

**T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE
TAZMİNAT**

DOKTORA TEZİ

EMRULLAH AYCI

ANA BİLİM DALI : KAMU HUKUKU

PROGRAMI : KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı: Prof. Dr.DURMUŞ TEZCAN

Temmuz 2012

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**CEZA YARGILAMASINDA KORUMA
TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT**

DOKTORA TEZİ

**Emrullah AYCI
(0510112002)**

KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Temmuz 2012

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	VI
TÜRKÇE ÖZET.....	VIII
GİRİŞ.....	XV
CEZA YARGILAMASINDA KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT.....	1
1. KORUMA TEDBİRLERİ.....	1
1.1. KAVRAM.....	1
1.2. TÜRLERİ.....	2
1.2.1. Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri.....	2
1.2.3. Ceza Hukukunda Koruma (Emniyet, Güvenlik) Tedbirleri.....	7
1.2.4. Hukuk Yargılamasında Koruma (Önleme) Tedbirleri.....	9
1.2.5. İdare Hukukunda Koruma (Önleme) Tedbirleri.....	12
1.3. ÖZELLİKLERİ.....	12
1.3.1. Yasal Düzenlemeyle Belirlenmiş Olması.....	13
1.3.1.1. Sınırlamaya İzin Veren Bir Yasa Bulunması.....	14
1.3.1.2. Yasanın Erişilir ve Anlaşılır Olması.....	17
1.3.1.3. Sınırlamanın Yasaya Uygun Olması.....	18
1.3.2. Şüphelerin Belli Bir Yoğunlukta Olması.....	19
1.3.2.1. Basit Şüphe.....	20
1.3.2.2. Yoğun Şüphe.....	20
1.3.2.3. Makul Şüphe.....	21
1.3.3. Temel Hak ve Özgürlükleri Hükümden Önce Sınırlaması.....	23
1.3.3.1. Temel Bir Hakkın Sınırlandırılması.....	23
1.3.3.2. Kesinleşmiş Bir Yargı Kararının Bulunmaması.....	24
1.3.3.3. Suçsuzluk Karinesi.....	25
1.3.4. Geçici Olması.....	28
1.3.4.1. Makul Süre.....	28
1.3.4.2. Hemen Bir Yargıç Önüne Çıkarılma.....	30
1.3.5. Araç (vasıta) Olması.....	32
1.3.5.1. Bir Amacın Varlığı.....	32
1.3.5.2. Amaca Ulaşmada Elverişlilik.....	33
1.3.6. Gecikmede Sakınca Bulunması.....	35
1.3.6.1. Bir Tehlikenin Varlığı.....	35
1.3.6.2. Tehlikenin Muhtemel Olması.....	36
1.3.7. Yetkili Mercinin Kararının Bulunması.....	38
1.3.7.1. Yetkili Mercii.....	38
1.3.7.2. Kararın Niteliği.....	38
1.3.8.1. Gereklilik.....	43
1.3.8.2. Elverişlilik.....	43
1.3.8.3. Orantılılık.....	44
1.4. SINIFLANDIRILMASI.....	45
1.4.1. Amaçlarına Göre.....	47
1.4.2. Yöneldikleri Kişilere Göre.....	47

1.4.3. Karar Verme ve Uygulama Yetkisine Göre	48
1.4.4. Yönelindikleri Değerlere Göre	49
1.5. HUKUKA AYKIRILIKLARIN SONUÇLARI.....	49
1.5.1. Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından	50
1.5.2. Ceza Hukuku Açısından	54
1.5.3. Tazminat Hukuku Açısından.....	55
2. TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ	56
2.1. GENEL OLARAK SORUMLULUK HUKUKU	61
2.2. SORUMLULUĞUN TÜRLERİ.....	61
2.2.1. Haksız Fiil Sorumluluğu	62
2.2.1.1. Haksız Fiil Kavramı.....	64
2.2.1.2. Haksız Fiilin Unsurları	65
a) Fiilin Hukuka Aykırı Olması	65
b) Fiili İşleyen Kişinin Kusurlu Olması	66
c) Fiil Sonucunda Bir Zararın Meydana Gelmiş Olması	71
d) Fiil ile Zarar Arasında İliyet Bağının Bulunması	75
2.2.2. Kusursuz Sorumluluk	77
2.2.3. Devletin Sorumluluğu	83
2.2.3.1. Devletin Sorumluluğunun Kaynakları.....	84
2.2.3.2. Devletin Sorumluluğunun Koşulları	87
2.2.3.3. Devletin Sorumluluğunun Türleri.....	89
a) Devletin Kusura Dayalı Sorumluluğu	89
aa) Hizmetin kötü işlemesi;	90
ab) Hizmetin geç işlemesi;	91
ac) Hizmetin hiç işlememesi;	92
ad) Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı	93
b) Devletin Kusursuz Sorumluluğu	94
2.3. HAKİMLERİN SORUMLULUĞU	99
2.3.1 Hakimlerin Disiplin Sorumluluğu (İdare Hukuku Bakımından)	100
2.3.2 Hakimlerin Cezai Sorumluluğu (Ceza Hukuku Bakımından).....	101
2.3.3 Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (Tazminat Hukuku Bakımından).....	107
3. TAZMİNATIN KAYNAKLARI	120
4. TAZMİNAT NEDENLERİ.....	123
4.1. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklama, Yakalama veya Tutukluluğun Devamına Karar Verilmesi	126
4.1.1. Yakalama Bakımından	129
4.1.1.1. Yakalama	129
4.1.1.2. Koşulları	133
a) Yakalama Yetkisi.....	133
b) Yakalama Nedenleri	134
c) Yakalamanın Uygulanış Biçimi	135
4.1.2. Tutuklama Bakımından.....	135
4.1.2.1. Kavram.....	136
4.1.2.2. Kararı Verecek Mercii	137
4.1.2.3. Tutuklamanın Koşulları	137
a) Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığı.	138
b) Suçun Ağırlığı ve Verilmesi Muhtemel Ceza ile Orantılı Olması.	138

c) Bir Tutuklama Nedeninin Varlığı	140
4.1.2.4. Tutuklama Nedenleri	140
4.1.2.5. Tutuklama Kararının Uygulanış Biçimi	142
a) Gerekçe	142
b) Kararın İçeriği	145
4.1.3. Tutukluluğun Devamı Bakımından	146
4.2 Kanuni Gözaltı Süresi İçinde Hakim Önüne Çıkarılmama	150
4.2.1. Kanuni Gözaltı Süresi	151
4.2.2. Hakim Önüne Çıkarılma	154
4.3. Kanuni Hakları Hatırlatılmadan veya Hatırlatılan Haklardan Yararlanma İsteği Yerine Getirilmeden Tutuklanma	154
4.3.1. Kanuni Hakların Hatırlatılmaması	155
4.3.1.1. Bildirimin Şekli	156
4.3.1.2. Kapsamı	158
a) Suçlamayı ve Haklarını Öğrenme Hakkı	158
b) Müdafiden Yararlanma Hakkı	159
c) Durumdan Yakınlarının Haberdar Edilmesi Hakkı	161
d) Susma Hakkı	162
e) Lehine Olan Delilleri İleri Sürme Hakkı	163
4.3.1.3. Süresi	164
4.3.2. Haklardan Yararlanma İsteğinin Yerine Getirilmemesi	165
4.4. Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmama ve Bu Süre İçinde Hüküm Verilmemesi	165
4.4.1. Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmama	166
4.4.2. Makul Sürede Hüküm Verilmemesi	167
4.5. Tutuklandıktan Sonra Kovuşturmaya Yer Olmadığı veya Beraat Kararı Verilmesi	168
4.5.1. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Karar Verilmesi	170
4.5.2. Beraat Kararı	171
4.6 Tutuklulukta Geçen Sürelerin, Hükümlülük Sürelerinden Fazla Olması veya İşlenen Suç İçin Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Cezası Olması	173
4.6.1. Hükümlülük Süresinin Gözaltı ve Tutukluluk Süresinden Az Olması	174
4.6.2. Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Cezası Olması	182
4.7. Yakalama veya Tutuklama Nedenleri ve Suçlamaların İlgilere, Yazıyla veya Bunun Hemen Olanaklı Bulunmadığı Hallerde Sözle Açıklanmaması	185
4.7.1. Bildirimin şekli	186
4.7.2. Kapsamı	187
4.7.3. Zamanı	188
4.8. Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmemesi	189
4.8.1. Yakın Kavramı	191
4.8.2. Bildirimin Kapsamı	191
4.8.3. Bildirimin Süresi	192
4.8.4. Bildirimin Şekli	192
4.9. Arama Kararının Ölçsüz Bir Şekilde Gerçekleştirilmesi	193
4.9.1. Arama Kararı	193
4.9.2. Ölçsüz Gerçekleştirme	199
4.10. Eşya veya Diğer Malvarlığı Değerlerine, Koşulları Oluşmadığı Halde Elkonulması veya Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması ya da Eşya veya	

Diğer Malvarlığı Değerlerinin Amaç Dışı Kullanılması veya Zamanında Geri Verilmemesi	205
4.10.1. Koşulları Oluşmadan Elkonulması.....	207
4.10.2. Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması.....	210
4.10.3. Amaç Dışı Kullanılması,	212
4.10.4. Zamanında Geri Verilmemesi	213
4.10.5. Özel Elkoyma Halleri.....	215
5. TAZMİNAT HAKKININ İLGİLİSİNE BİLDİRİLMESİ	215
6. TAZMİNATA KONU ZARAR VE NİTELİĞİ	216
6.1. Maddi Zarar	217
6.1.1. Parasal Kayıplar	218
6.1.2. Tedavi Masrafları.....	221
6.1.3. Avukatlık Ücreti.....	221
6.1.4. İliyet Bağı	223
6.1.5. Faiz	224
6.2. Manevi Zarar.....	225
6.2.1. Beden ve Ruh Tamlığının İhlali Sonucu Manevi Tazminat	226
6.2.2. Kişilik Haklarının İhlali Sonucu Manevi Tazminat	228
7. TAZMİNAT İSTEME SÜRESİ VE YÖNTEMİ.....	232
7.1. Karar veya Hükümün Kesinleşmesi	232
7.2. Başvuru Süresi	235
7.3. Başvuru Şekli	238
7.4. Başvuru Mercii.....	240
7.5. Davanın Tarafları.....	241
7.5.1. İstemde Bulunabilecek Kişiler (Davacı)	241
7.5.2. Davanın Açılacağı Kişiler (Davalı)	243
8. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	245
7.1. Görevli Mahkeme	245
7.2. Genel Yetkili Mahkeme	246
7.3. İstisnai Yetkili Mahkeme	249
9. YARGILAMA YÖNTEMİ	251
9.1. Ön İnceleme	253
9.2. Taraf Teşkili	255
9.3. Dava Değeri Konusu.....	256
9.4. Davanın İhbarı	257
9.5. Delillerin Değerlendirilmesi	258
9.5.1. İstem ve İspat Belgelerine İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi.....	258
9.5.2. Tazminat Miktarına İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi	260
9.6. Duruşma ve Hüküm	261
9.7. Harç	266
9.8. Yargılama Gideri.....	267
9.9. Vekalet Ücreti.....	268
10. TAZMİNATIN HESAPLANMASI	269
10.1. Maddi Tazminatın Hesaplanması	271
10.2. Manevi Tazminatın Hesaplanması.....	274
11. TAZMİNATIN GERİ ALINMASI	278
12. DEVLETİN RÜCU ETMESİ.....	281
12.1. Kamu Görevlisine Rücu	282
12.2. İftira Eden veya Yalan Tanıklık Edene Rücu.....	285

12.3.	Rücu Davasının Özellikleri	286
13.	TAZMİNAT İSTENEMEYECEK DURUMLAR	290
13.1	. Gözaltı ve Tutukluluk Süresinin Başka Bir Hükümlülükten İndirilmesi ..	291
13.2	. Tazminata Hak Kazanmadığı Halde, Sonradan Yürürlüğe Giren Kanun Gereği, Durumun Tazminat İstemeye Uygun Hale Dönüşmesi.....	293
13.3	. Genel veya Özel Af, Şikayetten Vazgeçme, Uzlaşma gibi Nedenlerle Kovuşturmaya Yer Olmadığına veya Davanın Düşmesine Karar Verilmesi veya Kamu Davasının Geçici Olarak Durdurulması veya Kamu Davasının Ertelenmesi veya Düşürülmesi	294
13.4	. Kusur Yeteneğinin Bulunmaması Nedeniyle Hakkında Ceza Verilmesine Yer Olmadığına Karar Verilmesi	295
13.5.	Adli Makamlar Huzurunda Gerçek Dışı Beyanla Suç İşlediğini veya Suça Katıldığını Bildirerek Gözaltına Alınmaya veya Tutuklanmaya Neden Olma	296
14.	YASA YOLLARI	297
14.1	Yasa Yollarına Başvurabilecek Kişiler	297
14.2	Başvuru Süresi.....	298
14.3	Başvuru Sınırı (Kesinlik Sınırı).....	299
14.4	Kanun Yollarının Türleri.....	300
14.5	İnceleme Mercii	301
14.6	İnceleme Yöntemi	303
	SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	304
	KAYNAKÇA	307
	A- YAYINLAR	307
	B- SÜRELİ YAYINLAR	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
	C- ELEKTRONİK YAYINLAR	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
	D- YAYINLANMAMIŞ TEZLER	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
ACM	Ağır Ceza Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
BK	Borçlar Kanunu
Bkz	Bakınız
c	Cilt
C	Cumhuriyet
CCJE	Consultative Council of European Judges (Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi)
CGİK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CD	Ceza Dairesi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
DEÜ	Dokuz Eylül Üniversitesi
DEÜHF	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

EÜHFD	Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemesi Kanunu
HSYK	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
PVSK	Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu
s	Sayfa
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd	Ve Devamı
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	Yargıtay Kararlar Dergisi

TÜRKÇE ÖZET

Ceza yargılamasında gerçeğe ulaşmayı ve yargılama sonunda verilecek kararların uygulanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak ceza hakimi tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınan mercilerce geçici olarak başvuru; henüz hüküm vermeden önce kişinin temel hak ve hürriyetlerine müdahaleyi gerektiren yasal çarelere koruma tedbirleri denir.

Koruma tedbirlerinin yasal düzenlemeyle belirlenmiş olması, temel hak ve özgürlükleri hükümden önce sınırlaması, geçici olması, belli bir amacı sağlamaya dönük bir araç olması, uygulanmaması halinde o amacın gerçekleşmesinin tehlikeye girme olasılığının bulunması, amaç ile uygulanan tedbir arasında ölçülülük olması gerekmektedir.

Koruma tedbirlerinin, amaçlarına göre, yönelindikleri kişilere göre, karar vermeye ve uygulamaya yetkili mercilere göre ve yönelindikleri değerlere göre çeşitli ayrımları bulunmaktadır.

Koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında hukuka aykırı davranılmasının ceza hukuku, ceza yargılaması hukuku ve tazminat hukuku açısından bazı sonuçları bulunmaktadır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat ceza hukuku içinde, haksız fiile ve kusursuz sorumluluğa benzeyen yanları da bulunan ve kamusal yanı olan kendine özgü bir tazminat türüdür.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminatın kaynakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5/5 maddesi ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141, 142, 143 ve 144'üncü maddeleridir.

Buna göre; bir kişinin, kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanması, tutuklanması, veya tutukluluğunun devamına karar verilmesi; kanuni gözaltı süresinde hakim önüne çıkarılmaması; kanuni haklarının hatırlatılmaması veya hatırlatılan haklarından yararlanma isteğinin yerine getirilmemesi; kanuna uygun

olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmaması veya bu süre içerisinde hakkında hüküm verilmemesi; kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi; mahkum olup da gözaltı veya tutuklulukta geçirdiği sürenin hükümlülük süresinden fazla olması veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle bu cezayla cezalandırılması; yakalama veya tutuklama nedenleri ve hakkındaki suçlamalar kendisine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı olmaması halinde sözle açıklanmaması; yakalanma veya tutuklanmasının yakınlarına bildirilmemesi; hakkındaki arama kararının ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi; eşyası veya diğer malvarlığı değerlerine koşulları oluşmadığı halde el konulması veya korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerlerinin amaç dışı kullanılması veya zamanında geri verilmemesi, tazminat sebebi olarak sayılmıştır.

Tazminat hakkına sahip olanlara beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde tazminat haklarının bulunduğu hatırlatılması gerekmektedir.

Kişiler, uygulanan koruma tedbiri nedeniyle uğradıkları, her türlü maddi ve manevi zararlarını avukatlık ücretleri ve faiziyle birlikte isteyebilmektedirler.

Tazminat davaları ağır ceza mahkemelerinde açılır. Mahkemece yapılacak ilk incelemede dilekçedeki bilgi ve belgelerin eksikliği tespit edilirse eksikliğin bir ay içinde tamamlanması, aksi halde istemin reddedileceği ilgiliye bildirilir. Dilekçe ve belgeler yeterli ise bir örneği Devlet Hazinesinin temsilciliğine tebliğ edilerek onbeş gün içerisinde itirazlarını yazılı olarak bildirmesi istenir. İstem ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde veya tazminat miktarının saptanmasında mahkeme başkanı her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerden birine yaptırmaya yetkilidir. Mahkeme kararını duruşmalı olarak verir. Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir. Tazminat ve miktarının hesaplanması tazminat hukukunun genel prensiplerine göre yapılır.

Hakkındaki kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar kaldırılarak yargılanıp mahkum olanlarla, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle yeniden yargılanıp beraat kararı kaldırılarak mahkum olanlara ödenen tazminat Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararlar geri alınır. Geri almada kamu alacaklarının tahsiline ilişkin usul uygulanır. Bu karar itiraza tabidir.

Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, koruma tedbirine ilişkin görev gereklerine aykırı davranarak görevini kötüye kullanan kamu görevlisine rücu eder. İftira konusu suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklanma halinde Devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu eder.

Gözaltı veya tutukluluk süreleri mapsup edilenler, sonradan yürürlüğe giren lehte hükümler gereği durumları tazminat istemeye uygun hale gelenler, af, şikayetten vaz geçme, 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, tazminat isteyemezler.

Yasada iki tür yasa yolundan söz edilmektedir. Birincisi ön inceleme sonucu verilen kararlara karşı yasa yolu olan itiraz, ikincisi ise yapılan asıl yargılama sonucu verilen kararlara karşı yasa yolu olan istinaf yasa yoludur.

ABSTRACT

Subject Of The Thesis: A Compensation Due To Protection Measures In Criminal Justice

Legal Devices that providing to reach a truth in criminal justice; on purpose to provide application the judgements that is rendered at the conclusion of the hearing, by a judge of criminal justice as a rule, where a non-delayable cases, temporary applied by a competent authorities; are required to interfere person's fundamental rights and liberty yet before given verdict, are called protection measures.

It is required that the protection measures shall be established by legal arrangement, in order to apply shall be a doubt in certain intensity, be restrained the fundamental rights and liberties before the verdict, be a device toward to provide certain purpose, has probability to endanger accomplishing the goal in case not applying it, has proportionality between the purpose and applied measure and shall be based on the decision of competent by law authority.

Security measures have variety of differences according to purposes of it, persons of approaching, authorities competent to apply and values of approaching.

Illegal act during applying the security measures has some consequences in terms of penal law, criminal procedure law and compensation law. A compensation based on security measures is specific type compensation inside the penal law, has touch a public. As well as it touches a public, it is an establishment that has similar sides with tort and absolute liability and has regard to equality principle.

Sources of a compensation due to security measures are articles 141, 142, 143 and 144th articles of Criminal Procedure Code together with 5/5th article of Europe Human Rights Convention.

Hereunder ; Individuals; who were captured, imprisoned or were decided in favor of extension of the imprisonment by means other than those described in laws, who were not brought before the judge within time limits set by laws, who were imprisoned without his/her legal rights being read or his/her right to benefit from those rights were not fulfilled, who, although were imprisoned in accordance with the laws, were not brought before a jurisdiction authority within reasonable time and no decree was set in regard, who were deemed free of prosecution or innocent after they were captured or imprisoned in accordance with laws, who were prisoners and the time they spent in custody or under imprisonments is more than their sentence or who were sentenced to pay a fine as the penalty declared in laws for the crime they committed was only penalized so, who were not given the reasons regarding their capture or imprisonment by written notice or orally, when the former means is not available, whose relatives were not informed of their capture or imprisonment, whose search warrant was carried out carelessly, whose goods or other material assets were seized without necessary conditions fulfilled or precautions were not taken to protect those, or were used off purpose or were not returned on time, during the investigation and prosecution, can demand both material and moral compensation from the State are considered as reason of compensation.

Where decree of non-prosecution or acquittance is rendered against individuals who have compensation right, it is required to remind that they have compensation right.

Individuals can request every kind of material and moral damages of them; they suffered due to security measures, together with attorney fee and its interest.

Suit for damages is settled in the high criminal court. In case the information and documents provided with the petition are deemed inadequate, the court announces to relevant bodies that the request will be denied unless they are completed in a month. A petition not completed before the deadline is rejected by the court. The court, if petition and documents are adequate, by one sample of them

conveying to representative of the State Treasurer, requests declarations and objections in written form in fifteen day period. The court is authorized to carry out, or have one of its judges, any investigation it deems necessary for the assessment of the request and proof documents and for the determination of the compensation to be paid. The court reaches a verdict on trials. The individual making the request, the Republic Prosecutor or the representative of treasury may appeal against the verdict. Determination of the compensation and amount of it is carried out according to the general principles of compensation law.

The compensation paid to those trailed by revoking decree of non-prosecution against them, were sentenced to imprisonment, paid to those who were imprisoned due to renewal of the trial in disfavor, can be revoked by the judicial ruling at the same court invoked by written notice from the Public Prosecutor. Procedures on collection of public receivables apply in revoking. This decision can be appealed against.

The state, due to compensation paid, revokes public officials who were deemed to have committed an act of misconduct by violating requirements of his/her duty related to security measures. In case of probation or imprisonment due to the crime or false witnessing forming the false accusation; the State revokes individuals that have declared false accusations or were false witnesses.

Individuals, those whose period of probation and imprisonment was reduced due to another conviction, those who were not granted compensation but became eligible due to laws that later came into effect and brought new arrangements in favor, those deemed inconvenient for prosecution due to reasons such as: general or private pardon, renouncement of complaint, reconciliation, or abatement or temporary halt of the public prosecution or public prosecution postponed or abatement, those decided to be inappropriate due to being illegible to commit misdemeanor, those who were probated or imprisoned due to factitious judicious declaration on committing or participating in crime may not request compensation.

Two type of legislation ways are mentioned in the law. First one is objection that is legislation way against the decisions that were rendered at the conclusion of preliminary examination; second one is appeal legislation way against the decisions that were rendered at the conclusion of main hearing.

GİRİŞ

Ceza yargılamasının amacı bir suçun işlendiği iddiası üzerine işin gerçeğini ortaya koymak olup, kamu düzenine ilişkin olan gerçeğin ortaya çıkarılması kamunun otoritesi ve devletin egemenliği açısından önemlidir. Bu durum ceza yargılamasında sürekli insan hakları sorununa neden olmaktadır.

Ceza yargılamasında temel amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bununla birlikte amaç ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin ortaya çıkarılması değil, hukuka uygun yöntemlerle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ceza yargılaması, devletlerin egemenlik hakkı ve kamu düzeni ile yakından ilgili olduğundan insan hakları açısından da önemlidir. Bu nedenle ceza yargılamasında delil toplama araçlarının hukuka uygunluğu ile elde edilen delillerin yargılamada kullanılması birbiriyle bağlantılı olmak zorundadır.

Bir suç nedeniyle yapılan soruşturmada, soruşturmanın yapılabilmesini ve muhakeme sonunda verilen kararın yerine getirilebilmesini sağlamaya dönük olarak yasalarca öngörülmüş olan ve hükümden önce birtakım temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getiren geçici tedbirlere koruma tedbirleri denilir.

Koruma tedbirleri hem geçici hem de henüz ortada bir mahkumiyet hükmü bulunmadan uygulanan tedbirler olduğu için insan hakları ihlalleri açısından en sık karşılaşılan alan olmaktadır. Suçsuzluk karinesi ile kamu düzeninin sağlanması için belli şüphe altındaki kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanmasının çatıştığı alan koruma tedbirleri alanıdır. Bu nedenle koruma tedbiri uygulanan kişilerin, uygulanan tedbir nedeniyle uğradıkları her türlü zararın, tazminat hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda, Devletçe giderilmesi Anayasa tarafından güvence altına alınmış, buna paralel olarak yasalarımızda da düzenlemeler yapılmıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmeden önce 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun bulunmakta olup, bu Kanuna göre sadece yakalama ve tutuklama tedbiri nedeniyle tazminat istenebilmekteydi. 5271 sayılı Kanun ile birlikte koruma

tedbirleri nedeniyle tazminatın alanı genişletilmiş, tazminat hesaplamasına ilişkin kurallar da yeniden düzenlenmiştir.

Koruma tedbirlerinin insan hakları açısından bu kadar önemli olması ve ülkemizin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalaması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanıması karşısında, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat da ülkemiz açısından son derece önemli bir konudur. Ülkemizin hem uluslararası alandaki itibarı açısından hem de insan hakları ihlallerinin yaygın olduğu ülke gibi algılanması açısından başta ihlalin olmaması, ihlal tüm çabalara rağmen engellenememişse bu durumda da uygun bir tatmin yolu olarak Devletçe ilgililerin maddi, manevi zararlarının tazmini büyük önem taşımaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de sonuç olarak tazminata hükmetmekte ve ilgili ülkeyi önlem almaya zorlamaktadır.

Bu çalışmada; ülkemizin insan haklarının gelişimi açısından son derece önemli olan “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” konusu ele alınmıştır. İlk bölümde koruma tedbirlerinin genel özellikleri ve sınıflandırılmaları ile hukuka aykırılıkların sonuçlarına, ikinci olarak, tazminat sorumluluğunun esasını oluşturan sorumluluk hukuku, özellikle hakimlerin sorumluluğu ve devletin sorumluluğuna, daha sonra ise özel olarak koruma tedbirleri nedeniyle tazminatın, hukuki dayanakları, tazminat istenebilecek durumlar, tazminat isteme koşulları, tazminatın konusu, tazminat isteme usulü gibi konulara değinilmiştir.

CEZA YARGILAMASINDA KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT

Özgürlüğün herhangi bir gerekçeye ihtiyacı yoktur. (Heiner Bielefeldt)

1. BÖLÜM

1. KORUMA TEDBİRLERİ

1.1. KAVRAM

Gerçekleşme ihtimali olan fakat gerçekleşmesi halinde büyük zarara yol açabilecek durumlara tehlike denir¹. Hukukta da gerçekleşmesi halinde zarar doğurma ihtimali yüksek olan durumlar bulunmaktadır. Bu durumlara karşı hukuk düzeninin aldığı önlemlere tehlike tedbirleri denilmektedir. Bir şeyin aynen mevcudiyetini sağlamak veya yok olmasını önlemek, bir durumun değişmesine engel olmak için yetkili mercilerin emriyle alınan tedbirlere muhafaza tedbirleri denilmektedir. İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz, mühürleme, tahrir, deftere geçirme, ceza takibinde sübut vasıtası olan eşyanın muhafazası, emniyet altına alınması, zapt olunması gibi tedbirler birer muhafaza tedbiridir².

Tehlike tedbirleri hukukun birçok alanında kendisini göstermektedir. Önleme tedbirlerine, önleyici kolluk tedbirleri veya polis tedbirleri de denir ve idare hukukunun ilgi alanına girer. Bir suç işlendikten sonra uygulanan tehlike tedbirlerine ise koruma tedbirleri denilir ve ceza muhakemesi hukukunun alanına girer. Ceza yargılaması sonucunda suçu sabit olan kişinin yeni suç işlemesini önlemek için

¹ Türk Dil Kurumu, Güncel Sözlük,
<http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=tehlike>

² Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, 3. Bası, Ankara 1991, s. 243.

başvurulan önlemlere emniyet tedbirleri denilir ve ceza infaz hukukun ilgi alanına girer. Kefalet, rehin, haciz gibi işlemler ise icra ve iflas hukukunun konusunu oluşturan önleme tedbirleridir.³ Sadece ceza muhakemesi ile ilgili olmayan ve daha çok kamu düzeni ve kamu sağlığının korunması ile suç işlenmesinin önlenmesine dönük olan bu özgürlük kısıtlamalarının tamamına tehlike tedbirleri denilmektedir⁴.

Koruma tedbiri, hüküm makamlarının ve özellikle yargılama makamlarının görevlerini yaparken, yani hüküm vermede kullandıkları araçlardan birisidir. Tehlike henüz ortaya çıkmadan alınan önlemlere önleme tedbiri, tehlike ortaya çıktıktan sonra, tehlikeli sonuçtan korunmaya yarayan tedbirlere de koruma tedbiri denilmektedir⁵.

Koruma tedbirini önleme tedbirinden ayıran birinci husus, tehlikenin birinde yakın, diğerinde uzak olmasıdır. İkinci husus ise önleme tedbirinde korunacak bir hakkın bulunması şartı arandığı halde, koruma tedbirinde, gecikemezlik yüzünden, hakkın varlığı aranmayıp, haklı görünüşle yetinilmektedir.⁶

Tüm bu farklı tanımlar bir arada değerlendirildiğinde koruma tedbiri; var olan durumu tespit etmeye ve korumaya yönelik alınan hukuksal önlemlerdir denilebilir.

1.2. TÜRLERİ

1.2.1. Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri

Ceza muhakemesinin yapılmasını veya muhakeme sonunda verilen kararın yerine getirilebilmesini ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, geçici nitelikte olan ve hükümden önce yetkili merciler tarafından verilen ve bazı temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan çarelere koruma tedbirleri denir⁷.

Ceza yargılaması faaliyetinin yapılabilmesini kolaylaştıran; yargılama yaparken gerçeğe ulaşmayı engelleyecek değişiklikleri önleme olanağı sağlayan; yargılama sonunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmamasını ve yargılama

³ Hafizoğulları, Zeki, Emniyet Tedbirleri, AÜSBFD, Ankara 1991, Cilt 46, Sayı: 3-4, s. 45 vd.

⁴ Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Tutuklama, Ankara 1992, s. 4.

⁵ Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s. 759 vd.

⁶ Kunter/Yenisey/ Nuhoglu, s. 759

⁷ Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Ankara 2007, s. 527

masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak ceza yargılamasına karar verme yetkisini haiz olan merciler tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınan mercilerce geçici olarak başvuru; henüz hüküm vermeden önce kişinin temel hak ve hürriyetlerine müdahaleyi gerektiren yasal çarelere koruma tedbirleri denir⁸.

Bir suç işlenmekle bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması için öncelikle maddi gerçeğin, dolayısıyla da, suçu işleyen kişi veya kişilerin ortaya çıkarılması gerekmektedir. Suçu kimin işlediğinin belirlenmesi bu yönüyle kamu düzeni açısından önem kazanmaktadır.⁹ Öte yandan suç işleyen kişinin bulunması yanında hem cezalandırılarak kamu vicdanı ve mağdurun tatmini, hem de yeniden suç işlememesi amacıyla ıslahı da çağdaş ceza hukukunun amaçları arasındadır.¹⁰ Bütün bu yönleri gözetildiğinde ceza muhakemesi, devletlerin kamu düzenleri ve egemenlikleri ile doğrudan ilgili görülmüştür¹¹. Hukukun diğer dallarından farklı olarak kurallara uyulmaması durumunda devlet zoruna başvurulması ceza hukukunun temel ögesidir. Ceza hukukunun uyguladığı yaptırımın belirgin özelliği ancak devlet tarafından uygulanabilmesidir¹². Bu nedenle kolluğun korumaya çalıştığı kamu düzenini bozan kişileri bulma konusundaki çabası ve devlet otoritesini koruyucu bu rolü sırasındaki sahip olduğu gücü kötüye kullanmasına karşı masum insanların korunması daha da önem kazanmaktadır.¹³ Çağdaş ceza muhakemesinde amaç ne pahasına olursa olsun maddi gerçeği ortaya çıkarmak değil, maddi gerçeği hukuka uygun olarak ortaya çıkarmaktır¹⁴.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 160'ncü maddesine göre Cumhuriyet savcısı bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya

⁸ Şahin, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, 2. Bası, Ankara 2004, s. 25.

⁹ Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s. 11 vd.

¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 832.

¹¹ Erdem, Mustafa Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Ankara 2004, s. 91.

¹² İçel, Kayıhan/ Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Bası, İstanbul 1987, s. 6.

¹³ Sokullu-Akıncı, Füsün, Polisin Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990, s. 124.

¹⁴ Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Bası, Ankara 2006, s. 4.

başlar. Buna araştırma mecburiyeti denilmektedir. Araştırma delil olabilecek şeylerin, delil kaynaklarının ve ipuçlarının aranması ve deliller aracılığıyla suç işleyen kişinin bulunmasıdır. Araştırmanın amacı şüphe sebeplerini elde etmek olup elde edilen şüphe sebepleri kovuşturma aşamasında delil niteliğine kavuşacaktır. Araştırma sadece meydana delillerin korunması değil, meydana olmayan delillerin de ortaya çıkarılması anlamına gelmektedir.¹⁵

Soruşturma evresindeki araştırmalar bakımından Cumhuriyet savcısının emriyle kolluğun genel bir araştırma yetkisi bulunmaktadır. Fakat kişi hak ve özgürlüklerine önemli kısıtlamalar getiren bir araştırma tedbiri uygulanacak ise kolluğa yetki veren ayrı bir kanun ve bu kanuna dayanan bir karar veya emir bulunmalıdır.¹⁶

Ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olsa da, bu yapılırken insanlık onuru, hukukun ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri daima göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle ceza muhakemesinin amacı insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğin araştırılıp bulunması, adaletin gerçekleştirilmesi ve hukuki barışın sağlanmasıdır¹⁷.

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla bazen birtakım temel hak ve özgürlüklere müdahale gerekebildiği gibi bazen de elde edilen delillerin korunabilmesi için yine birtakım temel haklara müdahale zorunlu olmaktadır. Sağlıklı biçimde yapılan yargılama sonunda verilen kararın uygulanabilmesi de yine devletin egemenliği ve kamu düzeni açısından önemlidir. Bu nedenle verilen kararın uygulanabilmesini sağlamak amacıyla da temel haklara müdahale zorunlu olabilmektedir.

Ceza muhakemesinin sağlıklı yapılabilmesi veya verilen kararın yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla başvuru bu tedbirler; çoğu zaman ceza muhakemesindeki aktörlere, özellikle de bir suç işlemiş olmakla suçlanan kişiye karşı zor kullanmayı gerektirmektedir¹⁸. Bu yönüyle ceza muhakemesi tedbirleri

¹⁵ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 689 vd.

¹⁶ Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, s. 691

¹⁷ Öztürk/Erdem, s. 63

¹⁸ Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 244,

zorlayıcı tedbirlerden olup uygulanması için ilgilinin rızası aranmaz¹⁹. Ancak her koruma tedbiri zor kullanmayı gerektirmez²⁰. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi veya teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirleri ilgilinin bilgisi dışında uygulandığından zor kullanmayı gerektirmemektedir.

Ceza muhakemesi bireylerin hak ve özgürlüklerini ilgilendirmekle beraber, bu özellik koruma tedbirlerinde çok daha ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemeler bir ülkenin hukuk sistemi hakkında olumlu ya da olumsuz bir izlenim edinilmesi için birer ölçü niteliğindedir. Bu özelliği dolayısıyla koruma tedbirlerine ilişkin temel ilkelere anayasalarda da yer verilir. Anayasamız da bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir²¹. Bu tedbirler sadece şüpheli veya sanıklara değil tüzel kişilere veya malvarlıklarına karşı da uygulanabilmektedir.

Ceza yargılamasında koruma tedbiri olarak yakalama, gözaltına alma ve tutuklama, 1982 Anayasasının “*kişi hürriyeti ve güvenliği*” başlıklı 19. maddesine konu olmuş ve “*herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir*” hükmünün istisnaları olarak düzenlenip, bu koruma tedbirlerinin tatbiki için genel çerçeve, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. maddesi hükmüne uygun olarak çizilmiştir. CMK ise, 90 ve devamı maddelerinde, yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerinin somut olaylarda uygulanabilme imkânlarını gösteren şekil ve şartları ortaya koymuştur. Kişi hürriyeti ve güvenliğine kısıtlama getirmeleri sebebiyle faili yakalamak ve/veya delil elde etmek maksadıyla uygulanan koruma tedbirleri, ancak kanun koyucu tarafından gösterilen şekil ve şartların somut olayda gerçekleşmesi kaydıyla uygulama alanı bulabilirler. Bundan başka, sadece kanunda gösterilen hukuki gerekçelerin soyut tekrarları da, bu önemli koruma tedbirlerinin tatbikinde yeterli görülemez ve hukuka uygun sayılamaz. Her somut olayda o meselenin ortaya koyduğu özellikler ile koruma tedbirini düzenleyen yasal dayanaklar karşılaştırılmalı, somut olayın

¹⁹ Toroslu, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara 2003, s. 193,

²⁰ Altınay, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, İstanbul 2007, s. 29.

²¹ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, Ankara 2009, s. 277.

özelliklerinin gereklilik taşıması halinde söz konusu koruma tedbirlerinin uygulanması yoluna başvurulmalıdır.²²

Öğretide ceza yargılamasındaki koruma tedbirleri terimi ile ilgili bir birlik bulunmamaktadır. Koruma tedbirlerine, ihtiyati tedbir²³, usul tedbirleri²⁴, muhafaza tedbirleri²⁵, zorlayıcı önlem²⁶, ceza yargılaması önlemi²⁷ ve emniyet tedbiri²⁸ de denilmektedir. Yargıtay da birçok kararında koruma tedbirleri terimini kullanmıştır.²⁹

Kavrama “*usul tedbiri*” denilmesi halinde muhakeme hukukunda başvuru her tedbiri içine alacak biçimde geniş anlamda kullanılmış olacak, aynı zamanda sadece muhakeme hukukuna münhasır gibi ad koymak ta doğru olmayacaktır. “*Yargılama önlemi*” denilmesi halinde, önlem sözcüğü önlemeden geldiği için önleme tedbirlerini ifade eder. Öte yandan önleme kavramı da tedbir kavramını karşılamaz. Önleme sadece engel olmayı ifade ederken, tedbir engel olma yanında diğer her türlü koruyucu önlemleri de ifade etmektedir. Ayrıca yargılama önlemi denilince yargılama faaliyeti içindeki tüm önlemler anlaşılmaktadır³⁰. “*İhtiyati tedbir*” ise hukuk yargılamasında kullanılan bir kavramdır. “*Zorlayıcı önlem*” denilmesi halinde ise mutlaka bir zorlama unsurunun gerekliliği öne çıkmaktadır. Oysa bazı tedbirler ilgilinin bilgisi dışında ve zor kullanmadan uygulanmaktadır.

CMK’nın Dördüncü Kısım’ının başlığının “*Koruma Tedbirleri*” olması ve doktrinde de genel olarak tercih edilmesi nedeniyle³¹ biz de koruma tedbirleri terimini tercih etmekteyiz. Çünkü buradaki temel amaç var olan bir durumun tespiti ve aynen korunmasıdır.

²² Şen, Ersan, İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına alma, Arama, El koyma ve Tutuklama, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:30, Şubat 2009-Ankara, s. 15 vd.

²³ Taner, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955, s. 131.

²⁴ Erem, Faruk, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1968, s. 435.

²⁵ Önder, Ayhan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama, İstanbul 1963, İHFM, c. 29, s. 425.

²⁶ Yüce, Turhan Tufan, Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, EÜHFD, İzmir 1980, c.1, Sayı 1, s. 67 vd.

²⁷ Yurtcan, Erdener, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2005, s.66.

²⁸ Feyyaz Gölcüklü, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Türk Hukukunda Muvakkat Yakalama, Tevkif) Ankara 1958, s. 27.

²⁹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2008/6025 Esas, 2009/1984 Karar, 5. Ceza Dairesi, 2008/5704 Esas, 2009/6766 Karar.

³⁰ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 760

³¹ Öztürk/Erdem, s. 527

Ceza yargılamasında koruma tedbirleri Anayasa³², AİHS, CMK, PYSK ve diğler bazı yasalara dayanır.

Anayasanın 38. maddesinde ifade edilen suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağına ilişkin karine, AİHS'in 6. maddesinde bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır şeklinde belirtilmiştir. Doktrinde suçsuzluk karinesi olarak adlandırılan bu ilke gereğince ceza yargılamasında başvuru olan bu tedbirler kesinlikle bir ön ceza değildir.³³

Kolluğa zor kullanma yetkisi veren normlar, araştırma yapılması, emarelerin korunması, muhakemenin gerçekleşmesinin sağlanması veya ilerde mahkeme tarafından verilecek hükmün infaz edilmesi ya da başka suçlar işlenmesinin önlenmesi gayesini güderler.

Kolluğa savcı emri ile kullanmak üzere verilmiş bulunan araştırma ve koruma tedbirlerinin hangi sıra içerisinde kullanılacağı yasalarda gösterilmemiştir. Somut olayın gereklerine göre, önce bilgi toplanabilir, önce yakalama yapılabilir veya önce ifade alınabilir. Araştırma işlemlerinin şekillendirilmesi ve sıralanması, soruşturmayı yürüten araştırıcının takdirine bırakılmıştır.

CMK'nın 161/2. maddesi C. savcısının emrindeki kolluğun her bir araştırma işlemi için ayrıca emir almasını öngördüğü için kolluk kendiliğinden araştırma yapamaz. İşlemleri sıralama yetkisi C. savcısına aittir.³⁴

1.2.3. Ceza Hukukunda Koruma (Emniyet, Güvenlik) Tedbirleri

Emniyet tedbirleri; toplumu suçlara karşı korumak amacıyla suçlularla yapılan mücadelede baskı araçlarını ve cezaları kuvvetlendiren şahsi ve önleyici bir takım tedbirlerdir. Bu tedbirlerden bir kısmı, suçlunun şahsi hürriyetini bağlayarak

³² Anayasanın Temel Hak ve Ödevler kısmının Kişinin Hakları ve Ödevleri bölümünde bulunan 19. maddesine göre; "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" denilmektedir.

³³ Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul-1984, Cilt: 1, s. 822.

³⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 691.

başka suçlar işlemesine imkân bırakmayan maddi ve önleyici tedbirler ve bir kısmı da suçlunun ruhsal ve manevi yönlerden üzerinde etki ederek onu ıslaha yarayan manevi ve önleyici tedbirlerdir. Diğer bir kısmı da suçlunun hürriyetine dokunmaz, fakat onun topluma karşı muhtemel zararlarının önünü alır³⁵.

Bazı suçluların tehlikeli durumlarına karşı toplumun menfaati gereği alınan bazı güvenlik ya da emniyet tedbirlerine ceza hukukunda emniyet tedbirleri veya güvenlik tedbirleri denilmektedir³⁶. Güvenlik tedbirleri, ceza yargılaması sonucunda suç işlediği anlaşılan kişilerin yeniden suç işlemesinin önlenmesi ya da tehlikeli durumlarına karşı toplumun korunması amacıyla uygulanan tedbirlerdir. Bu tedbirler, gerek haksızlığı gerçekleştiren kişiyi, gerek toplumu belli zarar tehlikelerinden korumak amacıyla yönelik yaptırımlardır³⁷.

Kusur yeteneği bulunmayan, hukuk kuralının anlamını bilmediği veya bilebilecek durumda bulunmadığı için, hatta bilebildiği halde ona uygun hareket edemeyen bir kimseye ceza vermek hukuk devleti ilkesine ve ondan sadır olan kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırıdır. Daha açık bir deyişle ağır bir insan hakları ihlalidir.

Güvenlik tedbirlerinin de kanunilik ilkesine uygun olarak ancak kanunla düzenlenmesi gerekir³⁸.

Güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi dört koşula bağlıdır³⁹.

a) Tehlikeli Hal

Bazı kimselerin geçmiş yaşamları veya içinde buldukları fizyolojik durumları gibi nedenlerle tehlikeli bir halde bulunması durumudur.

b) Suç İşlendikten Sonra Hükmedilme

Adli makamlara suç işlenmeden önce güvenlik tedbirine hükmetme yetkisi tanınmamaktadır.

c) Kanun Tarafından Öngörülme

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi güvenlik tedbirleri için de geçerlidir.

³⁵ Türk Hukuk Lügatı, s. 84.

³⁶ Artuk/ Gökçen/Yenidünya, s. 999.

³⁷ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu, Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, s. 578.

³⁸ Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Bası, Ankara 2008, s. 384.

³⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 999 vd.

d) Hâkim Tarafından Hükmedilme

Hâkim ceza ve güvenlik tedbirleri vasıtasıyla toplumu korur. Güvenlik tedbirine idari makamların karar verdiği sistemler de bulunmaktadır. Kişi hürriyetini güvence altına almak zorunda olan hâkim, yeterli neden olmadan kişi özgürlüğünü kısıtlayamayacağından bu kararı hâkimin vermesi gerekir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na göre korunmaya muhtaç çocuklar için öngörülen koruyucu ve destekleyici tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar için öngörülen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri birbirinden farklıdır. Çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanmasında amaç toplumu korumak iken, koruyucu tedbirde amaç çocuğu korumaktır. Güvenlik tedbiri bir yaptırımdır. Cumhuriyet savcısının talebi gerekir. Güvenlik tedbiri kararı hüküm niteliğindedir ve temyizi kabildir. Güvenlik tedbiri ceza hukukunun alanına girerken koruyucu tedbir ise medeni hukukun alanına girer⁴⁰.

1.2.4. Hukuk Yargılamasında Koruma (Önleme) Tedbirleri

İhtiyati tedbir; bir zararı önlemek için esas hakkında karar verilinceye kadar geçerli olmak üzere davanın ikamesinden evvel veya yargılamanın devamı sırasında taraflardan birinin talebiyle hakimin emredebileceği kanunla belirlenmiş tedbirlerdir. Gecikmesinde tehlike veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararın defî için alınması lazım gelen tedbirlerden ibarettir⁴¹.

Geçici hukuki koruma, dava sonunda kesin koruma sağlanıncaya kadar meydana gelebilecek tehlikelerden tarafları korumak amacıyla yargı organlarınca verilen hukuki korumadır⁴². Görülmekte olan bir davada henüz incelenmesine sıra gelmemiş bulunan veya ileride açılacak bir davada ileri sürülebilecek bir hususun kanıtlarla tespiti mahkmeden istenebilir. Bu delil tespiti bir dava değil bir çeşit ihtiyati tedbirdir. Burada amaç delillerin kaybolmasını önlemektir⁴³.

Normal yargılama ve icra sürecinde maddi ilişkinin ortaya çıkarılması ve icrası belirli prosedürleri gerektirdiğinden çok uzun sürmekte ve yargılama ile

⁴⁰ Topaloğlu, Mahir, Çocuk Koruma Kanunundaki Tedbirler Sorunu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, Yıl: 2, Sayı: 12, s. 71 vd.

⁴¹ Türk Hukuk Lügatı, s. 153.

⁴² Sarı, Mehmet, Delil Tespiti, <http://www.ahmetyum.av.tr/makaleoku.asp>.

⁴³ Yılmaz, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara 2001, c: 2, s. 1335 vd.

ulaşılmak istenen sonuçtan uzaklaşılabilen veya elde edilmesi geciktirilmektedir⁴⁴. Usulün hızlandırılması ile gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlarının bağdaştırılması gerekmektedir. Usul hukukunda bu bağdaştırmayı yapacak araçlardan birisi de hukuki himaye tedbirleridir⁴⁵. Yargılama sonucunda hakkını almasına karar verilen kişinin bu hakkına kavuşmasına imkan sağlayabilmek amacıyla davacının haklarının teminat altına alınmasıdır.

Geçici hukuki himaye tedbirlerine de ceza yargılamasındaki koruma tedbirleri gibi kural olarak hakim tarafından karar verilir. İstisnai olarak yargı organı dışında yetkili merciler bulunsa da mutlaka yargı denetimi kapsamındadır⁴⁶. Geçici hukuki himaye tedbirleri geçici olduğundan amacı davanın esasını çözmek değil, ileride ortaya çıkabilecek sakıncaları önlemek ve dava konusunu korumaktır. Geçici hukuki himaye tedbirleriyle ilgili taleplerin çok çabuk incelenip karara bağlanması gerekir. Bu nedenle de kural olarak bir hakkın varlığının tam ispatı değil yaklaşık ispatı tedbir kararı vermek için yeterli kabul edilmektedir. Ancak hâkimde bir kanaat oluşmasına yetecek derecede bir inceleme yapılması gerekir⁴⁷.

Geçici hukuki himaye tedbirleri medeni usul hukukunda, ihtiyati tedbir ve delil tespiti; icra ve iflas hukukunda, ihtiyati haciz, icranın geri bırakılması ve icranın durdurulması, medeni hukukta aile hukukuna ilişkin tedbirler gibi birçok alanda karşımıza çıkmaktadır⁴⁸.

Medeni Kanununun 432. maddesinde koruma amacıyla özgürlük kısıtlanması düzenlenmiştir. Bu kurumun amacı ruhsal veya ağır bedensel hastalıkları nedeniyle toplum için tehlike oluşturan kişilerin, kişisel korunmalarının başka türlü sağlanamaması halinde, tedavileri, eğitimleri veya ıslahları için elverişli bir kuruma yerleştirilmelerini sağlamaktır. Burada hem özgürlüğü kısıtlanan kişinin hem de toplumun korunması amaçlanmıştır⁴⁹.

⁴⁴ Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 36.

⁴⁵ Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 89.

⁴⁶ Yılmaz, s. 36

⁴⁷ Albayrak, Hakan, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Yayınlandığı Yer: (<http://hakanalbayrak.blogspot.com/2008/05/gecici-hukuki-himaye-tedbirleri.html>), s. 4.

⁴⁸ Ayrıntılar için bakınız, Yılmaz, s. 27 vd.

⁴⁹ Kocağa, Köksal, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2006, c: 10, Sayı: 1-2, s. 35.

Koruma amacıyla özgürlük kısıtlanma nedenleri kanunda tek tek sayılmıştır. Buna göre, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık ve serserilik hallerinde koruma amacıyla özgürlük kısıtlanabilecektir. Bunların dışındaki sebeplerle koruma amacıyla bir kimsenin özgürlüğü kısıtlanamaz⁵⁰. Bunun yanında kişinin ergin olması, toplum için tehlike oluşturması ve kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması da gerekmektedir. Amaç kişinin tedavi, eğitim veya ıslahı olmalıdır. Yetkili merci kişinin vesayet makamıdır⁵¹.

HUMK 101 ve devamı maddelerinde ise ihtiyati tedbir kararı ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala kavuşmasını daha dava sırasında, hatta davadan önce, güvence altına almaya yarayan tedbirlere ihtiyati tedbirler denir⁵².

1 Ekim 2011 tarihinde 12/01/2011 tarih ve 6100 sayılı Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un 389. maddesinin gerekçesinde ihtiyati tedbir; *“mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ya da tamamen imkansız hale geleceği veya gecikmesinde sakınca bulunması yahut ciddi bir zararın ortaya çıkacağı endişesi bulunan haller, genel bir ihtiyati tedbir sebebi ve şartı olarak kabul edilmiştir”* biçiminde ifade edilmiştir⁵³. Bu Kanun'a göre, mahkemece ihtiyati tedbir yargılamasının gerektirdiği inceleme ve ispat kuralları dikkate alınarak, yapılan incelemeden sonra, bu sakınca veya zararı ortadan kaldıracak tedbire karar verilmesi mümkün olacaktır.

İhtiyati tedbirde asıl olan ihtiyati tedbire esas olan bir hakkın bulunması ve bir ihtiyati tedbir sebebinin ortaya çıkmasıdır. Bunlar ihtiyati tedbirin temel şartlarını oluştururlar⁵⁴.

İcra iflas hukukundaki ihtiyati haciz de medeni usul hukukundaki ihtiyati tedbir ve idare hukukundaki yürütmenin durdurulması gibi bir hukuksal koruma önlemdir⁵⁵. İhtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini

⁵⁰ Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 806.

⁵¹ Kocağa, s. 36 vd.

⁵² Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, Ankara 2004, s. 700.

⁵³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2008, s. 319.

⁵⁴ HMK Tasarısı, s. 320.

⁵⁵ Üstündağ, Saim, İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981, s. 1.

garanti altına almak için, mahkeme kararıyla borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasıdır⁵⁶. İhtiyati haciz, yalnız para ve teminat alacakları için uygulanan bir tedbirdir ve geçici hukuki himaye önlemlerinin bir çeşidi olarak kabul edilmektedir⁵⁷. İhtiyati haciz, niteliği gereği çekişme konusunun özüne ilişkin olmadığından ve geçici hukuki koruma tedbiri olduğundan, ihtiyati haciz kararının verilebilmesi için kesin bir ispat aranmayıp yaklaşık ispat yeterlidir. Yani gösterilen vakıaların gerçekleştiği kesin değil, kuvvetle muhtemeldir⁵⁸.

1.2.5. İdare Hukukunda Koruma (Önleme) Tedbirleri

İdare hukukunda yürütmenin durdurulması, Anayasa Hukukundaki yürürlüğün durdurulması tipik bir önleme tedbiridir. Yürütmenin durdurulması hukuka aykırı idari işlemlerin uygulanmasını önleyerek kişilerin giderilmesi zor zararlara uğramasını engellemek ve idarenin de bu tür işlemler nedeniyle ileride tazminata mahkum olmasını önlemek amacını gütmektedir. Böylece hem kişiler, hem idare hem de yönetimdeki düzen, istikrar ve uyum korunmuş olur⁵⁹.

Yürütmenin durdurulması kararı verilmesi durumunda, esas dava karara bağlanıncaya kadar, eski durumun devamı sağlanır. Başka ifadeyle, ilgililerin yargı yerinde dava konusu yaptıkları yönetsel işlemin uygulanması dava sonuna kadar ertelenir. Yürütmeyi durdurma bu ertelemeyi sağlayan geçici bir önlemdir. Mahkeme önüne gelen uyuşmazlığı karara bağlarken davacıya yapılan haksızlığın giderilmesi, ya da zararın azaltılması için gereken önlemleri alabilir. Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için; dava konusu işlemin yürütülmesi, telafisi güç veya imkansız durumların ortaya çıkmasına ya da hiç değilse ağır bir zararın doğmasına neden olabilecek olmalı ve işlem açıkça hukuka aykırı olmalıdır⁶⁰.

1.3. ÖZELLİKLERİ

Anayasamız Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğunu 2. maddesinde vurgulamıştır. Hukuk devleti ilkesinin en temel gereklerinden birisi temel hak ve

⁵⁶ Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 880.

⁵⁷ Akbal, Mehmet, Haksız İhtiyati Haciz Nedeniyle Tazminat, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2009, Cilt: 35, Sayı: 1-2, s. 187.

⁵⁸ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s. 350.

⁵⁹ Dönmez, Recai, Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Eskişehir Haziran 1987, Cilt: 5, Sayı: 1, s.319.

⁶⁰ Gözübüyük, s. 334 vd.

özgürlüklerin güvence altına alınmış olmasıdır.⁶¹ Temel insan haklarına kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmadan uygulanan koruma tedbirlerinin uygulanmasının belli koşullara ve kurallara bağlı olması hukuk devletinin gereklerindedir.

Anayasa, 2. maddede Cumhuriyetin niteliklerini sayarken “insan haklarına saygılı” olduğunu da belirtmiştir. Anayasa bu düzenleme ile insan haysiyeti kavramının evrenselliğini vurgulamak, kişilerin insan olmaktan dolayı sahip olduğu hak ve özgürlüklerden yararlanacaklarını açıklamak istemiştir⁶².

Koruma tedbirlerinin özellikleri öğretilerde farklı yöntemlerle farklı sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Temelde ceza muhakemesindeki koruma tedbirlerinin özelliklerini ele alıp sınıflandıran bu yaklaşımlar bazen belli başlı özelliklerini öne çıkarıp bu özellikleri saymakta⁶³, bazen çok daraltıcı olup sadece iki özelliğe indirgeyebilmekte⁶⁴, bazen de ayrıntılı olarak tüm özelliklerini saptayıp sıralamaktadır⁶⁵. Burada da daha geniş olması ve tüm özellikleri kapsamaması nedeniyle ayrıntılı olarak özellikleri sıralama yöntemi benimsenmiştir.

1.3.1. Yasal Düzenlemeyle Belirlenmiş Olması

Koruma tedbirleri, temel insan haklarına henüz kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan birtakım sınırlamalar getirdiği için bu tedbirlerin önceden yasalarda açık olarak belirlenmiş olması gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin soyut normlar olmaktan çıkarılıp uygulanabilir duruma getirilebilmesi için anayasa ve yasalarda düzenlenmesi gerekir⁶⁶. Böylece anayasalar temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde ya da kısıtlanmasında izlenecek ana kuralları belirtmektedir.

Usul hükümlerinde kıyas mümkün olarak kabul edilmektedir. Ancak koruma tedbirleri kişilerin özgürlüklerini sınırlandırdığından usul hükümleri içerisinde düzenlenmiş olsa da kıyas yoluyla yasada olmayan bir koruma tedbirinin uygulanması mümkün değildir. Anayasamız ve uluslararası sözleşmeler kişilerin özgürlüklerinin ancak kanunla sınırlanabileceğini açık olarak ifade etmiştir. Bu

⁶¹ Ahmet Şeref, Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara 1988, s. 20.

⁶² Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1995, s. 147.

⁶³ Ünver/ Hakeri, s.278.

⁶⁴ Bkz. Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 762.

⁶⁵ Öztürk/Erdem, s. 528.

⁶⁶ Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s. 150.

nedenle bir usul kurumu olmasına karşın koruma tedbirlerinin en belirgin özelliği sıkı bir kanunilik rejimine tabi olmasıdır.

1.3.1.1. Sınırlamaya İzin Veren Bir Yasa Bulunması

1982 Anayasası temel hakların sınırlanmasında genel ve özel olarak iki tür sınırlama sistemini benimsemiştir. Genel sınırlama 13. maddede düzenlenmiş ve buna göre de bu sınırlamanın belli koşullarda ve ancak kanunla olacağı belirtilmiştir. Anayasada belirtilen genel sınırlama nedenlerinin tümünü bütün temel hak ve özgürlüklere uygulama olanağı bulunmamaktadır. Bu düzenleme kişi hak ve özgürlükleri açısından önemli güvenceler getirmekte ise de, yasalar hazırlanırken yasa koyucuların dikkatsiz davranabileceğini göz önüne alan Anayasa koyucu sınırlama yetkisinin kullanılmasını belli koşullara bağlamıştır⁶⁷. Ancak, Anayasanın 13. maddesinde 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile temel hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen özel sebeplere bağlı olarak sınırlanabilmesi kuralı ile birlikte, bir görüşe göre artık, genel sınırlamadan söz etmek mümkün değildir⁶⁸. Genel sınırlama nedenleri sınırlanacak hak ve özgürlükle bağdaştığı ölçüde kullanılabilir. Bazı özgürlüklere niteliği gereği genel kısıtlama nedenlerinin hiçbir türü uygulanamaz. Örneğin 25. maddede düzenlenen ifade özgürlüğüne, özgürlüğün niteliği gereği, özel kısıtlama nedenleri öngörülmediği gibi, genel kısıtlama nedenleri de uygulanamaz⁶⁹. Dolayısıyla eğer bir sınırlama nedeni Anayasanın ilgili maddesinde düzenlenmemişse 13. maddeye dayanarak sınırlama getirme olanağı bulunmamaktadır. Ancak burada bir hak ile ilgili Anayasada sınırlama nedeni belirtilmemiş ise bu hakkın sınırsız olduğu anlamına gelmeyeceğine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararını⁷⁰ gözden uzak tutmamak gerekir⁷¹.

⁶⁷ Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Sınırlama Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, s. 96.

⁶⁸ Aliefendioğlu, Yılmaz, 2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2002, sayı:19, s. 154.

⁶⁹ Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s. 151.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 08.04.1963 Tarih, 1963/16 Esas, 1963/83 Karar Sayılı Kararı, AYMKD, sayı:21, s. 59 vd.

⁷¹ Bu konuda ayrıca bkz. Mehmet Sağlam, Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sırasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2002, sayı:19, s. 257 vd. Ayrıca bkz. Fazıl Sağlam, 2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülük ilkesine aykırı olamaz. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeninin gerekleri deyimi, çağdaş, özgürlükçü demokrasilerin genel ve evrensel niteliklerini içeren bir deyimdir⁷². Anayasamız temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda genel bir ilke belirlemiş ayrıca kişinin temel hak ve ödevlerini sayma yöntemiyle sıralamış ve her bir hakkın düzenlendiği başlık altında da o hakkın hangi koşullarda ve nasıl sınırlandırılabilceğini düzenlemiştir.

Anayasanın 19. maddesi kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenlemiştir. Maddede bu hakkın kısıtlanmasının şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere Kanun Hükmünde Kararname ile bu hakkın kısıtlanması mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini KHK ile sınırlandırılmayacağını 08.02.1989 tarihli 1988/38 Esas, 1989/7 Karar sayılı kararında belirtmiştir.⁷³

Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması başlığını taşıyan Anayasanın 15. maddesine göre savaş, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu hallerde bile yaşama hakkı ve maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı, düşünce ve kanaat açıklamaya zorlanamayacağı, bu nedenle suçlanamayacağı, suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği, suçsuzluk karinesinin ihlal edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Anayasanın 121 ve 122. maddelerinde olağanüstü hal, savaş, sıkıyönetim ve seferberlik halinde temel hak ve özgürlüklerin durdurulması ile ilgili KHK çıkarılabileceği, aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulacağı

Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2002, Sayı: 19, s.136 vd.

⁷² Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s. 153.

⁷³ Bkz. 03.05.1989 Tarihli 20157 sayılı Resmi Gazete

belirtilmiştir. Görüldüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılabilme kuralının istisnası olarak savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak KHK'ler gösterilebilir.

Durdurma kavramından ne anlamak gerektiği tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre⁷⁴ temel hak ve özgürlükler ortadan kaldırılamaz. Bu nedenle ancak sınırlandırılabilirler ve bu sınırlamalar bazen o hakkın hiç kullanılmamasını da sonuçlayabilir. Bir görüşe göre ise⁷⁵ hak ve hürriyetlerin askıya alınması, belli koşulların oluşması halinde hak ve hürriyetlerin adeta yürürlükten kalkmasıdır. Bir başka görüşe⁷⁶ göre ise temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının imkansızlaşmasıdır. Başka bir görüşe⁷⁷ göre ise, sınırlamayı aşan bir kavramdır. Amaç hakkın kullanımını durdurmak olmayıp, olağanüstü koşullar nedeniyle hakkın kullanımının belli süre ertelenmesidir. Kısaca, Anayasanın hem genel kısıtlamayı düzenleyen maddelerinde hem de özel olarak her hakkın düzenlendiği ilgili maddelerinde kısıtlamaların ancak yasayla olabileceği açıkça belirtilmiştir.

AİHS, Sözleşmede öngörülen temel hakların kısıtlanmasını 18. maddede, askıya alınmasını ise 15. maddede düzenlemiştir. Buradaki genel kurallar dışında Sözleşme her hakkın düzenlendiği ilgili maddede bu hakların kısıtlanmasının koşullarını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de uygulama ve içtihatlarıyla haklara müdahaleyi belli ölçütlere bağlamıştır. Bu ölçütlerden ilki müdahalenin net bir yasal dayanağının olması gerektiğidir⁷⁸. Lukanov-Bulgaristan kararında da belirtildiği gibi, şüphe nedeniyle özgürlük kısıtlanabilmesi için öncelikle ulusal kanunda kişinin özgürlüğünü kısıtlamaya imkân verecek bir düzenlemenin bulunması gerekir.

Gerçekten de hukuki güvenlik açısından kişilerin özgürlüklerinin hangi koşullarda nasıl kısıtlanabileceğinin önceden yasalarda açık olarak ifade edilmesi hukuk devletinin bir gereğidir.

⁷⁴ Soysal, Mümtaz, 100 soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul1986, s. 198 vd. ; Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993, s. 239 vd.

⁷⁵ Aldıkaçtı, Orhan, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1976, s. 252.

⁷⁶ Bilgen, Pertev, 1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim, İstanbul 1976, s.16.

⁷⁷ Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982, s. 180 vd.

⁷⁸ White/Ovey, s. 215-217; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 133-136; yine bkz. Wassink/Hollanda; Benham/Birleşik Krallık davaları, Dutertre, s. 107.

1.3.1.2. Yasanın Erişilir ve Anlaşılır Olması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre bireyler sözleşme haklarına müdahaleye izin veren yasanın ne olduğunu bilebilmeli ya da öğrenebilme olanağına sahip olmalıdır⁷⁹. Bu nedenle ulusal yasalarda söz konusu müdahalenin yasal bir dayanağı olmalı, bu yasaya erişim mümkün olmalı ve yasa yeterince açık ve anlaşılır olmalıdır.⁸⁰ AİHM Sunday Times-Birleşik Krallık davasında⁸¹ müdahalenin yasayla olmasının ne anlama geldiğini açıklamıştır. Buna göre yasa erişilebilir ve anlaşılabilir olmalıdır. Yani ilgililer bir yasal düzenlemenin varlığından haberdar olmalı ve o yasal düzenleme erişilebilir olmalı, ayrıca ilgili yasal düzenleme ile ne kastedildiği kuşkuya yer vermeyecek biçimde yasalarda açık olarak yer almalıdır. Erişilebilirlik yasanın açık ve yayınlanmış olmasını ifade eder. Yasanın asli ve tali tüm kurallarının açık ve yayınlanmış olması gerekir. Kesinlik ise bulunulan koşullarda kişinin eyleminin sonuçlarını makul derecede öngörebilmesini sağlayacak derecede açık olmasını ifade eder.⁸²

Bir düzenlemenin yasalarda yer alması şeklen o düzenlemeyi “*yasal*” hale getirirse de maddi anlamda “*yasal*” olması anlamına gelmemektedir. Bunun yanında düzenlemenin yasalarda açık ve anlaşılır olarak yer alması gerekir. Açık ve anlaşılır olması denilince de hem dil olarak açık ve anlaşılır olma, hem de yasanın bulunduğu yer açısından açık ve anlaşılır olma anlaşılmalıdır. Örneğin özgürlük kısıtlayıcı bir düzenlemenin kural olarak ceza usul yasalarında yer alması gerekir. Fakat özgürlük kısıtlayıcı bir düzenlemenin normal koşullarda akla gelmeyecek olan, kat mülkiyeti ile ilgili yasa gibi bir yasanın içerisine veya torba yasa denilen bir çok kanunda düzenleme yapan yasaların içerisine konulması da açık, anlaşılır ve erişilebilir olma açısından sorunlar oluşturmaktadır.

⁷⁹ White/Ovey, s. 216; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 134.

⁸⁰ Özbey, Özcan, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması, Ankara 2004, s. 250.

⁸¹ Sunday Times-Birleşik Krallık davası için bkz. Osman Doğru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, Adalet Bakanlığı, Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2003, s. 295; Van Dijk/van Hoof, s.583-584.

⁸² Kale, Tacettin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Adalet Bakanlığı, Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2006, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde5.htm>, s.7.

1.3.1.3. Sınırlamanın Yasaya Uygun Olması

Kısıtlamaların yasaya uygunluğu açısından AİHM iç hukuk kurallarına uygunluğu yeterli görmektedir.⁸³ Mahkeme yasada belirlenen yollara uygunluk açısından temel olarak iç hukuku esas almakta ve bu çerçevede maddi hukuk ve usul hukuku kurallarına uyma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak buna ilaveten uygulamanın, bireylerin keyfi davranışlardan korunması amacına da uygun olması gerektiğini belirtmektedir⁸⁴. Özgürlük ve güvenliğe karşı yapılacak her türlü müdahalenin ulusal mevzuatta öngörülen düzenlemelere hem şekil hem de esas (öz) yönünden uygun olması yani müdahalenin yasal olması gerekir⁸⁵. Yasaya uygunluk şartı, hem usul hem de esasa yönelik olarak yorumlanmıştır. Ayrıca, yasaya uygunluk, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin ulusal hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olması ve keyfi olmaması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır⁸⁶. Böylece yasaya uygunluk, yasa metninin dışında evrensel ilkeler doğrultusunda hukuka uygunluk biçiminde yorumlanmaktadır.

AİHM'e göre tutuklamanın ulusal hukuka aykırı olarak verilmiş olması Sözleşmenin ihlaline neden olmaktadır⁸⁷. Kişinin alıkonulmasının iç hukukta yasal dayanağının olması gerektiğini⁸⁸ ve hürriyeti kısıtlamanın hukuka uygun olup olmadığını belirlemede yasada belirtilen yolların gözetilmesi bakımından temel olarak iç hukuka uygunluğu esas almakta⁸⁹ olduğunu belirtmektedir.

⁸³ Bu konuda bkz. Wassink-Hollanda davası, Benham-Birleşik Krallık davası.

⁸⁴ Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007, s. 106. Yine bkz. White/Ovey, s. 216; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 134.

⁸⁵ Van Dijk/van Hoof, s. 349; Şahbaz, İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Barolar Birliği Dergisi, Yıl:18, Sayı: 58, s. 165.

⁸⁶ Macovei, Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, Almanya 2002, Avrupa Konseyi Yayınları, No:5, s. 15.

⁸⁷ Demirağ, Cengiz, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 38.

⁸⁸ Jecius/Litvanya kararı, 31 Temmuz 2010, "...AİHM, kişinin belirli bir yasal dayanak olmaksızın alıkonulmasının, kişinin sınırsız bir süre adli denetim olmaksızın özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği sonucu ile tutuklunun durumu hususunda belirli kurallar olmaması nedeniyle, AİHS ve hukukun egemenliği arasındaki ortak yol olan kanuni kesinlik ve keyfilikten koruma ilkelerine uymadığını yineler..." (Cengiz, Demirağ, Akgül, Mc Bride, Tezcan, s. 38).

⁸⁹ Wassink/Hollanda davası, 27 Eylül 1990, "...alikoymanın hukuka uygun olup olmamasıyla ilgili olarak, bu uygulamanın yasada belirlenen yollara uygun olup olmadığı da dahil olmak üzere, AİHS temel olarak iç hukuku esas almakta ve bu çerçevede maddi hukuk ve usul hukuku kurallarına uyma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak, alikoymanın 5. maddenin amacı olan bireylerin keyfi uygulamalardan korunması şartına da uygun olması gerekir..."(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2007, s. 106.

Yargıtay da yasalarda bulunan düzenlemelerde aranan koşullar bulunmadığı ve uymak zorunda buldukları yasal bir zorunluluk olmadığı sürece kişilerin tutulması, alıkonulması, araçta ya da karakolda bekletilmesini haksız gözaltı olarak nitelendirmektedir⁹⁰.

Özgürlüklere getirilen sınırlamaların yasalara uygunluğu sadece şekli olarak değil, özelde ilgili yasaya ama esasında evrensel hukukun ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Nitekim Anayasanın 13üncü maddesine göre de temel hakların sınırlanmasının Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı bir zorunluluktur.

1.3.2. Şüphelerin Belli Bir Yoğunlukta Olması

Koruma tedbirine başvurulduğunda başvuru tedbirin haklı olup olmadığı yargılama sonucunda anlaşılacaktır. Her zaman yanılma tehlikesi de bulunmaktadır. Bu nedenle koruma tedbirine başvurmada görünüşte haklı olma ile yetinme zorunluluğu bulunmaktadır⁹¹.

Ceza muhakemesinde şüphe soruşturmanın başında yetkililerin delillere dayanan tahmini iken daha sonraki evrelerde iddia ve savunmayı destekleyen delillerin yetkililerce eşit görülmesidir⁹².

Şüphenin belli bir yoğunlukta olması haklı görünüş⁹³ ya da görünüşte haklılık⁹⁴ gibi kavramlarla da ifade edilmektedir. Koruma tedbirleri, doğası gereği, henüz ilgili kişinin suçluluğu mahkeme kararı ile kesinleşmemiş olsa bile muhakemenin yapılabilmesi ve verilen kararın uygulanabilmesini sağlamaya yarayan araçlar olduğundan uygulanabilmesi için o uygulamayı objektif olarak haklı gösterecek şüphe sebeplerinin var olması gerekir. Mevcut olgu ve bulguların tarafsız bir gözlemciyi, kişinin suçu işlemiş bulunmasının mümkün bulunduğu konusunda

⁹⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2004/21680 Esas, 2006/9696 Karar sayılı kararı için bakınız; Kemal Başlar, Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2007, s. 78.

⁹¹ Centel/ Zafer, s.328.

⁹² Öztürk/ Erdem, s. 528

⁹³ Aydın, Ömer Faruk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007, s. 17.

⁹⁴ Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2007, 12. Bası, s. 315.

ikna etmeye yetecek ölçüde ve nitelikte bulunması gerekir⁹⁵. Şüphenin yoğunluğu farklılık göstermektedir.

1.3.2.1. Basit Şüphe

Dayanılan deliller basit ve yetersiz ise basit şüphe veya başlangıç şüphesi denilmektedir. Soruşturmaya başlanabilmesi için belli olayların belirti şeklinde olan delillerin bir suç işlendiği yolunda şüphe oluşturması gerekir⁹⁶. CMK, 160. maddede suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenmeden söz etmektedir. Buradaki izlenim bir suçun işlendiği konusunda duyulan şüphedir. Olguya dayanan basit bir şüphe yeterli olup olguya dayanmayan basit şüphe ya da izlenim kastedilmemektedir. Basit şüphe oluşturmaya yetecek delillerin de araştırılması gerekebilir. Bu evreye bilgi toplama evresi de denilmektedir⁹⁷.

1.3.2.2. Yoğun Şüphe

Mevcut delil durumu ve delillerin gücü yeterli veya kuvvetli ise yoğun şüpheden söz edilir⁹⁸. Yoğun şüphe yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olarak ikiye ayrılmaktadır. Mevcut delil durumu gözetilerek yapılacak yargılama sonucunda sanığın mahkum olma olasılığının kuvvetle muhtemel olması halinde kuvvetli şüpheden söz edilir⁹⁹. Başka bir deyişle kuvvetli şüphe, koruma tedbiri uygulandığı ana kadar yapılan soruşturmada elde edilen bilgiler ışığında, kişinin fail ya da suç ortağı olarak bir suç işlediği konusunda büyük bir ihtimal görülmesi halidir¹⁰⁰.

Bir başka görüşe göre eldeki delillere göre yapılacak yargılama sonucunda sanığın mahkum olma olasılığı kuvvetle muhtemel ise kuvvetli şüphenin var olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹. Şüphelinin suçu işlediği kesin gibi olmalı¹⁰², yani kişinin o

⁹⁵ Cengiz, Serkan/ Demirağ, Fahrettin/ Ergül, Teoman/ Jeremy Mc Bride/ Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Avrupa Konseyi ve Türkiye Barolar Birliği Ortak Yayını, Ankara 2008, s. 20.

⁹⁶ Öztürk/ Erdem, s. 529.

⁹⁷ Centel, Zafer, s. 83.

⁹⁸ Öztürk/Erdem, s. 529.

⁹⁹ Avcı, Gökmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunundaki Tutuklama Kurumunun İncelenmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Ocak 2010 Ankara, Yıl: 5, Sayı: 41, s. 69

¹⁰⁰ Taşkın, Mustafa/ Çolak, Haluk, Ceza Muhakemesi Hukuku Şerhi, Ankara 2007, s. 445.

¹⁰¹ Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Bası, Ankara 2006, s. 198; Ayrıca bkz. Öztürk/ Erdem, s. 529 vd.

suçu işlediğine ilişkin ihtimal büyük olmalıdır¹⁰³. Buradaki şüphenin somut olaylara ve delillere dayanması gerekir. Hem Cumhuriyet savcısı bir tedbir isteminde bulunurken hem de hakim tedbir kararı verirken somut olaylara dayanmalıdır.¹⁰⁴

1.3.2.3. Makul Şüphe

Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından bazı koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için makul şüphe koşulu öngörülmüştür¹⁰⁵. Makul şüpheyi Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği 6. maddede “Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.” olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğe göre bu şüphenin somut olayda ilgili tarafından duyulması değil, o olayda genellikle objektif olarak duyulması gerektiği belirtilmiştir.

Anayasanın 19. maddesinde suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler hakkında koruma tedbiri uygulanabileceği belirtilmiştir. Özel hayatın gizliliği (madde 20), konut dokunulmazlığı (madde 21), haberleşme hürriyeti (madde 22) gibi diğer hak ve özgürlüklerin kısıtlanması konusunda ise; Anayasa'nın 19. maddesindeki özgürlük ve güvenlik hakkındaki gibi kuvvetli şüphe koşulu aranmamış, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenleriyle de bu haklar hakkında tedbir uygulanabileceği belirtilmiştir.

AIHS'in 5. maddesinde ise suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu

¹⁰² Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Ankara 2006, s. 306.

¹⁰³ Centel, Zafer, s. 350.

¹⁰⁴ Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, DEHF yay. No: 17, Ankara, s. 97.

¹⁰⁵ Turhan, s. 199.

inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla bir kimse hakkında koruma tedbiri uygulanabileceği belirtilmiştir. Sözleşmeye göre makul şüphe var ise kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale edilebilecektir¹⁰⁶. Makul şüpheyi ise AİHM Fox, Campbell ve Hartley-Birleşik Krallık¹⁰⁷ kararında makul şüphenin mevcut olmasının, tarafsız bir gözlemcinin söz konusu şahsın o suçu işlemiş olduğuna ikna olmasını sağlayacak bazı bulgu ya da bilgilerin bulunması, olarak belirtmiştir¹⁰⁸. Makul şüphe kavramı ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün olduğu hususunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli vakıa ve bilgilerin varlığını gerektirir. Bu şüphe bir suçlamayı gerektiren şüphe kadar yoğun olmasa da gözaltı süresiyle orantılıdır¹⁰⁹.

Buradaki şüphe kavramı soyut bir kavram değildir. Bu nedenle şüpheye dayanak oluşturan herhangi bir olgu veya bilgi bulunmaksızın kişilerin yakalanması ve tutuklanması AİHS'in 5. maddesinin ihlali sonucunu doğurur. Yakalama ve gözaltına alma için şüphenin hem ciddi bir suç işlendiği konusunda bulunması gerekir, hem de bu suçun söz konusu kişi tarafından işlendiğine ilişkin ciddi emarelerin bulunması gerekir; böyle inandırıcı bilgi ve belgeler olmaksızın gelişigüzel yapılan yakalama ve tutuklamalar maddenin ihlali anlamına gelir¹¹⁰. Buradaki makul şüphe ile ilgili niteleme somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Sözleşmede gerçek ve samimi şüpheden değil makul şüpheden, makul sebeplerden söz edilmektedir. Bunlardan makul şüphe subjektif, makul sebepler ise objektiftir¹¹¹.

Ceza Muhakemesi Kanunu, koruma tedbirlerinin her birini düzenlerken o tedbire ilişkin şüphenin yoğunluğunun ne olması gerektiğini ilgili maddede düzenlemiştir. Örneğin tutuklama ile ilgili 100. maddede kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması koşulunu öngörmüştür. Gözlem altına alma ile ilgili 74. maddede de, kuvvetli şüphenin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Yine adli kontrol için 109. maddede tutuklama

¹⁰⁶ Van Dijk/van Hoof, s. 357.

¹⁰⁷ Fox, Campbell, Hartley-Birleşik Krallık davası, 30 Ağustos 1990, 12244/86;12245/86; karar için bakınız, Demirağ, Cengiz/ Mc Bride, Ergül/ Tezcan s. 21.

¹⁰⁸ White/Ovey, s. 218; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 148.

¹⁰⁹ Bkz. Berktaş-Türkiye kararı, 1.3.2001, Mutatis Mutantis Brogan et Autres-İngiltere kararı, 29.11.1988, Murray-İngiltere kararı, 28.10.1994.

¹¹⁰ Tezcan/Erdem/ Sancakdar, s. 210.

¹¹¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 231.

sebeplerinin varlığı halinden söz etmektedir. Arama konusunu düzenlediği 116. maddede ise makul şüpheden söz etmektedir. 128. maddede taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma, 133. maddede şirket yönetimi için kayyım tayini, 135. maddede iletişimin denetlenmesi, 139. maddede gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve 140. maddede düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanabilmesi için kuvvetli şüphe koşulundan söz etmektedir.

Belli yoğunlukta şüphe veya görünüşte haklılık değerlendirmesini hâkim yapacaktır¹¹². Hâkim bu değerlendirmeyi o anki koşullara göre yapacaktır. Uygulanacak koruma tedbiri henüz yargılama bitmeden eldeki olanaklara göre yapılacak değerlendirme ile saptanacağından bu konuda yanılmak mümkündür. Yasa koyucu bu nedenle bu tür yanılmalar için ayrı bir tazmin yolu öngörmüş ve böylesi bir yanılmanın tazminini Devlete yüklemiştir. Devlet yargı görevini yerine getirenlerin yanılmalarının sonucu uğranılan zararı üstlenmektedir¹¹³.

Temel bir hakkın kısıtlanmasının soyut bir şüpheyeye bağlanması insan haklarının geldiği nokta açısından doğru değildir. Bu nedenle de soyut bir şüphe değil, belli yoğunluğa erişmiş şüphe halinde bir hakkın sınırlanması söz konusu olabilmektedir. Şüphenin belli yoğunlukta olabilmesi için de zorunlu olarak belli olgulara dayanması gerekmektedir. Bu olgular da objektif, ölçülebilir, denetlenebilir olgular olmak zorundadır. Çünkü soyut bir şüphe değil, belli yoğunlukta bir şüphe diyebilmek için şüphenin bir değerlendirmeye tabi tutulabilmesi ve o değerlendirme sonucu bir yoğunluğunun varlığının kabul edilebilmesi gerekir. başka bir ifadeyle makul şüpheden söz edebilmek için makul şüphenin dayandığı makul sebepler olmalıdır.

1.3.3. Temel Hak ve Özgürlükleri Hükümden Önce Sınırlaması

1.3.3.1. Temel Bir Hakkın Sınırlandırılması

Koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden birisi de temel hak ve özgürlüklerden bir veya birkaçına henüz kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmadan

¹¹² Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İÜHF Yayınları, İstanbul 1982, s. 365 vd.

¹¹³ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 316.

önce sınırlamalar getirmesidir¹¹⁴. Henüz suçlu olduğu bir yargı kararıyla sabit hale gelmeyen kimse hakkında yakalama veya tutuklama uygulanarak kişi özgürlüğüne, arama veya elkoyma uygulanarak mülkiyet hakkına ya da telefonları dinlenerek özel yaşamına müdahale edilmektedir. Bütün koruma tedbirlerinde bu özellik doğrudan veya dolaylı olarak bulunmaktadır¹¹⁵.

Hakkında tedbir kararı uygulanan kişinin uygulanan tedbir hakkında bilgisinin olduğu açık koruma tedbirleri¹¹⁶ veya bilgisinin olmadığı gizli koruma tedbirlerinin ortak özelliği, bir temel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşıyor olmasıdır.

1.3.3.2. Kesinleşmiş Bir Yargı Kararının Bulunmaması

Henüz suçlu olduğu kesinleşmiş bir yargı kararıyla sabit hale gelmeyen kimse hakkında yakalama veya tutuklama yaparak kişi özgürlüğü, arama veya elkoyma yapmak suretiyle mülkiyet hakkı kısıtlanmakta, telefonları dinlenerek özel yaşamına müdahale edilmektedir. Bu özellik tüm koruma tedbirlerinde doğrudan veya dolaylı olarak bulunduğundan, bu tedbirlerin mutlaka kanunla düzenlenmesinin zorunlu olması ve başka bazı sıkı kurallara bağlanmasının asıl nedeni bu özelliğidir¹¹⁷.

Bütün koruma tedbirlerinde şüpheli veya sanığın suçu işleyip işlemediği henüz anlaşılmamış ve kesinleşmemiş, yetkili ve görevli mahkeme tarafından bu yönde henüz hüküm verilmeden¹¹⁸ vücut dokunulmazlığı, özel hayatının gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlanmaktadır¹¹⁹.

AİHM'e göre ilk derece mahkemesi hükmüyle özgürlüğü kısıtlanmış kişilerin bu özgürlük kısıtlanmaları Sözleşmenin 5/1-a bendinde ifade edilen "yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne uygun olarak

¹¹⁴ Turhan, s. 199.

¹¹⁵ Öztürk/ Erdem, s. 530.

¹¹⁶ Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 250.

¹¹⁷ Öztürk/Erdem, s. 530.

¹¹⁸ Centel/ Zafer, s. 326.

¹¹⁹ Özbek, s. 250.

hapsedilmesi” kapsamında değerlendirilmekte olduğundan temyiz aşamasındaki özgürlük kısıtlamaları ayrı değerlendirilmektedir¹²⁰.

Buradaki yargı kararının anlamı, tutuklama veya arama gibi bir ara karar değil, yargılamayı sona erdiren kesinleşmiş bir yargı kararı yani hükümdür.

1.3.3.3. Suçsuzluk Karinesi

Koruma tedbirlerinin bir özelliği de henüz kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan temel bir hakkı sınırlaması olduğundan koruma tedbirleri ile suçsuzluk karinesi arasındaki ilişkinin de ele alınması gerekmektedir. Anayasa'nın 38/4 maddesine göre suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/2, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11 ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/2. maddelerinde değinilen ve ceza muhakemesinin temel ilkeleri arasında olan ilke doktrinde masumluk karinesi, masumiyet karinesi veya suçsuzluk karinesi olarak da adlandırılmaktadır¹²¹.

Suçsuzluk karinesinin önemi ispat yükümlülüğüne ilişkindir. Söz konusu karine bir normal ifade eder; asıl olan kişilerin suçsuzluğudur, suç işleme normal olmayan bir durumdur ve bunu ispat etme yükümlülüğü de bu normal olmayan durumu ileri sürene aittir¹²². Öte yandan AİHM belirli nedenlere dayanmak koşuluyla sanık aleyhine bazı karinelerin kabul edilebileceğini ve bunların aksinin ispatının sanığa düşeceğini belirtmektedir¹²³.

AİHM ceza hukukunun sonuçlarını doğurucu medeni yargılamaları da bu kapsamda değerlendirmektedir. Örneğin kişilik haklarına saldırı nedeniyle açılan hukuk davasında, ceza yasalarında hakaretin suç olarak tanımlandığını belirterek

¹²⁰ Macovei, Monica, bkz; B/Avusturya kararı, İnsan Hakları El Kitapları, No: 5, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2003, s . 41.

¹²¹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 38; Turhan, s. 31; Öztürk/ Erdem, s. 194; Yurtcan, s. 42; Ünver/ Hakeri, s. 22; Öztürk, Bahri Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, DEÜ Yayınları, Ankara 1991, Cilt: 1, s. 73; Smith, s. 274.

¹²² Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 296.

¹²³ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 266; White/Ovey, s. 285-286; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 301 vd.

görülmekte olan hukuk davasında da ceza yargılamasında olduğu gibi sanığın suçsuzluk karinesine uyulması gerektiğine karar vermiştir¹²⁴.

Ceza yargılamasında şüpheli ve sanıklık kendine özgü bir statüdür. Sanık masum değildir ancak suçlu da değildir, sadece sanığın suçlu veya masum olduğu tahmin edilmektedir. Bu nedenle de sanığa muhtemel bir suçlu gibi davranılmasını önlemek amacıyla bu ilke benimsenmektedir¹²⁵.

Ceza muhakemesi ilkelerinden olan şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesi ile suçsuzluk karinesi birbirini tamamlamaktadır. Ceza yargılamasında yeri olmayan karine kavramı, suçsuzluk karinesinde ortaya çıkmakta ve şüpheden sanığın yararlanması ilkesi ile birbirini tamamlamaktadır. Ceza muhakemesi şüphe üzerine yürümektedir. Şüphenin derecesine göre kişinin şüpheli veya sanık olma durumu ortaya çıkar, kamu davası da şüphe üzerine açıldığından kovuşturma evresinde de bu ilke geçerlidir¹²⁶. Bu nedenlerle ceza yargılamasında son derece önemli olan bu hak sanıkla temasa geçen soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından sanığın suçsuz olabileceğini düşünerek ona göre davranmasını, önyargı ile davranmamasını gerektirir¹²⁷. Masumluk karinesi bir kişinin suçluluğunun hükmen sabit oluncaya kadar geçerli olacağından hükmün kesinleşmesi zorunludur. Yasa yollarına başvurulmuş kararlar açısından da bu ilke geçerli olacaktır.

Masumiyet karinesi sadece yargı organlarının dikkate alması gereken bir kural değil, hükümet tarafından yapılan açıklamalar ve basın yapacağı haberlerde de dikkat edilmesi gereken bir ilkedir¹²⁸. AİHM masumiyet karinesinin basın açıklaması yoluyla ihlal edilmesinin öncelikle, kamuoyunun bu kişinin suçlu olduğuna inanmasına katkıda bulunduğunu, ayrıca yetkili yargı merciinde de gerçekleri değerlendirme konusunda bir önyargı yarattığını belirtmektedir¹²⁹.

Suçluluğu hükmen sabit olmayan kişiler suçlu sayılamazken bu kişiler hakkında uygulanacak tedbirlerin ceza muhakemesinin en temel ilkelerinden olan

¹²⁴ Mineli/İsviçre Davası, 25 Mart 1983, AİHM Kararlarından Örnekler, s. 254.

¹²⁵ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 159; Smith, s. 274.

¹²⁶ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.72.

¹²⁷ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 194.

¹²⁸ Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 73; Smith, s. 274.

¹²⁹ Allenet de Ribemont/Fransa davası, 10 Şubat 1995, AİHM Kararlarından Örnekler, s. 255.

masumluk karinesi ilkesi ile nasıl bağdaştırılacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Masumluk karinesi kişilerin suçlu sayılmaması demek olup suçsuzluğu hakkında bir varsayım olmadığından tedbir kararıyla masumluk karinesi ortadan kalkmaz¹³⁰. Sanık aslında ne suçsuz, ne de suçludur. Sanığın suçlu olup olmadığı yargılama sonucu anlaşılacağından, ne suçlu kabul edilip ona göre davranılmakta, ne de suçsuz kabul edilip istediği gibi davranmasına izin verilmektedir. Bu nedenle hakkında tedbir kararı uygulanmaktadır. Kişi sanık sıfatını kazanmakla suçlulukla suçsuzluk arasında bir konum kazanmaktadır¹³¹. Cezalandırma hakkı devlete verildiğinde artık bunun uygulanabilmesini sağlayıcı gereçlerin de devlete verilmesi işin doğası gereğidir. Koruma tedbirleri de ceza hukukunun fonksiyonunu yerine getirebilmesi için kullanabileceği araçlardandır¹³².

Bu açıdan bakıldığında uygulamada bu kurala ceza yargılamasında mahkumiyet yönünden gereken önemin verildiği, şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesine uyulduğu, sanığın suçu işlediği konusunda her türlü şüpheden uzak, yeterli, kesin ve inandırıcı deliller arandığı, ancak tutuklama konusunda gerekli özenin gösterilmediği, tutuklu sanıkların önemli bir bölümünün yargılama sonucu beraat etmesinden de anlaşılmaktadır¹³³.

Sanık suçlu değildir, ancak masum da değildir. Sanık statüsünde olan kişilerin katlanması gereken bazı yükümlülükleri vardır. Sanığın suçu işleyip işlemediği araştırılırken bazı hakları ve yükümlülükleri bulunmaktadır¹³⁴.

Suçsuzluk karinesi kişinin suçsuzluğunun faraziye olarak kabulü anlamına gelmektedir¹³⁵. Başka bir ifadeyle suçsuzluk karinesi kişinin suçsuzluğu anlamına da gelmemektedir. Kanımızca suç işlediği konusunda hakkında birtakım delil ve belirti bulunan kişiler artık suçsuz sayılma konumundan şüpheli konumuna geçmiştir. Elbette bu kişi suç işlediği hükmen sabit oluncaya kadar suçlu kabul edilmeyecektir, ancak artık suçsuz da sayılamayacaktır. Suçsuzluk ve suçluluk arasında kalan bu kişinin bu durumdan kurtulabilmesi, gerçeğin ortaya çıkabilmesi ve elbette suç

¹³⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 779.

¹³¹ Tosun, Muhakeme, s. 304.

¹³² Gölcüklü, Şahıs Hürriyeti, s. 16.

¹³³ Tezcan/Erdem/ Sancakdar, s. 266.

¹³⁴ Turhan, s. 4.

¹³⁵ Bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/arama/?kategori=verilst&kelime=karine&ayn=tam>

işlendiği için bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi için bazı haklarının kısıtlanmasına katlanması gerekmektedir.

1.3.4. Geçici Olması

Koruma tedbirleri adından da anlaşılacağı üzere bir tedbir olduğundan belli bir amacı olup bu amaç gerçekleştiğinde derhal sona ererler¹³⁶. Bunların hüküm verilinceye kadar devam etmesi gerekir diye bir kural yoktur. Bu durum koruma tedbirlerinin amaç olmamasının doğal sonucudur.¹³⁷ Koruma tedbirleri geçici olup, gerek duyulduğunda başvuru ve ihtiyaç bittiğinde sona erdirilen tedbirlerdir. Koruma tedbirleri muhakemenin yapılmasını sağlayan araç olduğundan amaca ulaşıldığında derhal sona erdirilmesi gerekir.¹³⁸ Bu nedenle de geçici başvuru tedbirlerdir. Geçici olan koruma tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren olgunun ortadan kalkmasına rağmen tedbirin uygulanmasına devam edilmesi her somut olayın özelliğine göre cezai ve hukuki sorumluluk doğurur.¹³⁹

1.3.4.1. Makul Süre

Koruma tedbirlerinin geçici oluşu bazen sadece zamanla sınırlama biçiminde gerçekleşmektedir. Örneğin yakalama ve gözaltına alma tedbirlerinde yasayla belli süreler öngörülmüştür.¹⁴⁰ Yine tutuklama ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirlerinde de süreler öngörülmüştür. Ancak her tedbir için süre belirtilmemiştir. Süre belirtilmemiş olması, tedbirin süresiz olması anlamına gelmez. Tedbiri haklı gösteren tehlikenin ağırlığına göre kişi hak ve özgürlüklerine getirdiği kısıtlamalar açısından, orantılılık ilkesi de gözetilerek daha ağır veya hafif tedbire karar verilebileceği gibi, tedbirin devamı süresince tehlikeli durumun azalması veya artmasına göre de tedbirin de hafifletilip ağırlaştırılması yoluna gidilmelidir. Örneğin kaçma şüphesi ve delilleri karartma olasılığı bulunan şüpheli hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin devamı sırasında, deliller toplandığı için

¹³⁶ Öztürk/ Erdem, s. 530.

¹³⁷ Ünver/ Hakeri, s. 279.

¹³⁸ Turhan, s. 199.

¹³⁹ Öztürk/Erdem, s. 530.

¹⁴⁰ Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989. s. 659.

delilleri karartma olasılığı ortadan kalktığı anda tutuklama yerine kaçma şüphesi tehlikeli durumuna karşılık adli kontrol tedbiri uygulanabilir. Koruma tedbirlerinin geçicilik özelliği, tedbirin uygulanma şartlarının ve sebeplerinin ortadan kalkması halinde tedbire son verilmesini gerektirir. Geçicilik aynı zamanda tedbirin bazen belli sürelerle sınırlanması anlamına da gelir.¹⁴¹ Bu özellik koruma tedbirlerinin araç olmasının da bir sonucudur.

Anayasanın 19/4. maddesi AİHS 5/3. maddesine paralel olarak, yakalanan veya tutulan herkesin hemen yetkili merci önüne çıkarılması gereğinden hareketle hakim önüne çıkarılmasını düzenlemiştir. Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20, konut dokunulmazlığını düzenleyen 21 ve haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddelerinde ise bu hürriyetlerin sınırlanmasında hakim kararı asıl olmakla birlikte, eğer hakim kararı alınması, işin acele olması nedeniyle mümkün değilse, yetkili merciin yazılı emri ile sınırlamanın yapılabileceği ancak bu yazılı emrin en geç 24 saat içinde hakim onayına sunulması, onay alınamamış olması halinde derhal ilgili tedbire son verilmesini düzenlemektedir.

AİHS 5. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ile bunun kısıtlanmasına gerekçe teşkil eden nedenler arasındaki denge, uygulanan tedbirin süresi uzadıkça özgürlük lehine bozulacak ve bu nedenle geçerliliklerini kaybedeceklerdir.¹⁴² Maddenin 3. fıkrasında yer alan “kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli soruşturma sırasında salıverilmeye hakkı vardır” ifadesinde makul süre kavramı öne çıkmaktadır. Tutukluluk süresinin makul olup olmama niteliği somut olaya göre değerlendirilecektir.¹⁴³ Sözleşmenin 5. maddesindeki makul

¹⁴¹ Avcı, Gökmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Tutuklama Kurumunun İncelenmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:5, Sayı:41, Ocak 2010, s. 105.

¹⁴² Gözübüyük, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2007, s. 239; Van Dijk/van Hoof, s. 373 vd.

¹⁴³ White/Ovey, s. 221 vd.; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 173. Bkz. K. İrlanda-İngiltere, s.75-76, kararında sözleşmede yer alan hemen ifadesinin gereksiz gecikmelere yer verilmeme biçiminde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Koster-Hollanda, 28.11.1991 kararında dört günü aşan gözaltı sürelerini, Aksoy-Türkiye, 18.12.1996 kararı ve Mutatis Mutandis, Chahal-İngiltere, 15.11.1996 kararında 7 günü aşan gözaltı sürelerini ihlal olarak saymıştır. Yağcı, Sargın-Türkiye, 8.6.1995 kararında; gözaltının makul süreyi aşmamasını sağlamanın öncelikli olarak ulusal mercilerinin görevi olduğunu belirtmiştir. Öncelikle gözaltının haklı nedene dayanıp dayanmadığı incelenecek, bu gerekçenin yeterli olması durumunda soruşturmanın yürütülmesi aşamasında ulusal mercilerin özel bir ihtimam gösterip göstermediği araştırılacaktır. Koruma tedbirinin süresinin uzamasının gerçekçi nedenlere dayanması gerekmektedir. Mansur-Türkiye, 8.6.1995 kararında; tutuklu şahsın bir suç

süre koruma tedbirlerinin geçici olması açısından değerlendirilmesi gereken süre olup Sözleşmenin 6. maddesindeki yargılamadaki makul süreden farklıdır.¹⁴⁴ Yargılama süresinin uzaması ile koruma tedbirlerinin uzaması bazen soruşturma konusu konunun karmaşıklığı gibi aynı gerekçeye dayanabilir ise de, çoğu zaman yargılamanın uzaması koruma tedbirlerinin de uzun süre uygulanmasını haklı göstermez.

Koruma tedbirlerinin öne alınmış bir ceza gibi uygulanmasını önlemek amacıyla tedbirlerin geçici olması ilkesi benimsenmiştir. AİHM de her somut olayın özelliğine göre bu süreyi saptamaktadır. Mahkemeler bu sürenin aşıp aşılmadığını belirlerken masumluk karinesini göz önünde bulunduracaktır¹⁴⁵. Sürenin her olaya göre değerlendirileceği dikkate alındığından sürenin aşıp aşılmadığının denetlenmesi önem kazanmaktadır. Bu denetimi sağlayabilmek amacıyla da tedbirlere ilişkin kararların mutlaka gerekçeli olması gerekmektedir. Makul süre değerlendirmesinde sadece suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli emareler yeterli olmamakta, tedbirin devam edebilmesi için hala bu tedbire gerek duyulup duyulmadığının da gerekçelendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁶.

1.3.4.2. Hemen Bir Yargıç Önüne Çıkarılma

Koruma tedbirlerinin geçici olması, yakalanan kişinin hemen bir yargıç önüne çıkarılması, makul süre tutuklu kalması, makul sürede yargılanması ve adli kovuşturma sırasında serbest bırakılması haklarını içerir. Serbest bırakılma işlemi için kişinin istemi olmadan belli sürelerde durumunun gözden geçirilmesi de bu

işlemiş olmasına ilişkin makul şüphenin devamı, sürdürülen tutukluluk halinin geçerliliği için zorunlu bir koşuldur, ancak belli bir sürenin aşılması durumunda bu yeterli olmamaktadır. Çakıcı-Türkiye 8.7.1999 kararında; gözaltına alınmaların tarihi, saati, yeri ve nedeni ile gözaltına alan kişi veya makamın bilgilerinin kayıt altına alınması Sözleşmenin 5. maddesinin amaçları bakımından ve bu amaca uygunluğunun denetlenmesi açısından gereklidir. Mahkeme gözaltındaki bir kimsenin belli bir zamanda nerede olduğunun tespitini sağlayan kayıtların tutulmamasını kabul etmemektedir. Labita-İtalya, 6.4.2000 kararında; tutuklu kalan sanığa beraat etmiş olması nedeniyle tazminat ödenmiş olmasında, tutukluluğun haksızlığı giderilmiş olsa da, olayın özelliklerine göre tutuklu kalınan sürenin uzunluğuna ilişkin bir kabulün varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Ulusal mahkemenin tutuklama nedeni olarak ileri sürdüğü tanıklara baskı ve delillerin karartılması gibi nedenler başlangıçta yerinde ise de, başvurucuya yöneltilen suçlamaların zamanla zayıflaması da gözetilerek iki sene yedi aylık tutukluluk süresi uzundur ve Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlali olarak kabul edilmelidir.

¹⁴⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 240.

¹⁴⁵ Tezcan/Erdem/ Sancakdar, s. 213.

¹⁴⁶ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 238 vd.

kapsamdadır. Yakalanan kişi gecikme olmadan ve kendiliğinden yargıç huzuruna çıkarılmalıdır¹⁴⁷.

¹⁴⁷ AİHM Jong, Baljet ve Van Den Brink kararı; “hemen kelimesinin olayın özelliklerine göre belirleneceğini, ancak, davanın özel şartlarına atfedilen önem derecesinin hiçbir zaman Devletin alıkonulan kişiyi hemen salıvermek ya da hemen adli bir merci huzuruna çıkarmak şeklinde yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde, 5. maddenin 3. fıkrasında güvence altına alınan hakkın özüne halel getirecek biçimde olamaz”.

Aquilina/Malta davası kararı; “alıkoyma tedbirinin derhal yargı denetimine tabi olmasının yanı sıra, bu tür bir yargı denetiminin kendiliğinden gerçekleşmesi de gereklidir. Yargı denetimi alıkonulan kişinin başvuru şartına bağlanamaz. Bu tür bir şart, yalnızca alıkoyma tedbirinin hukuka uygunluğunun incelenmesine olanak verecek şekilde mahkemeye başvurma hakkına ilişkin olarak Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının getirdiği güvencenin özelliğini değiştirmekle kalmaz, aynı zamanda, özgürlükten mahrum edilmesine yönelik bir tedbirin bağımsız yargı denetimine tabi olması yoluyla bireyin keyfi muameleye maruz kalmaya karşı korunmasını amaçlayan güvencenin özüne zarar verir”.

Jecius/Litvanya kararında yakalanan kişinin en az bir kez yargıç karşısına çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. “bir kişi ne zaman özgürlüğünden mahrum edilmişse o andan itibaren bir yargıç huzuruna çıkarılması doğrultusundaki hakkın zımnı ifadesi olarak anlaşılması gerektiğini dikkate almaktadır. Her ne kadar Sözleşmenin 5. madde 4. fıkrasına göre alıkoyma uygulamasının uzun süre devam ettiği bazı durumlarda alıkoyma tedbirinin hukuka uygunluğunun etkili bir şekilde incelenmesi için alıkonulan kişinin daha sonra tekrar yargıç huzuruna çıkartılabilmesi mümkünse de Sözleşmeciler devletlerin 5. maddenin 3. fıkrası çerçevesindeki yükümlülükleri, alıkonulan kişiyi özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren derhal uygun bir yetkili huzuruna çıkarmakla sınırlıdır”.

Muller/Fransa kararında, sürenin kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı tarihte başlayacağını belirtmiştir. “dikkate alınması gereken süre, başvuru sahibinin polis tarafından gözaltına alındığı tarihtir”.

Labita/İtalya kararında, süresin bitiş tarihinin ise suçlu bulunduğu tarih olduğunu belirtmiştir. “mahkeme, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen sürenin sona erdiği tarihin, söz konusu kişiye isnat edilen suçun ilk derece mahkemesi tarafından olsa bile sabit bulunduğu tarih olduğunu vurgular”.

