bulunmaması hallerinde şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

5271 sayılı CMK'nun 223'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre ise; kamu davası açılıp ve iddianame yetkili ve görevli mahkeme tarafından kabul edilip yapılan yargılama sonucunda yüklenen fiilin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması yada yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması (delil yetersizliği) nedenlerinden biriyle sanık hakkında beraat kararı verilebilir.

Bir kişi kanuna uygun olarak tutuklanmış olsa bile, daha sonra hakkında CMK'nun 172'nci maddesi uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı veya CMK'nun 223'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca beraat kararı verilmesi halinde CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendine göre, kişinin devletten tazminat talep etme hakkı doğacaktır.²⁰⁵

²⁰⁴ Başvuru Numarası 2122/64, http://profdrferidunyenisey.com/?page_id=932, (02.05.2011)

²⁰⁵ Sakarya 1'inci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığının 16.06.2005 tarih ve 2004/81E., 2005/146 K. sayılı kararı: "...Davacının dilekçesinde sözü edilen K.K.K.lığı Dağ Komando Okulu ve Eğitim Merkez Komutanlığı Isparta Askeri Mahkemesinin 15.10.2003 tarih ve 2003/1011 E. ve 2003/455 K. sayılı gerekçeli kararı ve ekleri getirilmiş; sanığın, davacı M. P. olduğu ve davacının bu kararda yazılı suçlardan beraatine karar verildiği, beraatine ilişkin kesinleşmiş kararın davacıya tebliğ edilmediği, bu nedenle açılan tazminat davasının süresi içinde olduğu ve davacının göstermiş olduğu yerleşim yerine göre mahkememizin davaya bakmaya yetkili olduğu anlaşılmıştır.

Sanığın doğum ve adli sicil kaydı getirilmiş, sanığın tutuklu kaldığı sürelerin başka bir mahkumiyetinden mahsup edilmediği görülmüştür. Yapılan araştırmada davacının tutuklu

466 sayılı Kanununun 1'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında düzenlenen bu tazminat halinde, bir hukuka aykırılıktan söz edilemez ise de, ortada sonuç olarak bir haksızlık bulunması nedeniyle kişiye tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.²⁰⁶ Yargıtay bu durumda zararın doğup doğmadığı hususunda hâkimin bir takdir hakkının da bulunmadığını Ceza Genel Kurulunun 20.03.2007 tarihli 2006/9-388 Esas, 2007/71 Karar sayılı kararında belirtmiştir.²⁰⁷ Kanımızca aynı durum CMK içinde geçerlidir.

kaldığı süreler öncesinde sürekli olarak yaptığı bir işinin olmadığı görülmüş bu nedenle tutukluluk süreleri içinde en az asgari ücret kadar gelir elde edebileceği düşünülerek bu tarihlere geçerli asgari ücret tablosu getirilmiştir.

Davacının manevi tazminat istemesi nedeni ile ekonomik ve sosyal durumu araştırılmış, kayden boşanmış gözüken davacının zabıta kanalı ile yapılan araştırma sonucunda 50 YTL aylık kirada oturduğu, üzerine kayıtlı taşınmazının olmadığı ve muhtemelen boşandığı karısı ile birlikte evlilik dışı olarak yaşadığı, geçimini simit satarak karşıladığı anlaşılmıştır.

Davalı hazineye dava tebliğ edilmiş, hazine vekili tarafından davanın reddi istenmiştir.

Yukarıda sözü edilen Askeri Mahkeme kararına esas olan aynı mahkemenin 28 Mayıs 2002 tarih 2002/263-267 E-K sayılı kararında davacı hakkında açılan davaların 4616 sayılı yasa gereğince ertelendiği ve 22 Ekim 1989- 18 Ağustos 1999 tarihleri arasında mükerrer firar suçundan açılan kamu davalarında 22 Haziren 1986 tarihinden itibaren askerliğe elverişli olmamasından dolayı beraatine karar verildiği, yine 2003/1011 Esas 2003/4 Karar sayılı ilamdan davacının gerekçeli kararda yazılı şekilde Isparta Asker Hastanesi Baştabipliğinin 11 Aralık 2001 tarih, 2264 sayılı sağlık kurulu raporu gerekçe gösterilerek davacının askerliğe elverişli olmaması nedeni ile atılı bütün suçlardan beraatine karar verildiği anlaşılmıştır. Davacı bu mahkemenin 25 Ağustos 2002 tarih ve 2002/263-267 E.K sayılı ilamında belirtildiği tarihler arasında tutuklu kalmış olup, mahkemenin gerekçesine göre hakkındaki tutuklamanın haksız olduğu anlaşılmıştır. Bu duruma göre davacı... toplam 800.776.170 TL kazanç elde etmekten yoksun kaldığı bu nedenle maddi tazminat olarak bu miktarı haksız tutuklu kalması nedeni ile dava edebileceği sanığın tutuklu kaldığı günler hesaplanırken girdiği ve çıktığı günlerde çalışmasının mümkün olmadığı dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır. Bu durum karşısında yapılan hesaplama sonucunda davacının haksız olarak tutuklu kaldığı günler itibari ile 800,78 YTL maddi tazminat isteme hakkının doğduğu kanaatine varılmış olmakla bu miktarın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar vermek gerekmiştir.

Davacının boşanmış olması, akli durumu ile ilgili tespit edilen anti sosyal kişilik bozukluğuna ilişkin rahatsızlığı , belirlenen sosyal ve ekonomik durumu birlikte dikkate alınarak tutuklu kalmasından dolayı duyacağı manevi acının düzeyi değerlendirilmiş ve manevi tazminat hukukunun genel ilkeleri de dikkate alınarak taktir edilen 750,00 YTL manevi tazminatın dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

Davacı tarafından vekilinin hukuki yardımından yararlandığı görülmüş olmakla kendisine avukatlık ücret tarifesinde belirlenen dilekçe yazma ücretinin ödenmesi ve davaya davacının neden olmadığı dikkate alınarak reddedilen kısım üzerinden harç ve yargılama gideri alınmasına yer olmadığı kanaatine varılmıştır. ”

²⁰⁶ Alacakaptan, s. 212.

²⁰⁷ “...hukuka uygun bir şekilde yakalanan veya tutuklanan kişinin, 466 sayılı Yasanın 1. maddesinin 6. fıkrası uyarınca tazminata hak kazanabilmesi için, hakkında son soruşturmanın açılmasına veya kovuşturma yapılmasına yer olmadığına veyahut beraatine veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yeterlidir. Yasa koyucu sonradan verilen ve

5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararı veren merci, şüpheli veya sanığa haksız tutuklama nedeniyle tazminat isteme hakkı olduğunu hatırlatmak ve bu hususu verilen karar metnine geçirmek zorundadır. Bu gibi durumlarda tazminat hakkının karar metnine geçirilmemesinin yaptırımı kanunda mevcut değildir. Ancak bu halde CMK'nun 40'ncı maddesinin 2'nci fıkrası hükmü kıyasen uygulanabilecektir. 40'ncı madde eski hale getirme kurumunu düzenlemekte ve kusuru olmaksızın hak düşürücü süreyi kaçıran kişilerin engel ortadan kalkıncaya kadar bu işlemi yapmasına imkân tanımaktadır. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise kanun yoluna başvuru hakkının hatırlatılmaması ve bunun karara yazılmamasının kişiyi süreyi kaçırmada kusursuz kılacağı düzenlenmiştir. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat başvurusu için de kesinleşen kararın tebliğ edilmesi gerekmekte ve başvuru süresi tebliğden itibaren başlamaktadır. Bu durumda kişiye CMK'nun 141'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre tazminat talep etme hakkı olduğu hatırlatılmamış ve kişi süresinde başvuru yapmamışsa, kusursuz sayılarak eski hale getirme kurumundan yararlanması sağlanmalıdır.²⁰⁸

466 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin 6'nci fıkrasına göre; hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişilerin de her türlü zararlarının devlet tarafından 466 sayılı Kanuna göre ödeneceği belirtilmişken, 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendinde sadece kovuşturmayaya yer olmadığı ve beraat kararları sayıldığından diğer hüküm çeşitleri olan düşme, ceza verilmesine yer olmadığı ve red kararları şüpheli veya sanığa tazminat talep etme hakkı kazandırmayacaktır. Örneğin bir kişinin kanuna uygun bir şekilde tutuklanmasından sonra cezaya etki eden nedenlerden yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, amirin emrini icra, zorunluluk hali, cebir, tehdit, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, kusuru kaldıran hata gibi nedenlerin varlığı

kesinleşen bu kararlar zararın gerçekleştiğini başkaca hiçbir inceleme ve araştırmaya gerek kalmaksızın kabul etmiş, hâkime zararın doğup doğmadığını belirlemek yönünde herhangi bir takdir ve değerlendirme yetkisi tanımamıştır. Fıkra hâkime tanınan yetki, yasa koyucu tarafından doğduğu varsayılan zararın hak ve nesafet kurallarına uygun olarak belirlenmesinden ibarettir..." YCGK., 20.03.2007 tarih, 2006/9-388 E, 2007/71 K. sayılı kararı.

²⁰⁸ Yırtımcı, s. 34.

halinde, hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verildiğinden, kişi tazminata hak kazanamayacaktır. 5271 sayılı CMK'nun 223'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı verilmesi gereken, cezaya etki eden haller teker teker sayıldığından bunların haricindeki nedenlerin kanun koyucu tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği, rıza ve hakkın kullanılması gibi durumlarda sanık hakkında beraat kararı verileceği ve şayet sanık yakalanmış ya da tutuklanmış ise tazminat talep edebileceği anlaşılmaktadır.²⁰⁹ Ayrıca 5271 sayılı CMK'nun 144'üncü maddesinde af, şikayetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilenlerin tazminat talep etme haklarının olmadığı açıkça düzenlenmiştir.

5. Mahkum Olup Da Tutuklulukta Geçirdiği Süreleri Hükümlülük Sürelerinden Fazla Olan veya İşlediği Suç İçin Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Czası Olması Nedeniyle Zorunlu Olarak Bu Cezayla Cezalandırılan Kişiler

a) Genel Olarak

5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendinde tazminat için iki farklı hal düzenlenmiştir.

Birinci durum, bir suçtan mahkum olan kişinin gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği sürelerin hükümlülük süresinden fazla olmasıdır. Bu halde, kişi kanuna uygun olarak tutuklandığı halde, fazladan tutuklu kalmak suretiyle haksız olarak hürriyeti kısıtlanmıştır.²¹⁰

İkinci durum ise, bir kişinin gözaltı veya tutuklulukta bir müddet geçirdikten sonra, işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak para cezası ile cezalandırılmasıdır.

²⁰⁹ Yırtımcı, s. 34-35.

²¹⁰ Alacakaptan, s.210.

b) Mahkum Olup Da Gözaltı ve Tutuklulukta Geçirdiği Süreleri Hükümlülük Sürelerinden Fazla Olan Kişiler

Bir kişinin işlediği iddia edilen suçun, yargılama sonucunda mahkeme tarafından sabit olduğu değerlendirilerek mahkûmiyetine karar verilmesi halinde, verilen cezanın süresinin, sanığın veya şüphelinin gözaltı ve/veya tutuklulukta geçirdiği sürelerden az olması halinde, sanık, bu nedenle uğradığı tüm zararların tazminini talep etme hakkına sahiptir.

Burada dikkat edilmesi gereken sanığın tüm tutukluluk süresine ilişkin talepte bulunamayacağıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.02.1974 tarihli, 1974/6 E. 1974/554-95 K. sayılı kararında da belirttiği üzere, sadece hükümlülükten fazla tutuklu kalınan günler için tazminat verilebileceği belirtilmiştir²¹¹.

Kanun metninde “hükümlülük sürelerinden” bahsedildiğinden, infaz aşaması tazminata hak kazanma bakımından dikkate alınmaz. 5275 sayılı CvGTİK’na göre, kural olarak hükmolunan hapis cezasının 2/3’ü infaz edilir. Örnek olarak, on beş ay hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren bir suçtan mahkum olan hükümlünün cezası on ay olarak infaz edilecektir. Uygulamada böyle bir durumda, sanığın yargılaması devam etmekte ise de, onuncu aydan itibaren sanık tahliye edilerek tutuksuz yargılanır. Bu gibi hallerde, sanık tahliye edilmeyerek on beş ay boyunca tutuklu olarak yargılansa ve sonuçta on beş ay süreyle hapis cezasına mahkum edilse bile cezasının üçte ikisinin infaz edilmesi gerektiğinden bahisle tazminat talep edemez. Bu konuda Yargıtay 9’uncu Ceza Dairesinin 29.05.1996 tarih ve 1996/2167 E. 1996/3222 K. sayılı ilamı ile 466 sayılı Yasaya göre 1/7.b maddesinin açıklığı karşısında kişinin infazdan yararlanması gereken süreler nazara alınarak şartla tahliye tarihinden sonra geçirdiği tutukluluk süresini tazminata esas kabul etmeye olanak olmadığını belirtmiştir. Bu durum CMK m.141/1- (f) içinde geçerlidir. Şartla salıverme herkesin

²¹¹ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, 238.

yararlanacağı, kesin bir hak olmaması sebebiyle şartla salıverilme süresi içerisindeki tutukluluk süresinin tazmini ancak muhtemel bir zarar olarak nitelendirilebilir.²¹²

Bu tazminat halinin oluşması halinde de 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, sanığa tazminat talep etme hakkının bulunduğu hatırlatılarak bu husus tutanağa geçirilmelidir.²¹³

Ancak kişinin infazı gereken başka bir hükümlülüğü varsa ve bu suç ile ilgili mahsup şartları oluşmuşsa, kişinin özgürlüğünün fazladan kısıtlandığı süreler infazı gereken diğer hükümlülüğünden indirilerek haksız tutuklama nedeniyle ortaya çıkan zarar giderilmiş olacaktır. CMK'nun m. 144/1-a'da gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenlerin tazminat isteyemeyeceği belirtildiğinden bu halde olan tutuklu kişi tazminat talep edemeyecektir. Tutukluluk süresi, TCK'nun m.63 uyarınca mahkumiyet süresinden zorunlu olarak mahsup edilecek, kalan kısım ise CMK m. 141'inci madde uyarınca tazmin edilecektir. Tutukluluk süresinin diğer hükümlülüğünden mahsup edilmesinden sonra geriye tutuklu geçirilmiş süre artıyorsa, bu kısım da tazmin edilmelidir.²¹⁴

c) İşlediği Suç İçin Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Cezası Olması Nedeniyle Zorunlu Olarak Bu Cezayla Cezalandırılan Kişiler

İşlediği bir suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle yargılama sonucunda zorunlu olarak para cezası ile cezalandırılan kişiler devletten uğradıkları zararların tazmini talep etme hakkına sahiptir. Bu tazminat sebebi hakkaniyetin bir gereği olarak düzenlenmiştir. Aksi takdirde “para cezası” da bir cezadır. Fakat kanun koyucu bu durumda tutuklama gibi ağır bir koruma tedbirine başvurulmasına rağmen sonuçta sadece para cezasına hükmolunmasını sanık açısından mağduriyet olarak değerlendirmiştir.²¹⁵

²¹² Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, s. 101.

²¹³ Yırtımcı, s. 35.

²¹⁴ Kavalalı, Ünver, s. 44.

²¹⁵ Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, s. 99.

5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendinde "...zorunlu olarak..." para cezasıyla cezalandırılmanın belirtilerek, 466 sayılı Kanun dönemindeki belirsizlik giderilmek istenmiştir. Yargıtay 466 sayılı Kanun döneminde "sadece para cezasının" TCK ile özel hükümlü ceza kanunlarında eylem için öngörülen yaptırımın, doğrudan doğruya para cezası olması gerektiğini belirterek, buna göre; hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilmiş olan cezanın 466 sayılı Kanun hükümlerine dayanarak tazminat talep etme hakkını vermeyeceğini açıklamıştı²¹⁶. Aynı durum CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendi için de geçerlidir.

Bu tazminat halinin varlığı halinde de 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, mahkeme veya hâkim tarafından sanığa tazminat talep etme hakkının bulunduğu hatırlatılarak bu husus tutanağa geçirilmelidir.²¹⁷

6. Tutuklama Nedenleri ve Hakkındaki Suçlamaların Yazılı veya Bunun Hemen Mümkün Olmaması Halinde Sözlü Açıklanmayanlar

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 19'uncu maddesinde; yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirileceği belirtilmiştir.

5271 sayılı CMK' nun 97'nci maddesinde kolluğun yakalama yaptığıında, yakalama tutanağı düzenleyeceği, bu tutanağa, yakalamanın hangi suç nedeniyle yapıldığının ve haklarının yazılacağı, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği²¹⁸ nin 6'ncı maddesine göre de, yakalanan kişiye yakalama sebebi ve iddiaların yazılı, bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, CMK' nun 101/2. m.' sine göre, tutuklama kararında hukuki ve fiili nedenlerin gösterilmesi, CMK' nun 147. m.' sine göre,

²¹⁶ Y. 8. CD. 20.01.1984 tarih ve 1984/6 E. ve 1984/59 K. sayılı kararı

²¹⁷ Yırtımcı, s. 35.

²¹⁸ R.G. 01.06.2005/25832

kişiy e yüklenen suçun anlatılması gerekir. İşte bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde tazminat sorumluluğu doğacaktır.²¹⁹

AIHS'nin 5'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, tevkif edilen herkese, tevkifi gerektiren sebepler ve üzerine atılı suçlar en kısa zamanda anladığı bir dille bildirilir. Bu maddenin amacı, kişinin özgürlüğünün devlet tarafından niçin kısıtlandığını bilmesi ve yakalama ve tutuklama tedbirlerine karşı itiraz hakkını etkili bir şekilde kullanmasını sağlamaktır.²²⁰

AIHM, 1994 tarihli Murray/İngiltere²²¹ ve 2000 tarihli Dikme/Türkiye²²² davalarında bildirim süresinin iki ila on dokuz saat arasında olmasını AIHS'ni ihlal eder nitelikte görmemiştir. Bu güvence, suç soruşturması ve özellikle kolluk kuvvetleri tarafından gözaltına almada kendini gösterecektir. Kişiy e yapılacak bildirimden amaç onun neden yakalandığını, tutulduğunu anlamış olmasını bir şekilde sağlamaktır. Bunun özel bir şekli olması zorunlu değildir. Verilecek bilginin içeriği, zamanı ve veriliş tarzı önemlidir. "En kısa zamanda" kavramı "hemen" anlamına gelmeyeceği gibi; gereksiz ve anormal bir şekilde uzatılmasına da engeldir. "Kısa zaman" ise her somut olayın gösterdiği özelliğe göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir kavramdır.²²³

Şüpheli veya sanığın isnat yeteneğinin bulunmaması halinde, yasal temsilcisine bilgi verilerek yakalama veya tutuklamanın nedenleri bildirilmelidir. 5271 sayılı CMK'nun da bildirim öncelikli olarak yazılı olması gerektiği vurgulanmış iken, AIHS'nde bildirim bakımından bildirim yazılı olması yönünde bir şart aranmaz.²²⁴

²¹⁹ Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, *Silahlı Çeteler ve Terör Suçları- Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2001, s. 503.

²²⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, s.236.

²²¹ Başvuru No: 28 Ekim 1994, seri: A no: 300-A

²²² Başvuru No: 20869/92, § 64

²²³ Hüseyin Güler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişi Özgürlüğü, Güvenliği ve Türk Mevzuatı", *Adalet Dergisi*, Yıl 96, Sayı 20, Eylül 2004, s. 178

²²⁴ Tezcan, Erdem, Sancaktar, s. 174.

7. Tutuklandığı Yakınlarına Bildirilmeyenler

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 19'uncu maddesinin 7'nci fıkrası uyarınca, kişinin yakalandığı veya tutuklandığı yakınlarına derhal bildirilmelidir. Bu durum 5271 sayılı CMK'nun 95'inci yakalanan veya gözaltına alınan kişinin, 107'nci maddesi ise tutuklanan kişinin durumunun ve tutuklamanın devamına karar verilmesinin yakınlarına veya belirlediği bir kişiye haber verilmesini düzenlemekte olup bu hükümlere aykırı davranış devletin tazminat sorumluluğunu doğuracaktır.

Yine 5271 sayılı CMK'nun 107'nci maddesi uyarınca; tutuklanan kişinin yabancı olması halinde, durumu hakkında yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bilgi verilir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu²²⁵, nun 10'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise, yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmemesi tazminat hali olarak AİHS'nde düzenlenmiştir. Ancak Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesinin 36'ncı maddesinde; yakalanan kişinin yabancı olması halinde aksini talep etmediği müddetçe durumunun konsolosluka bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca yakalanan kişinin vatandaşı olduğu devlet konsoloslukunun talebi halinde ilgili konsoloslukuna bilgi verme mecburiyeti vardır.

226

²²⁵ 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (RG.12.04.1991/20843)

²²⁶ Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi*, s. 87.

C.TAZMİNAT İSTEMİNİN ŞEKLİ ŞARTLARI

1. Başvurabilecek Kişiler

5271 sayılı CMK' nun 141 ve 142/1-2'nci maddesine göre zarara uğrayan kişinin tazminat isteminde bulunma hakkı vardır. Buna göre hukuka aykırı ya da haksız tutuklama sonucu zarar gören ve mağdur olan kişi tazminat talep etme hakkı kazanacaktır.

5271 sayılı CMK haksız olarak tutuklanan kimsenin bakmakla yükümlü olduğu kimselerin de tazminat haklarının bulunduğunu kabul etmemiştir. İstisna olarak ise zarara uğrayan kişinin ölümü durumudur. Bu durumda zarara uğrayan kimsenin ölümünden sonra mirasçıları tazminat talep etme hakkı kazanacaktır.²²⁷ Bir görüşe göre ise, mirasçılara tazminat hakkının geçip geçmeyeceği sorununun borçlar hukukunun haksız fiil hükümlerine ve miras hukuku kurallarına göre çözülmesi gerektiği yönündedir. 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 istenebilir.²²⁸ Hakeri'ye göre; böyle bir ayrıma gitmeden her durumda mirasçılara tazminat hakkının geçtiğini kabul etmek gerekir. Zarara uğrayan kişinin ölümü halinde mirasçılarını manevi tazminattan mahrum bırakmanın haklı bir gerekçesi olamaz. Zira mirasçıların haksız tutuklama veya yakalamadan zarar gören kimsenin yakınları olarak haksız işlemlerden üzüntü duydukları ve acı çektikleri inkar edilemez.²²⁹

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 nedenini ortadan kaldırmayacaktır. Ergin

²²⁷ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, , s. 239; aynı yönde Y. 1. CD., 14.10.1975 tarih ve 1975/2790 E., 1975/3223 K. sayılı kararı.

²²⁸ Yılmaz Biçer, "Haksızca Tutuklananlara Devlet Ödencesi", *Yargıtay Dergisi*, Sayı: 1-2, Ocak- Nisan, Yıl 1978, s. 110

²²⁹ Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, s. 117.

küçük, haksız tutuklamadan dolayı uğradığı her türlü zararın ödenmesi isteğiyle bizzat veya vekil vasıtasıyla dava açmak, takip etmek, usul işlemlerini yapmak ehliyetine sahiptir.²³⁰

Beraat ile sonuçlanan dava sebebiyle haksız yere tutuklu kaldığı süre için tazminat isteminde bulunan kişinin, başka bir suçtan mahkûmiyetine, karar verilmesi ve bu suçtan dolayı cezanın mahsubunun istenmiş olması veya mahsubuna karar verilmiş olması durumunda, tazminat talebinde bulunan kişinin tutuklu kaldığı günlerin mahsubuna olanak bulunduğu hallerle ilgili, tazminat isteminde bulunan kişinin mahsup kurumundan yararlanmayı reddetmeye, tazminat verilmesini tercih ettiğini ileri sürmeye hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda mahsup asıldır.²³¹

2. Başvurma süresi

5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddesinde karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve herhalde kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde tazminat isteminde bulunabileceği düzenlenmiştir. Ancak 466 sayılı Kanun'dan farklı olarak 5271 sayılı CMK'nda 142'inci maddenin 1'inci fıkrası uyarınca, 1 yıllık hak düşürücü süre şartı getirilmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi²³², karar veya hükmün, tebliğ edilememesi veya tebliğinin herhangi bir nedenle gerçekleştirilmemiş bulunması durumunda dava hakkı, karar veya hükmün kesinleşmesinden itibaren nihayet bir yıllık sürenin sona ermesi ile düşecektir. Tazminat istemeye hak sahibi olan kimsenin hakkındaki soruşturma ve kovuşturmanın akıbetini ve kesin sonuca bağlanışını takip ederek dava hakkını

²³⁰ Y. 5.CD., 09.09.1982 tarih ve 1982/2711 E., 1982/2990 K. sayılı kararı, YKD. Şubat 1983, s. 276.

²³¹ Yurdakul, s. 110.

²³² 5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasının gerekçesi; "Maddenin birinci fıkrasına göre, tazminat davasının açılması, ilgili kişi hakkındaki kararın veya hükmün kesinleşmesiyle olanaklı hâle gelecektir. Kesinleşme, ilgisine veya varsa vekiline tebliğ edildiğinde, tebliğden itibaren üç ay içinde dava açılacaktır. Karar veya hükmün, tebliğ edilememesi veya tebliğinin herhangi bir nedenle gerçekleştirilmemiş bulunması durumunda dava hakkı, karar veya hükmün kesinleşmesinden itibaren nihayet bir yıllık sürenin sona ermesiyle düşecektir. Tazminat istemeye hak sahibi olan kimsenin hakkındaki soruşturma ve kovuşturmanın akıbetini ve kesin sonuca bağlanışını takip ederek dava hakkını gecikmeden kullanması öngörüldüğünden bir yıllık hak düşürücü süre benimsenmiştir." şeklindedir.

gecikmeden kullanması öngörüldüğünden bir yıllık hak düşürücü süre benimsenmiştir.²³³

Üç aylık süre karar veya hükümlerin ilgisine bizzat tebliği ile başlar. Yargıtay 9’uncu Ceza Dairesinin 2004 tarihli 2004/198 E. ve 2004/450 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere vekile yapılan tebligat üç aylık süreyi başlatmaz. Beraat kararı sanığın yokluğunda veya yüze karşı verilip kesinleşse bile, bu karar bizzat sanığa tebliğ edilmedikçe üç aylık süre başlamayacaktır. Uygulamada, tebliğin sadece vekile yapıldığı düşünülürse üç aylık sürenin başlamadığı durumlar ile karşılaşılmaktadır.²³⁴ Bu nedenle 5271 sayılı CMK’nda “herhalde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihinden itibaren bir yıllık “ üst sınır getirilmiştir. 466 sayılı mülga kanunda süre bakımından herhangi bir üst sınır olmadığından Yargıtay, tazminat hukukunun genel prensiplerini göz önüne alarak 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 60’ncı maddesinde haksız filer için öngörülmüş olan on yıllık üst sınırı uygulamaktaydı.²³⁵

5271 sayılı CMK’nun 142’nci maddesinin 1’inci fıkrasında tazminat davası için öngörülen iki süre de 466 sayılı Kanun’daki süre gibi hak düşürücü bir süredir. Bu nedenle, bu sürelerin geçirilmesi halinde eski hale getirilme talebinde bulunulamaz.²³⁶

Adli ara vermede tazminat istemindeki üç aylık süre işlemez.²³⁷

Süre şartına uyulup uyulmadığı dilekçenin üzerinde yazılı olan veya kaleme kaydedildiği tarihe göre değil, hâkimin havale ettiği tarihe göre tespit edilecektir.²³⁸

²³³ Düzgün, Elmacı, s. 116.

