

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT**

**Duygu AKSÜNGER  
114612009**

**Danışman: Yrd. Doç. Dr. Öznur SEVDİREN**

**İSTANBUL  
2017**

KORUMA TEDBİRLERİ SEBEBİYLE TAZMİNAT  
COMPENSATION DUE TO MEASURES OF PROTECTION

DUYGU AKSÜNGER

114612009

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Öznur SEVDİREN  
İstanbul Bilgi Üniversitesi



Jüri Üyeleri : Doç. Dr. Güçlü Akyürek  
MEF Üniversitesi



Yrd. Doç. Dr. Ulaş KARAN  
İstanbul Bilgi Üniversitesi



Tezin Onaylandığı Tarih: 27.12.2017

Toplam Sayfa Sayısı :

**Anahtar Kelimeler**

- 1) İnsan Hakları
- 2) Koruma Tedbirleri
- 3) Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

4) Anayasa Mahkemesi Kararları

5) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

**Key Words**

1) Human Rights

2) Protection Measures

3) Compensation due to Protection  
Measures

4) Constitutional Court Judgements

5) European Court of Human Rights  
Judgements

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER .....	iii
KISALTMALAR .....	v
ÖZET .....	vii
GİRİŞ .....	1
<b>1. KORUMA TEDBİRLERİ.....</b>	<b>4</b>
1.1. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri .....	6
1.1.1. Zorlama .....	7
1.1.2. Araç Olma .....	8
1.1.3. Geçici Olma .....	8
1.2. Koruma Tedbirlerinin Şartları .....	9
1.2.1. Kanuni Düzenleme .....	10
1.2.2. Suç Şüphesinin Bulunması .....	10
1.2.3. Görünüşte Haklılık .....	12
1.2.4. Gecikemezlik .....	13
1.2.5. Ölçülülük .....	15
1.3. Koruma Tedbirlerinin Temel Hakları Sınırlandırıcı Etkisi .....	17
1.3.1. Anayasa'ya Göre Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması .....	18
1.3.2. AİHS'e Göre Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması .....	28
<b>2. CMK'DA YER ALAN KORUMA TEDBİRLERİ .....</b>	<b>34</b>
2.1. Yakalama .....	34
2.1.1. Yakalama Esnasında Kullanılabilecek Gücün Sınırı .....	41
2.1.2. Yakalama İşlemi Gerçekleştirildikten Sonra Uyulması Gereken Hususlar ..	52
2.2. Gözaltı .....	57
2.2.1. Gözaltında Tutulma Koşulları .....	63
2.2.2. Gözaltı Kararının Hukukiliğinin Değerlendirilmesi .....	70
2.3. Tutuklama .....	78
2.3.1. Tutuklama İçin Aranılan Maddi Şartlar .....	80
2.3.2. Tutuklama İçin Aranılan Şekli Şartlar .....	91
2.3.3. Tutuklama Kararının Gerekçeli Olması Koşulu .....	94
2.3.4. Tutuklama Kararı Verilirken Müdafinin Dosyaya Erişiminin Kısıtlanması .....	98
2.3.5. Tutuklulukta Makul Süre .....	111
2.3.6. Tutukluluk İçin Öngörülen Azami Süre .....	119
2.4. Adli Kontrol .....	122
2.5. Arama .....	136

2.5.1. Aramanın Uygulanmasına İlişkin Öngörülen Hükümler ve Anayasa Mahkemesi İncelemesi .....	142
2.5.2. Aramanın Uygulanmasına Dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İncelemesi	148
2.5.3. İşyeri Aramalarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İncelemesi .....	153
2.6. El Koyma .....	160
2.7. Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini .....	171
2.8. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma .....	173
2.9. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi .....	178
2.9.1. Telekomünikasyon Yoluyla Gerçekleştirilen İletişimin Denetlenmesi Tedbirine Başvuru Şartları ve Tedbirin Uygulanması .....	182
2.9.2. Anayasa Mahkemesi'nin Tedbirin Uygulanmasına İlişkin Yaklaşımı .....	190
2.9.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tedbirin Uygulanmasını Yaklaşımı .....	194
2.10. Gizli Soruşturmacı Görevlendirme .....	203
2.11. Teknik Araçlarla İzleme .....	212
<b>3. TAZMİNAT .....</b>	<b>219</b>
3.1. Devletin Sorumluluğu .....	220
3.2. Tarihsel Gelişimi .....	224
3.3. CMK'ya Göre Tazminat İstenebilecek Haller .....	228
3.3.1. Yakalama .....	229
3.3.2. Gözaltı: Kanuni Gözaltı Süresinde Hakim Önüne Çıkarılmama .....	234
3.3.3. Tutuklama .....	236
3.3.4. Arama: Arama Kararının Ölçsüz Bir Şekilde Gerçekleştirilmesi .....	245
3.3.5. El Koyma: Koşulları Oluşmadığı Halde El Koyma Kararı Verilmesi, El Konulan Eşyanın Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması, Eşyanın Veya Malvarlığı Değerlerinin Amaç Dışı Kullanılması Veya Zamanında Geri Verilmemesi .....	247
3.3.6. Mahkumiyet Halinde Tazminat .....	249
3.3.7. Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat .....	251
3.3.8. Tazminat İsteyemeyecek Kişiler .....	252
3.3.9. Koruma Tedbirleri Dışındaki İşlemler İçin Tazminat .....	254
3.3.10. Tazminat İçin CMK'da Öngörülen Usul Kuralları .....	258
3.3.11. Tazminatın geri alınması .....	280
3.3.12. Kamu Görevlisine ve Diğer Kişilere Rücu .....	282
<b>SONUÇ .....</b>	<b>285</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>291</b>

## KISALTMALAR

<b>466 Sayılı Kanun</b>	:	Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun
<b>AİHM</b>	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AÜHF</b>	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>BK</b>	:	Türk Borçlar Kanunu
<b>Bkz./bkz.</b>	:	bakınız
<b>CGİHK</b>	:	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
<b>CMK</b>	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>CMUK</b>	:	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>ÇKK</b>	:	Çocuk Koruma Kanunu
<b>f.</b>	:	fıkra
<b>HMK</b>	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HSK</b>	:	Hakimler Savcılar Kanunu
<b>İÜHF</b>	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>m.</b>	:	madde
<b>MİT</b>	:	Milli İstihbarat Teşkilatı
<b>MSHS</b>	:	Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
<b>par.</b>	:	paragraf
<b>PVSK</b>	:	Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
<b>s.</b>	:	sayfa
<b>TBB</b>	:	Türkiye Barolar Birliği
<b>TCK</b>	:	Türk Ceza Kanunu
<b>YGİY</b>	:	Yakalama, Gözaltı, İfade Alma Yönetmeliği

## **ABSTRACT**

In the study, firstly, a general view has been presented through describing the concept of protection measures and the result of their implementation, namely the restriction of fundamental rights and freedoms. Then, in order to introduce the protection measures in national law, the protection measures prescribed in Turkish Code of Criminal Procedure are explained individually. Meanwhile, the decisions of Supreme Court, Constitutional Court and European Court of Human Rights have also examined to provide an understanding on the conditions that a protection measure has been considered as illegal, the remedies that the courts offer, the harmony between the Constitutional Court decisions and European Court of Human Rights decisions and the extent that the courts influence the case laws of each other.

After drawing up a general outline, the foreseen way within the scope of the national legislation to compensate the damage caused by the unlawful implementation of protection measures has been examined and explained through the provisions of the Turkish Code of Criminal Procedure and the case law of the Supreme Court. As a result, the approaches of the Supreme Court, the Constitutional Court and the European Court of Human Rights are presented in cases that an individual applies to compensate his or her loss due to unlawful protection measures.

**Key words:** Human rights, measures of protection, compensation due to measures of protection, judgements of the Constitutional Court, judgements of the European Court of Human Rights

## ÖZET

Çalışmada, öncelikle, koruma tedbirleri kavramı ve koruma tedbirlerinin uygulanmasının bir sonucu olan temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimi anlatılarak konuya ilişkin genel bir sunuş yapılmaktadır. Sonrasındaysa, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan koruma tedbirleri açıklanarak koruma tedbirlerine dair ulusal mevzuat ortaya konulmaktadır. Bu esnada Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yer verilerek ulusal ve uluslararası yargı mercilerinin koruma tedbirlerinin hangi durumlarda hukuka aykırı uygulandığını kabul ettikleri ve bu hukuka aykırılık karşısında ne yönde bir yaklaşım gösterdikleri; özellikle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun hedeflerinden olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uyumluluğun ne ölçüde sağlandığı incelenmekte ve mahkemelerin birbirlerine etkilerinin ne oranda olduğu araştırılmaktadır.

Koruma tedbirlerine dair bu şekilde genel bir çerçeve çizildikten sonra, belirtilen usule aykırı bir biçimde uygulanmaları durumunda, ortaya çıkan zararın ulusal mevzuat kapsamında nasıl giderilebileceği, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ile Yargıtay kararları üzerinden incelenerek açıklanmaktadır. Tüm bunların sonucunda haksız uygulanan koruma tedbirleri sebebiyle tazminat isteminde bulunulduğunda Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin bakış açıları ortaya konmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan hakları, koruma tedbirleri, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat, Anayasa Mahkemesi Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.

## GİRİŞ

Ceza muhakemesinin gereği gibi yürüebilmesi, delillerin kaybolmaması ve gerektiğinde muhakeme sonunda cezanın infaz edilebilmesi için muhakeme esnasında koruma tedbirlerine başvurulması öngörülmüştür<sup>1</sup>. Koruma tedbirleri, kişilerin haklarına doğrudan müdahale eder nitelikte olmaları nedeniyle, sıkı şartlara tabi tutulmaktadır<sup>2</sup>. Ancak tedbirlerin amaçlarına ulaşabilmeleri ile tedbirin gerçekten haklı olup olmadığı hususları zaman zaman birbirleriyle çatışabilmektedir. Bu sebeple koruma tedbirleri sıkı şartlara bağlanırken aynı zamanda kendileri için bazı genel özelliklerin de kabul edilmesi gerekmiştir. Bunlardan biri, “görünüşte haklılık” olarak geçmektedir.

Görünüşte haklılık ilkesi, belli bir koruma tedbirine başvururken söz konusu tedbirin, başvurulduğu an için, haklı görünmesi anlamına gelmektedir. Bu da ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkarmada başvuru olan araç olan koruma tedbirinin uygulanması için kesin bir ispat aranmaması anlamına gelmektedir<sup>3</sup>. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere, koruma tedbirlerinin kişinin gerek Anayasa gerekse uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınmış haklarını sınırlandırır nitelikte olması nedeniyle, ceza yargılaması sonucunda kişinin suçsuz olduğu ispatlanır ve başvuru koruma tedbirinin yersiz olarak uygulandığı ortaya konursa, kişinin hakkına müdahale edilmesi sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi gerekmektedir<sup>4</sup>. Haksız olarak başvuru koruma tedbirleri sebebiyle kişinin uğradığı zararın tazmin edilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanununun bir gereğidir.

---

<sup>1</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2013, s.447; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 303; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2013, s.265; Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 269.

<sup>2</sup> Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul 2007, s. 317.

<sup>3</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.45; A. Duygu Özgüven, Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Adli Kontrol”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 81, Ankara 2009, s. 1 - 42.

<sup>4</sup> Mehmet Naci Ünver, Mümin Kavalalı, Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 19.

Haksız uygulanan koruma tedbirleri sebebiyle tazminat konusu işlenirken öncelikle koruma tedbirlerinin ceza muhakemesi açısından önemine değinilecek; ardından koruma tedbirlerinin ne olduğu, tedbirlerin ortak özellikleri ışığında anlatılacaktır. Yine bu bölümde koruma tedbirlerinin hakları sınırlandırıcı etkisi nedeniyle Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre hakların sınırlandırılma koşullarına uyumluluğu, gerek olağan gerekse istisnai rejimler açısından, incelenecektir. Bunun ardından Ceza Muhakemesi Kanununda numerus clausus sayılmış olan koruma tedbirleri, yukarıda belirtilen ana özelliklere uyumlulukları temel alınarak, her birine başvurulmasındaki amaç ve şartlar kısaca anlatılacaktır. Bu esnada, Yargıtay uygulamasından da örnekler verilerek yüksek mahkemenin tedbirlere bakış açısı ortaya konulacaktır. Koruma tedbirlerine dair bu incelemelere, gözlem altına alma, beden muayenesi, moleküler genetik incelemeler ve fizik kimliğinin tespiti dahil edilmemiştir. Zira, bu işlemler, koruma tedbirleri ile benzer nitelikleri haiz olmaları sebebiyle, doktrinde koruma tedbirleri başlığı altında incelenebilmekteyse de CMK sistematığında, koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmemişlerdir<sup>5</sup>.

Koruma tedbirlerinde dair bu genel ve ön bilgiler verildikten sonra, tazminat için öngörülen koşullar, kısa bir tarihsel mevzuat incelemesi yapıldıktan sonra, Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan şartlar ile anlatılacaktır ve ardından, söz konusu tazminat davalarının usuli boyutuna değinilecektir. Bu esnada, kanunda ortaya konan tazminat hususunun uygulamada nasıl olduğuna, Yargıtay kararları ışığında değinilecektir. Tüm bunların ardından, Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı incelencek; böylece Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları arasındaki birbirini etkileme ve birbirinden etkilenme eğiliminin ne ölçüde olduğu

---

<sup>5</sup> Söz konusu işlemleri koruma tedbirleri olarak kabul eden görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler. Söz konusu işlemlerin hem bilirkişi incelemesi hem de koruma tedbiri özellikleri taşıdığı yönündeki görüş için bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, s. 2, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2017).

araştırılacaktır. Bu aşamada, devam etmekte olan olağanüstü hal rejimi sebebiyle, mevcut Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına, kısaca değinilecektir.

Böylece, ceza yargılamasının amacına ulaşabilmesi için kişilerin haklarına kanuna uygun bir sınırlama teşkil eden koruma tedbirlerinin, yargılama sonunda haksız olduğu anlaşıldığında, bu müdahalenin kişilerde yarattığı zararın tazmininin ne oranda sağlanabildiği ulusal ve uluslararası mahkeme kararları ile ortaya konmuş olacaktır. Bu arada var olan uyumsuzluklar da ifade edilerek bunların giderilebilmesi için çeşitli tavsiyelere yer verilecektir.

## 1. KORUMA TEDBİRLERİ

Ceza muhakemesi bireyin temel hak ve özgürlükleri üzerinde doğrudan etki doğurmakta olduğundan, muhakeme esnasında biçimsel gerçeğe yetinilmeyerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması aranmaktadır.<sup>6</sup> Bu amacın gerçekleştirilip maddi gerçeğe ulaşılabilmesi içinse; şüpheli ya da sanığın hazır bulunmasının sağlanması veya delillerin yok olmasının engellenmesi gerekmektedir. Bu şekilde hem maddi gerçek ortaya çıkarılarak olayın aydınlatılabilmesi, hem de muhakeme sonunda verilen hükmün uygulanması sağlanarak kamu düzeninin korunması için, hükümden önce başvuru tedbirleri “koruma tedbirleri” adı verilmiştir<sup>7</sup>.

Soruşturma ve kovuşturma esnasında, bireysel özgürlüklerin korunması ile suçun aydınlatılarak kamu düzeninin sağlanması arasında bir dengelemeye gidilmesi gerekmektedir<sup>8</sup>. Bu esnada, henüz masumiyet karinesinden yararlanmakta olan şüpheli, sanık hatta bazı durumlarda üçüncü kişiler, temel hak ve özgürlüklerine yönelik önemli kısıtlamalarla karşılaşabilmektedir. Bireylerin temel hak ve hürriyetlerine dönük bu şekilde önemli sınırlamalar getirmekte olan koruma tedbirleri, temel hak ve hürriyetlerin korunmasının güvence altına alınabilmesi için, hem ulusal hukukta kanunların dışında Anayasalara da konu olmuş hem de uluslararası hukukta çeşitli sözleşmelerle düzenlenmişlerdir. Bu yönleriyle koruma tedbirleri ile ilgili ulusal mevzuat, bir ülkenin hukuk sistemini, ne ölçüde bir hukuk devleti olduğunu ve o ülkede bireye verilen değeri anlamada oldukça önemli bir ölçüttür<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 317.

<sup>7</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, s.447; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 303; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.265; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, s. 269.

<sup>8</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 19; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2015, s. 267.

<sup>9</sup> Ahmet Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1994, s.16; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, s. 447; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 314.

Her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanununda <sup>10</sup> (“CMK”) “koruma tedbirleri” terimi kabul edilmişse de, doktrinde farklı isimlendirmeler de yapılmaktadır. “Ceza yargılaması önlemi” <sup>11</sup>, “ihtiyati tedbir” <sup>12</sup>, “zorlayıcı önlem”<sup>13</sup> bunlardan birkaçıdır. Doktrinde bu şekilde birbirinden farklı terimler kullanılmasının sebebi olarak 1412 Sayılı Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun <sup>14</sup> (“CMUK”), CMK’nın aksine, konuyu “koruma tedbirleri” gibi belirli bir kapsayıcı başlık altında ve sistematik bir şekilde ele almamış olması gösterilmektedir<sup>15</sup>.

Doktrinde, ihtiyaç duyulan tedbirin önleyeceği tehlikenin yakın ya da uzak oluşu veya tedbire başvururken kesin haklılık aranıp aranmamasına göre bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre, tehlike yakınsa ve gecikemezlik durumu sebebiyle kesin bir haklılık aranmaksızın, görünüşte haklılık ile yetinilmesi gerekiyorsa; söz konusu tedbir koruma tedbiridir. Ancak tam aksine, daha uzak bir tehlike mevcutsa ve korunacak bir hak olup olmadığı hususunda kesinlik aranmaktaysa; ilgili tedbirin önleme tedbiri olduğu ifade edilmektedir. Bunun sonucu olarak arama, iletişimin denetlenmesi bir koruma tedbiri olarak kabul edilmekle beraber; önleme araması, durdurma, önleme yakalaması ve iletişimin istihbarat amaçlı dinlenmesi ile suç işlenmesini önleme amaçlı dinleme, koruma tedbiri kategorisinden ayrı olarak önleme tedbiri olarak nitelendirmektedir. Bunlara ek olarak; muhafaza altına alma, sınır dışı etmek üzere idari yakalama ve idari gözetimi de yine önleme tedbiri olarak değerlendirilmektedir. Yine bu görüşe göre koruma tedbirleri de kendi aralarında “tutucu koruma tedbirleri” ve “önleyici koruma tedbirleri” olarak ikiye ayrılmaktadır. Tutucu koruma tedbirleri mevcut durumun muhafaza edilmesine

---

<sup>10</sup> 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 17.12.2014 Tarih ve 25672 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>11</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 313 vd; Fatih Selami Mahmutoğlu, İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İ.Ü.H.F. Eğitim - Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul 1998, s.65.

<sup>12</sup> Sahir Erman, Askeri Ceza Hukuku, 7.B. İstanbul, 1983, s.40 v.d.; Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, İstanbul 1995, s.131 vd.

<sup>13</sup> Turhan Tufan Yüce, Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, İzmir 1980, s. 67 vd.

<sup>14</sup> 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 20.04.1929 Tarih ve 1172 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>15</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, s. 269.

yönelik iken, önleyici koruma tedbirleri geleceğe yöneliktir ve ileride gerçekleşecek işlemin uygulanabilmesini sağlamayı hedeflemektedir<sup>16</sup>.

### 1.1. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri

Ceza muhakemesi için önemli bir araç olan koruma tedbirleri; kişi özgürlüğü, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı gibi yöneldikleri değerler açısından farklılık gösterebilmektedir. Tedbirler, yöneldikleri amaç açısından da ayrışabilmektedir. Yakalama, sanık ya da şüpheliyi soruşturma - kovuşturma esnasında hazır bulundurmaya yönelik iken; el koyma daha çok suç delilinin yok olmasını önlemeyi hedeflemektedir. Tutuklama, adli kontrol gibi bazı tedbirlerse; yargılama sonunda verilen hükmün yerine getirebilmesine ilişkindir. Koruma tedbirleri kural olarak şüpheli veya sanığa yönelik olmakla birlikte, açıkça belirtilen bazı durumlarda üçüncü kişilere de yönelik olabilmektedir. Arama ve el koyma, bu istisnai durumun örneklerindedir. Bu durum, tedbirlerin, uygulandıkları kişiler açısından da sınıflandırılabilirliğini göstermektedir<sup>17</sup>. Muhakeme esnasında, bu farklılıkları doğrultusunda bir tedbire son verilerek başka bir tedbire başvurulabilirliği gibi, aynı anda birkaç tedbir de uygulanabilmektedir. Zira koruma tedbirleri birer yaptırım değildir ve “non bis in idem” kuralı uygulanmamaktadır<sup>18</sup>. Koruma tedbirleri her ne kadar bu şekilde birbirlerinden ayrılmakta ise de belirli ortak özellikleri vardır:

---

<sup>16</sup> Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 269 - 305; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özden Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2009, s. 448.

<sup>17</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 304; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 319 - 320.

<sup>18</sup> Yenisey/Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306; Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri - Genel Kısım, Cilt: I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 1984, s. 823.

### 1.1.1. Zorlama

Ceza Muhakemesi Kanununda isimlendirme yapılırken seçilen “koruma tedbirleri” terimi ile delillerin kaybolmaması amacı esas alınmışken; Alman Ceza Hukukunda bu kavram daha çok “zorlama tedbirleri” olarak ifade edilmektedir. Bu şekilde tedbirin birey üzerindeki etkisi vurgulanarak, tedbirin zorlama özelliği ön plana çıkarılmaktadır<sup>19</sup>.

Zorlama özelliği, bireylerin hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlamalara katlanmak zorunda olmalarını, hukuka uygun olduğu müddetçe başvuru koruma tedbirine direnememelerini ifade etmektedir. Tedbirlerin uygulanabilmesi için, ilgilinin rızası aranmamaktadır<sup>20</sup>. Mesela evinde arama yapılan kişi buna karşı koyamayacağı gibi, tutuklanan kişi hakkındaki tedbire son verilene kadar kişi özgürlüğü hakkını kullanamayacaktır.

Doktrinde zorlama özelliğini, tedbirin ilgili kişiyi zorlayarak cebren uygulanması veya ilgili kişinin bu tedbirde en azından bir zor ya da cebir algılaması olarak ele almanın daha doğru olduğu öne sürülmüştür. Aksi halde iletişimin izlenmesi, teknik cihazla izleme gibi bazı koruma tedbirlerinin kapsam dışı kalacağı ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Farklı bir görüş ise, iletişimin izlenmesi gibi tedbirlerin, yapıları gereği, bireyin haberi olmaksızın başvuru koruma tedbirleri olmalarından dolayı, zorlayıcılık özelliklerinden bahsedilemeyeceğini ve bu nedenle söz konusu tedbirler için “gizli soruşturma tedbirleri” ifadesini kullanmanın daha doğru olacağını belirtmektedir<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.265; Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, 1. Baskı, s. 197 ve orada dn. 404’te anılan Kühne; No: 395.

<sup>20</sup> Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 216.

<sup>21</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 448.

<sup>22</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 266.

### 1.1.2. Araç Olma

Koruma tedbirleri her ne kadar yukarıda da belirtildiği gibi zorlama özelliğine sahipse de kesinlikle bir cezalandırma aracı değildir. Koruma tedbirlerinin araç olması ile kastedilen, bunların ceza muhakemesinin esas amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eden bir araç olduklarıdır<sup>23</sup>. Maddi gerçeği ortaya çıkaracak delillerin elde edilmesinin ardından verilen hükmün yerine getirilmesi, koruma tedbirleri vasıtası ile mümkün olmaktadır<sup>24</sup>. Hatta koruma tedbirleri de kendi aralarında birbirlerinin aracı olabilmektedirler. Mesela, arama sonucunda elde edilen delillere el konması ya da yakalamanın peşi sıra gelen gözaltı kararı ile sonrasında bunu takip eden tutuklama kararı gibi. Bu durum doktrinde “dolayısıyla vasıta olma” olarak da ifade edilmektedir<sup>25</sup>. Ancak burada özellikle dikkat edilmesi gereken bir nokta mevcuttur: Eğer önce uygulanan koruma tedbiri hukuka aykırı nitelik taşımaktaysa, bundan elde edilen deliller de hukuka aykırı olarak elde edilmiş olacağından söz konusu bu delillere dayanılarak başvuru bir sonraki koruma tedbiri de hukuka aykırı hale gelecektir<sup>26</sup>.

### 1.1.3. Geçici Olma

Koruma tedbirleri, kendilerinden elde edilmesi beklenen amaca ulaşıldığı anda son bulmalıdırlar. Aksi halde tedbir, hukuka aykırı hale gelecektir<sup>27</sup>. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, koruma tedbirleri ceza muhakemesinin amacı değil, araçdırlar. Hatta bu özelliklerinden dolayı; tutuklama, iletişimin

---

<sup>23</sup> Onur Yerdelen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ve Türk Hukukundaki Yansıması, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Karaman 2001, s. 28; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 316.

<sup>24</sup> Veli Özer Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (“CMK İzmirŞerhi”), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 311.

<sup>25</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306.

<sup>26</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 449.

<sup>27</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, s. 274; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 217.

denetlenmesi gibi bazı koruma tedbirleri için Ceza Muhakemesi Kanununda azami süreler belirlenmiştir.

Geçici olma özelliği, uygulanmakta olan koruma tedbirine tamamen son verilmesinden ibaret değildir. Aşağıda “orantılılık” başlığı altında ayrıca inceleneceği üzere, belli bir koruma tedbirine başvurma sebebinin oluşturan tehlikenin azalıp artmasına göre, söz konusu tedbire son verilerek bunun yerine yeni bir tedbire de başvurulabilir<sup>28</sup>. Ancak her hâlükârda, bir koruma tedbiri en geç hüküm kesinleşinceye dek uygulanabilir<sup>29</sup>. Bu yönleri ile koruma tedbirlerinin bir yaptırım olmadığı da ortaya konulmaktadır<sup>30</sup>.

## 1.2. Koruma Tedbirlerinin Şartları

Koruma tedbirlerinin bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlar nitelikte olmaları sebebiyle keyfi uygulamaların önüne geçilebilmesi için, kendilerine başvurmadan önce bazı ortak ön şartların mevcudiyeti aranmaktadır. Söz konusu bu şartlar, Ceza Muhakemesi Kanununda açıkça sayılmasalar dahi, Kanunda yer alan tüm koruma tedbirlerini kapsar niteliktedir. Çünkü bahsedilen bu şartlar, koruma tedbirinin hukuki temelini oluşturmakta ve tedbiri hukuka uygun hale getirmektedir. Ön şartlar gerçekleşmedikçe, koruma tedbirine başvurmak mümkün değildir.<sup>31</sup> Ancak her bir koruma tedbiri için bu ortak ön şartlardan farklı olarak aranan şartlar da, Ceza Muhakemesi Kanununda ayrı ayrı sayılmaktadır. Uygulanan tedbirin hem hukuka hem de kanuna uygun hale gelebilmesi, aşağıda bahsedilecek ortak şartların yanında, Kanunda spesifik olarak aranan şartların da yerine getirilmesiyle mümkün olmaktadır<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306.

<sup>29</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.305.

<sup>30</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 311; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.267.

<sup>31</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 314.

<sup>32</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 307.

### 1.2.1. Kanuni Düzenleme

Koruma tedbirlerinin bireyin hak ve özgürlüklerini kısıtlar nitelikte oluşunun hukuki bir sonucu, söz konusu bu tedbirlerin kanunlarla düzenlenmiş olması gerekliliğidir. İleride “Koruma Tedbirlerinin Temel Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırıcı Etkisi” başlığı altında inceleneceği üzere, gerek Anayasa’ya<sup>33</sup> gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne<sup>34</sup> (“AİHS”) göre, temel hak ve özgürlükler ancak kanunlarla sınırlandırılabilir. Bir kişi hakkında koruma tedbirine başvurulabilmesi için bu yönde bir yasal düzenleme bulunmadığı müddetçe, kişiye yönelik koruma tedbirine başvurulamamaktadır<sup>35</sup>. Bu yönüyle koruma tedbirleri, “sınırlı kanunilik ilkesi”nin esas olduğu ceza muhakemesi hukukunda, söz konusu sınırlılığın içerisinde yer alarak, kanunilik ilkesinin kendini en çok gösterdiği alandır<sup>36</sup>. Fakat mevcut bir kanuni düzenlemenin uygulanış şekillerini gösterebilmek için, söz konusu kanuna aykırı olmamak ve kanunda bulunmayan yeni bir kural ihdas etmemek koşuluyla yürütme organınca da düzenlemeler yapılabilmektedir<sup>37</sup>. Koruma tedbirleri, kanunilik ilkesinin bir diğer sonucu olarak da kıyas yasağına tâbidir. Dolayısı ile kıyas yoluyla genişletilmeleri mümkün değildir<sup>38</sup>.

### 1.2.2. Suç Şüphesinin Bulunması

Herhangi bir koruma tedbirine başvurulabilmesi için öncelikle, mevzuatımızda suç olarak belirtilen fiillerden birinin işlendiği yönünde bir şüphe mevcut olmalıdır. Şüpheye dayanılarak yürütülen bir muhakemenin hukuk devleti ilkesine uygunluğundan söz edebilmek için, şüphenin delille desteklenerek ortaya konması gerekmektedir. Ceza hukukunda evrensel bir ilke olan masumiyet

<sup>33</sup> 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 20.10.1982 Tarih ve 17844 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>34</sup> 6366 Sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun, 19.03.1954 Tarih ve 8662 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>35</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 314.

<sup>36</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 20.

<sup>37</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 270.

<sup>38</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, s. 273.

karinesi ve orantılılık ilkeleri doğrultusunda, somut maddi delillerle desteklenmediği gibi hayatın olağan akışına da aykırı olan soyut bilgilerle koruma tedbirlerine başvurulmamalıdır<sup>39</sup>.

Soruşturma evresinin başlayabilmesi için başlangıç şüphesi veya diğer bir adıyla basit şüphe yeterlidir. Soruşturma evresinin sonunda kovuşturma aşamasına geçilmesinin gerekli görülebilmesi içinse, basit şüphenin yeterli şüphe seviyesine çıkması gerekmektedir. Sayıca az veya yetersiz delillere dayanılarak, suçun işlendiğine ilişkin yalnızca tahminin ötesine geçen bir izlenim edinildiğinde, basit şüphe oluşmuş demektir. Şikayet ya da ihbar kurumları, soruşturma başlatılmasını gerektirerek basit şüphe yaratmaktadır. Yeterli şüpheyse; soruşturmada gelinen aşama itibarıyla, eldeki nitelik bakımından delil kuvveti yüksek ve nicelik açısından yeterli delillere göre, şüphelinin sanık olarak kovuşturma evresine geçtiğinde ve bu evre de son bulduğunda mahkum olma ihtimalinin beraat etmesi ihtimaline göre daha yüksek olmasıdır. Yeterli şüphe, somut delil olmaksızın mevcut kabul edilemez<sup>40</sup>. İddianame hazırlanabilmesi için CMK m.170/2’de yeterli şüphe oluşması şartı aranmaktadır. Koruma tedbirinin bireyin özgürlüğünü kısıtlamasındaki ağırlığına göreyse, “suç işlendiği yönünde makul şüphe” ya da “kuvvetli şüphe” olarak bir ayrıma gidilmiştir. Burada makul şüphe ile kastedilen; hayatın olağan akışına göre duyulan şüphedir. AİHM makul şüpheyi “kişinin suçu işlemiş olabileceği hususunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek yeterli olgu ve bilginin varlığı” olarak kabul etmektedir<sup>41</sup>. Makul şüphenin ötesini ifade etmek amacıyla kullanılan kuvvetli şüpheyse; mevcut somut delillerin olayı hemen hemen aydınlatmış olması ve kovuşturma evresinin sonuna gelindiğinde sanığın mahkum olma ihtimalinin oldukça yüksek olmasını ifade etmektedir<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Murat Aydın, “Ceza Peşin, Yargılama Veresiye”, 4. Yılında CMK, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.12 - 13.

<sup>40</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.267; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 448 - 449.

<sup>41</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Labita v. Italy, Application No: 26772/94, 06.04.2000, par. 155.

<sup>42</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 448 - 449.

### 1.2.3. Görünüşte Haklılık

Bir şüphe evresi ile başlayan muhakemede sona gelindiğinde, şüphe yerini belirliliğe bırakır ve böylece uyuşmazlığın çözülmesi sağlanır<sup>43</sup>. Koruma tedbirlerinin maddi gerçeğe ulaşmada bir araç olmalarının doğal bir sonucu olarak, uygulanan koruma tedbirlerinin haklılığı da ancak muhakemenin sonunda, şüphe ortadan kalktığında anlaşılacaktır. Fakat bu şekilde koruma tedbirinin haklılığının ortaya konması için uyuşmazlığın çözülmesi beklendiği takdirde, hükmün yerine getirilmesi imkansız olabilecek ya da delillerin yok olması gibi nedenlerle kovuşturma maddi gerçeğe ulaşılamadan sonuçlandırılmış olacaktır. Yukarıda anlatılan gecikemezlik şartının sonucu olarak, bir ön kabulü ifade eden görünüşte haklılık şartı, koruma tedbirinin en azından kendisine başvurulduğu anda, ilk değerlendirme sonucunda haklı görünmesini ifade etmektedir<sup>44</sup>. Kanunda koruma tedbirine başvurulması için “kuvvetli şüphe”, “makul şüphe” gibi şartlar sayılması da yanlış riski mevcut olan bir haklılığın kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Yine aynı sebeple uygulanan koruma tedbirlerine itiraz kanun yolu öngörülerek, tedbirin uygulandığı kişinin de tartışmasına açık olması sağlanmıştır. Bu şekilde görünüşte haklılık yönünden ikinci bir inceleme de yapılmış olmaktadır<sup>45</sup>.

Görünüşte haklılığın mevcudiyetinin kabulü için, koruma tedbirine karar vermeye yetkili kişinin elinde bulunan mevcut verilere göre ilk bakışta düşüneceği haklı olma hali yeterlidir<sup>46</sup>. Fakat söz konusu olan bu haklı görünme halinin gerçekten var olduğuna ilişkin kesinlik aranmamakta ise de basit bir olasılık ve mümkünlüğün ötesinde, eldeki somut delillerle desteklenen ve tedbirin niteliğine göre kuvvetli ya da makul bir suç şüphesi olmalıdır<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 308.

<sup>44</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.45; Özgüven, Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Adli Kontrol”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 81, Ankara 2009, s. 1 - 42.

<sup>45</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s.316.

<sup>46</sup> Onur İste, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 11.

<sup>47</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.268; Ümit Ocak, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesinde Kişi Özgürlüğü Hakkını Sınırlayan Koruma Tedbirleri,

Bu bakımdan, görünüşte haklılık prensibi doğrultusunda başvuru koruma tedbirlerinin yaratabileceği muhtemel zararları önleyici veya oluşmuş zararları telafi edici mekanizmaların varlığı gerekmektedir. Ulusal hukukta bunlardan ilki, kanun ve Anayasa ile, yakalama ve tutuklamaya ilişkin sıkı kurallar düzenlenmesi ve kararın yalnızca hakim tarafından verilebilmesi esasının kabul edilmesiyle; ikincisiyse, haksız ya da hukuka aykırı tutuklama ve yakalamalardan doğan zararlar için tazminat usulü öngörülmesiyle gerçekleştirilmektedir<sup>48</sup>. Böylece, muhakeme sona erdiğinde, görünüşte haklılığın değerlendirilmesinde hata yapıldığının anlaşılması halinde tazminat isteminde bulunulabilmektedir.

#### 1.2.4. Gecikemezlik

Gecikemezlik şartı, uygulanan koruma tedbiri ile temel haktan fedakarlık edilerek onun sınırlandırılmasını haklı gösteren bir bedel olarak da ifade edilmektedir<sup>49</sup>. Bu durum, bir koruma tedbirine gerçekten zorunlu olan hallerde başvurulması gerekliliğini anlatmaktadır<sup>50</sup>. Söz konusu zorunluluk doktrinde, tedbire başvurulmadığı halde ceza muhakemesinin bundan zarar görebilecek olması şeklinde de ifade edilmektedir<sup>51</sup>. Bu durum pratikte; delillerin yok edilmesi sonucunda muhakemenin güçleşmesi ya da olanaksızlaşması veya sanığın kaçması sebebiyle hükmün infaz edilememesi olarak karşımıza çıkabilmektedir<sup>52</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanununda “gecikmesinde sakınca bulunan haller” ifadesiyle de bu hususa vurgu yapılmıştır. Fakat doktrinde söz konusu şartın “*periculum in mora*” yani gecikmede tehlike olarak ifade edilmesinin daha doğru olduğu belirtilmiştir. Bahsedilen bu tehlike de; muhtemel ve hatta bunun da

---

Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Kütahya 2007, s.20; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, s. 274 - 275.

<sup>48</sup> M. Naci Ünver, A. Mümin Kavalalı, Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 19.

<sup>49</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 307.

<sup>50</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 451.

<sup>51</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 315; Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt: I, s. 826.

<sup>52</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 312; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, s. 274.

ötesinde derhal müdahale edilmesini gerektirir somut ve fiilî unsurlarla ortaya konabilen bir tehlike olarak açıklanmıştır<sup>53</sup>. Gecikmesinde sakınca olan hal ifadesi ile anlatılmak istenense; hakime başvurup hakimden alınan karar sonucunda koruma tedbiri uygulanması durumunda, tedbirin uygulanamayacak olması, tedbirden beklenen faydanın elde edilememesi veya faydanın kaybolma ihtimalinin yüksek olmasını ifade etmektedir<sup>54</sup>. Uygulamada böyle bir gecikmede sakınca halinin mevcut olup olmadığı hususu koruma tedbirine karar vermeye yetkili makamca, her somut olay ve tedbir bazında ayrı olarak değerlendirilmelidir<sup>55</sup>. Bu doğrultuda “gecikmesinde sakınca bulunan haller” için Cumhuriyet savcılarında, CMK’da sayılmış sınırlı bazı koruma tedbirlerine karar verme yetkisi verilmiştir. Bu ifadenin getiriliş amacı; soruşturmanın başındaki savcıdaysa, soruşturmaya daha uzak kalmış olan hakim tarafından alınacak bir karar esnasında oluşacak zaman kaybı sonucunda, koruma tedbirinden amacına ulaşamama ihtimalinin önüne geçmektedir<sup>56</sup>. Yakalama tedbiri için belli şartlar altında vatandaşlara da böyle bir yetki verilmiş olması, yine aynı amaca hizmet etmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki; gecikmesinde sakınca olan bir hal mevcut olmamasına rağmen bu yönüme başvurulduğunda, uygulanmış olan koruma tedbiri ve dolayısı ile bu tedbir sonucunda elde edilmiş olan deliller hukuka aykırı hale gelecektir<sup>57</sup>.

Doktrinde Cumhuriyet savcılarının yalnızca belirli koruma tedbirlerine karar verme yetkisini haiz olmaları eleştirilmiştir. Bunun dayanağı; lehe ve aleyhe tüm delilleri toplayarak iddianame hazırlaması gereken savcılarında, tedbir kararı alamamaları sebebiyle yeterli delile ulaşamayacakları endişesidir<sup>58</sup>. Karar mercii olmaları dolayısıyla bağımsız ve tarafsız hakimlerin, somut olayın özelliklerini göz önüne alarak koruma tedbirine yer olup olmadığı hususunda hüküm

---

<sup>53</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 307.

<sup>54</sup> Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 315.

<sup>55</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 450.

<sup>56</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.269.

<sup>57</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 17.11.2009, Esas No: 2009/7-160, Karar No: 2009/264

<sup>58</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 223.

açıklamalarının, savcılarının avukatlar ile eş mertebede olduğu düşünüldüğünde, yerinde bir düzenleme olduğu kanısındayım.

Gecikemezlik şartının bir diğer sonucu olaraksa; Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun 23. maddesinde ceza davalarında koruma tedbirleri ile ilgili olarak oluşabilecek uyuşmazlıklarda, tedbirlerin yapısı gereği uyuşmazlığın çözülmesi beklenmeksizin, görev konusunda son kararı veren merciin görevli olduğu belirtilmiştir<sup>59</sup>.

### 1.2.5. Ölçülülük

Ölçülülük, başvuru koruma tedbirinden elde edilmesi beklenen yarar ile uygulanan koruma tedbirinin kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırması arasında bir denge kurulmasını ifade etmektedir. Uygulanan koruma tedbiri ile suçun ağırlığı ve uygulanabilecek ceza miktarı arasında bir oran bulunması gereklidir<sup>60</sup>. Bunun bir sonucu olarak, yalnızca koruma tedbirine başvurulabilecek halin ortaya çıkmış olması, söz konusu tedbire mutlaka başvurulmasını gerektirmeyecektir. Kararı verecek olan makam, burada dengeyi iyi kurmalıdır. Ayrıca orantılılık ilkesi yalnızca tedbiri karar verilirken aranmamaktadır. Muhakeme ilerledikçe bahsedilen dengede bir değişme olur ve tedbire başvurulmasını gerektiren şüphe ile meydana gelmesi beklenen zarar azalır, tedbir tamamen kaldırılmalı ya da somut olayın özelliklerine göre kendisinden daha hafif başka bir tedbire başvurulmalıdır<sup>61</sup>. Tüm bu hususlar, suç mahkeme hükmü ile sabit olana dek kişi özgürlüğünü asgari düzeyde kısıtlaması gereken hukuk devletinin bir gereğidir<sup>62</sup>.

Ölçülülük, aynı zamanda başvuru koruma tedbirinin uygulanması esnasında, ondan beklenen amacın ötesine taşmamasıdır. Bu açıdan içerisinde

---

<sup>59</sup> 2247 Sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun, 22.06.1979 Tarih ve 16674 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>60</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 270; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 318.

<sup>61</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 308.

<sup>62</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306; İste, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 9.

elverişlilik, gereklilik ve orantılılık kıstaslarını da barındırmaktadır. Öncelikle, tedbirin amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığı incelenmelidir. Eğer elverişlilik şartı sağlanıyorsa, söz konusu tedbire başvurmanın gerekli olup olmadığına bakılmalıdır. Bu durum, Ceza Muhakemesi Kanununda da “başka türlü delil elde edilmesi mümkün olmayan haller” denilerek ifade edilmektedir. Elverişlilik ve gereklilik unsurları sağlanmışsa, bu sefer, başvuru koruma tedbirinin uygulanması esnasında orantılılık ilkesine uyulması gerekecektir. Orantılılık ilkesi, bireyin temel hak ve özgürlüğünün yalnızca koruma tedbirinden beklenen yarar oranında sınırlandırılmasıdır. Arama esnasında evdeki bütün eşyaların zarar görmesi, telefon dinlemelerinde delil elde edilmesine rağmen dinlemeye devam edilmesi halleri; ölçülülük ilkesinin ihlali olarak gösterilebilir (özel konuşmanın dosyaya girmesi). Beklenen yarara göre daha fazla zarara yol açılacak bir koruma tedbiri yerine, bundan daha hafif bir tedbire başvurulması da yine orantılılık kuralının bir sonucudur<sup>63</sup>. Tutuklama şartları oluşmasına rağmen tutuklama tedbirinin, durumun kendi özel koşulları düşünüldüğünde, elde edilmesi amaçlanan yarardan daha çok zarara yol açacağı anlaşılırsa; tutuklama yerine adli kontrol tedbirine başvurulması, bu duruma güzel bir örnektir. Adli kontrol kurumu, tutuklamanın yol açtığı orantısız sınırlamalar sebebiyle Ceza Muhakemesi Kanununa özellikle alınmıştır. Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olarak bahsedilen bu üç şartın da sağlanması halinde, başvuru koruma tedbirinin ölçülü olduğundan bahsedilebilecektir. Bu şekilde, ikincilik ilkesi ile aşırılık yasağına da uyulacaktır<sup>64</sup>.

Ölçülülük ilkesi, bazı koruma tedbirlerinde kanun metninde doğrudan aranmaktadır. Böyle durumlarda koruma tedbirine başvurma yasağı mevcuttur<sup>65</sup>. CMK m.100/4’te sadece adli para cezasını gerektiren suçlar ya da hapis cezasının üst sınırı 2 yılı geçmeyen suçlarda tutuklamaya başvurulamayacağı belirtilmesi

---

<sup>63</sup> Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 312; Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 71 - 72; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 217.

<sup>64</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.268.

<sup>65</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.451.

gibi. Ancak salt kanun metninde açıkça yazılmamış olması, ölçülülük ilkesinin dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasanın 13. maddesi de ölçülülük koşuluna yer vermiştir. Bu sebeple koruma tedbirlerine başvururken ölçülülük ilkesi, doğrudan gözetilmelidir<sup>66</sup>.

### 1.3. Koruma Tedbirlerinin Temel Hakları Sınırlandırıcı Etkisi

Toplumda “herkes”in hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi, bu hak ve özgürlüklerden “sınırlı” yararlanma sonucunu doğurmaktadır<sup>67</sup>. Zira, bireylerin hak ve hürriyetlerini, diğer bireylerin haklarına saygılı kullanmaları gerekmektedir<sup>68</sup>. Hakkın kullanımı esnasında; bir yandan bu şekilde tekil olarak başka bireylerin haklarının zedelenmesini engellemek gerekirken, bir yandan da hukuk düzeni içerisinde kolektifin yararlarına zarar verilmesini önlemek gerekmektedir. Bu durum da, kamu düzeni ile bireylerin hak ve hürriyetleri arasındaki dengenin dikkatlice kurulmasını zorunlu kılmaktadır<sup>69</sup>. Böyle bir denge kurma gerekliliği karşısında bireyin hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlama, keyfi biçimde gerçekleştirilmemelidir. Bu durum, Anayasa Hukukunda sınırlandırmanın belirli ölçütlere bağlı olmasını ifade eden “sınırlamanın sınırı” kavramını ortaya çıkarmıştır<sup>70</sup>.

Her ne kadar temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi kabul görmüşse de esas olan özgürlüklerin var olup sınırlamanın istisna olmasıdır. Bu kabulün sonucu, açıkça öngörülmediği müddetçe sınırlamanın mümkün

---

<sup>66</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 200; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 307.

<sup>67</sup> İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 255 - 256.

<sup>68</sup> Boyar, Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, Boyar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa (Editör: Inceoğlu), Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi, s. 28

<sup>69</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2010, s.1634 - 1634.

<sup>70</sup> Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 1. Baskı, Ekin Basım - Yayın, Bursa 2010, s. 403; Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul 2009, s. 137.

olamayacağı hatta sınırlamanın varlığı hususunda tereddüde düşüldüğünde de sınırlama olmadığının kabul edilmesi gerektiğidir. Sınırlamanın varlığı kabul edilse dahi bunun kapsamına ilişkin bir tereddüt yaşanması halindeyse; sınırlama dar yorumlanarak tereddüde düşülen hususun, sınırlama kapsamı dışında kaldığı esas alınmalıdır. Çünkü bahsedildiği üzere özgürlükler esas, sınırlama istisnadır ve istisnalar dar yorumlanmalıdır<sup>71</sup>.

### **1.3.1. Anayasa'ya Göre Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması**

Anayasa, devletin organları ve bunların işlemlerinin düzenlendiği; bireylerin temel hak ve hürriyetleri ile bunların sınırlarını çizen ve de bireylerarası ilişkilerin çerçevesini çizerek devlete pozitif yükümlülükler getiren, normlar hiyerarşinin en üst normudur<sup>72</sup>. Anayasalar, birey - devlet arasındaki ilişkiyi düzenler nitelikte olduklarından, bireyin temel hak ve hürriyetlerini devlet karşısında güvence altına da almaktadırlar. Bunun bir sonucu olarak da anayasalarda, temel hak ve hürriyetlerin hangi şartlar altında ve nasıl sınırlanıp kayıtlanabileceğine ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Sınırlama şartları, olağan dönem ve olağanüstü dönemler açısından birbirinden farklılık göstermektedir.

1982 Anayasası, 13. maddesinde olağan dönemde temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılabilirliğini belirtmekteyken, 15. maddesinde daha hafif sınırlama şartlarıyla olağanüstü dönemleri düzenlemektedir. Anayasa metni, hak ve özgürlüklerin korumasında mutlaka etkili olmakla beraber, metnin yorumu ve uygulaması yani özellikle Anayasa yargısının tavrı da fazlasıyla önem arz etmektedir<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, s. 233; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 403.

<sup>72</sup> Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 51 – 74, Sunay, Reyhan, İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, Yıl: 2015, s. 13.

<sup>73</sup> Zühtü Arslan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 19, 2002, s. 154.

### 1.3.1.1. Olağan Dönemde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi ile ortaya konan temel hak ve hürriyetlerin yalnızca kanun ile ve yasama organı tarafından sınırlandırılabilceği düşüncesi, günümüzde demokratik hukuk devletlerince kabul görmektedir. Anayasamızca da kabul edilmiş olan bu husus ile hem temel hak ve hürriyetlere yürütme organının müdahale edebilmesinin önüne geçilmiş olmakta hem de objektif ve genel geçer kurallar koyan kanunlar ile sınırlamaların belirli bir grubu hedef almasının önüne geçilerek, objektifliği sağlanmaktadır. Bu esnada yasa; kanunilik ilkesinin gereğine uygun olarak açık, seçik ve herkesçe ulaşılabilir olmalıdır. Ayrıca kanunların yasalaşması süresi kamuoyuna açık olduğundan, sınırlandırma getirilirken bunun kamuca denetimi de sağlanmaktadır. Fakat bu durum, hürriyetler alanında ikinci planda kalan ve özellikle teknik niteliği haiz konularda, yürütme organının kanunun belirttiği sınırlar içerisinde kalmak şartıyla düzenleme yapabilmesini engellemektedir<sup>74</sup>. Önemli olan, söz konusu düzenlemenin kendisine dayanak olan kanunun öngörmediği bir sınırlama içermemesidir<sup>75</sup>. Koruma tedbirleri, CMK'da düzenlenmiş olmaları açısından hem maddi hem de şekli anlamda kanunilik şartını taşımaktadır. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Yönetmeliği ya da Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ise; koruma tedbirlerinin teknik detayları ile uygulanış usullerinin yürütme tarafından kanunun çizdiği çerçeve dahilinde düzenlenmesine örnek olarak verilebilir.

Toplum yaşamında bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasını gerektiren sebepler, aynı zamanda söz konusu sınırlamanın amacını teşkil etmektedirler. Bunun sonucu olarak hürriyetler, toplum hayatının bozulmamasını sağlamak ve herkesin hürriyetlerden yararlanabilmesini sağlamak amaçlarıyla sınırlandırılmaktadır. Aksi halde sınırlamanın meşruluğu ortadan kalkacaktır. Bu

---

<sup>74</sup> Kapani, Kamu Hürriyetleri, s. 230 - 232, Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 138; Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: İnceoğlu), Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, Beta Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 29.

<sup>75</sup> Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım - Yayın, 11. Baskı, Bursa 2011, s. 125.

sebeple Anayasalarda kanun koyucuya “kamu düzeni”, “genel ahlak”, “milli güvenlik” gibi belirli sınırlama ölçütleri getirilmiştir. Sınırlama, sayılan bu sebeplere dayanmak zorundadır ki keyfiliğin önüne geçilebilsin. Bu bağlamda, koruma tedbirlerinin bireylerin temel hak ve hürriyetlerini sınırlamada güdülen meşru amaç da kamu düzeninin tesisidir. Fakat söz konusu bu kavramların muğlak nitelikte olmaları nedeniyle yetersiz kaldıkları ve bunun sonucu olarak da kanun koyucuya oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmış olacağı doktrinde ifade edilmektedir<sup>76</sup>. Anayasa Mahkemesi de eski tarihli bir kararında, Anayasa’da sayılan bu kişisel görüş ve anlayışlara göre değişebilecek öznel kavramların aynen kanun maddesine aktarılması halinde, kanunun kesinlik şartını taşımayacağından ötürü kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir<sup>77</sup>. 1982 Anayasasının ilk halinde bahsedilen bu ölçütler, birer genel sınırlandırma sebebi olarak tüm temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını kapsayacak bir kıstas olarak kabul edilmişken; 2001 yılında yapılan değişiklik<sup>78</sup> sonrasında her temel hak ve hürriyetin ilgili maddesinde yer verilen birer özel sınırlama sebebine dönüştürülmüşlerdir. Böylece temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, ancak söz konusu hakkın yer aldığı maddede belirtilen özel sınırlama sebeplerine dayanarak gerçekleştirilebilmektedir. Genel sınırlandırma sebebi kavramına son verilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi ile uyumluluk gösteren önemli bir adımdır.

Anayasada sayılan bir diğer sınırlama ölçütü ise ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesi ile koruma tedbirleri arasındaki ilişkiye yukarıda değinildiğinden, burada tekrar üzerinde durulmayacak ve yalnızca ölçülülük ilkesinin genel hatlarından kısaca bahsedilecektir. Buna göre; sınırlamanın hedefi kamu yararı olsa dahi sınırlandırmada başvuru araç, söz konusu bu amaç ile ölçüsüz olmamalıdır<sup>79</sup>. Ölçülülük ilkesi içerisinde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt başlıklarını da barındırmaktadır. Buna göre elverişlilik ilkesi; başvuru aracın,

<sup>76</sup> Kapani, Kamu Hürriyetleri, s. 233 - 234.

<sup>77</sup> Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 25.04.1974 Tarih, Esas No: 1973/41, Karar No: 1974/13.

<sup>78</sup> 4709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun 2. maddesi, 17.10.2011 Tarih ve 24556 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>79</sup> Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 404.

sınırlandırma amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ve buna bir katkıda bulunmasını ifade etmektedir. Gereklilik ilkesiyse; sınırlama sırasında amacı gerçekleştirmeye elverişli araçlar arasından, söz konusu temel hak ve hürriyeti en az sınırlayacak aracın seçilmesidir. Daha az müdahale ile aynı ya da daha iyi bir sonuç elde edilebilmekteyse, kullanılmakta olan araç gereksizdir. Son olarak orantılılık ilkesiyse; sınırlandırmada başvuru aracın, amaç karşısında orantısızlık göstermemesidir. Aynı zamanda, orantılılık ilkesinin katlanılabilirlik kriteriyle ölçülerek müdahalenin somutlaşmasını ve bireyler üzerindeki etkisinin değerlendirilmesini sağlayacağı belirtilmektedir<sup>80</sup>.

Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasasının kabul edildiği halde olağan dönemde bir sınırlandırma kriteri olarak bulunmamakla beraber, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan incelemelerde sık sık kullanılmıştır. 2001 yılında 4709 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda ise, sınırlandırma sebeplerini düzenleyen 13. madde kapsamına resmen dahil edilmiştir.

4709 Sayılı Kanun ile eklenen bir diğer sınırlama ölçütüyse, hakkın özüne dokunulamayacağına ilişkin hükümdür. Her hak ve hürriyetin kendine özgü niteliklerine göre ayrı ayrı ele almak gerekmekte ise de, hakkın özü kavramı genel bir tanım ile; dokunulduğu halde söz konusu temel hak ya da hürriyetin anlamsız hale gelmesine yol açacak olan çekirdeği olarak ifade edilmektedir<sup>81</sup>. Hakkın özüne dokunma yasağı, temel hak ve hürriyet sınırlandırılırken tamamen ortadan kaldırılmaması, kullanılmasının imkansızlaştırılmamasıdır<sup>82</sup>. Anayasa Mahkemesi'ne göreyse; temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşıması olarak kabul edilmektedir<sup>83</sup>. Hakkın özü kavramı her ne kadar bu şekilde somutlaştırılmaya çalışılmışsa da hakkın nerede başlayıp nerede biteceğine ilişkin tartışmalarla nesnel olmadığı öne sürülerek sık sık

---

<sup>80</sup> Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, s. 114 - 117; Metin, Ölçülülük İlkesi, s. 26 - 39, Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara 2011, s. 114.

<sup>81</sup> Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 115 116.

<sup>82</sup> Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 407.

<sup>83</sup> Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 26.12.2013, Esas No: 2013/54, Karar No: 2013/161.

eleştirilmiştir. Bunun sonucu olarak, 1982 Anayasasının ilk halinde hakkın özü kavramından daha belirgin ve sınırlandırıcı olduğu gerekçesiyle demokratik toplumda gereklilik kavramı kabul edilmiştir<sup>84</sup>. Söz konusu bu şart, gerek AİHS ile gerekse Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde<sup>85</sup> ("MSHS") de kullanılmaktadır.

Yukarıda izah edildiği üzere hakkın özüne dokunma yasağının 2001 yılında Anayasaya eklenmesi sonucunda; hakkın özü ölçütünün demokratik toplumda gereklilik ölçütüyle bir arada, birbirlerini destekler şekilde mi yoksa birbirlerine alternatif olarak mı yorumlanması gerektiği yönünde bir tartışma ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi; kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onu tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaşmayacağını ifade ederek, söz konusu iki kavramı birbiriyle özdeşleştirerek, bunların birbirlerini tamamlayan unsurlar olduğu yönünde bir yorum getirmiştir<sup>86</sup>. Fakat kanun koyucunun sınırlamayı nasıl yapacağını gösteren demokratik toplumda gereklilik ifadesi ile her temel hak ve özgürlük için geçerli olacak ve kanun koyucunun dahi dokunamayacağı bir güvence alanı sağlayan hakkın özü kavramının bu nitelikleri sebebiyle birbirlerinden farklı oldukları da karşı tez öne sürülmektedir<sup>87</sup>.

Demokratik toplum düzeni ile kastedilenin 1982 Anayasasının çizmiş olduğu düzen mi yoksa çağdaş özgürlükçü demokrasilerde yaygın olarak kabul gören anlayış mı olduğu hususunda tartışma mevcuttur. Bu tartışmada ikinci görüşe hak verilmesi halinde, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinde bulunan ortak standartlar ile uyum sağlanabilecek ve böylece

---

<sup>84</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 140 - 141.

<sup>85</sup> Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme, 21.07.2003 Tarih ve 25175 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>86</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 143; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 117 - 118; Arslan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, s. 151.

<sup>87</sup> Fazıl Sağlam, 1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları - 7, Ankara 1988, s. 436; Hediye Çolakkol, 2001 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Edirne 2010, s. 133.

Anayasa m.90/5 hükmü gereği de yerine getirilmiş olacaktır<sup>88</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi de daha sonra değişikliğe giderek, kararını ikinci görüşten yana kullanmıştır<sup>89</sup>.

4709 Sayılı Kanun ile 2001 yılında, sınırlama hususunda getirilen bir diğer yenilik de laik cumhuriyetin gereklerine uygunluk olmuştur. Ancak henüz bir uygulaması olmadığından, ne yönde yorumlanacağı tahminden ibarettir. Söz konusu maddede yer alan diğer sınırlama sebepleriyle ve de özellikle demokratik toplum perspektifiyle yorumlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>90</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan ve içerisinde demokratik laik hukuk devleti kavramlarını barındıran “cumhuriyetin temel nitelikleri” ile uyum göstermesi gerektiği yönündeki eski tarihli kararları göz önüne alındığında, laik Cumhuriyet ifadesinin bahsedilen bu beklentiye uygun olarak, demokratik toplumu niteleyen bir kavram olarak kullanması ihtimali yüksektir<sup>91</sup>. Yine Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ile ilgili kararlarında laikliği Türk demokrasisinin vazgeçilmez unsuru olarak ifade etmesi ve bu durumun AİHM tarafından da kabul görmesi göz önüne alındığında, bahsedilen beklentinin haklılık payı artmaktadır<sup>92</sup>.

Son olarak sınırlamanın Anayasanın sözüne aykırı olmaması gerektiğine ilişkin hükümse, özellikle Anayasa tarafından belirli bir hakka yönelik özel ve yoğun koruma getirilmesi halinde önem kazanmaktadır. Anayasa hukukunda “ek güvenceler” terimi ile ifade edilen ihtimalde, sınırlandırma esnasında dokunulamayacak alanlar yaratılmaktadır. Bu şekilde Anayasa, söz konusu hakkı tanımanın ötesinde, kanun koyucuya adeta sınırlandırma yasakları getirmektedir. Anayasa m.28/1'de belirtildiği üzere basının sansür edilemeyeceği veya m.19'da yer verilen tutuklamanın ancak hakim kararı ile gerçekleştirilebileceği hususları,

---

<sup>88</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1993, s. 308 - 316.

<sup>89</sup> Arslan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, s. 148 - 149.

<sup>90</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 142.

<sup>91</sup> Arslan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, s. 153.

<sup>92</sup> Zafer Gören, Temel Hakların Sınırlanması - Sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2, s.56.

ek güvencelere birer örnektir. Yine aynı maddede yer alan Anayasanın ruhu kavramıysa; nesnel olmamakla beraber, getirilen sınırlamanın Anayasanın bütününe ve ondan çıkan anlama da aykırı olmaması olarak düşünülmektedir<sup>93</sup>.

### 1.3.1.2. Olağanüstü Dönemde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması

Olağanüstü yönetim usulleri, istisnai bir hukuk rejiminin yürürlüğe konduğu, hem temel hak ve özgürlüklerin güvence rejiminin hem de yasama - yürütme - yargı arasındaki yetki dağılımının değiştiği rejimlerdir. Olağanüstü hal rejimleriyle, mümkün olan en kısa sürede olağanüstü hal sebeplerinin ortadan kaldırılarak anayasal kurum ve kuralların olağan işleyişine dönülmesi hedeflenmektedir<sup>94</sup>.

Olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlükler, daha geniş ölçüde sınırlandırılabilen, kullanım alanları daraltılabilmekte, kısıtlanma süreleri uzun tutulabilmekte hatta gerektiğinde durdurulabilmektedir<sup>95</sup>. Fakat olağanüstü dönemlerde de söz konusu sınırlamalar, keyfi nitelik taşıyamayacaklardır. Yürütme organı, böyle hallerin gerektirdiği tedbirleri alma hususunda geniş bir yetkiye ve hareket serbestisine sahip olmakta ise de hâlâ denetlenebilir konumdadır ve işlemlerinden sorumludur. Çünkü hukuk devletinde, olağanüstü hal rejimi de bir hukuk rejimi niteliğindedir<sup>96</sup>. Ayrıca böyle dönemlerde temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar, yalnızca olağanüstü hal dönemiyle sınırlıdır. Olağanüstü halin ortadan kalkmasıyla birlikte sınırlamalar da kendiliklerinden son bulacaklardır<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 113 - 114; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 139.

<sup>94</sup> Boyar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa (Editör: İnceoğlu), Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi, s. 97.

<sup>95</sup> Anayasanın İngilizce çevirisinde, askıya alma anlamına gelen “suspension” kullanılmaktadır. “Durdurma” kavramı ile ilgili doktrinsel inceleme için bkz. Tahir Akıllıoğlu, Temel Hakların Durdurulması, Bahri Savcı’ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları - 7, Ankara 1988, s. 54 - 68.

<sup>96</sup> Kapani, Kamu Hürriyetleri, s. 240, Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 259; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 147.

<sup>97</sup> Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 411; Akıllıoğlu, Temel Hakların Durdurulması, Bahri Savcı’ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları - 7, Ankara 1988, s. 64.

Temel hak ve hürriyetlerin olağanüstü dönem sınırlama koşullarına uygun olarak sınırlanması ve gerektiğinde durdurulabilmesi için, öncelikle olağanüstü hal ilan edilmiş olmalıdır<sup>98</sup>. Savaş hali, ağır ekonomik bunalım, tehlikeli salgın hastalık, şiddet hareketlerinin yaygınlaşması ve bunun sonucunda kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halleri; Anayasa’da olağanüstü hal ilan edilebilecek durumlar olarak sayılmaktadır. Bir temel hak ve hürriyetin, olağanüstü hal rejimine göre sınırlandırılabilmesi için olağanüstü hal, resmen ve usulüne göre ilan edilmiş olmalıdır. Aksi halde, yalnızca olağanüstü hal ilan edilmesi gereken bir durumun varlığı, temel hak ve hürriyetlerin olağan dönemde tâbi olduğu düzenlemelere göre sınırlandırılmamasına haklı gerekçe olmayacaktır<sup>99</sup>.

Olağanüstü hal rejimlerinde dahi devlet, temel hak ve hürriyetleri ancak durumun gerektirdiği ölçüde kısıtlayabilecektir. Bu hüküm, ölçülülük ilkesinin olağanüstü dönemlerde de aranan bir şart olduğunu göstermektedir<sup>100</sup>. Temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan ya da durduran tedbirler; meşru amacın gerçekleşmesi için elverişli ve zorunlu olmalı, önlemlerle amaç arasında bir dengesizlik bulunmamalıdır<sup>101</sup>. Anayasa’da olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabileceğine ilişkin hüküm mevcuttur. İlgili hüküm, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin, konu bakımından olağanüstü hale yol açan sebebi ortadan kaldırıp kamu düzenini yeniden tesis etmeye elverişli ve zorunlu olmalarını ifade eder nitelikte olup, bu yönüyle ölçülülük ilkesini vurgulamaktadır.

Anayasa’da olağanüstü halde dahi uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler aykırı tedbir alınamayacağı belirtilmiştir. Buradaki uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ifadesi ile kastedilen; yalnızca Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerini içermemektedir. Uluslararası

---

<sup>98</sup> 16.04.2017 tarihinde gerçekleştirilen Anayasa değişikliğine ilişkin refereandum sonucu, henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte, sıkıyönetim ibaresi Anayasa’dan kaldırılmış; sıkıyönetim ilanı için öngörülen şiddet hareketlerinin yaygınlaşması ve bunun sonucunda kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hali, tamamen olağanüstü hal için öngörülen bir koşul haline getirilmiştir. Bu sebeple, çalışma kapsamında sıkıyönetim ibaresine yer verilmemiştir.

<sup>99</sup> Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 410.

<sup>100</sup> Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 410.

<sup>101</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 150.

hukukun genel prensipleri de bu kapsama dahildir<sup>102</sup>. İlgili hüküm doğrultusunda, olağanüstü halde getirilen sınırlamalar, uluslararası sözleşmeler askıya alınmışsa dahi sözleşme metninde benimsenen askıya alma haliyle uyumlu olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde olağanüstü dönemde Sözleşme'ye aykırı tedbirlerin alınışına ilişkin hususlar aşağıda anlatılacaktır. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ye; ulusal hukukta resmi bir olağanüstü hal ilanını aramakta ve Anayasa'dan farklı olarak ayrımcılık yasağı ile sözleşmesel sorumluluğun yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezası verilememesi hükümlerini, olağanüstü halde dahi aksine tedbir alınamayacak durumlar arasında saymaktadır.

Anayasa da, tıpkı MSHS gibi, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin gerektiğinde hangi koşullara uyularak durdurulabileceğini belirtmekle birlikte, bazı hak ve özgürlükler açısından müdahalenin sınırını bizzat çizerek dokunulamayacak alanları ortaya koymuştur. Doktrinde bu husus, “dokunma yasakları” olarak da ifade edilmektedir<sup>103</sup>. Anayasa'nın 15. maddesinde, çekirdek alanı oluşturan haklar olarak belli istisnalar dışında yaşam hakkı, maddi ve manevi bütünlüğü geliştirme hakkı, din, vicdan ve düşünce hürriyeti, suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi ile masumiyet karinesi sayılmaktadır. Olağanüstü hallerde dahi, söz konusu bu haklar hiçbir şekilde kısıtlanamayacaktır. Bu şekilde Anayasada bir mahfuz alan oluşturulduğu belirtilmektedir<sup>104</sup>. Belirtilen bu haklar dışında kalan diğer hak ve hürriyetlerse, yukarıda belirtilen koşullara uygun olmak şartıyla sınırlandırılabilir.

Anayasa'da olağanüstü hal durumunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya durdurulması için gerekli koşullar belirtilmişse de, bu hususlarla ilgili çıkarılan kanun hükmünde kararnamele aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yasağı öngörülmesi, doktrinde önemli bir eksiklik

---

<sup>102</sup> Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 136; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 150.

<sup>103</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 146.

<sup>104</sup> M. Fatih Dikici, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2005, s. 97.

ve güvencesizlik olarak kabul edilmektedir<sup>105</sup>. Anayasa Mahkemesi, önceki tarihli kararında söz konusu kanun hükmünde kararnamelerin olağanüstü hal ile yer, zaman ve konu bakımından uyumlu olması gerektiğini belirtmiştir. Bu nitelikleri haiz olmamaları dolayısıyla aleyhinde başvuru yapılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin esasında bir olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi olduğunu ve bu sebeple kendisinin Anayasaya aykırılık hususunda inceleme yapmaya yetkili olduğunu belirterek iptal kararı vermiştir<sup>106</sup>. Fakat oldukça yakın tarihli bir kararında ise içtihat değişikliğine giderek Kanun Hükmünde Kararnamenin konu, süre ve yer bakımından olağanüstü hal şartlarıyla uyumluluğunun araştırılması halinde de aslında ilgili Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi bakımından esas incelemesi yapmış olacağını belirterek böyle bir inceleme için yetkisiz olduğu yönünde karar vermiştir<sup>107</sup>. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali husunda karar vermekle yetkili bir makamca verilen söz konusu bu kararın, olağanüstü hal gibi bireylerin haklarına katı sınırlamalar getirilebilen bir dönemde yaratacağı etki açısından tehlikeli olduğu kanaatindeyim. Zira, Mahkeme, bu tutumu ile yürütme organına sınırsız bir işlem alanı tanımaktadır. Bu şekilde, olağanüstü hale gidilme zorunluluğunu doğuran sebepler dışında birçok alanda da düzenleme yapılabilmesi mümkün olmakta ve bu hususun denetiminden el çekilmektedir ki bu da yürütmeye keyfi işlem yapma yetkisi verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Mahkeme'nin bu kararı doktrinde de sıkça eleştirilmiş; yürütmenin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi ile Anayasa Mahkemesi'nin kapatılması yönünde karar vermesi halinde, Mahkeme'nin mevcut tutumu ile bunu dahi inceleyemeyeceği belirtilmiştir<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 261; Kapani, Kamu Hürriyetleri, s. 243; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 147 - 151; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 123.

<sup>106</sup> Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 10.01.1991, Esas No: 1990/25 ve Karar No: 1991/1 ve Karar Tarihi: 10.01.1991, Esas No: 1991/6 ve Karar No: 1991/20.

<sup>107</sup> Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 12.10.2016, Esas No: 2016/166, Karar No: 2016/159.

<sup>108</sup> Anayasa Hükmünde Kararname, [http://www.academia.edu/29209473/Anayasa\\_Hükmünde\\_Kararname.docx](http://www.academia.edu/29209473/Anayasa_Hükmünde_Kararname.docx) (Erişim Tarihi: 01.10.2017); Anayasa Mahkemesi İlan Etti: Artık Bir Anayasamız Dahi Yok, <http://mulkiyehaber.net/anayasa-mahkemesi-ilan-etti-artik-bir-anayasamiz-yok/> (Erişim Tarihi: 01.10.2017)

### 1.3.2. AİHS'e Göre Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması

#### 1.3.2.1. Olağan Dönemde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

AİHS, Anayasa'dan farklı olarak olağan dönemde temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağına ilişkin ölçütler içeren bir madde barındırmamaktadır. Zira sınırlandırılabilen hakların tamamı aynı sınırlama ölçütleriyle sınırlandırılmamaktadır. Sınırlama sebepleri birbirine benzemektedir; ancak sınırlama ölçütlerine bakıldığında bir ayrışma görünmektedir. Bunun sonucu olarak, sınırlanabilen haklar bakımından, madde tanımlandıktan sonra sınırlama ölçütlerine yer vermiştir. Özel yaşamın gizliliğinin korunması hakkını düzenleyen 8. madde, inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. madde, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde ve örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddeleriyle; sınırlama koşulları ve ölçütlerinin sınıflandırılmış ve sistemli bir biçimde yer aldığı haklardandır. Bu derece belirgin bir sistematiğe sahip olmamakla beraber 5. maddede düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği istisnalar belirtilirken yasayla düzenlenme şartına yer verilmiştir. Adil yargılanma hakkını güvence altına alan 6. maddede ise kararın aleniliğinin istisnası için demokratik toplumda gereklilik, kamu yararı gibi kıstaslar sayılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'da yer alan sınırlama şartlarının AİHS ile paralellik gösterdiği söylenebilecektir.

AİHS öncelikle bir hakkın norm alanını tarif ettikten sonra, ilgili hakkın hangi meşru sebeple sınırlanabileceğine yer vermektedir. Bir hak veya hürriyeti sınırlama nedeni, söz konusu sınırlama ile ulaşılmak istenen meşru amacı ifade etmektedir<sup>109</sup>. Meşru amaç kavramı, amaç saptırma yasağını düzenleyerek devletleri "iyi niyetle" tasarrufta bulunma yükümlülüğü altına sokmaktadır<sup>110</sup>. Bu belirlemeler yapılırken söz konusu hak ve özgürlüğün doğası ve niteliğine uygunluk esas alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") de bu

<sup>109</sup> Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 257.

<sup>110</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1637.

doğrultuda sınırlama esnasında meşru bir amaç güdülüp güdülmediğini ve maddede sayılan sebeplere bağlı olarak hareket edilip edilmediğini incelemektedir. Fakat AİHM'in meşru amaç kavramını çoğunlukla geniş yorumladığı ve devletin farklı bir amaç güttüğüne dair şüphe duymak için bir neden olmadığı yönünde karar verdiği belirtilmektedir<sup>111</sup>.

AİHS'te sınırlama ölçütleri belirlenmişse de uygulama esnasında önüne gelen her somut olay için söz konusu ölçütlerin içeriklerini belirleyerek bunlara canlılık kazandırma yetkisi, Sözleşme'nin yargısal yetkiyle donatılmış organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndedir<sup>112</sup>. AİHM de bu doğrultuda, madde metninde yer alan kanunilik ilkesini dar yorumlandığı, yasama organınca kabul edilmiş olan şekli kanundansa; sınırlamanın niteliğinin esas alındığı maddi kanun kavramına önem vermeyi seçmiştir. Soyut norm koyan bütün düzenleyici tasarruflar, Mahkemece bu bağlamda kanun olarak kabul edilmektedir<sup>113</sup>. Kanun mevcut olmasa dahi yargı kararıyla oluşmuş istikrarlı bir içtihat bu doğrultuda AİHM tarafından yeterli görülebilmektedir<sup>114</sup>. Bunun bir sonucu olarak, sınırlamanın bireylerin davranışlarını ayarlamalarını sağlayabilecek biçimde kesin, öngörülebilir, erişilebilir olması ve yürütme organına çok geniş bir takdir yetkisi tanıyarak belirsizlik nitelikte olmaması gerekmektedir ki keyfi davranışların önüne geçilebilsin ve bireylerin hukuku bilmesi sağlanarak hukuk güvenliği kurulabilsin. Düzenlemenin karmaşıklığı ya da hukuki yardım ile tam anlaşılabilirlik ölçüde soyutluğu, öngörülebilirlik şartına aykırılık teşkil etmemektedir<sup>115</sup>. Devletlere belirli bir takdir marjı tanımakla beraber söz konusu alanın sınırlarının yeterli açıklıkta belirlenmesinin kesinliğin sağlanması için

---

<sup>111</sup> İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: İnceoğlu), Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, s. 27 - 29.

<sup>112</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1634.

<sup>113</sup> Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, 9. Baskı, Ankara 2011, s. 376.

<sup>114</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Leyla Şahin v. Turkey, Application No: 44774/98, 10.11.2005, par. 87 vd.

<sup>115</sup> İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: İnceoğlu), Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, s. 30 - 37; Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 264.

gerekli olduğunu ve sınırları belirsiz müdahale yetkisinin hukuk devleti ilkesiyle de uyuşmadığı ifade edilmektedir<sup>116</sup>.

Maddi anlamda kanunilik şartının yanında diğer bir koşul olan demokratik toplumda gereklilik şartı içinse, AİHM tarafından öncelikle zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın var olması aranmaktadır. Bu esnada “gereklilik” kavramının “kaçınılmaz” demek olmadığını ifade etmekte ve fakat “makul” ya da “olağan” kavramları gibi esnek nitelik taşımadığını da belirtmektedir. Ancak müdahaleyi gerçekleştiren yetkili organların, ülke ile doğrudan ve sürekli ilişki içerisinde olmaları sebebiyle, söz konusu zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olup olmadığını daha iyi değerlendirebilecek konumda oldukları kabul edilmektedir. Bu doğrultuda müdahalenin haklılığını ya da haksızlığını belirlemede devletlere en geniş takdir alanı bırakılmakta ise de bu yetki sınırsız olmayıp AİHM’nin denetimi altındadır. Devletler, müdahaleyi gerektiren toplumsal ihtiyacı ispat etmekle yükümlüdür<sup>117</sup>. Ayrıca müdahale edilen hakkın içeriği doğrultusunda bazı durumlara özel bir ihtimam gösterilebilmektedir. Mahkemece yapılan müdahale; demokratik bir rejimin dayandığı değerleri ifade eden “çoğulculuk”, “hoşgörü” ve “açık fikirlilik” kavramlarıyla da uyum içinde olmalıdır. Demokratik toplumu bu şekilde tarif eden AİHM, vatandaşların gizli dinlenmesi gibi belirli bazı yetkilerin de yalnızca demokratik toplumun muhafaza edilebilmesi şartıyla kabul etmiştir. Bu ihtimalde, kötüye kullanmayı engelleyici katı kuralların gerekliliğini de vurgulamıştır. Demokratik toplumda gereklilik yönünden inceleme yaparken Mahkeme’nin başvurduğu son kıstassa, konu hakkında Avrupa devletleri arasında bir konsensüs oluşup oluşmadığıdır. Bu esnada uluslararası belgelerde meydana

---

<sup>116</sup> Özgecan Ordu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Düzeni, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008, s. 95; Arslan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, s. 150.

<sup>117</sup> Metin, Ölçülülük İlkesi, s. 89 ; Ordu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Düzeni, s. 98; Gölcüklü/Gözübüyük; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, s. 378.

gelen değişimler de göz önüne alınarak, Sözleşme'nin dinamikliği sağlanmaktadır<sup>118</sup>.

AİHM, müdahalenin haklı olup olmadığını incelerken, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesini göz önüne almaktadır<sup>119</sup>. Ölçülülük ilkesi, özellikle meşru amaç kavramıyla ilişkilidir. Kanunda belirtilen meşru amaç ya da haklı sebebin somutlaşması, müdahalenin sebebinin yeterli ve gerekli olup olmadığının incelenmesiyle sağlanmaktadır<sup>120</sup>. Demokratik toplumda gereklilik kavramında yer alan gereklilik sözcüğü, ölçülülüğe gönderme yapmaktadır. Zira; gereklilik kavramı, ölçülülük ilkesinin ayrılmaz bir unsurudur. Mahkeme de bunun sonucu olarak; demokratik toplumun temel değerleri ile ilgili incelemelerde bulunurken, ölçülülük ilkesine başvurarak titiz ve derinleştirilmiş bir denetimi yapmaktadır. AİHS'in 2. maddesinde yaşam hakkının sınırlanabileceği meşru sebep olan "mutlak olarak gerekli olandan fazla güç kullanılmaması" ise, ölçülülük ilkesinde doğrudan vurgulamaktadır. Fakat bu şekilde açıkça gönderme yapılmayan hallerde dahi AİHM; devlet tarafından farklı önlemlerin alınıp alınamayacağı, önlemler son bulduğunda gelinecek nokta, önlemi alan yetkili ulusal makamların izledikleri usul, önlemin niteliği ve uygulama alanı ile ortaya çıkabilecek zarara yol açacak sonuçları bir arada ele alarak, hak ve özgürlüklerin nesnel sınırlılığı doğrultusunda müdahalenin ölçülülüğünü incelemektedir<sup>121</sup>. Ölçülülük ilkesi, yukarıda detaylı olarak anlatıldığı için tekrar uzunca anlatılmayacaktır.

Anayasamızda bulunan "hakkın özüne dokunma yasağı", AİHM tarafından ölçülülük incelemesi yapılırken dikkate alınmaktadır. Sistematik veya amaçsal yorum ile veya Sözleşme'nin başlangıcına atıf yaparsa, Anayasanın sözü ve ruhuna uygunluk şartına yakın bir inceleme yapmaktadır. Yine Sözleşme'de bulunmayan "laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama" ise,

---

<sup>118</sup> İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: İnceoğlu), Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, s. 30 - 37.

<sup>119</sup> Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s. 112.

<sup>120</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1638.

<sup>121</sup> Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 265; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: İnceoğlu), Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, s. 40; Metin, Ölçülülük İlkesi, s. 82 - 88.

demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğun içinde göz önüne alınmaktadır. Zira Mahkemece laiklik, demokratik toplumun çoğulculuğu koruyan, destekleyici bir unsurdur<sup>122</sup>.

### 1.3.2.2. Olağanüstü Dönemde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması<sup>123</sup>

Olağanüstü dönemlerde devletlerin, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacakları bir bildirimle, AİHS'te yer alan yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilecekleri hükmü Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilmektedir. Buna göre ilgili devlet öncelikle makul bir süre içerisinde bu yönde bir bildirimde bulunmalıdır. MSHS'den farklı olarak iç hukukta resmi bir işlemle olağanüstü hal ilan edilmesi şartı aranmamaktadır. Genel Sekreter'e yapılmış bildirim varlığı halinde dahi AİHM, bir savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden tehlikenin bulunup bulunmadığı hususunda sınırlı bir inceleme yapmaktadır. Öncelikle söz konusu tehlike; mevcut, gerçek veya çok yakın bir tehlike olmalıdır. Bu, gelecekteki olası, potansiyel bir tehlikenin Mahkemece kabul görmeyeceği anlamına gelmektedir. Tehlike bütün ulusu etkilemeli, sistemli muhalefeti ya da düşük düzeyli bir iç huzursuzluğu aşan, ciddi bir ağırlığa sahip olmalıdır. Doğrudan devletin işlevlerini yerine getiremez hale gelmesine yol açacak nitelikte ve dolayısıyla toplumun düzenli yaşamının sürekliliği tehdit altında olacak ölçüde bir tehlikeden bahsedilmektedir. Ayrıca söz konusu bu kriz ya da tehlike kamu güvenliğinin, sağlığının ve düzeninin korunması için Sözleşme'nin izin verdiği olağan önlem ve sınırlamaları etkisiz bırakacak biçimde olağanüstü nitelikte olmalıdır. Çünkü 15. maddeye son çare olarak başvurulması gerekmektedir<sup>124</sup>. Mahkeme, Lawless - İrlanda davasında bu doğrultuda inceleme yapmıştır. Buna

---

<sup>122</sup> İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: İnceoğlu), Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, s. 44 - 46.

<sup>123</sup> Belirtilmelidir ki Sözleşme'nin 15. Maddesinde düzenlenen bu durumu ifade eden "derogation" sözcüğü, tam olarak askıya alma anlamına gelmemekte ise de; gerek resmi gerekse Avrupa Konseyi çevirisinde bu şekilde yer alması ve de kelimeyi tam karşılayan bir Türkçe kelime bulunamaması sebebiyle, çalışma boyunca, askıya alma olarak kullanılmaktadır.

<sup>124</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto - De Jure Ayrımı, Cahit Talas'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları - 9, Ankara 1990, s. 224 - 225; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1640.

göre; esas olarak İrlanda topraklarına yerleşmiş fakat İrlanda dışında da faaliyet göstererek ülkenin komşularıyla olan dostane ilişkilerini ciddi ölçüde zedeleyen ve faaliyetleri yaklaşık bir yıl içerisinde endişe verici oranda artan, anayasa dışı faaliyete girişmiş olan ve amacına ulaşmak için şiddet kullanmaktan çekinmeyen gizli bir silahlı örgütün varlığı dolayısıyla İrlanda, ulusun varlığını tehdit eden tehlikeyi makul bir biçimde ortaya koymuştur<sup>125</sup>. Bu şartların sağlanması halindeyse; askıya alma rejiminin yer, zaman ve konu bakımından ulusun varlığını tehdit eden tehlikenin niteliği ile uyumlu olması şartı aranarak sınırlamanın sebebe bağlılığı sağlanmaktadır. Tehlikenin devam edip etmediği sürekli denetlenerek askıya alma halinin olağanüstü hal süresiyle sınırlı olması ve tehlike yalnızca ülkenin belirli bölgesinde baş gösteriyorsa, askıya almanın bu bölge dışında geçerli olmaması gerekmektedir. Ayrıca tıpkı Anayasa'da belirtilen çekirdek alan gibi, Sözleşme'de de olağanüstü hallerde dahi mevcut güvencelere aykırı tedbir alınamayacak haklar bulunmaktadır. Belirli istisnalarıyla yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve kulluk yasağı ile suç ve cezaların kanuniliği; Sözleşme'nin çekirdek alanını oluşturmaktadır. Yine Anayasa ile uyumlu olarak, tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmaması koşulu aranmaktadır. Bu inceleme esnasında özellikle MSHS'de daha geniş bir biçimde yer almakta olan çekirdek alan göz önüne alınmaktadır<sup>126</sup>. Büyük Daire'nin oybirliği ile ihlal kararı verdiği A - Birleşik Krallık davasında, MSHS'nin 4. maddesinde olağanüstü halde dahi ayrımcılık yasağına aykırı tedbir alınmayacağı hükmü dikkate alınmış ve terörün yurttaş olmayan kişiler için de bir tehlike arz ettiği, bu nedenle yurttaş olmayan kişilere yönelik tedbirlerin ayrımcı ve ölçüsüz olduğu ifade edilmiştir<sup>127</sup>. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, olağan dönemde olduğu gibi, olağanüstü hallerde de hakların sınırlandırılması esnasında ölçülülük

---

<sup>125</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Lawless v. Ireland* (No: 3), Application No: 332/57, 01.07.1961, par. 28.

<sup>126</sup> Boyar, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa* (Editör: Inceoğlu), *Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi*, s. 98 - 106; Joseph Zand, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. Maddesi ve Olağanüstü Kavramı*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Malatya 2015, s. 177- 179.

<sup>127</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *A v. United Kingdom* (Grand Chamber), Application No: 3455/05, 19.02.2009, par. 181.

ilkesi aranmaktadır. Devletin uygulayacağı olağanüstü hal tedbirleri; tehlikeyi ortadan kaldırma amacı güderek yalnızca bu amaca yönelik olmalı ve aşırı, ölçüsüz, gereksiz boyutlara varmamalıdır. AİHM de böyle dönemlerde devletlerin takdir yetkisinin genişlediğini kabul etmekle beraber, söz konusu yetkinin sınırsız olmadığını vurgulamakta ve Sözleşme'nin 15. maddesinde de belirtildiği üzere durumun gerektirdiği ölçüde tedbir alınmasını beklemektedir. Mahkeme, askıya almanın etkilediği hakların niteliği, olağanüstü durumun süresi ve olağanüstü duruma yol açan sebepler gibi, konuyla ilgili faktörleri göz önüne almaktadır<sup>128</sup>. “Durumun gerektirdiği ölçüde sınırlama” ifadesinin bir diğer anlamıysa, yetkinin muhalefeti bastırmak ya da azınlıklara karşı ayrımcı politika gütmek gibi kötüye kullanılmaması gerekliliğidir<sup>129</sup>.

## 2. CMK'DA YER ALAN KORUMA TEDBİRLERİ<sup>130</sup>

### 2.1. Yakalama

CMK'nın 90. maddesinde düzenlenen yakalama, şüpheli ya da sanığın özgürlüğünün hakim kararı olmaksızın sınırlanmasını ifade etmektedir.<sup>131</sup> Fakat durdurma, yakalama işleminin gerçekleşmesi anlamına gelmemektedir. Zira; gerçekleştirilen eylemin yakalama sayılabilmesi için, kişinin fiilen denetim altına alınması gerekmektedir<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> Boyar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa (Editör: İnceoğlu), Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi, s. 108 - 111.

<sup>129</sup> Gemalmaz, Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto - De Jure Ayrımı, Cahit Talas'a Armağan, s.225.

<sup>130</sup> 21.07.2016 Tarihli ve 2016/9064 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile ilan edilen olağanüstü hal rejimi, çalışma kapsamına alınmadığı için, olağanüstü halin devamı süresince uygulanmak üzere Ceza Muhakemesi Kanunu'na getirilen istisnai hükümlere, tedbirler açıklanırken yer verilmemiştir.

<sup>131</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 314; Hüsnü Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2014 Ankara, s. 41.

<sup>132</sup> Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 27/1, 01.06.2005 Tarih ve 25832 Sayılı Resmi Gazete.

Yakalamanın amacı, eğer gerekliyse, sanığın tutuklanmasını mümkün kılmaktır. Bu yönüyle yakalama, daha önce de belirtildiği üzere, tutuklama koruma tedbirinin aracıdır<sup>133</sup>. AİHS m.5/1’de, kanunda gösterilen durumlar dışında kısıtlanamayacağı belirtilen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı; Mahkeme tarafından geliştirilen yorumlarla güçlendirilmiştir. İç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal yargı organlarının yetkisindedir; ancak AİHM iç hukuka uygun hareket edilip edilmediğini denetleyebilmektedir. Zira m.5’in amacı, keyfi uygulamalarla kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmamasıdır. Bu nedenle iç hukukun, Sözleşme prensipleriyle uyumluluk göstermesi gerekmektedir. Yakalama; suç işleme şüphesi altında olan veya suç işlemesi ya da işledikten sonra kaçmasına engel olmak amacıyla, makul sebeplerin mevcudiyeti halinde, kişinin yetkili merilerin önüne çıkarılması için AİHS’te de düzenlenmiş olan bir sınırlama sebebidir. Yakalama için Sözleşme sisteminde, kamu davası açmayı gerektirecek yoğunlukta bir şüphe mevcudiyeti değilse de; “makul şüphe” aranmaktadır<sup>134</sup>.

Yakalama hususunda yetkili makamlar, kural olarak, savcı ve kolluk görevlileridir. Ancak başka hiçbir koruma tedbirinde bireylere yetki verilmemiş olmasına rağmen, istisnai bir hal olarak herkes tarafından yakalama yapılabilen bir hal de mevcuttur. Bu halin bir yükümlülük olmadığı belirtilmektedir<sup>135</sup>. Yakalama işlemi gerçekleştirildikten sonra, kişinin kolluğa teslim edilmesi gerekmektedir. Buna göre; kişiye suç işlediği esnada rastlanması veya suçüstü bir eylemden dolayı takip edilmekte olan kişinin kaçma ya da kimliğinin belirlenememe ihtimalinin bulunması hallerinde, koruma tedbirlerinin gecikmezlik özellikleri doğrultusunda, herkesçe yakalama yapılabilir. Suçüstü kavramı CMK m.2/1-j’de; işlenmekte olan suç, henüz işlenmiş fiil ile işlenmesinin hemen ardından kişinin izlenerek yakalandığı suç ve fiilin pek az

---

<sup>133</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.272; Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2015, s. 312.

<sup>134</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 452 - 453.

<sup>135</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 459; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 42.

önce işlendiğini gösteren delille yakalanan kişinin işlediği suç olarak tanımlanmıştır. Diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak herkesin yakalama yapabileceğinin belirtilmiş olması da bu suçüstü halinin aciliyetinden kaynaklanmaktadır<sup>136</sup>. Önemli olan izlemenin suçüstü esnasında başlamasıdır, izlemeyi gerçekleştiren üçüncü bir kişi de olabilecektir<sup>137</sup>. Doktrinde; kişiye suç işlerken rastlanılması halinde de kişinin kaçma tehlikesi ile kimliğinin bilinip bilinmediğine ilişkin inceleme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Eğer kişinin kaçma olasılığı bulunmamakta, adresi ve kimliği belliyse; kişiyi yakalamada ceza muhakemesi açısından herhangi bir fayda olmadığı, bu nedenle kişinin yakalanması yerine davet yoluyla soruşturma işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Zira masumiyet karinesi gereğince, ceza muhakemesi işlemleri mümkün olduğunca kişinin özgürlüğünü kısıtlamadan gerçekleştirilmelidir. Ancak sıradan bir kişinin bu hususları takdir etmesinde zorluk da kabul edildiğinden, pratikte olay yerini terk etmeyen şüphelinin de yakalama için yeterli olduğu ifade edilmektedir<sup>138</sup>. Yakalama işleminin bu şekilde gerçekleştirildiği durumlarda ise yakalayan kişiler, koruma tedbirlerinin ölçülülük özelliği doğrultusunda, yalnızca yakalanan şahsın kaçmasını engelleyecek ölçüde zor kullanma ve yalnızca kişinin teşhisini sağlayacak eşyasını alabilme yetkisine sahiptirler. Bu oranı aşan zor kullanma ya da meşru müdafaa hali saklı kalmak üzere silah kullanılması hususlarında yetkisizdirler<sup>139</sup>. Yakalanan kişinin işlediği suç sebebiyle dövülmesi, kişiye karşı linç girişiminde bulunulması halleri de yine yakalama yetkisinin ölçüsünün aşıldığı hallerdir<sup>140</sup>.

Herkesin yakalama yapabildiği hallerde, tabii olarak kolluk da yakalama yapmaya yetkilidir<sup>141</sup>. Bu ihtimalin yanında, tutuklama kararı ya da yakalama

---

<sup>136</sup> Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku Şerhi, 6. Baskı, İstanbul 2013, s. 333.

<sup>137</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 313; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 43.

<sup>138</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 309 - 310; Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 202.

<sup>139</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.311 - 312; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 314; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 458 - 460.

<sup>140</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 204; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 313.

<sup>141</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.311; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 308; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 42.

emri verilmesini gerektiren bir hal söz konusu olduğunda da kolluk tarafından yakalama emri olmaksızın yakalama gerçekleştirilebilecektir. Fakat yakalamaya yol açan suç, şikayete bağlı bir suç ise, CMK m.90/3 gereğince, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlük sebebiyle kendini idare edemeyenler hariç olmak üzere, şikayet şartı gerçekleşmelidir. Aksi takdirde kişi serbest bırakılmalıdır. Bunun yanında, sıcak takip sonrası kollukça yakalama yapılması örneğindeki gibi, Cumhuriyet savcısında ya da kolluk amirine başvurma zorluğu bulunan bir gecikmesinde sakınca olan halin mevcudiyeti şarttır. Bu şartların gerçekleşmemesi halinde, kişinin çağrı kağıdı ile davet edilmesi esastır<sup>142</sup>. Gecikmesinde sakınca olan hal kavramı; Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği (“YGİY”)<sup>143</sup> m.4’te, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması ya da kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali olarak tanımlanmaktadır. Bu da her somut olay bazında ayrı olarak değerlendirmeyi gerektirmektedir<sup>144</sup>. Takdir yetkisi işlemi gerçekleştiren kolluk tarafından kullanılmaktadır; ancak gerçekten böyle bir halin mevcut olup olmadığına ilişkin denetim, hakim tarafından yapılacaktır. Gecikmesinde sakınca olmayan bir halde bu yönde takdir yetkisi kullanılmışsa uygulanan tedbir hukuka aykırı hale gelecektir. Bu şekilde kanunda sayılan koşullara uyulmaksızın gerçekleştirilen hukuka aykırı yakalama ya da peşi sıra gelen gözaltı durumlarında, şüphelinin ifadesi de dahil olmak üzere, hukuka aykırı tedbir sayesinde elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır<sup>145</sup>.

Yakalama, eğer ki suçüstü hali söz konusu değilse, bir suç ihbarı alındığında şüpheliye uygulanacak ilk koruma tedbiri olmamalıdır<sup>146</sup>. Zira öncelik şüphelinin çağrı yapılarak çağrılmasıdır. Şüpheli tutuklamayı gerektirir bir neden yokken ve kendisine çağrı yapıldığında gelebilecekken baskın yaparak yakalama

---

<sup>142</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 457.

<sup>143</sup> Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği, 01.06.2005 Tarih ve 25832 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>144</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 318 - 319; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 49.

<sup>145</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 17.11.2009, Esas No: 2009/7-160, Karar No: 2009/264, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

<sup>146</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt (2013), s. 224.

gerçekleştirilmesi, yakalamanın koşullarına aykırıdır. Dolayısıyla bu durumda devletten tazminat istenebilecektir<sup>147</sup>. Fakat doktrinde bu duruma gerekçe olarak; kanun aradığı ölçüde kişiyi suçlayacak deliller toplanmaksızın gerçekleştirilecek bir yakalama sonrasında gözaltı sürelerinin de kısıllığı nedeniyle, kişinin ifade vermemesi örnek gösterilmekte ve bunun da soruşturmayı başarısızlığa sürükleyeceği belirtilmektedir<sup>148</sup>. İleride anlatılacağı üzere; gerek gözaltı için somut delil aranmakta olduğundan gerekse ceza muhakemesinde koruma tedbirleri açısından öngörülen ölçülülük ilkesi göz önüne alınarak, ilk görüşün doğrudan yakalama yapılmamasına gerekçe olarak kabul edilmesinin yerinde olduğu kanısındayım. Aynı doğrultuda, kişinin yalnızca ifade vermesi için yakalama gerçekleştirilmemelidir. İfade vermesi için çağrılan kişinin gelmemesi halinde öncelikle CMK m.146'da düzenlenen zorla getirme tedbiri uygulanmalıdır<sup>149</sup>. Ancak AİHM; yakalama ve gözaltı netice itibariyle soruşturmaya hizmet eden kurumlar olduğundan, makul şüphe bulunduğu müddetçe, ifade almak amacıyla yakalama ve gözaltı gerçekleştirilmesinin salt bu nedenle hak ihlali olmadığına karar vermiştir<sup>150</sup>.

Yakalama, yakalama emrine dayanılarak da gerçekleştirilebilmektedir. Yakalama emriyse, soruşturma evresinde şüpheliye çağrı yapılamaması ya da çağrıya rağmen kişinin gelmemesi hallerinde Cumhuriyet savcısının istemiyle sulh ceza hakimi tarafından; kovuşturma evresinde sanığın kaçak olması halinde re'sen ya da yine Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme tarafından verilmektedir. Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen kişi hakkında yakalama kararı çıkarılabilmesi için, "gelmeme"nin kasten olması gerektiği, hakkında yargılama yapıldığından dahi haberi olmayan bir kimse hakkında

---

<sup>147</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 457; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 321.

<sup>148</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 224.

<sup>149</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 461; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 56.

<sup>150</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İpek and Others v. Turkey, Application No: 17019/02 ve 30070/02, 03.02.2009, par. 28 - 30.

yakalama emri çıkarılmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>151</sup>. Soruşturma evresinde tutuklama isteminin reddine itiraz edilmesi durumunda, itiraz mercii tarafından tutuklama talebi yerinde görülürse yine yakalama emri hazırlanacaksa da, bu durum esasen gıyapta tutuklamanın istisnasını oluşturmaktadır. Düzenlenen müzekkereye dayanarak işlem gerçekleştirildikten sonra, bilişim sisteminden kayıt mutlaka silinmelidir. Uygulamada dikkatten kaçabilen bu husus sonucu 2. kez yapılan işlemler, tamamen hukuka aykırıdır<sup>152</sup>. AIHM de Fedetov – Rusya kararında, iptal edilen bir yakalama kararına dayanılarak gözaltına alındığını iddia eden başvuranın başvurusunu, öncelikle tutulmanın, iç hukukta bir dayanağının olup olmadığı yönünden incelemiştir. Sonrasındaysa, iç hukuka uygun olan bir tutulma halinin, Sözleşmesel yükümlülüklerle aykırı davranma sonucu doğurabileceğini; zira, resmi görevliler, iyi niyetle davransalar dahi, hata yapmış olabileceklerini ifade etmiştir. Bu doğrultuda somut başvuruyu inceleyen Mahkeme, başvuranın adının arananlar listesine konmadan önce, hakkında bir yakalama kararının mevcudiyetinin araştırılmaması; başvuran hakkındaki ceza muhakemesinin sona erdiğinin derhal bildirilmemiş olması; kişinin yakalanmasının ardından yapılan itirazın incelenmesinde gerekli özenin gösterilmemesi ve bunun sonucunda başvuranın yeniden gözaltına alınmasının yetkili devlet makamları arasındaki bir koordinasyon eksikliği ortaya koyduğunu belirtmiştir. Üstelik, başvuranın gözaltına alınmasına dair herhangi bir kaydın mevcut olmadığı ve de karakol amirinin, başvurana, bu yönde bir belge vermeyi de reddetmesi olguları karşısında, başvuranın gözaltında tutulduğunun inkar edildiğinin anlaşıldığı; bunun da, Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının en ağır şekilde ihlali olduğu ifade edilerek, Sözleşme'nin ihlali yönünde karar verilmiştir<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 456.

<sup>152</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 464.

<sup>153</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Fedotov v. Russia, Application No: 5140/02, 25.10.2005, par. 75 - 78. Aynı yönde bkz. Sultan Öner and Others v. Turkey, Application No: 73792/01, 17.10.2006, par. 123.

Şüpheli veya sanığın yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçması veyahut tutuklu ya da hükümlünün ceza infaz kurumundan kaçması hallerindeyse; yakalama emri düzenlemeye, CMK m.98 gereğince, Cumhuriyet savcıları ya da kolluk güçleri de yetkilidir. Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun (“PVSK”)<sup>154</sup> 4. maddesinde göre, kolluk bu yetkisini kullanırken kendi kimliğini gösterdikten sonra, kişi ve araçları durdurup kimlik ve bilgi sorabilmektedir. Kişinin kimliğinin anlaşılmasını halinde, Cumhuriyet savcısına haber verilerek kimliği anlaşılana dek CMK hükümleri doğrultusunda gözaltına alınabilmekte ve tutuklanabilmektedir. Doktrinde bu maddenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu belirtilmektedir. Bunun gerekçesi ise uygulamada; kimlik belgesini yanına almayı unuttuğunu ancak kendisine refakat edilirse getirebileceğini belirtenlere, madde metnine aykırı olarak, gerekli kolaylığın gösterilmemesi ve kişilerin gözaltına alınmalarıdır. Böyle bir gözaltının hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir<sup>155</sup>.

Yakalama emri üzerine yakalanan kişinin, en geç 24 saat içerisinde yetkili hakim ya da mahkeme önüne çıkarılması gerekmektedir. Şayet bu mümkün değilse, CMK m.98’de 2014 yılında yapılan değişiklik gereğince, 24 saat içerisinde yakalandığı yer adliyesinde ya da burada bulunmamakta ise en yakın adliyede sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması yoluyla yetkili mahkeme tarafından sorgusu yapılmalıdır. Böylece kişi hakkındaki kararın, esas yetkili mahkemesi tarafından sağlanması amaçlanmaktadır. Yakalanan kişinin mahkemeye götürülmesi esnasında bu sürelerle uyulmaması, tazminat istemini doğuracaktır.

CMK, soruşturma evresinin esas yetkili makamı olarak savcuyu belirlemiştir. Bu sebeple yakalama işlemi gerçekleştirilip kişinin kolluğa teslim edilmesi ya da kollukça yakalanmış olması halinde, kolluk öncelikle yakalananın kendisine ya da başkalarına zarar vermesini önleyici tedbirleri almalıdır. Adli Önleme ve Arama Yönetmeliği’nde “kaba üst araması” ile ifade edilen husus, “uygulamadan” doğan bir kavram olması ve belirsizliği sebebiyle eleştirilmekte; CMK’da ayrı bir maddede düzenlenmiş olan arama koruma tedbiri kadar ayrıntılı

<sup>154</sup> 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 14.07.1934 Tarih ve 2751 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>155</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 492.

ve delil elde etmeye yönelik boyutlara varmaması gerektiği özellikle vurgulanmaktadır<sup>156</sup>. Kişinin ceplerinin boşaltılması ya da elbiselerinin çıkarılması gibi ayrıntılı bir arama yapılacaksa, yetkili merciden karar alınmalıdır. Aksi halde Türk Ceza Kanunu<sup>157</sup> (“TCK”) m.120’de düzenlenmiş olan haksız arama suçu işlenmiş olacaktır<sup>158</sup>. Ayrıca CMK m. 93’te de belirtildiği üzere, bu esnada kişiye kelepçe takılması yalnızca kaçacağına ya da kendisiyle başkalarının hayat ve beden bütünlüklerini tehlikeye soktuğuna dair belirtilerin mevcudiyeti hallerinde gerçekleştirilebilmektedir.

### **2.1.1. Yakalama Esnasında Kullanılabilecek Gücün Sınırı**

Yakalamanın uygulanması sırasında kullanılması gereken azami güç sınırının aşılması halinde bireyin yaşam hakkı ile işkence yasağının ihlali gündeme gelecektir. Bu hakların ihlal edildiği öne sürülerek gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM’ye bireysel başvuru yapılması mümkündür. Bu yönde Anayasa Mahkemesi’ne yapılan Arif Haldun Soygür başvurusunda, trafik kuralını ihlal ettiği gerekçesiyle durdurulan başvuranın, polislerden kimlik göstermelerini istemesi ve polisler kimliklerini göstermediği müddetçe kendi evraklarını göstermeyi reddetmesi, “polise direnme” olarak nitelendirilmiştir<sup>159</sup>. Bunun sonucunda, başvuran yere yatırılmış ve kolları arkaya bükülerek elleri kelepçelenmiştir. Başvuran, bunun ardından polisin kendisini tekmelediğini öne sürmüştü ve adli tıp raporunda da başvuranın sırtında yaralanma meydana geldiği anlaşılmıştır. Olayın ardından başvuran aleyhine açılan davada, başvuranın yalnızca hakaret suçundan yargılandığı ve polislerin, kendilerini itmesi dışında, başvuran tarafından başkaca herhangi bir saldırı gerçekleştirildiği yönünde bir iddialarının olmadığı Mahkemece tespit edilmiştir. Tüm bunları göz önüne alan

---

<sup>156</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 321; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 308, 313; Yenisey/Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 323.

<sup>157</sup> 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 12.10.2004 Tarihli ve 25611 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>158</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 273.

<sup>159</sup> Anayasa Mahkemesi, Arif Haldun Soygür Başvurusu, Başvuru No: 2013/2659, Karar Tarihi: 15.10.2015, par. 60 - 65, 72 – 80.

Mahkeme, polislerin, üniformalı olsalar dahi, polis olduklarına ilişkin belgeyi gösterme zorunluluklarının bulunduğunu ve bunun görevi yaptırmamak için direnme olarak nitelendirilemeyeceğini; başvurana trafik cezası kesilmesi, evrak göstermeme nedeniyle pasif direnişte bulunma ve de sonrasında hakaret suçundan adli işlem başlatılması dışında başkaca bir isnatta bulunulmadığını belirtmiştir. Polisler herhangi bir saldırıda bulunmamış, kaçacağına ya da tehlike arz ettiğine dair somut bir bulgu mevcut olmayan başvurunun, evinin bulunduğu sokakta, yere yatırılıp kolunun bükülerek kelepçelenmesi; sonrasında polis aracına bindirilerek, gerekmediği halde bekletilmesi; üstelik aldığı darbe ile yaralanması bir arada düşünülerek, vücut bütünlüğüne saygı konusunda yeterli özenin gösterilmediği, bunun da Anayasa'nın 17. maddesini ihlal ettiği ve kötü muamele teşkil ettiği kanısına varılmıştır.

Söz konusu başvuruda ayrıca 17. maddenin usuli boyutunu da inceleyen Mahkeme, başvuruda mevcut olduğu adli tıp raporuyla tespit edilen yaralanmalar karşısında, devlet görevlilerinin, 17. maddeyi ihlal etmiş olabileceklerine dair temelli bir sorunun ortaya konduğunu ve bunun, etkili bir soruşturma ile cevaplanması gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda, polis memurları hakkında işkence ve kötü muameleden soruşturma başlatıldığı; ifadeleri esnasında, başvurandan kendilerine yönelik herhangi bir fiili saldırıdan bahsetmedikleri; ancak, kovuşturma evresinde başvurunun üzerlerine yürüyerek kendilerini ittiği yönünde çelişkili bir beyanda buldukları ve mahkemenin, bu çelişkiyi incelemeksizin ve başvurunun ne gibi agresif davranışlarda bulunduğunu açıklığa kavuşturmaksızın, “taşkın bir takım davranışlar”da bulunduğu şeklinde bir kabule vardığı tespit edilmiştir. Tanık olarak dinlenen ve sanıkların mesai arkadaşı olan polislerin, olayı tam göremediklerini belirtmeleri nedeniyle, olaya dair yalnızca taraf beyanlarının esas alındığı ve bu beyanlardan hangisine, neden itibar edildiği ya da edilmediği; başvurunun polisler tarafından tekmelendiği iddiasının göz ardı edildiği ve yalnızca kelepçelenmeye odaklanıldığı anlaşılmıştır. Ayrıca, karşılıklı hakaret hükmüne dayanılarak, başvurunun cezasında bir indirime gidilmiş; fakat, polis memurlarının hakaret niteliğindeki eylemlerine dair herhangi bir inceleme

yapılmamıştır. Mahkeme, bunun etkili bir soruşturma kabul edilemeyeceği kanaatine varmıştır.

AİHM de başvuranın, yakalanmasının ardından, soyularak arama yapılmasının kötü muamele teşkil ettiği yönündeki Wieser - Avusturya başvurusunda, kamu görevlilerinin, aldıkları istihbarat ile başvuranın eşinden elde ettikleri bilgi doğrultusunda, tehlikeli ve saldırgan bir kişiyi gözaltına alacaklarını düşünmelerine hak vermektedir<sup>160</sup>. Bu sebeple, 6 kişilik maskeli, uzman bir ekibin görevlendirilmesi ile yaklaşık 4 saatlik gözaltı süresi boyunca kişinin kelepçeli olmasının, herhangi bir yaralanma veya psikolojik olumsuz etkiye sebep olmadığı da göz önüne alındığında, başlı başına kötü muamele kapsamında düşünülemeyeceği belirtilmektedir. Kişinin 15 dakika boyunca, yerde yatırıldığı esnada, polisin sırtına dizini basması iddiasına, ulusal mahkemeler karşısında polislerce karşı çıkılması, Hükümet ve ulusal mahkemeler tarafından bu konuda bir yorum yapılmaması sebepleriyle bu iddiaya ilişkin yeterli veriye sahip olmadığını ifade eden Mahkeme, buna ilişkin gerekli sorgulamaların yapılmış olduğu da gözetildiğinde, bu iddayı incelemeye gerek olmadığını belirtmiştir. Başvuranın kendisinin gereksiz yere soyularak arandığı yönündeki iddia için ise, öncelikle, Mahkeme'nin bu hususta koyduğu standartlar hatırlatılmıştır. Bu bağlamda, insan onuruna saygı gösterilmesi ile uygunluk içerisinde, yasal bir amaç güden işlemlerin, kötü muamele kapsamında düşünülemeyeceği hatırlatılmaktadır. Ancak, alçaltıcı yöntemlere başvuru arama söz konusu olduğunda, bunun, Sözleşme'nin 3. maddesi üzerinden bir değerlendirme gerektireceği belirtilmektedir. Soyularak arama ile ilgili Mahkeme, öncelikle; sistematik, uzun süreli ve ne gibi güvenlik önlemleri sebebiyle hakkı olduğunun ortaya konulmadığı ya da cezaevine gelen yakınların soyularak aranmasında meşruluk olduğunun ortaya konmasına rağmen, uygulamanın ilgili mevzuata aykırı şekilde gerçekleştirilmesi örneklerinde, kötü muamele olgusunu kabul eden içtihatlarını hatırlatmıştır. Somut başvuruda, başvuranın, bizzat polisler tarafından soyulmuş olması; bu esnada gözünün bağlı olduğu yönündeki iddialarının ulusal

---

<sup>160</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Wieser v. Avusturya, Application No: 2293/03, 22.02.2007, par. 35 – 42.

mahkemeler tarafından incelenmemesi ve bu yöntemin gerekliliği ile haklılığını ortaya koyacak bir açıklamanın getirilmemiş olmasının yanı sıra, kelepçelenmiş kişinin, uyuşturucu gibi küçük maddeler değil de basit arama sonucu ulaşılabilecek silah aramasına konu olması sebepleriyle, soyulmasında bir haklılık bulunmadığı ve bunun kötü muamele teşkil edeceğini belirtmiştir.

Kolluğun zor kullanma yetkisi PVSK m.13/3'te düzenlenmişken, m.16'da silah kullanma yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre; tutuklama, zorla getirme, gözaltı, yakalama emri olan haller ile suçüstü sonrası şüphelinin yakalanması hallerinde, kişinin yakalanmasını sağlama amacıyla ve yalnızca bu ölçüde, öncesinde “dur” ihtarını yapıp havaya uyarı ateşi açtıktan sonra kişinin kaçmaya devam etmesi durumunda silah kullanılabilir. Ancak direnme ya da saldırma halinde öncelikle bunların ölçüsüne göre ve kademeli olarak artacak şekilde bedeni kuvvet, bunun yetersiz kalması halinde ise maddi güç uygulanmalı; zorunluluk arz etmediği müddetçe silah kullanımı tercih edilmemelidir. Doğrudan hedef gözeterek ateş etme, uyarı yapmama, duraksamadan ateş etme ihtimalleri (kişinin silahlı saldırıya teşebbüs etmesi hariç); polisin silah kullanma yetkisinin kapsamına girmemekte ve hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Kolluğun yakalama esnasında ölçüsüz davranmasıysa, TCK'nın 256. maddesinde kamu görevlilerinin görevlerini gerçekleştirirken görevlerinin gerektirdiği gücü aşacak nitelikte güç kullanmasına ilişkin suçu oluşturmaktadır. Bu halde madde hükmüne göre, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>161</sup>. Kolluğun söz konusu hükümlere uygun davranıp davranmadığı hususu, amiri konumundaki Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenmelidir<sup>162</sup>.

Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'ne yapılan Cemil Danışman başvurusunda, yakalama esnasında polisle silahlı çatışmaya girdiği iddia edilen bireyin, bu esnada yaralanması ve sonrasında yolda hayatını kaybetmesi ile ilgili olarak babası tarafından yaşam hakkının ihlal edildiği ve de oğlunun yakalandıktan sonra polis tarafından darp edilmesi sebebiyle işkence ve kötü

<sup>161</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 464 - 467.

<sup>162</sup> Handan Sevik Yokuş, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005, s. 63-67.

muamele yasağının ihlal edildiği öne sürülmüştür<sup>163</sup>. Anayasa Mahkemesi, öncelikle, yaşam hakkını da kapsayan Anayasa'nın 17.maddesinin, meşru müdafaa ve yakalama ile tutuklama kararlarının yerine getirilmesi gibi güç kullanımını zorunlu kılan durumlarda, kamu görevlilerince silah kullanımına izin verilebileceğini hatırlatmıştır. Ancak, böyle bir durumda, orantılılık ilkesi gereği, ilk etapta bedeni kuvvet ile maddi güç kullanılmasının gerektiği ve kamu düzenini sağlamakla görevli olan polislerin, suç teşkil eden fiilleri başka bir biçimde engellemelerinin mümkün olmaması şartıyla, son çare olarak zor kullanabileceklerine dair düzenlemelerin, Anayasa'ya uygun kabul edileceği ve fakat polise, kendilerine karşı başvuru güce orantısız ve de kademesiz bir biçimde cevap vererek silah kullanma yetkisi veren kanuni düzenlemelerin, Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği yönündeki, önceki tarihli içtihadını vurgulamıştır. PYSK'da polisin ateşli silah kullanımına ilişkin düzenlenen hükmün, bu yetkinin hangi amaçlarla ve hangi ölçüde kullanılabileceğini açıklığa kavuşturduğu; öncelikle direnç gösteren bireye, zor kullanılacağına dair bir ihtar yapılmasını gerektirdiği; sonrasında gerekirse ateşli silah kullanımına kadar varabilecek biçimde kademeli olarak bu güç kullanımının artırılabilirliğini içerdiği belirtilmiştir. Söz konusu bu düzenlemenin, Anayasa'nın aradığı ölçülülük ve zorunlu bir durumun mevcudiyetine ilişkin şartları karşıladığı ve bunların somut olayda ne ölçüde dikkate alındığının inceleneceği ifade edilmiştir.

Somut olayda, ihbar üzerine olay yerine giden polise ateş açıldığı, bir polisin hayatını kaybedip diğerinin yaralandığı ve bunun ardından bir yakalama sürecinin başladığı tespit edilmiştir. Mahkeme, polis telsizi kayıtları, tanık beyanları ile olaya müdahale eden polislerin beyanları göz önüne alındığında, polislerin can güvenliklerinden endişe duyduklarının anlaşıldığını ve başvuranın oğlunun can güvenliğini hiçe sayar bir yönlendirmenin mevcut olmadığını tespit etmiştir. Soruşturma dosyası incelendiğinde, başvuranın oğlunun, polislerle ilk karşılaşmasında iki polisi vurduktan sonra, birinin silahını aldığı; sonrasında tekrar polislerle karşılaştığında elindeki iki silahla, karnından vurulmuş bir şekilde

---

<sup>163</sup> Anayasa Mahkemesi, Cemil Danışman Başvurusu, Başvuru No: 2013/6319, Karar Tarihi: 16.07.2014, par. 78 - 89, 107 - 109, 124 - 135.

karanlık sokaklara girdiği anlaşılmakta ve Mahkemece, bu durumda, polisler açısından bir tehlike arz ettiği; bu bilgilerle olay yerine gelen polislerin, silah kullanmak durumunda kalabileceklerini göz önüne alacaklarını kabul edilmektedir. Kamu görevlileri ya da üçüncü kişilerin yaşamları veya vücut bütünlüklerine yönelik bir tehdit mevcutsa ve bireyin şiddet eylemi gerçekleştirdiğinden şüpheleniyorsa, silah kullanımının gerekmediğinden bahsedilemeyeceğine dair AİHM kararların atıfla, başvuranın oğlunun polisle ilk iki karşılaşması açısından, silah kullanımının, yasal sınırlar dahilinde kaldığı sonucuna varılmıştır.

Polisle yaşanan son karşılaşmanın, bu şartlar altında, silah kullanımı açısından zorunlu bir durum olarak kabul edilebileceği; fakat ölçülü olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Başvuranın oğlunun elindeki silahlardan birinin tutukluk yaptığı, diğerininse şarjörünün düştüğü olay sonrası yapılan incelemelerde anlaşılmış; ancak, yakalama esnasında polis memurlarının bu durumu bilmelerinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Soruşturma dosyasından, kendisine soru sormak için yaklaşan polislere aniden ateş açıldığı; bu ilk iki saldırı sonucu kaçmaya başlanıldığı; son karşılaşmada polis tarafından uyarı yapıldığı; sonrasında havaya ateş açtığı ve kaçmaya devam etmesi karşısında arkasından ateş açıldığı; son olarak başvuranın, elindeki iki silaha rağmen, bir ağacın arkasına saklanmış şekilde yakalandığı anlaşılmaktadır. Otopside, başvuranın vücudunda 4'ü hayati tehlike oluşturmayacak bölgelere; 2'sininse karın ve göğüse isabet etmiş 6 mermi bulunduğu ve de ölümünün, göğüs ile karna isabet eden mermilerden kaynaklandığı tespit edilmiştir. Ancak bu merminin hangi polisin silahından çıktığı ve hangi yakalama esnasında ateşlendiği tespit edilememiştir. Mahkeme, başvuranın oğlunun, ihtarlara rağmen kaçması; olayın şehir merkezinde yer yer kalabalık olan bölgelerde ve gece gerçekleşmesi ile atışların uzak mesafeli ve bireyi durdurmaya yönelik olup etkisiz hale getirilmesinin ardından silah kullanımına devam edildiğine dair bir veri bulunmadığını hatırlatarak, böyle bir durumun zorunlu ve olayda silah kullanımının ölçülü olduğu sonucuna varmıştır.

Etkili bir soruşturma yürütülüp yürütülmediği hususundaysa, Cumhuriyet savcısı tarafından, oldukça kapsamlı ve olayı aydınlatmaya yönelik bir soruşturma yürütüldüğü kabul edilmiştir. Ancak, doğrudan devletin kontrolü altında meydana gelen ölümler ile, somut olayda olduğu gibi, kamu görevlilerinin olaya karıştığı ve ölümün kendi eylemleri sonucu meydana geldiği, olay sonrası kontrolün de onlarda olduğu durumlarda, çok boyutlu bir inceleme yapılabilmesi için, kovuşturma aşamasına geçilmesinin şart olduğu belirtilmiştir. “Meşru müdafaa ve zorunluluk hali”, “kanunun hükmü ve amirin emri” gibi hususlar ile “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller” açısından, bunların mevcudiyetine karar vermede Cumhuriyet savcılarının yetkili olmadıkları, bu hususta yetkinin ceza mahkemelerinde olduğu belirtilmiştir. Somut olaydaysa, Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği gözlemlenmiş; bu nedenle, etkili soruşturma yükümlülüğünün gerçekleştirilmediği yönünde karar verilmiştir. Ayrıca, başvuranın işkenceye yönelik iddialarının da bulunduğu ve oğlunun, yüz ve çenesinde kırıklar tespit edilmesi ile birkaç kişinin tekmeyle vurduğunu gördüğünü iddia eden tanığın ifadesine rağmen, savcı tarafından yalnızca yaşam hakkı yönünden bir inceleme yapıldığı gözlemlenmiştir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı yapılan itirazı haklı bulan Mahkeme kararında da, bu duruma dair herhangi bir ifade kullanılmamıştır. Anayasa Mahkemesi, işkence ve kötü muameleyle ilişkin iddiaların, olayı her türlü şüpheden uzak bir açıklıkta ortaya koyacak biçimde incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve somut olaydaki incelemeyi, bu yönden de yetersiz bularak işkence ve kötü muamele yasağının usuli boyutunun da ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Bir siyasi parti tarafından gerçekleştirilen etkinlik sırasında polis ile çıkan arbedede, başvuranların yakınının da dahil olduğu 108 kişinin gözaltına alındığı İpek Deniz ve Diğerleri başvurusunda ise, başvuranların yakını, adli rapor alınmaksızın Emniyet Müdürlüğü’ne getirilmiş; herhangi bir nezarethane kaydı yapılmamış; sağlık durumunun kötüleşmesi üzerine hastaneye getirilmiş ve burada muayeneyi gerçekleştiren doktor, baş bölgesine aldığı darbeler sebebiyle

hayati tehlikesi olduğunu belirtmiş ve kişi, aynı gün, hayatını kaybetmiştir<sup>164</sup>. Mahkeme, bireyin gözaltına alınması ile hastaneye sevk edilmesi arasındaki sürenin belirsiz olduğunu ve otopsi raporunda belirtilen kafadaki darbe, kaburgadaki kırıklar ile vücutta yaygın lezyonların hangi koşullar altına meydana geldiğinin kamu makamlarınca açıklığa kavuşturulmadığını tespit etmiştir. Bireyin ölümünün, güç kullanımı sonucu gerçekleştiğinin kabulü karşısında, güç kullanımını zorunlu kılan unsurları ispat yükümlülüğünün kamu makamlarının üzerinde olduğu ve fakat herhangi bir açıklama yapılmadığı vurgulanmıştır. Bu nedenle, müdahalenin yasal bir çerçeveye dayanıp dayanmadığının incelenmeyeceği ifade edilmiştir. Bireyin ne nezarethane ya da karakola getiriliş kaydı ne de yakalandığı andaki sağlık durumunun tespit edildiğini ve yakalama anından, hastaneye sevk anına kadar gerçekleşen olaylar ile görevli polislerin kimliği hakkında herhangi bir bilgi paylaşılmadığı gözlemlenmiştir. Tüm bunları göz önüne alan Mahkeme, ilk derece mahkemesi tarafından da ölümün, kolluğun güç kullanımından kaynaklandığının kabul edildiğini vurgulayarak 17. maddede yer alan sınırlandırma sebeplerinden herhangi birinin varlığının mevcut olmadığını; dolayısıyla yaşam hakkının maddi boyutunun ihlal edildiğini belirtmiştir.