Kulda/Polonya kararında, mahkûmiyet kararı verildikten sonra temyize gidilmesi halinde temyiz süresinin tutukluluk süresinde dikkate alınacak sürenin dışında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. “mahkeme, Sözleşmenin 5. madde 3. fıkrası ile aynı maddenin 1. fıkrası (c) bendi arasındaki temel bağlantı dikkate alındığında, ilk derece mahkemesi tarafından hakkında bir mahkûmiyet kararı verilen bir kişinin 1. fıkrası (c) bendi uyarınca suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunması sebebiyle yetkili merci önüne çıkarılmak üzere alıkonulmuş olarak değerlendirilemeyeceğini, bu durumda bir kişinin 1. fıkrası (a) bendi uyarınca yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine özgürlüğünden mahrum edilmiş olacağını vurgular. Bu çerçevede, başvuru sahibinin ilk derece mahkeme tarafından hakkında mahkumiyet kararı verildikten sonra, mahkumiyet kararının bozulması üzerine yeniden yargılanmaya başlanıncaya kadar devam eden tutukluluğu 5. madde 3. fıkrası hükümleri çerçevesinde değerlendirilemez”.

Erdem/Almanya kararında alıkoyma süresinin makul olup olmadığının ölçütlerinden söz etmektedir. “mahkeme, tutukluluk süresinin makul olup olmadığının teorik olarak değerlendirilemeyeceğine işaret eder. Sanığın tutukluluk halinin devam etmesinin hukuka uygun olup olmadığı, her davanın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bir davada tutukluluk halinin devamı, masumiyet karinesine rağmen, yalnızca kamu düzeni açısından gerçek bir ihtiyaç olduğuna dair bulguların Sözleşmenin 5. maddesinde güvence altına alınan bireylerin özgürlük hakkına saygı kuralının önüne geçtiği durumlarda haklı olacaktır. ...Yakalanan kişinin bir suç işlediğine dair şüphelenmek için makul sebeplerin devam ediyor olması durumu, tutukluluk halinin sürdürülmesinin olmazsa olmaz şartıdır; ancak bir süre sonra bu da yeterli değildir. Mahkemenin bu noktada ulusal adli mercilerin benimsediği diğer gerekçelerin özgürlükten mahrumiyet tedbirini haklı kılmaya devam edip etmediğini tespit etmesi gerekir. Bu gerekçelerin önemli ve yeterli bulunması halinde Mahkeme, yetkili ulusal mercilerin kovuşturmada özel bir ihtimam gösterip göstermediğini inceler”. (Kararlar için bakınız; AİHM Kararlarından Örnekler, s. 149 vd).

Önüne çıkarılacak yargıcın yargıç güvencesine sahip olması, öte yandan önüne getirilen kişi hakkında salıvermeye yetkili olması gerekir. Ülkemizde uygulanan ve yol tutuklaması adı verilen uygulama bu yönüyle de eleştirilmektedir. Ancak Yargıtay 12. Ceza Dairesi 15.05.2012 tarih, 2011/20114-2012/12183 sayılı kararıyla bu eleştirilere son vermiştir.

1.3.5. Araç (vasıta) Olması

1.3.5.1. Bir Amacın Varlığı

Koruma tedbirleri ceza muhakemesinin sağlıklı bir biçimde yapılabilmesini sağlamaya yönelik araçlardır. Koruma tedbirleri uygulanırken bu amaçları gerçekleştirmek üzere uygulanmaktadır. Araç olması başka bir amacı gerçekleştirmek üzere uygulanmasını da gerektirmektedir. Bu amaç kuşkusuz ceza muhakemesinin de amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bunun sonucu verilecek olan kararın infazının sağlanmasıdır. Bir başka ifadeyle bu tedbirler tamamen ceza yargılamasının hizmetinde olan araçlardır. Çoğu kez bu tedbirlere başvurularak ceza yargılamasının yapılabilmesi mümkün olmaktadır.¹⁴⁸

Koruma tedbirlerinin araç oluşunun bir başka sonucu ise aracın hizmet ettiği bir amacın varlığıdır. Geniş anlamda ceza yargılamasının yürütülmesi olan bu amaçlar üç ana başlıkta toplanabilir.¹⁴⁹ Birinci amaç ceza muhakemesinin yapılabilmesini sağlamaktır. Örneğin ceza muhakemesinin yapılabilmesi için tutuklama tedbirine karar verilerek sanığın duruşmalarda hazır edilmesi amaçlanabilmektedir. İkinci amaç, delillerin elde edilmesi ve elde edilen delillerin yargılama sonuna kadar muhafaza edilmesidir. Örneğin arama kararı ile bir delil elde edilip el koyma kararı ile de bu delilin yargılama süresince muhafaza altına alınması amaçlanabilir. Üçüncü amaç ise verilecek kararın yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Örneğin tutuklama tedbiri ile yargılama sonucunda verilen kararın infazının sağlanması da amaçlanabilmektedir.

AIHS 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutuklanmasından söz etmektedir. Herhangi

¹⁴⁸ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 316.

¹⁴⁹ Öztürk/ Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 530.

bir koruma tedbirinin uygulanması sırasında bu tedbirin neden uygulandığına ilişkin gerekçeler aynı zamanda o tedbirin amacını oluşturmaktadır. Örneğin tutuklama kararı için belirtilen sanığın kaçma şüphesi, kaçmasının önlenmesi amacını, delilleri karartma şüphesi de delilleri koruma amacını ortaya koymaktadır. Ancak henüz amaç gerçekleşmeden tedbirin gerekliliği ortadan kalkarsa tedbire derhal son verilmelidir.¹⁵⁰ Örneğin gözaltına alınan kişinin suçsuzluğu anlaşıldığında hakim önüne çıkarılmadan salıverilmesi durumunda amaç gerçekleşmemiş olsa da tedbire son verilmektedir. Sözleşmede yakalama ve tutuklama nedenleri sınırlandırıldığı için belirtilen amaçlar dışındaki bir amaçla kişilerin tutulması Sözleşmeye aykırıdır. Buradaki özgürlük kısıtlanmasındaki en temel amaç kişinin derhal yetkili merci önüne çıkarılmasıdır. Hangi durumda kişilerin yetkili merci önüne çıkarılmak amacıyla özgürlüklerinin kısıtlanacağı da maddede belirtilmiştir. Buna göre, kaçma tehlikesi, delilleri karartma riski, suç işleme riski, kamu düzeninin tehdidi ve tutuklunun korunması amaçlarıyla özgürlük kısıtlanabilir¹⁵¹.

1.3.5.2. Amaca Ulaşmada Elverişlilik

Koruma tedbirleri kendi başına soyut olarak bir anlam ifade etmezler.¹⁵² Koruma tedbirleri bir araç olduğundan, uygulanan bir koruma tedbiri ile istenilen amaca ulaşılamaması durumunda yeni bir koruma tedbirinin araç olarak uygulanabilmesini de gerektirebilir¹⁵³. Bazen bir amaç için bir koruma tedbiri uygulanır, yeterli olmazsa başka bir tedbire de hükmedilebilir. Örneğin bir kişinin kaçmasını önlemek amacıyla adli kontrol kararı verilebilir. Ancak kişi yine de kaçabileceği izlenimi verdiğinde bu kez gerekiyorsa tutuklama kararı verilebilir.

¹⁵⁰ Bkz. Quinn-Fransa, 22.3.1995 kararına göre, tutukluluk süresinin her durumda güdülen amaçla sınırlı olması kişi güvenliğinin gereğidir. Murray-İngiltere, 28.10.1994 kararında; gözaltına alınan kişinin mahkeme önüne çıkarılmamış olması veya yargıç yerine başka bir makam önüne çıkarılmasında amaç aynı kalmak koşuluyla ihlal olmadığına karar vermiştir. K. İrlanda-İngiltere, kararında ise sırf kendisine bazı bilgileri almak amacıyla kişilerin tutulmasını sözleşmeye aykırı bulmuştur.

¹⁵¹ Boicenco/Moldova kararı; “mavcut davada AİHM, ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesinin tutuklanmasını ve tutukluluğun uzatılmasını öngörürken, başvuranın yargılamaya engel olabileceğine, kaçabileceğine ya da suçu yeniden işleyebileceğine ilişkin iddiaların sağlam nedenlere dayandığı kanısına nasıl vardıklarını belirtmeksizin ilgili hukuktan alıntı yaptıklarını belirtmektedir. Ayrıca, başvuranın savunmasında öne sürülen iddiaları da çürütmeye çalışmamışlardır”.(Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 40). Ayrıca bkz. White/Ovey, s. 222-223; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 176-179; Clayton/Tomlinson, no. 10.229 vd.

¹⁵² Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, s. 762.

¹⁵³ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, s. 201.

Bazen bir amaç için birden fazla koruma tedbiri birlikte uygulanabilir. Örneğin bir kişinin delilleri karartmasını önlemek amacıyla hem el koyma, hem de tutuklama kararı verilebilir. Bazen de bir koruma tedbirini uygulayabilmek için başka bir koruma tedbiri araç olarak kullanılabilir. Bu duruma dolayısıyla araç olma da denilmektedir.¹⁵⁴ Örneğin el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için arama tedbirine gerek duyulabilir veya tutuklama kararının uygulanabilmesi için yakalama kararı gerekebilmektedir. Uygulanan koruma tedbiri amaca ulaşmaya elverişli olan ve kişi haklarını en az düzeyde ihlal eden tedbir olmalıdır.

AİHM, amacın gerçekleşmesinin değerlendirilmesi açısından kaçma şüphesinin somut olgulara dayanması gerektiğini belirtmekte, alacağı cezanın miktarı, sanığın yurtdışı bağlantıları, yurt dışında bulunan mülkü gibi olguların varlığını aramaktadır¹⁵⁵. Delillerin karartılması konusunda ise, soruşturma ilerledikten veya deliller toplandıktan sonra bu amacın ortadan kalktığını belirtmektedir¹⁵⁶. Maddede belirtilen suç işlenmesinin önlenmesi amacını ise, Mahkeme genel olarak suç işlenmesinin önlenmesi biçiminde değil somut ve belli bir suçun yakın gelecekte işlenmesinin önlenmesi biçiminde yorumlamak gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁷. Mahkeme, belirli suçların kamuoyunda oluşan tepki ve kamu düzenini bozma olasılığının varlığı ve kamu düzenini bozacağını gösteren delillere dayanması halinde, uygun ve yeterli ölçüde tutmayı kabul etmektedir¹⁵⁸. AİHM bazı istisnai durumlarda sanığın güvenliği için belirli bir süre tutukluluk halinin devamını da kabul etmektedir. Buna gerekçe olarak, kurbanın (mağdurun) ailesinin intikam almak

¹⁵⁴ Kunter, s. 658.

¹⁵⁵ W/İsviçre kararı; “AİHM kaçma tehlikesinin yalnızca muhtemel suçun ciddiyetine göre değil; kaçma tehlikesinin mevcudiyetini doğrulayan veya kişiyi gözaltına alacak kadar büyük olmadığını gösteren diğer etmenler de göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda özellikle, ilgili kişinin karakteri, ahlak yapısı, malvarlığı, aleyhinde takibatta bulunulan devlet ile bağlantıları ve uluslar arası bağlantıları göz önünde tutulmalıdır”.

¹⁵⁶ Mamedova/Rusya kararı; “başvuranın tutukluluğunun devamı için bir diğer gerekçe, yerel mahkemelerin başvuranın delilleri yok edebileceğini, adalete engel olabileceğini veya suçu yeniden işleyebileceğini tespit etmesidir. AİHM, soruşturmanın ilk aşamalarında başvuranın adalete müdahale etmesinin gözetimde tutulmasını haklı gösterdiğini kabul etmektedir. Ancak deliller toplandıktan sonra, söz konusu gerekçe geçersiz hale gelmiştir”.

¹⁵⁷ Muller/Fransa kararı; “yeniden suç işleme iddiası ileri sürülerek tutukluluğu sürdürülen bir kişinin sabıka kaydı tek başına tahliye talebinin reddedilmesi için haklı bir sebep teşkil etmez”.

¹⁵⁸ I.A/Fransa kararı; “AİHM, arz ettikleri ciddiyet ve kamunun tepkisi nedeniyle belirli suçların, en azından bir süre gözaltına almayı haklı gösterebilen sosyal bir huzursuzluğa yol açabildiğini kabul etmektedir. İstisnai koşullar altında, bu unsur, yerel hukukun... suçun, kamu düzeninin bozulmasına neden olduğunu kabul etmesi ile AİHM bağlamında göz önüne alınabilir. Ancak, bu gerekçenin sanığın kaçmasının, kamu düzenine zarar vereceğini gösterebilen delillere dayanması halinde uygun ve yeterli olduğu kabul edilebilir. Ayrıca, ancak kamu düzeni tehdit altında kalmaya devam ederse, tutukluluk hali yasallığını korur; devam hali, hapis cezasını beklemek için kullanılamaz”.

için saldırması, misilleme yapılması veya barbarca ve adaletsiz gelenekler nedeniyle tutulmanın korkusundan söz etmektedir¹⁵⁹. Ancak böyle bir uygulama ülkemizde bulunmamakta ve uygulanmama bazı sorunlara da neden olmaktadır. Özellikle töre ve kan davası benzeri cinayetler nedeniyle ülkemizde de bu uygulamaya ihtiyaç bulunsa da daha önceleri uygulanan “*toplumda infial uyandırma*” gerekçesinin kötüye kullanılmış olması bunun önündeki en büyük engeldir.

Koruma tedbirlerinin araç oluşunun sonuçlarından birisi de, bu tedbirlerin öne alınmış bir ceza gibi uygulanmaması gereğidir.¹⁶⁰ Koruma tedbirlerinin amaçları belli olup bu amaçların dışında bir amaçla koruma tedbirlerinin uygulanması kabul edilemez. Örneğin cezalandırmak, ibret vererek suç işlenmesini önlemek, halkın adalet hislerini tatmin etmek ve öfkesini yatıştırmak gibi amaçlarla koruma tedbirlerine başvurulması yanlış ve kabul edilemez bir uygulamadır.¹⁶¹

1.3.6. Gecikmede Sakınca Bulunması

1.3.6.1. Bir Tehlikenin Varlığı

Bir koruma tedbirini uygulamak için gecikmede sakınca bulunması gerekir. Koruma tedbirine başvurulmadığında veya geç başvurulduğunda muhakeme yapılamaz, hüküm infaz edilemez veya muhakeme masrafları karşılanamaz hale gelecekse gecikmede tehlike vardır denilebilir.¹⁶² Gecikmezlik olarak da adlandırılan bu durum koruma tedbirlerine başvurmanın gerçekten zorunlu olduğu hallerle sınırlı olmalıdır.¹⁶³ Başka bir anlatımla bu tedbirlere başvurulmadığı takdirde ceza muhakemesi bundan zarar görecektir olmalıdır. Zarar görme ise muhakemenin yapılamaması, delillerin elde edilememesi, korunamaması veya verilecek kararın yerine getirilememesi biçiminde olmalıdır. Amaca uygun bir koruma tedbirine başvurulmadığında meydana gelecek zaman kaybının muhakemeyi güçleştirmesi, hatta olanaksız kılması¹⁶⁴ halinde gecikmede sakınca var denilebilir.

¹⁵⁹ Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 46.

¹⁶⁰ Tezcan/ Erdem/Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 212.

¹⁶¹ Tezcan, Durmuş, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1989 s. 27.

¹⁶² Öztürk/ Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 530.

¹⁶³ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 280.

¹⁶⁴ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 252.

1.3.6.2. Tehlikenin Muhtemel Olması

Gecikemezlik için tehlikenin mümkün olması yetmeyip muhtemel de olması gerekir. Herhangi bir muhtemel tehlike de yeterli olmayıp, derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi ihtimalinin varlığını makul biçimde kabul ettirecek somut bir tehlike söz konusu olmalıdır.¹⁶⁵ Fakat gecikmede tehlikeden ayrı olarak suçüstü halinde yakalamaya imkan verilmesi konusu tartışmalıdır. Gerçekten de gecikmede tehlike yoksa suçüstü hali de olsa koruma tedbirini haklı gösterecek sebep yok demektir. Bu nedenle suçüstü halinde yakalama tedbiri uygulanırken koruma tedbirlerinin genel niteliklerindeki gereklilikler de gözetilmelidir.

AIHS 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde suç şüphesi altındaki kişilerin veya suç işlemesine ya da işledikten sonra kaçmasına mani olmak zarureti inancını doğuran makul sebeplerin varlığından söz etmektedir. Maddeden anlaşıldığına göre, eğer kişi tutulamazsa ya kaçacak, ya delilleri karartacak, ya da suç işleyecektir. Bu durumda da gecikmesinde sakınca bulunan bir durum söz konusudur. Madde bu durumu “kaçmasına mani olmak zarureti inancını doğuran makul sebepler” olarak ifade etmiştir. Burada söz konusu olan makul sebepler somut olguları ifade etmektedir. Makul şüphe ile makul sebepler birbirinden farklı kavramlardır. Makul şüphe, suçu işlediğine ilişkin makul şüphe iken¹⁶⁶, makul sebepler, kişinin kaçmasını engelleme gereğini doğuran makul sebeplerdir¹⁶⁷. AIHM de kişinin suç işlemesinin önlenmesi veya kaçma şüphesinin somut olgulara dayanması gerektiğini belirtmektedir¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 660.

¹⁶⁶ Punzelt/Çek Cumhuriyeti kararı, “AIHM, başvuran aleyhindeki suçlamaların, iki mağazanın satış görüşmelerinde güvence olarak verilen çeki hesabına geçirilmek üzere bankaya tevdi etmesine ve satışı yapan tarafın, karşılıksız olmaları nedeniyle çeki bozduramamasına dayandığını belirtmektedir. Bu koşullar altında AIHM, başvuranın suçu işlediğine dair makul şüphenin mevcut olduğu kanısındadır”. (Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, age, s. 41).

¹⁶⁷ AIHM Kararlarından Örnekler, s. 120.

¹⁶⁸ Eriksen/Norveç kararı, “...komisyon ilgili mahkeme kararlarında başvuru sahibinin işlemesinin önlenmesi gereken somut ve belirli bir suça değinilmediğini müşahade etmiştir. Bu kararlarda daha ziyade, başvuru sahibinin akli bozukluk sebebiyle tehditkâr ve şiddet dolu hareket içinde olduğuna değinilmektedir. Başvuru sahibinin akli dengesinin güvenlik tedbirleri alınmasını gerekli kılabacak ölçüde bozulmuş olup olmadığı daha sonraki aşamada belirlenecektir. Bu şartlar altında, başvuru sahibinin tutuklu olarak alıkonulması, Sözleşmenin dar anlamda yorumlanması gereken 5. madde 1. fıkra (c) bendi çerçevesinde gerekçelendirilemez...”

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu koruma tedbirlerini düzenlediği maddelerde her koruma tedbiri için tehlikenin ağırlığını belirlemeye çalışmıştır. Örneğin; şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesi uyandıran somut olgular varsa; davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa ibareleri ile tehlike ön şartını ifade etmiştir. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu suçun ağırlığı ile ilgili ölçütü mümkün olduğu kadar kendisi belirlemeye çalışmış, bazı koruma tedbirlerinin uygulanabileceği suç türlerini teker teker sayma yolunu tercih etmiştir.¹⁶⁹ Bu konuda suçun veya cezanın ağırlığı veya suçüstü hali olup olmadığı da Kanun'da hüküm altına alınmıştır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4. maddesi gecikmesinde sakınca bulunan halini; *“derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunamaması halini ifade eder”* biçiminde tanımlamıştır.

Gecikmede sakınca bulunmasının takdirini her somut olayda bu konuda karar verme yetkisine sahip olanlar yapacaktır. Bunlar da kural olarak yargıç ve istisnai olarak da Cumhuriyet savcısı veya onun emrindeki kolluk olacaktır.¹⁷⁰ Yasada istisnaen savcının ve kolluğun bir koruma tedbirini uygulamak bakımından yetkili sayıldığı durumlarda gecikmede sakınca bulunmasından söz edilmekte ve bunların aslında yargıca ait olan yetkiyi kullanabilmeleri bu ön koşula bağlanmaktadır. Savcı ve kolluğa verilen bu yetki kullanılırken başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere insan hakları evrensel değerleri çerçevesinde kullanılması zorunludur.¹⁷¹ Gecikmede sakıncadan söz edilebilmesi için ilgilinin yargı makamına başvurup karar aldıktan

Mahkeme, mevcut davanın özel şartları dikkate alındığında, başvuru sahibinin tutukluluk halinin Sözleşmenin 5. madde 1. fıkrası (c) bendi uyarınca “suç işlemesine engel olmak zorunluluğu inancını doğuran” bir kişinin alıkonulması olarak haklı kılınabileceği sonucuna varmıştır.

Başvuru sahibinin daha önce tehditkâr tavır ve fiziksel saldırı sebebiyle hakkında verilen mahkumiyet kararlarının özellik ve kapsamı ile olay anında akli dengesi dikkate alındığında, bu kişinin benzer suçlar işleyebileceği kanaatine varmak için esaslı gerekçeler mevcuttur. Nitekim, başvuru sahibinin yakalanmasına gerekçe teşkil eden suçlar, Mahkemenin Guzzardi davası kararında dile getirmiş olduğu ölçütü karşılamaya yetecek kadar somut ve belirgindir”. (AİHM Kararlarından Örnekler, s. 127.

¹⁶⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 764.

¹⁷⁰ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 315.

¹⁷¹ Mehmet Kahraman, Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama, Yargıtay Dergisi, Cilt:33, Sayı:3, Temmuz 2007, Ankara, s. 348.

sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamayacak ya da beklenen yararı sağlayamayacak olması gerekir.¹⁷² Buradaki sakınca ceza muhakemesinin gerektiği gibi ve amacına uygun biçimde yapılamamasıdır. Bir zarar olasılığı olan gecikmede sakınca bulunması kavramında muhakemenin yapılamaması veya yapılsa bile sağlıklı ve doğru yapılamaması olasılığından söz edilebilir.

1.3.7. Yetkili Mercinin Kararının Bulunması

Koruma tedbirlerinin kural olarak bir karara dayanmaları gerekir. Bazı tedbirlere sadece hakim, bazılarında istisnai olarak Cumhuriyet savcısı, bazı tedbirlere sadece Cumhuriyet savcısı, bazı tedbirlere de gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda kolluk veya herkes karar verebilmektedir¹⁷³. Kanuna göre kararı vermesi gereken merci yetkili mercidir. Yetkili merci kararı olmadan uygulanan koruma tedbiri, kanuna aykırıdır.

1.3.7.1. Yetkili Mercii

Koruma tedbirlerine kural olarak hakim karar verir. Bu durum örneğin tutuklama gibi bazı durumlarda mutlaktır. Yani başka merci bu kararı veremez. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla bazen savcı, bazen kolluk, bazen ise herkes yetkili olabilmektedir.¹⁷⁴ Koruma tedbirlerinin yasayla düzenlenmesi zorunluluğu bulunduğundan koruma tedbirini düzenleyen ilgili yasada tedbirin nasıl uygulanacağı ve özellikle yetkili merci konusu açıkça belirtilmektedir. Bu zorunluluk nedeniyle hukukumuzda bütün koruma tedbirleri kanunla düzenlenmiştir.¹⁷⁵ Koruma tedbirlerinin bir karara bağlı olması gerekliliği, kararın yazılı veya sözlü olması, kararın içeriği gibi konuları da gündeme getirmektedir.

1.3.7.2. Kararın Niteliği

Yukarıda da değinildiği gibi koruma tedbirlerinin koşullarının oluşup oluşmadığı, örneğin en başta yasal bir dayanağının olup olmadığı, aranılan düzeyde suç şüphesinin olup olmadığı, öngörülen amaca uygun olup olmadığı, bu amacı

¹⁷² Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 327.

¹⁷³ Şahin, s. 202.

¹⁷⁴ Öztürk/ Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 531.

¹⁷⁵ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 280.

sağlamaya dönük ve oranda olup olmadığı gibi konuları yetkili merci değerlendirecektir. Yetkili merciin yaptığı bu değerlendirmenin sonucunda bir karar vermesi gerekmektedir. Kararda yaptığı değerlendirme ve ulaşılan sonucun denetime elverişli biçimde ve gerekçeleriyle bulunması kural olmalıdır.¹⁷⁶ Koruma tedbirine karar veren merciin öncelikle yetkili merci olması zorunludur. Yetkili olmayan merci tarafından verilen kararlar yok hükmünde olup uygulanma kabiliyeti bulunmayan kararlardır.

Anayasanın 19 ve devamı maddelerinde hangi hallerde, hangi merciler tarafından, hangi tedbirlere karar verileceği belirtilmiştir.

AİHS 5. madde 1. fıkra (a) bendinde “*yetkili mahkeme tarafından mahkum edilen kimse*”, (b) bendinde “*mahkeme tarafından veya yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı*”, (c) bendinde “*yetkili merci önüne çıkarılmak üzere*”, (d) bendinde “*usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği*”, (e) bendinde “*usulüne uygun olarak*”, (f) bendinde “*usulüne uygun olarak*” ibareleri; kişi özgürlüğüne dair koruma tedbirlerine ancak yetkili mercilerce ve usulüne uygun olarak karar verilebileceğini göstermektedir. Başka bir deyişle bu kararların usule uygun kabul edilebilmesi için yetkili mercilerce verilmiş olması da gerekmektedir.

AİHM usule uygunluk açısından temel olarak iç hukuka uygunluğu esas almaktadır. Bu konuda ulusal kanunların doğru uygulanıp uygulanmadığına bakılması gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁷. Yetkili merci kararının usulüne uygun olması gerekmektedir. Karar usulüne uygun değilse, karara dayanarak uygulanan tedbir de

¹⁷⁶ Bkz. Jecius-Litvanya kararında AİHM; yakalanan ve alıkonulan kişilerin, özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin, Sözleşme açısından hukuka uygunluğunun temel unsurları olan usule ve esasa ilişkin koşulun yargı incelemesine tabi olması, yetkili mahkemenin yalnızca usule ilişkin şartlar bakımından değil, aynı zamanda kişinin destekleyen şüphenin makul olup olmadığını ve kişinin yakalanması ve sonrasında da alıkonulmasında gözetilen amacın meşruiyetini de incelemesi gerekir demektir.

¹⁷⁷ Benham/Birleşik Krallık kararı; “mevcut davada asıl tespit edilmesi gereken husus, şikayet edilen alıkoyma uygulamasının yasada belirlenen yollara uygunluğu da dahil olmak üzere, hukuka uygun olup olmadığıdır. AİHS bu konuda temel olarak iç hukuku esas almakta ve bu çerçevede maddi hukuk ve usul hukuku kurallarına uyma yükümlülüğü getirmektedir...”

Ulusal kanunları yorumlamak ve uygulamak aslen ulusal makamların ve özellikle de mahkemelerin görevidir. Amcak 5/1 madde hükümleri çerçevesinde ulusal kanunlara uyulmaması Sözleşmenin ihlali anlamına gelir ve bu durumda Mahkeme, söz konusu ulusal kanuna uyulup uyulmadığını belirleme yetkisini kullanabilir ve kullanmalıdır”(AİHM Kararlarından Örnekler, s. 106).

usule aykırı hale gelmektedir¹⁷⁸. Kişi hakkında uygulanan tedbir ile verilen karar arasında illiyet bağının da bulunması gerekmektedir¹⁷⁹.

Yetkili merci kararına dayanmayan yakalamada ise amaç yakalanan kişiyi yetkili bir adli merci huzuruna çıkarmak olmalıdır¹⁸⁰. Yetkili kavramı 5. madde hükümlerinin uygulanmasında esastır. “Yetkili” kavramı yargıçla aynı anlama gelmemelidir. Ancak yine de bir yargıcın bazı sıfatlarını taşıması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle yakalanan kişi açısından bir güvence teşkil eden belli şartları yerine getirilmelidir¹⁸¹. “Yetkili”, ilk olarak idareden ve taraflardan bağımsız olmalıdır. Ayrıca yetkilinin dinleme yükümlülüğü bulunmalıdır. “Yetkili” alıkoymaya ilişkin şartları değerlendirip şartları yoksa bu kişiyi serbest bırakma yükümlülüğüne sahip olmalıdır¹⁸².

İç hukukumuzda da kişi özgürlüğünü sınırlandırmaya yetkili merciler ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Örneğin CMK’ya göre bazen herkes, bazen kolluk, bazen Cumhuriyet savcısı çoğu zaman ise hakim yetkili merci konumundadır.

¹⁷⁸ Wassink/Hollanda kararı; “duruşmada kâtibin hazır bulunmaması, Yargı Yasası çerçevesinde yürürlükte bulunan Yönetmeliğin ihlalidir... Bu çerçevede yasada belirlenen usul yerine getirilmemiş ve bu da Sözleşmenin 5/1 maddesinin ihlaline yol açmıştır”. (AİHM Kararlarından Örnekler, s. 107)

¹⁷⁹ Bozano/Fransa kararı; “İtiraz edilen zorla sınırdışı etme işlemi, yukarıda belirtilen mahkumiyet kararından yalnızca kronolojik olarak sonra gerçekleşmiştir. Öte yandan 5/1-a bendi uyarınca sonra kelimesi, olayların zaman içinde sırasını belirtmenin yanı sıra, bir illiyet bağına da işaret etmektedir. bu şekilde alıkoyma, yalnızca ceza mahkemesinin kararından sonra değil, aynı zamanda bu tür bir karar üzerine de olmalıdır” (AİHM Kararlarından Örnekler, s. 113).

¹⁸⁰ K.F/Almanya kararı; “Sözleşmenin 5. madde 1. fıkra (c) bendinde ...bir kimsenin yetkili bir adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması amacı ifade edilmektedir” (AİHM Kararlarından Örnekler, s. 129).

¹⁸¹ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 171-172.

¹⁸² Schiesser/İsviçre kararı; “...Mahkeme söz konusu savcının adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir yetkili sıfatını haiz olup olmadığını tespit etmek durumundadır...”

Yetkili, yargıçla aynı şey değildir, ancak yine de bir yargıcın bazı sıfatlarını taşımalıdır; bir başka deyişle, bu yetkili, her biri yakalanan kişi açısından bir güvence teşkil eden belli şartları yerine getirmelidir. Ayrıca 5/3 madde hükümlerine göre hem usul hem esas yönünden bir şart getirilmiştir. Usule ilişkin olarak getirilen şarta göre, yetkilinin huzuruna çıkartılan bireyi dinleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Esas yönünden ise, bu yetkiliye, kişinin alıkonulmasında lehte ve aleyhteki koşulları inceleyerek ve yasal kriterleri dikkate alarak, alıkoyma tedbirini haklı kılan şartlar olup olmadığını belirlemesi, bu tür şartların bulunmaması halinde de bu kişinin serbest bırakılmasına karar vermesi yükümlülüğü getirilmiştir...” (AİHM Kararlarından Örnekler, s. 157 vd)

1.3.8. Ölçülülük (Orantılılık İlkesi) Bulunması

Ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğunda bir hukuk devletinde mutlaka uyulması gereken genel bir ilkedir¹⁸³. Bu ilke sadece yasa koyucuyu değil, Devletin diğer erklerini de aynı ölçüde bağlayan bir ilkedir¹⁸⁴. Ölçülülük, hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğunda; öncelikle yapılacak kısıtlamanın sınırını belirlemede, daha sonra ise yapılacak müdahalenin türünü belirlemede ve son olarak da kapsam ve yöntemini belirlemede, mutlaka göz önünde bulundurulması gereken önemli bir ilkedir.

Anayasanın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının “Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı” olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi de ölçülülük ilkesini “amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun denge” olarak tanımlamaktadır. Mahkeme verdiği birçok kararında yasaların ölçülülük ilkesine uygunluğunu denetlemiştir¹⁸⁵.

AIHS'nin 15/1 maddesinde yer alan “durumun gerektirdiği ölçüde” ifadesi temel haklara getirilecek sınırlamanın tehlikenin boyutlarıyla orantılı olmasını içermektedir. Daha hafif önlem alma olanağı varken daha ağır önleme başvurulması halinde, amaç ile araç arasındaki makul denge bozulduğu için ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olacaktır¹⁸⁶. Sınırlanması veya askıya alınması mümkün olmayan mutlak

¹⁸³ Oğurlu, Yücel, İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, Sayı: 1-2, Erzincan 2000, s. 147 vd.

¹⁸⁴ Koca, Mahmut, Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurt Dışına Çıkarmama, <http://archiv.jura.uni-saarland/turkish/MKoca1.html>.

¹⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, 18.6.2009 tarih,2006/121-2009/90 sayılı kararı; “...Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

3713 sayılı Yasanın 6. maddesinde suç olarak düzenlenen eylemlerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde terörle mücadeledeki bütünlüğün bozulması tehlikesi, basın ve yayın organlarının kitlelere ulaşmada sağladığı kolaylık ve toplum üzerindeki etkinliği ile iptal konusu kurallarda yer alan cezanın miktarı ve adli para cezası olarak belirlenmesi dikkate alındığında, eylem ile önlem arasında bulunması zorunlu adil denge bozulmadığından, iptal konusu kuralların Anayasa'nın 13. maddesinden yer alan ölçülülük ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır”. (26.11.2009 tarih, 27418 sayılı Resmi Gazete)

¹⁸⁶ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 76; White/Ovey, s. 119; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 631 vd.

haklar dışındaki hakların hangi hallerde sınırlanacağı ilgili maddelerde belirtilmiş ve 15. maddede genel sınırlama düzenlenmiştir¹⁸⁷.

AİHM genel bir tehlikenin varlığı halinde Sözleşmede belirlenen hakların sınırlandırılmasına ilişkin tasarrufun durumun gerektirdiği ölçüde olması gerektiğini belirtmektedir¹⁸⁸. Ölçülülük kavramı, ulaşılmak istenilen meşru amaçla, müdahalenin gerekçesi bu amaca ulaşmak için kullanılan araç (sınırlama getirilen önlem) arasındaki orantılılığı, ölçülülüğü veya sınırlama ile elde edilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel (sınırlamadan doğan mahrumiyet) zarar arasındaki denge veya orantıyı ifade etmektedir¹⁸⁹.

CMK da, ölçülülük ilkesini kabul etmiştir (madde 100/1). CMK'nın gerekçesinde Adalet Komisyonu Raporu, orantılılık ilkesini; *“hukuk devletinin bir başka yönü, eylem ve işlemlerinde ölçülü (oranlı) davranan devlet olmasıdır. Gerçekten orantılılık ilkesi, hukuk devletine hakim olan aşırılık yasağının bir bölümünü oluşturur. Bu ilkeye göre, Ceza Muhakemesi Hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın (ölçünün) bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye oranlılık (ölçülülük) ilkesi denir”*¹⁹⁰.

Temel haklara ilişkin sınırlama öngören koruma tedbirlerinin uygulandığı her durumda, alınan tedbirin elverişli, gerekli ve orantılı olduğu kanıtlanmalıdır. Bu üç koşul, hukuk devleti ilkesinden türetilen ölçülülük ilkesini oluşturmaktadır.

¹⁸⁷ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 144 vd.

¹⁸⁸ İrlanda/Birleşik Krallık kararı; “ulusun varlığının olağanüstü bir tehlike altında olup olmadığını, bu tür bir tehdit varsa bunu gidermek için hangi tedbirleri almak gerektiğini tespit etmek, öncelikle her bir sözleşmeci Devlet'in sorumluluk alanına girer. Ulusal makamlar, mevcut acil ihtiyaçları birinci elden ve anında tespit edebilmeleri nedeniyle, hem bu tür bir acil durumun mevcudiyetini hem de bu tehlikeyi bertaraf etmek için gereken istisnai tedbirin özellik ve kapsamını belirleme bakımından, uluslar arası bir mahkemede görevli bir yargıca kıyasla daha iyi bir konumdadırlar. Sözleşmenin 15/1 maddesi bu konuda ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır.

Yine de Devletlerin bu konudaki yetkisi sınırsız değildir. Devletlerin taahhütlerini yerine getirmelerini sağlamakla sorumlu olan Komisyon ve Mahkeme Devletlerin bu tür istisnai tedbirleri alırken durumun şartlarının kesin olarak gerektirdiği ölçünün ötesine geçip geçmediklerini denetleme yetkisine sahiptir. (1 Temmuz 1961 tarihli Lawless kararı) Dolayısıyla üye devletlere tanınan takdir hakkı AİHM denetimine tabidir. (AİHM Kararlarından Örnekler, s. 429 vd).

¹⁸⁹ Soering/İngiltere kararı (Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 145). Ayrıca bkz. Van Dijk/van Hoof, s. 737.

¹⁹⁰ Bkz. TBMM Adalet Komisyonu'nun, 1.12.2004 tarih, 1/535, 1/292 Esas, 65 Karar nolu raporu s. 4

1.3.8.1. Gereklilik

Koruma tedbirleri amaç değil araç olduğundan aracın gerçekleştirmek istediği amacı gerçekleştirmeye elverişli yeterlilikte olması gerekmektedir. Koruma tedbirleri temel bir hakka müdahale ettiği için bu gereklilikten fazlasına hükmedilmemesi gerekir. Öte yandan koruma tedbiri ile elde edilmek istenen amaç ve sınırlandırdığı hak arasında da oranlılık ilkesi bulunmalıdır. Aracın amaçtan daha değerli olmaması kadar amaca ulaştırabilecek daha az değerli aracın kullanılması yani gerekenden daha değerli aracın kullanılmaması gerekir.¹⁹¹

Gereklilik ilkesi, müdahalenin mümkün olduğu kadar yumuşak ve az sınırlayıcı olmasını zorunlu kıldığından ölçülülük ilkesi özgürlük ve güvenlik arasında bir denge kurulmasını aşan bir ilkedir. Eğer güvenlik ve özgürlük çıkarları birbiriyle çatışma içindeyse çözüm her ikisinin ortasında bir nokta değildir. Daha ziyade ispat yükünün başlangıçtan itibaren eşit şekilde dağıtılmadığı bir durum söz konusudur. Özgürlük asıldır ve herhangi bir gerekçeye ihtiyacı bulunmamaktadır. Aksine özgürlükleri sınırlandıran önerilerin gerçekten gerekli olup olmadığı daima denetlenmelidir.¹⁹² Bu noktada kuşku halinde özgürlüğün esas olması anlamlı hale gelmektedir. Ayrıca tehlikeyi önlemeye yönelik uygulanan tedbirin gerçekten elverişli olup olmadığı da denetlenmelidir.

1.3.8.2. Elverişlilik

Koruma tedbirlerinin araç olmasının bir sonucu olarak ancak zorunlu durumlarda başvurulabileceğinden bunun da sonucu olarak bu tedbirlere başvurulurken orantılılık ilkesinin gözetilmesi, elde edilecek yarar ile uygulanacak tedbirlerin kişi üzerinde oluşturacağı sonuçlar arasında bir denge bulunması gerekir¹⁹³. Genel olarak ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğunda, sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını

¹⁹¹ Kunter/Yenisey/ Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.766.

¹⁹² Heiner Bielefeldt, Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik, Freiheit und Sicherheit im Demokratischen Rechtsstaat, Deutsches Institut für Menschenrechte, Essay, No. 1, Berlin, December 2004, Çeviri; Yüksel Metin, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ankara 2008, s. 283 vd.

¹⁹³ Ünver/ Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, s. 314.

gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir¹⁹⁴.

1.3.8.3. Orantılılık

Ölçülülük ifadesi tehlikenin boyutlarıyla alınan önlemlerin orantılı olmasını içermektedir. En ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemler ile çözüm bulmak mümkün olmasına rağmen gerektiğinden daha ağır önlemlerin alınması tercih ediliyorsa, amaç ile araç arasındaki makul denge bozulduğundan ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olur.¹⁹⁵ Tedbirler tehlike ile orantılı olmalıdır. Tehlikenin ağırlığı sübjektif değil, objektif olarak değerlendirilmelidir.

Henüz suçluluğu mahkeme kararıyla kesinleşmemiş kişilerin haklarına kısıtlamalar getiren koruma tedbirine karar vermek bir riski göze almak demektir. Bu nedenle riski mümkün olduğu kadar azaltmak, amaç ile araç arasında bir denge ve uygunluk aramak gerekmektedir. Bunun da anlamı gerekenden daha değerli araç kullanılmamasıdır. Koruma tedbirinde amaç yakın tehlikenin doğurabileceği zarar ihtimalinden yargılamayı korumak, araç ise hak ve özgürlüklere kısıtlama getiren koruma tedbirleridir. Bu da sigortadaki prime yani risk karşılığı ödenen bedele benzetilebilir. Bu değişkenlerin orantılı olması gerekir. Bu nedenle de koruma tedbiri her seferinde hem tehlikeden daha fazla değerde olmamalı, hem de şüphe sebeplerinin kuvveti ile aralarında bir orantı olmalıdır. Bu denge zorunluluğu yaratan ihtiyaç ile alınan tedbir arasındaki uygunluk olarak ifade edilebilir¹⁹⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.12.1994 tarih, 6-322/343 sayılı kararında; “Ne var ki, Ceza yargılamasının bir başka temel dayanağı da kamu yararı ve birey yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayırılırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer” diyerek ölçülülük ilkesine vurgu yapmıştır.

¹⁹⁴ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 4. Bası, Ankara 1995, s. 81.

¹⁹⁵ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 76.

¹⁹⁶ Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 661 vd.

1.4. SINIFLANDIRILMASI

Koruma tedbirlerinin türleri ele alınırken 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki ele alınış sırası yerine koruma tedbirlerinin uygulanış sıralamasına daha uygun olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki sıralamanın doğru olacağı kanaatindeyiz. 1412 sayılı CMUK 86. maddeden itibaren koruma tedbirlerini ele alırken elkoyma ve arama sıralamasını tercih etmiştir. Elkoyma ve türlerinin ardından 95. maddeden itibaren ise arama konusunu ele almış, ardından tutuklama konusunu ele almıştır. 5271 sayılı CMK ise bu sistem yerine koruma tedbirlerinin tümünü aynı başlık altına toplayarak bu konuda kişilerin adil yargılanma hakkından yararlanıp yararlanmadıklarını kolayca saptayabilme olanağı tanımayı amaçladığını Adalet Komisyonu Raporu'nda açıkça belirtmiştir.¹⁹⁷ Gerçekten de 1412 sayılı CMUK sıralamasında yakalamadan önce tutuklama, aramadan önce de elkoyma tedbirleri düzenlenmekteydi. Oysa tutuklama için önce yakalama, elkoyma için de önce arama yapılması gerektiğinden 5237 sayılı CMK bu sistematik hatayı düzeltmiştir¹⁹⁸.

Öte yandan 5271 sayılı CMK, 1412 sayılı CMUK'tan farklı olarak yakalama ile gözaltını da birbirinden ayırmıştır. Yakalama ile gözaltının bir bütün olarak kabul edildiği eski Yasanın sistematiği yerine yeni Yasa yakalama ile gözaltına almayı yakalama ile tutuklama gibi tamamen birbirinden ayırmıştır¹⁹⁹. Gerçekten de yakalamayı bazen herkes, çoğunlukla da kolluk yapabildiği halde gözaltına almaya ancak Cumhuriyet savcısı karar verebilmektedir. Bu nedenlerle de yakalama ile gözaltına alma tedbirlerinin birbirinden ayrı olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur. Yine yakalamada bir süre öngörülmemiş olup, yakalamanın süresi yetkili merci önüne çıkarılıncaya kadar geçecek süre ile sınırlı iken, gözaltına alma belirli bir süreyle sınırlı olabilmekte ve bu süre dört güne kadar uzatılabilmektedir.

Koruma tedbirlerinin sınıflandırılması, değerlendirme ve özellikle insan hakları açısından önemi dolayısıyla, uygulanmalarına getirilecek ilkelerin

¹⁹⁷ Bayyurt, Yıldırım, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s. 87.

¹⁹⁸ Öztürk/ Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 531.

¹⁹⁹ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 204.

belirlenmesi bakımından son derece önemlidir. Bu önemi nedeniyle doktrinde de koruma tedbirleri çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır.

Öztekin Tosun; tedbir kararı veren makama göre, tedbirin koruyucu ve önleyici olup olmamasına göre, tedbir kararının hakkında uygulandıkları kişilere göre, tedbir kararının ilgilendirdiği temel hak ve özgürlüğe göre ayırım yapmaktadır²⁰⁰.

Yurtcan, koruma tedbirlerini; yöneldikleri değerlere göre, amaçlarına göre, yöneldikleri kişilere göre ve karar verme ve uygulama yetkisine göre sınıflandırmaya tabi tutmuştur²⁰¹.

Centel/Zafer de koruma tedbirlerini yöneldikleri değer açısından, amaç açısından ve uygulandıkları kişiler açısından ayırma tabi tutmuştur²⁰².

Ünver/Hakeri de yöneldikleri değerler açısından ve amaç açısından ayırma tabi tutmuştur²⁰³.

Kunter ise sınıflandırmanın klasik ve modern koruma tedbirleri yanında muhakeme hukuku ve muhakeme hukuku dışı tedbirler olarak yapılabileceğini, muhakeme hukuku ile ilgili olanların da hukuk ve ceza muhakemesi olarak sınıflandırılabilceğini, ceza muhakemesi koruma tedbirlerini de amaç bakımından tutucu ve önleyici olarak sınıflandırılabilceğini belirtmiştir. Ancak tam olarak ayırıcı ölçütler koymanın zor olduğunu, çünkü bir koruma tedbirinin hem tedbir hem ceza muhakemesi işlemi olabileceğini belirtmiştir. Örneğin arama tedbiri delilleri korumak için tutucu koruma tedbiridir ama aynı zamanda delil toplama için yapılan bir soruşturma işlemidir²⁰⁴.

Ceza yargılamasında uygulanan koruma tedbirlerini yöneldikleri haklar bakımından kişinin özgürlüğüne, bedenine, konutuna, sırrı ve özel yaşamı ile mülkiyeti ve malvarlığı değerlerine karşı yönelen tedbirler olarak da ayırmak

²⁰⁰ Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 683 vd.

²⁰¹ Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 319 vd.

²⁰² Centel/ Zafer, s. 326.

²⁰³ Ünver/ Hakeri, s. 312.

²⁰⁴ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 767 vd.

mümkündür . Böyle bir ayırım ile koruma tedbirleri ile yöneldiği temel hak arasında ilişki kurulmuş olmaktadır. Bazı tedbirler, birden fazla hakka da yönelebilmektedir.

1.4.1. Amaçlarına Göre

Amaçlarına göre koruma tedbirleri genellikle üçe ayrılarak ele alınmaktadır²⁰⁵.

a) Sanığın yargılamada hazır bulunmasının sağlanmasına yönelik tedbirler; örneğin yakalama bu amaçla uygulanan bir tedbirdir.

b) Delilleri koruma amacına yönelik olanlar; örneğin el koyma bu amaca dönük uygulanan bir tedbirdir.

c) Verilen kararın uygulanmasını sağlamak amacına yönelik olanlar; örneğin tutuklama bu amaç için uygulanan bir tedbirdir.

Bundan ayrı olarak yargılama giderlerinin karşılanmasını sağlamayı ayrı bir amaç olarak kabul edenler de bulunmaktadır²⁰⁶. Ancak yargılama giderine de mahkeme kararıyla hükmedilmesi nedeniyle geniş anlamda verilen kararın uygulanması amacı içinde ele alınmalıdır.

Yurtcan ise, amaçlarına göre olan önlemleri; sanığın el altında tutulmasına yönelik önlemler, delillerin kaybını önlemeye yönelik önlemler, kararların uygulanmasını sağlamaya yönelik önlemler ve yargılamanın düzenini sağlayan önlemler olarak açıklamıştır²⁰⁷.

Kunter/Yenisey ve Tosun ise amaçları önleyici amaçlar ve koruyucu amaçlar olarak ikiye ayırmaktadır²⁰⁸.

1.4.2. Yöneldikleri Kişilere Göre

Yöneldikleri kişilere göre tedbirler ise şu şekilde sınıflandırılmaktadır²⁰⁹.

²⁰⁵ Centel/ Zafer, s. 326; Ünver/ Hakeri, s. 312.

²⁰⁶ Öztürk/ Erdem, s. 527.

²⁰⁷ Yurtcan, s. 319 vd.

²⁰⁸ Tosun, s. 683.

a) Sanığa yönelik önlemler; yakalama, gözaltına alma, tutuklama, elkoyma ve üst arama sanığa yönelen tedbirlerdir.

b) Tanığa yönelik önlemler; zorla getirme ve zorlama hapsi tanığa yönelik uygulanan tedbirlerdir.

c) Olayla ilgili üçüncü kişilere yönelik önlemler; elkoyma ve arama önlemleri bu gruba girmektedir.

d) Herkese yönelik önlemler; duruşma disiplinini bozanlara uygulanan önlemler ile kolluğun görev yapmasını engelleyenlere karşı uyguladığı önlemler bu gruba girmektedir.

1.4.3. Karar Verme ve Uygulama Yetkisine Göre

Doktrinde karar verme ve uygulama yetkisine göre önlemler; yargıcın yetkili olduğu, istisnai olarak savcı ve kolluğun yetkili olduğu ve kolluğun yetkili olduğu önlemler olarak üçe ayrılmakta ise de²¹⁰; CMK'nın 90. maddesinin birinci fıkrasında bulunan herkesin yakalama yapabileceği durum nedeniyle herkesin yetkili kılındığı önlemler olarak bir ekleme yapılması gerekir.

a) Yalnız yargıcın yetkisinde olan önlemler; tutuklama, adli kontrol, zorla getirme, zorlama amaçlı elkoyma ve zorlama hapsi olarak sayılabilir.

b) İstisnai olarak savcı ve kolluğun da yetkili kılındığı önlemler ise; gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda elkoyma ve arama tedbirleridir.

c) Kolluğun yetkili kılındığı önlemler ise; CMK'nın 168. maddesi gereği adli kolluğun görev yapmasını engelleyenlere karşı uyguladığı önlemlerdir.

e) Herkesin yetkili kılındığı önlem de; CMK'nın 90. maddesi gereği suçüstü halinde herkes tarafından uygulanabilen yakalama halidir.

²⁰⁹ Yurtcan, s. 320; Centel/ Zafer, s. 326 (Uygulandığı kişiler bakımından koruma tedbirlerini üçe ayırmakta, herkese karşı uygulanan koruma tedbirlerine yer vermemektedir.)

²¹⁰ Yurtcan, s. 320.

1.4.4. Yöneldikleri Değerlere Göre

Centel/Zafer yöneldikleri değer açısından, özgürlüğe, vücut bütünlüğüne ve zilyetliğe yönelik olarak ayırmış²¹¹; Yurtcan, özgürlüğe, bedene, konuta, sırrın korunmasına ve mülkiyet ve malvarlığına yönelik önlemler olarak sınıflandırmış²¹²; Ünver/Hakeri ise kişilerin vücuduna, özgürlüğüne, mülkiyet hakkına, zilyetliğine ve konut dokunulmazlığına yönelik olarak ayırma tabi tutmuştur²¹³.

Yöneldikleri değer açısından koruma tedbirlerini sınıflandırmada kanımızca AİHS ve Sözleşmeyle koruma altına alınan haklar yönünden değerlendirilme yapılmalıdır. Buna göre yöneldikleri değerlere göre koruma tedbirleri şu şekilde sınıflandırılabilir;

a) Kişi özgürlüğü ve güvenliğine yönelenler; örneğin yakalama ve tutuklama bu değere yönelen tedbirlerdir.

b) Özel hayat ve aile hayatına yönelenler; örneğin arama bu değere yönelen bir tedbirdir.

c) Mülkiyet hakkına yönelenler; örneğin el koyma bu hakka yönelik olarak uygulanan bir tedbirdir.

1.5. HUKUKA AYKIRILIKLARIN SONUÇLARI

Hukuk devletinde olması gereken, Devlet tarafından yapılan tüm işlemlerin hukuka uygun yapıyor olmasıdır. Ancak her hukuk düzeni hata yapabilir. Bu nedenle de devletin işlemleri nedeniyle kişiler bir zarara uğramışlarsa bu zararın devlet tarafından giderilmesi gerekmektedir²¹⁴. Koruma tedbiri uygulanarak elde edilen delillerin hukuka uygunluğu konusu da Anayasa tarafından garanti altına alınmış olan temel insan haklarının korunması amacı ile Anayasa ve yasalarda düzenlenmiştir²¹⁵. Hukuka aykırılık, yasaya aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahiptir. Temel haklara dair evrensel hukuk ilkelerine aykırılık halinde hukuka

²¹¹ Centel/ Zafer, s. 326.

²¹² Yurtcan, s. 319.

²¹³ Ünver/ Hakeri, s. 312.

²¹⁴ Altınay, s. 153

²¹⁵ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1079.

aykırılıktan söz edilir²¹⁶. Anayasa Mahkemesine göre de hukuka aykırılık en başta yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir²¹⁷. Bu kapsamda, Anayasaya, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelere, yasalara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve hukukun genel ilkelerine aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır²¹⁸.

Koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanması, hem ceza yargılaması hukuku ve ceza hukuku bakımından hem de özel hukuk bakımından birçok sonuç doğurmaktadır. Bunlardan birincisi uygulanan koruma tedbiri ile elde edilen delillerin ceza yargılamasında delil olarak kabul edilmemesi, ikinci olarak koruma tedbirini uygulayan kişilerin kusurlu olmaları halinde cezai ve disiplin yönünden sorumlu olmaları, son olarak da koruma tedbirine muhatap olan kişinin tazminat isteme hakkının bulunmasıdır.

1.5.1. Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından

Suç ancak hukuka uygun olarak elde edilmiş delillerle ispat edilebilir. Hukuka aykırı deliller hiçbir biçimde bir olayın ispatında vicdani kanaate esas alınamaz²¹⁹. Ceza yargılaması açısından hukuka aykırı elde edilen delillerin en önemli sonucu, elde edilen delilin delil olarak değerlendirilmemesidir.

Suç şüphesi altında olan kişilerin kendilerini suçtan korumak istemeleri ve delilleri gizlemek hatta yok etmek istemeleri insan doğasının bir sonucudur. Ceza yargılamasının amacı ise hukuka uygun yöntemlerle suç işleyen kişileri tespit etmektir²²⁰. Suç işleyen kişilere ulaşabilmek için çeşitli delillere ulaşma ve onları koruma amacıyla ceza yargılamasında koruma tedbirleri öngörülmüştür. Koruma tedbiri bir delil elde etme amacıyla uygulanmış olabileceği gibi, başka amaçla uygulandığı sırada da herhangi bir delil elde edilmiş olabilir. Örneğin yakalama

²¹⁶ Centel/ Zafer, s. 691.

²¹⁷ Bkz. AYM, 22.6.2001 tarih, 2001/2-2 sayılı kararı.

²¹⁸ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.11.2005 tarih, 2005/144-150 sayılı kararı, YKD, Yıl: 33, Sayı: 3, s. 470.

²¹⁹ Taşkın, Çolak, s. 954.

²²⁰ Kahraman, Mehmet, Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama, Yargıtay Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 3, Ankara Temmuz 2007, s. 382.

amaçlı yapılan bir arama sırasında başka bir delil ele geçirilebilir²²¹. Hukuka aykırı olarak uygulanan koruma tedbirleri sonucu eğer bir delil elde edilmişse elde edilen bu delilin de kanuna aykırı olacağı kabul edilmektedir²²².

Hukuka aykırı elde edilen delilin delil kabul edilmemesinin amacını delil elde eden yetkili makamları disiplin altına almak ve insan hakları ile temel hak ve özgürlükleri korumak olarak kabul eden iki görüş bulunmaktadır²²³. Kıta Avrupası hukuk sistemine göre delil yasaklarının görevi ve amacı insan hakları ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Anglo Amerikan hukuk sistemine göre ise delil yasaklarının amacı ve görevi polisi disiplin altına almaktır. Ancak Anglo Amerikan sisteminde de son zamanlarda artık bir hakkın ihlal edilmiş olup olmadığı aranmaya başlamıştır. Bu ayrımın pratikteki önemi; amaç polisi terbiye etmek olarak kabul edildiğinde; delil toplayan kolluğun sebep olduğu her türlü hukuka aykırılık, temel hakların ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu yolla elde edilen delil, delil olarak kabul edilmeyecektir. Delil yasaklarının amacı temel hak ve özgürlükleri korumak olarak kabul edildiğinde; yapılan hukuka aykırılık, eğer bir hakkı ihlal etmiş ise elde edilen delil, delil olarak değerlendirilemeyecektir²²⁴.

Anayasanın 38/8 maddesine göre; “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez”. 5271 sayılı CMK’nın 217/2. maddesinde sanığa yüklenen suçun ancak hukuka uygun şekilde elde edilen her türlü delille ispat edilebileceği hükme bağlanmıştır. Maddeden anlaşıldığına göre, hukuka aykırı olarak elde edilmiş bütün delillerin sanığın suçunun ispatında kullanılması yasaklanmıştır. Bu düzenleme ile tüm hukuka aykırı deliller açısından mutlak bir değerlendirme yasağı kabul edilmiştir²²⁵. Delil yasakları iki biçimde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, deliller hukuka uygun yollardan elde edilmelidir. Buna hukuka aykırı delil elde etme yasağı denilmektedir. İkinci olarak ise; hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin değerlendirilmemesidir. Buna da delil olarak değerlendirme yasağı denilmektedir²²⁶.

²²¹ Kahraman, Mehmet, s. 383.

²²² Yenisey, s. 158.

²²³ Şahin, 382.

²²⁴ Öztürk, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995, s. 9.

²²⁵ Centel/ Zafer, s. 558.

²²⁶ Ünver/ Hakeri, s. 613.

Delil yasaklarına ilişkin düzenlemenin Anayasada yer almasının çok önemli sonuçları bulunmaktadır²²⁷.

a) Düzenlemenin Anayasada olmasının en önemli sonucu, artık sadece CMK bakımından değil tüm yargılama hukuku bakımından delil yasaklarının hüküm ifade edecek olmasıdır. Anayasa yargısı, medeni yargı, idari yargı, askeri yargı, hatta disiplin yargılamaları da bu kurala uyacaktır.

b) Anayasa herkesi bağlayacağından, sadece soruşturma ve kovuşturma makamları değil, özel kişiler de bu kapsama dahil olacaktır.

c) Anayasada delil yerine bulgular ifadesi kullanıldığına göre, henüz delil vasfını kazanmamış tüm iz ve işaretler de delil olarak kabul edilmeyecektir.

d) Anayasa kanuna aykırılıktan söz ederken, CMK hukuka uygun delilden söz etmektedir. Anayasaya göre şekli olarak bir aykırılık varsa herhangi bir hak ihlali olup olmadığına bakılmaksızın delil olarak değerlendirilmeyecektir. Hukuka aykırılık da ise sadece iç hukuka değil, evrensel hukuka aykırılık halinde de elde edilen delil kullanılamayacaktır²²⁸.

e) Eski düzenlemede hukuka aykırı elde edilen delil hükme esas alınamazken, yeni düzenleme ile suç, ancak hukuka uygun elde edilmiş delillerle ispat edilebilecektir.

f) Hukuka aykırı elde edilen delil, delil sayılmadığından dosyadan çıkarılma değil, en başta dosyaya girmeyecektir. Ancak bu durumda delilin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilme olanağı kalmayacağından dosyaya konulmalı, fakat iddianame ve hükmün gerekçesinde hukuka aykırı elde edilen deliller ayrıca ve açıkça gösterilmelidir.

²²⁷ Öztürk/ Erdem, s. 483 vd.

²²⁸ Ünver/Hakeri, s.615.

Delil yasaklarının Anayasaya girmesiyle delil yasaklarının uzak etkisi tartışmasına da gerek kalmamıştır. Hukuka aykırı elde edilen delile veya beyana dayalı elde edilen deliller de delil olarak kabul edilmeyecektir²²⁹.

g) Delil yasakları konusunda iddia ve savunma makamları bakımından da bir ayırım yapılmamıştır. Öte yandan CMK'nın 289/son maddesine göre, hükmün hukuka aykırı elde edilen delile dayanması mutlak bozma sebebidir.

h) Hukuka aykırı delile dayanarak düzenlenen iddianame de, bu aykırılık nedeniyle iade edilebilecektir.

Hukuka aykırı delilin değerlendirilmeye alınmaması vicdani delil siteminin kısmen terk edilmesi anlamına gelmektedir. Çünkü yargıç sanığın suçlu olduğuna inansa bile önündeki dosyada var olan delil hukuka aykırı elde edilmişse o delile dayanarak karar veremeyecek, başka delil olmadığı zaman da beraat kararı verebilecektir²³⁰.

Hukuka uygun olduğu düşünülerek elde edilen delile dayalı olarak verilen kararların sonucunda kişiler AİHM'e başvurarak elde edilen delilin hukuka uygun olmadığını sonradan saptanmasına neden olabilir. AİHM tarafından verilen kararlar bir tespit kararı niteliğindedir. AİHM'in kararı, ulusal mahkemelerin kararlarını iptal eden, değiştiren veya bozan kararlar değildir²³¹. AİHM Sözleşmenin ihlal edildiğinin tespitiyle yetinir. Sözleşmenin uygulandığını gözetmek ve buna yönelik, ihlalleri giderici önlemleri almak, yetkili ulusal makamların yükümlülüğüdür²³². Bu amaçla CMK'nın 311. maddesi AİHM kararlarını yargılamanın yenileme sebebi kabul etmiştir²³³.

Birçok ülke AİHM tarafından ceza davalarında bir ihlal tespit edilmesini yargılamanın iadesi veya kararın düzeltilmesi nedeni olarak kabul etmektedir²³⁴.

²²⁹ Turhan, s.194.

²³⁰ Soyaslan, Doğan, Hukuka Aykırı Deliller, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3-4, s. 26.

²³¹ Surlu, Mehmet Handan, Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 2003, s. 13.

²³² Van Dijk/van Hoof, s. 5.

²³³ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 29.

²³⁴ Özbey, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Yargılamanın Yenilenmesi ve Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Yargıtay Dergisi, C: 36, Sayı: 1-2 Ankara 2010, s. 89.

Anayasa Mahkemesi Türkiye Birleşik Komünist Partisi hakkında AİHM tarafından verilen ihlal kararını yeni bir vakıa kabul etmeyerek yargılamanın yenilenmesi nedeni saymamıştır. Bunun nedeni ise henüz o tarihte 1412 sayılı Yasada AİHM kararlarının iade-i muhakeme nedeni sayılmamasıdır²³⁵.

1.5.2. Ceza Hukuku Açısından

Hukuka aykırı delil elde eden kamu görevlisi eylemi nedeniyle ceza hukuku bakımından sorumlu olur. Kişilere hukuka aykırı koruma tedbiri uygulanması sorumluluğu gerektirir. Örneğin arama kararı uygulanırken, aramaya engel olunması halinde engeli bertaraf edecek ölçüde güç kullanılabilir. Güç kullanma sırasında ölçüsüz davranılır, güç kullanma sınırı aşırsa TCK'nın 256. maddesinde yazılı olan zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu oluşur²³⁶.

Kişilere karşı uygulanan koruma tedbirleri bu kişilerin temel haklarına müdahale oluşturur. Örneğin, arama ile insan onuruna bir saldırı ve özel hayata karşı bir saldırı söz konusu olabilmektedir. Hukuka aykırı uygulanan bir arama ile hem haksız arama suçu oluşabileceği gibi, konutta arama yapılmışsa ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşabilecektir²³⁷.

Haksız arama TCK'nın 120. maddesinde özel bir suç türü olarak düzenlenmiştir. Bir kimsenin üstünün veya eşyasının hukuka aykırı olarak aranması, suç kabul edilmiştir. Suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak veya yetkisini aşarak kişilerin üstünü veya eşyasını araması gerekmektedir²³⁸.

Haksız koruma tedbiri uygulanması sonucunda kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma söz konusu ise TCK'nın 109/2-d. bendindeki kamu görevinin sağladığı

²³⁵ Özbey, Özcan, s. 89.

²³⁶ Koparan, Mehmet Reşat, Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama, <http://www.resatkoparan.com/parcalar/makaleler/BirKorumaTedbiriOlarakArama.pdf>

²³⁷ Kahraman, Mehmet, s. 383.

²³⁸ Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008, s. 339.

nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçunu oluşturacaktır²³⁹.

Bunların dışındaki durumlarda, görevi kötüye kullanma, kişiler arası iletişimin engellenmesi gibi suçlar da oluşabilir. Yasada özel olarak belirtilmiş olanlar bakımından o suç oluşurken özel olarak belirtilmemiş olan durumlarda görev suçu oluşmaktadır. Eylem hukuka aykırı delil elde etme olup, o eylemin Yasalarca ayrıca suç sayılmadığı durumlarda, TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu oluşur. Bu husus 5237 sayılı TCK'nın 257/1. maddenin ilk cümlesinde yer alan; 'kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında' ifadesinden de anlaşılmaktadır. Kanun koyucu bu hükümle 'özel normun önceliği' kuralını ifade etmiş ve eğer eylem başka bir suçu oluşturuyorsa öncelikle o suçun oluşacağını, başka suç oluşturmuyorsa görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağını kabul etmiştir.²⁴⁰

Ceza hukuku açısından özellikle tutuklama ve gözaltı tedbiri bakımından bir diğer sonuç ise infaz hukuku ile ilgilidir. TCK'nın 63'üncü maddesine göre daha önce gerçekleşen hürriyeti bağlayıcı durumlar, sonraki mahkumiyetlerden düşülmektedir. Bu düzenleme sanığı koruyucu ve hak ve adalet duygularını tatmin edici bir düzenleme olarak birçok ülkede uygulanmaktadır.²⁴¹

1.5.3. Tazminat Hukuku Açısından

Hukuka aykırı elde edilen delil ve özellikle uygulanan koruma tedbiri nedeniyle zarara uğrayan kişi her türlü zararını isteme hakkına sahiptir.

²³⁹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2.6.2010 tarih, 2008/6771-2010/7810 sayılı kararı; "...yapılan isimli ihbarda ruhsatsız silah bulundurduğu bildirilen ve yakalandığından üzerinde yapılan aramada herhangi bir suç unsuru ele geçirilemeyen katılanın gözlem altında bulunduğu sırada verilen hakkında verilen arama kararının kararda belirtilen günden bir gün sonra uygulandığı, yapılan yeni bir şikayet nedeniyle gözaltı süresinin uzatılmasının istendiği, istemin Cumhuriyet savcısı tarafından reddedilmesi üzerine ikinci şikayet gerekçe gösterilerek katılanın bir gün daha gözaltında tutulması olayında; İsimli ve asılsız ihbar dışında suç işlediğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmayan katılanı yasal hiçbir gerekçe göstermeden gözaltına aldırarak ve Cumhuriyet savcısının yazılı talimatının aksine yasal olmayan bu gözaltı süresini ikinci şikayet gerekçesiyle uzatan üst dereceli kolluk amiri sanığın eyleminin kamusal görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden..."

²⁴⁰ Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, 1. bası, Ankara 2010, s. 7314.

²⁴¹ Altınay, s. 155

2. BÖLÜM

2. TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tazminat; zarar ve ziyan borcunu meydana getiren muamelenin veya fiilin bütün zararlı neticelerini karşılamak üzere verilen bedeldir. Haksız fiil işleyen kimse zarara uğrayan şahsın mamelekinde husule getirdiği eksikliği öder. Tazminat maddi veya manevi olur. Maddi tazminat; başkasının mamelekinde bir eksilmeyi veya bir kardan mahrumiyeti intac eden fiillerde olur. Manevi tazminat; şahsi menfaatlara yapılan tecavüzün karşılığı olarak verilen tazminattır ki, bu bir tazmin vasıtasıdır²⁴².

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusunu düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ve devamı maddelerinden önce sadece haksız yakalama ve tutuklama nedeniyle tazminat verilmesi hakkında 466 sayılı Kanun bulunmaktaydı. 466 sayılı Kanun'un kabul edildiği 1964 yılından önce ise bu tür durumlardan dolayı sorumluluk genel hükümlere göre çözülmekteydi.

Haksız yakalanan veya tutuklananlara verilen tazminatın dayanağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır²⁴³;

Şahsi kusur teorisi²⁴⁴; hakimlerin hukuki sorumluluklarını düzenleyen 6100 sayılı HMK 46. maddedeki (1086 sayılı HUMK madde 573) genel kuralın tazminatın kaynağı olduğu görüşüdür. Hakimlerin ağır kusuruna dayanan bu görüşe karşılık tazminatı maddedeki sayılan durumlarla sınırlı tutmanın tazminatın uygulama alanını daraltacağı öne sürülmüştür. Ayrıca zararın devletçe karşılanması gözetildiğinde buradaki kusurun hizmet kusuru olarak ele alınması gerektiği öne sürülmüştür. Yargıcın yaptığı işler ve verdiği kararlar yargısal tasarruflardır. Kolluğun ve savcının yaptığı işler ve tasarruflar ise idari tasarruflardır. Kanuna aykırı bir yargıç tasarrufu varsa kusur yargıçtadır, ancak haksız bir tasarruf varsa yargıca yöneltilebilecek bir kusur yoktur. Çünkü haksızlık yargıcın dışında gelişen bir durumdur. Haksız

²⁴² Türk Hukuk Lügatı, s. 326.

²⁴³ Hakeri, Hakan, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Ankara 1999, s. 62 vd.

²⁴⁴ Erten, Cengiz, Haksız Tutuklamalarda Tazminat Talebi, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 47, Sayı: 1-6, Yıl: 1990, s. 92.

tutuklamada yargıcın hiçbir kusuru olamaz. Bu sorumluluk tamamen devletin yargısal faaliyetlerinden doğan zarardan sorumluluğudur. Eğer 466 sayılı Yasa çıkmamış olsaydı yargıcın haksız tutuklamadan dolayı sorumluluğu yoluna gidilemeyecekti. Haksızlıklar objektif olmalıdır. HMK 46. maddedeki durumlara veya haksız fiil koşullarına dayanarak sorumluluk davası da açılmazdı. Çünkü bunun için önce kusurun kanıtlanması gerekecektir²⁴⁵.

“Yardım teorisi”ne²⁴⁶ göre; haksız yakalanan veya tutuklanan kişilere ödenen para tazminat değil, devletin bu kimselere yardımınıdır. Hakim ya da üçüncü kişilerin fiillerinden dolayı bazı kimseler haksız olarak yakalanmış veya tutuklanmışsa devlet zorunlu olmadığı halde bu kimselere mali olanakları ölçüsünde yardım edebilir. Ancak bu görüş, ödenecek tazminatın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre belirlenmesine ilişkin düzenleme karşısında, tazminatın dayanağını açıklamaktan uzak bir görüş olacaktır.

Kamulaştırma teorisinde²⁴⁷; kanun dışı yakalanan veya tutuklananlara ödenen para kamulaştırma bedeline benzetilmektedir. Tutuklama zorunlu olarak başvuru olan bir haksızlık olup kamunun çıkarı için bu yola gidilmektedir. Kişinin özgürlüğüne geçici olarak el konulmaktadır. Bu elkoyma karşılığında kişiye belli bir bedel ödenmektedir. Bu görüş, tazminatın dayanağını idare hukuku açısından açıklamaya çalışmaktadır. Ancak Anayasa ve ilgili düzenlemelerde açıkça genel tazminat hukuku kurallarına yollama yapıldığından bu görüşün kabul edilmesi zorlama olacaktır.

Kusursuz sorumluluk teorisine²⁴⁸ göre; adalet hizmetinin yürütülmesi sırasında bir zarar doğmuşsa kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın devletin sorumlu tutulması görüşüdür. 466 sayılı Yasanın gerekçesinde yargıçların da devletin bir organı olduğu ve bunların faaliyetlerinden devletin sorumlu olacağı açıklanmıştır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminatı açıklamaya en yakın görüşlerden birisi bu teoridir. Çünkü burada Devletin sorumluluğu esas olduğundan, Devletin kusursuz sorumluluğu ilkesi tazminatın temel dayanağını oluşturmaktadır.

²⁴⁵ Özmen, Münci, Haksız ve Kanunsuz Tutma Ayrımında Hukuk Devletin Tazminat Sorumluluğu ve Kişisel Sorumluluk, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 1-6, Yıl: 1977, s. 848 vd.

²⁴⁶ Erten, s. 92.

²⁴⁷ Erem, s. 719.

²⁴⁸ Erten, s. 92.

Kamunun hukuki tazmin borcu teorisine²⁴⁹ göre; tutuklamanın haksızlığı her zaman hakimın fiilinden kaynaklanmayabilir. Bazen sakınılması mümkün olmayan bir durum veya başka devlet organlarına sorumluluk yüklenmesi mümkün olmayan nedenlerden de kaynaklanabilir. Bu nedenle devletin bu zararı gidermesi sosyal dayanışma görevidir. Bu görüş sonuçta kusursuz sorumluluk anlayışına gelmektedir.

Hak esası ve haksız fiil teorisine²⁵⁰ göre; tazminatın hukuki dayanağı devletin kendisini kanundışı tutuklananlara tazminat ödemeye zorunlu hissetmesinde yatar.

Risk teorisine²⁵¹ göre; toplumda herkes kanun dışı yakalanma veya tutuklanma tehlikesiyle karşı karşıya bulunmakla beraber, uygulamada ancak bazı kimseler haksız olarak tutuklanır. Kamu düzeni faydası için bazı kimseler zarara uğrayabilir. Bu zararın toplum tarafından giderilmesi gerekir.

Organ teorisine²⁵² göre ise; devletin kendisine organik olarak bağlı olan organlarının yaptığı işlemlerden doğan zarardan sorumluluğunu ifade eder. Bu teori de esasında devletin kusursuz sorumluluğu esasına dayanır.

Devletin yargısal faaliyetlerinden dolayı sorumluluğu olmadığına göre haksız yakalama ve tutuklama halinde devlet tarafından tazminat ödenmesi idarenin sorumluluğu ilkesi ile açıklanamaz. Doktrinde de bu konuda özellikle idare hukuku ve borçlar hukuku alanında çalışanlar tarafından getirilmiş bir açıklama bulunmamaktadır. Haksız yakalama ve tutuklama halinde tazminat verilmesini idarenin sorumluluğu değil haksız fiil sorumluluğu ilkesi ile açıklama 466 sayılı Kanun'un düzenlenmesine daha uygundur. Çünkü 466 sayılı Kanunda açıkça haksız yakalanan veya tutuklananlara tazminat verilmesinden söz edilmektedir²⁵³. Öte yandan tapu sicilinin yanlış tutulması gibi durumlarda da devlet sorumlu tutulduğuna göre, burada da adalet hizmetini yürüten devlet hukuka aykırı bir işlem yaparak zarara neden olduğu için sorumlu olmaktadır.

²⁴⁹ Erem, s. 719.

²⁵⁰ Erem, s. 720.

²⁵¹ Hakeri, Haksız Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 65.

²⁵² Hakeri, Haksız Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 66.

²⁵³ Tezcan, s. 113.

Kişiyi haksız yere tutma ile kanunsuz tutma birbirinden farklı olarak ele alınıp tazminatın kaynağı bu şekilde de açıklanmaya çalışılmıştır. Yargıçların yargısal faaliyetlerinde sorumsuz olmaları ilkesi gereği kanunsuz tutma varsa bu durum yargıç aleyhine tam olarak sorumluluk doğurmaz. Yargıçların böyle bir durumdaki sorumluluğu HMK 46. madde kapsamındaki sorumluluğa girmektedir. 466 sayılı Yasa ise yargıcın hem kusurlu, hem de kanunsuz tutma kararlarının sorumluluğunu devlete yüklemektedir. Savcı ve kolluğun kanunsuz tutma işlemlerinde ise hizmet kusuru ilkesi nedeniyle devlet sorumludur²⁵⁴.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat, ceza hukuku içinde, kamusal yanı olan, kendine özgü bir tazminat türüdür. Kamusal yanı olan fakat haksız fiile ve kusursuz sorumluluğa benzeyen yanları da bulunan ve aynı zamanda hakkaniyet ilkesini de gözetilen bir kurumdur. İdare hukuku ile ilgili olan tazminat davalarının idari yargı yerinde çözümlendiği dikkate alındığında yasa koyucu koruma tedbirleri ile tazminat davalarının ağır ceza mahkemelerinde görülmesini isteyerek bu tazminat türünün ceza hukuku ile ilgili bir tazminat türü olduğunu benimsediğini göstermiştir. Ancak tazminatın hesaplanması konusunda ise tamamen tazminat hukukunun genel prensiplerine yollama yaparak, idare hukukundan ayrı, daha çok özel hukuka yakın bir tazminat yöntemini benimsediğini göstermiştir. Eğer yasa koyucu bu tazminatı idarenin sorumluluğu kapsamında değerlendirmek istese bunu idari yargıda tam yargı davası şeklinde düzenleyebilirdi. Yasa koyucu genel hükümlere göre çözülmesi gerektiğini düşünseydi davanın ağır ceza mahkemesi yerine genel yetkili hukuk mahkemelerinde açılmasını hüküm altına alabilirdi. Yapılan düzenlemeye bakıldığında yasa koyucunun kendine özgü bir düzenleme kabul ettiği görülmektedir.

Kamu düzenini sağlamakla görevli olan devletin bu düzeni sağlarken kişilere verdiği zararın devlet tarafından giderilmesi esasına dayanan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat ödenmesi düşüncesi risk teorisi, haksız fiil teorisi, devletin kusursuz sorumluluğu teorisi ve hakkaniyet teorisi arasında karma bir yapıya sahiptir. Bu farklılık Anayasanın 19/son maddesindeki düzenleniş biçiminde de kendisini göstermektedir. Çünkü burada hem devletçe maddede sayılan esaslar

²⁵⁴ Özmen, s. 850.

dışında işleme tabi tutulanların zararlarının karşılanacağı belirtilmiş hem de bu karşılamanın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre yapılacağı belirtilmiştir.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat, 1086 sayılı HUMK'un 573. maddesinde yer alan hakimlerin hukuki sorumluluklarından farklı düzenlenmekteydi. Hakimlerin hukuki sorumlulukları belli koşullarda ve doğrudan hakimlere karşı açılan bir dava ile uygulanabilmekteydi. Ancak 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 46. maddesi ile hakimler yönünden de doğrudan sorumluluktan vazgeçilmiş, öncelikle devletin sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Böylece koruma tedbirleri nedeniyle tazminat ile hakimlerin sorumluluğu nedeniyle açılacak davalarda husumetin yöneltileceği kişi bakımından aynı konuma gelinmiştir.

Anayasanın 19, 40, 125 ve 138. maddeleri değerlendirildiğinde hakimlerin yargısal faaliyetlerinden dolayı bağımsızlığı ve Anayasa ve kanunlara uygun davranmaları esası kabul edilmiştir. Aksine davranış için önceleri var olan dağınık biçimdeki düzenlemeler 5271 sayılı Yasa ile ceza yargılaması açısından belirli bir düzene bağlanmıştır. Artık koruma tedbirleri nedeniyle kişilerin uğradıkları zarar dolayısıyla Devlete dava açılacaktır. Devletin adalet hizmeti nedeniyle, gerek hizmeti yerine getirenlerin kusuruna dayalı olsun, gerek kusursuz sorumluluğu olsun, tüm sorumluluk hallerinde Devletin sorumluluğu kabul edilmiştir. 6100 sayılı HMK'da da hakimlerin kusurlu davranışları halinde kişilerin uğradıkları zarar nedeniyle Devletin sorumluluğu kabul edilmektedir. Görünen o ki, artık yargı hizmeti dolayısıyla kişilerin uğradıkları zarar nedeniyle Devlet, sorumluluğu kabul etme eğilimindedir. Ancak belli koşullarda rücu hakkı bulunmaktadır. Rücu hakkının kötüye kullanılmaması için de ceza mahkumiyeti koşulu getirilerek yargıç güvencesi güçlendirilmek istenmiştir.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre belirleneceğinden öncelikle sorumluluk ve kusur kavramlarının açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Bu kapsamda tazminatın kaynağı olan sorumluluk hukuku ve özellikle devletin sorumluluğu ve hakimlerin sorumluluğu konusu kısaca ele alınacaktır.

2.1. GENEL OLARAK SORUMLULUK HUKUKU

Borçlar hukukunda başkasını borç altına sokan hukuki sebepler, sözleşmeye dayanabildiği gibi, haksız fiile ya da sebepsiz mal edinmeye de dayanabilir.²⁵⁵ Bir borç ilişkisinde borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde hukuk düzeni alacaklıya borçlunun malvarlığına el koyabilme yetkisi vermektedir ki, buna sorumluluk denilmektedir.²⁵⁶ Borçlu edimini yerine getirmemezse alacaklının alacağını veya alacağın yerine geçecek miktarda parayı Devlet zoruyla elde etme hakkına borçlunun sorumluluğu denir.²⁵⁷ Sorumluluk hukukunun konusu, zarar verenin, zarar görenin uğramış olduğu zararı gidermek, tazmin etmektir. Bu anlamda sorumluluk hukukuna, tazminat hukuku da denilebilir.²⁵⁸

Sorumluluk bir kimsenin başkasına verdiği zarara karşılık yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerdir²⁵⁹. Bu anlamda sorumluluk borç kavramı ile aynı anlamdadır. Sorumluluk hukuku ise bir yükümlülük altında bulunan kimsenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda alacaklının haklarının korunmasını amaçlamaktadır. Borçlunun yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda alacaklının uğradığı zararın giderilmesine ise tazminat denilmektedir²⁶⁰.

2.2. SORUMLULUĞUN TÜRLERİ

Doktrinde sorumluluk genellikle kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır.²⁶¹ Ancak bazı görüşlere göre hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk ayrı bir sorumluluk türü olarak ele alınmaktadır.²⁶² Sorumluluk hukuku tarihsel süreç içinde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelere paralel değişiklikler göstermiştir. İlk önceleri sorumluluk, kısas ilkesine dayanmakta idi. Öç alma ilkesinden sonra diyet ile zarar verenin birtakım mali yükümlülüklerle

²⁵⁵ Gökcan, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 28 vd.

²⁵⁶ Akıntürk, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara 1989, s.13.

²⁵⁷ Reisoğlu, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 1995, s. 33.

²⁵⁸ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 1986, Cilt II, s. 2.

²⁵⁹ Deschenaux, Henri/ Tercier, Pierre, Sorumluluk Hukuku, Çeviren, Salim Özdemir, Ankara 1983, s. 1.

²⁶⁰ Uygur, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt: 1, Ankara 2003, s. 82.

²⁶¹ Dalamanlı/ Kazancı/ Kazancı, s. 438; Eren, Fikret, s. 5, Önen, Turgut, s. 124.

²⁶² Eren, s. 5.

katlanması ilkesi doğmuştur. Toplum düzeninin gelişmesiyle birlikte ceza verme yetkisi Devlete verilmeye, böylece hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluk birbirinden ayrılmaya başlamıştır. 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra özellikle kıta Avrupa'sında kodifikasyon çalışmaları ile kusur sorumluluğu ilkesi benimsenmeye başlamıştır. Sorumluluk hukukundaki en son aşama ise kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulü olmuştur. Zarar görenin zararının giderilmesi ilkesinin ön plana çıktığı bu sorumluluk türü, sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir.²⁶³

Sorumluluk hukukuna egemen olan ilke “kimseye zarar verme” ilkesidir. Bu ilkeye aykırı davranıp başkasına zarar verilmesi halinde zararın zarar görenden alınıp zarar verene yükletilmesi amaçlanmaktadır. Aynı zamanda kusurlu davranışı ile başkasına zarar verenin bu zararın kendisine yüklenmesi halinde, kişinin aynı davranışı sergilemekten kaçınması da amaçlanmaktadır. Haksız bir eylem ile herhangi bir hakkı ihlal edilmiş olan kişinin artık bu zararın giderilmesini isteme hakkı doğmaktadır. Yani kendisinin ihlal edilen hakkının yerini bu defa, tazminat isteme hakkı almaktadır.²⁶⁴

Borç ilişkisini doğuran ve sorumluluk hukukuna konu olabilen nedenler haksız fiile, sözleşmeye veya sebepsiz mal edinmeye dayanmaktadır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat ise haksız fiil nedenine dayanan borç ve sorumluluk ilişkisine benzemektedir. Bu nedenle öncelikle tazminatın kaynağını oluşturan haksız fiil kavramına değinilecektir.

2.2.1. Haksız Fiil Sorumluluğu

Haksız fiil; fail ile mutazarrır arasında hiçbir hukuk münasebeti olmaksızın doğrudan doğruya kanun tarafından emir ve tesis olunan bir vazifenin ihlali demektir. Sadece bu ihlal, haksız fiil faili aleyhine fiilden doğan zararın tazminini emreden bir borç münasebeti doğurur²⁶⁵.

²⁶³ Eren, s. 22 vd.

²⁶⁴ Eren, s. 27 vd.

²⁶⁵ Türk Hukuk Lügati, s. 114.

Haksız fiil sorumluluğu, hukuka ve genel ahlaka aykırı bir eylemden dolayı eylemi gerçekleştiren kişinin sorumlu tutulmasıdır.²⁶⁶ Kusur sorumluluğuna haksız fiil sorumluluğu adı veren ve kusura dayalı sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu adı altında ele alan görüşler²⁶⁷ bulunmakla birlikte doktrinde çoğunlukla kusura dayalı sorumluluğun haksız fiil sorumluluğunun bir türü olduğu kabul edilmektedir.²⁶⁸ Gerçekten de haksız bir eylem gerçekleştiren kişinin yerine bir başkasının sorumlu olduğu kusursuz sorumluluk da, aslında bir tür haksız fiil sorumluluğudur. Bu nedenle kusura dayalı sorumluluğun haksız fiil sorumluluğunun bir türü olarak ele alınması gerekmektedir.

Haksız fiil sorumluluğunun temeli kusura dayanmaktadır. Kural olarak başkasına kusuru ile zarar veren bu zararı tazmin ile yükümlüdür. Bu tür sorumluluğa kusura dayanan sorumluluk ya da kusurlu sorumluluk denilmektedir.²⁶⁹

Bir kişinin zarar verici davranışı ile başkalarının uğradığı maddi veya manevi zararlar geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu kapsamı içine girmektedir. Bu sorumluluğun içerisine kusura dayalı sorumluluk ve kusursuz sorumluluk türleri de girmektedir.²⁷⁰ 818 sayılı Borçlar Kanunu 41. maddesindeki “*gerek kasten, gerek ihmâl ve tesyeyüp veya tedbirsizlik*” ifadesi yerine, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun²⁷¹ 49. Maddesi “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille*” ibaresini kullanarak kabul ettiği sorumluluğun kusura dayalı sorumluluk olduğunu vurgulamıştır. Ancak yine 6098 sayılı TBK’nın 66-68. maddeleri (818 sayılı Borçlar Kanunu; 54, 55, 56 ve 58. maddeleri) ile kusursuz sorumluluğu da kabul etmiştir. Haksız fiil sorumluluğunda kural, kusura dayalı sorumluluktur.

Kusura dayalı sorumlulukta tarafların kusuru ve kusurunun derecesi veya ağırlığı tazminatın belirlenmesinde önem kazanır. Kusurlu sorumlulukta haksız fiil

²⁶⁶ Önen, Turgut, s. 124.

²⁶⁷ Eren, s. 29.

²⁶⁸ Önen, s. 124.

²⁶⁹ Gökcan, s. 29.

²⁷⁰ Gökcan, s. 30.

²⁷¹ Yayımlandığı R.Gazete : Tarih: 4/2/2011 Sayı : 27836

sorumlusu zararın giderilmesinden de sorumludur. Başka bir anlatımla zararı tazminle yükümlü olan aynı zamanda haksız fiili gerçekleştirendir.²⁷²

2.2.1.1. Haksız Fiil Kavramı

Haksız fiil hukuka aykırı olan, yani kanuna, örf ve adete aykırı olan bir fiil demektir.²⁷³ Bir diğer ifadeyle haksız fiil hukuk düzeninin uygun bulmadığı zarar verici fiillerdir.²⁷⁴ Başka anlatımla; hukuka aykırı olan, hukuk düzeninin hoş görmediği ve yapılmasına izin vermediği zarar doğurucu fiillerdir. Bu tür fiillerle zarar verenler bu zararları gidermekle yükümlüdürler.²⁷⁵ Haksız fiil bir kimsenin iradesi sonucu oluşan ve genel bir hukuk kuralına aykırı düşen bir eylem ve olgu ile doğan ve sonucunda da saldırının önlenmesi ve tazminat isteme hakkı doğuran eylemdir.²⁷⁶ Taraflar arasında önceden mevcut bir hukuki ilişkiyle bağlantılı olmaksızın, kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi halinde dar anlamda haksız fiil söz konusudur.²⁷⁷ Bir kimse hukuka aykırı bir eylemiyle başkasına zarar verirse, bir haksız fiil işlemiş olur ve bunun sonucunda bu kimse ile zarara uğramış olan arasında bir borç ilişkisi doğar. Bu borç ilişkisi dolayısıyla da fail zarara uğramış olanın zararını gidermek borcu altına girer.²⁷⁸

818 sayılı Borçlar Kanununa örnek olan İsviçre Borçlar Yasası'nın Almanca metninde bu eylemlere; hem hukuka aykırı, hem de bazı koşullarda ahlaka aykırı eylemleri kapsayacak biçimde “unerlaubte handlungen” yani “caiz olmayan eylemler” denmektedir. Esasında daha geniş olan bu terimin kullanılması doğru olsa da Türk Hukukunda haksız eylem veya hukuka aykırı eylem kavramı yerleşmiştir.²⁷⁹

Haksız fiile dayanan sorumluluk hukukunda iki ilke bulunmaktadır. Bunlar, bir kişinin hukuka aykırı ve kusurlu eylemleri ile sebep olduğu zarardan sorumluluğunu ifade eden “kusur ilkesi” ile bir kimsenin kusuru aranmaksızın sadece

²⁷² Dalamanlı/ Kazancı/ Kazancı, s. 438.

²⁷³ Önen, s. 122.

²⁷⁴ Akıntürk, s. 57.

²⁷⁵ Akıntürk, s. 13.

²⁷⁶ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Özdemir, Refet Türk, Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Ankara 1987, s. 102.

²⁷⁷ Reisoglu, s. 124.

²⁷⁸ Akıntürk, s. 57.

²⁷⁹ Velidedeoğlu/ Özdemir, s. 101.

kendisinin zarara sebep olması halinde zarardan sorumluluğunu ifade eden “sebebiyet ilkesi”dir.²⁸⁰

Haksız fiil ve unsurları konusunda öğretilerde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Biz burada genellikle kabul gören yaklaşımı ele alacağız.²⁸¹

2.2.1.2. Haksız Fiilin Unsurları

a) Fiilin Hukuka Aykırı Olması

Hukuka aykırılık, mutlak bir hakkı korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır.²⁸² Ancak adalet ilkesi ve toplumun ahlak duygularına olan saygı gereği bir takım ahlak kurallarının ihlaline yönelik eylemlerin failleri de tazminat sorumluluğu altına alınmıştır.²⁸³ Haksız muameleden kaynaklanan borçları düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 49’uncu maddesinde (818 sayılı Borçlar Kanunu 41) haksız fiilin kaynakları hukuka aykırı eylemler ve ahlaka aykırı eylemler olarak ikiye ayrılmıştır.

Hukuk düzeninin kişilere tanıdığı, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar, üçüncü şahıslar yönünden, uyulması gereken emredici kurallar niteliğindedirler. Bir kimsenin mutlak hakkına, örneğin mülkiyet hakkına veya kişilik haklarına saldırı oluşturan fiiller, daima hukuka aykırı fiillerdir.²⁸⁴

Hukuka uygunluk sebeplerinin bazı ortak özellikleri bulunmaktadır. Öncelikle hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması halinde eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkar. Eylemin hukuka uygunluğu veya aykırılığının değerlendirmesi hukuksal bir değerlendirmedir. Hukuka aykırılık neticeye göre tayin edilir. Öncelikle bir zarar meydana gelmiş olması gerektiği anlamına gelmektedir. Hareket objektif olarak hukuka uygunsa failin saiki veya amacı prensip olarak

²⁸⁰ Dalamanlı, Lütfü/Kazancı, Faruk/ Kazancı, Muharrem, İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, Cilt 1, İstanbul 1990, s. 435.

²⁸¹ Haksız fiilin unsurları konusunda benimsediğimiz ayırım için bakınız; Reisoğlu, Safa, s. 125, Akıntürk, Turgut, s. 58 vd. L. Dalamanlı/ F. Kazancı/ M. Kazancı, s. 436 vd. H.V. Velidedeoğlu, R. Özdemir, s. 103 vd. Ayrıca farklı ayırım için bakınız; Eren, Fikret, s. 29 vd.

²⁸² Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2010, s. 492 vd.

²⁸³ Gökcan, s. 31.

²⁸⁴ Reisoğlu, s. 126.

önemli değildir. Bir eylemde hukuka uygunluk nedenlerinin var olması, bu eylemle bağlantılı tüm eylemleri hukuka uygun hale getirmez. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde hukuka uygunluk nedenlerinin hangisinin varlığının ya da derecelendirmenin anlamı yoktur. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı konusunda yanılıya düşen kişinin düştüğü bu hatasından yararlanması kuraldır²⁸⁵.

6098 sayılı TBK'nın 64'üncü maddesinde (818 sayılı Borçlar Kanunu 52) tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler olarak meşru savunma, zorda kalma ve ihkak-ı hak sayılmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 753. maddesinde zorunluluk hali düzenlenmiştir²⁸⁶. Taşınmaz malikinın katlanma yükümlülüğünden söz edebilmek için öncelikle bir zarar veya tehlike var olmalıdır. Bu zarar veya tehlikenin ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önlenebilecek olması gerekir. Zarar veya tehlike, taşınmaza müdahale ile oluşacak zarardan önemli ölçüde büyük olmalıdır²⁸⁷.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 981. Maddesinde de de zilyetliğin korunması düzenlenmiştir²⁸⁸. Maddede zilyetliğin korunması için savunma hakkı öngörülmüştür. Buradaki savunma hakkında, Borçlar Kanunu'nun 52. maddesindeki meşru müdafaa halinden farklı olarak koşulları oluşmuşsa devlet kuvvetlerine başvuru zorunluluğu da bulunmamaktadır²⁸⁹.

b) Fiili İşleyen Kişinin Kusurlu Olması

Kusur, tazminatı veya cezalandırmayı gerektiren davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır.²⁹⁰ Haksız bir fiil ile başkasına zarar veren kimse ancak kusurlu ise

²⁸⁵ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler. Cilt: 2, İstanbul 1989, s. 174 vd.

²⁸⁶ “Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.

Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir.”

²⁸⁷ Gençcan, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 2. Bası, Cilt: 3, Ankara 2007, s. 4193.

²⁸⁸ “Zilyet, her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır”

²⁸⁹ Gençcan, s. 4583.

²⁹⁰ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1985, s. 427.

bu zararı gidermekle yükümlüdür.²⁹¹ Hukuka aykırı sonucu isteyen veya önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen kimse kusurludur. Ceza hukukunda yasaklanan fiili gerçekleştiren kişi ile fiil arasında manevi bir bağın bulunması gerekir. Bu manevi bağa doktrinde “manevi unsur”, “kusur” veya “kusurluluk” şeklinde isimler verilmektedir.²⁹² Kusurluluk işlediği fiil dolayısıyla kişinin kınanabilmesi, haksızlık oluşturan eylemin kişiye yüklenebilmesidir. Manevi unsur suçun unsuru olup, gerçekleşmemesi halinde suç oluşmazken, kusurlulukta ortada suç bulunmakta ancak failin bu suç nedeniyle sorumluluğu çeşitlilik göstermektedir. Bu nedenle manevi unsur ile kusurluluk farklı olgulardır.

Kusur, sorumluluk hukukunun temel kavramlarından biridir. Borçlar Kanunu da kusur sorumluluğunda kusuru, sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlemiştir.²⁹³ Öte yandan kusur, sorumluluğun dolayısıyla da tazminatın belirlenmesinde önemli bir role sahiptir.

Kusur, hukuk düzeninin yasakladığı hareket olarak da tanımlanmaktadır.²⁹⁴ Kusur kanununun yasakladığı ahlaki bir hareket olup haksız bir eylem veya sözleşmeye uymama biçiminde ortaya çıkar.²⁹⁵

Kusur konusunda iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Bir davranışın faile kusur olarak yüklenebilmesi için failin kişisel durumunu göz önüne alan teoriye subjektif kusur teorisi, failin içinde bulunduğu sosyal grubun normal bir üyesinden beklenen davranışı göstermemesi teorisine objektif kusur teorisi denilmektedir.²⁹⁶

Kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır. Kast, haksız fiili gerçekleştiren kişinin hukuk düzenine aykırı, hukuk düzeninin istemediği sonucu bilmesi ve istemesidir.²⁹⁷ Kastın iki unsuru bulunmaktadır, bunlar hukuka aykırı olan sonucu önceden öngörmek ve bu sonucu istemektir.²⁹⁸ Türk Ceza Kanunu 21. maddesine

²⁹¹ Reisoğlu, Safa, s. 132.

²⁹² Artuk/Gökçen/ Yenidünya, s. 450.

²⁹³ Eren, Fikret, s. 106 vd.

²⁹⁴ Önen, Turgut, s. 137.

²⁹⁵ Andreas Von Tuhr, s. 377 vd.

²⁹⁶ Eren, Fikret, s. 107 vd.

²⁹⁷ Önen, Turgut, s. 137.

²⁹⁸ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 455 vd.

göre kast; “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”

Kusurun kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmasının sorumluluk hukuku açısından ceza hukuku kadar önemi bulunmamaktadır. Fail kasten veya ihmal ile sebebiyet verdiği zarardan dolayı sorumludur. Bu bakımdan en ufak bir ihmal dahi failin sorumluluğunu doğurabilir.²⁹⁹ Bunun tek istisnası 6098 sayılı TBK'nın 49/2. maddesinde (Borçlar Kanunu 41/2) düzenlenen, genel ahlaka aykırı olarak verilen zarardan failin sorumlu olabilmesi için kastın varlığı zorunluluğudur. Kast doğrudan kast, dolayısıyla kast veya olası kast olarak ayrılmaktadır. Hile de kast altında ele alınmaktadır.³⁰⁰ Failin öngörüp istediği zararlardan başka zararların meydana gelmesi halinde meydana gelen bu zararlardan fail sorumludur. Kasıtlı bir eylemle meydana gelen istenmeyen sonuç arasında illiyet bağı varsa artık fail sorumlu olacaktır. Ancak hata halinde, hata gerçeği bilmeme anlamına geldiği için, kastın varlığından söz edilemez.³⁰¹

Hukuka aykırı sonuç istenmemekle birlikte, durumun gerektirdiği tedbirlerin alınmasında ihmal veya özensizlik gösterilmişse ihmal vardır. İhmal halinde de fail sorumludur. İhmalin ölçütü objektiftir. Belli bir olayda ihmalin olup olmadığının saptanmasında aynı durumdaki kişilerden beklenen davranış ölçü olarak alınır.³⁰² Ceza hukukunda taksir kavramıyla ifade edilen ihmal de sorumluluk hukukunda ceza hukukundan ayrılmaktadır. Ceza hukukunda iki tür taksir bulunmaktadır. Birincisi normal taksir olarak adlandırılan öngörülebilir neticenin fail tarafından öngörülememesidir. Ancak neticenin öngörülmekle birlikte istenmemesi ve buna rağmen eyleme devam edilmesi haline ise bilinçli taksir denilmektedir.³⁰³

İhmalde kişinin iradesi sonuca yönelmemiştir, yani sonuç istenmemektedir. Ancak kişinin davranışı normal ve beklenen bir davranış değildir. Çünkü normal koşullarda bir insandan özensiz ve tedbirsiz davranması değil, aksi beklenir. İşte bu nedenle normal ve beklenen biçimde davranmayan kişinin bu hali, hukuk düzeni

²⁹⁹ Eren, Fikret, s. 113.

³⁰⁰ Andreas Von Tuhr, s. 378.

³⁰¹ Eren, Fikret, s. 114.

³⁰² Reisoglu, Safa, s. 134.

³⁰³ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 480.

tarafından yasaklanmaktadır.³⁰⁴ Failin kusuru, kayıtsız kalarak gereken dikkat ve özeni gösterip durumu değerlendirmemesidir. İhmal çok defa failin bilmesi gereken ve dikkate almaya mecbur olduğu gerekliliklerin farkına varmamasından doğar.³⁰⁵

Borçlar Hukuku açısından ise ihmal; kişinin kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirmemesinin derecesine göre ağır ihmal veya hafif ihmal olarak ikiye ayrılır.³⁰⁶ Ağır ihmal normal bir insandan beklenen en basit dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasıdır. Ağır ihmalin belirlenmesinde kişinin eğitimi, kültürü gibi sübjektif unsurlar öne çıkmaktadır. Hafif ihmal ise ancak dikkatli insanların göstereceği özenin gösterilmemiş olmasıdır. İhmalin derecesinin belirlenmesinde failin saiki ile tedbir alma yükümlülüğüne karşı takındığı tavır göz önünde tutulmalıdır. Kusur belirlenirken hakkaniyet ilkesi göz ardı edilmemelidir.³⁰⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 10.11.2008 tarih, 1699/13767 sayılı kararında “Noterlerin sorumlu olmaları için kusurlu olmaları gerekmez. Araç satış için vekaletname düzenleyen noterin bir gün sonra kendisine kullanılan kimliğin sahteliği bildirildiği halde durumu aynı gün Noterler Birliğine bildirmeyip geç bildirdiği, bu sürede satış sözleşmesinin yapıldığı anlaşıldığından doğan zarar ile eylemi arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Kati satış sözleşmesini düzenleyen noterin de ruhsattaki şasi numarası ile ibraz edilen ilişik kesme belgesindeki numarayı karşılaştırmayarak satışı yapmasında oluşan zarar ile eylem arasında illiyet bağı bulunmaktadır. Davacıların da sigorta poliçesindeki isim ile ruhsattaki isim arasındaki farkı göremeyip vekalet tanziminden satışa kadarki tutumlarıyla zarar doğmasına neden oldukları anlaşıldığından tazminattan indirim yapılması gerekir.³⁰⁸” diyerek, sorumluluk gerektiren noterlik mesleğini yapanların, mesleğin gerektirdiği özeni yerine getirmemelerini ihmal olarak değerlendirmiş, aynı zamanda zarara uğrayanın da

³⁰⁴ Önen, Turgut, s. 138.

³⁰⁵ Andreas Von Tuhr, s. 380.

³⁰⁶ Reisoğlu, Safa, s. 134.

³⁰⁷ Kusur konusunda bazı meslek mensuplarının mesleklerinin gereklerini tam yapmamasını sorumluluk olarak kabul etmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 25.6.2007 tarih, 6459/8597 sayılı kararında; “İşlem yapılırken imza onayı yapılan kişinin kimliğini ispat için sunduğu belgenin incelenmesinde kamu hizmeti yapan noterlerin gerekli tüm dikkat ve özeni göstermeleri gerekir. Davalı bankanın da çek hesabı açtıran kişinin kimlik bilgilerine ilişkin belgelerin asıllarını istemesi, sosyo-ekonomik durumu hakkında gerekli araştırmayı yapması gerekir. Açıklanan nedenlerle gerekli özenin gösterilmemesi sonucu davacı adına düzenlenen karşılıksız çekler nedeniyle davacı iş ve sosyal çevresinde zor durumda kalmış, onuru incinmiştir.” Diyerek hem bankanın hem de noterin sorumlu olduğunu belirtmiştir. Yargıtay Kararları Dergisi, cilt: 33, sayı:10, s. 1843

³⁰⁸ Karar için bakınız. Yargıtay Kararları Dergisi, cilt: 35, sayı:3, s. 438 vd.

kusurlu olduğunu belirtip buna göre tazminat miktarının belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Ağırlık derecesi ne olursa olsun bütün ihmaller sorumluluk gerektirir.³⁰⁹ Haksız fiilden dolayı sorumluluk açısından kusurun derecesinin önemi bulunmamaktadır. Bir fiilin kastla veya hafif ya da ağır kusurla gerçekleşmesinin eylemi gerçekleştirenin sorumluluğu açısından önemi yoktur.³¹⁰ Kusurun derecesi belirlenecek olan tazminat açısından önem taşımaktadır. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 31.1.2008 tarih, 2007/13963-2008/956 sayılı kararında; “Davacıya ait binaya zarar veren yangın davalıya ait metruk binada çıkmıştır. Davalılarca kimliği belirsiz kişilerin barınmasına engel olunmaması, binaların bakım ve kontrollerinin yapılmaması ve önleyici tedbirlerin alınmaması yasanın aradığı anlamdaki özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini gösterir.³¹¹” diyerek, bina sahibinin boş tuttuğu binaya başkalarının girip zarar verebileceğini öngörememesini kusur olarak kabul etmiştir.