²³⁴ Yırtımcı, s. 36.

²³⁵ YCGK 07.03.2000 tarih ve 2000/8-44 E., 2000/48 K. sayılı kararı

²³⁶ Erdener Yurtcan, *Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının Başvuru Kitabı*, Bası 5, Ankara 2007, s. 429.

²³⁷ Y. 5. CD., 14.11.1969 tarih ve 1969/3448 E., 1969/3401 K. sayılı kararı; M. Handan Surlu, *Gerekeçeli, İctihath, Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Kanun Şerhi*, Ankara, 1974, s. 47.

²³⁸ YCGK. 17.10.1988 tarih ve 1988/8-311 E., 1988/362 K. sayılı kararı, Ünver/Kavalalı, s.70.

3. Başvuru Şekli

5271 sayılı CMK'nun 142'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, tazminat isteminin görevli ve yetkili mahkemeye verilecek bir dilekçeyle yapılacağı belirtilmiştir. Davanın dosya üzerinden yürütülmesi davacıya önemli sorumluluk yüklemekte olup, madde uyarınca 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 bulunmasaydı 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.²³⁹

5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca, dilekçe ve ekindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin nelerden ibaret olduğunu ve duyuru tarihinden itibaren bir ay içinde tamamlanıp mahkemeye ulaştırılmadıkça davanın reddedileceğini, davacıya veya davayı açan temsilci veya vekiline duyuracaktır. Bu duyuruda esas alınacak adres, dilekçede belirtilen adres olup, bu adresin yetersizliği, yanlışlığı veya bildirilmeyen adres değişikliği nedeniyle tebliğin yapılamaması hallerinde mahkemece adres araştırılması yapılmayacaktır. Duyurulan veya belirtilen nedenle duyurulma olanaksızlığından dolayı giderilmemiş olan eksiklik karşısında dava dilekçesi mahkeme tarafından Cumhuriyet Savcısının yazılı görüşü alınarak reddedilecektir. Bu karara karşı itiraz olunabilecektir.²⁴⁰ Red halinde tazminat davasının esaslanmaması değil, dilekçenin reddi hali söz konusudur. 5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddenin 1'inci fıkrasında öngörülen üç aylık süre içerisinde eksiklikler giderilerek, yeniden dava açılması olanaklıdır.²⁴¹

²³⁹ Yırtımcı, s. 36.

²⁴⁰ 5271 sayılı CMK'nun 142'nci madde gerekçesi

²⁴¹ Osman Yaşar, *Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cem Ofset, Ankara, 2005, s.554.

Tazminat talebinde bulunan kimse tarafından yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesine uğradığını iddia ettiği maddi zarara ilişkin herhangi bir evrak ibraz etmemişse, mahkeme istemi reddedemez. Zira bu konuya ilişkin mahkeme re'sen araştırma yapmakla yükümlü olduğu gibi, davacının maddi zararına ilişkin hiçbir belge eklememesi halinde davacı lehine asgari ücret tarifesi üzerinden maddi tazminata hükmedecektir.²⁴²

Tazminat talebinde bulunan kişi, yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesine evvelce sunmuş olduğu dilekçesine ek olarak yeniden vereceği dilekçe ile tazminat miktarını arttırması, eksiltmesi mümkün değildir. Bu tür davalarda ıslah, dilekçenin tavzihi gibi hukuki yollar işlememektedir. Açılacak tazminat davalarında maddi tazminat miktarları açık ve net olarak yazılması gerekmektedir.²⁴³

4. Başvuru Mercii

5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, tazminat talepleri, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır. Böylelikle yasa koyucu tarafsızlığı sağlamak istemiş ve istisnai yetki kuralının uygulanmasını düzenlemiştir.

Kanun koyucu tarafından tazminat davasında yetkili ve görevli mahkemenin davacının oturduğu yer ağır ceza mahkemesi olarak kabul edilmesinin sebebi, kanuna aykırı işlemde zarar gören, mağdur olan kişinin en kolay biçimde ve en masrafsız yöntemle hakkına kavuşmasını sağlamaktır.²⁴⁴

²⁴² Yırtımcı, s.36.

²⁴³ Yurdakul, s. 110.

²⁴⁴ 5271 sayılı CMK'nun 142'nci madde gerekçesi

466 sayılı Kanun'daki düzenlemeden farklı olarak zarar görenin ikametgâhı aranmamış, oturduğu yer, yetkili mahkemenin belirlenmesinde esas alınmıştır.²⁴⁵

Tazminata konu asıl işlemin zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi tarafından yapılması halinde istisnai yetkinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylelikle zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi tutuklama, tutuklamanın devamı veya itiraz üzerine tutuklamanın kaldırılması gibi kararlar²⁴⁶ vererek tazminata konu asıl işlemle ilişkili hale gelmişse, istisnai yetki kuralı uygulanacaktır. Mahkeme, tazminata konu asıl işlem ile ilgili herhangi bir karar vermemiş ise, bu durumda yetkili olacaktır.²⁴⁷

Askeri mahkemeler ve özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde görülmüş davalar veya askeri savcılar ile özel yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından yapılan işlemlerde yetkili ve görevli mahkemenin neresi olacağı kanunda ayrıca düzenlenmediği için, bu durumlarda da genel kural gereği zarar görenin oturduğu yer ağır ceza mahkemesi görevli ve yetkili olacaktır.²⁴⁸

5. Mahkemenin Dava Dilekçesini Kabul Etmesi

5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddesinin 5'inci fıkrasına göre, yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesi dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.

Centel ve Zafer'e 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,

²⁴⁵ Düzgün, Elmacı, s.121.

²⁴⁶ YCGK. 26.10.1964 tarih ve 1964/461 E. 1964/431 K. sayılı kararı

²⁴⁷ YCGK. 24.03.1998 tarih ve 1998/6-49 E. 1964/104 K. sayılı kararı

²⁴⁸ Düzgün, Elmacı, s. 122, Sakarya 1'inci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığının 16.06.2005 tarih ve 2004/81E., 2005/146 K. sayılı kararı.

dolayısıyla devletin zarar görmemesi için çaba gösterecek makam hazine değil, Cumhuriyet savcılığı olmalıdır.²⁴⁹

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.²⁵⁰

5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddesinin 6'ncı fıkrasına göre, tazminat talebinin ve ispat evrakının değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerden birine yaptırmaya yetkilidir.

466 sayılı mülga Kanun'da mahkemenin tazminata konu işin incelenmesi görevini üyelerden birine vermesi zorunlu kabul edilmişti. 5271 sayılı CMK ise bu zorunluluğu ortadan kaldırmış, ancak mahkemenin her türlü araştırmayı yapmaya veya üyelerden birine (naip üyeye) yaptırmaya yetkili olduğunu belirtmiştir. Naip üye tayini mahkeme heyetinin yetkisinde olup başkanın tek başına bu kararı alması mümkün değildir.²⁵¹

Yargıtay 9'uncu Ceza Dairesinin 11.06.2009 tarih, 2008/2027 E. ve 2009/6336 K. sayılı kararında, bu tür bir tazminat davasında naip hâkimin mahkeme başkanı tarafından görevlendirilmemesi, mahkeme heyeti tarafından atanması gerektiğini belirtmiş ve buna aykırı uygulamayı bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Doktrin ve Yargıtay kararları da dikkate alınarak tazminat davasında araştırılması gereken konuların neler olduğu şöyle sayılabilir²⁵²;

- Tazminat talep eden kişi hakkında tazminata konu beraat hükmünün kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması,

²⁴⁹ Centel/Zafer, s. 330.

²⁵⁰ Yaşar, s. 554.

²⁵¹ Yırtımcı, s. 36.

²⁵² Bkz., Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, s. 134 vd., Feyzioğlu; "Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi" s.29-30, Parlar, Yıldırım, s.554, Y. 4. CD. 08.02.2010 tarih ve 2008/7896 E., 2010/1543K. sayılı kararı, Y. 9. CD. 26.10.2010 tarih ve 2008/9459 E., 2010/1857 K., Y. 9. CD. 28.10.2010 tarih ve 2008/13935 E., 2010/925K. sayılı kararı.

- Tazminat talebinde bulunan kişinin dilekçesinin ekinde sunduğu evrakın gerçekliğinin araştırılması,
- Tazminat talebinde bulunan kişinin başka bir suçuna ilişkin mahsuba konu edilebilecek bir mahkûmiyetinin bulunup bulunmadığının araştırılması,
- Tazminat talebinde bulunan kişinin iddia ettiği zararın tespiti için usulüne uygun olarak atanan, konusunda uzman bir bilirkişinin mütalaasına başvurulması,
- Tazminat talebinde bulunan kişinin günlük kazancının araştırılması,
- Tazminat talebinde bulunan kişinin dini ve milli bayramlarda çalışıp çalışmadığının araştırılması,
- Tazminat talebinde bulunan kişinin resmi tatillerde çalışıp çalışmadığının araştırılması,
- Tazminat talebinde bulunan kişinin tutukluluk veya gözaltı süresi içerisinde izinli sayılıp sayılmadığının araştırılması,
- Tazminat talebinde bulunan kişinin, tazminata konu davada beraat etmiş olması halinde, tutuklama müzekkeresinin infaz edilip edilmediği, infaz edilmiş ise tutuklu kalınan sürenin, kişinin varsa diğer suçlarından mahsubunun gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespiti,
- Tazminat talebinde bulunan kişinin adli sicil ve nüfus kaydının getirttirilmesi

Uygulamada tazminat miktarının hesaplanmasında bilirkişi mütalaasına başvurulmaktadır. Mahkeme tarafından usulüne uygun olarak atanan bilirkişinin alanında uzman olması gerekmekte olup, aksi takdirde Yargıtay tarafından bozma sebebi sayılmaktadır.²⁵³

²⁵³ Yırtımcı, s. 36.

Mahkemenin yapması gereken araştırmaların tamamlanmasının ardından yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesi menfi veya müspet bir karar verecektir.

6. Mahkemenin Maddi ve Manevi Tazminat Talebini Kabul Etmesi

5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddesinin 7'nci maddesi uyarınca, yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesi, kararını duruşmalı olarak verir. Tazminat talebinde bulunan kişi ile Hazine temsilcisi, açıklamalı ağrı kağıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.

466 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinde "...gerekliyorsa, tazminat isteminde bulunan kimseyi de dinlemek suretiyle..." ibaresi yer aldığı için, davacının dinlenmesi, görevlendirilen üyenin takdirine bırakılmışken 5271 sayılı CMK ile madde gerekçesinde de belirtildiği şekilde, AİHM kararları dikkate alınarak bu eksiklik giderilmiştir. 11.07.2002 tarihli G/Trkiye²⁵⁴ kararında AİHM, sekize karşı dokuz oyla, çekişmeli yargılamanın gerektirdiği duruşma hakkı garanti edilmediği için AİHS'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. İki gün süre boyunca gözaltında tutulan ve bu süre müddetince hâkim önüne çıkarılmayan başvuranın 466 sayılı Kanun uyarınca Ağır Ceza Mahkemesinde (ve temyiz aşamasında Yargıtay'da) görülen davada, başvurucuya, durumunu sözlü olarak ifade etme fırsatı verilmediği, oysa tazminat miktarını belirlerken dikkate alınan başvuranın sosyal, ekonomik durumu ve gözaltında yaşadığı acı gibi kişisel durumlar olması nedeniyle duruşma açılması gerektiğini belirtmiştir. Böylelikle başvuran duruşmada kendisi hakkında karar verecek kişilere, kendisini daha iyi bir şekilde ifade etme fırsatı yakalayacaktır.²⁵⁵

Yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesi, tazminat talebinde bulunan kişiye haklı olarak kabul etmesi halinde, talebin kabulüne karar verir. şayet mahkeme tazminat talebinin bir kısmını haklı bulmuş veya talebin sadece bir kısmının

²⁵⁴ Başvuru No: 36590/97, BD.

²⁵⁵ Düzgün, Elmacı, s. 127-128.

ispatlandığını kabul etmiş ise, mahkeme talebin kısmen kabulüne, kısmen de reddine karar verecektir.²⁵⁶

Haksız uygulanan koruma tedbirleri sebebiyle, zarar gören kimseye verilecek tazminatın miktarının belirlenmesindeki ölçü tartışmalı bir konudur. Zarar gören kişinin, haksızlığa uğramadan önceki eski halinin iadesini istemeye hakkı olduğu hususu inkar edilemezse de, haksız koruma tedbirleri uygulanması sebebiyle uğradığı zararının tümünün kesin bir şekilde tespiti zordur. Tazminat, zarara uğrayan kişiyi, uğradığı zararlar bakımından tatmin edebilecek, karşılaşılan güçlükleri de kapsayacak bir nitelik taşımaktadır.²⁵⁷

Koruma tedbirlerinin uygulanması sonucunda doğan zararlar, maddi veya manevi olarak nitelenebilir. Zarara uğrayan kişinin tazminat istemlerine ilişkin olarak 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının son cümlesinde; 1'inci fıkrada belirtilen kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devlet'ten isteyebilecekleri düzenlendiğine göre koruma tedbirleri haksız olarak uygulanması nedeniyle uğranılan her türlü zarar, tazminat istemine konu edilebilir.²⁵⁸

Haksız olarak tutuklanan kişinin cezaevinde bulunması nedeniyle doğan her türlü gider, yolculuk, tedavi, vekalet ücreti, giyim vs. giderlerin hepsi tazminat konusu edilebilir. Bunların dışında haksız yakalama ve tutuklama sebebiyle kişinin kaybettiği tüm haklar da tazminat isteminin konusunu teşkil edebilir. Örnek olarak, haksız tutuklanan bir öğrencinin tutuklama sebebiyle okuluna devam edemeyip, sınıfta kalması ve ertesi sene tekrar harç ödemek zorunda kalacağı düşünülürse, haksızlığa uğrayan kişinin fazladan ödemek zorunda kaldığı harç bedelini isteme hakkı vardır.²⁵⁹

Tazminat talebinde bulunan kişi bir iş yerinde çalışmakta ise ve tutuklanması sebebiyle iş sözleşmesi feshedilmişse, Yargıtay, davacının beraat ettikten sonra kesinleşen beraat kararını işyerine ibraz edip etmediği hususunu tazminat miktarını

²⁵⁶ Yurtcan, s. 433-434.

²⁵⁷ Kanmaz, s. 252.

²⁵⁸ Kanmaz, s. 252.

²⁵⁹ Özlem Mungan, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", www.mungan.av.tr/yazi (10.05.2011)

tespit ederken göz önünde tutmaktadır. Buna göre, kesinleşen karar işyerine ibraz edilmesine rağmen kişi işe kabul edilmemişse, tazminat talep eden kişiye, tutuklu kaldığı süre boyunca ücret kaybı, iş akdinin fesih tarihine kadar olan kıdem tazminatı ve sosyal yardım ile ikramiye alacaklarının maddi tazminata karşılık olarak ödenmesi gerekmektedir.²⁶⁰

Mahkemelerin tazmini talep edilen tazminattan fazlasına hükmetmesi ve dava dilekçesindeki miktarın sonradan değiştirilmesi olanaksızdır. Tazminata hükmedilmesinde 466 sayılı Kanun ve 5271 sayılı CMK'nun 141 vd. maddelerinde kabul edilen temel ilke uğranılan ve kanıtlanan zararların giderilmesidir.²⁶¹

Tazminat miktarının tespiti bakımından 5271 sayılı CMK'nda, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 19'uncu maddesinin son fıkrasında 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 öngörülmüştür.²⁶²

Maddi zarar, haksız tutuklama sebebiyle uğranılan gelir kaybıdır. Haksız işlemler nedeniyle ödenen avukatlık ücreti, yol gideri gibi masraflar da maddi zarar kapsamında değerlendirilmelidir.²⁶³ Maddi tazminata hükmederken net gelir kaybı tespit edilmelidir. Tazminat isteminde bulunan haksız yere tutuklandığı tarihte ücretli bir işte çalışmaktaysa (memur, ücretli işçi, vs.) uğradığı maddi zarar net ücret kaybıdır. Serbest kaldıktan sonra aynı işyerinde tekrar göreve başlayan ve tutuklu kaldığı sürelerle ait ücreti de kesintisiz olarak kendisine ödenen kişiye ayrıca maddi tazminat ödenmez.²⁶⁴

²⁶⁰ Yırtımcı, s. 36.

²⁶¹ Köroğlu, s. 27.

²⁶² Baytar, s. 371.

²⁶³ "...Davacının ilk ceza davasında avukata ödediği maktu avukatlık ücreti her türlü maddi zarar kapsamı içinde olduğu halde maddi tazminat hesabında nazara alınmaması..." Y. 10. CD. 22.09.2006 tarih ve 2006/10310 E., 2006/10323 K. sayılı kararı; Taşdemir, Özkepir, s. 560.

²⁶⁴ Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Cilt 1, 3.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 541, "...Haksız olarak tutuklu kaldığı günler için 466 sayılı Kanun gereğince tazminat isteğinde bulunan Özgür Şahin hakkında yapılan inceleme sonunda; 1.329.705.000 lira maddi, 2.500.000.000 lira manevi tazminatın hazineden alınıp davacıya verilmesine, faiz ve fazlaya ilişkin talebin reddine dair Kars Ağır Ceza Mahkemesinden verilen

Maddi tazminat talebinde bulunan belli bir işyerinde sürekli olarak çalışmıyorsa, tarım veya sanayi kesiminde çalışıp çalışmadığı araştırılır. Tarım veya sanayi kesiminde çalışana, asgari ücreti üzerinden tutuklulukta geçen süreye göre hesaplanan maddi tazminata hükmedilir. Çalışılmayan günler yani hafta sonu ve resmi tatil günleri hesaba katılmaz.²⁶⁵

Tazminat talebinde bulunan kişi çiftçi gibi, hem tarlada ve hem de evde çalışan kişi ise, iş bulamadığı günlerdeki çalışmasını evinde ve arazisinde sürdürebileceği düşünülerek, bu sürenin hesaplanıp tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.²⁶⁶

Haksız tutuklama sebebiyle zarara uğrayan kişi işsiz ise, ödenecek maddi tazminat net asgari ücret tarifesine göre hesaplanır.²⁶⁷

Tazminat talebinde bulunan kişi, serbest meslek mensubu ise, kazanç durumu hakkında ilgili meslek kuruluşundan ve ilgili vergi dairesinden bilgi alınır. Sağlık durumunun sürekli çalışmasına müsait olup olmadığı araştırılır. Çalıştığı işin niteliğine göre, dini bayram, Cuma günleri ya da hafta sonları çalışmasının olağan olup olmadığının tespitine çalışılarak karar verilir.²⁶⁸

18.06.2004 tarih ve 40 Esas, 181 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay tarafından incelenmesi davalı ve davacı vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile 01.08.2005 günü daireye gönderilmekle incelendi.

Gereği görüldüğü düşünülür: Yerinde görülmeyen sair itirazların reddine; ancak, dosyada mevcut Samsun Emniyet Müdürlüğü'nün 04.07.2003 günlü yazısında davacının fazla çalışma ücreti dışında, tutuklu kaldığı süreye ilişkin tüm maaşının ödendiğinin belirtildiği gözetilmeden, sebepsiz zenginleşmesine neden olabilecek biçimde, bilirkişi tarafından maaşı üzerinden yapılan hesaba dayanılarak maddi tazminata hükmedilmesi...", Y. 8. CD. 12.07.2006 tarih ve 2005/2405 E., 2006/6456 K. sayılı kararı, Kanmaz, s. 279.

²⁶⁵ Taşdemir, Özkepir, s. 542.

²⁶⁶ Tezcan, s. 117.

²⁶⁷ "...Davacının tutuklandığı tarihte ev hanımı olup bir işte çalışmayan davacının vasıfsız işçi gibi değerlendirilerek gözaltı ve tutuklulukta kaldığı süre için net asgari ücret üzerinden hesaplanacak bir miktarın maddi tazminat olarak tayini gerektiğinin gözetilmemesi..." Y. 9.CD. 26.06.2006 tarih ve 2006/2926 E., 2006/3663 K. sayılı kararı; "...Davacının, tutuklandığı tarih itibarıyla öğrenci ve işsiz olduğunun anlaşılması karşısında, maddi tazminat isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi..." Y. 9.CD. 12.06.2006 tarih ve 2006/1742 E., 2006/3301 K. sayılı kararı; Taşdemir, Özkepir, s. 560.

²⁶⁸ Tezcan, s. 116; "...Davacının ikinci el cep telefonu alım-satım ticareti yaptığı iddia edilmesine göre resmi tatil günlerinde davacının çalışıp çalışmadığı esnaf sicil memurluğundan sorularak maddi tazminatın hesap edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi" Y. 10. CD. 22.09.2006 tarih ve 2006/10310 E., 2006/10323 K. sayılı kararı; Taşdemir, Özkepir, s. 560.

Manevi zarar, “şahsiyet hakkına tecavüz sebebiyle duyulan acı, elem ve ızdıraptır.”²⁶⁹

Yargıtay kararlarına göre, objektif bir kriter olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın, tazminat talebinde bulunan kişinin sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle, zenginleşme sonucu doğurmayacak şekilde, hak ve nesafet kurallarına uygun makul ve makbul bir miktar olarak tayin ve tespit edilmesi gerekmektedir.²⁷⁰

Maddi tazminatın hesabında tahliye olunan gün hesaba katılmamalıdır. Ayrıca davacının tutuklu kaldığı günlerde yediği yiyecek bedelinin 2548 sayılı Kanuna göre tahsili mümkün olduğundan, tazminat tutarından indirilmemesi gerekmektedir.²⁷¹

7. Tazminat Talebinin Reddi

Tazminat istemi şekil açısından reddedilebileceği gibi esas açısından da reddedilebilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi 5271 sayılı CMK’nun 142’nci maddesinin 4’üncü fıkrası uyarınca, tazminat talebinde bulunan kişinin, mahkemeye sunduğu dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi takdirde tazminat talebinin 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.

²⁶⁹ M.Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Bası 3, İstanbul 2000, s. 651.

²⁷⁰ Y. 9.CD. 26.10.2005 tarih ve 2005/5974 E., 2005/8113 K. ; Y. 9. CD. 28.02.2006 tarih ve 2006/6031 E., 2006/1138 K. ; Y. 9. CD. 24.01.2006 tarih ve 2006/6862 E., 2006/27 K. sayılı kararları

²⁷¹ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, ,s. 247.

Tazminat talebinin esaslan reddi konusunda ise, zarar yokluğundan red konusu gündeme gelmektedir. Talepte bulunan kişi herhangi bir zarara uğramamışsa ya da uğramış olduğu zararı kanıtlayamazsa tazminat talebi reddedilir. Yine tutuklu kalıman süre içerisinde yapılamayan iş kanuna aykırıysa tazminat istemi reddedilir.²⁷² örnek olarak tutuklanmadan önce sigara kaçakçılığı yapan kişi tutuklandığı tarihlerde sigara kaçakçılığı yapamaması ve bu nedenle kazanç kaybı yüzünden tazminat talep etme hakkı yoktur.

Tazminat istemi için, kişinin mağduriyetine yol açıldığının anlaşıldığı davaya ilişkin ilk kararın verilmiş olması yeterli değildir. 5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca kararın kesinleşmiş olması da gerekir. Yoksa henüz tazminat istemi hakkı doğmadığından istemin reddine karar verilmesi gerekir.²⁷³

Tazminat talebinde bulunan zarar gören kişinin talebinin sadece bir kısmı haklı bulunmuş ya da sadece bir kısmı kanıtlanabilmişse bu kısmının kabulüne, diğer kısmının ise reddine karar verilecektir. Tazminat talebinde bulunan kişinin delillerini sunmaması halinde, mahkeme dilekçeyi reddetmeyip inceleme yaparsa, ancak bu incelemeler sonucunda saptanan zarara ilişkin tazminat ödenir.²⁷⁴

²⁷² Güngör Y. Erdurak, *Notlu İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Kazancı Yayınları, Ankara 1985, s. 602

²⁷³ "...Davaya konu olan Ağır Ceza Mahkemesine ait dava dosyasında maktln kardeşi olup suçtan zarar gördüğü anlaşılan Cemal'in kamu davası açıldıktan sonra vermiş bulunduğu 29.04.1975 ve 30.04.1975 tarihli dilekçeler muhtevası itibariyle davaya müdahale mahiyetinde bulunduğu ve bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar da verilmediği cihetle, evvelemirde davacı hakkında sanık olarak yapılan yargılama sonucu verilen beraat hükmünün müdahale isteminde bulunan bu şahsa Tebligat Kanununun verdiği yasal imknlarla tebliği gerekir. Ancak adı geçenin temyiz etmemesi halinde hükmün kesinleşeceği, bundan sonra söylenebilecektir. Oysa, bu yasal gerek yerine getirilmediği için henüz ortada kesinleşmiş bir beraat hükmünden bahse imkân bulunmadığı cihetle tazminata ilişkin bu davanın bakılarak sonuca gidilmesine, 466 sayılı Kanunun 2'nci maddesine göre yasal olanak yoktur. Bu itibarla Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı yerinde görüldüğünden kabulüne, zel Daire onama kararının ve hükmünün bozulmasına, karar verilmiştir.", YCGK. 28.03.1977 tarih ve 1977/1 E., 1977/69-135 K. sayılı kararı, bkz. Veysel Gltaş, *5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunununun Işığı Altında Tutuklama ve Kanun Yolları*, 2. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2008, s. 568.

²⁷⁴ Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, s. 146.