Usuli boyut açısından da inceleme yapan Mahkeme, olayda araştırılıp da çözülemeyen bazı olgular mevcut olduğu gibi, başvuruların yakının, söz konusu eylemlere katılıp katılmadığı; ölümle sonuçlanabilecek mutlak güç kullanımını gerektirir derecede bir direniş gösterip göstermediği; ölümcül darbeyi attığı iddia edilen sivil polis memurunun yanındaki üniformalı polislerin kimliğinin tespit edilmediği; Emniyet Müdürlüğü'ne götürülen aracın sürücüsünün ifadesinin alınmadığı; Emniyet Müdürlüğü'nün kamera kayıtlarının istenmediği; yakalama tutanağını imzalayan polislerin yanı sıra olay günü Emniyet Binasında görevli kamu görevlilerinin ifadelerine başvurulmadığı; sağlık durumunun kötüye gittiği kanısıyla bireyi hastaneye götüren memurların kimliği ile olaya dair görgüleri olduğunu bildiren kişilerin ifadelerinin alınmadığını tespit etmiştir. Üstelik,

---

<sup>164</sup> Anayasa Mahkemesi, İpek Deniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1595, Karar Tarihi: 21.04.2016, par. 131 - 142, 163 - 183.

eylemi Emniyet Müdürlüğü içerisinde kimin işlediği bilinmezken, delilleri toplama görevinin, yine Emniyet Müdürlüğü'ne verildiği gözlemlenmiş; bunun, soruşturma makamının bağımsızlığını zedelediği belirtilmiştir. Bireyi birçok polis memurunun darp ettiği öne sürülmesine rağmen, yalnızca bir polis hakkında dava açılması da önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Bu nitelikteki bir soruşturmanın, etkili sayılmayacağı belirtilerek, kötü muamele yasağının usuli boyutun da ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.

Başvuranların, baro gözlemcisi sıfatıyla Nevruz etkinliklerini izledikleri sırada polisle aralarında çıkan tartışma sonucu darp edildikleri ve gözaltına alındıkları ile ilgili Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tinaş başvurusu ise, Mahkeme tarafından, yine 17. madde kapsamında işkence ve kötü muamele iddiasıyla; ancak, etkili bir soruşturma yürütülüp yürütülmediği üzerinden incelenmiştir. Mahkeme, başvuruların hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmadığını ve olguların hukuki tavsifinin kendi takdirinde olduğunu belirterek, usuli boyuta dair incelemenin, olay bakımından yeterli olacağını belirtmiştir. Öncelikle, adres ve kimlik tespiti ile ifade alınması gibi birçok önemli soruşturma işleminin, haklarında soruşturma işlemleri yürütülen kamu görevlileri ile hiyerarşi içerisinde olan görevlilerce gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. Başvurulardan birinin, hastanede tedavi gördüğü sırada, polis tarafından karakola götürülmeye zorlanması ve doktorun yatış işleminin yapıldığını belirtmesi üzerine kendisini bıraktığı yönündeki iddiası karşısında, görgü tanığı olarak doktorun ifadesine başvurulmadığı anlaşılmış ve bu durum, olayın aydınlatılması açısından büyük bir eksiklik olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, başvurular hakkında cezai takibat yapılmasına dair Valilik tarafından izin verilmemesi ve bu kararın kesinleşmesi sonucu, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiği; ancak, somut olaydaki suçun, bu şekilde izin aranan suçlardan biri olup olmadığının tartışılmadığı gözlemlenmiştir. Kararda, başvuruların avukat olmaları sebebiyle kendilerine uygulanması gereken farklı hükümler bulunduğu; aktif bir direniş gösterip göstermedikleri; başvurulara uygulanan fiziki müdahalenin meşruluğu ile orantılılığı incelenmediği; olayla ilgili delillerle herhangi bir ilişki kurulmadığı ve de kutlama alanı dışındaki kötü muamele iddiaları dikkate alınmaksızın,

kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiği anlaşılmıştır. Bu şekilde başvuruların iddialarının göz ardı edilmesinin, soruşturmaya etkili katılımlarının sağlanamadığı anlamına geldiği ve bunun da soruşturmanın şeffaflığı açısından sorun teşkil ettiği belirtilmiştir. Böyle bir soruşturmanın, kötü muameleyi önleme ve failleri cezalandırma açısından yeterli olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiş ve bu yöndeki fiillere müsamaha gösterildiği izlenimini yaratabileceği vurgulanmıştır. Tüm bu nedenlerle, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında düzenlenen kötü muamele yasağının usuli boyutunun ihlal edildiğine karar verilmiştir<sup>165</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğine, özellikle usuli boyuta oldukça önem verildiği gözlemlenmektedir. Hatta bazı kararlarda, maddi boyut incelemesi yapmaksızın usuli boyut incelemesine geçtiği, bunun, olayı daha iyi aydınlığa kavuşturacağını belirttiği görülmektedir; ancak Mahkeme'nin burada maddi boyuta ilişkin inceleme yapmayı neden reddettiğine dair yeterli bir açıklama getirmediği not düşülmelidir. Mahkeme'nin genel yaklaşımı ise, aşağıda inceleneceği üzere, AİHM içtihadı ile uyumludur. Bu bağlamda, kamu görevlilerince gerçekleştirildiği öne sürülen işkence ya da ölüm iddialarının, soruşturma ne kadar detaylı ve etkili yürütülürse yürütülsün, mahkeme önünde tartışılması gerektiğine dair içtihadı oldukça önemlidir. Ayrıca, kamu görevlileri hakkında etkili bir soruşturma ve kovuşturma gerçekleştirilmemesinin, toplumda, bu fiillere müsamaha gösterildiği izlenimini yaratabileceği vurgusu, ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay tarafından da göz önüne alınmalıdır.

AİHM de yakalama esnasında güç kullanımı söz konusu olduğunda, bunun derecesi ve güç kullanımında başvuru araca bakmakta; aynı zamanda bu esnada gözetilen amaç ile kastı incelemektedir. Bu doğrultuda öncelikle, Sözleşme'nin 2. maddesinde, bireylerin ne zaman kasten öldürülebileceklerinin değil; hangi koşullarda istenmeyen bir sonuç olarak ölüme yol açabilecek güç kullanımına izin verildiğinin düzenlendiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, güç kullanımının, söz konusu maddede düzenlenen amaçlardan birine ulaşabilmek için mutlak gerekli olması halinde uygulanabileceği; bunun da demokratik bir

---

<sup>165</sup> Anayasa Mahkemesi, Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tinaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/7907, Karar Tarihi: 21.04.2016, par. 101 – 119.

toplumda gereklilik ile orantılılık şartlarını ifade ettiği vurgulanmaktadır. Bu sebeple, özellikle de ateşli silah kullanımı söz konusu olduğunda, kamu görevlilerinin yanı sıra, operasyonun planlaması ve kontrolü gibi birtakım olayı çevreleyen koşullar da göz önüne alınmaktadır.

Yukarıda anlatılan bu prensipler doğrultusunda, terör saldırısı gerçekleştirileceğine dair alınan istihbarat sebebiyle şüphelilere karşı orantısız silah kullanımı iddiası ile ilgili McCann ve Diğerleri - Birleşik Krallık başvurusu, Mahkeme tarafından incelenmiştir<sup>166</sup>. Bu bağlamda, bomba yüklü aracı uzaktan kumanda ile patlatacakları düşünülen silahlı şüphelilere karşı ateşli silah kullanımı, her ne kadar şüphelilerin bu nitelikte bir düzeneğe sahip olmadıkları sonradan anlaşılırsa da, Sözleşme'nin 2. maddesine belirtilen koşullara uygun bulunmuştur. Zira, kamu görevlileri, bomba yüklü araca ilişkin bilgiyi üstlerinden almış; olası ağır bir can kaybını önlemek için ateşli silah kullanarak başvuranların ölümüne yol açmıştır. Mahkeme, aksi bir uygulamanın, devletlere gerçekçilikten uzak bir yükümlülük getireceği ve kamu görevlilerinin kendilerinin ölümü ile daha fazla can kaybı yaşanan olaylara sebep olacağını belirtmektedir. Ancak, tüm bunların, yürütülen operasyonun da ayrı olarak Sözleşme'nin 2. maddesine uygunluğunun incelenmesini engellemeyeceği belirtilmektedir.

Mahkeme öncelikle, bomba yüklü araca dair bir istihbarat alınmasında rağmen, bireylerin neden ilk evrede ülkeye girişlerinin engellenmediği veya ülkeye girişlerinin ardından gözaltı prosedürünün işletilmediğini sorgulamaktadır. Hükümet tarafından getirilen tutuklamaya dair yeterli delil yokken bireylerin serbest bırakılmasının onları durumdan şüphelendireceği savunması, Mahkeme tarafından kabul görmemiştir; zira, bu savunma ya Hükümetin başından beri bomba yüklü aracın mevcut olmadığına farkında olduğunu ya da aksi durumda,

---

<sup>166</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, McCann and Others v. United Kingdom, Application No: 18984/91, 27.09.1995, par. 195 - 214. Bireye karşı silah kullanımının son çare olarak ele alındığı, öncelikle, arabulucu ve psikolog gibi birtakım anlaşma usullerinin denendiği; ertesi gün biber gazı gibi bireyin girdiği evden çıkarak gözaltına alınmasının amaçlandığı yöntemlere başvurulduğu ve bireyin öngörülemeyecek bir şekilde evi ateşe vermesi üzerine, bireyi yaralayarak evden çıkarmayı hedefleyen silah kullanımı örneğinde, polislerin, silah kullanımı ile ilgili eğitimleri de dikkate alındığında, söz konusu operasyonun Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmediği yönündeki karar için bkz. Huohvanainen v. Finland, Application No: 57389/00, 13.03.2007, par. 99 – 109.

operasyonun kontrolünün yanlış bir şekilde hesaplandığını ortaya koymaktadır. Patlayıcı araca ilişkin bildirim yapan askerin, bu konuda uzman olmaması; bahsedilen düzeneğin gerçekçilikten uzak olması gibi koşullar bir arada düşünüldüğünde, bu hipotezlerin, kamu görevlilerini silah kullanmaya mecbur kıldığı; üstelik, bireyler yerde oldukları halde silah kullanımına devam edildiği gözlemlenmiştir. Tüm bunlar bir arada düşünüldüğünde, terörle mücadele söz konusu olsa dahi, demokratik bir toplumda gereklilik koşuluna uyulmayan bir operasyon düzenlendiği; bunun da operasyonun kontrol ve organizasyonunda özensizlik anlamına geldiği belirtilerek Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali yönünde karar verilmiştir.

### **2.1.2. Yakalama İşlemi Gerçekleştirildikten Sonra Uyulması Gereken Hususlar**

Kişinin, kendisine ve çevresine zarar vermesini engelleyici önlemlerin alınmasının ardından, kişiye hakları ile yakalama nedeni bildirilmeli ve yakalama işlemi ile ilgili yakalama tutanağı düzenlenmelidir. Düzenlenen yakalama tutanağının bir örneği, yakalananına verilmelidir. Yakalama işleminin süresi, hukuka uygun yapıp yapılmadığı gibi hususlar bu tutanaktan anlaşılacaktır<sup>167</sup>. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.6/4'e göre, kişiye yakalama sebebi, hakkındaki iddialar, susma ve müdafiden yararlanma hakkı, yakalamaya itiraz etme hakkı ve bu itiraz hakkını nasıl kullanacağı hatırlatılmalıdır. Kişiyi yakalama sebebinin derhal bildirilmesi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen AİHS m.5/2'de de yer aldığı gibi, Anayasanın aynı başlıklı 19. maddesinin 4. fıkrasında da, farklı olarak, toplu suçlarda en geç hakim önüne çıkmadan önce bildirilmesi şeklinde yer almaktadır. CMK'da ise bu yönde açık bir düzenleme olmaması ile Yönetmelik'te diğer kanuni hakları ifadesi ile hangi hakların kastedildiğinin belirsiz olması eleştirilmektedir. CMK m.95'te düzenlenen yakınlarına haber verme hakkının, bu kapsamda olduğu

---

<sup>167</sup> Sevük Yokuş, s. 66; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 282.

düşünülmektedir<sup>168</sup>. Fakat ilgili maddede savcı emri aranmasının işlemi gereksiz yere uzatacağı belirtilmiş, üstelik herhangi bir azami süre de öngörülmemesinin maddede yer alan “gecikmesizin” ifadesinin uygulamada gerçekleşmesini güçleştireceği ifade edilmektedir<sup>169</sup>. Kişinin yabancı olması halinde, yazılı olarak karşı çıkmadığı müddetçe konsolosluga haber verileceği hükmü yer almaktadır. (CMK m.95/2) Kişiyi haklarının hatırlatılmasının amacı; yakalama işleminde usule aykırılık olması halinde, işleme etkili bir şekilde itiraz edebilmesini sağlamaktır<sup>170</sup>. Kanunda geçen “hatırlatma” ifadesinin “kişiyi haklarının tam olarak anlatılması” olarak anlaşılması ve uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>171</sup>. Kişiyi haklarının yalnızca başlıklar halinde hatırlatılması kabul edilemezken; matbu formların hiçbir bilgi vermeksizin kişiyi imzalatılmasıyla aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi mümkün değildir<sup>172</sup>. 1963 yılında Miranda - Arizona davası ile polisçe yakalanan kişilere sahip oldukları hakların bildirilmesi gerekliliği olarak Amerikan Hukukunda kabul edilen “haklarını öğrenme hakkı”, daha sonra yakalamada aranan genel bir şart haline gelmiştir<sup>173</sup>. Sahip olduğu haklar, AİHS’te de belirtildiği üzere, gerekirse tercümandan yararlanmak suretiyle gerçekleştirilmelidir ki hükmün amacına ulaşılabilsin<sup>174</sup>. Haklarının hatırlatılmaması ya da kendisine ve etrafa zarar vermesini önleyici tedbirler alınırken ölçsüz davranılması gibi maddede belirtilen hususlara aykırı işlem yapılması halinde, haksız yakalama söz konusu olacak ve dolayısıyla kişinin tazminat isteme hakkı doğacaktır. Nitekim AİHM; kişiyi haklarının ve yakalama sebeplerinin ifade ya da sorgu sırasında bildirilmesinin esas alındığı CMUK döneminde, devlet tarafından bunun aksine ilişkin bir belge de sunulmadığından, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir. Bu şekilde herhangi bir tereddüt durumunda, ilgili hususu ispat yükünün devlette

---

<sup>168</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 321; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 315. Söz konusu bu haklar, gözaltı kararı verilmesi halinde de geçerlidir.

<sup>169</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 469.

<sup>170</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.278.

<sup>171</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 282.

<sup>172</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 465.

<sup>173</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 325; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 131.

<sup>174</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 465.

olduğu da ortaya konmuştur<sup>175</sup>. Her ne kadar YGİY’de kişiye haklarının yazılı olarak hatırlatılması mümkün değilse sözlü olarak hatırlatılabileceği belirtilmekte ise de, sözlü hatırlatmanın ispatındaki zorluk göz önüne alınarak işlemin yazılı yapılması yerinde olacaktır.

Bu bağlamda AİHM, AİHS m.5/2’de düzenlenen, kişinin yakalanma sebeplerinden hızlı bir biçimde haberdar olmasının, Sözleşme’nin 5. maddesi ile sağlanan korumanın bir parçası olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme’ye göre, yakalama nedenlerinin kişiye hızlı bir biçimde bildirilmesi prensibi, yine Sözleşme ile korunan, bireylerin, tutuklulukları ile ilgili ivedilikle karar alınması için başvuruda bulunma haklarını etkili bir şekilde kullanabilmelerinin güvencesidir<sup>176</sup>. Bu doğrultuda, kişinin, mahkemeye başvurarak yakalanmasına itiraz edebilmesinin, ancak kendisine, yakalanma sebeplerinin bildirilmesi halinde mümkün olacağı vurgulanmaktadır. Söz konusu gerekçelerin, kişinin anlayabileceği şekilde basit, anlaşılır ve teknik olmayan bir dilde ifade edilmesi gerekmektedir.

AİHM Attı ve Tedik - Türkiye başvurusunda, başvuruların yakalama sebeplerinin yakalama tutanaklarında yer aldığına ilişkin Hükümet iddiasını gerçekçi bulmamış; zira bu tutanaklarda “durumundan şüphe etmeleri” ve “soruşturma kapsamında” yakalanma gibi gerekçelerin yer aldığını tespit etmiştir<sup>177</sup>. Aynı zamanda, Hükümet tarafından öne sürülen, evinden çıkan materyal sebebiyle, başvuranın, yakalanma gerekçelerini bildiği savunmasının kabul edilemeyeceği; çünkü söz konusu materyallerin, başvuranın mahkum edilmesine yol ačan suçla bir ilgisi olmadığı ve kişiye yakalanmasına sebep olan başlıca gerekçelerin bildirilmesi olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, başvuruların yakalanmalarından, sorgulanmalarına kadar geçen 4

---

<sup>175</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Attı and Tedik v. Turkey, Application No: 32705/02, 20.10.2009, par. 23 - 25.

<sup>176</sup> Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi - Araştırma Bölümü, Madde 5 Rehberi, 2014, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 21.04.2017, s. 22).

<sup>177</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Attı and Tedik v. Turkey, Application No: 32705/02, 20.10.2009. Kişilerin, yakalandıkları gün içerisinde sorgulanmaları halinde, bu sürenin, ivedilik koşulunu sağladığı yönündeki karar için bkz. Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom, Application No: 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30.08.1990.

günlük süre içerisinde, yakalanma nedenleri hakkında bilgilendirilmediklerini, söz konusu bu 4 günlük sürenin de ivedilik olarak düşünülmemeyeceğini ifade ederek, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Ancak, Mahkeme içtihatlarına bakıldığında, kişiye yakalama nedenlerinin bildirilmesi ilkesinin, bu bildirim nasıl yapılacağına dair belirli bir usul getirmediği ve bunun, kişiye yakalanmasına yol açan tüm suçların bir listesinin verilmesi anlamına gelmediği yönünde karar verildiği görülmekte; suçluların iadesi söz konusunda olduğundaysa, Bordovski - Rusya Kararı ile belirtildiği üzere, kişiye verilen bilginin eksiksiz olmasının beklenemeyeceği ifade edilmektedir<sup>178</sup>. Yine, kişilerin, kanunda suç olarak tanımlanan bir eylemi kasıtlı olarak gerçekleştirdikten hemen sonra yakalanmaları veya başvuranın arandığının bilincinde olarak iltica talebinde bulunması ile kendisine isnat edilen suçlara ilişkin detayların, yakalama emirleri ile iadeye ilişkin taleplerde bulunması durumunda, yakalanma nedenlerini bildiklerini kabul etmektedir<sup>179</sup>.

Mahkeme'nin yakalama sebeplerine ilişkin genel tutumu, soyut birtakım bildirim ve çıkarımlar söz konusu olduğunda bunu geçerli bildirim olarak değerlendirmeme; ancak suçlamaya dair somut belge ya da durumun mevcut olması halinde, bizzat bildirim yapılmamışsa da, içinde bulunulan şartların doğası gereği bunun bilindiğinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Anayasa Mahkemesi'nin henüz buna dair esastan yaptığı bir incelemeye rastlanmamıştır; fakat AIHM kararları yönünde karar vermesi beklenmektedir. Bu bağlamda Anayasa'da toplu suçlar söz konusu olduğunda, bildirim en geç bireylerin hakim önüne çıkarılmasından önce yapılmasının yeterli olduğu yer almaktaysa da; Anayasa Mahkemesi, özellikle Anayasa n.90/5'i de göz önüne alarak, bu suçlarda da ivedilik şartının denetimini sıkıca yapmalıdır.

---

<sup>178</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bordovski v. Russia, Application No: 49491/99, 08.02.2005. Ancak kişinin sınırdışı edilme ihtimali olduğunda, anlayacağı dilde buna dair bilgilendirilmesi gerektiği yönündeki karar bkz. Nowak v. Ukraine, Application No: 60846/10, 31.03.2011.

<sup>179</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dikme v. Turkey, Application No: 20869/92, 11.07.2000, par. 54 ve Soysal v. Turkey, Application No: 50091/99, 03.05.2007, par. 69.

Bu hususta vurgulanması gereken bir diğ er noktaysa, Çocuk Koruma Kanununda (“ÇKK”)<sup>180</sup> düzenlenen, çocuklara ilişkin özel hükümlerdir. Buna göre; 12 yaşını doldurmamış olanlar ile 15 yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler, yalnızca kimlik tespiti için yakalanacak ve bunun ardından serbest bırakılacaklardır. 12 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış çocuklarsa; suç sebebiyle yakalanabilmekle birlikte, kendilerine hiçbir şekilde kelepçe takılamayacaktır. Ayrıca, yine çocuklara özgü bir durum olarak, yakalama işlemiyle birlikte kolluğun yetkisi sona erecek, bundan sonraki tüm işlemler savcı tarafından yürütülecektir.

Yakalama gerçekleş tikten sonra kolluğun yapmaya yetkili oldu ğ u iş lemlerin yukarıda belirtilenlerden ibaret oldu ğ u ifade edilmektedir. Zira; gerek CMK m.90/5 gerekse Adli Ö nleme ve Arama Yö netmeliğ i m.6/8’e göre, kolluğun yakalama iş lemi hakkında hemen Cumhuriyet savcısına bilgi vermesi ve ondan gelen yazılı ya da en kısa zamanda yazılı hale getirilmek üzere sö zlü emir do ğ rultusunda gereken iş lemi yapması gerekmektedir. Kiş inin karakola gö türölüp ifadesi alındıktan sonra Cumhuriyet savcısına haber verilmesi, kanunun açık ifadesine aykırılık teş kil etmektedir<sup>181</sup>. Sö z konusu hüküm aynı zamanda, yakalama gerçekleş tikten sonra, kolluğun delil toplama yetkisinin olmadı ğ ını da ortaya koymaktadır. Bu nedenle yakalamadan sonra arama veya el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için, bu yö nde ayrı bir karar mevcut olmalıdır<sup>182</sup>.

Yakalama, yakalanan kiş inin en yakın karakola getirilmesinin sağ lanması amacına yöneliktir. Ş üphelinin özgürlü ğ ünün kısıtlandığı anda başlayan yakalama, durumun kolluk tarafından Cumhuriyet savcısına bildirilmesi sonucunda savcının talimatıyla gö zaltı ya da serbest bırakmaya dek devam etmektedir<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 15.07.2005 Tarih ve 25876 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>181</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 274.

<sup>182</sup> Ö zbek, CMK İzmir Ş erhi, s. 316; Ö zbek/Kanbur/Doğ an/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.272.

<sup>183</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 201.

## 2.2. Gözaltı

Gözaltı; Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.4'te yakalanan hakkındaki işlemlerin tamamlanması için, yetkili hakim önüne çıkarılmasına ya da serbest bırakılmasına kadar, sağlığına zarar vermeyecek biçimde ve kanunî süre içinde kişinin özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonması olarak ifade edilmektedir. Yargıtay; düzenlemelerde aranan koşullar ve uyulması gereken kanuni bir zorunluluk bulunmazken kişilerin alıkonulması, tutulması, araçta veya karakolda bekletilmesini haksız gözaltına alma olarak nitelendirmektedir<sup>184</sup>.

Gözaltı kararını vermeye kural olarak Cumhuriyet savcısı yetkilidir. Ancak 2015 yılında yapılan değişiklik sonucunda, mülki amirce belirlenen kolluk amirine, maddede belirtilen katalog suçlarla ve suçüstü haliyle sınırlı olmak üzere, 24 saate kadar gözaltı kararı verme yetkisi getirilmiştir<sup>185</sup>. Şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu işlenen suçlar içinse bu süre 48 saate çıkarılabilecektir. Bir yargı makamı olan ve hakimlik savcılık teminatından yararlanan Cumhuriyet savcılarının tanınan gözaltı yetkisinin, idari yönden doğrudan yürütmeye bağlı kolluk amirine de tanınır hale getirilmesi, doktrinde temel hak ve özgürlükler açısından bir geriye gidiş olarak nitelendirilmiş ve böyle bir durumu ceza muhakemesi hukuku açısından açıklamanın mümkün olmadığı belirtilerek haklı olarak eleştirilmiştir<sup>186</sup>. Yine madde metninde yer alan katalog suçlardan biri olan “toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar” ifadesi, belirsizliği nedeniyle kolluğa verilen bu yetkinin kötüye kullanılma ihtimalini

---

<sup>184</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 19.04.2006, Esas No: 2004/21680, Karar No: 2006/9696.

<sup>185</sup> 6638 Sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.13, 04.04.2015 Tarihli ve 29316 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>186</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 280; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 334.

artırdığı belirtilerek doğru bulunmamaktadır<sup>187</sup>. Bu sürelerin dolması ya da gözaltı sebebinin ortadan kalkması halindeyse, kişi hakkında gerçekleştirilmiş olan söz konusu işlemlerle ilgili Cumhuriyet savcısının bilgi verilerek, savcının talimatına göre hareket edilecektir. Cumhuriyet savcısının kişinin bırakılmaması yönünde karar vermesi halinde, 91. maddede belirtilen olağan gözaltı usulü işletilecektir. Fakat gerek CMK m.91/4'e gerekse Anayasanın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen m.19/5 göz önüne alınarak; her halde kişi en geç 48, toplu işlenen suçlarda ise en geç 4 gün içerisinde hakim karşısına çıkarılmalıdır.

Gözaltı kararının Cumhuriyet savcısı tarafından verilmesi halinde ise gözaltı süresinin; üst sınırı 12 saat olarak belirlenmiş olan en yakın hakim veya mahkemeye götürülme süresi haricinde 24 saati geçemeyeceği CMK m.91'de belirtilmiştir. Fakat toplu işlenen suçlarda delillerin toplanmasındaki güçlük ve kişi sayısının çokluğu sebebiyle bir istisna getirilerek, her seferinde bir gün uzatılmak koşuluyla söz konusu sürenin 3 gün daha ilgili husus yazılı olmak kaydıyla uzatılabileceği hükmüne yer verilmiştir. Üst sınırı 12 saat olarak belirlenmiş olan yol süresi, gözaltı süresiyle karıştırılmamalıdır. Yolda zaman geçirilse de geçirilmesinde gözaltı süresinin hesabına katılabilen bir süre değildir. Zira hükmün getiriliş amacı, kişinin şehir merkezine uzak bir yerde yakalanması halinde gözaltı süresinin yolda geçirilmesi sonucu soruşturma işlemlerini gerçekleştirmeye yeterli zaman kalmaması ihtimalinin önüne geçmektir<sup>188</sup>. Tek bir kişi tarafından birden fazla suç işlendiği düşünülerek soruşturma yapılmaktaysa, soruşturmalar farklı zamanlarda gerçekleşmediği müddetçe, gözaltı süresi her suç için ayrı olarak hesaplanmamalı ve 24 saati geçmemelidir<sup>189</sup>. Gözaltı süresinin başlangıcıysa, gözaltı kararının verilmesi değil; yakalama anıdır<sup>190</sup>. Gözaltı işleminin bu şekilde sürelerle bağlanmış olması, koruma tedbirlerinin geçicilik özelliğini bir kez daha vurgulamaktadır. Fakat olağanüstü

---

<sup>187</sup> Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2015, s. 184.

<sup>188</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 279; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 479.

<sup>189</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 481.

<sup>190</sup> Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 239; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 472.

hal ve savaş hallerinde bu süreler uzatılabilmektedir ve buna ilişkin bir üst sınır getirilmemiş olması, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir<sup>191</sup>. Süreler incelenirken, gözaltının mümkün olduğu takdirde kanunda belirtilen üst sınırlardan daha kısa tutulması ve soruşturma işlemleri bittiğinde lüzumsuz gecikmelere müsaade edilmemesi gerektiği unutulmamalıdır. Gözaltı süresi boyunca hiçbir işlem yapılmaksızın, sürenin sona ermesine yakın kişinin ifadesinin alınması, hukuka aykırıdır<sup>192</sup>. Gözaltı süresinin uzatılması kararının ilgiliye derhal tebliğ edilmesi öngörülerekse, kişinin karara karşı itiraz hakkını kullanabilmesi amaçlanmaktadır. Gözaltı ya da gözaltını uzatılması kararları ayrıca kişinin yakını ya da belirlediği bir kişiye de bildirilmelidir. Yakalama sonrasında kişinin yakınlarına zaten haber verilmiş olduğu öne sürülmemelidir<sup>193</sup>.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan Hidayet Karaca başvurusunda, başvuran, kanuni gözaltı süresinin bitmesine yakın hakim sorgusuna sevk edildiğini; ancak hakim huzuruna doğrudan çıkarılmaksızın adliyede bekletildiğini, böylece kanuni gözaltı süresi aşıldığı halde serbest bırakılmadığını ve daha sonra sorgusu tamamlanmasına rağmen kararı tefhim edilmediği için 14 saat daha keyfi olarak tutulduğunu öne sürmüştür. Mahkeme, yukarıda belirtilen sebeplerle öncelikle CMK m. 141 yoluna başvurulması gerektiğini belirtmiştir<sup>194</sup>. Ancak karşı oy gerekçesinde söz konusu bu karar eleştirilmiş ve Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının keyfiliği önleyecek en önemli güvencesinin hakim önüne çıkarılma olduğu belirtilmiştir. AİHS kapsamında incelendiğinde, yakalanan veya tutulan kişinin “derhal” hakim huzuruna çıkarılması gerektiği ve bunun, kişi özgürlüğüne yapılan haksız müdahalenin asgari düzeyde tutulabilmesi için bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, sevk işlemi yapılmasına rağmen kişinin hakim huzurunda sorgusunun yapılmasına geçilmemesinin, hakim önüne çıkarılma kavramı ile bağdaşmadığı

---

<sup>191</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 212.

<sup>192</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 334; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 100.

<sup>193</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 469.

<sup>194</sup> Anayasa Mahkemesi, Hidayet Karaca Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2015/144, Karar Tarihi: 14.07.2015, par. 53 – 64.

öncelikle vurgulanmıştır. Kişinin sorgusu tamamlandıktan sonra, salt karar 14 saat sonra tefhim edildiği için adliyyede, 14 saat daha tutulmasının keyfi ve hukuka aykırı olduğu vurgulanmış; bu nedenlerle usulden red yerine kararın esasının incelenmesine geçilmesi gerektiği öne sürülmüştür.

Kişinin kanuni gözaltı süresi dolduktan sonra hakime sevk edildiği ve buna rağmen sevk işleminden 11 saat sonra yapılan sorgunun, toplamda 3 gün 12 saat sürdüğü Hikmet Kopar ve Diğerleri başvurusunda da Mahkeme yine CMK m. 141 tüketilmediği gerekçesiyle usulden red kararı vermiştir<sup>195</sup>. Ancak karşı oy yazısında öncelikle, kanuni gözaltı sürelerinin her olayda illa azami olarak kullanılması gerekmediği vurgulanmıştır. Her ne kadar sorguya sevk ve sorgu için azami süre öngörülmemişse de, bu işlemlerin makul sürede tamamlanmasının “derhal hakim önüne çıkarılma” prensibinin bir uzantısı olduğu ifade edilmiştir. Bu sebeple, bahsedilen olayda başvuruların, tutuklama kararı olmaksızın adliyyede hukuksuz olarak tutuldukları belirtilmiş; söz konusu bu durumun açıkça Anayasa m. 19’a aykırılık teşkil ettiği ve esastan incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Başsavcılık tarafından öne sürülen “UYAP arızası” ise, buna rağmen sevk işleminin sistem dışı yapılmasını engellemeyeceği belirtilerek meşru bir gerekçe olarak kabul edilmemiştir. Ayrıca, Mahkeme’nin tutukluluğa son verilmesi sağlanamayacağı için, gözaltı hukuka aykırı olsa dahi, elde edilecek sonuç olan tazminatın CMK m.141 yoluyla gerçekleşeceği yönündeki gerekçesi ise, bazı durumlarda ihlal kararının, mağdur için, başlı başına tatmin edici olacağı belirtilerek eleştirilmiştir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, bahsedilen örneklerde red kararı vermişse de, karşı oy gerekçeleri, ileride yapılacak başvuruların temellendirilmesi açısından önemlidir. Mahkeme’nin, Anayasal inceleme doğrultusunda temel hak ve özgürlükleri koruyucu niteliği sebebiyle, gözaltı süresinin aşılması gibi CMK hükümlerine doğrudan aykırı hareket edilen temel bir ihlalde, karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, yalnızca ihlali tespit edecek kararının sembolik olarak önemli olacağını düşünmekteyim. Ancak kararda da bahsedilen, CMK m.141’in

---

<sup>195</sup> Anayasa Mahkemesi, Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2014/14061, Karar Tarihi: 08.04.2.15, par. 64 – 72.

tutukluluğa son verilmesini sağlamadığı için makul süreyi aşan tutukluluklarla ilgili başvurular açısından etkisiz kabul edildiğine dair içtihat, değiştirilmiştir. Bu nedenle karşı oya katılmakla birlikte, Mahkeme'nin, artık CMK m.141 kapsamında girecek her başvuruda öncelikle bu yolun tüketilmesi gerektiği yönündeki değerlendirmesi sonucu, karşı oy gerekçesinin ilerleyen zamanlarda da uygulamaya geçirilemeyeceği kanaatindeyim.

AİHS m.5/3'te de yakalama gerçekleşikten sonrası için öngörülen güvenceler arasında, suç nedeniyle yakalanan kişilerin hakim önüne çıkma hakkı düzenlenmiştir. Sözleşme'de bu hususa ilişkin bir süre belirtilmemiş, kişinin hemen hakim veya yargı yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılması gerekliliğine yer verilmiştir. Burada "hemen" ile anlatılmak istenen, Mahkeme tarafından önüne gelen her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak doldurulmaktadır. Fakat genel olarak bakıldığında Mahkeme'nin, gözaltı süresinin 4 günün üzerine çıkmaması yönünde bir eğilim gösterdiği görülmektedir<sup>196</sup>. AİHM'nin "hemen" kavramına vurgu yapmasının temel sebebi, hem bireylerin özgürlüklerinden keyfi olarak yoksun bırakılmamaları hem de bu süre içerisinde gerçekleştirilebilecek olası kötü muamelenin tespitininin sağlanabilmesidir. Bu bağlamda, söz konusu hakim denetiminin otomatik olması gerektiğini belirtmekte ve kişinin, hakim kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılmasında 4 günü aşan sürelerin Sözleşme'yi ihlal ettiğini kabul etmektedir<sup>197</sup>.

Bu doğrultuda, gözaltı süresi azami 12 saat olarak belirlenmişken, başvuranların, kimlik tespiti gerekçe gösterilerek 45 dakika daha karakolda tutulduktan sonra serbest bırakılmalarının ilişkin K. ve F. - Almanya başvurusunda, AİHS m.5/1-c'nin ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir<sup>198</sup>. Her ne kadar tutuklu kişinin tahliyesi sırasında birtakım gecikmelerin kaçınılmaz olduğu Mahkeme

---

<sup>196</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 214 - 215; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 334; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 462 - 465; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 101.

<sup>197</sup> Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi - Araştırma Bölümü, Madde 5 Rehberi, 2014, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 21.04.2017, s. 24-25).

<sup>198</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. and F. v. Germany, Application No: 25629/94, 27.11.1997, par. 69 – 72.

tarafından kabul edilmekteyse de, somut olayda, mahkeme kararıyla tahliye gibi bir durum olmadığı; azami tutma süresinin kanunla düzenlendiği; görevli makamların, azami süreye uyma hususunda tüm tedbirleri almakla yükümlü oldukları belirtilmiş ve bu nedenle kimlik tespitinin, 12 saatlik süre içerisinde yapılmış olması gerektiği vurgulanmıştır. Aynı şekilde, kötü hava koşullarının, başvuranın tutulduğu adaya gidilmesini engellediği yönündeki iddia incelenirken, hakimin, yasal gözaltı süresi içerisinde, başvuranın kendisinin huzuruna getirilmesi için herhangi bir çabası olduğuna dair dosya içerisinde hiçbir veri bulunmadığı tespit edilmiştir<sup>199</sup>. Ayrıca, henüz ilk gözaltı süresi dolmamışken, hakim tarafından gözaltı süresini uzatmaya dair karar verilmesi de gözaltı süresinin makul tutulmasına ilişkin iradeyi yansıtır nitelikte olmadığı için, 7 günlük gözaltı süresinin, ulusal hukuka uygun olmakla birlikte; gerekliliğine dair koşulların ortaya konmadığı yönünde karar verilmiştir.

Gözaltına ilişkin azami süre, Brogan ve Diğerleri - Birleşik Krallık 4 gün 6 saat olarak kabul edilmişse de Mahkeme'nin, bu sürenin altında olmasına rağmen gözaltı süresinin uzunluğu sebebiyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönünde içtihadı mevcuttur: Yakalandıkları tarihte 18 yaşın altında olan başvuranların, 3 gün 9 saatin sonunda hakim karşısına çıkarılmalarına dair İpek ve Diğerleri başvurusunda, Mahkeme, 4 günlük azami sürenin mutlaka tüketilmesi gerektiği ve bu konuda devletlere açık çek veren bir süre olarak nitelendirilmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda başvuranların yaşı; gözaltı boyunca müdafie erişimlerinin olmayışı ve gözaltı boyunca yapılan tek işlemin yargıç önüne çıkarılmadan bir gün önce ifade almak olduğunu tespit eden Mahkeme, bu tutumun kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile bağdaşmadığını belirtmiştir.<sup>200</sup> Söz konusu bu kararda başvuranların yaşı vurgulanmışsa da gözaltı

---

<sup>199</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Öcalan v. Turkey, Application No: 46221/99, 12.05.2005, par. 109.

<sup>200</sup> 4 güne ilişkin azami sürenin 4 gün 6 saat olarak belirlendiği karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Brogan and Others v. United Kingdom, Application No: 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 28.11.1988, par. 61-62. Mahkeme'nin 4 günlük süre şartına uyulmasına rağmen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönündeki kararı için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İpek and Others v. Turkey, Application No: 17019/02, 30070/02, 03.02.2009, par. 36.

boyunca, 2 günün sonunda ifade almadan başka herhangi bir işlem yapılmadığına ilişkin tespit, yetişkinlere dair başvurularda da önemli olduğu ifade edilmektedir.

### 2.2.1. Gözaltında Tutulma Koşulları

Kişinin yakalanmasının ardından gözaltı kararı verilmişse, PYSK m.5 gereğince ise kişinin parmak izi alınabilmektedir. YGİY m.9, 10 ve 11 hükümleri doğrultusunda ise sağlık kontrolünden geçirilmesi, güvenlik aramasına tâbi tutulması ve bunun ardından nezarethaneye alınması gerekmektedir. Burada bahsedilen sağlık kontrolü, CMK’da düzenlenmiş olan beden muayenesi ile karıştırılmamalıdır. Zira beden muayenesi ile vücuttan doku alınması için hakim kararı gerekmektedir; sağlık kontrolü için böyle bir şart aranmamaktadır. Sağlık kontrolünün amacı, kişi yakalanırken zor kullanılmışsa bu esnada sınırın aşılıp aşılmadığının anlaşılmasıdır. Ayrıca kişinin serbest bırakılmasına, yerinin değiştirilmesine, gözaltı süresinin uzatılmasına veya adli mercilere sevk edilmesine karar verilmesi hallerinde de kişi yine sağlık kontrolünden geçirilmelidir. Buradaki amaçsa, öne sürülebilecek işkence iddialarının aydınlatılabilmesidir. Gözaltı işleminin başlangıcında alınan raporda kişi sağlıklı ise; fakat gözaltı işlemi sona erdiğinde vücudunda çeşitli izler varsa, AİHM’e göre devlet söz konusu izlerin nasıl oluşmuş olduğuna dair bir açıklama getirme yükümlülüğü altındadır. Zira, kişi gözaltı süresi boyunca tamamen devletin sorumluluğundadır<sup>201</sup>. Bu önemi sebebiyle muayene esnasında hekim ile kişinin yalnız kalmaları esastır. Bunun yanında YGİY’ye göre; soruşturma işlemlerini yürüten kolluk görevlisiyle kişiyi hekim muayenesine götürme görevlinin farklı olması öngörülerek, şüpheli açısından güvence sağlanmıştır<sup>202</sup>. Devletin yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğü doğrultusunda, böyle bir durumun önüne geçebilmek için nezarethaneye giriş esnasında kişinin üstü aranmakta ve

<sup>201</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Selmouni v. France, Application No: 25803/94, 28.07.1999, par. 87.

<sup>202</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 276.

kişi kendisine zarar vermesine yol açacak maddelerden arındırılmaktadır. Zira AİHM tarafından da belirtildiği üzere, fiziksel özgürlükten yoksun bırakılma hali, gözaltına alınan kişilerde ruhsal gerilime yol açarak kişiyi intihara sürükleyebilmektedir<sup>203</sup>. Gerçekleştirilen bu aramanın savcının gözaltına ilişkin kararı göz önüne alınarak, adli arama olduğu öne sürülmektedir<sup>204</sup>. Savcıya arama hususunda verilen yetki, ileride detaylıca inceleneceği üzere, gecikmesinde sakınca olan halleri kapsayan istisnai bir hükümdür. Bu sebeple nezarethaneye giriş sırasında yapılan aramayı, güvenlik/önleme araması olarak kabul eden görüşün yerinde olduğu kanısındayım<sup>205</sup>. CMK'nın 92. maddesine göre, nezarethanelerdeki kişilerin durumunun denetimi, Cumhuriyet savcılarının yetkisindedir. Maddenin amacına uygun uygulanması, sanık hakları ile olan doğrudan ilişkisi sebebiyle, güvenceli yargılama açısından oldukça önemlidir<sup>206</sup>.

Gözaltı koşulları CMK m.141 kapsamında bir tazminat sebebi olarak belirtilmemiştir. Ancak herhalükarda bu koşulların insanlık dışı veya onur kırıcı muamele teşkil edeceği hallerde, AİHS m.3'te düzenlenen işkence yasağının ihlali gündeme gelecektir. Anayasa Mahkemesi, kendisine bu yönde yapılan Günay Dağ ve Diğerleri başvurusunda, başvuranların savcılığa sevk edilmelerinin ardından, adliyede 30 saat boyunca, havasız, penceresiz, kalabalık ve oturulacak yer bulunmayan bölümde bekletilerek gözaltında tutulmalarının kişi dokunulmazlığı ve maddi, manevi varlığı hakkını ihlal edip etmediği yönünde inceleme yapmıştır<sup>207</sup>. Bu esnada AİHM'in de esas aldığı kriterler olan; koşullarla ilgili tüm verilerin ve özellikle muamelenin süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti ve yaşı gibi özel koşulların göz önüne alınacağı belirtilmiştir. Muamelenin insanlık dışı kabul edilmesi için, tasarlanarak uygulanması ve ruhsal ya da fiziksel acı veyahut bedensel yaralanmaya yol açması; aşağılayıcı olarak kabul edilmesi içinse, mağduru küçültecek ve rencide edecek ölçüde korku, endişe

<sup>203</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tanrıbilir v. Turkey, Application No: 21422/93, 06.11.2000, par. 74.

<sup>204</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 340 - 341.

<sup>205</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 477.

<sup>206</sup> Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku Şerhi, s. 335 - 336.

<sup>207</sup> Anayasa Mahkemesi, Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2013/1631, Karar Tarihi: 17.12.2015, par. 103 – 111.

gibi aşağılayıcı duygulara yol açması gerektiği vurgulanmıştır. Söz konusu durumlardan birinin gerçekleştiğini kabul etmek için illa muameleyi uygulayan kişinin bunu kasıtlı olarak yapması gerekmemekle birlikte, meşru bir muamele veya cezanın kendi içerisinde barındırdığı aşağılayıcı muamelenin bu kapsamda düşünülmeceği ifade edilmiştir. Mahkeme, bunları belirttikten sonra, başvuranların iddialarını ortaya koyacak kanıtları sunmamış olduklarını ve bu sebeple yalnızca beyanları doğrultusunda inceleme yapacağını belirtmiştir. Sonrasındaysa, söz konusu beyanların, yukarıda bahsedilen asgari eşiği aşmadığını ifade ederek, başvuruyu bu iddia yönünden “açıkça dayanaktan yoksun” bularak red kararı vermiştir. Gözaltında tutulma koşullarına yönelik bu iddia, her ne kadar reddedilmişse de Mahkeme'nin hangi kriterler ışığında inceleme yapacağını ortaya koyması açısından önemlidir. Keza Mahkeme, daha sonraki bir tarihte verdiği Hamidiye Aslan başvurusunda, bu açıdan ihlal bulmuştur<sup>208</sup>. Söz konusu kararda, yukarıda belirtilen ilkeler tekrar edildikten sonra, bir kişinin sağlıklı hâldeyken gözaltına alındığı ancak salıverildiği zaman vücudunda yaralanma tespit edildiği durumlarda, söz konusu yaralanmanın nasıl oluştuğu hususunda makul bir açıklama getirme ve mağdurun bu yöndeki iddialarını şüphede bırakacak kanıtları sunma yükümlülüğünün devlete ait olduğu, özellikle ilgili iddiaların doktor raporları ile doğrulandığı hâllerde Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında açık sorunların ortaya çıkacağı yönündeki AIHM kararlarına atıf yapılmıştır. Kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak derece mahkemelerinde görülen davalarda, ceza hukuku sorumluluğunun, Anayasa ve uluslararası hukuk sorumluluğundan ayrı tutulması gerektiğini; kendisinin cezai sorumluluk bağlamında suça ya da masumiyete ilişkin bir bulguya ulaşma görevi bulunmayıp yalnızca Anayasa ve AIHS'te ihlal edildiği öne sürülen haklar üzerinden ve bununla sınırlı olarak inceleme yapacağını belirtmiştir. Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin, başvuranın iddialarını haklı bulup sanıkların kötü muamelede bulduklarını belirterek hakkında mahkumiyet kararı vermekle birlikte, söz konusu hapis cezaları ile ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına

---

<sup>208</sup> Anayasa Mahkemesi, Hamidiye Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2013/2015, Karar Tarihi: 04.11.2015, par. 105 – 127.

hükmettiği vurgulanmıştır. Başvurana uygulanan eylemlerin, kişiyi itirafa zorlama gibi bir saikle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği tespit edilememekle birlikte; başvurana fiziksel ve psikolojik acı verme, direncini kırma amacı olan korku, endişe veya aşağılık duygusu oluşturuıcı nitelikte olduğunun anlaşıldığı ve dolayısıyla belirtilen genel ilkeler ışığında başvuranın maruz kaldığı kötü muamelelerin "eziyet" seviyesinde olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli düzeyde ciddi kanıt bulunduğu tespit edilmiştir. Bu bağlamda başvuranın olay tarihi itibarıyla sosyoekonomik yönden zayıf durumda olması, okuma yazma bilmeyip kendisini Türkçe konuşarak ifade edemeyen bir kadın olmasını da göz önüne alan Mahkeme, gözaltı sırasında uygulandığı tespit edilen şiddetin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçların yadsınamaz boyutta olduğuna kanaat getirmiştir. Ayrıca, başvuranın doktor raporları alınmak üzere hastaneye nakillerinde, gözetimi altında bulunduğu kolluk görevlilerinin kendisine nezaret ettiği anlaşılmalı beraber, raporları düzenleyen doktorların tanık sıfatıyla alınan beyanlarında, düzenlenen raporların özellikle ilgili kolluk görevlilerine karşı gizliliğinin sağlanması hususunda herhangi bir önlem alındığına dair bir ifade veya ipucuna rastlanmadığı; bunun da İstanbul Protokolü'ne aykırı olduğu ifade edilmiştir. Tüm bunların sonunda, AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, suçun niteliği ile verilen cezaların ağırlığının, yapılan müdahalenin orantılılığı bakımından dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu ve gerçekleştirilen müdahalenin "*demokratik bir toplum için zaruri*" olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak, işkence, eziyet ve kötü muamele niteliğindeki eylemlere müsamahalı yaklaşıldığı izlenimi verilmemesi de bu kapsamdaki fiillere ilişkin cezaların orantılılığı bakımından asgari sınırı teşkil ettiği; dolayısıyla ilk derece mahkemesince verilen 10 aylık hapis cezasının orantılı olduğundan bahsedilemeyeceği gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünde karar verilmesinin, kamu görevlilerinin deneme süresi boyunca herhangi bir suç işlememeleri durumunda söz konusu eylemler hiç gerçekleştirilmemiş gibi bir cezasızlık hali ortaya çıkacağı belirtilerek, devletin söz konusu davada başvuranın fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine

getirmediği yönünde karar verilmiştir. Bu sebeplerle, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkının maddi yönünün ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.

Kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkının maddi yönünden incelenmesinin yanı sıra, AİHM kararlarında olduğu gibi, usuli boyutu da değerlendirilmektedir. Mahkeme, yukarıda belirtilen başvuruyu incelerken, bilirkişi olarak muhakemeye katılan kişinin, başvuranın parmak izini alan ve aynı zamanda sanık sıfatıyla yargılanan kamu görevlileri ile aynı binada, hiyerarşik bir yapılanma içerisinde çalışması sebebiyle tarafsız ve bağımsızlığından bahsedilemeyeceğini; raporlar arasındaki çelişki nedeniyle görevi ihmal suçunu işlemiş olabileceği düşünülen doktor hakkında herhangi bir işlem başlatılmaması ve de yargılamanın 11 yıl 20 gün gibi oldukça uzun bir süre boyunca tamamlanamaması nedenleriyle, maddi yönünün yanında, usuli yönünün de ihlal edildiğine karar verilmiştir. Yine bu doğrultuda gerçekleştirilen Tahir Gökatalay başvurusunda, başvuranın gerek yakalama gerekse gözaltı evresinde polislerce darp edildiğini ve gözaltı başlangıç raporunda bunun yer aldığını; ancak gözaltı çıkış raporunda darp izine rastlanmadığının belirtildiği ve polis memurlarına karşı cezai takibat yürütülmesi için şikayette bulunup kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi incelemiştir<sup>209</sup>. Bu başvuruda, kişinin kontrol altına alınması evresinde güç kullanılmasının mümkün olduğunu; fakat bu gücün orantılı olup olmadığı yönünden inceleme yapılması gerektiğini; eğer kişi halihazırda kontrol altına alınmışsa, güç uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir. Somut olay bakımından, başvuranın gözaltı giriş ve çıkış raporları arasında çelişki olduğu; başvuranın iddialarına ilişkin inceleme yapılabilmesi için öncelikle bu çelişkinin giderilmesi gerekirken, ilk derece mahkemesince böyle bir araştırma yapılmaksızın kovuşturmaya yer olmadığı yönünde karar verildiği vurgulanmıştır. Bu çelişki çözülüp, başvuranın yaralandığı anlaşılırsa, yaralamaya yol açabilecek fiillerin neler olduğu; yaralanmanın kontrol altına alınmasından önce mi sonra mı gerçekleştiği; sonraysa bu fiillerin somut olaydaki direnç ile orantılılığına dair inceleme yapıp bir sonuca varılması gerekirken; daha ilk aşamadaki çelişkinin

---

<sup>209</sup> Anayasa Mahkemesi, Tahir Gökatalay Başvurusu, Başvuru No: 2013/5605, Karar Tarihi: 30.03.2016, par. 75 – 83.

giderilmesi hususunda herhangi bir girişimde bulunulmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca, başvuranın öne sürdüğü iddialar göz önüne alınarak karakoldaki kamera kayıtlarının çıkarılmadığı, başvuranın Cumhuriyet savcısının önüne hiç çıkarılmaksızın ertesi gün serbest bırakıldığına dair ifadelerinin de dikkate alınarak araştırılmadığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda, etkili bir soruşturmanın mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğü hakkının usuli boyutunun ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, bu yöndeki kararlarının, AİHM içtihatları ile uyumlu olduğu gözlemlenmektedir. Zira AİHM de, gözaltında kötü muamele iddiaları ile ilgili yaptığı değerlendirmede, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği üzere, öncelikle, kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına dahil olabilmesi için, bir asgari ciddiyet barındırması gerektiğini belirtmekte ve bu asgariliğe ilişkin kanaate varmanın, başvuranın yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, muamelenin süresi, fiziksel veya psikolojik etkileri gibi olayın kendine özgü birtakım koşulları doğrultusunda gerçekleştirileceğini ifade etmektedir. Ancak, özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişiye karşı, gerekmediği halde güç kullanılması, insan onuruna aykırılık teşkil etmekte ve ilkesel olarak Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı düşmektedir. Bu bağlamda, tamamıyla polis kontrolünde olan kişinin gözaltında tutulduğu esnada meydana gelen her türlü yaralanmalarının, ciddi kuşuklara yol açtığı hatırlatılmaktadır. Böyle bir durumda, bu iddiaları çürütecek makul bir açıklama getirme görevi devletin üzerinde olmaktadır.

AİHM, kötü muameleyle ilişkin benimsediği prensipleri ortaya koyduktan sonra, bunları somut başvuru bazında değerlendirmektedir. Buna göre incelenen Mehmet Ali Okur - Türkiye başvurusunda kişide doktor raporuyla desteklenen yaralanmaların, gözaltına alınmanın öncesinde mevcut olmadığı hususunda hemfikir olduğu belirtilmiştir<sup>210</sup>. Hükümet tarafından, söz konusu yaralanmaların kişinin, kendi davranışları sonucu oluştuğunun iddia edilmesi karşısında, AİHM, öncelikle, kişinin hangi koşullarda kendi bedeni üzerinde bu

---

<sup>210</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mehmet Ali Okur v. Turkey, Application No: 31869/06, Karar Tarihi: 17.01.2012.

şekilde yaralanmalara yol açtığına dair kısa da olsa herhangi bir açıklama getirilmediğini belirtmiştir. Aynı zamanda, mevcut tıbbi rapora dair ciddi kuşkular olduğu; zira, iki polis memurunun, muayene esnasında başvuranın yanında bulunduğu vurgulanmıştır. Her ne kadar ifadesi alınan doktor, başvuranın yerel mafya lideri olarak bilinen biri olması sebebiyle, polislerin orada bulunmasını kendisinin istediğini belirtmişse de AİHM, somut olay bazında kişinin, doktor için risk teşkil ettiğinin söylenemeyeceğini hatta doktor tarafından düzenlenen raporda, kişinin güçlük çıkarmadığının da anlaşıldığı ifade edilmiştir. Kötü muamelenin tespiti için oldukça önemli olan doktor muayenesi ve raporunun, polisler eşliğinde yapılabileceği istisnai koşulların söz konusu olması durumunda, buna ilişkin ayrıntılı bir rapor tutulması usulünün, İstanbul Protokolü'nde benimsendiği; aynı zamanda YGİAY'e göre de bu nitelikte bir tutanak tutulması gerektiği; ancak olayda bu nitelikte bir belgenin mevcut olmadığı tespit edilmiştir. Üstelik, kişinin sırtında meydana gelen yaralanmaların gözaltında meydana geldiğinin raporlardan anlaşıldığı; bu yaraların, konumu itibarıyla, kişinin kendisinin davranışları sonucu meydana geldiği açıklamasındansa, başvuranın iddia ettiği üzere, aldığı darbeler sonucu oluştuğunun kabulünün, makul olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, gerek başvuranın gerekse eşinin kötü muamele iddialarında buldukları; başvuranın polis eşliğinde gerçekleştirilen muayenede bunu dile getirmemesinin olumsuz olarak değerlendirilemeyeceği, zira polislerin mevcudiyetinin caydırıcı etkiye sahip olduğu; adli tıp kurumunca travma sonrası stres teşhisi konulmamasının tek başına, kötü muameleyle ilişkin iddiaları çürütemeyeceği ve tüm bunlara karşı, Hükümet tarafından makul bir açıklama getirilemediği belirtilerek, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Ayrıca, bu şekildeki iddiaların, sorumluların kimliklerinin belirlenebilmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak, resmi ve etkili bir soruşturma yürütmesi gerektiği belirtilmiştir. Aksi halde, kötü muameleyle ilişkin yasakların, pratikte etkisi kalacağı vurgulanmıştır. Burada önemli olanın, kişinin yaralanmalarının sebeplerinin ya da sorumlularının ortaya çıkarılacağı bir soruşturmanın gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmektedir. Somut başvurudaysa,

başvuranın kötü muamele iddialarının yeterli oranda ciddiye alınmadığı, başvuranın, polisler eşliğinde alınan tıbbi rapora ilişkin itirazlarına da önem verilmediği ve takipsizliğe ilişkin kararın oldukça hızlı verildiği; tüm bu nedenlerle, Sözleşme'nin 3. maddesinin usulü yükümlülüklerine de uyulmadığı belirtilmiştir.

### **2.2.2. Gözaltı Kararının Hukukiliğinin Değerlendirilmesi**

Gözaltına alma, CMK m.91/2'e göre, ancak soruşturma yönünden zorunlu olması ve kişinin suç işlediğini düşündürecek somut delillerin varlığı halinde mümkündür. Soruşturma yönünden zorunlu olup olmama kavramı ile ölçülülük ilkesinin alt kriterlerinden biri olan orantılılık unsurunun somut olayda uygulanması sağlanmaktadır. Bu bağlamda, tutuklama ya da adli kontrole başvurmayı gerektirir bir hal yoksa, gözaltı kararına da gerek olmadığı ifade edilmektedir<sup>211</sup>. 2014 yılında yapılan değişiklik sonucu emare kavramı yerine somut delillerin varlığının aranmaya başlamasıyla başlangıç şüphesinin ötesine geçilerek, makul şüphe kriterinin dikkate alındığı görülmektedir. Bu şekilde gözaltına alma için gerekli objektif şartlar ortaya konulmuştur. Bu iki kriterin irdelenmesi sonucunda, gözaltı işleminin hukuka uygunluğu anlaşılacak ve gerekirse tazminat talebinde bulunulabilecektir<sup>212</sup>.

Anayasa Mahkemesi, başvuranların avukat olduğu Günay Dağ ve Diğerleri başvurusunda, ifadelerinin yalnızca Cumhuriyet savcısı tarafından alınabileceği ve bu sebeple haklarında verilen gözaltı kararının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir<sup>213</sup>. Mahkeme, söz konusu iddianın CMK m. 141 gereği incelenebilmesi için, ilk derece mahkemesinde görülen davanın sonuçlanmasının beklenmesi gerekmediğini ifade eden Yargıtay kararına atıf yapmıştır. Ardından, gözaltının hukuka aykırılığının tazminat yoluyla tespitinin mümkün olduğunu; ancak bu tespitin başvuranların mevcut tutukluluk hallerinin sona ermesi

<sup>211</sup> Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 125.

<sup>212</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 328.

<sup>213</sup> Anayasa Mahkemesi, Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2013/1631, Karar Tarihi: 17.12.2015, par. 141 – 150.

yönünden herhangi bir etkisi olmayacağını belirtmiştir. Tüm bu sebeplerle, CMK m. 141’de yer alan yolun, etkili olduğunu kabul etmiş ve öncelikle tüketilmesi gerektiğini ifade ederek başvuruyu söz konusu iddia açısından “bireysel başvurunun ikincil niteliği” ile bağdaşmadığı için “başvuru yollarının tüketilmemiş olması” sebebiyle reddetmiştir.

Ancak karara ilişkin hazırlanan karşı oy gerekçesinde, bu bakış açısının katı olduğu ve şeklen doğru olmakla birlikte pratikte, başvuruların tatminini sağlayacak bir hukuk yolu olmadığı belirtilmiştir. Her ne kadar Yargıtay tarafından tazminat kararı verilmekteyse de, bu kararların etkili olup olmadığının henüz Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmediği vurgulanmıştır. Söz konusu kurala uyulup uyulmadığı incelenirken, özellikle, hukuk sistemindeki biçimsel kurallardansa; bu kuralların işlerlik kazandıkları bağlam ile başvuranın bireysel durumunun da göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda; avukat olan başvuruların gözaltına alınmasının hukuka aykırılık açısından teşkil ettiği önem göz önüne alınarak, esas incelemesine girilmesi gerekirken; etkililiği henüz belirlenmemiş bir hukuk yoluna atıf yapılarak iddianın reddedilmesi, eleştirilmiştir. Kişilerin, hala tutuklu oldukları göz önüne alındığında, yakalama ile başlayan bu sürecin bir bütün olarak ele alınıp incelenmesi gerektiği öne sürülmüştür. Gerçekten de başvuruların avukat olmaları da gözetildiğinde, salt ihlalin tespitine dair verilecek kararın, sembolik olarak önem arz edeceğini düşünmekteyim. Üstelik bu dönemde Anayasa Mahkemesi’nin, tutukluluk süresinin makul olmadığına dair başvuruları incelerken, CMK m.141’i bu başvurular açısından etkisiz kabul ettiği; bu nedenle koruma tedbirlerine ilişkin her başvuruda, öncelikle bu yolun tüketilmesini şart koşmadığı için, karşı oy yazısında belirtildiği üzere bir inceleme yapılmasının mümkün olduğu hatırlatılmalıdır.