Haksız fiili yapan kimsenin kusurlu sayılabilmesi ve sonuç olarak doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi için yaptığı hareketin anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğine sahip olması gerekir.³¹² 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 9. maddesi kendi fiilleriyle borç altına girebilme ehliyetini fiil ehliyeti olarak tanımlamıştır. 13. maddede ise, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu belirtilmiştir. 14. maddede ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetlerinin bulunmadığı, 15. maddede ayırt etme gücü bulunmayanların fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı, 16. maddede ise ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların haksız fiillerinden sorumlu oldukları belirtilmiştir.

Kural olarak ayırt etme gücü olmayanların kusur ve ihmallerinden dolayı sorumluluklarından söz edilemez. Çünkü ayırt etme gücü olmayan kimsenin kast ve ihmali var denilemez. Ancak 6098 sayılı TBK'nın 59. maddesine (Borçlar Kanunu

³⁰⁹ Andreas Von Tuhr, s. 381.

³¹⁰ Önen, Turgut, s. 140.

³¹¹ Karar için bakınız; Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 35, Sayı: 2, s. 241.

³¹² Reisoglu, Safa, s. 135.

54) göre ayırt etme gücüne sahip kişinin bu yeteneğini geçici olarak kaybetmesi durumunda vermiş olduğu zarardan sorumlu olup, bu duruma kendi kusuru olmadan düştüğünü ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecektir.³¹³ Haksız fiilin niteliği, eylemi gerçekleştirenin kusurlu olduğuna karine oluşturacak biçimdeyse bu durumda da ispat yükü eylemi gerçekleştirene ait olur.³¹⁴

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasında kusur ve kusur indirimleri tazminat hukukunun genel hükümleri çerçevesinde Borçlar Hukukuna göre belirlenecektir. Ancak tazminata konu ceza davasına konu olay ve olaya karşı yapılan uygulamalar ise Ceza Hukuku hükümlerine göre değerlendirilecektir. Yani hakim öncelikle olaya ilişkin ceza hukuku ilkelerini uygulayacak, çıkan sonuca göre borçlar hukukunun ilkelerince uygun tazminata hükmedecektir. Çünkü ceza hukukunun ilkelerine göre tazminat belirlenemez. Örneğin, ceza yargılamasına göre şüpheden sanık yararlanır veya bazı durumlar cezasızlık sebebidir. Oysa tazminat hukukunda en küçük bir kusur bile göz önünde bulundurulmak zorundadır.

c) Fiil Sonucunda Bir Zararın Meydana Gelmiş Olması

Zarar, Türk Dil Kurumu'nca "bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz kötü sonuç, dokunca, ziyan, mazarrat" olarak tanımlanmıştır.³¹⁵ Zarar, kişinin malvarlığında veya manevi varlığında ortaya çıkan eksilme olarak ta tanımlanmaktadır.³¹⁶ Zarar bütün hukuki sorumlulukların temel koşuludur. Tazminat borcu ancak bir kimsenin gerçekten zarara uğraması halinde söz konusu olur.³¹⁷ Doktrinde zarar dar anlamda zarar ve geniş anlamda zarar olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Geniş anlamda zarar ise, hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların, hukuka aykırı olarak saldırıya uğraması sonucu saldırıdan önceki ve sonraki durumları arasında meydana gelen farklılıktır.³¹⁸ Zararı sadece maddi zarar olarak ele alan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre zarar malvarlığında meydana gelen azalmadır. Kişilik haklarına yapılan saldırı dolayısıyla yapılan ödemeler zararın giderimi değil manevi

³¹³ Eren, Fikret, s. 120.

³¹⁴ Reisoğlu, Safa, s. 136.

³¹⁵ <http://www.tdkterim.gov.tr/>

³¹⁶ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 3. Bası, Ankara 1985, s. 807.

³¹⁷ Deschenaux, Tercier, s. 15.

³¹⁸ Dalamanlı/ Kazancı/Kazancı, s. 437.

bir tatmin ve telafidir.³¹⁹ Manevi tazminat maddi bir zararın giderilmesi için ödenmeyip haksız bir saldırı sonucu kişilik hakları zedelenen kişinin çektiği acı, manevi üzüntü veya ruhsal sarsıntıyı gidermeye yardımcı olacak bir tatmin yoludur.³²⁰

Kişi varlığı denildiğinde kişilik varlığı yanında malvarlığı da akla gelmektedir. Başkasına zarar vermeme ilkesini benimseyen yasa koyucu kişinin varlığını korumayı amaç edinmiştir. Bunun anlamı, kişinin hukuksal değerlerinin, malvarlığı ve kişilik varlığının korunmasıdır. Yani kişinin hukuksal değerlerinin isteği dışında eksilmesi istenmemektedir. Varlık kavramı ise hem maddi bir malı, hem de şeref, onur, sağlık gibi manevi bir şeyi ifade eder. Bunların tamamına kişilik hakları denilmektedir.³²¹

Ceza hukuku açısından zarar konusu ele alındığında ise; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için "*kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması*" koşul olarak belirtilerek, suçun oluşması için bir zarar, mağduriyet veya haksız kazanç doğması gerektiği vurgulanmıştır. Maddenin gerekçesinde de görevin gereklerine aykırı davranışın kişilerin mağduriyeti veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olunması koşulundan söz edilmektedir.³²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu da zarar kavramının ekonomik zararı ifade ettiğini, mağduriyetin ise sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlarla sınırlı olmayıp, bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade ettiğini belirtmiştir.³²³ Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere zarar, malvarlığında azalmayı ifade ederken, mağduriyet ise her türlü hakkın zarar görmesi anlamına gelmektedir.

Zarar, fiili zarar, yoksun kalınan kar, şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar, doğrudan doğruya zarar, dolayısıyla zarar, müspet zarar, menfi zarar, soyut zarar, somut zarar olmak üzere çeşitli türlere ayrılrsa da³²⁴ tazminat hukukuna konu olması

³¹⁹ Andreas Von Tuhr, s. 76.

³²⁰ Reisoğlu, Safa, s. 176.

³²¹ Karahasan, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Ankara 1996, s. 53.

³²² Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Bası, Ankara 2006, s. 1011.

³²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2005/4-110 Esas, 2005/159 Karar; Ceza Genel Kurulu, 2007/4-88 Esas, 2007/94 Karar.

³²⁴ Gökcan, Hasan Tahsin, s. 42 vd.

bakımından zarar ve mağduriyet yerine maddi ve manevi zarar ayrımı ve türleri ele alınacaktır. Çünkü tazminat hukukunda maddi ve manevi tazminat olarak ikili bir ayırım bulunmaktadır. Mağduriyetin hem maddi hem manevi sonuçları olduğundan maddi ve manevi tazminata bakan yönleri de bulunmaktadır. Tazminat hukuku açısından zararın maddi zarar ya da manevi zarar oluşunun zararın belirlenmesi ve hükmedilecek tazminatın saptanması açısından önemi bulunmaktadır. Haksız bir eylemin hem maddi hem manevi zarar vermesi ve bunun sonucunda hem maddi hem de manevi tazminata konu olması söz konusu olabilmektedir. Bu ayırım, hukuk dünyasında ispat yükü ve yapılacak araştırmanın yöntemi bakımından bazı sonuçları bulunmaktadır.

Maddi zarar, malvarlığında meydana gelen azalmadır. Zarara uğrayanın halen mevcut malvarlığı ile zarar verici olay gerçekleşmeseydi bu malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Zararın azalması; malvarlığının öneminin azalmasına, malvarlığının artışının engellenmesine, ya da azalmanın daha fazla olmasına neden olabilir. Şahsi çıkarlara olan saldırı malvarlığını etkilemedikçe kanuni anlamda bir maddi zarar oluşturmaz. Malvarlığının azalması mal sahibinin irade ve rızası dışında gerçekleşmelidir.³²⁵ Bazen bir haksız eylem nedeniyle saldırıya konu malın değerinde objektif bir azalma olmasa da yöresel nedenler veya örf ve adet gereği o mal değerini kaybetmiş olabilir. Bu durumda da malvarlığının azaldığı kabul edilmektedir. Örneğin davacının buzağısı ile cinsel ilişki kuran davalının bu eylemi nedeniyle yöresel örf ve adet gereği etinden ve sütünden yararlanamayacağı için tazminat talebini Yargıtay haklı görmüştür.³²⁶ Kişilik haklarına yapılan haksız bir saldırı sonucunda bazen kişi manevi zarar yanında maddi bir zarara da uğrayabilir. Bu durumda da zararın giderimi gerekmektedir. Yargıtay bir kararında³²⁷; “davacının dinlettiği şahit sözleri ve ceza dosyasının münderecatından davacının ticari itibarına halel getirecek surette davalının davacıya hakaret ve isnatlarda bulunduğu anlaşılmıştır... Borçlar Kanunu'nun 41 ve müteakip maddelerine göre, haksız bir surette diğer kimseye zarar iras eden kimse, o zararı tazmin ile mükelleftir. Bu durum karşısında mahkemece yaptığı işin vasfı

³²⁵ Andreas Von Tuhr, s. 78.

³²⁶ Gökcan, Hasan Tahsin, s. 43; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 24.3.1998 tarih, 2632/3249 sayılı kararı, Gökcan, Hasan Tahsin, s. 43.

³²⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 26.4.1961 tarih, 1161/2943 sayılı kararı için bakınız, Karahasan, Mustafa Reşit, s. 57 vd.

kendisinden sorulması ve bu hususu ispat için göstereceği deliller toplanmak ve bu mümkün olmadığı takdirde iştiğal ettiği ticari mevzuun mahiyetine göre davacının haksız fiil ile maruz kaldığı zarara ait yapabileceği iş mütehassıs bilirkişilere takdir ettirilerek... davacının uğradığı zararın tazmini cihetine gidilmesi gerekir” denilerek; kişilik haklarına yapılan saldırı sonucu ticari itibarın sarsılması ve müşteri kaybı zarar olarak kabul edilmiştir.

Manevi zarar, bir kişinin kişilik haklarında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Kişiliği oluşturan hukuki değerlerin haksız saldırı sonucu objektif olarak eksilmesidir.³²⁸ Kişisel değerlerdeki bu eksilmenin parayla ölçülebilmesi olanak dışı olsa da, hukukta bu eksilmeyi gidermek, kişinin bozulan ruh dengesini sağlamak, çekilen acıları dindirmek zorunluluğu duyulmuştur. Manevi zararın doğrudan doğruya giderim olanağı bulunmadığı için karşılığı olarak zarar verenin malvarlığından bir akça tutarı alınıp zarara uğrayana ödenmekle acıları dindirmek, ruhsal dengeyi sağlamak istenilmiştir.³²⁹ Yargıtay’a göre de³³⁰ da duyulan acı, ıstırap manevi zarar değil onun görüntüsüdür. Bu nedenle yasalar manevi tazminat verilebilecek olguları sıralamıştır. Yasalarda sayılan kişisel çıkarlar kişilik haklarıdır. Kişisel varlıklar bedensel ve ruhsal tamlık, yaşam ile soydanlık gibi insanın insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı, onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimlidir.

Kişilik değerleri bir kişinin kişi olarak sahip olduğu hukukça korunan değerlerdir. Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerler kişilik haklarını oluşturur.³³¹ Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, sırların hepsi kişisel varlıklardır. Yargıtay bir kararında “Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi hükmünce kişisel zararları halele uğratılan kişinin manevi tazminat isteyebileceğini öngörülmüştür. Ancak kişisel zararların hangi hallerde halele uğratılmış sayılacağı yönünün saptanması büyük önem taşır. Kişilik hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlar. Bu hak, insanın doğumu ile kazanılan ve kişiliğine bağlı bir haktır. Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din,

³²⁸ Yargıtay 4 HD 16.6.1997 tarih, 2941-6746 sayılı kararı için bakınız; Eren, s. 49.

³²⁹ Karahasan, Mustafa Reşit, s. 62.

³³⁰ İnal, Nihat, s. 457.

³³¹ Eren, Fikret, s. 49.

düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, sırlar hep kişisel varlıklardır. Kişilik hakkı mutlak bir hak niteliğindedir. Manevi tazminata karar verilebilmesi, sözü edilen kişilik haklarına hukuka aykırı ağır bir saldırı olmasına ve kusurun ağır bulunmasına bağlıdır.³³²

Objektif eksilme yanında kişinin bu eksilmeyi hissetmesi gerekir diyen subjektif teori de bulunmaktadır. Buna göre eylem kişilik haklarına haksız bir saldırı olmakla birlikte saldırıya uğrayan herhangi bir manevi zarara uğramamış, toplum değer yargılarına göre küçük düşmemiş, acı ve eleme sebep olmamışsa manevi zarar oluşmamıştır.³³³ Ancak bu teori temyiz kudreti olmayanlar açısından bu eksilmenin kabul edilmemesi anlamına gelmektedir. Manevi zarar kısaca; kişilik değerlerinde eksilme, yaşama zevk ve sevincinde bir eksilme, huzur, rahatlık ve mutluluk duygularında azalma olarak tanımlanmaktadır.³³⁴

d) Fiil ile Zarar Arasında İliyet Bağının Bulunması

Haksız fiil nedeniyle sorumluluk doğabilmesi için haksız fiil ile oluşan zarar arasında bir illiyet bağının da olması gerekir. Zarar, haksız bir fiilin sonucu olarak meydana gelmiş olmalıdır.³³⁵ Kural olarak haksız bir eylemi gerçekleştiren, zarara uğrayanın bütün zararlarını gidermekle yükümlüdür. Ancak meydana gelen zarar ile eylem arasında uygun bir sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır.³³⁶ Eylem ile doğrudan ilgisi olmayan ya da eylemden sonra eklenen nedenlerle oluşan zarardan dolayı sorumluluk eylemin sonuca etkisi oranında olmak zorundadır.

İliyet bağının varlığı öncelikle mantıksal olarak aranacaktır. Ancak mantıksal olarak illiyetin varlığı hukuksal olarak sorumluluğu gerektirmeyebilir.³³⁷ Hiçbir hukuk düzeni mantık yasalarına göre olmayan illiyeti yaratamaz³³⁸. Hayat tecrübesi ve hayatın olağan akışı ile illiyet bağı saptanabilir. Gerçekleştirilen eylem ile meydana gelen sonuç hayat deneyimlerine göre beklenen, olası bir sonuç olmalıdır.

³³² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 15.4.1975 tarih, 1669-5004 sayılı kararı için bakınız; İnal, s. 82.

³³³ Reisoglu, Safa, s. 183.

³³⁴ Eren, Fikret, s. 50.

³³⁵ Dalamanlı/ Kazancı/Kazancı, s. 438.

³³⁶ Andreas Von Tuhr, s. 81 vd.

³³⁷ Reisoglu, Safa, s. 136.

³³⁸ Kihçoğlu, Mustafa, Haksız Fiillerde İliyet Bağı, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2004, Cilt: 30, Sayı: 1-2, s. 27.

Bu teoriye uygun illiyet teorisi denilmektedir. İlliyet bağı konusunda şart teorisi de bulunmaktadır. Bu teoriye göre, bir olayın varlığı birtakım şartlara bağlıdır. Sonucu meydana getiren şartları gerçekleştiren bu eylemi nedeniyle sorumludur.³³⁹

İlliyet bağının tespiti eşyanın tabiatına göre yapılacaktır. Burada mantıksal bir takdir yapmak gerekmektedir. Meydana gelen bir zarardan sorumlu olmak için eylemin, meydana gelen zararın tek sebebi olması gerekmez. Gerçekten de her sonuç bir tek eyleme bağlı olmayabilir. Bazen birçok olayın birleşmesi ancak bir sonucu doğurabilir. Fail bu sebeplerden birisini gerçekleştirdiği takdirde eyleminden dolayı sorumlu olacaktır. Bir eylem sonucu meydana gelen zarardan sorumlu olunması yanında, bu zararlı sonuca bağlı başka zararlar da olduğu takdirde fail bunlardan da sorumlu olacaktır. Ancak failin eyleminden başka beklenmeyen olaylar veya üçüncü kişilerin eylemleri ile zarar artmış ise fail kendi eyleminin neden olduğu zarar ile sorumlu olacaktır. Ancak failin eylemi sonucunda tahmin etmediği sonuçlar meydana gelmiş ise bu sonuçlardan da sorumlu olacaktır.³⁴⁰

Haksız eylemin gerçekleşmesinden sonra haksız eylem henüz zararlı sonucu doğurmadan başka bir sebep ortaya çıkar ve sonradan ortaya çıkan sebep zararlı sonucu doğurursa buna illiyet bağının kesilmesi denir.³⁴¹ İlliyet bağını kesen nedenler mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru veya üçüncü şahsın davranışı olarak sıralanabilir.³⁴² Mücbir sebep, önceden öngörülemeyen, kaçınılmaz, karşı konulamayan, harici ve olağanüstü olaylardır. Yıldırım, kasırga, deprem gibi doğa olayları ile, savaş, ihtilal, isyan gibi beşeri olaylar örnek olabilir. Zarar görenin ağır kusuru da illiyet bağını keser. Bunun için zarar görenin kusurlu davranışı yoğunluğu nedeniyle zararlı sonucun uygun sebebi haline gelmelidir. Üçüncü kişilerin kusurlu ya da kusursuz davranışları da illiyet bağını keser.

Zarar birden çok kişinin anlaşarak birlikte yaptıkları haksız eylem sonucu oluşmuş ise ortak illiyet vardır. Bu durumda faillerin her biri zararın tamamından müteselsil olarak sorumludur. Birden çok kimse birbirinden bağımsız olarak bir zarara neden olur ve her birinin eylemi zararlı sonucu doğurmaya yeterli olursa

³³⁹ Eren, Fikret, s. 56 vd.

³⁴⁰ Andreas Von Tuhr, s. 81 vd.

³⁴¹ Dalamanlı/ Kazancı/ Kazancı, s. 438.

³⁴² Gökcan, s. 45 vd.

birlikte illiyet vardır. Bu durumda yine herkes ayrı ayrı sorumludur. Birden çok kişinin eylemlerinden bir zararlı sonuç çıkmış ancak kimin eyleminden bu sonucun meydana geldiği anlaşılamıyorsa alternatif illiyet vardır. Burada kimin eyleminin sonucunda zararlı sonucun meydana geldiği anlaşılamadığından failerin kusurlarının ağırlığına göre sorumlulukları belirlenecektir.³⁴³

2.2.2. Kusursuz Sorumluluk

Bir kimse kural olarak kendi kusurlu fiilinden sorumludur. Ancak günümüzde bir kimsenin gerçekleştirdiği eylemi sonucunda oluşan zarardan başkasının da sorumlu tutulması hakkaniyete ve sosyal adalete daha uygun görülmekte, bundan hem zarar gören hem de toplum fayda görmektedir. Bu nedenle hemen tüm modern yasalarda kusursuz sorumluluğa yer verilmiştir. Kusursuz sorumluluk ekonomik, sosyal ve kültürel gereklere de uygun bir sorumluluk anlayışıdır.³⁴⁴

Mutlak kusur ilkesinin sakıncaları ve gelişen ekonomik ve sosyal koşullar nedeniyle doğan kusursuz sorumluluk ilkesinde çok farklı amaçlar güdülmektedir. Birinci amaç; tehlikeli bir faaliyet yürüten kişi bu faaliyetin sonuçlarına da katlanmalı ilkesini ifade eden tehlike sorumluluğu görüşüdür.³⁴⁵ Diğer bir amaç ise hakkaniyet gereği kabul edilmesi gerektiğini savunan hakkaniyet sorumluluğu görüşüdür.³⁴⁶ Bunun yanında bir faaliyetten faydalanan kişinin o faaliyetin zararlı sonuçlarına katlanması, yürüttüğü faaliyet mahiyeti gereği tehlikeli ise bu faaliyetin tehlikeli sonucuna katlanması, bir kimsenin otorite alanı içindeki zararlı eylemlerden sorumlu olması, normal davranmayan veya hukuka aykırı davranmanın bu davranışının sonucunda zarar oluşursa bu zararın tazminiyle yükümlü olması gibi amaçlar da güdülmektedir.³⁴⁷

Kusursuz sorumluluğa objektif sorumluluk, dolaylı sorumluluk veya sebep sorumluluğu da denilmektedir.

³⁴³ Reisoğlu, Safa, s. 139.

³⁴⁴ Önen, Turgut, s. 158 vd.

³⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.3.1987 tarih, 87/203 sayılı kararında işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olduğunu, tehlike sorumluluğunun en ağır bir kusursuz sorumluluk hali olduğunu, işveren her türlü özeni yerine getirse dahi meydana gelen zarardan sorumlu olduğunu belirtmiştir. (Yargıtay Kararlar Dergisi, yıl:1988, s. 598 vd.)

³⁴⁶ Reisoğlu, Safa, s. 140 vd.

³⁴⁷ Dalamanlı/Kazancı/ Kazancı, s. 439.

Türk Hukukunda bazı özel yasalarda kusursuz sorumluluk halleri belirtilmiştir. Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Çevre Kanunu, Türk Sivil Havacılık Kanunu ve Karayolları Trafik Kanunu kusursuz sorumluluk ile ilgili hükümler içermektedir.

Zorunluluk halinde başkasına verilen zarardan sorumluluk ile ayırt etme yeteneği olmayanların verdiği zarardan dolayı sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak ele alan görüşler de bulunmaktadır.³⁴⁸ Kusursuz sorumluluktan söz edebilmek için öncelikle zarar verene bir kusurun yüklenmemesi gerekmektedir. Eğer eylemi hukuka uygun hale getiren bir olgu var ise zaten sorumluluktan söz edilemeyecektir. Ancak eylemde hukuka uygunluk nedeni değil de kusuru etkileyen bir neden var ise bu durumda failin olaydaki subjektif durumuna göre sorumluluğu belirlenecektir. Borçlar Kanunu sorumluluğu kusur esasına dayandırmaktadır. Haksız fiil ile başkasına zarar veren kimse ancak kusurlu ise sorumludur.³⁴⁹ Nitekim Türk Borçlar Kanunu 64. Maddesinde (Borçlar Kanunu 52/2) zorunluluk halinde başkasının malına zarar veren kişi hakkaniyete uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Yine 65. Maddeye (BK 54) göre ayırt etme yeteneği olmayanların eylemleri sonucu oluşan zarar nedeniyle hakkaniyete uygun olarak tazminat ile yükümlüdür. Çünkü her iki durumda da hukuka uygunluk nedeni değil, kusuru etkileyen nedenler bulunmaktadır.

Yargıtay bir kararında; “kural olarak haksız eylemlerden sorumluluk kusura dayanır. Kusur sorumluluğu için de ayırt etme gücünün varlığı gerek ve yeter koşuldur. (TMK m. 13) Diğer yandan, yasada gösterilen ayırık durumların varlığı halinde ayırt etme gücü bulunmayanlar da sorumlu tutulabilirler. (TMK m. 15) Bu ayrıksa durumlardan biri ise, Türk Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi ile düzenlenen hakkaniyet gereğine dayalı objektif sorumluluk halidir. Bu düzenleme ile hakime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin her olaya özgü koşulların göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bağlamda ayırt etme gücü bulunmayanın eyleminin doğurduğu özel tehlike, ayırt etme gücü bulunmamasına karşın, objektif ölçüler içinde ona yüklenebilecek bir kusurun varlığı, ayırt etme gücü bulunmayanın eylem sırasındaki öznel durumu ve zarar görene yönelik tutumu ile tarafların

³⁴⁸ Gökcan, s. 274 vd.

³⁴⁹ Reisoğlu, Safa, s. 132.

ekonomik varlıklarının göz önünde tutulması gerekir. Özellikle eylemi gerçekleştirenin sorumluluğunun, onun yönünden rahatlıkla katlanılabilir, zarar gören bakımından ise hissedilir ölçüde ekonomik sonuçlar doğurması durumunda sorumluluk benimsenebilir.³⁵⁰

Yargıtay bir başka kararında; "...temyiz kudreti bulunmayanların sebebiyet sorumluluğu (objektif sorumluluk) Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra hükmüne göre hakkaniyet gerekli kılıyorsa hakim temyiz kudreti bulunmayan bir kimseyi kısmen veya tam olarak tazminata mahkum edebilir. Anılan hükmün amacı sorumluluğu, hakkaniyet düşüncesi ile kusur sorumluluğu hali dışında genişletmek olup mümeyyiz olmayanın eyleminden hukuki bir sonuç doğmayacağı hakkındaki genel kurala bir istisna koymaktadır. Gerçekten Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrası hükmü kural olarak mümeyyiz olmayanların haksız eylemleri nedeniyle sorumlu olmamalarını gerektirir. Fakat bu maddenin ikinci fıkrası bazı istisnalara işaret etmektedir. İşte Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin birinci fıkrası hükmü, bu istisnalardan biri belki de en önemlisidir. Hakim adaletin gerektirdiği yerde temyiz kudretinin bulunmamasından dolayı zararın sebebiyet verene isnadının kabul olmamasını bir kenara bırakabilecektir. Burada ona geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Her olayda zarara uğrayan kimsenin haksız eylemi işleyen gayri mümeyyizden tazminat isteyip isteyemeyeceği, olayı saran hal ve şartlara bakılarak tayin edilecektir. Bu hal ve şartlar arasında; mümeyyiz olmayanın hürriyetinin doğurduğu özel tehlike, temyiz kudreti olmamasına rağmen belli bir kusurun varlığı, zarara uğrayanın olay sırasında zarar failine karşı davranışı ve öncelikle mümeyyiz olmayanın iktisadi gücünün büyüklüğü ile zarara uğrayanınkinin karşılaştırılması gösterilebilir. Eğer olayın mali bakımdan doğurduğu zarar mağdur yönünden hissedilir derecede, buna karşılık fail için de nispeten kolaylıkla yüklenebilir mahiyette ise mümeyyiz olmayan failin zararı tamamen veya kısmen tazmin etmesi adalete uygun olur... Hakim az önce değinilen diğer özel hal ve şartları mümeyyiz olmayanın zarara uğrayan tarafından tahrik edilip edilmediğini, edilmişse derecesini, mümeyyiz olmayanın eyleminden dolayı başkasının, örneğin nezaretle yükümlü olan ev reisinin sorumlu tutulup tutulmayacağını, fiilin işleniş biçimini, mümeyyiz olmayanın eylemi işlerken içinde

³⁵⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1.12.2006 tarih, 2005/14218-2006/13344 sayılı kararı için bakınız; Gökcan, s. 277 vd.

bulduğu ruh haletini incelemeli ve sorumlu tutulabildiği takdirde bunun kapsamını tayin etmelidir³⁵¹” diyerek hakkaniyet ilkesinin nasıl kullanılacağını belirtmiştir.

Yargıtay bir diğer kararında da; “...irade, temyiz kudretinin önemli bir unsurudur. İradenin olmadığı veya eksik olduğu bir yerde, temyiz kudretinden bahsedilemez. Kusur, bir anlamda şahıstaki irade eksikliği olarak tanımlandığına göre, zarar görenin kusurundan söz edebilmek için onun temyiz kudretine sahip olması gerekir... Kaldı ki teknik anlamda bir davranıştan bahsedebilmek için bunun irade ve bilinç mahsulü olması gerekir. özetle belirtmek gerekirse temyiz gücünden yoksun olan kimse, bu güce sahip olsaydı, kendi kusuru sayılacak bir harekette bulunmuş ise BK 54/1 kıyas yolu ile uygulanır ve hakkaniyet gerektiriyorsa tazminattan indirim yapılır... Birlikte kusur, akli başında makul bir kimsenin kendi çıkarı için sakınacağı veya sakınması gerekli olan düşüncesiz bir hareket olarak tanımlanmaktadır... Zarar görenin kusuru değerlendirilirken benzer durum ve şartlar altında zarar görenin mensup olduğu çevredeki makul, normal bir insanın zararlı sonucun doğmasını önlemek için sarf edeceği çaba, göstereceği dikkattir³⁵²” diyerek bu hususu belirtmiştir.

Kusursuz sorumluluğun birçok türü bulunmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu³⁵³, hayvan idare edenin sorumluluğu³⁵⁴, bina sahibinin sorumluluğu³⁵⁵,

³⁵¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 20.2.2002 tarih, 11290/2145 sayılı kararı için bakınız; Gökcan, s. 278 vd.

³⁵² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 11.3.1981 tarih, 1247/3013 sayılı kararı için bakınız; Gökcan, s. 280.

³⁵³ Bu sorumluluk türü Borçlar Kanunu 55. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre; “Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve işçisinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan sorumludur. Şu kadar ki böyle bir zararın meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa dahi zararın meydana gelmesine mani olamayacağını ispat ederse sorumlu olmaz.

İstihdam eden kimsenin zarardan sorumlu olduğu ölçüde zararı veren şahsa rücu hakkı vardır.”

Adam çalıştırmanın yasada düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluğu, başkasını çalıştıran kimsenin yükümlü olduğu objektif özeni göstermemiş bulunması nedenine dayanır. Maddede düzenlenen sorumluluk kusur karinesine değil, özen yükümlülüğünü yerine getirmeme nedenine bağlı bir kusursuz sorumluluk halidir. (Reisoğlu, s. 142)

Tüzel kişiler de çalıştırın durumunda olabilirler. Eğer bir kamu tüzel kişiliği söz konusu ise yapılan faaliyetin kamu hukuku ile ilgili mi yoksa özel hukuk faaliyeti kapsamında mı olduğu önem kazanmaktadır. Faaliyetin kamu hukuku alanına girdiği saptanırsa devletin kusursuz sorumluluğu kuralına göre işlem yapılacaktır. (Velidedeoğlu, Özdemir, s. 140)

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 52. maddede kamu kurumlarının kamu hukuku hükümlerine tabi olduğu belirtilmekte idi. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 55. maddesinde ise kamu tüzel kişileri ile ticaret şirketleri hakkındaki kanun hükümleri saklıdır demektir. Özel hukuk tüzel kişilerinin kusurunda Türk Medeni Kanunu 50/3 maddesine göre “organlar kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar”.

Çalıştırmanın sorumluluğunda kusur koşulu aranmamaktadır. Zarara, çalıştırılan değil zarara uğrayanın kusuru veya başka bir etken sebep olmuşsa Borçlar Kanunu 44. madde gereği tazminattan uygun indirim yapılabilir. Çalıştırmanın sorumluluğu kendi veya çalıştırdığı kişinin sorumluluğuyla ilgili olmadığından kusurun ağırlığı oranında indirim hükmü uygulanmaz. Çalıştırılan da zarar gören de kusursuz ise çalıştırılan zararın tamamından sorumludur. (Dalamanlı, Kazancı, Kazancı, s. 907)

Çalıştırılan objektif olarak gerekli tüm tedbirleri aldığı ispat eder veya her türlü özeni göstermiş olsa bile zararın kaçınılmaz olduğunu kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 29.1.1976 tarih, 2881-960 sayılı kararında; “yirmiiki yaşında okuma yazma bilmeyen devriye görevinin niteliğini bilecek şekilde eğitilemeyen er, kusurlu eylemi görevini yerine getirmek amaç ve düşüncesi ile gerçekleştirdiğinden ancak kusuru oranında sorumlu tutulabilir” diyerek çalıştırılanın sorumluluğunun subjektif durumuna göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. (İnal, s. 100)

Adam çalıştırmanın sorumlu olabilmesi için; adam çalıştırılan ile çalıştırılan arasında bir istihdam ilişkisi bulunmalıdır. Zarar bu ilişkinin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olmalıdır. Zarar çalıştırılanın haksız fiiliyle meydana gelmiş olmalıdır. Zarar ile eylem arasında illiyet bağı olmalıdır. (Reisoğlu, s. 143)

Adam çalıştırmanın sorumluluğu ile yardımcı kişiden dolayı sorumluluk ayrı kavramlardır. Borçlar Kanunu 100. maddesinde düzenlenen çalıştırılan kişi üçüncü kişi ile çalıştırılan adına iş yaparken bir zarar verirse çalıştırılan bu zarardan sorumludur. (Önen, s. 159) Burada çalıştırılan ile üçüncü kişi arasında akdi veya hukuki bir ilişki bulunmakta, çalıştırılan çalıştırılan adına üçüncü kişiye iş yapmaktadır. Oysa Borçlar Kanunu 55. maddedeki sorumluluk türünde zarar gören ile çalıştırılan arasında hiçbir hukuki ve akdi ilişki bulunmamaktadır. (Eren, s. 161)

³⁵⁴ Borçlar Kanunu 56. maddeye göre; Bir hayvanı idaresi altında bulunduran kimse hayvanın sebep olduğu zarardan sorumludur. Hayvan idare edenlerin sorumluluğu da adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan bir kusursuz sorumluluk türüdür. Hayvanın verdiği zarardan maliki değil, idaresi altında bulunduran sorumludur. (Reisoğlu, s. 152) Bir hayvana gösterilmesi gereken dikkat ve özen, nezaret yükümlülüğü hal ve maslahata, yani hayvanın cinsine, türüne ve karakterine göre belirlenmelidir. Bir hayvana dikkat ve nezaret, hayvanın bir zarara sebep olmaması için gereken her tedbirin alınmış olmasını gerektirir. Hayvan idare eden eğer bu tedbirleri almamışsa hayvanın sebep olduğu zarardan sorumlu olur. (Önen, s. 62)

Eğer hayvan sahibi, hal ve maslahatın gerektirdiği tüm dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlar veya alınması gerekli tüm önlemleri almış olsa dahi zarara engel olamayacağını kanıtlar ise sorumluluktan kurtulur. (Dalamanlı, Kazancı, Kazancı, s. 959)

³⁵⁵ Borçlar Kanunu 58. maddesi gereğince; bir binanın veya yapı eserinin fena yapılmasından veya muhafazasındaki kusur nedeniyle, üçüncü şahısların uğradıkları zarar ve ziyandan binanın veya yapı eserinin maliki sorumludur. Bina denildiğinde her türlü yapı eserlerinin anlaşılması gerekmektedir. Hayvan barınması için yapılan yapılar da bina kavramı içindedir. (Önen, s. 164)

Buradaki sorumluluk yapının malikine aittir. Yapıyı satan, inşaatını yapan müteahhit, mühendis, mimar, zarara sebep olan üçüncü şahıslar ile tehlikeyi binanın malikine bildirmeyen kiracılar kusurları oranında sorumludur. (Dalamanlı, Kazancı, Kazancı, s. 965) Paylı mülkiyette malikler payları oranında (Velidedeoğlu, Özdemir, s. 152) elbirliği mülkiyetinde ise dayanışmalı (müteselsil) (Dalamanlı, Kazancı, Kazancı, s. 965) sorumludur. Yapının denetimini tam yapmayan denetim görevlileri de sorumludur.

Kanun sorumluluğu kaldıran özel bir sebep getirmemiştir. Ancak burada illiyet bağı kesen genel sebepler nedeniyle sorumluluktan kurtulmak mümkün olabilmektedir. Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 20.11.2008 tarih, 2027/14382 sayılı kararında; “Mevzuata aykırı yapılan binanın depremde yıkılması olayında dayanışmalı sorumluluk kuralı gereğince olayda kusuru olanların her biri zararın tamamından dayanışmalı olarak sorumlu olduklarından zarar görenin dilediği borçluya başvurma hakkı vardır... Bina mevzuata uygun yapılmış olsa bile depremin şiddetine göre bir miktar hasar meydana gelmesi kaçınılmaz olduğundan belirlenen tazminattan uygun bir indirim yapılması gerekir” diyerek illiyet bağı şiddetli bir depremin keseceğini kabul etmiş, buna göre tazminattan uygun indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir. (Yargıtay Kararları Dergisi, cilt:35, sayı:7, s. 1266 vd)

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir başka kararında ise; “Davacıların içinde kiracı oldukları davalıya ait binanın tamamen yıkılmasında inşaatın usulüne uygun yapılmaması ve yerini iyi seçmemesi büyük etken ise de, yaşanan ve kaçınılmaz zor olan sel de etkili olmuştur. Ayrıca davacılar da binanın yerini görerek daireyi kiraladıklarına göre onların da müterafik kusuru vardır. Tüm bunlar gözetilerek tazminatlarından uygun miktar indirim yapılmalıdır” (Yargıtay Kararları Dergisi, cilt:35, sayı: 8, s. 1498 vd) diyerek hem binayı yapanların hem bina sahibinin sorumluluğunu kabul etmiştir. Ancak binayı kiralayanların binanın yerini görerek kiralamalarını zarar görenin kusuru olarak kabul etmiştir. Öte

aile reisinin sorumluluğu³⁵⁶, taşınmaz malikinin sorumluluğu³⁵⁷, taşıt işletenin sorumluluğu³⁵⁸, çevreyi kirletenin sorumluluğu³⁵⁹, sivil hava araçlarının

yandan yaşanan sel olayının da kaçınılması zor bir etken olduğu ve illiyet bağımlı etkilediği kabul edilmiştir.

³⁵⁶ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 369. maddesinde düzenlenen bu sorumluluk türüne göre; mevzuata ve örf'e göre ailenin sorumluluğunu üstlenen kişi, sorumluluğu altında bulunan küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya akıl zayıflığı bulunanın sebep olduğu zarardan, durumun gerektirdiği dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlamadıkça sorumludur. (Eren, s. 189)

Küçükler, kısıtlılar ve akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olanların dışındaki aile bireylerinin verdiği zarardan dolayı aile reisi sorumlu değildir. Aile reisinin sorumluluğu için aynı evde oturmak şart değildir. Aile reisinin sorumluluğu yardımcı, bakıcı gibi üçüncü kişilere devredilemez. Velayet ilişkisi sürdüğü sürece aile reisinin sorumluluğu da devam eder. Ancak çocuğun uzun süreli yatılı okula gitmesi, yaz kampına gitmesi, akraba yanına gitmesi gibi durumlarda sorumluluk ilgili özel veya tüzel kişiye geçer. Birden çok ailenin aynı çatı altında oturduğu kalabalık ailelerde her aile reisi kendi sorumluluğu altındaki bireylerin eylemlerinden dolayı sorumludur. (Gökcan, s. 327 vd)

³⁵⁷ Türk Medeni Kanunu 730. maddesine göre; mülkiyet hakkını kullanan kişi kendisine yüklenen sorumluluklara uygun davranmayarak başkasına zarar verirse bu zarardan sorumludur. Malik mülkiyet hakkını hukuk düzeninin kendisine tanıdığı sınırlar içinde kullanmak zorundadır. Bu sınırların dışına çıkarak kendi mülkünü başkasına zarar verici biçimde kullanırsa bu zarardan sorumludur. (Eren, s. 212)

Taşınmaz malikinin taşkın kullanımı nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için; taşınmaz malın mülkiyet hakkı hukuka aykırı olarak kullanılmış olmalı, bu kullanımın başkasına zarar verici biçimde taşkın kullanım olması, taşkın kullanım sonucu somut bir zarar meydana gelmiş olması, meydana gelen zarar ile taşkın kullanım arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekir. (Gökcan, s. 352 vd)

³⁵⁸ Araç işletenin sorumluluğu motorlu aracın işletmesinden kaynaklanabildiği gibi, işletme halinde bulunmayan bir aracın sebep olduğu zarardan sorumluluk biçiminde de olabilmektedir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 85. maddesinde düzenlenen bu sorumluluk türünde; işleten hiçbir kusuru olmasa bile aracın işletilmesinden kaynaklanan zararlardan sorumludur. Bu sorumluluk türünde kurtuluş kanıtı bulunmadığından, araç işleticisi her türlü önlemi aldıysa bile zarardan sorumludur. İşletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu kazadan dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eyleminden dolayı sorumlu tutulan kişinin bir kusurunun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya neden olduğunu kanıtlanması gerekir. (Reisoğlu, s. 149)

Maddenin birinci fıkrasında işletenin sorumluluğu düzenlenmiştir. İşleten hiçbir kusuru bulunmasa dahi, aracın işletilmesinin sebep olduğu zararları tazmin etmek zorundadır. sorumluluk kusura dayanmadığı için kendisi veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler, temyiz kudretine sahip olmasalar da işleten doğan zarardan sorumludur. İşleten kusurlu olsa bile kusurundan dolayı değil tehlike ilkesine göre sorumludur. İkinci fıkrada ise işletilme halinde olmayan aracın verdiği zarardan sorumluluk düzenlenmiştir. Burada araç sahibinin sorumluluğu söz konusudur. araç sahibi başkasının davranışından veya umulmayan bir arızadan sorumludur. Bu durumda işleten kendisinin ve sorumlu olduğu kişilerin kusursuzluğunu kanıtlarsa, araçtaki bozukluğun kaza ile illiyet bağının olmadığını kanıtlarsa, kazanın mücbir sebepten ileri geldiğini kanıtlarsa, kazanın üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilir. (Eren, s. 227)

³⁵⁹ 2872 sayılı Çevre Kanunu 28. maddesine göre; “çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve benzeri bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar”. Çevreye verilen zararın bir taşınmaz veya binadan kaynaklanması durumunda sorumlulukların yarışması söz konusu olup, davacı istediği sorumluluk türüne göre dava açabilir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1.6.2004 tarih, 14559/7027 sayılı kararında; “Çevre Kanunu 28. maddesi, çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler, sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan kusur şartı aranmaksızın sorumlu oldukları kuralını getirdikten sonra, kirletenin meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğunun saklı olduğunu düzenleme altına almıştır. Şu düzenleme itibarıyla doğayı kirletenin ve bozanın kusursuz sorumlu olduğu kuralı getirilmiş ve ayrıca verilen zararın da genel hükümlere göre ödetilmesi gerektiği açıklanmıştır. Buradan şu ilkeler çıkarılabilir; kirleten öder ilkesi ve önleyicilik ilkesidir.

Davacının meydana gelen deprem felaketinden ayrı olarak gaz sızıntısından dolayı tedirginlik, güvensizlik ve sağlık sorunları yaşadığı, çevredeki (insan dışında) bütün canlıların gazdan ölmesi

işletilmesinden doğan sorumluluk³⁶⁰ gibi birçok sorumluluk türünde belli bir yetkiyi kullanan kişiler bu yetki dolayısıyla kendi faaliyet alanındaki kişi veya işler nedeniyle sorumluluk altında bulunmaktadır.

2.2.3. Devletin Sorumluluğu

Hukukta sorumluluk kavramı bir kişinin başkasına verdiği zararı giderme yükümlülüğüdür. Zararın nedeni ve niteliğine göre sorumluluğun tabi olduğu hukuki rejim değişmektedir. Devletin sorumluluğu devletin yönetme yetkisini kullanırkenki etkinliklerinden kaynaklanan zararın idare tarafından giderilmesi esasına dayanır. Bu anlamda da idarenin sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğü temel olarak idare hukuku ilkelerine göre belirlenir.³⁶¹ İdarenin sorumluluğunun belirlenmesinde idari görevden kaynaklanıp kaynaklanmadığının önemi bulunmaktadır. Eğer sorumluluk idari etkinliğe dayalı değilse Devlet de her tüzel kişilik gibi genel hukuk kurallarına göre

sonucu yapılan uyarıyı gözeterek bölgeyi terk etmek zorunda kaldığı, yakınlarının yardımına koşmamanın sıkıntı ve tedirginliğini yaşadığı, haliyle fiziki ve sosyal kişilik değerlerinin zarar gördüğü, bunun da manevi tazminatı gerekli kıldığı sonucuna varılmalıdır.

Davalının sorumlu olup olmayacağına gelince; davalıya ait fabrikada kimyasal madde depolandığı ve sağlık koruma bandı oluşturulduğu gözetildiğinde, bu tesisin çevresinde tehlike arz ettiği anlaşılmaktadır. Tehlikeli bir tesisin maliki, onun fena yapılmasından veya muhafazasındaki kusurdan dolayı sorumlu olup, bu objektif bir sorumluluktur. Bu sorumluluk türü tehlike sorumluluğu olarak ta isimlendirilmektedir. Bundan dolayı doğan zarardan davalı kusuru bulunmadığını kanıtlamalıdır.

Hiç kuşkusuz deprem, zararın doğmasına etken olmuş, ancak davalının maliki olduğu tesis, tekniğin gerekli kıldığı koşullara ve böyle bir deprem nedeniyle doğabilecek zararların önlenmesi gözetilerek yapılsa idi davaya konu zarar doğmayacaktı. Bu bağlamda gaz sızıntısı olmayacaktı. İşte bundan dolayı da, sorumluluk için uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilmek gerekir” (Karar için bakınız; Gökcan, s. 371 vd)

Çevre kirliliği denildiğinde ilk akla gelen kirlilik türü kuşkusuz deniz kirliliğidir. Deniz kirliliği konusunda 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun çeşitli düzenlemeler getirmiştir. 3. maddede kirliliğin tanımı yapılmış, 6. maddede ise, kirlenme ve kirliliğin giderilmesi ile ilgili oluşan zararlardan müteselsil sorumluluk esası getirilmiştir.

³⁶⁰ 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu yolcuya karşı sorumluluk ve üçüncü kişilere karşı sorumluluk olarak iki tür sorumluluk benimsemiştir. Kanununun 120. maddesi kural olarak kazanın meydana gelmesinde taşıyıcının kusurlu olmasını aramamıştır. Kaza sonucu yolcuya bir zarar gelmişse taşıyıcı sorumlu tutulmaktadır. 123. maddede ise kurtuluş kanıtı getirilmiştir. Eğer gerekli tüm önlemleri aldıysa veya olsa bile kazayı önleyemeyeceğini kanıtlarsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulacaktır. 134. maddeye göre ise hava araçlarının işletilmesi dolayısıyla üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı işleten sorumludur. Bu sorumluluk türü de haksız fiile dayalı kusursuz sorumluluktur (Gökcan, 377).

Hava taşımacılığında doğan sorumluluk ile ilgili olarak uluslararası düzenlemeler de bulunmaktadır. Uluslararası taşımacılık mevzuatı doğası gereği daha çok sözleşmelere dayanmaktadır. Bu konudaki en temel mevzuat Varşova ve La Haye Konvansiyonudur. Buna göre taşıyıcı, yolcunun ölümü veya yaralanması veya herhangi bir bedeni zarara uğraması halinde doğan zarardan sorumludur. Taşıyıcı tüm önlemleri aldıysa veya olsa bile zararı önleyemeyeceğini kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilir.

³⁶¹ Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2006, s. 550.

sorumlu olacaktır.³⁶² Devletin yürüttüğü kamu hizmeti ile ilgili sorumluluğu idarenin sorumluluğu esasına göre iken, zarar verici davranışının kamu hizmeti ile ilgili olmaması durumunda sorumluluk genel hükümlere tabidir.

İdarenin tutum ve davranışları bazı zararlara neden olabilir. İdarenin hem özel hukuktan hem de kamu hukukundan doğan sorumlulukları vardır. Kamu hukuku alanında özel hukuktan esinlenerek fakat özel hukuktaki sorumluluk türlerinden ayrı bir sorumluluk türü geliştirilmiştir. 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar Devletin sorumsuzluğu ilkesi hemen her ülkede egemendir. Hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışının gelişmesi sonucunda kamu gücünün sorumsuzluğundan uzaklaşmaya, Devletin sorumluluğu ilkesinin benimsenmesine başlanmıştır.³⁶³

Gerçekten de hukuk devleti kamu otoritesini kullanan İdarenin hukuk kuralları ile bağlı olmasını ifade eder. Ayrıca kişiye idare karşısında hukuki güvence sağlayan bir devlettir. Devletin hukuka bağlı olup olmadığını, idare karşısında idare edilenlerin tek güvencesi olan yargı denetleyecektir. Hukuk devletinin en temel ögesi temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıdır. Böylece kişilere zarar veren idare bu zararı giderme ile yükümlü olacaktır. Bunun yanında; idarenin hukukla bağlılığı, idarenin yargısal denetimi gibi ögeler de bulunmaktadır. Bunlara ek olarak hukuk devletinin bir başka ögesi Devletin mali sorumluluğu ögesidir.³⁶⁴

2.2.3.1. Devletin Sorumluluğunun Kaynakları

Ülkemizde İdarenin sorumluluğuna ilişkin ilk düzenleme 1961 Anayasası'nın 114. maddesinde yer alan yönetimin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirten ilkedir. Bu ilke 1982 Anayasası'nın 40 ve 125. maddelerinde de aynen benimsenmiştir.

Anayasa'nın 40/son maddesi; "kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır" biçiminde getirdiği düzenleme ile Devletin kusursuz sorumluluğu ilkesini kabul etmiştir. Maddeden anlaşıldığına göre

³⁶² Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2. Bası, Cilt: 2, İstanbul 1960, s. 1296.

³⁶³ Gözübüyük, s. 215 vd.

³⁶⁴ Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev/ Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 50 vd.

genel ilke Devletin asli sorumlu olmasidir. Devletin sorumlu olan ilgiliye rucu hakkı saklıdır. Anayasa getirdiği bu düzenleme ile “idari güvence” ilkesini benimsemiştir. İdari güvence ilkesi; resmi görevlilerin ve özellikle memur ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken ya da yetkilerini kullanırken kusurlu ve hukuka aykırı eylem ve işlemleriyle üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlardan doğan tazminat davalarının kendi aleyhlerine değil, doğrudan doğruya devlet veya emrinde çalıştıkları kamu idaresi aleyhine açılmasını ifade eder.³⁶⁵

İdari güvence ilkesinin hem zarar göreni hem de kamu görevlisini korumak gibi iki fonksiyonu bulunmaktadır. Bu amaç Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.9.1983 tarih, 1980/1714-1983/803 sayılı kararında; memurun yargılanma baskısı altında kalmadan kamu görevini yerine getirmesi amacını “...memurun açılan davalardan dolayı manevi bir baskı altına girip hizmeti aksatmaktan ve nihayet gereken cesur kararları alabilme iradesinden uzaklaşmaktan kurtarmak istemiştir”³⁶⁶ biçiminde ifade etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aynı kararında idari güvence ilkesinin zarar göreni de koruma amacı güttüğünü “...Anayasa zararın doğumuna neden olan eylem ve davranışlarla buna bağlı hukuki sorumluluğu hiçbir zaman ortadan kaldırmamış, aksine zarar görenler açısından daha güvenli sayılması gereken Devletin sorumluluğu ilkesini getirmiştir. Açılan davalar zarar görenlere hiçbir ciddi külfet yüklemeyen ve sadece hasım değiştirmek suretiyle merciinde idareye karşı devam ettirilecektir” biçiminde ifade etmiştir.

Eğer memur zararlı eylemi yapmaya kamu hukuku kurallarına göre yetkili ise bu eyleminde hukuka uygunluk nedeni vardır ve haksız sayılmaz. Memur takdir hakkını kullanmış ve daha sonra bu takdirin yerinde olmadığı anlaşılmış ise memur kusurlu sayılmaz. Bunun gibi ihtilafli bir hukuki konuyu karara bağlayan hakime de kusur yüklenemez³⁶⁷.

Anayasa’nın 129/5. maddesine göre; “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rucu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”.

³⁶⁵ Eren, Fikret, s. 172.

³⁶⁶ Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 11, s. 1590.

³⁶⁷ Andreas Von Tuhr, age, s. 376

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 13. maddesine göre de; kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak para ya da para hükmündeki değerli kağıtların zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar ceza kovuşturma sonucu beklenmeden hak sahibine ödenir. Kurumun rücu hakkı saklıdır.³⁶⁸

657 sayılı Yasanın 13. maddesi memurdan yana bir güvence, idare edilenden yana ise iki güvence getirmektedir. İlk olarak idare edilenlerin kendilerine verilen zararlarda doğrudan ilgili kuruma dava açmaları ve böylece asıl ödeme gücü olan davalı idareden zararlarını karşılama olanağına sahip olmaları önemli bir güvencedir. Uğradığı büyük bir zarar için ilgili memura açılan dava sonucu zarar gören haklı çıksa bile memurdan bu zararını tahsil etme imkanı bulamazken idare tarafından bu zararı karşılanabilecektir. İkinci olarak kişilerin Hazineye emanet ettiği kıymetli şeylerin zimmete geçirilmesi halinde ilgili personel yerine bu zararın idare tarafından karşılanmasıdır. Üçüncü olarak; bir yandan memurlar görevlerini yerine getirirken sürekli tazminat korkusu altında kalmayacaklar, öte yandan, idare edilenler, kamu hizmetlerinin memur tarafından tazminat korkusu nedeniyle yavaş görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşmayacaklardır. Ancak burada memurların görevleri nedeniyle idareye verdikleri zarardan sorumluluğu devam etmektedir. İdarenin hangi durumda memura rücu edeceği konusu yasada düzenlenmemiştir. Fransa idare hukukunda kişisel kusurun ağır kusur olarak uygulandığı, Alman Devlet Memurları Kanunu'nda

³⁶⁸ Kişilerin uğradıkları zararlar:

Madde 13 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/6 md.)

(Değişik birinci fıkra 6/6/1990-3657/1 md.) Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

(Ek: 26/3/2002-4748/3 md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.

da ağır kusur ilkesinin benimsendiği, bu nedenle Türkiye’de de uygulamanın bu yönde gelişmesi beklenmektedir.³⁶⁹

2.2.3.2. Devletin Sorumluluğunun Koşulları

Devletin sorumluluğunun bazı koşulları bulunmaktadır³⁷⁰;

a) Memur ve diğer kamu görevlilerinin verdiği zarardan, memur ve kamu görevlisinin emrinde çalıştığı İdare sorumludur. Hizmet kusurundan meydana gelen zarar dolayısıyla zarar gören doğrudan idare aleyhine dava açabilir.³⁷¹ Gerçekleşen zarardan doğrudan doğruya, asli olarak sorumlu devlettir. Doğrudan sorumlu devlet olduğu için kamu görevlisi aleyhine dava açılmaz. Devlet kamu görevlisiyle birlikte değil tek başına davada hasımdır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 15.12.1987 tarih, 7398/9235 sayılı kararında; “Anayasanın 129/5 maddesine göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurdan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Bu hüküm anayasanın 40/2. maddesinde ayrıca teyit edilmiştir. Bu nedenlerle davalı memurun tazminatla sorumlu tutulması yanlıştır.”³⁷² diyerek davanın doğrudan memura değil, ilgili kamu kurumuna açılması gerektiğine işaret etmiştir.

b) Memur veya kamu görevlisinin idari işlem veya eylemi sonucunda bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Sorumluluğun doğabilmesi için ortada idarenin zarar doğurucu bir tutum veya davranışının olması gerekir. İdarenin bir davranışı, eylemi veya eylemsizliği ya da bir tutumu zarara neden olmuş ise sorumluluk oluşacaktır.³⁷³ Zarar maddi veya manevi olabilir, önemli olan davranışın idareye ait olmasıdır. Zararın belli olması gerekir. Eğer ileride doğması olası bir zarar varsa ve belirlenebiliyorsa bu miktar belirlenerek tazmini istenebilir. Eğer zarar belirlenemiyorsa davanın zararın gerçekleştiğinde açılması gerekmektedir. Danıştay 10. Daire 16.9.2005 tarih, 2004/4147-2005/5012 sayılı kararında; “.Türkiye Atom

³⁶⁹ Giritli/ Bilgen/Akgüner, s. 655 vd.

³⁷⁰ Eren, Fikret, s. 173 vd.

³⁷¹ Onar, s. 1312.

³⁷² İnal, Nihat, Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Tüm Yönleriyle Basın Davaları ve Medyanın Saldırısında Tazminat Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Basınla İlgili Mevzuatlar, Ankara-2001, s. 75.

³⁷³ Gözübüyük, s. 224.

Enerjisi Kurumu tarafından verilen lisans kapsamında ithalatçı firmanın radyasyon kaynağını kullandıktan sonra ihraç etmesi gerekirken, depoda hurda olarak tutup daha sonra satması ve satın alan kişinin radyasyona maruz kalması dolayısıyla açılan davada idarenin tazminle yükümlü tutulabilmesi için maddi bir zararın ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş olması gerekir. Maddi zarar henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş ise, bu aşamada idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilemez. Ancak bu durum, ileride maddi zarar gerçekleştiğinde açılacak davada idarenin tazminle yükümlü tutulmasına engel oluşturmamaktadır. İdarenin ağır hizmet kusuru sonucu radyasyona maruz kalan davacının radyasyon nedeniyle kısa ve uzun dönem üzerinde oluşturacağı etki kesin olarak saptanabiliyorsa saptanmalıdır. Fakat doğması olası maddi zararın gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerekir³⁷⁴ diyerek belirlenemeyen olası zararın kabul edilemeyeceğini, ancak belirlenebilen olası zarar ile gerçekleşen zarar için dava açılabileceğini belirtmiştir.

c) Memur veya kamu görevlisinin eyleminin kusurlu olması gerekir. Anayasa'da kusur ifadesi kullanıldığı için kusurun hizmet kusuru ya da kişisel kusur olmasının önemi yoktur. Kusurun belli bir görevliye ait olması gerekmez. Burada kusurluluk görevli açısından değil devlet açısından önem taşıdığından zarar veren kusurlu davranışı gerçekleştiren görevlinin belli olmasının önemi yoktur.³⁷⁵ Kusurun kamu görevlisinin kusurundan bağımsız olmasının anlamı, kamu görevlileri kusurlu olsa da olmasa da eğer hizmetin işleyişinde bir kusur varsa idare bu kusurdan sorumludur. Buna kusurun anonim niteliği denilmektedir.³⁷⁶ Devletin doğrudan sorumluluğu adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayrılmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda çalıştırılanın kusuru aranmadığı halde, devletin sorumluluğunda kamu görevlisinin kusurlu olması gerekir ve bu kusuru zarara uğrayan kanıtlamak zorundadır.³⁷⁷

d) Devletin sorumlu olabilmesi için zararın resmi görevli tarafından haksız işlemler sonucu meydana gelmiş olması gerekir. Zarara yol açan işlem veya eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması gerekir. Zarar veren eylemin doğrudan doğruya

³⁷⁴ Atay, s. 567.

³⁷⁵ Onar, s. 1312.

³⁷⁶ Günday, Metin, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara 2004, s. 331.

³⁷⁷ Onar, s. 1304.

idare adına ve kural olarak idare tarafından görevlendirilen kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir.³⁷⁸

e) Zarar, memur veya kamu görevlisinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken meydana gelmiş olmalıdır. Kamu görevlilerinin kamu hizmetiyle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışlarına kişisel kusur denilmektedir. Kişisel kusur idarenin değil doğrudan kusurlu eylemi gerçekleştirenin sorumluluğunu gerektirir.³⁷⁹ Devletin sorumluluğu için kusurlu davranışın kamu görevlisinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken ve görev alanı ile ilgili gerçekleşmiş olması gerekir.

f) İdarenin sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen zarar ile idarenin zarar verici tutum veya davranışı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.³⁸⁰

2.2.3.3. Devletin Sorumluluğunun Türleri

a) Devletin Kusura Dayalı Sorumluluğu

Özel hukuk alanındaki kusura dayalı sorumluluk ilkesini idareye uygulamanın doğru olmayacağı tezinden hareketle kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişinden doğan kusur idarenin sorumluluğunun koşulu olarak kabul edilmiştir. İdari sorumluluğun bir koşulu olan kusur, hizmetin kuruluş veya işleyişinden doğan nesnel nitelikli bir aksaklık ya da bozukluktur. İdare bir tüzel kişilik olup organları aracılığıyla hareket eder. İdare adına hareket eden gerçek kişilerin yaptıkları davranışlar dolayısıyla kusurları varsa idare sorumludur.³⁸¹

Hizmet kusuru, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olduğundan genellikle idari yargının görev alanına giren ve tam yargı davasına konu kusur türüdür. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 7.3.1996 tarih, 1035-1462 sayılı kararında; “İçişleri Bakanlığına bağlı güvenlik güçlerinin davacının işyerinde kimlik kontrolü yaparken çıkan çatışmada işyerinde oluşan zarardan dolayı açılan dava hizmet kusuruna

³⁷⁸ Atay, s. 568.

³⁷⁹ Günday, s. 336.

³⁸⁰ Atay, s. 569.

³⁸¹ Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut, İdare Hukuku, Ankara 1998, Cilt: 1, s. 530 vd.

dayandığından görevli mahkeme idare mahkemeleridir”³⁸² diyerek, hizmet kusuruna dayalı sorumluluğun idari yargının görev alanına girdiğini belirtmiştir.

Kusur sorumluluğu, idarenin sunduğu kamu hizmetinden kaynaklanan hizmet kusuru sorumluluğudur. Hizmet kusuru da³⁸³; hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi veya hizmetin hiç işlememesi biçiminde ortaya çıkmaktadır.

aa) Hizmetin kötü işlemesi;

Hizmetin görev gereklerine aykırı yürütüldüğü yani gereği gibi yürütülmediği anlamına gelmektedir.³⁸⁴ Hizmetin kötü işlediğini belirleme tamamen her olayın özelliklerine göre ayrı ayrı saptanmak zorundadır. Ancak yine de bazı kamu hizmetleri için belli hizmet standartları belirlenebilir. Hizmetin kötü işlemesi hizmetin beklenen özen, dikkat, standart ve kalitede yapılmamasıdır. Kısaca hizmetin gereği gibi yürütülmemesi anlamına gelir. Danıştay, oksijen yerine karbondioksit gazı verilen hastanın ölümü nedeniyle açılan davada; “...halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idarece, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılması gerekir. bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup, idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur³⁸⁵” diyerek gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesini hizmetin kötü işlemesi olarak kabul etmiştir. Danıştay bir başka kararında ise; bir kuruluştaki çalışan kişinin üzerine askeri uçak düşmesi sonucu ölümünde, meydana gelen ölüm olayı nedeniyle idarenin kusurlu sayılarak uğranılan maddi ve manevi zararın giderilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁸⁶.

İdari eylem veya işlem biçiminde olmayıp idarenin takdir yetkisi veya yorumu ile ilgili kusurlarında da her olayın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. İdari işlem veya eylemlerdeki kusurdan dolayı sorumluluk zaten kabul edilmektedir. Ancak hukuki bir metnin yanlış yorumlanması da hukuki kusur olarak

³⁸² İnal, s. 406 vd.

³⁸³ Gözübüyük, s. 218.

³⁸⁴ Günday, s. 331.

³⁸⁵ Danıştay 10. Daire 3.5.1995 tarih, 1994/3285-1995/2379 sayılı kararı için bakınız; Atay, s. 580.

³⁸⁶ Danıştay 10. Daire 1.7.1998 tarih, 1718/3480 sayılı kararı için bakınız; Bal, Yakup / Şahin, Yahya/ Karabulut, Mustafa, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003, s. 114.

adlandırılmaktadır. Kusur her somut olaya özgü olarak ayrı ayrı belirlenmelidir. İdarenin personel eğitiminde gerekli özeni göstermemesi, sağlık kuruluşlarında tedavi için gerekli ekipman ve personelin her an hazır edilmemesi, personelin yetersizliği, kamu hizmetine tahsis edilen malların bakım ve onarımının gereği gibi yapılmaması, kamu hizmetinin mevzuata uygun yürütülmemesi hizmetin kötü işlemesine örnek olarak verilebilir.³⁸⁷

Hizmetin kötü işlemesi hizmet kusurunun en eski uygulama alanıdır. Fransa uygulama örneklerinde; polis görevlerinin kötü uygulanması sonucu meydana gelen zararlar, askeri tatbikatlarda meydana gelen kazalar, ulaşım hizmetlerinde yanlış uygulamalar, idareye ait araç gerecin bozukluğu, idareye teslim edilen evrakın kaybolması, yanlış veya eksik incelemeye dayalı uygulama sonucu meydana gelen zararlar, yine hukuk kuralının yanlış yorumlanması gibi örnekler gösterilebilir.³⁸⁸

ab) Hizmetin geç işlemesi;

Bir kamu hizmetinin geç işlemesi veya yavaş işlemesi bir hizmet kusurudur. Hizmetin geç ya da yavaş işlemesi konusunda bir kural koyma olanağı da bulunmamaktadır. Bu durumda da her somut olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir³⁸⁹. Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikme ile yerine getirilmesi hizmetin geç işlemesi olarak kabul edilmektedir. İdare bir hizmetin sunumunda kendisinden beklenen çabukluğu gösterememiş ise hizmet kusuru var demektir³⁹⁰.

İdarenin sunduğu kamu hizmetinin düzenli ve mevzuata uygun olması yeterli olmayıp gerekli çabuklukta da yerine getirilmesi gerekmektedir. Hizmetin geç işlemesi konusunda belli bir süre öngörülmesi zordur. Mevzuat bir hizmetin sunumunda belli bir süre öngörmüşse belirlenen süre içinde hizmetin sunulmaması geç işleme olarak kabul edilmelidir. Belli bir süre öngörülmemiş ise idarenin imkan ve kabiliyetlerine ve hizmetin gereklerine göre kendisinden beklenmesi gereken

³⁸⁷ Atay, s. 581.

³⁸⁸ Onar, s. 1347.

³⁸⁹ Gözübüyük/ Tan, s. 532.

³⁹⁰ Günday, s. 332.

çabukluğu göstermiş olup olmadığı her somut olaya göre ayrı değerlendirilmelidir. Hizmetin sunumu için öngörülen süre için makul süre ölçütü kullanılabilir³⁹¹.

Her geç işleme hizmet kusuru sayılmayabilir. Bazen hizmetin geç işlemesi idarenin dikkat ve özeninden kaynaklanabilir. Bu nedenle her olay kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir. Danıştay 10. Daire 16.4.2001 tarih, 1999/1298-2001/1390 sayılı kararında; ödenmesi gereken nakdi tazminatın geç ödenmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini gerektiğini belirterek hizmetin geç işlemesini hizmet kusuru saymıştır³⁹².

ac) Hizmetin hiç işlememesi;

Hizmetin hiç işlememiş olması da hizmet kusuru sayılmaktadır.³⁹³ Hizmetin hiç işlememesinin saptanmasında öncelikle idarenin hizmeti yürütmedeki yetkisinin takdir yetkisi mi yoksa bağlı yetki mi olduğuna bakılması gerekmektedir. Eğer idare bir hizmeti belli koşullarda sunmak zorunda ve o koşullar gerçekleştiği halde hizmeti sunmamışsa idarenin kusurundan söz edilir. Buna karşılık hizmetin sunumu idarenin takdirine bağlı ise, idarenin takdir yetkisinin mutlak olmayıp belli sınırlar içinde kullanılması gerektiği de gözetilerek idarenin takdir yetkisini doğru kullanıp kullanmadığına göre hizmetin hiç işlememesinden sorumluluğu belirlenmelidir³⁹⁴.

Bir hizmetin hiç işlememesinden söz edebilmek için öncelikle idarenin o hizmeti yürütme yetki ve görevinin bulunması gerekir. Öte yandan devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının elverdiği ölçüde yerine getirmesini öngören Anayasa'nın 65. maddesi gereğince idarenin yükümlü olduğu hizmeti yerine getirmesi mali yeterliliğiyle doğrudan ilgilidir. Devlet bu görevlerini mali yeterliliği ölçüsünde yerine getirmek durumundadır. Ancak devlet sağlaması gereken asgari kamu hizmetlerini sunmaktan ya da önceleri sunduğu hizmeti durdurmaktan bu maddeye sığınarak vazgeçemez.³⁹⁵

³⁹¹ Atay, s. 582.

³⁹² Bal/Şahin/ Karabulut, s. 509.

³⁹³ Gözübüyük/ Tan, s. 532.

³⁹⁴ Günay, s. 334.

³⁹⁵ Atay, s. 584.

Bir hizmetin sunulması gereği ve imkanı olan idarenin bu hizmeti sunmaması kusur oluşturmaktadır. Fransa uygulamasında; yol ve benzeri bayındırlık eserlerinin olmaması veya eksikliği nedeniyle uğranılan zararlar, gerekli güvenlik önlemlerinin alınmaması, akıl hastalarının korunması için gerekli önlemlerin alınmaması, mevzuatın veya idari kararların uygulanmaması veya gereği gibi yerine getirilmemesi de sorumluluk doğurmaktadır.³⁹⁶

ad) Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı

Hizmet kusuru yanında kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu durumlar da olabilmektedir. Eğer memurun kişisel kusuru yaptığı kamu görevi ile ilgili ise yine idarenin sorumluluğu söz konusudur. Memurun kişisel kusuru yaptığı kamu görevi ile ilgili değilse idarenin sorumluluğundan söz edilemez³⁹⁷.

Kamu görevlisinin kamu hukukuna tabi görevi sırasında zarar doğurucu tutum ve davranışının görevin gereği olarak yapılması halinde görev kusurundan söz edilebilir. Buradaki kusurun hizmet kusurundan farkı; hizmetin işleyişinden veya hizmetin düzenlenmesindeki sorunlardan değil, doğrudan hizmeti yürütmekle görevli personelin kişisel kusurundan kaynaklanmasıdır.³⁹⁸ Hizmet kusurunda failin kimliğinin önemi yoktur. Kamu görevlisinin görevi ile ilgili kusuruna görev kusuru denirken göreviyle ilgili olmayan, görevinden tamamen ayrılabilen kusuruna kişisel kusur denilmektedir. Kamu görevlisinin, görevi dışında ve resmi görev ve sıfatından tamamen ayrılabilen kusurlu tutum ve davranışlarının, haksız fiil kurallarına göre sorumluluğunda, diğer insanlara göre bir farkı bulunmamaktadır. Yani bir kamu görevlisi görevinden tamamen ayrılabilen bir haksız fiil işlediği takdirde normal bir kişi gibi sorumlu olacaktır.³⁹⁹

Kişisel kusuru görev kusurundan ayıran dört unsur bulunmaktadır. Eğer dört unsur varsa kusur kişiseldir⁴⁰⁰. Bir kamu görevlisinin hizmetinden tamamen ayrı kişisel kusuru suç oluşturuyorsa kusurun tamamen kişisel olduğu kabul edilmektedir. Çünkü suç ile kamu hizmeti iki ayrı kavramdır ve birbirinden kolayca ayrılacak

³⁹⁶ Onar, s. 1347.

³⁹⁷ Gökcan, s. 128.

³⁹⁸ Atay, s. 524.

³⁹⁹ Günday, s. 336.

⁴⁰⁰ Atay, s. 585.

niteliktedir. Ayrıca yargı kararlarına uymama da görev kusuru değil, kişisel kusurdur. Kamu görevlilerinin görevle bağdaşmayacak kin, garez, düşmanlık, ihtiras gibi duygularla veya menfaat sağlamak amacıyla tutum ve davranışta bulunursa kişisel kusur söz konusudur. Kamu görevlisinin görevini yerine getirirken işlediği kusur ağır ise kişisel kusuru var sayılmaktadır. Ağır kusur, çok açık biçimde görev gereklerine aykırı davranma olarak tanımlanabilir. Danıştay bir kararında⁴⁰¹; yargı kararı uygulanmayarak, davacının üç yıl süreyle sicillerinin tedviren görevlendirilmiş amir tarafından düzenlenmesinde ağır hizmet kusuru olduğundan davacının manevi tazminat isteminin kabulü gerekir diyerek yargı kararının uygulanmamasına ağır kusur olarak kabul etmiştir. Yine Danıştay bir kararında⁴⁰²; idarenin mahkeme kararlarını şekli olarak değil, bütün sonuçlarıyla birlikte uygulaması gerektiği, aksine bir tutumun ağır hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle tazmini gereken zarar nedeniyle ilgili kişilere rücu edilmesi gerektiğini belirterek yargı kararlarını uygulamamayı ağır kusur saymıştır.

Yargı kararlarına uymama, kamu görevlilerinin kin, düşmanlık duygusu veya menfaat sağlamak amacıyla hareket etmesi hallerinde kanımca zaten davranış suç oluşturmaktadır. Örneğin yargı kararlarını yerine getirmeme, görevi sırasında menfaat temin etme çeşitli suçlar oluşturmaktadır. Ağır kusur olarak tanımlanan durumlar ise açıkça görev gereklerine aykırı hareket etme halinde, eğer bir zarar veya mağduriyet oluşmuşsa yine suç olduğundan kişisel kusur sayılan haller genellikle suç oluşturan davranışlardır denilebilir.

b) Devletin Kusursuz Sorumluluğu

Hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğu nedeniyle uğranılan zararın karşılanabilmesi için idarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Kişilerin idarenin tutum ve davranışları nedeniyle uğradıkları zararların her zaman bir kusura dayandırılma olanağı bulunmayabilir. İdarenin verdiği bazı zararların idarenin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın karşılanması hakkaniyet ilkesince gerekli olabilir. İşte idarenin bu tür sorumluluğuna kusursuz sorumluluk

⁴⁰¹ Danıştay 2. Dairesi 13.7.2007 tarih, 3247/1297 sayılı kararı için bakınız; <http://www.danistay.gov.tr/> (bilgi bankası, kararlar bölümünden 29.9.2010 tarihinde erişilmiştir)

⁴⁰² Danıştay 5. Daire de 25.12.2001 tarih, 1998/1970-2001/5153 sayılı kararı için bakınız; <http://www.danistay.gov.tr/> (bilgi bankası, kararlar bölümünden 29.9.2010 tarihinde erişilmiştir)

denilmektedir. Özel hukukun aksine idare hukukunda kusursuz sorumluluk geniş bir uygulama alanına sahiptir. Kusursuz sorumlulukta idarenin davranışı ile uğranılan zarar arasında nedensellik bağının kanıtlanması yeterlidir⁴⁰³.

İdarenin kusursuz sorumluluğu; yönetimin bazı davranışlarından doğan zararların, yönetimin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın karşılanması yoluna gidilmesidir. Kusursuz sorumlulukta yönetimin davranışı ile uğranılan zarar arasında illiyet bağının varlığının kanıtlanması yeterlidir. Yönetimin davranışının kusurlu olduğunun kanıtlanmasına gerek yoktur. Yönetimin davranışlarının hukuka aykırı olması da gerekli değildir. Yönetimin davranışında hukuka uygunluk nedeni bulunabilir. Örneğin kanunun verdiği yetkiyi kullanıyor olabilir⁴⁰⁴.

Devletin sorumluluğunun dayanağını açıklayan çeşitli ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkelerin yalnızca biri değil birçoğu bu sorumluluğun kaynağını oluşturmaktadır. Devletin tehlikeli faaliyetleri nedeniyle sorumluluğunu tehlike (risk) ilkesi açıklamaktadır. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi veya hakkaniyet veya nesafet ilkesi ise kamu yararı ile kişisel zararın denkleştirilmesi esasına dayanır⁴⁰⁵. Belirtilen ilkelerin somut olaylarda uygulanmasının her olayın kendi özelliklerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Danıştay 10. Dairesi 21.10.1996 tarih, 1995/278-1996/6346 sayılı kararında⁴⁰⁶; yürüttüğü kamu hizmeti gereği yaptığı gölet nedeniyle davalı idareye yüklenebilecek herhangi bir hizmet kusuru bulunmasa dahi, davacının bilirkişi raporunda belirtilen zararının kusursuz sorumluluk ilkesi gereği idare tarafından giderilmesi gerektiğine karar vererek kusursuz sorumluluğu kabul etmiştir.

Danıştay bir başka kararında⁴⁰⁷; “toplumun genel yararına yönelik olaylarda, sadece ilgililerin uğradığı özel zararların tazmininin mümkün olduğu, ilgililerin genel külfetlere katlanması gerektiği; ancak idarenin üzerine düşen görevi yerine getirmemesi nedeniyle bir zarar meydana gelmişse, uğranılan özel nitelikteki zararların idarece tazmini gerekir” diyerek fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesini

⁴⁰³ Gözübüyük/ Tan, s. 538.

⁴⁰⁴ Gözübüyük, s. 221.

⁴⁰⁵ Günday, s. 340 vd.

⁴⁰⁶ Bal/ Şahin/ Karabulut, s. 250.

⁴⁰⁷ Danıştay 10. Daire, 16.10.2008 tarih, 2007/5777-2008/6696 sayılı kararı için bakınız; <http://www.danistay.gov.tr/> (bilgi bankası, kararlar bölümünden 29.9.2010 tarihinde erişilmiştir)

uygulamıştır. Danıştay bir başka kararında⁴⁰⁸ ise; polis panzerinin fren tertibatının arızalanarak davacılar murisine çarpıp ölümüne neden olması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Devletin kusursuz sorumluluğunun kaynakları çeşitli yasalara dayanmaktadır. Anayasa'nın 40 ve 129. maddesi devletin sorumluluğunu düzenlemektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 61, 72, 141, 142, 143, 144 ve 327. maddeleri, Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi, Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun 38, 468, 905, 1007. maddeleri, Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun 62. maddesi, Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'un 3, 4, 5, 6, 7. maddeleri, İcra ve İflas Kanunu'nun 6. maddesi sayılabilir.

Devletin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran bazı durumlar bulunmaktadır. Zarara neden olan davranış ile zarar arasındaki illiyet bağı bozulmuş ise idarenin sorumluluğu azalabileceği gibi tamamen de kalkabilir. Bu sebepler; mücbir sebep, zarara uğrayanın kusuru ve üçüncü kişinin davranışı olarak belirtilmektedir⁴⁰⁹. Zorlayıcı nedenler, idarenin iradesi dışında, öngörülmesi mümkün olmayan veya öngörülmüş olsa bile alınabilecek her türlü önleme rağmen engellenemeyen olaylardır. Zorlayıcı nedenin varlığı halinde illiyet bağı kesileceğinden idarenin sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.⁴¹⁰ Buna karşılık idarenin davranışı sonucunda zorlayıcı nedenin doğurduğu zararda bir artış oluşmuş ise idare bu zarardan sorumludur⁴¹¹. Danıştay 10. Dairesi 18.11.1999 tarih, 1138/6177 sayılı kararında⁴¹²; uğranıldığı belirtilen zarar mücbir sebep niteliğinde olan su taşkını sonucu meydana gelmiştir. Kusurdan uzak, önceden bilinemeyen, karşı konulamayan, idarenin faaliyetleri dışında, gerçek bir olay olan mücbir sebep, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkararak, zarar ile idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıran etkenlerin başında gelir. Bu nedenle mücbir sebebe dayalı zararın kısmen de olsa kusursuz sorumluluk ilkesine göre idarece

⁴⁰⁸ Danıştay 10. Dairesi 19.6.2001 tarih, 1999/3888-2001/2484 sayılı kararı için bakınız; Bal/ Şahin/ Karabulut, s. 413.

⁴⁰⁹ Atay, s. 597.

⁴¹⁰ Günay, s. 346.

⁴¹¹ Gözübüyük, Tan, s. 556.

⁴¹² Bal/ Şahin/ Karabulut, s. 810.

tazmini gerektiği yönündeki karar hukuka uygun değildir, diyerek mücbir sebebin idarenin sorumluluğunu kaldırdığını belirtmiştir.

Mücbir sebep arasında doğal olaylar yanında ekonomik krizleri de saymanın mümkün olup olmadığı konusunda uygulamada tam bir birlik bulunmamaktadır. Danıştay 12. Daire 17.3.1975 tarih, 1974/1944-1975/517 sayılı kararında⁴¹³; mücbir sebebin zorlayıcı neden olarak sayılabilmesi için, krizin öngörülemez olduğunun kanıtlanması gerektiğini söylerken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 17.10.1980 tarih, 1978/773-1980/2310 sayılı kararında⁴¹⁴; ticaretle uğraşan kişilerin bu tür krizleri öngörmesi gerektiğini belirtmiştir.

Beklenmeyen durumlar ise idarenin kusurunu ortadan kaldırır. Ancak koşulları varsa idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemez.⁴¹⁵ Beklenmeyen durum idarenin iradesi dışında gelişen, öngörülemeyen ve önlenme olanağı bulunamayan durumlardır. Beklenmeyen durumu mücbir sebepten ayıran en önemli fark beklenmeyen durumun idarenin faaliyeti içinde oluşmasıdır⁴¹⁶. Örneğin bir yapım işinde çalışan teknik bir aletin bozulması gibi.

Zarar, zarar görenin kusurundan kaynaklanıyorsa, idari davranış ile zarar arasındaki illiyet bağı kesildiği için idarenin sorumluluğu kalkar. Zarara uğrayan zararın giderilmesini önlemiş veya zararın ağırlaşmasına sebep olmuş olabilir. Bu durumda da idarenin sorumluluğu somut olayın özelliklerine göre tamamen veya kısmen kalkabilir.⁴¹⁷ Danıştay 10. Daire, 8.11.2001 tarih, 1999/5024-2001/3839 sayılı kararında⁴¹⁸; zararın zarar görenin kendi kusuru sonucu meydana gelmesi halinde, oluşan zarar ile idarenin davranışı arasında nedensellik bağı bulunmadığından idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.

Zarar üçüncü kişinin kusuru ile meydana gelmişse idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Eğer üçüncü kişinin kusuru zararın artmasına neden olmuşsa,

⁴¹³ Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 4, s. 119.

⁴¹⁴ Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 143.

⁴¹⁵ Günday, s. 347.

⁴¹⁶ Gözübüyük/Tan, s. 559.

⁴¹⁷ Atay, s. 600.

⁴¹⁸ Bal/ Şahin/ Karabulut, s. 770.

idarenin sorumluluğu üçüncü kişinin kusuru oranında azalır.⁴¹⁹ Kusursuz sorumluluk hallerinde üçüncü kişinin kusuru varsa idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaz. Böyle bir durumda idare üçüncü kişiye rücu etme hakkına sahiptir.⁴²⁰ Buradaki üçüncü kişi idare ile zarar veren davranış alanında hukuki bir ilişkisi olmayan üçüncü kişidir⁴²¹.

Danıştay 10. daire 20.3.2002 tarih, 2000/954-2002/790 sayılı kararında⁴²²; “...Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında; idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren kurumlardan birisi hizmet kusurudur. Genel olarak hizmet kusuru bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluktur.

İdarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması, kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçirmemek suretiyle zarara sebebiyet vermesi; kamu hizmetinin işleminde olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hallerinde idarenin hizmeti kusurlu işlettiği kabul edilmelidir.

Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, devletin asli görevidir. İdarenin bu görevi yerine getirmek, kamu düzeni ve esenliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği açıktır.

Öte yandan idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir. Meydana gelen zararda üçüncü kişinin kusuru varsa idarenin tazmin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar ya

⁴¹⁹ Günday, s. 347.

⁴²⁰ Gözübüyük/ Tan, s. 562.

⁴²¹ Atay, s. 602.

⁴²² Bal/Şahin/ Karabulut, s. 792 vd.

da kusur ölçüsünde azalır” diyerek idarenin sorumluluğunu ve sorumluluğu azaltan veya kaldıran nedenleri açıklamıştır.

2.3. HAKİMLERİN SORUMLULUĞU

Yargılama faaliyeti Devlet tarafından sunulan bir kamu hizmetidir. Bu hizmetin sunulması sırasında hizmeti yerine getiren kamu görevlilerinin kusurlu davranışları sonucu meydana gelen zararın devlet tarafından karşılanmasını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır⁴²³. Türk hukuk sisteminde devletin sorumluluğu için açık bir yasal düzenleme bulunması gerekmektedir. Hukuk sistemimizde yasama ve yargılama faaliyetleri genellikle devletin sorumluluk alanı dışında tutulmuştur. Anayasanın 125. maddesi ve 129. maddesi genellikle idarenin sorumluluğunu yürütme olarak ele almaktadır. Anayasa, yargı ile ilgili bölümde mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ilkelerini benimsemiştir. Ancak unutulmamalıdır ki hiç kimse sorumsuz değildir. Hakimlerin verdikleri hukuka aykırı kararlardan dolayı devletin sorumlu tutulamaması, devletin yargı fonksiyonunu üstlenip sonra da hak almayı yasaklaması sonucunu doğurur. Bu nedenle hakimlerin ödeyemedikleri zarardan ötürü devlet ikinci derece sorumlu tutulmuştu⁴²⁴.

Hukuk devleti ilkesinin en önemli ayaklarından biri kuşkusuz mahkemelerin yani yargının bağımsızlığıdır. Hakim bağımsızlığı bireyin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesidir⁴²⁵. Anayasanın 138. maddesine göre “Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”. Hakimler bağımsız, özgürce, hukuka bağlı olarak karar vereceklerdir. Hakim bağımsızlığının çeşitli güvenceleri bulunmaktadır. Bu güvenceler yasama organına karşı, yürütme organına karşı ve yargılama organına karşı olarak üç ana gruba ayrılabilir⁴²⁶. Anayasa hakimlerin bağımsızlığından söz ederken tarafsızlığından söz etmemiştir. Ancak Anayasadaki hukuk devleti ilkesi ve

⁴²³ Duman, İ. Hasan, Yargıcın Hukuksal Sorumluluğu; Günay, Erhan, Uygulamada Hakim, Savcı, Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar, Ankara 1997, s. 66.

⁴²⁴ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005, s. 126.

⁴²⁵ Özen, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004. s. 28.

⁴²⁶ Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s. 11 vd.

AİHS'teki adil yargılanma hakkı kişilerin hem bağımsız hem de tarafsız mahkeme önünde yargılanma haklarının bulunmasını gerektirmektedir⁴²⁷.

Toplum tarafından yargıya ve yargıçlara verilen yetki ve güç ile duyulan güvenin bir sonucu olarak, hakimler, haklarında işlem yapılmasını haklı gösterecek derecede önemli ve büyük hatalı davranışlar sergilemeleri halinde, hakimleri sorumlu tutmanın ve hatta görevlerine son vermenin bazı yolları olmalıdır. Ancak bu tür sorumluluklar belirlenirken dikkatli davranılması, yargı görevini yapanların yargısal tarafsızlığı ve bağımsızlığının sağlanması, bu görevi yapanların gereksiz baskılardan uzak tutulması gerekmektedir⁴²⁸.

Yargısal faaliyetlerin özelliği dolayısıyla yargıcın kararlarında çekinmemesi ve duraksamaması, böyle bir ruhsal durum ile tarafsızlığını bozmaması, yalnız hukuka bağlı kalarak adil karar vermesini sağlamak amacıyla yargıçların sorumluluğu diğer kamu görevlilerinin sorumluluklarından farklı özellikler göstermektedir.⁴²⁹

Ulus adına yargılama yapmaya ve hüküm vermeye yetkili olan hakimlerle, kamu adına hareket eden Cumhuriyet savcılarının görevleri nedeniyle zarara sebep olabilirler⁴³⁰. Hakim ve savcılar bu zararlara yargı yetkisini kullanırken, idari görevlerini yerine getirirken veya görevleri dışında sebep olmuş olabilirler. Hakim ve savcılarının yaptıkları ve zarara neden olan davranışlarından dolayı sorumlulukları üç biçimde karşımıza çıkmaktadır⁴³¹.

2.3.1 Hakimlerin Disiplin Sorumluluğu (İdare Hukuku Bakımından)

Hakimlerin eylem ve işlemlerinden dolayı hukuki ve cezai sorumluluğu gibi disiplin sorumlulukları da bulunmaktadır. Disiplin sorumluluğu kamu görevi ve kamu hizmeti ile ilgili bir sorumluluktur. Disiplin sorumluluğunun amacı kamu

⁴²⁷ White/Ovey, s. 266; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 284; Akbal, Mehmet, Hakim'in Davaya Bakamaması ve Reddi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, s. 13.

⁴²⁸ Dursun, Suat, Hakimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar, Ankara 2007, s. 38.

⁴²⁹ Duman, s. 67.

⁴³⁰ Çalkın, Fahri / Tuğsavul, Muhsin, Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, İstanbul 1948, s. 156.

⁴³¹ Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, Ankara 2004, s. 102.

görevlilerinin görevlerini yerine getirirken kurallara uygun hareket etmesini sağlamak olarak ifade edilebilir.⁴³²

Hakimler hakkında uygulanacak disiplin sorumluluğu konusunda Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (The Consultative Council of European Judges-CCJE) tarafından hazırlanan ve 19 Kasım 2002 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin dikkatine sunulan 3 numaralı görüş ile birtakım ilkeler benimsemiştir. Buna göre, hakimlere uygulanacak olan kurallar, uygulanacak disiplin prosedürleri ve hangi davranışların disiplin suçu oluşturacağı açık biçimde tanımlanmalıdır. Disiplin sürecini yürüten hakimlerin temsilini sağlayan ayrı bir organ oluşturulmalı, bu organ, şikayetleri kabul ve disiplin sürecinin başlatılmasının gerekip gerekmediğini değerlendirmelidir. Disiplin işlemleri tam savunma hakkını garanti etmeli, disiplin işlemini yürüten organ bağımsız olmalıdır. Verilebilecek cezalar da açık ve önceden bilinebilir olmalıdır⁴³³.

Hakimlerin disiplin soruşturması diğer devlet memurlarından ayrı olarak Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Hakimlerin hangi disiplin suçlarından dolayı hangi disiplin cezalarının verileceği 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Hakimler hakkında disiplin soruşturmasını Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu müfettişleri yapar, kararı ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu verir⁴³⁴.

2.3.2 Hakimlerin Cezai Sorumluluğu (Ceza Hukuku Bakımından)

Herhangi bir suç işleyen hakimın işlediği bu suç nedeniyle soruşturulmaması bir hukuk devletinde düşünülemez. Ancak hakimlerin sürekli soruşturma baskısı altında kalmaları da görevlerini tarafsız biçimde yapmalarına engel oluşturabilir. Bu nedenle hakimlerin ceza soruşturmasına tabi tutulmaları bazı özel koşullara bağlanmıştır. Hakimler geniş anlamda memur ya da kamu görevlisi olmaları

⁴³² Özen, s. 162.

⁴³³ Dursun, s. 41 vd.

⁴³⁴ Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Bası, İstanbul 1990, s. 73.

nedeniyle memurların işleyebilecekleri suçları işleyebilirler. Ancak bazı suç tipleri sadece hakimlere özgü olarak düzenlenmiştir.⁴³⁵

Hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile bu kurumların hayata geçmesini sağlayacak güvencelerin amacı adaletin her türlü olumsuz etkiden uzak olarak gerçekleştirilmesidir. Ancak bu güvenceler hakimlerin keyfi veya hukuka aykırı hareket etmelerine engel olmayabilir. Bu nedenle her kamu görevlisi gibi hakimler de görevlerini yaparken suç işleyebilirler. Böyle bir durumda hakimlerin sorumlu olmadıkları düşünülemez. Hakimlerin işledikleri suçlar görevleri nedeniyle olabileceği gibi görevle ilgisi olmayan suçlar da olabilir. Bazı suçlar sadece hakimler tarafından işlenebilirken bazı suçlar memurlara özgü, bazı suçlar ise herkesin işleyebileceği suçlar olabilir.⁴³⁶

CCJE'nin görüşüne göre; bir hakim para cezası veya hapis cezası tehdidi altında faaliyet göstermemelidir, çünkü bunların varlığı değerlendirmelerini etkileyebilecektir. Hakimin cezai sorumluluğunun varlığını gösteren kanıtların olmadığı durumlarda kişilerin başvurusuyla hakimler hakkında soruşturma açılmasını önleyen veya durduran bir mekanizma olmalıdır. Bu görüşten hareketle CCJE 3 numaralı görüşünde cezai sorumlulukla ilgili olarak şu sonuçlara varmıştır;

- a) Hakimler, yargısal görevleri dışında işledikleri suçlardan dolayı genel görevli mahkemelerde cezai olarak sorumlu olmalıdırlar.
- b) Görevlerini yerine getirirken kasıtlı olmayan yanlışlıkları ile ilgili olarak hakimlere cezai sorumluluk yüklenmemelidir⁴³⁷.

Hakimlerin ceza kanunlarına göre suç oluşturan eylemlerinden dolayı ceza sorumlulukları bulunmaktadır. hakimlerin ceza sorumlulukları görev ile ilgili olan suçlar ve görev ile ilgili olmayan suçlar olarak iki gruba ayrılmaktadır⁴³⁸.

Hakimler ve Savcılar Kanunu 82. maddeye göre; hakim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçları nedeniyle soruşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine bağlıdır. 83. maddeye göre; adalet müfettişleri

⁴³⁵ Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1989, Cilt: 1,2, 4. Bası, s. 108.

⁴³⁶ Özen, s. 166.

⁴³⁷ Dursun, s. 38 vd.

⁴³⁸ Bilge, Necip/ Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 109.

denetim veya soruşturma sırasında bir suç öğrenir ve gecikmesinde sakınca bulunursa soruşturmayı yapar ve durumu Adalet Bakanlığı'na bildirir. 87. maddeye göre; kovuşturma veya disiplin cezası uygulanmasına gerek olup olmadığına Bakanlık tarafından karar verilir. 89. maddeye göre; kovuşturma yapılmasına gerek görülürse evrak ilgili hakim veya savcının görev yaptığı yargı çevresi başsavcılığına en yakın başsavcılığa gönderilir. İlgili başsavcılık iddianameyi hazırlar. 90. madde gereğince birinci sınıfa ayrılmış olanlarla, ağır ceza mahkemesi heyetinde bulunanların son soruşturmaları Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde yapılır. Diğer hakim ve savcılarının son soruşturmaları yargı çevresi içinde buldukları ağır ceza mahkemesinde yapılır.

Hakimler ve savcılar hakkında yapılacak soruşturma ve kovuşturma usulü Anayasa ile 2802 ve 6087 sayılı Kanunlarda düzenlenmiştir. Anayasanın "Adalet Hizmetlerinin Denetimi" başlıklı 144. Maddesinde 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış ve bu doğrultuda 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda da denetimle ilgili bazı hükümlere yer verilmiştir. Ancak, hakim ve C. Savcılarının görev suçlarının soruşturulmasıyla ilgili asıl düzenlemenin, uyum amacıyla 2802 sayılı Yasada yapılacak değişiklikte ortaya çıkması gerekmektedir. Ancak, Anayasa ve 6087 sayılı Kanun hükümlerinde bu konuyla ilgili olarak yer alan temel hükümler doğrultusunda yorum yapılacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, "Adalet hizmetlerinin denetimi " kenar başlıklı (5982 sayılı kanunla değişik) 144'üncü maddesine göre; "Adalet hizmetleri ile savcılarının idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 82'nci maddesine göre; "Hâkim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.

Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle yaptırılabilir.

Soruşturma ile görevlendirilen hâkim ve savcılar, adalet müfettişlerinin 101'inci maddedeki yetkilerini haizdirler."

Kanunun 83'üncü maddesine göre; "Adalet müfettişlerinin denetim veya soruşturma sırasında öğrendikleri ve gecikmesinde sakınca bulunan konuların soruşturması için önceden izin alınması gerekmez. Ancak, durum hemen Adalet Bakanlığına bildirilir"

6087 sayılı Yasanın 9. Maddesine göre Dairelerin görevleri:

“(2) İkinci Dairenin görevleri şunlardır:

a) Hâkim ve savcılarını; (1-)

2- Görevlerinden dolayı veya görevleri sırasındaki suç soruşturması ile disiplin soruşturma ve kovuşturması sonucu hakkında karar vermek,

3- Disiplin veya suç soruşturma ve kovuşturması nedeniyle geçici yetkiyle yer değiştirmesine veya görevden uzaklaştırılmasına karar vermek,

.....

(3) Üçüncü Dairenin görevleri şunlardır:

.....

c) Hâkim ve savcılar hakkındaki ihbar ve şikâyetleri inceleyip gereğini yapmak.

ç) Hâkim ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını Kurul müfettişleri veya müfettiş yetkilerini haiz kıdemli hâkim veya savcı eliyle araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri için teklifte bulunmak.”

6087 sayılı Yasanın 17. maddesine göre müfettişlerin görev ve yetkileri:

“(1) Kurul müfettişlerinin görev ve yetkileri şunlardır:

a) Hâkim ve savcılarının görevlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetlemek.

b) Hâkim ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma yapmak.

(2) Kurul müfettişleri bu görevlerini yerine getirirken;

a) Yapacakları araştırma, inceleme ve soruşturmalarda, lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinleyebilir, gerektiğinde istinabe yoluna başvurabilir, sübut delilleri ile gereken bilgileri kamu kurum, kurul ve kuruluşlarındandandıktan toplayabilir.

b) Yapacakları inceleme ve soruşturmalarda bu Kanunda verilen yetkilere ilave olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre işlem yapabilir; kanunlarda kendilerine ve Cumhuriyet savcısına, soruşturmanın yürütülmesiyle ilgili tanınan tüm yetkileri kullanabilir. 5271 sayılı Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hâllere ilişkin olmak üzere Cumhuriyet savcısına tanınan yetkiler bu hükmün dışındadır.

(3) Kurul müfettişlerince yapılacak denetim, araştırma, inceleme ve soruşturmalarda ilgili kuruluş ve kişiler istenecek her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdürler.”

2802 sayılı Yasa ve 6087 sayılı Yasa, 4483 sayılı Yasa'dan farklı olarak, yalnızca soruşturma için yetkili merciden izin alınması sistemini benimsememiş, soruşturulduktan sonra da kovuşturma için yetkili merciden izin alınması usulünü benimsemiştir. Ayrıca, kovuşturma izninden sonra son soruşturmaya (kovuşturma evresine) geçilip geçilmeyeceği konusunda ağır ceza mahkemesi tarafından karar verilmesi gerekmektedir.

6087 sayılı Kanundaki düzenlemelere göre hakim ve C. Savcılarının soruşturulmasıyla ilgili süreç genel olarak şu şekilde yürüyecektir:

1- İhbar ve şikayetler Yüksek Kurulun 3. Dairesi tarafından değerlendirilip; ihbarın asılsız, dayanaksız olduğu veya isnat edilen eylemin suç oluşturmadığı anlaşılırsa, “işleme koymama kararı” verilir.

2- İhbarın işleme konulması kararı verilirse; inceleme yapılması için Kurul başkanından izin isteminde bulunulur; izin verildiği takdirde görevlendirilen muhakkik hakim, C. Savcısı veya kurul müfettişi tarafından inceleme yapılarak, hakkında inceleme yapılanın ifadesine başvurulmaksızın delil toplanıp, soruşturmaya gerek olup olmadığı yolundaki görüşle birlikte rapor Üçüncü Daireye sunulur.

Üçüncü Daire, inceleme sonucuna göre, soruşturmaya gerek görmezse; “soruşturma yapılmasına yer olmadığına” karar verir.

Üçüncü Daire, soruşturma yapılması gerektiği kanısına varırsa; soruşturma izni istenilmesi kararı ile dosyayı Kurul Başkanına sunar. Kurul Başkanı soruşturma izni vermediği takdirde soruşturma açılmaz.

3- Kurul Başkanı soruşturma izni verirse; görevlendirilen müfettiş veya muhakkik tarafından ‘suç soruşturması’ yapılır. İzin ile birlikte soruşturma evresi de başlamış olmaktadır. Soruşturma sırasında soruşturulan hakim veya C. Savcısının ifadesine başvurulur, koruma tedbirleri dahil tüm soruşturma işlemleri gerçekleştirilir. Soruşturma sonucunda dosya kovuşturma izni konusundaki görüşle birlikte 2. Daireye gönderilir.

4- İkinci Daire yapacağı inceleme sonunda; eylemin kovuşturmayı gerektirir nitelikte görülmemesi halinde, işlem den kaldırma kararı verilecektir.

İkinci Dairenin yaptığı inceleme sonunda; eylemin kovuşturmayı gerektirdiği kanaatine varılması halinde, kovuşturma izni vererek, gereği için dosyayı ilgili C. başsavcılığına gönderir.

5- Kovuşturma izni ile dosya kendisine gönderilen C. Başsavcısı 5 gün içerisinde iddianame düzenleyip, o yer ağır ceza mahkemesine sunar.

6- Ağır ceza mahkemesi iddianameyi tebliğ ederek yapacağı inceleme sonunda soruşturmanın açılmasına ya da açılmasına yer olmadığına karar verir. Son soruşturmanın açılması kararı ile birlikte dosya yetkili ve görevli mahkemeye gönderilir⁴³⁹.

Hakim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma Hakimler ve Savcılar Kanunu 93. madde gereği ilgilinin yargı çevresinin bağlı olduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi ve başsavcılığı tarafından yapılır. 94. maddeye göre ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hallerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır. 95. maddeye göre de hakim ve savcılar hakkındaki davalar acele işlerden sayılır. Yasadan kaynaklanmadıkça bu davalar üç aydan fazla devam edemez. Cumhuriyet savcıları bu tür dava ve aşamalarını her duruşmadan sonra Bakanlığa bildirir.

Görüldüğü gibi hakim ve savcılar hakkında kişisel suçları ve görev suçları nedeniyle açılan davalarda bazı özel yöntemler benimsenmiştir. Amaç hakim ve savcılar hakkında açılan davaların bir an önce sonuçlanarak baskı altında olmadan karar vermelerini sağlamaktır.

2.3.3 Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu⁴⁴⁰ (Tazminat Hukuku Bakımından)

⁴³⁹ Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa. Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 831-834.

⁴⁴⁰ 6100 sayılı Kanun'un İlgili Maddesi :

Hâkimin Hukuki Sorumluluğu

Devletin sorumluluğu ve rücu

MADDE 46- (1) Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:

a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması.

ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması.

d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması.

e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.

(2) Tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamaz.

İdare hukukunda genel olarak memurların eylemlerinden doğan zararlardan devlet sorumlu iken 1086 sayılı Yasa döneminde hakimler yargı görevini yerine getirirken verdikleri zarardan doğrudan kendileri sorumlu idiler. Hakimi yargısal faaliyetleri nedeniyle verdiği zarardan dolayı birinci derece sorumlu tutmak, onu her eylem ve işleminden veya hafif kusurundan sorumlu tutmak, hakimi ürkerek ve korkarak karar verme durumuna getireceği gibi bazı durumlarda taraflı hale getirebilir. Bu sebeple hakimler genel olarak sadece ağır ihmal veya kasıtlı oldukları hallerde sorumlu tutulmuşlardır. Bunun bir diğer nedeni ise hakimin kararlarına karşı yargı yollarının açık olmasıdır.⁴⁴¹

Hakimler yargısal kararları nedeniyle sorumlu olmasalar da kararları nedeniyle tarafları zarara uğratmaları da söz konusu olabilmektedir. Bu zararlardan dolayı hakimlerin sorumluluğunu kabul eden ve etmeyen görüşler bulunmaktadır. Kabul eden görüşlere göre, ceza ve disiplin sorumlulukları kabul edilen hakimlerin hukuki sorumluluklarının kabul edilmesinin normal olduğu, hakimlerin ağır kusur veya kasıtları nedeniyle başkalarına zarar vermelerinin bir yaptırımının olması gerektiği savunulmaktadır. Öte yandan bu görüşe göre hakim idarenin bir görevlisi olmadığından sorumluluk davası idareye karşı açılmaz. Ancak çok ağır kusur veya kasit halinde doğrudan kendilerine karşı açılabilir.⁴⁴² Kabul etmeyen görüşlere göre ise, hakimin verdiği kararlara karşı yargı yolları bulunmaktadır. Doğrudan hakime

(3) Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder.

1086 sayılı HUMK'un İlgili Maddesi:

MADDE 573 - Hakim ve icra reisi aleyhine aşağıda yazılan sebeplere binaen tazminat davası ikame olunabilir:

1 - İki taraftan birini tesahüp ve iltizam veya garez ve nefsanîyet dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adalete mugayir bir hüküm ve karar verilmiş olması,

2 - Kabilî tevîl ve izah olmayacak surette vazîh ve sarahatî katiyeî kanunîyeye mugayir karar verilmiş olması,

3 - Muhakeme zabıtnamesinde mevcut olmıyan sebebe binayı hükmedilmiş olması,

4 - Muhakeme zabıtnameleriyle kararların tağyir ve tahrif edilmiş ve söylenmiyen bir sözün hüküm ve karara müessir olacak surette söylenmiş gibi gösterilmiş olması,

5 - İta veya temin veya vadolunan menfaat dolayısıyla mugayiri kanun hüküm verilmiş olması,

6 - İhkakî haktan istinkaf olunması,

7 - (Ek: 14/12/1929 - 1539/1 md.) Memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makbul bir sebep olmaksızın yapılmaması.

⁴⁴¹ Pekcanitez/Atalay/ Özekes, s. 123.