Tazminat talebi reddedildiği takdirde hazine vekiline ödenen vekalet ücretiyle masraflar davacıya yüklenir.²⁷⁵

Tazminat davası harca tabi olmadığından bu nedenle davanın reddedilmesi halinde maktu red harcına hükmedilemez. Ancak davalı vekili lehine vekalet ücreti hükmedilerek dava masraflarıyla beraber davacıya yükletilir.²⁷⁶

8. Karara Karşı Kanun Yolu

a) İtiraza Tabi Kararlar

5271 sayılı CMK'nun 142'nci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca; tazminat talebinde bulunan kişinin yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesine sunduğu dilekçenin incelenmesi sırasında dilekçesindeki eksikliği bir ay içinde gidermemesi halinde verilecek olan red kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir. Aynı şekilde ilk incelemede verilen adli yargı içersindeki görevsizlik, yetkisizlik ve süre yönünden red kararlarına karşı da itiraz yoluna gidilebilir.²⁷⁷

5271 sayılı CMK'nun 268'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hallerde 35'inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içerisinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşuluyla zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı onaylar. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise, kararına itiraz edilen

²⁷⁵ “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.”, Y. 9. CD, 20.01.2004 tarih ve 2004/15 E., 2004/157 K. sayılı kararı, Haydar Erol, *Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması*, Yayın Matbaacılık, Ankara 2006. s. 292.

²⁷⁶ Yırtımcı, s.37.

²⁷⁷ “...Yetkisizlik kararı itirazı olanaklı kararlardan olup temyiz yeteneği bulunmadığından davalı hazine vekilinin, davacılar Abdülbari Yıldırım ve Bülent Yıldırım hakkında verilmiş olan yetkisizlik kararına yönelik temyiz itirazının bu nedenle...” Y. 6. CD. 02.11.2009 tarih ve 2006/9463 E., 2009/14260 K. sayılı kararı, Düzgün, Elmacı, s. 130.

mahkemenin itirazı yerinde görürse düzeltereği; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie göndereceği düzenlenmiştir. Ağır ceza mahkemesi yönünden itirazı incelemeye yetkili merci ise aynı maddenin 3'üncü fıkrasının (c) bendine göre, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daire, son numaralı daire için ise birinci daire; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesidir.

b) Temyize Tabi Kararlar

Ağır ceza mahkemesinin kararına karşı, 5271 sayılı CMK' nun 142'nci maddesinin 8'inci fıkrası uyarınca, tazminat talebinde bulunan, Cumhuriyet Savcısı veya hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir. İstinaf incelemesi öncelikle ve ivedilikle yapılır.

23.03.2005 tarihinde kabul edilen 31.03.2005 tarihli resmi gazetede yayınlanan 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinde; bölge adliye mahkemelerinin, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2'nci maddesi uyarınca Resmi Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322'nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere 305 ila 326'ncı maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Temyiz süresi bakımından Bölge Adliye Mahkemeleri henüz kurulmadığı için 1 haftalık temyiz süresi geçerli olacaktır. Kararın tefhim veya tebliğinden itibaren 1 hafta içerisinde temyiz yoluna gidilecektir.²⁷⁸

Yargıtay, bu konuda verilen kararların temyiz olanağının HUMK' un 427 ve 428'inci maddelerindeki koşullara bağlı olduğu görüşündeydi.²⁷⁹ Ancak anılan Genel

²⁷⁸ Düzgün, Elmacı, s. 131.

Kurul kararında muhalif üyeler de bulunmakta olup, 5271 sayılı CMK' nun 142'nci maddesinde herhangi bir sınırlama konulmadan istinaf yolunun açık tutulduğunu, bu nedenle kararın temyiz olanağının HUMK 427 ve 428'inci maddelerindeki sınırlara bağlı olmadığını belirtmişlerdir ki, kanımızca daha isabetli olan görüş budur. Bunun dışında kanun yolu bakımından kazanılmış hak bulunup bulunmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Nitekim Yargıtay, yetkisiz mahkemenin vermiş olduğu 1000 liralık manevi tazminat öngören kararı temyiz etmeyen talepte bulunanın, Hazine'nin kararı temyizi üzerine Yargıtay'ın bozarak kendisine yolladığı yetkili mahkemenin bu 1000 liralık miktarın üzerinde bir manevi tazminata hükmedemeyeceğine karar vermiştir. Olayda tazminat talebinde bulunan kişinin 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 ise, 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 hükmetmiştir.²⁸⁰

Yargıtay'a göre, tazminat hukuku hükümlerine göre verilen karar da temyiz sınırı bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427'inci maddesinin 2'nci fıkrası geçerli olacaktır.²⁸¹

²⁷⁹ <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95%203%20ICM8%20ICMNLSD8%20UYAPVERIBANKASI59%2026%20A1001001A07F11B70903H4753618%20A07F11B70903H475361%2014%201162&aranan=tutuklama&dokumanTuru=YARGITAYKARARI>, YCGK. 14.02.2006 tarih ve 2006/9-29 E., 2006/22 K., sayılı kararı, (10.04.2011)

²⁸⁰ Hakeri, *Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi*, s.49; HMK Geçici m.3

²⁸¹ "...Ceza Genel Kurulu'nun 09.02.1981 tarih ve 443-33 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, 466 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, 466 sayılı Yasaya göre açılan bu dava, ceza ve hukuk davalarındaki usul kurallarını karma biçimde içeren özel bir dava olduğundan, 466 sayılı Yasadaki boşluklar, Ceza ve Hukuk Yargılama Yasalarındaki hükümlere göre doldurulacaktır. Bu yasalardan hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 305'inci maddesinde, ceza mahkemelerinden verilen hükümlerin temyiz edilebileceği belirtilmektedir. Maddede sözü edilen hükümler, aynı Yasanın 253'üncü maddesinde sayılan ve ancak bir ceza yargılamasına özgü olan beraat, mahkumiyet, yargılamanın durması, düşme ve davanın reddine ilişkin kararlardır. Yine 305'inci maddede, temyiz edilemeyecek olan hükümler de belirlenmiştir. Bunlarla ilgili ölçütler ise, para cezası olarak saptanmıştır. Dolayısıyla ancak bir ceza hükmünde esas alınabilecek olan bu kıstas, şahsi hakka ilişkin bir talep üzerine verilen kararlar bakımından uygulanabilir nitelikte değildir. O bakımdan, haksız

D. FAİZİN BAŞLANGIÇ TARİHİ

Tazminat istemi ile birlikte faizin de dava tarihinden itibaren talep edilmesi durumunda dava tarihinden itibaren faize de hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak, tazminat ve faizin, haksız koruma tedbirinin uygulandığı tarihten itibaren hesaplanması isteminde bulunulması halinde, bu tarihten başlamak suretiyle belirlenmesi gerekir.²⁸²

E.TAZMİNAT İSTEYEMEYECEK KİŞİLER

1. Genel Olarak

Haksız tutuklanma nedeniyle tazminat isteyemeyecek kişiler 5271 sayılı CMK'nun 144'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ilk dört bentte sayılan kişiler 466 sayılı yasada bulunmayan 5271 sayılı CMK ile kabul edilen tazminat isteyemeyecek kişilerden ise de, (e) bendinde sayılan kişiler, 1991 yılında 3696 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile 466 sayılı Kanun metninden çıkarılan kişilerdir.²⁸³

tutuklamaya ilişkin tazminat davasında verilen kararların temyizi halinde, sözü edilen boşluğun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427'nci maddesi uygulanmak suretiyle doldurulması gerekir... ”YCGK. 14.02.2006 tarih ve 2006/9-29 E., 2006/22 K. sayılı kararı, Düzgün, Elmacı, s. 131-132.

²⁸² “...Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 13.11.2004 gün ve 177-203 sayılı kararında açıklandığı üzere; 17.10.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 4709 sayılı Yasa ile, haksız ve hukuka aykırı olarak yakalanan veya tutuklanan kimselerin bu yüzden uğrayacakları her türlü zararların Devletçe tazmin edilmesine olanak sağlayan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 19'uncu Maddesinin son fıkrasından değişiklik yapılarak, bu kişilerin zararlarının “...kanuna göre, Devletçe ödeneceği” yolundaki hükmün kaldırılıp, zararın “...tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödeneceği” yolunda yeni bir hüküm getirilmesi, Anayasal normun değişiklikten önceki ve sonraki biçimlerinde faize hükmedilmesini yasaklayıcı bir kural bulunmaması, ayrıca öğreti ve yargısal içtihatlarda da, sorumluluk hukukunda faizin zarar kapsamına dahil olduğunun, zararın ayrılmaz ögesini oluşturduğunun ve istem halinde zararı doğuran fiil ya da işlem gününden başlayarak faizin hükme bağlanmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmesi karşısında, haksız tutuklama ve yakalama tazminatına, istem halinde yasal faiz yürütülmesi gereklidir. Bu bakımdan Yerel Mahkemesinin bozmanın 1 nolu bendine yönelik direnme hükmü isabetsizdir. Bu bozma nedeni yönünden çoğunluk görüşüne katılmayan bir Kurul Üyesi; Yerel Mahkeme direnme hükmünün haklı nedenlere dayandığını ileri sürerek karşı oy kullanmıştır.”, YCGK. 20.09.2005 tarih ve 2005/1-88 E., 2005/98 K. sayılı kararı, Kanmaz, s. 293-294.

²⁸³ Ünver, Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 137.

5271 sayılı CMK'nun 144'üncü maddesine göre, kanuna uygun olarak tutuklanan kişilerden aşağıda belirtilenler tazminat isteyemezler;

- Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler
- Tazminata hak kazanmadığı halde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği durumları tazminat istemeye uygun hale dönüşenler
- Genel veya özel af, şikayetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler
- Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler
- Adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar

2. Gözaltı ve Tutukluluk Süresi Başka Bir Hükümlülüğünden İndirilenler

Haksız tutuklanmadan doğan zararın tazmin yöntemlerinden birinin de mahsup olduğunu belirtmiştik. Üçüncü bölümde bu konuda detaylı bir şekilde bilgi verileceğinden konu bütünlüğünü bozmama anlamında kısaca bilgi vereceğiz.

5237 sayılı TCK'nun 63'üncü maddesi uyarınca; hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün 100,00 TL (Yüz Türk Lirası) sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır.

Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenlerin tazminat alamamalarının sebebi haksız işlemin karşılığının bir şekilde başka bir işlemle giderilmiş olmasıdır.²⁸⁴

3. Tazminata Hak Kazanmadığı Halde Sonradan Yürürlüğe Giren ve Lehte Düzenlemeler Getiren Kanun Gereği Durumları Tazminat İstemeye Uygun Hale Dönüşenler

Tazminata hak kazanmadığı halde, sonradan yürürlüğe giren ve getirdiği kişi lehine düzenlemeler ile kişinin eylemini suç olmaktan çıkaran veya ceza yaptırımını hafifletme gibi sonuçlar doğuran bir yasayı gerekçe göstererek tazminat talebinde bulunulamaz. Örnek olarak bir kamu görevlisine pasif direnişte bulunma 765 sayılı TCK'nun 260'inci maddesinde suç olarak öngörülmekteyken 5237 sayılı TCK ise, 265'inci maddesinde kamu görevlisine direnme eylemlerinin ancak cebir ve tehditle işlenebileceği, suçun oluşması için aktif hareketlerde bulunulması gerektiğini ifade eden düzenlemeler içermektedir. Haksızlığa uğradığını iddia eden kişinin cebir yada tehdit nitelikli olmayan bir yerden çıkmamak için kapı kolunu tutma, yere yatma, kapıyı açmama gibi benzeri eylemlerini suç saymamaktadır. 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden 765 sayılı TCK döneminde işlenen pasif direnme eylemi nedeniyle tutuklanan kişi hakkında, 5237 sayılı TCK'nun lehe uygulanması sonucu eylemin artık suç oluşturmadığı düşüncesi ile hükmolunan beraat kararının tazminata esas olamayacağından hareketle, tazminat istemi reddedilmelidir.²⁸⁵

²⁸⁴ Soyaslan, s. 326.

²⁸⁵ Kanmaz, s. 334.

4. Genel veya Özel Af, Şikâyetten Vazgeçme, Uzlaşma gibi Nedenlerle Hakkında Kovuşturmaya Yer Olmadığına veya Davanın Düşmesine Karar Verilen veya Kamu Davası Geçici Olarak Durdurulan veya Kamu Davası Ertelenen veya Düşürülenler

Tazminat istenebilmesi için bir karar veya hükümlerle haksızlığın belgelenmesi gerekmektedir. Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşürülmesine karar verilenlerle, davası geçici olarak durdurulanlar kendilerine yapılan haksızlığın belgelenmesi olanağı bulunmadığından tazminat isteyemezler.²⁸⁶ Örneğin; - kamuoyundaki adıyla- pişmanlık yasasından yararlanma halinde tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır.²⁸⁷ Genel af uygulamasında kişilerin suçlu yada suçsuz oldukları irdelenmeden cezaevlerinin rahatlatılması ve bunun yanında kişilere ikinci bir şans tanınması amacı taşınmaktadır. Bu nedenle, bu durumda kişi mağdur olmamış, dahası af sayesinde özgürlüğüne kavuşmuştur.

Özel af durumunda da kişinin cezası kişisel sebepler dolayısıyla affedilmektedir. Bunun dışında kişinin eyleminin suç olup olmadığı değerlendirilmemektedir. Yine uzlaşma ve şikâyetten vazgeçme durumlarında da devletin kişilere tanıdığı sınırlar çerçevesinde ortada bir suç olsa dahi tarafların

²⁸⁶ Yaşar, 558.

²⁸⁷ “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 M.’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 M.’sinde öngörülen cezalandırılmama halinin niteliği itibarıyla 466 sayılı Yasanın 1. M.’sinin 6. bendi kapsamında düşünülemediği gözetilmeden davanın reddi yerine, değerlendirmede yanılığa düşülerek yazılı şekilde tazminata hükmedilmesi, Yasaya aykırı ve davalı vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi bozulmasına, oybirliği ile karar verildi.”, Y.9.CD, 27.04.2000 tarih ve 2000/1032 E. 2000/1200 K. sayılı kararı, Parlar ve Yıldırım, s. 526.

birbirleri ile anlaşması sayesinde kamu yararı bakımından suç teşkil eden bir eylemde bulunan kişi hakkındaki soruşturma veya kovuşturmaya son verilecektir. Bu durumda da kişinin haksız yere bir zarar görüp görmediği tespit edilmeyeceğinden 5271 sayılı CMK'ya göre, tazminat talep etme hakkı da bulunmamaktadır.

Beraat hükmünün verilebileceği haller 5271 sayılı CMK'nun 223'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre,

- Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
- Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
- Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
- Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
- Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,

hallerinde beraat kararı verilebileceğine göre, bir kişinin tutuklanmasına rağmen bu hallerden birine dayanılarak hakkında beraat kararı verilmesi halinde 5271 sayılı CMK'na göre tazminat talep edebilecektir.

5. Kusur Yeteneğinin Bulunmaması Nedeniyle Hakkında Ceza Verilmesine Yer Olmadığına Karar Verilenler

5271 sayılı CMK'nun 223'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendi uyarınca yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması hallerinde, kişinin suçu işlediğinin sabit olması halinde kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Zira üzerine suç atılı kişinin, suçu işlediğinin sabit olmaması ya da işlenen eylemin suç olarak tanımlanmaması veya olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde, haklarında kusur yetenekleri bulunmamasına rağmen

beraat kararı verilmelidir. Bu durumda olan kişiler hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez.²⁸⁸

Örnek olarak akıl hastalığı sebebiyle, gerçekleştirdiği eylemlerinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derece azalmış olduğu tespit edilmiş bir kişiye yargılama sonucunda, kendisine yüklenen suçu işlediğinin sabit olduğunun ortaya konması durumunda ceza verilmez. Ancak üzerine atılı bulunan suçu işlediğinin sabit olması sebebiyle CMK'nun 223'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Kişinin üzerine atılı suçu işlemediği veya işlenen fiilin suç olmadığı tespit edilmesi durumunda, yargılaması yapılan akıl hastası fail hakkında "ceza verilmesine yer olmadığına" değil, 5271 sayılı CMK'nun 223'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca beraat kararı verilmesi gerekmektedir. Beraat eden akıl hastalarına ilişkin olarak güvenlik tedbirine hükümlenmesi mümkün değilse de, işledikleri suça ilişkin akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneklerinin bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilen kişiler hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilmesi zorunluluktur.²⁸⁹ Bu durumdaki kişilerin de 5271 sayılı CMK'nun 144/1-d maddesi uyarınca tazminat talep etme hakları bulunmamaktadır.

5271 sayılı CMK'nun 323'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında; yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde önceki mahkumiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar yine 5271 sayılı CMK'nun 141 ila 144'üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edileceği düzenlenmiştir.

²⁸⁸ Kanmaz, s. 335.

²⁸⁹ Necati Meran, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 335.

6. Adli Makamlar Huzurunda Gerçek Dışı Beyanla Suç İşlediğini veya Suça Katıldığını Bildirerek Gözaltına Alınmasına veya Tutuklanmasına Neden Olanlar

Bir kimsenin işlediği suçu üstlenen ya da suça katıldığını gerçeğe aykırı olarak bildiren kişinin bu nedenle gözaltına alınması ya da tutuklanması ve aslında suçun faili yada katılanı olmadığını ortaya çıkması nedeniyle davanın beraatla sonuçlanması, bu kişiye tazminat talep etme hakkı vermez. Ancak bunun için şüpheli veya sanığın beyanlarının gerçeğe aykırı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer sanık suçunu ikrar etmişse, fakat bu ikrar başkasının suçunu kabullenmek için yapılmışsa, sanık hem 5237 sayılı TCK'nun 270'inci maddesinde düzenlenen "suç üstlenme" suçunu işlemiş olacak, hem de tazminat isteyemeyecektir.²⁹⁰ Zira kişinin tazminat isteyebilmesi için haksız olarak devletin uygulamaları sonucu zarara uğramış olması gerekirken, bu durumda kişi bilerek ve isteyerek kendisine suç işlemiş kişi görünümü vermektedir.

F.TAZMİNATIN GERİ ALINMASI

5271 sayılı CMK'nun 143'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre; kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkum edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkum edilenlere ödenmiş tazminatların mahkumiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet Savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararlarla kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır. Bu karara itiraz edilebilir.

Buna göre, 5271 sayılı CMK'nun 143'üncü maddesinin birinci fıkrasında, ödenen tazminatın şüpheli, sanık veya hükümlüden geri alınmasının koşulları gösterilmiştir. Bu hükme göre koşulları gerçekleştiğinde, tazminatın geri alınması

²⁹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1002

için Cumhuriyet Savcısı re'sen talepte bulunacaktır. Tazminatın geri alınması talebi bakımından kovuşturmayaya yer olmadığı kararının, itiraz üzerine kaldırılmış olması ile yeni delil elde edilmesi üzerine kaldırılmış olması arasında fark yoktur. Mahkeme tarafından verilen karardan sonra, tazminatların geri alınması 21.07.1953 tarih ve 6183 sayılı Kanuna göre yapılacaktır.²⁹¹

Ödenen tazminatın geri alınmasında, cezaların tümü esas alınarak, gözaltı ve tutukluluk süreleri mahkumiyet süresini aşmıyorsa, ödenen tazminat bütünüyle geri istenecektir. Aşılıyor ise, o sürenin karşılığı tazminat talep edende bırakılarak, hukuka uygun olduğu anlaşılan gözaltı ve tutukluluğun karşılığı olarak ödenen bedel geri istenecektir. Tazminata karar veren 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 edecektir.²⁹² Tazminat, özgürlüğünden veya haklarından haksız olarak 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 alınır.²⁹³

G. HAKİMİN SORUMLULUĞU VE RÜCU

1.Genel Olarak

5271 sayılı CMK'nun 143'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre; Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder. Madde metni rücu etme olanağı tanınmanın da ötesinde rücu edilmesini emretmektedir. Ancak kamu görevlisine rücu edilebilmesi için kamu görevlisinin

²⁹¹ Fahrettin Demirağ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Bası 1, Ankara 2007, s.248.

²⁹² Yaşar, s. 556.

²⁹³ Erol, s. 278.

(hâkim, savcı, kolluk görevlisi) 5237 sayılı TCK' nun 257'nci maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm olması gerekmektedir.²⁹⁴

18.06.1927 tarihli 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573'üncü maddesi ise, "Hâkimlerin Mesuliyeti" başlığını taşımaktaydı. Maddenin ilk cümlesinde 6110 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki metninde "Hâkim ve icra reisi aleyhine aşağıda yazılan sebeplere binaen tazminat davası ikame olunabilir..." şeklinde düzenleme mevcuttu. Bu düzenlemeye göre hâkimler hakkında doğrudan tazminat davası açılabilmekteydi.

Bu konuda Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesinin 08.06.2010 tarihli ve 2009/12 E. 2010/7 K. sayılı üç hâkim hakkındaki kararının da etkisiyle 09.02.2011 tarihli 6110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu maddenin ilk cümlesi, "Hâkimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir." şeklinde değiştirilmiş, daha sonra da 12.01.2011 tarihinde Böylelikle hâkimler hakkında yargılama faaliyetleri dolayısıyla doğrudan tazminat davası açılmasının önü kapatılmıştır. Yasa değişikliğine yol açan Yargıtay kararının gerekçesi ilgili yasa değişikliğinden önce 5271 sayılı CMK ile 1086 sayılı HUMK arasındaki farkı ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrası gereğince; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Yine, Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca; kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgiliye rücu hakkı saklıdır.

Bu hükümler ile; kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında doğan zararlardan, Devlet'in hizmet kusuru nedeniyle asli ve birinci derecede sorumlu bulunduğu belirtilmiş olup; tazminat davasının da, ancak Devlet aleyhine açılabileceği düzenleme altına alınmıştır. Ancak, kamu hizmeti kavramı ile hiçbir

²⁹⁴ Yırtımcı, s. 37.

şekilde bağdaştırılmayacak, görev gereklerinden ve sınırlarından ilk başta ayrılabilen ve nesnel kurallarla belirlenmiş kamusal çerçevenin dışına çıkan eylem ve işlemler; bu kapsamda değerlendirilemez ve kamu görevlisi yönünden kişisel kusur oluşturur. Bu durumda tazminat istemi, ilgili kamu görevlisine yöneltilebilir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 138'inci maddesinde ise; hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları belirtilmiş; hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği; tavsiye veya telkinde bulunamayacağı düzenlenmiştir. Bunun nedeni, yargı yetkisinin bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde yerine getirilmesinin sağlanabilmesidir. Bunun bir sonucu olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrası ile 40'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrasında belirtilen, Devlet'in sorumluluğu; yargısal faaliyetler bakımından söz konusu değildir. Ancak, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olmaları; hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmayacakları anlamına gelmez. Bu nedenle, 1086 sayılı HUMK'nun 573 ve devamı maddelerinde hâkimlerin hukuki sorumluluğu düzenlenmişti. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46'ncı maddesi ile hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden dolayı açılacak tazminat davalarının Devlet'e karşı açılacağı düzenlenerek sorumluluk birinci derecede Devlet'e yüklenmiş, madde başlığı da "Devletin Sorumluluğu" olarak düzenlenmiştir.²⁹⁵

5271 sayılı CMK'nun 141 ila 144'üncü maddelerinde ise "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" başlığı altında; suç soruşturması veya kovuşturması nedeniyle mağdur olan sanığın veya şüphelinin maddi ve manevi her türlü zararının Devlet'ten talep edilebileceği belirtilmiş ve Ağır Ceza Mahkemesi görevli kılınmıştır.

²⁹⁵ "...Diğer yandan, HUMK'daki hükümlerin ceza hâkimlerini de kapsayıp kapsamadığı ve haklarındaki hukuki sorumluluk davalarına Dairemizde mi, yoksa Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde mi bakılacağı konusunda oluşan içtihat aykırılığı; 25/03/1931 tarih ve 19/25 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözüme kavuşturulmuştur. İçtihadı Birleştirme Kararları kanun hükmünde olup, kaldırılmadığı sürece yürürlüktedir. Buna göre, hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak HUMK'da yer alan hükümlerin ceza hâkimlerini de kapsadığı ve il asliye ile ağır ceza hâkimlerine yönelik tazminat davalarına bakma görevinin de, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'ne ait bulunduğu karara bağlanmıştır..." Y. 4. HD. 08.06.2010 tarih ve 2009/12 E. 2010/7 K. sayılı kararı

Böylelikle devletin sorumluluğuna ilişkin anayasal düzenleme somut olarak kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uğranılan zarara neden olan kamu hizmetlerinin bir bölümünün, yargısal faaliyetlere ilişkin olduğu açıktır. Buna göre, koruma tedbiri niteliğindeki yargısal hizmetler nedeniyle Devlet'in sorumluluğu kabul edilmiştir. 5271 sayılı CMK'nda yapılan bu düzenlemenin, 6100 sayılı HMK'nun 46 ve devamı hükümleri ile ilişkisi değerlendirilmelidir.

5271 sayılı CMK'nda, maddi ve manevi her türlü zararın Devlet'ten istenebileceği belirtilmiş olup; davanın açılabilmesi ise, karar veya hükmün kesinleşmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu düzenleme ile, koruma tedbirleri bakımından Devlet'in asli ve birincil nitelikte sorumluluğu kabul edilmiştir. Diğer yandan, Devlet'in sorumluluğu için; koruma tedbirlerine ilişkin kurallara aykırı davranılmış olması gerekli ve yeterlidir. Yargı faaliyetinin Devlet'in asli görevleri arasında bulunması ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi uyarınca yerine getirilmesi; ancak, yargısal yetkilerin kullanılması sırasında; genelde, tarafsızlık ilkesinin ihlali görünümünde olan ve mülga HUMK'nun 573'üncü maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen durumların varlığı, hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin nedenini oluşturmaktadır. Sorumluluk davası için, asıl davanın sonuçlanması gerekmediği gibi, ara kararları da 6100 sayılı HMK'nun 46/2'nci maddesi uyarınca dava konusu yapılabilecektir.²⁹⁶ Özellikle, yasaya aykırı tutuklama, yahut tutukluluğun devamına ilişkin ara kararları bakımından; asıl davanın görülmekte bulunması, hukuki sorumluluk savının ileri sürülebilmesine engel teşkil etmemektedir. Yine, sorumluluk davasına dayanak yapılan olgular ile asıl davada yargılama konusu yapılan olgular farklı olduğundan; kesin hüküm ilkesinin, zedelenmesi veya ortadan kaldırılması da söz konusu değildir. Hukuki sorumluluğa ilişkin düzenlemelerden ortaya çıkan bu sonucun, Anayasa'da düzenlenen "Hak Arama Hürriyeti" ile de ilgisi bulunmaktadır. Anayasa'nın 36'ncı maddesine göre;

²⁹⁶ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 154.