AİHM ise bir gözaltının meşru olabilmesi için, amacının, Sözleşme metnine yer aldığı üzere “yetkili mercilerin önüne çıkarmak” olması gerektiğini kabul etmektedir; ancak, bunun her somut olayda eylemsel olarak gerçekleştirilmesini şart koşmamaktadır. Mahkeme’ye göre, başvuruların, haklarında henüz bir suç isnadında bulunulmadan ya da bir mahkeme önüne

getirilmeden salıverilmeleri mümkündür. Zira, bu evrede gereken deliller elde edilememiş olabilir veya şüphelenilen suçların niteliği gereği, başkalarının hayatını tehlikeye sokmaksızın söz konusu deliller mahkemeye sunulamıyor olabilmektedir. Bu nedenle Mahkeme, bir tutmanın Sözleşme'ye uygun bir biçimde, "yetkili mercilerin önüne çıkarmak maksadı"yla yapılıp yapılmadığını incelerken, soruşturmanın iyi niyetle yapılıp yapılmadığı ile başvuruların tutulmaları yoluyla, şüpheyi güçlendirmek ya da çürütmek için soruşturmayı derinleştirme amacı güdülüp güdülmediğini değerlendirmektedir<sup>214</sup>.

Ayrıca, Mahkeme, gözaltına dair kayıtların, gözaltına alınan kişi, gözaltı tarihi ve yeri, gözaltı sebepleri ile gözaltına alan kişilerin isimlerini içerir nitelikte tutulmasına oldukça önem vermektedir. Buna uyulmayan hallerde, Sözleşme'nin 5. maddesi ile düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına keyfi bir biçimde müdahale edildiği ve hakkın kapsamındaki tüm güvencelerin reddedildiği; bunun da, AİHS m.5'in ağır bir ihlali anlamına geldiği sonucuna varmaktadır. Zira, böyle bir durumda, kişinin gözaltında kaybedilmesi ve faili meçhul cinayetlere kapı aralanmaktadır<sup>215</sup>.

AİHM tarafından incelenen ve gözaltının meşru olmadığı öne sürülen Karagöz - Türkiye başvurusunda bireyler, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi doğrultusunda, 10'ar günlük süreler boyunca, hakim kararı ile sorgulanmak üzere Jandarma Komutanlığı'na gönderilmektedir<sup>216</sup>. Başvuran, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'ne dayanılarak, kanuni gözaltı süresinin dolmasının ardından hakkında tutuklama kararı verilmesine rağmen, bu kararın hemen sonrasında, yaklaşık 40 gün boyunca, sorgulanmak üzere Jandarma Komutanlığı'na sevk edilerek, jandarma erlerinin insafına terk edildiğini öne sürmektedir. Hükümetse, bunun yürürlükteki mevzuata uygun olduğunu ve klasik gözaltı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. AİHM, tutukluluk halinin

---

<sup>214</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Brogan and Others v. United Kingdom, Application No: 11209/84, 29.11.1988, par. 49 – 54.

<sup>215</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çakıcı v. Turkey, Application No: 23657/94, 08.07.1999, par. 104 – 105.

<sup>216</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Karagöz v. Turkey, Application No: 78027/01, 08.11.2005, par. 52 – 60.

meşruluğuna dair her türlü kişi özgürlüğü kısıtlamasının, madde metninde belirtildiği üzere, keyfiyete varmayacak nitelikte olması gerektiğini; terörle mücadeleye ilişkin özel koşulların da, yetkililere, her türlü denetimden uzak bir şekilde şüphelileri yakalama ve gözaltına alma yetkisi vermeyeceğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, kişinin, jandarmada geçirdiği evrenin, gözaltı durumuna benzer koşullar taşıdığını ve kişiyi, etkili adli denetim kapsamından çıkardığını; cezaevindeki bir tutuklunun, sorgulanmak üzere jandarmaya teslim edilmesinin, kanuni gözaltı sürelerine ilişkin mevzuattan kaçmak anlamına geldiğini ve olay bazında, 40 güne yakın olan bu sürenin, belirgin bir gerekçe olmaksızın uzatıldığını ifade etmiştir. Tüm bunlarında sonucunda, söz konusu uygulamanın, AİHS m.5/1-c'de yer alan meşru tutulmaya aykırı olduğu kararına varılmıştır.

PVSK'da da yer alan kimliğin gösterilmemesi sebebiyle gözaltı işlemi uygulanmasına dair Vasileva - Danimarka başvurusu, Mahkeme tarafından incelenmiştir<sup>217</sup>. Söz konusu başvuruda, başvuran, polise kimliğini açıklamaması sebebiyle 13.5 saat gözaltında tutularak özgürlüğünden yoksun bırakılmıştır. Bu kararda Mahkeme, öncelikle, söz konusu eylemin, Danimarka kanunu ile uyumlu olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, buradaki tutulmanın bir suç şüphesi ya da mahkeme kararından değil; kişinin, hukuken öngörölmüş bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlama amacından kaynaklandığını ve bunun da AİHS m.5/1-b kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu Sözleşme hükmünün amacının bireyi cezalandırmak değil; yalnızca yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak olduğu ve yükümlülük yerine getirildiğinde, tutmanın, temelli olarak sona ereceği hatırlatılmıştır. Bu doğrultuda, yükümlülüğün amacı ve niteliği; gözaltına tutulan kişinin profili; gözaltına tutulmaya sebep olan şartlar ile gözaltı süresi incelenmiştir. Mahkeme, polisin görevini gereği gibi yapabilmesi için kimlik tespitine ihtiyaç duyduğunu ve somut olayda, kişinin, yolculuk için geçerli bir tren bileti olup olmadığına dair bileti kontrol eden kişi ile girdiği bir tartışma sonucu polisin çağrıldığını tespit etmiştir. Ancak kişinin 65 yaşında

---

<sup>217</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Vasileva v. Denmark, Application No: 52792/99, 25.09.2003, par. 34 – 41.

olduğu ve polislerce de tutulan tutanakta 60'lı yaşlarda olduğunun gözlemlendiğine dair ifadenin yer almasına rağmen; başvuranın uyku ihtiyacı öne sürülerek 13.5 saat boyunca kimliğini tespit için herhangi bir çaba gösterilmediği gibi bireyin doktora da götürülmediği vurgulanmış ve bu nedenle, para cezası öngörülen küçük nitelikteki bir suç için bu kadar uzun süre gözaltında tutulmanın orantısız olduğunu belirlemiştir.

Yakalama sebebinin ortadan kalkması ya da gözaltına almayı gerektirecek nedenin tespit edilmemesi halinde, kişi Cumhuriyet savcısı kararıyla serbest bırakılabilecektir. Aksi halde, gerek yakalama gerekse gözaltı ve bunun uzatılması işlemlerine karşı yakalanan, müdaafii, kanuni temsilcisi, eşi, birinci veya ikinci derece kan hısmı sulh ceza hakimine başvurabilmektedir. Doktrinde, kanun yolunun yargılama makamınca verilen kararlara karşı yapılan bir başvuru olması nedeniyle, savcı kararına karşı gerçekleştirilen söz konusu başvuruyu bir kanun yolu olarak nitelendirmenin yanlış olacağı belirtilmiştir. Bu sebeple “hukuki çare” ifadesi kullanılmaktadır<sup>218</sup>. Başvuru üzerine ise sulh ceza hakimi, CMK m.91/5 hükümleri doğrultusunda, en geç 24 saat içerisinde inceleme yaparak karar vermelidir. Hakim, gözaltının soruşturma yönünden zorunlu olduğuna veya kişinin suç işlediğini düşündürecek somut delillerin mevcut olduğu kanısına varırsa başvuruyu reddedebileceği gibi; yakalananın serbest bırakılmak üzere derhal savcılıkta hazır bulundurulmasına karar verebilir. İtiraz mekanizmasının iyi işlememesi durumunda AİHS m.5/4'te özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin bu işlemin hukuka uygunluğu ile ilgili ve şayet hukuka aykırılık varsa tutulmanın sona erdirilmesi için mahkemeye başvuru yapabilmesini düzenleyen hükme aykırı davranılmış olacaktır. Gözaltı süresinin üst sınırının dolması halindeyse, hakim kararı olmadığı müddetçe kişi özgürlüğünden yoksun bırakılamayacaktır. AİHS ve MSHS doğrultusunda, CMK m.91/7'de de yer alan bu hüküm önemlidir. Zira, Anayasal bir hak olan “habeas corpus” yani hakim kararı olmaksızın özgürlüğü kısıtlanan kişinin durumunun hakim tarafından incelenmesi hakkına ilişkindir. Gözaltı sürelerinin kısa tutulmasının bir nedeni, de, kişilerin hakim kararı

---

<sup>218</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi, Hukuku, s.280.

olmaksızın özgürlüklerinin kısıtlanmasını mümkün olduğunca kısa tutmaktır. Bu bağlamda yakalananın gözaltında tutulma süresinin kısıllığı ya da uzunluğu, o ülkenin hukuk sisteminin kişi hak ve özgürlüklerine verdiği değeri ortaya koymaktadır<sup>219</sup>. Sürenin dolması sonucunda kişi, hakim karşısına çıkarılıp sorgu işlemi gerçekleştirirken müdafii de hazır bulunmalıdır. Bu husus, kanunda yer alan zorunlu müdafii hallerinden biridir<sup>220</sup>. Sorgu esnasında kişinin müdafii yoksa, sorgu hukuka aykırı hale gelecek ve muhakemede kullanılamayacaktır<sup>221</sup>. Şayet gözaltı kararı sonrasında, kolluk ya da savcılık tarafından alınan ifadeler sırasında müdafii hazır bulunmamışsa, CMK m. 148/4'ün sonucu olarak söz konusu ifade, kişi tarafından hakim ya da mahkeme huzurunda ikrar edilmediği müddetçe, hükme esas alınmamaktadır. CMK m.147/1-f gereğiyle, ifade esnasında, kişinin lehe olan delilleri ileri sürme hakkı mevcuttur. Anayasa Mahkemesi, bireylerin, gözaltı süresince kendileri bilinçli olarak tercih etmedikleri müddetçe, müdafii yardımı olmaksızın alınan ifadelerinin geçerli kabul edilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğuna karar vermiştir<sup>222</sup>. Bu doğrultuda, başvuranın, gözaltında tutulduğu süre boyunca müdafiiye erişimi olmaksızın alınan ifadelerinin, mahkumiyet kararına dayanak yapılması ile ilgili incelediği Burhanettin Yalçın başvurusunda, suçlamanın niteliği ve cezanın ağırlığı ile gözaltı sonrası savunma ve beyanları dikkate alındığında, başvuran, gözaltı süresi boyunca bilinçli ve anlayışlı bir biçimde avukat yardımı istemeyerek ifade vermeyi kabul ettiği olgusunun, her türlü şüpheden uzak görünmediğini ve de başvuran bu vazgeçmenin sonuçlarını makul olarak öngörebildiğinin somut olarak ortaya konulmadığını belirtmiştir. Başvuranın, daha sonra kabul etmediği bu ifadesi, ilk derece mahkemesi tarafından geçerli olarak ele alındığı için, başvuranın daha sonra avukata erişiminin sağlanmasının, savunma hakkına

<sup>219</sup> Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s. 333 - 334; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 355.

<sup>220</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 331.

<sup>221</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 216; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 465.

<sup>222</sup> Anayasa Mahkemesi, Burhanettin Yalçın Başvurusu, Başvuru No: 2013/2578, Karar Tarihi: 08.09.2015, par. 60 - 73; Sami Özbil Başvurusu, Başvuru No: 2012/543, Karar Tarihi: 15.10.2014, par. 64 - 76.

verilmiş olan zararı gidermeye yetmediğini; başvuranın müdafî yardımı olmaksızın verdiği ifadeyi inkar edişinin dikkate alınması için, işkence gibi bir iddianın ayrıca yer alması gerekmediği vurgulanarak, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu, AİHM kararları ile de uyumludur. Zira, başvuranın, gözaltına alındığı ilk 48 saatlik süre içerisinde müdafî ile görüşürülmemesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair başvuruda öncelikle, adil yargılanma hakkının, bu hakka dair hükümlere aykırı davranılmasının, yargılamanın adilliğine verdiği zararın ciddiyeti ölçüsünde, başlangıç aşaması ile de ilgili olduğu yönündeki içtihadı hatırlatmıştır<sup>223</sup>. Bunun ardından, ceza davasında etkili olacak olan polis sorgusunun ilk aşamasında, bireyin müdafîye erişiminin kısıtlanmasının, ancak sağlam gerekçelerle mümkün olduğunu ve bu durumda da bireyi, muhakemenin bütünü içerisinde adil bir yargılamadan yoksun bırakıyorsa, Sözleşme'nin ihlaline yol açacağı belirtilmiştir. Her ne kadar başvuran, susma hakkını kullanmış ve ulusal makamlar önünde bu kısıtlamaya karşı çıkmamış ve Mahkemece, hukuka aykırı bir müdafîye erişimin kısıtlanması durumunun mevcudiyetini düşündürecek olgular yoksa da; Mahkeme, müdafîye erişimin hukuka uygun kısıtlandığı hallerde dahi bireyin adil yargılanmasına engel olabileceğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, polis sorgusunun ilk aşamasında müdafîye erişimi kısıtlanan şüphelinin, susma hakkını kullanmak isteyebileceği; ancak, ileride yargı makamlarının buna olumsuz bir anlam yükleme ihtimalinden korkabileceğini tespit etmiştir. Şayet birey, bu nedenle susma hakkını kullanmazsa, savunmasına zarar verebilecektir. Böyle bir durumda, savunma hakkının geri dönülemez bir biçimde zarar göreceğini ifade eden Mahkeme, 48 saatliğine de olsa, hangi

---

<sup>223</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Murray v. United Kingdom, Application No: 18731/91, 08.02.1996, par. 62 - 68. Başvuranın avukata erişiminin bulunmadığı ilk 24 saatlik gözaltı süresince, kendisini suçlayıcı itiraflarda bulunmaması ve de başvuran tarafından verilen ifade ile bunda yer alan eksikliklerin, muhakemenin ilerleyen aşamalarında, Murray başvurusunun aksine, olumsuz değerlendirilmemesi sebebiyle; adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilmemiştir. Bu esnada, başvuranın ihlale ilişkin iddialarının, avukata erişiminin kısıtlanmasının, kendisini susma hakkını kullanmak ya da sorguya katılma arasında bir seçim yapmaya zorlamaya değil; bu evrede verdiği ifadenin kendisini suçlayıcılığına ilişkin olması da göz önüne alınmıştır. bkz. Brennan v. United Kingdom, Application No: 39846/98, 16.10.2001, par. 48.

gerekçeye dayanılırsa dayanılsın, avukatla görüşmenin engellenmesinin, muhakemenin adil bir şekilde ilerlemesini engelleyeceğini belirtmiştir. Başvuranın, avukatla görüşmesinin ardından susma hakkını kullanmaya devam ederek kendi lehine tanık da dinletmemesi, Hükümet tarafından, avukata erişimin kısıtlanması gerçekleştirilmeseydi dahi, başvuranın savunma stratejisinin değişmeyeceği yönünde öne sürülmüştür. Buna karşılık, Mahkeme, görevinin belirli ihtimaller üzerinden spekülasyonlarda bulunmak olmadığını, avukatla görüşmenin engellenmesinin, doğrudan bir etki yaptığını belirtmiş; bu sebeple AİHS m.6/1'in, m.6/3-c ile ilişkili olarak ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Yine başvuranın, müdafiyeye erişiminin kısıtlandığı sürede polis tarafından alınan ifadesinin, kovuşturma aşamasında, mevcut delilleri destekleyici olarak kullanılması, Mahkeme tarafından adil yargılanma hakkını ihlal eder olarak değerlendirilmiştir<sup>224</sup>. Bu yöndeki Salduz - Türkiye başvurusunda, başvuranın, 18 yaşının altındayken böyle bir durumla karşılaşması ve Hükümetin, söz konusu müdafiyeye erişim kısıtlamasının kanun metninden kaynaklanan sistematik bir kısıtlama olması dışında bir sebep öne sürmemesi de göz önüne alınmıştır. Ayrıca, susma hakkı hatırlatılan başvuranın, bunu kullanmamasının zımnî feragat sayılamayacağı; zira, adil yargılanma güvencelerinden kişinin kendi iradesiyle feragat ettiğinin varsayılabilmesi için, bunun açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde yapılması gerektiği ile yine de asgari birtakım koruyucular eşliğinde gerçekleştirilmesi şartı vurgulanmıştır.

Sorgu sonunda hakim, kişinin serbest bırakılmasına, adli kontrole tâbi tutulmasına veya tutuklanmasına karar verebilmektedir. Bu ihtimallerin sonucunda kişi serbest bırakılırsa, yakalanmasına yol açan eyleme dair yeni ve yeterli bir delil elde edilmediği ve Cumhuriyet savcısı kararı olmadığı müddetçe aynı nedenle gözaltına alınmaz. Doktrinde “yeniden yakalama yasağı” olarak da ifade edilen bu hükümde delilin yeterliliğinden kastedilen, kamu davası açacak nitelikte olma değildir. Yakalama yapılmasını gerektirecek ya da suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe uyandıracak nitelikte olması yeterlidir; fakat bu ihtimalde

---

<sup>224</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Salduz v. Turkey, Application No: 36391/02, 27.11.2008, par. 56 – 60.

kolluğun yakalama işlemini gerçekleştirebilmesi için savcı kararı gerekmektedir. Böylece bireylerin aynı olay nedeniyle birkaç kere gözaltına alınması yoluyla, kanunda öngörülen üst süre sınırının dolaylı biçimde aşılması engellenmektedir<sup>225</sup>. Kolluk; “dürüst işlem ilkesi”ne uygun hareket etmeli ve kişi serbest bırakıldıktan çok kısa süre sonra, temeli olmayan farklı bir suçta öne sürerek kişi hakkında tekrar ya da bilgi almak amaçlı yakalama gerçekleştirmemelidir<sup>226</sup>.

### 2.3. Tutuklama

Tutuklama, bireyin özgürlüğünün kendisi henüz kesin bir hükümle mahkum olmadan hakim kararıyla geçici olarak sınırlanmasıdır<sup>227</sup>. Böyle ağır bir tedbir olması sebebiyle tarihte önemli yeri olan bildirelerin hepsinde kişilerin keyfi olarak özgürlüklerinin kısıtlanmasının önüne geçilmesine ilişkin hüküm bulunmaktadır. 1215 tarihli Magna Carta Libertatum’da “hür bir kişi, eşitlerinin yasal bir hükmü ya da ülke yasası olmaksızın tutuklanamaz ya da hapsedilemez” denerek ifade edilen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlanması hususu, günümüzde hem anayasalarda hem de AİHS, MSHS gibi uluslararası sözleşmelerde sıkı şartlara tâbi tutulmuştur<sup>228</sup>. Sözleşme’nin 5. maddesine göre öncelikle keyiflikten koruyacak nitelikte bir kanuni düzenleme bulunmalıdır. Ayrıca tutuklamanın amacı; söz konusu bu yasadaki kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi olmalı, bunun sonucu olarak da ilgili yükümlülük gerçekleştirildiğinde alıkoyma ortadan kaldırılmalıdır ki tedbir cezalandırıcı boyuta ulaşmasın<sup>229</sup>. Uygulamada yaşanan sorunların da esasen bu

---

<sup>225</sup> Ezgi Kızılkaya, Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, El Koyma, Gözaltı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010 (89), s. 534.

<sup>226</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.332; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s.229; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 319; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 316.

<sup>227</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 293.

<sup>228</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 329; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 217.

<sup>229</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 495.

husus göz önünde bulundurulmayarak, tutuklamaya amacını aşan fonksiyonlar yüklenmesinden kaynaklandığı belirtilmektedir<sup>230</sup>.

Şüphelinin muhakeme esnasında hazır bulunması ve bunun sonucunda muhakeme tamamlandığında verilecek kararın uygulanmasını sağlamak ile delillerin kaybolmasını hedefleyen tutuklama, doğurduğu ağır sonuçlar nedeniyle CMK'da yalnızca hakim kararıyla verilebilen bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Soruşturma evresinde bu karar, savcı istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından verilmekteyken; kovuşturma aşamasında yargılamanın yapıldığı mahkemece savcının istemi üzerine ya da re'sen karar verilebilmektedir. Yargıtay ise, tutuklama kararı verememekte; fakat tutukluluğun kaldırılmasına ilişkin karar verebilmektedir. Nitekim tahliye isteminde bulunulan hallerde, inceleme sırası gelmeyen dosyanın yalnızca tahliye talebi yönünden incelendiği Yargıtay kararları mevcuttur<sup>231</sup>. Yargıtay'ın tutuklama kararı verememesinin sebebi, kendisinin bir denetim makamı olması ve bu hususta karar vermeye yetkili merciin, yargılamayı başından itibaren bizzat yürütmüş olan yerel mahkeme olmasındandır. Bunun yanı sıra, esas olan tutuksuz yargılamadır ve Yargıtay tarafından verilecek tutukluluk kararı, tutukluluğa son verme kararının aksine, kişinin aleyhine bir durum yaratacaktır. Aleyhe bozma yasağının bir uzantısı olan bu durum, bireylerin, hak arama özgürlüklerini etkin bir biçimde kullanabilmelerini amaçlamaktadır. Zira, birey, bir üst merciye başvurması halinde, pozisyonunun daha kötü olabileceğini düşündüğü müddetçe, bu başvuruyu yapmaktan çekinecektir. Ceza muhakemesi kanununda, kıyasın kabul edildiği düşünüldüğünde, cezai yaptırım açısından geçerli olan aleyhe bozma yasağı prensibinin, temel hak ve özgürlükler üzerinde ağır sonuçlar doğuran koruma tedbirleri açısından da geçerli olması gerekmektedir<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 294.

<sup>231</sup> Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 01.05.2006, Esas No: 2005/3139, Karar No: 2006/79, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

<sup>232</sup> Veli Özer Özbek/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio In Peius) Yasağına İlişkin -Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla- Genel Bir Değerlendirme, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı 2014, İzmir, 2015, s. 3776 - 3780.

Tutuklama; cezaevinin zorlayıcı etkisinden istifade ederek soruşturmayı kolaylaştırmak gibi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında bir baskı aracı olarak kullanılmamalıdır. Kanunda belirtilen sebepler dışında bir gerekçeyle tutuklamaya karar verilmesi halinde işlem, hukuka aykırı hale gelecektir<sup>233</sup>. Ayrıca tutuklama şartları gerçekleşmiş olsa dahi, tedbire başvurulması zorunlu değildir. Aslolan tutuksuz yargılamadır<sup>234</sup>. Bu durum kanunda da “... tutuklama kararı verilebilir.” ifadesiyle ortaya konmaktadır. Kişi hakkında bir hüküm verilmediği sürece masumiyet karinesi esastır. Bu nedenle tutukluluğun infazına ilişkin kurallar, hükümlülüğün infazından farklılık göstermektedir<sup>235</sup>. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak tutuklama bir ceza ya da cezanın hükümden önce infazı biçiminde uygulanmamalıdır<sup>236</sup>.

### 2.3.1. Tutuklama İçin Aranılan Maddi Şartlar

Kanunda tutuklama için maddi ve şekli bazı şartlar öngörülmüştür. Öncelikle, makul şüphenin de ötesinde, kuvvetli suç şüphesinin varlığı aranmaktadır. Tutuklamanın oldukça ağır bir tedbir olması sebebiyle kanun koyucu, yeterli şüphenin varlığı halinde kovuşturma evresine geçilebileceğini belirtirken; tutuklama için kuvvetli şüphenin varlığını aramaktadır. Bu sebeple tutuklama halinde, iddianame de gecikmeksizin düzenlenmelidir<sup>237</sup>. Kuvvetli suç şüphesi ise mahkumiyete ilişkin kesin delil olmamakla birlikte; soruşturmada elde

<sup>233</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 496 - 497 ve orada dn: 89’da anılan Löwe-Rosenberg/Hilger, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz ile dn: 90’da anılan Haller/Conzen, Das Strafverfahren; Öztürk (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.469.

<sup>234</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 330; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 294; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 218; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 141.

<sup>235</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 286; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 358; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 320.

<sup>236</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 499; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 356; Koparan, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 65, Ankara 2006, s. 154.

<sup>237</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 330; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 472.

edilen somut vaka ve delillere dayanarak, kovuşturma sonunda sanığın mahkumiyet ihtimalinin yüksek olduğuna ve failin suç işlediğine delalet eden şüphedir<sup>238</sup>. Bahsedilen bu şüphe, tutuklamanın talep edildiği ya da tutuklamaya karar verildiği anda mevcut olup, tedbir devam ettiği müddetçe mevcut olmalıdır<sup>239</sup>. Kuvvetli şüphenin yanında, kaçma veya delilleri karartma olarak belirtilen tutuklama nedenlerinden biri mevcut olmalıdır. Kaçma; muhakemeyi sonuçsuz bırakmak amacıyla kasıtlı olarak yurtdışına kaçma olabileceği gibi, yurtiçinde bulunamayacağı bir yere gizlenme de olabilmektedir<sup>240</sup>. Fakat salt şüpheli ya da sanığa isnat edilen suçun cezasının ağırlığı, kaçma şüphesine ilişkin bir karine olarak kabul edilemez<sup>241</sup>. Kaçmaya ilişkin şüphe, tahminin ötesine geçerek belirli olgulara dayanmalıdır. Uçak bileti alma, pasaport alma, tüm banka hesaplarını kapama, aboneliklerini sona erdirme, sahte isim kullanma gibi somut olguların; kişinin yaşamı, sağlık durumu, mesleği, ailevi ve ekonomik durumu benzeri ölçütlerle harmanlanması ve tutuklama kararında bunların belirtilmesi gerekmektedir<sup>242</sup>. Delilleri karartmaysa, kişinin bizzat delilleri yok etmesi, değiştirmesi şeklinde olabileceği gibi; yargılamaya katılan diğer kişiler üzerinde baskı yapma yoluyla da gerçekleştirilebilmektedir. Sahte delil hazırlama bu kapsamda düşünülmektedir; fakat delil niteliği taşımayan, olayla ilgisiz unsurların etkilenmeye çalışılması delil karartmayı ifade etmemektedir<sup>243</sup>. Muhakeme süjelerine karşı tehdit, cebir gibi maddi ya da manevi baskı uygulandığı yönünde kuvvetli şüphe bulunması, tutuklama sebebi olabilmekteyken; soruşturmanın henüz tamamlanmamış olması, önemli tanıkların dinlenmemiş olması, mağdurun henüz bulunamamış olması gibi hususlar, tek başına tutuklama nedeni teşkil

<sup>238</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 221; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 347.

<sup>239</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 295.

<sup>240</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 297; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 473; Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 222.

<sup>241</sup> Koparan, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, s. 158; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 474.

<sup>242</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 502 - 503; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 361; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 155 - 156.

<sup>243</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 331.

etmemektedir<sup>244</sup>. Tutuklama kararı verilebilmesi için, bahsedilen bu hususlara başvurularak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını zorlaştıracığı veya engelleyeceğine ilişkin somut vakıalar mevcut olmalıdır ve hakim tutuklamaya ilişkin kararında bunları açıkça ifade etmelidir<sup>245</sup>. Deliller halihazırda toplanmış ya da karartılmışsa, bu gerekçeye dayanarak tutuklama kararı verilememeli; verilmiş olan kararsa geri alınmalıdır. Aslolanın delillerin soruşturma evresinde toplanması olduğu düşünüldüğünde, kovuşturma evresinde bu nedene dayanılmasına sık rastlanmaması gerekmektedir. Fakat tanık, mağdur ya da bilirkişi gibi muhakeme süjeleri üzerinde baskı kurulması ihtimali olan hallerde, bu neden öne sürülebilecektir<sup>246</sup>. CMK m.100/3'te belirli katalog suçlar için kaçma ve delilleri karartma şüphesinin var olduğuna ilişkin karine oluşturularak, hakimlere, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe mevcutsa ayrıca tutuklama nedenlerini aramayabilecekleri yönünde yetki verilmiştir. Fakat doktrinde de özellikle vurgulandığı üzere; tutuklama nedenlerinin var olduğuna ilişkin bu karine, sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesinde otomatik olarak tutuklamaya yol açmamalıdır<sup>247</sup>. Zira tutuklama; sanığa muhtemel cezasını peşinen çektirmeyi amaçlayan ön ceza değil, bir koruma tedbidir<sup>248</sup>. Madde metninde geçen "... tutuklama nedeni var sayılabilir." ifadesi de bunu kanıtlar niteliktedir. Yargıtay tarafından da tutuklamada zorunluluk yerine, hakimın takdirine dayalı sistemin benimsendiği ve tabii ki bu takdir yetkisinin Cumhuriyet savcılarını için de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda savcı, tutuklama isteminde bulunurken kanunda sayılan sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini keyfilikten uzak bir şekilde somut olay bazında değerlendirmelidir. İşlenen suç katalog suçlardan biri

---

<sup>244</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 223; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 158; İsmail Ercan, Ceza Muhakemesi Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2011, s. 167.

<sup>245</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 295; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 474.

<sup>246</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 298; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 361 - 362.

<sup>247</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 504 - 505; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 350; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 222; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 161.

<sup>248</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 332.

olsa dahi, hakim ve savcıların takdir yetkisinin istisnasını oluşturmamaktadır. Ancak kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde tutuklama nedeninin gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>249</sup>. Bu nedenle tutuklama nedenlerine ilişkin gerekçenin katalog dışı suçlardaki kadar somut ve ayrıntılı olması zorunluluğundan söz edilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir<sup>250</sup>. Ancak kuvvetli suç şüphesi ya da kişinin kaçması veya delil karartmasına yönelik bir emare yokken, salt katalog suç söz konusu olduğu belirtilerek tutuklama kararı verilmesi, ne koruma tedbirlerinin getiriliş amacına ne de temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma prensipleriyle bağdaşmayacaktır. Üstelik, bu yöndeki bir uygulama, masumiyet karinesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda, kişinin kaçması ya da delil karartması yönünde somut bir vaka bulunmaz iken salt kuvvetli şüphe bulunan katalog suçlardan biri ile ilgili yargılama yapıldığı için tutuklama olanağından yararlanılması, kanun metnine ters düşmemekle birlikte; hukuk politikası açısından sorunludur. Bu nedenle CMK m.100/3'ün yürürlükten kaldırılması gerektiği belirtilmektedir<sup>251</sup>. Yine katalog suçların belirlenmesinde esas alınan kriterlerdeki muğlaklık da doktrinca eleştirilmektedir<sup>252</sup>.

Kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama sebepleri oluşmadan gerçekleştirilen tutuklama sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne pek çok bireysel başvuru yapılmıştır. Bu bağlamda, Erdem Gül ve Can Dünder başvurusunda, yayımladıkları haber sebebiyle kanunsuz, keyfi ve orantısız bir biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarını öne süren başvuranların iddialarını inceleyen Anayasa Mahkemesi, öncelikle kişi özgürlüğü ve güvenliğinin kısıtlanma şartlarından biri olan “kanunilik” için CMK'ya bakılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>253</sup> Buna göre, “kuvvetli suç şüphesi”nin varlığı, olmaksızın tutuklama gerçekleştirilememektedir. Kuvvetli suç şüphesinin mevcudiyetinden

---

<sup>249</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 16.12.2008, Esas No: 2008/4-225, Karar No: 2008/231, www.kazanci.com.

<sup>250</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 296.

<sup>251</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 506 ve orada dn: 123'te anılan Beulke, Strafprozessrecht; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 476.

<sup>252</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 349.

<sup>253</sup> Anayasa Mahkemesi, Erdem Gül ve Can Dünder Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2015/18567, Karar Tarihi: 25.02.2016, par. 76 – 82.

bahsedebilmek için, şüphenin, somut olayın özelliklerine göre belirlenecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Ancak, suç isnadına temel teşkil eden olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılıp mahkumiyet sebebi olacak olguların aynı düzeyde düşünülmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, kuvvetli suç şüphesinin varlığı da tek başına tutuklama gerekçesi olarak yeterli değildir; CMK’da sayılan tutuklama sebepleri de bulunmalıdır. Tutuklama, somut olay bazında “gerekli” olmalıdır. Bu bağlamda, öncelikle adli kontrol tedbiri göz önüne alınmalı ve bunun yetersiz kaldığı koşullarda, yetersiz kalma sebepleri belirtilerek tutuklama yoluna gidilmelidir. Tüm bu ilkeleri belirten Mahkeme, esas olarak ilk derece mahkemelerinin kararlarındaki yorumsal ya da maddi hataların kendi görev alanına girmediğini; ancak başvuruda olduğu üzere, Anayasa’da belirtilen kişi özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için şartların karar gerekçesinde yer alıp almadığını ve temel hak ve özgürlükler açısından bir genel sınırlama şartı olan “ölçülülük” ilkesine uyulup uyulmadığını incelemenin, kendi görev alanına girdiğini belirterek, başvurunun esastan incelemesine geçmiştir. Mahkeme, başvuranlar hakkındaki yargılamanın hala sürmekte olduğunu göz önüne alarak, tutuklamanın hukukiliğine yönelik incelemesini, yalnızca tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçesi ile sınırlı tutmuştur. Buna göre, öncelikle, başvuranlar hakkındaki suçlamalarla ilgili dosyada mevcut tek somut delilin yaptıkları haberler olduğunu; ancak bu haberin, başvuranlara atfedilen “siyasal ve askeri casusluk maksadı” ve “silahlı terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etmek” ile arasındaki bağı ortaya koyacak somut bir olgunun sunulmadığını vurgulamıştır. Ayrıca, milli güvenlik açısından sakıncalı olduğu belirtilen ve başvuranlar tarafından yayımlanan haberin, 16 ay önce başka bir gazete tarafından yayımlandığı ve aradan 16 ay geçtikten sonra hala milli güvenlik açısından bir sakınca oluşturmaya devam edip etmediğinin karar gerekçesinde incelenmediği belirtilmiştir. AİHM’in bu yöndeki kararına da atıf yapılarak, söz konusu incelemenin yapılmaması, bir eksiklik olarak belirtilmiştir. Üstelik, soruşturma başladıktan sonraki 6 aylık süre içerisinde başvuranların ifadelerinin alınmaması karşısında, söz konusu bu 6 aylık sürenin ardından, tutuklamanın neden “gerekli” görüldüğüne ilişkin gerekçenin, kararda

belirtilmemiş olduğu vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu sebeplerle, başvuranların, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Söz konusu bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin tutuklamada kuvvetli suç şüphesinin olmadığını belirterek, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine kanaat getirdiği ilk karar olması açısından önemli ve olumludur. Ancak, Mahkeme, bu karar emsal gösterilerek yapılan Mehmet Baransu başvurusunda, başvuranın tutukluluğuna esas alınan materyalin yaptığı haberler olmadığı; başvuran hakkında şikayette bulunulduktan sonra soruşturma makamlarınca bilirkişi raporları gibi çeşitli belgelerin değerlendirilmesi sonucu başvurana odaklanıldığı ve bu yönleriyle somut başvurunun, yukarıda bahsedilen başvurudan farklılık arz ettiği belirtilmiştir. Bunların sonucunda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır<sup>254</sup>.

Müvekkili ile görüşmelerinin hukuka aykırı olarak kayda alındığını ve kuvvetli suç şüphesi bulunmamasına rağmen reddi hakim talebinde bulunduğu için tutuklandığını öne süren başvuran ile ilgili Serkan Akbaş başvurusunda ise, incelemesinin yalnızca kişinin suç işlediğine ilişkin inandırıcı delillerin bulunup bulunmadığı hakkında olduğunu ve aksi uygulamanın, Anayasa Mahkemesi'nin ikincilliğini zedeleyeceğini belirtmiştir<sup>255</sup>. Bu bağlamda, kişiye isnat edilen suçlamalar karşısındaki delillerin, tutuklama açısından yeterli inandırıcılığa sahip olduğunu belirtmiş ve karar gerekçesinde de tutuklamaya neden ihtiyaç duyulduğunun yer aldığını ifade etmiştir. Tutuklamaya esas alınan delilin hukuka aykırılığı konusundaysa, esasen bunu takdir yetkisinin ilk derece mahkemelerinde olduğunu; ancak hukuka aykırı bir şekilde uygulanan koruma tedbiri sonucunda elde edilen delilin, davaya tek başına esas alınması halinde, bunun, yargılamanın hakkaniyetini zedeleyebileceğini vurgulamıştır. Söz konusu bu ilkeyi somut başvuruya uyguladığındaysa, söz konusu delilin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin incelemenin, Yargıtayca yapılacağı ve bu sebeple, Anayasa Mahkemesi tarafından da bir karar verilmesinin, Mahkeme'nin ikincil yapısıyla

---

<sup>254</sup> Anayasa Mahkemesi, Mehmet Baransu Başvurusu, Başvuru No: 2015/7231, Karar Tarihi: 17.05.2016, par. 142.

<sup>255</sup> Anayasa Mahkemesi, Serkan Akbaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/2342, Karar Tarihi: 21.01.2016, par. 95 – 107.

bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Bahsedilen delilin, başvuranın tutuklanmasına esas alınan tek delil olmadığını da göz önüne alan Mahkeme, başvuruyu, açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir.

Yine hakimlik mesleğini ifa ederken, meslekleri gereği yaptıkları işlemler sebebiyle hukuka aykırı olarak tutuklandıklarını öne süren başvurular hakkında, Mahkeme, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik savcılık teminatının önemini kabul etmiş; ancak bir hakimin göreviyle ilgili suç işlemesi halinde, salt hakim olduğu için yargılanmayacağı düşüncesinin yerinde olmadığını belirtmiştir<sup>256</sup>. Bu bağlamda, başvuranların, yetkileri olmadığı halde, kasıtlı bir şekilde, hakimlik mesleğini kötüye kullandıkları öne sürülerek ve buna ilişkin gerekçeler açıklanarak tutuklandıklarını belirtmiş; bu nedenle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Mahkeme'nin kararları incelendiğinde, tutuklamaya esas alınan olguların ve delillerin belirtildiği; CMK'da yer alan tutuklama nedenlerinden hangilerinin var olduğunun ifade edildiği ve tutuklamanın neden ölçülü olduğunun açıklandığı tutuklama kararlarını, Anayasa'ya uygun bulduğu ve bunların dışındaki değerlendirmelerin, ilk derece mahkemelerinin takdir alanını teşkil ettiği; bu sebeple Mahkeme'nin ikincil özelliği ile bağdaşmadığı yönünde içtihat geliştirdiği görülmektedir<sup>257</sup>. Bu ifade, prensip olarak doğru olmakla birlikte, uygulamada sorunludur. Zira, karşı oy görüşlerinde de açıklandığı üzere, bu yönde bir inceleme yapılırken, tutuklama gerekçelerinin kişiselleştirilmesi gerekmektedir. Yalnızca “adli kontrol yetersiz kalacaktır” veya “kaçma şüphesi bulunduğu” gibi kanunda yer alan terimlerin tekrarlanmasındansa; kişinin özel durumu da göz önüne alınarak, ölçülülük ilkesi doğrultusunda, somut bir gerekçelendirme sunulmalıdır. Bu bağlamda, AİHM tarafından da belirtildiği üzere, salt suç için öngörülen cezanın ağırlığı, kaçma şüphesinin varlığı için yeterli değildir; kişinin ahlaki durumu, ikametgahı, mesleği, ülkedeki aile bağları, kaçmayı planladığı

---

<sup>256</sup> Anayasa Mahkemesi, Metin Özçelik - Mustafa Başer Başvurusu, Başvuru No: 2015/7908, Karar Tarihi: 20.01.2016 par. 158- 160.

<sup>257</sup> Anayasa Mahkemesi, Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1631, Karar Tarihi: 17.12.2015, par. 179 – 180.

ülke ile bağlantısı gibi hususlar da göz önüne alınmalıdır<sup>258</sup>. Oysa Anayasa Mahkemesi kararlarında, özellikle, kişinin yaşayışı doğrultusunda kaçma şüphesinin mevcut olup olmadığı; mevcutsa daha hafif bir tedbirle bunun önlenip önlenemeyeceğine dair somut bir inceleme yapılmaksızın, ilk derece mahkemelerinin soyut karar gerekçelerinin tekrarlanıp bunların ilk tutuklama açısından yeterli bulunduğu görülmektedir. Bu aşamada belirtilmelidir ki; ulusal hukuk açısından, ilk tutuklama açısından daha düşük bir eşik belirlenmemektedir. Anayasa Mahkemesi ise, AİHM’in ilk aşamada tutuklama açısından kabul edilmiş nedenlerin, belirli bir süre boyunca devam eden tutuklamada yetersiz kalabileceğine ilişkin içtihadını, ilk tutma açısından daha düşük bir eşik bulunduğu şeklinde yorumlayarak karar verebilmektedir. Bu kabulde verdiği kararlar incelendiğinde, makul şüphenin varlığı üzerinde durulduğu; ancak şüpheli ya da sanıkların ifade vermeye bizzat gelmeleri, sabit işleri ve ikametgahlarının bulunması gibi somut olaya ve bireylere özgü durumların göz ardı edildiği görülmektedir. Ayrıca, öne sürülen “mevcut delil durumu” gerekçesinin de, Erdem Gül ve Can Dündar kararı haricinde, delillerin ciddiyeti, sağlamlığı ve de suçlamalarla ilişkisine dair bir incelemeye konu edilmediği gözlemlenmektedir. Mahkeme, buna gerekçe olarak ilk derece mahkemelerinin yetki alanına girmemeyi göstermekteyse de; aşağıda inceleneceği üzere, AİHM de ulusal mahkemelerin takdir ve yetki alanını saklı tutmakta; ancak, delillere dair gerekçeler de dahil olmak üzere, öne sürülen olguların, olayın somut koşulları ile ne ölçüde bağdaştığını değerlendirmektedir<sup>259</sup>.

AİHM, kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için ilk etapta dava açacak kadar delil toplanmasının gerekmediğini; ancak suçun işlendiğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek makul bir şüphenin bulunması gerektiğini kabul

---

<sup>258</sup> Anayasa Mahkemesi, Hidayet Karaca Başvuru (Genel Kurul), Başvuru No: 2015/144, Karar Tarihi: 14.07.2015.

<sup>259</sup> Mahkeme'nin, AİHM kararları doğrultusunda suç şüphesine bağlı tutukluluk ile mahkumiyet sonrası hükmen tutukluluk ayrımının eleştirisi için bkz. Göztepe, Ece, Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece\\_GyoZTEPE222.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf) (Erişim Tarihi: 25.04.2017), s. 8 – 10.

etmektedir <sup>260</sup> . Bu doğrultuda, iç hukuku uygulama görevinin ulusal mahkemelerde olduğu kabul edilmekle birlikte, iç hukukun uygulanmasından kaynaklı sorunların Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal etmesi durumunda, Mahkeme'nin bu hususu inceleme yetkisi olduğu genel bir prensip olarak kabul edilmektedir. Makul şüphe yönünden yapılan değerlendirmelerde, bireyin salt ikrarda bulunmasını sağlamak; aleyhe tanıklık yaptırmak veya makul şüphe oluşturacak olayları öğrenmek amacıyla tutulma, Sözleşme'ye aykırı bulunmaktadır<sup>261</sup> . Terör faaliyetlerinde bulunduğuna ilişkin makul şüphe bulunan şahsın yakalandığı evde yanında bulunan diğer iki kişinin de yakalanması, bu doğrultuda, ihlal olarak addedilmiştir <sup>262</sup> . Mahkeme, Belevitskiy - Rusya başvurusunda ise, kişinin tutuklandığı anın kayıtlara geç geçirilmesi durumunda, bunun "kanunun belirlediği usule uygun olarak özgürlükten yoksun bırakma" sayılmayacağını belirterek, 5. maddenin 1. fıkrasının ihlali yönünde karar vermiştir<sup>263</sup> . Yine aynı başvuruda, başvuranın, hakkındaki iddianame, ilk derece mahkemesine sunulduktan sonra herhangi bir karar olmaksızın, ilk duruşmaya kadar tutulmuş olması; ilk duruşmada kişinin tutukluluğunun devamı yönünde karar verilmiş olsa dahi, bu döneme kadarki tutukluluğunu haklı kılmayacağından ve bu döneme dek tutukluluğunun dayanağı olacak herhangi bir kanuni düzenleme bulunmaması sebebiyle kanuna aykırı; dolayısıyla Sözleşme m.5/1'i ihlal eder olarak karar verilmiştir.

Başvuranın muhakeme evrelerinden kaçtığı ve kamu düzenini tehdit ettiği gerekçesiyle tutuklanması üzerine yapılan Pantea - Romanya başvurusunda, Mahkeme tarafından, ulusal temyiz mahkemesince de belirtildiği üzere, başvuranın savcılık tarafından çağrıldığı tüm görüşmelere katıldığı ve de beyhude

---

<sup>260</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Labita v. Italy, Application No: 26772/95, 06.04.2000, par. 155 – 156.

<sup>261</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Cebotari v. Moldova, Application No: 35615/06, 13.11.2007, par. 48.

<sup>262</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İpek and Others v. Turkey, Application No: 17019/02, 30070/02, Karar Tarihi: 03.02.2009, par. 31. Ancak suç şüphesi ile ilgili yakalanan iki kişinin, başvuran aleyhine ifade vermelerinin ardından bu ifadelerini baskı altında verdiklerini belirterek geri çekmeleri ve olayın üstünden 3 sene geçmesine rağmen Mahkeme, makul şüphenin devam ettiğini kabul etmiştir. Bkz. Talat Tepe v. Turkey, Application No: 31247/96, 21.12.2004, par. 61.

<sup>263</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Belevitskiy v. Russia, Application No: 72967/01, 01.03.2007, par. 82 – 85.

bir şekilde koridorda bekletildiği tespit edilmiştir. Hükümetin de bu hususun kabul ettiğini vurgulayan Mahkeme, kişinin tutulmasının, kanunla düzenlenen sisteme uyum göstermediğini ve bunun da 5. maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir<sup>264</sup>.

Bireyin tutukluluk halinin, iç hukukla uyumlu olması halinde de Mahkeme, inceleme yapmaktadır. Bu ihtimalde, olayın koşulları çerçevesinde tutukluluğa duyulan gereksinim değerlendirilmektedir; zira, Sözleşme'nin 5. maddesi ile koruma altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, demokratik toplumlar için birincil nitelikte bir önemi haiz olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, tutukluluğun somut olayla orantılılığı üzerinde durulmaktadır. Başvuranın duruşmaya katılımını sağlamak için tutuklanmasının mutlak bir gereklilik arz edip etmediği, bu amaca ulaşmak için daha hafif bir tedbire başvurulmasının mümkün olup olmadığına dair bir inceleme yapılmaksızın verilen tutukluluk kararları, ulusal hukukla uyumlu olsa dahi, Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı bulunmaktadır<sup>265</sup>. Aynı şekilde, Khayredinov - Ukrayna başvurusunda 20 yaşındaki başvuranın, daha önce herhangi bir suçtan sabıkasının olmaması, sürekli bir yerleşim yerinin bulunması ve burada topluma entegre olmuş bir şekilde yaşaması gibi, kişisel somut özellikleri göz önüne alınmaksızın, yalnızca atfedilen suç dolayısıyla olumsuz karakterinin vurgulanması, Mahkeme tarafından, olumsuz değerlendirilmiştir<sup>266</sup>. Tüm bunların yanı sıra, başvuranın, tutuklanmasından yaklaşık bir ay önce, kendisine yapılan tüm çağrılara uyması ile soruşturmanın gidişatını etkileyecek herhangi bir davranıştan kaçınması gibi durumların da göz ardı edilmesi örneğinde Mahkeme, daha hafif bir tedbirin de düşünülmemiş olması sebebiyle, tutuklamada bütüncül bir gerekçelendirme yapılmadığını ve bu açıdan orantılılık ilkesi ile uyum sağlanamadığını ifade ederek Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

---

<sup>264</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pantea v. Romania, Application No: 33343/96, 03.06.2003, par. 219 – 223.

<sup>265</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, Ambruszkiewicz v. Poland, Application No: 38797/03, 05.05.2006, par. 29 – 32.

<sup>266</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Khayredinov v. Ukraine, Application No: 38717/4, 18.12.2014, par. 26 – 30.

AİHM, bir şikayet mevcutsa, söz konusu şikayetin ya da olgunun doğru ve sağlam temellere dayanıp dayanmadığına ilişkin sahici bir soruşturma yükümlülüğünün, Sözleşmeciler Devletlerin üzerinde olduğunu belirtmektedir<sup>267</sup>. Bunun sonucunda, başvuran aleyhindeki iddiaların, itirafçıdan elde edilmiş olduğu bir örnekte, Mahkeme, itirafçıların İtalya’da mafya ile mücadelede önemini kabul etmekle birlikte, bu yöntemle elde edilen bulguların manipülasyona açık ve objektiflikten uzak olduğu; zira, kişisel husumet veya avantaj elde etme amacından kaynaklanabileceğini vurgulamıştır<sup>268</sup>. Bu nedenle, itirafçıların beyanlarının, başkaca objektif delillerle desteklenmesi gerektiği; özellikle de muhakemenin başında kişinin itirafçının ifadelerine dayanılarak tutulması kabul edilebilirse de muhakeme ilerledikçe ve yeni bir delil ortaya konmadıkça, bu ifadelerin muhakeme ile ilgisinin azalacağını belirtmektedir. Somut olayda, itirafçının beyanlarını destekleyen başkaca bir delil mevcut olmadığı gibi; itirafçının suçlamalara dair bilgileri öğrendiği kişinin ölmüş olması ve de onun da bunları sorgulanmadan önce öldürülen başka bir kişiden duymuş olması bir arada düşünüldüğünde, başvuranın makul şüphe sebepleri devam etmeksizin tutuklandığı kanısına varılmıştır. Ayrıca, tutuklama sebepleri arasında, ulusal hukuka uygun olarak “davanın karmaşıklığı”, “kişinin tehlikeli olması”, “tanıklara baskı ve delilleri karartma şüphesi” gibi olgular gösterilmişse de, Mahkeme, bunların, davanın başında soyut bir biçimde kabul edilebileceğini; ancak ulusal mahkemenin, herhangi bir sabıkası bulunmayan ve mafya içerisinde yalnızca ufak bir rol üstlendiğini belirten başvuranın “tanıklara baskı yapıp delil karartaca tehlikeli kişiliği”ne dair herhangi bir somut ilişkilendirme yapılmadığını tespit etmiştir. Tüm bu sebeplerle, başvuran hakkındaki suçlamaların kaynağı olan delillerin, zamanla güçlenmesi gerekirken daha da zayıfladığı; başvuranın, tutukluluğunu haklı kılacak yeterlilikte gerekçenin mevcut olmadığını belirtmiştir. Belirtmekte yarar vardır ki; başvuran, hakkında beraat kararı verildikten sonra, söz konusu serbest bırakılma kararının icrası için tekrar cezaevine gidip burada

---

<sup>267</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Elçi and Others v. Turkey, Application No: 23145/93, 25091/94, 13.11.2003, par. 674.

<sup>268</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Labita v. Italy, Application No: 26772/95, 06.04.2000, par. 156 – 174.

belli işlemler yapılmasının, hukuka aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususunda da başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, tutulan kişinin salıverilmesi kararının icrasında belli oranda gecikme olmasının kaçınılmaz olduğunu; ancak bunun asgari düzeyde kalması gerektiği yönündeki içtihadını hatırlatmıştır. Somut olay bakımından, başvuranın, cezaevine geri gittiğinde yaşanan gecikmenin, esas olarak, işlemlerin icrasını gerçekleştirecek memurun orada bulunmayışından kaynaklandığını ve bunun da Sözleşme'ye uygun bir tutulma olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek AİHS m.5/1'in ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

Terör ile ilgili suçlamalar söz konusu olduğunda ise Mahkeme, gizli kaynaklardan elde edilen bilgilerin kullanılmasının önemini kabul etmekle birlikte, teröre ilişkin olduğu öne sürülen her soruşturmada, soruşturma makamlarının, bu hususu öne sürerek ulusal makamlar ile Mahkeme'nin denetiminden uzaklaşmalarının kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır<sup>269</sup>. Bu bağlamda, Murray - Birleşik Krallık başvurusunda, şüphelendikleri herkesi sorgulama amacıyla gözaltına almalarına dair sınırsız bir yetkinin mevcudiyeti, Mahkeme tarafından onaylanmamıştır. Bu ilke üzerinden inceleme yapan Mahkeme, başvuranın, terör örgütüne silah alımı için para topladığına dair belirli bir kısmı gizli kaynaklardan elde edilen istihbarat olduğunu belirten Hükümetin, aynı zamanda başvuranın, aynı terör örgütüne silah alımından mahkum olup ABD'de yaşayan kardeşleriyle ilişki içerisinde olduğunu ve yakın zamanda onları ziyaret ettiğini göz önüne alarak, Hükümet'in, makul şüphenin mevcudiyetine dair iddialarını haklı bulmuştur.

### **2.3.2. Tutuklama İçin Aranılan Şekli Şartlar**

Tutuklama kararı verilebilmesi için söz konusu bu maddi şartların yanında aranılan şekli şartların ilkiyse, yargılamanın konusunu oluşturan suç hakkında tutuklama yasağı öngörülmemiş olmasıdır. CMK m.100/4'te bu suçlar; cezası

---

<sup>269</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Murray v. United Kingdom, Application No: 14310/88, 28.10.1994, par. 50 – 63.

yalnızca adli para cezası olan ya da hapis cezasının üst sınırı 2 yılı aşmayan suçlar olarak ifade edilmiştir. Bu üst sınır, ÇKK m.21'e göre 15 yaşını doldurmamış çocuklar için 5 yıldır. Kanunkoyucu böyle suçlar için tutuklamanın orantısız olduğunu doğrudan kabul etmiştir<sup>270</sup>. Fakat çocuğun yaşı hesaplanırken, koruma tedbirlerinin birer ceza muhakemesi kurumu olmaları nedeniyle, çocuğun suçu işlediği yaşı değil; tedbire başvurulduğu anki yaşı göz önüne alınmalıdır<sup>271</sup>. Gaip ya da kaçığa, duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağına ilişkin güvence belgesi verilmişse, güvence belgesi geçerli olduğu müddetçe, tutuklama gerçekleştirilememektedir. Şayet muhakemenin gerçekleştirilebilmesi birtakım şartlara bağlıysa, bu şartlar gerçekleşmeden tutuklamaya başvurulmamalıdır. Çünkü tutuklama, muhakemenin gereği gibi işleyebilmesine hizmet eden bir koruma tedbiridir. Şartın gerçekleşmemesi nedeniyle muhakeme de gerçekleştirilemeyecekse, koruma tedbirine başvurmak da anlamsız ve haksız olacaktır<sup>272</sup>.

Tutuklama kararı verilebilmesi için aranan bir diğer şartsa, orantılılıktır. Tutuklamayla ulaşılmak istenen amaca farklı bir tedbir uygulanmasıyla ulaşılabilecekse, bu yöntem tercih edilmelidir<sup>273</sup>. CMK m.100/1'de orantılılık ilkesi doğrudan vurgulanarak işin önemi, verilmesi beklenen ceza ya da güvenlik tedbiri ile orantısızlık olması durumunda tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Fakat güvenlik tedbirine başvurulabilecek hallerde, orantılılık ilkesi gözetilerek de olsa, tutuklamanın olanaklı kılınmış olması doktrinde eleştirilmektedir<sup>274</sup>. İşin önemi; eylemin kamuda yarattığı öfke ya da kızgınlık olmayıp tutuklamanın şüpheli veya sanıkta yol açtığı zararların ceza muhakemesi

---

<sup>270</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 295.

<sup>271</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 360.

<sup>272</sup> Yenisey/Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 366; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 218.

<sup>273</sup> Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 321; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 162.

<sup>274</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 291; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 347.

yararına oranla açıkça daha az olduğunun ortaya konmasıdır<sup>275</sup>. Orantılılık ilkesi içerisinde aşırılık yasağını da barındırmaktadır. Yalnızca tedbire başvurulurken değil, tedbirin devamına karar verilirken de gözetilmelidir<sup>276</sup>. Bu doğrultuda tutuklamaya başvurabilmek için, başka bir koruma tedbiri ile yargılamanın amacına ulaşamayacak olması gerekmektedir<sup>277</sup>. CMK m.101'e göre de, hem tutuklama kararı veren hakim ya da mahkemenin tedbirin ölçülü olduğunu gösterir delilleri somut olgularla gerekçelendirmesi hem de Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde bulunurken adli kontrolün neden yetersiz kalacağına dair sebepler sunması gerekmektedir. Adli kontrolün yetersizliğine ilişkin gerekçe, hukuki ve fiili nedenlerle desteklenmelidir<sup>278</sup>. Savcının isteminin bu gereklilikleri karşılamaması halinde, sulh ceza hakimi ya da mahkeme, savcıdan bu noktalara açıklık getirmesini isteyebilmelidir<sup>279</sup>. Tabii ki değerlendirilen somut deliller, hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş olmalıdır. Bu bağlamda şüphelinin susması da aleyhine değerlendirilmemelidir<sup>280</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bireyin en temel haklarından olması dolayısıyla, tereddütlü hallerde kanun metninin özgürlük lehine yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Yargılamanın uzun sürmesinin özgürlükten yoksun kalmanın da uzun sürmesine imkan vermemesi gerektiği gibi, tedbir kararı verilmesindeki amaca ulaşıldığı an tedbirin sonlandırılmalıdır<sup>281</sup>. Kişinin

---

<sup>275</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 497 ve orada dn: 94'te anılan Löwe-Rosenberg/Hilger, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 154.

<sup>276</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 477; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 347.

<sup>277</sup> Mahmut Koca, Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının "Adli Kontrol" Tedbirinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, 2003, s. 109 - 142; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 162.

<sup>278</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 292; Sesim Soyer Güleç, Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 98, 2012 Ankara, s. 70; Mehmet Reşat Koparan, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, s. 162.

<sup>279</sup> Ali Karagülmez, Tutuklama Nedenleri ve Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz Konusunda 5271 Sayılı CMK'nın İncelenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, Ankara 2005, s. 125.

<sup>280</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 373.

<sup>281</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 29.03.2011, Esas No: 2011/3-49 Karar Tarihi: 2011/28.

özgürlüğünden yoksun bırakıldığı sürenin hükmedilecek ceza kadar sürdürülmesi, masumiyet karinesine de aykırıdır<sup>282</sup>. Tutukluluk hali, kişinin sağlık durumu açısından tehlike yaratıyor ya da zarara yol açıyorsa ve fakat tutuklama nedenleri ortadan kalkmamışsa, ölçülülük ilkesi gözetilerek adli kontrol tedbiri tercih edilmelidir<sup>283</sup>. AİHM de bu doğrultuda tutuklu kişilerin sağlığından devletin sorumlu olduğunu belirterek, salt hastalık durumunun kişinin serbest bırakılmasını gerektirmediğini vurgulamakla birlikte; uzun süren tutukluluk ve yetersiz tıbbi bakımın kişide yarattığı ızdıraba göre Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali anlamına geleceği yönünde karar vermiştir<sup>284</sup>. Tutukluluğa son verilmesine ilişkin karar, soruşturma evresinde savcı tarafından re'sen verilebilmektedir. Fakat tutuklama yerine adli kontrol tedbiri uygulanmasına ilişkin karar, savcının istemi üzerine sulh ceza hakimince verilebilmektedir. Kovuşturma evresinde ise bu kararı verecek olan makam yargılamanın yapıldığı mahkemedir. Kovuşturma evresinde tutukluluğa son verilmesi kararı eğer ki duruşmada verilmişse, tutuklunun salt formaliteler yüzünden tekrar tutukevine gönderilip ellerinin kelepçelenmesinin yanlış bir uygulama olduğu ifade edilmektedir<sup>285</sup>. AİHM suç hakkında beraat ya da kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen hallerde, tahliyenin derhal gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu sürenin 12 saati aştığı Labita - İtalya başvurusunda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir<sup>286</sup>.

### 2.3.3. Tutuklama Kararının Gerekçeli Olması Koşulu

Tutuklama kararları, gerekçeli olmalıdır. Kararın akla uygun, çelişkisiz ve inandırıcı bir biçimde açıklanmasını ifade eden gerekçeli karar kavramı,

---

<sup>282</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 291; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 347.

<sup>283</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 509.

<sup>284</sup> Gülay Çetin - Türkiye Davası, Karar Tarihi: 05.03.2013, Başvuru No: 44084/10, par. 101 - 102.

<sup>285</sup> Metin Feyzioğlu, Tutuklamaya Dair Uygulamada Görülen Bazı Sorunlar, Tesbitler, Değerlendirmeler, Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 1193.

<sup>286</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Labita v. Italy, Application No: 26772/95, 06.04.2000, par. 171 - 172.