⁴⁴² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Aydınalp, Sezai, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 82 vd; Kılıçoğlu, Ahmet, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD, Cilt: 30, Sayı: 1-4, s. 232 vd. Ankara 1973; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt: 1, 3. Bası, s. 96, İstanbul 1984; Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1985, s. 69; Doğanay, İsmail, Yargıtay Başkan ve Üyeleri Aleyhine Doğrudan Doğruya Hukuki Sorumluluk Davası Açılmaz mı? Prof. Dr. Ernest E. Hirsch Armağanı, Ankara 1986, s. 676 vd.

dava açılmasının kabul edilmesi halinde hakim kuşku ve tedirginlik içinde karar vermek durumunda kalacak, kendisine karşı açılacak sayısız sorumluluk davası nedeniyle yargılama görevini yerine getirmesi olumsuz etkilenecek, hakimin sağlıklı ve huzurlu yargılama yapabilmesi ortadan kalkabilecektir.⁴⁴³

Hakimlik Mesleğine İlişkin Avrupa Tüzüğü'nün 5.2 nolu paragrafına göre hakimlerin hukuki sorumluluğu için;

- a) “Büyük ve kabul edilemez ihmaller” söz konusu olmalıdır.
- b) Bağımsız bir otorite ön inceleme yaparak bir ön karar vermelidir.
- c) Yasal süreç olmalıdır. Yani yasal bir dayanağı olmalıdır.
- d) Devlete karşı tazminat davası açılmalıdır.

CCJE, bu konuda daha da ileri giderek, büyük ve kabul edilemez ihmal kavramının uygulanmasının zor olacağını gözetilmesi gerektiğini; devletin rücu etme durumu olacaksa, hakimin iddia ile yakından ilgilenmesi zorunluluğunun doğacağını belirtmektedir. CCJE'nin görüşüne göre; yargısal fonksiyonun kullanımına ilişkin iddialar kapsamında, bir hakime ne şekilde olursa olsun, devlet tarafından rücu edilmesi yoluyla bile, sivil/hukuki sorumluluk yüklenmesi, uygun değildir (bilerek yapılan hatalar hariç).

CCJE'nin 3 numaralı görüşüne göre;

- a) Hakimlerin yargısal hatalarının telafisi uygun itiraz/temyiz sistemlerinde yatar.
- b) Yargı idaresine ilişkin diğer hataların (örneğin aşırı gecikme) telafisi sadece devlet tarafından mümkündür.
- c) Yargısal fonksiyonun kullanımına ilişkin iddialar kapsamında, bir hakime ne şekilde olursa olsun, devlet tarafından rücu edilmesi yoluyla bile, kişisel sorumluluk yüklenmesi uygun değildir (bilerek yapılan hatalar hariç)⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Ayrıntılı bilgi için bakınız; Aydınalp, s. 81 vd; Kılıçoğlu, s. 233; Üstündağ, s. 97; Postacıoğlu, s. 69.

⁴⁴⁴ Dursun, s. 39 vd.

6100 sayılı HMK'nın 46. Maddesinde hâkimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı devletin sorumluluğu düzenlenmiştir⁴⁴⁵. Bu hükme göre, hakimlerin eylemlerinden dolayı Devletin sorumlu olduğu haller şunlardır⁴⁴⁶;

1. *Kayıрма veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması*: Hakimın taraflardan biri lehine veya diğeri aleyhine karar vermiş olması, bu kararın birini kayırma, tutma veya garez ve kin dolayısıyla verilmiş olması, kararın kanuna ve adalete aykırı olması gerekir⁴⁴⁷. Hâkimin taraflardan biriyle dost ya da düşman olması sorumluluğu için yeterli olmayıp, bu saikle hukuka aykırı karar vermiş olması gerekir⁴⁴⁸.

2. *Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması*: Bu bendin uygulanabilmesi için vaat edilen veya verilen menfaatin her türlü delille kanıtlanması gerekir. Menfaat kanıtlandıktan sonra hükmün kanuna aykırılığı sorumluluk için yeterlidir.⁴⁴⁹ Tüm sorumluluk hallerinde

⁴⁴⁵ Hakimlerin hakimlik görevini yaparken yargısal faaliyetleri nedeniyle vermiş oldukları zarar için açılacak tazminat davasını 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) 583 ila 576. maddeleri düzenlemekte idi. Hakimlerin idari faaliyetlerinden doğan zarar için açılacak davalarda bu hükümler uygulanmamakta idi. Hakimlerin idari faaliyetlerinden doğan zarar için hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlığı'na karşı dava açılabileceği kabul edilmektedir. Uğranılan zarar, hakimın kişisel kusurundan kaynaklanıyorsa hakime karşı haksız fiil hükümlerine göre adliye mahkemelerinde dava açılacaktır. (Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 925)

Hakimlerin devlet tarafından atanmaları, bir kamu görevini yerine getirmeleri ve adalet hizmetinin devlet adına yapılması acaba hakimlerin mali sorumluluğunu gerektirecek davranışlarından dolayı devletin sorumlu olmasını gerektirecek midir? Bazı görüşlere göre devlet ikinci derece sorumludur. Diğer görüş ise yargı fonksiyonunun gereği gibi yerine getirilmemesinde devletin sorumluluğunun olmayacağı yönündedir. Bu görüşe göre Devlet yargı fonksiyonu nedeniyle sorumlu değildir.

Hakimlerin kişisel sorumlulukları ise onların bağımsız ve güvence içinde görev yapabilmeleri için özel bir rejime tabi tutulmak zorundadır. (Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, 3. Bası, İstanbul 2003, s. 51.)

Her ne kadar yargı dağıtımı Devlet adına olsa da yargı organları ile Devlet arasında doğrudan bir sorumluluk, idare hukukunda olduğu gibi hiyerarşik bir ilişki yoktur. Hakimler yargısal faaliyetlerinde tamamen bağımsız olduklarından, hukuken bu statüleri nedeniyle devletin sorumlu olmayacağı kabul edilmekteydi. Yargıtay da bu görüşü benimsemişti. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 15.10.2001 tarih, 5383/9440 sayılı kararında ; hakimın idari faaliyetleri nedeniyle Adalet Bakanlığı'na karşı idare mahkemesine dava açılabilmesine ilişkin görüşün kabulü hakimın bağımsızlığı ilkesine aykırıdır diyerek hakimın idari faaliyetleri nedeniyle dahi sorumluluğun devlete ait olmadığına karar vermiştir. Hakimlerin hakimlik görevini yaparken yargısal faaliyetleri nedeniyle vermiş oldukları zarar için ancak HUMK 573. maddesinde sayılan hallerde ve 573-576 maddesi hükümlerine göre hakime karşı tazminat davası açılabilir. (Kuru, C: 4, s. 3943)

⁴⁴⁶ Pekcanitez/Atalay/ Özekes, s. 123 vd.

⁴⁴⁷ Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Yıldırım, Nevhis Deren, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, İstanbul 2006, s. 51.

⁴⁴⁸ Kılıçoğlu, s. 243.

⁴⁴⁹ Üstündağ, s. 112.

olduğu gibi, burada da hakimle ilgili menfaat temin ettiği veya kendisine menfaat vadedildiğinin bir hüküm ile tespit edilmesi zorunludur.

3. *Farklı bir anlam klenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması*: Bu bent hükmünün uygulanabilmesi için ayrıca hakimın kasıtlı davrandığını kanıtlamaya gerek yoktur⁴⁵⁰.

Yürürlükteki bir kanunun uygulanması o kanunun doğru anlaşılıp yorumlanmasına bağlıdır. Kanunlarda ister istemez genel terimler kullanılmak zorundadır. Kanunların açık hükümlerinin ne anlama geldiğinin açıklanması hakimın görevidir. Hakim bir kanun hükmünü nasıl anladığını verdiği karar ve hükümlerin gerekçesinde açıklar. Hakim yorum yaparken yasanın açık metnine aykırı hareket edemez⁴⁵¹. Örneğin 6100 sayılı HMK'nın 12. Maddesi, taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetki kuralı belirlenmiş ve bu yetkinin kesin yetki olduğu açıkça gösterilmiştir, hakim bu hükme karşın, taşınmazın aynına ilişkin olan bir davayı taşınmazın bulunduğu yerden başka bir yerde bakarsa bu durumda "*Farklı bir anlam klenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı*" karar vermiş olacaktır.

Hakimin görev ve yetki alanı içinde kalan bir konuda yasada sayılan gerekçeleri sayarak verdiği ara kararı nedeniyle sorumluluğunu kabul etmek mümkün değildir. Gerekçenin yetersiz olması sorumluluğu için yeterli kabul edilemez.

3. *Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması*: Sözlü yargılamanın işleyişi ancak tutanakla kanıtlanabileceğinden hakim aslında duruşmada söylenmiş ancak tutanağa geçmemiş bir hususa dayanarak karar verse bile sorumlu olacaktır.⁴⁵² Hakim tutanağa geçirilmemiş bir olaya dayanarak hüküm verdikten sonra, hükme esas aldığı olayın gerçekte duruşma sırasında meydana gelmiş olduğunu kanıtlamış olsa bile sorumluluktan kurtulamaz.⁴⁵³

Duruşma sırasında sunulan ve tutanağa işlenen her türlü belge de duruşma tutanağının bir parçası olarak kabul edilmektedir.⁴⁵⁴ Duruşma tutanağında yazılı olan

⁴⁵⁰ Bilge, nen, s. 100.

⁴⁵¹ Aydınalp, s. 115 vd.

⁴⁵² Kuru, Cilt:4, s. 3944.

⁴⁵³ Kılıçoğlu, s. 245.

⁴⁵⁴ stndağ, s. 112.

ve taraflardan alındığı belirtilen belgelerin içeriği de duruşma tutanağı hükmündedir.⁴⁵⁵

4. Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması: Bu bende dayanarak bir sorumluluk davası açılabilmesi için öncelikle duruşma tutanağının doğru olmadığı, değiştirildiği veya bozulduğu ya da söylenmemiş sözün söylenmiş gibi işlendiği hususlarının kanıtlanmış olması gerekir. Dolayısıyla açılacak bir sahtelik davasının mahkumiyetle sonuçlanmış olması gerekir⁴⁵⁶.

Duruşma ve keşiflerde hakim, tarafların, tanık ve bilirkişilerin beyanlarını, esas anlamları değişmeyecek şekilde tutanağa yazdırır. Hakim tutanağı yazdırırken beyanları, karar ve hükmü etkileyecek biçimde değiştirmesi veya söylenmemiş beyanların söylenmiş gibi yazdırması halinde sorumlu olacaktır⁴⁵⁷. Örneğin gerçeğe aykırı ikrar, sulh, kabul, feragat gibi sonucu etkileyici beyanları tutanağa yazdırması veya önemli bir konudaki beyanı (gördüm yerine görmedim biçiminde) söylenenin aksine yazdırması halinde sorumlu olur.

5. Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması: Hangi durumda hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olduğu kanunda sayılmıştır. Buna göre; kanunen kabul edilmesi gereken dilekçeyi herhangi bir neden göstermeden reddetmek, bakılabilecek durumdaki bir davayı sırası geldiği halde yersiz ve oyalayıcı beyanlarla veya kasıtlı olarak bekletmek veya devam etmemek hakkın yerine getirilmesinden kaçınma olarak belirtilmiştir⁴⁵⁸.

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. Hakimin bir dava dilekçesini sebepsiz reddetmesi, gerçek olmayan bahanelerle davayı sürüncemede bırakması hakkı yerine getirmekten kaçınmadır⁴⁵⁹. Bu sorumluluk nedenine dayanarak dava açılabilmesi için hakime noter aracılığıyla bir ihtarname

⁴⁵⁵ Aydınalp, s. 132.

⁴⁵⁶ Bilge/ Önen, s. 101.

⁴⁵⁷ Aydınalp, s. 133 vd.

⁴⁵⁸ Bilge/Önen, s. 102.

⁴⁵⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 124.

gönderilmelidir. Bu ihtar sonuçsuz kalırsa dava açılabilceğinden ihtar bu dava bakımından özel bir dava şartı niteliğindedir.⁴⁶⁰

Bu bentteki ihkakı haktan kaçınmadan kastedilen bir hakkın ilgisine verilmesinden kaçınma, hüküm vermekten, görev yapmaktan kaçınma hali söz konusudur⁴⁶¹.

Bu hükümler göstermektedir ki hakimlerin hukuki sorumluluğu diğer memurlardan daha özel ve ağır koşullara bağlanmıştır. Aksi halde hakimler tam bağımsızlık içinde karar veremezler⁴⁶². HMK'nın 46.maddesinde öngörülen sorumluluk durumlarının hemen hepsinin suç oluşturan eylemler ve kişisel kusurlardan ibaret olduğu görülmektedir⁴⁶³.

HMK'nın 46. maddesi hükmü ile, 1086 sayılı Kanunun 573–576 ncı maddelerinde düzenlenen hâkimin kusurlu davranışlarından, ilk etapta Devletin sorumlu tutulamayacağı, hâkimin şahsen sorumlu tutulması gerektiği yönündeki esastan ayrılmış ve karşılaştırmalı hukuk da nazara alınarak, hâkimin yargılama faaliyeti esnasında vermiş olduğu zararlardan, ilk plânda Devlete karşı tazminat davası açılması esası kabul edilmiştir. Devlet, daha sonra kusurlu hâkime rücu edebilecektir. Böyle bir düzenleme ile hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin durum, idarenin memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri eylem ve yaptıkları işlemlerden birinci derecede Devleti sorumlu tutan ve daha sonra da Devletin sorumlu kişiye rücu etmesini kabul eden, Anayasanın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası hükmüne de uygundur.

Hakimin eyleminden dolayı Devlete karşı açılacak tazminat davası haksız fiilden dolayı tazminat davasına çok benzediğinden, Devlete bu nedenle tazminat davası açılabilmesi için, davacının hakimin fiilinden dolayı bir zarar görmüş olması, hakimin fiilinin hukuka uygun olmaması ve bu zarar ile hakimin fiili arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.⁴⁶⁴ Hakimlerin eylemlerinden dolayı Devletin sorumluluğu ise kusura dayalı sorumluluktur. Sorumluluk hukuku açısından kusur, kasıt ve ihmal olarak ikiye ayrılır. Buradaki ihmal ağır ihmal olarak

⁴⁶⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 52.

⁴⁶¹ Aydınalp, s. 136 vd.

⁴⁶² Postacıoğlu, s. 69.

⁴⁶³ Aydınalp, Sezai, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 232.

⁴⁶⁴ Bilge/ Önen, s. 103.

anlaşılmalıdır.⁴⁶⁵ Hâkimin kasti olmayan pek hafif ihmalinden Devletin sorumlu olduğunu kabul etmek kanunun amacı ve lafzı ile bağdaşmaz.⁴⁶⁶

Hâkimin eylemi nedeniyle Devletin sorumluluğunun kusur yanında bir başka koşulu hâkimini kusurlu eylemi ile bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. Sorumluluk hukukunda bir zarar yoksa tazminat da olmaz⁴⁶⁷. Ancak bir zararın olmaması hâkimin disiplin ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zarar tazminat hukuku açısından sorumlulukta aranan bir koşuldur.

Hâkimin eyleminden dolayı Devletin sorumluluğunun bir diğer koşulu ise sorumluluk hukukunun temel kurallarından olan zarar ve kusur arasındaki manevi bağı ifade eden uygun illiyet bağının da mutlaka bulunması gerektirir.⁴⁶⁸

HMK'nın 47. Maddesine göre, hakimin kusuru nedeniyle Devlet aleyhine açılacak 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, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinde, Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevlerini sayarken; "...ilk mahkeme olarak özel dairelerce verilen hüküm ve kararların temyiz ve itiraz yoluyla incelemesini yapmak" diyerek temyiz incelemesinin Hukuk Genel Kurulu'nda yapılacağını hükme bağlamıştır.

Cumhuriyet savcılarının idari görev yapması ve maddede genellikle karardan söz etmesi nedeniyle madde kapsamında olmadığı ve savcılarının idari faaliyetlerinden dolayı hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlığı'na karşı dava açılabileceği kabul

⁴⁶⁵ Aydınalp, s. 147.

⁴⁶⁶ Postacıoğlu, s. 69.

⁴⁶⁷ Kılıçoğlu, s. 250.

⁴⁶⁸ Aydınalp, s. 154.

edilmektedir⁴⁶⁹. Bu görüş savcılarının faaliyetlerinin adli değil idari olması ilkesinden hareket etmektedir⁴⁷⁰.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 13. maddesinde Yargıtay'ın görevlerini sayarken; "Yargıtay başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ve özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak" diyerek, Yargıtay üyeleri ile ilgili davaların Yargıtay ilgili dairesinde görüleceğini hükme bağlamıştır. HMK'nın 47. ve 2797 sayılı Kanun'un 15. maddesine göre; Yargıtay üyelerinin yargılamasını Hukuk Genel Kurulu yapacaktır.

Yargıtay Kanunu, Yargıtay üyeleri hakkında açılacak davalara bakacak mercii göstermiş, ancak onların hangi hallerde sorumlu tutulacaklarını özel olarak tespit etmemiş ve diğer hakimler hakkındaki kurallara da gönderme yapmamıştır. Bu durumda Yargıtay üyelerinin hangi durumda sorumluluk davasıyla karşı karşıya kalacağı hususu, kanaatimizce HMK'nın 47. maddesi ile birlikte değerlendirilecek olan anılan Kanun'un 46. Maddesine göre belirlenecektir. Çünkü HMK'nın 47. Maddesinde, davaların açılacağı mahkeme gösterilirken, Yargıtay üyeleri diğer hakimlerden ayrılmayarak, aynı usule göre eylemlerinden dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılacağı kabul olunmuştur. Ayrıca HMK'nın 46. maddesi gerekçesinde de bu hususa açıkça değinilmiş ve "*Hükümde geçen "hâkim" kavramı, genel anlamda kullanılmıştır. Buna, yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler dahildir. Örneğin, ilk derece mahkemesi hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, keza ceza mahkemesi hâkimleri de buraya dahildir.*" biçiminde açıklama yapılarak tartışmalara son verilmiştir.

Hakimlerin kişisel sorumluluğunda, yargı yetkisinin özellikleri özel bir sorumluluk düzeninin uygulanmasını zorunlu kılar. Zira yargı görevinin bağımsızlık ve tarafsızlık içinde aksatılmadan yerine getirilmesi esastır. Gerçekten onların diğer devlet memurlarınının tabi oldukları sorumluluk esaslarına bağlanmaları yaptıkları her işlemin aleyhlerine bir tazminat davasına yol açacağını düşünmelerine ve bunun sonucu olarak karar verirken tereddüt içinde kalmalarına yol açabilir. Şu husus belirtilmelidir ki, adaletin gerçekleşmesi hakim hakkında sorumsuzluk müessesesinin

⁴⁶⁹ Kuru, Cilt: 4, s. 3493.

⁴⁷⁰ Bilge/ Önen, s. 99.

kabulünü gerektirmez. Hakimler verdikleri kararlardan dolayı ilke olarak sorumlu tutulamayacakları esas olmakla beraber ceza hukuku açısından sorumlu olan hakimlerin hukuki sorumluluklarının benimsenmesi de hukuk mantığının zorunlu sonucudur. HMK bu düşüncelerin ışığı altında hakimin bağımsızlığı kadar tarafsızlığını da güvence altına almak amacıyla onun hukuki sorumluluğunu sınırlı hallerde kabul etmiş ve aynı zamanda sorumluluğunun tespitini özel bir usule tabi tutmuştur. Uygar ülkelerde hakimlerin hukuki sorumlulukları sınırlı ve belirli hallerde kabul edilmiş, bazı memleketlerde genel hukuk kurallarına göre hatalarından dolayı sorumlu tutulmuşlardır. Fransa'da önceleri hile nedeniyle sebep olunan zararlardan sorumluluk esası benimsenmişken 7.2.1973 günlü kanunla ağır kusurdan sorumluluk esası benimsenmiş ve bu halde Devletin de sorumluluğu kabul edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, 18.11.2009 tarih, 2/3 sayılı bir başka kararında⁴⁷¹; görevle ilgili bir suçtan dolayı cezai sorumluluğuna karar verilmeden bir Yargıtay üyesi hakkında tazminat davası açılmayacağını, HUMK'daki hakimlerin sorumluluğu ile ilgili düzenlemelerin Yargıtay üyelerini kapsamayacağını, Yargıtay Tetkik Hakimlerinin ise hukuki sorumluluk açısından il asliye hukuk hakimlerinin tabi olduğu usule tabi olduklarını, bu nedenle de haklarında hukuki sorumluluğu dayalı olarak açılan davaya Yargıtay ilgili dairesi tarafından bakılması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay'ın bu görüşüne karşılık doktrinde bazı yazarlar, hâkimlerin 2802 sayılı Kanun gereği dört sınıfa ayrıldığı, Yargıtay üyelerinin de birinci sınıf hakim olduğu bu nedenle istisna sayılamayacağı görüşündedirler⁴⁷².

Yargıtay'ın Yargıtay üyelerinin hukuki sorumluluğu için daha önce Yüce Divan tarafından cezai yönden sorumlu tutulmalarının gerekli olduğu görüşüne de doktrin de bazı yazarlar karşı çıkmaktadır. Bir Yargıtay üyesinin hukuki sorumluluğu önceden ceza davasında mahkum edilmiş olması ön şartına bağlanmış olmaktadır. Bu durumda da görevle ilgili bir suçtan dolayı aleyhinde karar verilmemiş bir Yargıtay üyesinin hukuki sorumluluğu söz konusu olamayacaktır. Halbuki hukuki sorumluluk, genel olarak cezai yönden sorumlu olmayı ve mahkum edilmiş olmayı zorunlu kılmaz. Bu nedenle Yargıtay üyeleri de birer hakim olduğundan ve onlar hakkında

⁴⁷¹ Yargıtay Kararlar Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 3, s. 380 vd.

⁴⁷² Kuru, cilt: 4, s. 3960, Bilge/ Önen, s. 106 vd.

kanunlarımızda ayrıcalık gösteren hükümler olmadığından, hukuki sorumluluk sebepleri yönünden HUMK 573. maddeye tabi olmalıdırlar. Sadece yargılanacakları merci bakımından farklı hükümler bulunmaktadır⁴⁷³.

9/2/2011 tarih ve 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 12. maddesi ile 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa 93 üncü maddeden sonra gelmek üzere eklenen 93/A maddesiyle ve 12/01/2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “davaların açılacağı mahkeme” kenar başlıklı 47. maddesinde yüksek yargı mensuplarının yargılanması ile ilgili olarak açılacak davaların ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılacağı ve bu Kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesinin ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılacağı düzenlenmiştir.

Ne var ki, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 387 kişiden oluştuğu düşünüldüğünde, bu kurulun temyiz incelemesini yapmasının uygulamada çok büyük zorluklara yol açacağı aşikârdır. Bu nedenle, kanunda öngörülen bu temyiz yolunun daha işler hale getirilmesinde de büyük yarar bulunmaktadır.

Öte yandan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararlarının temyizinde 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 7. maddesinin son fıkrasının uygulanarak, hukuki engeli olmayan ceza dairelerinin diğer başkanları ile her daireden en az ikişer üyenin katılmasıyla oluşan heyet tarafından evrak üzerinde inceleme yapılarak kesin olarak karara bağlanacağı yönünde bir düzenlemesi olmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararlarının temyizinde farklı bir yol öngörülmesi kendi içerisinde de çelişki oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 47. maddesine temyiz incelemesinde duruşma yapılamayacağı belirtilmediği gibi verilecek kararın kesin olduğu da açık değildir.

Öyle ise Hukuk ve Ceza Genel Kurulu kararlarının temyizinde farklı usullerin doğurduğu bu sakıncaların ortadan kaldırılması için benzer düzenlemelere ihtiyaç vardır. Yapılacak düzenleme ile Hukuk ve Ceza Genel Kurulları, hukuki engeli olmayan ilgili dairelerinin diğer başkanları ile üyelerinden oluşan yeni bir heyet

⁴⁷³ Bilge/ Önen, s. 108.

tarafından evrak üzerinde inceleme yapılacağı belirtilerek duruşma yapılmayacağı ve kesin olarak karar verileceğinden söz edilerek verilen karara karşı direnme kararı verilemeyeceği hüküm altına alınarak sorun çözülebilir.

Yukarıdaki açıklamalar, hakimlerin HMK'nın 46. maddesi gereğince açılan davalar içindir. Hakimlerin görevle ilgili olmayan kişisel eylemlerinden dolayı açılacak davalar, genel hükümlere ve HMK'nın 2. Maddesine göre Asliye Hukuk Mahkemesinde görülecektir.

Yargıtay, yargısal faaliyet kapsamında genel olarak temyiz incelemesi yapan, bazı durumlarda ise ilk derece yargılaması da yapan yüksek mahkemedir. Yargıtay Kanunu'na göre yargısal faaliyetin bir parçası olan temyiz incelemesinde tetkik hâkimleri dosyayı incelemekle yükümlüdür. Dosya hakkında kararı Yargıtay üyeleri vermektedir. Öte yandan tetkik hâkimlerinin, unvan olarak Yargıtay Üyesi olmasalar da, yaptıkları görev Yargıtay'ın görev alanı ile ilgili yargısal faaliyettir. Bu nedenle tetkik hâkimlerinin yargısal faaliyet olarak temyiz faaliyetinin içinde bulunup, hukuksal koruma bakımından yüksek mahkeme üyelerinden ayrılması kanımca yanlıştır. Yüksek mahkeme üyelerinin anılan durumlarının yaptıkları faaliyetlerden değil yüksek mahkeme üyesi olmalarından kaynaklandığının kabulü doğru değildir. Ayrıca karar verme konumunda olmayan tetkik hakimlerinin karar verme yetki ve sorumluluğu olan üyelere göre daha az güvence anlamına gelebilecek böyle bir yoruma katılmak mümkün değildir.

Yargıtay üyelerinin HUMK 573. maddesinde belirtilmediği için hukuki sorumluluk yönünden madde kapsamı dışında olması gerektiği görüşünün kabul edilmesi durumunda maddede sayılanların sınırlı sayıda olması gerektiği sonucuna varılması gerekir. Bu durumda da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından maddede yazılmayan ağır ceza hakimleri ile il asliye ceza hakimlerinin bu kapsama dahil edilmesi işin özünde bir çelişki oluşturmaktadır.

Anayasada yasama ve yargı faaliyeti yapanların kusurlarından sorumlulukları konusunun düzenlenmemesi onların doğrudan sorumlu olmaları gerektiği anlamına gelmemelidir. Anayasa özellikle yürütmenin her türlü işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olduğunu belirtirken mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik

teminatını kabul etmiştir. Bir hâkimin sürekli tazminat davası baskısı altında tutulması hakimlik güvencesiyle bağdaşmaz. Bu nedenle hakimlik teminatı ve mahkemelerin bağımsızlığı ile yasama dokunulmazlığı bu işlevlerin görevlerini rahat yapmaları ilkesinden hareket etmektedir. Hakimin yanlı karar vermesi gibi son derece subjektif bir değerlendirmeyle dava baskısı altına alınması mümkündür. Hakimleri koruma ve sanki yüceltme amacı güden aslında hakimi herhangi bir devlet memuru kadar bile güvence altına almayan, korumasız bırakan bu anlayış Anayasada belirtilen mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi ilkeleriyle bağdaşmaz.

Yeni HMK'ya göre, 1086 sayılı kanundaki hakimin kusurlu davranışından dolayı doğrudan sorumlu tutulması esasından ayrılmış ve karşılaştırmalı hukuk da nazara alınarak, hakimin yargılama faaliyeti esnasında vermiş olduğu zararlardan ilk planda Devlete karşı tazminat davası açılması esası benimsenmiştir. Devlet daha sonra kusurlu hakime rücu edebilecektir. Bu düzenleme Anayasanın 129. maddesine de uygundur. Hükümde geçen hakim kavramı içine yargı yetkisi kullanan tüm hakimler girmektedir. İlk derece hakimleri, Yargıtay ve Danıştay başkan ve üyeleri, ceza hakimleri de bu kapsamdadır. Tazminat nedenleri arasında HUMK 573. maddenin (7) numaralı bendine yer verilmemiştir. Zira hakimlere emir ve talimat verilemez. Maddenin ikinci fıkrasına göre de eğer, zarar gören hukuki yollarla durumu düzeltme imkanına sahip ise tazminat isteyemez⁴⁷⁴. Mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından getirilen bu yeni düzenleme yerinde olmuştur.

⁴⁷⁴ HMK Tasarısı, s. 169.

3. BÖLÜM

3. TAZMİNATIN KAYNAKLARI

Haksız tutuklanana tazminat verilmesi ilk olarak 1862 yılında Belçika tarafında teklif edilmiştir. İlk yasayı ise 1884 yılında Portekiz kabul etmiştir. Daha sonra 1886 yılında İsveç, 1887 yılında Norveç, 1888 yılında Danimarka, 1892 yılında Avusturya ve 1898 yılında ise Almanya hukuk sistemlerinde bu konu yasal düzenleme olarak yerini almıştır⁴⁷⁵.

1953 yılında Roma’da toplanan uluslararası ceza hukuku kongresinde haksız tutuklanana açık hata halinde tutuklanmanın yersiz olduğunun anlaşılması halinde Devletin tazminat ödemesi tavsiye edilmiştir⁴⁷⁶.

Hukukumuzda ilk olarak 1961 Anayasası ile konu düzenlenmiştir.

1982 Anayasasının kişi hürriyeti ve güvenliği başlıklı 19. maddesinin son fıkrasında “*bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir*” hükmü bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 5. Fıkrasına göre⁴⁷⁷ özgürlüğü 5. maddeye aykırı olarak kısıtlanan kişilere tazminat ödenmesi söz konusudur. AİHM, Sakık ve diğerleri/Türkiye kararında Sözleşmenin 5/5 maddesinde güvence altına alınan hakkın etkin bir şekilde kullanılmasından söz ederken, etkin kullanımın hakkaniyete uygun tatmin edici bir tazminat olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁷⁸. Sözleşmenin 41. Maddesine göre⁴⁷⁹ ise verilecek olan bu tazminatın tatmin edici olması, başka bir ifadeyle hakkaniyete

⁴⁷⁵ Köroğlu, s. 25

⁴⁷⁶ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1072.

⁴⁷⁷ “*Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır*”

⁴⁷⁸ Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 257.

⁴⁷⁹ “*Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf’ın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatminine hükmeder*”

uygun bir tatmin sağlanması gerekmektedir⁴⁸⁰. Sözleşmeye ek 7 numaralı protokolün 3. Maddesine göre⁴⁸¹ ise; zarar görenin kusuru dışında yanlış verilen mahkûmiyet halinde tazminat verilmesi öngörülmektedir.

7.5.1964 tarihli 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat verilmesi hakkında Kanun ile sınırlı olarak haksız yakalama ve tutuklama hallerinde tazminat verilmesi düzenlenmiştir. 5271 sayılı CMK diğer tedbirlerde olduğu gibi kanun kargaşasını önlemek amacıyla ceza muhakemesini ilgilendiren tüm konuları içerecek şekilde hazırlandığından koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusu da CMK'da düzenlenmiştir.⁴⁸² Hem 466 sayılı Yasa hem de 5271 sayılı Yasa AİHS'in 5/5. maddesi ile tam bir uyum içerisindedir⁴⁸³. Gerçekten bu konuda iç hukuk mevzuatı açısından bir sorun bulunmamakta olup, sorun uygulamadan kaynaklanmaktadır⁴⁸⁴.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 141, 142, 143, 144. maddeleri koruma tedbirleri nedeniyle tazminatı, 323/3 maddesi ise yeniden yargılama sonucunda haksız mahkumiyetin ortaya çıkması halinde tazminatı düzenlemektedir. Bu yönüyle 323/3. madde AİHS ek 7 nolu protokolün 3. fıkrasının karşılığını, 141 ve devamı maddeleri ise AİHS 5/son maddesinin karşılığını oluşturmaktadır.

Usul hükümlerinin uygulanmasında genel olarak kıyas mümkündür. Ancak kişilerin özgürlüklerini sınırlandıran koruma tedbirlerinin uygulanması bakımından kıyas mümkün değildir. Çünkü hem Anayasamızda hem de uluslararası sözleşmelerde sınırlamanın ancak yasayla yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusu usul hükümlerinin içerisinden düzenlendiği için tazminatın kapsamı bakımından kıyas mümkündür. Öte yandan, AİHS 5. maddesinin son fıkrası bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılan

⁴⁸⁰ Caballero/İngiltere kararı için bkz, (Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 257).

⁴⁸¹ “bir kişinin, kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkum edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmamış olmasının tamamen veya kısmen o kişiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dışında, böyle bir mahkumiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir”

⁴⁸² Çolak, Haluk/ Taşkın, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s. 693.

⁴⁸³ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 215.

⁴⁸⁴ Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 2001, s. 164.

yakalama veya tutuklamanın mağdurlarının tazminat isteme haklarının olduğunu belirtmektedir. Ayrıca AİHS 41. maddesi de AİHM'in Sözleşme ve eklerindeki hakların ihlal edildiğini kabul etmesi durumunda gerektiğinde hakkaniyete uygun bir şekilde zarar görenin tatminine hükmedebileceğini hükme bağlamıştır. Anayasanın 90/son maddesi ile AİHS 5/son ve 41. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Sözleşmenin doğrudan uygulanması kapsamında tazminatın sınırlarının genişletilmesi de söz konusu olabilecektir.

CMK 2001 tasarısının gerekçesinde usul kurallarına uymama veya keyfi adli işlemler nedeniyle, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişilerin uğrayabilecekleri maddi veya manevi zarar hallerini, madde bentleri teker teker göstermektedir. Bu haller gerçekleştiğinde kişiler, Devleti dava etmek ve zararlarının giderilmesini istemek hakkına sahiptirler. Yakalama ve tutuklama nedeni ile suçlamanın bildirilmemesi ile durumun yakınlarına bildirilmemesi nedenlerinde sadece manevi tazminat istenebileceği, diğer hallerde ise hem maddi hem manevi tazminat isteneceği belirtilmiştir⁴⁸⁵.

Koruma tedbirlerinden dolayı tazminat sorumluluğu Anayasa ve CMK uyarınca Devlete aittir. Tazminat sorumluluğunun polise yüklenmesi ve böylece polisin davranışlarının olumlu yönde gelişmesi, polisin tazminat ödeyememe durumu için de mesleki sorumluluk sigortası sistemi önerilse de⁴⁸⁶ günümüzde en iyi sistem tazminatı Devletin ödemesi sistemidir. Koruma tedbirleri nedeniyle hakime sorumluluk yüklenmesi bu kimseleri koruma tedbiri kararı verme konusunda çekingenliği sevk edecektir. Belki bundan daha kötüsü de eğer bir koruma tedbiri uygulanmışsa artık tazminat sorumluluğuyla karşılaşmamak için sanığı mahkum etme yönünde çaba sarf edebilecektir. Şikayetçi veya muhbirin sorumluluğu halinde ise kişiler şikayet veya ihbarda bulunmaktan çekinebilecektir⁴⁸⁷.

Koruma tedbiri uygulayan hakim değerlendirmeyi o anki koşullara göre yapar. Uygulanacak koruma tedbiri henüz yargılama bitmeden eldeki olanaklara göre yapılacak değerlendirme ile saptanacağından bu konuda yanılmak mümkündür. Yasa koyucu bu nedenle bu tür yanılmalar için ayrı bir tazmin yolu öngörmüş ve böylesi

⁴⁸⁵ Bkz. CMK 2002 Tasarısı 141. madde gerekçesi, www.tbmm.gov.tr

⁴⁸⁶ Sokullu-Akınca, s. 266 vd.

⁴⁸⁷ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 153.

bir yanılmayı Devlete yüklemiştir. Devlet yargı görevini yerine getirenlerin yanılmalarının sonucu uğranılan zararı üstlenmektedir⁴⁸⁸.

Koruma tedbirleri nedeniyle zarar görenlerin tazminat istemlerinin yasal temeli Anayasanın 19/son ve 40/3 maddesi ile CMK dır. CMK yürürlüğe girdikten sonra anılan kanuna aykırı uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle maddi ve manevi tazminat istekleri bu kanunun 141 ila 144 maddelerinde gösterilen usule tabidir. 1 Haziran 2005 öncesindeki işlemler bakımından yapılacak istemler ise, istem tarihinin bu tarihten önce veya sonra olduğuna bakılmaksızın 466 sayılı Kanun hükümlerine göre olacaktır. Bunun nedeni ise 5320 sayılı Yasanın 6. maddesine göre, 1 Haziran 2005 öncesinde yapılan işlemler hakkında 141 ila 144 maddesinin uygulanmayacağına ilişkin düzenlemedir⁴⁸⁹.

4. TAZMİNAT NEDENLERİ

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteyebilecek kişiler CMK 141/1. maddesinde 10 bent halinde sayılmıştır. 466 sayılı Yasanın da 1. maddesinde kimlere tazminat verileceği yedi bent halinde hüküm altına alınmıştır. İlk göze çarpan CMK ile tazminat sebeplerinin genişletilmiş olmasıdır. 466 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde tazminat sebepleri doktrinde kesin tazminat sebepleri ve kesin olmayan tazminat sebepleri olarak ayrımına tabi tutulmaktaydı⁴⁹⁰. Kesin tazminat sebepleri mutlak surette haksız sayılan haksız yakalama ve tutuklama olarak da adlandırılmaktaydı⁴⁹¹. Kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kişilere tazminat verilebilmesi için 466 sayılı Yasanın 1. maddesinin 1-5. bentleri arasındaki haksız yakalama veya tutuklama nedenlerinin bir veya birkaçının bulunması tazminat için yeterli kabul edilmekteydi. Birden fazla sebebin birleşmesi halinde ise bu durumun tazminat miktarının tayininde dikkate alınacağı belirtilmekteydi⁴⁹². Kesin tazminat sebeplerine kanunsuz tutuklama, kesin olmayan tazminat sebeplerine ise usulsüz tutuklama da denilmekteydi⁴⁹³. Tutuklama şart ve sebepleri gerçekleşmeden bir

⁴⁸⁸ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 316.

⁴⁸⁹ Gökcan, s. 468.

⁴⁹⁰ Kavalalı/ Ünver, s. 51 vd.

⁴⁹¹ Tezcan, s. 80.

⁴⁹² Köroğlu, Hasan, Haksız Tutuklama Tazminatı, Ankara 1996, s. 26.

⁴⁹³ Erem, Faruk, Kanundışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat, Adalet Dergisi, Temmuz-Ağustos 1964, Cilt: 55, Sayı: 7-8, s. 722.

tutuklama veya yakalama gerçekleştirilir veya tutukluluğun devamına karar verilirse kanunsuz tutuklamadan söz edilmekte iken, tutuklama sebepleri ve koşullarının kanuna uygun olup da tutuklama işleminden sonra kanunen yapılması gereken işlerde eksiklik varsa usulsüz tutuklama söz konusu olmaktadır⁴⁹⁴.

Kesin tazminat sebeplerinin birinin varlığı halinde başka koşul aranmaksızın tazminata hükmedilebileceği ifade edilmekteydi. Bu hallerde yasalara kesin bir karşı koyma, bir anlamda kişi dokunulmazlığına keyfi bir el atma söz konusu olduğundan uygulayıcıların kişisel sorumluluğunun da gündeme gelebileceği belirtilmekteydi. Devletin bu kişilere rücu etmesi üzerinde mutlaka durulması ve bu şekilde kişileri hürriyetinden yoksun bırakanların ceza sorumluluklarının bulunduğu da doktrinde ifade edilmekteydi⁴⁹⁵.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat nedenleri 466 sayılı Yasa dönemindeki gibi kesin olan ve kesin olmayan tazminat nedenleri yerine uygulandığı anda hukuka aykırı olan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat sebepleri ile hukuka aykırılığı sonradan ortaya çıkan tazminat sebepleri olarak ayrıma tabi tutulmaktadır⁴⁹⁶.

Usul kurallarına uymama veya keyfi adli işlemler nedeniyle, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişilerin uğrayabilecekleri maddi veya manevi zararlarını Devlete karşı dava açarak giderme imkânı tanınmıştır⁴⁹⁷.

CMK hükümleri uyarınca ve kanunda belirtilen amaç ve sınırlar içerisinde hareket edilmesi durumunda, koruma tedbirlerinin uygulanması dolayısıyla bir tazminat hakkı doğmamaktadır. Çünkü koruma tedbirleri, devletin temel görev ve fonksiyonlarından olan yargı yetkisinin kullanılması için gerekli ve zorunludur. Ancak, adil yargılanma hakkı, özgürlük hakkı gibi temel insan haklarını ihlal eder biçimde kanuna aykırı olarak koruma tedbirine başvurulması veya uygulanması durumunda kişilere karşı hukuka aykırı bir davranışla zarar verilmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, koruma tedbirinin uygulanması dolayısıyla mağdur olan

⁴⁹⁴ Feyzioğlu, Metin, Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 50, Sayı: 1, Ocak 1993, s. 124 vd.

⁴⁹⁵ Surlu, Mehmet Handan, Uygulamanın Işığında Haksız Tutuklamanın Tazmini, Adalet Dergisi, Ağustos-Eylül 1972, Cilt: 63, Sayı: 8-9, s. 602.

⁴⁹⁶ Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2008, Cilt: 1, s. 623.

⁴⁹⁷ Çolak/ Taşkın, s. 692.

kişilerin tazminat haklarını güvence altına almıştır. Koruma tedbirleri konusundaki hukuka aykırılık, kimi zaman tedbire başvuru koşullarının oluşmaması biçiminde, kimi zaman da tedbirin uygulanma sürecindeki yasaya aykırılıklarla oluşabilir⁴⁹⁸.

Kişisel hakların ihlali nedeniyle tazminat medeni hukuk alanına girmekte iken CMK'daki düzenlemeler, hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılan kişilerin yasada sayılan haksızlıklara uğramaları halinde tazminat istemi ve koşullarını hükme bağlamıştır⁴⁹⁹.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hakkının doğabilmesi için ilk şart; ortada, hukuka aykırı olarak uygulanan 141. maddede belirtilen tedbirlerden birinin bulunmasıdır. Bu maddede belirtilen koruma tedbirlerinin, yine aynı maddede ifade edilen yönde hukuka aykırı olarak uygulanması durumunda tazminat hakkı doğmaktadır. Örneğin, tutuklama veya yakalama koşulları oluşmadığı halde bir kişinin yakalanması ya da tutuklanması veya arama sırasında ölçüsüz davranılması tazminatı gerektirmektedir⁵⁰⁰.

Kanun koyucu iki durumda koruma tedbirlerinin hukuka uygun olarak uygulanmasına rağmen tazminatı kabul etmiştir. İlk olarak kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişi hakkında takipsizlik kararı verilmesi ya da beraatine karar verilmesi durumunda maddi ve manevi tazminat hakkı bulunmaktadır. İkinci durum ise, gözaltı ve tutuklulukta geçirilen sürelerin, hükümlülük süresinde fazla olması ya da eyleminin kanundaki cezasının yalnızca para cezası olmasıdır⁵⁰¹.

Tazminat nedenleri ile ilgili doktrinde bazı temel ayrımlar göze çarpmaktadır. Bunlar;

- a) Hemen oluşan tazminat nedenleri, sonradan oluşan tazminat nedenleri⁵⁰²;
- b) Kişi güvenliği ile ilgili olanlar, özel yaşamla ilgili olanlar;

⁴⁹⁸ Gökcan, s. 469.

⁴⁹⁹ Kanmaz, s. 81.

⁵⁰⁰ Gökcan, s. 469.

⁵⁰¹ Gökcan, s. 470.

⁵⁰² Parlar/ Hatiboğlu, s. 623.

c) Kararın kesinleşmesi gerekenler, karar kesinleşmeden istenebilecek olanlar;

d) Bir mahkeme kararına dayananlar, bir işleme dayananlar;

e) Sanıklar veya şüphelilerin isteyebileceği tazminat nedenleri, üçüncü kişilerin isteyebileceği tazminat nedenleri;

e) Hukuka aykırı işleme dayanan nedenler, hukuka uygun işleme dayanan nedenler olarak sayılabilir⁵⁰³. Bu ayırım, kesin olan nedenler, kesin olmayan nedenler diye de adlandırılmaktadır⁵⁰⁴.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1 maddesinde 10 bent halinde tazminatın hangi nedenlerle istenilebileceği belirtilmiştir. Bu aşamada bu koşulları ayrıntılı biçimde inceleyeceğiz:

4.1. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklama, Yakalama veya Tutukluluğun Devamına Karar Verilmesi

Maddede yakalama, tutuklama ve tutukluluğun devamına karar verme olarak üç durumdan söz edilmektedir. Burada kişi özgürlüğünü kısıtlayan durumlarda tazminat öngörülmektedir. Böyle bir durumda tazminat verilebilmesi için öncelikle yakalama, tutuklama veya tutukluluğun devamı kararlarının kanunlarda belirtilen koşullar dışında olması gerekmektedir. Maddenin düzenleniş biçimi 466 sayılı Yasanın 1. maddesine benzemektedir. Ancak 466 sayılı Yasada “Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında...” ibaresi geçmekte iken 5271 sayılı Yasada “kanunlarda belirtilen koşullar dışında” ibaresi geçmektedir. Her iki düzenleme de özü itibariyle birbiriyile aynı olup aralarında biçim açısından da çok büyük bir fark bulunmamaktadır.

Kanunlarda belirtilen koşullar dışında denildiğine göre içinde yakalama ve tutuklamaya ilişkin hüküm içeren bütün kanunlar bu kapsama girmektedir. Anayasa da bir kanun olması itibariyle ve kanunların Anayasaya uygun olması zorunluluğu

⁵⁰³ Fezyioğlu, s.124.

⁵⁰⁴ Kavalalı/ Ünver, s. 51.

nedeniyle en başta Anayasanın koyduğu koşullar dışında yakalama, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilmesi tazminat sebebidir. Bunun dışında Ceza Muhakemesi Kanunu yakalama ve tutuklama ile ilgili hükümleri içerdiğinden CMK hükümlerine aykırı yakalama ve tutuklama veya tutukluluğun devamı kararları da tazminat sebebidir. Yakalama ile ilgili hükümler içeren başka kanunlardaki düzenlemelere aykırı yapılan bu yöndeki işlemlerin yanında Anayasanın 90. maddesine göre kanunlara eş değerdeki düzenleyici işlem olan uluslararası sözleşme hükümlerine aykırı yapılan işlemler de tazminat sebebidir.⁵⁰⁵ Yakalama, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verme işlemleri yürürlükteki kanunlara uygun olmak zorundadır. Anayasa ve diğer yasalar bir kimsenin hangi hallerde yakalanacağını veya tutuklanacağını açıkça belirttiğinden bu şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan herkes mutlaka tazminat hakkına sahip olmalıdır.⁵⁰⁶ Yasalarda açıkça belirtilen bu koşullara aykırı olarak yapılan yakalama ve tutuklama hukuka aykırı olur ve bu kişilerin uğrayacakları her türlü maddi ve manevi zararlarını devletten isteme hakları bulunur. Ayrıca bu işlemlerin hukuka aykırı olması nedeniyle bu tedbirlerin başladığı andan sona ermesine kadar şüpheli üzerinden elde edilecek deliller de hukuka aykırı hale gelecektir.⁵⁰⁷ Örneğin şüphelinin haksız yakalama sonrası alınan ifadesi de hukuka aykırı olacaktır.

Yakalama veya tutuklama işleminin yargılamanın hangi aşamasında uygulandığının önemi yoktur⁵⁰⁸. Ancak bir soruşturma veya kovuşturma nedeniyle olmuş olması gerekmektedir. Zira ortada bir soruşturma olmadan kişinin alıkonulması, eğer idari bir yakalama değilse, yakalama değil kişiyi hürriyetinden yoksun kılma olmaktadır⁵⁰⁹. Çünkü yakalama ve tutuklamanın hangi hallerde yapılabileceği yasalarımızda açık olarak belirtilmiştir.

⁵⁰⁵ Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1998, s. 644.

⁵⁰⁶ Kavalalı, A. Mümin/ Ünver, M. Naci, Hukukumuzda Yasadışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi, İstanbul 1979, s. 51.

⁵⁰⁷ Centel/ Zafer, s. 329.

⁵⁰⁸ Hakeri, Hakan, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Ankara 1999, s. 81.

⁵⁰⁹ Yargıtay 8. Ceza dairesi 02.06.2010 tarih; 2008/6771 Esas, 2010/7810 Karar sayılı ilamında; "İsimsiz ve asılsız ihbar dışında suç işlediğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmayan katılanı 05.09.2002 günü yasal hiçbir gerekçe göstermeden gözaltına aldırın ve Cumhuriyet savcısının yazılı talimatının aksine yasal bu olmayan bu gözaltı süresini ikinci şikayet gerekçesiyle uzatan üst dereceli kolluk amiri sanığın eyleminin kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun

Kanuna uygun olmayan yakalama, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilme durumunun varlığının belirlenmesi için söz konusu işlemin öncelikle Anayasanın 19. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olup olmadığına bakılmalıdır⁵¹⁰. AİHS 5. maddesinde de kişi özgürlüğü ve güvenliği güvence altına alınmıştır. CMK ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu da yakalama ve tutuklama ile ilgili hükümler içermektedir.

AİHS 5. maddesi de kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenlemektedir. Buradaki özgürlük ve güvenlik kavramları bir bütün olup⁵¹¹, Avrupa Komisyonu bunu “güvenlik kavramının kişinin özgürlüklerine karşı yapılacak tüm keyfi muamelelere karşı korunması” olarak ifade eder⁵¹². Güvenlik hakkı mutlak iken özgürlük kısıtlanabilmektedir⁵¹³ yani özgürlük için güvenlik kısıtlanamazken, güvenlik için özgürlük kısıtlanmasına izin verilebilmektedir. Hangi hallerde kısıtlanabileceği Sözleşmenin 5/1 maddesinde altı bent halinde sayılmıştır⁵¹⁴. Buna göre; mahkumiyet üzerine, mahkeme tarafından verilen karara uymama veya yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirlerinden olan yakalama ve tutuklama halleri, bir çocuk hakkında emniyet tedbiri uygulayabilmek için, kamu sağlığının korunması ve akıl hastaları ile uyuşturucu bağımlıları hakkında emniyet tedbirlerinin uygulanabilmesi için, bir kimsenin usulüne aykırı olarak ülkeye girmesi sebebiyle sınır dışı edilmesi veya suçlunun iadesi amacıyla yakalanması veya tutuklanması olarak belirtilmiştir. 5.

bırakmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden...” diyerek haksız yakalama halinin suç oluşturacağını vurgulamıştır.

⁵¹⁰ Anayasa'nın 19. maddesine göre “...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...”

⁵¹¹ Her iki kavram arasındaki ilişki açısından bkz. White/Ovey, s. 209-210; Clayton/Tomlinson, no. 10.156.

⁵¹² Gölçüklü, Feyyaz/ Gözübüyük, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,7. Baskı, Ankara 2007, s. 179.

⁵¹³ Clayton/Tomlinson, no. 10.153.

⁵¹⁴ Van Dijk/van Hoof, s. 349 vd.

maddenin getirdiği bu güvencenin devlet organlarına karşı getirilen bir güvence olduğu belirtilmektedir⁵¹⁵.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 9.5.1985 tarihli tavsiye kararında, üye devletlere, tutuklamanın zorunlu olmadığı, istisnai olduğu, tutuklamaya cezai amaçla başvurulamayacağı, tutuklama sebebinin tutuklanan kişilere açıkça anlatılması gerektiği, tutuklama süresinin belli olması ve bu sürenin uzun olmaması gerektiğini bildirmiştir⁵¹⁶.

4.1.1. Yakalama Bakımından

4.1.1.1. Yakalama

Şüpheli ya da sanığın özgürlüğünün hâkim kararı olmaksızın sınırlandırılmasına yakalama denir⁵¹⁷. Yakalama, suç şüphesi altında olan kişilerin özgürlüklerinin, henüz bir yargıç tarafından verilmiş tutuklama kararı olmadan önce sınırlandırılmasıdır⁵¹⁸.

Yakalama kişilerin hiçbir hakim kararı olmaksızın özgürlüklerinin kısıtlanması sonucunu doğuran en ağır koruma tedbirlerinden biridir⁵¹⁹. Yakalama bir kişinin hakim kararı olmamasına rağmen özgürlüğünün geçici bir süre kısıtlanması⁵²⁰ olduğuna göre çok kısa süreli özgürlük kısıtlamaları yakalama sayılmaz. Bu kapsamda bir kişiyi geçici olarak durdurma yakalama sayılmaz.

Durdurmanın yakalama sayılabilmesi için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir⁵²¹. Nedensiz bir durdurma veya kimlik sorma yakalama olamaz⁵²².

⁵¹⁵ Demirbaş, Timur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama, İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1996, Sayı:3, s. 17.

⁵¹⁶ Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2002, s. 523.

⁵¹⁷ Özbek, s. 252.

⁵¹⁸ Yurtcan, s. 339.

⁵¹⁹ Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 685.

⁵²⁰ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 768.

⁵²¹ Durdurma konusu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, s. 318.

⁵²² Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 316.

Durdurma, arama ve yakalama gibi işlemlere sıkı sıkıya bağlı bir işlem olup tek başına durdurma şeklinde bir işlem olamaz⁵²³.

Yakalama; suç şüphesi altında olan kişilerin, henüz hakim tarafından verilmiş bir tutuklama kararı olmadan özgürlüklerinin sınırlandırılmasıdır⁵²⁴. Hakim kararı olmaksızın şüphelinin özgürlüğünün kısıtlanması, gözaltına alınıp alınmayacağı hususunda bir karar verinceye kadar denetim ve gözetim altında tutulması⁵²⁵ olarak yapılan tanımda ve hakim kararı bulunmaksızın şüphelinin özgürlüğünün kısıtlanması⁵²⁶ olarak yapılan tanımda şüpheli kavramına yer verildiği için adli amaçlı yakalama ifade edilmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre ise yakalama; tutuklama ceza yargılamasının güvenli yürümesini ve amacına erişmesini sağlamaya yönelik yargılama hukuku açısından zorunlu hallerde hakim tarafından verilen karara dayanan bir önlemdir. Yargılamadaki amaca göre önleyici bir koruma önlemi olduğu kadar kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir içerik de taşımaktadır⁵²⁷.

Yakalama CMK'nın 90. maddesinde düzenlenmiş, ancak yakalamanın tanımı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde yapılmıştır. Buna göre; yakalama, "kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetime alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınması"dır.

Yakalama önleme yakalaması ve adli yakalama olarak ikiye ayrılmaktadır⁵²⁸. Önleme yakalamasına idari yakalama⁵²⁹ da denilmektedir.

⁵²³ Ergül, Ozan/ Ketizmen, Muammer, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, Güncel Hukuk, Ağustos 2007, Sayı; s. 15.

⁵²⁴ Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 200.

⁵²⁵ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 204.

⁵²⁶ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 329.

⁵²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2004/30-49 sayılı kararı için bakınız; Avcı, Gökmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Hukukundaki Tutuklama Kurumunun incelenmesi, Terazi, Aylık Hukuk Dergisi, Ocak 2010, Yıl: 5, Sayı: 41, s.102.

⁵²⁸ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 252.

Önleme yakalaması, kolluk görevlilerinin idari görevleri kapsamında topluma karşı gelecek tehlikeleri önlemek amacıyla kişi özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Burada amaç kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunmasıdır. Kişinin özgürlüğü kendisinin tehlikelerden korunması amacıyla da kısıtlanabilir. Bu durumda tehlike sebepleri ortadan kalktığında kişi hemen kolluk tarafından serbest bırakılmalıdır⁵³⁰. Önleme yakalamasında bir suç şüphesi altında bulunmayan kişilerin tehlikeye maruz kalmaları veya tehlike yaratmaları nedeniyle geçici olarak özgürlüklerinin kısıtlanması söz konusudur⁵³¹. Önleme yakalaması kamu güvenliği ve düzeninin sağlanması ve korunması için başvurulmuş bir tedbirdir. Bu yakalama türü de kişi özgürlüğünü sınırlandırdığından önleme yakalaması amacına ulaştığında kişi derhal serbest bırakılmalıdır. Önleme yakalamasına tabi tutulan kişiye de neden yakalandığı, yakınlarına haber verme hakkının bulunduğu söylenmelidir⁵³². Önleme yakalamasına tabi tutulan kişinin içinde bulunduğu durum gözaltına alma değil muhafaza altına almadır. Muhafaza altına alma ise, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde; Kanunun yetki verdiği hallerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınana kadar sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulması biçiminde tanımlanmıştır.⁵³³

Önleme yakalaması ile adli yakalamanın yasal dayanakları ve koşulları farklıdır. Önleme yakalaması bir koruma tedbiri değil, önleyici tedbir olması dolayısıyla idari bir işlem olduğundan önleme yakalaması nedeniyle uğranılan zararlar da CMK'nın 141. maddesinde düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kapsamına girmez. Önleme yakalaması nedeniyle zarara uğrayanlar bu idari işleme karşı idari yargı yerinde tam yargı davası açarak zararlarını isteyebilirler.

⁵²⁹ Bkz. Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 329; Ünver/ Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 320.

⁵³⁰ Şahin, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, 2. Bası, Ankara 2004, s. 32

⁵³¹ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 329.

⁵³² Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 252 vd.

⁵³³ Tanımlar

MADDE 4 - Bu Yönetmelikte geçen..... Muhafaza altına alma: Kanunun yetki verdiği hâllerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınana kadar sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulmasını,
..... ifade eder.

Buradaki kusur bir hizmet kusuru olup, ilgili kamu görevlisinin kusurundan dolayı idare aleyhine dava açılır. Buradaki sorumluluk devletin kusursuz sorumluluğu kapsamına girer. Önleme yakalaması konusunda temel yasa Polis Vazife ve Selahiyet Kanunudur denilebilir⁵³⁴. Önleme yakalaması yapma yetkisi kural olarak kolluğa aittir. Önleme yakalamasında amaç gerçekleştiği anda kişi derhal serbest bırakılmalıdır⁵³⁵. Önleme yakalamasına tabi kişinin içinde bulunduğu durum muhafaza altına almadır⁵³⁶.

Önleme yakalaması sonucunda muhafaza altına alınan kişiler suç şüphesi altında ise adli mercilere, hakkında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekiyorsa ilgili kurum yetkililerine teslim edilir. Yakalama sebebi ortadan kalkanlar ise derhal serbest bırakılır⁵³⁷.

Adli yakalama; suç şüphesi altında bulunan kimsenin herhangi bir hakim kararına dayanmaksızın kişi hürriyetinin sınırlandırılmasıdır. Yakalama kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı anda başlar ve durumun Cumhuriyet savcısına bildirilmesinden sonra savcının emri ile gözaltına alma veya serbest bırakmaya kadar devam eder⁵³⁸. Adli yakalama, suçüstü halinde, tutuklama müzekkeresi kesilmesini gerektiren acele hallerde, kişi hakkında daha önce verilmiş yakalama kararının yerine getirilmesi ve ihzar müzekkeresinin infazı amacıyla olabilir. Ayrıca mahkumiyet kararının yerine getirilmesi veya hapisten kaçan kimselerin yakalanması için çıkarılan müzekkerenin infazı amacıyla da yakalama yapılabilir⁵³⁹.

⁵³⁴ PYSK 13. maddesine göre “...polis, halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk halinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri, usulüne aykırı şekilde ülkeye giren veya sınırdışı etme veya iade kararı alınanları, polisin aldığı tedbirlere karşı gelenleri, bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için mevzuata uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, haklarında tedbir kararı alınan küçükleri yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar...”

⁵³⁵ Özbek, s. 252.

⁵³⁶ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 771.

⁵³⁷ Öztürk/ Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 535.

⁵³⁸ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 329.

⁵³⁹ Şahin, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Ankara 2004, s. 31.

Yargıtay bir kararında⁵⁴⁰; “...davacının polis tarafından şüphe üzerine yakalanıp, hakkında somut herhangi bir işlem yapılmaksızın beş buçuk saat gibi makul olmayan bir süre gözetim altına alınarak hürriyeti kısıtlanmak suretiyle Anayasanın 19. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi ile diğer kanunlarda gösterilen esaslar dışında bir işleme tabi tutulduğu anlaşıldığından, incelemeye devamla uğradığı zararlar ilgili talep konusunda bir karar verilmesi gerekir...” diyerek, tazminat talebinde bulunan kişinin yakalanma işleminin haksızlığının belirlenmesinde Anayasa ve AİHS hükümlerinin göz önüne alınması gerektiğine ve yakalama süresinin makul olması hususuna karar vermiştir.

4.1.1.2. Koşulları

Yakalamanın kanunda belirtilen koşulları, yakalama yetkisi, yakalama nedenleri ve yakalama biçimi şeklinde kendini göstermektedir. Yakalama kanunda belirtilen yetkili kişiler dışında yapılırsa ya da yakalama nedenleri olmadığı halde yakalama yapılırsa veya yakalanan kişiye yasa da belirtilen koşullarda bir uygulama yapılmazsa kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalama söz konusu olacaktır.

a) Yakalama Yetkisi

Yakalama yetkisi kural olarak savcı, kolluk amiri ve memurlarındadır. Ancak 90/1. maddeye göre belli koşullarda herkes yakalama yapabilir. Bu koşullar; öncelikle suç işlerken rastlanma halidir. Suç işlerken rastlama ile suçüstü hali aynı değildir⁵⁴¹. Suçüstü hali kavramı işlenmekte olan suç kavramından daha geniştir. Bu nedenle CMK 90/1. maddede herkesin yakalama yapabileceği durumlar sayılırken (a) bendinde kişiye suçu işlerken rastlanması denilerek suçüstü halinin birinci durumu olan işlenmekte olan suçu kastettiği anlaşılmaktadır. Çünkü herkesin yakalama yapabileceği ikinci durum olarak (b) bendinde; “suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması” hali belirtilmiştir. İşlenmekte olan suç hali dışındaki

⁵⁴⁰ Yargıtay 9. Ceza Dairesi 26.4.2005 tarih, 2455/1799 sayılı kararı için bakınız; Düzgün, Nuri/ Elmacı, Şerafettin, Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Ankara 2010, s. 93.

⁵⁴¹ CMK 2. maddede suçüstü hali “işlenmekte olan suçu, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından izlenerek yakalanan kişinin işlediği suç ile fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç” olarak tanımlanmaktadır.

suçüstü hallerinde herkesin yakalama yapabilmesi için ancak izlenen kişinin kaçma olasılığı veya kimliğini belirleme olanağının bulunmaması gerekmektedir⁵⁴².

CMK'nın 90/2. maddesinde ise kolluk görevlilerinin yakalama yapabileceği durumlar belirtilmiştir. Buna göre; kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler⁵⁴³.

Kolluğun yakalama yapabilmesi için tutuklama kararı verilmesini veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir durumun varlığı gerekir. Böyle bir durumun varlığını ya da koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini kolluk takdir edecektir. Bu durumda kolluğun geniş bir takdir yetkisinin olduğu söylenebilir⁵⁴⁴.

b) Yakalama Nedenleri

Yakalama nedenleri CMK 90'ıncı maddesinde sayılmıştır⁵⁴⁵. Yakalama emrinin hangi hallerde düzenleneceği ise CMK'nın 98. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir⁵⁴⁶. Ayrıca tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk

⁵⁴² Centel/ Zafer, s. 330 vd.

⁵⁴³ Yaşar, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2007, Cilt: 1, s. 528.

⁵⁴⁴ Şahin, Cumhuriyet, s. 205.

⁵⁴⁵ Madde 90- (1) Aşağıda belirtilen hallerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir.

- a) Kişiye suç işlerken rastlanması.
- b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliği belirleme olanağının bulunmaması.
 - (2) Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptir.
 - (3) Soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü halinde kişinin yakalanması şikayete bağlı değildir.

⁵⁴⁶ Taşkın, Çolak, s. 437.

kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler⁵⁴⁷. Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri resen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından düzenlenir.

Ortada bir yakalama emrinin bulunması halinde CMK'nın 98. maddesine göre kolluk tarafından zaten yakalama yapılmak zorundadır. Herkesin yakalama yapabildiği durumlar görünürde hukuka aykırı olan başkasını hürriyetinden yoksun bırakma eylemini, kanun hükmünü yerine getirmeden dolayı, hukuka uygun hale getirirken yakalama emrine dayalı yakalamada yetkili mercinin emrini yerine getirme nedeniyle eylem hukuka uygun hale gelmektedir⁵⁴⁸.

c) Yakalamanın Uygulanış Biçimi

Yakalama, kaçanı engelleme yetkisi veren bir koruma tedbiri olduğuna göre bunu sağlayacak ölçüde zor kullanma yetkisini de içermektedir⁵⁴⁹. Hem yakalama yetkisinin aynı zamanda güç kullanma yetkisi vermesi hem de yakalamada yargıç kararı bulunmaması nedeniyle yakalanan kişinin durumu güvencede değildir. Yakalanan kişi kolluğun gözetim ve denetiminde demektir⁵⁵⁰. Yakalamanın belli bir şekli olmayıp kişinin hareket özgürlüğünün kaldırılması yeterlidir. Özgürlüğünün kaldırılması veya kısıtlanması yanında kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir⁵⁵¹.

Yakalama sırasında kişiye karşı kolluğun zor kullanma yetkisi bulunmaktadır. Polis kendisine karşı direnişi kırmak amacıyla ve direnişi kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Hatta en son çare olarak silah kullanma yetkisi de bulunmaktadır⁵⁵².

4.1.2. Tutuklama Bakımından

“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi

⁵⁴⁷ Yaşar, s. 557.

⁵⁴⁸ Şahin, Cumhuriyet, s. 208.

⁵⁴⁹ Şahin, Cumhuriyet, s. 204.

⁵⁵⁰ Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 339.

⁵⁵¹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 320.

⁵⁵² Kunter/Yenisey/ Nuhoglu, s. 794.

tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir” biçiminde yakalama ve tutuklamanın anayasal koşulları belirlenmiştir⁵⁵³.

4.1.2.1. Kavram

Tutuklama doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Biz bu aşamada yapılan tanımlara değineceğiz.

Bir yargıç kararıyla, anayasa ve yasalardaki koşulların gerçekleşmesi halinde, bir kişinin henüz suçluluğu hakkında kesin karar verilmeden önce, özgürlüğünün kaldırılmasıdır⁵⁵⁴. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanığın özgürlüğünün hakim kararı ile sınırlandırılarak tutukevi denene yere konmasına tutuklama denir⁵⁵⁵. Suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hakim kararıyla geçici olarak kaldırılmasıdır⁵⁵⁶. Suç işlediği kuvvetli şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması halinde, şüpheli veya sanığın, kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek amacıyla, kişi özgürlüğünün kesin hükümden önce, hakim kararı ile kısıtlanmasıdır⁵⁵⁷.

AİHS’e göre kişi özgürlüğünün içeriği, bireyin fizik yahut beden özgürlüğü yani bir yere kapatılmaması, tutuklu bulunmaması hakkıdır⁵⁵⁸.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3. maddesi ile yaşama kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı tanınmış, 9. maddesinde hiç kimsenin keyfi olarak tutuklanamayacağı, alıkonulamayacağı ve sürülemeyeceği belirtilmiştir⁵⁵⁹.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine göre de suç işlediği iddiası ile tutuklanan kimse, hemen bir yargıç ya da yargı gücünü kullanmaya yetkili,

⁵⁵³ Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yayınları, Ankara 1995, s. 135.

⁵⁵⁴ Yurtcan, s. 321.

⁵⁵⁵ Özbek, s. 271.

⁵⁵⁶ Centel/ Zafer, s. 349.

⁵⁵⁷ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 861.

⁵⁵⁸ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 221.

⁵⁵⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 863.

resmi görevli önüne çıkarılmak, makul süre içinde yargılanmak ya da salıverilmeyi istemek hakkına sahiptir⁵⁶⁰.

4.1.2.2. Kararı Verecek Mercî

Tutuklama kişi özgürlüğünü en ağır biçimde sınırlandıran bir önlem olması nedeniyle, ancak yargıç kararıyla uygulanır. Türk hukukunda bunun istisnası yoktur⁵⁶¹.

Tutuklama kararı verilebilmesi için kişinin hakim önüne çıkarılması gerekir. AİHM Schiesser/İsviçre kararında, bireyin önüne çıkarıldığı mercî tarafından gerçekten dinlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yani kişi bizzat hakim önüne çıkarılmalıdır, dosya üzerinden karar verilmemelidir⁵⁶².

Tutuklama kararı soruşturma evresinde yargıç tarafından, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilebilir. Bunların dışında hiç kimse tutuklama kararı veremez⁵⁶³. Kararı veren hakim bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmış bir hakim olmalıdır⁵⁶⁴. Gerçekten de hakim güvencesinden söz edilebilmesi için, öncelikle kararı veren yargıcın tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanmış olması gerekir.

Yakalanan kişinin hemen bir hakim önüne çıkarılması gerekir. AİHM Brogan/İngiltere kararında, terör eylemi ile ilgili araştırma yapılırken, olağanüstü hal dışında dört gün ve altı saat içinde hakim önüne çıkarmayı Sözleşmeye aykırı kabul etmiştir⁵⁶⁵.

4.1.2.3. Tutuklamanın Koşulları

CMK'nın 100. maddesine göre tutuklama şartları, suçun tutuklama kararı verilebilen bir suç olması, kuvvetli suç şüphesinin varlığın gösteren olgular, bir tutuklama kararı bulunması, tutuklama tedbirinin, işin önemi, verilmesi beklenen

⁵⁶⁰ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 863.

⁵⁶¹ Yurtcan, s. 321.

⁵⁶² Yenisey, Feridun, Tutuklama Kararında Gerekçe Gösterme Sorunu, Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, İstanbul 2009, Sayı: 1, s. 13.

⁵⁶³ Yaşar, s. 563.

⁵⁶⁴ Çolak/ Taşkın, s. 454.

⁵⁶⁵ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 14; Clayton/Tomlinson, no. 10.225.

ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmasıdır⁵⁶⁶. Tutuklama kararı verilebilmesi için şu üç koşulun bir arada bulunması gerekir. Bunlar, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular; bir tutuklama nedeninin varlığı; ölçülülük ilkesine uyulmasıdır⁵⁶⁷.

a) Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığı.

Tutuklamanın ilk koşulu, hakkında tutuklama istenen şüpheli veya sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların bulunmasıdır⁵⁶⁸. Anayasaya göre suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunanlar tutuklanabilir. CMK ise kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması halinde şüpheli veya sanığın tutuklanabileceğini belirtmiştir⁵⁶⁹.

Tutuklama kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran çok ağır bir önlem olduğundan, kamu davasının açılması için bile yeterli şüpheyi kafi gören yasa koyucu, tutuklamada kuvvetli şüphe varlığını gösteren olguların bulunmasını aramıştır. Tutuklama kararı verilebilmesi için o anda elde bulunan delillere göre kişinin suçu işlediği konusundaki ihtimal çok yüksek olmalıdır.⁵⁷⁰ AİHM'e göre de tutuklama geçici bir tedbirdir. Makul şüphe ortadan kalkınca artık tutukluluk devam ederse Sözleşmeye aykırılık olur⁵⁷¹. Makul şüphe devam etse bile, şüphe tek başına tutuklama nedeni olamaz⁵⁷². AİHM yeni suç işleme tehlikesini tutukluluğun sürdürülmesi için Matznetter kararında yeterli olduğunu belirtirken, Stögmüller ve Ringeisen/Avusturya kararında yeterli kabul etmemiştir⁵⁷³.

b) Suçun Ağırlığı ve Verilmesi Muhtemel Ceza ile Orantılı Olması.

Bir suç muhakemesi işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde olan zarar arasında makul bir oranın bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye oranlılık ilkesi

⁵⁶⁶ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 7.

⁵⁶⁷ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 861.

⁵⁶⁸ Çolak/ Taşkın, s. 448.

⁵⁶⁹ Turhan, s. 221.

⁵⁷⁰ Centel/ Zafer, s. 350.

⁵⁷¹ Clayton/Tomlinson, no. 10.194.

⁵⁷² Van Dijk/van Hoof, s. 377.

⁵⁷³ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 15.

denir⁵⁷⁴. Tutuklama tedbirinin ağırlığı göz önüne alınarak, en son olarak başvurulması, tutuklama kararı vermeden önce diğer seçeneklerin mutlaka değerlendirilmesi gerekir. Bu seçenekler adli kontrol başlığı altında CMK'nın 109. Maddesin de düzenlenmiştir⁵⁷⁵. Tutuklamanın orantılı olup olmadığını hakim taktir edecektir. İşlenen suçla ilgili kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığına ve tutuklama nedenlerinin bulunmasına rağmen hakim, işlenen suç ile tutuklama tedbirini orantılı bulmuyorsa, tutuklama kararı vermeyebilecektir⁵⁷⁶.

Tutuklamanın haklı bir nedeni de olmalıdır. Yüklenen suçun ağırlığı ile uygulanan tutuklama tedbirinin birbiriyle ölçülü olması gerekir. Bazı durumlarda kamu düzeninin korunması veya sanığın can güvenliği nedeniyle de tutuklandığı olabilmektedir⁵⁷⁷.

Orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak, tutuklama kararı verilebilmesi için diğer tedbirlerin uygulanması halinde amaca ulaşamayacak olması gerekir. Nitekim CMK'nın 101/1 maddesine göre Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde mutlaka adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlerin gösterilmesi gerekmektedir⁵⁷⁸. AİHM de birçok kararında tutuklama yerine kefalet (güvence bedeli)⁵⁷⁹, zorunlu ikamet⁵⁸⁰, ev hapsi⁵⁸¹, polis denetimi⁵⁸² ve pasaporta elkoyma⁵⁸³ gibi tedbirlerin uygulanması gerektiğine vurgu yapmıştır.

⁵⁷⁴ Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1991, Cilt: 1, DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 67.

⁵⁷⁵ Avcı, Gökmen, s. 112.

⁵⁷⁶ Taşkın, Çolak, s. 451.

⁵⁷⁷ Avcı, Gökmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde, Ceza Muhakemesi Kanunundaki Tutuklama Kurumunun İncelenmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Ankara 2010, Yıl:5, Sayı: 41, s. 105 vd.

⁵⁷⁸ Ünver/ Hakeri, s. 359.

⁵⁷⁹ Bkz. Ietellier/Fransa; punzelt/Çek Cumhuriyeti kararları; Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 48, 49.

⁵⁸⁰ Bkz. Ciancimino/İtalya, Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 50.

⁵⁸¹ Bkz. Mancini/İtalya, Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 50 vd.

⁵⁸² Bkz. Raimondo/İtalya, Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 51.

⁵⁸³ Bkz. Semid/Avusturya, Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 51.

c) Bir Tutuklama Nedeninin Varlığı.

Kanunumuz tutuklama kararının verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin varlığını yeterli görmemiş ve ayrıca Kanunda sayılan bir tutuklama nedeninin varlığını da aramıştır⁵⁸⁴. Tutuklama nedenleri ayrı başlık olarak ele alınacaktır.

4.1.2.4. Tutuklama Nedenleri

Şüpheli veya sanığın suçluluğu konusunda kuvvetli şüphe bulunması tutuklanması için yeterli değildir. Buna ek olarak Kanunda sayılan tutuklama nedenlerinin de bulunması gerekir⁵⁸⁵. Somut olayda tutuklama zorunlu olmalıdır. Yani sanık tutuklanmadığı takdirde delilleri karartacak veya delillerin kuvvetini azaltacak olmalı ve savunmasını buna dayandıracak olmalıdır. Somut olayda tutuklama nedenleri gerçekleşmiş, ancak gerekçe yetersiz ise, itiraz üzerine incelemeyi yapan merci tarafından gerekçelendirilmelidir⁵⁸⁶.

a) Saklanma ya da kaçma şüphesi bulunmalıdır. Diğer koşullar yerine gelmiş olsa bile şüpheli kaçmayacak, saklanmayacak, delilleri yok etmeyecek, gizlemeyecek, değiştirmeyecek, tanığa, mağdura veya başkalarına baskı yapma girişiminde bulunmayacaksa, tutuklama kararı verilemeyecektir⁵⁸⁷. Şüphelinin kaçacağı ya da saklanacağı konusunda somut olgular bulunmalıdır⁵⁸⁸. Örneğin, bilet olarak ya da sahte pasaport temin ederek yurt dışına çıkmaya hazırlanması, sürekli yer değiştirmesi, üzerinde yüklü miktarda döviz taşınması, yabancı dil öğrenmeye yönelik el kitaplarının bulunması gibi haller, kaçacağına ilişkin somut olgulardır. Öte yandan tutuklama tedbirine son çare olarak başvurulması gerekecektir⁵⁸⁹.

İşlenen suçun ağırlığı tek başına kaçma şüphesi için yeterli değildir. Kaçma şüphesi için başka unsurlar da gözetilmelidir⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ Ünver/ Hakeri, s. 355.

⁵⁸⁵ Öztürk/ Erdem, s. 557; Turhan, s. 222.

⁵⁸⁶ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 12.

⁵⁸⁷ Çolak/ Taşkın, s. 449.

⁵⁸⁸ Ünver/ Hakeri, s. 355.

⁵⁸⁹ Avcı, Gökmen, s. 107.

⁵⁹⁰ Bkz. Dursun/Türkiye davası, (Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 19).

b) Delilleri gizleme, değiştirme veya yok etme şüphesi bulunmalıdır. şüpheli veya sanığın delilleri gizleyeceği, değiştireceği, tanıklara baskı yapacağına ilişkin kuvvetli şüphede olmalıdır⁵⁹¹. Belirtmek gerekir ki delilleri karartma bakımından Kanunun aradığı şüphede kuvvetli şüphedir. Dolayısıyla suçu işlediği yönünde kuvvetli şüphede bulunan kimsenin delilleri karartacağı konusunda da kuvvetli şüphede varsa tutuklanabilir⁵⁹². Kanun burada somut olgu değil, kuvvetli şüphede aramaktadır⁵⁹³.

c) Tutuklama nedenlerinin varlığı ve yasal karine. Kanuna göre bazı suçların⁵⁹⁴ işlendiğine dair kuvvetli şüphede nedenlerinin bulunması halinde tutuklama nedeni varsayılabilir. Gerçekte tutuklama nedeni bulunmadan karine olarak kabul edilen bu duruma tutuklama nedeni olmadan tutuklama da denilmektedir⁵⁹⁵. Böyle bir kabul elbette zorunlu değildir. Tutuklama ile ilgili uygulamada karşılaşılan sorunlar nedeniyle CMK, daha önce 1412 sayılı CMUK döneminde uygulanan yedi yıllık sınır yerine, katalog kapsamındaki suçları en aza indirmek amacıyla Almanya gibi ülkelerde yıllardır uygulanan katalog sistemini benimsemiřtir⁵⁹⁶. Bu suçların

⁵⁹¹ Çolak/ Taşkın, s. 449.

⁵⁹² Ünver/ Hakeri, s. 355.

⁵⁹³ Avcı, Gökmen, s. 108.

⁵⁹⁴ CMK 100/3 maddesinde sayılan katalog suçlar;

a) 26.4.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Soykırım Ve İnsanlığa Karşı Suçlar (madde 76, 77, 78),

2. Kasten Ödürme (madde 81, 82, 83),

3. (Ek bent 6.12.2006-5560 sayılı Kanun 17. madde) Silahla İşlenmiş Kasten Yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmiş Kasten Yaralama (madde 87),

4. İşkence (madde 94, 95),

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

6. Çocukların Cinsel İstismarı (madde 103),

7. (Ek bent 6.12.2006-5560 sayılı Kanun 17. madde) Hırsızlık (madde 141, 142) ve Yağma (madde 148, 149),

8. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (madde 188),

9. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

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

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

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

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

d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezası gerektiren suçlar,

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

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

⁵⁹⁵ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 874.

⁵⁹⁶ Öztürk/ Erdem, s. 560.

işlenmesi halinde şüphelinin kaçacağı, delilleri gizleyeceği, tanıklara ya da mağdurlara baskı yapacağı karine olarak var sayılmaktadır⁵⁹⁷.

AIHM kanuni karinelere yola çıkılarak uzun süre tutukluluğun kabul edilemeyeceğine karar vermiştir(Mansur/Türkiye; Yağcı ve Sargın/Türkiye kararı). Belli suçları işleyenlerin delil karartma ve kaçma şüphesi bulunduğunu kabul eden kanuni karineye dayanan Türkiye savunması yeterli bulunmamıştır⁵⁹⁸.

Burada değinilmesi gereken bir başka konu ise tutuklama yasağıdır. CMK 100/4'üncü maddesi gereğince sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. 6352 sayılı Yasa değişikliğinden önce tutuklama yasağında hapis cezasının üst sınırı bir yıl iken, değişiklik ile iki yıla çıkarılmıştır. Gerçekten de infaz hükümleri ile birlikte ülkemizdeki davaların uzun sürmesi göz önüne alındığında kişilerin mağduriyetine neden olmamak amacıyla yasa koyucunun böyle bir uygulamaya gitmesi yerinde olmuştur.

4.1.2.5. Tutuklama Kararının Uygulanış Biçimi

a) Gerekçe

Gerekçe, kararın akla uygun, çelişkisiz, inandırıcı açıklaması demektir⁵⁹⁹. Tutuklama kararında nelerin yer alacağı Kanunda açıkça sayılmamış, sadece tutuklama kararı verilirken hukuki ve fiili nedenler ile gerekçelerin gösterilmesi mecburi kılınmıştır⁶⁰⁰. Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde ise, mutlaka gerekçe gösterilmesi ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmesi emredilmiştir⁶⁰¹.

Anayasanın 40. maddesine göre; Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

⁵⁹⁷ Avcı, Gökmen, s. 108.

⁵⁹⁸ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 15.

⁵⁹⁹ Aşçıoğlu, Çetin, Yargıda Gerekçe Sorunu, TBBD, Yıl: 15, Sayı: 48, Eylül-Ekim 2003, s. 109.

⁶⁰⁰ Yenisey, Tutuklama Kararında...s. 7.

⁶⁰¹ Ünver/Hakeri, s. 360.

Anayasanın 141/3 maddesine göre de; bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.

Tutuklama kararında gerekçe bulunmasına CMK özel bir önem vermiştir⁶⁰². CMK'nın 34. maddesinde tüm hakim ve mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği belirtilmesine rağmen 101. maddede tekrar gerekçe vurgusu yapılması, yasa koyucunun konuya verdiği önemi göstermektedir. Gereksiz verilen tutuklama kararları itiraz üzerine kaldırılacağı gibi tazminat ödemeyi de gerektirecektir⁶⁰³. Gerekçe inandırıcı olmalıdır. "Suçun niteliğine, delillerin durumuna ve tutuklama tarihine göre" gibi gerekçeler de yeterli değildir⁶⁰⁴.

Hakimin vereceği tutuklama kararında veya tutuklamanın devamına ya da tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda gerekçe gösterilmesi gerekmele birlikte mutlaka emredilmediğini, CMK'nın tutuklama kararında hangi noktaların bulunması gerektiğinin açıkça belirtilmediğini ve sayılmadığını ileri sürenler de bulunmaktadır⁶⁰⁵.

Tutuklama kararının gerekçesinin kararda gösterilmesi, bir taraftan hakimin karar verirken kendi kendisini denetlemesini, verdiği kararın üst mahkeme tarafından denetlenmesini ve diğer yandan tutuklanan kişinin neden tutuklandığını anlamasını sağlamaktadır⁶⁰⁶.

Gerekçe yazılırken delillerin açıklanmasında, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek için, adil yargılanma hakkını ve sanığın sorgu hakkını kısıtlamamak koşulu ile sınırlama yapılabilir⁶⁰⁷. Alman hukuku, devlet güvenliğini tehlikeye düşürebilecek hallerde gereksiz tutuklama kararı verilmesini kabul etmiştir⁶⁰⁸.

⁶⁰² Turhan, s. 226.

⁶⁰³ Öztürk/ Erdem, s. 565.

⁶⁰⁴ Bkz. Kalay/Türkiye; Karagöz/Türkiye, (Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 19)

⁶⁰⁵ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 8.

⁶⁰⁶ OLG Karlsruhe, NSTZ 1986, 135; Pfeiffer, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage, München 2005, m. 114 Rn. 1 (Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 9.

⁶⁰⁷ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 11.

⁶⁰⁸ Alman Ceza Usul Kanunu, 114/2-4, Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 12.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi ile hakim tarafından tutuklama kararı verilir. Kovuşturma evresinde mahkeme talep olmadan da re'sen tutuklama kararı verebilir⁶⁰⁹. Cumhuriyet savcısının tutuklama talebi reddedilirse bu red kararı da gerekçeli olmalıdır⁶¹⁰.

Kararın gerekçesiz olması halinde yasa yoluna başvuracak olan ilgili, kararın hangi noktalarına karşı itiraz edeceğini bilemez. Bu ise savunma hakkını kısıtladığından adil yargılanma hakkını ihlal anlamına gelir⁶¹¹.

Tutuklama kararında gerekçe bulunmaması ülkemiz uygulamasında sorunlara neden olması nedeniyle yasa koyucu 6352 sayılı Yasa ile bu konudaki sorunları giderebilmek amacıyla gerekçe zorunluluğunu perçinlemek istemiştir. 6352 sayılı Yasa ile CMK'nın 101/2'nci maddesi değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeyle, tutuklama, tutukluluğun devamı ve tahliye talebinin reddi kararlarında; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülülüğünü gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerektiği bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Kararın içeriğinin şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirileceği, ayrıca bir örneğinin yazılarak kendilerine verileceği ve bu hususun kararda belirtileceği hükme bağlanmıştır.

Yasa koyucu getirdiği düzenleme ile tutuklama konusunda karşılaşılan sorunları çözmek istemiş ise de, özellikle ülkemizde hakimlerin ihsas-ı rey kaygısını giderici bir düzenleme yapmamıştır. Ülkemizde hakimlerin hükümden önce sanık veya şüpheliyi peşinen suçlu kabul edebilecek gibi algıya neden olacağı düşüncesiyle ayrıntılı gerekçe yazmaktan çekindikleri ve sanık veya şüpheliler tarafından da bu durumun hakimlerin reddine gerekçe yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle yasa koyucunun tutuklama kararındaki gerekçelerin ihsas-ı rey olarak kabul edilemeyeceğini açık olarak belirtmesi gerekirdi.

6352 sayılı Yasa ile soruşturma sırasındaki kararları vermek üzere getirilen hakim sistemi uygulamada sorunlara neden olacaktır. Bu hakimlerin dosyaya bakmayacak olması ve sadece bu işlere bakacak olması, zamanla bu hakimlerin

⁶⁰⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 875.

⁶¹⁰ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 12.

⁶¹¹ Bkz. Salov/Ukrayna kararı, Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 211.

dosyaların içeriğini yeterince incelemeyen karar vermeleri eleştirilerine maruz kalmalarına neden olacaktır. Soruşturmayı yürüten savcılar gibi davranmaya ve dolayısıyla da özgürlükler hakimi olarak düşünülürken daha az özgürlük algısının oluşmasına neden olma tehlikesi de bulunmaktadır. Ayrıca ülkemizde oldukça fazla suç örgütü bulunmaktadır. Bu örgütlere ait dosyalar çok fazla belge ve bilgi içerdiğinden bu hakimlerin sayısı bazen aşırı birikme nedeniyle yetersiz kalacak, bazen de iş gelmediği için boş kalmalarına neden olacak ve bu hakimler aşırı baskı altında kalacaklardır.

b) Kararın İçeriği

Tutuklama kararında kişinin karışıklığa meydan vermeyecek biçimde açık kimliği ve tutuklandığı yazılmalıdır. Tutuklama kararından şüphelinin hangi suç ile suçlandığı adeta iddianame yazar gibi yazılmalıdır. Şüpheli tutuklama kararını okuduğunda kendisine isnat olunan fiili tam bir şekilde kavrayabilmelidir. Çünkü tutuklama kararı verilmesi için aranan şüphe derecesi, iddianame düzenlenmesi için gerekenden daha yoğundur⁶¹².

Sanığın kendisine yüklenen fiili kavrayamaması adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. Şüphelinin hangi hukuki ve fiili nedenlerden dolayı özgürlüğünün kısıtlandığını anlayabilmesi için, tutuklama kararının gerekçesinin çok özenli bir şekilde kaleme alınması gerekir⁶¹³.

Tutuklama kararında hangi tutuklama nedeninin uygulandığı da açıkça belirtilmelidir. Şüphelinin kaçma şüphesi ile tutuklanması veya delilleri karartma şüphesi ile tutuklanması, farklı sonuçlar doğurur. Sanığın duruşmada hazır edilmesi için yakalama emri veya zorla getirme kararı verilmişse buna ilişkin kararda da bu husus belirtilmelidir⁶¹⁴.

⁶¹² Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 9.

⁶¹³ OLG Hamm NStZRR 2002, nakleden, Pfeiffer 2005, m. 114, Rn. 4 (Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 9).

⁶¹⁴ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 10.

4.1.3. Tutukluluğun Devamı Bakımından

Tutuklama kararı verildiği zamanki koşullar değişip tutuklama nedenleri ortadan kalkınca tutuklama kararının geri alınması gerekir. Şüpheli veya sanık hakkında verilen tutuklama kararının hukuki temellerinin aradan geçen süre içinde varlığını koruyup korumadığının araştırılması zorunludur⁶¹⁵.

CMK'ya göre kişinin tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği kendiliğinden denetlenmek zorundadır. Soruşturma evresinde savcı, otuzar günlük süreler içinde sulh ceza hakiminden inceleme talep eder. Kovuşturma evresinde ise mahkeme tutukluluk durumunun devam edip etmeyeceğini her oturumda, koşulları gerektirdiğinde oturumlar arasında ve en geç otuzar günlük süreler içinde kendiliğinden gözden geçirmek zorundadır⁶¹⁶.

Bir kez tutuklama kararı verildikten sonra yargılama sonuçlanıncaya kadar tartışılmaması uygun görülmediğinden tutukluluğun düzenli aralıklarla incelenmesi öngörülmüştür. Soruşturma evresinde en geç otuzar günlük aralıklarla tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediği konusunda C.savcısının talebiyle hakim karar verir. Kovuşturma evresinde ise her oturumda, koşullar gerektiğinde oturumlar arasında ya da otuz günlük süre içinde mahkemece re'sen karar verilir⁶¹⁷.

Öncelikle tutuklu sanıkların davalarının hızlı sonuçlandırılması gerekmektedir. AİHM Wemhof/Almanya kararında, tutuklu sanığın duruşmasının diğerlerinden önce görülmesi gerektiği kuralını koymuştur. Geçici bir süre serbest bırakılma, makul sürede yargılanma hakkını ortadan kaldırmaz⁶¹⁸.

Tutukluluğun devam edip etmeyeceğine dosya üzerinden karar verilmemelidir. Tutukluluğun devamı da bir tür tutuklama olduğundan tutukluluğun devamı kararlarının da tutuklama kararları gibi şüpheli veya sanık dinlenerek ve gerekçeli olarak verilmesi gerekir. Nitekim AİHM'e göre de tutukluluk halinin

⁶¹⁵ Turhan, s. 227.

⁶¹⁶ Çolak/ Taşkın, s. 479.

⁶¹⁷ Ünver/ Hakeri, s. 368.

⁶¹⁸ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 15.

devamı için “suçun niteliği ve delillerin durumuna göre tutukluluğun devamına” gibi tek tip gerekçe gösterilmesi yeterli değildir⁶¹⁹.

Ancak tutuklanma kararına itiraz durumunda itiraz merciinin açık duruşma yapması gerekmekte ise de, tutuklu ve avukatının katılımıyla yapılması, incelemenin çekişmeli olması, AİHS açısından zorunludur. Bu kararlar verilirken sanık ile müdafinin dinlenmesi değil, görüşünün alınması gerekmektedir⁶²⁰.

Tutukluluk halinin devamına karar verilirken sürekli aynı gerekçelerin tekrar edilmesi doğru değildir. Tutuklanan kişinin suç işlediğine ilişkin şüphe tutuklamanın olmazsa olmaz koşuludur. Ancak belli bir süreden sonra, tutukluluğun devamı için bu yeterli olmayıp, başka sebepler de gösterilmelidir⁶²¹. Uygulamada somut olgular yerine delil durumu, suçun niteliği gibi tekrarlar yapılmaktadır⁶²². Tutuklama için yeterli olan gerekçe çoğu zaman tutukluluğun devamı için yeterli olmamaktadır. Örneğin delillerin durumu ibaresi, suçun işlenmesine dair önemli gösterge olsa da çoğu zaman tutukluluk süresinin uzunluğunu haklı göstermez⁶²³. Yine tek başına “dosyanın içeriğine göre” deyip tutukluluğun devamına karar verilmesi yeterli değildir. Yapılan suçlamaların ağırlığı uzun tutukluluk süresini haklı çıkarmaz⁶²⁴.

Uygulamada karşılaşılan bir başka sorun ise tutukluluk halinin gözden geçirme sürelerinin temyiz aşamasında göz önüne alınıp alınmayacağıdır. Kanunda açıkça otuzar günlük süreler içinde tutukluluk durumunun gözden geçirilmesi düzenlenmiştir. CMK'nın 2/f bendine göre kovuşturma evresi iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar olan evre olduğuna, 104/3 maddesinde ise

⁶¹⁹ Bkz. Özden Bilgin/Türkiye kararı, (Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 19).

⁶²⁰ Avcı, Gökmen s. 119.

⁶²¹ Bkz. Dursun/Türkiye kararı (Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 19).

⁶²² İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, 2008/195 esas nolu dosyada “...tutuklu sanıkların üzerlerine atılı suçu işledikleri hususunda kuvvetli suç şüphesini gösteren olgular bulunması, suçun niteliği, delil durumu, tutuklu kaldıkları süreler ve CMK 100 maddesindeki şartlar göz önüne alınarak tutukluluk hallerinin devamına...”; İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi 2009/935 Değişik iş-2009/191 esas sayılı kararında; “...sanığın yüklenen suçları işlediğine dair iddianamede gösterilen kuvvetli suç şüphesinin varlığını haklı kılacak derecede delillerin bulunduğu, yüklenen suçun CMK 100. maddesinde sayılı tutuklama nedenlerinden olduğu, bu nedenlerle sanık lehine bir değişiklik olmadığı, ileri sürülen sağlık nedenlerinin yasal tahliye nedeni olmadığı gözetilerek, mahkemesince verilen tahliye talebinin reddi ile tutukluluk halinin devamına dair değişik iş kararında usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamakla...” biçiminde gerekçelerle tutukluluğun devamına veya tutukluluğun devamı kararına itirazın reddine karar verilmiştir.

⁶²³ Bkz. Karagöz/Türkiye kararı (Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 19).

⁶²⁴ Bkz. Duyum/Türkiye kararı, (Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 19).

şüpheli veya sanığın salıverilme istemlerinin Yargıtay aşamasında nasıl inceleneceği belirtildiğine göre, aynı Kanun'un 108/3 maddesindeki süreler temyiz ve istinaf aşamasında da dikkate alınmak zorundadır. Temyiz aşamasında da tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğine ilişkin olarak öncelikle her oturumda, şartlar gerektiriyorsa oturumlar arasında ve her halde de otuzar günlük süreler içinde CMK 34. maddesi gereğince gerekçeli olarak karar verilmek zorundadır. Bu gereklilik aynı zamanda AİHM tarafından da vurgulanmaktadır⁶²⁵. Yargıtay birçok kararında tutukluluk halinin devamına ya da tahliyeyle ilişkin kararlarını “tutuklama tarihi” ve “tutuklulukta geçen süre” gibi gerekçelerle vermektedir⁶²⁶.

AİHM'e göre ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararı üzerine kişinin tutuklanması Sözleşmenin 5/1-a bendinde belirtilen mahkûm edilme üzerine tutuklama olarak kabul edilmektedir. Bu karara karşı istinaf ya da temyiz yoluna başvurulmuş olması fıkra hükmünün uygulanmasına engel oluşturmaz⁶²⁷ ise de, Mahkeme ulusal mevzuata uygunluk açısından da değerlendirme yapmaktadır⁶²⁸.

⁶²⁵ Bkz. Hadjanastassiou/Yunanistan kararı, (Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 246)

⁶²⁶ Yargıtay 6. Ceza Dairesi 16.6.2009 tarih, 2009/7842-10213 sayılı kararında; “...tutuklama tarihi ve geçen süre dikkate alındığında sanığın tahliyesine...”; 5.2.2009 tarih, 2009/2253-1112 sayılı kararında bihakkin tahliye süresi dolan sanık hakkında; “...sanığın aldığı ceza miktarı ve tutuklu kaldığı süre göz önüne alınarak derhal tahliyesine...”; Yargıtay 8. Ceza Dairesi 21.12.2009 tarih, 2009/13582-16212 sayılı kararında; “...bozma nedenine ve tutuklulukta geçirdikleri süreye göre tahliyelerine...”; 5.10.2009 tarih, 2009/13113-12093 sayılı kararında; “...bozma nedenine ve tutuklulukta geçirdiği süreye göre sanığın tahliyesine...”; Yargıtay 4. Ceza Dairesi 27.4.2010 tarih, 2010/6352-8133 sayılı kararında; “...hükmolunan cezalara, tutuklulukta geçen süreye göre sanık müdafinin tahliye talebinin reddine; 11.8.2009 tarih, 2009/20036-14350 sayılı kararında; “...suçların niteliği ile tutuklu kalınan süre itibarıyla tahliye talebinin reddine...”; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 19.10.2009 tarih, 2009/9769-11645 sayılı kararında; “...günlü dilekçe ile tahliye talebinde bulunan sanığın üzerine atılı suça ve delil durumuna göre de tahliye talebinin reddine...”; Yargıtay 1. Ceza Dairesi 24.2.2010 tarih, 2008/6213-2010/1117 sayılı kararında; “...hükmolunan ceza miktarı ve tutuklulukta geçen süreye göre sanığın tahliye talebinin reddine...”; Yargıtay 10. Ceza Dairesi 25.1.2010 tarih, 2009/8113-2010/1020 sayılı kararında; “...suçun niteliği ve tutuklu kalınan süreye göre, sanık hakkındaki tahliye isteğinin reddine...”; 5.10.2009 tarih, 2009/2215-14511 sayılı kararında; “...suçun niteliği ve tutuklu kalınan süreye göre, sanıklar hakkındaki tahliye isteğinin reddine...”; Yargıtay 7. Ceza Dairesi 16.12.2009 tarih, 2009/8774-15148 sayılı kararında; “...sanık hakkında tayin olunan cezanın nevi ve miktarı ve sanığın bu suçtan tutuklu bulunduğu süre dikkate alınarak, sanık müdafinin tahliye talebinin 5271 sayılı CMK'nın 105. maddesi gereğince reddine...”; 26.1.2010 tarih, 2009/18374-2010/779 sayılı kararında; “...verilen kararın niteliğine göre tahliye talebinin reddine...” biçiminde gerekçelerle kararlar vermiştir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 24.11.2010 tarih, 2010/9845-16227 sayılı kararında ise; “...sübutu kabul edilen suçun gerektirdiği ceza miktarına ve tutukluluk süresine, sanığa isnat edilen suçun mahiyetine, bozma kapsamına, daha önce uzun süre firari olması gibi nedenlerle bir Üyenin karşı oyuyla sanık müdafinin tahliye talebinin reddine...” biçiminde karar vermiştir. Kararın muhalefet şerhinde ise sanığa atılı suçun zimmethane değil, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak olduğu, suç tarihine göre de zamanaşımı dolmuş olduğundan tahliye kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

⁶²⁷ Bkz. Mutatis Mutantis/Avusturya; Wyne/İngiltere kararları (Gözübüyük, Gölcüklü, s. 228).

⁶²⁸ Bkz. Winterwerp/Hollanda kararı (Gözübüyük, Gölcüklü, s. 224).

Ulusal mevzuatımız açısından ise kovuşturma evresi hükmün kesinleşmesine kadar olan evreyi kapsadığından tutuklamaya ilişkin hükümler istinaf ve temyiz aşamasında da dikkate alınmalıdır. Aksi taktirde ülkemiz AİHM'e karşı açılacak davalarda uzun tutukluluk, tutuklulukta gerekçe gösterilmemesi ve tutukluluğun gözden geçirilmesine ilişkin yasal zorunluluğa aykırılıklardan dolayı mahkum olmaya devam edecektir.

Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi, bir davada tutukluluk süreleri on yılı aşan sanıkları azami tutukluluk süreleri dolduğu gerekçesiyle temyiz aşamasında tahliye etmiştir⁶²⁹.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; “*Ancak anılan maddede belirtilen tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira, hakkında mahkumiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkumiyet hükmü olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS'in 5inci maddesinin uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlarda tutuklulukla ilgili makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra geçen süreyi dikkate almamaktadır*”⁶³⁰ diyerek bu konuda AİHM'in Wemhoff /Almanya içtihadına uygun karar verdiğini ifade etmiştir. Bu karara karşı görüş yazan kurul üyeleri ise; AİHM'in temel olarak iç hukuka uygunluğu esas aldığını, iç hukukta ise azami tutukluluk sürelerine temyiz aşamasının da dahil olduğunu, öte yandan beş yıllık tutukluluk süresinin de makul olmadığını ve uzun olduğunu, ayrıca Anayasa'nın 90. Maddesine göre iç hukuk hükümleri ile uluslararası sözleşmeler çelişse bile sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıca tutukluluk halinin devamına ilişkin ileri sürülen görüşlerin hem AİHS'e hem de pozitif hukuka aykırı olduğunu, Sözleşme ile tanınan haklara sınırlama getiren bu gerekçelerin Sözleşme ilkeleri ve amacıyla taban tabana zıt olduğu gibi özgürlükleri güvence altına almak amacıyla ihdas edilen bir sözleşmenin, bu şekilde yorumlanmasının Sözleşme ile getirilen

⁶²⁹ Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi, 07.02.2011 tarih, 2011/1056 Esas, 2011/25 Müteferrik kararı.

⁶³⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.04.2011 tarih, 2011/1-51Esas, 2011/42 Karar sayılı kararı.

koruma sistemine de açıkça aykırı olduğunu, kamuoyu baskısının, ne kadar iyi niyetli olursa olsun, hukuk dışı kabul edilebilecek bir düşünce veya uygulamaya yol açmaması gerektiğini belirtmişlerdir.

Öte yandan AİHM, diğer sebepler ilgili ve yeterli olsalar bile, ulusal makamlar muhakemenin yürütülmesinde özel bir özen gösterdikleri yönünde tatmin edici olmalıdır demektedir⁶³¹.

4.2 Kanuni Gözaltı Süresi İçinde Hakim Önüne Çıkarılmama

Kişi özgürlüğünün kısıtlanabilmesi kural olarak hakim kararı ile mümkündür. Ancak gecikmemesi gereken bazı durumlarda yakalanan kişilerin hakim önüne çıkarılması gerekir. Bu durum AİHS'nin 5 ve CMK'nın 91. madde hükümlerinin gereğidir. Gözaltına alınan kişinin hakim önüne geç çıkarılması veya hiç çıkarılmaması Sözleşme hükümlerine aykırılık oluşturur⁶³².

Kanunda belirtilen gözaltı süresi içerisinde hakim önüne çıkarılmama halinde yetkililerin ceza sorumluluğu söz konusu olduğu gibi, bu durum bir tazminat sebebi olarak da kabul edilmiştir⁶³³. Bu tazminat nedeni kişi güvenliği ile ilgili bir tazminat nedenidir. Bu tazminat nedenine dayanarak tazminat davası açabilmek için hükmün kesinleşmesini beklemek gerekmemektedir. Bu nedene dayanarak ancak şüpheli veya sanık tazminat davası açabilir. Şüpheli veya sanık küçük ise, bu davayı kanuni temsilcisi de açabilir.

466 sayılı Yasa düzenlemesinde “*yakalanan ve tutuklananların kanunun öngördüğü süre içinde hakim önüne çıkarılmamış olması*” biçimindeki ibare, 5271 sayılı Yasa ile değiştirilerek; “*kanuni gözaltı süresinde hakim önüne çıkarılmama*” biçiminde ifade edilmiştir. Yeni düzenlemede ilk göze çarpan farklılık hakim önüne çıkarılacak kişinin durumuyla ilgilidir. Eski düzenlemede bu kişilerin yakalanan veya tutuklanan olarak tanımlandığı görülmektedir. Tutuklamanın ancak hakim kararıyla olacağı göz önüne alınarak yeni düzenlemede gözaltı süresi içinde hakim önüne çıkarılmama biçiminde düzenlenmiştir. Gözaltına almaya yetkili makamların bu

⁶³¹ Bkz. Karatay ve diğerleri/Türkiye kararı (Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 19).

⁶³² Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 28.