*“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”*²⁹⁷

Yukarıda da belirttiğimiz gibi tekrarlayacak olursak 5271 sayılı CMK’nun 141/1-d maddesi ile kanuna uygun olarak tutuklanan kişiye makul sürede hakkında hüküm verilememesi hallerinde devletten tazminat talep edebilme hakkı tanınmış ise de, AİHM’nin Alp ve Diğerleri/Türkiye kararında, 5271 sayılı CMK’nın 142/1 maddesine göre, böyle bir talebin ancak ilgili yargı sürecinin sona ermesinin ardından yapılabileceği, bu nedenle bu hukuk yolunun, mevcut davada olduğu gibi, ulusal yargılama sürecinin devam ettiği koşullarda uygulanamayacağından, 5271 sayılı CMK’nun, AİHS’nin 5/5’inci maddesinin, gerektirdiği üzere, başvurana, AİHS’nin 5/3’üncü maddesi ihlal edilerek hürriyetinden mahrum edildiği için tazminata başvurma hakkını da sağlamadığını belirtmektedir.²⁹⁸

Bu nedenle AİHM, Abdulmecit Öztürk’le ilgili olarak AİHS’nin 5/5’inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM’nin kararında gösterdiği listeye bakıldığında müsnet suça konu olay nedeniyle 14.08.1998 tarihinde tutuklanan Abdulmecit ÖZTÜRK, 01.10.2007 tarihinde dava kesin hükümle sonuçlanmadan tahliye edilmiştir.²⁹⁹

Bu durumda tutuklu kişilerin tazminat talep etmeleri için kararın kesinleşmesini beklemelerini zorunlu kılmak AİHM tarafından kabul edilmemektedir. Maalesef Türk Ceza Yargılamasında uzun süre tutuklu kalmasına rağmen hakkında yerel mahkeme tarafından karar verilmemiş sanık ve şüphelileri görmek mümkündür. Belirsizlik içerisinde belki de yıllarca tutukevinde bekleyen kişinin bir an önce karar verilmesini sağlamak için yargıya başvurusunun engellenmesi de her türlü insani değere aykırıdır.

1086 sayılı HUMK’un 573’üncü maddesinin ilk cümlesinde 6110 sayılı yasa ile değişiklik yapıldıktan sonra hâkime doğrudan doğruya tazminat davası

²⁹⁷ Y. 4. HD. 08.06.2010 tarihli ve 2009/12 E. 2010/7 K. sayılı kararı

²⁹⁸ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/alpvedigerleri18.03.2011.doc>, Alp ve Diğerleri/Türkiye Kararı, (01.05.2011)

²⁹⁹ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/alpvedigerleri18.03.2011.doc>, Alp ve Diğerleri/Türkiye Kararı, (01.05.2011)

açılmayacağı düzenlenmişti. Ancak 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında Devlet tarafından, dava açan kişiye ödenen tazminat nedeniyle sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edileceği belirtilmiştir. 6100 sayılı Kanunun "Yürürlük" maddesi olan 451'inci maddesinde, 6100 sayılı Kanun'un 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu durumda 01. 10.2011 tarihine kadar HUMK 573'üncü maddeye göre açılan tazminat davaları devlet aleyhine açılacak ve hâkime rücu edilemeyecektir. Ancak 01.10.2011 tarihi itibarıyla 6100 sayılı HMK'nun 46 ila 49'uncu maddeleri uyarınca devlet aleyhine "hâkimin hukuki sorumluluğu" nedeniyle açılacak dava sonucunda zarar gören kişiye ödenen tazminat bedelinin sorumlu olan hâkime rücu edilmesi için dava açılması zorunlu hale gelecektir.

6100 sayılı HMK'ya göre zarar gören kişi, hakkındaki davanın kesinleşip kesinleşmediğine bakmaksızın, HMK m. 46'da sayılan hallerle sınırlı olmak üzere devlet aleyhine dava açabilir. HMK m.46'ya göre, genel olarak yargı faaliyetinde bulunan tüm hâkimlerin, maddede sayılan hallerde, talepte bulunan kişinin zarar görmesinde kusurunun bulunduğu iddiası ile hukuk mahkemelerinde dava açılabilmektedir. HMK m. 46, hâkimin yargı faaliyetlerinden dolayı devletin sorumluluğuna ilişkin genel bir maddedir.

5271 sayılı CMK'nun 141 ila 144'üncü maddesi uyarınca açılacak tazminat davası ise yukarıda ayrıntılarını belirttiğimiz şekilde, ceza davalarına münhasır olmak üzere, kişilere uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen hallerde devlet aleyhine yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesinde dava açılabilmektedir. Ancak burada zarar gördüğünü iddia eden kişi iddiasında, yargılamayı yapan hâkimin herhangi bir kusuru olduğuna dayanmayıp, koruma tedbirinin uygulanması sonucunda netice olarak zarar gördüğüne dayanacaktır. Ayrıca zarar gördüğünü iddia eden kişinin 5271 sayılı CMK'nun 141 ila 144'üncü maddelerine göre dava açabilmek için hakkında verilen kararın kesinleşmesini beklemek zorundadır.

2. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 46'ya Göre Tazminat Sebepleri

a) Genel Olarak

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 46'ncı maddesine göre; Hâkimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:

b) Kayırma veya Taraf Tutma yahut Taraflardan Birine Olan Kin Veya Düşmanlık Sebebiyle Hukuka Aykırı Bir Hüküm veya Karar Verilmiş Olması.

Kanun koyucu bu bent ile, hâkimin dava taraflarından biri ile olan dostluk veya düşmanlık hisleri altında hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olmasını bir hukuki sorumluluk hali olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

Hâkimin sorumluluğu sadece verdiği hükümler için değil, tüm kararlar için, yani usûle ilişkin nihai kararlar ile ara kararları da dâhil olmak üzere kabul edilmiştir. Bunun dışında kanunda belirtilmemiş olmasına rağmen hâkimin kasten kanuna veya adalete aykırı karar vermesi gerekir.³⁰⁰

Böylelikle bu bende göre sorumluluk için iki koşul vardır³⁰¹:

- 1- Hâkimin kasten hareket etmesi,
- 2- Hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması

Her iki koşulun da oluşması halinde zarar gören kişi HMK'ya göre hâkimin yargı faaliyetinden kaynaklanan devletten tazminat talep etme hakkı kazanacaktır.

³⁰⁰ Necip Bilge, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 2.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, s.89

³⁰¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu" *AÜHFD*, Ankara 1973, s.243.

c) Sağlanan veya Vaat Edilen Bir Menfaat Sebebiyle Kanuna Aykırı Bir Hüküm veya Karar Verilmiş Olması

Bente düzenlenen hâkimin sorumluluk hali birinci bent hükmündeki sorumluluk haline de dahil edilebilir. Ancak bu iki bent arasında fark vardır. Bu bent hükmüne dayanan sorumluluk için de kast aranacaktır. Fakat buradaki düşünce, birinci bentte olduğu gibi dostluk ve düşmanlığa değil, vaad veya temin olunan menfaate dayanmaktadır.³⁰²

Kanun bir menfaat vaadini dahi sorumluluk için yeterli gördüğüne göre menfaatin karar anında hâkime sağlanmış olması şart değildir. Menfaat tabirine bedava bir seyahat vaad veya temini, bir ziyafet verilmesi, karşılıksız iş görme, bir borçtan kurtarma gibi haller girebilir. Bundan başka menfaatin vaad veya temin edilmiş olması yeterli değildir. Bunun neticesi olarak hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması gerekir. Bu nedenle menfaat elde etmesine rağmen, hukuka uygun hüküm veya karar veren hâkimin bu bent hükmüne göre sorumlu tutulması mümkün değildir. Fakat burada görevi kötüye kullanmaya dayanan bir cezaî sorumluluğun şartları doğmuş olabilir.³⁰³

d) Farklı Bir Anlam Yüklenemeyecek Kadar Açık ve Kesin Bir Kanun Hükümüne Aykırı Karar veya Hüküm Verilmiş Olması

Bu bente göre, hâkimin kusurlu olduğunun kabulü için subjektif bir unsura yer verilmemiş, fakat açıkça kanuna aykırılığın tespiti şartını aramıştır. Bente kast unsuruna yer verilmediği için hâkimin, kanunun açık bir hükmünü basit bir ihmal sonucu çiğnemesi dahi sorumluluğun varlığı için yeterlidir.³⁰⁴

³⁰² Necip Bilge, *Karar Düzeltme*, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 90.

³⁰³ Postacıoğlu, s. 247.

³⁰⁴ İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1970, s. 39.

Hâkim önüne getirilen bir olaya uygulayacağı kanunu ve bu kanunun ilgili hükmünü bizzat araştırarak tespit etmesi gerekmektedir. Tarafların bu hususta yanlış beyanları hâkimi sorumluluktan kurtarmayacaktır.³⁰⁵

e) Duruşma Tutanağında Mevcut Olmayan Bir Sebebe Dayanılarak Hüküm Verilmiş Olması

Bu bentte yazılı hali, 6100 sayılı HMK'nun 156'ncı maddesinin ışığı altında yorumlamak gerekmektedir. Söz konusu maddeye göre, duruşmada yapılan bütün işler sözlü yargılamanın cereyanı tutanak ile ispat edilebileceğinden, hâkim duruşma tutanağına geçirilmeyen bir olaya dayanarak karar verirse, bu olayın aslında duruşma sırasında beyan edilmiş olduğunu ispat etse dahi sorumlu tutulur. Zira belirli bir olayın cereyan ettiğine ilişkin iddianın duruşma sırasında bildirildiği, ancak bunlara ilişkin beyanların zapta geçirilmesi ile ispat edilebilir. Mahkeme kararı iddia ve savunma ile bir bütün teşkil eder. İddia olmadan bir karar verilmesi yok hükmündedir. Böyle bir kararı tatbik eden hâkim bundan dolayı zarar görenin zararını tazmin etmek zorundadır.³⁰⁶

Bu bende göre, hâkimin sorumluluk halinin doğması için de hâkimin kastına veya ağır kusuruna dayanan bir hareketinin varlığı şarttır. Bu nedenle duruşma tutanağına aykırı karar verilmesi hâkimin bir ihmaline dayanıyorsa bu bende dayanan bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır.³⁰⁷

³⁰⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 157; Kılıçoğlu, s. 244.

³⁰⁶ Kılıçoğlu, s. 245.

³⁰⁷ Emcet Belgesay, "Türk Hukukunda Hâkimlerin Hukukî Mesuliyeti (Doktora Tezi)", AÜHFD., S. 14, Ankara 1956, s. 295.

f) Duruşma Tutanakları İle Hüküm veya Kararların Değiştirilmiş Yahut Tahrif Edilmiş veya Söylenmeyen Sözün Hüküm veya Karara Etkili Olacak Şekilde Söylenmiş Gibi Gösterilmiş ve Buna Dayanılarak Hüküm Verilmiş Olması

Bu bende göre, hâkimin sorumlu tutulabilmesi için, hâkimin kasıt veya hilesinin ispat edilmesi gerekir. Bu ise, ancak zabıtnamenin aksinin bir sahtelik davası ile ispat edilmesiyle mümkün olabilir.³⁰⁸ Hâkimin bu bent hükmüne dayanan fiili de aynı zamanda cezaî sorumluluğunu gerektiren suç teşkil eden bir fiildir. Duruşma sırasında dinlenmeyen bir tanığın sanki dinlenmiş gibi ifadelerinin tutanağa geçirilmesi, mevcut olmayan bilirkişi beyanlarına yer verilmiş olması, taraf ifadelerinin sonradan tahrif edilerek değiştirilmesi duruşmaya gelmeyen tarafın gelmiş gibi gösterilmesi hep bu bent hükmüne giren sorumluluk halleridir.³⁰⁹

g) Hakkın Yerine Getirilmesinden Kaçınılmış Olması

Bu sorumluluk sebebi hukuki korunma hakkının bir sonucudur. Yargı görevini üstlenen ve kişilerin kendiliğinden hak almasını yasaklayan Devlet, bu görevi gecikmeksizin en iyi şekilde yerine getirmek zorundadır. Bunu uygulamada gerçekleştirmek için Devlet, yargı görevini üstlenen hâkimlerin yerine getirmeleri gereken bir hakkı yerine getirmekten kaçınmalarını bir sorumluluk sebebi olarak düzenlemiştir. Hâkimin bir dava dilekçesini sebepsiz olarak reddetmesi, gerçek olmayan bahanelerle davayı sürüncemede bırakması hakkı yerine getirmekten kaçınmadır. Hakkın yerine getirilmesinden kaçınma sebebiyle sorumluluk davası açılabilmesi için, mülga 1086 sayılı HUMK'da olduğu gibi noter aracılığıyla bir ihtarname gönderilmesine gerek yoktur.³¹⁰

³⁰⁸ Postacıoğlu, s. 70.

³⁰⁹ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 157.

³¹⁰ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Sevinç Matbaası, Bası 2, Ankara 1968, s. 760.

3. Kusur Unsuru

6100 sayılı HMK m. 46'da 6 bent halinde sadece sorumluluk hallerini saymış, devletin sorumluluğunun diğer şartlarından bahsedilmemiştir. Halbuki burada sorumluluğun söz konusu olması için sorumluluk ile ilgili diğer şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir.³¹¹ Zira burada borçlar hukuku sahasında mevcut olan haksız fiil sorumluluğuna benzer bir sorumluluk hali tanzim edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle burada da hâkimin tazminata mahkum edilebilmesi için kusur, zarar ve illiyet şartları aranacaktır. Sorumluluğun maddî şartlarından olan kusur şartını her bir sorumluluğu incelerken ayrı ayrı ifade etmiştik. Örneğin, birinci bent hükmüne dayanan sorumluluk için hâkimin kasıtlı bir hareketi, beşinci bent hükmüne dayanan sorumluluk için ise kasıt veya hile şeklindeki bir hareketi aranır. Altı bent halinde tespit edilmiş bulunan sorumluluk hallerinin hemen hemen hepsinde kasıt veya ağır kusur şartı aranmaktadır.³¹²

Hâkimin kasıt veya ağır kusuru bulunmadığı, zararın üçüncü bent hükmü dışındaki hallerde bir ihmeline dayandığı durumlarda sorumluluğu cihetine gidilemez. Örneğin, duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebi kasıt olmaksızın mevcutmuş gibi zannıyla dikkate alarak karar veren veya söylenmemiş bir sözü unutkanlık eseri olarak söylenmiş gibi zannederek hüküm veren hâkimi, beşinci bent hükmüne göre sorumlu tutmak mümkün değilse de, üçüncü bent hükmüne dayanan sorumluluğun uygulanması mümkündür. Ancak bu son halde üçüncü bent hükmüne dayanabilmek için de ortada bir ihmalin mevcudiyeti şarttır.³¹³

Hâkimin hukukî sorumluluğu için kusur şartının aranması genel olarak haksız fiiller sahasında hâkim olan kusur prensibinin bir tatbik şeklinden ibarettir. Hâkimin kusurunu tayin ve ihmali takdir ederken müsamahalı davranmak gerekir. Bu

³¹¹ Kuru, s. 761.

³¹² Orhan Özdeş, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet", *Danıştay Dergisi*, Sayı 2, Ankara 1971, s. 9

³¹³ Postacıoğlu, s. 249.

hususta kanunun açık ve amir hükümlerine aykırılık ile basit tefsir ve takdir hatalarını ayırmalıyız. Özellikle takdir konusunda kusur ancak hâkimin görevini açıkça kötüye kullanması halinde söz konusu olmalıdır.³¹⁴

Zarar gören kişinin, hâkimin sorumluluğuna dayanarak 1086 sayılı HUMK'a göre davanın hangi mahkemede açılacağı hususu 575'inci maddede düzenlenmişti. Ancak söz konusu 575'inci madde 6110 sayılı Kanun ile 09.02.2011 tarihinde mülga olmuştur. Mülga sebebi önceki düzenlemenin doğrudan sorumlu hâkime karşı davanın açılma koşullarını göstermesiydi. 6110 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede hâkimin sorumluluğuna dayanılarak açılacak davanın, devlet aleyhine yöneltilebileceği belirtilmişti.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu varken, bu düzenlemenin alelacele yapılması hukuk devleti ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi açısından isabetli olmamıştır. Hatta bu düzenleme, bazı davalardaki hâkim ve savcılara ilişkin yapılmış bir düzenleme olduğu izlenimini vermektedir.³¹⁵

Yine 09.02.2011 tarihinde 6110 sayılı yasa ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa 93/A maddesi olarak aşağıdaki hüküm eklenmiştir;

“Madde 93/A - (Ek madde: 09/02/2011-6110 S.K./12. md.):

Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle:

a) Ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.

b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılamaz.

Devlet aleyhine açılacak tazminat davası ancak dava konusu işlem, faaliyet veya kararın dayanağı olan;

a) Soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunda verilen hükmün,

³¹⁴ Postacıoğlu, s. 249.

³¹⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 154.

b) *Dava sonunda verilen hükmün, kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabilir.*

Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya hükmün kesinleşmesinden önce, hâkim veya savcının söz konusu işlem, faaliyet veya kararıyla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanmaktan mahkûmiyeti hâlinde ise tazminat davası bu hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılabilir.

Devlet, ödediği tazminattan dolayı, tazminat davasına konu işlem, faaliyet veya kararlarla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkim veya savcıya rücu eder.

Kanun yoluna başvurulması için miktar veya değere ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar, hâkim ve savcıların işlem, faaliyet veya kararlarına dayanılarak açılan her türlü tazminat ve rücu davalarında uygulanmaz.

Hâkim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle Devlet aleyhine açılacak tazminat davaları ile rücu davalarında bu madde hükümleri; bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde ise ilgisine göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

Bu madde hükümleri;

a) *Yüksek mahkemelerin başkanları, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar,*

b) *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu müfettişleri ile adalet müfettişlerinin, yetkilerini kullanırken yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar, nedeniyle açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanır.”*

Eklenen bu hükmün en önemli yönü, hâkimlerin haksız fiil, kişisel kusur, diğer sorumluluk sebeplerinden dolayı birinci derecede sorumlu olmayacaklarıdır. Buna göre sorumluluk sebepleri dışında bir zarara sebebiyet verse bile, birinci derecede

sorumlu olmayacak, zarar gören kişi önce Devlete tazminat davası açacak, daha sonra Devlet ödediği tazminat oranında hâkime rücu edecektir. Bu tür bir korumanın hiçbir hukuki gerekçesi bulunmamaktadır. Hâkimin yargısal faaliyetlerinden dolayı sınırlı hallerde verilmiş zararlardan Devlet birinci derecede sorumlu tutulurken bunun amacı açıktır. Ancak hâkimin haksız fiil sebebiyle verdiği zararlardan devletin sorumlu tutulmasının hiçbir hukuk nedeni bulunmamaktadır. Neden Devlet avukata saldırıda bulunan, hakaret eden, stajyer avukatın bilgisayarını kıran hâkimin sebep olduğu zararlarından birinci derecede zararlardan sorumlu tutulmasının düzenlendiği anlaşılamamaktadır.³¹⁶

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 47'inci maddesinde, devlet aleyhine hâkimin sorumluluğuna dayanarak açılacak tazminat davasının hangi mahkemede açılacağı gösterilmiştir. Buna göre, Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca; bu Kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılır. Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası ise, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür.

³¹⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 156.

4. 1086 Sayılı HUMK'un 573'üncü Maddesinin İlk Cümlesinde Yapılan Değişiklik De Göz Önünde Bulundurarak Haksız Olarak Tutuklama Tedbiri Nedeniyle Zarar Gören Kişilerin Doğrudan Hâkime Yönelik Olarak Dava Açamalarının Değerlendirilmesi

İngiltere'de hâkimlerin beyaz peruk takmaları zorunludur. Hâkimlerin peruk takma geleneği yargılanan kişiler tarafından mahkeme dışında teşhis edilememeleri için getirilmiştir. Peruk aynı zamanda hâkimin bağımsızlık sembolüdür. Önyargısı olmadan, özel kişiliğini rafa kaldırarak, profesyonelce ve hukuk bilgisiyle aydın bir duruşun sembolüdür.³¹⁷ 2007 yılında peruk tüketiminden tasarruf amacıyla hâkimlerin peruk takma zorunluluğu, ceza hâkimleri hariç tutularak kaldırılmıştır. Bu duruma İngiliz kamuoyu “mesleğin büyüsünün bozulması” nedeniyle büyük tepki göstermiştir.³¹⁸ İngiliz örneğini inceleyecek olursak Anglo Sakson hukukunda hâkimlerin yargılama faaliyeti sırasında kendi kişiliklerinden sıyrılarak birbirine benzeyen “hâkim” kavramı içerisine girdikleri ve toplum tarafından kişi olarak değil yargıyı temsil eden bir başka varlık olarak algılandıklarını görüyoruz.

Hâkimin sorumsuz bir varlık olduğu inancı, İngiltere'de hâkimlerin kişisel sorumluluğunun kabulünü getirmiştir. İngiltere'de kanuna aykırı olarak yakalanan kimseler, haksız tutuklanma sebebiyle zarara uğradıkları iddiası ile ceza davası açabilirler. Kanuna aykırı olarak kişilerin özgürlüğünün kısıtlandığı her durum yazılı hukuka nazaran para cezası veya kısa süreli hapis cezası gerektiren bir kabahat (misdemeanour) teşkil eder. Haksız yakalama, ayrıca haksız işlem sayılarak tazminat davasına esas teşkil eder. “The King can do no wrong – Kral yanlış hareket etmez” kuralı gereğince, yargıçlar ve Tac'ın temsilcisi olarak hareket eden polis memurları aleyhine haksız tutuklama kararları dolayısıyla tazminat davası açılmaz. İngiltere'de Kralın bizzat başkanlık ettiği yüksek mahkeme olan “King's Bench”'in 11.04.1930 tarihli bir kararında bu husus özellikle vurgulanmış ve polis memurunun eylemleri sırasında Tac'ın temsilcisi gibi hareket ettiği açıklanmıştır. Buna göre de, Tac'ın

³¹⁷ <http://www.hurriyet.com.tr/pazar/15552609.asp> (13.05.2011)

³¹⁸ <http://www.dunyabulteni.net/index.php?aType=haberYazdir&ArticleID=18758&tip=arhaber> (13.05.2011)

hiçbir zaman suç işlemeyeceği ortada olduğundan polisin de davalı olarak yargılanması mümkün değildir. Ancak haksızlığa uğrayan kişinin zarar ve ziyanını kanuna aykırı hareket eden polis memuru karşılamakla yükümlüdür.³¹⁹ Sonuç olarak yargıca karşı dava açılmazken yargıç olan kişi aleyhine şahsi dava hem cezai açıdan hem de hukuki açıdan açılabilecektir.

İngiltere’de yüzyıllardır uygulanan kralın sorumsuzluğu ilkesinin bir gereği olarak kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğu ilkesi, kamu görevini yürüten kişilerin üzerinde ağır bir manevi yük teşkil etmesi bakımından kanımızca olumsuz bir durumdur. Şunu unutmamak gerekir ki ülkemizdeki yargının iş yükü ile hiçbir Avrupa ülkesi mukayese edilemeyecek düzeydedir.³²⁰

Türkiye Cumhuriyetinde hâkimler, HUMK’nda yargı görevini yerine getirmeleri sırasında verdikleri zararlardan bizzat sorumlu tutulmuşlardı. Günümüzde idare hukukunda idarenin eylem ve işlemlerinden birinci derecede devletin sorumluluğu kabul edilmişken Anayasanın 129’uncu maddesinde ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13’üncü maddesinde bu husus düzenlenmişken, hâkimlerin bizzat sorumlu tutulması isabetli değildi.³²¹ HMK ile hâkimlerin birinci derecede sorumluluğu yerine, devletin birinci derecede sorumluluğu kabul edilmiştir. Mülga HUMK m. 573’ündeki 09.02.2011 tarihli değişikliğinden önceki dönemde Yargıtay başkan ve üyelerine karşı görevle ilgili suçtan dolayı Anayasa Mahkemesi tarafından ceza sorumluluğu hakkında karar verilmeden tazminat davası açılmayacağı kabul edilmekteydi.³²²

³¹⁹ Alacakaptan, s. 201.

³²⁰ “...Ormandan izinsiz çalı çırpı toplamaktan bile son 2 yılda adliyelere 4 bin dosya geldi..., ...20 10 yılında ceza mahkemelerinin verdiği 270.000 karar temyiz incelemesi için Yargıtay’a gönderildi..., ...Yargıtay’da bekleyen dosya sayısının 1 buçuk milyon olduğu, Danıştay’da ise daire başına ortalama 27.000 dosya düştüğü...”, <http://www.trtfrench.net/Haber/HaberDetay.aspx?HaberKodu=73cba0f0-c96e-4044-8764-1d917c6133ca> (14.05.2011)

³²¹ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 152.

³²² Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 152-153 : “ *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.01.2000 tarih ve 2000/1 E. ve 2000/1 K. sayılı kararı ile 18.11.2009 tarih ve 2009/2 E. 2009/3 K. sayılı kararlarında, Yargıtay üyelerinin de ‘geniş anlamda’ hâkim kapsamında sayılacağını söylemesine rağmen, Anayasa m. 148/III’de belirtilen Yargıtay üyelerinin cezai sorumluluğuna ilişkin hükümlerin geniş yorumlayarak hukuki sorumluluğa da teşmil*

Ülkemizde haksız tutuklamanın sebep olduğu zararlar dolayısıyla hâkimin kişisel olarak sorumlu tutulması yoluna gidilmesi durumunda karşılaşılabilecek ilk sakınca, yargıçların, hüküm ve kararlarında hiçbir baskı veya tesire kapılmadan iş görmelerindeki kamu yararının zedelenecek olmasıdır. Zira hâkim, ya önüne getirilen sanığın soruşturma sonunda suçsuz olduğunun meydana çıkması ihtimalini düşünerek ve herhangi bir mali sorumluluğa muhatap olmamak için tutma kararı vermeyecek veya tutuklama kararı vermesi halinde gelecekte meydana gelebilecek bir zarardan kurtulmak için, hakkında tutma kararı vermiş olduğu sanığı mutlaka mahkum edebilmenin yollarını araştıracaktır.³²³

Devletin birinci derecede sorumlu tutulmasının nedeni hâkimlerin doğrudan sorumluluk davası ile karşı karşıya kalmasını önlemektir. Alman, Fransız ve Avusturya hukukunda da hâkimlerin vermiş olduğu zararlardan devlet birinci derecede sorumlu tutulmuştur. Devletin sorumluluğunun kabulü ile zarar gören kişinin zararını tam ve eksiksiz olarak tahsil edebilmesi sağlanmak istenmiştir. Zira hâkim her zaman sorumlu olduğu zararı karşılayabilecek durumda olmayabilir. Böylelikle hak arayanların yargı içinde hâkimin kararından ötürü gördüğü zararı daha kolay ve tam olarak elde edebilmesi amaçlanmıştır.³²⁴

Tüm bu açıklamalar ışığında haksız tutuklamalardan doğan mağduriyetin Devlet'in kusursuz sorumluluğu uyarınca bir an önce giderilmesi gerekmektedir. Zarar gören kişi ister 5271 sayılı CMK'nun 141 ila 144'üncü maddelerine dayanarak, hakkındaki kararın kesinleşmesi sonrası yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesinde dava açsın, isterse de hâkimin sorumluluğu olduğunu düşündüğü için 6100 sayılı

etmektedir. Yargıtay üyeleri bakımından böyle bir sınırlama söz konusu iken, Hukuk Genel Kurulunun 2009 tarihli kararında, Yargıtay tetkik hâkimlerinin normal 'hâkim' sınıfından sayıldığı, bu sebeple onlar için HUMK m. 573'deki sorumluluğun söz konusu olabileceği, bu durumda il asliye hukuk hâkimlerine paralel şekilde sorumlu tutulabilecekleri ve ilgili Yargıtay dairesinin bu konudaki yargılamayı yapacağı belirtilmiştir. Bunun kendi içinde bir çıkamaz da barındırdığı açıktır. Çünkü, Yargıtay kararlarında asıl imzası bulunan ve sorumlu olanlar Yargıtay üyeleridir; onların tetkik hâkimlerinin görüşünü benimsemeleri halinde bir kararın çıkması mümkün değildir. Böyle bir durumda örneğin tetkik hâkimini sorumlu tutup ilgili üye ya da üyeleri sorumlu tutmamayı izah oldukça güçtür. Ancak HMK m. 46 gerekçesindeki 'hâkim' kavramına yargı yetkisini kullanan tüm hâkimlerin dahil olduğuna ilişkin ifadeden sonra bu tezat ortadan kalkmış olacaktır."