Anayasanın 141. maddesi ile CMK'nın 34. maddesinde belirtilen, mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması hükmünün de bir gereğidir<sup>287</sup>. Şüpheli ya da sanık tutuklama nedeni konusunda gerekçe üzerinden bilgi sahibi olacağı gibi; tutuklamada yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin keyfi kullanılıp kullanılmadığı, yasal nedenlere dayanıp dayanmadığı anlaşılacak ve böylece itiraz halinde itirazı incelemeye yetkili makamın işlemin hukuka uygunluğunu denetlemesi mümkün kılınacaktır<sup>288</sup>. Bu bağlamda; tutuklama nedenlerinin varlığını ispat yükü, tutuklamaya karar verme yetkisini haiz olan makamlardadır<sup>289</sup>. Gerekçe; ölçülülük ilkesinin gözetildiğini ortaya koyar nitelikte ve denetime elverişli olmalı, somut olgularla desteklenmelidir. “Şüphelinin/sanığın kaçma ihtimali”, “şüphelinin/sanığın delilleri karartma ihtimali”, “henüz delillerin toplanmamış olması”, “suçun vasıf ve mahiyeti” gibi ifadeler; somut olgularla desteklenmediği müddetçe gerekçede aranan açıklığı sağlamaktan uzak kalmaktadır<sup>290</sup>. Kararın gerekçelendirilmesine ilişkin CMK m.230, tutuklama kararları açısından da yol gösterici bir işlev görmektedir. Buna göre tutukluluğa ilişkin kararda; tutuklama sebepleri, buna ilişkin vakalar ile başlıca deliller, iddia ve savunma makamlarınca öne sürülen görüşler, delillerin tartışılıp değerlendirilmesi, karara esas alınan ya da reddedilen deliller ile hukuka aykırı deliller kararda açıkça ifade edilmelidir<sup>291</sup>. Tahliye talebinin reddine ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlar da esasen tutuklama kararlarıdır. Bu sebeple yukarıda belirtilen şartlar, bu kararlarda da mevcut olmalıdır<sup>292</sup>. Fakat gerekçede kişinin suçu işlediğinin kabul edildiği yönünde ifade bulunması hem

---

<sup>287</sup> Yüce, Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, İzmir 1980, s. 93; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 374.

<sup>288</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 336 - 337; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 166.

<sup>289</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 502 ve orada dn: 111’de anılan Peters-Altwickler, Europäische Menschenrechtskonvention - Mit Rechtsvergleichenden Bezügen zum Deutschen Grundgesetz.

<sup>290</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 511; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 292; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 287; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 177.

<sup>291</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 300 - 301.

<sup>292</sup> Feyzioğlu, Ali Naim İnan’a Armağan, s. 1191; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 355.

ihsas-ı rey teşkil edecek hem de masumiyet karinesini ihlal edecektir<sup>293</sup>. AİHM; kararlardaki gerekçelerin mahkemenin objektif ve sübjektif tarafsızlığının anlaşılmasını sağladığını ve bu sayede kararlardaki keyfilik riskini önlediğini belirtmektedir. AİHM'e göre; kararlarda şüpheli ya da sanığın öne sürdüğü bütün iddiaların tartışılması gerekmemekte ise de, kişi özgürlüğünün sınırlanmasına yol açan şartların hukuka uygunluğu gerekçelendirilmelidir. Bu esnada somut olaylar önemsiz oldukları sebebiyle değerlendirme dışı tutulmamalıdır; yoksa, uygulama hukuka aykırılık teşkil edecektir<sup>294</sup>. Tutukluluğun devamına ilişkin her karardaysa, bir önceki gerekçeden farklı yanlar belirtilmeli ve gerekçeler kelimesi kelimesine tekrarlanmamalıdır<sup>295</sup>. Aksi halde, ya ilk baştaki tutukluluk kararı ile ona dayanarak tutukluluğun devamına ilişkin kararlar hukuka aykırıdır ya da en sonunda verilen tahliye kararı hukuka aykırıdır<sup>296</sup>. Bu doğrultuda tutukluluğun devamına ilişkin verilen kararlarda etkin bir denetim ile giderim sağlayan bir yol bulunmamasının Türkiye açısından sistematik bir problem teşkil ettiği belirtilmiştir<sup>297</sup>. Tutuklama sebepleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine bildirilmeyen kişiler, zararlarını devletten isteyebilecektir.

Tutuklama kararı, müdafii eşliğinde ve duruşmalı olarak verilmektedir. Şüpheli ya da sanığa atfedilen suç için öngörülen cezanın üst sınırından bağımsız olarak, tutuklama duruşmasında zorunlu müdafii bulunmak zorundadır. Aksi durumda, kişi uğradığı zararı tazminat davası açarak devletten isteyebilmektedir<sup>298</sup>. Tutuklunun müdafii ile haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde görüşmesineyse, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.114/5'te belirtildiği üzere, hiçbir surette engel olunup kısıtlama konulamaz. Adil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS m.6/3-b,c'ye göre;

<sup>293</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290.

<sup>294</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Nikolova v. Bulgaria, Application No: 31195/96, 25.03.1999, par. 61.

<sup>295</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 479; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 374; AİHM, Mooren - Almanya Davası, Karar Tarihi: 09.07.2009, Başvuru No: 11364/03, par. 86.

<sup>296</sup> A. Güçlü Sevimli, Kuvvetli Suç Şüphesi Gölgesindeki Tutuklama, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 83, Sayı: 1, 2009, İstanbul, s. 194.

<sup>297</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 385.

<sup>298</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 292; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 169.

sanığın savunmasını hazırlayabilmek için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olması gerekmektedir. Savunma müdafii vasıtasıyla da hazırlanabileceğinden; tutuklunun müdafii ile görüşmesine getirilecek belgelerin incelenmesi, konuşmalarının dinlenmesi gibi kısıtlamalar, adil yargılanma hakkını da ihlal eder niteliktedir<sup>299</sup>.

Tutuklu kişilere kelepçe takılması, onur kırıcı etkisi nedeniyle, ancak kaçmaya teşebbüs etmesi, somut kaçma riski, intihar etme veya kendine zarar verme tehlikesi olması hallerinde mümkündür. Duruşma esnasında ise kişi, kelepçesiz olmalıdır<sup>300</sup>.

Tutuklama kararı, hakim kararıyla kişinin yakınına ya da belirlediği bir kişiye gecikmesizin bildirileceği gibi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, tutuklananın bizzat bildirmesine izin verilir. Soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi, kişilere veya eşyalara karşı alınacak önlemlerin engellenmesi sonucu, bu işlemlerin yararsız ve etkisiz kalacak olmasıdır. Fakat bu tehlike, basit bir ihtimalin ötesine geçerek ciddi bir tehlike olmalıdır<sup>301</sup>. Soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmeyeceğine ilişkin takdir yetkisi hakimdedir. Bu bildirim kişi tarafından bizzat yapılmış olmasıyla hakim tarafından yapılması birbirinden bağımsız unsurlardır. Anayasada soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesine ilişkin bir kısıtlama bulunmazken bunun kanuna alınmış olması, doktrinde hatalı bulunmaktadır<sup>302</sup>. Yakınlarına bildirim amacı, devletin, kişiyi hiçbir iz bırakmaksızın özgür yaşamdan çekip almasını önlemek ve yargılamayı hukuk devleti ilkelerine uygun kılmaktır<sup>303</sup>.

---

<sup>299</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 356 - 357; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 369.

<sup>300</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 512; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 325.

<sup>301</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 339 ve orada dn: 76'de anılan Lobe/Alsberg, Die Untersuchungshaft Kommentar zum IX.Abschnitt des 1.Buches der Strafprozeßordnung in der Fassung vom 27 Dezember 1926.

<sup>302</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 305; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 487.

<sup>303</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 339.

Hakkında tutuklama kararı verilecek kişinin dinlenebilmesi ve böylece kendini savunmasına imkan sağlanabilmesi için, kural olarak, gıyapta tutuklama kararı verilememektedir<sup>304</sup>. Bunun istisnasını, yurtdışında bulunan kaçaklar oluşturmaktadır. Böyle bir istisnanın amacı, suçluların iadesi kurumunun işletilmesini sağlayabilmektedir<sup>305</sup>. Ancak yakalama başlığında da belirtildiği üzere; Cumhuriyet savcısının tutuklama talebinin reddedilip buna itiraz edildiği hallerde, itirazı inceleyen merci talebi yerinde bulursa, her ne kadar lafzi olarak yakalama emri düzenlemekte ise de, bu esasen tutuklama kararıdır. Dolayısıyla gıyapta tutuklamanın kaldırılmasıyla çelişir biçimde, ikinci istisnası bu durum olmuştur<sup>306</sup>. Fakat doktrinde bu halin gıyapta tutuklama sayılamayacağı, zira kişinin yakalandıktan sonra doğrudan tutuklanmaması ve itirazı haklı bulan merci tarafından sorguya alınması gerektiği belirtilmektedir. Şayet sorgu sırasına, itirazın haklı bulunmasına yol açan sebepler hâlâ varsa, bu durumda tutuklama kararı verilerek tedbir gerçekleştirilmelidir<sup>307</sup>.

#### **2.3.4. Tutuklama Kararı Verilirken Müdafinin Dosyaya Erişiminin Kısıtlanması**

Müdafinin soruşturma dosyasına erişiminin kısıtlandığı hallerde, dosya kapsamındaki verilere dayanılarak verilen tutukluluk kararının hukukiliği sebebiyle de gerek Anayasa Mahkemesi'ne gerekse AİHM'ye başvuru yapılmaktadır. Başvuranların, CMK m. 153'e dayanılarak soruşturma dosyasına erişimlerinin kısıtlanması sebebiyle tutuklama kararına karşı etkili bir başvuru gerçekleştiremediklerini öne sürdükleri Erdem Gül ve Can Dündar başvurusunda,

---

<sup>304</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 221.

<sup>305</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt (2013), s. 245.

<sup>306</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 338; Yurtcan, Ceza Muhakemesi, 328. Mevcut kanun hükmüne göre, gıyapta tutuklama yasağı da göz önüne alınarak, söz konusu kararın yalnızca itirazın reddi ya da kabulüne yönelik olması gerektiği; ancak bunun da sistemde boşluk yaratması sebebiyle ilgili hükmün değiştirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Karagülmez, Tutuklama Nedenleri ve Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz Konusunda 5271 Sayılı CMK'nın İncelenmesi, s. 133.

<sup>307</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt (2013), s. 247; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 171.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen m.19'da yer alan, özgürlüğü kısıtlanan kişinin, durumu hakkında en kısa sürede karar verilmesi için ve de şayet kısıtlamanın kanuna aykırı olduğunu öne sürmekteyse, en kısa süre içinde serbest bırakılmasını sağlamak için yetkili yargı merciine başvuru hakkının güvence altına alındığını vurgulamıştır<sup>308</sup>. Bu inceleme esnasında, AİHM kararlarına atıfla, adil yargılanma hakkı kapsamındaki tüm güvencelerin sağlanmasının mümkün olmayabileceği; ancak özgürlüğü kısıtlamanın niteliğine uygun olacak asgari güvencelerin sağlanmasının şart olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu asgari güvencelere örnek olarak; “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” örnek gösterilmiştir. Silahların eşitliği, iddia ve savunma makamlarının usuli haklar yönünden eşit koşullarda olmalarını ifade etmekteyken; çelişmeli yargılama ise, iddia ve savunma makamlarının, her ikisinin de dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olarak davaya aktif katılımının sağlanması olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, şayet savcı tarafından ifade alınırken veya sulh ceza hakimince sorgu yapılırken kişinin suçlamasında esas alınan deliller açıklanmış ve tutuklama istemi ya da kararında bunlar temel alınmışsa, dosyaya erişimin kısıtlanmasının başlı başına bir ihlal yaratmadığı, AİHM kararlarına atıf yapılarak, belirtilmiştir<sup>309</sup>. Zira bu ihtimalde, kişi, tutukluluğuna esas alınan deliller hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Bu doğrultuda, ilgili bireysel başvurunun, bu yönden, açıkça dayanaktan yoksun olduğu; çünkü başvuranların savcılık sorguları ve tutukluluk kararına itirazları incelendiğinde, haklarında tutuklama isteminde bulunulmasına ve bu yönde karar verilmesine temel olan haber hakkında yeterli bilgi verildiği ve kendilerinin de söz konusu içerik doğrultusunda savunma yaptıkları ifade edilmiştir. Ayrıca, inceleme esnasında, başvuranların, CMK m.153'e göre erişimlerinin kısıtlanamayacağı bilirkişi raporları, ifadeleri ve kendi huzurlarında yapılan işlemlere ilişkin gizlilik kararı alındığı yönünde bir iddialarının olup olmadığı da değerlendirilmektedir.

<sup>308</sup> Anayasa Mahkemesi, Erdem Gül ve Can Dünder Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2015/18567, Karar Tarihi: 25.02.2016, par. 42 – 50.

<sup>309</sup> Anayasa Mahkemesi, Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2013/1631, Karar Tarihi: 17.12.2015, par. 177-178.

Söz konusu kararın esas incelemesinde, başvuranların tutukluluğunun tek dayanağının yaptıkları haber olduğunu da belirttiğinden, başvuranların içeriğe sorgularla hakim oldukları yönündeki değerlendirme, anlaşılabilirliktedir.

Anayasa Mahkemesi, kişiye suçlanmasına yol açan olayların detaylıca açıklandığı; olaydaki diğer şüphelilerin ifadelerindeki, başvuranla ilgili kısımların başvurana okunduğu, suçlamaya dayanak teşkil eden iletişimin tespiti tutanakları ile konuşma detaylarının açıklandığı ve banka tarafından gönderilen delillerin kişiye okunup ilgili el koyma kararı hakkında bilgi verildiği ve de kişiye bunlara karşı itiraz etme hakkı verildiği Deniz Özfırat başvurusunda, başvuranın deliller hakkında bilgi sahibi olduğunu kabul etmiştir<sup>310</sup>. Başvuranın, iletişimin tespiti ve teknik araçla izlemeye ilişkin tutanaklara ulaşmasının engellendiği iddiaları açısından, arama ve el koyma tutanaklarının kişiye verildiği; ancak iletişimin tespiti ile teknik araçla izleme tutanakları yönündeki kısıtlama kararının ilk derece mahkemesinin takdir alanında kaldığı ve Anayasa Mahkemesinin, Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği müddetçe, ilk derece mahkemelerinin kararlarındaki yorum ya da maddi hatalara ilişkin bireysel başvuru kararı hakkında hüküm verme yetkisi olmadığı belirtilerek, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme’nin, tutukluluğa ilişkin esas dayanağın başvuranın erişiminin olmadığı teknik araçla izleme ve kaydedilen telefon görüşmeleri olup olmadığı incelenmeksizin, dosya içeriğinin bir kısmına erişebildiği ve bunun da yeterli olduğu yönünde değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Başvuranların, suçlama ile ilgili 16 klasör ve 4585 sayfalık CD’nin gözaltı işlemleri sırasında, kolluk ifadesi anında verildiğini ve söz konusu belgelerin 4 günlük gözaltı süresi içerisinde incelenmesinin mümkün olmadığını belirttikleri Hikmet Kopar ve Diğerleri başvurusunda ise, başvuranların gerek savcılıkça alınan ifadeleri gerekse sulh ceza hakimince gerçekleştirilen sorguları

---

<sup>310</sup> Anayasa Mahkemesi, Deniz Özfırat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7929, Karar Tarihi: 01.12.2015, par. 88 - 90. Aynı yönde bkz. Erdal Korkmaz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/2653, Karar Tarihi: 18.11.2015; Hidayet Karaca Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2015/144, Karar Tarihi: 14.07.2015; İzzettin Alpergin Başvurusu, Başvuru No: 2013/385, Karar Tarihi: 14.07.2015.

incelendiğinde, kendilerine yöneltilen suçlamalara karşı ayrıntılı bir savunma gerçekleştirmiş oldukları ve bu sebeple başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu yönünde karar vermiştir<sup>311</sup>. Ancak, karşı oy yazısında öncelikle, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği öne sürülürken, kural olarak, ilgili ihlalin taraflardan biri hakkında olumsuz bir sonuç doğmasına yol açığının ispat edilmesi gerekmediği ve salt bir tarafa tanınan avantajın, diğer tarafa tanınmamasının, silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği; çelişmeli yargılama ile silahların eşitliğinin birbirini tamalar nitelikleri sebebiyle, birine uyulmamasının, diğerini de etkileyeceği belirtilmiştir. Fakat başvuruların, üçüncü kişilerin nezdinde bulunan delillere dayanılarak tutukluluklarına karar verilmesi ve kovuşturma evresine geçildiği halde, tutukluluklarına dayanak yapılan söz konusu bu delillere erişimlerinin kısıtlanması sebebiyle yapılan Yavuz Pehlivan başvurusunda, Mahkeme, bunun kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal eder nitelikte olduğu yönünde karar vermiştir<sup>312</sup>. Bu bağlamda özellikle vurgulanmalıdır ki; CMK'ya göre, soruşturma evresinde belirli şartlar altında müdafinin dosyaya erişiminin kısıtlanması mümkünken, kovuşturma evresinde bu yönde bir uygulamaya gidilmesine dayanak teşkil edecek bir hüküm de mevcut değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin, dosyaya erişim ile ilgili kararları incelendiğinde, AİHM kararlarına atıf yapmakla birlikte, AİHM'den katı bir tutum izleyebildiği gözlemlenmektedir. Özellikle, başvuranların dosya içeriğinin tamamına hakim olamadan gerçekleştirdikleri savunmanın, salt ayrıntılı olması öne sürülerek ihlal teşkil etmediğine dair kararın, karşı oy yazısında belirtildiği üzere, silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşır şekilde yorumlanması mümkün değildir. AİHM kararlarında savunmanın, tutukluluğa dayanak teşkil eden belgelere erişiminin olmaması durumunda, tutukluluğa itiraz hakkını, etkili bir biçimde

---

<sup>311</sup> Anayasa Mahkemesi, Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2014/14061, Karar Tarihi: 08.04.2015, par. 123.

<sup>312</sup> Anayasa Mahkemesi, Yavuz Pehlivan Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2013/2312, Karar Tarihi: 04.06.2015, par. 80 – 89.

kullanamayacağı ifade edilmektedir<sup>313</sup>. Bu bağlamda, şayet kişinin tutukluluk kararı ile tutukluluğunun devamına karar verilmesine temel alınan belgelere erişimi, kişi ile ilgili şüpheli hususları gözler önüne serip soruşturmayı tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle engellenmekteyse, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlal edilmektedir. Zira, soruşturmanın başarısı ve güvenliğini temin etmek için, bazı belgelerin savunma ile paylaşılmak istenmemesi anlaşılabilirse de; bu meşru amaca ulaşmak için, savunma hakkına oransız sınırlamalar getirilmesi kabul edilemez niteliktedir. Bu bağlamda, Garcia Alva - Almanya başvurusunda, kişinin, polis raporlarının içeriğine hakim olması; arama kararının bir örneğine erişmesi; hakkındaki suçlamalara dair bir liste verilmesi; hakim ile savcı tarafından hakkındaki suçlamalar hakkında bilgilendirilmesi ve de 27 sayfalık bir savunma yapılması, başvuranın tutuklamanın esas dayanağını oluşturan belgeye erişiminin olmayışı sebebiyle, yetersiz kabul edilmiştir<sup>314</sup>. Yine bu doğrultuda, kişilerden gizli tutulan delillerin değerlendirilebilmesi için, kişilere avukat atanması olumlu karşılanmaktaysa da; atanan özel avukatların, görevlerini etkili şekilde yerine getirebilmeleri için, tutukluların, gerekli talimatları verebilmelerini sağlayacak derecede, haklarındaki suçlamalara ilişkin olarak yeterince bilgi almış olmaları gerektiği ifade edilmektedir. Bunun sağlanmadığı durumlarda, tüm gizli belgelere erişimi olan avukatlar atanmış olsa dahi, şayet tutukluluğa esas alınan belgeler gizli belgelerse, AİHS m.5/4'ün ihlal edildiğine karar verilmektedir<sup>315</sup>.

Başvuranın savcı tarafından alınan ifadesi ile daha sonraki hakim sorgusunda, iletişimin tespiti yoluyla elde edilen bilgiler, baş şüphelinin ifadeleri ve tutukluluğuna yol açan teknik takip ile ilgili sorular sorulduğu ve de başvuranın müdafininin de yaptığı itirazlarda, iletişimin tespiti ile teknik takip

---

<sup>313</sup> Aynı yönde bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lamy v. Belgium, Application No: 10444/98, 30.03.1989, par. 28 - 29. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu yönde detaylı bir inceleme yapılmadığı hatırlatılmalıdır.

<sup>314</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Garcia Alva v. Germany, Application No: 23541/94, 13.02.2001, par. 41 - 43. Savunmaya davanın sonucuna etki etmeyecek belgeler tebliğ edilmemekle birlikte, savunmanın bilgilendirilip görüş bildirerek, muhakemeye katılımının sağlanması halinde ihlalin söz konusu olmayacağı yönündeki karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Jasper v. United Kingdom, Application No: 27052/95, 16.02.2000, par. 51 - 53.

<sup>315</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, A and Others v. United Kingdom, Application No: 3455/05, 19.02.2009, par. 219 - 220.

sonucu elde edilen verilere özellikle itiraz ettiği, Ceviz - Türkiye başvurusunda ise, Mahkeme, başvuranın dosya içeriğine hakim olduğu sonucuna varmıştır<sup>316</sup>. Ancak burada özellikle vurgulanmalıdır ki; Mahkeme, bu sonuca varırken somut bir biçimde tutukluluğun dayanağını teşkil eden unsurları tespit etmiş ve başvuran ile avukatının bizzat bu hususlara ilişkin açıklamalar yapmalarını göz önüne almıştır.

AİHM, üçüncü kişiler nezdinde olan belgeler üzerinden suçlanan başvuranların dosyaya erişimlerinin kısıtlanması ile ilgili yaptığı değerlendirmede ise, Anayasa Mahkemesi'nden farklı olarak, kısıtlamanın somut olaydaki koşullar içerisinde gerekli olduğuna dair öne sürülen Hükümet gerekçelerini de incelemiştir<sup>317</sup>. Bu doğrultuda, Mahkeme, başvuran aleyhindeki, kendisine faaliyetleri ile ilgili talimat verdikleri öne sürülen kişiler dahil, tüm delillerin toplanmış olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca, gizlenen delillerin başvurana sunulmasının, kendisinin örgüt içinde sahip olduğu iddia edilen daha alt kademedeki pozisyonu göz önüne alındığında, soruşturmayı olumsuz etkileyeceği yönünde bir çıkarım yapılamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, salt başvuranın önemli delillere erişimi olmaksızın, ayrıntılı bir savunma yapmış olmasını göz önüne almasının yanı sıra, bu nitelikte bir değerlendirme de yapmasının, yukarıda bahsedilen katı tutumunu değiştirebileceği kanaatindeyim.

### **2.3.5. Tutuklama Kararına Karşı İtiraz Mercii ve Usulü**

Tutuklananın, bu karara karşı itiraz kanun yoluna başvurması mümkündür. Mahkeme kararlarına esasen istinaf ya da temyiz kanun yolu tanınmış olmasına rağmen, istisnaen mahkemece verilen tutuklama kararına karşı itiraz edilebilmektedir<sup>318</sup>. CMK m.105'te, söz konusu istem hakkında üç gün içerisinde karar verilmesi öngörülmüştür; ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar

<sup>316</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ceviz v. Turkey, Application No: 8140/08, 17.07.2012, par. 43.

<sup>317</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ahmet Şık v. Turkey, Application No: 53413/11, 08.07.2014, par. 74.

<sup>318</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 513.

açısından bu süre, Cumhuriyet savcısının şüphelinin adli kontrol ile serbest bırakılmasını talep etmesi hali hariç, yedi gün olarak belirlenmiştir.

AİHS m.5/4'e göre böyle bir itiraz üzerine yapılacak inceleme öncelikle etkili ve elverişli olmalıdır. Buna göre 30 günlük aralıklarla duruşma yapılarak, bireylerin tutukluluk durumunun incelenmesi yeterli görülmekte; her tutukluluğa itiraz için, ayrı bir duruşma yapılmasının yargı sistemini tıkayacağı kabul edilmektedir<sup>319</sup>. 30 günlük sürelerle uyulmaması, kişinin serbest bırakılmasını gerektirmemektedir; ancak bu durumda kanunda öngörülen usule aykırılık sebebiyle devletten tazminat istenmesi mümkündür<sup>320</sup>. Ayrıca, bu esnada silahların eşitliğinin gözetilmesi şarttır. Sanığın tutukluluk durumuna ilişkin inceleme yapılırken, Cumhuriyet savcısının görüşü alınmasına karşın; sanık ve müdafisine bu görüşler tebliğ edilmemişse, silahların eşitliği ilkesi zedeleneceğinden, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali yönünde karar verildiği görülmektedir<sup>321</sup>. Aynı zamanda, başvuranın herhangi bir karar olmaksızın tutuklandığı ve buna ilişkin itirazlarını ilk kez dile getirme fırsatı bulacağı duruşmanın, başvuran ile avukatı katılmaksızın gerçekleştirilmesinin silahların eşitliği prensibine aykırı olacağı belirtilmiştir. Bahsedilen Belevitskiy - Rusya başvurusunda, tutukluluğa ilişkin kararın şablon bir karar olması ve yalnızca kişinin isminin el ile doldurulmasının, etkili bir inceleme sayılmamaktadır<sup>322</sup>.

Ayrıca, Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan, kişinin hürriyetinin kısıtlanması ile ilgili itirazlarının hakim ya da yargısal yetkileri haiz bir resmi görevli tarafından incelenmesi gerektiğine ilişkin hüküm, kişinin özgürlüğünün

---

<sup>319</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Desa v. Poland*, Application No: 62324/00, 12.12.2006, par. 46 - 50 ve *Saghinadzade and Others v. Georgia*, Application No: 18768/05, 27.05.2010, par. 147 - 151. 2 ve 4 aydan uzun süreler boyunca mahkeme huzuruna çıkma hakkını kullanamamasının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiği yönündeki AIHM kararı için bkz. *Erişen and Others*, Application No: 7067/06, 03.04.2012, par. 51 - 54.

<sup>320</sup> Aldemir, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri*, s. 211.

<sup>321</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Çatal v. Turkey*, Application No: 26808/08, 17.04.2012, *Saghinadzade and Others v. Georgia*, Application No: 18768/05, 27.05.2010, par. 152 -154.

<sup>322</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Belevitskiy v. Russia*, Application No: 72967/01, 01.03.2007, par. 110 – 112.

idarece sınırlanmasında, oldukça önemli bir güvence olarak kabul edilmektedir<sup>323</sup>. AİHM, tutukluluğa dair yapılacak bir incelemenin söz konusu bu hüküm ile uyumlu olabilmesi için, kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasını gerektiren ya da buna aykırı olan tüm koşulların bir arada göz önüne alınarak makul bir süre içinde değerlendirilmesi; bunun sonucunda tutukluluğun haklı olup olmadığına karar verilmesi; haksız olduğu kanaatine varılırsa, tutukluluğu sonlandırabilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, tutukluluğun haklı olup olmadığına dair bir inceleme yapılmasının şart olduğu; kişinin hakim karşısında çıkmış olduğu durumlarda dahi, yalnızca savcılığın dava açılmasını talep ettiği belirtilerek kendisine karşı yapılan başvuru hakkında bilgi verilmesi ve davaya etki edecek hususla ilgili ifadesinin alınmasının, tutukluluk incelemesi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmaktadır. Ayrıca, incelemede kullanılacak yargısal yetkiler ile ifade edilmek istenenin, makamın gerek idareden gerekse taraflardan bağımsız olmasını kapsadığı belirtilmektedir<sup>324</sup>. Objektif bir görünümün, bu bağımsızlık açısından gerekli olduğu; bu doğrultuda incelemeyi yapan makamın, muhakemenin ilerleyen safhalarında iddia makamı adına muhakemeye dahil olması halinde, bağımsızlık ve tarafsızlık koşullarının şüpheye düşeceği kabul edilmektedir. Bunun bir sonucu olarak, savcıların, öncelikle başsavcılığa ve bunun ardından doğrudan adalet bakanlığına bağlı oldukları koşullarda, tarafsızlık şartının gerçekleştiğini kabul etmenin mümkün olamayacağı ve dolayısıyla, böyle bir sistemde savcıların tutukluluğa itirazlara ilişkin karar vermesinin Sözleşme'nin 5. maddesi ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir. Yine bu doğrultuda, Sakık ve Diğerleri başvurusunda, tutuklamaya karar veren tek yargıcın, aynı zamanda itirazları da inceleyen merci olarak belirlendiği farklı bir başvurudaysa, bu husus incelenmeden önce, başvuranların 12 ve 14 gün gözaltına tutuldukları; ancak, tutuklamayı incelemesi gereken tek yargıcın, bu sürelerin uzunluğu karşısında herhangi bir müdahalede bulunmaması sebebiyle, Sözleşme metninin aradığı “süratle inceleme” olgusundan söz

<sup>323</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pantea v. Romania, Application No: 33343/96, 03.06.2003, par. 229 – 233.

<sup>324</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pantea v. Romania, Application No: 33343/96, 03.06.2003, par. 236 – 239.

edilmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır<sup>325</sup>. Ayrıca, şu ana kadar, tek yargıca tutukluluğa itiraza ilişkin yapılan herhangi bir başvurudan olumlu sonuç alınabildiğini ortaya koyan önemli bir kararın mevcut olmadığı tespit edilmiş ve bunun da AİHS m.5/4'ü ihlal eder nitelikte olduğuna hükmetmiştir.

Bu bağlamda, Türk mevzuatına bakıldığında, sulh ceza hakimliklerinin, kuruldukları andan itibaren kamuoyunda çokça tartışıldıkları görülmektedir. Bunun uzantısı olarak Anayasa Mahkemesi'nin önüne, sulh ceza hakimliklerinin Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde başvurular gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu görüşleri ilk olarak, somut norm denetimi usulü ile inceleyerek reddetmiştir. Buna gerekçe olarak sulh ceza hakimlerinin de HSYK tarafından tıpkı asliye ceza hakimleri gibi atanmaları, hakimlik teminatı ile bağımsızlığı içerisindeki sistemde yer almaları, soruşturma evresinde uzmanlaşmış hakimliklerin kurulmasının hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyumlu olması, sulh ceza hakimliklerinin genel bir kaide gereği tüm ceza soruşturmalarında görevli olmaları gösterilmiştir. Ayrıca, sulh ceza hakimliklerinin işleyişinde, tarafsız hareket etme imkanları olmadığını ortaya sürecektir hiçbir gerekçe bulunmadığı; hakimın tarafsızca karar vermemesi halinde, hakimi davaya bakmaktan alıkoyacak hükümlerin mevcut olduğu vurgulanmıştır. Hakimlikler arasındaki yatay denetim sistemininse, kanun koyucunun takdir alanında bulunduğu ve hukukun üstünlüğü ya da adil yargılanma hakkı ile uyduğu ifade edilmiştir<sup>326</sup>. Mahkeme, daha sonraki bir tarihte ise, bireysel başvuru yoluyla, sulh ceza hakimliklerinin doğal hakim, tarafsız ve bağımsız hakim ilkelerine aykırılık iddialarını değerlendirmiştir. Mahkemece, somut olayda aynı soruşturma kapsamında Cumhuriyet savcılarınca talep edilen tutukluluğun, sulh ceza hakimliklerince reddedildiği tespit edilmiştir. Ayrıca, sulh ceza hakimlerinin, genel bir kanuna dayanarak ve HSYK tarafından atandıklarını, somut olayda başvuranlara yönelik önyargılı bir tutum gözlemlenmeksizin siyasal veya kişisel nedenlerle bağımsız ve tarafsız davrandıklarının kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Son olarak, Anayasa

---

<sup>325</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sakık and Others v. Turkey, Application No: 23878/94, 26.11.1997, par. 49 – 53.

<sup>326</sup> Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2014/164, Karar No: 2015/12, Karar Tarihi: 14.01.2015.

Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırılığa ilişkin yapılan denetime atf yapılarak söz konusu kararda herhangi bir aykırılık bulunmadığı yönünde sonuca varıldığı hatırlatılmış ve başvuru, açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur<sup>327</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları tartışmalıdır. Zira, Venedik Komisyonu tarafından sulh ceza hakimliklerine ilişkin yayınlanan raporda, kurulan sistemin kendi içerisinde pek çok sorun barındırdığı gözlemlenmiştir. Bu doğrultuda, itiraz sisteminin, dikey değil de yatay olmasının, kapalı devre bir sistem oluşturduğu; bunun da sulh ceza hakimliklerinin getirilme amaçlarından biri olan, “koruma tedbirlerinde ortak bir standart yaratma”ya ulaşmayı güçleştireceği; çünkü, hiyerarşi olmaksızın, birçok ayrı bölge içerisinde bir içtihat birliği yaratılmasının güç olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, böyle bir sistemin, tutukluluk incelemesi açısından “tarafsız” bir inceleme yapılacağı hususunda şüphe doğuracağı söylenmiştir. Zira, sulh ceza hakimlerinin, birbirlerine denk deneyim ve vasıflarda oldukları, aynı yerde çalışıp birbirlerinin işlerine bakan meslektaşlar olmalarının, birbirlerine duydukları güven ile birbirlerinin itibarlarını koruma isteğinin sonucunda, birbirlerinin kararlarına saygı duyacakları ve bu durumun da gerçek bir inceleme yapmalarını engelleyeceği ifade edilmektedir. Hakimlerin uzmanlığı öne sürülmekteyse de neden bu uzmanlığa yalnızca soruşturma aşamasında gerek duyulduğu veya bu görüş kabul edilse dahi, internete erişim ve trafik cezaları gibi, ceza davasına bağlı koruma tedbirlerinin dışındaki pek çok konunun da sulh ceza hakimliklerinin görev alanına bırakıldığına anlaşılamadığı belirtilmiştir. Üstelik Komisyon, sulh ceza hakimlerince verilen ve incelemiş bulunduğu tutukluluğun itirazını redde dair kararlarda, gerekçelerin ya soyut ve ilk kararın kanuna aykırı olmadığını belirten şekilde standart bir şablon ya da müdahaleyi haklı kılmayacak nitelikte olduğunu gözlemlemiştir. Yatay denetim sisteminin, söz konusu bu durumun oluşmasına ortam hazırladığı vurgulanmıştır<sup>328</sup>.

<sup>327</sup> Anayasa Mahkemesi, Hidayet Kararca Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2015/144, Karar Tarihi: 14.07.2015, par. 78 - 80 ve Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2014/14061, Karar Tarihi: 08.04.2015, par. 111 - 115.

<sup>328</sup> Avrupa Hukuk yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş, s. 7 - 13. Sulh ceza hakimliklerinin

sorunlarının temelini oluşturduğu ifade edilen yatay inceleme sisteminin, aşağıda AİHM kararları incelenirken anlaşılacağı üzere, AİHM'nin aradığı tutukluluğa ilişkin etkili bir denetim gerçekleştirilmesini engeller nitelikte olduğu kanaatindeyim. Özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla verilen kararda yer alan karşı oy yazısında belirtildiği üzere, bu husus, AİHS 7 No'lu Ek Protokol'un 2. maddesi ile de ters düşmektedir. Zira, bu durum, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkının bir uzantısı olup cezai suçtan mahkum edilen bireyin, istisnai haller hariç tutulmak kaydıyla, mahkumiyet veya ceza hükmünün, bir üst mahkemede tekrar incelenmesini talep edebilmesi hakkı ile bağdaşmamaktadır. Yine karşı oy yazısında da vurgulandığı üzere, hükmün, cezayı verenden daha üst bir mahkemece incelenmesi, evrensel kabul görmüş bir ceza hukuku prensibi olduğu gibi; bu işleme temyiz kavramının doğası gereği de ihtiyaç duyulmaktadır. Tutukluluğa itirazın da temyiz ile aynı mantıkta olduğu ve bu sebep ile yeniden incelemeye ilişkin özelliğinin göz önüne alınması gerektiği düşünüldüğünde, mevcut sistemin AİHM'nin aradığı standartlardan uzaklığı daha iyi anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne, tutukluluğa ilişkin itirazı inceleyen merci dışında, bu itirazların incelenme usulü ile ilgili başvurular da yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlanması halindeki teminat olan, en kısa sürede yetkili merciye başvuru imkanının teminatını, tutukluluk itirazlarının duruşmalarda, hakim önünde incelenmesi olarak kabul ettiğini belirtmiştir<sup>329</sup>. Ancak, AİHM'ce tutukluluğuna itiraz eden kişi, salıverilmesine ilişkin kararı veren ilk derece mahkemesi önünde hazır bulunduğu ve fakat itiraz incelemesinin yapıldığı mahkemeye katılmaması veya

---

tabii hakim prensibine aykırı olduğu yönünde bkz. Kemal Gözler, Sulh Ceza Hakimlikleri ve Tabii Hakim İlkesi, <http://www.anayasa.gen.tr/tabii-hakim.htm> (Erişim Tarihi: 05.05.2017); Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2015, s. 370.

<sup>329</sup> Anayasa Mahkemesi, Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2012/1158, Karar Tarihi: 21.11.2013, par. 59. Ancak başvuranın yargılandığı davadaki tutuklu sanık sayısı gibi davanın özel koşulları dikkate alındığında, ilk derece mahkemesinin, haftanın 4 günü duruşma yapmasına rağmen, 1 ay 28 günlük bir süre içerisinde tutukluluk incelemesi yapması örneğinde, davanın olağanüstü koşulları sebebiyle, bir ayı geçen bu süre, Anayasa Mahkemesi tarafından makul bulunmuştur ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edilmediği yönünde karar verilmiştir. Mehmet Haberal Başvurusu, Başvuru No: 2012/849, Karar Tarihi: 04.12.2013, par. 127-128.

itirazın duruşma yapılmaksızın incelenmesi halinde, silahların eşitliği ilkesi gözetildiği müddetçe, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlal edilmiş kabul edilmemektedir. Şayet, Cumhuriyet savcısı, itiraz incelemesinde hazır bulunmamış ve herhangi bir görüş bildirmemişse, silahların eşitliği ilkesinin gözetildiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu bağlamda, tutukluluğa ilişkin her itirazın mahkemelerce dinlenmesi gerekmekte; fakat kişinin, makul aralıklarla dinlenmesi yeterli görülmektedir. Makul aralık kavramıysa, CMK'da da esas alınan, bir aylık süre temel teşkil etmektedir. Zira, her itiraz incelemesinin duruşmalı yapılması, itiraz incelemesinin kısa sürede karara bağlanmasını gerektirdiği de düşünülürse, yargı sistemini işlemez hale getirebilmektedir. Tüm bunların sonucundaysa, bir ayın altında olup peş peşe gelen tutukluluk incelemelerinin, silahların eşitliği ilkesi gözetildiği müddetçe, duruşma açılmaksızın gerçekleştirilmesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali olarak kabul edilmemektedir<sup>330</sup>.

Anayasa Mahkemesi, makul aralıklarla yapılmak koşuluyla, salt duruşmasız bir incelemenin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal etmeyeceğini belirtmekle beraber; böyle bir inceleme esnasında, iddia makamının görüşüne başvurulup bu görüş savunmaya bildirilip, savunmaya cevap hakkı tanınmazsa, bu durumun, ihlal teşkil edeceğini kabul etmektedir<sup>331</sup>. Bu

---

<sup>330</sup> Anayasa Mahkemesi, Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2013/1631, Karar Tarihi: 17.12.2015, par. 183-189; Anayasa Mahkemesi, Serkan Akbaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/2342, Karar Tarihi: 21.01.2016, par. 112-121. Başvuranların tutukluluk itirazlarının, 3 ayı aşkın süre boyunca duruşma yapılmaksızın incelenmesi sebebiyle kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının ihlal edildiği yönündeki karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, Ulaş Kaya ve Adnan Ataman Başvurusu, Başvuru No: 2013/4128, Karar Tarihi: 18.11.2015. Hakim önüne çıkarılma kavramı ile ilgili olarak, SEGBİS vasıtasıyla, bir aylık süre geçirilmeksizin duruşma yapılması, kişinin duruşmaya katılımının sağlandığı doğrultusunda kabul edilmektedir. Buna dayanak olarak, SEGBİS vasıtasıyla yapılan duruşmalarda, gerek bireyin gerekse salondakilerin birbirlerini duyarak, birbirlerine cevap verebildikleri ve AİHM'in de video konferans yoluyla katılım sağlanan duruşmalarda, kişi, diğerlerine göre açıkça dezavantajlı duruma düşmediği müddetçe, sanığın mahkemede hazır bulunduğunu kabul eden kararına atıf yapılarak, SEGBİS'in katılım şartını ihlal etmeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, Erdal Korkmaz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/2653; Karar Tarihi: 18.11.2015, par. 99-104. Kararda atıf yapılan AİHM kararı için bkz. Marcello Viola v. Italy, Application No: 45106/04, 05.01.2007, par. 76.

<sup>331</sup> Anayasa Mahkemesi, Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2012/1158, Karar Tarihi: 21.11.2013, par. 77 - 79. Aynı yönde bkz. Mehmet Haberal Başvurusu, Başvuru No: 2012/849, Karar Tarihi: 04.12.2013, par. 131-132.

doğrultuda, CMK’da, duruşma dışında yapılan tutukluluk incelemesine ilişkin karar verilirken, gerek Cumhuriyet savcısının gerekse sanık ve müdafinin görüşünün alınmayacağı yönünde yapılan değişiklik göz önüne alınmış; duruşma yapılmaksızın Cumhuriyet savcısının görüşü alınmış ve fakat bu görüş sanığa bildirilmemişse; silahların eşitliği ilkesi zedeleneceğinden, doğrudan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Aksi durumlarda, taraflar hakim önünde dinlenerek silahların eşitliği ilkesine uyulmalıdır. Dosya hakkında gizlilik kararı mevcut olsa dahi, en azından tutuklulukla ilgili belgelere erişim sağlanmalıdır. İtiraz üzerine verilen kararlar da gerekçeli olmalıdır<sup>332</sup>. AİHM, bu şekilde savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabilmesini güvence altına almaktadır.<sup>333</sup> Mahkemenin, Türkiye ile ilgili verdiği kararlarda özellikle, tutukluluk boyunca somut bir açıklama getirmeksizin, soyut ve basmakalıp gerekçeleri tekrarlayarak karar verilmesini eleştirmektedir<sup>334</sup>. AİHM’in bir diğer eleştirisiyse, tutukluluğa ilişkin inceleme esnasında çelişmeli yargılama güvencesinin bulunmayışdır. Zira CMK m.102/3’te tutukluluğun uzatılmasına ilişkin kararların savcı, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verileceğinin belirtilmiş olması, dinlemeden bahsedilmemesi nedeniyle kararın, duruşmasız ve dosya üzerinden verilebileceği olarak anlaşılmaktadır. 2013 yılında yapılan değişiklikle ise böyle bir kararın duruşma dışında alınması halinde görüş alınmayacağı ifadesi eklenerek AİHM’in aradığı çelişmeli yargılama ilkesinden daha da uzaklaşmıştır. Zira AİHM, tutukluluğa ilişkin yargılamanın, sanık için duruşma sırasında karşılıklı ithamları dile getirmeyi sağlayacak nitelikte olmadığını vurgulamaktadır<sup>335</sup>. Bu durum aynı zamanda gıyapta tutuklama kararı verilmesi anlamına geldiği için, CMK sistemine de aykırıdır<sup>336</sup>. Madde gerekçesinde; Cumhuriyet savcısının

---

<sup>332</sup> Osman Doğru, “Sanık Ögüten Çarklar”: İnsan Hakları Açısından Türkiye’de Ceza Adalet Sistemi, TESEV Demokratikleşme Programı Siyasa Raporları Serisi, TESEV Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012, s.45.

<sup>333</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 307.

<sup>334</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 337.

<sup>335</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Adıyaman ve Erman v. Turkey, Application No: 24572/08, 26.10.2010, par. 21.

<sup>336</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 346.

mütalaasının taraflara tebliğ edilmeyişinin silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama prensiplerine aykırı olduğu belirtildikten sonra durumu daha iyi kılacak bir düzenleme getirmek yerine, duruşma dışı hallerde iddia ve savunma makamından görüş alınmayacağına belirtilmesiyle, başka bir çelişkidir<sup>337</sup>.

### 2.3.5. Tutuklulukta Makul Süre

Anayasa Mahkemesi, makul süre yönünden inceleme yaparken, matbu gerekçelerle, kişiselleştirme yapılmaksızın ve adli kontrol tedbirinin neden yetersiz bulunduğu açıklanmaksızın yapılan tutuklamanın; öncelikle, Anayasa'nın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen m.19/7'ye göre, ceza soruşturması kapsamında tutuklanan bireylerin, haklarındaki yargılamanın makul bir sürede tamamlanmasını ve soruşturma ya da kovuşturma süresince, serbest bırakılmayı talep etme hakları mevcut olduğunu hatırlatmıştır<sup>338</sup>. Bu bağlamda, AİHM içtihatları doğrultusunda, tutukluluk süresinin makul olup olmadığının, her somut olayın kendi özelliklerine göre incelenmesi gerektiği ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, masumiyet karinesinin zedelenmemesi için, ancak bu haktan daha ağır basan bir kamu yararı mevcutsa sınırlanabileceği vurgulanmıştır. Tutuklu yargılamada, tutuklamanın makul süreyi aşmaması hususunda, öncelikli görevin ilk derece mahkemelerinde olduğu ve bu nedenle mahkemelerin, tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında, kamu yararına dair tüm olguları açıklamaları gerektiği, Anayasa Mahkemesince belirtilmiştir. Tutuklama için CMK'da sayılmış olan tutuklama sebepleri, ilk başta yeterli kabul edilebilecektir; ancak belirli bir süre geçtikten sonra, gerekçede, açıkça bu sebeplerin neden hala devam ettiğinin kabul edildiğinin, kişiselleştirme yapılarak, açıklanması gerekmektedir. Şayet bu gerekçeler “yeterli” ve “ilgili” ise, tutuklu yargılamada gerekli özenin gösterilip gösterilmediği incelenmelidir. Gerekli özenin gösterilip

<sup>337</sup> Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Şerhi, s. 368 - 369.

<sup>338</sup> Anayasa Mahkemesi, Hüseyin Arasan Başvurusu, Başvuru No: 2014/4246, Karar Tarihi: 06.05.2015, par. 71 - 74. Aynı yönde bkz. Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2012/1158, Karar Tarihi: 21.11.2013, par. 56.

gösterilmediği konusundaysa, davanın karmaşıklığı ya da sanık sayısı gibi her davanın kendi somut özellikleri üzerinden sonuca varılmaktadır.<sup>339</sup>

Kişinin tutukluluk süresi hesaplanırken, AİHM kararlarında belirlendiği üzere, şayet tutuklama yakalama işleminin peşi sıra gelmişse, yakalama tarihi; kişi doğrudan tutuklanmışsa, tutuklama kararının tarihi, tutuklamanın başlangıcı olarak ele alınmaktadır. Kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ve tutukluluğu devam etmekteyse; tutukluluk süresinin, mahkumiyet kararı ile bittiği kabul edilmekte ve devam eden tutukluluk mahkumiyete bağlı tutukluluk olduğu için, ayrıca ele alınmaktadır<sup>340</sup>.

Bu prensipler doğrultusunda incelemesini yapan Mahkeme, 10 aylık tutukluluk süresinin makul olmadığı iddiasıyla yapılan Deniz Özfirat başvurusunda, başvurana atfedilen suçun örgütlü bir suç olması; delillerin toplanamamış olması, kişiye atfedilen suçun niteliği ile elde edilen delillerin kuvvetli suç şüphesini ortaya koyduğunu belirten mahkeme kararının yeterli gerekçeyi içerdiğini kabul etmiştir<sup>341</sup>. Bu başvuruda, savcılıklar arası çıkan yetki uyuşmazlığının, kişi tutuklandıktan 6 ay sonra iddianame düzenlenmesini engellemediğini ve mahkemeler arası yetki uyuşmazlığı çıkmışsa da kişinin bu uyuşmazlığın çözülmesi beklenmeden tahliye edildiğini; dolayısıyla salt yetki uyuşmazlığı çıkmasının tutukluluğun makul süreyi aşmasına yol açtığını kabul etmenin mümkün olmadığını belirterek, başvuruyu, söz konusu iddia yönünden reddetmiştir.

Yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda, tutuklama süresinin makullüğü incelenirken, öncelikle tutuklama kararlarının gerekçelerine dikkat edilmektedir. Ancak, itiraz ve temyiz incelemelerinde, incelemeye konu mahkeme kararına atıf yapılması halinde, gerekçenin kısa ve yetersiz olduğu kabul

---

<sup>339</sup> Yusuf Solmaz Balo, Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihani, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2015, s. 35

<sup>340</sup> Anayasa Mahkemesi, Hanefi Avcı Başvurusu, Başvuru No: 2013/2814, Karar Tarihi: 18.06.2014, par. 60.

<sup>341</sup> Anayasa Mahkemesi, Deniz Özfirat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7929, Karar Tarihi: 01.12.2015, par. 68 – 76.

edilmemektedir<sup>342</sup>. Mahkeme'nin, tutuklama kararında atıf yaptığı delillerin, üçüncü kişiler nezdindeyken ele geçirilen deliller olması ve söz konusu bu delillere, sanıklar ve müdafilerinin erişiminin kısıtlanması halindeyse; tutukluluğa etkili bir itiraz yapılmadığı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda, tutuklamanın gerekçesinin, tutuklamayı haklı kılar nitelikte olmadığı ve bu şekilde gerçekleşen bir yılın üzerindeki tutuklamanın, makul süre olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı yönünde karar verilmiştir<sup>343</sup>. Yine tutuklama kararının gerekçesinde, davanın genel şartlarının yanı sıra, başvuranın özel durumunun da gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda, aynı davada yargılanmakta olan sanıkların kaçması ya da kaçmaya teşebbüs etmesi öne sürülerek, diğer sanık hakkında tutukluluğun devamı yönünde karar verilmesi, gerekçenin kişiselleştirilmemiş olduğunu ortaya koyduğu ve masumiyet karinesi ile bağdaşmadığı için, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir. Başvuranın, sağlık durumu sebebiyle tutukluğuna ilişkin kararın makul gerekçelere dayanmadığını öne sürdüğü bireysel başvurudaysa, Anayasa Mahkemesi, Adli Tıp Raporunda, kişinin, hastane dışı koşullarda hayatını idame ettirebilecek durumda olmadığını belirtildiğini ve dolayısıyla bu raporun, başvuranın kaçabilecek durumda olmadığı anlamına geldiğini belirtmiştir<sup>344</sup>. Bu bağlamda, kişinin tutukluluk gerekçesi incelenmiş ve belirtildiği üzere, yalnızca davanın genel durumuna dayanılmaması gerektiğini, kişinin durumunun da dikkate alınmasının bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır. Kişinin, belirtilen sağlık koşulları göz önüne alındığında, nasıl kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair somut bir açıklama bulunmadığını ve bu nedenle, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

---

<sup>342</sup> Anayasa Mahkemesi, Hanefi Avcı Başvurusu, Başvuru No: 2013/2814, Karar Tarihi: 18.06.2014, par. 70-71.

<sup>343</sup> Anayasa Mahkemesi, Yavuz Pehlivan Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2013/2312, Karar Tarihi: 04.06.2015, par. 87 – 88.

<sup>344</sup> Anayasa Mahkemesi, Levent Ersöz Başvurusu, Başvuru No: 2013/5274, Karar Tarihi: 16.07.2014, par. 100-103.

Mahkeme, bireysel başvurularda, başvuranların, milletvekilliğinden kaynaklanan özel profilini de göz önüne alarak karar vermektedir<sup>345</sup>. Söz konusu Mehmet Haberal başvurusunda Mahkeme, öncelikle, diğer sanıkların kaçması gibi kişiselleştirme yapılmaksızın dayanılan tutuklama sebeplerinin, tutuklama kavramına aykırı düştüğünü belirtmiştir. Özellikle kişinin milletvekili seçildiği düşünüldüğünde, ortaya farklı bir durumun çıktığı vurgulanmıştır. Çünkü, bu halde, kişinin tutuklu yargılanmasından elde edilecek kamu menfaati ile kişinin bireysel kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yanı sıra, milletvekili seçilmiş olmasından dolayı, halkın siyasi iradesinin de denkleme katıldığını ve dolayısıyla, bir kamu yararının daha dengesinin gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM'in de bu yöndeki kararları vurgulandıktan sonra, yasama dokunulmazlığı ile seçme ve seçilme hakkının, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasını düzenleyen Anayasa'nın 14. maddesi ve AİHS çerçevesinde sınırlanması mümkünse de; kişinin tutuklu olmasının, milletvekili seçilme hakkının fiilen kullanılabilmesini bütünüyle engellediği ve bu yönüyle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması şartlarından, hakkın özünü zedelememe ile uyuşmadığı ifade edilmiştir. Özellikle, somut olay bazında, adli kontrol tedbirinin yeterince göz önüne alınmadığı ve kişiselleştirmeden uzak tutuklama gerekçelerinin, gerek masumiyet karinesi gerekse temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların dar yorumlanması prensibi ile bağdaşmadığı vurgulanmıştır. Tüm bunların sonucunda, başvuranın milletvekili seçilmesiyle birlikte ileri sürmüş olduğu iddiaların tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerektiği gibi değerlendirilmediğine ve dolayısıyla, başvuranın seçilmiş bir milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma ve temsil hakkı ile davanın tutuklu sürdürülmesindeki kamu yararı arasında ölçülü bir denge kurulmadığı kanaatine varılmıştır. Böylece kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yanı sıra, bu hakla bağlatılı olarak seçme,

---

<sup>345</sup> Anayasa Mahkemesi, Mehmet Haberal Başvurusu, Başvuru No: 2012/849, Karar Tarihi: 04.12.2013, par. 96-116; Mustafa Ali Balbay Başvurusu, Başvuru No: 2012/1272, Karar Tarihi: 04.12.2013, par. 110 - 119. Kararlarda atıf yapılan AİHM kararları için bkz. Mathieu, Mohin and Clerfayt v. Belgium, Application No: 9267/81, 02.03.1987; Zdanoka v. Latvia, Application No: 58278/00, 16.03.2006; Yumak and Sadak v. Turkey, Application No: 10226/03, 08.07.2008.

seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının da ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.

Milletvekilliği ile ilgili bahsedilen bu kararın aksine, başvuranın KESK'e bağlı Tüm-Bel-Sen Genel Sekreteri olduğu İzzettin Alpergin başvurusunda, Mahkeme, başvuranın profilini dikkate almamış ve tutuklama kararında yeterli gerekçelerin sunulduğunu, kuvvetli suç şüphesinin var olmadığını söyleyemeyeceğini belirterek, makul sürenin aşılmadığı yönünde karar vermiştir<sup>346</sup>. Söz konusu bu karara ilişkin yazılan karşı görüş açıklamalarıdaysa; tutukluluğun makul süreyi aşp aşmadığı incelenirken, tutuklanan kişinin gazetecilik ya da sendikal faaliyetlerinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Zira, sendika üyeliği, tıpkı milletvekilliği örneğinde olduğu gibi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yanına eklenen bir kamu yararını barındırmaktadır. Bu şekilde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yanı sıra, genel bir katılım içeren temel hak ve özgürlüklere ilişkin getirilen sınırlamalarda, ölçülülük ilkesinin göz önüne alınıp alınmadığına daha hassas bir şekilde yaklaşılmalıdır. Aksi halde, bahsedilen özgürlüklerin içinin boşalması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda, sendika üyelerinin, faaliyetleri veya siyasi açıklamaları dolayısıyla makul olmayan sürede tutuklanacaklarını düşünmeleri, bireyleri, söz konusu bu faaliyetlerden kaçınmaya yönlendirecek ve kamu üzerinde caydırıcı bir etkiyi haiz olacaktır. AIHM de aynı doğrultuda, sendika üyelerine, sendikal faaliyetleri sebebiyle verilecek en hafif cezanın dahi caydırıcı bir etkisi olacağını vurgulamaktadır<sup>347</sup>. Olası bu caydırıcı etki düşünüldüğünde, haklı olarak, tahliye talebinin reddine ilişkin gerekçelerin yeterli olduğu belirtilerek, usulden red kararı verilmesi eleştirilmektedir.

Mahkeme'nin makul süreye ilişkin kararlarının, büyük ölçüde AIHM standartlarına yakın olduğu gözlemlenmekle birlikte; ihlal bulmadığı kararlar incelendiğinde, bu esnada yalnızca tutukluluğun devamı için makul şüphe oluşturan olguları ele aldığı ve başvuranın profili, kaçma olasılığı, delillerin

<sup>346</sup> Anayasa Mahkemesi, İzzettin Alpergin Başvurusu, Başvuru No: 2013/385, Karar Tarihi: 14.07.2015, par. 79 – 84.

<sup>347</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kaya and Seyhan v. Turkey, Application No: 30946/04, 15.12.2009, par. 30; Ezelin v. France, Application No: 11800/85, 26.04.1991, par. 43.

toplanıp toplanmadığı gibi olguları, ihlal bulduğu kararların aksine, göz ardı ettiği belirlenmektedir. Mahkeme, bu hususlarla ilgili, ilk derece mahkemelerince belirtilen “delilleri karartma şüphesi”, “kaçma olasılığı bulunması” gibi soyut gerekçeleri, ihlal bulduğu kararların aksine, yeterli görmektedir.

Konu hakkındaki AİHM kararları incelendiğinde, tutukluluğun, masumiyet karinesi prensibine rağmen, kişi özgürlüğünün sınırlanmasını gerektiren bir kamu yararının mevcudiyetine dair birtakım göstergelerle haklı kabul edilebildiği gözlemlenmektedir. Haklılığı kabul edilen bir tutukluluğunsa, makul süreyi aşmaması gerektiği, bunu sağlama yükümlülüğünün, kararlarında kamu yararının leh ve aleyhindeki tüm olguları inceleyerek ele alması gereken ulusal mahkemelerde olduğu ve bunun sonucu olarak AİHM’nin yapacağı incelemenin söz konusu bu kararların gerekçeler ile taraflarca sunulan delillere dayalı olacağı belirtilmiştir. Kişinin yakalandığı anda haklı kabul edilebilecek tutukluluk nedeninin, belirli bir süre geçtikten sonra yetersiz kalacağı ve yargı mercilerince sunulan yeni gerekçelerin de incelemeye tabi tutulacağı ifade edilmektedir. Söz konusu bu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” ise ve ulusal mahkemeler işlemleri yürütürken, davanın karmaşıklığı ve kendine özgü koşulları içerisinde gerekli özeni göstermişse, AİHM, ancak bu durumda devam eden tutukluluğun haklılığını kabul etmektedir<sup>348</sup>. Bu doğrultuda, “delillerin durumu”, “suçun niteliği”, “dava dosyasının içeriği” ifadeleri, ciddi suç göstergeleri olarak ele alınmakla birlikte; yaklaşık 8 sene devam etmiş olan tutukluluk için “ilgili” ve “yeterli” görülmemektedir. Yine Mahkeme, tutukluluk süresinin makullüğünün, somut olayın koşullarından bağımsız, soyut bir biçimde incelenemeyeceğini ve bu nedenle, 8 aylık tutukluluk süresinin, birçok dava açısından kısa kabul edilebilecek olmakla birlikte, söz konusu somut dava açısından makul kabul edilemeyeceği yönünde karar vermektedir<sup>349</sup>. Ancak, tutukluluk süresinin makullüğüne dair bu beklentinin, ulusal yargı makamlarına ya bireyleri makul süre içerisinde yargılama ya da dava sonuçlanana kadar mecburi bir serbest

<sup>348</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Solmaz v. Turkey, Application No: 27561/02, 16.01.2007, par. 41 – 44.

<sup>349</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Khayredinov v. Ukraine, Application No: 38717/4, 18.12.2014, par. 38 – 42.

bırakma seçeneklerinden birini uygulama anlamına gelmediğini hatırlatmaktadır. Ayrıca, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde, buna dair özel sebepleri ortaya koyma görevinin ulusal makamlarda olduğu; bu konudaki ispat yükünü tersine çevirmenin, tutuklamanın istisnai özelliğine aykırılık teşkil edeceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kişinin tutukluluğunun devamına ilişkin kararlarda, kendisine atfedilen suçlamaların ağırlığı dolayısıyla muhakemeden kaçınacağı ve bu sebeple muhakemeyi tehlikeye düşüreceğine dair varsayımlar dışında herhangi bir somut olgu sunulmadığı; yaklaşık 3 aylık uzama süresininse, büyük ölçüde diğer sanıkların davaya hazırlanabilmesi ile haklı gösterildiği; dava sürecindeki tutukluluğun da, aradan geçen zaman ya da davada katedilen ilerleme değerlendirilmeksizin dava öncesi gerekçelerin tekrarına gidildiği için, tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerin yetersiz ve ilgisiz olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, tüm bu değerlendirmeler esnasında, tutuklamadan daha hafif başkaca bir tedbirin göz önüne alınmaması da düşünüldüğünde, Mahkemece, 8 aylık bir tutukluluk süresinin makul kabul edilemeyeceği ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiği kabul edilmektedir.

Yağcı ve Sargın başvurusunda, başvuranlara atfedilen suç için öngörülen cezanın ağırlığının, kaçacaklarına dair temel neden olarak ele alınıp kaçma şüphesine dair başkaca herhangi bir etken gösterilmemesi; kişilerin ülkeye, yargılanacaklarının bilincinde olarak kendilerinin gelmeleri bir arada düşünüldüğünde, Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal eder nitelikte bulunmuştur. Ulusal mahkemelerin, tutukluluğun devamını desteklemek için “mevcut delil durumu” ifadesinin kullanılmasının, bu somut koşullar karşısında yetersiz kalacağı ve dolayısıyla tutukluluğun makul süre olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir<sup>350</sup>.