⁶³³ Ünver/ Hakeri, s. 473.

yetkisi kişiyi hakim önüne çıkarma ile sınırlıdır. Gözaltına almanın amacı zaten kişinin hakkındaki işlemler bitince ya hakim önüne çıkarmak ya da serbest bırakmaktır. Yakalanan kişi ya serbest bırakılacak ya da bir süre hakkında işlem yapılmak üzere gözaltına alınacak, gözaltı sonrasında da ya serbest bırakılacak ya da hakim önüne çıkarılacaktır. Burada gözaltına alındıktan sonra yasalarda öngörülen süre içinde hakim önüne çıkarılmayan kişilerin tazminat isteyebilmeleri söz konusudur. Bu durumda gözaltına alındıktan sonra serbest bırakılanlar da tazminat isteyebileceklerdir. Eski düzenlemede tutukluluktan söz ederken yeni düzenlemede tutuklamanın ancak hakim kararıyla olması gerektiğinden, tutukluluk değil sadece gözaltı söz konusudur.

Eski düzenlemede ayrı bir bent halinde hakim önüne çıkarılma için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hakim kararı olmadan hürriyetin kısıtlanması da tazminat sebebi olarak belirtilmişti. Bu bent belirlenen sürede hakim önüne çıkarılmamayı düzenleyen bendin devamı niteliğindedir. Hakim önüne getirilme için öngörülen süre geçtiği halde, kişi hakim önüne çıkarılmamış ve salıverilmemişse tazminat hakkı doğmuştur. Öğretide de “bu iki bendin ayrı yazılış biçimi anlaşılammıştır” biçiminde eleştiriler de bulunmaktadır⁶³⁴. Buna karşılık düzenlemenin tutuklanan kişilerin tutukluluk hallerinin gözden geçirilmesi için öngörülen süreler geçtiği halde hakim önüne çıkarılmadan tutukluluklarının devam etmesi durumunun kastedildiği ve maddenin böyle anlaşılması gerektiği görüşü de bulunmaktadır⁶³⁵. 5271 sayılı Yasadaki düzenlemede bu konu, “kanuna aykırı yakalama, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilme” şeklinde ilk bentte düzenlenmiştir.

4.2.1. Kanuni Gözaltı Süresi

Anayasanın 19. maddesi⁶³⁶, ve CMK'nın 91. maddesinde gözaltı süreleri açık olarak belirtilmiştir. Buna göre gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yirmidört saati geçemez. Yakalama

⁶³⁴ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 86.

⁶³⁵ Tezcan, s. 82.

⁶³⁶ “...yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir...”

yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz. Toplu olarak işlenen suçlarda gözaltı süresi, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılabilir. CMK 251/5. maddeye göre 250. madde kapsamına giren suçlarda yirmidört saatlik süre kırksekiz saat olarak uygulanır. 6352 sayılı Yasa ile CMK 250, 251 ve 252'nci maddeleri yürürlükten kaldırıldığı için Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda gözaltı süresi 6352 sayılı Yasa ile değişik CMK 91'inci maddesi gereğince 24 saat olarak düzenlenmiştir. Olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde dört gün olan süre Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir. Bu süreler emredici olup, bu süreye uyulmaması nedeniyle mağdur olan kişiler, bu nedenle tazminat isteyebilirler⁶³⁷.

23.3.1976 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesine göre, bir suç işlediği iddiası ile tutuklanan kimse, hemen bir yargıç ya da yargı gücünü kullanmaya yetkili, resmi görevli önüne çıkarılmak, makul süre içinde yargılanmak ya da salıverilmeyi istemek hakkına sahiptir⁶³⁸.

AIHS'nin 5/3. maddesine göre yakalanan kişi hemen bir hakim önüne çıkarılmak zorundadır⁶³⁹. Maddedeki hemen sözcüğü derhal şeklinde anlaşılmalı, gereksiz gecikmeye yer verilmemesi biçiminde anlaşılmalıdır. Bu süreyi her somut olaya göre değerlendirmek gerekmektedir⁶⁴⁰. "Hemen" kavramı Komisyon ve AIHM'in içtihatlarına göre en fazla dört gün olarak belirlenmiştir⁶⁴¹. Yasalarda öngörülen süreler keyfi olarak uygulanabilecek ve sonuna kadar kullanılacak süreler değildir. Yasalar zaten bu durumu en çok ibaresiyle ifade etmeye çalışmıştır. Sanığın derhal değil de yirmidört saat sonra hakim huzuruna çıkarılması için, derhal hakim önüne çıkarmayı engelleyen bir zorunluluk hali olmalıdır. Engel kalkar

⁶³⁷ Çolak/ Taşkın, s. 693.

⁶³⁸ Pazarıcı, Hüseyin, Uluslar arası Hukuk Dersleri, C. 2, 4.Bası, Ankara 1996, s. 202.

⁶³⁹ AIHS m. 5/3; "...işbu maddenin 1/c fıkrasında derpiş edilen şartlara göre yakalanan veya tevkif edilen herkesin, hemen bir hakim veya adli görevi yapmaya kanunen mezun kılınmış diğer bir memur huzuruna çıkarılması lazım ve makul bir süre içinde muhakeme edilmeye yahut adli takibat sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverme ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir..."

⁶⁴⁰ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 238.

⁶⁴¹ Demirbaş, s. 25.

kalkmaz ve her halde en çok yirmidört saat içinde şüpheli veya sanık derhal hakim önüne çıkarılmalıdır⁶⁴².

Bir kimsenin dört güne kadar gözaltında tutulması her zaman hukuka uygun olmaz. Gözaltı ancak gerekli olduğu takdirde ve gösterilecek somut gereksinimlere dayalı olarak birer günlük sürelerle en fazla dört güne kadar uzatılabilir. Gözaltında bulunan kimseye hiçbir işlem yapılmadan uzatma süreleri uygulanmışsa AİHS'in 5. maddesi ihlal edilmiş olur. Özellikle susma hakkını kullanan şüphelilerin dört gün bekletilmesi AİHM'e yapılacak başvurularda ihlal tespiti ile karşı karşıya kalınmasına neden olabilecektir⁶⁴³. Nitekim AİHM İpek ve diğerleri/Türkiye kararında, başvuruçuların yakalandıktan iki gün sonra sadece hakim önüne çıkarılmadan bir gün önce ifadelerinin alınmasına dikkat çekmiştir⁶⁴⁴. O halde, gözaltında kalan kimse için, uzatma kararı verilen her gün için yapılacak bir işlem olmalı, yapılacak işlem bulunmamakta ise, artık o kimse gözaltında tutulmamalıdır. Örneğin gözaltına alınan kimsenin savunması alındığında, artık yapılacak işlem olmadığından serbest bırakılmalı, üç gün hiçbir işlem yapılmadan dördüncü gün ifade alınması ile yetinilmemelidir. Ayrıca hiçbir şekilde gözaltına alınan kimsenin savunması alınmadan serbest bırakılmamalıdır, şayet serbest bırakılacak kimselerden ise, en kısa zamanda salıverilmelidir.

Ancak bazı durumlarda, olayın özelliği ve şüpheli sayısı gözetilerek, hiçbir işlem yapılmadan da kişilerin gözaltında kalması söz konusu olabilmekte, savunmanın dördüncü gün alındığı görülmektedir. Bu durumda bu hususun zorunlu olup olmadığının somut olayın özelliğine göre belirlenmesi gerekir.

Hemen hakim önüne çıkarılma ile ilgili uygulamada karşılaşılan bir başka sorun da yol tutuklaması adı verilen uygulamadır. CMK'nın 94. maddesi gereği giyabi tutuklama kararları kaldırılmıştır. Bunun yerine yakalama emri çıkaran hakim veya mahkeme, başka şehirde ise ve yakalanan kişinin ifadesi alınıp serbest bırakılmasını istemiyorsa, kişi getirildiği en yakın yer hakimi tarafından yakalama emri çıkaran yere sevk edilmek üzere tutuklanmaktadır⁶⁴⁵. Personel ve araç

⁶⁴² Feyzioğlu, s. 127 vd.

⁶⁴³ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 183.

⁶⁴⁴ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 184.

⁶⁴⁵ Yaşar, s. 552.

yetersizliği gibi nedenlerle kişiler aylarca başka yere sevk edilmek üzere tutuklu kalmaktadır⁶⁴⁶. AİHS 5/3 maddesinde belirtilen yakalanan kişinin hemen bir hakim önüne çıkarılmasında kastedilen hakim, tutuklamaya veya serbest bırakmaya yetkili bir hakim olmak zorundadır⁶⁴⁷. Bu nedenle serbest bırakma yetkisi olmayan bir merci önüne çıkarılma, hakim önüne çıkarılma olmayacağından dolayı bu durum Sözleşmenin ihlali olacaktır⁶⁴⁸.

4.2.2. Hakim Önüne Çıkarılma

Göz altına alınan kimse, somut olayın özelliğine göre en kısa zamanda hakim önüne çıkarılmalıdır. Buradaki hakim sözcüğü bir mahkemeyi veya yargısal yetkiye sahip kişiyi ifade eder. Adli görevi yapmaya kanunen yetkili kılınmış diğer bir memur ifadesi, daha geniş kapsamlıdır. Avrupa Adalet Divanına göre, adli görev yapanların sahip olduğu güvencelere sahip olmak kaydıyla hakimden başka kişiler de bu kapsama girmektedir. Burada anlatılmak istenen, öncelikle bu memurun yürütme organı ve taraflara karşı yeterli güvencelere sahip olmasıdır. İkinci olarak ise memur, önüne getirilen şüpheliyi bizzat dinleme ve tutuklama nedenleri yoksa serbest bırakma yetkisine sahip olmalıdır⁶⁴⁹.

O halde kişinin önüne çıkarıldığı yetkilinin objektif ölçütlere göre yargıç bağımsızlığı ve tarafsızlığına dair güvencelere sahip olması gerekir⁶⁵⁰. Ayrıca yakalanan kişiyi tutuklamaya veya serbest bırakmaya yetkili olması da gerekmektedir⁶⁵¹.

4.3. Kanuni Hakları Hatırlatılmadan veya Hatırlatılan Haklardan Yararlanma İsteği Yerine Getirilmeden Tutuklanma

Çağdaş hukuk anlayışında sanık, hukuk düzeni tarafından kendisine bazı haklar verilen ve muhakemeye aktif olarak katılan bir süjedir. Bunun sonucu olarak da ceza muhakemesindeki haklarının ne olduğunun kendisine mutlaka bildirilmesi

⁶⁴⁶ Çolak/ Taşkın, s. 429.

⁶⁴⁷ Van Dijk/van Hoof, s. 372.

⁶⁴⁸ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 185.

⁶⁴⁹ Divan Kararı; Ban der Slujie, Zuiderveldi- Hollanda, 22.5.1984, A 78, s. 17 vd; Pauwels- Belçika, 26.5.1988 A 135, s. 18 vd. (bkz. Gölcüklü, Gözübüyük, age, s. 191 vd.)

⁶⁵⁰ Dutertre, s. 158.

⁶⁵¹ Tezcan/ Erdem/Sancakdar/ Önok, s. 184.

gerekmektedir. Sanığa kendisi ile ilk temas kuran yetkili tarafından en azından, susma hakkı ve bir avukat ile temas kurabilme hakkı bildirilmelidir. Varlığından haberdar olunmayan hak, hiçbir değer ifade etmez. Haklarını bilmeyen ve dolayısıyla kullanmayan sanık da muhakemeye aktif olarak katılamaz⁶⁵². Yargıtay'a göre de sanığa haklarının hatırlatılmaması ya da haklarının hatırlatıldığı duruşma tutanağına yansıtılmaması kesin bozma nedeni sayılmaktadır⁶⁵³.

CMK'nın 147. maddesi gereğince şüpheliye haklarının hatırlatılması bir zorunluluk olup, sorgu tutanağının bir örneğinin şüpheliye verilmesi de gerekir. Bu haklar hatırlatılmadan ya da hatırlatılan haklarından yararlanma isteği yerine getirilmeden tutuklananlara tazminat öngörülmüştür⁶⁵⁴. Hakların hatırlatılmaması çoğu zaman manevi tazminat gerektirir, bu uygulamadan maddi zarar doğması daha zayıf bir ihtimaldir⁶⁵⁵.

4.3.1. Kanuni Hakların Hatırlatılmaması

Şüpheli veya sanığa Anayasa, AİHS ve CMK bazı hak ve güvenceler tanımıştır. Bir hakkın soyut olarak tanınması o hakkın kullanılmasını sağlaması için tek başına yeterli olmayacağından, sanığa tanınan hakların başında kendisi hakkındaki suçlamaları öğrenme ve haklarını öğrenme hakkı gelmektedir. CMK'nın 147. maddesinde bu hak açıkça düzenlenmiştir. Sanık sorguya çekilmeden önce hakkındaki suçlama ve hakları hatırlatılmak zorundadır⁶⁵⁶. Bir kişinin tutuklanmasına ancak hakim karar verebilir. Hakim bir kişi hakkında tutuklama kararı vermeden önce sanığa yasal hakları hatırlatılmak kaydıyla sorgulama yapmak zorundadır⁶⁵⁷.

Şüphelilik veya sanıklık adı verilen hukuki statü şüpheli veya sanığa bazı haklar ve ödevler getirir⁶⁵⁸. Sanık veya şüphelinin sahip olduğu haklarının neler olduğunu bilmesi de bir hak olarak kabul edilmiştir. CMK'nın birçok maddesinde (örneğin m. 90, 147) bu hakların hatırlatılmasını ilgililere görev olarak belirtmiştir.

⁶⁵² Öztürk/ Erdem, s. 194.

⁶⁵³ Tosun, Kerim/ Akkaya, Çetin, Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, 2. Bası, Ankara 2009, s. 288.

⁶⁵⁴ Çolak/ Taşkın, s. 693.

⁶⁵⁵ Ünver/ Hakeri, s. 473.

⁶⁵⁶ Turhan, s. 104.

⁶⁵⁷ Düzgün, Nuri/ Elmacı, Şerafettin, s. 98.

⁶⁵⁸ Öztürk/ Erdem, s. 344.

Hakları öğrenme hakkı, savunma hakkı ve adil yargılanma hakkından kaynaklanmaktadır⁶⁵⁹.

Bir kişiye herhangi bir konuda suçlama getiren kamu otoritesi kişiye bu suçlamalar karşısında ne tür haklara sahip olduğunu da hatırlatmak zorundadır. Bu hatırlatmanın sözde kalmaması için mutlaka yazılı olması gerekir. Bunun yanında hatırlatılan haklarından yararlanma isteğinin yerine getirilmemesi tazminat sebebi olarak kabul edilmiştir. Öte yandan AİHS 5. maddesinde hakların hatırlatılması yanında “anlayacağı dilde bildirilir” denilerek hakları hatırlatmanın ve suçlamayı anlatmanın karşındaki kişinin anlamasıyla ölçülmesi gerektiğini vurgulamış olmaktadır⁶⁶⁰. Bu durumda, gerek konuşma dili olsun, gerek vücut dili olsun, kişinin suçlamayı ve haklarını anlamasının asıl olduğu düşüncesindeyiz. Bir kişinin sadece konuşma dilini anlamaması halinde tercüman tutulması kastedilmemektedir. Kişinin işitme engelli, görme engelli veya başkaca anlamasına engel bir duruma sahip olması gibi durumlarda da kendisine hürriyetini kısıtlama nedenleri anlayacağı dilde bildirilmek zorundadır. Yine ceza sorumluluğu bulunmakla birlikte yeterli gelişme düzeyine erişmemiş kişilerin de anlayacağı dilde suçlamalar hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Çok teknik bir konuyla suçlanan bir kişinin de suçlama konusunda detaylı bir biçimde bilgilendirilmesi gerektiği kanısındayız. Kişinin kendisi hakkındaki suçlamaları anlayabilmesi ücretsiz olmalıdır.

4.3.1.1. Bildirimin Şekli

Kişiye kanuni haklarının hatırlatılması Anayasanın 19/4 maddesine göre her halde yazılı olarak yapılmak zorundadır. Bu hemen mümkün değilse sözlü olarak bildirilmelidir⁶⁶¹. Hakların hatırlatılmasının gecikmemesi amacıyla sözlü bildirim ilkesi kabul edilmiştir. Asıl olan yazılı bildirim olmakla birlikte, yazılı bildirime olanak bulunmayan durumlarda sözlü bildirim ile hakların bir an önce hatırlatılması amaçlanmıştır.

⁶⁵⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 494.

⁶⁶⁰ White/Ovey, s. 214; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 166.

⁶⁶¹ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin 6/4. fıkrasına göre de; “yakalanan kişiye, suç ayırımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme ile diğer kanuni hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhalde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal bildirilir”.

Tutuklama kararını hakim vereceğine ve kişinin sorgusu yapılmadan tutuklanamayacağına göre, haklarının bildirimini hakim tarafından yapılmak zorundadır⁶⁶². Tutuklama kararı veren hakim sorguyu yazılı yapmak zorundadır. Öte yandan hakim, sorgu tutanağına kişiye hangi haklarının hangi yöntemle hatırlatıldığını yazmak zorundadır. Madde kapsamında kişiye kanuni haklarının hatırlatılmasının şekli hakim kararının tabi olduğu şekil şartına tabidir. Yargıtay'a göre savunma hakkı ile ilgili olan bu hakkın sanığa avukatı bulunsa bile hatırlatılması zorunlu olup, bu hükmün uygulanmaması halinde dosyanın esasına girilemez⁶⁶³. Hakların hatırlatılması denetime olanak vermesi bakımından da sorgu tutanağında açık olarak belirtilmelidir. CMK'nın 147. maddesinde sorgunun tutanakla tespit edileceği belirtilmiştir. İfade ve sorgu gibi ceza yargılamasının temel işlemlerinin yasalara uygunluğu tutanağa yazılarak ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar önlenmek istenmiştir⁶⁶⁴. Başka bir anlatımla hakların bildirilmesinin sözle olması yetmeyip bu hususların gerçekleştiğinin belgelenmesi için tutanağa da geçirilmesi gerekir⁶⁶⁵.

CMK'nın 169. maddesine göre soruşturma evresinde yapılan işlemler tutanağa bağlanmak zorundadır. Maddeye göre şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgusu, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya bir keşif ve muayene sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakiminin yanında bir zabıt katibi bulunur. Soruşturmaya katılma yetkisi olan müdafii veya vekilin de hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanaklarda isim ve imzasına yer verilir⁶⁶⁶.

CMK mecburi müdafilik sistemini oldukça genişletmiştir. Tutuklama istemiyle hakim önüne sevk edilen kişinin müdafii olmadan tutuklanması mümkün değildir. CMK 101/3 maddesine göre tutuklanma istemli sorguda müdafii bulunması zorunludur⁶⁶⁷. Sanığa haklarının bildirilmesinde biçimsel koşul olan yazılı olma yanında tutanak tanığı niteliğinde avukat da bulunmak zorundadır.

⁶⁶² Kanmaz, s. 111.

⁶⁶³ CGK, 24.10.1995 tarih, 1995/7-165-302 sayılı kararı için bkz. Yaşar, s. 734 vd.

⁶⁶⁴ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 399.

⁶⁶⁵ Yaşar, s. 725.

⁶⁶⁶ Çolak/ Taşkın, s. 826.

⁶⁶⁷ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 790.

4.3.1.2. Kapsamı

CMK'nın 147. maddesinde ifade ve sorgu sırasında şüpheliye hangi haklarının hatırlatılması gerektiği belirtilmiştir⁶⁶⁸. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 23. maddesinde de ifade alınırken uyulacak esaslar belirtilmiştir. Yönetmelikte de CMK 147. maddedeki esaslar aynen benimsenmiştir.

Şüpheli veya sanığın sahip olduğu ve kendisine tutuklanmadan önce hatırlatılması gereken hakları şunlardır.

a) Suçlamayı ve Haklarını Öğrenme Hakkı

Şüpheli veya sanık sorguya çekilmeden önce kendisine ne ile suçlandığı bildirilecek, arkasından da diğer haklarının anlayacağı dilde anlatılmasına geçilecektir⁶⁶⁹. Kişinin suçlamayı ve haklarını öğrenme hakkı kendisinin ilk yararlanacağı haktır. AİHS 6. maddesine göre de her sanık, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenlerinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına sahiptir⁶⁷⁰. Suçlama konusunda sanığa verilecek bilgi, kendisinin hangi fiili nedeniyle suçlandığını ve bu fiilin hukuki niteliğinin ne olduğunu içerecektir. Bu bilgiler tutuklama halinde verilmesi gereken bilgiden çok daha ayrıntılı olmalıdır⁶⁷¹. Bu tür bilgiler kişinin savunmasını hazırlaması bakımından son derece önemlidir. Kişiye aktarılacak bilgi her somut olayda

⁶⁶⁸ CMK 147. maddeye göre ifade ve sorgu sırasında kimlik tespitinden sonra;

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki 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 derhal bildirilir.

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni 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.

...i) İfade ve sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır;

...3) İfade ve sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır;

CMK 191/1 maddesine göre de; maddesine göre de; sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu ve 147. maddede belirtilen diğer hakları bildirilir.

⁶⁶⁹ Turhan, s. 104.

⁶⁷⁰ Dutertre, s. 261.

⁶⁷¹ White/Ovey, s. 290; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 307.

değişebilmekle birlikte, hiçbir fiili ve hukuki hataya yer vermeyecek şekilde olması gerekir⁶⁷².

Sözleşmenin 5. maddesine göre de tutuklanan her kişi, tutuklanmasını gerektiren nedenleri ve kendisine isnat edilen suçlamaları en kısa zamanda ve anladığı bir dille öğrenme hakkına sahiptir⁶⁷³.

b) Müdafiden Yararlanma Hakkı

Şüpheli veya sanığın sorgusuna başlanmadan önce kendisine müdafî yardımından yararlanma hakkının bulunduğu, eğer kendisinin müdafî atama imkanı yoksa kendisine bir müdafî tayin edileceği de hatırlatılır⁶⁷⁴. Yasal zorunluluk bulunan durumlar dışında şüpheli veya sanık savunmasını kendisi yapmak isteyebilir. Ancak müdafî seçebilecek durumda olmadığını ve bir müdafiden yararlanmak istediğini beyan ederse kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilmek zorundadır⁶⁷⁵.

Müdafî yardımından yararlanma gerçek anlamda yardım biçiminde olmalıdır. Sadece müdafîin gözlemci gibi sorgu sırasında hazır bulunması amaca uygun değildir. Müdafî yardımının kapsamı kişinin vereceği ifadenin sonuçları ile ilgili olarak müdafî tarafından aydınlatılması biçiminde olmalı ve işlem süresince sürmelidir⁶⁷⁶.

Kural olarak müdafî seçme konusunda şüpheli veya sanık serbesttir. Ancak bazı durumlarda sanık veya şüphelinin müdafîi yoksa kendisine müdafî atanması zorunludur. Bu durumlar CMK'nın 150. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, sanık veya şüpheli müdafî tutabilecek durumda değilse ve müdafî yardımı isterse kendisine müdafî atanmak zorundadır. Ayrıca, şüpheli veya sanık on sekiz yaşından küçük, kendini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise istemi aranmaksızın

⁶⁷² Kalağan, Gökhan, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Göre Adil Yargılamada Sanığın Hakları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Nisan 2007, Yıl: 2, Sayı: 8, s. 101.

⁶⁷³ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 236.

⁶⁷⁴ Çolak/ Taşkın, s. 724.

⁶⁷⁵ Yaşar, s. 725.

⁶⁷⁶ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 395.

kendisine müdafî atanır. Alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda da müdafî görevlendirilmesi zorunludur⁶⁷⁷.

AIHM yargılamanın ilk aşamalarından itibaren şüpheli veya sanığa avukat yardımının sağlanması gereğine işaret etmektedir⁶⁷⁸. Avukat yardımının bir koşulu da adaletin selametinin gerektirmesidir. Adaletin selametinin gereğini ise Mahkeme isnat edilen suçun ağırlığı ve çarptırılacak cezanın ağırlığı gibi ölçütlerle belirlemektedir⁶⁷⁹. Mahkeme Talat Tunç/Türkiye kararında, ölüm cezasını gerektiren bir fiille yargılanan ve eğitim durumu yetersiz olan kişinin avukat yardım talep etmemesini makul kabul etmemiştir⁶⁸⁰.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesine göre şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı, hakim kararı ile 24 saat süre ile kısıtlanabilir. Ayrıca bu Kanun kapsamındaki suçlar ile ilgili yürütülen soruşturmalarda gözaltı süresince bir müdafî yardımından yararlanabilir. 6352 sayılı Yasa ile de anılan uygulamada bir değişiklik yapılmamış, hakim kararı ile 24 saat müdafî ile görüşme kısıtlaması korunmuş ve bu süre içerisinde şüphelinin ifadesinin alınamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yargıtay'a göre de kendini savunamayacak durumdaki kişilere müdafî atanmasının amacı savunmada zafiyet oluşmasını engellemektir⁶⁸¹. Bir başka anlatımla sanığın kendisini savunması ve savunma hakkının tam olarak yerine getirilebilmesi için bu zorunluluk getirilmiştir. Bu nedenle zorunlu olarak atanması gereken müdafî atanmadan şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması halinde işin esasına girilmemekte, elde edilen delil hukuka aykırı kabul edilerek dosya bozulmaktadır⁶⁸². Nitekim Yargıtay 9. Ceza Dairesi bir kararında⁶⁸³; Yaşı küçük olan sanıklara kendilerini savunması için müdafî tayin edilmesini düzenleyen CMK'nın 150. maddesindeki gerekliliğin yaşı küçük olan sanıkların kendilerini yeterince savunamayacakları karinesine dayandığı kabul edilmiştir. Kişilerin kendilerini

⁶⁷⁷ Ünver/ Hakeri, s. 219 vd.

⁶⁷⁸ Bkz. John Murray/Birleşik Krallık Davası, (Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 177).

Yine bkz. Van Dijk/van Hoof, s. 469 vd.

⁶⁷⁹ Bkz. Quaranta/İsviçre Kararı (Dutertre, s. 268).

⁶⁸⁰ Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 178.

⁶⁸¹ Yaşar, s. 783.

⁶⁸² Tosun/ Akkaya, s. 327 vd.

⁶⁸³ Yargıtay 9. Ceza Dairesi 7.12.2010 tarih, 2008/19581 Esas, 2010/12260 karar sayılı kararı için bakınız; YKD Cilt: 37, sayı:3, Mart 2011, s. 560 vd.

savunmaları adaletin gerçekleşmesi için bir zorunluluk olarak görülerek, bu kişilere mali olanaklarının bulunmaması halinde Devlet tarafından müdafî görevlendirilmesi ilkesinin benimsenmesinin AİHS'in 6/3-c maddesinin iç hukuktaki yansıması olarak kabul edilmiştir. Sonuç olarak; Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yaşı küçük olan sanığa baro tarafından atanan zorunlu müdafîe ödenen ücretin, yargılama sonucunda mahkum olan ve mali yönden ödeme olanağı bulunmayan sanıktan tahsil edilemeyeceğine karar vermiştir.

c) Durumdan Yakınlarının Haberdar Edilmesi Hakkı

Anayasanın 19/6. maddesine göre, kişinin yakalandığı veya tutuklandığı derhal yakınlarına bildirilir⁶⁸⁴. Özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu durumu, kendi belirleyeceği bir yakınına bildirilmek zorunda olup, bu hakkının da şüpheli veya sanığa hatırlatılması gerekmektedir⁶⁸⁵. Bu hakkın bildiri de sorgu sırasında hakim tarafından yapılacaktır⁶⁸⁶.

Bildirim tutuklunun bir yakınına veya belirleyeceği bir kişiye yapılmalıdır⁶⁸⁷. Yakın kavramı içine akraba da dahil olmakla birlikte, yakın kavramı akrabadan daha geniş bir çevreyi ifade etmektedir. Buradaki yakın kavramı kanuni yakın değil, kişinin kendisine yakın hissettiği kişidir⁶⁸⁸.

6352 sayılı Yasa ile 3713 sayılı Yasa kapsamında kalan suçlar bakımından soruşturmanın amacının tehlikeye düşme olasılığının bulunduğu durumlarda, yakalanan, gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişilerin durumları hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilebilir. Yabancı kişilerin durumları vatandaşı oldukları ülkenin konsoloslukuna bildirilir. Ancak kişi yazılı olarak bu bildiriye karşı çıkarsa bu durumda bildirim yapılmaz. İlgili ülke konsolosluğunun yazılı bilgi istemesi halinde ise yabancının durumu hakkında bilgi vermek zorunluluğu bulunmaktadır⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ Turhan, s. 109.

⁶⁸⁵ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 396.

⁶⁸⁶ Çolak/ Taşkın, s. 725.

⁶⁸⁷ Ünver/ Hakeri, s. 214.

⁶⁸⁸ Şahin, Cumhuriyet, s. 228.

⁶⁸⁹ Parlar/ Hatipoğlu, s. 425.

d) Susma Hakkı

Hakkındaki suçlamaları öğrenen sanık veya şüphelinin susma hakkı bulunmaktadır. Tutuklamadan önce sorgusu yapılan sanığa suçlama anlatıldıktan sonra bu konuda açıklamada bulunmamanın kanuni hakkı olduğu hatırlatılmak zorundadır⁶⁹⁰.

Susma hakkı, sanık veya şüpheliye yüklenen suç ile ilgili açıklamada bulunmama hakkını ifade eder⁶⁹¹. Kimliğine ilişkin sorular konusunda susma hakkına sahip olmayıp bu konudaki soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesine göre kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermektan kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişi cezalandırılacağı gibi, kimliği konusunda gerçeği söylemeye zorlamak amacıyla gözaltına alınabilir veya tutuklanabilir⁶⁹².

Susma hakkına ilişkin bildirim mutlaka sorguyu yapan makam olan hakim tarafından yapılmalıdır. Bildirimi üçüncü kişinin yapması doğru değildir. Aynı şekilde küçükler açısından kanuni temsilciye yapılan açıklama yeterli olmayıp küçüğe de susma hakkı hatırlatılmalıdır. Şüpheli veya sanığın bu hakkını biliyor olması da bu hakkın hatırlatılmasına engel olmamalıdır⁶⁹³.

Susma hakkı veya kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı AIHS'de açık olarak düzenlenmemiş olduğu halde, AIHM kararlarında bu hak adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmektedir⁶⁹⁴. Mahkeme Saunders/Birleşik Krallık kararında⁶⁹⁵; her ne kadar Sözleşmenin 6. maddesinde belirtilmese de susma hakkının adil yargılanma hakkının esasını oluşturduğunu vurgulamıştır. John Murray/Birleşik Krallık kararında da⁶⁹⁶; susma hakkını kullanan sanığın suçlu olduğunun kabul edilemeyeceğini ancak sanığa karşı olan deliller bir açıklama gerektiriyorsa buna

⁶⁹⁰ Turhan, s. 105.

⁶⁹¹ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 396.

⁶⁹² Ünver/ Hakeri, s. 209.

⁶⁹³ Şahin, Cumhuriyet, s. 138.

⁶⁹⁴ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 259 vd.

⁶⁹⁵ Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 134

⁶⁹⁶ Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 134

rağmen sanık açıklamada bulunmuyorsa sanığın suçlu olduğu sonucuna varılabileceğini belirtmiştir.

Yargıtay da birçok kararında sanıkların yasal haklarının ve bu kapsamda susma hakkının hatırlatılmadan alınan ifadelerinin hukuka aykırı olduğunu ve geçersiz olduğunu belirtmiştir⁶⁹⁷. Ayrıca susma hakkını kullanarak kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmayan sanığın bu davranışının suçunu kabul ettiği biçiminde yorumlanamayacağını ifade etmiştir⁶⁹⁸.

e) Lehine Olan Delilleri İleri Sürme Hakkı

Şüpheli veya sanığın işlediği ileri sürülen suçla ilgili kendisinin suçtan kurtulmasını sağlayacak delilleri varsa bunların toplanmasını isteme hakkı da bulunmaktadır⁶⁹⁹. Kendisi aleyhine olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan konuları ileri sürme hakkı bulunmaktadır⁷⁰⁰.

İfade ve sorgu bir savunma aracı olduğundan kişi kendisini suç isnadından koruyacak delilleri ileri sürebilmelidir. Aleyhine olan delilleri yok etmeye yönelik olan veya kendisi lehine olan olguları ileri sürebilir ve sürdüğü bu olguların araştırılmasını isteyebilir. Burada önemli olan bu hakkın kişiye hatırlatılmasının yasal zorunluluk olmasıdır⁷⁰¹.

AIHM, Georgios Papageorgiou/Yunanistan kararında⁷⁰²; sanığın ileri sürdüğü delilin mahkeme tarafından bulunamaması ve ulaşılamaması durumunda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Perna/İtalya davasında ise⁷⁰³; sanığın sunduğu delillerin davayla ilgili olup olmadığına ulusal mahkemelerin karar vereceğini, sanığın ise hangi delili niçin ileri sürdüğünü açıklaması gerektiğini belirtmiştir.

⁶⁹⁷ Tosun/ Akkaya, s. 286 vd.

⁶⁹⁸ CGK 19.4.1993 tarih, 6/81-110 sayılı kararı (Yaşar, s. 738 vd).

⁶⁹⁹ Çolak/ Taşkın, s. 726.

⁷⁰⁰ Şahin, Cumhuriyet, s. 142.

⁷⁰¹ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 397.

⁷⁰² Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 193.

⁷⁰³ Dutertre, s. 269.

Yargıtay birçok kararında ceza yargılamasının amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğunu, sanığın savunmalarında ileri sürdüğü hususların araştırılması gerektiğini, ileri sürdüğü delillerin doğruluğunun araştırılmamasının savunma hakkının ihlali anlamına geldiğini, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için sanığın lehine ve aleyhine olan kanıtların dava sonuçlanıncaya kadar toplanabileceğini ifade etmektedir⁷⁰⁴.

4.3.1.3. Süresi

İfadesi alınan veya sorgusu yapılan kişinin, gerçekten suçlanan kişi olup olmadığının belirlenebilmesi amacıyla, ilk olarak kimliği tespit edilir. Daha sonra kendisine yüklenen suç anlatıldıktan sonra kanuni hakları hatırlatılır⁷⁰⁵.

Şüpheli veya sanığın kimliğinin tespitinden ve suçlama kendisine anlatıldıktan sonra, sorgusuna başlanmadan önce kanuni haklarının hatırlatılması, şüpheli veya sanığın kullanmak istediği haklarını kullanmasına olanak sağlanması gerekmektedir⁷⁰⁶. Örneğin susma hakkını kullanacaksa suçlamayla ilgili ifadesine başlamadan önce bu hakkının varlığından haberdar olması gerekir. Alınan ifadenin kanuna uygun olabilmesi için şüpheli veya sanığın sahip olduğu haklarının kendisine ifadeye başlamadan bildirilmesi gerekir⁷⁰⁷.

Uygulamada da ifade alınırken kimlik saptandıktan sonra hakların hatırlatılması yasal bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir⁷⁰⁸. Burada önemli olan sanık veya şüphelinin kimliğinin tespitinden sonra kendisine suçlamanın anlatılması ve ardından haklarının hatırlatılmasıdır. Düzenlemenin bu şekilde olmasının amacı ise, kişinin kendisi hakkındaki suçlamayı öğrendikten sonra haklarının kullanıp kullanmama konusunda karar vermesidir. Örneğin basit bir suçlamayla karşılaşan kişi yakınlarına haber verilmesini istemeyebilir. Yine işlediği suçun ağırlığı nedeniyle de kişiler bazen yakınlarına bilgi verilmesini istemeyebilirler. Suçlamayı öğrenen kişi susma hakkını veya müdafiden yararlanma hakkını da suçlamanın ağırlığına göre kullanmak isteyebilir.

⁷⁰⁴ Yaşar, s. 1070 vd; Tosun, Akkaya, s. 506 vd.

⁷⁰⁵ Çolak/ Taşkın, s. 722 vd.

⁷⁰⁶ Yaşar, s. 724 vd.

⁷⁰⁷ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 394 vd.

⁷⁰⁸ CGK 21.10.1997 tarih, 4/116-203 sayılı karar (Yaşar, s. 731 vd).

4.3.2. Haklardan Yararlanma İsteğinin Yerine Getirilmemesi

Bir hakkın sadece var olması hiçbir anlam ifade etmez. Kullanılmayan bir hakkın varlığı ile yokluğu arasında esasında bir fark yoktur. Kişiyne yasal hakları hatırlatıldıktan sonra bir haktan yararlanma isteğinin yerine getirilmemesi, bu hakların konuluş ve hatırlatılış amacına aykırıdır. Bir hakkın varlığının ilgililere bildirilmesi aynı zamanda o hakkın kullanımının da mümkün olduğu anlamına gelir.

Bu nedenle Kanun, tutuklanan kişilere kanuni haklarının hatırlatılmamasını tazminat sebebi saymış, buna ek olarak, hatırlatılan haklarından yararlanma isteğinin yerine getirilmemesini de ayrıca tazminat nedeni olarak kabul etmiştir⁷⁰⁹.

Bir hakkın kanunda tanınmış olması hiçbir anlam ifade etmeyeceğine göre, kişilerin sahip olduğu haklardan yararlanmalarını sağlamak devletin görevidir. Kendisine sağlanan bir hakkını kullanmak isteyen şüpheli veya sanığa bu hakkını etkin biçimde kullanabilme imkanı sağlanmalıdır. Kişilere kanuni haklarının hatırlatıldığıının denetime elverişli olması gerektiğinden mutlaka hatırlatma tutanağa yazılmalı, tutanak şüpheli veya sanık tarafından özgür iradesiyle imzalanmalıdır. Kişinin haklarını tam olarak anlaması da zorunludur. Tüm sorgu ve ifade süresince ve kişilere hakları hatırlatılırken müdafii bulunması bu konudaki tartışmalara son verebilir.

4.4. Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmama ve Bu Süre İçinde Hüküm Verilmemesi

Tutuklama, kişilerin henüz suçluluğu sabit olmadan özgürlüklerinin kısıtlanması olduğundan bu sürelerin çok kısa olması hukuk devletinin bir gereğidir. Yakalanan veya tutuklanan herkes, hemen bir yargıç önüne çıkarılmalıdır. Kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya hakkı vardır. “Hemen” deyimi her somut olaya göre belirlenir⁷¹⁰.

⁷⁰⁹ Kanmaz, s. 111.

⁷¹⁰ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 183.

4.4.1. Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmama

Kanunumuzda yakalanan kişinin yakalanmış biçimde tutulmasına dair bir süre öngörülmemiştir. Böyle bir sürenin düzenlenmemiş olması yakalama için ayrı, gözaltı için ayrı süre olduğu anlamına da gelmez⁷¹¹. Gözaltı süresi yakalama anından itibaren işlemeye başlar⁷¹².

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.

Tutukluluktaki makul süre ile yargılamadaki makul süre birbirinden farklıdır. Tutukluluk durumunun hukuka uygunluğu belli periyotlarla ve otomatik olarak denetlenmiyorsa Sözleşmeye aykırı kabul edilmektedir⁷¹³. İç hukukumuza göre tutuklulukta makul süre bir ay olarak kabul edilmiş denilebilir. Çünkü soruşturma evresinde bir ay içerisinde tutukluluğun gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Şu halde bir ayı aşan tutukluluk hali makul süreyi aşmış kabul edilebilir.

AİHM Mansur/Türkiye davasında⁷¹⁴; “belli bir davada yargılanmak üzere bekleyen bir kişinin tutukluluk halinin makul bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikli olarak ulusal yargı mercilerinin görevidir” diyerek yargılama bekleminin süresinin makul bir süre olması gerektiğini vurgulamıştır.

Maddedeki düzenlemeye göre, tutuklu kişilerin soruşturma aşamasının uzaması tazminat sebebi olarak kabul edilmiştir. Çünkü yasada “makul sürede yargılama mercii önüne çıkarılmama” durumu tazminat sebebi olarak öngörülmüştür. herşeyden önce tutuklamadan sonra yargılama mercii önüne çıkarılmamadan söz ettiğine göre gözaltı veya yakalama durumu değil tutuklamadan sonra makul sürede yargılama mercii önüne çıkarılmama tazminat konusudur. Buradaki yargılama mercii ise tutuklu hakkında hüküm vermeye yetkili mercidir. Bu durumda savcılık önüne çıkarılma bu kapsamda değerlendirilemez.

⁷¹¹ Ünver/ Hakeri, s. 331.

⁷¹² Çolak/ Taşkın, s. 418.

⁷¹³ Yenisey, Tutuklama Kararında..., s. 16.

⁷¹⁴ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 248 vd.

4.4.2. Makul Sürede Hüküm Verilmemesi

Anayasanın 19. maddesine göre; tutuklanan kişilerin makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır.

Uzun tutukluluk süresini engellemek amacıyla CMK tutukluluğa üst sınır getirmiştir. Bu süre en çok bir yıl olup, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda bu süre en çok iki yıl olup, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek uzatılabilir. Uzatma süresi üç yılı geçemez. Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar için bu süre iki kat olarak uygulanır. Görüldüğü gibi madde son derece açıktır. Suç ağır cezalı değilse süre maksimum 1,5 yıldır. Burada tartışma yoktur. Ağır cezalı ise (2+3 dür) 5 yıldır, bu durumda, ne yazık ki toplam süre değil, uzatma süresi üç yıldır⁷¹⁵.

Ağır cezalı suçlardaki beş yıllık süre AİHS 5. maddesindeki makul süreyi aşar nitelikte gözükmektedir. Bu nedenle maddeyi amaca uygun olarak yorumlamalı ve sürenin uzatma ile birlikte üç yılı geçemeyeceği kabul edilmelidir⁷¹⁶ görüşüne katılmak mümkün değildir. Yasada uzatma süresi üç yılı geçemez denildiğine ve asıl süre de iki yıl olduğuna göre yasaya göre süre beş yıl olarak uygulanmak zorundadır. Uzatmaların temel süreden fazla olması kanun yapma tekniğine uygun olmasa ve tutukluluk süresini uzun öngörse de, Kanuna rağmen süreyi üç yıl kabul etmek mümkün değildir⁷¹⁷.

CMK'nın 2. maddesinin (f) bendine göre kovuşturma evresi hüküm kesinleşinceye kadar geçen evreyi ifade etmektedir. AİHM ise hüküm verinceye kadar geçen süreyi tutukluluk kabul ederken, hükme karşı temyiz yoluna gidildiğinde bu süreyi tutukluluk süresi değil Sözleşmenin 5/1-a bendi gereğince mahkeme hükmü gereği tutukluluk kabul etmektedir⁷¹⁸.

Bir tedbir olan tutuklamanın öne alınmış bir ceza olmasının önüne geçmek için tutukluluk süresinin makul olması gerekmektedir. AİHM süre konusunda bir

⁷¹⁵ Öztürk/ Erdem, s. 562 vd.

⁷¹⁶ Avcı, Gökmen, s. 120.

⁷¹⁷ Öztürk/ Erdem, s. 563.

⁷¹⁸ N./Federal Almanya Cumhuriyeti Kararı (Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 69).

süre saptamamıştır. Somut olayın özelliklerine göre makul süre belirlenmektedir⁷¹⁹. Kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlandığı tarihte başlayıp ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki kararı tarihinde biten dönem içinde yer alan tutukluluk süresi esas alınmaktadır⁷²⁰. Ancak ulusal mevzuatında ülkeler temel hakları geliştirebilirler. Çünkü AİHS’de getirilen düzenlemeler asgari düzenlemelerdir⁷²¹. Asıl olan uygulamanın ulusal mevzuata da uygun olması olduğundan ve ulusal mevzuatımıza göre kovuşturma evresi içine temyiz aşaması da dâhil edildiğinden makul süreye ilk derece mahkemesinin hükmünden sonraki yani temyiz aşamasındaki tutukluluk süresi de eklenerek hesap yapılmalıdır.

Madde tutuklandıktan sonra makul sürede yargılama mercii önüne çıkarılmama ve bu sürede hüküm verilmemesini tazminat sebebi olarak düzenlemiştir. Burada iki husus önemlidir. Birincisi; “ve” bağlacı ile yargılama mercii önüne çıkarılan kişinin aynı anda hakkında hüküm verilmesi ilkesinin benimsendiği yani tek celse esası vurgulanmıştır. İkinci olarak ise makul sürede kişilerin hakkında hüküm verilmemesinin tazminat sebebi olarak kabul edilmesidir. Ülkemizin en önemli sorunlarından olan davaların makul sürede sona ermemesi konusunda tazminat öngören bu düzenleme oldukça önemlidir. Tutuklu yargılamanın uzun sürmesi başlı başına bir tazminat sebebi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. yasada olan bu durum AİHM’in herhangi bir ihlal kararı vermesini beklemeden hayata geçirilmelidir.

4.5. Tutuklandıktan Sonra Kovuşturmaya Yer Olmadığı veya Beraat Kararı Verilmesi

Kanunlara uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kimseler hakkında yapılan soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına veya kovuşturma sonucunda beraat kararı verilebilir. Yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma sonucunda yasalara uygun olarak uygulanmış bir koruma tedbiri bile olsa, yakalama ve tutuklama gibi kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran bir tedbir uygulanması nedeniyle hürriyeti kısıtlanan kişilere Devlet tazminat ödeyerek deyim yerindeyse

⁷¹⁹ White/Ovey, s. 219 vd; Clayton/Tomlinson, no. 10.221.

⁷²⁰ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 213.

⁷²¹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 7.12.2010 tarih, 2008/19581-2010/12260 sayılı kararında; “...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin dürüst yargılanma haklarının asgari şartlarını gösteren 6. maddesinin...” biçiminde Sözleşmedeki hakların asgari şartlar olduğunu vurgulamıştır.

vatandaşından özür dilemektedir⁷²². Ceza yargılaması sırasında başvuru yapılan yakalama veya tutuklama tedbiri, uygulandıkları sırada aranan şartlar bakımından kanuna uygun olmasına rağmen, varılan sonuç bakımından adaletsiz durumlar yaratabilir. Böyle bir durumda başvuru yapılan koruma tedbirleri bir bakıma adli hata durumuna dönüşür. Burada uygulanan koruma tedbiri, şekil şartları yönünden mevzuata uygun olmakla birlikte ortaya çıkan sonuç insan haklarına aykırıdır. Bu tür uygulamaları tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmasa da, en aza indirmek için önlemler almak, hukuk devletinin başta gelen görevleri arasındadır⁷²³.

Hangi nedenle olursa olsun, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veya beraat kararı verilmesi halinde, tutuklamanın haksızlığı açıktır. Bu hallerde uğranılan zarar devletçe karşılanacaktır⁷²⁴. Ancak unutulmamalıdır ki tazminat davasına bakan mahkeme beraat kararını sübut yönünden inceleme yetkisine sahip değildir⁷²⁵.

Kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan sanık veya şüpheli hakkında; yapılan soruşturma sonucunda kovuşturmayaya yer olmadığına veya kovuşturma sonucu beraatine karar veren merci; 5271 sayılı CMK'nın 232/6. maddesi uyarınca, hüküm fıkrasında, kişinin tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığını, varsa süresi ve mercii tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça göstermek zorundadır⁷²⁶.

Tazminat nedenlerini kesin olan tazminat nedenleri ve kesin olmayan tazminat nedenleri olarak ikiye ayıran görüşe göre, yakalandığı anda yakalama ve tutuklama işlemi kanuna uygun olup, kişi hakkında sonradan kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraat kararı verilmesi durumuna kesin olmayan tazminat nedenleri denilmektedir⁷²⁷. Bu görüşe göre buradaki tazminat nedeni kesin olmayan tazminat nedenidir. Kanunsuz tutuklama ve usulsüz tutuklama ayırımı yapan görüşe göre ise, tutuklama başında kanuna uygun olsa da, kişi hakkında sonradan kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraat kararı verildiğinde tutuklama sonradan haksız hale

⁷²² Kanmaz, s. 169.

⁷²³ Tezcan, s. 39 vd.

⁷²⁴ Feyzioğlu, s. 130.

⁷²⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 2.5.1977 tarih, 1/1 sayılı kararı.

⁷²⁶ Kanmaz, s. 181.

⁷²⁷ Surlu, s. 602.

gelmektedir⁷²⁸. Bu görüşe göre ise, buradaki tazminat nedeni sonradan haksız hale gelen tutuklamaya dayalı tazminat nedenidir.

4.5.1. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Karar Verilmesi

Hakkında kuvvetli suç şüphesi bulunan kişiler hakkında tutuklama kararı verilebileceğinden Kanunda belirtilen koşullara uygun tutuklananların kural olarak yargılama sonucunda mahkûm olmaları beklenir. Ancak çok defa kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilmektedir. Bu durumda da suçsuz olan kişilerin yargı mercilerinin yanlış değerlendirmesi sonucu özgürlüklerinden mahrum bırakılmaları söz konusudur. Başlangıçta suçlu olmayan, ya da cezai yaptırım uygulanmayacak kişilerin yanlışlıkla tutuklanmaları halinde Kanun bu kişilerin tazminat isteyebileceklerini öngörmüştür⁷²⁹. Maddede tazminata konu kararlar sınırlı sayıda ve sayma yöntemiyle belirtilmiştir. Bu kararlar kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar ve beraat kararlarıdır. Bunun dışında düşme, ortadan kaldırma gibi kararlarda tazminat söz konusu değildir⁷³⁰.

CMK'nın 170/2. maddesine göre toplanan delillerin kamu davasının açılması için ve suçun işlendiğine ilişkin yeterli şüphe oluşturacak nitelikte olması gerekir. Bu şüpheyi oluşturacak yeterli delil elde edilememişse kamu davası açılmayacaktır. Bunun yanında kovuşturmanın kararı kovuşturma imkanının kalmaması halinde de verilebilir. Muhakeme koşullarının gerçekleşmemiş ve gerçekleşme olanağının kalmamış olması buna örnek gösterilebilir⁷³¹.

Yeterli delil elde edilememesi ile suçu işlemediğinin anlaşılması nedenlerine dayalı kamu davasının açılmadığına yer olmadığına veya beraate karar verilmesi arasında tazminat miktarının belirlenmesi bakımından fark bulunmaktadır. Yeterli delil elde edilememesi halinde verilecek tazminattan şüpheli veya sanığın kusuru oranında indirim söz konusu olabilecektir. Özellikle manevi tazminat miktarı saptanırken sanık veya şüphelinin durumu, kusuru, kusurunun ağırlığı gibi ölçütler dikkate alınmaktadır.

⁷²⁸ Feyzioğlu, s. 124 vd.

⁷²⁹ Çolak/ Taşkın, s. 694.

⁷³⁰ Yaşar, s. 697.

⁷³¹ Centel/ Zafer, s. 451.

4.5.2. Beraat Kararı

CMK'nın 223/2 maddesine göre sanığa yüklenen fiil kanunda suç olarak tanımlanmamışsa, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, işlenen suç yönünden 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 verilmek zorundadır. Bir olayın gerçekleşmediği veya hukuka aykırılık dahil suç unsurlarından birisinin eksikliği nedeniyle fiil, suç tiplerinden hiç birisine uymuyorsa, mahkeme hukuki mesele yönünden beraat kararı verecektir. Önce maddi olayın işlenip işlenmediği çözülecek, sonra sanığın o olayın faili olup olmadığı saptanacaktır. Maddi olay suç teşkil etmez veya sanığın o olayı gerçekleştirdiği sabit olmazsa beraat kararı verilecektir⁷³².

Beraat kararları da gerekçeli olmak zorunda olup, kararın gerekçesinde hangi nedenle beraat kararı verildiği açıkça belirtilmelidir. Suç işlendiği sabit olmakla birlikte sanığın atılı suçu işlediğine ilişkin her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilememesi hallerinde delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararları masumiyet karinesi açısından doğru bulunmamaktadır. Böyle bir beraat kararı, suçu sanığın işlediği ancak, mahkum etmeye yeterli delil elde edilemediği biçiminde anlaşılacağından sanığın masumiyet karinesi açısından doğru değildir. Böyle bir durumda da sanığın suçu işlemediği sabit olduğundan beraat kararı verilmelidir⁷³³. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü Kanunda iki durum birbirinden açıkça ayrılmıştır. 223/2-b bendinde “yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması”, 223/2-e bendinde ise “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” durumlarında beraat kararı verileceği belirtilmiştir. Birinci halde sanığın suçu işlemediğinin kesin olarak belirlenmesi durumu varken, ikinci halde sanığın suçu işlediğinin kesin olarak belirlenememiş olması durumu vardır. Bu nedenle yasadaki gibi suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle beraat kararı gerekçelendirilmelidir. Çünkü kararda zaten sanığın lehine ve aleyhine olan tüm deliller birlikte değerlendirilecek ve hangi delile niçin üstünlük tanındığı açıkça ifade edilecektir. Bu nedenle sanığın suçu işlemiş olabileceğine

⁷³² Çolak/ Taşkın, s. 1000.

⁷³³ Centel/ Zafer, s. 706.

ilişkin bazı deliller bulunmasına rağmen bu deliller sanığın suçu kesin olarak işlediği anlamına da gelmemektedir. Bu durum masumiyet karinesine aykırı da değildir. Çünkü sanığın aleyhine olan somut deliller bulunmaktadır. Böyle bir durumda tazminat miktarının belirlenmesinde bu durum göz önüne alınmalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu⁷³⁴ yakalanan veya gözaltına alınan kişi ile ilgili başsavcılık tarafından ne gibi bir işlem yapıldığının dosya içerisinden anlayamadığı olayda, savcılık tarafından kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiğinin veya dava açılması sonucunda beraat ettiğinin anlaşılması halinde davacının CMK 141 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) veya (f) bentleri uyarınca tazminat hakkının doğacağına muhakkak olduğunu belirtmiştir.

Kesinleşmiş hükümler açısından yargılamanın iadesi yoluna gidilerek yapılan yeni yargılama sonucunda beraat eden kişilerin de tazminat isteme hakları vardır⁷³⁵. CMK'nın 323/3. maddesine göre yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar CMK'nın 141/1-e bendinde belirtilen beraat eden sanıklar hakkındaki tazminat nedenine dayalı olarak 141 ila 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir⁷³⁶.

Af, zamanaşımı, şikâyetten vazgeçme gibi nedenlerle davanın düşmesine veya ortadan kaldırılmasına karar verildiğinde doktrindeki genel görüşe ve uygulamaya göre tazminata hükmedilmemelidir⁷³⁷. Yargıtay bir kararında⁷³⁸ ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halinde tazminata hükmedilemeyeceğini belirtmiştir. Burada araya başka bir üçüncü sebep girerek yargılamı sona erdiğinden illiyet bağı başka sebebe dayalı olarak kesilmiştir. Davanın geldiği aşama itibariyle de sanık veya şüphelinin bu konumunu değiştirecek bir durum bulunmamaktadır.

⁷³⁴ Bkz. CGK 30.3.2010 tarih, 2010/11-37 esas, 2010/66 karar sayılı kararı.

⁷³⁵ Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, s. 235.

⁷³⁶ Ünver/ Hakeri, s. 824.

⁷³⁷ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 89 vd.

⁷³⁸ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 20.5.2009 tarih, 1409/2866 sayılı kararı "...5237 sayılı TCK.nun 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği, CMK.nun 141. maddesinde tazminat verilebilecek hallerin sınırlı olarak sayıldığı, ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın tazminata konu nedenler arasında bulunmadığı anlaşılmalı,..."

Yani sankı veya Őüphelinin bu konumu devam etmektedir. Bu nedenle beraat dıŐındaki kararlarda tazminat verilmeyeceği hųkme bađlanmıŐtır.

Bir baŐka sorun adli hata konusudur⁷³⁹. AİHS ek 7 nolu protokolųn 3. maddesine gųre⁷⁴⁰; adli hata sonucu ceza alan kiŐilere tazminat ųdenmesi ųngųrųlmektedir. Nitekim CMK'nın 323/3 maddesine gųre de⁷⁴¹; yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat eden veya ceza verilmesine yer olmadıđına karar verilenlerin ųnceki mahkųmiyetlerin kısmen veya tamamen infazı nedeniyle uđradıkları maddi ve manevi zararların tazmin edileceđi hųkme bađlanmıŐtır. Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadıđına karar verilmesi halinde; yargılamanın yenilenmesine konu kararın tamamen veya kısmen infazı dolayısıyla uđranılan zararların Devletten istenebileceđi ųngųrųlmųŐtųr. Uđranılan maddi veya manevi zararın hangi tųr mahkųmiyet nedenine dayandıđı belirtilmemiŐtir. ųrneđin hapis cezası nedeniyle uđranılan zarar veya zoralmı kararı nedeniyle uđranılan zarar sųz konusu olabileceđi gibi, denetimli serbestlik uygulaması sonucu uđranılabilecek zararlar da sųz konusu olabilir. Maddeye gųre infaz nedeniyle uđranılan her tųrlų zararın istenebileceđi anlaŐılmaktadır. CMK 143. maddede yeniden yargılama sonucu mahkum olma halinde tazminatın geri alınacađı belirtilmiŐtir. Bu durumda adli hata halinde de CMK 141. maddeye gųre tazminat verilebileceđi kabul edilmelidir.

4.6 Tutuklulukta Geçen Sųrelerin, Hųkųmlųlųk Sųrelerinden Fazla Olması veya İŐlenen Suç İçin Kanunda ųngųrųlen Cezanın Sadece Para Cezası Olması

Kanuna gųre iki durum sųz konusudur; birincisi gųzaltı veya tutuklulukta geçirdiđi sųreleri, hųkųmlųlųk sųrelerinden fazla olanlar tazminat isteme hakkına

⁷³⁹ Tezcan, s. 40.

⁷⁴⁰ "...bir kiŐinin kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkum edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keŐfedilmiŐ bir delilin kesinlikle yanlıŐ bir adalet uygulaması olduğunu gųstermesi veya kiŐinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmamıŐ olmasının tamamen veya kısmen o kiŐiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dıŐında, bųyle bir mahkumiyet sonucunda cezaya maruz kalan kiŐi, ilgili Devlet'in yasası ve uygulamasına gųre tazmin edilecektir..."

⁷⁴¹ "Yargılamanın yenilenmesi sonucu beraat veya ceza verilmesine yer olmadıđı kararının verilmesi halinde, ųnceki mahkumiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kiŐinin uđradıđı maddi ve manevi zararlar bu Kanunun 141 ila 144 ųncų maddeleri hųkųmlerine gųre tazmin edilir"

sahiptirler. İkinci durumda ise işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak para cezasına çarptırılan kişiler de tazminat isteme hakkına sahiptirler. Aynı düzenleme 466 sayılı Yasada da bir farkla bulunmaktaydı. 466 sayılı Yasaya göre kanunda öngörülen cezanın para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak para cezasına mahkum edilmiş olmak değil, tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkum edilen herkesin tazminat hakkının olduğunu belirtmekteydi.

Bazen, sanık mahkum edilmesine rağmen, gözaltında ve tutuklulukta geçirdiği süreler bu mahkum olunan hapis cezasının süresinden az olabilmektedir. Örneğin, sanık 3 ay tutuklu kalmasına karşın, 1 ay hapis cezası ile mahkum olmuş olabilmektedir. Bu durumda sanığın 2 ay fazladan cezaevinde kaldığı ve bu nedenle mağdur olduğu açıktır. Bu nedenle Kanun koyucu, hükümlülük süresinin gözaltı ve tutuklulukta geçen süreden az olmasını tazminat sebebi saymıştır. Burada karşılaştırılması gereken süre, sanığın cezaevinde kalacağı süre değildir, karşılaştırılacak süre, sanığın sonuç olarak aldığı hapis cezasının miktarı ile göz altında ve tutuklulukta kaldığı sürelerdir. Ülkemizde şartla tahliye süreleri dolduğu halde tutukluluğu devam ettiği için temyizden vazgeçme sık karşılaşılan bir durumdur. Bu durum, ülkemizde uzun yargılamanın ve dolayısıyla uzun tutukluluğun geldiği vahim nokta açısından son derece ibret verici bir örnektir.

4.6.1. Hükümlülük Süresinin Gözaltı ve Tutukluluk Süresinden Az Olması

Konuya girmeden önce mahsup müessesesine değinmekte fayda olduğundan öncelikle biz bu hususu ele alacağız:

Mahsup, 5237 sayılı TCK'nın 63. maddesinde ve 16. maddelerinde düzenlenmiştir. TCK'nın 63. maddesinde Türkiye'deki hürriyetin kısıtlanması halleri, aynı Yasanın 16.maddesinde ise yurt dışındaki hürriyetin kısıtlanması halleri düzenlenmiştir. TCK'nın 63.maddesine göre *“(1) Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsî hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün hâller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan*

indirim yapılır.” Yine TCK’nın 16. maddesine göre “ (1) Nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye’de verilecek cezadan mahsup edilir.”

765 sayılı TCK’da mahsup müessesesi bir maddede düzenlenmesine karşın, 5237 sayılı Kanun bu müesseseyi 2 maddede, 16 ve 63’üncü maddelerinde düzenlemiştir. 16’ncı madde yabancı ülkede hürriyetten yoksun bırakılma halinde mahsubu düzenlerken, 63’üncü madde Türkiye sınırları içinde hürriyetten yoksun bırakılmanın mahsubunu düzenlemektedir.

Kanunumuz mahsubun yapılmasını takdire bırakmamış, bu konuda zorunluluk sistemini benimsemiştir. Bu sistemin temel özelliği, failin hürriyetinin sınırlanmasına kendi kusuruyla neden olmuş olsa dahi, mahsup işleminin yapılmasının zorunlu olmasıdır.⁷⁴²

Mahsup kurumunun hukuki esası hakkında, bu kurumun cezanın hafifletici nedenlerinden biri olduğu, evvelce çekilmiş bir ceza olduğu,, hususi af olduğu konusunda çeşitli görüşler bulunmakta ise de, mahsup, suçlu olduğu henüz kesin olarak bilinmeyen kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılması dolayısıyla ortaya çıkan haksızlıkları gidermek için başvuru ve kişisel özgürlükleri anayasal düzeyde güvence altına alan, önleyici amaçlarla yoksun bırakılan özgürlüğün iadesi için kabul edilen hukuki bir kurumdur.⁷⁴³

Mahsup müessesesi konusunda, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK düzenlemeleri arasındaki tek fark 765 sayılı TCK’da “*mevkufiyet*” ten bahsetmesine karşın 5237 sayılı kanun “*şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller*” den bahsederek sadece hükümlülüğü değil hürriyeti kısıtlayıcı gözaltı ve tutukluluk gibi bütün durumlardan bahsetmektedir. Kanaatimizce bu konuda, 5237 sayılı kanun uygulaması daha yerinde olmuştur. Çünkü tüm hürriyetin kısıtlanması hallerini içine almaktadır.

⁷⁴² Üzülmöz, Yeni Ceza Kanunu Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, s. 232.

⁷⁴³ 11. CD’nin 03.05.2007 tarih ve 2006/5521-2007/3057 (Arslan, Çetin/Kayançipek, Murat, Cezadan Mahsup, Ankara 2011, s. 9).

“Şahsi Hürriyeti Sınırlama Sonucu Doğuran Tüm Haller” kavramı denildiğinde yalnızca tutuklamayı değil; gözaltına almayı, yakalamayı, gözetim altında bulundurmaya, adli tıp müşahedesinde bulunmayı, güvenlik kuvvetlerince götürülürken yolda geçen süreyi, güvenlik kuvvetleri kontrolünde hint keneviri yolmayı, güvenlik kuvvetleri kontrolünde hastanede yatmayı⁷⁴⁴ ve bunlar gibi hürriyetin sınırlandığı tüm halleri kapsar. Sanık ne zaman serbest hareket etme yeteneğinden yetkili merci kararıyla yoksun bırakılmışsa, bu yeteneği sınırlanmışsa, o durum mahsup için bir sebeptir. Hatta sanığın hürriyeti, kendi kusurlu hareketi sonucu kısıtlanmış olsa bile, hürriyetinin kısıtlandığı bu süre sanığa verilen cezadan mahsup edilecektir.

CMK'nın 109'uncu maddesinde adli kontrol müessesesi düzenlenmiştir. Buna göre “.....tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.” Adli kontrol, şüphelinin CMK'nın 109/3 maddesinde gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmayı içerir. Peki adli kontrol altına alınma süresi cezadan mahsup edilecek midir?

Bu hususa da, aynı maddenin beşinci fıkrası cevap vermektedir. Buna göre adli kontrol altında geçen süre, şahsi hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez. Bu hüküm uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olma durumunda uygulanmaz. Yani CMK 109/3 maddesindeki durumun varlığı halinde, burada geçen süre cezadan mahsup edilecektir.

5275 Sayılı CGİK'nın 100. maddesinde de “Cezanın infazına başlandıktan sonra hastalık nedeniyle hükümlünün ceza infaz kurumundan hastaneye kaldırılması hâlinde burada geçirdiği süre, cezadan indirilir. Ancak, cezanın infazını durdurmak için hükümlü hastalığına kasten neden olmuşsa bu hükümden yararlanamaz.”

⁷⁴⁴ Sarhoşluktan muayene için hastaneye mevcuden gönderilen sanığın kendi arzusuyla değil, hastanenin gördüğü lüzum üzerine alıkonulmuş ve bunun da hürriyetten mahrumiyet teşkil etmiş olmasına göre, bu müddetin cezadan mahsubu icap eder. (4.CD'nin 02.05.1951 tarih ve 1950/3204 (Arslan/Kayançiçek, Cezadan Mahsup, 2011, s. 13).

hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemenin infazla ilgili olduğuna özellikle dikkat edilmelidir.

Sanığın cezasından mahsup edilecek olan, sanığın şahsi hürriyetinin kısıtlanması veya sınırlanması sonucunu doğuran hallerdir, bu sonucu doğurmayan örneğin önödemenin fazla yatırılması gibi hususlar teknik anlamda mahsuba konu olmazlar. Ancak böyle durumlarda, sanık ödemede bulunup da beraat etmiş veya dava düşmüş ya da hapis cezası ertelenmiş⁷⁴⁵ ise, ödediği paranın iadesine karar verilir, eğer ceza almış ise ödenen miktarın o cezadan düşülmesine karar verilir, ödenen miktar, hükmolunan cezadan fazla ise kalan kısmın iadesine karar verilir.⁷⁴⁶

Burada mahsubun hangi tür cezalardan yapılacağı konusuna da değinmek gerekmektedir. Öncelikle mahsup, hapis cezasından yapılabilir. Çünkü zaten fail aldığı cezanın bir kısmını yerine getirmiş olmaktadır.

Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 63'üncü maddesine göre adli para cezasından da mahsup yapılır. Ancak, burada failin hürriyetinin kısıtlandığı her gün 100 YTL olarak hesaplanır.

Hapis cezasından çevrilme, adli para cezasından da mahsup yapılabilir. Ancak bir gün hapis karşılığı 20 TL olarak hesaplanıp da paraya çevrilse bile, mahsup bir gün 100 TL olarak hesap edilerek yapılır.⁷⁴⁷

⁷⁴⁵ Sanık hakkında hükmolunan cezanın ertelenmesine karar verildiğine göre, tehdit suçundan ön ödemede bulunulan paranın iadesine karar verilmesi gerekirken cezadan mahsubuna karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. (2.CD'nin 24.09.2008 tarih ve 2008/8916-14445 sayılı kararı) (Arslan/Kayanççek, Cezadan Mahsup, 2011, s. 19).

⁷⁴⁶ Sanığın soruşturma aşamasında yapılan ön ödeme önerisi üzerine maliye veznesine yatırdığı 445 liranın hükmedilen adli para cezasından mahsubu ve kalan kısmın sanığı iadesi konusunda her zaman bir karar verilmesi mümkün görülmüştür. (9. CD'nin 24.02.2010 tarih ve 2009/19787-2010/2416)(Arslan/Kayanççek, Cezadan Mahsup, 2011, s. 19).

⁷⁴⁷ Kesici aletle kasten yaralama suçundan sanık İ.Y. hakkında yapılan yargılama sonucunda, 5237 sayılı TCY'nın 86/2, 3-e ve 52/2.madde-fıkraları uyarınca, (SARUHANLI) Sulh Ceza Mahkemesinin 21.12.2005 tarih ve 2005/278-314 sayılı kararı ile tayin olunan ve kesinleşen 900 YTL adli para cezasının infaz edilmesi aşamasında, sanığın yargılamaya konu suçtan gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği 24 günlük sürenin mahsubu yapılırken, bir gün karşılığı 100 YTL hesabıyla mı işlem yapılacağı, yoksa 5275 sayılı Yasa'nın 106. maddesine göre, 24 günlük tutukluluk süresinin, adli para cezasına dönüştürülen 45 günden mi mahsup edileceğine ilişkin, (SARUHANLI) C.Başsavcılığınca mahkemesinden talepte bulunulması üzerine, o Yer Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen ve mahsubun 45 gün adli para cezası üzerinden yapılması gerektiğini belirten 18.04.2006 tarih ve 2005/278-314 sayılı karara yönelik olarak, yine Saruhanlı C. Başsavcılığınca yapılan itirazın, anılan yer Asliye Ceza Mahkemesinin 28.04.2006 tarih ve

Ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezalarında da koşullu salıverilme söz konusu olabileceğinden mahsup mümkündür.⁷⁴⁸

Sanığın beraat ettiği hallerde veya sanık hakkında açılan kamu davasının düşmesine karar verilen hallerde, mahsup mümkün olmayacaktır. Ancak kanaatimizce, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde de, önceden gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri, cezasından mahsup edilebilecektir.

Hürriyetten yoksun kalmanın, ceza mahkûmiyetinden mahsubu konusunda değişik ihtimaller ortaya çıkabilir. En çok karşılaşılan husus, fail hangi suçtan hürriyetinden mahrum olmuşsa o suçtan mahkûm olursa, bu suç nedeni ile verilen cezadan mahsup uygulanır.

Eğer fail birden fazla suçtan aynı dosyadan yargılanıyor da, hürriyetinden mahrum edildiği suçtan beraat edip, diğer bir suçtan mahkûm olursa suç tarihi aynı olduğu için (örneğin 6136 sayılı kanuna muhalefetten tutuklanıp da aynı anda yaralama eyleminden de yargılanıyor ve yasak silah taşımaktan beraat edip yaralama suçundan mahkûm olmuşsa, bu cezadan 6136 sayılı yasaya muhalefet nedeni ile) tutuklulukta geçen süre mahsup edilebilir. Yine fail, aynı anda iki ayrı suç için tutuklandığı ve toplam tutuklulukta 30 gün kaldığı ve her iki suçtan da hapis cezasına

2006/37 değişik iş sayılı kararı ile, gözaltı ve tutuklulukta geçen 24 günlük sürenin, 5275 sayılı Yasa'nın 106.maddesi gereğince, mahkemece tayin edilen 45 gün miktarı üzerinden indirilmesi gerektiği düşüncesiyle reddine karar verilmiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda verilen asıl mahkûmiyetin, adli para cezası olması ve 5237 sayılı TCY'nın 63.maddesinin “.. adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır” amir hükmünü içermesi karşısında, mahsup yapılırken sanığın, karar kesinleşmezden önce, özgürlük ve güvenliğinin kısıtlanmasına neden olan gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği sürenin bir günü yüz Türk lirası sayılmak suretiyle işlem yapılmasının zorunluluğu gözetilerek itirazın kabulü gerekirken, anılan madde hükmünün, “... hükümlünün mahkûm edildiği suçtan başka bir fiilden dolayı yargılama nedeniyle hürriyetinin sınırlanmış olması halinde de mahsubun hangi koşul ile yapılabileceğini belirtmek amacıyla getirilmiş bir düzenleme olduğu. “ biçimindeki madde içeriğine uygun düşmeyen gerekçeye dayalı olarak, reddine karar verilmesi, yasaya aykırı görülmeyle, kanun yararına bozma istemi yerinde bulunduğundan, itiraz üzerine verilip kesinleşen Saruhanlı Asliye Ceza Mahkemesinin 28.04.2006 tarih ve 2006/37-37 Değişik İş sayılı kararının 5271 sayılı CMY'nın 309/4-d maddesi fıkrası uyarınca BOZULMASINA,

Hükümlü İ.Y.'nin, gözetim altında ve tutuklulukta geçirdiği 24 günlük sürenin bir gün karşılığı 100 YTL sayılmak suretiyle, tayin olunan 900 YTL adli para cezasından mahsup edilmesine, yapılan mahsup işlemi sonucu itibarıyla infazı gereken para cezası bulunmadığından, 900 YTL adli para cezasına konu ilamın infaz edilmiş sayılmasına karar vermek gerekmiştir. (2.CD'nin 04.10.2006 tarih ve 2006/7195-2006/15939 sayılı kararı)

⁷⁴⁸ Aynı yönde Bakıcı, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Bası, 2008, s. 1431.

mahkum olduğu zaman, mahkeme sadece tutukluluğun cezadan mahsubuna karar verecek, ancak infaz aşamasında C. Savcısı iki suçtan ayrı ayrı 30 gün indirim yapmayacak, sadece bir suçtan mahsup yoluna gidecektir.

Ancak, sanık bir suçtan tutuklanıp da o suçtan beraat ederse veya hakkında düşme kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilip de daha sonra bir mahkûmiyeti ortaya çıkarsa, mahsup işlemi yapılacak mıdır?

Burada mahsubun yapılmasında kural, failin mahkumiyetle sonuçlanan suçunun, şahsi hürriyetinin kısıtlandığı suçundan dolayı verilen kararın kesinleşmesinden önce işlenmiş olması gerekir. Başka bir deyişle failin, beraat ettiği, ceza verilmesine yer olmadığına veya düşme veya kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilen suçtan dolayı tutuklu kaldığı süre, beraat kararının kesinleşmesinden önce işlemiş olduğu diğer bir suç için verilen ceza süresinden mahsup edilmesi gerekir. Bu kararların kesinleşmesinden sonra işlenen suç nedeni ile alınan mahkûmiyetten, bu suçlardan dolayı hürriyetinin kısıtlandığı süreler mahsup edilmez. Aksi düşünce, faile hürriyetinden yoksun kaldığı süre kadarlık bir suç işleme imkânı ve hakkı vermek olur.⁷⁴⁹

Burada önemli olan, hürriyetin kısıtlandığı suç için verilen kararın kesinleşmesi tarihidir, kararın verildiği tarih değildir, kararın verildiği tarih ile kesinleşmesi tarihi arasında, kararın temyiz edilmesi nedeniyle 3 yıl bile geçmiş olsa kararın kesinleştiği tarihe bakmak gerekir. Ve mahsubun yapıldığı suçun da bu kararın kesinleşmesinden önce işlenmesi gerekir, beraat, ceza verilmesine yer olmadığına, düşme veya kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilip bu karar kesinleşmeden işlenen suçla ilgili de mahsup işlemi yapılabilir.

⁷⁴⁹ "Hükümlü Ramazan'ın 10.3.2000 ve 13.9.2000 tarihleri arasında tutuklu kaldığı silahlı yağma suçundan beraatına ilişkin İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesinin 15.11.2000 gün ve 2000/83-2000/271 sayılı ilamının 18.12.2000 tarihinde kesinleştiği, yağma suçundan hükümlülüğüne ilişkin İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesinin 13.5.2004 gün ve 2001/350-2004/180 sayılı ilamına konu suçun ise beraat hükmünün kesinleşmesinden sonra "28.2.2001" tarihinde işlendiğinin anlaşılması karşısında; 6.3.1940 gün ve 5/68 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca beraat ettiği suçundan dolayı tutuklu kaldığı sürenin, beraat kararının kesinleşmesinden önce işlemiş olduğu diğer bir suç için verilen ceza süresinden sayılması olanağı bulunduğu, beraat hükmünün kesinleşmesinden sonra işlenen suç nedeniyle hükümlenen ceza süresinden ise sayılması olanağının bulunmadığı gözetilmeden itirazın reddine yerine yazılı biçimde karar verilmesi, (6.CD'nin 26.2.2007 tarih ve 19542-2075 sayılı kararı).

Mahsup işlemini yapacak asıl merci, mahkumiyet kararı veren mahkemedir. Mahkeme, kararında, sanığın gözaltında ve tutuklu kaldığı süreleri, tarihler itibarıyla göstererek, sanığın cezasından mahsubuna karar vermelidir.⁷⁵⁰ Yoksa sanığın özgürlüğünün kısıtlandığı toplam sürenin cezadan mahsubu işlemi yapmamalıdır. Örneğin sanık 4 gün gözaltında 5 ay 26 gün de tutuklulukta kalmış ise mahkeme sanığa 1 yıl ceza verirse, özgürlüğü kısıtlanan süreyi düşüp, sanığın 6 ay süreyle mahkûmiyetine diyemez, yine sanığı 1 yıl hapis cezasına mahkûm etmeli, ancak gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği sürelerin cezasından mahsubuna karar vermelidir.⁷⁵¹ Ancak mahkeme hükmünde yer almasa bile, cumhuriyet savcısı infazda bu hususu kendiliğinden gözetecektir.

TCK'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, mahsup konusu iki maddede düzenlenmiştir. Bunlardan birisi yurt dışında gerçekleşen şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran hallerin mahsubu, diğeri ise yurt içinde gerçekleşen şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran hallerin mahsubudur.⁷⁵² TCK'nın 16. maddesine göre, nerede olursa olsun bir suçtan dolayı yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilen cezadan mahsup edilir. Anılan hüküm, yukarıdaki maddeler hakkında yapmış olduğunuz "non bis in idem" kuralının ihlaline sebebiyet veren düzenlemelerin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla kabul edilmiştir.⁷⁵³ Bu hükmün uygulanması ile ilgili şunlar söylenebilir.

a) Suçun işlendiği yerin önemi yoktur. Suç Türkiyede işlenmiş olabileceği gibi, Türkiye dışında bir yerde de işlenmiş olabilir, burada belirleyici olan suçun işlendiği yer değildir.⁷⁵⁴

b) Şahsi hürriyeti kısıtlama sonucunu doğuran haller, yabancı ülkede gerçekleşmelidir. Bu maddeye özelliğini veren husus, özgürlüğün kısıtlanması

⁷⁵⁰ Gözaltına alınan sanığın 5237 s. TCK'nın 63 ve 5271 s. CMK'nın 232/2-d maddeleri uyarınca gözetim altında geçen sürenin cezasından mahsubuna ve bu süre ile tarihinin hükmünde gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır. (2.CD'nin 21.06.2007 tarih ve 2007/6011-9271 sayılı kararı) (Arslan/Kayanççek, Cezadan Mahsup, 2011, s. 45).

⁷⁵¹ Aynı yönde Bakıcı, Sedat. Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.1208

⁷⁵² aynı konuda iki farklı düzenleme yapılmasının eleştirisi için bkz. Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2007, s. 24.

⁷⁵³ Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu Cilt 1, 2006, s. 49.

⁷⁵⁴ Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Cilt 1, 2008, s. 284.

sonucunu doğuran hallerin, Türkiye dışında yabancı bir ülkede gerçekleşmesidir. Şahsi özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğuran haller Türkiye’de gerçekleşmiş ise, artık mahsup bu maddeye göre değil, TCK’nın 63. maddesine göre yapılacaktır.

Maddede, TCK’nın 63. maddesinden farklı olarak özgürlüğün kısıtlanması sonucunu bütün hallerden değil de, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süreden söz edilmektedir. Bu uyumsuzluk kanaatimizce, yasa koyucunun farklı bir amaç taşıdığından değil, kelime birliğini sağlayamamasından kaynaklanmaktadır. Yoksa, 16. madde uyarınca da, sayılanlar dışındaki şahsi özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğuran tüm hallerin, mahsup edilmesine bir engel bulunmamaktadır.

Maddede dikkati çeken noktalardan birisi de, hükümlülükte geçen sürenin de mahsup işlemine tabi tutulmasıdır. TCK’nın 13/3. maddesindeki gibi bazı hallerde yurt dışında, daha önceden yargılama yapıp karar verilse bile, Türkiye’de yeniden yargılama yapılabileceğinden işte bu durumda aynı suçtan dolayı yabancı ülkede almış olduğu ceza, kısmen veya tamamen infaz edilmiş ise, Türkiye’de aldığı cezadan, infaz edilen ceza mahsup edilecektir.

c) TCK’nın 16. maddesi uygulamasında, mahsup işlemi ancak aynı suçtan dolayı, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süreden yapılabilecektir. Başka suçtan dolayı, yine yabancı ülkede şahsi özgürlüğün sınırlaması yapılmış ise, bu durumda kanaatimizce TCK’nın 63. maddesindeki koşullar aranarak, anılan maddeye göre mahsup işlemi yapılacaktır. Daha açık bir deyişle bu durumda, mahsup işlemi TCK’nın 63. maddesi uyarınca yapılacaktır.⁷⁵⁵

Bu açıklamalardan sonra, şunu ifade etmekte fayda var ki, bir kimsenin hükümlülük süresi, gözaltı ve tutukluluk süresinden kısa olduğunda, eğer bu kimsenin daha önceden kesinleşmiş cezaları var ise, öncelikle gözaltı ve tutuklulukta geçen sürelerin bu kesinleşmiş hapis cezası mahkûmiyetinden mahsup edilmesi

⁷⁵⁵ Aynı yönde Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu Cilt 1, 2006, s. 49; Bazı yazarlar, yurt dışında A suçundan gözaltında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen sürenin Türkiye’de B suçundan verilen cezanın infazında dikkate alınmayacağını savunmaktadırlar (Bakıcı, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 1. Baskı, 2007, s. 242.

gerekir. Mahkûm edilecek kesinleşmiş hapis cezası bulunmamakta ise veya kesinleşmiş hapis cezası bulunmasına karşın, gözaltı ve tutuklulukta geçen süreler hapis cezasından uzun ise bu durumda mahkum, gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği ve bihakkın tahliye tarihine kadar çekeceği hapis cezasının üstünde kalan miktar için tazminat isteyebilecektir.

Tutukluluk bir ceza olmadığından, yargılama sonucunda kişinin mahkum olması halinde, tutuklu kaldığı sürenin verilen cezadan düşülmesi hakkaniyet gereği olarak kabul edilmiştir⁷⁵⁶.

Yargıtay iki suçtan yargılanıp birinden beraat eden ve birinden mahkum olan sanığın mahsup edilen tutukluluk süresi dışında kalan süre için tazminat verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁷⁵⁷. Yine Yargıtay kişinin hükümlülüğünden fazla tutuklu kalmış olmasında suçunu inkar etmesinin kendi kusuru sayılamayacağını ve tazminat isteminin reddine gerekçe gösterilemeyeceğini belirtmiştir⁷⁵⁸.

Uygulamada mahsup uygulaması yapılabileceği olasılığından hareketle devam eden davalarda koruma tedbirleri nedeniyle tazminata hükmedilmeme uygulaması da terk edilmesi gereken yoldur. İleride başka suçtan ceza alma olasılığından bahisle yapılan bu uygulama devleti koruma amacıyla kişiyi mahkum etmeye zorlama gibi algılanacağından yanlış bir uygulamadır.

4.6.2. Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Cezası Olması

Öngörülen ceza sadece para cezası olmalı ve zorunlu olarak bu cezaya hükmedilmeli, takdiri olarak para cezası veya paraya çevirmede bu madde hükmü uygulanmaz.

⁷⁵⁶ Avcı, Gökmen, s. 123.

⁷⁵⁷ Yargıtay 8. Ceza Dairesi 29.11.2010 tarih, 5604/13182 sayılı kararı; "...cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak ile Pasaport Kanuna aykırılık suçlarından tutuklanan ve Pasaport Kanununa aykırılık suçundan mahkum olan davacının tutuklulukta geçirdiği 18 günün mahkumiyet hükmünün infazından mahsup edildiği anlaşılmalı, beraat ettiği cürüm işlemek için teşekkül oluşturma suçunda haksız olarak tutuklu kaldığı 28 gün itibarıyla belirlenecek tazminata hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden ..."

⁷⁵⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.2.1974 tarih, 6-554/95 sayılı kararı için Yargıtay Kararlar Dergisi, yıl: 1, sayı, 3, s. 33 vd.

Kanunlarda bir suç için bazen yalnızca hapis cezası, bazen yalnızca adli para cezası, bazen her ikisi birlikte, bazen de hapis cezası ile adli para cezası seçimlik ceza olarak öngörülmüş olabilmektedir. Bu durumlardan yalnızca kanunda adli para cezasının öngörüldüğü durumlarda, tazminat söz konusu olabilir. Bunun dışındaki herhangi bir durumda tazminata hak kazanılmış olmaz. Ayrıca sanığa hapis cezası verildikten sonra 5237 sayılı TCK'nın 50. Maddesi uyarınca seçenek yaptırım olarak bu cezanın adli para cezasına çevrildiği hallerde de tazminattan söz edilemez, çünkü bu halde hükümlü mahkûm olduğu adli para cezasını ödemez ise, bu ceza yeniden hapis cezasına çevrilebilecektir.

Bir kişinin yakalanması veya tutuklanmasından sonra yapılan yargılama sonucunda mahkûm olması halinde, mutlaka o kişinin yakalama veya tutuklanmasının haklı olduğu anlamına gelmez. Tutuklamanın orantılı ve ölçülü olması ilkelerinin sonucu olarak para cezası verilen bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması tazminat sebebi sayılmıştır. Verilen ceza para cezası değil de hürriyeti bağlayıcı ceza ise bu durumda verilen cezanın süresi ile kişinin hürriyetinin kısıtlandığı sürelerin karşılaştırılması ve gözaltı ve tutukluluk süresi mahkûmiyetten fazla ise tazminat söz konusudur. Böyle bir durumda tutuklamada makul süre ölçütü objektif olarak ihlal edilmiş olduğundan bu kişilere tazminat verilmesi söz konusudur.

Tutuklama gibi ağır bir koruma tedbirine başvurulduğu halde sadece para cezasına mahkûm edilen sanık açısından bir mağduriyet söz konusudur. Öte yandan tutukluluk süresi mahkûmiyet süresinden fazla olması halinde de gereğinden fazla devam eden bir tutukluluk nedeniyle sanık açısından bir mağduriyet söz konusudur⁷⁵⁹.

466 sayılı Yasa zamanında uygulamada para cezaları açısından görüş farklılıkları bulunmaktaydı. Bir görüşe göre, 647 sayılı Yasanın 4. maddesi de gözetildiğinde uygulamada asıl mahkûmiyet çevrilen para cezası veya tedbir olarak anlaşılması gerekir denilse de; böyle bir durumda haksız tutuklama tazminatı ödemeyi gerektirecek nitelikte bir suçtan, bir başka deyişle sırf para cezasına mahkûm edilmekten söz edilemez. Burada önemli olan sanığın işlediği suç için

⁷⁵⁹ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 99 vd.

kanunun sırf para cezasını gerektirir bir müeyyide içermesi ve kendisinin de gerçekten sadece para cezasına çarptırılmasıdır⁷⁶⁰. Bir başka görüşe göre ise sonuçta para cezası verilmesi hallerinde de ortada yine hukuki anlamda bir hükümlülük söz konusudur. O halde bir usul tedbiri olan tutuklamanın haksızlığından artık hiçbir şekilde bahsedilemeyecektir. Olsa olsa, bir tedbir mahiyetinde başvuru tutuklamanın, sonuçta verilen cezadan daha ağır uygulama olduğuna dayanan şekli bir haksızlıktan söz edilebilir ki bunu da cezaların bireyselleştirilmesinin doğal bir sonucu olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenle, tutuklandıktan sonra sonuçta para cezasına mahkûm olanların tutuklulukta geçen süreleri 765 sayılı TCK'nın 40. maddesi hükmüne göre cezasından mahsup edilecek ve buna rağmen artan tutuklulukları varsa, bu günler için uğradıkları zararların tazmini gerekecektir⁷⁶¹. Bir diğer görüş ise, hürriyeti kısıtlanan bir kimsenin sırf bir para cezasına mahkûmiyet için hürriyetinin kısıtlandığı tespit edilirse TCK'nın öngördüğü mahsupla yetinmek, gerek 466 sayılı Kanunun amacıyla, gerekse adalet hissiyle bağdaşmaz.⁷⁶²

Yargıtay'ın 466 sayılı Yasa dönemindeki uygulamaları da hükmolunan cezaların sadece para cezası olması gerektiği yönündedir⁷⁶³. Özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilen para cezaları sadece para cezası değildir. 647 sayılı Yasanın 4. maddesine göre hapis cezasının paraya çevrilmiş olması, uygulamada asıl ceza, bu madde hükümlerine göre para cezasına veya tedbire çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezadır hükmünü ortadan kaldırmaz ve yorumuna da olanak sağlamaz. Çünkü sadece para cezasından amaçlananın ise eylem için öngörülen yaptırımın, doğrudan doğruya para cezası olmasıdır⁷⁶⁴.

⁷⁶⁰ Tezcan, s. 42.

⁷⁶¹ Surlu, M. Handan, Uygulamanın Işığında Haksız Tutuklamanın Tazmini, Adalet Dergisi, Cilt: 63, Sayı 8-9, Ağustos- Eylül 1972.

⁷⁶² Tezcan, s. 42.

⁷⁶³ Feyzioğlu, s. 132, (44) numaralı dipnot.

⁷⁶⁴ Yargıtay 10. Ceza Dairesi 24.6.2008 tarih, 6498/10634 sayılı kararında; 3167 sayılı Kanunun 16/1 maddesi uyarınca ağır para cezasına mahkûmiyete ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra yargılanmanın yenilenmesi yoluyla anılan mahkûmiyet hükmünün ortadan kaldırılarak beraat kararı verildiği, davacının para cezasının ödeyememesi nedeniyle cezaevine girdiği ve bir süre sonra şartla tahliye edildiği anlaşılmıştır. Öncelikle tüm dosya ve infaz evrakları getirilerek, tutuklulukta geçirdiği sürenin yargılanmanın yenilenmesine konu olan ağır para cezasına ait olup olmadığı, o dosyaya ait ise davacının hapis yattığı günlerin, ilama konu ağır para cezasının miktarına göre en fazla 24 gün tutuklu kalmış olacağı hususu da dikkate alınarak tazminata karar verilmesi gerekirken, davacının müddetname gereğince tutuklu kaldığı 102 gün üzerinden tazminata hükmedilmesi doğru değildir.

5271 sayılı Yasa ile uygulamadaki bu karışıklık Yargıtay uygulaması doğrultusunda düzenlenerek, kanunda öngörülen cezanın “sadece” para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezaya çarptırılma tazminat sebebi olarak belirlenmiştir. Artık hapisten çevrilen adli para cezalarını bu kapsamda düşünme olanağı kalmamıştır. Yine aynı şekilde idari para cezaları da bu kapsamdadır. Çünkü idari para cezaları suç karşılığı değil, kabahat karşılığı olarak düzenlenmektedir.

Hürriyeti kısıtlanmış olan sanığın işlediği suç için kanunda öngörülen ceza sadece para cezası ise zorunlu olarak bu cezaya hükmeden mahkeme; 5271 sayılı CMK'nın 232/6. maddesi uyarınca, hüküm fıkrasında, kişinin tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığını, varsa süresi ve merciiini tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça göstermek zorundadır⁷⁶⁵.

4.7. Yakalama veya Tutuklama Nedenleri ve Suçlamaların İlgililere, Yazıyla veya Bunun Hemen Olanaklı Bulunmadığı Hallerde Sözlü Açıklanmaması

AIHS'nin 5/2, 6/3 ve Anayasanın 19/4 maddesine göre yakalanan veya tutuklanan kişilere tutuklama sebepleri ve suçlamalar yazılı ve bu hemen mümkün değilse sözlü olarak bildirilir. Sanığa itiraz hakkının olduğu da bildirilir⁷⁶⁶. Buna göre kişiye hangi nedenle özgürlüğünün kısıtlandığı ve tüm suçlamalar en kısa sürede anlayacağı bir dille bildirilecektir. Bunun amacı kişinin niçin yakalandığının bildirilmesi ve yakalama ve tutuklama tedbirlerine karşı etkili bir şekilde itiraz hakkını kullanmasını sağlamaktır⁷⁶⁷.

Kolluğun yakaladığı kişinin kaçmasını ve kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyici tedbirleri aldıktan sonra yapacağı ilk iş, yakalanana kanuni haklarını derhal bildirmektir (md. 90/4). Kolluk, suç ayırımı gözetmeksizin yakalama nedenlerini, hakkındaki iddiaları, susma, müdafiden yararlanma, yakınlarına haber

⁷⁶⁵ Kanmaz, s. 181.

⁷⁶⁶ Parlar, Ali/ Yıldırım, Ferhat, Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları, Ankara 2001, s. 497.

⁷⁶⁷ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 236; Van Dijk/van Hoof, s. 367.

verme ve itiraz haklarının olduğunu ve bu hakları nasıl kullanabileceğini derhal bildirecektir⁷⁶⁸.

4.7.1. Bildirimin şekli

Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı açıkça yazılır. Bu tutanağın bir sureti yakalanan kişiye verilir. Ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da anlaşıldığını belirten bir form düzenlenerek imzalı bir örneği verilir⁷⁶⁹ (CMK 97; Yönetmelik 6/7)⁷⁷⁰.

Suç işlerken rastlanma veya suçüstü bir fiil dolayısıyla izlenen kişinin kaçma ihtimalinin bulunması veya hemen kimliğinin saptanma imkanının bulunmaması nedeniyle başkaları tarafından yakalanan kişilerin kolluğa teslim edildiği andan itibaren kolluk tarafından aynı şekilde tutanak tutulması gerekir⁷⁷¹.

İsnadın bildirilmesi, AİHS tarafından özel bir şekle bağlanmamıştır⁷⁷². Burada asıl olan, kişinin suçlamayı anlamış olmasıdır⁷⁷³. Bildirimin nasıl olacağı konusunda Sözleşmede kesin bir hüküm bulunmasa da, sözlü bildirim anlaşılması

⁷⁶⁸ Turhan, s. 209.

⁷⁶⁹ Ünver/ Hakeri, s. 328 vd.

⁷⁷⁰ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği madde 6/7; “yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, hakların tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır, bu tutanağın bir sureti yakalanan kişiye verilir. Bu kişiye ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten bu Yönetmeliğe ekli “Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı, Şüpheli ve Sanık Hakları Formu” (EK-A) tanzim edilerek imzalı bir örneği verilir”.

⁷⁷¹ Yönetmeliğin 6/8 maddesi; “suç işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması ihtimalinin bulunması veya hemen kimliğini belirleme imkânının bulunmaması nedeniyle başkaları tarafından yakalanıp kolluk görevlilerine teslim edilen veya bu hallerde kolluk görevlilerince yakalanan ya da haklarında tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma imkânı bulunmaması sebebiyle kolluk görevlilerince yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen sözlü emir en kısa zamanda yazılı hale dönüştürülerek mümkün olması halinde en seri iletişim vasıtasıyla ilgili kolluğa bildirilir; aksi halde ilgili kolluk görevlilerince alınmasına hazır edilir. Ancak, kolluk görevlisi emrin yazılı hale getirilmesini beklemen sözlü emrin gereğini yerine getirir”.

⁷⁷² Clayton/Tomlinson, no. 10.215 vd.

⁷⁷³ Bkz. Pelissier ve Sassi/Fransa Kararı, <http://profdrferidunyenisey.com>

güç, karmaşık parçalardan oluşması halinde, bildirim yazılı yapılmalıdır. Böyle bir kabul bildirimdeki amaca da uygun olacaktır⁷⁷⁴.

CMK'nın 169. maddesine göre de soruşturma evresinde yapılan işlemler tutanağa bağlanmak zorundadır. Maddede bu işlemler örnekleme yoluyla sayılmıştır. Maddeye göre şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgusu, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya bir keşif ve muayene sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkiminin yanında bir zabıt kâtibi bulunur. Soruşturmaya katılma yetkisi olan müdafî veya vekilin de hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanaklarda isim ve imzasına yer verilir⁷⁷⁵.

CMK'nın 101/3 maddesine göre ise tutuklama istemiyle hâkim önüne sevk edilen kişilerin tutuklanma istemli sorgusunda müdafî bulunmak zorundadır. Sanığın kendisinin avukatı yoksa kendisine bir avukat görevlendirilmeden ifadesi alınamayacaktır⁷⁷⁶.

Bu düzenlemenin amacı bir maddi hatayı önlemekten ziyade, itiraz hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesini sağlamaktır. Buradaki bildirim amacı bu nedenle itiraz hakkının kullanılmasıyla sınırlı olduğundan hiçbir şekle tabi değildir⁷⁷⁷.

Sonuç olarak, yakalanan kişiye yakalanma anında yazılı olarak, bunun mümkün olmaması halinde ise sözlü olarak, ancak daha sonra yazılı olarak bildirilmesi, tutuklama halinde ise mutlaka yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir.

4.7.2. Kapsamı

Yakalama ve tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki suçlamaların koruma tedbirlerine muhatap olanlara derhal bildirilmesi zorunluluğu vardır. Bu bakımdan gerek yakalama emri gerekse tutuklama kararları ile tutukluluğun devamı kararlarında da aynı yükümlülük söz konusudur⁷⁷⁸. Tutuklanan kişinin hangi

⁷⁷⁴ Feyzioğlu, Metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, TBB Dergisi, Yıl: 2004, Sayı: 55, s. 103.

⁷⁷⁵ Çolak/Taşkın, s. 826.

⁷⁷⁶ Turhan, s. 226.

⁷⁷⁷ Demirbaş, s. 23 vd.

⁷⁷⁸ Tezcan, s. 81.

sebeplerle tutuklandığının tutuklama kararında gösterilmesi zorunludur. Tutuklama sebebi tutuklama kararının verilmesini gerektiren somut olaylar ve hallerdir⁷⁷⁹.

Kişiye kendisinin ne ile suçlandığı etraflı biçimde açıklanmalıdır. Açıklama hem fiili hem de fiilin anlamını, o fiilin hangi maddeyi ihlal ettiğini de içermelidir. fiil soyut olarak değil, hangi fiil, nerede, ne zaman, nasıl işlendiği iddiası da somut olarak kendisine anlatılmalıdır⁷⁸⁰.

Şüpheli veya sanık sorguya çekilmeden önce kendisine ne ile suçlandığı bildirilecek, arkasından da diğer haklarının anlayacağı dilde anlatılmasına geçilecektir⁷⁸¹. Sözleşmenin 5. maddesine göre tutuklanan her kişi, tutuklanmasını gerektiren nedenleri ve kendisine isnat edilen suçlamaları en kısa zamanda ve anladığı bir dille öğrenme hakkına sahiptir⁷⁸².

Kişilere yakalama ve tutuklama nedenleri ile yakalanmasını gerektiren hukuki ve fiili nedenler bildirilmelidir. Burada ölçü, soruşturmanın selametini tehlikeye düşürmeyecek ve şüphelinin kendisi hakkındaki şüphenin ve suçlamanın ne olduğunu anlayabilmesini sağlayacak ölçüde delillerin kendisine bildirilmesidir⁷⁸³.

Yakalama ve tutuklamanın hangi nedenle yapıldığı ve kendisine yöneltilen suçlamaların bildirilmesi ve şüpheli veya sanığın da bu suçlamaları anlamaları yeterlidir⁷⁸⁴. Çok fazla ayrıntılı bilgi verilmesi gerekmemektedir. Burada önemli olan, suçlama ve özgürlüğün kısıtlanma nedeninin bildirilmesinin amacının kişinin etkili savunma yapabilmesi olduğunun göz ardı edilmemesidir. Kişiye suçlamalar bildirilmeli, kişi de buna göre kendisini savunabilmelidir.

4.7.3. Zamanı

Anayasanın 19. maddesine göre; yakalanan veya tutuklanan kişiye yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun mümkün

⁷⁷⁹ Feyzioğlu, s. 126.

⁷⁸⁰ Feyzioğlu, Metin, İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, s. 105.

⁷⁸¹ Turhan, s. 104.

⁷⁸² Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 236.

⁷⁸³ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 180.

⁷⁸⁴ Bkz. Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere; Dikme/Türkiye davaları (Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 26 vd).

olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir. Anayasamıza göre bildirim zamanı “derhal” olarak ifade edilmektedir.

AİHS 5/2. maddeye göre; tutuklanan kişiye tutuklamayı gerektiren nedenler ve kendisine yüklenen suçlamalar en kısa bir zamanda ve anladığı bir dille bildirilir. Buradaki en kısa bir zaman hemen anlamına gelmese de, gereksiz ve anormal şekilde uzatılmasına da engeldir⁷⁸⁵.

AİHS 6. maddeye göre her sanık; kendisine yöneltilen suçlamanın kapsam ve nedeni en kısa bir zamanda anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına sahiptir.

PVSK'nın 13. maddesine göre de; yakalanan kişilere, yakalama sebebi herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal; toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

Bir kişiye yakalama sebepleri açıklanırken yakalanan kişi şüpheli konumuna gireceğinden CMK'nın 147. maddesindeki kurallara uyulması gerektiği de belirtilmektedir⁷⁸⁶.

Yakalama anında, bunun mümkün olmaması halinde ise mümkün olduğu en erken zamanda derhal bildirilmesi, tutuklama anında ise bu bildirim yapılmadan tutuklamanın yapılmaması gerekir.

4.8. Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmemesi

Anayasanın 19/6. maddesine göre, kişinin yakalandığı veya tutuklandığı derhal yakınlarına bildirilir⁷⁸⁷. Özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu durumu, kendi belirleyeceği bir yakınına bildirilmek zorunda olup, bu hakkının da şüpheli veya

⁷⁸⁵ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 236; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 169-171; Clayton/Tomlinson, no. 10.216, dn. 715.

⁷⁸⁶ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 84.

⁷⁸⁷ Turhan, s. 109.

sanığa hatırlatılması gerekmektedir⁷⁸⁸. Bu hakkın bildirim de sorgu sırasında hakim tarafından yapılacaktır⁷⁸⁹.

Yakınlara haber verme hakkı AİHS’nde düzenlenmemiştir. Ancak Türkiye’nin de taraf olduğu 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesi’nin 36. maddesine göre yakalanan kişinin yabancı olması halinde, aksini talep etmediği sürece durumunun konsolosluğa bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca konsolosluğunun istemesi halinde bu kişi hakkında konsolosluğa bilgi verme zorunluluğu bulunmaktadır⁷⁹⁰.

Yakalanan kişinin yakınlarına haber verme ülkemiz açısından büyük önem taşımaktadır. Özellikle insanların günlerce ortadan kaybolduğu, sonra karakolda bulunduğu yolundaki haberler ve karakolda bir telefon etme imkânının bulunmaması gözlemlendiği dönemler olmuştur. AİHM’e göre⁷⁹¹; bir kimseyi yakalayan makamlar, bu kimsenin nerede bulunduğunu bildirme yükümlülüğü altındadır. Ancak eğer kişi kendisi yakalandığını veya tutuklandığını gizlemek isterse bu durumda bu nedene dayanarak tazminat isteyemeyecektir⁷⁹².

CMK’nın 95. maddesine göre; şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmesizin haber verilir. CMK’nın 107. maddesine göre de; tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hâkimin kararıyla gecikmesizin haber verilir. PVSK’nın 13. maddesine göre, kişinin yakalandığı, istediği kanuni yakınlarına derhal bildirilir. Terör suçlarında ise bildirim savcının emriyle bir yakınına yapılır⁷⁹³.

⁷⁸⁸ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 396.

⁷⁸⁹ Çolak/Taşkın, s. 725.

⁷⁹⁰ Tezcan, s. 33.

⁷⁹¹ Çiçek/Türkiye Kararı için bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar, s. 219.

⁷⁹² Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 88.

⁷⁹³ Düzgün/Elmacı, s. 111.

4.8.1. Yakın Kavramı

Bildirim tutuklunun bir yakınına veya belirleyeceği bir kişiye yapılmalıdır⁷⁹⁴. Yakın kavramı içine akraba da dâhil olmakla birlikte yakın kavramı akrabadan daha geniş bir çevreyi ifade etmektedir. Buradaki yakın kavramı kanuni yakın değil kişinin kendisine yakın hissettiği kişidir⁷⁹⁵.

Ancak 6352 sayılı Yasa ile 3713 sayılı Yasa kapsamındaki suçlar bakımından soruşturmanın amacının tehlikeye düşme olasılığının bulunması halinde, yakalanan, gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişilerin durumları hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

Burada sözü edilen yakınlardan ilgilinin eşi, çocukları, ana ve babası gibi kan veya evlilik ya da evlatlık bağı nedeniyle kendisine yakın olan kimseler anlaşılır. Ancak yakınlık kavramının belirlenmesinde ilgilinin kendi beyanına üstünlük tanınması tercih edilmelidir. Eğer kişi yakınlarına haber verilmesini istemiyorsa bu konuda yazılı beyanını almak gerekir. Fakat bu tür bir belgenin kolluk tarafından zorla imzalanmasının önüne geçmek için bu beyanın savcı veya hakim önünde tutanağa geçirilmesinde fayda vardır.⁷⁹⁶

Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluluğuna bildirilir. Ancak bazı nedenlerle yabancı, kendi ülkesinin konsolosluluğuna bu bildirim yapılmasını istemeyebilir. Bu durumda yazılı olarak bu beyanını belirtirse konsolosluluğa bildirimde bulunulmayacaktır⁷⁹⁷.