³²³ Alacakaptan, s. 200.

³²⁴ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 154.

HMK'nun 47'inci maddesi uyarınca yetkili mahkemede devlet aleyhine dava açsın, zarar mümkün mertebe karşılanarak, tatmin edilmelidir. Tazmin anlayışının temelinde "eski hale getirme" kabul edilmiş ise de, bir insanın özgürlüğünden 1 dakika bile haksız yere mahrum edilmesine hiçbir bedel biçilemez. Ancak kişinin bir şekilde haksızlığa uğramış olmasının bedeli ne olursa olsun yargılama görevini yürüten hâkime ödettilmemelidir. Zira hâkimin kasıtlı davrandığı tespit edilmediği sürece hakkında soruşturma dahi açılmamalıdır. Aksi takdirde hâkim üzerinde manevi bir baskı hissedecek ve koruma tedbirlerini uygulamaktan kaçınacak, böylece maddi gerçek tespit edilemeyecektir.

HMK m. 46/2'ye göre, tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması veya mahkûmiyet şartına bağlanamaz. Kanımızca hakkında hiçbir soruşturma bulunmayan hâkimin yargılama faaliyetlerinden dolayı HMK m. 46'da yer alan sebeplere dayanılarak istenildiği zaman dava açılabilmesi ister istemez hâkimler üzerinde baskı oluşturmaktadır. Zira böyle bir dava kendisine yönelik açılmasa dahi devletin tazminata mahkum olması halinde sorumlu hâkim bizzat sorumlu olacağından hâkim üzerinde tedirginlik yaratmaktadır. Çünkü devlet ödemiş olduğu tazminat nedeniyle sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edeceği HMK m. 46/3'te düzenlenmiştir. Bu hüküm emredici nitelikte olduğundan Devletin sorumlu hâkime rücu etme konusunda bir takdir yetkisi yoktur.

325

Hâkim ikinci derecede sorumlu olsa da her kararından sonra sorumlu tutulması, birçok kişinin hâkimlik mesleğini tercih etmemesine neden oluşturabilecektir. Bu sebeple hâkimlerin vermiş oldukları kararlardan ötürü sadece hâkimin ağır ihmal veya kasıtlı oldukları hallerde devletin sorumluluğu kabul edilmiştir. Bunun bir diğer nedeni de hâkimin kanuna aykırı kararına karşı tarafların kanun yoluna başvurarak bu kararın bozulmasını sağlama imkânlarının bulunmasıdır. Borçlar Kanununda müterafik kusur nedeniyle tazminatta nasıl indirim görülmüşse, burada da tarafların verilen hükme karşı istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurma imkânları

³²⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 154.

bulduğundan, hâkimin verdiği kararın sırf kanuna aykırı olması halinde devletin sorumluluğu kabul edilmemiştir.³²⁶

H. HAKSIZ TUTUKLAMADA ÖDENECEK TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak Haksız Tutuklama Tazminatının Hukuki Niteliği Sorunu

Yargının işlem ve faaliyetlerinden devletin sorumluluğu kavramı Türk hukukuna haksız yakalama ve tutuklamalarda devletin tazminat ödemesi şeklinde 1964 tarihli 466 sayılı Kanunla girmiş olduğundan, devlet tarafından ödenecek tazminatın kapsamını belirlemek kadar, bu sorumluluğun hukuki dayanağını da açıklamak büyük önem taşımaktadır.³²⁷

Bir hâkim tarafından verilen karar kesinleştikten sonra, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı tartışılmaz. Bunun istisnasını yargılamanın iadesi teşkil etmektedir. Bunun dışında 6100 sayılı HMK'na göre “hâkimin hukuki sorumluluğu davası”nda da hâkim tarafından verilen kararın hukuka uygun olup olmadığı tartışılmaktadır. Ancak bu durumda hâkimin verdiği kararın değiştirilmesi değil, bu karar dolayısıyla uğranılan zararın tazmin edilmesi amacı hâkimdir. Bundan dolayı, hâkimin hukuki sorumluluğu kesin hüküm kuralının bir istisnasını teşkil etmez. Zira hâkim aleyhine açılan tazminat davası bu davanın açılmasına yol açan esas davadan, gerek davanın konusu, gerekse taraflar bakımından tamamen farklıdır.³²⁸

Osmanlı Devletinde “İdarenin, işlem ve eylemlerinden sorumsuzluğu ilkesi” benimsenmişken, Türkiye Cumhuriyeti’nde “idarenin sorumluluğu” ilkesi Cumhuriyet döneminde ortaya çıkmış bir kavram olup, özel hukuk alanındaki kusurlu ve kusursuz sorumluluk ilkeleri, İdare Hukuku alanına bu hukuk dalının

³²⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 154.

³²⁷ Durmuş Tezcan, *Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)*, Ankara 1989, s. 102.

³²⁸ Kılıçoğlu, s. 232.

özellikleri dikkate alınarak aktarılmış ve bir yandan hizmetin kötü işlemesi, geçiştirilmesi ve hiç işlememesi şeklinde “ hizmet kusuruna dayalı sorumluluk” ile “hasar ilkesi” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” şeklinde “kusursuz sorumluluk” kabul edilmiştir.³²⁹

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 19’uncu maddesi, kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkindir. Bu maddede yakalama ve tutuklamalara ilişkin esaslara yer verilmiş ve maddenin son fıkrasında, bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararın, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devlet tarafından ödeneceği belirtilmiştir. Bu durumda Türkiye Cumhuriyeti’nde yargısal işlemlerden olan haksız yakalama ve tutuklamalar dolayısıyla devletin birinci derecede sorumluluk üstlendiğini görmekteyiz.

Alt normlara baktığımızda ise, 5271 sayılı CMK’nunun 141’inci maddesinin 1’inci fıkrasının son cümlesinde, haksız koruma tedbirleri nedeniyle maddede belirtilen kişilerin, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilecekleri belirtilmiştir. Yine mülga 1086 sayılı HUMK’nda ve 6100 sayılı HMK’nda hâkimin sorumluluğuna dayanılarak açılacak tazminat davalarının devlet aleyhine açılacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi hâkimlerin yargılama faaliyetleri nedeniyle verdikleri kararlar nedeniyle ortaya bir zarar çıkmış ise Devlet öncelikle tazminatı ödeyecektir. Daha sonra ise ilgisine rücu edecektir. Rücu edilen kişinin tazminatı ödeyememe tehlikesi de söz konusu olduğu için, Devlet’in sorumluluk aldığı net bir şekilde ortadadır.

5271 sayılı CMK’nun 143’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında Devlet’in ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu edeceği belirtilmiştir. Yine 6100 sayılı HMK’nun 46’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasında Devlet’in kişiye ödediği tazminat nedeniyle, ödeme tarihinden itibaren en geç bir yıl içerisinde ilgili hâkim aleyhine rücu edeceği belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti

³²⁹ Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Sevinç Matbaası, 6.Bası, Ankara 1983, s. 226 vd.; Tezcan, s. 102.

Anayasası'nda hâkimlerin kusurları nedeniyle Devlet'in tazminat ödemesi halinde, sorumlu hâkime rücu edileceğine dair bir düzenleme bulunmamakta ise de, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında kişilerin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradıkları zararın da, kanuna göre, Devlet tarafından tazmin edileceği belirtilmiş, ancak devletin de sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu vurgulanmıştır. Böylelikle devlet yargısal faaliyetler nedeniyle kaynaklanan zararları birincil olarak üstlenmiş ise de, zararın doğmasına sebep olan sorumlu hâkimi, ikincil sorumlu olarak kabul etmiştir.

Genel bir hüküm bulunmaması sebebiyle yargı kararlarından devletin sorumluluğu sadece söz konusu kanunların öngördüğü sınırlar içerisinde kalmakta ve öngörülme-yen konularda, örnek olarak hakkındaki davanın düşmesi nedeniyle sona ererek sonuçsuz kalması durumunda olduğu gibi, tazminat ödenmemektedir.³³⁰

Devletin sorumluluğuna ilişkin Özel Hukuk ve İdare Hukuku alanında ileri sürülen görüşlerin ışığında haksız yakalama ve tutuklamaya dayalı olarak devletin yargısal işlem ve eylemlerinden doğan tazminat yükümlülüğünün niteliği konusundaki iki farklı görüş vardır. Bunlar "haksız fiil sorumluluğu" ve "idari sorumluluk" olarak adlandırılabilir.³³¹

2. Haksız Fiil Sorumluluğu

Bıçer'e göre, Devletin haksız yakalama ve tutuklama gibi, yargı işlemlerinden belli sınırlar içinde sorumlu tutulduğunu gösteren kanun hükümlerinin bulunması göz önünde tutulduğunda, kişilik haklarının hukuka aykırı yargı kararlarıyla, ihlalinden kaynaklanan sözleşme dışı bir haksız fiil sorumluluğu niteliğindedir. Kişilerin kendi özgürlükleri üzerindeki hakkı, Türk Medeni Kanunu³³², nun 23'üncü maddesinde ifadesini bulan kişilik haklarının bir parçasıdır. Devlet kişiyi haksız olarak yakalamak veya tutuklamakla kişileri hareket serbestisinden, çalışma özgürlüğünden

³³⁰ Tezcan, s. 103.

³³¹ Tezcan, s. 104

³³² 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(R.G. 08.12.2001/24607)

yoksun bırakmaktadır. Bunu gerçekleştiren kamu görevlisinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, objektif sorumluluk ilkeleri çerçevesinde devletin sorumluluğu belirlenir. Devletin haksız yakalama ve tutuklamadan doğan sorumluluğunun altında “hukuk devleti, anlayışı” içinde “sözleşme dışı verilen zararın giderilmesi düşüncesi” yatar³³³. 466 sayılı Kanun, 5271 sayılı CMK’nun 141 ila 144’üncü maddeleri, mülga 1086 sayılı HUMK’nun 573’üncü maddesi ve 6100 sayılı HMK’nun 46 ila 49’uncu maddeleri bu tür muameleye tabi kılınmış kimsenin bütün zararlarını karşılamayı devlete yüklediğine ve 5271 sayılı CMK’ya göre yapılacak tazminat taleplerine ilişkin yargılama görevini bir adliye mahkemesi olan Ağır Ceza Mahkemesine verdiği göre, devletin kusursuz haksız fiil sorumluluğu kabul edilmiş olmaktadır.

Devletin bu tazminatla ilgili sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilirse, bundan şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

a) Genel af ilan edilmesi halinde yürümekte olan ceza davasının ortadan kalkması, ceza davasının hukuki sonuçlarını etkilemez. Bunun sonucu olarak ilk mahkumiyet kararı genel affa kalkmış olsa bile, haksız fiil sorumluluğu açısından geçerliliğini korur ve daha önce aynı cins suçtan hükümlü olmamak şartına bağlı olarak açılacak tazminat davasını engeller.³³⁴ Bir başka deyişle kanun koyucunun daha önce “aynı cins suçtan hükümlü kişilere haksız yakalama ve tutuklama tazminatı ödenmez” kuralının uygulanması açısından affa uğrayan ilk ceza hükmü tazminat açısından geçerliliğini sürdürür.³³⁵

b) Haksız fiil sorumluluğu, beraat kararına dayanılarak açılan tazminat davalarında, hâkimin beraat kararına esas teşkil eden olayı incelemesi ve örneğin Yargıtay incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bir beraat kararının sübut delilleri yönünden mahkumiyeti gerektirecek bir niteliğe ve dolayısıyla da, sırf kendi kusurlu davranışıyla, hakkında bu davanın açılmasına sebebiyet verdiği sonucuna varması halinde, tazminat davasını reddetmesi gerekir. Bu konuda 02.05.1977 tarihli ve

³³³ Yılmaz Biçer, “Haksız Tutuklananlara Devlet Ödencesi”, *Yargıtay Dergisi*, Sayı :1-2, Ankara Ocak-Nisan 1978, s.101-103.

³³⁴ Biçer, s. 101.

³³⁵ Tezcan, s. 106.

1977/1 E., 1971/1 K. sayılı İctihadı Birleştirme Kurulu Kararı yol göstericidir. Söz konusu İctihadı Birleştirme Kurulu Kararında yer alan karşıt görüşe göre, 466 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde ele alınan ihmal veya kusurlu hareketlerin anlaşılabilmesinde, beraat hükmüne konu olan ceza dosyasının eksiksiz olarak incelenmesine bağlıdır. Aksi halde eksik incelemeye dayanan ve isabetli olmayan beraat hükümlerinden yararlanılarak devletten haksız tazminat alma eğilimlerinin yasa koyucunun amacına aykırı olarak gelişmesini önlemek mümkün olmayacaktır. Sosyal koşulların da gözönünde tutulması sonunda, delil durumunun incelenmesi kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Tazminat taleplerinin, özel hukuk ve özellikle borçlar hukuku kurallarına dayanarak halledileceği düşüncesi ile bu konuya ait taleplere hukuk hâkimleri tarafından bakılması gerekse de; tutuklama ve yakalamanın haksızlığını takdir, ilgili ceza dosyasının tetkikine bağlı bulunması ve bu konunun da bir uzmanlık işi olması sebepleriyle tazminat davasının ceza mahkemesi tarafından halledilmesinde yasal bir sakınca yoktur. Zira ceza mahkemeleri de hukuk mahkemeleri gibi yerine göre tazminat miktarını tayin etmektedirler. Bu açıklamalara göre;

- 1) Kişinin haksız olarak tutuklandığı anlaşılmalıdır.
- 2) Davacının tazminat isteği borçlar kanunundaki kurallar göz önünde tutularak halledilmelidir.
- 3) Bu işlerin hukuk mahkemeleri yerine ceza mahkemesine verilmesi, tazminatın bir ceza takibi ile ilgili unsurlara dayanmasından ileri gelmektedir
- 4) İşe hukuk hâkimi yerine ceza hâkiminin bakması davanın hukukî niteliğini değiştiremez.³³⁶

Tazminat davasında, hâkim, 818 sayılı BK'nun 53 ve 5271 sayılı CMK'nun 141 ila 144'üncü maddeleri doğrultusunda davacının kusurlu olup olmadığını araştırarak, karar vermek zorundadır. Bu durumda, bir tür hukuk davasına bakmak durumunda olan Ağır Ceza Mahkemesinin açıklanan kurallara dayanarak ceza mahkemesinin beraat kararına bağlı kalmadan dosyadaki delilleri serbestçe incelemeye yetkili olmalıdır. Ancak söz konusu İctihadı Birleştirme Genel Kurulu

³³⁶ YİBGK, 02.05.1977 tarihli ve 1977/1 E., 1971/1 K. sayılı kararı (R.G. 11.06.1977/15963)

sonucunda 466 sayılı Kanunun, Ağır Ceza Mahkemesine, tazminat isteğini incelerken davacı hakkında beraat ettiği suçtan dolayı yeniden delil toplamak yetkisini tanımadığını, tazminat için kesinleşmiş beraat kararını “kesin delil” saydığını belirtmiştir. 466 sayılı Kanunun 3’üncü maddesinde yer alan “her türlü inceleme”ye ilişkin hükümlerle 2, 3 ve 4’üncü maddelerde öngörülen “beraat kararının kesinleşip kesinleşmediği, üç aylık başvurma süresi, dilekçe ve belgeler ve sanığın tutuklamaya ihmali veya kusurlu hareketleri ile neden olup olmadığı” gibi unsurların incelenmesini kastedildiği vurgulanmıştır. Buna göre; çoğunluğun görüşü: Ağır Ceza Mahkemesinin tazminat istemine esas olan beraat kararını delil yönünden incelenmesine yasal olanak bulunmadığı, buna karşılık beraata ait 466 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinde belirtilen «sanığın, ihmali veya kusurlu hareketlerinin» neden olup olmadığı hususlarını ve diğer maddelerde yer alan unsurları incelemesi gerektiği şeklinde oluşmuştur.

c) Devletten haksız yakalama veya tutuklama sebebiyle tazminat talebinde bulunmak, Hazine Müsteşarlığı aleyhine haksız fiil davası açmak anlamına gelmektedir. Bu dava adliye mahkemelerinde görülmektedir. Fakat yargılama görevinin adliye mahkemelerinden sadece Ağır Ceza Mahkemelerine verilmiş olması, ceza davalarında uzmanlaşmış bir mahkemeye işin çözdürülmesi amacından kaynaklanmaktadır³³⁷. Ancak açılan bu davada Hazine’nin hasım gösterilmesi, sadece temyiz hakkı yönünden Cumhuriyet Savcılığına ve Hazine’ye yetki tanınması, bu tazminat davasının haksız fiile dayalı tazminat davasının tabi olduğu kurallardan biraz farklı bir usulün benimsendiğini gösterirse de, bu durum, işin özde haksız fiil davası olmasına ilişkin özelliğini değiştirmez³³⁸.

d) Haksız fiile dayalı tazminat davasında, davacının her türlü zararı karşılanır. 466 sayılı Kanunda ve CMK’nun 141’inci maddesinin 1’inci fıkrasının son cümlesinde “her türlü zarardan” söz edildiğine göre, bu zarar haksız fiil

³³⁷ Biçer, s. 115.

³³⁸ Tezcan, s. 107.

sorumluluğunda olduğu gibi, maddi ve manevi zararlardan sorumluluk olarak anlaşılır.³³⁹ Nitekim, Yargıtay İçtihatları da, bu durumu destekler mahiyettedir³⁴⁰.

3. İdari Sorumluluk

İdari sorumluluk görüşüne göre; Devlet teşkilatında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının idareyi meydana getirmesi karşısında, Devletin idari işlem ve eylemleri kadar kanun ile düzenlediği oranda yasama ve yargı faaliyetinin de işlem ve eylemlerinden sorumluluğu söz konusudur. Bu nedenle devleti oluşturan tüm kuvvetler açısından Devlet'in sorumluluk kuralları aynıdır.³⁴¹

17'nci ve 18'inci yüzyıllardaki mutlakiyet rejimlerinde idare, kamu selameti ve refahı için gerekli gördüğü tedbiri almak, bu arada kişilerin haklarına müdahale etmek, onlara külfetler yüklemek kudret ve yetkisine sahipti. Bu dönemde devlet mutlak olarak egemen olduğundan idari eylem ve işlemlerinden dolayı hiçbir organa hesap vermek zorunda değildi. Kaynağı ne olursa olsun, devlet anlayışının ortak niteliği; devletin tek başına sahip ve temsilcisinin hükümdar olmasıydı. Kamu görevlileri ancak hükümdar adına işlem ve eylemde bulunabilirlerdi. Bu nedenle devletin vatandaşa karşı sorumluluğu sonuç olarak hükümdarın sorumluluğunu

³³⁹ Tezcan, s. 107.

³⁴⁰ "...dosya münderecatına göre davacının tutuklu kaldığı günler için lehine yazılı miktarda maddi ve manevi tazminata hükmolunmasında davalı vekilinin usule, tazminata hükmedilmesinin yersizliğine yönelen ve yerinde görülmeyen itirazlarının reddiyle, hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi onanmasına..." (Y.1.CD. 23.12.2010 tarih ve 2010/5124 E., 2010/8342 K. sayılı kararı); "...dosya münderecatına göre davacının tutuklu kaldığı günler için lehine yazılı miktarda maddi ve manevi tazminata hükmolunmasında yasaya aykırı bir husus bulunmadığından, davacı vekili ile davalı vekilinin dilekçesinde yazılı itirazlarının reddiyle, hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi onanmasına..."(Y. 1. CD. 23.11.2010 tarih ve 2010/3011 E., 2010/7845 K. sayılı kararı); "...dosya münderecatına göre davacının tutuklu kaldığı günler için lehine yazılı miktarlarda maddi ve manevi tazminata hükmolunmasında kanuna aykırı bir husus bulunmadığından, davalı hazine vekilinin dilekçesinde yazılı sair itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi onanmasına..."(Y. 1. CD. 09.11.2010 tarih ve 2010/3054 E., 2010/7317 K. sayılı kararı).

³⁴¹ Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 3.

gerektirirdi ki, bu sorumluluğun gereğinin yerine getirilmesi dönem itibariyle imkânsızdı.³⁴²

19'uncu yüzyıldan itibaren, idarenin organlarının ve temsilcilerinin de sorumlu tutulabileceği düşüncesi doğmaya ve gelişmeye başlayınca önce ajanların sonra da idarenin çalışmaya başlamaları ile verdikleri zararları ayrı ayrı veya ortaklaşa ödemeleri gerektiği kabul edilmiştir. Nitekim Fransa'da gerek kamu tüzel kişilerinin gerek organ ve ajanların sorumluluğu ilkesi ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1946 tarihli Haksız Fiilden Sorumluluk Kanunu yürürlüğe girinceye kadar devletin ve organlarının sorumluluğu ilkesi geçerli ajanların sorumluluğu ile sıkı kayıt ve şartlara bağlı iken, anılan kanunlarla bu ülkelerde de idarenin ve ajanların sorumluluğu esası kabul edilmiştir. Batı Avrupa ülkelerinden Almanya, Belçika, İsviçre ve İtalya'da da idarenin organ ve ajanlarından sorumluluğu konusundaki gelişmeler hemen hemen aynı gelişim sürecini takip etmişlerdir.³⁴³

Ülkemizde idarenin eylem ve işlemlerinden sorumlu olması ilk defa 1924 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Danıştay'ın kurulması ile sağlanmıştır. Böylelikle idarenin işlemleri bir yargı organı tarafından denetlenebilir bir hale gelmiştir.³⁴⁴

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125'inci maddesinin ilk fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilirken, 19'uncu maddesinin son cümlesinde, bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre devletçe ödeneceği belirtilmiştir. Böylelikle devletin yargı faaliyetlerinden dolayı sorumluluğu üstlendiğini görmekteyiz.

Devlet'in yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinden sorumluluğunun her organın kendi özelliklerinden kaynaklanan bazı farklılıkları içermesi doğal olmakla birlikte devletin sorumluluğunun kabul edildiği tüm durumlarda, bu sorumluluğun

³⁴² Duran, s. 4

³⁴³ Atilla İnan, "Devletin Kusursuz Sorumluluğu", <http://www.atillainan.com.tr> (12.05.2011)

³⁴⁴ İnan, <http://www.atillainan.com.tr> (12.05.2011)

temelinde hukuk devleti, kamu külfetleri karşısında eşitlik imkân ve fırsat eşitliği gibi ilkeler yatmaktadır.³⁴⁵

Bunun dışında risk (hasar), külfetlerin denkleştirilmesi, hakkaniyet ve özgürlüğün kamulaştırılması şeklindeki fedakârlıkların denkleştirilmesinin değişik türlerini oluşturan görüşlerle Devletin İdari işlem ve eylemlerden ve dolayısıyla da yargı işlem ve eylemlerinden sorumluluğunun objektif idari sorumluluk kurallarıyla açıklanabileceği söylenebilir. Bu durumda, haksız yakalama ve tutuklamalar, bu değişik görüşlere göre, kanunda gösterilen ilke ve sınırlamalar çerçevesinde, genel idari sorumluluk rejimine tabii olan bir sorumluluk türüdür. Kusura dayalı olduğu zaman, hizmet kusuruna göre, kusurun bulunmadığı hallerde de, 5271 sayılı CMK'nun 141 ila 144'üncü maddelerinde öngörülmüş idari kusursuz sorumluluk kurallarına göre, bu tazminat belirlenecektir³⁴⁶.

İdarenin sorumluluk rejimini açıklayan teoriler hizmet kusuru sorumluluğu görüşü, özgürlüğün kamulaştırılması görüşü, fedakarlığın denkleştirilmesi görüşü ve idari kusursuz sorumluluk görüşü şeklinde sayılabilir.

a) Hizmet Kusuru Sorumluluğu Görüşü

Devletin organı olan idare gibi yargı da, yargı hizmetinin hiç işlememesinden, geç veya kötü işlemesinden sorumludur. Ancak bu sorumluluğun çerçevesini kanun düzenler. Gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 19'uncu maddesinin son fıkrası, gerek 466 sayılı Kanun ve gerekse de 5271 sayılı CMK'nun 141 İla 144'üncü maddeleri dikkate alındığında haksız yakalama ve tutuklamalar ile ilgili olarak Devlet'in sorumluluğu kabul edilmiştir.

Bu durumda haksız yakalama ve tutuklama, yargı faaliyetinin düzgün ve kanuna uygun işlememesine dayanıyorsa, bunun devletçe hizmet kusuruna dayalı olarak tazmin edilmesi gerekir. Çünkü hukuk devleti anlayışının bir sonucu olarak

³⁴⁵ Gözübüyük, s. 228.

³⁴⁶ Tezcan, s. 109.

devlet, yargı görevini yerine getirirken, kişi güvenliğini gözetmek ve onlara zarar vermemekle yükümlüdür. Yargı hizmetleri de, yargı denetimine tabi olmalı ve hizmet kusuru varsa tazmin edilmelidir.³⁴⁷ Yargı hizmetinin kusurlu olmadığı tespit edilmiş ancak kişi sonuç olarak Devlet'in yargı kuvvetinin faaliyeti nedeniyle bir zarara uğramışsa tazmin koşulu gerçekleşmemiş olacaktır.