Ayrıca, başvuranın suç ortağının kaçmasının, başvuranın da kaçacağına dair bir gösterge olarak ele alınması, Mahkeme tarafından kabul edilmemekte; tutuklama sebeplerinde, kişiselleştirme yapılmasının gerekliliği vurgulanmaktadır. Mamedova - Rusya başvurusunda, başvuranın, sabıka kaydının olmayışı; sabit bir

---

<sup>350</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yağcı and Sargın v. Turkey, Application No: 16419/90, 16426/90, 08.06.1995, par. 52 - 53.

yerleşim yerinin bulunması; sabit bir işi ve iki küçük çocuğu ile stabil bir hayat sürdürmesi; babasının ciddi bir hastalığının bulunması ve de evinde arama yapıldığı esnada kaçma fırsatı varken bunu tercih etmeyip soruşturma makamlarının önüne çıkması olguları karşısında AİHM, başvuranın kaçma riskinden bahsedilemeyeceğini vurgulamıştır<sup>351</sup>. Rus Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan tutuklamaya alternatif tedbirlere başvurulmaksızın, soyut ve basmakalıp gerekçelerle kişinin tutukluluk halinin uzun süre devam etmesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3 fıkrasına aykırı bulunmuştur. Ayrıca, başvuranın, susma hakkını kullanması ve yetkili makamlarla işbirliği yolunu seçmemesinin, başvuranın tutumundan kaynaklanan bir gecikme olarak değerlendirilemeyeceği; çünkü, delilleri toplayıp soruşturmayı makul bir sürede tamamlama yükümlülüğünün iddia makamında olduğu belirtilmiştir.

Tutukluluğa dair “ilgili” ve “yeterli” sebeplerin bulunması ile ilgili Mahkeme içtihadında, yakın zamanda, soyut gerekçelerin öne sürülmesini engelleyebilmek amacıyla, önemli bir değişim olmuştur. Buna göre, Mahkeme, tutukluluğa gerekçe olarak sunulan delilleri karartma, tanıkları baskı altına alma gibi sebeplerin, kişinin tutuklandığı ilk aşamada da öne sürülüp sürülmediğini göz önüne almaktadır. Şayet böyle bir durum, muhakemenin ilerleyen aşamalarında ortaya çıkmışsa; ilk başta neden mevcut olmadığına dair gerekçelendirme yapılması gerekecektir<sup>352</sup>. Mahkeme, bu kararını, Sözleşmeciler Devletlerin ulusal hukukunda halihazırda ilk tutukluluk ile devam eden tutukluluk için öngörülen sebepler arasında, bu nitelikte bir ayırım yapılmamış olduğunu da göz önüne alarak vermiştir. AİHM'in tutuklama açısından makul şüphenin tek başına yeterli olmadığı, tutuklamaya dair kararların, ilk aşamadan itibaren ilgili ve yeterli olması gerektiği yönündeki bu kararının, önemli olduğunu düşünmekteyim. Zira, her ne kadar ulusal hukukta da ilk tutuklama açısından kaçma şüphesi, delilleri karartma şüphesi gibi olgular aranmaktaysa da Anayasa Mahkemesi dahi, yukarıda belirtildiği üzere, makul şüphenin varlığını soyut kaçma şüphesi

<sup>351</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mamedova v. Russia, Application No: 7064/05, 01.06.2006, par. 76 – 83.

<sup>352</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Buzadji v. Moldova, Application No: 23755/07, 05.07.2016, par. 115 – 123.

gerekçelendirmesi ile yeterli görebilmektedir. Söz konusu bu karar doğrultusunda, Mahkeme'nin bu yöndeki pratiğini değiştirip makul şüphenin yanı sıra, kaçma şüphesi ile delil karartma ya da tanıklara baskı yapılma ihtimalinin de somut olayla irtibatını değerlendirmesi gerekecektir.

### 2.3.6. Tutukluluk İçin Öngörülen Azami Süre

Tutukluluk sürelerine yönelik bir diğer tartışmaysa, sürelerin üst sınırının temyiz aşamasında dolması durumunda ne yapılacağıdır. Uygulamada Yargıtay tarafından da savunulan görüşe göre; ilk derece yargılanması sona erdiğinde hüküm kesinleşene dek, sanığın kaçma şüphesi olması halinde, bunun önüne geçebilmek için tutukluluk; yukarıda belirtilen üst sınırlara ulaşırsa dahi devam ettirilmektedir. Buna gerekçe olarak, kanun yolu aşamasında geçen sürenin kuvvetli suç şüphesine dayanan bir tutukluluk süresi değil; sübut eden suça ilişkin hükme dayanan bir tutukluluk hali olması gösterilmektedir<sup>353</sup>. AİHM de tutukluluk sürelerini hesaplarken Sözleşme m.5/3'e göre, ilk derece mahkemesinde verilen hükme kadar geçen zamanı baz almaktadır. Hükümden sonrası içinse AİHS m.5/1-a üzerinden yorum yapmaktadır. Bu yaklaşım, CMK'nin ilgili maddesinde üst sınırların istisna belirtmeksizin, tüm muhakeme sürecini kapsar şekilde ele alınması nedeniyle, uygulamanın hükmün amacına ters düştüğü belirtilerek, haklı olarak, eleştirilmektedir. Zira CMK m.2'de de belirtildiği üzere, kovuşturma evresi; hükmün kesinleşmesine kadar süren aşamadır. Tutuklulukla ilgili hükümlerde belirtilen süreler; kovuşturma evresi, dolayısıyla hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre dahildir. Böyle bir uygulamanın doğurduğu olumsuz sonuç olarak kanun yolu aşamasının oldukça uzun sürmesinin yanında, söz konusu uygulamanın kişinin belirsiz sürelerle tutuklu kalmasına yol açtığı ifade edilmektedir. AİHM böyle bir ayrıma gitmekte ise dahi, Sözleşme'nin 17. maddesi gereğince asgari bir standart sağladığının göz

---

<sup>353</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 12.04.2011, Esas No: 2011/1-51 Karar No:2011/42.

önüne alınması ve kanun yoluna başvuruda geçen sürenin de tutukluluk süresi olarak kabul edilmesi gerekmektedir<sup>354</sup>.

Tutuklananın makul sürede yargılanmayı ve soruşturma ya da kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkı olduğu, Anayasa m.19/7'de yer almaktadır. CMK'ya göre ise; asliye ceza mahkemesinin görevine giren işler açısından tutukluluk en fazla bir yıl, zorunlu hallerde ise gerekçesi belirtilerek en fazla altı ay daha uzatılarak 18 ay olmaktadır. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlar için ise üst sınır 2 yılken, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek 3 yıl uzatmak sureti ile 5 yıldır. Doktrinde, madde metninin yazılış biçiminin muğlak olduğu ve bu nedenle şüpheli/sanık lehine yorum yaparak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarda üst sınırı 2 yıl olarak, uzatma süresin ise 1 yıl olarak kabul edip toplam 3 yıllık bir maksimum tutuklama süresi öngörüldüğünü kabul etmenin yerinde olduğu savunulmaktadır. Uygulamada toplam 5 yıl olarak düşünülen tutukluluk süresinin, cezalandırma boyutuna vardığı ve makul bir süre olmadığı ifade edilmektedir<sup>355</sup>.

Anayasa Mahkemesi de bu hususta kendisine yapılan bireysel başvurularda, öncelikle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi yönünden bir inceleme yapmıştır ve söz konusu maddede aranan kanunilik şartının, somut olayda mevcut olduğunu belirtmiştir<sup>356</sup>. Ancak, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak, kanunilik şartı sağlansa dahi, keyfiliğin önüne geçebilmek için, sınırlamanın, uygulamada yeterli ölçüde

---

<sup>354</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt (2013), s. 252; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, Uygulamalı ve Nazari Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 484; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 301; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 384.

<sup>355</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 302; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 383; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 360 - 361, Fatih Kanmaz, AİHM - Yargıtay Kararları Son Yasal Düzenlemeler Işığında : Haksız Yakalama, Tutuklama ve El koyma Nedeniyle Tazminat : Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, 3. Baskı, s. 114; Aksi görüş için bkz. Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 227; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 326; Koparan, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, s. 164.

<sup>356</sup> Anayasa Mahkemesi, Burak Döner Başvurusu, Başvuru No: 2012/521, Karar Tarihi: 02.07.2013, par. 42-52; Ramazan Aras Başvurusu, Başvuru No: 2012/239, Karar Tarihi: 02.07.2013, par. 44-54; Murat Narman Başvurusu, Başvuru No: 2012/1137, Karar Tarihi: 02.07.2013, par. 43-55.

erişilebilir, kesin, açık ve öngörülebilir olup olmadığını da incelemek gerektiğini belirtmiştir. Bahsedilen açıklığın ölçüsününse, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler üzerinden belirleneceği kabul edilmiştir. Buna göre, CMK metninden, ağır ceza mahkemeleri için azami tutukluluk süresinin 5 yıl olduğunun anlaşıldığını; ilk derece mahkemelerininse, tutukluluğun her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir yorum yaptıklarını ifade etmiştir. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvuruda ikincil bir nitelik taşıdığını ve Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetler ihlal edilmediği müddetçe, salt ilk derece mahkemelerinin kanun yorumu ya da maddi veya hukuki hatalarının, bireysel başvuru incelemesi kapsamında olmadığını vurgulamıştır. Fakat; kanuna, Anayasa'ya açıkça aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde keyfiliğe varan uygulamaların, bireysel başvuru kapsamı dışında tutulmasının, bireysel başvurunun getiriliş amacıyla uyuşmayacağı gerekçesiyle, bu nitelikteki durumlarda kendisini inceleme yapmaya yetkili görmüştür. Kişinin birden fazla suçla itham edildiği ve söz konusu suçların doğrudan tek bir dosya üzerinden yürütüldüğü veya daha sonra tek bir dosyada birleştirildiği durumlarda, soruşturma ve kovuşturmanın bir bütünlük içerisinde yürütüldüğünü; bu nedenle de tek bir suçla ilişkin tutuklamanın, diğer suçlar açısından da sonuç doğurduğunu belirtmiştir. Tutuklamanın, bir ceza değil de koruma tedbiri olmasının sonucu olarak, aynı dosyadaki her bir suç için ayrı ayrı 5 yıllık azami tutukluluk süresi öngörülmesinin, kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların, dar yorumlanması gerektiği ilkesi karşısında, bahsedilen uygulamanın, buna da ters düşmekte olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, tutukluluğa ilişkin azami sürelerle uyulduğu hallerde dahi, bu sürenin makul bulunmayabildiği hatırlatılmıştır.

Somut olaylarda olduğu gibi, azami sürenin, suç sayısı sebep gösterilerek uzatılması halinde, muhtemel kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlalinin yanı sıra, bunun, bireyin adil yargılanma hakkının da ihlaline yol açabileceği belirtilmiştir. Üstelik, söz konusu bu yorum şekli, bireyin tutuklu yargılanacağı süreyi öngörülemez ve erişilemez bir biçimde uzatmaktadır; bu da kanunilik ilkesinin,

hukuk devleti içerisinde uygulanmasına ters düşmektedir. Tüm bu sebeplerle, Anayasa Mahkemesi, bu şekilde bir yorumun, kanunilik ilkesine aykırı olduğu; dolayısıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali sonucu doğurduğu yönünde karar vermiştir. Mahkeme'nin bu kararı açıkça CMK'nın sözü ve ruhuna aykırı davranılmasının yalnızca hakimler arasındaki bir yorum farklılığı olduğu gerekçesiyle, bireylerin öngörülemez süreler boyunca özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına dair pratiğe son verilmesini sağladığı için oldukça önemlidir.

Kişinin muhakemenin sonunda mahkum olması halinde, tutuklulukta geçirilen süreler, ceza mahkumiyetinden indirilmektedir. Zira CMK'da zorunlu indirim sistemi benimsenmiştir. Mahsup edilecek süre, kişinin yakalandığı andan itibaren hesaplanmalıdır. Kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı suç ile mahkumiyet hükmü kurulan suç birbirlerinden farklı olsalar dahi, mahsup yapılabilmektedir. Önemli olan mahkumiyete yol açan suçun, haksız tutukluluğa yol açan suçla ilişkin beraat kararı kesinleşmeden önce işlenmiş olmasıdır. Kişi hakkında beraat kararı kesinleştiğinde böyle bir mahkumiyet olmaması halindeyse; tutuklulukta haksız yere geçirdiği süreler için tazminat isteme hakkı doğacaktır<sup>357</sup>. Anayasa Mahkemesi de Salih Şahin başvurusunda kişinin tutukluluğu esnasında, farklı bir suçla ilişkin olan yargılaması, mahkumiyetle sonuçlanmış ve hapis cezası infaz edilmiş ise; azami sürenin aşılmış olmadığına ilişkin incelemenin, infaz edilen hapis cezasının kişinin toplamda hürriyetinden yoksun kaldığı süreden düşülerek yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>358</sup>.

#### **2.4. Adli Kontrol**

Ceza muhakemesinde öngörülen en ağır tedbir olduğu için, tutuklamaya mümkün olduğunca az ve zorunlu olan hallerde başvurmak gerekmektedir. Bu yönde bir çabanın sonucu olarak tutuklama için öngörülen sıkı şartlar yanında, koruma tedbirlerinin ölçülülük ile araç olma özellikleri ön plana çıkarılarak,

<sup>357</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 358; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 31.02.2006, Esas No: 2006/1-4, Karar No: 2006/7.

<sup>358</sup> Anayasa Mahkemesi, Salih Şahin Başvurusu, Başvuru No: 2013/7040, Karar Tarihi: 11.12.2014, par. 28 – 31.

tutuklamaya alternatif olarak adli kontrol tedbiri öngörülmüştür<sup>359</sup>. Zira ölçülülük ilkesi, şüpheli ya da sanığa isnat edilen eylemin ağırlığı ile başvurulacak önlem arasında bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Tutuklama anlatılırken belirtildiği üzere; tutuklama tedbirine başvurmak orantısızlık teşkil edecekse, aynı amaca ulaşılmasını sağlayacak daha hafif bir tedbire başvurulmalıdır<sup>360</sup>. Bu husus, CMUK döneminde de ifade edilmekteydi. Fakat CMUK'da açıkça ve sistematik biçimde düzenlenmemiş olan tutuklama yerine uygulanacak tedbirler, CMK'da koruma tedbirleri içerisinde ve adli kontrol başlığı altında bir araya toplanmıştır<sup>361</sup>. Adli kontrol, tasarının gerekçesinde; kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmadan gözlemeyi ve denetlemeyi mümkün kılan tedbirler olarak ifade edilmektedir. Böylece kişinin kaçma riski azaltılırken, kişi hürriyetinden tümüyle yoksun bırakılmamaktadır denilerek aynı sonuçların elde edilebileceği hallerde, adli kontrol tedbirini uygulamak gerektiği belirtilmiştir<sup>362</sup>. Avrupa Konseyi de, 09.04.1965 tarihli kararında, tutuklama hususunda tavsiye niteliğindeki görüşlerini belirtirken tutuklamaya alternatif olacak tedbirler olarak; sanığın ikametgahında gözetlenmesini, hakim izni olmaksızın belirlenen bir yeri terk edememesini, belirlenen makamlar önüne düzenli olarak çıkmasını, kendisine ait pasaport gibi bazı belgelerinin alınmasını ve sanıktan teminat istenmesini örnek olarak saymıştır<sup>363</sup>.

Adli kontrole başvurulabilmesi için tek koşul; tutuklamayı gerektiren nedenlerin mevcut olması; fakat şüpheli ya da sanığın kaçması veyahut delil karartmasını önlemenin, tutuklamaya başvurmaksızın gerçekleştirilebilecek olmasıdır<sup>364</sup>. Kişiyeye atfedilen suç için öngörülen cezanın üst sınırının bir önemi

---

<sup>359</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 384; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 230.

<sup>360</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 346.

<sup>361</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 372 - 373.

<sup>362</sup> Bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu 2001 Tasarısında 112. maddenin gerekçesi.

<sup>363</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 375 ve orada anılan 09.04.1965 Tarihli, (65) 11 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı.

<sup>364</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 360; Ünver/Hakeri Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 385; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 308; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: 1, s. 310; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 231.

yoktur<sup>365</sup>. Tutuklamanın infazını erteleyen bir kurum olmayıp şartları gerçekleştiğinde tutuklamaya alternatif olarak sunulan bir tedbir olması nedeniyle, tutuklamaya ilişkin şartlar gerçekleştiğinde hakim, öncelikle adli kontrol tedbirini göz önüne alarak bunun yeterli olup olmayacağını düşünmelidir<sup>366</sup>. Şayet soruşturma ya da kovuşturmada gelinen aşama itibariyle tutuklama orantısız kalıyorsa, ölçülülük ilkesinin karar uygulandığı sürece aranmasının sonucu olarak, tedbir adli kontrol tedbirine de dönüştürülebilmektedir<sup>367</sup>. Fakat tutuklamada olduğu üzere, şartları gerçekleşmiş olsa dahi adli kontrole karar verilmesi zorunlu değildir. Bu konuda hakime takdir yetkisi tanınmaktadır<sup>368</sup>.

Üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektirmeyen suçlar, sadece adli para cezasını gerektiren suçlar gibi kanunda tutuklama yasağı öngörülen durumlarda, tutuklama şartları mevcutsa adli kontrol uygulanabilmektedir<sup>369</sup>. Ancak bu ihtimalde de ölçülülük ilkesi göz önünde tutulmalı ve karar verilen yükümlülük ile öngörülen yaptırım arasında bir oran bulunmalıdır<sup>370</sup>. Tutuklama için öngörülen yasal tutukluluk sürelerinin dolması durumunda da adli kontrole başvurulabilmektedir. Bu ihtimalde, tutuklama şartları devam ediyor olmalıdır<sup>371</sup>.

Adli kontrol ile kişi, kanunda sayılan belirli yükümlülüklerle tâbi tutulmaktadır. Bu yükümlülükler, kişi hak ve özgürlüklerinin yalnızca kanunla

---

<sup>365</sup> 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun ilk halinde adli kontrole başvurulabilecek haller; üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlar olarak belirlenmiştir. Kanun henüz yürürlüğe girmeden yapılan değişiklikleyse; üç yıldan daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar için, yalnızca yurtdışına çıkmamak ve güvence yatırmak yükümlülüklerine başvurulabileceği belirtilmiştir. bkz. 5353 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 01.06.2005 Tarih ve 28344 Sayılı Resmi Gazete Kanun yürürlüğe girdikten 7 sene sonraysa, tutuklama karşısında adli kontrolün yeterince yaygınlaşmaması sebebiyle tekrar bir değişiklik yapılarak adli kontrol için süre sınırı tamamen kaldırılmıştır. Böylece adli kontrolün, tutuklamaya tam anlamıyla alternatif bir tedbir olması amaçlanmıştır. bkz. 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, 05.07.2012 Tarih ve 28344 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>366</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 373; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 346; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 250.

<sup>367</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 312.

<sup>368</sup> Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 249.

<sup>369</sup> Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, s. 208.

<sup>370</sup> Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 330. Kanun koyucunun, tutuklama yasaklarıyla, doğrudan tutuklamayla istenen amaca ulaşamayacağı yönünde bir irade ortaya koyduğu ve bu sebeple tutuklamaya bir alternatif olarak düzenlenen adli kontrolün de uygulanmaması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 386.

<sup>371</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 360.

sınırlanabilmesinin bir sonucu olarak, kanunda numerus clausus olarak belirtilmişlerdir. Dolayısıyla genişletilmeleri mümkün değildir<sup>372</sup>. Kanunda; yurtdışına çıkmama, hakimin belirlediği yerlere yine hakimce belirlenen süreler içerisinde düzenli olarak başvurma, hakimin belirttiği merci ya da kişilerin mesleki uğraş veya eğitime devam konularındaki çağrılılarıyla kontrol tedbirlerine uyma, belirli ya da tüm taşıtları kullanamama ve gerektiğinde mahkeme kalemine sürücü belgesini teslim etme (kişinin mesleki uğraşlarında araç kullanması saklı tutulabilmektedir), özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığında arınmak amacıyla hastaneye yatmak dahil tedavi ve muayene tedbirlerine tâbi olma ve bunları kabul etme, şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak miktarı ve ödeme süresi Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hakimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırma, silah bulundurmama ve mevcut silahını adli emanete teslim etme, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine süresi ve miktarı hakim tarafından belirlenecek parayı, mağdurun haklarını güvence altına almak için aynı ya da kişisel güvenceye bağlama, aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar doğrultusunda ödemesine karar verilen nafakayı düzenli ödeyeceğine dair güvence verme, belirli yerleşim bölgesini terk etmeme ya da belirlenen yer ve bölgelere gitmeme olmak üzere 12 yükümlülük sayılmıştır. Çocuklar açısından, burada sayılan tedbirlere ek olarak ÇKK m.20’de sayılan; belirli çevre sınırları dışına çıkmama, belirli yerlere gitmeme ya da ancak bazı yerlere gitme ile belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmama tedbirleri de uygulanabilmektedir. Tedbirler arasından yalnızca birine başvurulabileceği gibi, durumun gerektirmesi halinde birden çok tedbire aynı anda başvurulabilmektedir. Siyasi olaylarla ilişkili durumlarda, söz konusu hükümlere dayanılarak, şüpheli ya da sanığın dernek, sendika, siyasi partilere gitme ve bunların temsilcileriyle görüşmesine ilişkin bir sınırlama getirilmesi ihtimaliyse, kişinin sosyal hayatının tamamen dışarıdan düzenlenmesi anlamına geleceği için

---

<sup>372</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 380.

koruma tedbirlerinin amacıyla bağdaşmamaktadır; ilgili hüküm, bu nitelikte yorumlanmamalıdır<sup>373</sup>.

Kanun koyucu, adli kontrole, koruma tedbirlerine yüklenen genel işlevden farklı olarak mağdurun haklarının güvenceye alınması işlevini de yüklemiştir<sup>374</sup>. Bunun bir sonucu olarak; güvence, kişinin muhakeme işlemlerinde hazır bulunmasının yanında katılanın masraflarının, zararların, kamusal giderlerin ve para cezalarının yerine getirilmesini de sağlamaya yönelik olarak düzenlenmiştir. Hem güvenceye ilişkin bu gerekçe hem de yine adli kontrol tedbiri olarak düzenlenen kişinin alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılığı sebebiyle hastaneye yatırılması hususu, masumiyet karinesiyle çeliştiği için doktrinde, haklı olarak, eleştirilmektedir. Şüpheli ya da sanığın rızasıyla ya da ödemeye ilişkin kararın mevcudiyeti halinde böyle bir rıza aranmaksızın, güvencenin mağdurun haklarını karşılayan kısmının talep üzerine mağdura verilmesi, yine masumiyet karinesiyle bağdaşmamaktadır. Bu açıdan ilgili hükümlerin, gerek Anayasada masumiyet karinesinin düzenlendiği 38. maddeye gerekse AİHM'in adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesine aykırılık teşkil ettikleri vurgulanmaktadır. Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ya da ödemesine karar verilen nafakayı ödeyeceğine ilişkin güvence verilmesine ilişkin düzenlemeyle, özel hukuk ilişkilerinin ceza hukuku alanına taşınmasına yol açtığı için doğru bulunmamaktadır. Zira adli kontrol, kişilere belirli ahlaki yükümlülükler benimsetme aracı değildir<sup>375</sup>. Bunun yanı sıra, tutuklamaya alternatif olarak düzenlenen adli kontrol başlığı altındaki birtakım yükümlülüklerinse, tutuklamayla ulaşılabilecek amaca nasıl hizmet edecekleri anlaşılamamaktadır. Zira kişinin sürücü belgesine el konmasıyla kişinin kaçmaması ya da delil karartmaması arasında bir ilişki yoktur. Keza birçok yükümlülüğün, koruma tedbirlerinin genel özelliklerinden olan “gecikemezlik” ile de ilişkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple bu tedbirlerin ayrı bir başlık altında düzenlenmesi

<sup>373</sup> Koca, Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde CMUK 2002 Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi, DEÜHFD, Cilt: 5, 2003/2, s.131.

<sup>374</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 310.

<sup>375</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 361, 366; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Cilt, s. 534.

gerektiği savunulmaktadır<sup>376</sup>. Bu doğrultuda, sayılan tüm yükümlülüklerin tutuklama ile aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik olmadığı ve bazılarının güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu ifade edilmektedir<sup>377</sup>.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, tutuklama talebinde bulunması halinde, adli kontrolün neden yetersiz kalacağına ilişkin açıklama yapmalıdır. Fakat sulh ceza hakimi bu istemle bağlı olmadığından, savcının gerekçelerini yetersiz bulup adli kontrolün hukuki ve fiili nedenlerinin oluştuğuna kanaat getirirse adli kontrole de karar verebilecektir<sup>378</sup>. Savcı şayet adli kontrolün yeterli olduğunu düşünmekteyse, doğrudan adli kontrol talebinde de bulunabilecektir. Bu halde, sulh ceza hakimi talep edilenden fazlasına karar veremeyeceğinden tutuklama yönünde karar veremeyecek ve adli kontrol tedbiri ya kabul edilecek ya da reddedilecektir. Kovuşturma evresinde ise böyle bir karar mahkeme tarafından savcının istemi üzerine veya re'sen verilebilmektedir. Her ne kadar tutuklamadan daha hafif bir niteliği haizse de; gerek kişi hak ve hürriyetlerine müdahale etmesi gerekse yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda tutuklamaya dönüşebilmesi sebebiyle, adli kontrol kararı verilmeden önce, kişinin savunmasının alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>379</sup>. Adli kontrolün doğurduğu yükümlülükler, koruma tedbirlerinin geçicilik özelliği gereği, aynı makamlarca bütünüyle ya da kısmen kaldırılabilceği gibi, kişi bunlara uymaktan geçici olarak muaf da tutulabilmektedir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, tedbirin artık gerekmediği kanısına varırsa, re'sen adli kontrol tedbirine son verilmesine karar verebilmektedir. Şüpheli ya da sanık da soruşturma evresinde sulh ceza hakiminden; kovuşturma evresinde ise mahkemeden bu yönde bir istemde

---

<sup>376</sup> Koca, Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde CMUK 2002 Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi, s. 133; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 316 - 317.

<sup>377</sup> Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 329.

<sup>378</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 362; Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 253. Aksi görüş için bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 386; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 311; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 314; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 354.

<sup>379</sup> Koca, Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde CMUK 2002 Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi, s.136. Aksi görüş için bkz. Neslihan Coşkun, Adli Kontrol, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yeni CMK Dosyası, S. 3, Nisan 2005, s. 89.

bulunabilmekte ya da bu makamlarca verilen kararlara karşı itiraz kanun yoluna başvurabilmektedir.

Adli kontrol kararında öngörülen yükümlülükleri kasıtlı olarak yerine getirmeyen kişi hakkında tutuklama kararı verilebilmektedir. Şayet adli kontrol kararı, tutukluluk için öngörülen üst sürelerin dolması nedeniyle verilmişse, ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlar için 9 ay; diğer işler içinse 2 ayı geçmemek üzere tutuklama kararı verilmesi, 2016 yılında yapılan değişiklik sonucu mümkün kılınmıştır. Ancak ilgili merci, bu konuda takdir yetkisini haizdir<sup>380</sup>. Tasarının gerekçesinde, kişinin kendisine sağlanan olanağı kötüye kullanması sebebiyle bu şekilde bir yaptırıma tâbi tutulduğu ifade edilmektedir. İlgili hüküm, üst sınırı iki yıl hapis cezasını geçmeyen suçlar için öngörülen tutuklama yasağını etkisiz hale getirdiğinden bir çelişki yaratmaktadır<sup>381</sup>. Ancak doktrinde, bu durumun adli kontrolün yetersiz kaldığı anlamına geldiği ve dolayısıyla ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde tutuklamaya başvurulduğu da öne sürülmektedir<sup>382</sup>. Böyle bir ihtimalde, tutuklama kararının, tutuklama için öngörülen şartların mevcudiyeti halinde verilmesi yerinde olacaktır<sup>383</sup>. Bilhassa; tutuklama yasağı öngörülmüş olan adli para cezası gerektiren suçlar için, ölçülülük ilkesi doğrultusunda tutuklama kararı verilmemelidir<sup>384</sup>. ÇKK m.20/2'ye göreyse; adli kontrolle öngörülen tedbirlerle sonuç alınamaması ya da bunlara uyulmaması halinde, tutuklama kararı verilebilecektir. Doktrinde, tutuklama kararı kişinin yokluğunda verileceğinden, karar uygulanmadan önce, şüpheli ya da sanık hakim önüne çıkarılarak savunmasının alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>385</sup>.

---

<sup>380</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 354.

<sup>381</sup> Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 379.

<sup>382</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 312.

<sup>383</sup> Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 234; Güleç, Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, s. 66.

<sup>384</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.363. Aksi görüş için bkz. Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, s. 252.

<sup>385</sup> Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 332; Güleç, Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, s. 66.

Adli kontrol için kanunda bir üst süre sınırı öngörülmemiştir. Fakat koruma tedbirlerinin genel özelliklerinden olan geçicilik ve ölçülülük ilkeleri göz ardı edilmemelidir. Bu doğrultuda, tutuklamaya başvurmayı gerektiren koşullar ortadan kalktığıında, tedbire son verilmelidir; aksi halde tedbir, ceza niteliğine bürünecektir<sup>386</sup>. Aynı şekilde, tedbire başvurulurken yükümlülükler arasından somut olayın koşullarına göre şüpheli ya da sanığın özgürlüğüne en az müdahale eden yükümlülük tercih edilmelidir<sup>387</sup>. Kişinin yakalandığı bir hastalığın tedavisinin ancak yurtdışında mümkün olması örneğinde yurtdışına çıkış yasağının kaldırılmaması, kişiye ölüm cezası vermekle bir olacaktır. Böyle bir durumda, gerek Anayasanın 23. maddesi gerekse henüz onay belgesi tevdi edilmemiş olmakla birlikte iç hukuk açısından yürürlüğe girmiş olan AİHS'in 4 No'lu Protokolünün 2. maddesinde düzenlenmiş olan seyahat hürriyetinin sınırlanmasında ölçülülük ilkesi gözetilerek, söz konusu tedbir kaldırılmalıdır<sup>388</sup>.

Bu kapsamda geçirilen süreler, kişinin mahkumiyeti yönünde karar verilmesi durumunda, cezadan mahsup edilememektedir. Sadece uyuşturucu ya da alkol bağımlılığının tedavisi amacıyla kişinin hastaneye yatırılması halinde, tedavi sürelerinin mahsubu mümkündür.

Adli kontrol ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nce verilen bireysel başvuru kararlarının oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, yargılama esnasında milletvekili seçilen başvuranın tutukluluğuna son verilerek tahliye edildiği Sebhat Tuncel başvurusunda, başvuran hakkında, ilk derece mahkemesi tarafından mahkumiyet kararı verilmesi üzerine adli kontrol tedbirine başvurularak yurtdışına çıkış yasağı getirilmiştir<sup>389</sup>. Başvuransa, adli kontrol kararı ile itirazının reddine ilişkin kararın gerekçesiz olduğu; adli kontrolün kişi özgürlüğünü kısıtlayan özelliğine rağmen müdafinin görüşü alınmaksızın bu yönde karar verildiğini; haklarında soruşturma dosyası bulunan parlamenterlere

---

<sup>386</sup> Koca, Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde CMUK 2002 Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi, s. 127.

<sup>387</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 315.

<sup>388</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s 348.

<sup>389</sup> Anayasa Mahkemesi, Sebhat Tuncel Kararı, Başvuru No: 2012/1051, Karar Tarihi: 20.02.2014.

yurtdışına çıkış yasağı konulmuyorken, kendisine uygulanmasının, kararın ideolojik ve politik olduğunu ve de mahkumiyet kararı kesinleşmeksizin verilmesi nedeniyle masumiyet karinesi ile yasama dokunulmazlığını ihlal ettiğini; kesin hüküm ve parlamento kararı bulunmaksızın yurtdışına çıkışının engellenmesinin seyahat özgürlüğünü ihlal eder nitelikte olduğunu; gerçekleştireceği yasama faaliyeti çerçevesinde yurtdışına çıkararak düşüncelerini açıklamasının engellenmesinin düşünce açıklama ve yayma özgürlüğünün ihlalini teşkil ettiğini ve tahliye edilirken kaçma şüphesinin bulunmadığının belirtilmesine rağmen, adli kontrol kararında, karara temel teşkil edecek bir gerekçe belirtilmediğini öne sürmektedir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle, koruma tedbirlerinin geçicilik özelliği üzerinde durarak, bunun, bir tedbiri haklı gösteren sebeplerin kalmaması halinde o tedbirin sona ermesini ifade ettiğini belirtmiş; adli kontrolün, tutuklama sebepleri olmasına rağmen, tutuklamanın ölçsüz kalacağı durumlarda başvurulabilecek bir koruma tedbiri olduğunu hatırlatmıştır. Başvuranın eşitlik ilkesinin ihlali iddiasının, bireysel başvuruya ilişkin Anayasa'nın 148 ve 6216 Sayılı Kanun'un 45. maddeleri gereği, kişi özgürlüğü ve hürriyeti ile seyahat özgürlüğüne ilişkin ihlal iddialarıyla birlikte incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, tutuklama yerine geçen ve somut olayda yurt dışına çıkamamak şeklinde kararlaştırılan adli kontrol tedbirine hükmedebilmek için, ne gerçekleştirilen yargılamanın esasının bir hükümle sonuçlanması gerektiğini ne de yargılamanın esasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu yönüyle, masumiyet karinesinin ihlaline ilişkin iddianın, açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlali yönündeki iddiaları incelerken ise; kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin sınırlamaların, seyahat özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların derece ve yoğunluk olarak daha ağır bir hali olduğu yönündeki AİHM kararlarını vurgulamış; bu bağlamda kişinin ülke içindeki dolaşımının yanı sıra, ülkeden ayrılmasının da seyahat özgürlüğü kapsamında kaldığını belirtmiştir<sup>390</sup>. Bu bağlamda, seyahat özgürlüğünün, AİHS 4 No'lu Ek Protokol ile

<sup>390</sup> AİHM'in, Sözleşme'nin 5. maddesinin hareket serbestisi anlamına gelmediğini içeren kararı

düzenlendiğini hatırlatmış; 6216 Sayılı Kanun'a göre, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurularda ihlal edildiği öne sürülen temel hak ve hürriyetlerin, AİHS veya Türkiye'nin taraf olduğu AİHS Protokollerinde yer alması gerektiği yönündeki içtihadına atıf yaparak, başvuranın iddiasının, 4 No'lu Protokol Türkiye tarafından henüz onaylanmadığı için, konu bakımından Mahkeme'nin yetkisi dahilinde olmadığına ve dolayısıyla kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bu bağlamda Mahkeme'ye adli kontrol yönünden yapılacak başvurularda, somut olaydaki gibi, başvuranın milletvekilliği gibi ayrıca incelenmesini gerektiren bir hal olmadığı ve AİHS 4 No'lu Ek Protokol Türkiye tarafından onaylanmadığı müddetçe, inceleme yapılmayacağı anlaşılmaktadır.

Nitekim, başvuran hakkında adli kontrol kararı verildikten sonra Dikey Geçiş Sınavı ile Kıbrıs'ta üniversiteye giderek eğitimini sürdürememesi sebebiyle eğitim hakkının ihlal edildiğini öne sürdüğü Yüksel Baran başvurusunda, Anayasa Mahkemesi, eğitim hakkının dolaylı olarak etkilendiğini; burada asıl müdahale edilen hakkın seyahat özgürlüğü olduğunu belirtmiştir<sup>391</sup>. Bu konuda, ebeveyninin sınırdışı edilmesi sebebiyle eğitimine devam edemediğini öne süren başvuran ile ilgili olarak verilen AİHM kararı göz önüne alınmıştır<sup>392</sup>. Bu bağlamda, seyahat özgürlüğünün, Türkiye tarafından onaylanmamış olan AİHS 4 No'lu Protokol'de yer aldığı ve bu sebeple başvurunun konu bakımından Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi dışında bulunduğu belirtilerek başvuru, kabul edilemez bulunmuştur.

Belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'da yer almasına rağmen, Türkiye'nin onaylamadığı AİHS Ek Protokollerinde yer alan hakları, örnekte seyahat özgürlüğü açısından görüldüğü gibi bir yorumla, koruma kapsamı dışında bırakması, doktrin hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım olmadığı ve bireysel başvurunun mantığı ile bağdaşmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Zira, ulusal mahkemelerin, AİHM'den daha ileri standartlar uygulayabilmesi,

---

için bkz. Engel and Others V. Neiterlands, Application No: 5101/71, 5102/71, 5100/71, 5354/72, 5370/70, 08.06.1976, par. 58 – 59.

<sup>391</sup> Anayasa Mahkemesi, Yüksel Baran Başvurusu, Başvuru No: 2012/782, Karar Tarihi: 26.06.2014, par. 43 – 47.

<sup>392</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ebibomi v. United Kingdom, Application No: 26922/95, Karar Tarihi: 29.11.1995.

AIHS m. 53'te yer alan, Sözleşme'nin, iç hukukta mevcut ve kendisinden daha geniş hak tanıyan hükümlerin uygulanmasını engellemeyeceğine ilişkin hüküm ile de mümkün kılınmıştır<sup>393</sup>. Ayrıca, uluslararası bir protokole taraf olup olmama hususu, uluslararası hukuk ile ilgilidir; uluslararası mahkemeler karşısında öne sürülebilmektedir. Ancak, ulusal usul bundan bağımsız bir biçimde işlemektedir. Söz konusu uygulama sonucundaysa, Türkiye'nin AIHS sisteminden ayrılması durumunda, bireysel başvuru kurumunun hükümsüz mü kalacağı yönündeki haklı soru hatırlatılmaktadır<sup>394</sup>. Söz konusu bu uygulamaya gerekçe olarak 6216 Sayılı Kanun metninde bireysel başvuru incelemeleri için, Anayasa ile AIHS ve Türkiye'nin taraf olduğu AIHS Protokolleri ile ortak bir koruma alanının belirlendiği öne sürülmekte; bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvuru incelemesi sırasında, uygulayacağı kanun metninin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmesi sebebiyle somut norm denetimi yoluna başvurarak ilgili hükmü iptal etmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir<sup>395</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi vasıtasıyla iptal yoluna başvurusunun yanı sıra, doğrudan, ilgili kanun hükmünü ihmal ederek de aynı sonuca varmasının mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>396</sup>. Tüm bunların dışında, ihlale ilişkin iddiaların, AIHS ile Anayasa'nın ortak koruma alanı kapsamında kalan temel haklarla ilişkilendirilerek, bireysel başvurunun incelemesine dahil edilebileceği de öne sürülmektedir. Bu bağlamda, seyahat özgürlüğüne getirilen bir kısıtlamanın, başvuranın ailesi ile görüşmesini engellediği yönündeki iddialarla, özel hayata saygı hakkı bünyesinde incelenmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir<sup>397</sup>.

---

<sup>393</sup> Ahmet Burak Bilgin, Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, 1. Baskı, s. 149. Aynı yöndeki eleştiri için bkz. Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnceoğlu (Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 285.

<sup>394</sup> Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, XII Levha Yayıncılık, 2015 İstanbul s. 61 – 62.

<sup>395</sup> Bilgin, Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi, s. 119. Ancak Yazar, Mahkeme'nin, bireysel başvuruda somut norm denetimi yoluna gitme hususunda isteksiz olduğunu belirtmektedir.

<sup>396</sup> Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, s. 64.

<sup>397</sup> Bilgin, Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi, s. 120. Aynı yönde bkz. Arslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, İnceoğlu (Editör), s. 310.

Bu hususta hatırlatmakta fayda vardır ki; şayet birey, adli kontrol tedbirinin ölçüsüz ya da hukuka aykırı olduğunu düşünmekteyse, CMK m. 141'e dayanarak bir tazminat davası açtığında, şayet, iddiaları temelliyse, başarıya ulaşma şansı daha yüksektir. Zira, Yargıtay'ın halihazıra, adli kontrol tedbirinin, gerekenden fazla uzun sürmesi sebebiyle tazminata hükmettiği kararı mevcuttur<sup>398</sup>.

Adli kontrol ile ilgili AİHM kararlarından olan Guzzardi - İtalya başvurusunda, başvuran, güvenlik tedbiri olarak 16 ay, Asinara adasının iki buçuk kilometrekarelik belirli bir bölgesinde tutulmuş; günde iki kere otoritelere bildirimde bulunmuş; sabah 7 ile gece 10 arasında dışarı çıkmaması gibi sıkı koşullara tabi tutulmuştur. AİHM, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, kişinin fiziksel özgürlüğünü içerdiğini ve hareket serbestisinin, seyahat özgürlüğü kapsamına girdiğini belirtmiştir<sup>399</sup>. Bu bağlamda, kişiye uygulanan tedbirin, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamına girip girmediğine karar verirken, somut olay üzerinden inceleme yapılarak ilgili tedbirin türü, süresi, uygulanma biçimi ile etkilerinin incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Her iki madde arasındaki farkın, bir nitelik ve esas farkı değil; derece ve yoğunluk farkı olduğu vurgulanmıştır. Bunun ardından, kişinin belirli bir bölgede ikamet etmeye zorlanmasının, başlı başına kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının içeriğine dahil olmadığını; ancak somut olay açısından, tedbirin uygulanma biçimi sebebiyle bu madde kapsamında inceleme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Zira, kişinin kalmaya zorlandığı bölgenin ebatları ve ulaşımının güçlüğü; kendisi ile aynı tedbire zorlanan kişiler ve polislerle beraber kalması; ada halkının büyük bir çoğunluğunun, başvuranın gitmesine izin verilmeyen bölgede yaşaması; kişi üzerindeki denetimin oldukça sıkı koşullarda uygulanması gibi tek tek düşünüldüğünde 5. maddeyi akla getirmeyecek koşulların, bir araya gelmesi sebebiyle, başvuranın içinde bulunduğu durumu 5. madde kapsamında incelemek gerektiğine karar verilmiştir. Söz konusu bu karar, AİHM'in adli kontrol durumunda, kişi özgürlüğü ve

<sup>398</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 16.02.2015, Esas No: 2014/13444, Karar No: 2015/2705.

<sup>399</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Guzzardi v. Italy, Application No: 7367/76, 06.11.1980, par. 92 – 95.

güvenliği hakkı ile seyahat özgürlüğünden hangisinin ele alınmasını gerektiğine dair bakış açısını ortaya koyması açısından önemlidir.

AİHM, başvuranın 9 sene boyunca ülkeden çıkışına izin verilmediği Riener – Bulgaristan başvurusunda ise 4 No’lu Protokolün 2. maddesinin, bireyin hareket serbestine ilişkin olduğunu ve bu yönüyle, kişinin herhangi bir ülkeden çıkarak, kendisini kabul eden başka bir ülkeye gidebilmesini kapsadığını belirtmiştir<sup>400</sup>. Buna sınırlama getirecek her türlü işlemin, kanuni olması; meşru bir amaç gütmesi ve kamu yararı ile bireyin hakları arasındaki dengeyi kurması gerektiği vurgulanmıştır. Bu doğrultuda, somut olaydaki sınırlamanın, bahsedilen bu koşulları ne oranda karşıladığına ilişkin inceleme yapılmıştır. Söz konusu yasağın amacının, başvuranın vergi borcunu ödemesini güvence altına almak olduğu ve bu amacın da kamu düzeni ile ilişkisi sebebiyle, meşru olduğuna kanaat getirmiştir. Bireyin yurtdışına çıkışının engellenmesinin, vergi borcundan kaynaklandığını ve buna ilişkin yasanın öngörülebilirliği ve açıklığının; yasağın uzunluğu, kişinin vergi borcu ile buna ilişkin zamanaşımı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ve bunların da orantılılık ile ilgili olduğunu belirten Mahkeme, düzenli aralıklarla gözden geçirilmeyen yurtdışına çıkış yasağının, zamanla kişinin borcunu ödeyebilmesi meşru amacıyla ters düşerek orantısız bir hale geleceği tespitinde bulunmuştur. Başvuranın vergi borçlarının elde edilmesi için malvarlığına el konulması gibi farklı herhangi bir tedbire başvurulmadığını gözlemleyen Mahkeme, düzenli aralıklarla yurtdışına çıkış yasağının devamına dair verilen onaylarda da başvuranın güncel somut durumu hakkında bir değerlendirme yapılmadığını vurgulamıştır. Bunun sonucu olarak borç zamanaşımına uğramadığı ya da borcun tamamına bir güvence gösterilmediği müddetçe, otomatik olarak ve belirsiz süreler için yurtdışına çıkış yasağı uygulamasına gidildiği bir hakkaniyetten uzak ve orantısız durumun ortaya çıktığı kanaatine varılmıştır. Tüm bunları göz önüne alan AİHM, 4 No’lu Protokol’ün 2. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğünün ihlaline ilişkin karar vermiştir. Aynı zamanda, başvuranın yasağa ilişkin itirazlarının orantılılık incelemesi

<sup>400</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Riener v. Bulgaria, Application No: 46343/99, 23.05.2006, par. 109 – 130.

yapılmaksızın karara bağlanması sebebiyle, bunun etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilemeyeceği ve Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkının da seyahat özgürlüğü ile ilişkili olarak ihlal edildiğine karar verilmiştir. Her ne kadar bahsedilen karar, vergi borcundan dolayı yurtdışına çıkış yasağı ile ilgiliyse de Mahkeme'nin incelemede esas aldığı hususlar açısından, adli kontrol ile ilgili başvurular açısından önem arz etmektedir.

Gatt – Malta başvurusunda ise, başvurunun evinden yalnızca belirli saatler çıkabilmesini öngören adli kontrol tedbiriyile serbest bırakılmasının ardından, bu yükümlülüğünü bir kez ihlal etmesi sebebiyle, adli kontrol kararı kaldırılmış; başvuranın adli kontrole teminat olarak gösterdiği para, Hazine'ye geçirilmiş ve de başvurandan, 23.300 Euro güvence ödemesi talep edilmiştir<sup>401</sup>. Başvuran, belirtilen bu miktarı ödeyemediği için söz konusu para miktarı güne çevrilerek, bu miktarı ödeyene dek, beş buçuk yıl hapis cezasına hükmedilmiştir. Mahkeme, öncelikle, başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, AİHS m.5/1-b kapsamında “belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesi” olduğunu tespit etmiştir. Somut olayın, Sözleşme hükmüne uygunluğunu inceleyen Mahkeme, bunun gerçekleştirilemediğini belirtmiştir. Zira, kişi özgürlüğü hakkına saygıyı sağlayabilmek için parasal güvence öngörülmesi haklı ve kaçınılmaz olmakla birlikte; somut olay incelendiğinde, başvuranın serbest bırakıldıktan sonra çalışmadığı için yoksullaştığı, öngörülen güvence miktarını ödemesinin mümkün olmadığı, kaldı ki ilk evrede güvence karşılığı serbest bırakılırken muhakemenin 5 yıl gibi uzun bir süre devam edeceğini öngörmesinin mümkün olmadığı ve de 5 yıldır, sıkı bir biçimde adli kontrol hükümlerine tabi yaşadığı anlaşılmaktadır. Bu koşullar altında başvuranın, ulusal mahkemenin kararına uymasını beklemenin gerçekçi bir yaklaşım olmadığını ifade eden Mahkeme, üstelik, adli kontrolün ihlali üzerine başvuran için öngörülen tutukluluk süresinin, 5 buçuk yıl gibi oldukça uzun bir süre olduğunu vurgulamıştır. Şayet başvuran, mahkeme kararı ile hükümlü olarak hapis cezası yerine getiriyor olsaydı, şartlı tahliyeden

---

<sup>401</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gatt v. Malta, Application No: 28221/08, 27.07.2010, par. 39 - 50. Bahsedilen bu karar, bireyin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla ilgiliyse de, adli kontrolün ihlalinden kaynaklandığı için, adli kontrol başlığı altında incelenmiştir.

yaralanabileceği; ancak somut olayda hapis cezası, adli kontrolü ihlalden kaynaklandığı için, 4 sene geçmiş olmasına rağmen böyle bir usulden faydalanmadığı da belirtilmiştir. Ayrıca, söz konusu hapis cezasının, AİHS m.5/1-b'nin amacının aksine, cezalandırıcı bir niteliğe büründüğünün Hükümetçe de kabul edildiği hatırlatılmış; başvuranın hapistede olduğu müddetçe maddi durumunun daha da zayıflayacağı ve öngörülen güvence miktarını yatırmasının mümkün olmayacağı hatırlatılmıştır. Tüm bunların yanında, başvuranın, adli kontrolü ihlal nedeniyle hapistede geçirdiği sürenin, mahkumiyet süresinden uzun olabileceği gibi; muhakeme sonunda beraat etmesi halinde, adli kontrolü ihlalden 5 buçuk yıl hapistede yatmasının anlaşılabilir bir nitelik alacağı ifade edilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, güvence miktarına dair herhangi bir tavan miktar da getirmediğini göz önüne alan Mahkeme, söz konusu uygulamanın, adli kontrolün bireyi duruşmada hazır bulunmaya zorlaması amacına ve de Sözleşme'nin yükümlülüklerin ihlali halinde tutulmanın, cezalandırıcı olmaması gerektiğine dair hükmüne aykırı düştüğüne ve de orantılılık ilkesine uyulmadığına karar vermiştir.

## 2.5. Arama

Ceza Muhakemesi Kanununda koruma tedbiri olarak düzenlenen adli arama, PVSK'da düzenlenen ve bir suçun işlenmesini ya da tehlikeyi önlemeyi amaçlayan önleme aramasından farklılık arz etmektedir. Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen önleme aramasına karşı idari yollara başvurulması gerekmektedir. Önleme aramasının koruma tedbiri olmaması nedeniyle, çalışmada adli arama üzerinde durulacaktır. Adli arama ile saklanan şüpheli ya da sanığın veya delillerin elde edilmesi amacıyla; şüpheli, sanık veyahut üçüncü bir kimsenin konutu, işyeri, kişiye ait diğer yerler, kişinin üzeri ve eşyasında yapılan araştırma ifade edilmektedir<sup>402</sup>. Bu açıdan, bağımsız bir koruma tedbiri olmakla birlikte;

---

<sup>402</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 393; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 330.

esasen yakalama ya da el koyma tedbirine aracı olmaktadır<sup>403</sup>. Fakat nasıl ki yakalanacak kişi için öncelikle çağrı ve zorla getirme tedbirine başvurulması gerekmekte ise, yakalama amaçlı aramanın kişi üzerinde doğurabileceği ağır etkiler sebebiyle de ölçülülük ilkesi doğrultusunda uygulanması gerekmektedir<sup>404</sup>. Kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarına yönelik sınırlamalar getirmesi sebebiyle arama koşulları, Anayasa m. 20 ve 21’de belirtilmiştir. Buna göre; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için arama tedbirine başvurulabilmektedir. Doktrinde, koruma tedbiri olarak nitelendirilmesindenense, delile ulaşmak için başvuru bir araştırma yolu olarak kabul edilmesinin daha doğru olduğu da belirtilmiştir. Fakat herhalde, temel hak ve hürriyetleri sınırlayıcı etkileri sebebiyle, koruma tedbirlerine paralel bir biçimde düzenlenmeleri yerinde bulunmaktadır<sup>405</sup>.

Arama tedbirine başvurulabilmesi için öncelikle, makul şüphe mevcut olmalıdır. Burada bahsedilen şüphe, yukarıda anlatılmış olan tedbirlerden farklılık arz etmektedir. Zira suçun işlendiğine dair basit şüphe aranırken, aranan kişi ya da delilin arama yapılan yerde olduğunu gösterir nitelikte makul şüphe aranmaktadır. Makul şüphenin var sayılabilmesi için, kişi ya da delillerin arama yapılan yerde olduğunun kabulüne imkan sağlayan somut veriler bulunmalıdır. Soruşturmaya başlanması için gereken basit şüphenin üstünde; ancak kovuşturma evresi için gereken yeterli şüphenin altında bir yoğunluk gerekmektedir. Arama Yönetmeliğinde bu durum, hayatın olağan akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe olarak ifade edilmektedir. Böyle bir sebebe ve şüpheye dayanmayan aramalar keyfi ve hukuka aykırıdır<sup>406</sup>. Fakat üçüncü kişilere yönelik

---

<sup>403</sup> Hüseyin Serkan Yıldız, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve El Koyma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 32 - 33; Duygu Çağlar Doğan, Ceza Muhakemesinde Adli Arama, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (92), s. 161.

<sup>404</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 332 - 333; Ozan Onan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009, s. 21.

<sup>405</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 367.

<sup>406</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 394 - 395; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 314; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 307.

aramalarda, makul şüpheden daha yoğun bir şüphe aranmakta ve kişi ya da delillerin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığının bulunması gerekmektedir<sup>407</sup>. Burada, şüpheden ziyade bir belirlilik, somut delil aranmaktadır. Zira ceza muhakemesi önlemleri, kural olarak, yalnızca şüpheli ve sanık hakkında uygulanabilmektedir. Bu sebeple, olayla ilgisiz üçüncü kişilerin, aramaya katılma yükümlülükleri şüpheli ya da sanığa oranla daha azdır<sup>408</sup>. Üçüncü kişilere yönelik aramada sanık veya şüphelinin bulunduğu yerlerde ve izlendiği sırada girdiği yerler söz konusu olduğundaysa, makul şüphe dahi aranmamaktadır. Bu durum, koruma tedbirlerinin gecikemezlik özelliğinden kaynaklanmaktadır. Aramanın bu ön şartlarına uyulmaması, işlemi hukuka aykırı hale getirecektir.

Kural olarak konut, iş yeri benzeri kapalı alanlarda, özel hayatın gizliliği hakkının sınırlamasının ölçülülüğünü sağlamak amacıyla, gece arama yapılamamaktadır. Kiler, bodrum, garaj, kömürlük, ev bahçesi, müstemilat gibi alanlar konut kavramına dahildir<sup>409</sup>. Benzeri alanlarsa; başkalarının istek dışı girişlerinin engelleyecek biçimde koruma altına alınmış, özel mülkiyete ait olduğu yönünde tahsis iradesi mevcut olan yer olarak açıklanmaktadır<sup>410</sup>. Ancak suçüstü, gecikmesinde sakınca bulunan hal ya da kaçan hükümlü ve tutuklular ile yakalandıktan, tutuklandıktan sonra kaçanlar söz konusu olduğunda, durumun gecikmezliği sebebiyle gece de arama yapılabilir. TCK m.6'ya göre gece; güneşin batmasından bir saat sonra başlayıp güneşin doğumundan bir saat önceye kadar geçen süredir. Aramadan beklenen sonucun elde edilemeyeceği, şüpheli ya da sanığın kaçacağı veya delillerin ortadan kaldırılacağı gibi gecikmesinde sakınca olan bir hal mevcutsa, arama kararında bu husus detaylı bir şekilde açıklanmalıdır. Gündüz başlanmış olan aramaya, eğer henüz bitirilememişse, gece

---

<sup>407</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 321.

<sup>408</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 345 - 347; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 542 - 543; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 505; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 307.

<sup>409</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 240.

<sup>410</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 351 - 352; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 323.

de devam edilebilmektedir. Fakat aramayı gerçekleştirenler, kötüniyetli hareket ederek aramayı kasten gece vaktine uzatırlarsa, işlem hukuka aykırı hale gelecek ve işlemi gerçekleştirenler bakımından, konut dokunulmazlığını ihlal ve görevi kötüye kullanma suçları gündeme gelecektir<sup>411</sup>.

Soruşturma evresinde arama kararını vermeye yetkili merci, savcının talebi üzerine sulh ceza hakimidir. Arama işlemine hakim tarafından karar verilmesi, bireyin temel hak ve hürriyetleri açısından önemli bir güvencedir ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir<sup>412</sup>. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, savcıya ulaşamayan hallerde ise kolluk amiri arama kararı vermeye yetkilidir. Konut, iş yeri ve kamuya kapalı alanlarda, Cumhuriyet savcısına ulaşılmasa dahi, kolluk amirinin böyle bir karar verme yetkisi yoktur. Şayet gecikmesinde sakınca olan bir hal sebebiyle hakim kararı olmaksızın arama yapılmışsa, bu husus açıklanmalıdır. Arama tutanağında gecikmesinde sakınca olan halin açıklanmaması ve dosyada yer alan belgelerde de bu nitelikte bir bilgi bulunmaması sebebiyle, kolluğun hakim kararı olmaksızın arama yapmasını gerektirecek istisnai koşulların oluşmadığı, dolayısıyla aramanın hukuka aykırı olduğuna ilişkin Yargıtay kararı mevcuttur<sup>413</sup>. Arama Yönetmeliği m.7/3'te de, Cumhuriyet savcısına ulaşılama nedeninin ve savcının hangi vasıtalarla arandığını belirten bir tutanağın düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Böylece yalnızca "savcıya ulaşılammıştır" şeklinde soyut beyanın yeterli olmadığı ortaya konularak, kolluğun arama kararı vermesi oldukça istisnai durumlar için mümkün hale getirilmiştir<sup>414</sup>. Kolluk amirinin bu yöndeki kararı sonucunda gerçekleştirilen aramanın sonuçlarının derhal savcıya bildirilmesi gerektiği CMK'da yer almaktadır. Ancak Cumhuriyet savcıları ile kolluk amirlerinin verdikleri arama

---

<sup>411</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 402; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 358.

<sup>412</sup> Yıldız, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve El Koyma, s. 49. Karar vermeye yetkili hakim, işlemin gerçekleştirileceği yerdeki sulh ceza hakimidir. Dolayısıyla aramanın yapılacağı yerden farklı bir yerdeki hakimden alınan arama kararı ve gerçekleştirilen arama işlemi, hukuka aykırı olacaktır. bkz. a.g.e., s. 53.

<sup>413</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 17.11.2009, Esas No: /7-160, Karar No: 2009/264; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 08.12.2014, Esas No: /1269, Karar No: 2014/20809; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 27.01.2015, Esas No: /1736, Karar No: 2015/1591.

<sup>414</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 246.

kararlarının, hakim onayına sunulması için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Anayasada ise hakimce karar verilemeyen gecikmesinde sakınca olan hallerde, kanunun yetkili kıldığı mercice verilen arama emrinin 24 saat içerisinde hakim onayına sunulması öngörülmektedir. Bu doğrultuda, bu tür kararların 24 saati geciktirmeksizin ve derhal hakim onayına sunulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>415</sup>. Kovuşturma evresinde ise bu karar mahkeme tarafından verilecektir. Ancak acele hallerde, mahkeme başkanı da bu yönde karar verme yetkisini haizdir. Arama emri, yazılı olmalıdır. Bu husus gerek CMK m.119/1 gerekse Anayasa m.21 ve 22 ile kabul edilmiştir.

Hakim tarafından verilen yakalama, zorla getirme ve tutuklama kararlarının üstü kapalı birer arama kararı oldukları öne sürülmekte ise de; Danıştay bu görüşü kabul etmeyerek, yerinde bir kararla, Arama Yönetmeliği'nde hem ilgili hükmü hem de aramada hakim kararı ya da Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmayan hallerde, kişinin rızası bulunmasının hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceğini belirten hükmü iptal etmiştir<sup>416</sup>. Doktrinde de bu görüş, aksi uygulamanın kolluğa sınırları belirli olmayan bir yetki vereceği belirtilerek savunulmaktadır<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 406; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 368; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 508; Doğan, Ceza Muhakemesinde Adli Arama, s. 174. Şayet el koyma gerçekleşmemişse, arama fiilen sona erdiği için, sonradan alınan onay, faaliyetin sonuçlarını ortadan kaldırmaya ya da telafi etmeye yeterli olamayacağından, onayın anlamsız olacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 319; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 333; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 569.

<sup>416</sup> Buna gerekçe olarak; kişinin yakalanması amacıyla konutunda, iş yerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve araçlarında yapılacak bir aramanın, kapalı alanlarda yer ve süre sınırlaması olmaksızın, hakim kararı ve Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile sağlanan güvenceyi ve hakkın özünü ortadan kaldırarak, kolluğa sınırsız bir yetki vermesi gösterilmiştir. Böyle bir düzenlemenin Anayasa ve düzenlemenin kaynağı olan Ceza Muhakemesi Kanununa aykırı olduğuna karar verilmiştir. Yine aynı kararda; özel hayatın gizliliği ile konut dokunulmazlığı haklarının dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez kişiliğe bağlı temek haklardan olduğunu ve bu sebeple bu haklar kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklardan olmadığını ifade etmiştir. Kolluk ile birey arasındaki güç dengesizliği de göz önüne alındığında, buna ilişkin rızanın sakatlanmış olacağı için geçerli olamayacağını belirterek aramada kişinin rızasının olmasını yeterli kabul eden hükmü iptal etmiştir. Danıştay 10. Dairesi, Karar Tarihi: 13.03.2007, Esas No: 2005/6392, Karar No: 2007/948. Aksi görüş için bkz. Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 405.

<sup>417</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 364.