4.8.2. Bildirimin Kapsamı

Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu yakınlarına bildirilir. Durumları denildiğine göre, öncelikle yakalanmışsa yakalandığı, tutuklanmışsa tutuklandığı,

⁷⁹⁴ Ünver/ Hakeri, s. 214.

⁷⁹⁵ Şahin, Cumhuriyet, s. 228.

⁷⁹⁶ Tezcan, s. 33.

⁷⁹⁷ Çolak/ Taşkın, s. 340.

gözaltı süresi veya tutukluluk süresi uzatılmışsa bu durumu istediği yakınına bildirilecektir⁷⁹⁸.

Yakınlara bildirilecek durumlar, kişinin

- a) yakalanması,
- b) gözaltına alınması,
- c) gözaltı süresinin uzatılması,
- d) tutuklanması,
- e) tutukluluğunun devamına karar verilmesi

durumlarıdır⁷⁹⁹. Her tutuklama veya tutuklamanın uzatılması kararı mutlaka bildirilmelidir⁸⁰⁰.

4.8.3. Bildirimin Süresi

Bildirimin derhal yapılması ifade edilmektedir. Buradaki derhal, mevcut şartlardaki en kısa zamanı ifade eder. Kişinin tutuklandığı yakınlarına derhal bildirilir⁸⁰¹. Haber verme yakalama veya tutuklamadan hemen sonra, gecikilmeden yapılmalıdır⁸⁰².

4.8.4. Bildirimin Şekli

Bildirimin şekli konusunda kanunlarda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Önemli olan ilgilinin durumundan haberdar olmasını istediği yakınına haber verilmiş olmasıdır. Yönetmeliğin 8. maddesi kimlere nasıl haber verileceğini ayrıntılı olarak düzenlemiştir⁸⁰³. Buna göre kişinin yakınlarına varsa telefon aracılığıyla haber

⁷⁹⁸ Düzgün, Elmacı, s. 111.

⁷⁹⁹ Çolak/ Taşkın, s. 431 ve 477.

⁸⁰⁰ Yaşar, s. 615.

⁸⁰¹ Çolak/ Taşkın, s. 340.

⁸⁰² Yaşar, s. 615.

⁸⁰³ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 6. maddesine göre; yakalamadan ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin emirden, yakalananın bir yakınına veya belirlediği bir kişiye Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin haber verilir. Yönetmeliğin 8. maddesine göre; “yakalanan kişinin;

verilir. Eğer telefonuna ulaşılamıyorsa kolluk aracılığıyla istediği yakınına haber verilir. Kişi başka şehirde ise o yer kolluğu aracılığıyla aynı şekilde haber verilir. Bildirimin şeklinin yazılı olması ispat açısından daha yararlı olacaktır. Sözle veya telefonla yapılan bildirimler de tutanak altına alınarak belgelenmelidir⁸⁰⁴.

Terör suçlarında, soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, tutuklunun tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verilebilir⁸⁰⁵.

Kişinin yakınlarına haber verilmemesi halinde AİHM Sözleşmenin 5. maddesindeki güvencelerden yoksun bırakılarak yakınlarla haber verilmeden gözaltına alınmayı ihlal kabul etmektedir⁸⁰⁶.

4.9. Arama Kararının lsz Bir şekilde Gerçekleştirilmesi

4.9.1. Arama Kararı

Gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılan bir faaliyet olan arama, yakalama veya delil elde etme amacıyla sanık, şüpheli veya nc kişinin konut veya sair yerlerinde, üstünde, eşyasında yapılan araştırma işlemi olarak tanımlanmaktadır⁸⁰⁷.

-
- Kendisi ile birlikte bir kişi varsa bu kişi vasıtasıyla,
 - Suçun işlendiği veya yakalandığı yerde ikamet ediyorsa ve haber vereceği yakınının telefon numarasını biliyorsa ya da kolluk vasıtasıyla sair suretle tespit edilebiliyorsa, telefon ile,
 - Haber vereceği yakınının telefon numarasını bilmiyorsa ilgili yer kolluğu vasıtasıyla,
 - Konutu suç yeri dışında ise telefonla veya kişinin adresinin bulunduğu yerle ilişki kurulmak suretiyle,

yakalandığı, gözaltına alındığı veya gözaltı süresinin uzatıldığı Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilir.

Yakalanan veya gözaltına alınan kişi yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu vatandaş olduğu ülkenin büyükelçiliği veya konsolosluğuna haber verilir.

Muhafaza altına almak amacıyla kişinin yakalandığı, istediği kanuni yakınlarına derhal bildirilir.

⁸⁰⁴ Yaşar, s. 553.

⁸⁰⁵ Avcı, Gökmen, s. 115.

⁸⁰⁶ Bkz. akıcı/Türkiye davası (http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/23657_94.pdf).

⁸⁰⁷ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 972.

Anayasa özel hayata, aile hayatına ve konuta dokunulamayacağını belirtmiş, ancak adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği durumlarda yöntemince verilmiş yargıç kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda kanunun yetkili kıldığı makamın yazılı emri ile bu özgürlüklerin sınırlanabileceği öngörülmüştür⁸⁰⁸.

Kanunda her ne kadar arama kararı denmiş ise de, herhangi bir arama kararı veya emri olmadan yapılan aramalar bakımından da tazminat istenebilmesi gerekir⁸⁰⁹.

Anayasanın 20. maddesi⁸¹⁰ özel hayatın gizliliğini 21. maddesi⁸¹¹ ise konuta saygı hakkını düzenlemektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 12. maddesi, birleşmiş milletler medeni ve siyasi haklar sözleşmesinin 17. maddesi ve AİHS 8. maddesi⁸¹² özel hayat ve konuta saygı konusunda hükümler içermektedir.

Anayasa, CMK, Sıkıyönetim Kanunu (3, 18. maddeler), Olağanüstü Hal Kanunu 11. madde, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 16, 17. maddeler, PVSK,

⁸⁰⁸ Kahraman, Mehmet, Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2007, Cilt: 33, Sayı: 3, s. 328.

⁸⁰⁹ Gülşen, Recep, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, s. 11, www.cezabb.adalet.gov.tr

⁸¹⁰ Anayasanın 20 inci maddesine göre; “ 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 hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”

⁸¹¹ Anayasanın 21. maddesine göre; “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 hakim 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 hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”

⁸¹² AİHS 8. maddesine göre; “herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakların kullanılmasına resmi makamların müdahalesi demokratik bir toplumda ancak milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, kamu düzeninin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunluysa ve kanunda öngörülmüş olması şartıyla gerçekleştirilir”

Jandarma Teşkilat Kanunu 7/b maddesi gibi kanunlar da bu konuda hükümler içermektedir⁸¹³.

CMK'nın 119/2. maddesi arama kararında nelerin bulunması gerektiğini açıklamıştır; arama kararında, aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açık olarak gösterilir⁸¹⁴.

AİHM arama ile ilgili hukuksal düzenlemelerin, uygulamanın kötüye kullanılması durumunda gereken güvenceleri sağlayacak düzeyde olup olmadığı üzerinde durmaktadır. Gümrük görevlilerine çok geniş arama ve el koyma yetkisi tanınması ve aramanın bir yargı kararına dayanmamasını ihlal olarak kabul etmiştir⁸¹⁵.

Öte yandan terör örgütüne yardım ettiğinden kuşkulanan kişinin evinin CMUK 94. maddesine uygun olarak aranması ve arama tutanağı düzenlenip ilgiliye imzalatılmasını, meşru amaçlara uygun ve orantılı kabul etmiştir⁸¹⁶.

Elçi ve diğerleri/Türkiye kararında ise AİHM avukat bürosunda yapılan aramanın yasal dayanağının olmaması, valilikçe verilmiş yazılı bir talimatın dosyada bulunmaması, aramaların çok geniş kapsamlı olması, arama yapanların yargısal organlar tarafından denetlenmemesi nedeniyle ihlal olduğuna hükmetmiştir⁸¹⁷.

Arama kararının uygulanabilmesi için öncelikle arama kararının ceza muhakemesi hukuku anlamında bir arama kararı olması gerekir. Yani hukuken geçerli bir arama kararı olmalıdır. Bunun için de en azından biçimsel olarak kararda bulunması gereken hususların varlığı gereklidir.

Biçimsel olarak arama kararından söz edebilmek için öncelikle yetkili merci tarafından verilmiş bir karar olması gerekmektedir. Bu konuda genel yetki hakime

⁸¹³ Kahraman, Mehmet, s. 337 vd.

⁸¹⁴ Yenisey, Feridun, Tutuklama Kararında Gerekçe Gösterme Sorunu, Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 1, İstanbul 2009, s. 7.

⁸¹⁵ Cremix/Fransa kararı, (İnsan Hakları, Konferanslar, Ankara Barosu İnsan Hakları Hukuku Araştırma, Uygulama ve Danışma Merkezi, 14 Nisan-26 Mayıs 2006, Ankara s. 31.

⁸¹⁶ Hacı Oğuz ve Baki Oğuz/Türkiye kararı (İnsan Hakları, s. 31).

⁸¹⁷ Elçi ve diğerleri/Türkiye, İnsan Hakları, s. 34.

aittir. Yani olağan yetki hakimdedir⁸¹⁸. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda istisnai olarak yetkili merci tarafından da arama emri verilebilmektedir. Ancak bu yazılı emir hakim onayına sunulmak zorundadır. Eğer hakim onay vermezse arama sonucu el konulan eşya varsa, elkoyma kararı kendiliğinden kalkar.

Arama kararı yazılı olmalıdır ve ilgiliye mutlaka gösterilmelidir. Herhangi bir suça ait iz, eser, emare veya delillerin tespiti veya faillerinin yakalanması amacıyla polis tarafından yapılacak aramalar için de usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde diğer kanunlarda yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmalıdır. Konutta arama için mutlaka hakim kararı gereklidir⁸¹⁹. Gecikmesinde sakınca bulunan hal Yönetmeliğin dördüncü maddesinde tanımlanmıştır⁸²⁰.

Metruk bir binanın aranması teknik anlamda arama değil araştırmadır. Bu gibi durumlarda, hakkı ihlal edilecek birisi olmadığından arama kararına gerek yoktur⁸²¹.

CMK'nın 118. maddesine göre konutta ve diğer kapalı yerlerde gece araması belli koşullara bağlanmıştır. Suçüstü, gecikmesinde sakınca bulunan hal, yakalanmış veya gözaltına alınmış kişinin firar etmesi ve firar eden tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması hallerinde gece arama kararı verilebilir. Aramada avukat da hazır bulunabilir⁸²².

CMK'nın 116. maddesine göre; yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

⁸¹⁸ Kahraman, Mehmet, s. 344.

⁸¹⁹ Öztürk/ Erdem, s. 577 vd.

⁸²⁰ Arama Yönetmeliği'nin 4. maddesi tanımlar bölümünde gecikmesinde sakınca bulunan hal ifadesinin tanımında adli aramalar ve önleme araması bakımından olarak iki ayrı gecikmesinde sakınca bulunan hal tanımı yapmıştır. Adli aramalar bakımından; derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunamaması halini, önleme aramaları bakımından ise; derhal işlem yapılmadığı takdirde, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde ve eşyanın tespit edilememesi halinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması halini ifade etmektedir.

⁸²¹ Kahraman, Mehmet, s. 351.

⁸²² Öztürk/ Erdem, s. 584 vd.

CMK'nın 117. maddesinde şüpheli veya sanık dışındaki kişilerle ilgili arama, 118. maddede gece yapılacak arama, 119. maddede ise arama kararı konusu ele alınmıştır. Buna göre; hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet başsavcılığına derhal bildirilir⁸²³.

Arama kararı veya emrinde;

- a) Arama nedenini oluşturan fiil,
- b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,
- c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,

Açıkça gösterilir.

Böylece arama emri zamanlı bir emir veya karar olacaktır. Aranılan şeyin bulununcaya kadar ibareli, süresiz arama kararları verilemez⁸²⁴. Öte yandan arama süresi sona ermemiş olsa bile aranan şey bulunduğu anda aramaya son verilmelidir.

CMK'nın 134. maddesinde bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma konusunu düzenlenmektedir. Buna göre bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına hakim karar verir⁸²⁵.

Bir konuda açık bir kanun hükmü varsa onu yerine getiren kişinin eylemi hukuka uygundur. Örneğin hakim kararı olmadan bir yerin aranması ile ilgili kanun hükmü varsa (Hapishanelerin İdaresi Hakkında Kanun m. 6) veya Kaçakçılıkla

⁸²³ Parlar/ Hatipoğlu, s. 472 vd.

⁸²⁴ Yaşar, s. 637.

⁸²⁵ Turhan, s. 263.

Mücadele Kanunu 17, 18 ve 19. maddeleri gibi durumlarda ayrıca hakim kararına gerek kalmadan yapılan arama hukuka uygundur⁸²⁶.

Arama konusunda ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni kabul etmek, kişinin kendi aleyhine delilleri ortaya koymama hakkı ile bağdaşmadığı gibi, rıza temini için hileli yollara veya iradenin baskı altına alınmasına dönük davranışlara yol açabilir⁸²⁷.

Arama kararında aramanın yapılacağı yer açıkça belirtilmelidir. Aynı kararda bir kişinin hem üstünün hem de konutunun aranmasına karar verilebilir, ancak bir kişi hakkındaki üst araması kararıyla konutu aranmaz⁸²⁸. Aranan kişinin veya suçun delillerinin elde edilebilmesi amacıyla üçüncü kişilerin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken konu, hakkında arama kararı bulunan bir kişinin üçüncü bir kişinin evinde olduğunun öğrenilmesi halinde de arama kararı gerektiğidir⁸²⁹.

Suçüstü halinde kişinin yakalandığı anda, yakalamayı sağlamak amacıyla yapılan kaba üst araması için de hakim kararı gerekmemektedir. Çünkü burada yakalama yetkisi bu arama yetkisini de içermektedir. Öte yandan sıcak takip adı verilen suçüstü durumunda da kişilerin saklandığı yerlerin aranması bu kapsamdadır⁸³⁰.

Önleme araması; milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle belli yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kağıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemi şeklinde tanımlanabilir⁸³¹. Konutta yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme

⁸²⁶ Kahraman, Mehmet, s. 352.

⁸²⁷ Kahraman, Mehmet, s. 353.

⁸²⁸ Çolak/ Taşkın, s. 513.

⁸²⁹ Kahraman, Mehmet, s. 358.

⁸³⁰ Kahraman, Mehmet, s. 353.

⁸³¹ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 307 vd.

araması yapılamaz. Önleme araması ile ilgili tazminat genel hükümlere göre talep edilebilir.

4.9.2. Ölçüsüz Gerçekleştirme

Arama konusunda Kanunumuz sadece ölçüsüz gerçekleştirilme halini tazminat nedeni olarak kabul etmiştir. Arama kararı verildiği andaki koşullarda arama hukuka uygun ise sonradan gözaltı veya tutuklama kararında olduğu gibi kişinin beraat etmesi halinde sonradan tazminat isteme hakkı doğmamaktadır. Bu gibi durumlarda genel hükümlere göre tazminat istenebilir ise de, CMK hükümlerine göre tazminat istenebilmesi için arama kararının ölçüsüz gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Aramanın ölçüsüz gerçekleştirilmesi nedeniyle tazminat öngörölmüş olması temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından çok olumlu bir gelişmedir⁸³².

Arama tutanağına, CMK'nın 119. maddesine göre, işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır. Cumhuriyet savcısı olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.

120. maddede aramada kimlerin hazır bulunabileceği düzenlenmiş, 121. maddede ise arama sonunda verilecek belge konusu ele alınmıştır. 122. maddeye göre, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kağıtlarını inceleme yetkisinin, Cumhuriyet savcısı ve hakime ait olduğu belirtilmiştir.

Yönetmelik aramayı çok ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Yönetmeliğin 5. maddesi, 28, 29, 30 ve 31. maddelerde aramanın nasıl yapılacağı hükme bağlanmıştır. Arama bulunması istenen şeyin boyutu ve niteliği göz önüne alınarak, amaca ulaşmak için gerekli olan ölçüde gerçekleştirilir.

Bir kişinin konutunda arama yapılması sırasında arama kararının hukuka uygun olması halinde tazminat gerekmeyecektir. Ancak sonradan kişinin suçsuz olduğunun anlaşılması halinde bu kişinin konutuna yapılan müdahale özel yaşamına

⁸³² Kahraman, Mehmet, s. 385.

saldırı niteliği taşımaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 29.9.1988 tarih, 4600-8120 sayılı kararında; konutuna saygı gösterilmesi hakkına sahip olan bir kişinin bu hakkının saldırıya uğraması halinde ona Medeni Kanun 24. ve Borçlar Kanunu 49. maddeleri uyarınca manevi tazminat verilmelidir⁸³³. Bu durumda kişi genel hükümlere göre tazminat isteyebilmektedir.

Aramadan önce ilgili kişinin bilgilendirilmesi gerekir. Ancak aramanın amacı tehlikeye düşecekse bu bilgilendirme sonra da yapılabilir⁸³⁴. Aranacak yerde bulunan kişilerin özel hayatlarına ve mallarına gereken azami özen gösterilir.

466 sayılı Yasada bulunmayan hakkındaki arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilenlerin tazminat isteme hakkı, 5271 sayılı Yasa ile getirilmiştir. Hakkındaki arama kararı ölçüsüz olarak uygulanan kişilerin tazminat isteme hakları vardır. Arama kararının uygulanmasından söz edildiğine göre öncelikle usulüne göre verilmiş bir arama kararının bulunması gerekir. Yasada sadece arama karardan söz etmiş ise de, arama kararı yanında Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin arama emrinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir⁸³⁵.

Arama kararında veya arama emrinde nelerin bulunması gerektiği burada önem kazanmaktadır. Çünkü arama kararında aramanın amacı ve neyin arandığı açıkça belirtilmek zorunda olduğundan arama kararının uygulanmasının ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi arama kararındaki amaca göre belirlenecektir. Arama kararında belirtilen aranan şeyin niteliği ölçüyü belirleyecektir.⁸³⁶

Aramanın ölçüsünün ne olduğu her somut olaya göre değişebilir. Bunda en önemli belirleyici unsur aranan şeydir. Örneğin bir uyuşturucu maddenin aranması ile ruhsatsız bir silahın aranmasındaki ölçülerin aynı olmayacağı açıktır⁸³⁷. Örneğin bir kaçakçılık olayında kaçak otomobil için kapalı yerlerde arama kararı alınmış ise, bu kararın yatak odasında gerçekleştirilmek istenmesi arama kararının ölçüsüz olarak gerçekleştirilmesidir.

⁸³³ İnal, Nihat, s. 295 vd.

⁸³⁴ Kahraman, Mehmet, s. 376.

⁸³⁵ <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/tazminat.html>, kaynak, anonim

⁸³⁶ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 1076.

⁸³⁷ Erel, Kemalettin, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Emniyet Genel Müdürlüğü 10-11 Şubat 2006 tarihli seminer notları, s. 7.

Arama kararının ölçsüz biçimde gerçekleştirilmesindeki ölçsüz kavramının belirsiz olduğu görüşünde olanlar da bulunmaktadır⁸³⁸. Buna göre ölçsüz gerçekleştirimin oranlılık ilkesine aykırılık olarak algılanması gerektiği, örneğin gece arama koşulları gerçekleşmediği halde gece arama kararı verilmişse ölçsüzlük olduğu kabul edilmelidir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü buradaki ölçsüz gerçekleştirme, arama kararının ölçülü olması ile ilgili değildir. Yasa koyucu açık olarak arama kararının ölçsüz gerçekleştirilmesinden söz etmektedir.

Ölçsüz arama, verilen arama kararının haksız ve yanlış olması değil, karar üzerine yapılan aramanın ölçsüz olmasını ifade etmektedir. Örneğin kişinin evinde yapılan arama sırasında tüm eşyaların dağıtılması, çamurlu ayakkabılarla çişnenmesi, etrafın kirletilmesi, gerekenden daha fazla yıpratılması, duvarların kazılması, dolapların kırılması gibi davranışlardır⁸³⁹.

Maddede düzenlenen durum aramanın haksız yapılması değil, yasaya uygun verilen arama kararının ölçsüz olarak gerçekleştirilmesidir. Örneğin arama yapılan kişiye kötü davranılması, konuttaki kişilerin bir odaya kapatılarak kısıtlanmaları, üst aramasında kötü davranılması gibi davranışlar tazminat gerektirir. Yöntemine uygun alınmış bir arama kararının yasal kurallara uyulmadan gerçekleştirilmesi halinde kararın ölçsüz uygulanmasından değil, yasaya aykırı olarak koşullarına uyulmadan arama yapılmasından söz edilebilir. Bu durumda 5237 sayılı TCK'nın 120. maddesinde düzenlenen haksız arama eyleminin gerçekleştiğinden söz edilebilir ise de ilgisine tazminat hakkı vermeyecektir⁸⁴⁰. Bir başka görüşe göre ise haksız aramaya maruz kalan kişinin bu madde kapsamında tazminat hakkı doğar⁸⁴¹. Esasında haksız arama da bir tür ölçsüz uygulamadır. Kişi böyle bir durumla karşı karşıya kaldığında hem bu maddeye dayanarak tazminat isteyebilmeli, hem de genel hükümlere göre tazminat isteyebilmelidir.

Arama kararı verildiği anda hukuka uygun, yapılan arama da ölçülü fakat sonradan ilgili kişinin suçsuz olduğu anlaşılırsa maddede belirtilen anlamda tazminat hakkı doğmasa da genel hükümlere göre kişi uğradığı zararın tazminini isteyebilir.

⁸³⁸ Özbek, s. 358.

⁸³⁹ Çolak, Haluk/ Taşkın, Mustafa, s. 696.

⁸⁴⁰ Kanmaz, s. 183.

⁸⁴¹ Çolak/Taşkın, s. 516.

Hukuk Genel Kurulu 23.9.1987 tarih, 4-657-663 sayılı kararında; davacının imalı sözlerle hırsız olduğunu ileri sürüp, hatta şikayet üzerine konutunun arandığı anlaşılmalı uygun miktar manevi tazminata hükmedileceği belirtilmiştir⁸⁴².

Aramaya maruz kalan kişi bakımından da, ancak kararda belirtilen kişiler aranabilirler. Bunlar, şüpheli veya sanıklar ya da üçüncü kişiler olabilir. Şüpheli soruşturma evresinde suç şüphesi altında olan kişidir⁸⁴³. Şüpheli, fail olma ihtimalinin bulunduğu düşünülen ve hakkında suçla arasındaki bağlantıyı gösteren basit dayanak noktaları bulunan kişi veya kişilerdir. Suçun o kişi tarafından işlendiğini gösteren somut olgu yoksa şüpheli de yoktur⁸⁴⁴. Sanık ise kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişidir⁸⁴⁵. Kanunda şüphelilik ve sanıklık ayrımı şüphenin derecesine ve yoğunluğuna göre değil, yargılamanın evrelerine göre yapılmıştır⁸⁴⁶.

Aramanın ölçüsünün belirlenmesinde bir başka ölçüt ise aranılan konut veya işyerinde kalınan süredir. Aranılan yerde kalınacak süre aranılan şey için zorunlu olan süre kadar olmalıdır. Örneğin televizyon araması kısa sürerken uyuşturucu araması uzun sürebilir. Arama yapılırken arama kararında belirtilen şeyi bulmaya elverişli arama yapılmalıdır. Arama kararı konut veya işyeri için verilmişse konuttaki kişilerin üstünün aranması yetkisi oluşmaz. Ancak aranılan şey üstte taşınabilecek bir şeyse bu durumda konut veya işyerinde bulunanlar başka yere alınır ve üstleri aranır⁸⁴⁷.

Üst araması doğrudan elbiselerin aranması olup, doğal vücut boşluklarının veya organlarının tıbbi müdahale ile, tıbbi araçlar kullanılarak incelenmesi beden muayenesidir⁸⁴⁸. Üst araması yapılırken kişinin utanma duygusunu en az ihlal edecek biçimde gerçekleştirilmelidir. Üst araması kişinin vücudunun dış yüzeyi ile sınırlı olmak zorundadır. Elbise ve vücudun yüzeyinde yani dışında yapılmalıdır⁸⁴⁹. Bunun

⁸⁴² İnal, Nihat, s. 279 vd.

⁸⁴³ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 153.

⁸⁴⁴ Centel/ Zafer, s. 143.

⁸⁴⁵ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 153.

⁸⁴⁶ Şahin, s. 20.

⁸⁴⁷ Kahraman, Mehmet, s. 367.

⁸⁴⁸ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 921.

⁸⁴⁹ Kahraman, Mehmet, s. 368.

dışında kişiyi rendice edici şekilde yapılan üst aramaları da ölçsüz arama olup tazminat sebebidir.

AIHM güvenlik güçleri tarafından teröristlerin aranması sırasında kişilerin mallarına zarar verilmesi halinde ihlal olduğunu kabul etmektedir. Selçuk ve Asker/Türkiye davasında⁸⁵⁰, kişilerin güvenlik güçleri tarafından evleri ve mülklerinin çoğunluğunun tahrip edilmesinde özel hayatlarına, aile hayatlarına ve mülklerine saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Arama kararı uygulanırken, aramaya engel olunması halinde engeli bertaraf edecek ölçüde güç kullanılabilir. Güç kullanma sırasında ölçsüz davranılır, güç kullanma sınırı aşılsa TCK'nın 256. maddesinde yazılı olan zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu oluşur⁸⁵¹. Bu güç kullanma kişilere karşı olabileceği gibi eşyalara karşı da olabilir. Örneğin kapı kilitliyse çilingir yardımıyla açılması gerekir. Çilingir yardımıyla açılacak kapının kırılması ise ölçsüz gerçekleştirme olacaktır⁸⁵². Arama kararı olmadan yapılan arama halinde eğer arama konutta gerçekleşmişse konut dokunulmazlığını ihlal suçu da oluşacaktır⁸⁵³.

Haksız arama TCK'nın 120. maddesinde özel bir suç türü olarak düzenlenmiştir. Bir kimsenin üstünün veya eşyasının hukuka aykırı olarak aranması suç kabul edilmiştir. Suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak veya yetkisini aşarak kişilerin üstünü veya eşyasını araması gerekmektedir⁸⁵⁴.

Arama sırasında özellikle konutta aramalarda hakkında arama kararı verilen kişinin yakınlarından veya ihtiyar heyetinden de birisi bulunacağından aramanın ölçülü gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde bu kişilerin bilgilerine de başvurulabilir⁸⁵⁵.

⁸⁵⁰ Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 80.

⁸⁵¹ Koparan, Mehmet Reşat, Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama, <http://www.resatkoparan.com/parcalar/makaleler/BirKorumaTedbiriOlarakArama.pdf>

⁸⁵² Kahraman, Mehmet, s. 377.

⁸⁵³ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2006, s. 821.

⁸⁵⁴ Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008, s. 339.

⁸⁵⁵ Çolak/Taşkın, s. 695.

Arama sonucu bazı eşyaların suç delili olması veya bulundurulmasının yasak olması nedeniyle el konulması gerekebilir. El koymanın da bir kararla olması gerektiğinden eğer, elkoyma kararı henüz yoksa el koyma kararı verilinceye kadar eşyanın koruma altına alınması gerekebilir⁸⁵⁶.

Arama sırasında hakkında arama kararı uygulanan kişiye ait belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. Bu kurala uymayarak kişilere ait belge ve kâğıtları aramayı gerçekleştiren kolluk görevlilerinin incelemesi de kanımca ölçüsüz gerçekleştirme olup tazminat sebebidir.

Arama kararının ölçüsüz gerçekleştirilmesi nedeniyle tazminat istenebilmesi için öncelikle arama kararının ölçüsünün ne olması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Arama kararında ölçünün belirlenmesinde üç kriter dikkate alınmalıdır.

a) Arama kararının kapsamı; aramanın gerçekleştirilme ölçüsünü belirlemede birinci esas arama kararının kapsamı ve içeriğidir. Arama kararında bulunan hususlar aramadaki ölçüyü de belirleyecektir.

b) Aranılan şey; ölçünün belirlenmesinde ikinci unsur ise aranılan şeydir. Aranılan şey aramanın ölçüsünün belirlenmesi açısından önemlidir. Aranılan şeyin boyutu ve saklanabilme koşullarına göre arama kararı aranılan şeyi bulmaya elverişli biçimde gerçekleşmelidir. Örneğin, kaçak televizyon aranıyorsa bu aramada gardıroptaki elbiselerin cepleri aranmaz.

c) Amaç ile uygulanan yöntemin uygunluğu; arama kararı ve aranılan şey ile arama yapılırken uygulanan yöntem birbirine uyumlu olmalıdır. Başka bir deyişle aranan şeyi bulmaya yarayacak kadar kişinin özel yaşam alanına müdahale edilerek kişi rahatsız edilmelidir.

Arama ve elkoymanın genel arama ve elkoyma dışında özel halleri de bulunmaktadır. Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma (CMK 128)⁸⁵⁷; postada el

⁸⁵⁶ Kahraman, Mehmet, s. 379.

⁸⁵⁷ “(1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait;

a) Taşınmazlara,
b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına,
c) Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba,

koyma (CMK 129)⁸⁵⁸; ve bilgisayarlarda, bilgisayar programları ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma (CMK 134)⁸⁵⁹ da arama ve elkoymanın özel halleri olarak sayılabilir.

Arama kararının ölçsüz gerçekleştirilmesi için tazminat talebinde ilgili yargılamanın kesin hükümle sonuçlanmasını beklemeye gerek bulunmamaktadır. Burada verilen bira arama kararının ölçsüz gerçekleştirilmesi söz konusu olduğundan arama işleminin kesinleşmesinden itibaren dava açılabilir.

4.10. Eşya veya Diğer Malvarlığı Değerlerine, Koşulları Oluşmadığı Halde Elkonulması veya Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması ya da Eşya veya Diğer Malvarlığı Değerlerinin Amaç Dışı Kullanılması veya Zamanında Geri Verilmemesi

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir⁸⁶⁰.

Anayasanın 20. maddesine göre; belli koşullarda kişilerin özel belge ve eşyalarına el konulabilir. 35. maddesine göre de; herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

AIHS ek 1 nolu protokolün 1. maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. AIHM mülkiyet hakkını yorumlarken, kişilerin mal ve mülklerine

-
- d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara,
 - e) Kıymetli evraka,
 - f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına,
 - g) Kiralık kasa mevcutlarına,
 - h) Diğer malvarlığı değerlerine,

elkonulabilir. Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir...”

⁸⁵⁸ “(1) Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluşta bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile el konulabilir...”

⁸⁵⁹ “(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde imkanının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine hakim tarafından karar verilir...”

⁸⁶⁰ Centel/Zafer, s. 400.

dokunulmamasının yanında kişinin mal ve mülkünden yararlanma hakkını da mülkiyet hakkının geleneksel temel unsurlarından olduğunu belirtmektedir.⁸⁶¹

CMK 123 ila 134. maddeleri elkoymayı, 248. maddesi ise zorlama amaçlı elkoyma ve teminat belgesi konusunu düzenlenmiştir.

Arama Yönetmeliğinin 15. maddesi ile Suç Eşyası Yönetmeliğinin 5. ila 20. maddelerinde el koyma konusu düzenlemiştir⁸⁶².

466 sayılı Yasada yer almayan bir başka tazminat nedeni de elkoyma nedeniyle tazminattır. 5271 sayılı Yasadan önce haksız elkoyma nedeniyle tazminat genel kurallara göre istenebilmekteydi. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 9.10.2008 tarih, 9508/11537 sayılı kararında⁸⁶³; elkoyma tarihinin 5271 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden önce olduğunu, 5320 sayılı Yasa gereğince 5271 sayılı Yasadaki tazminata ilişkin hükümlerin Yasanın yürürlüğe girdikten sonraki işlemler için uygulanacağını belirterek davanın genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

Elkoyma nedeniyle tazminatı düzenleyen CMK'nın 141/1-j maddesi bu haliyle AİHS'in mülkiyet hakkını düzenleyen ek 1 nolu protokolüne uygun bir düzenleme olarak kendisini göstermektedir.⁸⁶⁴ Hatta AİHS madde 5'ten daha ileri bir duruma işaret etmektedir. Sözleşmede sadece yakalama ve tutuklama bakımından 5. maddede tazminat öngörülürken, kanunumuz arama ve elkoyma bakımından da belirli şartlar altında tazminatı kabul etmiştir⁸⁶⁵.

⁸⁶¹ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 418; Clayton/Tomlinson, no. 18.108.

⁸⁶² Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5. maddesinde suç eşyasına el koymanın nasıl yapılacağı, 7. maddede usulüne uygun ambalajlanmamış suç eşyasının emanete alınamayacağı, 9. maddede kıymetli eşya ve evrak ile bozulacak, değerini kaybedecek veya muhafazası zor olan suç eşyası hakkında yapılacak işlemler, 12. maddede paraların bankaya yatırılma esasları, 13. maddede bankaya yatırılan paraların faizlerine ilişkin esaslar, 14. maddede hüküm kesinleşmeden iadesine veya elden çıkarılmasına karar verilen eşyalarla ilgili işlemler, 15. maddede, müsaderesine veya iadesine karar verilen eşyalarla ilgili işlemler, 16. maddede, tedavül etmeyen paralarla suç eşyası ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri hakkında verilen müsadere ve iade kararlarının yerine getirilmesine ilişkin işlemler, 17. maddede bankaya yatırılmış paraların müsadere ve iadesine ilişkin işlemler, 18. maddede suç eşyası ve malvarlığı değerleri ile ilgili işlem sonuçlarının takibi, 19. maddede sahipleri tarafından alınmayan eşyalar, 20. maddede gaip veya ölmüş olanlara ait eşyalar hakkında yapılacak işlemler düzenlenmiştir.

⁸⁶³ Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 35, sayı:1, s. 34

⁸⁶⁴ Erel, s. 8.

⁸⁶⁵ Hakeri, Dönmezer Armağanı, s. 875.

Maddeye göre elkoyma nedeniyle kişiler dört durumda tazminat isteyebilecektir;

4.10.1. Koşulları Oluşmadan Elkonulması

Elkoymanın koşulları kişi ve madde bakımından ele alınabilir⁸⁶⁶. Kişi bakımından ele alındığında; elkoyma kararı veren merci bakımından ve elkoymaya maruz kalan kişi bakımından incelenmesi gerekir. Anayasanın 20/2 ve 21. maddeleri ile CMK 127. maddeye göre kural olarak hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, savcıya ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. Elkoymaya maruz kalan kişi ise, delil niteliğinde olan veya müsadereye tabi bulunan bir eşyayı elinde bulunduran kişidir. Madde bakımından ise; suç şüphesinin bulunması ve elkonulacak, delil niteliğinde ve müsadereye tabi bir eşyanın bulunması gerekir⁸⁶⁷. Bu koşullar oluşmadan eşyası veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulanlar tazminat isteyebileceklerdir.

AIHS'in mülkiyet hakkını düzenleyen ek 1 nolu protokole göre elkoymanın amacı kişiyi mülkünden yoksun bırakmak olmamalıdır. Raimonda/İtalya kararında⁸⁶⁸ elkoymanın bir yasa hükmüne dayandığı ve amacının kişiyi mülkünden mahrum etmek değil, sadece bunları bir süre kullanmasını önlemek amacını taşıdığı için Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Elkoyma soruşturma ile ilgili olmalıdır. Soruşturma ile ilgisi olmayan kişilerin özel eşyalarına el konulması Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Panteleyenکو/Ukrayna kararında⁸⁶⁹ ise soruşturma için gerekli olan deliller yerine başvuranın ofisindeki tüm belgelere ve ceza davasıyla ilgili olmayan ona ait şahsi eşyalara elkonulmasının kanuna uygunluğunun ispat edilemediğini belirtmiştir.

Suçtan elde edilen kazanç ve malvarlığına el koyma CMK 128. maddede düzenlenmiştir. Buna göre belli suçlardan elde edildiği yönünde kuvvetli şüphe

⁸⁶⁶ Öztürk/ Erdem, s. 596 vd.

⁸⁶⁷ Parlar/ Hatipoğlu, s. 507 vd.

⁸⁶⁸ Dutertre, s. 456.

⁸⁶⁹ Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 78.

sebebi bulunan hallerde taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulabilmektedir. Bu özel elkoyma biçimine ancak hakim karar verebilir⁸⁷⁰.

Elkoymanın bir diğer türü de postada elkoymadır. CMK 129. maddesine göre; suçun delili olduğundan şüphelenilen ve gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için adliyenin eli altında olması gereken posta hizmeti veren kuruluşlarda bulunan gönderilere kural olarak hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı emriyle elkonulabilir. Kolluğun elkonulan gönderiyi inceleme yetkisi yoktur. Postada elkoyma işlemi ilgisine bildirilmek zorundadır⁸⁷¹.

Kanun, avukat bürolarında arama ve elkoymayı özel şartlara bağlamıştır. Arama ancak mahkeme kararı ile yapılabilir. Aramada baro başkanı veya temsilci de bulunur, aramada savcı da bizzat bulunmalıdır. Elkonulacak şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu ileri sürülerek elkoyma kararına avukat veya baro temsilcisi karşı koyabilir. Bu durumda itiraza konu şeyler bir zarfa konup hakim veya mahkeme tarafından karar verilmek üzere mühürlenir⁸⁷².

Kanun, bilgisayarda arama ve elkoymayı da özel olarak düzenlemiştir. Bir suç soruşturması nedeniyle şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılabileceği, kopya çıkarılabileceği ve kayıtların çözülerek metin haline getirilebileceği düzenlenmiştir. kovuşturma evresinde bu tedbire başvurulamayacaktır⁸⁷³. AİHM Smirnov/Rusya davasında⁸⁷⁴; avukatın

⁸⁷⁰ Yaşar, s. 660.

⁸⁷¹ Turhan, s. 260 vd.

⁸⁷² Turhan, s. 262.

⁸⁷³ Ünver/ Hakeri, s. 411 vd.

⁸⁷⁴ Beydilli, Recep, AİHS 8 ve 13 Maddeleri Çerçevesinde Konutlarda Arama ve Bilgisayar Anakartlarında (CPU) Elkoyma, (http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1180.htm) Smirnov v. Russia, [2007] İHAM 71362/01[3], vakasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, konvansiyonun 8. ve 13 maddelerinin çerçevesinde başvuru hukuka aykırı arama ve elkoymaya ilişkin iddiasını ele almıştır. Bu davada davacı bir avukatı ve Rusya Hükümeti'nin bir takım ciddi suçlamalarla itham ettiği bir grup davalının da müdafiliğini üstlenmiş bulunuyordu. Ceza davasıyla ilgili birtakım belge ve dokümanların başvuru evresinde saklandığına inanan Rus soruşturma makamları başvuranın (müdafii) evinde arama yapılması için bir arama kararı çıkarttılar. Başvuranın da arama sırasında hazır bulunduğu sırada birtakım belgelere bilgisayarın anakartına soruşturma makamları tarafından el konuldu. Sonuçsuzda kalsa, ceza yargılanmasında müdafiliğini üstlendiği kişilerin aleyhine fiziksel delil olarak kullanılan bilgisayar anakartına ve çeşitli belgelerine el konulması işlemine karşı çıktı. Hemen akabinde konvansiyonun 13 maddesi uyarınca evindeki arama ve elkoyma işleminin hukuka aykırı olduğu yönünde ilk derece mahkemesi nezdinde hukuki yola başvurdu. Burada başvuran, yerel mahkemede anakart ve belgelere el konulması işleminin müdafiliğini üstlendiği müvekkillerinin savunma hakkını zedelediğini ileri sürdü. Başvuranın bu yola başvurusundan sonra Rus makamları birtakım belgeleri başvurana iade ettiler fakat ana kart iade

müvekkilleri ile ilgili bir soruşturma nedeniyle bilgisayarına el konulması sonucunda, anakartının iade edilmemesi olayında 8 ve 13. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu karar Sözleşmenin 8 ve 13. maddelerinin yorumlanması bakımından öncü olduğu kadar Konseyin geliştirmekte olan demokrasilerinde Sözleşmenin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda bir anahtar niteliğindedir.

Eğer elkoymanın koşulları somut olayda gerçekleşmiş ise bu durumda tazminata hükmedilmeyecektir. Yargıtay bir kararında; elkonulan araçta sahte ruhsat ve plakaların bulunması, taşıdığı yükün de yurt dışına çıkarılmış olması gerekirken

yoluna gitmediler. İlk derece mahkemesi başvuranın konvansiyonun 8. Maddesi uyarınca arama ve elkoymaya ilişkin hukuka aykırılık talebini de reddetti. Bu kararında Mahkeme; arama ve elkoymanın iç hukuk uyarınca yapıldığını ve bilgisayar anakartına elkoyma işlemine karşı hukuksal inceleme olanağının bulunmadığını belirtmiştir. Temyiz mahkemesi de bu yöne ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Müdafii tüm bu hukuki süreç ertesinde, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’de evinde yapılan arama ve müvekkillerine birtakım belgelerle bilgisayar anakartına elkonulması işleminin konvansiyonun 8 maddesi uyarınca özel hayatına ve tasarruflarına bulunma hakkına müdahale olduğunu iç hukukun konvansiyonun 13. Maddesine uyarınca bu işlemlere karşı hukuki çare yolu sunmadığını belirterek başvuruda bulunmuştur.

İnsan Hakları Mahkemesi, Rus Hükümeti tarafından yapılan arama ve elkoyma işlemlerinin konvansiyonun 8 maddesini ihlal ettiğini ve başvuranın konvansiyonun 13 maddesi uyarınca hukuki başvuru yolunda bulunma hakkından mahrum bırakıldığını şu üç hususun altını çizerek belirtmiştir:

(1) Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı hususundan mahkeme dört kriter getirerek bunlara uyulup uyulmadığının cevabının bulunması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme hususlarda bir inceleme yapmıştır:

- a) Hangi temeller üzerinde arama emrinin verildiği,
- b) Arama emrinin içeriği ve ölçüğü,
- c) Arama emrinin hangi şekilde icra edildiği, (bağımsız gözlemcinin varlığı)
- d) Etkilenen kişinin şöhreti ve işi üzerindeki olası yan etkileri.

“Başvuranın davasında, müdafiliğini üstlendiği kişilerin aksine, başvuru ceza soruşturmasının bir öznesi durumunda bulunmuyordu verilen arama emri geniş ve belirsiz nitelikteydi. Bu durum polise hangi belge ve nesnelere elkonulacağı konusunda sınırsız derecede bir takdir hakkı vermektedir. Arama emri, adaletin uygun işleyişi için kritik olan Müdafinin evinde bulunan bazı belgelere ilişkin mesleki imtiyazın korunması bakımından, güvenceler içermiyordu. Bu nedenle, başvuranın evinin aranması ve eşyalarına elkonulması demokratik bir toplumda gerekli değildir bu nedenle sözleşmenin 8. Maddesi ihlal edilmiştir.”denilmiştir. Mahkeme bu kararında Funke v France [1993] ECHR 10828/84; and Niemietz v Germany [1992] ECHR 13710/88 kararlarına da atıf yapmıştır.

(2) Fiziksel delillerin alınmasıyla ilgili olarak İnsan Hakları Mahkemesi, bunun adaletin yönetimi ve toplumun genel çıkarları için uygun olduğunu, fakat toplumun çıkarları ile birey insan hakları arasında denge olması gerektiğini vurgulamıştır. Elkoymada ve aramada bu amaç için ortaya konan vasıtalarla hedeflenen nihai amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi olması gerekmektedir. “Bu durumda, başvuranın bilgisayarını herhangi bir suç ve araç değildi; başvuranın bilgisayar anakartının 6 günden fazla alıkoyma için herhangi bir neden mevcut değildi; ve anakart başvuranın mesleğini icrası için bir vasıta iken elkoyma işlemi başvuranın profesyonel mesleki faaliyetlerini engellemiştir. Böylece, yetkililer madde 8 ve toplum çıkarı doğrultusunda davacı hakları arasında adil bir denge kurma konusunda başarısız olmuştur.” hükmüne varılmıştır

(3) Mahkeme aynı zamanda Rus iç hukukunun, soruşturmacıların ceza muhakemesi işlemleri ile ilgili kararlarına karşı, hukuka uygunluk bakımından başvurucuya uygun bir hukuki çare yolu tanımadığı gerekçesiyle başvuranın sözleşmenin 1 maddesi uyarınca uygun hukuki çare yoluna başvurma hakkından mahrum bırakıldığını da hüküm altına almıştır. Mahkeme bu kararında Horvat v Croatia [2001] ECHR 51585/99 kararına dayanarak bir sonuca varmıştır.

çıkarılmamış olması elkoyma işleminin olay tarihi itibariyle hukuka uygun olduğunu, araçlara elkonulması nedeniyle oluşan zararın davacının ağır kusurundan kaynaklandığını ve kimsenin kendi kusurundan kaynaklanan zararı başkasından isteyemeyeceğini belirtmiştir⁸⁷⁵.

4.10.2. Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması

CMK 132. maddede elkonulan eşyaların muhafazası için gerekli tedbirlerin alınacağı, gerektiğinde elden çıkarılacağı hükme bağlanmıştır. 133'üncü. maddede elkonulan şirketlerin yönetimi için kayyım tayini düzenlenmiştir. Elkonulan eşya zamanla değerini kaybedebilir. Yargılama sonunda müsadereye karar verilmezse kişi için, müsadereye karar verilirse Devlet için zarar meydana gelecektir. Kanun bunu önlemek amacıyla eşyanın değerini korumak için hakim veya mahkemeye gerekli tedbirleri alma yetkisi tanımıştır⁸⁷⁶. Amaç, elkonulan eşyaların, mal veya alacakların kaybolmasını, bozulmasını, değerinde azalma meydana gelmesini önlemektir. Unutulmamalıdır ki bu elkonulan şey geçici olarak adliyenin kontrolü altındadır. Yargılama sonucunda belki de bu eşya sahibine iade edilecektir. Bu dönem içinde zarar görmemesi, değerini kaybetmemesi, bozulmaması için gereken tedbirler elkoyan makamlarca alınacaktır. Bu önlemler alınmamışsa, eşyasına elkonulan kişi bu nedenle tazminat isteyebilecektir.⁸⁷⁷

Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 9. maddesinde kıymetli eşya ve evrak ile bozulacak, değerini kaybedecek veya muhafazası zor olan suç eşyası hakkında yapılacak işlemler düzenlenmiştir⁸⁷⁸. 12. maddeye göre de; miktarı ne olursa olsun,

⁸⁷⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 6.10.2008 tarih, 595/11187 sayılı kararı

⁸⁷⁶ Gedik, Doğan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Basit Elkoyma, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 6, Şubat 2007. s. 78.

⁸⁷⁷ Çolak/Taşkın, s. 696.

⁸⁷⁸ Madde 9- Cumhuriyet başsavcılığı, adalet emanet dairesine tevdi edilen eşyadan, kıymetli maden veya taşlardan mamul, antika ve sair vasıfları dolayısıyla fazla değerde bulunanların, memleket dahilinde tedavül etmeyen paralar ile emre veya hamile yazılı kambiyo senetleri, emtiayı temsil eden belgeler, hisse senetleri, tahviller ve aynen muhafazası gerekmeyen mütedavil paralara ait tutanakların, emanet dairesinde mevcut kasada iyi bir şekilde muhafazası için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla bankada kasa kiralamak zorunluluğu doğarsa, durum Adalet Bakanlığına bildirilir ve alınacak talimat dairesinde hareket edilir. Her iki halde de emanet memurluğunca kasaya giren ve çıkan eşya için giriş ve çıkış tarihlerini ve çıkış sebeplerini gösteren bir defter tutulur. Bu defter kasa içerisinde durur, kasa en az iki kişi tarafından açılır, kapanır. Bu göreve emanet memurundan başka kimin katılacağı Cumhuriyet başsavcılığınca tayin edilir.

Bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve bu sisteme ilişkin verilerin asıl ya da kopyaları, ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu depolama aygıtları gibi eşya, bozulmalarını engelleyecek, nem, ısı, manyetik alan ve darbelerden korunmalarını sağlayacak uygun ortamda muhafaza edilir.

tedavüldeki paralar, eğer aynen muhafazası gerekmiyorsa, faiz getirecek bir hesap ile milli bankalardan birine ayrı ayrı yatırılır. 13. maddeye göre ise, bu paraların faizleri, anapara ile birlikte iade veya müsadereye ilişkin hükümlere tabidir.

Delil olarak elkonulan eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesi varsa, eşya elden çıkarılmalıdır. Elden çıkarmadan önce fotoğrafını çekme, tanıklara gösterme, bilirkişi incelemesi yaptırma gibi delil değerini muhafaza etmek amacına yönelik tedbirler alınmalıdır. Elden çıkarılan eşyanın bedeli olan değer eşyanın yerine geçer⁸⁷⁹.

Danıştay 10. Dairesi 9.10.1997 tarih, 1996/7516-1997/3564 sayılı kararında⁸⁸⁰; adli soruşturma nedeniyle emanete alınan ve üzerinde ihtiyati tedbir kararı bulunan eşyaların, bu konuda esas karar verilinceye kadar korunması idarenin yasal görevi olup, ihtiyati tedbir kararının uygulanması ile ilgili olarak gerekli özenin gösterilmediğinin belirlenmesi halinde bundan doğacak zararın tazmininin gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay bir kararında 466 sayılı Yasada elkoyma nedeniyle tazminat öngörülmediği için elkonulan kürk mantonun hasar görmesi nedeniyle manto sahibinin uğradığı zararların 466 sayılı Yasa kapsamında istenemeyeceğine, ancak genel hükümlere göre istenebileceğine hükmetmiştir⁸⁸¹.

El konulan eşyanın korunmasını el koyan makamların yapması gerekmektedir. El koyma nedeniyle eşyada meydana gelebilecek değer azalması durumunda devletin sorumluluğu sistemi öteden beri uygulanmaktaydı. Ancak genel

Diğer eşya, bu iş için tahsis olunan yerlerde türlerine ve yıllarına göre tasnif edilmiş şekilde muhafaza edilir.

Emanet dairesinde, soruşturma ve kovuşturma sonuna kadar saklanması sırasında bozulacak veya değerlerini açık bir şekilde kaybedecek olan yahut muhafazası zor olması itibarıyla, emanet dairesinde saklanması mümkün olmayan eşya hakkında; özel düzenleme bulunmayan hallerde, soruşturma evresinde sulh hâkiminden ve kovuşturma evresinde yargılamayı yapan mahkemeden; soruşturma veya kovuşturma sonu beklenmeksizin satılmalarına veya 16 ncı maddede yazılı mercilerden birine yahut uygun görülen başka bir mercie teslim edilmelerine karar verilmesi istenir. Bu kabilden eşya, verilecek karar doğrultusunda ve kararda gösterilen mercilere teslim edilir veya satılır. Satış ve tevdi için yapılan masraflar cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilen sanıktan alınmak üzere kovuşturma giderlerinden karşılanır. Eşyanın satılması halinde, satış bedeli, bu Yönetmeliğin tedavül eden paralar hakkındaki 12 nci maddesi hükümleri doğrultusunda emanet memurluğunca saklanır.

⁸⁷⁹ Gedik, s. 79.

⁸⁸⁰ Bal/Şahin/ Karabulut, s. 140.

⁸⁸¹ Tezcan, s. 119.

hükümlere göre tazmin işi uzatacağından dolayı özel olarak bu hakkın burada düzenlenmiş olması iyi niyetli bir çalışmadır.

4.10.3. Amaç Dışı Kullanılması,

Elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri elkonulduktan sonra elkonulma amaçları doğrultusunda muhafaza edilmelidir. Elkoymanın amacı suç delili olan veya suçtan elde edilen ya da bulundurulması suç oluşturan eşyanın muhafaza altına alınmasıdır. Suç delili yargılama sonucunda ya müsadere edilir ya da iade edilir. Elkonulan eşyanın amaç dışı kullanılması, eşyanın kullanım amacı dışında kullanılmasını değil, elkoyma amacının dışında kullanılmasını ifade etmektedir. Örneğin elkonulan arabanın kişisel amaçlarla kullanılması amaç dışı kullanmadır.⁸⁸² Örnekten de anlaşılacağı üzere bir arabanın amacı onun sürülmek suretiyle kullanılmasıdır. Oysa burada elkonulan arabanın muhafazasında amaç ise arabanın zarar görmeden elde tutulmasıdır. Elkonulan bir arabanın elkoyma amacı dışında kullanılması, polisin bu araçla olaylara gitmesi, adliyede elkonulan araçlarla keşiflere gidilmesi, kamu hizmetinde kullanılmış bile olsa amaç dışı kullanma olarak değerlendirilmelidir.

CMK'nın 248. Maddesinde kaçak sanığın duruşmalara gelmesini sağlamak amacıyla, Türkiyede bulunan mallarına, hak ve alacaklarına el koyma düzenlenmiştir. CMK 248. maddeye göre elkoyma ile normal elkoyma arasında elkoymanın amacı bakımından farklılıklar bulunmaktadır. 248. maddeye göre elkoymada amaç kaçak olan sanığın duruşmalara gelmesinin sağlanmasıdır. Böyle bir durumda amaç gerçekleştiğinde elkoyma kararının kaldırılması gerekir. Bu amaçla elkonulan bir eşyanın daha sonra örneğin yargılama giderinin karşılanması için elkoyma işlemine dönüştürülerek elkoymaya devam edilmesi de amaca aykırılık oluşturur. Ancak elkoyma amacı sonrası yeni bir amaç için elkoyma gerekiyorsa bu durumda yeniden elkoyma kararı alınarak elkoyma kararı devam ettirilebilir.

⁸⁸² Uğuz, İsmail, Ceza Muhakemesinde bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 118.

4.10.4. Zamanında Geri Verilmemesi

CMK'nın 131. maddesine göre elkonulmuş eşyanın soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine karar verilir. Ayrıca elkonulan eşya mağdura ait olup da delil olarak ihtiyaç bulunmaması halinde de sahibine iade edilir⁸⁸³.

1412 sayılı CMUK 103. maddede yer alan düzenlemenin yetersizliği nedeniyle 5271 sayılı Yasa tasarısının ilk halinde sadece mağdurdan alınan eşyanın değil, şüpheli, sanık, üçüncü kişilerden alınarak el konulmuş eşyanın iadesi de düzenlenmiş bulunmaktadır⁸⁸⁴. Böylece suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu dolayısıyla kuyumculardan alınan emsal altının, soruşturma için bir önemi kalmadığı hallerde de adliyenin eli altında bulundurulmaya devam edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanarak, mülkiyet hakkının ihlaline neden olunması önlenmek istenmiştir. Elkonulan şeylerin soruşturma veya kovuşturma yönünden muhafazasına gerek kalmadığı mercii tarafından anlaşılırsa re'sen veya istem üzerine iade edilecektir⁸⁸⁵.

Suç Eşyası Yönetmeliği elkonulan eşyaların iadesinin nasıl yapılacağını ayrıntılı olarak düzenlemiştir.⁸⁸⁶ Yönetmeliğin 18. maddesine göre emanet dairesine teslim alınan eşya hakkında bir yıl içerisinde herhangi bir karar verilmezse, emanet memuru durumu Cumhuriyet savcılığına bildirmek zorundadır. Elkonulan eşyanın elkonulmasını gerektiren durum ortadan kalktığında zaten re'sen iadesine karar

⁸⁸³ Öztürk/ Erdem, s. 598 vd.

⁸⁸⁴ Ünver/Hakeri, s. 407.

⁸⁸⁵ Bkz. CMK 2002 tasarısı 106. madde gerekçesi, www.tbmm.gov.tr

⁸⁸⁶ Yönetmeliğin "hükmün kesinleşmesinden önce iadesine veya elden çıkarılmasına karar verilen suç eşyasına ilişkin işlemler" başlıklı 14. maddesinde; Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından emanet eşyanın iadesine veya elden çıkarılmasına ilişkin verilen kararlar, dosyadaki emanet makbuzu ile birlikte en geç iki gün içerisinde Cumhuriyet başsavcılığına tevdi edilir. Cumhuriyet başsavcılığınca bu kararlar, suç eşyasının iadesi ya da elden çıkarılmasını temin amacıyla emanet memurluğuna gönderilir.

Suç eşyasının iadesine veya elden çıkarılmasına, teminat ya da rayiç değerinin ödenmesi karşılığında karar verilmiş ise, bunun mahallin en büyük mal memurluğuna yatırıldığına dair makbuz ya da belge evraka eklenir.

Emanet memuru, bu kararların tarih ve numaraları ile niteliklerini suç eşyası esas defterindeki özel sütunlarına işler ve kararları kartonlarında saklar.

Müsaderesine veya sahibine iadesine karar verilmiş suç eşyasına ilişkin işlemler başlıklı 15. maddede.....

verilecektir. Ancak gözden kaçmasını önlemek amacıyla bir yıl geçtiği halde verilmiş bir karar bulunmazsa mahkemeden bu hususun sorulması düzenlenmiştir.

Zamanında geri verilmemede ölçü, iade kararından sonraki Yönetmelikte belirtilen sürelerde geri vermeme değil, elkoyma koşulları açısından bütün olarak değerlendirilmelidir. Elkoyma koşulları ortadan kalkmış, örneğin bir bilgisayara elkonulmuş, gerekli kopyalar alınmışsa artık doğrudan müsadereye tabi değilse iadesi gerekir. Buna rağmen yargılama sonucu beklenirse bilgisayar ekonomik değerini yitireceği gibi bir koruma tedbiri olan elkoyma ile amaçlanan sonuç da ortadan kalkmıştır. Bu nedenle de tazminat gerekir.

Danıştay 10. Dairesi 28.3.1996 tarih, 1994/5713-1996/1712 sayılı kararında⁸⁸⁷; bir soruşturma nedeniyle adli emanete alınan paranın mahkemenin yazısı üzerine müdahale ödenmesi olayında, idarenin emanet memurluğunca yerine getirilen işlemlerden dolayı hizmet kusurundan söz edilmesinin mümkün olmadığı, uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmin edilemeyeceğini belirtmiştir.

İade edilmesinde yarar bulunmayan kişisel veri nitelikli bilgilerin imha edilmesi gerektiğinden, imha geri verme olarak kabul edilmelidir. Kişinin vücudundan örnek alınması halinde yapılan inceleme sonuçları CMK 80. maddeye göre kişisel veridir. Kişisel veriler özel yaşamın ayrılmaz parçası olduğundan AİHS 8. maddedeki güvence kapsamında değerlendirilmelidir. Van der Velden/Hollanda⁸⁸⁸ kararında AİHM belli suçlarda kişilere ait DNA profilinin muhafazasını uygun bulmuştur.

Bilgisayarlara elkoymada CMK 134. maddede belirtilen iade koşulları oluştuğunda geri vermede uygulamada konusu suç teşkil eden bilgisayar verilerinin de geri verilip verilmeyeceği tartışma konusudur. Örneğin başkalarına ait banka ve kredi kartı verilerini ele geçiren kişilerin bilgisayarının kopyası alınıp geri verilmesi aynı suçu işlemeye devam etmeleri anlamına gelecektir. Bu gibi durumlarda; bulundurulması doğrudan suç oluşturan, örneğin başkasına ait kişisel veriler gibi, veya yargılama sonucunda zoralıma konu olacak olan, suçta kullanılan, örneğin

⁸⁸⁷ Bal/ Şahin/ Karabulut, s. 142.

⁸⁸⁸ Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, s. 90.

başkalarının verilerini ele geçirmeyi sağlayan casus yazılımlar gibi verilerin geri verilmesi söz konusu olmamalıdır.

Elkoyma nedenine dayanan tazminat davalarının da görülebilmesi için ilgili yargılamanın kesin hükümle sonuçlanmasını beklemek kural olarak gerekmemektedir. Ancak elkoymanın haksızlığı yargılama sonucunda anlaşılacağından bu sebebe dayalı tazminat talepleri hükmün kesinleşmesinden sonra ele alınmalıdır.

4.10.5. Özel Elkoyma Halleri

Özel el koyma halleri olarak da adlandırabileceğimiz Yasada sayılan bazı elkoyma hallerinde de tazminata hükmedilebilmektedir.

5. TAZMİNAT HAKKININ İLGİLİSİNE BİLDİRİLMESİ

466 sayılı Yasada bulunmayan bildirim yükümlülüğü CMK 141. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen kişiler ile mahkum olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezaya çarptırılanlara tazminat haklarının olduğu bildirilecek ve bu husus, karara da yazılacaktır.⁸⁸⁹

Hakkında koruma tedbiri uygulanan kişinin tazminat isteme hakkının olduğunu bilmesi gerekir. Kanunda bu bildirim sadece iki durumla sınırlı tutulması bir eksiklik.⁸⁹⁰ Benzer düzenleme Alman Hukuku'nda da bulunmaktadır. Bu hüküm Anayasanın 40. maddesindeki “Devlet işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır” hükmünün bir sonucudur.⁸⁹¹

⁸⁸⁹ Düzgün/ Elmacı, s. 114.

⁸⁹⁰ Kunter/Yenisey/ Nuhoglu, s. 1076.

⁸⁹¹ Hakeri, Hakan, Türk ve Alman Hukuku'nda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C: II, Ankara 2008, s. 876.

CMK 232. maddesinin altıncı fıkrasına göre; “hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir”.

Uygulamada da Yargıtay, başvurulacak kanun yollarının kararlarda belirtilmemesini gerekçenin yetersizliği olarak kabul etmekte ve bu durumu mutlak bozma sebebi saymakta ve bu durum kararın kesinleşmesine engel oluşturmaktadır⁸⁹². Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 5271 sayılı Yasanın 34/2, 231/1 ve 231/6 maddeleri uyarınca kararlarda “başvurulabilecek kanun yolunun, süresinin, merciinin ve şeklinin belirtilmesi” gerektiğini, hüküm fıkrasında da “verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir” şeklinde emredici düzenlemeler bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca “hak sahibi olanlar bakımından hüküm ve kararlarda yasa yolu bildiriminin; yasa yolu, mercii, şekli ve süresini de kapsayacak şekilde açıkça anlaşılabilir ve her türlü yanıltıcı ifadeden uzak olması gerektiği hiçbir kuşkuya yer bırakılmaksızın ortaya çıkmaktadır” diyerek bu hususu ifade etmektedir⁸⁹³.

6. TAZMİNATA KONU ZARAR VE NİTELİĞİ

Zarar; kötü bir hale maruz kalma, nefse, mala, fazlu şerefe arız olan noksandır. Esas itibariyle zarar mamelekte husule gelen bir eksilmedir. Fakat bu eksilme mamelek sahibinin iradesi hilafına veya hiç olmazsa rızası bulunmaksızın husule gelmiş olmadıkça zarar sayılmaz⁸⁹⁴.

Anayasanın 19. maddesinin son fıkrası kişilerin uğradıkları zararın devletçe ödeneceğinden söz etmektedir. 40. maddesinin son fıkrasında da zarar ifadesi geçmektedir. Her iki maddede de zararın ne olduğu konusuna değinmeden sadece uğranılan zarardan söz edilmektedir. Bu durumda hem maddi zararların hem manevi

⁸⁹² Öztürk/Erdem, s. 740.

⁸⁹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 05.07.2011 tarih, 2011/2-148 Esas, 2011/155 Karar sayılı kararı.

⁸⁹⁴ Türk Hukuk Lügatı, s. 368.

zararların tazminat kapsamında olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Çünkü 19. maddenin son fıkrasında tazminat hukukunun genel prensiplerine yollama yapmaktadır. Tazminat hukukunun genel prensiplerinde ise kişilerin uğradıkları maddi ve manevi zararların tazmini gerekmektedir.

AİHS 5. maddesinin son fıkrasında da bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutuklamanın mağduru herkesin tazminat isteme hakkının olduğu belirtilmektedir⁸⁹⁵. 41. maddede ise eğer bir ihlal var ve ilgili ülke iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, AİHM, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette zarar gören tarafın tatminine hükmeder. Maddede tazmin yerine hakkaniyete uygun tatmin veya adil karşılık ifadesinin kullanılmasının özel bir anlamı bulunmaktadır. Hakkaniyete uygun tatmin, Sözleşmede öngörülen hakların ihlalden doğan maddi veya manevi tazminat ya da eski hale iade ile davacının ödediği yargılama giderlerini içerir⁸⁹⁶. Hakkaniyete uygun tatmin, maddi tazminat, manevi tazminat, yargılama gideri ile eski hale iade unsurlarından oluşmaktadır.

CMK 141/son maddesi “kişiler maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler” demektedir.

Zarar, kişinin malvarlığında veya manevi varlığında ortaya çıkan eksilme olarak da tanımlanmaktadır.⁸⁹⁷ Zarar, maddi olabilir, manevi olabilir, maddi zarar somut olup kanıtlanması belli olgulara bağlıdır. Manevi zarar ve giderimi ise farklılık göstermektedir.

6.1. Maddi Zarar

Her türlü zarar deyimi öncelikle maddi zararı kapsamaktadır⁸⁹⁸. Maddi zarar, malvarlığında meydana gelen azalmadır. Zarara uğrayanın halen mevcut malvarlığı ile zarar verici olay gerçekleşmeseydi bu malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Malvarlığının azalması, malvarlığının aktiflerinin azalması,

⁸⁹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Clayton/Tomlinson, no. 10.260 vd.

⁸⁹⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 117; White/Ovey, s. 44-45; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 856-861.

⁸⁹⁷ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 3. Bası, Ankara 1985, s. 807.

⁸⁹⁸ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 154.

pasiflerinin çoğalmasa, malvarlığında bir değişiklik olmamakla birlikte, servetin artmasının engellenmesi yani kar kaybı da maddi zarardır⁸⁹⁹.

Kişinin işini devam ettirememesinden veya özgürlüğü kısıtlandığı için diğer bazı gider ve zararları söz konusu olabilir. Yine yargılanma dolayısıyla yargılama gideri ve avukatlık ücreti gibi masrafları da bulunabilir⁹⁰⁰.

Maddi zararın saptanmasındaki ölçüler objektif ölçülerdir. Malvarlığında meydana gelen eksilme veya kazanç kaybı maddi zararlar arasında olup, bu zararların saptanmasındaki ölçü, subjektif takdir yerine belirli ölçü ve belgelere dayalı olacaktır.⁹⁰¹

Maddi zarar kavramı içerisine nelerin girebileceği şu başlıklar altında ele alınabilir⁹⁰².

6.1.1. Parasal Kayıplar

Haksız yakalama veya tutuklama sebebiyle o süre için doğan kazanç kayıplarıdır. Bunun tespiti için kişinin hürriyetinin kısıtlanmadan önceki kazancının belirlenmesi önemlidir⁹⁰³.

aa) Kişinin hürriyetinin kısıtlanmasından önceki işine bakılır. Vergisi kaynakta kesilen Sosyal Güvenlik Kuruluşuna bağlı bir işte çalışıyorsa, o miktar belirlenip parasal kaybı ona göre belirlenir.

⁸⁹⁹ Andreas Von Tuhr, age, s. 77 vd.

⁹⁰⁰ Ünver/Hakeri, s. 482.

⁹⁰¹ Kavalalı/Ünver, s. 54.

⁹⁰² Tezcan, s. 115 vd.

⁹⁰³ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 24.6.2008 tarih, 6315/10632 sayılı kararında; davacının tutuklanmadan önce geçimini ne şekilde temin ettiği (herhangi bir işte çalışıp çalışmadığı, çalışıyor ise aldığı ücret, cezaevinde bulunduğu süre içinde herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan ücret almaya devam edip etmediği, serbest meslek ile uğraşıyor ise cezaevinde bulunduğu süre içinde işyerinin faaliyete devam edip etmediği gibi) hususu ayrıntılı bir şekilde araştırılıp, varsa buna ilişkin belgelerin denetime elverişli şekilde dosya içine getirtilerek tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle maddi tazminat miktarının tayini gerekir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 15.9.2009 tarih, 7479/10361 sayılı kararında; davacının tutuklu kaldığı dönemde görev yaptığı üniversiteden maaşının 2/3 ünü alıp almadığı, kalan 1/3 ünün de kendisine ödenip ödenmediği, maaşının dışında ders ücreti alıp almadığı ve tutuklu kaldığı günler itibari ile görevine devam etse idi ne kadar ders ücreti alması gerektiği hususlarının araştırılmasına müteakiben konunun uzmanı bir bilirkişiden maddi tazminat istemi konusunda ayrıntılı rapor alındıktan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karara varılması gerekirken...

Kişi serbest meslek çalışanı ise, ilgili meslek kuruluşundan durumu sorularak, vergi kayıtları incelenerek, sağlık durumu, çalıştığı işin niteliği, dini bayramlarda, Cuma günü, hafta sonu çalışma durumu araştırılıp sonucuna göre parasal kaybı belirlenir⁹⁰⁴.

bb) Kişi hem kendi işinde veya tarlasında çalışıyor hem de başka bir işte çalışıyorsa, iş bulamadığı günlerdeki çalışmasını kendi işi veya tarlasında sürdürebileceği düşünülerek tazminat miktarı hesaplanmalıdır⁹⁰⁵.

cc) Kişi işsiz ise, iş kaybı nedeniyle tazminat verilmemesi gerektiği yönünde görüşler bulunsa da⁹⁰⁶ haksız fiil sorumluluğunun hakkaniyet kuralıyla törpülenmesi sonucu, asgari ücret üzerinden bir tazminata hükmedilmesi doğru olacaktır.⁹⁰⁷ Yargıtay uygulamalarına bakıldığında işsiz olanlara ve belirli bir geliri olmayan ev hanımı gibi kişilere asgari ücret üzerinden tazminat verilmesi benimsenirken, öğrenci olan ve hiçbir geliri olmayanlara maddi tazminat verilemeyeceği belirtilmektedir.⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 20.12.1988 tarih, 4399/4556 sayılı kararında; haksız yere yakalanan ve tutuklanan kimsenin tarım işçisi olması halinde, tarım işçileri asgari ücret komisyonu kararı dikkate alınır; Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 19.6.1994 tarih, 2696/2233 sayılı kararında; sıvacı ustası olduğu kabul edilen davacının vergi kayıtları araştırılıp varsa vergi bildirimindeki miktara göre, yoksa asgari ücret üzerinden maddi tazminat belirlenmelidir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 28.6.1994 tarih, 2670/2203 sayılı kararında; tutuklu kalınan günlerde dini ve milli bayram günleri de bulunduğundan bu günlerde çalışmanın mutad olup olmadığı, yine mevsim gereği çalışmayacağı günler varsa ona göre araştırma yapılmalıdır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 18.12.1974 tarih, 4752/4867 sayılı kararında; kişinin SSK'ya bağlı işçi olup olmadığı araştırılmalı, Kuruma bağlı ise tatil günlerinde çalışıp çalışmadığı belli olacağından tazminat buna göre belirlenmelidir.(Kararlar için bakınız: Köroğlu, Hasan, Haksız Tutuklama Tazminatı, 1996 Ankara, s. 28.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 3.10.2006 tarih, 3812/7171 sayılı kararında; çiftçilikle uğraşan davacının haksız olarak tutuklu kaldığı tarihteki asgari ücrete göre maddi tazminatın hesap ve takdir edilmesi gerekirken duruşmada dinlenen Ziraat Odasında görevli bilirkişi beyanına dayalı hüküm kurulması doğru değildir.

⁹⁰⁵ Yargıtay 10. Ceza Dairesi 13.5.2008 tarih, 3358/7795 sayılı kararında; emekli memur olan davacının başka bir kurumda geçici memur olarak çalıştığı belirtildiğine göre, davacının tutuklama tarihinde halen bu işyerinde çalışıp çalışmadığı, çalışıyor ise ne kadar ücret aldığı ve tutuklu kaldığı süre içinde ücretini almaya devam edip etmediği araştırılıp sonucuna göre maddi tazminat belirlenmelidir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 12.7.2006 tarih, 2005/2405-2006/6456 sayılı kararında; davacının fazla çalışma ücreti dışında, tutuklu kaldığı süreye ilişkin tüm maaşının ödendiğinin belirtildiği gözetilmeden, sebepsiz zenginleşmesine neden olacak biçimde, bilirkişi tarafından maaşı üzerinden yapılan hesaba dayanılarak tazminata hükmedilmesi doğru değildir.

⁹⁰⁶ Biçer, Y. Haksızca Tutuklananlara Devlet Güvencesi, Yargıtay Dergisi, c: 4, sayı:1-2, s.105

⁹⁰⁷ Tezcan, s. 117.

⁹⁰⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 26.12.2001 tarih, 13893/17507 sayılı kararında; herhangi bir işte çalışmayan şahısların maddi tazminatın hesabında asgari ücretin esas alınması sürdürülen uygulamaya uygun bulunması karşısında...

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 16.6.2009 tarih, 2008/2397-2009/7064 sayılı kararında; öğrenci olan ve çalıştığına dair belge de ibraz etmeyen davacıya haksız tutuklama nedeniyle maddi tazminata

dd) Zararın haksız yakalama ve tutuklama süresiyle sınırlı olması gerekir⁹⁰⁹. Kişinin hürriyeti kısıtlanmamış, hakkında herhangi bir koruma tedbiri uygulanmamış olması halinde sadece kendisine açılan dava nedeniyle duruşmalara gelip gitmesi nedeniyle uğradığı zararı bu kapsamda istemesi mümkün değildir. Bu durumda genel olarak yargılama gideri kapsamında bu kayıplarını isteyebileceği gibi, açacağı maddi veya manevi tazminat davasıyla da bu gibi zararlarını genel kurallara göre isteyebilir.

Şirket ortağı ve yönetim kurulu başkanının tutuklu kaldığı süre içerisinde şirket faaliyetlerine devam ettiğine göre bu sürede şirketin faaliyetleri ile kimin ilgilendiğinin, ilgilenen kişiye ücret ödenip ödenmediğinin saptanması gerekmektedir.⁹¹⁰

Kuşkusuz zararın istenebilmesinin bir diğer koşulu da zarara uğrayan kaybın hukuka uygun bir gelire ilişkin olması gerekir. Zarar verici fiilden önceki ve sonraki durumda bir kardan yoksunluk ya da malvarlığında azalma meydana gelmiş ise haksız fiil olmasaydı olacak olan artışın hukuka uygun olması gerekir⁹¹¹. Örneğin tefecilik yapan birisi tutuklu kaldığı süreler için bu yolla elde edeceği gelirlerinden mahrum kaldığını gerekçe göstererek tazminat talebinde bulunamaz.

hükmedilemeyeceği, ancak maddi zarar olarak gösterilen ve beraat ettiği ceza davasında, davacı ile vekili arasındaki sözleşmeye dayalı ücret değil, beraat kararının verildiği tarihte geçerli olan avukatlık asgari ücret tarifesindeki maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği gözetilmelidir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 19.1.2010 tarih, 2008/12019-2010/448 sayılı kararında; ev hanımı olup herhangi bir işte ücret karşılığı çalışmayan davacının, vasıfsız bir işçi gibi değerlendirilerek tutuklulukta ve gözaltında kaldığı dönemde geçerli olan net asgari ücret üzerinden hesaplanacak bir miktarın maddi tazminat olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir. (Kararlar için bakınız, Düzgün, Elmacı, age, s. 178 vd.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 20.6.2006 tarih, 2005/2242-2006/5481 sayılı karardan; tutuklandığı tarihte öğrenci olan ve herhangi bir iş ve meslek sahibi olmadığı kabul edilen davacıya maddi tazminata hükümlenemeyeceğinin gözetilmemesi...

⁹⁰⁹ Yargıtay 10. Ceza Dairesi 15.7.2008 tarih, 6204/12343 sayılı kararında; davacının anılan suç nedeni ile tutuklulukta geçirdiği sürenin tamamı dikkate alınarak davacı lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.

⁹¹⁰ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 30.10.2007 tarih, 10581/12803 sayılı kararında; davacının geliri vergisi mükellefi olan şirketin %50 hissesine sahip ortağı ve yönetim kurulu başkanı olduğu, anılan şirketin davacının tutuklu kaldığı günlerde de faaliyetine devam ettiğinin anlaşılması karşısında, davacının tutuklu bulunduğu süre içinde söz konusu şirketin faaliyetleri ile kimin ilgilendiği, ilgilenen kişiye herhangi bir ücret ödenip ödenmediği, ödenmiş ise miktarı araştırılarak, sonucuna göre maddi tazminat miktarının hesaplanması gerektiğinin gözetilmemesi...

⁹¹¹ Gökcan, s. 44.

6.1.2. Tedavi Masrafları

Kişinin tedavi gideri ile hakkında uygulanan koruma tedbiri arasında uygun illiyet bağının kurulması halinde ve belgelenmek kaydıyla bu giderler de istenebilir⁹¹².

Kişilerin tutuklu kaldığı süre içerisinde zarara uğraması halinde de bu zararlar istenebilir. Danıştay da verdiği birçok kararda tutuklanan kişilerin cezaevinde buldukları sırada can güvenliğini korumakla yükümlü Adalet Bakanlığı tarafından gerekli önlemler alınmadığı için hizmet kusuru ilkesi gereğince bedensel zarara uğramaları halinde, zararlarının karşılanması gerektiğine hükmetmiştir⁹¹³.

6.1.3. Avukatlık Ücreti

Avukatlık ücreti de maddi zarar kapsamında istenebilir. Avukatlık ücretinin uygulanan koruma tedbirine ilişkin olması gerekmektedir. İki türlü vekalet ücreti bulunmaktadır. Birincisi tazminat davasına esas olan ilk dava nedeniyle vekalet ücreti, ikincisi ise tazminat davası nedeniyle ödenecek vekalet ücretidir.

Koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davasında vekalet ücretine hükmedilmesi tazminat hukukunun doğal sonucudur⁹¹⁴. 466 sayılı Yasadan kaynaklanan tazminat davalarında vekalet ücretine hükmedilmesi konusunda bir tereddüt olmamıştır. Ancak belirlenecek ücret konusunda hangi tarifenin uygulanacağına ilişkin farklı içtihatlar ortaya çıkmıştır. Bu içtihat farklılığını gidermek amacıyla Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 22.1.1973 tarih, 7/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında⁹¹⁵; 466 sayılı Kanuna göre ceza mahkemesine başvurularak tazminat istenmesi halinde, davacı yararına nisbi vekalet ücretine hükmedilemez. Avukatlık ücret tarifesinin dava ve takip dışındaki hukuki

⁹¹² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 23.10.2008 tarih, 2920/12633 sayılı kararında; davacı murisin kaza tarihi ile ölüm arasındaki süre için geçici iş göremezlik tazminatı ve tedavi giderine hükmedilmesi gerekir.

⁹¹³ Karar için bakınız; Bal/Şahin/ Karabulut, s. 132 vd; 10. Daire, 13.3.2002 tarih, 2000/1150-2002/696 sayılı kararı. Aynı yönde 18.6.2001 tarih, 1999/5387-2001/2413 sayılı karar. 23.11.1998 tarih, 1577/6024 sayılı kararında da; şüpheli şahısları yakalamak isteyen polis memurunun silahından çıkan kurşun ile yaralanması sonucu uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir (Bal/ Şahin/ Karabulut, s. 70 vd).

⁹¹⁴ Düzgün/Elmacı, s. 143.

⁹¹⁵ Kavalalı/ Ünver, s. 60 vd.

yardımlarla ilgili bölümünün dava dilekçesi yazılması sebebiyle tespit edilen ücretin, vekalet ücreti olarak takdiri gerekir” diyerek farklı içtihatları birleştirmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.9.2005 tarih, 1-88/98 sayılı kararında⁹¹⁶; “466 sayılı Yasadan kaynaklanan tazminat istemini kabul suretiyle hükme bağlayan mahkemelerin, davacı lehine hükmedecekleri avukatlık ücretini, Avukatlık Yasasının 168. maddesi gereğince hazırlanıp Adalet Bakanlığınca onaylanarak ilan olunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre saptamaları gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır” demiştir.

Sonraki yıllarda hazırlanan tarifelerde ise, haksız tutuklama tazminatlarına ilişkin başvurularda ödenecek avukatlık ücretinin somut olarak gösterilmesi yoluna gidilmiş ve bu ücret dilekçe yazma ücreti ile eşdeğer biçimde saptanmıştır.

Ancak 1136 sayılı Avukatlık Yasasının Avukatlık Ücret Tarifesinin Hazırlanması başlığını taşıyan 168. maddesi önce 2329 sayılı Yasa, daha sonra 4661 sayılı Yasa ile tümüyle değiştirilerek, tarifenin hazırlanma süresi, yöntemi, onay süreci ve ücretin takdirinde esas alınacak tarifenin belirlenmesine ilişkin yeni kurallar getirilmiştir. Bu yeni yasal düzenleme doğrultusunda Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanıp, Adalet Bakanlığınca onaylanarak kesinleşen ve 4 Aralık 2003 tarih ve 25306 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğü giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 13. maddesinin 4. fıkrasında; “466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanuna göre tazminat için Ağır Ceza Mahkemelerine yapılan başvurularda, Tarifenin üçüncü kısmı gereğince avukatlık ücretine hükmedilir. Şu kadar ki, hükmedilecek bu ücret ikinci kısmın ikinci bölümünün onuncu sıra numarasındaki ücretten az olamaz” denilmektedir.

Buna göre, haksız tutuklama tazminatı istemi nedeniyle ağır ceza mahkemelerine yapılacak başvurularda tayin olunacak avukatlık ücreti, yargı yerlerinde yapılan ve konusu para ile değerlendirilebilen hukuki yardımlara ilişkin nisbi miktarlara göre belirlenecek, ancak bu miktar ağır ceza mahkemelerinde takip

⁹¹⁶ Yargıtay Kararları Dergisi, C:31, Sayı: 11, s. 1804 vd.

edilen davalar için tarifenin ilgili kısmında gösterilmiş bulunan maktu avukatlık ücretinden az olamayacaktır.

Haksız tutuklamadan doğan tazminat istemlerinin kısmen kabul, kısmen reddi halinde, kendisini vekille temsil ettiren Hazine lehine, reddedilen kısım üzerinden dilekçe yazım ücretine hükmedilmesi gerekip gerekmediği konusunda da Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.03.2007 tarih, 8-2/63 sayılı kararında⁹¹⁷; "...gerek maddi gerek manevi tazminat miktarlarının istem tarihinde davacı tarafından tam olarak bilinmesine olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, haksız tutuklamadan kaynaklanan tazminat davalarında, davalı lehine avukatlık ücreti ödenebilmesi ancak ve sadece davanın tamamen reddi halinde mümkündür" denmektedir.

Yargıtay'da yapılan duruşmaya katılma (murafaa) ücretlerinin de maddi zarar kapsamında olması gerektiği düşünülmelidir.⁹¹⁸ Uygulamada avukatlık ücretlerinin yüksek olması nedeniyle çok küçük miktarlarda tazminat davaları açılmaktadır. Bu nedenle bu konuda belli miktarın altındaki davalar için sınırlama getirilmelidir.

6.1.4. İlliyet Bağı

Oluşan maddi zararın, tazminata konu olabilmesi için doğrudan uygulanan koruma tedbiri ile ilgili olması gerekir. CMK 141. maddede sayılan koruma tedbirleri dışındaki bir koruma tedbiri nedeniyle uğranılan zarardan dolayı bu madde kapsamında tazminat istenemez. Örneğin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi nedeniyle zarara uğrayan kişi bu zararını genel hükümlere göre istemek zorundadır. Uygulanan koruma tedbiri ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Eğer uygulanan tedbir zarara neden olmuş ise ilgilinin tazminat hakkı bulunmaktadır. Örneğin tutukluluk durumunda zarara uğrayanların tazminini isteyebilecekleri dönem tutuklu kalınan dönemdir. Tazmin edilecek zararlar da bu süreler ile sınırlıdır. Zira kanun sadece belirli durumlardan

⁹¹⁷ Tosun, Kerim / Akkaya, Çetin, Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, 2. Bası, Ankara 2009, s. 254 vd.

⁹¹⁸ Surlu, s. 623.

doğan zararların ödeneceğini hükme bağlamıştır. Ayrıca uygulanan koruma tedbiri ile meydana gelen zarar arasında uygun bir bağlantı olmalıdır.⁹¹⁹

6.1.5. Faiz

Koruma tedbirinin uygulandığı andan itibaren yasal faiz de maddi zarar kapsamında istenebilecektir.

Zarar kavramının içine, Anayasa'nın 19. maddesindeki tazminat hukukunun genel prensipleri ibaresi dikkate alınarak, haksız fiil niteliğindeki bu zararlar nedeniyle faize de hükmedilmesi gerektiği yönünde uygulama gelişmiştir⁹²⁰.

466 sayılı Yasa uygulaması sırasında başlangıçta faize hükmedilmemekteydi⁹²¹. Bu yöndeki uygulamalar haklı olarak eleştirilmiş, alacakların enflasyon karşısında bir anlamı kalmayacağı ve tazminat hukukuna göre faize hükmedilmemesinin hiçbir haklı gerekçesinin olmayacağı görüşü ileri sürülmüştür.⁹²²

Anayasanın 19. maddesinin son fıkrasında 03.10.2001 tarihinde 4709 sayılı Yasayla yapılan değişiklik ile “kişilerin uğradıkları zararın, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devletçe ödeneceği” yönünde düzenleme yapıldığından 466 sayılı Yasaya göre verilen tazminatlarda da faize hükmedilmesine karar verilmeye başlanmıştır.⁹²³ Çünkü sorumluluk hukukuna göre faiz zarar kapsamında ve zararın ayrılmaz parçasıdır.

⁹¹⁹ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 158.

⁹²⁰ Ünver, Hakeri, s. 482 vd.

⁹²¹ Hakeri, Haksız Yakalanan Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 165.

⁹²² Tezcan, s. 119.

⁹²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.9.2005 tarih, 1-88/98 sayılı kararında; Ayrıntıları Ceza Genel Kurulu'nun 13.11.2004 gün ve 177/203 sayılı kararında açıklandığı üzere; 17.10.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğü 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. maddesinin son fıkrasında değişiklik yapılarak, bi 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 içtihatlar 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

Faizin başlangıç tarihi konusunda ise Yargıtay; “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. maddesinin son fıkrasında 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 öğretisi ve yargısal içtihatlarında da, sorumluluk hukukunda faizin zarar kapsamına dâhil olduğunun, zararın ayrılmaz ögesini oluşturduğunun ve istem halinde zararı doğuran fiil ya da işlem gününden başlayarak faizin hükme bağlanmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmesi karşısında, davacının talebi doğrultusunda zararı doğuran fiil olan gözaltına alınma tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerektiğini” ifade ederek faizin özgürlüğün kısıtlandığı tarihten itibaren hesaplanması gerektiğine karar vermiştir⁹²⁴.

Faizin tutuklama tarihinden itibaren başlatılması halinde bazı sorunlar da ortaya çıkabilecektir. Tutukluluğu yıllarca süren bir kişinin tutukluluk süresi için tazminat bu sürenin başına göre hesaplanmaktadır. Bu durumda da tutukluluğun ortalamasına göre yapılan hesaplama ilk gününden itibaren faiz yürütülmesi söz konusu olacaktır. Burada tutukluluğun uzun sürmesi halinde sürenin ortasından itibaren faiz başlatılması hakkaniyet açısından daha uygun çözüm olabilir.

6.2. Manevi Zarar

Bir kişinin kişilik haklarında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Kişiliği oluşturan hukuki değerlerin haksız saldırı sonucu objektif olarak eksilmesidir.⁹²⁵ Haksız tutuklanan kimsenin bu nedenle duyduğu acı ve üzüntünün karşılığı manevi zarar olarak tanımlanabilir⁹²⁶.

bulduğunun kabul edilmesi karşısında, haksız tutuklama ve yakalama tazminatına, istem halinde yasal faiz yürütülmesi gerekir...”

⁹²⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.11.2004 tarih, 177-203 sayılı kararı; Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 03.06.2008 tarih, 4446/9062 sayılı kararı.

⁹²⁵ Eren, Fikret, s. 49.

⁹²⁶ Köroğlu, s. 31.

1887 tarihli Zanardelli raporuna göre manevi tazminatın amacı; doğrudan doğruya bir zararın ödenmesi değildir. Zarar görenin veya yakınının uğradığı zarar nedeniyle maruz kaldığı hakaretin, duyduğu üzüntünün, ruhi acının tatminidir. Bu hususta zararın giderilmesinden maksat bir zararın tazmini değildir. Tazminat kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin manevi tatmini için toplumun elindeki tek araçtır.⁹²⁷

Kişilik değerlerinin neler olduğunu uygulama belirlemektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 8.12.1977 tarih, 1242-11730 sayılı kararında⁹²⁸; yalın bir ifade ile şeref ve haysiyet, dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Herkesin içinde yaşadığı toplumda ve çevresinde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığı vardır. Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vaki davranışlar manevi değerleri nasıl zedelerse, bir olayın aktarılması ya da bir olay veya kişinin eleştirilmesi de çoğu kez onur ve saygınlığa müdahale niteliğinde olabilir. Ancak hiç kuşku yok ki bu müdahalenin haksız olması yani hukuka aykırı olması gerekir.

Manevi zarar, kişinin malvarlığı dışındaki değerlerine yapılan haksız saldırı sonucu meydana gelen eksilmedir. Bu eksilmenin parayla ölçülme olanağı bulunmadığından kişinin bozulan ruh dengesini sağlamak, çekilen acıları dindirmek amacıyla zarar verenin malvarlığından bir akça tutarı alınıp zarara uğrayana ödenmekle acıları dindirmek, ruhsal dengeyi sağlamak amaçlanmaktadır⁹²⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.2.1991 tarih, 4/615-62 sayılı kararında⁹³⁰; “manevi tazminatın takdirinde amaç, kişisel değerleri saldırıya uğrayan kimsede bir huzur duygusu doğurmak ve onun ruhi ıstırabının dindirilmesini sağlamaktır” diyerek bu görüşü benimsemiştir.

6.2.1. Beden ve Ruh Tamlığının İhlali Sonucu Manevi Tazminat

Borçlar Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre; “hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar

⁹²⁷ Kıyak, Fahrettin, Ceza Mahkemesinde Manevi Tazminat Sorunu, Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 498.

⁹²⁸ İnal, Nihat, s. 121 vd.

⁹²⁹ Karahasan, Mustafa Reşit, s. 62.

⁹³⁰ İnal, Nihat, s. 351 vd.

görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir”. 818 sayılı Yasanın 47. Maddesindeki⁹³¹ “adalete muvafık tazminat” ibaresi yerine uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesi” ibaresi getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise 818 sayılı Yasada yer verilmeyen hakimın sadece ölüm halinde değil, ağır bedensel zararlarda da zarar görenin yakınlarına manevi tazminata karar verebileceği, ayrıca 818 sayılı Yasada ölenin ailesi yararına tazminata karar verilebileceği öngörüldüğü halde, yeni Yasada ölenin yakınları yararına olmak üzere manevi tazminata karar verilebileceği belirtilerek hükmün kapsamı genişletilmiştir.⁹³²

Zarara uğrayanların yakınlarının tazminat isteyebilmeleri için olay nedeniyle acı ve üzüntü çekmiş olmaları gerekmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 9.11.1981 tarih, 10769-12078 sayılı kararında⁹³³; “*haksız fiilin işlenmesi ile bunun doğuracağı manevi üzüntü de gerçekleşmiş olur. Haksız eyleme maruz kalanların yakınlarının manevi tazminat isteyebilmeleri için onların da olay nedeniyle büyük bir üzüntü geçirdiklerini ve bu yüzden hastalanıp ruhi bir depresyona maruz kaldıklarını ispat etmeleri gerekir*” diyerek çekilen üzüntünün somut olarak hastalanma ve depresyon gibi belirtilerle kendisini göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Bir başka kararında ise yakınlarının uğradığı ağır yaralanma olgusunun kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir⁹³⁴.

Beden bütünlüğüne yönelik her zarar manevi tazminatı gerektirmez. Manevi tazminata hükmedilebilmesi için zararın konusu olan ihlalin önemli olması gerekir. Danıştay 10. Dairesi 18.6.2001 tarih, 1999/5387-2001/2413 sayılı kararında⁹³⁵; cezaevinde tutuklu bulunduğu sırada bir başka tutuklunun ateş etmesi üzerine

⁹³¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 47 “hâkim hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölenin ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir”.

⁹³² Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanunu’na, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2011, s. 146.

⁹³³ İnal, Nihat, s. 173.

⁹³⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 31.3.2010 tarih, 2009/7006-2010/3708 sayılı kararında da; kişilik hakları kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklardır. Sosyal ve duygusal kişilik değerleri kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Kişinin kendisi değil de yakınlarının ağır yaralanması gibi ağır bir olayın zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması durumunda sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğünün kabulü gerekir.

⁹³⁵ Bal/ Şahin/ Karabulut, s. 133.

yaralanması sonucu uğradığını ileri sürdüğü manevi zararın tazmininin gerektiğini belirtmiştir.

Vücut bütünlüğüne yapılan saldırı sonucu kişinin iş ve çalışma gücünde bir eksilme bulunmasa dahi bazı durumlarda tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Uğranılan zarar ağır ise bedeni zarara uğrayanın yakınlarına tazminata hükmedilir⁹³⁶. Öte yandan eğer uğranılan manevi üzüntü ağır değilse yakınlarla manevi tazminat gerekmemektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.6.1973 tarih, 2243-523 sayılı kararında⁹³⁷; “manevi tazminat hakkı Borçlar Kanununun 47. maddesine göre cismani zarara uğrayan kimseye yahut adam ölmüşse ölünün ailesine aittir. O halde manevi tazminat istemek ancak kişilik hakları saldırıya uğramış kişiler için geçerli olup yakınları bu hakka sahip değildir” diyerek bu hususa işaret etmiştir.

6.2.2. Kişilik Haklarının İhlali Sonucu Manevi Tazminat

Anayasanın 17. maddesine göre herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58. Maddesine göre de “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.” 818 sayılı Yasanın 49'uncu maddesinde yer alan ve herkesin kanun önünde eşitliği ilkesine aykırı algısı oluşturan “*manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını*” dikkate alır ibaresi yeni Yasada yer almamaktadır⁹³⁸.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 23. maddesine göre kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.

⁹³⁶ “...sağlık kurulu raporuna göre meydana gelen sakatlığın işgücü kaybına neden olmadığı anlaşılmış ise de; davacıların çocuğunun bir organında sakatlık olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla parmakdaki bu sakatlık nedeniyle bir üzüntü ve acı duyulduğunun kabulü gerektiğinden meydana gelen sakatlığın manevi tazminat isteminde değerlendirilmesi gerekmektedir.” Danıştay 10. Dairesi 19.2.1998 tarih, 1996/4061-1998/742 sayılı kararı, Bal/ Şahin/Karabulut, s. 117 vd.

⁹³⁷ İnal, Nihat, s. 82.

⁹³⁸ Borçlar Kanunu'ndan Türk Borçlar Kanunu'na, s. 148

24. maddeye göre; hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

25. maddeye göre ise kişilik hakları saldırıya uğrayan kimse hâkimden saldırının durdurulmasını isteyebilir. Saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı düzeltmenin veya kararın üçüncü kişiye bildirilmesini veya yayımlanmasını isteyebilir. Davacının ayrıca maddi ve manevi tazminat hakkı saklıdır.

Kişi hukuki koruma sağlanan değerlerden (onur, saygınlık, özgürlük) oluşan bir varlıktır. Hukuk düzeni kişinin insan varlığında temellenen kişisel değerlerini de (vücut, hayat, sağlık, ruhsal bütünlük) toplum içindeki yerine ve etkinliğine ilişkin dış değerleri de (ad, onur, saygınlık, sır alanı, özel yaşam, vb) sayar ve korur. Kişinin hukukten korunan değerlerinden içe dönük olanına iç kişisel değerler dış dünyaya dönük olanına ise dış kişisel değerler denir.⁹³⁹ İç kişisel değerler vücut bütünlüğü ve ruh bütünlüğüdür. Dış kişisel değerler ise; kişinin toplumsal yaşayıştan türeyen değerleridir. Bunlar kişinin adı, unvanı, onuru, şerefi, özel yaşamı, gizlilik alanı, konuşması, yazısı, mektup ve anıları üzerindeki hakları, meslek, sanat ve ticari sırları ve kişinin resmi üzerindeki hakları olarak sayılabilir⁹⁴⁰.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 19.2.1979 tarih, 6441-3677 sayılı kararına göre kişisel haklar⁹⁴¹; *“kişinin kendi hür, bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlar. Bu hak insanın doğumu ile kazanılır, kişiliğe bağlı olan bir haktır. Hayat, beden, ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce, ekonomik çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet, itibar, ün, sır ve resim hep kişisel varlıklardır”* diye tanımlanmıştır.

22-23 Mayıs 1967 tarihinde Stockholm'de toplanan “Özel Hayata Saygı Konusunda Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi'nde” özel hayata saygı hakkının

⁹³⁹ Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982, s. 97 vd.

⁹⁴⁰ Kişinin korunan hukuki değerleri için bkz. Aycı, Emrullah, Haberleşme Özgürlüğü Bakımından PTT'nin Özelleştirilmesi, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, s. 35 vd.

⁹⁴¹ İnal, Nihat, s. 131 vd.

temel insan hakkı olarak tanınması gerektiği belirtilmiştir. Özel hayata saygı hakkı bir insanın en ufak harici müdahale olmaksızın kendi hayatını dilediği gibi sürdürmekte serbest olmasıdır. Bu hak;

- a) Özel ve aile hayatına, konutuna müdahalelere,
- b) Beden ve akıl tamlığına, ahlak ve fikir hürriyetine,
- c) Şeref ve itibarına karşı her türlü saldırılara,
- d) Söz ve eylemlerinin zararlı yorumlarına,
- e) Özel hayatını rahatsız edici, gereksiz olaylara ilişkin haber yapılmasına,
- f) İsminden, kimliğinden resminden faydalanılmasına,
- g) Her türlü, tecessüs, gözetleme, baskı altında tutma hareketlerine,
- h) Haberleşmesine el konulmasına,
- i) Yazılı veya sözlü özel haberleşmesinden kötü niyetle faydalanılmasına,
- j) Mesleki sırlarının yayılmasına,

Karşı kişinin korunması demektir.

Bu tanımlama aşağıdaki durumları kapsar;⁹⁴²

- a) Kişinin üstünü aramak,
- b) Konut dokunulmazlığını ihlal,
- c) Tıbbi muayeneler,
- d) Kişi hakkında, üzücü, yalan, gereksiz beyanlar,
- e) Haberleşmesine el konulması,

⁹⁴² Özel Hayata Saygı Hakkı Konusunda Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi, 22-23 Mayıs 1967, Stokholm, Çeviren; Faruk Erem.

- f) Haberleşmesinin dinlenilmesi,
- g) Elektronik cihazlarla özel yaşamının izlenmesi
- h) Resim veya görüntülerinin çekilmesi,
- i) Medya veya diğer istihbarat araçlarıyla taciz,
- j) Özel yaşamına ilişkin hususların ifşası,
- k) Sırlarının açığa çıkarılması,
- l) Kişinin her türlü tacizi

İnsan doğal koşullarla daha kolay başa çıkmak için toplum halinde yaşamayı kabul ettiğine göre, doğal yaşadığı zaman sahip olduğu hakların toplum halinde yaşamaya başladığı zaman da korunması gerekir⁹⁴³. Kişinin özel yaşamının gizliliğine önem verilmediği, her hareketinin izlendiği bir toplumda hukuk güvenliğinden bahsedilemez. Günümüzde teknolojinin ulaştığı düzey gözetildiğinde bu hakkın önemi daha da artmıştır. Kişi devletin ve diğer kişilerin özel yaşamına sızmalarına karşı korunmazsa kişiliğini geliştiremeyeceği için bu hakkın korunması hukuk devletinin görevidir.⁹⁴⁴

Kişisel haklar öyle bir bütündür ki insanın sosyal kişiliğini oluşturan bütün unsurları içine alır. Bu unsurlar, hayat, sağlık, namus, haysiyet, sır, aile yaşamının gizliliği gibi zamana ve mekâna göre nitelik ve kapsamı sürekli değişen kavramlardır. Toplumlar ve insanlar zamanla değiştikçe sosyal algılar da değişmeye mahkûmdur. İnsanın maddi ve manevi varlıklarını korumakla yükümlü olan hukuk, manevi zararlara karşı da manevi tazminat yaptırımını koymakla kişisel hakların korunmasını sağlamış olur⁹⁴⁵.

Nitekim Yargıtay da gizlice ses ve görüntülerin kaydedilmesinde kişinin şeref ve haysiyetine saldırı amacı güdülmemiş olsa bile kişinin hayatının gizli alanına

⁹⁴³ Çağl, Orhan Münir, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 380.

⁹⁴⁴ Göker, Erdoğan, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1974, s. 39.

⁹⁴⁵ Yüce, Turhan, Medeni Hukukumuzda Manevi Tazminat, Adalet Dergisi, Yıl: 1952, Sayı: 3, s.403.

müdahale edilerek kişilik haklarına saldırı gerçekleştirilmiş olduğundan manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴⁶

Danıştay da hazırlanan ve gizli kalması gereken müfettiş raporunun basına sızdırılmasını, bir başka olayda ise kamu görevlilerinin hukuka aykırı olarak kişilerin telefonlarını dinlemesini ağır hizmet kusuru saymış ve tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁴⁷.

Ancak mala verilen zarar kişilik haklarına tecavüz niteliğinde olmadığından manevi tazminat gerektirmemektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 25.6.1984 tarih, 54557-5970 sayılı kararında bu hususu şöyle açıklamıştır⁹⁴⁸; “Borçlar Kanunu 49 ve medeni kanun 24. maddesine göre şahsi menfaatten maksat kişinin kişilik haklarına doğrudan doğruya bağlı olan haklardır. Mala verilen zarar kişilik haklarına saldırı mahiyetinde değildir”.

7. TAZMİNAT İSTEME SÜRESİ VE YÖNTEMİ

7.1. Karar veya Hükümün Kesinleşmesi

Tazminat isteme süresi ilgili hakkındaki karar veya hükmün kesinleştiğinin kendisine tebliğinden itibaren üç aydır. Ancak bu süre hiçbir şekilde kesinleşme tarihinden itibaren bir yılı geçemez. Kararın kesinleşmesi, yasayoluna başvuru hakkı olan kişilere hükmün tebliği üzerine, başvuru süresinin geçirilmesi ile veya temyiz halinde temyiz isteğinin reddi veya hükmün onanması durumunda gerçekleşmektedir⁹⁴⁹. Bu nedenle beraat kararının sanığa tebliği üç aylık süreyi başlatmamaktadır. Ayrıca, hükmün kesinleştiğinin de tebliği halinde üç aylık sürenin

⁹⁴⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 26.10.2007 tarih, 2006/13723-2007/13089 sayılı kararı.

⁹⁴⁷ Danıştay 10. Dairesi 2.10.2001 tarih, 1999/1184-2001/3325 sayılı kararında; ...başbakanın bilgisine sunulan belgenin basına sızdırılmasında, yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetini kişi haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde gerekli önlemleri alarak düzenleyemeyen, hizmetin niteliği gereği olan gizliliği sağlayamayan idarenin olayda ağır hizmet kusuru bulunduğundan uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini gerekir. 6.12.200 tarih, 2926/6227 sayılı kararında; ...davacıya ait telefonun davalı idareye mensup bazı görevlilerce hukuk dışı yollardan dinlenmesini önleyecek tedbirleri almayan idare hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür. 6.12.2000 tarih, 3896/6228 sayılı kararında da; ...hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yasayla yetkili kılınan mercinin emri olmaksızın davacıya ait telefon konuşmalarının idare ajanları tarafından dinlenmesinde idarenin ağır hizmet kusuru ve tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır.(kararlar için bakınız, Bal/ Şahin/Karabulut, s. 144 vd)

⁹⁴⁸ İnal, Nihat, s. 220

⁹⁴⁹ CGK 15.10.1990 tarih, 1990/194-229 sayılı karar.

başladığı kabul edilir. Hükmün kesinleştiği hiç tebliğ edilmemişse, kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde tazminat davası açılması olanaklıdır⁹⁵⁰.

Kesinleşmemiş bir karara dayalı açılacak tazminat davası konusunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu tazminata esas kararın verilmesi yeterli olmayıp, bu kararın kesinleşmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Doğmamış bir hakkın dava yoluyla talebi hukuken mümkün değildir diyerek, tazminat hakkının doğması için karar veya hükmün kesinleşmesinin bir koşul olduğunu belirtmiştir⁹⁵¹.