Hizmet kusuru sorumluluğu görüşü, haksız fiil sorumluluğundaki kusur sorumluluğunun, idari yargıya aktarılmış bir şeklidir, ancak haksız yakalama ve tutuklamalar, çoğu zaman kusurlu bir hareketten de kaynaklanmazlar.³⁴⁸ Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da gerek 466 sayılı Kanun, gerekse de 5271 sayılı CMK bu sorumluluğu idari yargı yerlerine de bırakmamış tam tersine adliye mahkemelerinden, Ağır Ceza Mahkemelerine görev vermiştir.

b) Özgürlüğün Kamulaştırılması Görüşü

Özgürlüğün kamulaştırılması görüşüne göre; idare için kamulaştırma hangi gayelere hizmet ediyorsa, yargı için de yakalama ve tutuklama aynı kamu hizmetini görmektedir. Bir başka deyişle yakalama ve tutuklama gibi yargı faaliyetleri ile yargı kişi özgürlüğünü bir tür kamulaştırmaktadır. İdare hukukunda kamulaştırma işlemi, mülkiyet hakkının, bir bedel karşılığı devlete intikal ettirilmesi yoluyla kişinin bu haktan mahrum edilmesidir. Haksız yakalama ve tutuklama ile de kişiler hareket serbestisinden yoksun bırakılmaktadır. Diğer bir ifadeyle kişinin özgürlüğü adalet hizmetinin süratli bir şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla kamu yararı adına kısıtlanmaktadır. Kişinin mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla nasıl bedeli ödenerek malikinin elinden rızası sorulmadan alınabiliyorsa, adalet hizmetinin görülmesinden kaynaklanan kamu yararı amacıyla kişinin haksız yakalama ve tutuklama sonucu özgürlüğünün kısıtlanması halinde de devlet bir bedel, bir tazminat ödemelidir. Ancak kişi özgürlüğü mutlak haklardan olup, devri mümkün olmadığından, mülkiyet hakkı ile bir tutulamayacağından bu gerekçeyle devletin tazminat verme

³⁴⁷ Gözübüyük, s. 229.

³⁴⁸ Tezcan, s. 109.

yükümlülüğünü açıklamak mümkün değildir. Eğer bu görüş kabul edilirse, devlet bedelini ödeyerek her zaman kişi özgürlüğünü kısıtlayabilir. Bu durum idareyi totaliter bir yönetime sevk eder. Bu nedenlerle özgürlüğün kamulaştırılması görüşünün kabulü mümkün değildir.³⁴⁹

c) Fedakârlığın Denkleştirilmesi Görüşü

“Fedakârlığın Denkleştirilmesi Görüşü” uyarınca, idarenin kamu yararı düşüncesi ile giriştiği bir faaliyet belli bazı kişileri zarara uğrattır ise, bu zararın, herhangi bir kusuru olmasa dahi, idare tarafından karşılanması gerekir. İdare, kamu yararını gerçekleştirmek, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için bir hizmet yürütmüş, bir faaliyette bulunmuştur. İdarenin bu hizmet ya da faaliyetinden tüm toplum fayda sağlayacaktır. Ancak tüm toplumun yararlanacağı bu hizmet veya faaliyet belli kişi ya da kişileri bir külfet altına sokmuş ve onları kamu yararı lehine özel bir fedakârlığa katlanmak zorunda bırakmış olabilir. İşte bu şekilde bozulan kamu külfetlerinin dağılımındaki dengenin bir denkleştirme ile yeniden kurulması gerekir. Bu denkleştirme ise, kamu yararını gerçekleştirmek için girişilen bir hizmet veya faaliyet ile zarara uğramış olan kişi ya da kişilerin zararlarının güçlü konumdaki idare tarafından tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşir. Zira “kamu külfetleri önünde eşitlik” gereği, kişilerin fedakârlıkta diğerlerinden daha büyük bir fedakârlığa zorlanması gerekir. Bu bakımdan idareye bir kusur yüklenemese de, bu külfetin devletçe karşılanması gerekir. Ulusan’ın özel hukuk alanında savunduğu ve İdare Hukukunda da geçerli olduğunu ileri sürdüğü bu görüşe göre, ferdin kamu yararına uygun olarak yüklendiği fedakârlığın sonucu olarak özel ve olağandışı zararının tazminat yoluyla denkleştirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan devlet, haksız yakalama veya tutuklamaya maruz kalan kişinin yüklendiği kanundışı ve dolayısıyla

³⁴⁹ Tezcan, s. 111-112.

haksız işlem ve eyleme dayalı fedakârlığı, külfeti, bu kişinin zararlarını karşılayarak denkleştirmek zorundadır.³⁵⁰

Bu durum bazen risk (hasar) ilkesi, bazen hakkaniyet ve nesafet, bazen de külfetlerin denkleştirilmesi şeklinde açıklanmaktadır. Aslında bu görüşün haklı olduğu yönler çok olmakla birlikte, haksız yakalama ve tutuklamaların mutlaka kusursuz bir davranış şeklinde ortaya çıkmasının gerekmemesi açısından tenkit edilebilecek yönleri vardır. Ancak Belçika, Lüksemburg ve Fransa mevzuatı ile İsviçre mevzuatında hakkaniyet gereği öngörülen bir tazminat türü oluşu ve miktarının tespitinde bazen idari yargıya veya karma komisyonlara bırakılışı karşısında birçok kanun koyucunun daha ziyade bu teoriye ağırlık vererek haksız yakalama ve tutuklama tazminatını düzenledikleri söylenebilir.³⁵¹

d) İdari Kusursuz Sorumluluk Görüşü

İdarenin işlem ve eylemlerinde kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, sorumlu tutulduğu pek çok durum vardır. Bunlar kamu külfetleri karşısında eşitlik, adalet, hakkaniyet, nesafet gibi kavramlarla açıklanabilen sorumluluk türleridir. Özel hukukta kanunla sayılan çok sınırlı hallerde kabul edilebilen objektif sorumluluk, idare hukuku alanında daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin, kuruluş tarihinden itibaren hizmet kusuru gibi kusursuz sorumluluk kuramını da yaygın şekilde kullandığı ve askeri hizmetin bünyesinden gelen özelliği nedeniyle bu kuramın da çok sık uygulama alanı bulunduğu görülmektedir.³⁵²

³⁵⁰ İlhan Uluhan, "Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1977, Sayı: 1-4, s.23.

³⁵¹ Tezcan, s. 110-111.

³⁵² "...Kazan dairesinde kaynak yaparken kaçak yapan elektrige kapılarak vefat eden erin yakınlarının uğradığı zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerekir..."; "...Yüzme bilmediği halde nehre giren ve boğulmakta olan arkadaşını kurtarmak için nehre atlayan, ancak kendisinde akıntıya kapılarak boğulan uzman çavuşun yakınlarının uğradığı zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekir..."; "... Kışla mutfağında et çekerken elini kıyma makinesine kaptıran davacı erin uğradığı zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece karşılanması gerekir..."; "...Tabura ait mobilyaları imal ettiği marangozhanede elini planya makinesine kaptıran davacı erin bu nedenle uğradığı zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerekli

Haksız tutuklamadan doğan sorumluluk da bir tür Devlet'in idari sorumluluğunu doğuran bir objektif sorumluluk halidir.³⁵³

e) Kanaatimiz

Devlet'in hâkime emir veremeyeceği, azledemeyeceği, sadece bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili şartları hazırlayacağı, bu bakımdan devletin kusurundan da söz edilemeyeceği, bu durum karşısında yargı işlem ve eylemlerinden Devletin sorumluluğunun peşinen idari sorumluk içinde değerlendirmenin mümkün olmadığı³⁵⁴ teoride sıklıkla söylene gelse de; günümüz toplumunun kazanımları, idarenin kusursuz sorumluluğunu ortaya koymaktadır.

Gerek 5271 sayılı CMK'nun 141 ila 144'üncü maddelerinde düzenlenen "koruma tedbirleri nedeniyle tazminat" kurumunun esasları gerekse de 6100 sayılı HMK m. 46'da düzenlenen "hâkimin sorumluluğu" kurumunun esasları göz önünde bulundurulduğunda devlet zarar gören vatandaşının tazmin için öncelikli olarak kendisini muhatap olarak kabul etmiştir. Devlet zarara sebebiyet veren hâkime rücu edilmesini de öngörmüş ise de, bu durum Devlet'in hâkim ile sorumluluğu paylaştığı anlamına gelmemektedir. Zira hâkimin ödeme gücü ile Devlet'in sorumluluğu göz önüne alındığında Devlet riski üzerine almıştır.

Devlet kamu kudretini elinde bulduran bağımsız ve siyasi bir otoritedir. Yasama, yargı ve yürütme, Devlet'i meydana getiren erklerdir. Bu nedenle Devlet'in

bulunmaktadır..."; "...el bombası fünyesinin çalışma prensibini anlatırken bir anlık dalgınlığı sonucu dizinin yere düşmesi ve çekme ipinin gerilmesi ile fünyenin patlamasına ve kendisinin sol elinden yaralanmasına neden olan davacı subayın uğradığı zararın, kendisi üzerine bırakılmayarak topluma yayılması adalet, eşitlik, hakkaniyet esaslarına uygun düşeceğinden, zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerekir..."; "...çelik dolabı çekiçle düzeltme görevini yerine getirirken gözüne sıçrayan bir demir parçası ve kıvılcımın sağ gözünü kör etmesi nedeniyle sakat kalan erin uğradığı zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanması gerekir..." (Murat YAMAN, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru Ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları", http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=54, 10.05.2011)

³⁵³ Tezcan, s. 109.

³⁵⁴ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İsmail Akgün Matbaacılık, Hak Kitapevi, 3. Bası, İstanbul, 1966, s. 1733.

yürütmenin sebep olduğu zararları gidermekle yükümlü olmasına rağmen sırf “bağımsızlığa müdahale olmasın” diye, yargılama alanında sorumluluğun kabul edilmediği bir sistem kabul edilemez. Bu görüşün sebebi “rücu” kurumudur. Hatalı kamu görevlisinin zararı karşılandıktan sonra zarara yol açan kişiden zararın tazminine gidilmesi “haksız fiil sorumluluğu”nu yansıtır. Ancak haksız tutuklamalar nedeniyle tazminata hükmedilmesinde hâkimin kusurunun olmadığı durumlar da vardır. Özellikle tutuklama olan davada beraat kararı verilmesi çoğunlukla yargının ve kolluğun iş yükü nedeniyle delillere ulaşmadaki güçlüklerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin bir silahlı adam öldürme davasında sanığın o gün maktulün ölmeden önce yanında olduğuna dair tanık ifadeleri ve sanık savunmaları varsa, sanık delillerin karartılmasının önlenmesi için ve kuvvetli suç şüphesinin de bulunması nedeniyle tutuklanır. Maktulün ve sanığın üzerinden alınan svap numunelerinin kriminal incelenmesi için en yakın laboratuara gönderilmesi, raporun gelmesi, otopsi sonucunda kesin ölüm nedeninin tespiti için maktulün cesedinin Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi, raporunun gelmesi, olayda kullanılan silahın ve mermilerin balistik incelemesinin yaptırılması için en yakın kriminal laboratuara gönderilmesi raporunun gelmesi gibi nedenlerle sanık bir müddet tutuklu kalır. Müteakiben raporların incelenmesi sonucunda maktulün intihar ettiği veya başka bir şahıs tarafından öldürüldüğü ortaya çıkarsa, sanık beraat edecektir. Bu durumda sanığın ilk sorgusu sırasında dosya içerisinde yer alan delillere göre haksız veya kanuna aykırı olarak tutuklandığından söz edilemez. Ancak kişi maddi ve manevi yönden zarara uğramıştır. Devlet ülkedeki en güçlü bağımsız otorite olması sebebiyle beraat eden sanığın zararını karşılamalı ve kusuru bulunmayan hâkimden ödediği miktarı tazmin yoluna gitmemelidir. Devlet’in bu olaydaki durumda hâkime rücu yoluna gitmesi, hâkimin anayasal güvencesi olan “bağımsızlık teminatına” aykırı niteliktedir.

Bir diğer örnek ise, sanığın, hâkimin haklarını kendisine hatırlatmadan tutuklanmasına karar verdiği gerekçesiyle tazminat talebinde bulunulmasıdır. Bu durumda sanık haklarının hatırlatılmadığını ispatlaması halinde tazminat alabilecektir. Ancak sanığın tutuklandığı bu davada suçlu olduğu kesin olarak ortaya

konması nedeniyle hakkında mahkumiyet kararı verilmesi halinde tazminata hak kazanacak mıdır?

5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde açıkça "Kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan" kimseler şeklinde bir ibarenin bulunması nedeniyle tutuklanan kişinin haklarının hatırlatılmadığı ortaya konduğu takdirde sanık bu dava mahkumiyet ile sonuçlansa dahi tazminata hak kazanacaktır. Bu durumda usuli bir hata var ise de, sanığın maddi bir zararının olduğu söylenemez. Ancak Kanun Koyucu bu durumda dahi sanığın tazminat talebinin bulunduğunu düzenlemiş ise, haksız fiil sorumluluğundan bahsedilemez.

Tüm açıklanan bu nedenlerle, haksız tutuklama tazminatının, Devlet'in herhangi bir kusuru olmasa ve sanık maddi zarara uğramasa dahi, Devlet'e karşı tazminat davası açılarak tazminat talep etme hakkının kabul edildiği göz önünde bulundurulursa, idarenin kusursuz sorumluluğuna dayandığı görüşünderiz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MAHSUP

I. KAVRAM

Mahsup sözcüğü hesap kökünden türemiş olup, sözlük anlamı ile “sayılmış, hesap olunmuş, hesaba geçirilmiş anlamına gelmektedir.³⁵⁵

765 sayılı TCK'nun 40'ncı maddesi ile 06.03.1940 tarihli, 1940/5 E., 1940/68 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararındaki görüşler benimsenerek düzenlenmiş olan³⁵⁶ 5237 sayılı TCK'nun “Mahsup” başlıklı 63'üncü maddesine göre; “Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirilir”. Adli Yargı mahkemeleri için geçerli olan bu düzenleme, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usülü Kanununun, tutukluluk ve hastalık sürelerinin cezadan indirilmesini düzenleyen 251'inci maddesi 29.06.2006 tarih ve 5530 sayılı Kanunun 62'nci maddesi ile mülga olduğundan ve Ek 1'inci maddesinde 29.06.2006 tarih ve 5530 sayılı Kanunun 61 'inci maddesi ile getirilen düzenleme ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu³⁵⁷ nun Ek 8'inci maddesinin 1'inci fıkrası³⁵⁸ uyarınca, 5237 sayılı TCK'nun 63'üncü maddesi Askeri Yargı'da da uygulanacaktır.

Bir kişi hakkında soruşturma veya yargılama faaliyetinin selameti için hüküm verilmeden önce, özgürlüğü bir şekilde kısıtlanmışsa, hakkaniyete göre bu sürelerin hüküm verildikten sonra telafi edilmesi gerekmektedir. 765 sayılı TCK'nun 40'nci

³⁵⁵ <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> (10.05.2011); YCGK. 31.01.2006 tarih ve 2006/4 E., 2006/7 K. sayılı kararı, Sedat Bakıcı, *5237 sayılı Yasa kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2.Bası, Ankara 2008, s. 1443.

³⁵⁶ Bakıcı, 1430.

³⁵⁷ 22.05.1930 tarih 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (R.G. 15.06.1930/1520)

³⁵⁸ “26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak bu Kanunun fer'i askeri cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49'uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.” (1632 sayılı Kanunun Ek 8'inci maddesinin 1'inci fıkrası)

maddesinde “mevkufiyet” yani “tutukluluk” ibaresi yer alırken 5237 sayılı TCK ile bu tabir “şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller” olarak değiştirilmiştir.³⁵⁹ Böylece 765 sayılı TCK döneminde, “mevkufiyet” tabirinden kişinin hürriyetini kısıtlayan hangi hallerin anlaşılması gerektiğine yönelik tartışmalar yeni düzenleme sayesinde son bulmuş ve yüksek mahkeme kararlarında vurgulanan husus yasal temellere oturtulmuştur.³⁶⁰

Kişinin hüküm verilmeden önce hürriyetinin kısıtlandığı sürelerin, hüküm verildikten sonra cezasından indirilmesi, bu sürenin nitelik itibariyle mahkumiyetten sayıldığı anlamına gelmemektedir. Mahsup, esasen adalet duygusuyla kabul edilmiş ve cezaların infazına ilişkin bir işlemdir.³⁶¹

Tutuklama, ceza yargılamasının emniyetle yürümesini ve gayesine erişmesini mümkün kılan bir koruma tedbiridir. Şüpheli veya sanık, tutuklanmak suretiyle ileride verilmesi muhtemel mahkumiyet hükmünün icra edilmesi sağlanmaktadır. Tutuklamada bu gayelerle hareket edildiği halde, gene de kişinin özgürlüğü bilfiil

³⁵⁹ “Maddeyle, mahkûmun suç nedeni ile şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran örneğin tutuklama gibi haller nedeni ile geçirilen sürelerin mahkûmiyetten indirilmesi esası benimsenmiştir. Böylece teknik anlamda tutukluluk sayılmamakla beraber şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran tedbirlerin tümünün de tutukluluk gibi mahkûmiyet süresine mahsup edilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle, madde metninde “hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller” ibaresi kullanılmıştır. Maddede “hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen” ibaresi yer aldığından hükümlünün mahkum edildiği suçtan başka bir fiilden dolayı yargılama nedeniyle hürriyetinin sınırlanmış olması halinde de mahsubun hangi koşul ile yapılabileceği gösterilmiştir. Tasarıdaki maddenin ikinci cümlesinde yapılan değişiklikte, adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, mahsubun bir gün karşılığı yüz Türk lirası sayılmak suretiyle yapılacağı kabul edilmiştir.” Madde gerekçesi, İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Genel Hükümler), Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Bası 3, Ankara 2006, s. 728.

³⁶⁰ “...Mevkûfiyet müddeti hükmedilen cezadan indirilecektir. Mevkûfiyeti teknik mânâda yani tevkif müzekkeresine dayanılarak hürriyetin tahdidi mânâsında kabul eylemek ve mahsup amelîyetinde sadece bunu nazara almak doğru olmaz. Muvakkat yakalama, nezaret altında bulundurma gibi hürriyeti tahdit eden her muamaleyi “mevkufiyet” saymak gerekir. Temyiz mahkememiz de aynı görüşü benimsemiştir. Netice olarak şunu söyleyebiliriz ki, Adli Tıp Müşahadesinde, hastahanedeki, hatta mahfuzen götürülürken yolda geçen müddetleri de mevkufiyet tabiri içinde mütalâa etmek lâzımdır. Bu sebeptendir ki, Adli Tıp Müşahadesinde ve hastahanedeki geçen müddetlerin cezadan mahsup edilmesini kabul etmeyen görüşü –Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, 10. Bası, S. 232; Feyyaz Gölçüklü, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti, S. 165-166- benimsememekteyiz.”, Kayıhan İçel, Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkûmiyetlerinden Mahsubu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1963, Sayı 3, s. 560; “...İşlenen bir suç sebebiyle maruz kalınan her türlü özgürlüğü kısıtlayıcı sürelerin, niteliğine bakılmaksızın hükümlülük süresinden indirilerek cezanın infazının yapılması gerekmektedir...”(Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 11.10.1993 tarih ve 1993/103 E., 1993/101 K. sayılı kararı)

³⁶¹ Önder, s. 170.

kısıtlanmaktadır. Bu nedenle suçlu olduğu henüz kesin olarak tespit edilemeyen bir kişiyi, tutuklama esnasında özgürlüğü kısıtlanmak suretiyle ortaya çıkan haksızlığı telafi etmek amacıyla mahsup kurumuna başvurulmaktadır. Böylelikle mahsup kurumu, anayasal anlamdaki kişi hürriyetini, ceza hukuku alanında gerçekleştirmeye yönelik bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda mahsup kurumu, af ve cezanın hafifletilmesi sebeplerinden ayrı, yargılamanın neticeye ulaşması amacıyla gerçekleştirilen tutuklama veya herhangi bir sebeple kişi özgürlüğünün kısıtlanması hallerindeki, sınırlanan özgürlüğün kişiye iadesinin temini kabul edilen hukuki bir kurumdur.³⁶²

Mahsupta amaç, kişiye suçlu olduğu kesin hükümlerle sabit olmadan tutuklama suretiyle verilen zararın, cezanın infazı sırasında bir ölçüde telafi edilmesidir. Böylelikle kişi mahkum olduğu cezadan daha uzun süreyle özgürlüğünden mahrum edilmeyecek veya para cezasına mahkum olmuşsa bu cezasının bir kısmını tutuklu kalarak ödediği varsayılarak geri kalanını ödemesi sağlanacaktır. Buna göre, mahsup kurumu sayesinde, yargılama esnasında tutuklanmış mahkumların hiç tutuklanmamış mahkumlara göre daha avantajlı kılındığı söylenebilir. Ancak tutukluluk ve hükümlülük infaz rejimlerinin, kanuni düzenlemeler açısından birbirinden çok farklı olmasına rağmen, uygulama itibarıyla birbirinden farkı olmadığı ülkemizde, tutuklulara mahsup nedeniyle avantaj sağlandığı kabul edilemez³⁶³

II. MAHSUBUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kişi hakkındaki hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve özgürlüğünü sınırlama sonucu doğuran hallerin, hüküm kesinleştikten sonra cezasından indirilmesinin hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür³⁶⁴. Mahsubun niteliğinin tespiti için bu görüşlere kısaca değinmekte yarar vardır.

³⁶² Kayıhan İçel, “Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkûmiyetlerinden Mahsubu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1963, Sayı 3, s.560.

³⁶³ Feyzioğlu, “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, s. 114.

³⁶⁴ YCGK. 31.01.2006 tarih ve 2006/4 E., 2006/7 K. sayılı kararı, (Bakıcı, s. 1443).

A. MAHSUBUN CEZAYI HAFİFLETTİĞİ GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre, mahsup sayesinde kişi hakkında hükmolunan ceza hafifletilir. Ancak kişinin indirilen cezası zaten önceden özgürlüğünün bir şekilde kısıtlandığı süre ile birebir aynı olduğundan, cezanın hafiflediği söylenemez.³⁶⁵ Bu görüşün ortaya atılmasında yukarıda belirttiğimiz gibi kişinin tutuklu kalmasının yararına olduğu görüşünün etkili olduğu kanaatindeyiz. Tutuklama rejiminde kişinin farklı usullere tabi tutulması yasal anlamda mümkün³⁶⁶ ise de, ülkemizde cezaevlerinin koşulları, kapasite yetersizliği gibi sebeplerle tutukluların hükümlülerden ayrı olanaklara sahip olmalarının sağlanması fiili anlamda mümkün görünmemektedir.³⁶⁷ Böylelikle kişi tutuklu da olsa, sanki hüküm giymiş gibi cezaevlerinde muamele görmektedir. Bu durumda kişinin cezasının bir bölümünü daha rahat koşullarda geçirdiği, bu nedenle de cezasının hafiflediği söylenemeyecektir.

B. MAHSUBUN MAHKUMİYETTEN ÖNCE İNFAZ EDİLEN BİR TÜR CEZA OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Bu görüş genel anlamda koruma tedbirlerinin uygulanışına yönelik bir eleştiriden kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre, bir kişinin hükümden önce özgürlüğünden mahrum edilmesi, bir tür ön cezadır. Mahsup sayesinde de infazın tespiti yapılır. Ancak tutuklama, niteliği gereği ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için getirilen bir koruma tedbiri olduğundan tutuklulukta geçirilen süre cezanın mahkûmiyetten önce infazı değildir.³⁶⁸

³⁶⁵ Önder, s. 170.

³⁶⁶ Bkz. 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (R.G. 25685 sayılı 29.12.2004 tarihli) madde 111-116.

³⁶⁷ Feyzioğlu, “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, s. 114.

³⁶⁸ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, , s. 212.

C.MAHSUBUN BİR TÜR AF OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre mahsup sayesinde, kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı süre hükmolunan cezasından indirilmek suretiyle bir tür affedir ve kişi bu süreyi cezaevinde geçirmez. Ancak gerek özel gerekse genel af tamamen farklı usul ve esaslara tabi olup mahkemenin veya savcılığın takdiri ile uygulanabilen bir kurum değildir. Oysa mahkeme tarafından mahsup kararı verilmekte, savcılık tarafından ise infaz gerçekleştirilmektedir. Bunun dışında kişi mahsup edilen süreyi özgür bir şekilde geçirmemiş, aksine bu sürede hakkında hüküm verilmeden belirsizlik içerisinde bir şekilde özgürlüğü kısıtlanmıştır. Bu nedenle aftan bahsetmek imkânsızdır.³⁶⁹

D.SONUÇ

Mahsubun hukuki niteliğini açıklamaya çalışan bu görüşlerin yetersizliği veya yanlışlığı karşısında onun adalet duygusundan kaynaklanan kendine özgü bir işlem olduğunu kabul etmek gerekir.³⁷⁰

III. MAHSUP SİSTEMLERİ

Hükümden önce kişi özgürlüğünü sınırlayan haller nedeniyle, bu sürelerin hükmolunan cezadan mahsubunun zorunlu olup olmamasına ilişkin çeşitli sistemler mevcuttur.

³⁶⁹ İçel, s. 569.

³⁷⁰ İçel, s. 560.

A. SİYASAL SİSTEM

Siyasal sistemde, tutukluluk rejimi³⁷¹, hükümlülük rejimine göre daha serbest olduğu için mahsubun kabulü halinde tutuklu bulunan kişinin süresini uzatmak için gayret sarfedeceği gerekçesiyle mahsubun uygulanmaması kabul edilmiştir.³⁷²

B. AMPİRİK SİSTEM

Ampirik sisteme göre, hâkim mahsubun her somut olaya göre uygulanıp uygulanmaması konusunda takdir hakkına sahiptir.³⁷³

C. KARMA SİSTEM

Bu sistemde ise, herhangi bir nedenle özgürlüğü kısıtlanan kişinin soruşturma aşamasında geçirdiği süreler hüküm kesinleştikten sonra hükmolunan cezasından mahsup edilmezken, yargılama aşamasında geçirdiği süreler hükmolunan cezasından mahsup edilebilmektedir.³⁷⁴

D. HUKUKİ SİSTEM

5237 sayılı TCK'nun 63'üncü maddesi emredicidir. Buna göre hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve özgürlüğü sınırlama sonucu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilmesi zorunludur.

³⁷¹ Bkz. 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (R.G. 25685 sayılı 29.12.2004 tarihli) madde 111-116.

³⁷² Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt 3, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 10.Bası, İstanbul, 1985, s. 122.

³⁷³ Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama*, s. 212.

³⁷⁴ İçel s. 570.