Aramaya yönelik kararda, makul şüphe; arama nedenini oluşturan fiil, suç şüphesi ve aranan delilin ne olduğu, aranan kişinin adı ve kişisel özellikleri açıklanarak kararın sınırları çizilmelidir. Aranan delilin münferiden, ayrıntılı bir biçimde belirtilmesi sorun teşkil etmemekte ise de; somut olarak ortaya konması gerekmektedir<sup>418</sup>. Aksi halde arama kararı, kanuna aykırı olacağından elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır. Arama kararı belirli bir kişiye yönelikse, hakkında karar bulunmayan kişinin üstü aranmamalıdır. Fakat Yargıtay'ın bu konuda aksi yönde kararı mevcuttur<sup>419</sup>. Aramaya ilişkin karar verilirken mevcut olan makul şüphenin, aradan geçen zaman içerisinde ortadan kalkma ihtimali karşısında, kararın geçerli olacağı sürenin de belirtilmesi gerekmektedir. Sürenin esas olarak mümkün olduğunca kısa tutulması gerekmele beraber, olaydan olaya değişiklik gösterecektir<sup>420</sup>. Arama kararında, aramanın gerçekleştirileceği adres de açıkça belirtilmelidir. Bu şekilde yalnızca belirli adreste arama yapılmasına dair verilen bir karar, adresteki kişilerin üstünün aranmasını kapsamamaktadır.<sup>421</sup> Ölçülülük ilkesi doğrultusunda, bir apartmandaki tüm dairelere yönelik arama kararı verilemeyecektir<sup>422</sup>. Hak ihlallerini önleyebilmek için, arama kararlarının, bu şekilde yer, zaman, konu yönlerinden sınırlandırıcı ve açık olması gerekmektedir. Arama, el koymaya vasıta olabilmekte ise de bu tedbirler birbirlerinden bağımsız olduğundan, arama kararının varlığı, el koymayı mümkün kılamamaktadır. Bu bağlamda Arama Yönetmeliğinde yer alan düzenleme de gözetilerek, aranan eşyaya ulaşılması durumunda el konulup konulamayacağı da belirtilmelidir<sup>423</sup>. Ancak söz konusu bu hüküm, kanunda yer almadığı için, arama kararını aynı zamanda bir el koyma kararına dönüştürdüğü ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına aranan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği için eleştirilmektedir. Özellikle aranan eşyanın yaklaşık bir tanımla belirtildiği

---

<sup>418</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 347.

<sup>419</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 10.03.2015, Esas No: 2013/816, Karar No: 2015/29.

<sup>420</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 364.

<sup>421</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 513.

<sup>422</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 405.

<sup>423</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 324; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 517.

hallerde, ulaşılan eşyanın teyidi amacıyla, el koymayla ilgili ayrıca bir karar alınması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>424</sup>.

### **2.5.1. Aramanın Uygulanmasına İlişkin Öngörülen Hükümler ve Anayasa Mahkemesi İncelemesi**

Arama kolluk görevlisi tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak konut, iş yeri ve diğer kapalı alanlarda yapılan aramada Cumhuriyet savcısı hazır bulunmalıdır. Savcının bulunmadığı hallerde ise o yer ihtiyar heyetinden ya da komşulardan iki kişi hazır olmalıdır. Aramada aranacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi de arama işlemi esnasında hazır bulunabilmektedir. Kişinin kendisinin olmadığı durumlarda; temsilcisi, ayırt etme gücünü haiz hısımlarından biri, kendisiyle oturan kişi ya da komşusu hazır bulunmalıdır. Böylece arama esnasında tanık bulundurulması zorunlu tutulmuştur. Bunun sebebi; aramanın her türlü şüpheden uzak gerçekleştirilmesidir<sup>425</sup>. Hakim ya da savcının bulunduğu aramalarla kamuya açık yerlerde yapılan aramalardaysa, işlem tanığının hazır bulunmasına gerek yoktur.

Arama esnasında kişinin belgeleri, özel hayatın gizliliği hakkı doğrultusunda kolluk tarafından incelenememektedir. Zira özel yaşamın çekirdek

---

<sup>424</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 363; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 555; Onan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, s. 37. Arama sonrasında gerçekteşen el koyma için ayrıca bir el koyma kararının gerekmediği yönündeki aksi görüş için bkz. Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 317, 333.

<sup>425</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 406; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 373; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 323. Yargıtay işlem tanığının eksikliği hususunu şekli hukuka aykırılık olarak kabul etmekte ve işlem tanığı olmaksızın gerçekleştirilen arama sonucu elde edilen delillerin muhakemede kullanılabileceğini kabul etmekteydi. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin her türlü usule aykırılığın hukuka aykırılık teşkil ettiği yönündeki kararının ardından, Yargıtay, içtihat değişikliğine gitmiştir. Anayasa Mahkemesi kararının ardından, içtihat değişikliğine gidilen Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 28.04.2015, Esas No: 2013/9-164, Karar No: 2015/132. Doktrinde, uygulamada kolluğun tanıkları hazır bulundurmada zorlandığı belirtilerek, böyle bir durumda; arama tutanağında, detaylıca elinden geleni yaptığını, işlem için hangi komşulara başvurduğunu ve bu kişilerin hangi sebeplerle hazır bulundurulamadığını açıkça gösterir biçimde belirtmesi ve kanuna da bu ihtimalde işlem tanığı olmaksızın arama yapılmasına izin verir hüküm getirilmesi gerektiği yönünde görüş mevcuttur. Bkz. Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 323; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 511.

alanını ihlal eden müdahaleler de delili hukuka aykırı hale getirmektedir. Fakat özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilip edilmediği, soyut bir biçimde değil; somut olay bazında değerlendirilmelidir<sup>426</sup>. Bu doğrultuda aramayı gerçekleştiren kolluğun, söz konusu belgelere yalnızca suçla ilgisi olup olmadığını anlamak amacıyla, incelemeksizin bakabileceği kabul edilmiştir. Suçla ilgisi olabileceğini düşündüğü belgeleri, el koyma kararı da bulunması halinde, mühürlemeli; diğerlerini ise kişiye geri vermelidir. Belgeleri incelemeye yetkili makam; soruşturma evresinde savcı, kovuşturma evresinde ise hakimdir. Şayet arama esnasında yürütülmekte olan soruşturma ya da kovuşturmayla ilgisi olmayan farklı bir suçun işlendiği yönünde şüphe uyandıracak bir delil ortaya çıkarsa, tesadüfi delil adı verilen bu delil, CMK m. 138 gereği koruma altına alınarak Cumhuriyet savcılığına bildirilmelidir. Aramanın hukuka aykırı olması halinde, tesadüfi delilin de hukuka aykırı şekilde ele geçirilmesi sebebiyle, ceza muhakemesinde kullanılmayacağı belirtilmektedir<sup>427</sup>. Arama kararının konusu dışında kalan bir şeyin özellikle aranarak bulunması durumundaysa, delilin tesadüfen bulunduğu kabul edilmemelidir. Zira kolluk görevlisi, dürüst işlem ilkesine aykırı davranarak bir suça ilişkin arama kararını, başka bir suça ilişkin delile ulaşabilmek amacıyla kullanmaktadır. Böyle bir durumda aramanın, ölçüsüz ve adil yargılanma hakkıyla bağdaşmayan bir niteliğe bürünerek hukuka aykırı hale geleceği ve dolayısıyla ulaşılan “tesadüfi delil”in muhakemede kullanılmayacağı belirtilmektedir. Ancak aradaki bu ince çizginin, aramaya maruz kalan kişi tarafından ispatlanmasının çok zor olduğu kabul edilmektedir<sup>428</sup>.

Aramanın hukuka aykırılığına ilişkin Günay Dağ ve Diğerleri başvurusunda, başvurular, hukuk bürolarında yapılan aramada, kanunda Cumhuriyet savcısı eşliğinde arama yapılacağı belirtilmesine rağmen, savcı beklenmeksizin kapı kırılarak içeri girildiğini; hukuk bürosu hakkında arama kararı verilmesine rağmen, büronun üst katındaki konutlarda da arama yapıldığını;

---

<sup>426</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 542.

<sup>427</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 564.

<sup>428</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 386 - 387; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 514; Onan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, s. 77.

aramanın neden gece yapılmasına ihtiyaç duyulduğunun kararda yer almadığını ve tüm bu nedenlerle, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına saygı haklarının ihlal edildiğini öne sürmüştür<sup>429</sup>. Mahkeme, söz konusu başvuruda öncelikle, özel hayatın gizliliğine saygı hakkını; kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda, arama ile özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve vücudun dokunulmazlığı gibi temel haklar sınırlandırıldığını kabul etmiş; ancak özel hayatın gizliliği hakkının gerek AİHS gerekse Anayasa’da millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlanabilmesinin öngörüldüğü belirtilmiştir. Sonrasında, AİHM’in konut kavramına, kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosunu, özel bir kişinin işlettiği şirketin faaliyetlerinin yürütüldüğü kayıtlı merkezi, tüzel kişilerin kayıtlı merkezlerini, şubelerini ve diğer iş yerlerini de dahil olarak kabul ettiği içtihatları hatırlatılmıştır. AİHM’in arama ile özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının sınırlanması yönünden yaptığı değerlendirmelerde, arama izninin verildiği sırada başka bir delilin varlığı, arama izninin içeriği ve kapsamı, arama sırasında bağımsız gözlemcilerin bulunması, aramanın gerçekleştirilme biçimi ve aramadan etkilenen kişinin işi ve itibarına yönelik olan etkinin boyutu gibi hususlar göz önüne alarak, aramanın gerekçeleri ve ölçülülüğüne ilişkin belirli şartları temel aldığı belirtilmiştir. Söz konusu bu temel prensipler, somut bireysel başvuru açısından incelendiğinde, Anayasa ile düzenlen “millî güvenlik”, “kamu düzeni”, “suç işlenmesinin önlenmesi” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” şeklindeki sınırlama sebeplerine uygun olarak, kanunun görevli kıldığı hakim tarafından; gerek Cumhuriyet savcılarını gerekse kişilerin müdafileri eşliğinde, silahlı terör örgütüne üye oldukları öne sürülen başvuranlarla ilgili yeterli delilere dayanılarak, suç delili elde edilmesi meşru amacı ile gerçekleştirildiği ve bu nedenle özel hayatın gizliliği ile konut

---

<sup>429</sup> Anayasa Mahkemesi, Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1631, Karar Tarihi: 17.12.2015, par. 124 – 137.

dokunulmazlığına saygı haklarının ihlaline ilişkin iddiaların açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle kabul edilemez olduğu yönünde karar verilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu iddiaya ilişkin karşı oy yazısında, arama kararında dayanılan delillerin, 2003 yılına ait oldukları ve başvuranların, delillerin istinabe yolu ile elde edilmesi sırasında geçen uzun sürede sürekli olarak suç şüphesi ile takip altında oldukları halde, tutuklanmalarını gerektirecek bir eylemlerinin olmadığı vurgulanmıştır. Bunun ardından, başvuranların, konut ve bürolarında yapılan aramanın meşru amaca dayanıp demokratik toplumda gerekli olduğu belirtilmişse de aramanın gece yapılması ve kapıların kırılmasını gerektirecek nitelikte bir aciliyetin mevcut olmadığı; bu nedenle de müdahalenin ölçülü kabul edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Karşı oy yazısında yer alan gece arama yapılması ve kapı kırılarak içeri girilmesine ilişkin başvuranların iddialarının, kararda, hak ihlali olmadığı belirtirken incelenmediği görülmekte; bu husus da Mahkeme'nin orantılılık incelemesi yapmaksızın ihlal bulunmadığına karar verdiğini göstermekte ve dolayısıyla Mahkeme'nin kararını eleştirilere açık hale getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin hukuka aykırı arama ile ilgili bireysel başvuru kararlarındaki tutumu net değildir. Zira, Yaşar Yılmaz başvurusunda ise, işlem tanığı olmaksızın yapılan aramadan elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal ettiği yönündeki kararında, Anayasa Mahkemesinin görevinin, belirli delil unsurlarının kanuna uygun şekilde elde edilip edilmediklerini tespit etmekten ziyade, bu türden kanuna aykırılığın Anayasa'da korunan başka bir hakkın ihlali ile sonuçlanıp sonuçlanmadığını ve bu kanuna aykırılığın bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemek olduğu vurgulanmışsa da; arama işlemi ile bundan elde edilen delillerin, yargılamada esas alınan tek ve belirleyici unsur olmasının, adil yargılanma hakkının ihlaline yol açacağına hükmetmiştir<sup>430</sup>. Ancak belirtmelidir ki; kararda geçen “elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılması” ibaresi, doktrinde, haklı olarak, eleştirilmektedir. Zira, Mahkeme'nin incelemesi, Anayasa

---

<sup>430</sup> Anayasa Mahkemesi, Yaşar Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2013/6183, Karar Tarihi: 19.11.2014, par. 57 – 60.

m. 38/2'de yer alan hukuka aykırı delillerin kullanımının kesin olarak yasaklanması ile ilgilidir; ancak Mahkeme, AİHM kararlarına atıf yaparak, AİHS'te açık bir ibare bulunmayan ve fakat Anayasa'da kesin bir dille yasaklanmış olan hususla ilgili olarak kapı aralamaktadır<sup>431</sup>.

Nitekim, daha sonra, Jakop Gabriel başvurusunda, gece yapılan aramada, gecikmede sakınca olma veya suçüstü halinin belirtilmediğinin ve de işlem tanığı olarak yalnızca bir kişinin bulunduğu ön sürülmesi karşısında, bu şekilde kanuna aykırı aramalara kapı aralayacak nitelikte ve ters yönde bir karar vermiştir<sup>432</sup>. Mahkeme, söz konusu uygulamanın, kanuna aykırı olduğunu kabul etmekle birlikte; başvuranın arama işleminde, soruşturma ya da kovuşturma evrelerinde ne delillerin gerçekliğine yönelik bir itirazda bulunmuş ne de ele geçirilen delillerin zilyedi olduğunu inkar etmemiş olması sebebiyle, arama işleminin usulüne ilişkin bu eksikliğin işlemin sıhhati ile işlem sonucunda elde edilen delillerin gerçekliğini zedelediğini, keza başvuranın da bu yönde bir iddiasının olmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin karar vermemiştir. Söz konusu kararda, AİHM'in hukuka aykırı delil iddialarına ilişkin genel yaklaşımının, delilin kabul edilebilirliğinin ulusal mahkemelerin alanına girdiği; özel ve aile hayatına saygı hakkına aykırı olarak elde edilen delilin, salt bu sebeple yargılamada kullanılmayacağı kabul edilemeyeceği ve belirli usuli güvenceler sağlandığı müddetçe bunun adil yargılanma hakkını etkilemeyeceği şeklinde olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda AİHM'in, ceza soruşturmasının iç hukukta bir dayanağının bulunması, delillerin sıhhati veya gerçekliği konusunda kuşkuya düşülmesini haklı kılan sebeplerin bulunmaması veya bulunsada dahi destekleyici diğer deliller sayesinde bu kuşkuların giderilmiş olması ve sanığa delillerin gerçekliğine etkili bir şekilde itiraz etme fırsatının tanınmış olmasını,

---

<sup>431</sup> Göztepe, Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, [http://kamuhukukculari.org/?sayfa=toplantı\\_bildiriler&id=5](http://kamuhukukculari.org/?sayfa=toplantı_bildiriler&id=5) (Erişim Tarihi: 30.04.2017) s. 28. Anayasa Mahkemesi'nin sınırlayıcı yorumunu eleştirmekle birlikte, somut kararda geçen bu ifadenin, salt hukuka aykırı delil kullanılmasının doğrudan adil yargılanma hakkını ihlal etmeyebileceği anlamında kullanıldığı yönündeki görüş için bkz. Bilgin, Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi, s. 95 – 96.

<sup>432</sup> Anayasa Mahkemesi, Jakop Gabriel Başvurusu, Başvuru No: 2013/2392, Karar Tarihi: 15.04.2015, par. 35 – 50.

bahsedilen usuli güvenceler kapsamında düşündüğü hatırlatılmıştır. Bu doğrultuda, AİHM’de olduğu üzere, delilin değerlendirilmesinde asıl yetkinin ilk derece mahkemesine ait olduğu ifade edilerek bahsedilen yönde bir karar verilmiştir. Ancak, karşı oy yazısında, bu tutum; Anayasa’da açıkça hukuka aykırı elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasının mümkün olmadığını belirtmesi karşısında eleştirilmiştir. Üstelik, mahremiyet alanını da içine alacak şekilde kişinin özel alanına yönelmesi itibarıyla, kişinin özel hayatına ağır bir müdahale teşkil eden "arama"ya ilişkin usul hükümlerinin, ilgili mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasının, işlem öncesi ve sonrasında keyfi uygulamalara karşı, bir takım etkili güvencelere yer verilmesinin ve çizilen hukuki çerçevenin kalitesinin; olası suistimallerin önlenmesi ve bu bağlamda devletin negatif yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından hayati öneme sahip olduğuna ilişkin AİHM kararına da atıf yapılarak, Anayasa Mahkemesi’nin kararının, kanunilik ilkesi ile de uyuşmadığı vurgulanmıştır. Ulusal hukuktaki konumu gereği, Anayasa Mahkemesi, muhakemenin adil yargılama ilkelerine uygun yürütülmesinin teminatı olarak; soruşturma ve kovuşturma evrelerinde bireylerin temel hak ve hürriyetlerine saygı gösterilmesinin ve bunları sınırlandıran koruma tedbirlerinin kanuna uygunluğunun sıkı bir şekilde denetlemesinin gerçekleştirileceği bir mercidir. Keza, koruma tedbirlerinin sıkı şartlara bağlanmasındaki amaçlardan biri de, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine, kolluk tarafından gerçekleştirilebilecek herhangi bir haksız müdahaleyi önlemektir. Bu bağlamda, söz konusu kararın, belirtlen bu özel durumların aksine, ileride bireylerin temel hak ve hürriyetlerine haksız şekilde müdahale edecek uygulamalara kapı araladığını düşünmekteyim. Özellikle CMK’da, usuli eksiklik gibi bir kavram olmamasına rağmen, Mahkemece buna dayanılarak, işlem tanığı eksikliğinin önemsiz bir eksiklik olarak nitelendirilmesi, açıkça temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahalenin yasaya uygun gerçekleştirilmesi koşuluna da aykırıdır. Anayasa Mahkemesi, hüküm kurarken AİHM’in çeşitli kararlarına dayanmışsa da, AİHS’e göre, Sözleşme uygulaması, devletlerce daha geniş olarak tanınan temel hak ve hürriyet alanlarının, ulusal hukukta dar olarak yorumlanmasına yol açmamalıdır. Söz konusu bu hüküm,

Anayasa’da açıkça hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmayacağı hükmü ile birlikte göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesi’nin, inceleme standardını düşüren bu kararının tartışılabilirliği daha iyi anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin, özellikle adil yargılanma hakkının ihlali ile ilgili iddiaları incelerken, temyiz mercii olmadığı ve delillerin değerlendirilmesine dair kanun yolu incelemesinin kendi görevi olmadığı yönünde, son kararda da yer alan bu katı tutumu, doktrinde de eleştirilmektedir. Zira, her ne kadar Mahkeme’nin görevinin bu olmadığı hususunda Mahkeme’ye hak verilmekteyse de, söz konusu bu ifadeye dayanılarak, bariz adil yargılanma hakkı ihlallerini de inceleme kapsamı dışında tuttuğu gözlemlenmektedir<sup>433</sup>.

### **2.5.2. Aramanın Uygulanmasına Dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İncelemesi**

AİHM, delillerin incelenmesi söz konusu olduğunda, kanuna aykırı elde edilen delilin muhakemede kullanılıp kullanılmayacağı ya da kişinin suçlu olup olmadığına karar verme yetkisinin ulusal mahkemelerde olduğunu; 6. madde içerisinde düzenlenen adil yargılanma hakkında esas olanın, muhakemenin bütünü içerisinde, delillerin toplanması da dahil olmak üzere, adilliğinin tespiti olduğunu belirtmektedir. Bu doğrultuda, “kanuna aykırılık” iddiasının incelenebileceğini ve bunun sonucunda Sözleşme’de düzenlenen başka bir hakkın daha ihlal edildiği kanaatine varılırsa bunun vurgulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>434</sup>.

Başvuranın, evinde yapılan aramanın, polisler savcı tarafından yetkilendirilmedikleri ve kendisinin de böyle bir aramaya rıza göstermediği halde gerçekleştirildiğini; dolayısıyla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini öne sürdüğü Kilyen - Romanya başvurusunda Mahkeme, evde gerçekleştirilen aramanın, söz konusu hakka müdahale anlamına geldiğinin tartışmasız olduğunu

<sup>433</sup> Bilgin, Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi, s. 160.

<sup>434</sup> AİHM’in hukuka aykırı usullerle elde edilen delillere ilişkin içtihadı, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi ile gizli soruşturmacı ve teknik araçla takip başlıkları altında inceleneceğinden, tekrara düşmemek için, bu bölümde sadece özel hayatın gizliliği üzerinde durulmaktadır.

belirtmiştir<sup>435</sup>. Ancak, Sözleşme’de bu hakka hangi şartlar altında müdahale edilebileceğinin düzenlendiğini, bu doğrultuda, öncelikle müdahalenin kanunla düzenlenip buna uygun yürütülmesi, amacının Sözleşme’de yer alan meşru amaçlardan biri olması ve de bu amaçlara ulaşabilmek için demokratik bir toplumda gerekli olması şartlarının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanunla düzenlenmeden kastın yalnızca iç hukukta söz konusu işleme ilişkin bir düzenlemenin olması anlamına gelmediği; bunun aynı zaman kanunun kalitesini de kapsadığı ve bu bağlamda kanunun, ilgililerin anlayabileceği açıklıkta, kesinlikte ve de öngörülebilir olması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, somut başvuru açısından, öncelikle, mevcut kanunun polisin yetki ve görevlerine dair geniş hükümler içermekle birlikte; konutta gerçekleştirilecek aramalar açısından aramanın nasıl gerçekleştirileceği ve polise verilen yetkinin kapsamına dair özel hükümler ihtiva etmediğini tespit etmiştir. Kanun hükümlerinin belirsiz ve oldukça genel nitelikte olduğunu, mevcut başvuru açısından kanuni dayanak olarak ele alınamayacağını; bu nedenle yeterli ve etkili bir güvence olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Üstelik, Hükümetin, polisler arama yetkisi verildiğine dair herhangi bir belge de sunmadığını; böyle bir arama kararının mevcudiyetinin aramanın, amaç ve kapsamını net bir şekilde ortaya koyabilmek açısından elzem olduğu gibi, kararın mevcudiyeti halinde, bireyin bu karara karşı itiraz edebilmesinin de mümkün olabileceğini belirtmiştir. Tüm bunların sonucunda, müdahalenin, yasal bir müdahale olarak kabul edilemeyeceğini; dolayısıyla müdahalenin meşru amacının olup olmadığı ile orantılılığını incelemenin gereksiz kalacağını vurgulayarak, başvuranın özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir. Kanunda, yetkili otoritelerin özel hayata müdahalelerine dair yeterli güvencenin mevcut olduğu durumlarda da, söz konusu güvencelerin, uygulamada ne ölçüde dikkate alındığı inceleme konusu yapılmaktadır. Panteleyenکو - Ukrayna başvurusunda belirtildiği üzere, başvuranın nerede olduğu bilinmesine rağmen, arama kararının ona değil de konutuna yöneltilmesi ve arama esnasında, ayırım yapılmaksızın soruşturmayla

---

<sup>435</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kilyen v. Romania, Application No: 44817/04, 25.02.2014, par. 29 – 38.

ilgisizliği açık olanlar dahil tüm belgeler ile başvuranın şahsi eşyalarına el konulması durumunda, yine aramanın yasaya uygun olarak icra edildiğini söylemek mümkün olmamaktadır<sup>436</sup>.

Crimieux - Fransa başvurusunda ise, başvuranın aramanın yasal bir dayanağı olmadığı yönündeki iddiasını, aramanın halihazırda diğer müdahale şartlarını taşımadığı için Sözleşme'ye aykırı olduğunu, bu nedenle doğrudan yasallık prensibi üzerinden bir karara varmanın doğru olmayacağı belirterek diğer müdahale şartlarını değerlendirmiştir<sup>437</sup>. Meşru amaç açısından inceleme yapan Mahkeme, amacın suçun önlenmesi ile ülkenin ekonomik çıkarları olduğunu ve bunların da meşru olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Sonrasında, Sözleşme Devlelerin temel haklara müdahalenin gerekliliği açısından belirtli bir takdir yetkisini haiz olduklarını; bu yetkinin Avrupa denetimi ile bir arada yürütülmesi gerektiğini; dolayısıyla müdahalenin istisnai yapısı gereği dar yorumlanması ve bunlara duyulan ihtiyacın inandırıcı bir şekilde ortaya konabilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Başvurudaki gibi, sermaye ihracı ile vergi kaçırma söz konusu olduğunda, devletlerin özellikle gelişen bankacılık ve internet sistemleri karşısında zorluklar yaşamasının anlaşılabilirliği, bu nedenle fiziksel belge elde edebilmek için, konutta arama ve el koyma gibi bazı tedbirlere başvurma ihtiyacını kabul edilebileceği belirtilmiştir. Ancak yine de, kanunun ve uygulamasının, yeterli ve etkili güvenceleri sağlaması gerektiği hatırlatılmıştır. Bu doğrultuda, her ne kadar kanunda aramanın usul ve kapsamı düzenlenmişse de; mevcut yasal boşluk ve belirsizlikler nedeniyle, gümrük yetkililerine aramanın amaca uygunluğu, sayısı, süresi ve kapsamı hakkında münhasır yetkiler verir nitelikte olduğu belirtilmiştir. Yargısal bir karar aranmadığı müddetçe, kanunun bu haliyle, meşru amaçlar için sıkı bir orantılılıkla müdahaleye olanak sağlayamacağı ifade edilerek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Mahkeme, bahsedilen ilk iki başvurudan farklı olarak, doğrudan

---

<sup>436</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Panteleyenکو v. Ukraine, Application No: 11901/02, 29.06.2006, par. 50 – 51.

<sup>437</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Crimieux v. France, Application No: 11471/85, 25.02.1993, par. 34 - 41. Aynı doğrultuda bkz. Miailhe v. France, Application No: 12661/87, 25.02.1993, par. 32 – 39.

yasallık incelemesinde ihlal bulmak yerine, yasal mevzuattaki boşlukların, orantılılık ilkesini zedelemeleri ve ikisi arasındaki sıkı bağ sebebiyle, orantılılık açısından inceleme yapmıştır. Zira somut olayda, hem yasal mevzuatta eksiklikler olduğu tespit edilmiş hem de 3 yıl içerisinde 83 arama gerçekleştirildiği, ayırım yapılmaksızın, avukatlarıyla yazışmaları da dahil olmak üzere tüm özel belgelere de el konulduğu ve bunların ilgisizliği anlaşıldıktan sonra iade edildiği ve de gümrük ile ilgili başlayan aramaların zaman içerisinde genel aramalara dönüştüğü hususu, başvuran tarafından vurgulanmıştır.

Mahkeme, Murray - Bileşik Krallık başvurusunda demokratik toplumda gereklilik incelemesi yaparken, terör söz konusu olduğunda, seçilmiş bir hükümetin, vatandaşlarını organize terörizm tehdidine karşı koruma yükümlülükleri olduğunu kabul etmekte; ancak böyle durumlarda dahi, devletin yetkisinin sınırsız kabul edilemeyeceğini belirterek, özel hayata saygı hakkı ile adil bir denge kurulması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>438</sup>. Söz konusu bu başvuruda, kişinin terör örgütü üyesi olduğuna dair şüpheler, inandırıcı bulunmuş olduğundan; aramanın tek amacının aranan kişi ve eşyaları ele geçirmek değil, aynı zamanda aramayı barış içerisinde gerçekleştirmek olduğu için, tüm aile bireylerinin arama esnasında aynı odada toplanmalarının istenmesi haklı görüldüğünden; arama sonucunda el konulan kişisel eşyalar, suçlamalarla ilgisiz bulunmadığından, söz konusu aramanın orantısız olduğundan söz edilemeyeceği yönünde karar verilmiştir. Chappell - Birleşik Krallık başvurusunda ise Mahkeme, Anglosakson hukuk sisteminde esas olan teamül hukukuna dayalı arama kararı verilmesinin, yasal düzenleme koşulunu sağladığını kabul etmiştir; çünkü her ne kadar ulusal mahkemeden mahkemeye belirli değişiklikler görülebilmekteyse de, kararların, temel noktalarda birbiriyle uyum gösterdiğini, bu nedenle teamül hukukunun Sözleşme'nin aradığı nitelikte "yasal düzenleme" olarak kabul etmenin mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>439</sup>. Söz konusu kararın demokratik toplumda gerekliliğine ilişkinse, kişi hakkındaki arama kararının, ulusal hukukta

<sup>438</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Murray v. United Kingdom, Application No: 14310/88, 28.10.1994, par. 91 – 93.

<sup>439</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Chappell v. United Kingdom, Application No: 10461/83, 30.03.1989, par. 59 – 66.

aranan delille desteklenmeye ilişkin koşullar sağlandıktan sonra verildiği; arama kararının, kendi içerisinde kısa ve belirli bir zaman uygulanması, aramadan etkilenecek kişilere karşı sınırlamalar getirilmesi, ele geçirilen delillerin yalnızca belirli bir amaç için kullanılması gibi güvenceler içerdiği ve bunun da aramanın etkisini, kendisinden beklenen makul sınırlar içerisinde kalmasını sağladığı; üstelik bu güvencelerin, aramayı icra eden davacı ve avukatlarınca bir çok belge de imzalandığı; aramanın belirtilen usule göre gerçekleştirilmemesi durumunda, kişinin buna itiraz edebilmesini sağlayacak hukuk yollarının mevcut olduğu belirtilerek, kararın kendisinin, orantısız olduğundan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Arama kararının icrasının, davacıların avukatının denetim ve gözetiminde gerçekleştirilmesiyse, Mahkeme tarafından, geçerli bir itiraz sebebi kabul edilmemiştir. AİHM, avukatların, müvekkillerine karşı sorumluluk hissettikleri iddiasını makul bulsa da mahkemede kamu görevlisi sıfatını da haiz olduklarını ve imzaladıkları belgelerle, bu yönde yükümlülük altına girdiklerini, görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri halinde, kendi kariyerlerini tehlikeye sokabilecek derecede ağır cezalarla yüzleşeceklerini belirtmiştir. Bunun dışında, aramanın, başvuranın iki konutunda birden aynı anda ve 16 - 17 kişi tarafından gerçekleştirilmesini, ulusal temyiz mahkemesince de kabul edildiği üzere, rahatsız edici ve talihsiz bulmuştur. Ancak, başvuranın, aramayı reddederek davacılarından evi terk etmeleri yönünde bir talebi olmadığı gibi; hukuki tavsiye aldıktan sonra, bizzat kendisinin izin verdiği ve aramanın da bunun ardından başlatıldığı vurgulanmıştır. Başvuranın her iki konutunda da aynı anda arama gerçekleştirilmesinin, başvurana zorluklar yarattığı da kabul edilmekle birlikte; her iki aramanın da hemen hemen aynı materyallere odaklanması, başvuranın, aramalardan biri bitmeden diğerine başlanmaması yönünde bir talebinin bulunmaması, ulusal mahkemelerce, başvuranın, arama esnasında kendi çıkarlarını korumasının mümkün olduğunun tespit edilmesi ve aramanın icrası sırasında, usuli herhangi bir aykırılığın olmaması nedenleriyle, aramanın icrasında, müdahalenin doğasından kaynaklanan birtakım makul zorlukların ötesinde orantısızlık bulunmadığını belirterek, Sözleşme'ye uygun bulunmuştur.

Sher ve Diğerleri başvurusunda ise, terör şüphesi ile tutuklanan başvuranların bu esnada evlerinde gerçekleştirilen aramanın dayanağı olan arama kararının, yazışma, kitap, elektronik döküman gibi oldukça geniş bir şekilde ifade edildiğini kabul etmiştir. Ancak, somut olayda geniş çaplı bir terör saldırısı şüphesinin söz konusu olması; birden çok şüphelinin bulunması; şüphelilerin aralarında, kodlarla konuşması ve durumun aciliyeti göz önüne alınarak, söz konusu geniş arama emri, AIHS m.8'in ihlali olarak yorumlanmamıştır<sup>440</sup>. Zira, Mahkeme'ye göre bu nitelikteki durumlarda, saldırının hazırlığına dair makul şüpheyi ortaya koyacak deliller mevcut olmamakta ve de saldırının amacı da belirlenemediğinden, ulaşılmak istenen delillerin, spesifik olarak tespit edilmesi güçtür; polise belli oranda esneklik tanınması gerekmektedir. Mahkeme, kişisel verilerin korunması için, elektronik cihazların aranmasında dikkatli davranılması gerektiğini; ancak somut başvuruda bu yönde bir itirazın mevcut olmadığını da kaydetmiştir. Ayrıca, başvuranların, idarece alınan kararlara karşı, geçmişe dönük olarak yargısal denetim yoluna başvurabildikleri bir hukuk yolunun mevcut olduğu; el koymaya karşı itiraz yoluna gitmediklerini ve haksız olarak el konulduğunu öne sürdükleri eşyalara dair herhangi bir liste de sunmadıkları vurgulanmıştır.

### **2.5.3. İşyeri Aramalarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İncelemesi**

Konut aramasının yanı sıra bireyin, işyerinin aranmasının, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında düşünülüp düşünülemeyeceği hususundaysa Mahkeme, Sözleşme'nin Fransızca metninde geçen kavramın, konuttan daha geniş bir anlam

---

<sup>440</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sher and Others v. United Kingdom, Application No: 5201/11, 20.10.2015, par. 174 - 176. Bu şekilde geçmişe dönük bir yargısal denetimin mevcut olmadığı; Parlamentoda kurulacak komiteye, idare tarafından sunulacak raporların kamuya açık olmadığı ve yargısal denetim ile aynı etkiyi haiz olamayacağı; bireylere, şikayette bulunabilmeleri için kendilerine yönelik başvuru tedbir ile ilgili bir bildirim yapılmadığı ve de şikayet yoluna başvurulsa dahi, bu şikayetlerin yeterince bağımsız olduğu kabul edilemeyecek İçişleri Bakanlığı'nca incelenmesi sebebiyle, gizli denetime yönelik tedbirlere ilişkin kanunun, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık teşkil ettiği yönündeki karar için bkz. Szabo and Vissy v. Hungary, Application No: 37138/14, 12.01.2016.

ifade ettiğini, bunun, ofis veya işyeri olarak kabul edilmesinin mümkün olduğunu belirterek, özel kişilerce yürütülen şirketlerin ofisleri ile hukukta tanımlanan kişilerin, kayıtlı ofis, şube ve işyerlerinin aramasını bu kapsamda inceleyebileceğine kanaat getirmiştir<sup>441</sup>. Bu doğrultuda, Buck – Almanya başvurusunda yaptığı incelemede, başvuranın oğlunun, şirket arabasını kullanarak hız limitini aştığı başvuruda, şirket arabasının, çalışanlardan biri tarafından kullanılmış olup olamayacağını tespit etmek amacıyla, şirkette aranması incelenmiştir. Mahkeme, önceki içtihatları doğrultusunda, arama esnasında yeterli ve etkili güvencelerin var olup olmadığını; orantılılığa karar verebilmek için, olayın kendine özgü koşullarının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Arama ve el koymayı gerektiren suçun ağırlığı; arama ve el koyma kararlarının icra edildiği sırada mevcut olgular ve özellikler delillerin neler olduğu; arama ve el koyma kararlarının içeriği ile kapsamı; arama ve el koymanın icra edildiği konutların niteliği ile konut sahibinin saygınlığına verilebilecek olası zararlarda, tedbirin etkisinin makul sınırlarda tutulabilmesi için ne oranda dikkate alındığı, bu güvenceler olarak vurgulanmıştır. Bu doğrultuda, genel olarak etkili ve yeterli güvencelerin var olduğu söylenebilirse de, kararın, trafik kuralını ihlal gibi basit bir ceza sebebiyle verilmiş olması ve hatta, başvuranın, daha önce trafik kurallarını ihlal ile ilgili herhangi bir sabıkasının bulunmaması; her ne kadar eylem sırasında kullanılan araba başvuranın şirketine aitse de, arama ve el koyma tedbirlerinin yöneldiği kişinin başvuran değil, oğlu olması; arama ile el koymanın amacının, başvuranın oğlunun iddia ettiği şekilde, aracı kullananın şirket çalışanı olup olmadığını tespit etmek olduğunu ancak, arama kararını veren hakimin, davaya ilişkin kararında esas olarak başvuranın oğlunun biyometrik fotoğrafından yararlandığının ve bunun da arama ile el koymanın, delillere ulaşabilmek için ihtiyaç duyulan tek yöntem olmadığını ortaya koyduğunu; arama kararında, başvuranın işyerine ait belgelerin neden konutunda arandığına dair herhangi bir açıklama bulunmadığını ve bunun da, arama kararının kapsamının geniş tutulmasına yol açtığını; başvuranın bizzat kendisine yönelmeyen bir

---

<sup>441</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Buck v. Germany, Application No: 41604/98, 28.04.2005, par. 45 – 53.

soruşturmada, küçük bir şehirde evine ve sahip olduğu şirkete yapılan bu arama nedeniyle hem kendisinin hem de şirketinin itibar kaybına uğramasının kaçınılmaz olduğu ifade edilerek, işlemlerin orantısız olduğu ve bu sebeple, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.

Mahkeme'nin iş yerlerini Sözleşme kapsamına almasının yanı sıra, savunma dokunulmazlığının korunabilmesini sağlamak için, avukat bürosunda ve konutunda yapılacak arama ile ilgili CMK'da bazı özel hükümler öngörülmüştür. Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan avukatlara ilişkin, kanuni arama koşulları ile ölçülülüğe azami dikkat gösterilmesi gerekmektedir. Zira müdafî, icra ettiği meslek gereği savunmasını yaptığı kişi ile ilgili sırlara vakıftır ve bunları korumak durumundadır. Arama sırasında aksi yöndeki bir tutum, telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabilecektir<sup>442</sup>. Bu nedenle, arama için mahkeme kararı mevcut olmalı ve arama esnasında Cumhuriyet savcısı ile baro başkanı ya da onu temsil edecek birinin bulunması gerekmektedir. Aksi halde elde edilen deliller, hukuka aykırı olacak ve muhakemede kullanılamayacaktır. Arama sonunda el konulan bir delilin, bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı ya da temsilcisi tarafından, avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu belirtilirse, bu delil mühürlenmelidir. Konu ile ilgili karar soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından 24 saat içinde verilmelidir. Şayet söz konusu eşyanın avukat - müvekkil ilişkisinden doğduğu yönünde karar verilirse, eşya avukata iade edilerek işlemle ilgili tutanaklar derhal ortadan kaldırılmalıdır<sup>443</sup>. Avukatlık Kanunundaysa, avukatların üstünün ağır cezayı gerektiren suçüstü hali haricinde aranamayacağı hükmü yer almaktadır<sup>444</sup>. Hakkında yakalama kararı bulunan kişinin, avukatının bürosunda yakalanması amacıyla, avukat bürosunda yukarıda anlatılan usule uygun yapılacak bir arama,

<sup>442</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 413.

<sup>443</sup> Avrupa Birliği Rekabet Makamlarının Birlik Rekabet Hukuku'na aykırılık şüphesiyle yürütülen soruşturmalarda, ulusal mevzuata aykırı olsa dahi, şirket avukatının şirketteki çalışma yeri aranabilecek ve tüm yazışmalarına el konulabilecektir. bkz. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 14.09.2010 Tarih ve C-550/07 P Sayılı Kararı. Söz konusu kararın eleştirisi için bkz. S. Keskin Kızıroğlu, Arama İşlemi Bakımından Şirket Avukatının Şirket İçindeki Çalışma Yeri Avukatın Bürosu Sayılabilir Mi?, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 237 - 260.

<sup>444</sup> 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, 07.04.1969 Tarih ve 13168 Sayılı Resmi Gazete.

kanunun lafzıyla çelişmemektedir. Fakat söz konusu hükmün getiriliş amacı olan savunma hakkı ve avukata güven prensipleri perspektifinden bakıldığında, böyle bir uygulama mümkün olmamalıdır<sup>445</sup>.

Aynı şekilde AİHM de avukatlık mesleğinin konumu gereği, değerlendirmesi esnasında farklı birtakım güvenceler aramaktadır. Bu doğrultuda, avukat bürosunda gerçekleştirilen bir aramanın kanuna uygun olup olmadığını incelemiş ve ulusal hukukta temeli olsa da söz konusu hükümlerin erişilebilir ve öngörülebilir olup olmadıklarını değerlendirmiştir. Bu açıdan öngörülebilirliğin, bireylere, yetkili makamların hangi durum ve şartlarda müdahale etme yetkileri olduğunu, açık bir şekilde ortaya koyma anlamına geldiği vurgulanmıştır. Farklı Fin kanunlarında, bireyin delil olarak sunmasına izin verilmeyen belgelere el konulamayacağını; avukatların, müvekkillerinin kendilerine verdikleri ifadeleri savunma amacıyla paylaşmayacaklarının ve müvekkillerinin sırlarını, onların izni olmaksızın paylaşmayacaklarının düzenlendiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, savunma amacıyla müvekkillerin beyanlarının paylaşılmayacağını, yalnızca belirli bir davadaki avukat-müvekkil gizliliğini mi yoksa bu ilişkinin geneli için mi gizliliği kabul ettiğinin, ulusal mevzuatta yeterli açıklıkta ortaya konmadığı belirtilmiştir. Mahkeme, bu gizliliğin, genel anlamda mesleki sırları saklama yükümlülüğü olması; Sözleşmeciler Devletlerin de, bunu sağlamak için gereken adımları atmaları gerektiğini not etmektedir. Bu bağlamda Petri Sallinen – Finlandiya başvurusunda, avukat bürosunda gerçekleştirilen arama sonrasında, hard disklere el konulmuş; bu hard diskler daha sonra avukat olan başvurana iade edilmişse de, 4. hard diskin bir kopyası çıkarılmıştır<sup>446</sup>. Bu hard disklerde, soruşturmaya konu olan suç ile herhangi bir ilgisi bulunmayan müvekkillere dair bilgiler bulunduğunu hatırlatan Mahkeme, herhangi bir objektif gözlemci olmaksızın gerçekleştirilen bu arama ve el koymanın, oldukça geniş çaplı olduğunu ifade etmiştir. Özel hayata derinden müdahale gerçekleştiren aramanın, detaylı, açık ve anlaşılabilir hükümler içermesi gerektiğini; ancak mevcut

<sup>445</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 355.

<sup>446</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Petri Sallinen v. Finland, Application No: 50882/99, 27.09.2005, par. 82 – 94.

mevzuatın bu koşulları sağlamadığını ve el konulamayacağı belirtilen materyallere dair flu ve tartışmalı bir içeriğe sahip olduğu belirtilmiştir. Bunun da bireylerin demokratik bir toplumda gerekli olan minimum yasal koruma ve güvenceleri haiz olmadıklarını ve dolayısıyla somut olaydaki müdahalenin, “yasaya uygun gerçekleştirilme” şartını taşımadığını belirterek, AİHS m.8’in ihlal edildiğine karar vermiştir.

Avukat bürolarında gerçekleştirilen arama - el koyma ile ilgili Niemietz - Almanya başvurusunda ise yasal mevzuat, orantılılık ile birlikte değerlendirilmiştir<sup>447</sup>. Mahkeme, öncelikle aramayı gerektiren suçlamayı ele almış ve hakime hakaretin yanı sıra hakim üzerinde baskı kurmayı da içeren eylemin, basit bir suç olarak nitelendirilemeyeceğini kabul etmiştir. Ancak, arama kararının oldukça geniş bir içeriği haiz olduğunu, çünkü herhangi bir ayırım yapmaksızın, hakaret içerikli mektubu yazan kişiyi ortaya çıkaracak tüm belgelerin aranıp el konulmasını kapsadığını; ulusal hukukta, avukat bürolarında arama esnasında bulunması gereken objektif bir gözlemci gibi herhangi bir özel güvence mevcut olmadığını; özellikle aramaya konu olan belgeler göz önüne alındığında, bunların, mesleki sır kapsamındaki profesyonel belgeler olduğunu ve bu nedenle, avukatlar söz konusu olduğunda, mesleki sırrın gizliliğine müdahalenin, adalet yönetimi ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı üzerinde etkileri olacağını belirtmiştir. Üstelik, avukat bürosunda arama, avukatın gerek genel gerekse müvekkilleriyle olan ilişkilerini zedeleyerek saygınlığına zarar vermektedir. Tüm bu nedenlerle Mahkeme, somut başvuruda gerçekleştirilen aramanın, orantısız olduğuna ve bu nedenle AİHS m.8’i ihlal ettiğine karar vermiştir.

Avukat bürosunda yapılan aramanın amacının, gazeteci olan müvekkilinin yazısında dayandığı bir belgeye el koyma amacı gütmesi halinde, söz konusu bu ağır ihlalin, daha da katlanacağı belirtilmektedir<sup>448</sup>. Roomen ve Schmit başvurusunda bu bağlamda inceleme yapan Mahkeme, hakim tarafından verilen karar dayanarak, soruşturma yargıci, savcı ve Baro Başkanı huzurunda yapılan

<sup>447</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Niemietz v. Germany, Application No: 13710/88, 16.12.1992, par. 36 – 38.

<sup>448</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Roemen and Schmit v. Luxemburg, Application No: 51772/99, 25.02.2003, par. 69 – 71.

arama, her ne kadar belirli güvencelere sahipse de bunun Sözleşme'yi ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme'nin önüne gelen söz konusu başvuruda, gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayabilecek ya da kullanılması soruşturmayı engelleyebilecek her türlü belge ile ayrıca tarihi ve yazıldığı yer belirli olan bir belgenin aranıp el konulmasına dair arama kararı mevcuttur. Mahkeme, böyle bir kararın, aramanın uygulanmasını gerçekleştirenlere, oldukça geniş yetkiler verdiğini belirtmiştir. Ayrıca, soruşturmanın ilk aşamasında arama tedbirine başvurulması, Mahkemece, orantılılık prensibine aykırı bulunmuştur. Üstelik, söz konusu aramada esas amacın, gazeteci olan müvekkilin kaynağını ortaya çıkarmak olduğunu ifade eden Mahkeme, böyle bir durumun, avukat başvurusunun özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği gibi; gazeteci başvuru açısından, ifade özgürlüğünün düzenlendiği 10. maddeyi de ihlal ettiğine karar vermiştir.

Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH - Avusturya başvurusunda ise kanun metninin makul şüphe halinde hakim tarafından kapsam bakımından sınırlı olarak verilen arama kararının uygulanması esnasında objektif gözlemci bulunması, işlem sonunda bir rapor hazırlanıp el konulanların listelenmesi, karşı çıkılması halinde ilgili eşyanın mühürlenerek karar vermek üzere hakime sunulması şartlarını araması yönlerinden, Mahkeme'nin aradığı güvencelere uygun olduğu belirtilmiştir<sup>449</sup>. Ancak, somut olayda, belgeler açısından mühürleme şartı uygulanmışsa da; elektronik verilerde buna uyulmamıştır. Baro temsilcisi, yalnızca kısa bir süre bilgisayara bakabildiği için, aramaya bu açıdan Mahkeme'nin aradığı biçimde dahil olamamış; arama raporu arama sonrası değil, aynı gün daha sonra düzenlenmiş ve de aramanın sonucundan ne başvuru ne de Baro Temsilcisi bilgilendirilmiştir. Ayrıca, elektronik verilerde büyük ölçüde, mesleki sır kapsamında başvurulara iade edilen belgelerdeki bilgilerin yer aldığı gözlemlenmiştir. Tüm bunları göz önüne alan Mahkeme, arama uygulanırken, kanunun aradığı güvencelerden bir kısmına uyulmadığını belirtmiş; bu tutumun da orantısız olduğuna karar vererek AİHS m.8'in ihlal edildiğine hükmetmiştir.

---

<sup>449</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, Application No: 74336/01, 16.10.2007, par. 58 – 66.

Tüm bunların yanı sıra arama öncesinde arama kararı kişiye ibraz edilmelidir. Arama öncesinde kararın ilgiliye gösterilmesi ve bilgi verilmesi, AİHS m.6'da yer alan "kişinin kendisine yönelik suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede haberdar edilmesi" ifadesiyle uyum içinde hareket edilmesini sağlamaktadır<sup>450</sup>. Arama işlemi gerçekleştirilirken, kararda arandığı belirtilen eşyanın bulunabileceği yerlere bakılarak, aramanın ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir<sup>451</sup>. Şayet ilgililer ya da üçüncü kişiler, arama işlemine karşı çıkararak işlemi engellemeye çalışırsa, kolluk görevlileri, durumun gerektirdiği ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldırmaktadır. Fakat bu esnada uygulanan gücün, yalnızca yapılması gerekli işlemin yerine getirilmesini sağlayacak oranda tedbirler alınmasıyla sınırlı olmasına dikkat edilmelidir<sup>452</sup>. Aksi halde arama işlemi ölçsüz şekilde gerçekleştirilmiş olacaktır ve ortaya çıkan duruma göre kolluk görevlilerinin cezai sorumlulukları doğabilecektir. Arama sonundaysa, kişiye istemi üzerine, aramanın usule uygunluğu ile kişiye atfedilen suçu ve gerçekleştirilen aramanın detaylarını ihtiva eden bir belge verilmelidir. Bu belge, kişinin arama koruma tedbirine maruz kaldığını ve tedbirin hukuka uygun olup olmadığını ortaya koyan bir delildir. Kolluk görevlisinin kişinin üstünü ya da eşyasını hukuka aykırı olarak araması halinde, TCK m.120'de bir özgü suç olarak düzenlenen, "haksız arama" oluşacaktır. Şayet hukuka aykırı arama; kişinin konut, işyeri ve benzeri yerlerde gerçekleştirilirse, TCK m.116'da yer alan, "konut dokunulmazlığının ihlali" suçu ya da TCK m. 257'ye göre "görevi kötüye kullanma" suçu bakımından cezai sorumluluk ortaya çıkacaktır. Bu şekilde hukuka aykırı olarak ele geçirilen deliller, Anayasa m.38 ve CMK m.217/2 gereği, muhakemede kullanılamayacaktır<sup>453</sup>. Son olarak, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama sebebiyle, kişinin CMK m.141'e göre tazminat istemesi de mümkündür.

---

<sup>450</sup> Onan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, s. 71.

<sup>451</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 371; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 326.

<sup>452</sup> Onan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, s. 72; Doğan, Ceza Muhakemesinde Adli Arama, s. 178.

<sup>453</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 331.

## 2.6. El Koyma

Arama Yönetmeliği m.4'e göre, el koyma; ceza muhakemesinde delil olabilecek veya ileride müsadere edilmesi gerekebilecek eşyalar üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf etme yetkisinin kısıtlanmasıdır. Müsadereye konu olan eşya ise TCK m.54/1'de; kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan eşya, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya veya suçtan meydana gelen ya da suçun işlenmesinde kullanılmak üzere tahsis edilen eşyadır. Söz konusu bu eşyanın, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekmektedir. Bu bağlamda, iyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyalara yalnızca delil olmaları halinde el konulabilmektedir. Yine TCK m.55'e göre; suç işlenmesiyle elde edilen, suçun konusunu oluşturan, suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerle bunların değerlendirilmesi ya da dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar da, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, müsadereye konu olan malvarlığı değerlerindedir. Kişi, söz konusu eşyayı rızasıyla teslim ederse yapılan işlem "muhafaza altına alma" olmakta; şayet rızasıyla teslim etmemesi sebebiyle eşya zorla alınırsa "el koyma" olarak kabul edilmektedir. Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın dokunulmazlığı hakkına göre; kişinin özel kağıtları ve eşyasına el konulması ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla mümkündür. El koyma, aynı zamanda, kişinin malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayıcı özelliği sebebiyle, mülkiyet hakkı ile de doğrudan ilişkilidir.

Arama ve el koyma, birbirinden bağımsız tedbirler olmakla birlikte; genellikle arama, el koyma tedbirinin aracı olmaktadır. Ulaşılmak istenen eşyanın kişide olup olmadığı hususu şüpheliyse, öncelikle arama kararı verilmelidir. Fakat eşyaya ulaşabilmek için arama yapılmasına gerek olmayan hallerde, el koyma kararı doğrultusunda, söz konusu eşyanın teslimi doğrudan kişiden istenebilmektedir. Bu şekilde eşyanın kişide bulunduğu sabit olduğu; ancak kişinin eşyayı teslimine yönelik rızası olmayan hallerde, zor kullanma yetkisi

doğmaktadır<sup>454</sup>. Kanunda, kişinin eşyayı teslim etmeyi reddetmesi üzerine disiplin hapsi uygulanabileceği öngörülmüştür. Bu doğrultuda başvuru disiplin hapsi, CMK m.60'a göre, üç ayı geçmemeli ve eşyaya ulaşıldığı anda son bulmalıdır. Tanıklıktan çekilme hakkına sahip kişiler yönündense istisna tanınmış ve bu kişilerin, yanlarında bulunan malvarlığı değerini vermek zorunda olmadıkları belirtilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, tanıklıktan çekilme hakkını haiz kişiler, disiplin hapsine de tâbi tutulamayacaklardır<sup>455</sup>.

Kural olarak tüm belgeler, el konulabilecek eşyalar arasındadır. Fakat; devlet sırrı niteliğindeki bilgileri haiz belgeler, kanunda öngörülen hapis cezasının alt sınırının beş yıl veya daha fazla olması halinde, yalnızca mahkeme hakimi ya da heyeti tarafından incelenebilmektedir. Bu hususun düzenlendiği CMK m.125'te; söz konusu belgelerin mahkemede diğer deliller gibi açık tartışmaya konu edilemeyeceği ve yalnızca atfedilen suçta açıklığa kavuşturacak bilgilerin tutanağa geçirilerek taraflara okunacağı belirtilmektedir. Böylece alt sınırı beş yıldan az olan suçlar için, delil yasağı yaratılmıştır<sup>456</sup>.

Yine yakınlıkları, meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekilme hakkına sahip kişilerle şüpheli ya da sanık arasındaki mektuplar ile belgelere de, söz konusu mektup ile belgeler bu kimselerin nezdinde bulunduğu müddetçe, el konulamamaktadır. Anayasanın 38. maddesinde kimsenin kendisini ya da yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye mecbur tutulamayacağına ilişkin hükümle de uyumluluk gösteren bu durum göz önüne alınmaksızın el konulan belgeler, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delildir. Ancak muhatabın suça iştirak ettiğine, suçluyu kayırdığına ya da suç delillerini yok ettiğine dair şüphe bulunması durumunda, el koymaya ilişkin bu istisnai hal de söz konusu olmayacaktır<sup>457</sup>. Kanaatimce, böyle bir durumda, muhatap

---

<sup>454</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 410.

<sup>455</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 334; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 519; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 249; Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 360.

<sup>456</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 411.

<sup>457</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I (2015), s. 331; Yıldız, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve El Koyma, s. 123.

açısından ayrı ve yeni bir suç şüphesi başlayacağı için, tanıklıktan çekinme sıfatı devam etmekle birlikte, bizzat kendisine atfedilen şüpheli sıfatı sebebiyle, usulüne uygun bir el koyma kararının da mevcut olması halinde, söz konusu belgelere el konabilecektir. Aşağıda anlatılacak olan bilgisayar arama ve el koymalarına ilişkin düzenlemede, böyle bir hüküm yer almamaktadır. Ancak doktrinde, elektronik ortamda bulunan yazıların da bu kapsamda düşünülmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>458</sup>. Anayasada basın araçlarının korunmasını ilişkin m.30'a göreyse, kanuna uygun biçimde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarına, suç aleti olduğu öne sürülerek el konulamamaktadır.

El koyma tedbirine karar verilirken aranan suç şüphesinin derecesi kanunda açıklanmamıştır. Bu sebeple basit şüphe aranabileceğinin kabulü mümkün olmakta birlikte; doktrinde mülkiyet hakkına getirilen ağır sınırlama doğrultusunda, aramaya başvurulmasında arandığı şekilde makul şüphe aranması gerektiği ifade edilmektedir<sup>459</sup>. Tedbire karar vermeye, soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi tarafından karar verilmektedir. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının; savcıya ulaşamaması durumunda ise kolluk amirinin yazılı emri doğrultusunda, kolluk görevlileri el koyma tedbirini uygulamaktadır. Doktrinde bu son ihtimal için, pratikte kolaylık sağlaması amacıyla kolluk memurunun, amirinden emir almadan el koyma işlemini gerçekleştirmesine yol açabileceği belirtilmektedir<sup>460</sup>. Bahsedilen uygulamanın, kanun metnine ters düşerek kanunilik ilkesini zedelemesinin yanı sıra pek çok hukuksuz el koymaya kapı açacak oluşu sebebiyle, pratikte sağlayacağı yarardan çok, kişi hürriyetleri üzerinde zarara yol açacağını düşünmekteyim. Bu şekilde hakim kararı olmaksızın gerçekleştirilen el koyma işlemi, 24 saat içinde görevli hakimin onayına sunulmalıdır. Hakimin onaylamaması halinde, gerek Anayasanın 20 ve 21.

---

<sup>458</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 403; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 291.

<sup>459</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 405; Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 256.

<sup>460</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 412.

maddeleri gerekse CMK'nın 127. maddesi doğrultusunda, el koyma kendiliğinden son bulmaktadır. Kararın süre içerisinde hakim tarafından ne onaylanması ne de reddedilmesi veya hakime süre içerisinde sunulmaması ihtimalindeyse, yoklukla malul hale geldiği belirtilmektedir<sup>461</sup>. Zilyedi olduğu eşya ya da malvarlığı değerine el konan kişi de, her zaman hakimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilmektedir. El koyma kararının içeriği CMK'da belirtilmemiştir. Doktrinde, aramada olduğu gibi, el konulacak eşyanın özelliklerinin söz konusu kararda yer alması gerektiği ifade edilmektedir. Zira ceza muhakemesinde kural olarak kıyas yasağı yoktur. Kıyas yapılacak olan ilgili maddeyse, temel hak ve özellikleri sınırlayıcı, istisnai bir niteliği haiz değildir; dolayısıyla kıyas yasağı kapsamına dahil değildir<sup>462</sup>. “Bulunan her şeye el konulsun” gibi genel ifadelerle verilen el koyma kararları, bu açıdan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır<sup>463</sup>. Gerçekleştirilen işlem son bulduğunda, mutlaka tutanağa bağlanmalıdır. Şayet el koyma tedbiri uygulanmaktayken, soruşturma ya da kovuşturmanın konusu oluşturan suçtan farklı bir suçun işlendiği şüphesini uyandıran bir delil elde edilirse; CMK m.138/1'e göre, söz konusu delilin koruma altına alınarak Cumhuriyet savcısına bildirilmesi gerekmektedir.

Posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluşta bulunan gönderilere el konması içinse, söz konusu gönderinin suç delili oluşturduğu yönünde şüphe bulunmalı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için adliyenin eli altında bulunması gerekmektedir. Hüküm; şüpheli veya sanığa ait olmasına bakılmaksızın, üçüncü kişilere ait gönderilere de diğer şartları sağlamaları halinde el konulabileceği anlamına gelmektedir<sup>464</sup>. Karar için aranan suç şüphesine kanunda yer verilmemiştir, basit şüphenin yeterli olduğu genel olarak kabul görmektedir<sup>465</sup>. Bu kararı vermeye yetkili merci, soruşturma evresinde, sulh ceza hakimidir. Gecikmesinde sakınca olan hallerdeyse, Cumhuriyet savcıları da bu

---

<sup>461</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 333.

<sup>462</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 383; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 406.

<sup>463</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 568 ve orada dn: 241'de anılan Roxin - Schünemann, Strafverfahrensrecht.

<sup>464</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 418.

<sup>465</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 422.

hususla karar vermeye yetkilidir. Kolluk amirlerine bu yönde bir yetki tanınmamıştır. Ancak Cumhuriyet savcısınca verilecek kararın, hakim onayına sunulması şartına kanunda yer verilmemesi önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir<sup>466</sup>. Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan haberleşme hürriyetine müdahale teşkil ettiği ve bu maddede de ilgili merciin sınırlamaya yönelik kararının 24 saat içinde hakim onayına sunulması şartı arandığı için, söz konusu boşluğun bu şekilde doldurulması gerektiği belirtilmektedir<sup>467</sup>. Kolluk görevlileri, böyle bir karar sonucunda el koydukları gönderilerin içinde bulunan zarfları ya da paketleri açıp inceleme yetkisini haiz değildir; posta görevlisinin önünde mühürleyerek kararı veren makama teslim etmelidir. CMK m. 129'a göre ilgili makamın, gönderinin açılmamasına ya da açılıp da içeriği açısından elde tutulmasına gerek bulunmadığına ilişkin karar vermesi halinde; gönderi derhal ilgisine teslim edilmelidir. Soruşturma ve kovuşturma amacına zarar verme olasılığı bulunmayan durumlarda, tedbirin yöneldiği kişiye bildirimde bulunması gerekmektedir. Bunun sebebi; haberleşmenin gizliliğine önemli bir sınırlama getirilmekte olması ve kişinin işleme karşı dava açarak söz konusu hakkını koruma yoluna başvurabilmesidir<sup>468</sup>.

Avukat bürosunda el koyma gerçekleştirilecek ya da avukatın gönderilerine el konulacaksa, yukarıda anlatılan, avukat bürosunda gerçekleştirilen aramanın şartlarına uyulmalıdır. Buna göre; el koyma kararı, yalnızca hakim ya da mahkeme tarafından verilebilmektedir. Gecikmesinde sakın olan hallerde dahi, karar verme hususunda Cumhuriyet savcısı yetkili değildir. İşlem, Cumhuriyet savcısı denetiminde gerçekleştirilmeli ve Baro başkanı ya da onu temsile yetkili bir avukat hazır bulunmalıdır. Şayet avukat, Baro başkanı ya da onu temsil eden avukat, el konulacak eşyanın avukat ve müvekkil arasındaki ilişkiye dayalı olduğunu öne sürerek işleme itiraz ederse; söz konusu eşya mühürlenerek gerekli kararı vermesi için soruşturma evresinde sulh ceza hakimine, kovuşturma evresinde ise mahkemeye sunulmalıdır. İlgili makam, 24

<sup>466</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 385.