Öteden beri Yargıtay uygulamalarında da karar veya hüküm kesinleşmeden dava açma süresinin başlamayacağı belirtilmiştir. Karar kesinleşmeden önce açılan tazminat davalarının önkoşulu gerçekleşmediği için reddi gerektiğini belirtmiştir⁹⁵². Yargıtay'ın bu uygulaması halen devam etmekte ve hükmün kesinleşmemiş olması ve kovuşturmanın devam ediyor olması tazminat davasının ön koşulu gerçekleşmediğinden bozma nedeni sayılmaktadır⁹⁵³. Bu uygulamadan da anlaşılacağı üzere, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası açabilmenin ön koşulu karar veya hükmün kesinleşmesidir. Henüz bir hüküm halini almamış bir mahkeme kararının değişmesi ihtimali bulunduğu için, tazminat istemine dayanak olması mümkün değildir.⁹⁵⁴ Bu uygulama 466 sayılı Yasa döneminden kalan bir

⁹⁵⁰ Gökcan, s. 470.

⁹⁵¹ Tezcan, s. 125.

⁹⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 7.7.1975 tarih, 1/182 sayılı kararında; “açılan tazminat davasından iki ay sonra kararın kesinleştiği anlaşılmıştır. 466 sayılı Kanunun 2. maddesinin kabul ettiği ön şart karşısında tazminat isteme hakkı doğmadığından isteğin reddine karar verilmesi gereği kanunun amir hükmü gereğidir. Buna rağmen talebi inceleyip maddi ve manevi tazminat takdir eden mahkeme kararı ise bu yasa kuralına aykırı olur” diyerek hükmün kesinleşmesini önkoşul kabul etmiştir (Karar için bakınız, Kavalalı/ Ünver, s. 97).

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 3.5.1994 tarih, 1607/1320 sayılı kararında; 9. Ceza Dairesi 24.12.1992 tarih, 11122/11279 sayılı kararında; 9. Ceza Dairesi 7.11.1989 tarih, 2735/4394 sayılı kararında; 1. Ceza Dairesi 30.6.1994 tarih, 2866/2257 sayılı kararında; tazminat isteyebilmek için sürenin hükmün kesinleşmesi ile başlayacağını belirtmiştir (Kararlar için bakınız, Köroğlu, s. 42 vd).

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 8.4.2008 tarih, 1641/5787 sayılı kararında; 8. Ceza Dairesi 5.7.2006 tarih, 2005/3640-2006/6147 sayılı kararında; beraat kararının kesinleşmiş örneğinin dosyada bulunmamasını bozma nedeni saymıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 6.5.1991 tarih, 9-137/147 sayılı kararında; henüz kesinleşmemiş bir karara dayanarak tazminat davası açılmayacağını belirtmiştir.(YKD Şubat 1992, s. 269 vd)

⁹⁵³ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 9.4.2009 tarih, 2008/6025-2009/1984 sayılı kararında; “...koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davasında, talebe dayanak işlemle ilgili kovuşturmanın devam etmesi ve henüz kesinleşmiş bir kararın bulunmaması nedenleriyle CMK'nın 142/1 maddesindeki tazminat isteme koşulları gerçekleşmediğinden talebin reddine karar verilmesinde yasaya aykırı bir yön olmadığı anlaşıldığından...” diyerek kesinleşmeyi ön koşul olarak kabul etmiştir.

⁹⁵⁴ Feyzioğlu, s. 135.

uygulama olup yeni Yasanın amacına uygun olarak uygulamanın değişmesi gerekmektedir.

Bir karar verilmesi ve dolayısıyla da tebliğinin söz konusu olmadığı durumlarda öğrenme tarihinden itibaren üç aylık değil bir yıllık süre uygulanmalıdır.⁹⁵⁵ Örneğin yakalanıp durumu yakınlarına bildirilmeyen kimse daha sonra hakkında işlem yapılmaksızın serbest bırakılırsa bir yıllık süreden yararlanmalıdır. Bir karar söz konusu olmayan durumlarda veya doğrudan bir işlem uygulanması halinde süre bu işlemten itibaren başlar.⁹⁵⁶

Maddede karar veya hükümlerin denildiğine göre yargılamayı sona erdiren hüküm ile yargılama devam ederken alınan kararların yasa yollarının tüketilmiş olması, dolayısıyla da kesinleşmiş olması gerekmektedir. Ayrıca Yasada tazminat nedenleri sayılırken “kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen” denilmiştir. Buradaki “yakalama” ibaresi eylemli bir durumu, yani yakalama eylemini ifade etmektedir. Sayılan diğer durumlar ise tutuklama ve tutukluluğun devamı uygulaması ancak bir karar ile mümkündür. Tutuklama ve tutukluluğun devamı ancak bir kararla uygulanabilecek koruma tedbiri olup, bu nedene dayanan tazminat davası açabilmek için bu kararlara karşı yapılacak yasa yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda hükmün kesinleşmesi gerekmemektedir. Örneğin yakalanıp ta yakınlarına haber verilmeyen kişilerin hükmün kesinleşmesini beklemelerine gerek bulunmamaktadır. Ancak bu durumda da eğer itiraz yolları varsa itiraz yollarının tüketilmesi gerektiği kanısındayız.

Uygulamada haksız yakalama veya tutuklama halinde ileride mahsup işlemi yapılabilme olasılığı nedeniyle de hükmün kesinleşmesi aranmaktadır. Bu uygulama da maddenin amacına uygun değildir. Çünkü maddede tutuklama veya tutukluluğun devamı kararlarından söz etmektedir.

⁹⁵⁵ Ünver/ Hakeri, s. 480.

⁹⁵⁶ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 126.

7.2 Başvuru Süresi

CMK 142. maddeye göre; karar veya hükümlerin kesinleşmesinin tebliğinden itibaren üç ay ve her halde bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. Karar veya hükümler, ilgilileri tarafından uygun olan yasa yollarına başvurulma süresinde başvurulmaması halinde kesinleşirler⁹⁵⁷. Eğer yasa yoluna ilgililerden birisi başvurmuşsa yasa yollarının tüketilmesi halinde kesinleşmiş olur.

Süre, karar veya hükmün ilgiliye tebliğ edilmesiyle başlayacaktır. Kanuna göre kesinleşmeyi takip eden bir yıllık süre dolduğunda her halde süre dolmuş kabul edilecektir⁹⁵⁸. Ancak uygulamada kesinleşmiş kararın tebliği sürenin başlangıcı için bir koşul olarak kabul edilmektedir.⁹⁵⁹ 142. maddenin gerekçesine göre tebliğ edilmemiş olsa bile bir yıllık süre işleyecektir. Gerekçede;⁹⁶⁰ "...kesinleşme, ilgisine veya varsa vekiline tebliğ edildiğinde, tebellüğden itibaren üç ay içinde dava açılabilir. 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..." denilerek bu konu açık olarak ifade edilmiştir. Yasa koyucunun amacı açık olarak kesinleşme tarihinden itibaren bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu yönündedir.⁹⁶¹

Yasada dava açma süresi üç ay olarak düzenlenmiş ise de sürenin başlangıcı ve tazminatı doğuran nedenler farklılık gösterdiğinden, süreler de kendi içinde farklı

⁹⁵⁷ Kanmaz, Fatih, s. 198.

⁹⁵⁸ Ünver/ Hakeri, s. 479.

⁹⁵⁹ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 22.4.2008 tarih, 2420/3571 sayılı kararında; "...CMK'nun 142/1 maddesinde öngörülen üç aylık dava açma süresi beraat kararının kesinleştiğinin ilgisine tebliği veya ilgilisi tarafından öğrenilmesi ile başlayacağından, dava dosyası içerisinde bulunan ceza dava dosyasından, sanık müdafinin yüzüne karşı verilen beraat kararının kesinleşme şerhini içeren şekliyle tebliğ edildiğine ya da sanığın veya müdafinin kesinleşen beraat kararından haberdar olduğuna dair herhangi bir belgeye rastlanmadığı anlaşılacakla, davanın süresinde açıldığının kabulü yerine..." diyerek sürenin tebligat ile başlayacağını belirtmiştir.

⁹⁶⁰ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 7.3.2003 tarihli Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu Tasarısı ile Gerekçesi, s.56.

⁹⁶¹ Yargıtay 10. Ceza Dairesi 8.7.2008 tarih, 7819/11738 sayılı kararında; CMK'nın 142. maddesinin 1. fıkrasının "karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceği" yönündeki hükmü dikkate alınarak yapılan incelemede, haksız tutuklamaya konu beraat kararının 15.6.2006 tarihinde kesinleştiği ve ilgili ceza dosyasında kesinleşmiş beraat kararının davacıya tebliğ edildiğine dair herhangi bir belgenin mevcut olmadığı, bu hali ile 31.10.2007 tarihinde açılan davanın süresinde açıldığı kabul edilerek..." diyerek bir yıllık sürede açılan davayı süresinde kabul etmiştir.

özelliklere sahiptir. Tutuklama veya gözaltına alınmanın haklı olup olmadığı gibi bir yargılama sonucunda verilecek karara bağlı açılacak davalar ile arama kararının ölçüsüz uygulanması veya yakınlarına bilgi verilmemesi gibi yargılama sonucuna bağlı olmayıp doğrudan uygulanan işleme bağlı olarak açılacak davaların sürelerinin başlangıcı farklıdır. Ancak her iki durumda da işlemlerin veya yargılamanın kesinleşmesinden itibaren süreler işlemeye başlar.⁹⁶² Ancak burada sürenin başlangıcının ilgilinin yapılan işlemde haberdar edilmesiyle başlayacağı da açıktır. İlgilinin yapılan işlemde doğrudan ilgili olması nedeniyle haberdar olması kaçınılmaz ise de, ilgili işleme itiraz etmiş ise itirazının sonucunun kendisine bildirilmesi üç aylık sürenin başlangıcı için zorunludur. Aksi halde bir yıllık sürenin uygulanması gerekir.

466 sayılı Yasa döneminde bir yıllık süre düzenlemesi olmadığından makul süre ölçütü uygulanmaktaydı. Kişinin kendisi hakkındaki kararın kesinleşip kesinleşmediğini bilmesinin ancak tebligat ile mümkün olacağından eğer aradan uzun bir zaman geçmemişse uygulamada sürenin tebligat yapılmadıkça başlamayacağı görüşü kabul edilmekteydi⁹⁶³. Ancak aradan çok uzun sürenin geçmesi halinde hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu kabul edilmekteydi⁹⁶⁴. Beraat kararının tebliğinden kastedilen kesinleşmiş beraat kararıdır.⁹⁶⁵

⁹⁶² Yurtcan, s. 673.

⁹⁶³ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 30.12.2005 tarih, 2207/5008 sayılı kararında; "...hak düşürücü üç aylık dava süresinin kesinleşen beraat kararının sanığa tebliğinden itibaren başlayacağı; kendisine tebliğ edilmeyen ve karara ıttıla olunması nedeniyle açılan davalarda ise Anayasanın 19. maddesinin son fıkrasında değişiklik yapan 3.10.2001 tarih, 4709 sayılı Yasanın 4. maddesinin bu tür davalarda uğranılan zarar "tazminat hukukunun genel prensiplerine göre ödenir" şeklindeki hükmü karşısında; haksız tutuklamaya konu 27.5.1997 tarihinde kesinleşen ve kendisine tebliğ edilmeyen beraat hükmü nedeniyle 12.11.2004 tarihinde açılan davanın yasal süre içinde açıldığı kabulü ile davacı lehine tazminata hükmedilmesi gerekirken..." diyerek tebligat yapılmadan sürenin başlamayacağını vurgulamıştır.

⁹⁶⁴ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 22.1.2001 tarih, 2000/6080-2001/431 sayılı kararında; "...Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 7.3.2000 gün, 8-44/48 sayılı içtihadında açıklandığı üzere, davacı asilin onbir yılı aşan uzun bir süre içerisinde hakkında verilen hükmün kesinleştiğini bilmediğinden söz etmenin normal yaşam gözlemlerine uygun bulunmadığı ve davanın yasal süre geçtikten sonra açıldığı kabulü gerektiği gözetilmeden..." diyerek geçen sürenin çok uzun olması halinde artık tebligat yapılmadığı için hak düşürücü sürenin başlamadığının kabulünün doğru olmayacağını belirtmiştir.

⁹⁶⁵ 8. Ceza Dairesi 12.4.2006 tarih, 720/2210 sayılı kararında; "...dava beraat kararının kesinleşmesinden 17 yılı aşan bir süre sonra açılmıştır. Davacının bu süre içinde hakkındaki beraat hükmünün kesinleştiğini bilmediğinden söz etmek yaşamın olağan akışına uygun bulunmamakta olup, açılan bu davanın yasadaki öngörülen süre içinde açıldığı kabulünün mümkün olmayacağı gözetilmeden..." diyerek aynı yönde karar vermiştir.

⁹⁶⁵ 8. Ceza Dairesi 3.7.2006 tarih, 2005/3854-2006/6002 sayılı kararında; "...davacının beraatine ilişkin hüküm 29.12.1997 tarihinde sanığa tebliğ edildiği anlaşılmış ise de dava açma süresinin

466 sayılı Yasa uygulaması sırasında sürenin başlangıcı konusunda farklı içtihatlar ortaya çıkınca 21.4.1975 tarih, 3/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında⁹⁶⁶; sanıkların yokluğunda hükmolunan beraat kararları ile Yargıtay tarafından onanan ya da CMUK 322. maddesi uyarınca verilen beraat kararlarının ilgili sanıklara tebliğinin gerekeceğini, 466 sayılı Kanunun ikinci maddesindeki üç aylık sürenin mahkemelerce yapılacak tebliğ tarihinden veya bu kesinleşmenin öğrenilme tarihinden itibaren başlayacağını karara bağlamıştır. Anılan İçtihadı Birleştirme Kararından sonra Yargıtay'ın uygulamaları da bu yönde olmuştur⁹⁶⁷.

Burada tartışılan bir diğer sorun ise, tebliğ edilmeme durumunda sürenin bir sınırının olup olmayacağı konusundadır. Haksız fiil sorumluluğunda süre her halde on yılı aşmadığına göre burada da bu sürenin on yılı aşmaması gerektiği yönünde görüş ve uygulamalar da bulunmaktadır⁹⁶⁸. Burada da özellikle 5271 sayılı Yasanın yürürlüğünden önceki uygulamalar için bir geçiş süresi öngörülmelidir. Uygulamada on yıllarca önceye ait davalarda beraat kararının tebliğ edilmediği gerekçesiyle davalar açılmaktadır.

Bir diğer konu ise yazılı emir yoluyla kişilerin suçsuzluğunun anlaşılması durumudur. Yazılı emir yoluyla bozma üzerine suçsuzluğu saptanan davacının açtığı tazminat davası da süresinde açılmış kabul edilmektedir.⁹⁶⁹

kesinleşme şerhli beraat kararının bizzat sanığa tebliği ile başlayacağı ve yokluğunda temyiz edilmeksizin kesinleşen beraat kararının davacı vekilinin talebi üzerine kendisine 28.9.2004 tarihinde elden tebliğ edildiği ve bu tarihten itibaren üç aylık yasal süre içerisinde tazminat davasının açıldığı gözetilerek, incelemeye devamla sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken...” diyerek sanığın beraat kararını tebliğ etmesinin değil kesinleşmiş kararın öğrenmesinin önemli olduğuna işaret etmiştir.

⁹⁶⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 21.4.1975 tarih, 3/5 sayılı kararı için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, Cilt: 3, s. 899, 2. Baskı, Ankara 1984

⁹⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23.03.2010 tarih, 2009/256-2010/57 sayılı kararı.

⁹⁶⁸ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 22.01.2001 tarih, 2000/6080 Esas, 2001/431 Karar sayılı kararında; “...davacının 11 yılı aşan uzun bir süre içerisinde hakkında verilen hükmün kesinleştiğini bilmediğinden söz etmenin normal yaşam gözlemlerine uygun bulunmadığı...” diyerek dava açma süresinin makul olması gerektiğini belirtmiştir.

⁹⁶⁹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi 1991-847/1112 sayılı kararı için bkz. YKD Cilt: 18, sayı: 3, s. 472 vd. mart 1992

7.3 Başvuru Şekli

Başvuru bir dilekçe ile yapılır⁹⁷⁰. İstemin yazılı dilekçe ile olması gerektiği açıkça belirtilmemiş ise de dilekçede nelerin bulunması gerektiği belirtildiğinden istemin ancak dilekçe ile yapılabileceği sonucu çıkmaktadır.

CMK'nın çeşitli maddelerinde (26, 263, 273) yer alan tutanağa geçirilen beyan yöntemi, bu konuda uygulama alanı bulamayacaktır, çünkü Yasada bir açıklık yoktur.⁹⁷¹ Maddeye göre dilekçede açık kimlik ve adres, zarara uğradığı işlem ve zararın nitelik ve niceliği ve belgeleri bulunmalıdır. Hem maddi hem manevi zararı varsa her bir zarar türünü ayrıca belirtmelidir⁹⁷².

Koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davası bir tali dava⁹⁷³ olduğundan dilekçenin HMK'daki şartlara uygun olması aranmamaktadır⁹⁷⁴. Tazminatın hesaplanması tazminat hukukunun genel prensiplerine göre yapılırsa da, dava açılması ve yargılama usulü ayrı olarak düzenlenmiştir. CMK 142/3. maddeye göre dilekçede bulunması gereken hususlar şunlardır. Yasa koyucu bu davayı tam olarak bir ceza davası olarak görmediği gibi hukuk davası olarak da görmemiştir. Yasa davacı yerine istemde bulunan ifadesini kullanmıştır.

a) Tazminat isteminde bulunanın açık kimlik ve adresi.

Tazminat isteminde bulunabilmenin birinci koşulu dilekçe ile başvurmadır. Dilekçede ise tazminat isteminde bulunan kişinin açık kimlik bilgilerinin yer alması gerekmektedir. Bir diğer koşul ise adres bilgisinin bulunmasıdır. Tazminat davası davacının oturduğu yerde açılacağından adres, yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından da önemlidir.

⁹⁷⁰ Ünver/ Hakeri, s. 481.

⁹⁷¹ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 672.

⁹⁷² Gökcan, s. 471.

⁹⁷³ Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, s. 1077.

⁹⁷⁴ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 113.

b) Zarara uğranılan işlemin niteliği.

Tazminat isteminde bulunan kişinin zarara uğradığını ileri sürdüğü işlemin ne olduğunu dilekçesinde özet olarak⁹⁷⁵ belirtmesi gerekmektedir. Tazminat nedenlerinden birinin bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi için bu işlemin ne olduğunun belirtilmesi zorunludur. Dilekçede yakalama, tutuklama, arama veya elkoyma işlemlerinden hangisi ya da hangileri dolayısıyla zarara uğranıldığının belirtilmesi gerekmektedir.

c) Zararın türü ve miktarı.

Tazminat isteminde bulunan kişi uğradığı zararın öncelikle türünü belirtmek zorundadır. Zararın maddi zarar veya manevi zarar olup olmadığını dilekçesinde nedenleriyle birlikte açıklamalıdır. İkinci olarak da zararın nelerden ibaret olduğunu dilekçesinde belirtmek zorundadır. Maddi tazminat isteminde hesaplamayı baştan yapamayabileceği için baştan kesin bir rakam belirtmeyebilir. Manevi tazminat davasında ise önceden belirtmesi zorunludur. Manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi gereği manevi tazminatta fazlaya ilişkin hakların sonradan istenmesi, söz konusu olamayacağından tazminat miktarının baştan belirtilmesi gerekmektedir. Maddi tazminatta ise belirlenebilen miktarın belirlenmesi gerekir.

d) Deliller

Yasada “...zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gerekir” denilmektedir. Buradaki delillerin haksız işleme tabi tutulmaya ilişkin deliller mi yoksa zarara ilişkin deliller mi olduğu tartışmalıdır. Bir görüş, sübut delillerinin dilekçeye eklenmesi gerektiği yönündedir⁹⁷⁶.

Bir diğer görüş ise Yasada belirtilen delillerden zararın kanıtlanması amacıyla gösterilecek olan delilleri anlamak gerektiği görüşüdür. Tazminata konu işlemi

⁹⁷⁵ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 672.

⁹⁷⁶ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 672.

içeren ceza yargılamasına ait belge ve dosyaların dilekçeye eklenmesi gerektiğinin düşünülmesi mümkün değildir.⁹⁷⁷

Delillerin dilekçeye ekli olması şarttır görüşü bulursa da⁹⁷⁸, haksız bir işlem sonucu zarara uğrayan kişinin bunu belgelendirmesi beklenemez. Bu nedenle eğer kişinin elinde varsa bu belgeleri eklemesi gerekmektedir. Örneğin haksız yakalanıp sonra hakkında hiçbir işlem yapılmadan salıverilen bir kimsenin bu işlemle ilgili belge alması mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlar gözetilerek belge eklenmesini bir koşul olarak değerlendirmek hak aramanın zorlaştırılması sonucunu doğurur.

Başvuru üzerine hakim dilekçede eksiklik olup olmadığına bakar ve eksiklik varsa bir aylık süre verir. Eksiklik yoksa veya eksiklikler giderilmişse işin esasına geçilir. Bu süre eksikliklerin giderilme süresi olup sürenin sonunda eksiklikler giderilmezse dava dilekçesi reddedilir. Yasanın açıkladığı bu sonucu, yargılama hukukunun temel ilkelerinden biri olan, davanın kabul edilebilir olmadığı için reddi olarak değerlendirmek uygun olacaktır.⁹⁷⁹

Dilekçede bulunması gereken hususlar noktasında 466 sayılı Yasa ile 5271 sayılı Yasadaki düzenlemelerin birbirine yakın olduğu görülmektedir⁹⁸⁰.

7.4 Başvuru Mercii

CMK 142/2 maddesine göre; istem, 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. Bu konu ileride görevli mahkeme başlığı altında incelenecektir.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ Surlu, s. 610.

⁹⁷⁸ Feyzioğlu, s. 135.

⁹⁷⁹ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 672.

⁹⁸⁰ 466 sayılı Yasanın 2. maddesinde de başvurunun bir dilekçe ile yapılacağı, başvuranın dilekçesinde bulunması gereken hususlar düzenlenmekteydi. Buna göre dilekçede

a) Tazminat isteminde bulunanın açık adresi,

b) Zarara sebebiyet verdiği ileri sürülen işlemlerin özeti,

c) Zararın dayandığı sebepler,

d) Sübut delilleri,

e) Tazminini istediği zararın neden ibaret olduğu hususlarının bulunması zorunlu kabul edilmekteydi. (Surlu, s. 609)

⁹⁸¹ Bakınız s. 238 vd.

7.5 Davanın Tarafları

CMK 142. maddenin ilk dört fıkrasında tazminat istemini zarar görenin nasıl yapacağı düzenlenmiştir. Buna göre bu davanın davacısı zarara uğradığı iddiasıyla tazminat isteyen kişidir. Maddenin 5. fıkrasına göre mahkeme dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister. O halde davanın davalı tarafı Hazinedir. 8. fıkra göre, karara karşı istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir.

7.5.1 İstemde Bulunabilecek Kişiler (Davacı)

Tazminat isteminde bulunma hakkı CMK 141. maddede sayılan nedenlerden ötürü zarara uğrayan kişilere aittir. Bu hak, yakalama veya tutuklama önlemine tabi tutulan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Haksız ya da hukuka aykırı tutuklama ve yakalama hallerinde yasaya aykırı işlemin sonuçlarından kendilerinin de zarara uğradıkları gerekçesiyle üçüncü kişiler tazminat isteminde bulunamaz⁹⁸². Zarar gören ölmüş ise mirasçılarının tazminat isteminde bulunabileceklerinin kabul edilmesi hukukun genel ilkelerine daha uygun olacaktır. Mirasçılar da aynı dava açma süresi içinde dava açmak zorundadır.⁹⁸³

Dava zarara uğrayanın kendisi, yasal temsilcisi veya özel olarak yetki vermişse vekili tarafından açılabilir. Küçükler eğer ergin ise kendisi dava açabilir. Ergin olmayan küçük yerine velisi tarafından dava açılır. Ancak küçük daha sonra ergin olursa davayı kendisi veya özel olarak yetkilendirdiği vekilinin devam ettirmesi gerekir⁹⁸⁴. Genel vekaletname ile yetkilendirilmiş vekilin ceza davasını sonuçlandırdıktan sonra, tazminat davası açması halinde Yargıtay, davacıdan vekalet ilişkisinin devam edip etmediğinin sorulmasının gerektiğini, davaya muvafakati olup olmadığının araştırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁹⁸⁵

⁹⁸² Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 672.

⁹⁸³ Erem, Faruk, s. 730.

⁹⁸⁴ Düzgün/ Elmacı, s. 119.

⁹⁸⁵ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 4.10.2007 tarih, 8610/7049 sayılı kararında; beraat ettiği ceza davasında Avukat Yasemin tarafından temsil edilen davacı adına, vekili sıfatıyla Avukat İlhan tarafından açılan tazminat davasında, adı geçen vekilin davacıyı temsile yetkili olup olmadığının belirlenememesi ve Avukat Yasemin tarafından tazminat davası açıldıktan sonra yetkilendirildiğinin anlaşılması

Vesayet altına alınmış kişiler adına davayı vasi açacaktır⁹⁸⁶. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 403. maddeye göre, “vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür”. Vesayet altındaki çocuk da velayet altındaki çocuk gibi ergin oluncaya kadar bu davaları açamaz, ancak ergin olduktan sonra davayı kendisi takip eder. Kısıtlılar için ise kısıtlılık süresince bu davalar vasiler tarafından yürütülecektir.

Madde “*kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak*” ifadesini kullandığına göre vasi koruma tedbirleri nedeniyle hem maddi hem de manevi tazminat davası açabilecektir. Ancak vasinin kısıtlı adına dava açabilmesi vesayet makamının iznine bağlı olduğundan eğer izin alınmadan tazminat davası açılmış ise mahkeme vesayet makamından izin alması için vasiye süre vermelidir.⁹⁸⁷

Eğer zarar gören ölmüş ise mirasçıları açılmış olan davayı devam ettirebilirler⁹⁸⁸. Bu durumda mirasçılara davaya devam edip etmeyecekleri sorulmalı, eğer mirasçılar davaya devam edeceklerini bildirirlerse davanın görülmesine devam edilmelidir.⁹⁸⁹

Madde metninde “kişiler” ibaresi kullanıldığına göre tüzel kişilerin de el koyma nedeniyle uğrayacakları zararları için tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir⁹⁹⁰. Çünkü koruma tedbirinden dolayı zarara uğrayan kişiler çoğu zaman gerçek kişi olsa da bazı durumlarda tüzel kişiler de zarara uğrayabilir. Yasada da bir ayırım yapılmadığına göre tüzel kişilerin de tazminat isteme hakkının bulunduğu

karşısında; davacı asil dinlenerek, davaya muvafakatı olup olmadığı ve Avukat İlhan'ı vekili olarak kabul edip etmediği sorularak sonucuna göre davaya devam edilmesi yerine...

Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 22.3.2007 tarih, 2006/8202-2007/2380 sayılı kararında; vekaletnamenin beraatle sonuçlanan ceza davası için verildiğinin anlaşılması karşısında, 466 sayılı Yasanın 3. maddesi hükmü de nazara alınarak davacılar dinlenerek vekalet ilişkisinin devam edip etmediği belirlendikten sonra bir karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi...

Yargıtay 10. Ceza Dairesi 14.12.2005 tarih, 17719/18969 sayılı kararında; davacının Devlet Güvenlik Mahkemesindeki müdafii Avukat İlyas olup, beraat hükmü kesinleştikten sonra genel vekaletname ile dava açmaya yetkili Avukat Behçel'i vekil tayin etmesi karşısında, mahkemece tazminat davası açmaya ve takibe özel yetki verilmesi gerektiği aşikar olduğundan, bu husus davacı vekili tarafından giderilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi...(Kanmaz, s. 227 vd).

⁹⁸⁶ Düzgün/ Elmacı, s. 119.

⁹⁸⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 24.11.2008 tarih, 3977/14550 sayılı kararı, YKD, Cilt: 35, sayı: 5, s. 848

⁹⁸⁸ Fezyioğlu, s. 134.

⁹⁸⁹ Kanmaz, s. 229.

⁹⁹⁰ Taşkın/ Çolak, s. 700.

kabul edilmesi gerekir. Tüzel kişilerin yakalanması, tutuklanması söz konusu olmayabilir. Ancak tüzel kişiler hakkında bazı tedbirler uygulanabilir, arama kararı ölçüsüz gerçekleştirilebilir veya elkoyma sırasında zarar verilmiş olabilir.

Bir başka sorun ise tüzel kişilerin manevi tazminat isteme hakkının bulunup bulunmadığıdır. Tüzel kişiler de manevi tazminat isteyebilirler. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22.6.1973 tarih, 7979-6928 sayılı kararına göre⁹⁹¹, tüzel kişiler nitelikçe gerçek kişilerin kişiliklerine özgü olanların dışında kişilik haklarına sahiptir ve bunların halele uğratılması halinde manevi tazminat adı altında kendilerine özel bir giderim sağlanmasını isteyebilirler.

7.5.2 Davanın Açılacağı Kişiler (Davalı)

Dava, Devleti temsilen Hazineye karşı açılır. Devlet Hazinesini illerde defterdarlıklar, ilçelerde ise mal müdürlükleri temsil eder⁹⁹². CMK tasarısının gerekçesinde de bu husus açıkça “Devleti temsilen Hazine davalı gösterilecektir” biçiminde ifade edilmiştir.⁹⁹³

466 sayılı Yasanın 2. maddesine göre zarara uğrayanlar uğradıkları her türlü zararın tazminini isteyebileceklerdir. 466 sayılı Yasanın gerekçesinde devletin yargı hizmetleri nedeniyle sorumlu olup olamayacağı ve adalet hizmetinden dolayı kişilerin zarara uğraması halinde Devlete karşı dava açıp açamayacağı tartışılmış, sonuç olarak Devletin organlarından biri olan yargı organının bir üyesi olan hakimlerin işlemlerinden dolayı Devletin sorumlu tutulması görüşü benimsenmiştir. Devletin buradaki sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu da kabul edilmiştir⁹⁹⁴. Doktrinde Devletin yargı hizmetleri dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı, Hazinesin davada taraf olamayacağı yönünde görüşler bulunmaktaydı. Bu görüşe göre Hazinesin davaya müdahale yetkisi bile bulunmamaktadır⁹⁹⁵. Uygulama ise farklı yönde gelişmiş ve kararlar Hazineye tebliğ edilmiştir. Ancak Hazinesin tazminat kararlarını temyiz hakkının hangi sıfatla temyiz ettiği konusunda Yargıtay daireleri arasında farklı görüşler bulunmaktadır.

⁹⁹¹ İnal, Nihat, s. 83.

⁹⁹² Taşkın/Çolak, s. 701.

⁹⁹³ CMK tasarısı, s. 56.

⁹⁹⁴ Kavalalı/ Ünver, s. 9 vd.

⁹⁹⁵ Erem, s. 731.

Ceza Genel Kurulu 4.11.1968 tarih, 270/338 sayılı kararında Hazineyi davalı olarak kabul eden ifadeler kullanmıştır.⁹⁹⁶

Anayasanın 19. maddesinde “*bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir*” denilmekle bu tartışmalara son verilmiştir. Çünkü düzenlemede hem zararın Devletçe ödeneceği belirtilmiş, hem de tazminat hukukunun genel prensiplerine göre denilmiştir. Zararı devletin ödemesinin anlamı zararı ödemekle yükümlü olan Devletin kendisini davada savunması gereğini de kapsamaktadır. Tazminat hukukunun genel prensiplerine göre de kişilerin Devlete karşı dava açabilmelerine olanak bulunmaktadır.

CMK 142. maddeye göre de, dava dilekçesi ve eki belgelerin Hazine temsilcisine tebliği ve varsa beyan ve itirazlarının yazılı olarak bildirilmesi hükme bağlanmıştır. 7. fıkrada Hazine temsilcisine çağrı kağıdı yollanması, ancak gelmemesi halinde yokluğunda karar verileceği düzenlenmiştir. 8. fıkrada ise karara karşı Hazine temsilcisinin yasa yollarına başvurma hakkının olduğu belirtilmiştir. Böylece Devlet adına Hazinesinin davada taraf olduğu kabul edilerek tartışmalara son verilmiştir.

HMK'nın 46. Maddesiyle adalet hizmetleri dolayısıyla Devletin sorumlu olamayacağı ilkesi terk edilmiş bulunmaktadır. HMK'nın 46. Maddesine göre maddesine göre artık doğrudan hâkimlerin sorumluluğunun yolu kapatılmış olacaktır. Her ne kadar ilk bakışta sanki hâkimleri yücelten bir uygulama gibi görünse de, hâkime doğrudan dava açılabilmesi onun normal bir devlet memuru kadar bile güvence altında olmadığı duygusuna kapılmasına neden olan bir uygulama böylece son bulmuştur.

Günümüz uygulamasında Devlet adına Hazinesinin davanın davalı tarafı olduğu yönünde herhangi bir tartışma bulunmamaktadır⁹⁹⁷. Dava dilekçesinin Devlet

⁹⁹⁶ Surlu, s. 619.

⁹⁹⁷ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 13.9.2007 tarih, 3424/6380 sayılı kararında, “...beraat eden sanığın tutuklu kaldığı günler için ...dosyada miktarı yazılı maddi ve manevi tazminat ile vekalet ücretinin davalı hazineden alınarak adı geçen davacıya ödenmesine dair...”

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 27.9.2007 tarih, 5201/6923 sayılı kararında, “...beraat eden sanığın tutuklu kaldığı günler için....dosyada miktarı yazılı maddi ve manevi tazminat ile vekalet ücretinin davalı

adına Hazine temsilcisine tebliğ edilmemesini bozma nedeni sayan Yargıtay 1. Ceza Dairesi 1.5.2007 tarih, 2814/4466 sayılı kararında⁹⁹⁸; "...dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesi gerektiği gözetilmeden savunma hakkının kısıtlanması suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi..." diyerek Devlet Hazinesi temsilcisinin davalı olduğunu vurgulamış, hatta Hazine temsilcisi yerine doğrudan davalı ifadesini kullanmıştır.

8. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

7.1 Görevli Mahkeme

CMK'nın 142/2. maddesine göre istem, 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 ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır. Yasa koyucu tazminata hükmedilebilmesi için koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanıp uygulanmadığının incelenmesi gerektiğini ve bu incelemeyi en iyi biçimde ceza mahkemelerinin yapabileceği düşüncesiyle hareket etmiş ve görevli mahkemenin Ağır Ceza Mahkemesi olduğunu belirtmiştir. Ancak ceza mahkemesi tazminatın tayini ve diğer hususlar bakımından kendisini tazminat hukuku ile bağlı görmelidir⁹⁹⁹.

466 sayılı Yasada da aynı yönde düzenleme bulunmaktaydı. Bunun gerekçesi de "*tazminata hükmedecek mahkemenin talepte bulunacak kimsenin ikametgahı ağır ceza mahkemesi olarak seçilmesi sebebine gelince; tazminat taleplerinin özel hukuk ve bilhassa borçlar hukuku kaidelerine istinaden halledileceği düşüncesi ile bu hususa ilişkin taleplere hukuk hakimleri tarafından bakılması icaberse de, tutuklama veya yakalamanın haksızlığını takdir ilgili ceza dosyasının tetkikine bağlı bulunduğu ve bu hususun da bir ihtisas işi olduğu aşıkardır. Kaldı ki bu işin bir ceza mahkemesince halledilmiş olmasında da kanuni bir mahzur yoktur. Zira, ceza mahkemeleri de hukuk mahkemeleri gibi yerine göre karar verebildikleri gibi diğer*

hazineden alınarak adı geçen davacıya ödenmesine dair..." denilerek hazine davalı olarak kabul edilmiştir.

⁹⁹⁸ Kanmaz, s. 234.

⁹⁹⁹ Gökcan, s. 470.

*tarafından başka ülkelerde de bu işin halli çoğunlukla ceza mahkemelerine bırakılmış durumdadır*¹⁰⁰⁰.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de bir kararında¹⁰⁰¹; haksız el koyma nedeniyle açılan tazminat davasına bakma görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğunu belirtmiştir. 5271 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önceki haksız el koymaya dayalı tazminat davalarına ise idari yargı değil, adli yargı hukuk mahkemelerinde bakılması gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁰².

7.2 Genel Yetkili Mahkeme

CMK'nın 142/2. maddesine göre yetkili mahkeme zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesidir. Eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza mahkemesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesi yetkilidir. Öncelikle yetkili mahkeme zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesidir. Eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise o yerdeki diğer ağır ceza mahkemesi yetkilidir. Eğer o yerde başka ağır ceza mahkemesi yoksa, en yakın ağır ceza mahkemesi yetkilidir.

466 sayılı Yasadan farklı olarak zarar görenin ikametgahı değil, oturduğu yer yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. Resmi olarak oturduğu yer değil fiilen oturduğu yer mahkemesi yetkili mahkeme olacaktır. Böylece kanuna aykırı işlemde zarar gören kişinin en kolay biçimde ve en masrafsız yöntemle hakkına

¹⁰⁰⁰ Kavalalı/Ünver, s. 11.

¹⁰⁰¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 5.2.2009 tarih, 2008/6742-2009/1600 sayılı kararında; dava, haksız olarak elkonulan aracın kullanılmamasından doğan maddi tazminat istemine ilişkindir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 7. bölümünde "koruma tedbirleri nedeniyle tazminat" konusu düzenlenmiştir. CMK'nın 141. maddesinde, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine koşulları oluşmadığı halde elkonulan kimsenin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebileceği öngörülmüştür. Aynı Yasanın 142/2. maddesinde "istem zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka ağır ceza dairesi yoksa en yakın ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır" şeklinde düzenleme yapılmıştır... şu halde davanın ağır ceza mahkemesinde görülmesi gerekir.

¹⁰⁰² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 8.10.2007 tarih, 10595/11895 sayılı kararı; "...dava dilekçesinde dayanılan olaylar anlatılarak el koyma işleminin yasaya uygun olmadığı ve maddi zarara uğranıldığı ileri sürülmektedir. Şu durumda davada uygulanacak kural Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi ve diğer hükümleridir. 5320 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca haksız el koyma işleminin 1.6.2005 tarihinden önce gerçekleştiği dikkate alındığından işlemin haksız olup olmadığı, el koymaya ilişkin yasal düzenlemeler göz önünde tutularak, adli yargı hukuk mahkemesinde saptanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yargı yolu bakımından görevsizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..."

kavuşabilmesi amaçlanmıştır.¹⁰⁰³ Aynı husus CMK tasarısının gerekçesinde de tekrarlanmıştır.¹⁰⁰⁴

CMK'nın 142/2. maddesi özel bir yetki kuralı düzenlemiştir. HMK 16. maddesine göre haksız fiilden kaynaklanan davaların fiilin gerçekleştiği yer mahkemesinde de açılacağı hükme bağlanmıştır. Yine HMK 6. maddesindeki genel yetki kuralına göre dava davalının ikamet yerinde de açılabilir.

Öncelikle çözülmesi gereken sorun “*tazminat hukukunun genel prensipleri*” yollamasının yargılama usulünü de kapsayıp kapsamadığıdır. Anayasa ve CMK'daki ilgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde tazminat hukukunun genel prensiplerine göre belirlenecek olan şey tazminat miktarıdır. Burada amaçlanan kamu hukuku alanında bireylerin haklarının özel hukuk hükümlerine göre korunmasıdır. Tazminat hukukunun genel prensiplerine göre tazminatın belirleneceği konusunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak yargılama yöntemi açısından boşluk bulunan durumlarda ceza yargılamasının mı yoksa hukuk yargılamasının mı dikkate alınacağı konusu çok açık değildir. Yasa koyucu usule ilişkin olarak maddede birçok düzenleme yapmıştır. Görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir. Cumhuriyet savcısı duruşmada bulunmak zorundadır. Bu düzenlemelerin tamamı birlikte incelendiğinde yöntem olarak ceza yargılama yönteminin ağırlıklı olarak uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 466 sayılı Yasa döneminde 23.11.2004 tarih, 177-230 sayılı kararında belirttiği, her türlü sorunun öncelikle yasa normlarıyla çözüleceği, açıklık bulunmayan durumlarda tazminat hukuku kıyaslamasına başvurulabileceği, yaklaşımı 5271 sayılı yasa döneminde de benimsenmiştir¹⁰⁰⁵.

Bir başka sorun ise yetki kuralının kesin yetki olup olmadığıdır. Yetkinin kesin olup olmaması önemlidir. Çünkü kesin yetki kuralı bulunan bir dava, ancak yetkili mahkemede açılabilir. Taraflar yetki sözleşmesi ile, kesin yetkili mahkemenin yetkisini kaldıramayacakları gibi, kesin yetkili mahkeme yanında başka bir mahkemenin yetkili olduğunu da kararlaştıramazlar. Kesin yetki itirazı ilk itiraz

¹⁰⁰³ Düzgün/ Elmacı, s. 121.

¹⁰⁰⁴ CMK tasarısı, s. 56.

¹⁰⁰⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23.01.2010 tarih, 189-237 sayılı kararı.

olmayıp her zaman yapılabilir. Mahkeme de her zaman yetkili olup olmadığını kendiliğinden gözetir. Kesin yetki aynı zamanda dava şartıdır¹⁰⁰⁶.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminatın haksız fiil tazminatı gibi ele alınması durumunda haksız fiilden kaynaklanan davalarda yetkili mahkeme haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi de olabilmektedir. Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi, kamu düzenine ilişkin olmadığı gibi kesin de değildir.¹⁰⁰⁷ Şu durumda haksız fiilden kaynaklanan yetkinin kesin olmaması ve koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusunda özel bir yetki kuralının bulunması nedeniyle istemde bulunanın oturduğu yer mahkemesinin yetkili olduğunun kabulü gerekmektedir.

CMK'nın 142/2. maddesindeki yetki kuralı maddenin yazılışına göre kesin yetki kuralıdır. Çünkü maddede herhangi bir istisna belirtilmeden “*karara bağlanır*” ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca maddede, o mahkeme işleme ilgili ise hangi mahkemenin yetkili olacağı da belirtilmiştir. Bu durumda buradaki yetkinin kesin yetki olarak kabulü gerekir. Uygulamada da CMK 142/2 maddesindeki yetki kesin yetki kuralı olarak kabul edilmekte ve yetki kuralına uyulmaması bozma sebebi sayılmaktadır.¹⁰⁰⁸ Yargıtay'a göre de buradaki yetki kamu düzenine ilişkin olup kesin yetkidir¹⁰⁰⁹.

Zarara uğrayanın Türkiye'de oturduğu yerin bulunmaması durumunda yetkili mahkeme konusu Yasada düzenlenmemiştir. Böyle durumlarda koruma tedbiri kararını veren makamın yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca CMK'nın 13. maddesi kıyasen uygulanarak kişinin Türkiye'deki en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili olarak kabul edilebilir. Bu yolla da belirlenemezse ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili kabul edilebilir¹⁰¹⁰. Kanımca böyle bir durumda tazminata konu işlemin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili olduğunun kabul edilmesi tazminat hukukunun

¹⁰⁰⁶ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 191.

¹⁰⁰⁷ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 180.

¹⁰⁰⁸ Kavalalı/ Ünver, s. 102 vd.

¹⁰⁰⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21.12.2010 tarih, 212-263 sayılı kararında “...dilekçenin CYY'nın 142/2 maddesinde gösterilen ve kamu düzenine ilişkin olarak belirlenen yetkili ağır ceza mahkemesine verilip verilmediğinin tespiti açısından oldukça önem arz eden ikametgah belgesinin eklenmesi bir yana...” diyerek yetkinin kesin yetki olduğunu ifade etmiştir.

¹⁰¹⁰ Hakeri, Türk ve Alman Hukuku'nda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat, Dönmezer Armağanı, s.901.

genel prensipleri açısından daha uygun olacaktır. HMK 16. maddesine göre de haksız fiilden kaynaklanan davalar haksız fiilin gerçekleştiği yerde de açılabilir. Yine HMK'un 6. maddesine göre genel yetkili mahkeme davalının ikamet yerindeki mahkemedir.

7.3 İstisnai Yetkili Mahkeme

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da tazminat konusu işlemle ilişkili olma kavramıdır. Tazminat konusu işlemle ilişkili olma tazminat istemine dayanak asıl işlemi yapma olarak anlaşılmalıdır. Kişinin uğradığı zarar hangi işleme dayanıyorsa, o işlem tazminat konusu işlemdir. Örneğin, haksız tutuklama nedeniyle tazminatta tutuklama veya tutukluluğun devamı kararı, haksız el koymada ise el koyma kararı tazminata konu işlemdir.

Nitekim tasarı gerekçesinde “*tazminata konu asıl işlem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesince yapılmış ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi varsa dava o dairede çözülecek, bu hususta Kanunun genel düzenlemesi gözetilip numara itibariyle izleyen daire yetkili olacaktır.*

Tazminatı gerektiren asıl işlem, davacının oturduğu yer ağır ceza mahkemesi tarafından yapılmışsa ve o yerde başka bir ağır ceza dairesi de yoksa, yer itibariyle en yakın ağır ceza mahkemesi davayı görecektir. Kuşku yok ki, hakimin çekilmesi veya reddi hususundaki genel kurallar bu dava türünde de geçerliliğini koruyacaktır.”¹⁰¹¹ biçiminde ifade edilmiştir.

Davacı öncelikle oturduğu yer ağır ceza mahkemesine başvuracaktır. Eğer bu mahkeme tazminata konu işlemi yapan mahkeme ise istisnai yetki kuralı uygulanacaktır¹⁰¹². Böyle bir durumda yetkisizlik kararı verilerek davanın yetkili yerde açılması sağlanacaktır. Dava yetkisiz mahkemeye açılmışsa bir görüşe göre, dilekçenin reddine karar verilecek ve eğer süre dolmamışsa ilgililer yetkili

¹⁰¹¹ CMK tasarısı, s. 56 vd.

¹⁰¹² Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 122.

mahkemeye başvurabileceklerdir¹⁰¹³. Bir diğer görüşe göre ise böyle bir durumda dilekçe reddedilmemeli, yetkisizlik kararı verilmelidir.¹⁰¹⁴

Davanın yetkisiz mahkemeye açılmasında iki durum söz konusudur. Birincisi davanın genel yetkili ağır ceza mahkemesine yani davacının oturduğu yer ağır ceza mahkemesine açılmamış olması halidir. Bu durumda davanın yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir. İkinci durum ise davanın genel yetkili yer mahkemesinde açılması, ancak asıl işlemi yapan mahkeme olduğu için istisnai yer yönünden yetkisiz mahkeme durumuna düşmesidir. Böyle bir durumda mahkeme davayı reddetmemeli, yetkisizlik kararı vermemelidir.¹⁰¹⁵

Tazminata konu işlemi yapmamış, ancak beraat kararı vermiş olan mahkeme asıl işlem yapmış sayılmamaktadır¹⁰¹⁶. Tutuklama kararını itiraz üzerine inceleyen ağır ceza mahkemesi başkanı, tazminat davasında yer alamaz. Bu durumda mahkeme yetkisizlik kararı veremez, bunun yerine hakim davadan çekilir. Eğer hakimin çekilmesi halinde mahkeme heyeti oluşmıyorsa yetkisizlik kararı verilir¹⁰¹⁷.

Yargıtay'ın ilk derece yargılaması yaptığı bazı durumlar da bulunmaktadır. Yargıtay'ın ilk derece yargılaması yaparken koruma tedbiri uygulaması halinde tazminat davasının nerede açılacağı konusunda Yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Yargıtay Kanunu'nun 13'üncü maddesinde Yargıtay'ın görevleri sayılırken¹⁰¹⁸; Yargıtay'ın ilk derece yargılaması yapacağı da ifade edilmiştir. Hem Yargıtay Kanunu hem de diğer özel yasaları gereğince ilk derece yargılamaları Yargıtay tarafından yapılacak kişiler hakkında koruma tedbiri uygulanabilir. Yine aynı şekilde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Yüce Divan sıfatıyla görev yapan Anayasa Mahkemesi'nde iddia makamını temsil ettiğinden bazı koruma tedbirlerini uygulayabilir veya Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi bir koruma tedbirine karar verebilir. Uygulanan bu tedbirlerin daha sonradan haksız olduğu ortaya çıkarsa

¹⁰¹³ Parlar, Ali/ F. Yıldırım, Açıklamalı, İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları, Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları, Ankara 2001, s. 554.

¹⁰¹⁴ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 121.

¹⁰¹⁵ Kanmaz, s. 214.

¹⁰¹⁶ Kavalalı/ Ünver, s. 102 vd.

¹⁰¹⁷ Kavalalı/ Ünver, s. 93 vd.

¹⁰¹⁸ "...Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ile özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak..."

bu kişilerin de dava açma hakkının bulunduğu muhakkaktır. Bu davanın nerede açılacağı konusunda Yasada bir açıklık bulunmasa da, koruma tedbirini uygulayan makam konusunda Yasada bir ayırım yapılmadığından, koruma tedbirini Yargıtay ya da Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi de uygulamış olsa bu koruma tedbirleri nedeniyle açılacak tazminat davaları da davacının oturduğu yerdeki Ağır Ceza Mahkemesinde görülmelidir.

9. YARGILAMA YÖNTEMİ

CMK'nın 142. maddesi yargılama yöntemini düzenlemiştir¹⁰¹⁹.

Tazminat istemi davasının bir hukuk davası mı yoksa ceza davası mı olduğu konusu tam olarak belli değildir. Tazminat davası esasında bir hukuk davası olmakla birlikte ceza mahkemesinde görüldüğünden karma niteliktedir¹⁰²⁰. Bu nedenle de kanımca CMK'da hüküm olmayan durumlarda HMK'nın uygulanması gerekir.

Dava dilekçesinin mahkeme kalemine kayıt tarihi HMK'nın 118. maddesine göre davanın açılma tarihidir.

Anılan maddede geçen "incelemenin öncelikle ve ivedilikle yapılacağına" ilişkin hükmün, yasa yollarına mı ait olduğu yoksa ilk derece yargılamasına mı ait olduğu konusu açık değildir. İtiraz ve istinaf yolundan söz ettikten sonra incelemenin öncelikle ve ivedilikle yapılacağına belirtilmesi ilk bakışta sadece yasa yolu incelemesi gibi anlaşılmaktadır¹⁰²¹. Öte yandan "inceleme" ifadesi daha çok yasa yolu incelemesi anlamında kullanıldığından öncelik ve ivedilikle incelemenin yasa yollarını kastettiği anlaşılmaktadır.

¹⁰¹⁹ "(4)Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içerisinde giderilmesini, aksi halde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksik tamamlanmayan dilekçe, mahkemece itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

(5)Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.

(6) İstem ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir.

(7) Mahkeme kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.

(8) Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilirler; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır".

¹⁰²⁰ Kanmaz, s. 225.

¹⁰²¹ Çolak/ Taşkın, s. 701.

Tazminat davasının öncelikle ve ivedilikle görülmesi Yasada açık olarak ifade edilmemiş olsa da yasa koyucunun işi hızlandırma amacı da gözden uzak tutulmamalıdır. Koruma tedbirleri nedeniyle açılacak tazminat davalarında uygulanacak usul konusunda CMK'nın 142'inci maddesinde hükümler bulunmaktadır. Davanın ne zaman, nereye, nasıl açılacağı, dilekçede nelerin bulunması gerektiği, dilekçelerdeki bilgi ve belgeler eksik ise nasıl tamamlanacağı, yargılamanın ve araştırmanın nasıl yapılacağı ve yasa yolları ile yasa yolu incelemesinin nasıl yapılacağı gibi konular maddede belirtilmiştir. Maddede belirtilmeyen konularda ise, usul hükümlerinde kıyas mümkün olduğundan, kıyas yoluyla uygulama yapılacaktır¹⁰²². Bu kuralların, yorumlanırken tazminat isteme hakkına sahip ilgililer lehine yorumlanması gerektiği Yargıtay tarafından benimsenmiştir¹⁰²³. Tazminat miktarının belirlenmesinde ise tazminat hukukunun genel prensipleri uygulanacaktır.

Yargılama yöntemi konusunda son olarak mahkemenin tazminat konusunda resen araştırma yükümlülüğü olduğunun vurgulanması gerekmektedir. CMK'nın 142/6 fıkrasındaki hükme göre mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir. Bu düzenlemeye göre mahkeme, yeterli kabul ettiği dilekçe üzerine, istemin esasına girdikten sonra tazminat miktarını belirlemek amacıyla her türlü araştırmayı yapacak veya yaptıracaktır. Maddeye göre mahkemece, iki konuda resen araştırma yapılabilecektir. Birincisi istemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesi amacıyla resen araştırma yapılması, ikincisi ise, tazminat miktarının saptanması için resen araştırma yapılmasıdır. Ancak ilgili istemine ilişkin asgari olarak aranan bilgileri dilekçesinde göstermek zorundadır. Yapılacak araştırmaya esas olacak temel düzeyde bilgiyi ilgili verdikten sonra, mahkemece verilen bilgilerin doğruluğuna dair gerekli araştırmalar yapılacaktır. Yine ilgili uğradığı zararın türünü ve saptanabiliyorsa miktarını bildirdikten sonra, mahkemece gerekli araştırmalar resen yapılarak oluşan zarar saptanacaktır¹⁰²⁴.

¹⁰²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23.11.2010 tarih, 189/237 sayılı kararı.

¹⁰²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21.12.2010 tarih, 212/263 sayılı kararı.

¹⁰²⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21.12.2010 tarih, 212/263 sayılı kararında; "...Bunun yanında CYY'nin 142/6. Fıkrasındaki; "istem ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli

9.1. Ön İnceleme

Mahkeme işin esasına girmeden önce başvuru koşulları bakımından bir inceleme yapacaktır. Mahkemenin yapacağı ön inceleme iki aşamalıdır. Birinci aşamada davacının dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda bunların bir ay içerisinde tamamlanmasını isteyecektir. Mahkeme ilgiliye eksikliğin neler olduğunu da belirtmek zorundadır. İlgili kişiye bir ay içerisinde eksikliği tamamlamazsa dilekçenin reddedileceği bildirilir. Bir ay içerisinde eksiklik tamamlanırsa işin esasına geçilir. Eksiklikler tamamlanmazsa dilekçe itiraz yolu açık olarak (olmak üzere) reddedilir¹⁰²⁵.

Mahkemenin verdiği süre eksiklikleri giderme süresidir. Bu süre sonunda eksiklikler giderilmezse mahkemece dilekçe reddedilir. Mahkemenin bu ret kararını yargılama hukuklarının temel ilkelerinden biri olan “*davanın kabule şayan olmamaktan ötürü reddi*” olarak değerlendirmek gerekir.¹⁰²⁶

Mahkeme kendisi araştırma yapabileceği gibi araştırma için bir hâkim de görevlendirebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, görevlendirmeyi mahkeme başkanının değil mahkemenin yapması gerektiğidir¹⁰²⁷. Yargıtay aksi uygulama halinde dosyayı incelemeksizin iade etmektedir¹⁰²⁸.

Dilekçedeki eksiklikler giderilmezse dilekçenin reddine karar verilecektir. Bu karara karşı itiraz edilebilir. İtiraz usulü CMK'nın 267 ve devamı maddelerine tabidir¹⁰²⁹. Dilekçenin reddi kararına konu eksiklikler konusunda her ne kadar ilgililer lehine yorum yapılması gerekirse de, Yasanın öngördüğü asgari koşulları

gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir” şeklindeki hükmün, mahkemece yeterli kabul edilen dilekçe üzerine, istemin esasına girilerek yapılacak işlemlere ilişkin olmasından dolayı olayımızda uygulama olanağı yoktur.

Bu nedenle, açık yasal düzenlemeler karşısında asgari olarak aranan bilgi ve belgeleri taşımayan, yapılan ihtarlara karşın eksiklikleri de tamamlanmayan dilekçenin reddine karar verilmesinde hem maddi hem de manevi tazminat yönünden yasaya aykırı bir yön olmadığından...” diyerek resen araştırma ilkesinden söz etmiştir.

¹⁰²⁵ CMK tasarısı, s. 57.

¹⁰²⁶ Yurtcan, s. 672.

¹⁰²⁷ Düzgün/ Elmacı, s. 125.

¹⁰²⁸ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 11.6.2009 tarih, 2008/2027-2009/6336 sayılı kararında; “...naip hakimin heyet tarafından atanması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı...sair yönleri incelenmeksizin hükmün öncelikle bu sebepten dolayı...” diyerek naip hakimin mahkeme tarafından atanması gerektiğini belirtmiş, bu hususu öncelikli bozma nedeni saymıştır (karar için bakınız, Düzgün/ Elmacı, s. 125).

¹⁰²⁹ Gökcan, s. 471.

yerine getirmemesi halinde, istem sahibine herhangi bir ek yükümlülük getirmeyen asgari koşulların yerine getirilmemesi durumunda, bunun müeyyidesi de Yasanın amir hükmü ile açıkça dilekçenin reddi olarak belirlenmiştir¹⁰³⁰.

466 sayılı Yasada bu yönde bir düzenleme bulunmamaktaydı. 466 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde dilekçede nelerin bulunması gerektiği açık olarak belirtildiğinden bu zorunlu unsurları içermeyen dilekçe mahkeme kararı ile reddedilmekteydi¹⁰³¹. Ancak 10.1.1991 gün 3696 sayılı Yasayla yapılan değişikliğe göre delillerin dilekçeye ekli olarak ibraz edilmemesi halinde mahkemenin delillerin ibrazı için bir aylık ek süre vereceği hükme bağlanmıştır¹⁰³².

Mahkemece yapılacak ön incelemenin ikinci aşaması ise dilekçe ve eki belgelerin yeterliliği veya tamamlanması sonucunda yapılacak incelemedir. Dilekçe ve eki belgeler yeterli ise, mahkeme, koruma tedbiriyle ilgili dosyayı getirtip inceleyecek, sıfat, işlem ve süre itibarıyla davanın görülebilir olup olmadığını öncelikle saptayacaktır. Yapılan inceleme sonucunda dava görülebilir kabul edilirse dava dilekçesi ve eki belgeler ile diğer belgelerin birer örneği Devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ edecek, varsa beyan ve itirazlarını 30 gün içerisinde bildirmesini isteyecektir.¹⁰³³ Gerekçeden de anlaşılacağı üzere mahkeme yapacağı ön incelemede davacının taraf sıfatı olup olmadığına, açılan davada hukuki yararının bulunup bulunmadığına karar verecektir.

Mahkeme ön inceleme aşamasında daha sonra davanın süresinde açılıp açılmadığını da araştıracaktır. Süresinde açılmamış dava süre yönünden reddedilecektir. Bu inceleme aşamasında Cumhuriyet savcısının görüşünün alınmasına gerek yoktur. Süre yönünden dava kabule şayan görülürse diğer işlemler yapılacak ve savcılığın görüşü tüm işlemler yönünden alınacaktır. Burada amaç mahkemenin ilk olarak ön inceleme ve diğer araştırmaları yapıp tamamlaması, daha sonra davanın iddia tarafı ile savunma tarafının görüşünün alınmasıdır. Böyle olmaması halinde dosya savcılık ile mahkeme arasında gidip gelecek ve yargılama

¹⁰³⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21.12.2010 tarih, 212/263 sayılı kararı.

¹⁰³¹ Kavalalı/Ünver, s. 102.

¹⁰³² Feyzioğlu, s. 135 vd.

¹⁰³³ CMK tasarısı, s. 57.

uzayacaktır. Bu nedenle Yasanın düzenlemesi yerinde olmuştur.¹⁰³⁴ 466 sayılı Yasa döneminde tazminat davaları duruşmalı yapılmadığından yalnızca Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaktaydı. Bu nedenle yapılacak ön inceleme sonucunda süre veya yetki yönünden red kararı vermeden önce Cumhuriyet savcısının görüşünün alınması görüşü ve alınmasına gerek olmadığı görüşleri bulunmaktaydı.¹⁰³⁵ Ancak 5271 sayılı CMK'ya göre bu kararlar duruşmalı verileceğinden, Cumhuriyet savcısının görüşünün alınması gerekmektedir. Çünkü CMK'nın 33. maddesine göre, “...duruşma dışındaki kararlar, Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra verilir”.

Mahkeme ön incelemeyi kendisi yapabileceği gibi, bir hâkime de yaptırabilecektir. Yargılama hukuku ilkeleri içinde bir üyenin görevlendirilmesinin anlamı “naip” tayin etmektir. Naip olarak atanan üye görevi kurul adına yaptığına göre, bu görevi kurulun yerine getirmesi öncelikli esastır. Ancak bütün kurulu ön inceleme aşamasında böyle bir işle uğraştırmamak amacıyla böyle bir düzenleme yapılmıştır¹⁰³⁶.

9.2. Taraf Teşkili

Mahkeme dilekçeyi davalıya tebliğ ederek taraf teşkilini sağlamak zorundadır. CMK'nın 142. maddesinin 7. fıkrasına göre mahkeme kararını duruşmalı olarak verir. Aynı Yasanın 188. maddesinde ise Sulh Ceza Mahkemesi dışındaki mahkemelerde Cumhuriyet savcısının duruşmalarda bulunmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Nitekim Yargıtay da duruşma açılması zorunlu olduğundan duruşmada yasa gereği bulunması gerekenlerin yokluklarında karar verilmesini bozma sebebi saymaktadır¹⁰³⁷. Dava Ağır Ceza Mahkemesinde görüldüğüne ve Yasada “duruşma” dan söz edildiğine göre duruşmada Cumhuriyet savcısının bulunması gerekir.

¹⁰³⁴ Yurtcan, s. 674.

¹⁰³⁵ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 133.

¹⁰³⁶ Yurtcan, s. 673.

¹⁰³⁷ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 27.5.2009 tarih, 2008/10277-2009/3057 sayılı kararında; “...koruma tedbirleri nedeniyle tazminat yargılamasında, CMK'nın 142. maddesine göre, duruşma açılmasına rağmen aynı Yasanın 188. maddesine göre duruşmaya katılması zorunlu olan Cumhuriyet savcısı hazır edilmeden, yokluğunda duruşma yapılarak hüküm kurulması...” diyerek Cumhuriyet savcısının duruşmada bulunmamasını bozma sebebi saymıştır.

Davacının ve davalının duruşmada hazır bulunması zorunlu değildir¹⁰³⁸. Ancak davacı ve davalıya yokluklarında karar verileceği açıklamasını içeren çağrı kâğıdının tebliğ edilmiş olması gerekmektedir¹⁰³⁹. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisine yapılacak çağrının tebliğ edilmiş olması ve tebliğ belgesinde gelmemeleri halinde yokluklarında karar verileceği ihtarının bulunması zorunludur.

9.3. Dava Değeri Konusu

CMK'nın 142/3. maddesine göre dava dilekçesinde uğranılan zararın niteliği ve niceliği belirtilmek zorundadır. Zararın niteliği zararın maddi veya manevi zarar olup olmadığıdır. Zararın niceliği ise rakamsal ifadesidir. Dava bir tazminat davası olduğuna göre dava dilekçesinde dava değerinin belirtilmesi zorunludur¹⁰⁴⁰. Dava değeri, tazminat davasında istenilen tazminatların rakamsal ifadesidir. Maddi tazminat için fazlaya ilişkin haklar saklı tutulabileceği ileri sürülebilir ise de manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi¹⁰⁴¹ gereğince manevi tazminat miktarı baştan ve kesin olarak belirtilmelidir.

Dava değerinin bir başka önemi ise mahkemenin istemden fazlasına hükmedememesi kuralına dayanmaktadır¹⁰⁴². Taleple bağlılık hem maddi hem de manevi tazminat davaları için geçerlidir. Hiçbir şekilde istemden fazlaya hükmedilmesi mümkün değildir. Hatta istemde bulunanın tutuklu kaldığı günleri eksik bildirmesi halinde bile istemin aşılamayacağı görüşü bulunmaktadır.¹⁰⁴³ Tazminat miktarı sonradan artırılamayacağından zarar gören ek bir talep ile istediği miktarı arttıramaz¹⁰⁴⁴. Hukuk yargılamasında talep sonucu dava dilekçesinin en önemli unsurudur. Talep sonucu HMK 119/1ğ. maddesine göre açık olarak

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 20.10.2010 tarih, 2918/10751 sayılı kararında da; koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davasında kararın verildiği duruşmada Cumhuriyet savcısının hazır bulunması gerektiğine hükmetmiştir.

¹⁰³⁸ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 10.12.2003 tarih, 1074/3081 sayılı kararında, "...yasal zorunluluk bulunmadığından davacının duruşmada bizzat dinlenmemesi bozma sebebi yapılmamıştır".

¹⁰³⁹ Çolak/ Taşkın, s. 702.

¹⁰⁴⁰ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 345.

¹⁰⁴¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 28.03.2011 tarih, 2010/3425-2011/3294 sayılı kararında; "...manevi tazminatın teklifi ve bölünmezliği ilkesi gereğince manevi zarar karşılığı olarak istenebilecek manevi tazminat bölünerek istenemeyeceğinden..." manevi tazminatın bölünmezliğini ifade etmiştir.

¹⁰⁴² Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 167.

¹⁰⁴³ Surlu, s. 618.

¹⁰⁴⁴ Erem, s. 726.

belirtilmek zorundadır. Talep sonucunu içermeyen bir dilekçe, dava dilekçesi olarak nitelendirilmemektedir.¹⁰⁴⁵

9.4. Davanın İhbarı

HMK'nın 61 maddesine göre, *“Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir.”* CMK'nın 143/2 maddesinde ise devletin rücu edeceği durum düzenlenmiştir. Anılan yasal durum karşısında Hazine temsilcisinin, davayı ileride rücu etme olasılığı olduğunu düşündüğü kamu görevlisine ihbar etmesinin gerekip gerekmediği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bir taraf davayı kaybettiği takdirde üçüncü kişiye rücu hakkı olduğu düşüncesinde ise, davayı o üçüncü kişiye ihbar edebilir. Davanın ihbarı mahkeme aracılığıyla yapılabileceği gibi mahkeme dışında da yapılabilir. Davayı ihbar eden kişi üçüncü kişiye; kendisinin yerine geçip davayı takip etmesini veya sadece müdahale etmesini isteyebilir¹⁰⁴⁶.

Uygulamada ise davanın ihbarı kurumu işletilmemektedir. Çünkü, özellikle davada bir tarafın yerine geçip onu temsilen davayı yürütmesinin istenmesinin kabulü halinde maddenin konuluş amacı tersine dönmüş olacaktır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası kişiler adına Devlete açılmaktadır. Devlet açılan bu davada kişilere rücu edebileceği gerekçesiyle kişilere davayı ihbar ederse, kişilere doğrudan dava açılmasının sakıncaları nedeniyle getirilen bu kurum amacından uzaklaşmış olacaktır.

HMK'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasına göre, mahkeme açılan tazminat davasını ilgili hakime resen ihbar edecektir. Maddenin gerekçesine göre, Devlet aleyhine açılan tazminat davasına bakan mahkemenin, bu davayı, sorumlu hâkime resen ihbar etmesi esası getirilmiştir. Dava kendisine ihbar edilen hakim, davalı Devlet yanında davaya katılabilir. Böylece, sorumlu hakimin de davadan haberdar olması ve hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde davada etkili olabilmesi, delil

¹⁰⁴⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 352.

¹⁰⁴⁶ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 612 vd.

getirebilmesi imkanı sağlanmak istenmiştir¹⁰⁴⁷. Ancak bu uygulama, yasa ile getirilen güvence açısından sakıncalar içermektedir.

9.5. Delillerin Değerlendirilmesi

Mahkeme koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasında yukarıda da değinildiği gibi öncelikle usule ilişkin bir ön inceleme yapacaktır. Bu inceleme sonucunda dilekçenin süresinde verilip verilmediği, koruma tedbirleri ile ilgili olup olmadığı gibi konuları inceleyecektir¹⁰⁴⁸. Daha sonra dilekçe ve ekindeki belgelerde bir eksiklik olup olmadığını saptayacaktır. Eğer dilekçe ve eki belgelerde eksiklik varsa istem sahibinden tamamlamasını, tamamlamadığı takdirde dilekçenin reddedileceğini bildirecektir¹⁰⁴⁹. Eğer dilekçe ve eki belgeler tam olur ya da anılan yöntemle tamamlatılırsa bu defa mahkeme iki türlü delil değerlendirmesi yapacaktır.

9.5.1. İstem ve İspat Belgelerine İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi

Dilekçe ve eki tam olur ya da tamamlatılırsa önce dilekçe ve ekindeki olay ve olguların doğruluğu araştırılacaktır. Dilekçe ve eki belgelerdeki olayların doğruluğu anlaşılırsa bu durumda dilekçe ve eki belgeler Hazine temsilcisine yollanarak varsa beyan ve itirazlarını bildirmesi istenecektir. Dilekçe ve eki belgelerin doğruluğunun belirlenebilmesi için ilk olarak tazminat konusu işleme konu dosyanın getirilmesi gerekir. Tazminat isteminde bulunanın beraat edip etmediği, tutuklu kalıp kalmadığı, gözaltına alınıp alınmadığı, tutuklu kaldığı sürenin mahkumiyet süresinden uzun olup olmadığı, sadece para cezasına çarptırılıp çarptırılmadığı, mahsup uygulanıp uygulanmadığı gibi hususlar ancak ceza dosyası getirtilerek belirlenebilir¹⁰⁵⁰.

Koruma tedbirinden kaynaklanan bir tazminat davası doğal olarak önceki soruşturma veya kovuşturma dosyası ile bağlantılıdır. Çünkü bir koruma tedbiri uygulanabilmesi için ortada bir soruşturma veya kovuşturma olması gereklidir. Davacının tazminat isteminin haklı olup olmadığı ancak bu dosya incelenerek

¹⁰⁴⁷ HMK Tasarısı, s. 171.

¹⁰⁴⁸ Kavalalı/Ünver, s. 108.

¹⁰⁴⁹ Çolak/ Taşkın, s. 700.

¹⁰⁵⁰ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 133.

anlaşılabilir. Yasa bu durumu göz önüne alarak dava dosyasının hatta infaz dosyasının getirtilip incelenmesini istemiştir.¹⁰⁵¹

Koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminat davalarında uygulanan tedbirin ve sonuçlarının ceza hukuku prensiplerine göre araştırılması gerekmektedir. Bu teknik araştırmayı ceza yargıcının yapması yasa koyucu tarafından istenmiştir. Çünkü koruma tedbirinin uygulanması konusunun değerlendirmesini en iyi yapacak yargıç ceza yargıcısıdır¹⁰⁵². Mahkeme ilgili ceza dosyasını inceleyecek, isteme dayanak olan belgelerin doğruluğunu araştırarak, gerekirse istemde bulunan kişiyi dinleyecek ve ulaştığı kanaate göre bir karar verecektir¹⁰⁵³.

Tazminata konu ceza dosyasını inceleyen mahkemenin Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşen beraat kararının doğruluğunu araştırıp araştırmayacağı konusu, Yargıtay özel daireleri ile Ceza Genel Kurulu arasında anlaşmazlık konusu olmuş, 2.5.1977 tarih, 1/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile tazminat davasına bakan mahkemece, Yargıtay'dan geçmeden kesinleşen beraat kararının bile kanıt yönünden inceleyemeyeceğine karar verilmiştir.¹⁰⁵⁴

Araştırılması gereken bir başka konu ise tutuklu kalınan sürenin başka mahsup işlemine tabi tutulup tutulmadığıdır. Mahkemece istemde bulunanın sabıka kaydı getirtilerek, eğer daha önce bir mahkumiyeti varsa tutuklulukta geçirdiği sürenin mahsup edilip edilmediği de araştırılmalıdır.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵¹ Yurtcan, s. 674.

¹⁰⁵² İçtihadı birleştirme kararı, 2.5.1975 tarih, 1/1 sayılı kararı, Yurtcan, Şerh, 907, 912

¹⁰⁵³ Kavalalı/Ünver, s. 108.

¹⁰⁵⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulu'nun 1977-1/1 sayılı kararı için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, cilt: 3, s. 933 vd. 2. Baskı, Ankara 1984

¹⁰⁵⁵ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 10.6.2008 tarih, 4820/9570 sayılı kararında; "...dosya içerisinde mevcut adil sicil kaydına göre, davacının sabıkalı olduğunun anlaşılması karşısında; davaya konu olan gözaltı ve tutukluluk sürelerinin, davacının başka mahkumiyetlerinden mahsup edilip edilmediği araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..."

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 25.3.2008 tarih, 658/4851 sayılı kararında da. "...dosya içerisinde mevcut adil sicil kaydına göre, davacının sabıkalı olduğunun anlaşılması karşısında; davaya konu olan gözaltı ve tutukluluk sürelerinin, davacının başka mahkumiyetlerinden mahsup edilip edilmediği araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." diyerek mahsup araştırması yapılması gerektiği konusunu vurgulamıştır.

9.5.2. Tazminat Miktarına İlişkin Delillerin Değerlendirilmesi

Mahkeme ikinci olarak ise tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının tayini için bir araştırma yapacaktır. Bu aşamada mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapacaktır. Normal hukuk yargılamasında hakim tarafların sunduğu delillerin doğruluğunu araştırmakla yükümlü iken¹⁰⁵⁶, koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davasında ise mahkeme, gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapacaktır. Bu düzenleme zarara uğrayanın yararına bir düzenlemedir.

Mahkemenin tarafların ileri sürmediği delilleri de araştırıp araştırmayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre istem sahibinin istemini belgelendirmemesi halinde, re'sen araştırma yapılmasına gerek bulunmamaktadır. İstem bir bölümü belgelendirilmişse belgelendirilmeyen bölüm için araştırma yapılmasına gerek yoktur. Hiçbir delil gösterilmeyen isteme ilişkin dilekçenin reddi gerekmektedir.¹⁰⁵⁷ Bu görüşe göre mahkemece sadece istemde bulunanın ileri sürdüğü belgelerin doğruluğu araştırılacaktır. İleri sürmediği deliller araştırılmayacaktır¹⁰⁵⁸. Bir başka görüşe göre ise, dosyadaki belge ve olguların gerçeğe uygunluğunun araştırılması gerekmektedir. Bu konuda sadece dilekçeye ekli belgelerle yetinilmesi doğru değildir¹⁰⁵⁹. Mahkeme “*gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya*” yetkili olduğuna göre, re'sen inceleme ilkesi varlığını sürdürmektedir.¹⁰⁶⁰ Buradaki inceleme bazı delillerin toplanmasını gerekli kılabilir. Bu deliller incelemeye alınan dosyada bulunmayan fakat tazminat uyuşmazlığının çözümüne katkı sağlayacak deliller olarak anlaşılmalıdır. Bunların neler olacağı her olaya göre değişebileceğinden bunun takdirini mahkeme yapacaktır. Örneğin bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak bu aşamada davacının dinlenmesi yolu yeni Yasa ile kapatılmıştır. Bu aşamada sadece dosya üzerinde inceleme yapılacaktır¹⁰⁶¹.

CMK'nın 142/6. maddesine göre, “...mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir”. Bu

¹⁰⁵⁶ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 349.

¹⁰⁵⁷ Surlu, s. 616.

¹⁰⁵⁸ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 134.

¹⁰⁵⁹ Surlu, s. 615.

¹⁰⁶⁰ Mungan, s. 3.

¹⁰⁶¹ Yurtcan, s. 674.

araştırmanın kapsamı, istemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesi ve tazminat miktarının saptanması ile sınırlıdır. İstem ve ispat belgelerinin değerlendirilmesi aşamasında mahkeme tarafından kendisine sunulmayan delillerin araştırılması söz konusu olamayacaktır. Fakat kendisine sunulan istem veya ispat belgelerine ilişkin olarak her türlü araştırmayı yapacak ya da yaptıracaktır. İstem sahibinin sunması gereken belgeler dışında araştırma gerektiren konularda mahkeme kendiliğinden gerekli gördüğü araştırmaları yapacaktır. Örneğin, tutuklu kaldığı dosyanın getirilmesi, dosya üzerinde her türlü inceleme gibi araştırmalar yapılacaktır. Ancak tazminat miktarının saptanmasında mahkeme kendisi de delil toplayacaktır. Örneğin istem sahibinin uğradığını ileri sürdüğü zararın gerçek olup olmadığını mahkeme her türlü yöntemle araştırabilecektir. Mahkeme kendisinin toplayabileceği bilgi ve belgeler için davanın reddine karar veremez¹⁰⁶².

9.6. Duruşma ve Hüküm

CMK'nın 142/7. maddesinin ilk halinde mahkemenin istemde bulunana, Cumhuriyet savcısını ve Hazine temsilcisini dinledikten sonra kararını vereceği belirtilmişti. 5353 sayılı Yasa ile bu düzenleme değiştirilerek yargılamanın duruşmalı yapılacağı hükme bağlanmıştır. Önceki düzenlemeden de aynı sonuç anlaşılmakta idiye de, yasa koyucu duruşmalı olacağını açıkça belirtme gereği duymuştur.¹⁰⁶³ Bunun nedeni ise AİHM'in Göç/Türkiye¹⁰⁶⁴ kararında evrak üzerinde inceleme

¹⁰⁶² Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 9.3.2009 tarih, 2007/23874-2009/5299 sayılı kararında; "...maddi ve manevi ödence istemiyle açılan davanın yargılaması sırasında, ikametgah belgesi, adli sicil kaydı ve iyi hal kağıdını dosyaya sunması için davacı vekiline süre verildiği ve istenen belgelerin sunulmadığı gerekçesi ile davanın reddedildiği anlaşılmakla; 5271 sayılı CMK'nın 142. maddesinin 4. fıkrası uyarınca davacı vekiline dava dilekçesinde eksik görülen bilgi ve belgeleri sunması konusunda bir aylık süre verildiği belirtilip, aksi halde istemin reddedileceği konusunda bir uyarıda da bulunulmadığı, dilekçenin reddine ilişkin koşulları oluşmadığı ve aynı maddenin 6. fıkrası uyarınca, istemin ve kanıt belgelerinin değerlendirilmesinde mahkemenin gerekli gördüğü araştırmaları kendiliğinden yapabileceği, yönündeki düzenleme de dikkate alınmadan eksik inceleme ile yetinilip yazılı biçimde karar verilmesi..." (karar için bakınız, Düzgün/ Elmacı, s. 126 vd).

¹⁰⁶³ Çolak/Taşkın, s. 701.

¹⁰⁶⁴ "...Başvuranın tutukluluğunun ve tutukluluk süresinin mali ve sosyal statüsü ile birlikte raportör hakim hazırladığı rapora dayanılarak ve başvuruyu dinleme gereği duyulmaksızın tespit edildiği doğrudur... Ancak, başvuranın maruz kaldığı iddia ettiği duygusal sıkıntı farklı açılardan değerlendirilmelidir. AİHM, başvurana, Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesine tutukluluğu nedeniyle maruz kaldığı sıkıntı ve kaygı nedeniyle yaşadığı manevi zararı sözlü olarak açıklama fırsatı verilmesi gerektiği kanaatinde. Tecrübesinin esasen kişisel niteliği ve uygun tazminat miktarının belirlenmesi başvuranın dinlenmesini gerektirmiştir. Bu meselelerin nitelik olarak teknik olduğu ve yalnızca dava dosyasına dayanılarak uygun şekilde çözülebileceği söylenemez. Aksine AİHM, başvuranın davasında, adaletin yerine getirilmesinin ve Devletin açıklamada bulunma gereğinin, başvurana kamuya açık yerel yargılamada kişisel durumunu açıklama hakkı verilerek daha iyi yerine getirileceği

dolayısıyla Türkiye'yi mahkum etmesidir. AİHM bu kararında başvuranın gözetiminde tutulmasının yarattığı kaygı ve üzüntüden kaynaklanan manevi zararlarının ilk derece mahkemesi önünde sözlü olarak açıklama hakkının bulunduğu karar vermiştir. Bu gelişme üzerine CMK bilim komisyonu anılan karar doğrultusunda yargılamanın duruşmalı yapılması gerektiği görüşünü benimsemiştir.¹⁰⁶⁵ Nitekim bu husus değişiklik tasarısının gerekçesinde, “11.7.2002 Göç/Türkiye kararında AİHM, sekize karşı dokuz oyla, çekişmeli yargılamanın gerektirdiği duruşma hakkı garanti edilmediği için Sözleşmenin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. 466 sayılı Kanun uyarınca Ağır Ceza Mahkemesinde (ve temyiz aşamasında Yargıtay'da) görülen davada, başvurucuya, durumunu sözlü olarak anlatma fırsatı verilmemiştir. Oysa tazminat miktarını belirlerken dikkate alınan davacının sosyal, ekonomik konumu ve gözetiminde çektiği acı gibi kişisel durumlar duruşmayı gerekli kılmaktadır” biçiminde ifade edilmiştir¹⁰⁶⁶. Gerçekten de kişinin özellikle çektiği manevi acı ve elemi anlatabilmesi için sözlü olarak mahkeme önünde durumunu anlatma hakkının kendisine tanınması yerindedir. Fakat eğer kişinin çektiği acı mahkemece başka yollarla da saptanabiliyorsa (doktor raporu, tanık beyanı vs.) bu durumda duruşmada hazır bulunmasına gerek bulunmayabilir.

Uygulamada da kararın dosya üzerinde inceleme yapılarak değil, duruşma açılarak verilmesi gerektiği yerleşmiştir¹⁰⁶⁷. Ancak, istemde bulunan ve Hazine temsilcisinin yokluğunda karar verilebilir.

CMK'nın 142. maddesindeki önemli bir yenilik de 7. fıkrada bulunmaktadır. 466 sayılı Kanunun 3. maddesine göre inceleme “dilekçe üzerinden” ve “duruşmasız” yapılmaktaydı. Hiç kuşkusuz bu durum, AİHS'nin 6. maddesinde güvence altına alınan “adil yargılanma hakkı”nın açık bir ihlaliydi. Yeni

kanaatindedir. Hükümetin, 466 sayılı Kanunun dayandığını ileri sürdüğü hız ve etkinlik değerlendirmelerinin, bu faktörün yanında önemsiz kaldığı sonucuna varılmıştır.

AİHM, yukarıda kaydedilen nedenlerle, sözlü duruşmadan vazgeçilmesini haklı gösterebilecek istisnai koşullar bulunmadığı ve dolayısıyla da AİHS'in 6/1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.”(karar için bkz. Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride, Tezcan, age, s. 260).

¹⁰⁶⁵ Hakeri, Dönmezer Armağanı, s. 902 vd.

¹⁰⁶⁶ Tasarı metni için bakınız, www.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0453.pdf.

¹⁰⁶⁷ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 15.12.2009 tarih, 5256/7692 sayılı kararında; “...5353 sayılı Yasanın 20. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK'nın 142/7 maddesine aykırı olarak kararın duruşmalı olarak verilmesi gerektiği düşünülmeden, dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu naip hakim raporunu ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmesi...” diyerek duruşmasız karar verilemesini bozma nedeni saymıştır.

düzenlemeyle bu aykırılık giderilmiş ve “mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir” hükmü getirilmiştir. Ancak tarafların gelmemesi halinde mahkemeye yoklukta karar verebilme serbestisi getirilmiştir. Yine de getirilen düzenlemede “yokluklarında karar verilebilir” denildiğine göre mahkeme yoklukta karar vermeyebilir de¹⁰⁶⁸. Tazminat davasında Cumhuriyet savcısının konumu kamu adına iddia tarafını temsil etmek değildir. Çünkü davada davacı tarafı bulunmaktadır. Öte yandan dava Hazineye karşı açıldığından Devleti temsilen Hazine temsilcisi de davalı tarafı oluşturmaktadır. Tazminat uyuşmazlığı daha önceki bir koruma tedbirine dayandığından ve savcılık da bu işlemlerde etkili olduğundan, yapılan bu işlemin tazminatı gerektirip gerektirmediğinin tespitinde savcılığın görüşünün önemi nedeniyle işin içinde olması düşüncesiyle Yasada düzenleme yapılmıştır. Ancak duruşmada savcılığın zorunlu olarak bulunması düşüncesi genel kabul görmekte ise de, savcılığın sadece görüş bildirmesi yönünde görüşler de bulunmaktadır.¹⁰⁶⁹

Yargılama sonucunda mahkeme tarafından verilecek kararlar iki başlık altında toplanabilir. Bunlar usule ilişkin kararlar ve esasa ilişkin kararlardır. Usule ilişkin olarak; dilekçenin eksiklikler nedeniyle reddi, süreden reddi ve yetkisizlik kararı verebilir. Esasa ilişkin ise davanın kabulü, kısmen kabulü ve reddine karar verebilir¹⁰⁷⁰.

Mahkemenin dilekçeyi kabul ettikten sonra bir duruşma günü belirlemesi ve duruşma gününü de Hazineye tebliğ etmesi gerekecektir. Duruşmadan önce gereken araştırmaları yaparak kararını duruşmada açıklaması gerekir. Duruşmada tarafların sözlü görüşleri alınıp karar verilmelidir. Duruşma günü tebliğine rağmen davacı veya Hazine temsilcisi gelmezse yokluklarında karar verilebilir¹⁰⁷¹.

Usule ilişkin verilecek kararlarda duruşma açılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak Cumhuriyet savcısının yazılı görüşünün alınması zorunludur. Esasa ilişkin karar verilebilmesi için duruşma yapılması zorundadır.

¹⁰⁶⁸ Mungan, s. 5.

¹⁰⁶⁹ Yurtcan, s. 675.

¹⁰⁷⁰ Düzgün/ Elmacı, s. 127 vd.

¹⁰⁷¹ Gökcan, s. 471.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka konu da mahkemenin ön inceleme sonucunda davanın kabule şayan olup olmadığı yönünde bir ara karar verip vermeyeceğidir. Mahkeme ön inceleme sonucunda davayı kabule şayan görürse tazminat miktarının belirlenmesi için araştırma yapacağına veya üyelerinden birine yaptıracağına göre ve naip üye mahkemece belirleneceğine göre mahkeme öncelikle davanın kabule şayan olup olmadığı yönünde kurul olarak ara karar verdikten sonra aynı ara kararında tazminat miktarının araştırmasının kurul olarak mı yoksa bir üye aracılığıyla mı yapılacağını da belirleyecektir.¹⁰⁷²

Mahkemece duruşma yapılmadan veya duruşma yapılarak verilecek kararlar şu şekilde sıralanabilir.

a) Dilekçenin reddi

Mahkemece istek sahibinin dilekçesinde eksiklikler belirlenip giderilmesi için verilen sürede dilekçedeki eksiklikler giderilmezse dilekçenin reddine karar verilecektir¹⁰⁷³. Dilekçenin reddine karar verilebilmesi için mahkemece dilekçedeki eksikliklerin giderilmesi için yapılan bildirimde, eksikliklerin giderilmemesi durumunda dilekçenin reddine karar verileceğinin de belirtilmesi gerekir¹⁰⁷⁴. Bu karara karşı itiraz edilebilir. İtiraz usulü CMK'nın 267 ve devamı maddelerine tabidir¹⁰⁷⁵.

b) Davanın süreden reddi

Davanın süreden reddi ilk inceleme sonrası verilebilecek kararlardandır. Mahkemece yapılacak ön inceleme sonucunda davanın süresinde açılmadığı için süreden reddine karar verilir. Dilekçenin reddinden farklı olarak burada eksikliklerin giderilmesi için bir süre verilmesi gibi bir durum olmaz. Ancak eski hale getirme hükümlerinin geçerli olduğunun kabulü gerekir.

Davanın süreden reddi kararı verilemeyeceği, çünkü süre konusunun ön inceleme aşamasında incelenmesi gerektiği, eğer süresinde açılmış ise davanın

¹⁰⁷² Yurtcan, s. 675.

¹⁰⁷³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21.12.2010 tarih, 212/263 Sayılı Karar.

¹⁰⁷⁴ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 9.3.2009 tarih, 2007/23874-2009/5299 Sayılı Kararı.

¹⁰⁷⁵ Gökcan, s. 471.

kabule şayan olduğuna ilişkin karar verileceği, eğer süresinde açılmamış ise dilekçenin reddi kararı verileceği, bu nedenle de mahkeme aşamasında süre ile ilgili bir sorun çıkmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁷⁶. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü davanın süreden reddi kararı bir araştırma gerektirecek ve ayrıca eksiklik tespiti halinde tamamlama imkanı da olmayacaktır.

c) Davanın husumetten reddi

Davanın Hazineye karşı açılmaması, işlemi yapan hâkim, Cumhuriyet savcısı veya kamu görevlisine karşı açılması halinde verilecek karardır. Bu husus da ön inceleme aşamasında yani, dilekçenin incelenmesi ve reddedilmesi aşamasında gözetilecektir.

d) Yetkisizlik Kararı

Mahkeme kendisinin yetkisiz olduğunu düşünüyorsa yetkisizlik kararı verecektir. Bu durumda dava yetkili mahkemeye gönderileceğinden dava derdest olarak devam edecektir. Yetkisizlik kararı işi esastan çözen bir karar değildir.¹⁰⁷⁷

e) Davanın esastan reddi

Bu kararın verilmesinin anlamı olayda tazminat verilmesini gerektiren bir durum bulunmadığının mahkemece saptanmış olmasıdır. Uygulanan koruma tedbirinin hukuka uygun olması veya Yasada belirtilen tazminat verme koşullarının olayda gerçekleşmemesi nedeniyle bu karar verilir.¹⁰⁷⁸ Yasada belirtilen tazminat verme koşulları dışında kalıp genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının bulunduğu durumda da dava esastan reddedilir, ancak genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının bulunduğu kararda belirtilir.

¹⁰⁷⁶ Yurtcan, s. 676.

¹⁰⁷⁷ Yurtcan, s. 676.

¹⁰⁷⁸ Yurtcan, s. 675.

f) Davanın kabulü

Tazminat isteminin hukuka uygunluğunu ve haklılığını kabul eden bir karardır. Uyuşmazlığı esastan çözen bu kararlar istemin tamamı veya bir kısmı kabul edilir.¹⁰⁷⁹

9.7. Harç

Koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davaları harca tabi değildir¹⁰⁸⁰. Koruma tedbirleri nedeniyle uğranılan zararların tazminine yönelik yasal düzenlemelerin amacı, kişi güvenliği ve özgürlüğü başta olmak üzere kişilerin haklarının korunmasıdır. Tam da bu nedenle Devletten kaynaklanan mağduriyetlerin tazmini söz konusu olduğunda yeni mağduriyetleri de engellemek amacıyla, tazminat hukukunun genel prensiplerinden ayrılarak dava harcından muafiyet getirilmektedir¹⁰⁸¹. 466 sayılı Yasa döneminde de haksız tutuklama nedeniyle açılan tazminat davaları harçtan muaf idi.¹⁰⁸²

Ancak uzun süre Hazinesinin harçtan muaf olup olmadığı ve nispi harç konusunda Yargıtay daireleri arasında görüş ayrılığı bulunmakta ve bazı daireler nispi harç alınabileceği bazı daireler ise alınamayacağı görüşünde idiler¹⁰⁸³. 466 sayılı Yasa uygulaması sırasında çıkan içtihat farklılığı üzerine 15.4.1974 tarihinde toplanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulu Hazinesinin nispi harçtan muafiyetine hükmetmiştir¹⁰⁸⁴. Aynı uygulama 5271 sayılı Yasa gereğince açılan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarında devam etmektedir.¹⁰⁸⁵ Harçlar

¹⁰⁷⁹ Yurtcan, s. 676.

¹⁰⁸⁰ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 29.2006 tarih, 13/5888 sayılı kararı; “466 sayılı Yasa uyarınca açılan tazminat davasının harca tabi olmadığı gözetilmeyerek davacı aleyhine red harcına hükmedilmesi...”

¹⁰⁸¹ Mungan, Özlem, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, www. mungan.av.tr/yazi/haksiz yakalama.doc, Nisan 2006, s. 5.

¹⁰⁸² Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 29.6.2006 tarih, 13/5888 sayılı kararında; “...466 sayılı Yasa uyarınca açılan tazminat davasının harca tabi olmadığı gözetilmeyerek davacı aleyhine red harcına hükmedilmesi...” diyerek haksız tutuklama nedeniyle açılan tazminat davasının harca tabi olmadığını belirtmiştir.

¹⁰⁸³ Surlu, s. 625.

¹⁰⁸⁴ YİBK 15.4.1974 tarih, 4/3 sayılı kararı için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, Cilt: 3, s. 886, İkinci Baskı, Ankara 1984

¹⁰⁸⁵ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 28.4.2009 tarih, 2006/17028-2009/5666 sayılı kararında, “...kararın niteliği gereğince harca karar verilmesi mümkün bulunmadığı halde davacı taraftan harç alınmasına karar verilmesi...” diyerek bu hususu vurgulamıştır.(Düzgün, Elmacı, age, s. 145)

Kanunu'nun 13. maddesinin (j) bendine göre de Hazine harçtan muaftır¹⁰⁸⁶. Hazinenin harçtan muaf oluşu artık uygulamada yerleşmiştir.

9.8. Yargılama Gideri

Yargılama sırasında yapılan işlemlerin masrafına yargılama gideri denilmektedir¹⁰⁸⁷. Günümüz ceza yargılamasında bazı işlemler çok pahalı olabilmektedir. Bu nedenle yargılama gideri önem kazanmaktadır. Yargılama giderleri konusu CMK'nın 324. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

466 sayılı Yasanın 7. maddesindeki, “ *tazminat talebi kabul olunmayan kimsenin sebebiyet verdiği masraf da kendisine yükletilir*” hükmü uyarınca yargılama giderine de hükmedilmektedir¹⁰⁸⁸. Tazminat istemi üzerine işin esasına girilip, bazı incelemeler yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması, bazı hususların araştırılması gibi nedenlerle bir takım masraflar yapıldıktan sonra istem reddedilirse, bu kararın kesinleşmesinden sonra, istem nedeniyle yapılan bu masrafların istemi reddedilen davacıdan alınması gerekecektir.¹⁰⁸⁹

Eğer istemde bulunan tazminat istemine esas oluşturan işlemlere tamamen kendi kusurlu hareketleri ile sebep olursa isteminin reddi halinde istem sahibi sebep olduğu masrafları ödemekle yükümlüdür.¹⁰⁹⁰ Uygulamada da yargılama giderine bu doğrultuda hükmedilmektedir.¹⁰⁹¹

Yapılan yargılama sonucunda eğer istemde bulunanın istemi kabul edilirse, davacının yapmış olduğu yargılama giderlerinin davalı Hazine tarafından ödenmesi gerekir. İstem reddedilmiş ise davalının yaptığı yargılama giderleri ile mahkeme tarafından yapılan yargılama giderlerinin davacıdan alınması gerekir. Mahkeme tarafından her türlü araştırma kendiliğinden yapılacağından davacı tarafından ileri sürülen olguların doğruluğunu araştırmak için mahkemece yapılan yargılama

¹⁰⁸⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 8.10.2007 tarih, 10595/11895 sayılı kararında; “...temyiz eden davalı kurum 5018 sayılı Yasa gereğince harçtan muaf olduğundan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine...” diyerek kamu kurumlarının harçtan muaf olduğunu belirtmiştir.

¹⁰⁸⁷ Öztürk/ Erdem, s. 1003.

¹⁰⁸⁸ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 174.

¹⁰⁸⁹ Kavalalı/ Ünver, s. 163.

¹⁰⁹⁰ Surlu, s. 618.

¹⁰⁹¹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi 5.2.1998 tarih, 3983/327 sayılı kararı için bkz. YKD, Cilt: 24, sayı: 6, s. 944

giderlerinin de kaybeden taraftan alınması gerekir. Kısmen kabul kısmen ret halinde ise yapılan yargılama giderlerinin hangi oranda veya hangi giderin hangi taraftan alınacağına mahkemece karar verilecektir.

9.9. Vekalet Ücreti

Vekalet Ücreti yargılama giderleri arasında kabul edilmektedir. 29.05.1957 gün ve 4/6 sayılı ve 02.05.1956 gün ve 4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarında yargılama giderlerinin neler olduğu ve karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücretinin de bu giderler arasında olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu durumda avukatlık ücretine hükmedilip edilmeyeceğini hükmedilecek ise miktarını tayin ve takdir etmek hakimnin resen yapacağı işlerdendir. Bunun yanı sıra 5271 sayılı CMK.'nın 324/1 maddesi ile¹⁰⁹²; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre karşı yana yükletilecek olan avukatlık ücretinin yargılama giderlerinden olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

Buradaki vekalet ücreti hakkında ceza davası açılıp da beraat eden her sanık için değil, açılan dava nedeniyle koruma tedbiri uygulanan sanıklar için söz konusudur. Hakkında ceza davası açılan sanıkların beraat etmeleri halinde CMK'nın 141 ve devamı maddeleri uyarınca tazminat davası açabileceği ve kendi tayin ettiği avukata ödediği ücreti bu şekilde alabileceği biçiminde görüşler de bulunmaktadır. Bu düşünce CMK'nın 141. maddesine uygun düşmemektedir. Çünkü, CMK'nın 141 ve devamı maddeleri "koruma tedbirleri nedeniyle tazminat" başlığını taşımakta olduğundan sadece soruşturma ve kovuşturma sırasında hakkında maddede sayılan koruma tedbirleri uygulanan kişi bu tazminat davasını açabilir.

Maddede hangi koruma tedbirleri için dava açma imkanı tanındığı da sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla beraat eden sanığın; bu ceza davası nedeniyle avukatına ödediği avukatlık ücretinin Devlet tarafından ödenmesi istemi ile CMK'nın 141 ve devamı maddeleri uyarınca dava açma hakkı yoktur. Eğer sanık hakkında bir koruma tedbiri uygulanmış ve bu tedbirin uygulandığı davada beraat

¹⁰⁹² "Harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleridir."

etmiş ise bu tedbir ile ilgili olarak tazminat davası açma hakkı doğacak ve ancak bu durumda avukatına ödediği ücreti isteyebilecektir¹⁰⁹³.

Vekalet ücreti konusunda uygulamada karşılaşılan bir sorun da vekalet ücretlerinin kötüye kullanılmasıdır. Tazminata hükmedilen bir dosyada her bir dava için maktu avukatlık ücretine hükmedilmektedir. Bu rakam 2012 yılında 2400 liradır. Avukatın davayı takip yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu nedenle uygulamada birkaç saatlik gözaltılar için yoğun bir biçimde davalar açılmaktadır. Hükmedilen tazminat miktarları 100 lira iken vekalet ücretleri ise 2400 lira olup, birden fazla davada bu rakam aynı şekilde katlanarak verildiğinden kötüye kullanılabilir. Bu nedenle bu davalarda vekalet ücretinde sayı ve miktar sınırlaması getirilmelidir.

10. TAZMİNATIN HESAPLANMASI

CMK'nın 142/6. maddesine göre; *“istemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir”*. Mahkeme öncelikle dilekçe ve ekindeki olaylar ve olguların gerçek olduğunu saptadıktan sonra, tazminat verilip verilmeyeceğine karar verecektir. Daha sonra ise verilecek tazminat miktarı konusunda her türlü araştırmayı ya kendisi yapacak ya da belirleyeceği bir hakime yaptıracaktır. Verilecek tazminat ise tazminat hukukunun genel prensiplerine göre belirlenecektir.

1086 sayılı HUMK'un 226'ncı maddesine göre de, *“hesap görülmesine veya kalem kalem tetkike muhtaç davalarda hakim re'sen veyahut iki taraftan birinin talebiyle delillerin ikamesinden evvel ihzari muamele icrasını emredebilir”*. Bu düzenleme 6100 sayılı HMK'da ise, sadece hesap gerektiren işlemler için değil her dava için 137 ve devamı maddelerinde ön inceleme olarak ayrı bir bölüm halinde ele alınmıştır. Ön inceleme kurumu yeni bir kurum olup burada temel amaç tarafları sulhe teşvik etmektir¹⁰⁹⁴. CMK koruma tedbirleri nedeniyle açılacak tazminat

¹⁰⁹³ Aydın, Murat, Beraat Eden Sanık Yararına Avukatlık Ücretine Hükmedilmesi Kanuna Aykırı Değildir, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Ankara 2008, Yıl: 3, Sayı: 18, s.160 vd.

¹⁰⁹⁴ Madde 137 (1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.

davalarında farklı bir ön inceleme yöntemi belirlediğinden HMK'daki ön inceleme usulü uygulanmayacaktır.

Maddi manevi her türlü zarar ödeneceğine göre, istem sahibinin kanıtlayabildiği her çeşit zararın ödenmesi gerektiğinden, öncelikle her türlü zararın, yani bütün zararın, kanıtlanması gerekmektedir. Yasada özel düzenleme bulunduğundan bazı zararlar için hukuk mahkemesinde dava açılmasının serbest olduğuna karar verilemez.¹⁰⁹⁵

Tazminatın hesaplanmasında dikkat edilmesi gereken bir başka konu ise taleple bağlı olunması gerektiğidir. Mahkeme istemde bulunanın istediği miktarın bir kısmını veya tamamını kabul edebilir, fakat mahkeme tazminat miktarını saptarken talep edilen miktarın üzerine çıkamayacağı gibi davacı da sonradan talebini artıramaz.¹⁰⁹⁶ Hatta davacı tutuklu kaldığı günleri eksik bildirmiş olsa dahi dilekçesinde bildirdiği bu eksik tutukluluk süresi dikkate alınacaktır.¹⁰⁹⁷ Ancak bu görüş her türlü araştırmayı yapma ilkesiyle uygun düşmeyebilecektir. Özellikle mahsup gibi teknik konuların bulunduğu durumlarda istem sahibinin kaç gün için tazminat isteyeceğini bilmesi beklenemez. Bu nedenle de eğer istem sahibi gün sayısını belirtmemişse mahkemece tutuklu kaldığı günler kendiliğinden araştırılmalıdır. Uygulamada da bu yönde kararlar bulunmaktadır.¹⁰⁹⁸

Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine göre hâkim, hal ve durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre tazminat tutarını belirler. 52. maddeye göre de nedenleri varsa tazminattan indirim yapabilir. Maddeye göre öncelikle uğranılan zarar miktarı saptanacak, zarar tutarından kusur oranına göre gerekli indirimler yapılacak, zarar ile yarar denkleştirilecek ve sonra tazminat tutarı belirlenecektir.

(2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.

¹⁰⁹⁵ Erem, s. 726.

¹⁰⁹⁶ Feyzioğlu, s. 137 Yargıtay da bu konuda bilirkişi tarafından gerekçeli olarak hesaplanan maddi zararın istenilen miktardan fazla çıkması halinde mahkemenin istemle bağlı olacağına hükmetmiştir. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 13.05.1982 tarih, 1688/1756 sayılı kararı için bkz. YKD, cilt: 8, sayı: 8, s. 1194)

¹⁰⁹⁷ Surlu, s. 618.

¹⁰⁹⁸ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 9.10.2007 tarih, 9196/11468 sayılı kararı; "...davacının tutukluluk süresinin 70 gün olduğu gözetilmeden, 69 gün üzerinden tazminat hesaplaması yapılması..."

Saptanan tazminat gerçek zararın üst sınırını aşamayacaktır. Tazminatın kapsamının belirlenmesinde hakime geniş takdir yetkisi verilmiştir.¹⁰⁹⁹

Tazminat hesaplanırken mahkeme, ilk olarak maddi manevi her türlü zararın meydana gelip gelmediğini, ikinci olarak ise bir zarar meydana gelmişse meydana gelen zararın miktarını saptamak zorundadır. Bu saptamanın ardından da durumun özelliklerine göre bu zararı aşmamak üzere uygun bir tazminata hükmedecektir.

10.1. Maddi Tazminatın Hesaplanması

Maddi tazminat somut olgulara dayanan tazminat türü olduğundan belirlenmesinde gerek görülürse bilirkişiye müracaat edilebilir¹¹⁰⁰. Bunun yanında öncelikle zarar saptanacağından zarar verici eylemden önceki günlük gelir belirlenmelidir. Tatil günleri çalışıp çalışmadığı, izinli sayılıp sayılmadığı, tutuklu kaldığı günlerde ücretini alıp almadığı gibi hususlar araştırılarak kişinin önceki geliri saptanmalıdır¹¹⁰¹. Kişi serbest çalışıyor veya çiftçi ise yaklaşık geliri hesaplanmalıdır. Kişi işsiz ise tazminat verilmemesi gerektiğini savunanlar bulursa da asgari ücret üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Uygulamada da işsizler için asgari ücret üzerinden hesaplama yapılmaktadır¹¹⁰².