Bu hususta hâkimin takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu sisteme “hukuki sistem” veya “zorunlu mahsup sistemi” adı verilmektedir.³⁷⁵

Ülkemizde geçerli olan hukuki sisteme göre, tutuklu kalan bir kişinin hakkında beraat kararı verilmesi halinde, tutuklu kaldığı sürelerin başka bir suçtan dolayı verilen cezasından mahsubun olanaklı olması halinde, tazminat veya mahsuptan birini seçme hakkı yoktur. Mahsup öncelikle uygulanacaktır.³⁷⁶

IV. MAHSUBUN UYGULANABİLME KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

Kişinin ceza soruşturması veya yargılaması sırasında hakkındaki hüküm kesinleşmeden herhangi nedenle gerçekleşen ve özgürlüğü sınırlama sonucunu doğuran hallerin, hakkında hükmedilen cezadan mahsup edilebilmesi için şu koşulların varlığına ihtiyaç vardır.

1. Özgürlüğü Sınırlama Sonucunu Doğuran Hal Ve Bu Nedenle Bir Süre Kişi Özgürlüğünün Sınırlanması

5237 sayılı TCK'nun 63'üncü maddesinde, “Hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller” demek suretiyle, bir suçtan yakalanan sanığın salıverilmesine kadar geçen sürenin mahsup uygulanmasında dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Yakalama, gözlem altına alınma, hastanede veya Adli Tıp Kurumunda müşahede altında tutulma, tutuklama gibi özgürlüğü kısıtlama sonucunu doğuran tüm tedbirlerde geçen süreler, mahkumiyet halinde hükmolunan cezadan indirilecektir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezalarında da 5275

³⁷⁵ Feyzioğlu, “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, s. 113.

³⁷⁶ Yurdakul, s. 110.

sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 107'nci maddesine göre koşullu salıverilme mümkün olduğundan bu cezaların tayini halinde de mahsup mümkündür. Sanığın yabancı devlet makamları tarafından gözaltına veya adli müşahede altına alınması ya da tutuklanması halinde, özgürlüğünün sınırlandığı süreler 5237 sayılı TCK'nun 63'üncü maddesine göre değil, bu konuda özel bir düzenleme içeren 16'ncı maddesi uyarınca cezasından indirilecektir.³⁷⁷

Askeri Yargı'da bir suç nedeniyle soruşturma dosyasını düzenlemeye istisnalar dışında, kural olarak askeri makamlar yetkilidir. Suç işlediği iddia edilen kişinin disiplin amiri tarafından olayın sıcaklığı ile şüpheli veya sanığın işlediği suçun disiplin tecavüzü niteliğinde olduğu değerlendirilerek 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 168'inci maddesi³⁷⁸ uyarınca, 171'inci maddeye Ek Cetvelde gösterilen yetkiyle sınırlı bir şekilde kişi hakkında özgürlüğü bağlayıcı ceza verilebilir. Kişi hakkında yapılan soruşturma sonucunda kişinin eyleminin adliye ceza mahkemesinde veya askeri mahkemede yargılamayı gerektirir bir suç olduğu anlaşılır ve söz konusu eyleme ilişkin askeri mahkemede veya adliye ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda kişi hakkında hapis veya adli para cezasına mahkûmiyet kararı verilirse, kişi hakkında amiri tarafından verilen disiplin hapsine ilişkin disiplin cezaevinde geçirdiği süreler, 8'inci Ek maddenin 1'inci fıkrasına göre 5237 sayılı TCK'nun 63'üncü maddesi uyarınca cezasından mahsup edilecektir.

Yine 1632 sayılı As. CK.'nın 169'uncü maddesi³⁷⁹ uyarınca, asker kişiler açısından, her üst, yetkisi dahilinde emri altında olsun olmasın disiplinin temini için geçici olarak tutuklama yapmaya veya yaptırmaya yetkilidir. Hakkında geçici olarak tutuklama kararı verilen kişinin yapılan soruşturma sonucunda eylemi disiplin tecavüzü niteliğinde ise ve amir tarafından hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile

³⁷⁷ Bakıcı, s.1431.

³⁷⁸ "(1) Her âmir emri altındaki şahıslara disiplin cezaları vermeğe salâhiyetlidir. (2) Disiplini bozan hareketten sonra fail merbut bulunduğu takım ve kıt'a ve saireyi değiştirmiş ise, disiplin âmiri, yeni âmirdir." (1632 sayılı As. CK Madde 168)

³⁷⁹ "168'inci madde hükümlerini bozmamak şartıyla, her mafevk emir altında olmayanları da disiplinin temini için muvakkat olarak tevkif etmeğe veya ettirmeğe salâhiyetlidir. Ancak bu tevkif keyfiyeti gün ve saatıyla derhal mevkufun disiplin amirine bildirilmelidir." (1632 sayılı As.CK Madde 169)

cezalandırılmasına karar verilmesi halinde 1632 sayılı As.CK'nun 177'nci maddesi uyarınca disiplin amiri, suçlunun tutuklu kaldığı süreyi, vermiş olduğu cezadan mahsup eder. Hakkında geçici olarak tutuklama kararı verilen kişinin yapılan soruşturma sonucunda eyleminin adliye ceza mahkemesinde veya askeri mahkemede yargılamayı gerektirir bir suç olduğu anlaşılır ve söz konusu eyleme ilişkin askeri mahkemede veya adliye ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda kişi hakkında hapis veya adli para cezasına mahkumiyet kararı verilirse, kişi hakkında amiri tarafından verilen disiplin hapsine ilişkin disiplin cezaevinde geçirdiği süreler, 8'inci Ek maddenin 1'inci fıkrasına göre 5237 sayılı TCK'nun 63'üncü maddesi uyarınca cezasından mahsup edilecektir.

5271 sayılı CMK'nun 109'uncu maddesinde bir koruma tedbiri olan tutuklamanın zararlarını gidermek ve sanığın da kaçmasını önlemek, tehlikeliliğini azaltmak, zarar vermesini engellemek amacı ile adli kontrol sistemi kabul edilmiştir. Anılan maddenin 6'ncı fıkrası uyarınca, adli kontrol altında geçen süre, özgürlüğü sınırlama sebebi sayılarak hükmolunan cezadan mahsup edilemez. Ancak bu hüküm, maddenin 3'üncü fıkrasının (e) bendinde belirtilen hallerde uygulanmaz. Mahsup yapılamayacağına ilişkin bu hükmün uygulanmayacağı yani mahsup işleminin yapılması gerektiğini belirten 109'uncu maddenin 3'üncü fıkrasının (e) bendinde sayılan haller ise, özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından kurtulmak amacıyla, hastanede kalmak dahil, tedavi ve muayene tedbirlerine tabi olmayı ve bunları kabul eden kişilerin sayılan yerlerde geçirdikleri süreleridir. Bunların dışındaki adli kontrol tedbirleri, mahkumiyet halinde cezadan mahsup edilemeyecektir.³⁸⁰

Mahsup uygulamasında önemli olan, tutuklama kararının mahkumiyet hükmü kesinleşmeden önce yerine getirilmeye başlanmış olmasıdır. Tutukluluk halinin hükmün kesinleşmesi anında devam ediyor olması mahsup yapılmasına engel olmaz. Mahsuba karar verme konusunda hâkimin takdir yetkisi bağlı yetki olduğuna ve kanunda aksine bir hüküm olmadığına göre, sanığın kendi kusurlu hareketleriyle

³⁸⁰ Bakıcı, s.1431.

tutuklamaya neden olması veya tutuklamayı uzatması mahsup yapılmasına engel teşkil etmez.³⁸¹

2. Kesinleşmiş Bir Ceza Mahkumiyetinin Bulunması

a) Kesinleşmiş Ceza Mahkûmiyetinin Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması Hali Olan Davaya İlişkin Olması

Kural olarak kişi tutuklamayı gerektirecek vahamette bir suç işlerse, kolluk kişiyi yakalar, Cumhuriyet Savcısının talimatı ile gözaltına alınır. Ertesi gün kişi Cumhuriyet Savcısı tarafından tutuklanması istemiyle Sulh Ceza Mahkemesine sevk edilir. Kişinin suçu işlediğine ilişkin kuvvetli suç şüphesinin bulunması ve kanunlarda belirtilen diğer şartların da oluşması halinde kişinin tutuklanmasına karar verilir. Cumhuriyet Savcısı, kişinin eylemi hakkında kamu davası açılmayı gerektirir bir suç olduğunu tespit ederse, kişinin müsnet suça konu eylemine ilişkin iddianameyi düzenler ve ilgili mahkemede kamu davasını açar. Tutuklu iş olması sebebiyle mümkün olduğunca hızlı bir yargılama sonucunda kişinin suçu işlediği kesin bir şekilde ortaya konarsa kişi hakkında hapis veya adli para cezasına hükümlenir. Bu hükümde sanığın gözaltında ve tutuklandığı tarihten tahliye edildiği veya edileceği tarihe kadar özgürlüğünün kısıtlandığı sürelerin hükümlenen cezasından mahsubuna karar verilir. Kararın kesinleşmesini müteakip hükümlü hakkında hükümlenen cezanın infazı için Cumhuriyet Savcısına infaz dosyası gönderilir. Cumhuriyet Savcısı hükümdeki mahsuba ilişkin kararla bağlı kalmaksızın mahsup edilmesi gereken süreler var ise, re'sen bunları tespit eder. Mahsup için mahkeme kararında belirtilen süreler dışında özgürlüğünün kısıtlandığını da tespit ederse mahkemeden bu sürelerin de mahsubuna karar verilmesi için ek karar talebinde bulunur. Mahkemeden verilecek ek karar ile beraber Cumhuriyet savcısı hükümlü hakkında müddetname düzenler ve hükümlünün cezasını infaz için

³⁸¹ Feyzioğlu, “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, s. 115; Önder, s.170-171.

hükümlü ve infaz dosyasını ilgili ceza infaz kurumuna gönderir. İşi biten infaz dosyası mahkemeye iade edilir.

Bu açıklamalar ışığında kişi hakkında açılan bir kamu davası varsa, bu dava ile ilgili olarak yakalanması, gözaltına alınması, gözlem altına alınması, tutuklanması gibi haller nedeniyle bir şekilde özgürlüğü sınırlanmış ise, bu yargılama sonucunda kişi hakkında ister hapis isterse de adli para cezası olsun bir ceza verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, özgürlüğünün karar kesinleşmeden önce kısıtlandığı sürelerin cezasından mahsubuna karar verilir. Uygulamada adam öldürme gibi uzun süreli hapis cezasına mahkûmiyet hallerinde kişi hakkında yerel mahkeme tarafından hüküm verildikten sonra temyiz incelemesi için dosya yüksek mahkemeye gönderilirken sanığın tutukluluğunun devamına karar verilmektedir. Mahsubun kararın kesinleşmesinden önceki özgürlüğün kısıtlandığı tüm süreleri kapsamaması nedeniyle yüksek mahkeme onama kararı verecek ise, kararı onadığı ana kadar mahsuba ilişkin söz konusu sürelerin göz önüne alınması gerekmektedir.

b) Kesinleşmiş Ceza Mahkûmiyetinin Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması Hali Olan Davaya İlişkin Olmaması

Mahsubun yapılabilmesi için, ceza mahkûmiyetinin tutuklu kalınan veya herhangi bir şekilde kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı davada verilmiş olması gerekmez. Mahkûmiyet hükmü, kişi hakkında açılmış başka bir ceza davasında da verilmiş olabilir. Hatta tutuklu kalınan ceza davası ile mahkûmiyet kararı verilen ceza davasının farklı mahkemelerde görülmüş olması da mahsuba engel teşkil etmez.

382

Burada önemli olan husus, mahsuba konu mahkûmiyete ait suçun, tutuklu kalınan ve herhangi bir şekilde özgürlük kısıtlaması olan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesidir. Bu husus 06.03.1940 gün ve 1940/5 E. 1940/68 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; “*Bir şahsın çeşitli suçlarının bir*

³⁸² Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, , s. 218-219.

mahkemede birleştirilerek bir hükme bağlanması veya ayrı ayrı bakılarak hükümlerin usulün 403. maddesi hükmüne göre birleştirilmesi halleri, cezanın infazı bakımından farksız olup birlikte hükme bağlanan iki suçtan birinden beraat, diğerinden mahkûmiyetine karar verildiği halde, beraat ettiği suçtan dolayı tutuklu kalmış olduğu sürenin mahkum olduğu ceza süresine mahsubu gerektiği gibi, ayrı ayrı hükümlerle birinden beraat ve diğerinden mahkumiyet halinde dahi cezanın infazında -beraat kararı ister evvel, ister sonra olsun- beraat ettiği suçtan dolayı tutuklu kaldığı sürenin ceza süresine mahsubu gerekeceği, birden fazla suçlarda cezaların birleştirilmesi ve sonuçta bir hüküm infaz edilmesi, kesin hükümden önce tutuklu olarak geçen sürenin hangi suça ait olursa olsun mutlak surette mahkum olduğu ceza süresinden indirilmesinin Ceza Yasasının 40. maddesi ve içtimai hükümlerinin zorunlu sonucu olduğu, ancak beraat hükmü kesinleştikten sonra işlenmiş olan suçtan verilen mahkumiyetin, beraatle sonuçlanan suçtan dolayı tutuklu kalınan süreden indirilemeyeceği, beraat eden şahsın, beraat ettiği suçtan dolayı tutuklu kaldığı sürenin -beraat kararı kesinleşmeden önce- işlenmiş olduğu diğer suç için verilen ceza süresinden mahsup edileceği”, şeklinde karara bağlanmıştır. Ancak, İçtihadı Birleştirme Kararına konu olayda, bir suçtan beraat, diğer suçtan ise mahkumiyet kararı verilmiş olması nedeniyle, sanığın daha önce işlediği suç nedeniyle tutuklu kalınan sürelerin mahsubu için, tutukluluğa konu soruşturmanın sonuçlanmasına gerek bulunup bulunmadığı ve tutuklu kalınan suça ilişkin davanın beraatle sonuçlanması gerekip gerekmediği yönündeki düşünceler zaman içinde farklı uygulamalara yol açmış ise de, “tutukluluğun mahsubunda, tutuklu kalınan suçtan verilen kararın kesinleşme tarihinden önce bir başka suç ya da suçların işlenmesinin yeterli olduğu, tutuklu kalınan suçun beraat veya mahkumiyetle sonuçlanmasının gerekmeyeceği”³⁸³,

“İçtihadı Birleştirme Kararında her ne kadar mevkuf kalınan suçtan beraat etmiş olma esas alınmasa da, bu karara hâkim olan mantık ve hava, beraatin mutlak

³⁸³ Y.1. CD. 18.07.1994 tarih ve 1994/3293 E., 1994/2484 K. sayılı kararı ; Y.9. CD. 25.09.2000 tarih ve 2000/2351 E. 2223 K. sayılı kararı

bir şart olarak kabul edildiğini göstermemekte”³⁸⁴ olduğuna yönelik görüşler uygulamada istikrar kazanmıştır.³⁸⁵

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmış bulunan 765 sayılı CMK’nun 40’ncı ve yine aynı tarihte yürürlüğe girmiş bulunan 5237 sayılı CMK’nun 63’üncü madde hükümlerinin benzer düzenlemeleri içermesi nedeniyle, halen mahsup konusunda geçerliliğini koruyan 06.03.1940 tarih ve 1940/5 E. 1940/68 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, bu karardaki ilkeler doğrultusunda gelişen yargı kararları ve öğretilerdeki görüşler birlikte değerlendirildiğinde ³⁸⁶, şu biçimde bir formül öngörülebilir: *İndirim yapılabilmesi için mahkûmiyete yol açan suçun, tutuklamaya neden olan suçtan dolayı beraat kararı verilmezden önce işlenmiş olması gerekir.* Eğer tam tersine, tutuklamaya neden olan soruşturmada beraat kararı verildikten sonra işlenmiş olan suç yüzünden verilen mahkûmiyet süresinden indirim kabul edilirse kişi, *“Beraat ettiğim soruşturma yüzünden boşu boşuna tutuklu kaldım. Bari şu suçu işleyeyim de tutuklu kaldığım süre mahsup edilsin”* ³⁸⁷ diyerek Pardon adlı filmde³⁸⁸ olduğu gibi yeni bir suç işleyeceğinden, kanunlar kişiyi suça teşvik

³⁸⁴ As. Yar. 3. D. 09.03.1965 tarih ve 1965/161 E., 1965/214 K. sayılı kararı

³⁸⁵ YCGK. 31.01.2006 tarih ve 2006/4 E., 2006/7 K. sayılı kararı, (<http://www.ictihatlar.info/cgk/yargitay-ceza-genel-kurulu-20061-4-e-20067-k-ictihati/>) (14.04.2011)

³⁸⁶ YCGK. 31.01.2006 tarih ve 2006/4 E., 2006/7 K. sayılı kararı, (<http://www.ictihatlar.info/cgk/yargitay-ceza-genel-kurulu-20061-4-e-20067-k-ictihati/>) (14.04.2011)

³⁸⁷ Hasan Bıyıklı, “Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, Sayı 3, Ankara 1983,s.272.

³⁸⁸ Mert Baykal’ın yönetmenliğini yaptığı, Ferhan Şensoy ve Rasim Öztekin’in başrollerini paylaştığı 2004 yapımı “Pardon” isimli Türk filminde, içlerinden birinin telaşı yüzünden yanlışlıkla hapse atılan ve bir anda hayatları alt üst olan üç yakın arkadaşın hikayesi anlatılır. Hikayenin sonunda üç arkadaşın haksız yere 6 yıl 3 ay tutuklu kaldıkları, gerçek suçluların yakalanması ile anlaşılır. Bunun üzerine İbrahim, devletten olan alacağını almak için önceden aralarında husumet olan eniştesini vurur. Filmin bazı replikleri mahsup sisteminin vatandaşlar tarafından nasıl yanlış anlaşılabileceğini göstermesi bakımından yardımcı olacaktır:

“İbrahim: Devletten 6 yıl üç ay alacaklıyız.

Aydın: Müdür Bey, 6 yıl 3 ay yatığımız için devletten bir tazminat alabilir miyiz?

Müdür: Sanmıyorum!

İbrahim: Ee, ben ne anladım bu yatıştan? Adalet dediğiniz o kadar da adil birşey değil demek!

Müdür: Maalesef, pardon!

eder bir mahiyet kazanacaktır. Bu da hiçbir adalet ve hakkaniyet düşüncesi ile bağdaşmaz.

Örnek olarak; bir kişi, 1 Mart tarihinde işlediği iddia olunan suçtan dolayı yargılandığı sırada, 1 Nisan tarihinde başka bir suç nedeniyle tutuklanmıştır. İlk defa işlediği suçtan dolayı, kesin olarak mahkûm olmuş kişi hakkında, tutuklanmasına neden suçtan dolayı henüz bir karar verilmemiştir. Olayda her iki suç henüz davaların birleştirilmesi olanağının bulunduğu bir aşamada işlenmiştir. Diğer yandan mahkumiyete yol açan suç, tutuklamaya neden olan suçtan dolayı beraat kararı verilmezden önce işlenmiştir. Bir diğer ifadeyle, kişinin “İki ay boşu boşuna tutuklu kaldım. Devletten alacağım var, suç işleyeyim de alacağım kalmam” diye düşünmesine olanak kalmamıştır. Henüz devam etmekte olan yargılama nedeniyle tutuklu kalınan sürenin mahkumiyet süresinden indirilmesi ileri sürüldüğünün tersine pratikte sorun yaratmayacaktır. Zira Askeri Yargıtay 3’üncü Dairesinin 09.03.1965 tarih ve 1965/161 E., 1965/214 K. sayılı kararında belirttiği gibi, mahsup yapıldığı hem infaz dosyasına, hem de devam etmekte olan dava dosyasına işlenerek, devam eden davada ikinci defa mahsup yapılması ve karışıklık yaratılması kolaylıkla önlenecektir³⁸⁹. Eğer sanık tutuklandığı davada beraat ederse, daha önce mahsup

Müdür: *Sen mi öldürdün?*

İbrahim: *Evet ama cinayeti üçümüz planladık.*

Muzaffer: *Hangi cinayet?*

İbrahim: *Eniştayi vurdum. Devletten altı yıl üç ay alacaklıyım. Üçümüzün toplamı 18 yıl 9 ay eder. Ee, ceza üçe bölünecek kârdayız.”*

³⁸⁹ “... yapılan açıklamalar ışığında itiraz konusu olaya dönüldüğünde; hükmolunan hapis cezasından hükmün kesinleşmesinden önceki şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran hallerin mahsup edilebilmesi için şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran suçtan beraat kararı verilmesi şart koşulmamış olması, mahsuba konu olan müteaddit askerlikten kurtulmak için hile yapmaya iştirak etmek suçlarının 02/06/2003, 27/07/2004, ile 18/08/2004, 24/06/2003, 06/05/2004 tarihlerinde işlenmesi, hükümlünün dilekçesinde belirttiği gibi 17/03/2005, 20/05/2005 tarihleri arasında tutuklu olarak kalmayıp, 20/04/2005, 20/06/2005 tarihleri arasında tutuklu olarak kalması ve hükümlünün 20/04/2005- 20/06/2005 tarihleri arasında hürriyetinin sınırlanması sonucunu doğuran askerlikten kurtulmak için hile yapmaya iştirak etmek suçu ile ilgili Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 30/04/2009 tarihli ve 2009-197-168 sayılı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının 31/07/2009 tarihinde kesinleşmesi, başka bir anlatımla, bu suç ile ilgili kesinleşmiş nihai bir hükmün mevcut olmaması; yine, hükümlünün dilekçesinde belirttiği gibi 17/09/2004-31/12/2004 tarihleri arasında tutuklu olarak kalmayıp, 07/10/2004-31/12/2004 tarihleri arasında tutuklu olarak kalması ve hükümlünün 07/10/2004-31/12/2004 tarihleri arasında hürriyetinin

yapıldığı için mağdur edilmemiş olacak, tersine tutuklandığı davada mahkum edilirse, önceden indirim yapılmış olduğundan, bu suçundan dolayı verilen cezayı tam olarak çekecektir. Böylelikle her iki olasılık halinde, hem kişi, hem de kamu herhangi bir zarara uğratılmamış olacaktır.³⁹⁰

Kişi özgürlüğünün kısıtlanması kararının verilmiş olduğu ceza davasında mahkumiyet kararı verilirse, bir kez mahsup yapıldığı için artık kişi özgürlüğünün karardan önce kısıtlanmasında geçirilen süre bu mahkumiyetten düşülmeyecektir. Ancak ilk mahsup işleminden geriye kişi özgürlüğünün kısıtlandığı bir miktar süre artmışsa, bu sürenin ikinci mahkumiyetten indirilmesi mümkün olmalıdır. Hem karardan önce kişi özgürlüğü kısıtlanmış şekilde geçirilen sürenin bulunduğu ceza davasında hem de bir diğer ceza davasında mahkumiyet hükmü verilmesi halinde, mahsubun sanığın karardan önce özgürlüğü kısıtlanmamış olduğu ceza davasındaki mahkumiyetten yapılması, özellikle infaza ara verilmesi halinde önem arz eder. Mahkum hakkında, karardan önce özgürlüğünün kısıtlanmadığı ceza davasında

sınırlanması sonucunu doğran askerlikten kurtulmak için hile yapmaya iştirak etmek suçu ile ilgili Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 16/09/2009 tarihli ve 2009/488-348 sayılı mahkumiyet hükmünün henüz kesinleşmemesi; hükümlünün, 20/04/2005-20/06/2005 tarihleri arasında tutuklu olarak kaldığı sürelerin Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 30/04/2009 tarihli ve 2009-197-168 sayılı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararındaki cezadan mahsup edilmesinin ve 07/10/2004-31/12/2004 tarihleri arasında tutuklu olarak kaldığı sürelerin Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 16/09/2009 tarihli ve 2009-488-348 sayılı kesinleşmemiş mahkumiyet hükmünden mahsup edilmesinin dolayısıyla, yukarıda belirtilen sürelerin Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 17/08/2009 tarihli ve 2008/431-417, 209/75-66 Esas 2009/183 Karar sayılı duruşmasız işlere ait toplama kararındaki yirmi aylık hapis cezasından mahsup edilmesi halinde iki kez mahsup yapılma ihtimali bulunmasının mahsup işleminin yapılmasına bir engel teşkil etmemesi, mahsup yapıldığında dair duruşmasız işlere ait kararın, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 17/08/2009 tarihli ve 2008/431-417,2009/75-66 Esas, 2009/183 karar sayılı duruşmasız işlere ait Toplama kararı ile ilgili dosyalara konulması ve gerekçeli hükümleri ile toplama kararı üzerine şerh düşülmesi gibi tedbirlerle bu sakıncanın giderilmesinin mümkün olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, mahsuba konu mahkumiyete ait suçların, şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran suçlardan verilen mahkumiyet hükümlerinin kesinleşmesinden önce işlenmesi şartının gerçekleşmiş olduğu ve dolayısıyla, hükümlünün 20/04/2005-20/06/2005 ve 07/10/2004-31/12/2004 tarihleri arasında tutuklulukta geçirdiği sürelerin, 02/06/2003, 27/07/2004 ile 18/08/2004,24/06/2003,06/05/2004 tarihlerinde işlediği askerlikten kurtulmak için hile yapmaya iştirak etmek suçları ile ilgili mahkumiyet hükümlerindeki cezalardan mahsup edilmesinin mümkün olduğu kanaatine varıldığından askeri savcının itiraz isteminin kabulüne, askeri mahkeme tarafından verilen duruşmasız işlere ait kararın kaldırılmasına ve 353 Sayılı Kanun'un 204/5'inci maddesi gereğince mahsup işleminin yapılmasına karar verilmiştir.”

Aynı yönde As. Y. 3. D. 18.05.2010 tarih ve 2010/1403 E., 2010/1384 K. sayılı kararı

³⁹⁰ Bıyıklı, s. 272.

verilen mahkumiyet hükmünün infazına ara verilmediği halde, özgürlüğü karardan önce kısıtlanan davada verilen mahkumiyet hükmünün infazı ertelenmiş olabilir. Bu takdirde karardan önce kişi özgürlüğünün kısıtlanması sırasında geçirilen süre, infazına ara verilmiş mahkumiyet yerine, infazına devam edilen mahkumiyetten mahsup edilebilir.³⁹¹

V. MAHSUPTA USUL

Kural olarak ilgili mahkeme tarafından 5237 sayılı CMK'nun 63'üncü maddesi uyarınca kişinin karar kesinleşmeden önce özgürlüğünün kısıtlandığı süreler belirtilerek hükmolunan cezasından mahsubuna karar verilir. Ancak mahkeme kişinin karar kesinleşmeden önce özgürlüğünün kısıtlandığı süreler olmasına rağmen mahsup kararı vermemiş olabilir. Bu durumda infaz dosyası kendisine gönderilen Cumhuriyet Savcılığı 5275 sayılı CvGTİK'nun 98'inci maddesi³⁹² uyarınca hükmü veren mahkemeden karar ister. Bu karar uyarınca Cumhuriyet savcılığı mahsup işlemini gerçekleştirir. Aynı şekilde infaz dosyası kendisine gönderilen askeri savcılık da 353 sayılı AMKYUK'nun 254'üncü maddesi³⁹³ uyarınca hükmü veren

³⁹¹ Feyzioğlu, "Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi", s. 116.

³⁹² "(1) Mahkumiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir. (2) 16'ncı madde gereğince cezanın ertelenmesi isteminin reddi halinde de aynı hüküm uygulanır. (3) Yukarıdaki fıkralar uyarınca yapılan başvurular cezanın infazını ertelemeyebilir. Ancak mahkeme olayın özelliğine göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir." (5275 sayılı Kanunun 98'inci maddesi)

³⁹³ "(1) Cezaların yerine getirilmesi sırasında, hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran haller nedeniyle geçirilmiş süreler ile hastanede geçen sürenin cezadan indirilmesine, değişik hükümlerdeki cezaların toplanmasına ve mahkumiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksamaya ilişkin bir karar alınması gerekirse, hükmü veren askeri mahkemeden karar istenir. Bu kararlar duruşma yapılmaksızın verilir. (2) Karar verilmeden önce askeri savcı ve hükümlünün görüşlerini yazılı olarak bildirmeleri istenebilir. (3) Hükmü veren askeri mahkeme kaldırılmış ise ona en yakın askeri mahkeme karar verir. (4) Yukarıdaki fıkralar uyarınca yapılan başvurular cezanın infazını ertelemeyebilir. Ancak, mahkeme olayın özelliğine göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir. (5) Bu kararların askeri mahkemelerden verilmesi hallerinde, askeri savcı ve teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askeri kurum amiri ile hükümlü ve varsa müdafii bir hafta içinde itiraz edebilirler." (353 sayılı Kanunun 254'üncü maddesi)

askeri mahkemeden karar ister. Bu karar uyarınca Askeri savcılık mahsup işlemini gerçekleştirir.

Mahsup yapılması için talebe gerek yoktur; mahkeme veya Cumhuriyet Savcısı re'sen karar vermek zorundadır. Hatta kanun dışı tutuklama nedeniyle tazminata hükmedilmiş olursa bile, bu suçla ilgili hüküm kesinleşmeden önce işlenmiş bir suçtan mahkumiyet kararı verilmesi halinde, kanun dışı tutuklu kalınan süre, mahkumiyetten zorunlu olarak düşülmeli, ancak zararın iki defa giderilmesinin önüne geçilmesi için, verilen tazminat, gerekirse zorla, geri alınmalıdır.³⁹⁴

Çeşitli hukuk sistemlerinde, suçlu olduğu henüz kesin olarak bilinmeyen kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılması dolayısıyla ortaya çıkan haksızlıkların giderilmesi için mahsup dışında da başka hukuki çareler getirilmiş ve ülkemiz hukukuna da gerek 466 sayılı Yasa ile gerekse 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın Yedinci Bölüm, 141 vd. maddelerinde, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" başlığı altında, uğranılan zararların tazmini yönünde birtakım kurallara yer verilmiş ve ayrıca Anayasa'nın 19. maddesinde yasaya aykırı olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılanların uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel ilkelerine göre Devletçe ödeneceği belirtilmiş ise de, bu hükümler, uğranılan zararların başka bir biçimde tazmininin olanaklı bulunmadığı hallerde geçerlidir. Nitekim, bu husus 5271 sayılı Yasanın 144'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde dolaylı bir anlatımla, "Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenlerin tazminat isteyemeyecekleri şeklinde belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, uğranılan haksızlığın daha etkin bir biçimde yerine getirilmesine uygun yasal çareler bulunduğu anda öncelikle bu yolla haksızlığın giderilmesi, yasanın dayandığı sistemin temel amacını oluşturmaktadır."³⁹⁵

5237 sayılı TCK'nun 63'üncü maddesinin son cümlesine göre, kişi hakkında sonuç ceza adli para cezası olması halinde, kişinin karar kesinleşmeden önce

³⁹⁴ Feyzioğlu, "Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi", s. 120.

³⁹⁵ YCGK. 31.01.2006 tarih ve 2006/4 E., 2006/7 K. sayılı kararı, (<http://www.ictihatlar.info/cgk/yargitay-ceza-genel-kurulu-20061-4-e-20067-k-ictihati/>) (14.04.2011)

özgürlüğünün kısıtlandığı her gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirilir.

Para cezası ve hürriyeti bağlayıcı cezaya birlikte hükmedilmesi halinde ise tutukluluk süresi önce hürriyeti bağlayıcı cezadan sonra para cezasından mahsup edilmelidir. Tutuklu kalınan süre, sonuç cezaya hükmedildikten ve içtima hükümleri uygulandıktan sonra mahsup edilmelidir. Mahsuptan sonra kalan mahkumiyet süresi mahkumun bundan sonra hapisanede hürriyetinden yoksun kalacağı süreden ibarettir, yoksa sonuç ceza değildir.³⁹⁶

³⁹⁶ Feyzioğlu, “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, s. 121.

SONUÇ

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nun 1'inci maddesinde; CMK'nun ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerinin düzenlendiği belirtilmiştir. Ceza yargılamasına ilişkin usul kuralları, adil yargılanma esasları açısından uyulması gerekli zorunlu kurallardır.

Ceza yargılaması kişilerin özgürlüğü ve güvenliği ile yakından ilgili bir yargılama biçimi olduğundan kişiler hakkında verilen kararların da dikkatli, süratli ve usule uygun bir biçimde verilmesi büyük önem arz etmektedir.

Sanık, ceza yargılamasında olmazsa olmaz bir sujedir. Bu nedenle sanığın sorgu ve savunması tespit edilmeden ve hakları hatırlatılmadan ceza yargılamasının istisnai haller dışında sona ermesi mümkün değildir.

Hal böyle iken sanığın duruşmada hazır edilmesi veya heran ulaşılabilecek durumda bulundurulması gerekmektedir. Adli kontrol tedbirleri ile sanık duruşmada hazır edilmeye çalışılsa dahi kimi zaman bu tedbirlerin yetersiz olması veya uygulamada çıkan sıkıntılar nedeniyle beklenen faydayı göstermemektedir. Özellikle kişinin sosyal ve ekonomik durumu gibi nedenlerle sanığın kaçması ve ele geçirilememesi mümkündür. Bu durumda sanık hakkında yapılan yargılama sonuçsuz kalacak ve kamu bu durumdan zarar görecektir.

Yine sanığın üzerine atılı suç hakkındaki delillere ulaşarak değiştirebileceği veya yok edebileceği, tanıklara veya mağdurlara baskı yaparak ceza yargılamasını etkileyebilecek durumda olması halinde de sanığın o ortamdan izole edilmesi yargılamanın selameti açısından önemlidir.

Bu tür durumlarda sanığın üzerine atılı suçu işlediğine yönelik kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama sebebi mevcutsa kaçmasının önlenmesi için 5271 sayılı CMK'nun 100'üncü maddesi uyarınca tutuklama kararı verilebilecektir. Ancak ceza yargılamasında tutuklama kararı verilmesinin koşulu ceza yargılamasının

sonuçlandırılmasına yönelik olmalıdır. Unutulmamalıdır ki tutuklama bir koruma tedbiridir. Bu düşüncenin dışındaki yaklaşımlar adalete olan güveni sarsacaktır.

Ülkemizde ne yazık ki, kaçma, delilleri karartma veya tanık ve mağdurlara baskı yapma tutuklama nedenleri gerekçe gösterilerek kişinin işlediği suçun niteliğine göre tutuklamaya karar verilmektedir. Bu uygulamaya hâkimleri iten sebep ise, sanığın işlediği suça göre önel bir cezalandırma yaparak toplumda oluşan infiali dindirmektir.

Örnek vermek gerekirse, uygulamada bir kişi adam öldürmek suçu ile itham ediliyor ve hakkında kuvvetli delil bulunuyor ise, tutuklama sebebi de varsayıldığından bahisle kişi hakkında derhal tutuklama kararı verilecektir. Sanığın suçunu ikrar etmesi veya suçüstü deliller ile yakalanması da tutuklanmasını zorunlu hale getirecektir. Çünkü kişinin tutuklanması kanuna uygun bir niteliktedir. Ancak gözden kaçırılan husus tutuklanmanın amacı dışında kullanılmasıdır.

Bir diğer tutuklama koruma tedbirine iten sebep de kişi hakkında üzerine atılı suça ilişkin delil toplanabilmesidir. Uygulamada maalesef suç işlediği iddia edilen kişi önce tutuklanır daha sonra kişinin eylemi hakkında delil araştırılması yapılır. Delillerin toplanması sonrasında kişinin üzerine atılı suçu işlemediği anlaşıldığında ise derhal tahliye kararı verilir.

Ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sırasında kimi zaman kanuna aykırı tutuklamalar olduğu gibi, yukarıda açıkladığımız sebepler dolayısıyla tutuklamanın gerçekleştirildiği anda kanuna uygun olan karar, daha sonradan toplanan deliller ile hukuksuz bir hale de gelebilmektedir. Dikkat edilmesi gereken husus sanık veya şüphelinin tutuklama nedeniyle sonuçta bir zarara uğrayıp uğramadığıdır.

Kişinin hakkında uygulanan tutuklama koruma tedbiri nedeniyle zarara uğradığı ve bu zararın haksız bir şekilde meydana geldiği ortaya konuyorsa, tutuklama haksız bir tutuklamadır.

Kişilerin haksız tutuklamadan doğan zararlarının giderilmesi için iki kurum mevcuttur. Bunlardan ilki ve öncelikle uygulanması gereken yöntem olan 5237 sayılı

TCK'nun 63'üncü maddesinde düzenlenen "mahsup" kurumu iken, diğer yöntem 5271 sayılı CMK'nun 141 ila 144'üncü maddeleri arasında koşulları gösterilen "tazminat"tır.

Kişinin almış olduğu cezadan daha fazla miktarda tutuklu kalması veya herhangi bir şekilde özgürlüğünün kısıtlanması hallerinde kişinin mahsup edilebilecek nitelikte bir suç varsa öncelikle bu suçundan haksız yere özgürlüğünün kısıtlandığı fazla süreler düşülerek kişinin mağduriyeti giderilebilecektir. Bu durumda kişi mahsup uygulanmasını istemeyip, tazminat talebinde bulunabilmesi mümkün değildir. Zira kişinin özgürlüğü hiçbir zaman tazminat ile karşılanamaz.

Bunun dışında kişinin mahsup kurumundan yararlanması mümkün değilse ve 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinde düzenlenen nedenlerden birine göre haksız bir tutuklamaya maruz kalmış ise Devlet'ten maddi ve manevi zararlarının karşılanması için tazminat talebinde bulunabilecektir.

Mahsup kurumunun uygulandığı hallerde kişiler zaten haklarında kesinleşen mahkûmiyetlerine istinaden belli bir süre özgürlüklerinden mahrum olmak yerine önceden özgürlüklerinin kısıtlandıkları süreleri mahsup ettirerek zararlarını telafi ettirebilmekteyseler de tazminatta böyle bir durum söz konusu değildir.

Her ne kadar 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinde gösterilen hallerde kişiler maddi ve manevi zararlarını Devlet'ten talep edebilme hakkına sahip olsalar da tazminat parasal bir ödence olması nedeniyle kişinin yaşamış olduğu ruhsal çöküntüyü hiçbir zaman telafi edebilecek nitelikte değildir. Bir kişinin tutuklama sebebiyle yıllarca tutukevinde kalması sonrasında hakkında beraat kararı verilmesini çevresine, ait olduğu sosyal topluma anlatabilmesi mümkün değildir. Zaten kişi tutuklandıktan sonra çevresi tarafından dışlanacak ve "suçlu" damgası yiyecektir. Yıllar sonra kişi tutukevinden tahliye edildiğinde kendisinin suçsuz olduğunu anlatabileceği belki de sosyal bir çevresi dahi kalmayacaktır.

466 sayılı Kanuna göre, 5271 sayılı CMK'nun 141'inci maddesinde düzenlenen nedenler daha geniş kapsamlı ise de, 142'nci maddesinin 1'inci fıkrasında kişinin hakkında verilen kararın kesinleşmesinden sonra tazminat

talebinde bulunmasının zorunluluğunun korunması AİHM tarafından da eleştirilmiş ve Alp ve Diğerleri/ Türkiye davasında bu husus AİHS'ne aykırı görülmüştür. Bu anlamda tutuklu kişilerin tutukluluk sürelerinin uzunluğu ve makul sürede adil yargılanma hakkı ile ilgili karar kesinleşmeden önce de Devlet'ten tazminat talep edebilmesi için gerekli yasal düzenlenmenin biran önce yapılması gerekmektedir.

Kanun koyucunun gerek 5271 sayılı CMK'nda haksız tutuklama tazminatının Devlet'ten talep edilebilmesini düzenlemesi bağımsızlık ilkesine aykırı olmayıp tam tersine hâkimlerin bağımsızlığını sağlamakta etken bir durumdur. Zira aksi takdirde yargılamayı gerçekleştiren hâkim, yargıladığı kişinin kendisine dava açabileceği düşüncesiyle tedirgin olacak ve tutuklamaya karar vermekten çekinecektir. Bu çekincenin önlenmesinin tek yolu Devlet tarafından sorumluluğun alınmasıdır. Devlet yargılama neticesinde tutuklanma nedeniyle mağduriyeti olduğunu iddia eden kişiye karşı yargılamada taraf olacak ve yargılama neticesinde tazminata hükmedilmesi durumunda tazminatı ödeyecektir. Böylelikle mağdur olduğunu iddia eden kişi hâkimin haksız tutuklamada kusuru olup olmadığını ispatlamakla zaman kaybetmeden somut olayda haksız bir tutuklamanın bulunup bulunmadığını ortaya koyacaktır. Yargılama sırasında mevcut delillere göre bir sanığın suç işlediğine dair kuvvetli suç şüphesi bulunmaktayken, ilerleyen safhalarda ortaya çıkan yeni deliller ile bu suç şüphesi yetersiz duruma gelebilecektir. Bu durumda sanığın beraat etmesi halinde hâkimin herhangi bir kusurundan bahsedilemeyeceği gibi sanığın ise maddi ve manevi zarara uğradığı muhakkaktır. Adilane çözüm, Devlet'in zarara uğrayan kişinin zararını bir an önce gidererek daha sonra hâkimin mağdurun zarara uğramasında kasti bir davranışı varsa, hâkim aleyhine rücu davası açılmasıdır.

Sonuç olarak her ne kadar tutuklamadan doğan zararlar gerek mahsup gerekse tazminat yolu ile giderilebileceği iddia edilse de bu kurumlar giderme veya telafi yolu olarak görülmemelidir. Bu kurumlar ancak "mağdur olan kişinin acılarını hafifletme" olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle tutuklamanın zorunlu olarak uygulanması gereken durumlar haricinde kullanılması önlenmeli, her olayda zorunlu olarak tutuklama yerine, olayın vahameti, kaçma şüphesi, delilleri karartma şüphesi gibi hususlar göz önünde bulundurularak elektronik kelepçe gibi modern yöntemlerin

de yerine göre uygulanabilmesi için bir an önce Türk Ceza Yargılaması ve Türk Ceza İnfaz Hukuku mevzuatına dahil edilmesi gerekmektedir. Bu sayede kişi özgürlüğü ceza yargılaması sırasında mümkün olduğunca daha az sınırlandırılmış olacaktır. Unutulmamalıdır ki şüpheli veya sanık suçu ispat edilinceye kadar masumdur.

KAYNAKÇA

Kitaplar;

AKIN, İlhan; *Kamu Hukuku*, Fakülteler Matbaası, Bası 3, İstanbul 1974.

ATAR, Fahrettin; *İslam Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1991.

BAKICI, Sedat; *5237 Sayılı Yasa kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Bası 2, Ankara 2008.

BİLGE, Necip; *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Baskı 2, Ankara 1967.

BİLGE, Necip; *Karar Düzeltme*, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.

CENGİZ, Serkan, DEMİRAĞ, Fahrettin, ERGÜL, Teoman, MCBRİDE, Jeremy ve TEZCAN Durmuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Kasım 2008.

CENTEL, Nur; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama*, Beta Yayınevi, İstanbul 1992.

CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, Bası 3, İstanbul, Aralık 2005.

DEMİRAG, Fahrettin; *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Bası 1, Ankara 2007.

DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN Sahir; *Nazari Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt 3, Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş., Bası 10, İstanbul, 1985.

DOĞRU, Osman; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul 2002.

DOĞRU, Osman; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004.

DURAN, Lütfi; *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

DUTERTE, Gilles; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya 2003.

DÜZGÜN, Nuri ve ELMACI, Şerafettin; *Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

ERMAN, Sahir; *Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul*, Sermet Matbaası, İstanbul 1974.

ERDURAK, Güngör Y. ; *Notlu İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Kazancı Yayınları, Ankara 1985.

EROL, Haydar, *Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması*, Yayın Matbaacılık, Ankara 2006.

FEYZİOĞLU, Metin, *Tutuklama*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1992.

GÖZBÜYÜK, Şeref; *Yönetmelik Yargı*, Sevinç Matbaası, Bası 6, Ankara 1983.

GÖZE, Ayferi; *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., Bası 3, İstanbul 1986.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

GÜLTAŞ, Veysel, *5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Işığında Altında Tutuklama ve Kanun Yolları*, 2. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2008

HAKERİ, Hakan; *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

İNİCİ ÖZEN, Zekiye; *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, (Danışman Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008.

KANMAZ, Fatih; *AİHM ve Yargıtay Kararları Işığında Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

KAVALLALI, Mümin ve ÜNVER, Naci; *Hukukumuzda Yasadışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990.

KİLİ, Suna ve GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; *Türk Anayasa Metinleri*, Türkiye İş Bankası Yayınları, Yayın No:269, Ankara, 1985.

KÖROĞLU, Hasan; *Haksız Tutuklama Tazminatı*, Adil Yayınevi, 1. Bası, Ankara 1996.

KURU, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Sevinç Matbaası, Bası 2, Ankara 1968.

KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, ve NUHOĞLU, Ayşe; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, Bası 14, İstanbul 2006.

MERAN, Necati; *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

ONAR, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İsmail Akgün Matbaacılık, Hak Kitapevi, Bası 3, İstanbul, 1966.

OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Bası 3, İstanbul 2000.

ÖNDER, Ayhan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Cilt 3, İstanbul 1989.

ÖZBEK, Veli Özer; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

ÖZBEK, Özer Veli; *CMK İzmir Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

ÖZGENÇ, İzzet; *Türk Ceza Kanunu Şerhi (Genel Hükümler)*, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Bası 3, Ankara 2006.

ÖZTÜRK, Bahri; *Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1984.

ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, M. Ruhan; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bası 9, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

PARLAR, Ali ve YILDIRIM Ferhat; *Silahlı Çeteler ve Terör Suçları- Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2001.

PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet; *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

POSTACIOĞLU, İlhan E.; *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Bası 5, İstanbul 1970.

REİSOĞLU, Safa; *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul Beta Yayınları, 2001.

SOYASLAN, Doğan; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bası 2, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.

ŞAHİN, Cumhur; *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

TANER, Tahir; *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1945.

TAŞDEMİR, Kubilay ve ÖZKEPİR Ramazan; *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Cilt 1, Bası 3, Turhan Kitapevi, Ankara 2007.

TAŞKIN, Rıfat; *Askeri Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara, 1946.

TEZCAN, Durmuş; *Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1989.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Ruhan Mustafa ve SANCAKTAR, Oğuz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2004.

TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOğLU Metin; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2006.

TURHAN, Faruk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI MERKEZİ, *Tutuklama Raporu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ağustos 2010.

ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan; *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006.

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.

YURTCAN, Erdener; *Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının Başvuru Kitabı*, Bası 5, Ankara 2007.

YÜKSEL, Metin; *Ölçülülük İlkesi (Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

Sürelî Yayınlar:

AKBULUT, Olgun; “Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan*, Sayı 1, Ocak 2002.

AKMAN, Mehmet; “Bir Ceza Yargılaması Aracı Olarak Kişiyne Kefalet: Osmanlı Örneği”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara, 2004.

ALACAKAPTAN, Uğur; “Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 18, Yıl 1961.

AVCI, Mustafa; “Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimize Koruma Tedbirlerinden Tutuklama”, *Kamu Hukuku Arşivi*, 1998.

BAYTAR, Serdal; “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 61, Yıl 18, Kasım-Aralık 2005.

BELGESAY, Emcet; “Türk Hukukunda Hâkimlerin Hukukî Mesuliyeti (Doktora Tezi)”, AÜHFD., Sayı 14, Ankara 1956.

BIYIKLI, Hasan; “Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkumiyetlerinden İndirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, Sayı 3, Ankara 1983.

BİÇER, Yılmaz; “Haksızca Tutuklananlara Devlet Ödencesi”, *Yargıtay Dergisi*, Sayı: 1-2, Ocak- Nisan, 1978.

CENTEL, Nur, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasasında Tutuklama Adli Kontrol Yakalama ve Haksızlıkların Giderilmesi”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan*, İstanbul 2006.

ÇELİK, Cemil; “Askeri Yargıda Tutuklama Sebepleri”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 30, Sayı 114, Mayıs 2002.

DEMİRBAŞ, Timur; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Tutuklama”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı: 3, İzmir, 1996.

ESATOĞLU, H. Fevzi; “Hüküm ile Birlikte Tutuklama”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Sayı 10-12, 1983.

FEYZİOĞLU, Metin; ”Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu” *AÜHFD*, Cilt 44, sayı 1-4, 1995.

FEYZİOĞLU, Metin; “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, Ocak 1993.

GÜLER, Hüseyin; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişi Özgürlüğü, Güvenliği ve Türk Mevzuatı”, *Adalet Dergisi*, Yıl 96, Sayı 20, Eylül 2004.

GÜNAY, H. Mehmet; “İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele”, *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Şubat, 2000.

GÜROL, Candaş; “Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, *TBBD*, Yıl 2005, Sayı 60.

- İZGÜ, R. Orhan; “Orduda Disiplin”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 15, Sayı 57, 1971.
- İÇEL, Kayıhan; “Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkûmiyetlerinden Mahsubu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı 3, İstanbul 1963.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.; “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu” *AÜHFD*, Ankara 1973.
- KOPARAN Reşat, Mehmet; “Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”, *TBBD*, Yıl 19, Sayı 65, Temmuz-Ağustos 2006.
- KÖKSAL, Ayhan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Tutuklama ve 1961 Anayasası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 30, Sayı: 1-2, İstanbul, 1964.
- ÖZBEK, Veli Özer, “Organize Suçlulukla Mücadele Ön Alan Soruşturmaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2004, Sayı 2.
- ÖZDEŞ, Orhan; “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet”, *Danıştay Dergisi*, Sayı 2, Ankara 1971.
- SAYGILAR, Yasemin F.; “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Tutuklama ve Güncel Sorunlar”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 4, Sayı 34, Haziran 2009.
- SAĞ, Musa; “Tutuklamanın Şekli Koşulları ve Özel Tutuklama Durumları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 72, Sayı 3, İstanbul 1998.

SAVCI, Bahri; “Türk Devletinde Tarihi Akışı İçinde İnsan Hakları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, No: 2, 1963.

SIRMA, Özge; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 7, Cilt 7, Sayı 1, İstanbul 2008.

ŞAHBAZ, İbrahim; “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 25, Ankara 2008.

TAŞKIN, Ahmet; Tutuklamanın Psiko - Sosyolojik Boyutu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 1, Sayı:1, Ankara, Temmuz 2010.

TEZCAN Durmuş; “3842 Sayılı Yasa Açısından Yakalama ve Tutuklama”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 4, Cilt 1-2, Yıl 1994.

ÜLKER, Reşit; “Haksız Tevkife Tazminat”, *Ulus*, 11.01.1964.

ULUSAN, ilhan; “Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1977.

YIRTIMCI, Kaan; “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, Sayı 3, Aralık 2005.

YURDAKUL, Muammer; “*Haksız Tutuklama Sebebiyle Tazminat Davaları*” İzmir Barosu Dergisi, Yıl 73, Sayı 2, Nisan 2008.

İnternet Kaynaklı:

www.psikolojidunyasi.com.tr/ayinkonusu.asp (10.05.2010)

www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html (29.03.2011)

www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin1211.pdf (29.03.2011)

www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/hakanonen.htm (08.04.2011)

www.emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95%203%20ICM8%20ICMNLSD15%20UYAPVERIBANKASI59%2026%20A1001001A07F11B70903H4753618%20A07F11B70903H475361%2014%201162&aranan=tutuklama&dokumanTuru=YARGITAYKARARI, (10.04.2011)

www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=188&lang=0 (12.04.2011)

www.turkhukusitesi.com/makale_734.htm, (13.04.2011)

www.ictihatlar.info/cgk/yargitay-ceza-genel-kurulu-20061-4-e-20067-k-ictihati/
(14.04.2011)

www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmtkliste.asp, (28.04.2011)

www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/alpvedigerleri18.03.2011.doc, (01.05.2011)

www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/CMK_AIHMKararlar.pdf (02.05.2011)

www.profdrrferidunyenisey.com/?page_id=932, (02.05.2011)

www.hurriyet.com.tr/pazar/15552609.asp (13.05.2011)

www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=54, (10.05.2011)

www.tdkterim.gov.tr/bts/ (10.05.2011)

www.mungan.av.tr/yazi (10.05.2011)

www.atillainan.com.tr/(12.05.2011)

www.dunyabulteni.net/index.php?aType=haberYazdir&ArticleID=18758&tip=arhaber (13.05.2011)

www.trtfrench.net/Haber/HaberDetay.aspx?HaberKodu=73cba0f0-c96e-4044-8764-1d917c6133ca (14.05.2011)

www.enderdedeagac.blogspot.com/2011/04/24-mart-2011de-ankara-barosunda-yapilan.html (15.05.2011)

www.hurriyet.com.tr/gundem/16660283.asp (10.11.2011)

www.haber.gazetevatan.com/ortulu-af-gibi-tahliyeler/350238/1/Haber (10.11.2011)

www.haberinyeri.net/katiline-102-tahliyesi-91521h.htm (10.11.2011)

www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/mansur.doc. (01.01.2012)

www.feyzioglu.av.tr/yayin/tutuklamaya-dair-uygulamada-gorulen-sorunlar.html
(02.01.2012)

www.bahcesehir.edu.tr/fakultehaber/index/fakulte/igul/dil/tr/id/280 (02.01.2012)

www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt1/Ilhan_tutuklama.pdf (01.02.2012)

www.cte.adalet.gov.tr/ (02.02.2012)

www.hukukihaber.net/gundem/bakan-ergin-tutuklu-sayisi-dustu-h19832.html
(02.02.2012)