Zararın haksız uygulanan işlemle sınırlı olması gerekmektedir. Uygulanan işlem nedeniyle tedavi gideri olmuşsa bunlar da zarar kapsamında belirlenmelidir. Faiz ve vekalet ücreti de zarar kapsamında değerlendirilmelidir. Zarar ile uygulanan işlem arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.¹¹⁰³ Zararın belirlenmesinde kişinin önceki iş ve uğraşının belirlenmesi ve buna göre gelirin belirlenmesi önemlidir. Çiftçi olan kişinin işsizler gibi asgari ücret üzerinden zarar hesaplanması yönündeki

¹⁰⁹⁹ Karahasan, s. 453.

¹¹⁰⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 15.9.2009 tarih, 7479/10361 sayılı kararında bu konu; "...davacının tutuklu kaldığı dönemde görev yaptığı üniversiteden maaşının 2/3 ünü alıp almadığı, kalan 1/3 ünün de kendisine ödenip ödenmediği, maaşının dışında ders ücreti alıp almadığı ve tutuklu kaldığı günler itibari ile görevine devam etse idi ne kadar ders ücreti alması gerektiği hususlarının araştırılmasına müteakiben konunun uzmanı bir bilirkişiden maddi tazminat istemi konusunda ayrıntılı rapor alındıktan sonra nasıl olacak sonuca göre bir karara varılması gerekirken bilirkişinin yetersiz raporuna dayanılarak eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması..." biçiminde ifade edilmiştir.

¹¹⁰¹ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 135 vd.

¹¹⁰² Yargıtay 8. Ceza Dairesi 26.12.2001 tarih, 13893/17507 sayılı kararında; "...herhangi bir işte çalışmayan şahısların maddi tazminatın hesabında asgari ücretin esas alınması sürdürülen uygulamaya uygun bulunması karşısında..." denilerek bu husus vurgulanmıştır.

¹¹⁰³ Tezcan, s. 116 vd.

Yargıtay kararına katılmak mümkün değildir¹¹⁰⁴. Çiftçiler açısından zarar, aynı durumdaki çiftçilerin geliri, ödediği vergi, önceki ürün teslim döneminde teslim ettiği ürün, arazi miktarı, önceki çalışma durumu gibi etkenlere göre belirlenmelidir¹¹⁰⁵.

Tazminat belirlenirken zararın saptanmasından sonra zarar ve yararın denkleştirilmesi gerekmektedir¹¹⁰⁶. Önce net zarar saptandıktan sonra tazminat miktarı olayın özelliklerine ve davacının kusuruna göre belirlenmeli, son olarak da koşulları varsa uygun miktarda indirim yapılmalıdır. Örneğin, arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilerek eşyasına (bilgisayar) zarar verilen davacının zarar gören bilgisayarının zarar görmüş hali ile de belli bir değeri bulunmaktadır. İşte bu değer Borçlar Kanunu 44. maddesi gereğince belirlenecek tazminattan düşülmelidir. Yargıtay, kişinin tutuklu kaldığı süre içerisinde çalıştığı kurumdan sağladığı hak ve yararların tazminat miktarından düşülmesi gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁰⁷

Kişinin kasıtlı olarak hakkında koruma tedbiri uygulanmasına neden olması halinde tazminata hükmedilmeyecektir. Örneğin, kişi suçu üstüne alarak tutuklanmış, sonradan gerçek ortaya çıkmışsa burada kişi kendi kusuruyla zarara neden olduğundan illiyet bağı kesildiği için tazminata hükmedilmeyecektir. Kasıtlı hareket

¹¹⁰⁴ Yargıtay 8. Ceza Dairesi 3.10.2006 tarih, 3812/7171 sayılı kararı; "...çiftçilikle uğraşan davacının haksız olarak tutuklu kaldığı tarihteki asgari ücrete göre maddi tazminatın hesap ve taktir edilmesi gerektiği gözetilmeden, duruşmada dinlenen ziraat odasında görevli bilirkişi beyanına dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması..."

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 13.9.2007 tarih, 3424/6380 sayılı kararı; "...çiftçilikle uğraşan davacının maddi zararlarının, tutuklama tarihinde asgari ücretin ne miktar olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğünden sorulup belirlenmesinden sonra, brüt asgari ücretten yasal kesinti ve vergiler düşülüp, davacının resmi bayram ve tatil günleri çalışıp çalışmadığı da araştırıldıktan sonra, işin ehli mali müşavir bir bilirkişiden rapor alınması yerine, konunun uzmanı olmayan ziraat mühendisi bilirkişinin eksik ve hatalı incelemeye dayalı raporu esas alınarak eksik inceleme ile hüküm kurulması..."

¹¹⁰⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 24.4.1974 tarih, 1152/823 sayılı kararı; "...davacı çiftçi olmasına göre, resmi tatil ve bayram günlerinden başka köyünde iklim ve coğrafi şartlar bakımından ve özellikle tutukluluk süresi içinde kaç gün çalışması gerektiğinin tarım kuruluşlarından sorulup saptandıktan sonra tazminata hükmedilmesi gerekir..."(Köroğlu, age, s. 58)

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 15.4.2009 tarih, 2008/5148-2009/2148 sayılı kararında; "...davacının belli bir meslek sahibi olduğuna dair belge ibraz edememesi ve tutuklama tarihlerinde tarımla uğraştığının tespit edilmesi karşısında, tutuklama tarihinde tarım kesiminde uygulanan asgari ücretin ne miktar olduğunun Bölge Çalışma Müdürlüğünden sorulup belirlenmesi ve davacının resmi bayram ve tatil günleri çalışıp çalışmadığının araştırılmasından sonra, brüt asgari ücretten yasal kesinti ile vergilerin düşülmesi suretiyle denetime elverişli olacak şekilde maddi tazminat hesabı yapılmadan ya da işin ehli mali müşavir bilirkişiden rapor alınmadan eksik inceleme ile karar verilmesi..." denilerek eğer çiftçilikle uğraşan kişi gelirini belgeleyemezse asgari ücretin uygulanması gerektiği belirtilmiştir (Düzgün/ Elmacı, s. 176).

¹¹⁰⁶ Karahasan, s. 501.

¹¹⁰⁷ Kavalalı/ Ünver, s. 50.

yanında kişinin kusurlu davranışı veya ihmali de hakkında tedbir uygulanmasına neden olabilir. Böyle durumda hakim duruma ve kusurun ağırlığına göre tazminat miktarını belirleyecektir. Alman Tazminat Kanununa göre, kasten davranmanın yanında kusur veya ihmal yerine ağır kusur terimi kullanılmıştır¹¹⁰⁸.

Tazminat somut olmalıdır, varsayımlara dayanarak hesaplanmamalıdır. Örneğin, öğrenciyken tutuklanan kişinin okulunu bitireceği, işe girip maaş alacağı gibi soyut varsayımlara dayalı tazminat hesaplanmamalıdır.¹¹⁰⁹

Haksız olarak tutuklanan kişinin cezaevinde kaldığı süre içerisindeki işe bedelinin kendisine ödenecek tazminattan önceleri düşülmesine karar verilirken¹¹¹⁰, sonradan kişinin elinde olmayan ve haksız olarak düşürüldüğü konum nedeniyle kendisine yapılan masrafların istenmesi hakkaniyete uygun olmadığından bu uygulamadan vazgeçilerek işe bedelinin tazminat miktarından düşülmesi uygulamasına son verilmiştir¹¹¹¹.

Tazminat miktarı hesaplanırken brüt ücret üzerinden değil, net ele geçen miktar üzerinden hesaplanmalıdır¹¹¹².

Uygulamada tazminat miktarı belirlenirken istemde bulunan hakkında tedbir uygulanmadan önceki geliri esas alınmaktadır. Oysa kişilerin asıl mağduriyetleri haksız olarak haklarında koruma tedbiri uygulandıktan sonra ortaya çıkmakta, işlerini, müşteri çevrelerini kaybedebilmektedirler¹¹¹³. Bu nedenle yoksun kalınan karın da tazminat hesabında dikkate alınması gerekmektedir. Kişinin zarara neden olan olay meydana gelmeseydi malvarlığı ne durumda olacak idiyse zarar buna göre belirlenmelidir¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁸ Erem, s. 727.

¹¹⁰⁹ Feyzioğlu, s. 139.

¹¹¹⁰ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 155.

¹¹¹¹ Kavalalı/ Ünver, s. 69.

¹¹¹² Yargıtay 1. Ceza Dairesi 25.5.2004 tarih, 2003/4481-2004/1961 sayılı kararında; "...tarafsız ve uzman bir bilirkişi marifetiyle, davacıya verilmesi gereken maddi tazminat miktarının, tutuklu kalınan süre için geçerli net asgari ücret dikkate alınarak hesaplanması gerekirken brüt tutar üzerinden yazılı miktarda belirlenmesi..." diyerek net ücret üzerinden hesap yapılması gereğine değinmiştir.

¹¹¹³ Köroğlu, s. 29.

¹¹¹⁴ Andreas Von Tuhr, s. 78.

10.2. Manevi Tazminatın Hesaplanması

Koruma tedbirleri uygulanması sonucunda oluşan maddi zararın yanında, belki maddi zarardan daha önemli bir zarar ise, bu davranışın ilgili kişide yarattığı elem ve ıstırap şeklinde kendini gösteren manevi zarardır. Haksız uygulamaya maruz kalan kişinin düştüğü ruhsal çöküntüyü düzeltecek, duyduğu elem ve ıstırapı dindirecek, kendisine güven duygusu ve yaşam sevinci verecek niteliğe sahip olan manevi tazminat, özellikle haksız yakalama veya tutuklamayı giderici çözüm yolu olmaktadır. Bu tazminat yakalama ve tutuklama sebebi ile orantılı olmalıdır.¹¹¹⁵

Manevi tazminatın hesaplanmasında da öncelikle mahkeme istemde bulunanın kişilik değerlerinin saldırıya uğrayıp uğramadığını saptayacak daha sonra manevi tazminat miktarını belirleyecektir.

Manevi tazminatın amacı zarar görenin uğradığı bedensel ve ruhsal acı ve ıstırapların telafi edilmesidir.¹¹¹⁶ Manevi tazminat Türk Borçlar Kanunu 56. maddesine göre belirlenecektir. Manevi tazminatın belirlenmesi maddi tazminatın belirlenmesindeki gibi objektif ölçütlere dayanmadığından, hakkaniyete uygun, kişilerde tatmin duygusu verecek nitelikte, öte yandan kişilerde sebepsiz zenginleşmeye meydan vermeyecek ölçülerde olmalıdır.¹¹¹⁷

Hukuk Genel Kurulu 13.2.1991 tarih, 4/615-62 sayılı kararında¹¹¹⁸; “*manevi tazminatın takdirinde amaç, kişisel değerleri saldırıya uğrayan kimsede bir huzur duygusu doğurmak ve onun ruhi ıstırabının dindirilmesini sağlamaktır. Bu nedenle manevi tazminatın takdirinde her olayın koşullarının özellikle tarafların kültürel, ekonomik ve sosyal durumlarının göz önüne alınması, kişisel değerlere yapılan saldırının ağırlığının mutlak surette değerlendirilmesi ve bunların sonucu olarak uygun bir manevi tazminata karar verilmesi gerekir*” diyerek manevi tazminatın

¹¹¹⁵ Tezcan, s. 120.

¹¹¹⁶ Deschenaux, Tercier, s. 209.

¹¹¹⁷ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 161.

¹¹¹⁸ İnal, Nihat, s. 351 vd.

belirlenmesindeki ölçütleri belirlemiştir. Manevi tazminatın hesaplanmasında göz önünde tutulacak hususlar uygulama ile ortaya çıkmaktadır¹¹¹⁹.

Manevi tazminatın saptanmasında zarara uğrayanın üzerine atılı suçun ağırlığı da önem kazanmakta, atılı suçun ağırlığı tazminatın miktarının belirlenmesinde, kişinin çektiği acıyı artırdığı ve toplum karşısında zor duruma düşürdüğü düşüncesiyle, göz önünde tutulmaktadır.¹¹²⁰

Manevi tazminatın belirlenmesindeki ölçü zarar görenin toplumdaki yeri¹¹²¹, üzerine yüklenen suçun niteliği ve somut olarak bu olaydan ilgilinin ne kadar etkilendiğidir. İlk iki ölçüt objektif iken, üçüncü ölçüt subjektiftir.

Manevi tazminatta temel amaç kişilik değerleri zarar görenin manevi tatmini olduğundan zarar gören kendisine para ödenmesi yerine başka bir edimin yerine getirilmesini isteyebilir. Eğer bu istem hukuka ve ahlaka uygun ise ve davalı da kabul ederse bu edime hükmedilebilir. 4. HD 22.1.1979 tarih, 6293-544 sayılı

¹¹¹⁹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi 18.4.2005 tarih, 2004/9674-2005/2340 sayılı kararı; "...haksız olarak 57 gün süreyle tutuklu kalan davacıya, zenginleşmesine yol açmayacak biçimde, duyduğu elem ve acıyı karşılayacak, adalet ve nesafet duygularını doyuracak miktarda manevi tazminatın verilmesinin hüküm altına alınması gerekirken, bu niteliklere uygun olmayacak biçimde yetersiz tazminata hükmedilmesi..."

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 20.12.2000 gün, 7671/21421 sayılı kararı; "...haksız olarak 1 yıl 4 ay 28 gün tutuklu kaldığı anlaşılan davacıya maruz kaldığı elem ve ıstırapı karşılayacak miktarda manevi tazminat verilmesinin hakça bir uygulama olacağı gözetilmeden, bu ölçütlerden uzak ve yetersiz bir tazminata hükmedilmesi..."

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 20.6.2006 tarih, 2005/2242-2006/5481 sayılı kararı; "...objektif bir kriter olmamakla beraber, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklu kaldığı süre de gözetilmek suretiyle, zenginleşme sonucu doğurmayacak şekilde hak ve nesafet kurallarına uygun bir miktar olarak tayin ve tespiti gerekirken, bu ölçülere uymayacak miktarda fazla manevi tazminata hükmolunması..."

Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 14.6.2001 tarih, 3835/6890 sayılı kararı; "...objektif bir kriter olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumuna, hal ve mevkiin icabına, tutuklu kaldığı süre ve benzeri hususlar gözetilmek suretiyle, zenginleşme sonucu doğurmayacak şekilde hak ve nesafet kurallarına uygun, makul ve makbul bir miktar olarak tayin ve tespiti gerekirken, bu ölçülere uymayacak şekilde fazla tayini..."

¹¹²⁰ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 8.6.2004 tarih, 2003/1994-2004/2262 sayılı kararı; "...davacının eşini öldürmek gibi ağır bir suç isnadı ile gözaltına alınıp 69 gün tutuklu kalmasına karşılık, hesaplanan manevi tazminatın zenginleşme aracı olarak kullanılmayacağından bahisle 300 lira gibi çok düşük bir miktarda hükmedilmesi..."

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 4.3.2008 tarih, 2007/26023-2008/.... Sayılı kararı; "...objektif bir ölçü olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı ve benzeri hususlar gözetilmek suretiyle, zenginleşme sonucunu doğurmayacak şekilde, hak ve nesafet kurallarına uygun, makul ve makbul bir miktar olarak tayin ve tespit edilmesi gerekirken, bu ölçülere uymayacak miktarda az manevi tazminata karar verilmesi..."

¹¹²¹ Köroğlu, s. 31.

kararında;¹¹²² “...yargıç manevi tazminat yerine, kararın yayınlanması, yanlış suçlamaların düzeltilmesi, sözün geri alınması gibi yükümlülükleri uygulayabileceği gibi ikisini birlikte de uygulayabilir...” demiş ve başka edimleri de kabul etmiştir. Ancak koruma tedbirinde yasa sadece tazminattan söz etmiştir. Dava devlete karşı açıldığı için devletten özür dileme gibi tazminattan başka edim beklenemeyeceğinden manevi tazminat olarak belirlenecek edim türü sadece para olmak zorundadır.

Manevi tazminata ilişkin olarak 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek açılan dava sonucunda Anayasa Mahkemesinin verdiği karar ile hem 49. maddenin Anayasaya aykırı olmadığı karar altına alınmış, hem de manevi tazminatın temelleri, çıkış kaynağı ve niçin manevi tazminata gerek duyulduğu konuları ayrıntılı olarak anlatılmıştır¹¹²³. 6098 sayılı

¹¹²² inal, Nihat, s. 131.

¹¹²³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 10. maddesiyle, herkese kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetler tanımaktadır. Yine aynı madde, kişinin temel hak ve hürriyetlerinin fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırmayı; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı bir ödev olarak Devlete vermiştir. Temel hak ve hürriyetlerin Devletçe korunması ilkesi de 10. maddenin sözünün, ruhunun ve konuluş nedeninin bir gereğidir.

Kişiliğe bağlı temel hakların ve hürriyetlerin korunması için Devletin alabileceği birçok tedbirler vardır. Yasalarla getirilecek düzenlemeler, bu arada ceza müeyyideleri ve tazminat hükümleri söz konusu tedbirler alanında önemli yer tutarlar. Tazminat, kişinin uğradığı zararları karşılar; bunların acısını çıkartmaya yarar ve bir dereceye kadar saldırıların önlenmesinde etkili olur. Zararlar maddî veya manevî olabilir. Maddî zararların karşılanması zorunlu ve olağan iken çok kez acısı maddî kayıplardan daha ağır olan manevî zararların karşılanma yollarının kapalı tutulması elbette ki düşünülemez.

Manevî zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevî varlığına yapılan saldırıların tahriplerini ölçüye vurmaktaki imkânsızlıkta ve manevî kayıpların telâfi kabul etmez niteliğindedir. Ancak bu böyledir diye insanın bir bölüm kişilik hak ve yararlarının korunmayacak yüzüstü bırakılması elbette düşünülemez. Onun içindir ki, konuya ilişkin olarak eksiksiz değilse bile olabildiğince yeterli hükümler yasalarda yer almıştır.

Bu hükümlerden, söz gelimi itirazda bulunan mahkemenin elindeki dâvayı ilgilendirenlere bir göz atılırsa şunlar görülür; Türk Medenî Kanunu şahsın hukukuna, o arada gerçek kişilere, gerçek kişilerde şahsiyete ve şahsiyetin korunmasına ilişkin bir takım ilkeler ve kurallar getirmektedir. Bunlara göre; herkes medenî haklardan yararlanır. Kanun çerçevesi içinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes eşittir. (Madde 8) Kimse medenî haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez. (Madde 23) şahsi menfaatlerinde haksız saldırıya uğrayan kimse, hâkimden tecavüzün önlenmesini isteyebilir ve kanunun saptadığı hallerde maddî veya manevî tazminat adı altında kendisine belli bir para ödenmesini dâva edebilir. (Madde 24)

Öte yandan itiraz konusu Borçlar Kanununun 49. maddesi, şahsi menfaatleri haleldar olan kimseye hatanın özel ağırlığı gerektirdiği takdirde manevî zarar adıyla bir paranın ödenmesini dâva etme yolunu açık tutmakta ve 5680 sayılı Basın Kanununun değişik 17. maddesi, basın yolu ile işlenen eylemlerden manevî zararların da doğabileceğine işaret etmekte ve bunları tazminle ödevli bulunanları açıklamaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddesinde de 818 sayılı Yasanın yaklaşımı kabul edilmiştir. Sadece hakimın tazminat miktarını belirlerken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğini belirten fıkra yeni Yasada yer almamıştır. Yasanın gerekçesinde bu bölümün bu maddede yer almamasının nedeni gereksiz tekrarları önlemek olarak ifade edilmiştir¹¹²⁴.

Para bugün için halâ mübadele aracı ve hesaplaşma birimi olarak fiyatların adlandırılmasında, borçların yerine getirilmesinde, eşya ve hizmet karşılıklarının ödenmesinde, değerlerin, servetlerin ölçülmesinde kullanılan en elverişli tek buluş olduğuna göre, manevî zararların değerlendirilebilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamıyacağı ortadadır. Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir.

Paranın manevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelene kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırılmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhî tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevî varlıkların hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevî kayıpları için herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk genel olarak uğradığı haksız saldırıların hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğe, ferahlığa kavuşur. Esasen manevî tazminat alacağı, kişiye sınımsız bağlı bir hak, ilgilisi dilerse dâvasını açar; dilerse açmıyabilir. Yasalar, kişileri manevî tazminat dâvaları için zorlamakta değildir; yalnızca haklarını aramak isteyenlere bu yolu açık tutmaktadır.

Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan sonra, dâvâlı Anayasa'ya aykırılık iddiasına ve mahkemeyi bu iddianın ciddiliği kanısına götüren gerekçeler üzerinde ayrıca ve uzun uzun durmaya yer kalmıyacaktır. Hakarete uğrayan kimsenin, manevî tazminat olarak bir para isteminde bulunması, onun dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişilik haklarını ve kişilik haysiyetini bir yana bıraktığının değil; tam tersine kişiliğe ve kişilik haysiyetine bağlılığının ve bunları koruma, savunma azminin ifadesidir, ivaz karşılığında kendisine hakaret edilmesi için anlaşma yapan kimse ile hakarete uğrayıp manevî tazminat isteyen kimse arasında ahlâk açısından fark bulunmadığı yolundaki bir iddianın savunulabilecek, desteklenecek yanı, hattâ mantık sınırları içinde yeri yoktur. Borçlar Kanununun manevî tazminat hükmünün, Anayasa'nın 10. maddesindeki temel haklar ve hürriyetleri sınırlaması düşünülemediği için, ortada hakkın özüne dokunan bir kanun sınırlaması bulunduğu söz edilemez. Ceza, suç, kusuru bulunanlar için söz konusu olabilir. Şahsi menfaatleri haksız saldırıya uğrayan bir kimsenin, manevî tazminat dâvası açmasını ve dâvayı kazanmasını, o kimse için bir ceza, hem de insan haysiyeti ile bağdaşamayacak bir ceza saymanın yersizliği ise, tartışmayı gerektirmeyecek bir açıklıkla ortadadır.

Şu duruma göre Borçlar Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrası Anayasa'nın ne 10., 11. ve 14. maddelerine ne de başka herhangi bir hükmüne aykırı değildir; itirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ :

Borçlar Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 10., 11. ve M. maddelerine ve öteki hükümlerine aykırı olmadığına ve itirazın reddine 11/2/1969 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(Anayasa Mahkemesi, 11.2.1969 tarih, 1968/33-1969/12 sayılı kararı, 2.7.1969 tarih, 13238 sayılı Resmi Gazete)

¹¹²⁴ Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, s. 148.

11. TAZMİNATIN GERİ ALINMASI

CMK'nın 143/1. maddesinde kimlerden hangi hallerde, koruma tedbirleri nedeniyle Devletçe ödenen tazminatın geri alınacağı belirtilmiştir¹¹²⁵. Maddenin ilk fıkrasında tazminatın geri alınması, 2. ve 3. fıkrasında ise Devletin rücu etmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre Devlet, kamu görevlisine ve yalan tanıklık veya iftira eden kişiye rücu edebilecektir. Tazminat ödenen kişiden, ödenen tazminatın geri alınması ile kusuru olanlara rücu edilmesi farklı kavramlardır. Maddede her ikisinin aynı başlık altında toplanması doğru olmamıştır. Aynı başlık altında toplama nedeniyle sanki tazminatın geri alınmasının da rücu gibi değerlendirilmesi sonucu doğmaktadır. Bu nedenle Maddedeki rücu ile geri almanın farklı düzenlenmesinin daha yararlı olacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır.¹¹²⁶

CMK'nın 143. maddesinin 1. fıkrasında tazminatın hangi hallerde geri alınabileceği düzenlenmiştir. 141. maddenin (e) bendinde de “*kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenler*” in tazminat isteminde bulunabilecekleri belirtilmiştir.

Bu hüküm uyarınca ilgililere ödenen tazminatın belirli koşulların gerçekleşmesi halinde geri alınabilmesi söz konusudur. Buna göre kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar kaldırılarak dava açılıp mahkum olması ile verilen beraat kararından sonra yargılamanın yenilenmesi ile mahkumiyet kararı verilmesi hallerinde ödenen tazminat geri alınacaktır¹¹²⁷.

Cumhuriyet savcısı soruşturma sonucunda kamu davası açmaya yeterli delil elde edemez veya kovuşturma olanağı bulunmazsa kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir(CMK m. 172). Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil ortaya çıkmadıkça aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz. Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil elde edilirse bu

¹¹²⁵ Düzgün/ Elmacı, s. 133.

¹¹²⁶ Taşkın/ Çolak, s. 703.

¹¹²⁷ Gökcan, s. 472.

karar kaldırılarak kamu davası açılabilir¹¹²⁸. Açılan bu dava sonucunda eğer ilgili kişi mahkum olursa tazminat geri istenebilir.

Alman Tazminat Kanunu 14. maddesine göre de, aynı durumda tazminat kararının düşeceği, eğer tazminat ödenmiş ise geri alınabileceği hükme bağlanmıştır.¹¹²⁹

Tazminatın geri alınmasının gerekçesi, tazminat verilmesine neden olarak kabul edilen işlemin hukuka aykırı olmadığı sonradan ortaya çıkması nedeniyle kişinin ödenen tazminat nedeniyle haksız zenginleştiğinin hükümle sabit olmasıdır.¹¹³⁰

Maddeye göre;

- a) Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın sonradan kaldırılarak hakkında kamu davası açılıp mahkum edilmesi,
- b) Yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkum edilmesi,

Hallerinde ödenen tazminatın mahkumiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararlar kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır.

Tazminatın geri istenecek kısmı, mahkumiyet süresine ilişkin olan kısımdır. Bu durumda C. savcısının yazılı istemi üzerine aynı mahkeme tarafından tazminatın geri alınmasına karar verilir. Geri almada 6183 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Mahkemenin verdiği karar itiraza tabidir¹¹³¹.

466 sayılı Yasanın 5. maddesindeki düzenlemede beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra tazminat ödenen kişiye dava açılması veya, yargılamanın yenilenme isteminin kabulüyle yeniden duruşma yapılmasına karar verilmesi halinde ödenen tazminat miktarı kadar o kişinin malları üzerine

¹¹²⁸ Taşkın/ Çolak, s. 704.

¹¹²⁹ Hakeri, Dönmezer Armağanı, s. 906.

¹¹³⁰ Kanmaz, s. 330.

¹¹³¹ Gökcan, s. 472.

Hazine tarafından ihtiyati haciz konulabilmekteydi. Yargılama sonucunda kişi beraat ederse haciz kalkmakta, mahkumiyet halinde ise yeni bir hükme gerek kalmadan ödenen tazminat geri alınmakta, haciz konulmamış ise genel hükümler uygulanmaktaydı. Geri alma konusunda genel hükümlerin uygulanmasından kastedilenin ise 6183 sayılı Yasa uyarınca kamu alacaklarının tahsil edilmesidir¹¹³². Buradaki ihtiyati haciz konusu zorunlu olmayıp takdiri idi.¹¹³³ Bu takdiri yetkili ağır ceza mahkemesinin yapacağı kabul edilmekteydi ve ihtiyati haciz nedeniyle ilgili kişi zarara uğrarsa ve sonucunda da yine beraat ederse bu kez yetkili ağır ceza mahkemesi bu zararın da giderilmesine karar vereceği kabul edilmekteydi¹¹³⁴. 466 sayılı Yasada 3696 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile bu husus düzenlenerek ihtiyati haciz nedeniyle doğan zararın istem üzerine tazminine karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.

CMK'ya göre tazminat ödenen kişiden ödenen tazminatın geri alınmasının özellikleri şu şekilde sıralanabilir;

- a) Kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya beraat kararına konu bir soruşturma veya kovuşturma olmalıdır.
- b) Bir koruma tedbiri uygulanmış olmalıdır.
- c) Anılan soruşturma veya kovuşturmada uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle açılan bir dava sonucu Devletçe ödenmiş bir tazminat bulunmalıdır.
- d) Tazminatın, koruma tedbirlerinden, özellikle gözaltı ve tutuklamanın haksızlığı veya sonradan haksızlığının ortaya çıkmış olması nedeniyle ödenmiş olması gerekmektedir. Arama kararının ölçüsüz uygulanması, koşulları oluşmadığı halde elkoyma ve elkonulan malvarlığının değerini kaybetmesi, kanuni haklarının hatırlatılmaması, tutuklamanın yakınlarına bildirilmemesi durumlarında bu madde uygulanamaz.
- e) Daha sonra kendisine tazminat ödenen kişinin, beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen atılı suçu işlediği iddiasıyla yeniden açılan dava sonucunda mahkumiyetine karar verilmiş olmalıdır.

¹¹³² Köroğlu, s. 36.

¹¹³³ Kavalalı/ Ünver, s. 160.

¹¹³⁴ Köroğlu, s. 36.

- f) Tazminata konu soruşturma veya kovuşturma ile sonradan yapılan yargılamanın konusunun aynı olması gerekmektedir.
- g) Sonradan verilen hüküm yalnız para cezası değil, hapis cezası olmalıdır.
- h) Ödenen tazminatın tamamı değil, sonradan oluşan mahkumiyet süresine ilişkin kısmı geri alınabilir. Örneğin 100 gün tutuklu kalmış, tazminat ödenmiş, sonradan 70 gün mahkumiyet almışsa geri alınacak bölüm 70 günlüktür. Ancak özellikle maddi tazminatta somut bir tazminat var ise bu konu değerlendirilmelidir. Örneğin, kişi tutukluken somut olarak çok önemli bir gelir kaybı yaşamış, ancak hangi sürede bunu yaşadığı belirlenebiliyorsa hakim hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapmalıdır.
- i) Cumhuriyet savcısının yazılı istemi üzerine tazminat kararını veren mahkeme tarafından geri alınmasına karar verecektir.
- j) Eğer kararı veren mahkeme kaldırılmış veya taşınmış ise aynı yerde başka ağır ceza mahkemesi varsa orası, yoksa en yakın ağır ceza mahkemesi bu kararı verecektir.

Verilen kararın yerine getirilmesi için özel bir düzenleme getirilmiş, kamu alacaklarının tahsiline ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu konu 466 sayılı Yasa uygulaması sırasında net olarak ifade edilmemiş olmasına rağmen bu yönde anlaşılması gerektiği belirtilmekteydi¹¹³⁵. CMK ise bu konuyu açık olarak düzenlemiştir.

CMK tarafından getirilen bir başka yenilik ise geri alma kararına karşı itiraz yasa yolunun mümkün olduğunun belirtilmesidir¹¹³⁶.

12. DEVLETİN RÜCU ETMESİ

CMK'nın 142. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında Devletin hangi hallerde kimlere rücu edeceği düzenlenmiştir. Buna göre Devlet kamu görevlisine ve iftira eden veya yalan tanıklık edene rücu edecektir.

¹¹³⁵ Surlu, s. 629; Köroğlu, s. 36.

¹¹³⁶ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 173.

12.1. Kamu Görevlisine Rücu

Anayasanın 40/3 maddesi hükmüne göre, “*kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar kanuna göre, devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*”. Bu hükmün CMK’daki karşılığı bu Kanun’un 143/2 maddesidir¹¹³⁷. Buna göre; “*Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlisine rücu eder*”.

Maddenin 25.5.2005 tarih, 5353 sayılı Yasayla değişiklik yapılmadan önceki hali, “*Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder*” biçimindeydi. Maddenin ilk halinde görevi kötüye kullanmaktan söz ederken sonradan görev gereklerine aykırı hareket ederek görevi kötüye kullanma ibaresi eklenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 257. maddesinin başlığı “görevi kötüye kullanma” dır. Ancak maddenin ilk fıkrasında “görev gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle” diyerek suçu tanımlarken, ikinci fıkrada “görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek” denilerek 765 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen “görevi ihmal” suçuna karşılık gelen düzenleme yapılmıştır. 5353 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğin amacı gerekçesinde “*sadece icrai davranışla görevini kötüye kullanan kamu görevlilerin rücu edilmesi kabul edilmiş, ihmali davranışla görevin kötüye kullanılması kapsam dışı bırakılmıştır*” biçiminde ifade edilmiştir¹¹³⁸.

Rücu hakkının doğabilmesi için koruma tedbiri kararının alınması veya uygulanması dolayısıyla görevini kötüye kullanan kamu görevlisinin eyleminin kesinleşen bir ceza mahkumiyeti sonucunda sabit görülmesi gereklidir. Burada kastedilen suç, TCK’nın 257/1 maddesinde düzenlenen, icrai davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu olup aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ve

¹¹³⁷ Ünver/ Hakeri, s. 483.

¹¹³⁸ Tasarı için bakınız, www.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0453.pdf.

ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu rücu için gereken yasal dayanağı oluşturmaz¹¹³⁹.

Kimlere rücu edileceği konusunda madde “kamu görevlisi” ifadesini kullanmıştır. Kamu görevlisi kavramı 5237 sayılı TCK’nın 6/1 maddesinin (c) bendinde, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” biçiminde tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kolluk, hakim ve savcı ayrımı olmaksızın tüm kamu görevlilerine rücu edilebilecektir. Burada hakimlere rücu etmenin hakimlik teminatı ile bağdaşmayacağı ileri sürülebilirse de, bir ceza yargılaması sonucunda mahkumiyet koşulu arandığından böyle bir sakınca söz konusu olmayacaktır.¹¹⁴⁰

Maddenin uygulanabilmesi için kamu görevlisinin koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullandığının saptanmış olması gerekir. Görevi kötüye kullanma, görevin gereklerine aykırı davranılması halinde oluşur. Buradaki görevi kötüye kullanmayı geniş anlamak gerekmekte olduğundan, rüşvet gibi özel görevi kötüye kullanma durumlarını da kapsadığı gözetilmelidir¹¹⁴¹.

Kamu görevlisine rücu edilebilmesi için görevini kötüye kullandığının saptanması gerekmektedir. Bunun için de kesinleşmiş mahkumiyet zorunlu koşuldur¹¹⁴². Bir başka ifadeyle kamu görevlisinin kasten görevinin gereklerine aykırı hareket ederek, kişilerin mağduriyetine sebebiyet vermesi gerekmektedir.¹¹⁴³ Aksine davranış Anayasada ifadesini bulan suçsuzluk karinesinin de ihlali anlamına gelebilir. Rücu için dava açılmış olması yeterli olmayıp mahkumiyet kararının kesinleşmesi gerekir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 26.12.1977 tarih, 9260-12506 sayılı kararında¹¹⁴⁴; “*Hakkında ceza kovuşturması açılmış olsa dahi, yayın tarihinde kişi sanık durumundadır. Haksız kazanç sağladığı kesin bir yargı kararı ile belli olmadıkça kamuoyuna bu konuda bir açıklama yapılmamalıdır*” diyerek kesinleşmiş

¹¹³⁹ Gökcan, s. 472.

¹¹⁴⁰ Taşkın/Çolak, s. 706.

¹¹⁴¹ Yaşar, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 3. Bası, Ankara 2007, s. 713.

¹¹⁴² Taşkın/Çolak, s. 705.

¹¹⁴³ Ünver/ Hakeri, s. 484.

¹¹⁴⁴ inal, Nihat, s. 122 vd.

bir mahkumiyet bulunmadıkça kimsenin suçlu sayılamayacağını, aksi davranışta bulunanların verdiği zararı gidermesi gerektiğini belirtmiştir.

Görevi kötüye kullanma, ilgili soruşturmadaki her türlü görevi kötüye kullanma değil, sadece koruma tedbirleriyle ilgili olarak görev gereklerine aykırı hareket etmekten kaynaklanmalıdır¹¹⁴⁵.

Görev kapsamı dışında da kamu görevlisinin keyfi veya suç kabul edilebilecek uygulaması sonucunda koruma tedbiri uygulanmış ve kişi tazminata hak kazanmışsa bu durumda da kamu görevlisine rücu edilebilmelidir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de¹¹⁴⁶ işkence ile elde ettiği delil ile bir kişinin altı ay tutuklu kalmasına neden olan kolluk görevlisinin, ilgilinin ödediği tazminatı rücu ödemesi yönündeki ilk derece mahkemesi kararının yerinde olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla buradaki görev gereklerine aykırılık sadece görev suçları ile sınırlı olmayıp görevin genel olarak gereklerine aykırılığı ifade etmektedir. Ancak kamu görevlisinin bir mahkumiyeti aranmalıdır. Çünkü bir kişinin görev gereklerine aykırı davrandığının tespiti sonuç doğurucu bir işlem olduğundan bu tespitin yargı kararına dayanması daha doğru olacaktır.

Kamu görevlisine rücu edilmesinin koşulları şu şekilde sayılabilir.

- a) Devlet koruma tedbirleri nedeniyle bir tazminat ödemiş olmalıdır.
- b) Koruma tedbiri ile ilgili olarak kamu görevlisi görev gereklerine aykırı hareket etmiş olmalıdır.
- c) Kamu görevlisinin görev gereklerine aykırı hareketiyle tazminat ödenen kişiye uygulanan koruma tedbiri arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.
- d) Kamu görevlisi, görev gereklerine aykırı hareket etmesi nedeniyle görevi kötüye kullanmaktan dolayı ceza davasında yargılanıp mahkum olmuş olmalıdır.

¹¹⁴⁵ Taşkın/ Çolak, s. 705.

¹¹⁴⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2012/3504-7170 sayılı kararı

12.2. İftira Eden veya Yalan Tanıklık Edene Rücu

CMK 143/3 maddesine göre; “*iftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde; Devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu eder*”.

Devlet ödediği tazminattan dolayı, beyanıyla bir kimsenin yakalanması veya tutuklanmasında etkili olan ve kötü niyetli olduğu hükümlerle kesinleşen muhbire ve yalancı tanığa rücu eder¹¹⁴⁷. Kamu görevlisi dışında kötü niyetli olan muhbir ve yalancı tanıktan da, koruma tedbirine ve bu suretle tazminata neden olduklarından dolayı Devletin uğradığı zararını onlardan istemesi, doğal bir davranış olacaktır.¹¹⁴⁸

İftira veya yalan tanıklık eden kişilere rücu edilebilmesi için iftira veya yalan tanıklık sonucunda tazminat ödenen kişinin yakalanmış veya tutuklanmış olması gerekmektedir¹¹⁴⁹. Yakalama veya tutuklama dışındaki koruma tedbiri uygulanması halinde bu madde uygulanamayacaktır.

İftira suçu 5237 sayılı TCK'nın 267. maddesinde, yalan tanıklık ise 272. maddesinde düzenlenmiştir. İftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kimsenin bu iftira veya yalan tanıklığı bir kimsenin yakalanmasına veya tutuklanmasına neden olmuş ve bu yakalama veya tutuklama nedeniyle Devlet yakalanan veya tutuklanan kişiye tazminat ödemişse ödediği bu tazminat için iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanlara rücu eder.

Bu rücu nedeninin gerçekleşebilmesi için de iftira veya yalan tanıklığın kesinleşmiş bir ceza mahkumiyetiyle belirlenmiş olması zorunludur. Ayrıca tazminata neden olan koruma tedbirinin uygulanması ile yalan tanıklık veya iftira olgusu arasında bir nedensellik bağı olması gerekir. Bir ceza yargılamasında iftira veya yalan tanıklık dışında başka delillerle aynı koruma tedbiri uygulanabilecek nitelikte ise rücu isteminin kabul edilmemesi gerekir¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ Yurtcan, s. 679.

¹¹⁴⁸ Yaşar, s. 713.

¹¹⁴⁹ Özbek, s. 501.

¹¹⁵⁰ Gökcan, s. 473.

İftira ile benzer nitelikte olan suç uydurma nedeniyle bir kişi yakalanır veya tutuklanırsa ödediği tazminat dolayısıyla Devletin suç uyduran kimseye rücu edip etmeyeceği konusu açık değildir. Böyle bir durumda da rücu edeceğinin yasada açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Yine aynı şekilde yalan tanıklık ile benzer nitelikteki gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık nedeniyle yakalanan veya tutuklanan kişilere Devletin ödediği tazminat nedeniyle bilirkişi veya tercümana rücu edilebileceği hususunun da düzenlenmemiş olması eksiklidir. Ancak bu konu genel rücu kuralları gereği çözümlenebileceği gibi usul hükümlerinde kıyas mümkün olduğundan kıyas ile de çözülebilir.

İftira ve yalan tanıklık suçunda etkin pişmanlık halinde cezada indirim öngörülmektedir. Ancak rücu davasında etkin pişmanlık halinin tazminatta indirim sayılması kanımca mümkün değildir. Çünkü rücu davasında mahkeme yeniden bir belirleme yapmamaktadır. Tazminatta indirim nedenleri tazminat davasında değerlendirilecektir. Rücu davasında indirim rücu eden ile rücu edilen arasındaki sorumluluk paylaşımı durumunda yapılabilir.

Bu açıklamalar doğrultusunda iftira ve yalan tanıklık nedeniyle rücunun koşulları şu şekilde sayılabilir.

- a) Bir kimse aleyhine ihbar, şikayet veya tanıklık yapılmış olmalıdır.
- b) Yapılan ihbar, şikayet veya tanıklık sonucunda bu kişi yakalanmış veya tutuklanmış olmalıdır.
- c) Kişiye bu yakalama veya tutuklamanın haksızlığı nedeniyle Devlete karşı açtığı dava sonucunda tazminat ödenmiş olmalıdır.
- d) İhbar veya şikayette bulunan ya da tanıklık yapan kişi bu ihbar veya şikayet ya da tanıklık nedeniyle yargılanıp iftira veya yalan tanıklıktan dolayı hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunmalıdır.

12.3. Rücu Davasının Özellikleri

Tazminatın geri alınması ile ilgili olarak maddedeki düzenlemede “*Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak karar*” dan söz edilmiştir. Ancak rücu ile ilgili olan fıkralarda kimin istemde bulunacağı ve hangi mahkemenin karar vereceği konusu düzenlenmemiştir. Maddenin gerekçesinde

görevli mahkeme konusu açıklanmıştır.¹¹⁵¹ “...bu gibi durumlarda haksız ihbar, şikayet veya tanıklığın hürriyet ve hak kaybına etkisi mahkemesince değerlendirilecek, bu etkinin varlığı saptandığında ödemek zorunda kaldığı tazminat nedeniyle Devletin, o kişi veya kişilere rücuu hüküm altına alınacaktır...”

Gerekçedeki “mahkemesince” ifadesi ile kastedilenin tazminat kararını veren ağır ceza mahkemesi olduğu açıktır.

Rücu istemini kimin yapacağı da maddede açık olarak belirtilmemiştir. Geri almaya ilişkin 1. fıkrada açıkça Cumhuriyet savcısının istemde bulunacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle veya ağır ceza mahkemesinde istemlerin Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılacağı düşüncesiyle rücu talebinin Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmasının kabulü ya da Hazine temsilcisinin bu talebini doğrudan değil Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla yapabileceğinin kabulü¹¹⁵² doğru değildir. Çünkü maddenin ilk fıkrasında Cumhuriyet savcısının talepte bulunacağı belirtilmişken, 2. ve 3. fıkralarda Devletin rücu edeceği ifade edilmiştir. Dava Devlete karşı açılacağı ve Devleti de Hazinenin temsilcisinin temsil edeceği 142. maddede hüküm altına alınmıştır. Şu durumda Devlet rücu eder denildiğine göre, Devlet adına hareket edeceği belirtilen Hazine temsilcisi rücu talebinde bulunmalıdır¹¹⁵³.

Maddede rücu eder denildiğine göre Devlet kamu görevlisine rücu etmek zorundadır¹¹⁵⁴. Anayasanın 40. maddesinde “kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır”. 129. maddesinde ise, “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”. Gerek

¹¹⁵¹ Bayyurt/Yıldırım, Gerekçeli, Karşılaştırmalı, Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleri ile Birlikte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, s. 318 vd. Ankara 2005

¹¹⁵² Taşkın/ Çolak, s. 708.

¹¹⁵³ Danıştay 10. Daire, 20.4.1989 tarih, 1988/1042-1989/857 sayılı kararında; “olayda davacı hakkında suçlamaların ortaya çıkışı aşamasında ve sonraki aşamada görevlilerin ağır kusurları söz konusu olduğundan, hükmolunan tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan görevlilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa ve yasa gereğidir”.

¹¹⁵⁴ Taşkın/ Çolak, s. 708.

Devletin rücu hakkının saklı olduğunun belirtilmesi gerekse kendilerine rücu edilmek kaydıyla ibaresi birlikte değerlendirildiğinde de idarenin takdir hakkı bulunmamaktadır. Saklı olmasının anlamı, koşulları oluştuğunda bu hakkın kullanılması anlamına gelmektedir. Rücu koşulları oluştuğu halde İdarenin rücu etmemesi düşünülemez¹¹⁵⁵. Ödenen tazminat nedeniyle sorumlulara rücu edip etmeme konusunda Hazine temsilcisinin takdir hakkı bulunmamaktadır¹¹⁵⁶. Hatta rücu koşulları oluşmadığı halde rücu etmeyen idarenin sorumluluğu söz konusudur. Ancak buradaki sorumluluk üst yönetimin sorumluluğudur¹¹⁵⁷. Tazminat ödeyerek zarara uğrayan kamu kurumu, dolayısıyla zarara uğrayan kamu kurumunun üst yöneticileri ile görevleri gereği zarara muttali olan tahakkuk memuru ve sayman gibi görevliler rücu etmek zorundadır. Sorumluların belirlenmesi belirli bir araştırmayı gerektirdiğinde bu araştırma sonucu rücu edilecek kişiler belirlenir¹¹⁵⁸. Sayman ve tahakkuk memurunun sorumluluğu durumu üst mercilere bildirmekle sona ermiş kabul edilmelidir.

Maddede açıklık bulunmasa da kamu görevlisinin mahkumiyet hükmü böyle bir durumda Hazine temsilcisine bildirilmelidir¹¹⁵⁹. Bu bildirim yargılamayı yapıp görevi kötüye kullanmaktan dolayı mahkumiyet hükmünü veren mahkeme yapmalıdır. Öte yandan Yargıtay rücu davasında ceza yargılamasında verilecek hükmün eldeki rücu davasında hükmedilecek tazminat miktarını etkileyebilecek

¹¹⁵⁵ Sayın, İsmail Hakkı, Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, <http://www.ekitapyayin.com/?kitap=043>

¹¹⁵⁶ Danıştay 5. Daire, 10.11.1997 tarih, 1995/3611-1997/2485 sayılı kararı; “Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasındaki “kendilerine rücu edilmek kaydıyla” ibaresi; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte ve bu Anayasal zorunluluk nedeniyle bu gibi hallerde dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmektedir”. (Danıştay Dergisi, sayı:96, s. 217)

¹¹⁵⁷ Sayıştay 3. Daire, 10.7.1974 tarih, 298 sayılı kararında, “ordu birliklerinin verdikleri zarar sonucunda mahkeme ilamına dayanan tazminat ve faizin ödenmesi zorunlu olup bu hususta sorumlulara rücu tamamen idarenin görevi olup saymanla bir ilgisi yoktur”.

¹¹⁵⁸ Veysel Tepe, Kamusal Yetkinin Kullanılmasında Sorumluluk ve Rücu Hakkı, Sayıştay Dergisi, sayı: 30, s. 141

¹¹⁵⁹ Sayıştay 7. Daire, 25.11.1999 tarih, 8509 Tutanak nolu kararında; meydana gelen iş kazası nedeniyle idare tazminata mahkum olmuştur. Yargıtay tarafından onanan iş mahkemesi kararı ile kazaya neden olan operatörün %50 kusurlu olduğu tespit edilmiştir. Borçlar Kanununun 55. maddesi hükmü uyarınca kusurlu bulunan dozer operatörüne rücu davası açılmasını teminen konunun ilgili müdürlüğe yazılmasına ve gereğinin yapılarak sonucunun Sayıştay’a bildirilmesine kadar...”

nitelikte olduğundan ceza davasının sonucunun kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁶⁰

Rücu için herhangi bir yöntem öngörülmediğine ve tazminatın genel prensiplere göre belirleneceği belirtildiğine göre rücu için de genel hükümler uygulanmalıdır. Rücu için görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir, ancak mahkeme rücu davasında genel hükümlere göre hareket edecektir. Bu kapsamda yargılama gideri, vekalet ücreti gibi konular rücu davasında da genel hükümler çerçevesinde çözümlenecektir. Harç konusunda ise Hazine rücu edeceği için harçtan muaftır.

Rücu kararı verilirken üzerinde durulması gereken bir başka konu ise faize hükmedilip edilmeyeceğidir. Bu konuda da genel rücu kurallarının işletilmesi gerekeceğinden faize hükmedilmesi yerinde olacaktır. Rücu veya geri alma davalarının kaynağı haksız fiile dayalı rücu davası veya nedensiz zenginleşme davası olduğunun kabulü halinde de faize hükmedilmesi genel kuraldır. Hükmedilecek faizin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak ödeme tarihi esas alınmalıdır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 16.10.2001 tarih, 5565/9575 sayılı kararında; “*rücu hakkı başkasına ait borcu yerine getiren kişinin malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde bir talep hakkıdır. Davacının malvarlığındaki eksilme ödeme tarihinde gerçekleştiğine ve istem de bu şekilde olduğuna göre bu paraya ödeme gününden itibaren faiz yürütülmesi gerekir*”¹¹⁶¹.

Anayasanın 40. maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesine göre Devlet ödediği tazminat nedeniyle sorumlu olan görevliye rücu eder. 657 sayılı Yasada rücu hakkının genel hükümlere göre kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Buradaki genel hükümler ile kastedilenin Borçlar Kanunu hükümleri olduğu düşüncesi yaygındır.¹¹⁶² Ancak genel hükümler deyimiyle kastedilenin İdare Hukukunun genel hükümleri olması gerektiği, kamusal niteliği, hizmet kusurunun değerlendirilmesi gereği gibi nedenlerle açıklayan görüşler de bulunmaktadır¹¹⁶³.

¹¹⁶⁰ Yılmaz/Kütük, s. 91.

¹¹⁶¹ Yılmaz/ Kütük, s. 89.

¹¹⁶² Sayın, İsmail Hakkı, Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu,

<http://www.ekitapyayin.com/?kitap=043>

¹¹⁶³ Duran, Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ayrı Bası, Ankara 1974, s 102

Çünkü idarenin rücu kararına karşı idari yargıda dava açılabileceği, rücu ile ilgili Yönetmelik hükümlerine göre idarenin disiplin kurulları aracılığıyla rücu kararı alacağı, aylıklardan kesinti yapılacağı gibi hükümler gözetildiğinde genel hükümler ile kastedilenin idare hukukunun genel hükümleri olduğu anlaşılacaktır¹¹⁶⁴.

Rücu isteminin kabulüne veya reddine ilişkin kararlar istinaf yasa yoluna tabidir. İstinaf yürürlüğe girinceye kadar HMK'nın kesinlik sınırı gözetilmek kaydıyla temyiz yolu açıktır¹¹⁶⁵.

13. TAZMİNAT İSTENEMEYECEK DURUMLAR

CMK'nın 144. maddesinde tazminat isteyemeyecek kişiler düzenlenmiştir. Buna göre; kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerin bazı durumlarda tazminat isteyemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddenin uygulanabilmesi için, konunun yakalama veya tutuklamayla ilgili olması ve bu işlemlerin kanuna uygun olarak yapılmış bulunması zorunludur. Düzenlemeye göre öncelikle sadece yakalama veya tutuklama tedbiri ile ilgili olarak tazminat isteyemeyecekler belirlenmiştir. Yasa koyucu tazminat isteyememe durumunu iki koşula bağlamıştır. Bu iki koşul tazminat isteyememenin koşulları olarak adlandırılabilir.

466 sayılı Yasada bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte uygulamada bazı kişilerin tazminat istemleri kabul edilmemekteydi. Tazminat istemesi mümkün olmayan bu kişiler 5271 sayılı Yasa ile tazminat isteyemeyecek kişiler adı altında düzenlenmiştir¹¹⁶⁶.

Yasa koyucu tazminat isteyememe halini sadece iki koruma tedbiri ile sınırlamıştır. Bunlar yakalama ve tutuklama tedbirleridir. Şu durumda arama ve elkoyma tedbirine ilişkin olarak tazminat istememe durumu düzenlenmemiş bulunmaktadır. Yakalama ve tutuklama tedbiri denildiğine göre, gözaltı tedbirinin bu kapsama dahil olup olmayacağı yasa da açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak 1. bentte gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler

¹¹⁶⁴ Akgüner, Tayfun, Kamu Personel Yönetimi, İstanbul 1988, s 85

¹¹⁶⁵ Gökcan, s. 473.

¹¹⁶⁶ Centel/ Zafer, s. 436.

denildiğine göre gözaltı yakalama ve tutuklama içinde değerlendirilmelidir. Öte yandan CMK yakalama ile gözaltını birlikte ele aldığı için yakalama ile hürriyetin kısıtlanması halinde geniş anlamda bir gözaltı olduğunun kabulü gerekir.

İkinci olarak yakalama veya tutuklamanın kanuna uygun olması gerekir. Yakalama ve tutuklama sırasında kişiye haklarının hatırlatılmaması, yakınlarına bilgi verilmemesi, koşulları oluşmadan yakalanma veya tutuklanma gibi durumlarda kanuna aykırı bir yakalama ve tutuklama olduğundan tazminat isteyememe söz konusu olmayacaktır. Ancak kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerin bazı durumlarda tazminat isteyememe durumları ortaya çıkmaktadır. Buradaki kanuna uygunluk koruma tedbirinin uygulandığı zaman ve koşullara göre değerlendirilecektir. Sonradan ortaya çıkan durum ve koşullara göre değerlendirme yapılmamalıdır.

Tazminat istenemeyecek durumlar maddede tazminat isteyemeyecek kişiler biçiminde sayılmıştır.

13.1. Gözaltı ve Tutukluluk Süresinin Başka Bir Hükümlülükten İndirilmesi

Gözaltı ve tutuklulukta geçen sürenin başka bir hükümlülükten indirilme konusu 5237 sayılı TCK'nın 63. maddesinde mahsup başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre, “*hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün durumlar nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır*”. TCK'daki mahsup hükümlerini düzenleyen madde daha geniş bir düzenleme içermektedir. Maddeye göre sadece gözaltı ve tutuklama değil, şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün durumlar mahsup işlemine tabi tutulacaktır. Şu halde “*şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün durumlar*” ibaresi, gözaltı ve tutuklama yanında, gözetim altında bulundurmaya, adli tıp müşahedesinde bulunmayı, güvenlik kuvvetlerince götürülürken yolda geçen süreyi, güvenlik kuvvetleri kontrolünde hint kenevirini

yolmayı, güvenlik kuvvetleri kontrolünde hastanede yatmayı¹¹⁶⁷ ve bunlar gibi hürriyetin sınırlandığı tüm halleri kapsar.

Sadece adli para cezasına hükmedilmesi halinde ise adli para cezasının günlüğü yüz Türk Lirası üzerinden hesaplanacaktır. Adli para cezası TCK'nın 52. maddesinde düzenlenmiştir. İkinci fıkraya göre “*en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir*”. Görüldüğü gibi hürriyetin sınırlandığı günlerin mahsubunda adli para cezasının en üst sınırdan uygulanması yasa koyucu tarafından kabul edilmiştir.

Böyle bir durumda örneğin 2 gün gözaltında ve tutuklulukta kalan kimsenin sonuç olarak hapis cezasına çarptırılması halinde sonuç cezadan 2 gün indirilecektir. Eğer adli para cezasına çarptırılmışsa 200 Türk Liralık kısmı sonuç cezadan indirilecektir.¹¹⁶⁸

Kişinin hürriyetinin kısıtlandığı olay ile yargılanıp ceza aldığı olayın aynı olması da gerekmemektedir. Örneğin kişi kasten yaralama suçu nedeniyle tutuklanıp 45 gün tutuklu kaldıktan sonra bu suçtan beraat etmiş olursa tazminat hakkı doğmuş olacaktır. Ancak aynı zamanda hırsızlık suçundan da yargılanan kişi bu suçtan hapis cezasına çarptırılmış ve bu süre mahkumiyet süresinden düşülmüşse haksız tutuklamaya maruz kalmış olsa da bir zararı söz konusu olmadığından kendisine tazminat ödenmeyecektir¹¹⁶⁹.

Kişinin tutuklu kaldığı süre daha sonra aldığı hükümlülükten fazla ise, hükümlülük süresi düşüldükten sonra kalan süre için tazminat isteyebilecektir. Mahsup nedeniyle tazminat isteyememenin temeli, daha sonra verilen cezadan düşülmesi nedeniyle bir hak kaybı bulunmamasıdır.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁷ Sarhoşluktan muayene için hastaneye mevcuden gönderilen sanığın kendi arzusuyla değil, hastanenin gördüğü lüzum üzerine alıkonulmuş ve bunun da hürriyetten mahrumiyet teşkil etmiş olmasına göre, bu müddedin cezadan mahsubu icab eder. (4.CD'nin 02.05.1951 tarih ve 1950/3204 (Arslan/Kayançiçek, Cezadan Mahsup, 2011, s. 13).

¹¹⁶⁸ Kanmaz, s. 333.

¹¹⁶⁹ Taşkın/ Çolak, s. 710.

¹¹⁷⁰ Yaşar, s. 714.

Yargıtay iki suçtan yargılanıp birinden beraat eden ve birinden mahkûm olan sanığın mahsup edilen tutukluluk süresi dışında kalan süre için tazminat verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁷¹.

13.2. Tazminata Hak Kazanmadığı Halde, Sonradan Yürürlüğe Giren Kanun Gereği, Durumun Tazminat İstemeye Uygun Hale Dönüşmesi

TCK'nın 7. maddesine göre suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerinden failin lehine olan uygulanır. 765 sayılı TCK'nın 2. maddesi de aynı yönde düzenleme içermektedir. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinde ise lehe olan kanunun belirlenme usulü anlatılmıştır.

Ceza yargılamasından farklı olarak hukuk yargılamasında sonradan yürürlüğe giren kanun ile önceki kanundan lehe olanın uygulanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası karma bir yapıya sahip olduğundan bu konuda da yasa özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre sonradan yürürlüğe giren yasa gereği daha önce haklı olan tutuklanma haksız hale gelirse bu kişiler tazminat isteyemeyecektir. Çünkü tutuklanmanın gerçekleştiği anda tutuklama kanuna uygundur. Bir başka ifadeyle kişi sonradan yürürlüğe giren ve getirdiği lehte düzenlemeler ile fiili suç olmaktan çıkarma veya ceza yaptırımını hafifletme gibi sonuçlar öngören kanunu gerekçe göstererek tazminat isteyemez.¹¹⁷² Örneğin 5271 sayılı CMK'nın 100/4. maddesine göre, "*sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez*". Bu hükümden önce tutuklanmış olan kimse bu hükme dayanarak tazminat isteyemez. Yine 765 sayılı Yasada suç olarak düzenlenmiş olan pasif direnme nedeniyle gözaltına alınan kimse pasif direnmenin suç olmaktan çıkarılması nedeniyle tazminat isteyemez¹¹⁷³. Daha önce 765 sayılı Yasa döneminde

¹¹⁷¹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi 29.11.2010 tarih, 5604/13182 sayılı kararı; "...cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak ile Pasaport Kanuna aykırılık suçlarından tutuklanan ve Pasaport Kanununa aykırılık suçundan mahkum olan davacının tutuklulukta geçirdiği 18 günün mahkumiyet hükmünün infazından mahsup edildiği anlaşılmalı, beraat ettiği cürüm işlemek için teşekkül oluşturma suçunda haksız olarak tutuklu kaldığı 28 gün itibarıyla belirlenecek tazminata hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden ..."

¹¹⁷² Kanmaz, s. 334.

¹¹⁷³ Taşkın/ Çolak, s.710; Kanmaz, s. 334.

suç kapsamında olup Kabahatler Kanunu kapsamına giren saldırgan sarhoşluk nedeniyle gözaltına alınan kişiler de tazminat isteyemez.

13.3. Genel veya Özel Af, Şikâyetten Vazgeçme, Uzlaşma gibi Nedenlerle Kovuşturmaya Yer Olmadığına veya Davanın Düşmesine Karar Verilmesi veya Kamu Davasının Geçici Olarak Durdurulması veya Kamu Davasının Ertelenmesi veya Düşürülmesi

Bu bendin kabul edilmesinin nedeni kişilere yapılan haksızlığın belgelenmesi olanağının bulunmamasıdır.¹¹⁷⁴ Maddenin gerekçesinde de, “*tazminat, haksızlığın bir karar veya hükümle belgelenmesini gerekli kıldığından, böyle bir belgelemeyi olanaksız hale sokması nedeniyle, ölüm, genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, zamanaşımı ve benzeri nedenlerle hakkındaki kamu davasının düşürüldüğünden veya ortadan kaldırıldığından veya kovuşturmasına yer olmadığına karar verildiğinden bahisle tazminat istemeyecek, evlenme nedeniyle hakkındaki kamu davasının ertelendiğini veya düşürüldüğünü ileri sürerek tazminat isteminde bulunamayacaklardır*”¹¹⁷⁵. Ölüm ve zamanaşımı tasarıda olmasına rağmen ve uygulamada kabul edildiği halde kanuna alınmamıştır.¹¹⁷⁶

Bu bende göre tazminat isteyemeyecek kişiler için iki ön koşul bulunmaktadır. Buna göre yakalama ve tutuklamanın kanuna uygun olması gerekmektedir. Kanuna uygun bir tutuklama ise ancak beraatla sonuçlanırsa tazminat sebebi olabileceğinden¹¹⁷⁷ beraat dışındaki durumlarda tazminat öngörülmemiştir.

Maddedeki genel ve özel affin tazminat engeli olması eleştirilmiştir. Sanığa affi kabul etmeme olanağı tanınmayıp aynı zamanda tazminat hakkından da mahrum bırakmanın masumiyet karinesine aykırı olacağı belirtilmiştir. Bunun gibi sonradan yürürlüğe giren yasanın tazminata olanak vermesi, af, şikâyetten vazgeçme ve uzlaşma durumlarının masumiyet karinesi ve adalete aykırı olacağı ifade edilmiştir.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁴ Yaşar, s. 715.

¹¹⁷⁵ Bayyurt, s. 321

¹¹⁷⁶ Hakeri, Dönmezer Armağanı, s. 881.

¹¹⁷⁷ Kanmaz, s. 334.

¹¹⁷⁸ Ünver/ Hakeri, s. 485.

Maddeye göre ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi durumunda, uygulanan koruma tedbiri nedeniyle açılan tazminat davalarının reddi gerekir¹¹⁷⁹.

13.4. Kusur Yeteneğinin Bulunmaması Nedeniyle Hakkında Ceza Verilmesine Yer Olmadığına Karar Verilmesi

CMK'nın 223/3. maddesinde kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi düzenlenmiştir. Buna göre ceza verilmesine yer olmadığına aşağıdaki durumlarda karar verilecektir;

- 1- Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması,
- 2- Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,
- 3- Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, Meşru savunmada sınırın korku veya telaş ile aşılması durumunda faile ceza verilmeyeceğine ilişkin TCK'nın 27/2 maddesi uygulanan bir olayda failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir durum söz konusudur. Kastı kaldıran bir durum ile kusurluluğu kaldıran durum birbirinden farklıdır. Kastı kaldıran bir durum varsa suç oluşmazken, kusurluluğu kaldıran neden olması halinde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir¹¹⁸⁰.
- 4- Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmüş olması.

Kusur yeteneği bulunmayan kişilerin suçu işlediklerinin anlaşılması halinde haklarında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Eğer suçu işledikleri sabit değilse, eylem suç oluşturmuyorsa veya olayda hukuka uygunluk nedeni varsa ceza verilmesine yer olmadığına değil beraat kararı verilmesi gerekecektir¹¹⁸¹. Kusur yeteneği olmadığı için ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi kişiye

¹¹⁷⁹ Özer, Abdurrahim/ Doğan, Ayşe, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin Görevi Kapsamındaki Suçlar, Ankara 2010, s. 832.

¹¹⁸⁰ Çolak/ Taşkın, s. 1003.

¹¹⁸¹ Meran/Necati, Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, s. 199, Ankara 2007

uygulanan koruma tedbirinin haksız olduğu anlamına gelmez¹¹⁸². Kişi suç işlemiştir, ancak sadece kusur yeteneği bulunmadığı için ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Nitekim Yargıtay da bir kararında meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılmasından dolayı hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişinin tazminat isteminin reddi kararının yerinde olduğunu belirtmiştir¹¹⁸³. 466 sayılı Yasa döneminde Yargıtay ceza ehliyeti olmayan kişilere karşı koruma tedbiri uygulanması halinde bu hükmün uygulanmayacağını kabul edilmekte idi¹¹⁸⁴. 5271 sayılı Yasa getirdiği düzenleme ile bu konudaki karmaşıklığı gidermiş ve beraat edenlere tazminat verilmesi gerektiğini belirtirken, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi durumunda tazminat istenemeyeceğini açık olarak ifade etmiştir.

13.5. Adli Makamlar Huzurunda Gerçek Dışı Beyanla Suç İşlediğini veya Suça Katıldığını Bildirerek Gözaltına Alınmaya veya Tutuklanmaya Neden Olma

Başkasının işlediği suçu işlediğini ya da suça katılmadığı halde katıldığını söyleyerek gözaltına alınan veya tutuklanan kişinin yargılama sonucunda suçu işlemediğinin anlaşılması sonucu beraat etmesi veya kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi halinde tazminat isteme hakkı olmaz. Kişinin bu eylemi TCK'nın 270. maddesinde düzenlenen suçu üstlenme suçunu oluşturur¹¹⁸⁵.

Bu durumda kişi kendi haksız eylemiyle tutuklandığı için tazminat isteyemez. Burada esasen yakalanan veya tutuklanan kişi suçu işlememiş kişidir¹¹⁸⁶. Kişi kendi kusurlu davranışıyla zarara sebebiyet verdiği için dolaylı bu zarardan dolayı başkası sorumlu tutulamayacağı ve illiyet bağı kesildiği için tazminat istemeyeceği hükme bağlanmıştır.

¹¹⁸² Taşkın/ Çolak, s. 711.

¹¹⁸³ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 20.5.2009 tarih, 1409/2866 sayılı kararı, “ koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davasına dayanak Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin ...sayılı kararı ile 4237 sayılı TCK'nın 27/2 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği, CMK'nın 141. maddesinde tazminat verilebilecek hallerin sınırlı olarak sayıldığı, ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın tazminata konu nedenler arasında bulunmadığı anlaşılmakla...”

¹¹⁸⁴ Özer/ Doğan, s. 833.

¹¹⁸⁵ Kanmaz, s. 336.

¹¹⁸⁶ Taşkın/ Çolak, s. 711.

TCK'nın 270. maddesindeki suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi halinde cezada indirim yapılabileceği gibi kaldırabilmesi de mümkündür. Tazminat isteme engeli olan bu durumun yargılama sırasında anlaşılması yeterli. Ayrıca kişinin suç üstlenme suçu nedeniyle yargılanıp mahkumiyet alması koşul olarak aranmamıştır.

14. YASA YOLLARI

CMK 142.maddesinin 4. fıkrasına göre, “*süresinde eksikliği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur*”. Maddenin 8. fıkrasına göre de, “*karara karşı istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir*”.

Yasa yolları denildiğinde maddede iki tür yasa yolundan söz edilmektedir. Birincisi ön inceleme sonucu verilen kararlara karşı yasa yolu, ikincisi ise yapılan asıl yargılama sonucu verilen kararlara karşı yasa yoludur. Maddede yasa yoluna gidilmesi halinde incelemenin öncelikle ve ivedilikle yapılacağı da hükme bağlanmıştır.

14.1 Yasa Yollarına Başvurabilecek Kişiler

İlk inceleme sonucunda dilekçenin reddi kararına karşı itiraz yoluna istemde bulunan ile Cumhuriyet savcısı; esasa ilişkin karara karşı istinaf yoluna ise davacı, davalı Hazine temsilcisi ve Cumhuriyet savcısı başvurabileceklerdir. İlk inceleme aşamasında henüz dava dilekçesi Hazine temsilcisine tebliğ edilmediğinden itiraz hakkı da bulunmamaktadır. Hazine davada taraf olduktan sonra kararlara karşı yasa yoluna başvurma hakkına sahip olacaktır.

466 sayılı Yasa uygulaması sırasında bu konuda açık hüküm bulunmadığı için Hazinenin temyiz hakkının bulunup bulunmadığı tartışılmış, bazı yazarlar Hazinenin temyiz hakkının olmadığını¹¹⁸⁷, bazı yazarlar ise Hazinenin temyiz

¹¹⁸⁷ Erem, s. 731.

hakkının olduğunu¹¹⁸⁸ savunmuşlardır¹¹⁸⁹. Yargıtay ise Hazinesin temyiz hakkının bulunduğunu kabul etmiştir¹¹⁹⁰.

5271 sayılı CMK'nın 142/8. maddesi ile Hazinesin istinaf yoluna başvurabileceği açık olarak hükme bağlanmıştır.

CMK'nın 268. maddesine göre itiraz yoluna “*ilgililer*” başvurabileceklerdir. İlgililer deyiminden kimlerin kastedildiği anlaşılacakla birlikte, CMK'nın 142/8. maddesinde istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı ve Hazine temsilcisinin istinaf yoluna başvurabileceği hükme bağlandığına göre, ilgililer denildiğinden bunların anlaşılması yerinde olacaktır. Ancak Hazineye henüz dava dilekçesi ve ekleri tebliğ edilmediği için Hazine davada taraf olmadığından Hazine, dilekçenin reddi kararına karşı itiraz hakkına sahip değildir. Dilekçenin kabulünden sonra verilen yetkisizlik veya görevsizlik gibi kararlara karşı ise Hazinesin de ilgili olduğunun kabulü yerinde olacaktır.

14.2 Başvuru Süresi

CMK'ya göre üç çeşit kanun yolu bulunmaktadır. İtiraz yoluna, CMK'nın 268. maddesine göre kararın öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde başvurulabilmektedir. İstinaf isteminin süresi de CMK'nın 273. maddesine göre, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gündür. CMK'nın 291. maddesine göre temyiz süresi de hükmün açıklanmasından itibaren yedi gündür.

5320 sayılı Yasa ve 5235 sayılı Yasa hükümlerine göre Bölge Adliye Mahkemeleri kuruluncaya kadar istinafa tabi olan kararlar hakkında 1412 sayılı CMUK'un temyize ilişkin hükümleri uygulanacağından, Bölge Adliye Mahkemeleri fiilen faaliyete geçinceye kadar temyiz süresi olarak CMK'daki yedi gün değil, CMUK'daki bir haftalık süre esas alınacaktır¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ Gölcüklü, s. 181.

¹¹⁸⁹ Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, s. 147.

¹¹⁹⁰ Surlu, s. 619.

¹¹⁹¹ Kanmaz, s. 249.

14.3 Başvuru Sınırı (Kesinlik Sınırı)

CMK koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarının istinaf kanun yoluna tabi olduğunu belirtmiş ancak bu konuda bir kesinlik sınırı getirmemiştir. İstinaf kanun yolunu düzenleyen CMK'nın 272. maddesinde, sonuç olarak belirlenen ikibin lira dahil adli para cezasına mahkumiyet hükümlerine, üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine, kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir. İstinaf ile ilgili hükümlerde açıklık bulunmadığına göre ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre tazminat hesaplanacağına göre burada da ceza hükümleri değil hukuk mahkemelerince verilen hükümlere ilişkin temyiz, istinaf ve itiraza ilişkin hükümlerin uygulanması yerinde olacaktır.

Tazminata ilişkin olarak verilen kararların temyiz veya istinafa ilişkin sınırları ve bu kararların kesinlik sınırları, 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. Maddesine göre, Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete başlayıncaya kadar yürürlükte olan HUMK hükümlerine göre belirlenecektir¹¹⁹². Mahkeme tarafından hükmedilen tazminat miktarı HUMK'un 427. maddesindeki miktarı geçmediği takdirde hüküm kesin olup temyiz kabiliyeti bulunmamaktadır¹¹⁹³.

¹¹⁹² Düzgün/ Elmacı, s. 131.

¹¹⁹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14.2.2006 tarih, 29/22 sayılı kararı, "...Ceza Genel Kurulu'nun 9.2.1981 tarih ve 443/33 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. maddesinde, ceza mahkemelerinden verilen hükümlerin temyiz edilebileceği belirtilmektedir. Maddede sözü edilen hükümler aynı Yasanın 253. maddesinde sayılan ve ancak bir ceza yargılamasına özgü olan beraat, mahkumiyet, yargılamanın durması, düşme ve davanın reddine ilişkin kararlardır. Yine 305. 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 hakla ilişkin bir talep üzerine verilen kararlar bakımından uygulanabilir nitelikte değildir. O bakımdan, haksız tutuklamaya ilişkin tazminat davasında verilen kararların temyizi halinde, sözü edilen boşluğun HUMK'un 427. maddesi uygulanmak suretiyle doldurulması gerekir.

HUMK'un hakam tarihinde ve halen yürürlükte bulunan 427. maddesi ise şu şekildedir;

"Mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Davada haklı çıkmış olan taraf da hukuki yardımda bulunmak şartıyla, hükmü temyiz edebilir.

Miktar veya değeri bir milyar lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar kesindir.

Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması halinde, bir milyar liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir.

Alacağın tamamının dava edilmiş olması halinde, hükümde, asıl isteminin kabul edilmeyen bölümü bir milyar lirayı geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur; şu kadar ki karşı tarafça temyiz yoluna

14.4 Kanun Yollarının Türleri

CMK koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarında iki tür kanun yolundan söz etmektedir. Bunlar itiraz ve istinaf kanun yollarıdır. Ön inceleme sonucunda işin esasına girilmeden verilen dilekçenin reddi, yetkisizlik gibi kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilecekken¹¹⁹⁴, işin esasına ilişkin olan, işi esastan çözen kararlara karşı ise istinaf yoluna gidilebilecektir.

İstinaf yürürlüğe girene kadar ise HUMK'nın kesinlik sınırları gözetilmek kaydıyla CMK hükümlerine göre temyiz yolu açıktır¹¹⁹⁵.

Dilekçedeki eksiklikler giderilmezse dilekçenin reddine karar verilmesi halinde bu karara karşı itiraz edilebilir. İtiraz usulü CMK'nın 267 ve devamı maddelerine tabidir¹¹⁹⁶.

Görevsizlik kararına karşı itiraz yoluna gidilebileceği CMK'nın 5. maddesinde, yetkisizlik kararına karşı itiraz yoluna gidilebileceği ise CMK'nın 18. maddesinde düzenlenmiştir¹¹⁹⁷. Yargıtay uygulamalarında da yetkisizlik ve görevsizlik kararlarına karşı temyiz yoluna değil, itiraz yoluna gidilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁹⁸.

başvurulması halinde, düzenleyeceği cevap dilekçesinde temyize ilişkin itirazlarını ileri sürmesi mümkündür...”

İncelenen olayda, haksız tutuklamaya ilişkin tazminat isteminin gerek mahkemece kabul edilerek hükme bağlanan, gerek reddedilen kısımları HUMK 427/2 maddesinde belirtilen miktarın altında kalması nedeniyle hükmün kesin ve temyiz edilemez nitelikte olduğu açıktır...”

¹¹⁹⁴ Kavalalı/ Ünver, s. 109.

¹¹⁹⁵ Gökcan, s. 472.

¹¹⁹⁶ Gökcan, s. 471.

¹¹⁹⁷ Düzgün/ Elmacı, s. 130.

¹¹⁹⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 26.12.2005 tarih, 2004/2390-2005/12557 sayılı kararında, “...466 sayılı Yasanın 2. maddesine göre verilen dava dilekçesinin reddine ilişkin kararın, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 10.4.1989 gün, 82/136 sayılı kararı da nazara alınarak itirazı kabil olup temyizi mümkün bulunmadığından, temyiz başvurusu itiraz başvurusu kabul edilerek gereğinin mahallinde yapılması için dosyanın mahalline iade edilmek üzere...”

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 16.9.2008 tarih, 6540/13119 sayılı kararı, “...Dava dilekçesindeki eksikliklerin süresi içinde giderilmemesi nedeniyle davanın reddine ilişkin kararın, 5271 sayılı CMK'nın 142. maddesinin 4. fıkrası uyarınca itiraz yoluna başvurulmasının olanaklı olması nedeniyle. Davacı vekili tarafından yapılan temyiz inceleme isteğinin 5320 sayılı Kanunun 8/1 ve 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddeleri uyarınca reddine...”

İşin esasına girildikten sonra verilen kararlara karşı ise itiraz değil istinaf (temyiz) yoluna gidilebilmektedir¹¹⁹⁹. 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca istinaf yasa yoluna ilişkin incelemeyi yapacak olan bölge adliye mahkemelerinin kurulup göreve başladığı ilan edilinceye kadar CMK'nın 141-143. maddelerine göre hükme bağlanan davalar hakkında temyiz yasa yoluna başvurulabilecektir¹²⁰⁰.

Kanun yoluna başvuran kişinin başvurduğu kanun yolunda hata yapması başvuruda bulunanın hakkını ortadan kaldırmaz¹²⁰¹. Böyle bir durumda kendisine başvurulmuş mercii, doğrudan işi asıl görevli mercie gönderir. CMK'nın 264. maddesindeki "*Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya mercii belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. Bu halde başvurunun yapıldığı mercii, başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan mercie gönderir*" hükmüne göre temyiz ya da istinaf kanun yoluna başvurabilecek kişinin yanlışlıkla itiraz başvurusu yapması ve bu nedenle de istinaf ya da temyiz süresini geçirmesi halinde kanun yoluna başvurma hakkını kaybetmiş olmaz. İtirazın yapıldığı mercii başvuruyu istinaf veya temyiz merciiine göndermek zorundadır¹²⁰².

14.5 İnceleme Mercii

İtiraz, istinaf veya temyiz sonucu bu yola gidilen kararları inceleyecek merciler farklılık göstermektedir.

İtiraz yoluna gidilmesi halinde CMK'nın 268. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendine göre, itirazları inceleme yetkisi; ağır ceza mahkemesi ile başkanı tarafından verilen kararlara karşı o yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi varsa numara olarak kendisini izleyen mahkemeye, işlemi yapan mahkeme son numaralı ise ilk numaralı ağır ceza mahkemesine, o yerde başka ağır ceza mahkemesi yoksa en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.

İstinaf yoluna gidilebilecek kararlar CMK'nın 272. maddesinde belirtilmiştir. Bu madde hükmüne göre koruma tedbirleri nedeniyle tazminat nedeniyle istinaf yoluna gidilmesi mümkün değildir. Ancak CMK 142/8. maddesi bu konuda özel bir

¹¹⁹⁹ Kavalalı/Ünver, s. 126.

¹²⁰⁰ Kanmaz, s. 250.

¹²⁰¹ Kavalalı/Ünver, s. 125.

¹²⁰² Kanmaz, s. 251.

düzenleme getirerek verilecek kararlara karşı istinaf yoluna gidilebileceğini hükme bağlamıştır.

Koruma tedbirleri nedeniyle verilen tazminat davalarına karşı temyiz yolu CMK'da öngörülmemiştir. Ancak 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca bölge mahkemelerinin kurulup faaliyete geçtiğinin ilanına kadar bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. Temyiz incelemesi koruma tedbirine neden olan suçun niteliğine göre ilgili Yargıtay Ceza Dairesi tarafından yapılacaktır¹²⁰³.

Temyiz incelemesini Yargıtay'da işin esasını inceleyen özel Dairenin yapacağı 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesinde hükme bağlanmıştır. Maddeye göre, "466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanuna göre verilen kararlar, esas konuları itibariyle hangi ceza dairesinin görevine giriyorsa, o ceza dairesince incelenir ve karara bağlanır". 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 8.2.1983 tarih, 17953 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmeden önce ise aynı tazminata esas olaya bakmakla görevli dairenin bakacağı konusu Yargıtay Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu'nun kararı ile hükme bağlanmıştır¹²⁰⁴.

Ancak daha sonra 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 09.02.2011 gün ve 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 8. maddesi ile değişik 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 14. Maddesine uyarınca 2 Haziran 2011 tarih ve 27952 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 12/05/2011 tarih ve 2011/1 sayılı kararı ile Yargıtay'da iş bölümü yeniden düzenlenmiştir. Bu iş bölümünün yürürlüğe girdiği, 01.07.2011 tarihinden sonra Yargıtay'a gelen işlerde, koruma tedbirleri nedeniyle verilen tazminat kararlarını temyizen inceleyecek merci, Yargıtay 12. Ceza Dairesidir.

¹²⁰³ Gökcan, s. 472.

¹²⁰⁴ Yargıtay Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu 13.1.1969 tarih, 1/1 sayılı kararı, "...tazminat talebine esas tutulan ceza kovuşturmasının niteliğine, Yargıtay Kanunu ve 466 sayılı Kanunun uygulanmasında kovuşturma sebebi olan suçun niteliği göz önünde tutularak temyiz mercii tayin edilmek gerektiğine ve olayda davalıya isnat edilmiş olan suçun niteliği bakımından ona ait hükmün temyiz merciiinin verdiği görevsizlik kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekli bulunmuştur..."(Kavalalı/ Ünver, s. 124 vd).

14.6 İnceleme Yöntemi

CMK'nın 142/8. maddesine göre inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır. Bu hükme göre, yasa yolu olarak ister itiraz, ister istinaf isterse temyiz yolu öngörölmüş olsun, her durumda, koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin diğer dosyalara göre, öncelik verilerek incelenmesi gerekir. Usul hükümlerimizde öncelik ve ivedilikle incelemenin esasında somut bir karşılığı bulunmamaktadır. Anayasanın 91'inci maddesine göre yetki kanunları TBMM komisyon ve genel kurullarında "*öncelikle ve ivedilikle*" görüşölür. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 39 ve 40'inci maddelerine göre de bağlantılı dava dosyalarının "*öncelikle ve ivedilikle*" incelenip hükme bağlanacağı belirtilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 15'inci maddesine göre de temyiz incelemesi "*öncelikle ve ivedilikle*" yapılmak zorundadır. bunlara benzer hem idari hem de adli birçok konuda yasa koyucu öncelikle ve ivedilikle karar verileceği hükmünü yasalara koymuştur. Usul hukuku açısından somut bir karşılığı olmayan bu ibarenin ikincil mevzuatla desteklenmesi ya da ne anlama geldiğinin açıklanması gerekmektedir. Örneğin TBMM İçtüzüğü 52'inci maddesi öncelikle görüşmenin ne anlama geldiğini açıklamıştır. Buna göre öncelikle görüşme 48 saatlik bekleme süresinin kaldırılması ve bir metni ilk sıraya geçirme olarak anlaşılmaktadır¹²⁰⁵. Usul yasalarında da benzer açıklamalara ihtiyaç bulunmaktadır. Bu haliyle bu kavramın uygulamada yasa koyucunun işin öncelikli bitirilmesi isteğinden öteye gitmediği açıktır.

¹²⁰⁵ Gözler, Kemal, "Anayasalar", www.anayasa.gen.tr/kanun.htm. 20 Ekim 2005.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hukukumuzda 466 sayılı Yasa ile giren haksız yakalanan ve tutuklananlara tazminat verilmesi konusu, 466 sayılı Yasadan önce genel hükümlere tabi olarak çözümlenmekteydi. Ancak bu durum, uygulanan koruma tedbirlerinin niteliği gereği yargı yolunun belirlenmesinde ve husumetin yöneltileceği kişi yönünden çeşitli sorunlara neden olmaktadır. Çünkü tedbir çoğu zaman bir idari eylem veya işlem olarak ortaya çıktığı için idari yargının görev alanına girdiği düşünülmekteydi. Öte yandan işkence ve benzeri iddialar ile kişilerin keyfi uygulamalarına dayanan tazminat davaları ise adliye mahkemelerinde incelenmekteydi.

466 sayılı Yasa öncesinde de kişiler İdarenin her türlü eylem ve işlemi nedeniyle uğradığı zararlarını Devletten isteyebilmekteydi. 466 sayılı Yasa sonrasında da kişilerin uğradığı bir haksızlık karşısında idare mahkemelerinde tam yargı davası açması, hukuk mahkemelerinde tazminat davası açması veya ceza mahkemelerinde haksız tutuklama nedeniyle tazminat davası açması gibi farklı yollar bulunmaktaydı. Bu yolların en aza indirilerek insanların hak arama özgürlüğünün etkin hale getirilmesi açısından 5271 sayılı Yasadaki düzenleme önemli bir adımdır.

466 sayılı Yasa ile birlikte bu karışıklığa son verilerek haksız yakalanan veya tutuklanan kişilerin kime karşı hangi mahkemeye dava açacağı hükme bağlanmıştır. Ancak 466 sayılı Yasanın uygulanmasında da, özellikle tazminat miktarının belirlenmesi gibi konularda, bazı sorunlar ortaya çıkmıştır. Bunu önlemek amacıyla da 5271 sayılı Yasa ile birlikte Anayasaya da uygun olarak tazminatın tazminat hukukunun genel hükümlerine göre belirlenmesi esası benimsenmiştir. 5271 sayılı Yasa tazminatın kapsamını genişleterek ve usul hükümlerini de düzenleyerek bu konudaki eksiklikleri giderici düzenlemeler getirirse de bazı eksiklikleri de bulunmaktadır.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat başlığı altında koruma tedbirlerinin tamamının sayılmamış olması eksikliklerdir. Bazı tedbirler için tazminat öngörüp

bazıları için öngörülmemesi doğru değildir. Çünkü bu yol etkili bir yoldur. Genel yolla tazminat alınabilirse de CMK yolu daha hızlı ve sağlıklıdır ve bir standart oluşması açısından da faydalı olacaktır.¹²⁰⁶ Öte yandan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istenebilecek durumlar sayılırken, birbiriyle karışabilecek durumlar farklı bentler halinde düzenlenmiştir. Örneğin kanuni hakların hatırlatılmaması CMK'nın 141/1-c bendinde düzenlenmiş, yakalanma veya tutuklanma nedenleri ve haklarındaki suçlamalar yazıyla, bunun hemen mümkün olmaması halinde sözle bildirilmemesi aynı Kanun'un 141/1-g bendinde, yakalanma veya tutuklanmanın yakınlara bildirilmemesi 141/1-h bendinde düzenlenmiştir. Geniş anlamda bakıldığında zaten hatırlatılan haklar arasında bu sayılanlar mevcuttur.

Uygulamada görülmekte olan bir davada diğer bir hâkimin tazminata hükmetmesi gibi konular da sorun oluşturmayacaktır. Ülkemiz hukukçuları bu konularda yeterli birikim ve deneyime sahiptir. Ülkemizde zaten bütün koruma tedbirleri itiraza tabi olup, yapılan tüm itirazları, davalar devam ederken bir başka mahkeme veya hâkim karara bağlamaktadır.

Bir diğer konu ise dava sonucunda tutuklanan kişinin tutuklu kaldığı sürenin mahsup edilebileceği ile ilgilidir. Uygulamada ileride mahsup edilebileceği düşüncesiyle esas yargılamanın hükmü kesinleşmeden tazminat konusunda karar vermeme eğilimi göze çarpmaktadır. Kanun koyucunun amacının ötesine geçerek, ileride mahkumiyet alabileceği varsayımıyla kişilerin koşulları olduğu halde tazminat davalarının sonuçlandırılmaması kabul edilebilir bir uygulama değildir.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminatı düzenleyen maddelerin usul hükümleri içerisinde düzenlendiği gözetilmeli ve usul hükümlerinde kıyasın mümkün olduğu dikkatlerden uzak tutulmamalı, ceza hukuku gibi katı kanunilik yerine özgürlükler lehine kıyas kabul edilmelidir. Böylece tazminatın alanı ve sınırları AİHM standartlarına uygun hale getirilerek bu konuda iç kontrol sistem kurulabilir.

Koruma tedbirleri nedeniyle açık bir temel hak ihlali tespiti halinde tespiti yapan mahkemece ilgilinin talebi olmaksızın uygun bir tazminat isteyip istemediğinin ilgisine sorulması, tazminat istemesi halinde ise yeni bir araştırmaya

¹²⁰⁶ Ünver/ Hakeri, s. 485.

ihtiyaç duyulmayan hallerde tazminata hükmedilmesi gibi bir düzenleme de uygulamada düşünülebilir. Bu yolla hem ilgisine tazminat hakkı hatırlatılmış olacak, hem de olayı tespit eden mahkeme ek bir araştırma gerektirmeyen durumlarda tazminata hükmederek zaman kazanılmış olacaktır.

5271 sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra özellikle temyiz hakkının hatırlatılmaması gibi durumlarda hükmün kesinleşmemiş olduğunun kabulü ile birlikte uygulamada onlarca yıl önceki beraat kararları için tazminat davaları açılmaya başlanmıştır. Getirilecek bir geçiş maddesiyle bu tür davaların açılmasına bir süre getirilmesi yerinde olacaktır.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat müessesesi, ülkemize karşı AİHM’de açılan davalar açısından da önemli ve etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul edilebilir. Zira AİHM açısından bir ihlalin belirlenmiş olması ve ihlalin uygun bir tazminatla giderilmesi etkin iç hukuk yolu olarak kabul edilmektedir. Bu yönüyle koruma tedbirleri nedeniyle tazminat ülkemizde yeni uygulamaya giren AİHM’e ve Anayasa Mahkemesine yapılacak şikâyetlerin önünde bir perde görevi görebilir. Böylece kişiler AİHM ve Anayasa Mahkemesi’ne gelmeden önce tatmin edilerek şikâyetleri önlenebilecektir.

KAYNAKÇA

A- YAYINLAR

Akbal, Mehmet, Hakimin Davaya Bakamaması ve Reddi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000

Akbal, Mehmet, Haksız İhtiyati Haciz Nedeniyle Tazminat, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2009, Cilt: 35, Sayı: 1-2

Akgüner, Tayfun, Kamu Personel Yönetimi, İstanbul 1988

Akıntürk, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara 1989

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, 3. Bası, İstanbul 2003

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979

Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Yıldırım, Nevhis Deren, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, İstanbul 2006

Albayrak, Hakan, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Yayınlandığı Yer: (<http://hakanalbayrak.blogspot.com/2008/05/gecici-hukuki-himaye-tedbirleri.html>)

Aldıkaçtı, Orhan, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1976

Aliefendioğlu, Yılmaz, 2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2002, sayı:19

Altınay, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, İstanbul 2007

Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 4

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı:21

Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007,

Aşçıoğlu, Çetin, Yargıda Gerekeç Sorunu, TBBD, Yıl: 15, Sayı: 48, Eylül-Ekim 2003

Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2006

Avcı, Gökmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Tutuklama Kurumunun İncelenmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:5, Sayı:41, Ocak 2010

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2007

Aycı, Emrullah, Haberleşme Özgürlüğü Bakımından PTT'nin Özelleştirilmesi, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi

Aydın, Murat, Beraat Eden Sanık Yararına Avukatlık Ücretine Hükmedilmesi Kanuna Aykırı Değildir, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Ankara 2008, Yıl: 3, Sayı: 18

Aydınlı, Sezai, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997

Aydiner, Ömer Faruk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007

Bakıcı, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Bası, 2008

Bal, Yakup / Şahin, Yahya/ Karabulut, Mustafa, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003

Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 7.3.2003 tarihli Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu Tasarısı ile Gerekçesi

Başlar, Kemal, Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2007

Bayyurt/Yıldırım, Gerekçeli, Karşılaştırmalı, Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleri ile Birlikte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Ankara 2005

Beydilli, Recep, AİHS 8 ve 13 Maddeleri Çerçevesinde Konutlarda Arama ve Bilgisayar Anakartlarında (CPU) Elkoyma, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1180.htm)

Biçer, Yılmaz, Haksızca Tutuklananlara Devlet Güvencesi, Yargıtay Dergisi, c: 4, sayı:1-2

Bielefeldt, Heiner Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik, Freiheit und Sicherheit im Demokratischen Rechtsstaat, Deutsches Institut für Menschenrechte, Essay, No. 1, Berlin, December 2004, Çeviri; Yüksel Metin, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ankara 2008

Bilge, Necip/ Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978

Bilgen, Pertev, 1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim, İstanbul 1976

Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanunu'na, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2011

Cengiz, Serkan/ Demirağ, Fahrettin/ Ergül, Teoman/ Jeremy Mc Bride/ Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Avrupa Konseyi ve Türkiye Barolar Birliği Ortak Yayını, Ankara 2008

Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996

Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2005

Clayton, Richard/ Tomlinson, Hugh, The Law of Human Rights, Vol. I, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2009

Çağıl, Orhan Münir, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963

Çalkın, Fahri / Tuğsavul, Muhsin, Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, İstanbul 1948

Çolak, Haluk/ Taşkın, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007

Dalamanlı, Lütfü/Kazancı, Faruk/ Kazancı, Muharrem, İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, Cilt 1, İstanbul 1990

Danıştay Dergisi, sayı:96

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

Deschenaux, Henri/ Tercier, Pierre, Sorumluluk Hukuku, Çeviren, Salim Özdemir, Ankara 1983

Dönmez, Recai, Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Eskişehir Haziran 1987, Cilt: 5, Sayı: 1

Doğanay, İsmail, Yargıtay Başkan ve Üyeleri Aleyhine Doğrudan Doğruya Hukuki Sorumluluk Davası Açılmaz mı? Prof. Dr. Ernest E. Hirsch Armağanı, Ankara 1986

Doğru, Osman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, Adalet Bakanlığı, Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2003

Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2007

Duman, İ. Hasan, Yargıcın Hukuksal Sorumluluğu; Günay, Erhan, Uygulamada Hakim, Savcı, Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar, Ankara 1997

Duran, Lütfi, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ayrı Bası, Ankara 1974

Dursun, Suat, Hakimlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin İlkeler ve Kurallar, Ankara 2007

Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007

Düzgün, Nuri/ Elmacı, Şerafettin, Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Ankara 2010

Erdem, Mustafa Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku’nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Ankara 2004

Erel, Kemalettin, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Emniyet Genel Müdürlüğü 10-11 Şubat 2006 tarihli seminer notları

Erem, Faruk, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1968

Erem, Faruk, Kanundışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat, Adalet Dergisi, Temmuz-Ağustos 1964, Cilt: 55, Sayı: 7-8

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 1986, Cilt II

Ergül, Ozan/ Ketizmen, Muammer, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, Güncel Hukuk, Ağustos 2007

Erten, Cengiz, Haksız Tutuklamalarda Tazminat Talebi, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 47, Sayı: 1-6, Yıl: 1990

Feyzioğlu, Metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, TBB Dergisi, Yıl: 2004, Sayı: 55

Feyzioğlu, Metin, Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 50, Sayı: 1, Ocak 1993

Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Tutuklama, Ankara 1992,

Gedik, Doğan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Basit Elkoyma, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 6, Şubat 2007

Gençcan, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 2. Bası, Cilt: 3, Ankara 2007

Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev/ Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2006

Gökcan, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2009

Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa. Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3. Baskı, Ankara 2012

Göker, Erdoğan, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1974

Gölcüklü, Feyyaz, Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Türk Hukukunda Muvakkat Yakalama, Tevkif) Ankara 1958

Gölcüklü, Feyyaz/ Gözübüyük, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Baskı, Ankara 2007

Gözler, Kemal, "Anayasalar" , www.anayasa.gen.tr/kanun.htm. 20 Ekim 2005

Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1995

Gözübüyük, Ahmet Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 1988

Gözübüyük, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2007

Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut, İdare Hukuku, Ankara 1998, Cilt: 1

Gülşen, Recep, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, s. 11, www.cezabb.adalet.gov.tr

Günday, Metin, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara 2004

Hafizoğulları, Zeki, Emniyet Tedbirleri, AÜSBFD, Ankara 1991, Cilt 46, Sayı: 3-4,

Hakeri, Hakan, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Ankara 1999

Hakeri, Hakan, Türk ve Alman Hukuku'nda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C: II, Ankara 2008

Harris, David J./ O'Boyle, Michael/ Bates, Ed/ Buckley, Carla, Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2009

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2008

İçel, Kayıhan/ Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Bası, İstanbul 1987

İnal, Nihat, Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Tüm Yönleriyle Basın Davaları ve Medyanın Saldırısında Tazminat Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Basınla İlgili Mevzuatlar, Ankara-2001

İnsan Hakları, Konferanslar, Ankara Barosu İnsan Hakları Hukuku Araştırma, Uygulama ve Danışma Merkezi, 14 Nisan-26 Mayıs 2006, Ankara

Kahraman, Mehmet, Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama, Yargıtay Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 3, Ankara Temmuz 2007

Kalağan, Gökhan, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Göre Adil Yargılamada Sanığın Hakları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Nisan 2007, Yıl: 2, Sayı: 8

Kale, Tacettin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Adalet Bakanlığı, Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2006, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde5.htm>

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993

Karahasan, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Ankara 1996

Kavalalı, A. Mümin/ Ünver, M. Naci, Hukukumuzda Yasadışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, İstanbul 1979

Kılıçoğlu, Ahmet, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD, Cilt: 30, Sayı: 1-4, Ankara 1973

Kılıçoğlu, Mustafa, Haksız Fiillerde İliyet Bağı, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2004, Cilt: 30, Sayı: 1-2

Kıyak, Fahrettin, Ceza Mahkemesinde Manevi Tazminat Sorunu, Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977

Koca, Mahmut, Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurt Dışına Çıkarmama, <http://archiv.jura.uni-saarland/turkish/MKoca1.html>

Kocağa, Köksal, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2006, c: 10, Sayı: 1-2

Koparan, Mehmet Reşat, Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama, <http://www.resatkoparan.com/parcalar/makaleler/BirKorumaTedbiriOlarakArama.pdf>

Köroğlu, Hasan, Haksız Tutuklama Tazminatı, Ankara 1996

Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İÜHF Yayınları, İstanbul 1982

Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989

Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2002

Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s. 759 vd.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Bası, İstanbul 1990

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, Ankara 2004

Macovei, Monica, İnsan Hakları El Kitapları, No: 5, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2003

Macovei, Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, Almanya 2002, Avrupa Konseyi Yayınları, No:5

Meran/Necati, Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2007

Oğurlu, Yücel, İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, Sayı: 1-2, Erzincan 2000

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2010

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2. Bası, Cilt: 2, İstanbul 1960

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler. Cilt: 2, İstanbul 1989

Önder, Ayhan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama, İHFM, c. 29, İstanbul 1963

Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006

Özbey, Özcan, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması, Ankara 2004

Özbey, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Yargılamanın Yenilenmesi ve Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Yargıtay Dergisi, C: 36, Sayı: 1-2 Ankara 2010

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 4. Bası, Ankara 1995

Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999

Özel Hayata Saygı Hakkı Konusunda Kuzey Ülkeleri Hukukçuları Kongresi, 22-23 Mayıs 1967, Stokholm, Çeviren; Faruk Erem.

Özen, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004

Özer, Abdurrahim/ Doğan, Ayşe, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin Görevi Kapsamındaki Suçlar, Ankara 2010

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu, Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006

Özmen, Münci, Haksız ve Kanunsuz Tutma Ayırımında Hukuk Devletinin Tazminat Sorumluluğu ve Kişisel Sorumluluk, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 1-6, Yıl: 1977

Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982

Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004

Öztürk, Bahri Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, DEÜ Yayınları, Cilt: 1, Ankara 1991

Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, DEHF yay. No: 17, Ankara 1991

Öztürk, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Bası, Ankara 2008

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Ankara 2007,

Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2008, Cilt: 1

Parlar, Ali/ Yıldırım, Ferhat, Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları, Ankara 2001

Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Cilt 1, 2008

Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, C. 2, 4.Bası, Ankara 1996

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes , Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006

Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1985

Reisoğlu, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 1995

Resmi Gazete, tarih: 2.7.1969, sayı: 13238

Resmi Gazete, tarih: 26.11.2009, sayı: 27418

ResmiGazete: tarih: 4/2/2011 sayı : 27836

Sağlam, Fazıl, 2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2002, Sayı: 19

Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982

Sağlam, Mehmet, Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sırasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2002, sayı:19

Sarı, Mehmet, Delil Tespiti, <http://www.ahmetyum.av.tr/makaleoku.asp>

Sayın, İsmail Hakkı, Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, <http://www.ekitapyayin.com/?kitap=043>

Smith, Rhona K.M., Textbook on International Human Rights, 5th edition, Oxford University Press, New York, 2010

Sokullu-Akıncı, Füsün, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Ankara 2006

Soyaslan, Doğan, Hukuka Aykırı Deliller, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3-4

Soysal, Mümtaz, 100 soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986

Surlu, Mehmet Handan, Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 2003

Surlu, Mehmet Handan, Uygulamanın Işığında Haksız Tutuklamanın Tazmini, Adalet Dergisi, Cilt: 63, Sayı: 8-9, Ağustos-Eylül 1972

Şahbaz, İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Barolar Birliği Dergisi, Yıl:18, Sayı: 58

Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007

Şahin, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, 2. Bası, Ankara 2004

Şen, Ersan, İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına alma, Arama, El koyma ve Tutuklama, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:30, Şubat 2009-Ankara

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu Cilt 1, 2006

Taner, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955

TBMM Adalet Komisyonu'nun, 1.12.2004 tarih, 1/535, 1/292 Esas, 65 Karar nolu raporu s. 4

Terazi, Aylık Hukuk Dergisi, Ocak 2010, Yıl: 5, Sayı: 41

Tepe, Veysel, Kamusal Yetkinin Kullanılmasında Sorumluluk ve Rücu Hakkı, Sayıştay Dergisi, sayı: 30

Tezcan, Durmuş, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1989

Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu

Topaloğlu, Mahir, Çocuk Koruma Kanunundaki Tedbirler Sorunu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, Yıl: 2, Sayı: 12

Toroslu, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara 2003

Tosun, Kerim / Akkaya, Çetin, Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, 2. Bası, Ankara 2009

Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul-1984, Cilt: 1

Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Bası, Ankara 2006

Türk Dil Kurumu, Güncel Sözlük,
<http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=tehlike>

Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, 3. Bası Ankara 1991

Uğuz, İsmail, Ceza Muhakemesinde bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007

Uygun, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Sınırlama Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992

Uygun, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt: 1, Ankara 2003

Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 2001

Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yayınları, Ankara 1995

Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. baskı, Cilt 1, Ankara 2009

Üstündağ, Saim, İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1989, Cilt: 1,2, 4. Bası

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt: 1, 3. Bası, İstanbul 1984

Van Dijk, P./ van Hoof, G.J.H., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Third Edition, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1998

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Özdemir, Refet Türk, Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Ankara 1987

White, Robin C.A./ Ovey, Clare, Jacobs, White, & Ovey, The European Convention on Human Rights, Fifth edition, Oxford University Press, New York, 2010

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, Cilt: 3, 2. Baskı, Ankara 1984

Yargıtay Kararlar Dergisi, yıl: 1, sayı, 3

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 35, Sayı: 2

Yargıtay Kararları Dergisi, cilt: 33, sayı:10

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 35, sayı:1

Yargıtay Kararları Dergisi, cilt: 35, sayı:3

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 11

Yargıtay Kararları Dergisi, cilt:35, sayı:7

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 18, sayı: 3

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 37, sayı:3

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 24, sayı: 6

Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 35, sayı: 5

Yargıtay Kararları Dergisi, cilt: 8, sayı: 8

Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 33, Sayı: 3

Yaşar, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 3. Bası, Ankara 2007

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, 1. bası, Ankara 2010

Yenisey, Feridun, Tutuklama Kararında Gerekçe Gösterme Sorunu, Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 1, İstanbul 2009

Yılmaz, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara 2001, c: 2

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 3. Bası, Ankara 1985

Yılmaz, Halil/ Kütük, Ahmet, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Emsal Kararları, Ankara 2002

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2007, 12. Bası

Yurtcan, Erdener, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2005

Yüce, Turhan Tufan, Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, EÜHFD, İzmir 1980, c.1, Sayı 1

Yüce, Turhan, Medeni Hukukumuzda Manevi Tazminat, Adalet Dergisi, Yıl: 1952, Sayı: 3

<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://profdrferidunyenisey.com>

<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/tazminat.html>, kaynak, anonim

<http://www.danistay.gov.tr/> (bilgi bankası, kararlar bölümünden 29.9.2010 tarihinde erişilmiştir)

<http://www.danistay.gov.tr/> (bilgi bankası, kararlar bölümünden 29.9.2010 tarihinde erişilmiştir)

<http://www.danistay.gov.tr/> (bilgi bankası, kararlar bölümünden 29.9.2010 tarihinde erişilmiştir)

<http://www.ekitapyayin.com/?kitap=043>

<http://www.tdkterim.gov.tr/>

http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/23657_94.pdf

<http://www.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0453.pdf>.