<sup>467</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 261; Yıldız, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve El Koyma, s. 143 - 144.

<sup>468</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 418.

saat içerisinde el koyma ile ilgili karar vermelidir. Şayet eşyanın avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiden kaynaklandığı yönünde karar verilirse; eşya ya da gönderinin derhal avukata teslim edilmesi ve işleme ilişkin tutanakların da ortadan kaldırılması gerektiği CMK m. 130'da belirtilmektedir.

Kanun koyucu; müsadereye konu edilebilecek kazanç niteliğindeki malvarlığı değerleri için el koyma koşullarını, CMK m.128'de, ayrıca düzenlemiştir. Taşınmazlar; kara, deniz, hava ulaşım araçları; banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesap, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar, kıymetli evrak, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payları, kiralık kasa mevcutları ve diğer malvarlığı değerlerine madde kapsamında el konulabilmektedir. Buna göre taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulabilmesi için öncelikle, şüpheli ya da sanığın kanunda sınırlı olarak sayılmış olan katalog suçlardan birini işlediğine veyahut el konulacak taşınmaz, hak ya da alacağın söz konusu bu suçlardan birinin işlenmesi sonucu elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe bulunması gerekmektedir. Bu şekilde el konulan taşınmaz, hak ya da alacağın idaresi için gerektiğinde CMK m.133 kıyasen uygulanmak suretiyle, malvarlığı değerlerine kayyım atanabileceği belirtilmektedir<sup>469</sup>. El konulacak malvarlığı değeri üçüncü bir kişinin zilyetliğinde olsa dahi tedbirin uygulanması mümkündür; çünkü önemli olan şüpheli ya da sanığın malikliğidir<sup>470</sup>. Tüzel kişiler hakkında müsadere güvenlik tedbirine hükmetmek mümkün olduğundan, el koyma tedbirine maruz kalabilecekleri belirtilmektedir<sup>471</sup>. Söz konusu malvarlığı değeri ile ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınmalıdır. Tüm bu şartların varlığı halinde ise somut olarak belirlenen malvarlığı değerlerine el koymaya, hakimce karar

---

<sup>469</sup> Söz konusu bu hüküm, 15.08.2016 Tarihli ve 674 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiş, 10.11.2016 Tarihli ve 6758 Sayılı Kanun ile TBMM tarafından kabul edilerek kanunlaşmıştır.

<sup>470</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 570 - 571.

<sup>471</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 420.

verilmektedir<sup>472</sup>. Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun m.17'ye göre, aklama ve terör finansmanı suçunun işlendiğine yönelik kuvvetli şüphe bulunan hallerde de söz konusu CMK hükmünde düzenlenen usule uyulması gerekmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan haller için bir istisnai hal düzenlenmiştir. Böyle bir ihtimalde Cumhuriyet savcısı el koyma kararı verebilmekte ve söz konusu bu karar 24 saat içinde hakim onayına sunulmalıdır. Şayet hakim 24 saat içinde el koyma kararını onaylamazsa, karar hükümsüz hale gelmektedir<sup>473</sup>.

El konulan malvarlığı değeri ya da eşyanın elde tutulmasına duyulan ihtiyaç ortadan kalktığında veyahut müsadere işleminin gerçekleştirilmeyeceği anlaşıldığında, söz konusu eşya, ait olduğu şüpheli, sanık, mağdur veya üçüncü kişiye geri verilmelidir. İade kararı; re'sen ya da kişinin talebi üzerine, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. El konulan eşyanın iadesine yönelik talebin reddedilmesi halinde, red kararına karşı itiraz mümkündür. Taşınmaz, hak ve alacaklara yönelik gerçekleştirilen el koymaysa; CMK m.131'e göre, el konulan malvarlığı değerinin suçtan zarar gören mağdura ait olması ve buna delil olarak ihtiyaç duyulmaması halinde sahibine iade edilebilmektedir. Kanun, el konulan eşyanın değerini kaybetmemesi için gerekli önlemlerin alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda eşya yedimeine ya da ilgisine teslim edilebilmesi veyahut elden çıkarılabilmesi hususları, CMK m.132'de düzenlenmiştir. Taşınmazlara, haklara ya da alacaklara el koyma kararının gereklerine aykırı hareket edilirse, TCK m.289'da düzenlenen "muhafaza görevini kötüye kullanma suçu" oluşmaktadır. Eşya, kimden alınmışsa ona iade edilmelidir. El koyma işlemi, özel hukuk

---

<sup>472</sup> 24.11.2016 Tarihli ve 6763 Sayılı Kanun öncesinde ağır ceza mahkemesince oybirliği ile karar verilebilmekteydi. İtiraz üzerine el koyma yönünde karar verilebilmesi, yine oybirliği ile mümkün olmaktadır. Söz konusu malvarlığı değerlerinin ekonomik değerlerinin oldukça yüksek ve bu nedenle el koymanın doğuracağı sonuçların ağır olmasının, tedbirin el koyma başlığı altında ayrı olarak düzenlenmesini haklı kıldığı; ancak bu şekilde oybirliği şartının gerekçesini anlamamanın oldukça güç olduğu ifade edilmekteydi. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dahi oy çokluğu ile karar verilebiliyorken, tedbir için aranan oybirliği şartı doktrinde eleştirilmekteydi. bkz. Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 337; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 422; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 299 - 300.

<sup>473</sup> 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, 18.10.2006 Tarih ve 26323 Sayılı Resmi Gazete.

alanının kapsamına girmediği için, maliklik değerlendirilmesinin burada yapılmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>474</sup>. El konulan eşyanın maliki olmayan bir kişiye geri verildiğini öne süren şüpheli, sanık ya da üçüncü kişi; ceza makamlarınca verilen söz konusu bu geri vermeye ilişkin karara karşı, hukuk mahkemelerinde dava açarak söz konusu eşyayı, iade edildiği kişiden alabileceklerdir<sup>475</sup>. Böyle bir durumun yol açtığı zararsa, haksız koruma tedbirlerine yönelik tazminat davası ile karşılanmalıdır. İlk derece yargılaması sona erdiğinde, mahkemece, el koyma kararlarının kaldırılması yönünde karar vermesine rağmen, kararın Yargıtay tarafından onanmasına dek ilgili mercilere yazı yazılmaması eleştirilmekte ve bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir. Bu şekilde hakim kararı olmaksızın devam eden fiili el koyma, tazminat istemini gerektirecektir<sup>476</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin el koyma koruma tedbirinin yol açtığı mülkiyet hakkı ihlali ile ilgili esastan incelediği bir bireysel başvuru henüz mevcut değildir. Mahkeme, haksız el koyma sebebiyle mülkiyet hakkının ihlali iddiasında bulunulabilmesi için, öncelikle etkili bir hukuk yolu olarak kabul ettiği itiraz ve CMK'da düzenlenen tazminat usulünün tüketilmesi gerektiğini, Mahkeme'nin ikincil özelliği gereği, vurgulamıştır<sup>477</sup>. Başvuranın, el koyma işlemine karşı, idare mahkemesinde tam yargı davası açtığı Mehmet Ali Aslan başvurusunda da, idare mahkemesince, kamu görevlilerine atfedilebilecek herhangi bir kusur olmadığı ve işlemin Cumhuriyet savcısının talimatından kaynaklandığı gerekçeleriyle davanın reddedildiğini belirtmiş ve dolayısıyla tam yargı davasının etkili bir hukuk yolu olarak kabulünün mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>478</sup>. Tüm bu sebeplerle, başvuranın, öncelikle CMK'ya göre tazminat davası açma yoluna gitmesi

---

<sup>474</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 428.

<sup>475</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 419; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290.

<sup>476</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 425.

<sup>477</sup> Anayasa Mahkemesi, Nuray Işık Başvurusu, Başvuru No: 2014/7561, Karar Tarihi: 28.09.2016, par. 57 – 69.

<sup>478</sup> Anayasa Mahkemesi, Mehmet Ali Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2013/2429, Karar Tarihi: 30.03.2016, par. 29 – 33.

gerektiğini ifade ederek, başvuruyu başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemez bulmuştur.

Yine Günay Dağ ve Diğerleri başvurusunda, başvuranların, müvekkilleri ile yaptıkları ve nitelikleri gereği meslek sırrı olan yazışmalara el konulması ve bilgisayarlarına el konularak imajlarının alınması sebebiyle haberleşme özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin değerlendirmede, Mahkeme'nin, CMK'da öngörülen itiraz kanun yoluna başvurulmasını, bireysel başvurunun ikincillik özelliği gereği, aradığı görülmektedir<sup>479</sup>. Tutanağa, müvekkiller ve baro temsilcilerince el konulan dökümanların meslek sırrı kapsamında kaldığına dair, CMK'ya uygun olarak şerh düşülse dahi, şayet bu dökümanlara el konulmuşsa, öncelikle ilgili şerhler doğrultusunda, el koyma kararına itiraz edilmesi gerektiği ve bu itirazın reddi halinde, redde ilişkin kararın da bireysel başvuruya ilişkin belgelere eklenmesi gerektiği; bu yöndeki sorumluluğun başvuruda olduğu belirtilmektedir. Mevcut yollar tüketilmeksizin yapılan başvurular, başvuru yollarının tüketilmemiş olması sebebiyle kabul edilemez bulunmaktadır.

AIHM ise, Raimondo - İtalya başvurusunda, mafya tipi bir örgütlenme olduğundan şüphelenilen inşaat şirketi ile ilgili başlatılan soruşturmada, başvuranın, mafyatik faaliyetleri sonucu elde ettiği düşünülen 16 taşınmazına, tapu sicillerine gerekli şerhlerin de düşülmesi suretiyle, el konulması ile ilgili başvuruyu mülkiyet hakkı kapsamında incelemiştir<sup>480</sup>. Mahkeme, öncelikle, mülkiyet hakkına müdahalenin, başvuruları bu haktan yoksun bırakan nitelikte değil; muhakeme süresince bunları kullanmasını önleyici bir amacı haiz olduğunu tespit etmiştir. Bu bağlamda başvuranın iddialarının, AIHS Protokol 1 No'lu Protokol m.1/2 kapsamına girdiğine karar verilmiştir. Başvuranın şikayetinin esas olarak, söz konusu malvarlığının, yasa dışı faaliyetler sonucu elde edildiği yönündeki iddialara karşı değil; muhakeme esnasında 16 adet önemli malvarlığına el konulması gibi ağır bir tedbirin uygulanmasına yönelik olduğu

---

<sup>479</sup> Anayasa Mahkemesi, Günay Dağ ve Diğerleri Başvuru (Genel Kurul), Başvuru No: 2013/1631, Karar Tarihi: 17.12.2015, par. 119 - 123; Serkan Akbaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/2342, Karar Tarihi: 21.01.2016, par. 70 - 74.

<sup>480</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Raimondo v. Italy, Application No: 12954/87, 22.02.1994, par. 27, 31 – 36.

gözlemlenmiştir. Mahkeme, söz konusu tedbirin, kamunun zararına hareket edilerek girişilen yasa dışı faaliyetler sonucu elde edilen malvarlığının, muhakeme sonunda gerektiği takdirde, müsadereye tabi tutulmasını hedefleyen geçici bir tedbir olduğunu tespit etmiştir. El konulan malvarlığının, mafya gibi oldukça tehlikeli bir örgütün ekonomik gücü olduğu ve tedbir ile kamu yararını gözetildiği düşünüldüğünde, bunun orantısız bir tedbir olduğundan bahsedilemeyeceğine karar verilmiştir.

Yine başvuran tarafından öne sürülen, söz konusu malvarlığının el konulduğu dönemde, kamu görevlileri tarafından yeterince korunup bunlara dikkat edilmediği yönündeki iddialar da haksız bulunmuştur. Zira, Mahkeme, el koymanın, malvarlığı üzerinde, her koşulda belli bir oranda zarara yol açacağını belirtmiştir. Bu bağlamda başvuranın öne sürdüğü olgular ve belgelerden, olaydaki zararın, bahsedilen bu kaçınılmaz zararın ötesine geçip geçmediğine dair bir tespite ulaşmanın mümkün olmadığı; dolayısıyla, bunun mülkiyet hakkının ihlali anlamına geldiğine karar verilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak, el koyma kararının kaldırılmasının ardından, 2 aylık süre içerisinde mülkiyet hakkı üzerindeki bu sınırlamaların kaldırılması gerektiğine dair açık kanun hükmüne rağmen, bu hükme uyulmaksızın 7 ay ve 4 yıllık gecikme süreleri sonucunda söz konusu işlemin gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. Mahkeme, bu durumun, ne “kanuna uygun gerçekleştirilme” ne de “kamu yararı için mülkiyet hakkının kullanımının sınırlandırılması” için gerekli sayılabileceğini belirterek, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı ile ilgili olarak incelenen Agosi - Bileşik Krallık başvurusunda ise, başvuran olan tüzel kişi şirketin, mülkiyeti saklı tutmak kaydıyla yaptığı sözleşme gereği karşı tarafa sattığı altın sikkeler karşılığı aldığı çek karşılıksız çıkmıştır<sup>481</sup>. Karşı taraf, sikkeleri, Birleşik Krallık’a kaçak olarak sokarken yakalanmış ve bunlara el konulması yönünde karar verilmiştir. Başvuransa, mülkiyet hakkının kendisinde olduğunu belirterek sikkelerin kendisine iade edilmesini talep etmiş ve bu talebi reddedilmiştir. Mahkeme,

---

<sup>481</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Agosi v. United Kingdom, Application No: 9118/80, 24.10.1986, par. 48 – 61.

öncelikle, ulusal hukukta belirlenen altın sikkelerin ithaline dair yasağın, mülkiyet hakkının kullanımının sınırlandırılmasını teşkil ettiğini ve devletlerin, kamu yararı ile bireyin hakları arasında buna ilişkin denge kurmada geniş bir takdir yetkisini haiz olduklarını ifade etmiştir. Bu bağlamda tüm Sözleşmeciler Devletler tarafından, kaçak olarak ülkeye sokulan paraya el konulup müsadere uygulanması yönünde düzenlemeler bulunduğu tespit edilmiştir. Sonrasındaysa, başvuranca öne sürülen, böyle bir uygulamaya yönelinebilmesi için, yasanın ihlali ile malik arasında bir ilişki olması gerektiği olgusu incelenmiştir. Buna dair Sözleşmeciler Devletlerin kanunlarının birbirinden farklı olduğu ve ortak bir paydanın bulunmadığı gözlemlenmiştir. Bunun sonucu olarak başvuruların şirket ile ihlal arasındaki ilişkisini ortaya koyabilmek için bir suç ya da ihmallerinin mevcut olup olmadığı ile başvurana, ulusal makamlar önünde iddiasını ortaya koyabilme fırsatı verilip verilmediği gibi birçok farklı faktörün göz önüne alınarak, adil bir denge kurulup kurulmadığına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Başvurana atfedilebilecek herhangi bir kusur olmadığı yönündeki ulusal hukuk tespitlerini de göz önüne alan Mahkeme; ulusal hukukta, başvuranın savlarını yetkili makamlar karşısında yeterli ölçüde sunabildiğini; söz konusu aşamaların, mülkiyet hakkına dair madde ile uyumlu olduğunu belirterek ihlal yönünde karar vermemiştir. Söz konusu bu kararda, o dönem bir Sözleşme denetim organı olarak mevcut olan Komisyon tarafındansa, başvurana, altınların ülkeye kaçak sokulmasına dair atfedilebilecek herhangi bir kusur olmadığı ve bu nedenle mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde karar verildiği belirtilmelidir. Mahkeme'nin bu kararı, doktrin de, haklı olarak eleştirilmiştir <sup>482</sup>. Zira, mülkiyet hakkına yönelik böyle bir sınırlamanın, el koyma ve müsadereye yol açan suç işlememiş üçüncü kişilere yansıtılması, kişiler üzerinde ağır zararlara yol açmaktadır.

---

<sup>482</sup> Sermet, The European Convention on Human Rights and Property Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999, [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf) (Erişim Tarihi: 01.05.2017) s. 27 ve orada dipnot 88'de atf yapılan W. Peukert, "Die Rechtsprechung der E.M.R.K. zur Verhältnismässigkeit einer Eigentumentziehung nach zollrechtlichen Vorschriften", *Europäische Grund-Rechte Zeitschrift*, 1988, pp. 509-513.

## 2.7. Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini

Şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri, arama ve el koyma tedbirlerine ilişkin bölümde yer almaktadır. Zira şirketin malvarlığının kontrol altında tutulması ve ileride tüzel kişinin mallarının müsadere edilmesi sağlanarak; el koymanın sonuçları doğmaktadır. Bu yönüyle özel bir el koyma tedbiri olarak da nitelendirilmektedir<sup>483</sup>. Fakat taşınmaz, hak ve alacaklara el koymada belirtilen ortağın şirket hissesine el konmasından farklı olarak burada, suç yalnızca hissedar tarafından işlenmemekte; aksine bizzat şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmektedir ki bu durum akla paravan şirket kavramını getirmektedir. Bu sebeple şirket hisselerinin bir bölümü değil, tamamının kayyım yönetimine geçmesi söz konusudur. Amaç; şirket faaliyetlerinin içeriden denetlenmesinin sağlanması yoluyla, bilgi edinerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır<sup>484</sup>. Böylece soruşturma ve kovuşturma sürecinde şirket faaliyetlerine devam edebilmesi ve de beraat kararı verilmesi halinde şirketin ve şirket çalışanlarının zarara uğramaması sağlanmaktadır<sup>485</sup>. Ancak söz konusu tedbir kararı ile taraflara bir suç soruşturması yapıldığı açıkça bildirildiğinden, delillerin karartılması ve ilgili kişilerin kaçma riski yaratıldığı ifade edilmektedir. Kayyım olarak atanan kişiye, gizli soruşturmacı olmadığı için, delil toplama yetkisi ve görevi verilemediği; tüm bu nedenlerle düzenlemenin ceza normu üzerinden ticaret şirketlerini kontrol etme yönüne kayma ihtimali olduğu vurgulanarak düzenlemenin tekrar elden geçirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>486</sup>.

Tedbire, kanunda ölçülülük ilkesi doğrultusunda sınırlı olarak sayılmış olan katalog suçların, şirketin faaliyeti dahilinde işlenmekte olduğuna ilişkin kuvvetli şüphe varsa ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması durumunda başvurulabilmektedir. Şayet farklı bir tedbirin uygulanmasıyla maddi

<sup>483</sup> Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 368.

<sup>484</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 423 - 424; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 344; Uğur Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 136.

<sup>485</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 391 - 392.

<sup>486</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 577 - 578.

gerçeğe ulaşmak mümkünse, şirkete kayyım atanması yoluna gidilmemelidir. Orantılılık ilkesi doğrultusunda kayyım atanması ile ulaşılması amaçlanan menfaatin, aynı işlem sebebiyle doğabilecek zarardan fazla olup olmadığı incelenmelidir<sup>487</sup>. Kanun metninde yer alan “suçun şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu” ifadesi doğrultusunda, tamamlanmış suçlar açısından bu tedbire başvurulamayacağı belirtilmektedir<sup>488</sup>. İşlenmekte olan suçlara yönelik önleme tedbirleri öngörülmekteyken; şirkete kayyım atanması, özelliği itibarıyla istisnai olarak, adli tedbir olarak düzenlenmiştir<sup>489</sup>.

Tedbire karar vermeye yetkili makamlar; soruşturma evresinde sulh ceza hakimi ile kovuşturma evresinde mahkeme olarak belirlenmiştir. Bu yönde verilen kararda kayyımın yalnızca yönetim organının kararlarını onaylayan bir makam olarak mı, yoksa yönetim organının tüm yetkilerini devralan bir yönetim organı olarak mı atandığı belirtilmelidir. Fakat her hâlükârda atanan kayyımın şirketi yalnızca şirket yönetimi çerçevesinde temsil yetkisi bulunmakta olup, ceza muhakemesi işlemlerinde temsil etme yetkisi bulunmamaktadır<sup>490</sup>. Kayyım kararları ve işlemleri, denetimden muaf tutulmamıştır. Bunlara karşı, Medeni Kanun ile Türk Ticaret Kanunu’nda belirtilen hükümler işletilebilmektedir<sup>491</sup>. Kararda, kayyıma şirket bütçesinden ödenecek bir ücret kararlaştırılmalıdır. Söz konusu bu ücret, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi durumunda, Devlet Hazinesi’nden geri ödenir.

Kanunda, tedbirin uygulanmasına yönelik bir üst sınır öngörülmemiştir. Bu durum, hüküm kesinleşinceye dek tedbirin devam edebilmesini mümkün kılmakta ise de koruma tedbirlerinin geçiciliği özelliği göz önünde bulundurulmalı ve tedbire duyulan gereksinim ortadan kalktığında, tedbir de son bulmalıdır. İlgililer de kararı veren merciden, tedbire başvurmayı gerektiren koşulların ortadan kalktığını öne sürerek, kararın kaldırılmasına karar verilmesini

---

<sup>487</sup> Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.97.

<sup>488</sup> Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s. 54 - 55; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 344.

<sup>489</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 392.

<sup>490</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 393.

<sup>491</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 424.

talep edebilmektedir<sup>492</sup>. Ancak bu önerinin uygulanması halinde, bu işleme karar vermeye yetkili mercinin kim olacağı; hangi koşulları göz önüne alarak, söz konusu verinin, silinmesi gereken içeriğe sahip olduğunu belirleyeceği ve kopyası alınsa dahi, suç teşkil eden ancak silinmiş verinin ilk etapta bilgisayarında olduğunun nasıl ortaya konabileceği gibi çeşitli sorunlar mevcut olacaktır.

## **2.8. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma**

Özel hayat, bilimsel ve ticari sırlar ile mülkiyet hakkı gibi pek çok hukuki değeri etkiler nitelikte olması sebebiyle kanun koyucu, bilgisayarlarda arama ve el koyma tedbirini ayrı olarak düzenleme ve daha sıkı koşullara tâbi tutma ihtiyacı duymuştur. Söz konusu tedbir, arama ve el koyma tedbirlerinin özel bir görünümü olarak değerlendirilmekte ve arama ile el koyma tedbirlerinin düzenlendiği bölümde yer alması doğru bulunmaktadır<sup>493</sup>. Tedbirin amacı, delil elde etmektir. Bilgisayar verilerinin elde edilmesindeki güçlük ve bunların kolayca değiştirilip yok edilebilmesi, bu yönde gerçekleştirilecek bir arama - el koymanın ayrıca düzenlenmesini gerekli kılmıştır<sup>494</sup>.

Tedbire başvurabilmek için, somut delillere dayalı kuvvetli şüphe bulunması ve başka surette delil elde etme imkanının olmaması gerekmektedir. Başka surette delil elde etme imkanının olmaması, tedbirin en son çare olmasını ifade etmektedir<sup>495</sup>. İşlem sırasında veriler yedeklenmeli ve 2014 tarihinde yapılan değişiklik doğrultusunda, kişinin istemi bulunması şartı aranmaksızın, şüpheliye ya da vekiline verilmelidir. Burada amaç, veriler üzerinde sonradan bir değişiklik yapılması ihtimaline karşı bir güvence yaratmaktır<sup>496</sup>. Esas olan, koruma

---

<sup>492</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 394; Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayıym Tayini, s. 103.

<sup>493</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 389.

<sup>494</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 396.

<sup>495</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 428.

<sup>496</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 349; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 522; Muharrem Özen – Gürkan Özocak, Adli Bilişim, Elektronik Deliller

tedbirlerinin genel özelliği olan ölçülülük prensibi doğrultusunda, işlemlerin, bilgisayara el konulmadan, sistemde bulunan verilerin tamamı ya da bir kısmının kopyalanması ve kağıda yazdırılmasıdır. İşlem gerçekleştirildiğinde, tutanağa geçirilmelidir. Fakat şifrenin çözülememesi durumunda, çözümün yapılarak gerekli kopyanın alınabilmesi için söz konusu araca el konulabilmektedir. Şifre çözülerek kopyalama işlemi gerçekleştirildiğinde, el konulan cihaz, mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için gecikmesizin iade edilmelidir. Her ne kadar kanunda açıkça belirtilmemişse de, doktrinde Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi<sup>497</sup> doğrultusunda, virüs programı ya da çocuk pornografisi gibi başlı başına suç teşkil eden verilerin, erişilmez kılınması hatta kopyası alındıktan sonra silinmesi gerektiği ifade edilmektedir. Mukayeseli hukukta; müsadereye tâbi eşyanın iade edilememesi hükmünden yola çıkılarak soruna ilişkin getirilen çözümün yerinde olduğu ve iç hukukta da uygulanması gerektiği belirtilmektedir<sup>498</sup>.

İşlem uygulanırken ölçülülük ilkesi gözetilmelidir. Zira söz konusu tedbirin uygulanmasıyla birçok kişisel veriye ulaşılabilmektedir. Esasen başka surette delil elde etme imkanı olmamasının aranması, ölçülülük prensibinin metindeki tezahürüdür. Bunun dışında; yalnızca ihtiyaç duyulan veriler üzerinde inceleme yapılmalı, her koşulda sistemde bulunan tüm bilgiler kopyalanmamalıdır. Alman hukukunda, somut olayda faile ilişkin muhtemel özellikler üzerinden anahtar kelimeler oluşturulmakta ve tarama böyle yapılarak başkalarına ait bilgisayar verileri ile şüpheliye ait veriler ayrıştırılmaktadır<sup>499</sup>. Keza Amerikan Temyiz Mahkemesi de; kişinin bilgisayarındaki veriler üzerinde ayırım gözetmeksizin ve geniş çaplı bir arama yapılmasının özel hayatın gizliliğine

---

ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134), Ankara Barosu Degisi, sayı: 2015/1, s.68.

<sup>497</sup> 6533 Sayılı Kanunla Onaylanması Uygun Bulunan Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi, 02.05.2014 Tarih ve 28988 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>498</sup> Yenisey/Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 434 - 435; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 398.

<sup>499</sup> Gropp, "Organize Suçlulukla Mücadelede Yeni Araştırma Metodları", Facultatis Decima Anniversaria, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Onuncu Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 96.

ve dolayısıyla kanuna aykırılık teşkil ettiği yönüne karar vermiştir<sup>500</sup>. Doktrinde de bilirkişi ya da uzman olarak görevlendirilen bir kişi tarafından, bilgisayarda yer alan tüm verilerin açılmadığı bir arama yönteminin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Aksi uygulamanın, tek bir karara dayanarak şehirdeki tüm evlerin aranmasıyla aynı nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi göz önüne alınarak ölçülülük ilkesi doğrultusunda kanuna, kararda belirli bir sistemin tümüne mi, yoksa bir kısmına mı girileceğine ilişkin açıklama getirilmesi ve verilerin kaybolması, değiştirilmesini önleyecek; fakat amacı ilk anda verilerin “okunması” olmayan daha hafif ve kademeli tedbirler getirilmesi beklenmektedir<sup>501</sup>. Ayrıca tedbirin doğurduğu ağır sonuçlar sebebiyle, yalnızca belirli ağırlıktaki suçlarda uygulanması ve kovuşturmayaya yer olmadığı ya da beraat kararı verildiğinde verilerin gerek ceza dosyasından gerekse tüm kayıtlardan çıkarılarak yok edilmesi hususunun da düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>502</sup>. Tedbirin, sınırlama getirdiği hakların çokluğu ve nitelikleri düşünüldüğünde, eleştirinin haklılığı daha iyi anlaşılmaktadır.

Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hakiminin vereceği karar doğrultusunda şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ya da kütüklerinde söz konusu tedbire başvurulabilmektedir. Cumhuriyet savcısının bu yönde karar verebilmesi için, gecikmesinde sakınca olan hal dahil, hiçbir istisnaya yer verilmemiştir. Bu durum, doktrinde doğru bulunmakta ve kararın diğer tedbirlere göre güvenceli olduğu belirtilmektedir<sup>503</sup>. Tedbire karşı itiraz kanun yolu açıktır. Doktrinde, bilgisayarda kayıtlı bulunan verilerin bilgisayarda arama yoluyla ele geçirilmesi ile verinin nakledildiği esnada bilgisayar ağı içerisinde bıraktığı akış izinin tespitinin birbirlerinden farklı koruma tedbirleri olduğu belirtilmektedir. Buna göre, akış izinin tespiti hususu; iletişimin denetlenmesi açısından sinyal bilgisini ifade etmektedir ve bu nedenle böyle bir tedbire

<sup>500</sup> Amerika Birleşik Devletleri 2. Bölge İstinaf Mahkemesi, United States v. Ganas, Application No: 12-240-cr, 17.06.2014.

<sup>501</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 424 - 427, 430.

<sup>502</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 391.

<sup>503</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 397.

başvururken, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinde aranan makamlardan karar alınmalıdır<sup>504</sup>. E-mailler söz konusu olduğundaysa, ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bilgisayarda kayıtlı e-maillerin el koyma tedbiriyle elde edilebileceği kabul edilmekteyken; e-maillere internet üzerinden ulaşılması halinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi için öngörülen usule uygun bir karar alınması gerekmektedir. Cep telefonlarının içeriklerine ilişkin arama yapılabilmesi için de bu şekilde bir arama kararı alınması gerektiği; ancak aramada elde edilen belgeleri incelemeye yetkili kılınmamış kolluğun, tabii olarak cep telefonunda kayıtlı verileri de inceleyemeyeceği düşünülmektedir<sup>505</sup>. Kovuşturma evresi açısından bir düzenleme yapılmamıştır. Bunun sebebinin, aleni duruşma esnasında bu yönde karar alınması halinde ilgililerin bahsedilen kayıtları yok edeceği ve tedbirden herhangi bir yarar elde edilemeyeceği olduğu düşünülmektedir<sup>506</sup>. Kanun metninde “şüphelinin kullandığı bilgisayar” ifadesi özellikle seçilmiştir. Zira şüpheli, çoğunlukla kendisine ait bilgisayarı kullanarak suç işlememektedir<sup>507</sup>. Bunun bir sonucu olarak, tedbirin uygulanacağı bilgisayar, şüpheli ya da sanığa ait olabileceği gibi, üçüncü bir kişiye de ait olabilmektedir. Amerikan Yerel Mahkemesi, şirket bilgisayarlarının şirketin ticari işlemleri için kullanıldığını ve bu nedenle bilgisayardaki verilerin şahısların özel hayatına ilişkin veriler ihtiva etmeyeceğini belirtmiştir. Bu nitelikteki bilgisayarlarda, bireyin gizlilik beklentisi olmaması gerektiğini ve iş için kullanılan bilgisayarda işe ilişkin davranışlar açısından arama yapabilmek için hakimden karar almaya gerek olmadığı yönünde,

---

<sup>504</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 428.

<sup>505</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 430 - 432. Aksi görüş için bkz. Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 295.

<sup>506</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 390. Kovuşturma evresinde re’sen araştırma ilkesi gereği, bu tedbire başvurulabileceği belirtilmektedir. bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 346. Temel hakları kısıtlayıcı niteliği sebebiyle, uygulamanın, kovuşturma evresini de kapsar şekilde genişletilmesinin mümkün olmadığı; dolayısıyla kovuşturma evresinde tedbire başvurunun hukuken de, kanun koyucu ayrı bir düzenleme yapmadığı müddetçe, mümkün olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 347 - 348; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 579.

<sup>507</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 389.

oldukça tartışmalı bir karar vermiştir<sup>508</sup>. Hukuk sistemlerindeki farklılıklar göz önüne alınarak, söz konusu kararın, ulusal mevzuat ve AİHS ile bağdaşmadığının altını çizmek gerekmektedir.

Mukayeseli hukuka bakıldığında, farazi bir örnek olarak; bilgisayarını tamire veren kişinin bilgisayarında, çocuk pornografisine ilişkin veriler bulan tamirci tarafından yapılan ihbar sonucu ulaşılan verilerin, hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiği doktrinca öne sürülmektedir<sup>509</sup>. Kişinin bilgisayarına yasa dışı yollarla girilerek bu nitelikte görüntüler bulunduğu ihbar edildiği bir örnekteyse, eyalet mahkemesi, delillerin kanuna aykırı yöntemlerle elde edildikleri belirtilerek ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacakları yönünde karar verilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, bilgisayar verilerine yasadışı erişen kişinin, idare adına faaliyet gösterdiğini ortaya koyacak nitelikte kanıt olmadığını ve bunun da devlet organlarınca kanuna aykırı faaliyetlerle delil elde edildiği anlamına gelmeyeceği yönünde karar vermiştir<sup>510</sup>. Burada, her ne kadar kişinin bilgisayarına yasadışı yollardan erişim sağlayan kişi devlet adına çalışmıyorsa da bireyin kişisel verilerinin bulunduğu bilgisayara hukuka aykırı bir biçimde erişmek, hukuka uygunluk sebebinin de mevcut olmaması halinde, başlı başına suç teşkil edecektir. Üstelik, Mahkeme'nin yasadışı erişenin devlet adına çalışmadığı yönündeki yaklaşımı, ileride bu şekilde gerçekleştirilen erişimlere kapı aralamakta ve özel hukuk kişileri arasında bu şekilde yasadışı bir erişim sonucunda hukuka aykırı veriye ulaşılması halinde, fiilin hukuka uygun olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Ayrıca, bireyin, devlet adına çalışıp çalışmadığını ortaya koymanın muğlaklığı sebebiyle de bunun tehlikeli bir yaklaşım olduğunu düşünmekteyim.

Başvuranın evinde gerçekleştirilen arama sonrasında başvuranın bilgisayarının merkezi işlem birimine el konulması ve 6 yıl boyunca bunun iade

---

<sup>508</sup> Amerika Birleşik Devletleri Virginia Yerel Mahkemesi, United States v. Edward Mosby, Application No: 3:08-cr-127, 25.07.2008.

<sup>509</sup> Tara M. Swaminatha, The Fourth Amendment Unplugged: Electronic Evidence Issues and Wireless Defenses, Yale Journal of Law and Technology, Volume: 7, Issue: 1, 01.01.2005, s. 54 - 56.

<sup>510</sup> Amerika Birleşik Devletleri 4. Bölge İstinaf Mahkemesi, United States v. William A. Jarrent, Application No: 02-4953, 29.07.2003.

edilmemesi karşısında ise AİHM, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde kararı vermiştir<sup>511</sup>. Söz konusu Smirnov – Rusya başvurusunda Mahkeme, öncelikle, el koymanın ulusal hukuktan kaynaklandığını; buna göre soruşturmayı yürüten makamların, ilgili gördükleri tüm nesnelere el konulması yönünde bir takdir haklarının mevcut olduğunu; yargısal bir denetim olmaksızın, böylesine geniş bir takdir hakkı veren bir kanunun açıklık, öngörülebilirlik ve kesinlik açısından “kalitesi”nin aranan standartlara erişebildiği hususunda şüphe doğurduğunu vurgulamış; ancak, bu yönde bir inceleme yapmayacağını, zira başvurunun farklı açılardan incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kamu yararı nedeniyle, belirli fiziksel kanıtlara el konulması gerekebileceği; fakat bu el koymanın, kamu yararı meşru amacına ulaşma ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri arasında denge kurabilecek bir orantılılık içermesi gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, söz konusu başvuru açısından önemli olanın, bilgisayar merkezi işlem biriminin içerisindeki bilgiler olduğu; bunların da soruşturma makamları tarafından incelenip yazdırılarak dosya içeriğine eklendikleri tespit edilmiştir. Bu durum karşısında Mahkeme, incelemesini gerçekleştirdiği güne dek geçen 6 yıllık sürede, el koymaya devam edilmenin gerekliliğine dair herhangi bir gerekçe sunulmadığını gözlemlemiştir. Üstelik, başvuranın avukat olması nedeniyle, el koymanın yalnızca kişisel bir güçlüğü yanı sıra, profesyonel faaliyetini de zora soktuğunu vurgulamıştır. Tüm bunları göz önüne alan Mahkeme, el koymanın orantılılığından bahsedilemeyeceğine karar vermiştir.

## **2.9. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**

Telekomünikasyon, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte; “İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal,

---

<sup>511</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Smirnov v. Russia, Application No: 71362/01, 07.06.2007, par. 54 – 59.

elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması” olarak tanımlanmıştır<sup>512</sup>. Telekomünikasyon yoluyla iletişim de bu şekilde gerçekleştirilen haberleşmeyi ifade etmektedir<sup>513</sup>. Haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasanın 22. maddesi, haberleşmenin gizliliğinin kanunda açıkça gösterilen durumlarda, hakim kararıyla ve gecikmesinde sakınca olan hallerde diğer yetkili merciin yazılı emriyle sınırlanabileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda, tedbire konu olacak haberleşme, gizlilik beklentisi dahilinde gerçekleştirilen iletişimdir. Kitle iletişim söz konusu olduğunda Cumhuriyet savcısı, genel soruşturma yetkisi kapsamında herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın hareket edebilmektedir<sup>514</sup>. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, önleyici nitelikte de olabilmektedir. Ancak çalışmada CMK’da adli nitelikte bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi incelenecektir. Bu bağlamda; idari soruşturma gibi ceza soruşturması dışında kalan diğer hukuk dalları kapsamında, CMK m.135 hükümleri uyarınca iletişimin denetlenmesinin hukuka aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle böyle bir uygulamaya müsaade edilmemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>515</sup>. Mevzuatımızda; Sporda Şiddetin Önlenmesi Kanunu m.23 ile Bankacılık Kanunu m. 166, söz konusu kanunlarda sayılmış olan suçlar açısından, CMK’da düzenlenmiş olan telekomünikasyon yoluyla yapılan

---

<sup>512</sup> Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, 14.02.2007 Tarih ve 26434 Sayılı Resmî Gazete. Belirtmekte yarar vardır ki; CMK’da söz konusu tedbirleri düzenleyen maddelerde, arama, yakalama gibi tedbirlerin aksine, Adalet Bakanlığı’na Yönetmelik hazırlanması doğrultusunda açıkça yetki verilmediği için, ilgili Yönetmelik’te iptal istemiyle başvuru maddeler hakkında, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından iptal kararı verilmiştir. Bu husus, temel hak ve hürriyetlerin kanunlarla sınırlandırılabilirliğini ve koruma tedbirlerinin kanuniliğini ortaya koyan önemli bir örnektir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Karar Tarihi: 04.11.2010, Esas No: 2010/2072, Karar No: 2010/1467

<sup>513</sup> Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 117; Mustafa Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 84. Aksi görüş için bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 493.

<sup>514</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 395.

<sup>515</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 439; Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 192. Alman hukukunda da vergilendirme amacıyla iletişimin tespiti yoluna gidilmesinin hukuka aykırı olduğu yönünde karar verilmiştir. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 439 ve orada dn: 175’te anılan BFG, Beschluss vom 26.02.2001-VII B 265/00; FG Düsseldorf.

iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceğini ihtiva eden diğer kanunlardır. Doktrinde, CMK m.135/9'da maddede sayılan esaslar dışında iletişimin denetlenmesi yoluna gidilemeyeceğinin belirtilmesi de göz önüne alınarak, düzenlemenin tek bir yerde yapılmasının doğru olacağı belirtilmektedir<sup>516</sup>.

Doktrinde, bu tedbirin esasında koruma tedbiri olmayıp, delile ulaşmak için başvuru bir araştırma vasıtası olduğu öne sürülmektedir. Fakat kişi özgürlüklerini sınırlayıcı etkisi nedeniyle, koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmesinin yanlış olmadığı ifade edilmektedir<sup>517</sup>. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, doğası itibariyle gizli bir tedbirdir; tedbirin anlamsız hale gelmemesi için, tedbir son bulana dek kişinin bundan haberinin olmaması gerekmektedir. İletişimin denetlenmesinde gizliliğin ihlal edilmesi; hem soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunu (TCK m.258) hem de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halini (TCK m.132, 137) oluşturacaktır. Söz konusu kayıtların nakli halindeyse; ses ve görüntülerin kayda alınması başlığı altında yer alan (TCK m.286) suç gündeme gelecektir<sup>518</sup>. Tedbir, yalnızca şüpheli ya da sanığa yönelik uygulanabilmektedir. Yargıtay da, suçtan zarar görenin iletişiminin bu hüküm kapsamında değil, CMK m.160'ta düzenlenen genel soruşturma yetkisi bağlamında ele alınması yönünde karar vermiştir<sup>519</sup>. Ancak doktrinde, mağdurun iletişiminin tespitinin genel soruşturma yetkisi kapsamında kabul edilmesinin doğru olduğu belirtilmekle birlikte; dinleme ve kayda alma bakımından bunun mümkün olmadığı öne sürülmektedir<sup>520</sup>. Tedbirin şüpheli veya sanığa yönelik uygulanabilmesi için, denetlenecek olan

---

<sup>516</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 441.

<sup>517</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 396.

<sup>518</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 463; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 550; Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 102, 210; Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 406.

<sup>519</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 29.11.2006, Esas No: 2006/4669, Karar No: 2006/17007; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 17.01.2013, Esas No: 2012/13052, Karar No: 2013/404.

<sup>520</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 356; Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 102.

telefon hattının bu kişilerce kullanılması yeterlidir; hat sahibi üçüncü bir şahıs olabilmektedir. Doktrinde, olası kötüye kullanımların önüne geçebilmek için, şüpheli ya da sanığın, üçüncü kişiye ait hattı kullandığı yönünde kuvvetli şüphe sebepleri bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Aksi halde tedbir, üçüncü kişiye yönelik uygulanmış olacaktır<sup>521</sup>. Fakat iletişim aracının şüpheli ya da sanığın evinde, -kamu kuruluşu da dahil olmak üzere- işyerinde olması; ticari, idari veya tanıtımla ilgili olması ihtimallerinde de söz konusu iletişim özel haberleşmedir<sup>522</sup>.

Tanıklıktan çekilebilecek kişiler ile şüpheli ya da sanık arasındaki konuşma kayda alınmaz. Şayet bu husus, kayda alma gerçekleştirildikten sonra anlaşılırsa, CMK m.135/3 doğrultusunda, söz konusu kayıt derhal yok edilmelidir. Bu husus, temelini Anayasa'da da yer alan bir uluslararası ceza hukuku prensibinden, *nemo tenetur*, almaktadır. Zira, bu prensip ile kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayan bir konuda beyanda bulunma veya delil göstermeye zorlanamayacağı kabul edilmektedir. Tanıklıktan çekilebilecek kişilerin kapsamına bakıldığında ise, ya Anayasa'da da yer aldığı üzere kişinin yakınları ya da avukatı gibi doğrudan kişinin şüpheli sıfatı ile yakın ilişki içinde olan ve tanıklığa mecbur tutulması halinde, *nemo tenetur* prensibini çiğneyecek kişilerin girdiği görülmektedir. Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin dinlenmesinde de bu şekilde tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile şüphelinin gerçekleştirdiği görüşmelerin böyle bir yasak kapsamına alınmaması, Anayasa'da belirlenmiş olan bu prensibin arkasında dolanılması sonucunu doğuracak ve esasen, kişilerin dolaylı yoldan tanık konumuna getirilmelerine yol açacaktır.

Şüpheli ya da sanığa atfedilen suç sebebiyle, müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları üzerinde böyle bir tedbire başvurulması da mümkün değildir. Müdafinin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişim, evinde ya da konutunda olmayıp, mobil telefon vasıtasıyla gerçekleşse dahi; maddenin korumayı hedeflediği değer, savunma hakkı ile meslek sırrı olduğundan, hükmün bu nitelikteki haberleşmeyi de kapsadığı kabul

---

<sup>521</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 402.

<sup>522</sup> Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 86.

edilmelidir<sup>523</sup>. Esasen müdafî, tanıklıktan çekilebilecek kişi olduğundan, bu hüküm gereği şüpheli ya da sanıkla telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirdiği haberleşmeler, bu kapsamda korunmaktadır<sup>524</sup>. Fakat tanıklıktan çekilebilecek kişilerin suça iştirak etmeleri halinde bu hükmün uygulanmaya devam edip etmeyeceği tartışmalı olmakla birlikte; ayrı bir hakim kararıyla iletişimin tespitinin mümkün olduğu Yargıtay’ca, son içtihatları doğrultusunda, kabul görmektedir<sup>525</sup>.

### **2.9.1. Telekomünikasyon Yoluyla Gerçekleştirilen İletişimin Denetlenmesi Tedbirine Başvuru Şartları ve Tedbirin Uygulanması**

Tedbir kapsamında; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kanunda sınırlı olarak sayılmış olan suçların işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka şekilde delil elde etme imkanının mevcut olmaması halinde başvurulabilmektedir. Bu ön şartlar oluşmadan başvurulanan tedbir, hukuka aykırı olacak ve buna dayanılarak ulaşılan deliller muhakemede kullanılamayacaktır<sup>526</sup>. Şüphenin somut delillere dayalı olması; objektif olarak tespit edilmiş fiilî olguların, izleyen kişinin hayat ve kriminalistik tecrübelerine göre, onda suç işlendiği izlenimi uyandırması olarak ifade edilmektedir. Yalnızca tahminler ya da

---

<sup>523</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 433; Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 269 - 270; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 255; Taşkın, Adli ve İstihbarî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 176; Eran Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 92 - 93; Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 197.

<sup>524</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 361; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 619; Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 194.

<sup>525</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 03.06.2014, Esas No: 2013/10-642, Karar No: 2014/302; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 548. Aksi görüş için bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 449; Taşkın, Adli ve İstihbarî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 182. İştirak hali başka delillerle önceden belirlenmişse, “tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişi” sıfatı kaybedileceğinden, tedbire başvurulmasının mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 92.

<sup>526</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 431.

söylentiler üzerine iletişimin tespitine yönelik karar verilmesi hukuka aykırıdır<sup>527</sup>. İletişimin denetlenmesi tedbirine, ölçülülük ve onun bir uzantısı olan ikincillik ilkeleri gereği, son çare olarak başvurulması gerekmektedir; aksi yönde uygulama sonucu ulaşılan deliller, muhakemede kullanılamayacaktır<sup>528</sup>. Ancak farklı bir koruma tedbirinin uygulanması şüpheli açısından daha olumsuz sonuçlara yol açacaksa, menfaatlerin dengelenmesi teorisi doğrultusunda iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmelidir.<sup>529</sup> Tedbire başvurabilmek için soruşturma evresinde sulh ceza hakimi; kovuşturma evresindeyse ilgili mahkemenin karar gerekmektedir<sup>530</sup>. Ancak soruşturma aşamasında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı da bu yönde karar vermeye yetkilidir. Savcının kararı, derhal mahkemenin onayına sunulmalı ve mahkemece karar, en geç 24 saat içerisinde verilmelidir<sup>531</sup>.

Süre içinde karar verilmemesi, kararın onaylanmaması ya da kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar verilmesi halinde, iletişimin denetlenmesine yönelik söz konusu karar, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılmalı ve mevcut kayıtlar en geç 10 gün içinde savcının denetimi altında yok edilerek tutanağa bağlanmalıdır. Zira söz konusu tedbirin uygulanması yoluyla ulaşılan delillerden, amaca bağlılık ilkesinin sonucu olarak, elde edildikleri

---

<sup>527</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 440 – 441.

<sup>528</sup> Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 123; Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 232. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçla izleme tedbirlerinin üçüne başvurulabilmesi için son çare olma koşulu aranmaktadır. Bu tedbirlere kendi aralarında nasıl başvurulacağına dair doktrinde tartışma olmakla birlikte, orantılılık ilkesi gözetilerek, somut olayda, temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale edecek olan tedbire başvurulması gerektiği yönündeki görüşün, koruma tedbirlerinin amacıyla uyum içinde olduğunu düşünmekteyim. Bkz. Mahmutoglu, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s. 12 <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/f0cd550b0576f81dc52c24b75dcaaa9429f238517818090242.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2016).

<sup>529</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 441; Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 238.

<sup>530</sup> 24.11.2014 Tarihli ve 6763 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, bu kararı vermeye ağır ceza mahkemeleri yetkiliydi ve karar oybirliği ile verilebilmekteydi.

<sup>531</sup> Anayasa m. 22/2 gereğince, savcı tarafından veril en karar en geç 24 saat içerisinde hakim onayına sunulmalıdır. Dolayısıyla, kanunda bu hususta açık bir belirleme yapılmamış olduğu öne sürülerek, kararın, 24 saatten daha uzun bir sürenin sonunda hakim onayına sunulması mümkün değildir.

amaçtan farklı başka bir amaç doğrultusunda yararlanılamamaktadır<sup>532</sup>. İletişimin Denetlenmesi ile ilgili Yönetmelikle mahkeme kararına itiraz hususunda, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın 671 Sayılı KHK ile kapatılması sonucu bu hususta Bilgi ve Teknolojileri İletişim Kurulu yetkili hale gelmiştir) karara itiraz hususunda yetkilendirilmesi doktrinde eleştirilmektedir. Zira kanunla böyle bir yetki verilmemiştir ve bu nedenle mahkeme ya da hakimce verilen bir kararın esas yönünden hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisi mevcut değildir.<sup>533</sup> CMK m.135/4 gereğince, tedbire ilişkin kararda; atfedilen suç, hakkında tedbire başvurulmuş kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası ya da iletişim bağlantısını tespiti için imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir. Ayrıca hakkında tedbir kararın verilecek hattın veya iletişim aracının sahibi ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge ya da raporun, tedbir talebi ile birlikte sunulması ve tedbire karar verilirken bu hususların irdelenmesi gerekmektedir. Bu husus, hem Anayasa hem de CMK'da yer alan kararların gerekçeli olması hükmünün de bir gereğidir. Karar en çok iki ay için verilebilmekte ve bu süre bir ay daha uzatılabilmektedir. Ancak tedbire örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak başvurulması durumunda, uzatma süresi her defasında bir aydan fazla olmamak üzere ve toplamda üç ayı geçmemek şartıyla uzatılabilmektedir<sup>534</sup>. Tedbirin uzatılmasına ilişkin karar verilirken, tedbire ilk başvurulduğu anda aranan tüm şartların hâlâ mevcut olup olmadığı incelenerek karar verilmelidir. Ayrıca bu ihtimalde, halihazırda süren iletişimin denetlenmesi yoluyla yeterli delil elde edilememiş olduğundan, ilk defa

---

<sup>532</sup> Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 82 – 83.

<sup>533</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 459; Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 399. Aksi görüş için bkz. Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 132; Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 72.

<sup>534</sup> Sürenin başlangıcı, yukarıda yürütmenin durdurulması kararı verildiği belirtilen 14.02.2007 Tarih ve 26434 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Yönetmelikte, TİB sistemine kayıt anı olarak belirlenmiştir. Ancak Danıştay 10. Dairesi, böyle bir uygulamanın, karar sisteme tanıtılmadığı müddetçe sınırsız olarak ertelenmesi sonucu doğuracağı ve bunun da tedbirin belirli bir süre için verilmesini öngörüne kanun hükmü ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Söz konusu bu karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından onanmıştır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Karar Tarihi: 04.11.2010, Esas No: 2010/2072, Karar No: 2010/1467.

karar verilirken aranan koşullardan daha ağır koşullar aranmalıdır<sup>535</sup>. Yargıtay, yeni tarihli bir kararında, tedbirin süresinin uzatılmasına ilişkin karar verilirken, iletişimin denetlenmesine ilişkin önceki tarihli kayıtların çözülerek hakim huzuruna getirilmemesi halinde, uzatma kararının hukuka aykırı olacağına karar vermiştir<sup>536</sup>. Kanunda öngörülen üst sürelerin son bulması durumunda, delile ulaşılammış olsa dahi, karar kendiliğinden hükümsüz hale geleceğinden tedbire de son verilmelidir. Tedbir kararı verilmesinin nedeni olan şüphenin son bulması ya da kanunda aranan yoğunluğun altına düşmesi hallerindeyse, sürenin son bulması beklenmeksizin, tedbire son verilmelidir<sup>537</sup>. Yer bakımındansa, tüm Türkiye genelinde icra edilmek üzere iletişimin tespiti yönünde verilen önleme tedbirine ilişkin karar, Yargıtay tarafından haklı olarak, demokratik bir hukuk devletinde bütün vatandaşların şüpheli olarak görülmesi anlamına geleceği belirtilerek hukuka aykırı bulunmuştur<sup>538</sup>. Adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak, dinlemeyi gerçekleştiren memurların, görüşmeye dair bir tutanak düzenlemeleri ve Mahkemede tanık sıfatıyla dinlenmesi gerekmektedir. Bu husus, delillerin doğrudan doğruyalığının da bir sonucudur<sup>539</sup>. Ancak iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen deliller, kural olarak, başka delillerle desteklenmemeleri halinde, tek başlarına mahkumiyet kararı verilmesi için yeterli değildir<sup>540</sup>.

<sup>535</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 403; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 549; Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 141.

<sup>536</sup> Yargıtay 18. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 29.04.2015, Esas No: 2015/16, Karar No: 2015/737. Doktrinde kolluk tarafından hazırlanan dökümlerde, suça ilişkin olduğu düşünölen kısımların büyük ya da kalın yazılmasının, konuşma içeriğine ilişkin parantezlerle açıklama yapılmasının, Cumhuriyet savcısı ya da hakimin delil değerlendirme yetkisine bir müdahale olduğu için hukuka aykırılık teşkil ettiğı belirtilmektedir. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 552.

<sup>537</sup> Özbek/Kanbur/Doğın/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 438 - 439; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 552.

<sup>538</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 04.06.2008, Esas No: 2008/874, Karar No: 2008/22381

<sup>539</sup> Yenisey/Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 468.

<sup>540</sup> Özbek/Kanbur/Doğın/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 444; Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 441 - 444 ve Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 22.01.2009, Esas No: 2008/13862, Karar No: 2009/479; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 19.07.2011, Esas No: 2011/6292, Karar No: 2011/12593.

Kişinin iletişiminin içeriğinin denetlenmediği öne sürülerek, kimle, ne zaman ve ne kadar konuştuğu gibi hususların herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın değerlendirilmesi, keyfi bir uygulamadır; hukuk devleti ilkesiyle örtüşmemektedir. Zira iletişimin içeriğinin yanında; iletişimin gerçekleşme biçimi, yeri veya süresine ilişkin veriler de haberleşme hürriyeti ile özel hayatın gizliliği kapsamına girmektedir<sup>541</sup>. Bu bağlamda şüphelinin kimlerle, ne zaman konuştuğunun, konuşmanın içeriği öğrenilmeksizin, belirlenmesi iletişimin tespiti olarak düzenlenmiştir. Telefon görüşmelerinin dışında, hangi mail adresinden hangi mail adresine, ne zaman, kaç kilobaytlık bir mail gönderildiği gibi, diğer telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişim biçimleri açısından da bu tedbire başvurmak mümkündür<sup>542</sup>. İletişimin tespitine, katalog suçlar dışında da başvurulabileceği kabul edilmektedir. İletişimin tespiti kararı için de soruşturma aşamasında hakim, kovuşturma aşamasında mahkeme yetkili kılınmıştır. 24.11.2016 tarihli değişiklikleyse, gecikmesinde sakınca olan haller açısından, Cumhuriyet savcısı bu hususta yetkili kılınmıştır; ancak savcının kararı 24 saat içerisinde hakim onayına sunulmalıdır. Fakat yalnızca telefonu kullanan şüphelinin kimliğinin tespitine yönelik işlemin, Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisi kapsamında kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu yöndeki araştırma işleminin, özel hayatın gizli alanına müdahale teşkil etmediği belirtilerek genel yetki ile uygulanabilecekleri öne sürülmektedir<sup>543</sup>. Belirli bir yerde gerçekleşen olayın failini tespit edebilmek amacıyla, olay saatinde bölgedeki baz istasyonundan tüm verilerin toplanması yönünde verilen kararın da, üçüncü kişileri de kapsayacak nitelikte olsa dahi, genel soruşturma yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>544</sup>. Ancak Yargıtay bu konuda, haklı olarak, aksi görüştedir. Olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına

---

<sup>541</sup> Kerem Altıparmak, Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 63, Ankara 2006, s. 47.

<sup>542</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 356.

<sup>543</sup> Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 94; Cumhuriyet Şahin, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi - Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1 - 2, Ankara 2007, s. 1106.

<sup>544</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 442. Aksi görüş için bkz. Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 69 – 71.

bozma ile Yargıtayca incelenen olayda; bölgede belirli saatler arası yapılan tüm telefon görüşmelerinin hangi baz istasyonuna bağlı olduğu, arayan ve aranan kişilere ait kimlik bilgileri ile açık adreslerinin tespit edilmesi için verilen kararın; iletişimin tespiti olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Fakat kanuna göre, iletişimin tespiti tedbirine, ancak şüpheli ya da sanık yönünden başvurulması mümkün olduğu için, üçüncü kişileri de kapsayan böyle bir yöntemin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir<sup>545</sup>.

Mobil telefonun yerini tespit amaçlı denetleme, sinyal bilgilerinin denetlenmesinden farklılık arz ettiğinden, tüm suçlar için başvurulabilecek şekilde ve ayrı olarak düzenlenmiştir. Burada amaç failin yakalanması olduğu için, tedbire, delil elde etme yöntemi olarak başvurulmamaktadır<sup>546</sup>. Mobil telefonun yerinin tespiti, iletişimin denetlenmesi tedbirinin yöneldiği süjenin, şüpheli ya da sanık olması kuralının istisnadır. Şüpheli ya da sanığa ulaşmak amacıyla, mağdur gibi diğer kişilerin telefonunun yerinin tespit edilmesi mümkündür. Madde metninde, kanunun yürürlüğe girmesinden önce, bu yönde özellikle bir düzenleme

---

<sup>545</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 15.11.2011, Esas No: 2011/6-140, Karar No: 2011/222. Karar, kanun yararına bozma olağanüstü kanunyolu ile Yargıtay önüne gelmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, işlemi hukuka uygun bulan Yargıtay 6. Ceza Dairesi Kararına itiraz ederken belirttiği hukuki dayanaklar önemlidir: "...Burada, iletişimin tespiti, şüpheli veya sanık hakkında değil, o bölgede bulunan ve o saatler arasında telefon ile görüşme yapan diğer kişiler yönünden de verilmiştir. Olayın şüphelisi henüz belli değildir. Delil elde etme amacıyla da olsa, iletişimin tespiti işlemi yasada açıklık bulunmasına bağlıdır. Olayın aydınlatılması ve faillerinin belirlenmesi için, soruşturma ile hiç ilgileri bulunmayan diğer kişilerin, kimlerle, ne zaman ve ne kadar süre ile görüştüğüne ilişkin bilgilerin soruşturma dosyasına girmesi, o bilgilerin birçok kişi ile paylaşılması, özel hayatın ihlali anlamını taşımaktadır. Şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilerin, örneğin şikayetçi ya da mağdurun, iletişimlerinin tespitine ilişkin işlemler, CYY'nın 135. maddesi kapsamında değildir. Bunu, Cumhuriyet savcısının, CYY'nın 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma görev ve yetkisi çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Ancak, şüpheli ya da sanıkla daha genel bir yaklaşımla olayla hiçbir ilgisi bulunmayan diğer kişilerin, bir suçun failine ulaşmak için dahi olsa iletişimlerinin tespit edilebileceğine ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasal dayanağı olmadan, hiç kimsenin telefon görüşmelerinin tespit edilmesi mümkün değildir...İşlenen bir suçun failine ulaşabilmek amacıyla da olsa diğer kişilerin özel hayatları ve haberleşme özgürlükleri feda edilmemelidir." Bu gerekçelerle, söz konusu işlemin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma şartları arasında sayılan hakkın özüne dokunmama yasağı ile ölçülülük ilkesine aykırı olduğu vurgulanmıştır.

<sup>546</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 356; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 543; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 447

yapılmıştır<sup>547</sup>. Kural olarak hakim ve gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı, bu yönde karar verebilmektedir. Kararda, mobil telefonun numarası ile tespit işleminin en çok üç ay olabilecek süresi belirtilmelidir. Söz konusu süre, bir kez uzatılabilmektedir. Tanıklıktan çekilebilecek kişiler ile şüpheli ya da sanık arasındaki iletişimin denetlenememesi nedeniyle, bu kişilerin mobil telefonlarının da şüpheli veya sanığın yerinin tespiti amacıyla denetlenememesi gerektiği belirtilmektedir<sup>548</sup>.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi esnasında, bu tedbir için sayılmış katalog suçlardan birinin işlendiği yönünde şüphe uyandırabilecek; fakat mevcut soruşturma ya da kovuşturmayla ilgisi olmayan bir delile ulaşırsa, CMK m.138/2 doğrultusunda, söz konusu delil koruma altına alınmalı ve Cumhuriyet savcısına bilgi verilmelidir. Delilin katalog suçlar haricinde bir suça ilişkin olması ihtimalindeyse, bu tesadüfi delil, geçerli kabul edilmemelidir<sup>549</sup>. Zira aksi halde, dinlemenin sınırlı sayıdaki suçlar için dinlenilmesine ilişkin hükmün arkasından dolanılmaktadır. Ancak böyle bir ihtimalde, delilin muhafaza edilmemesi doğru bulunmaktaysa da Cumhuriyet savcılığının bu bilgi üzerine harekete geçerek yeni bir soruşturma başlatmasının yerinde olduğu da belirtilmektedir<sup>550</sup>. Katalog suçlardan birinin işlenmekte olduğuna dair bir şüphe başından beri yoksa; fakat buna rağmen katalog suça dayanılarak iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmuşsa, tedbir hukuka aykırı olduğundan, elde

---

<sup>547</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 360; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 542 - 543; Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 147. Mağdura yardım etmek amacıyla mağdurun mobil telefonunun yerinin tespiti halinde, işlemde ceza muhakemesi amacı güdülmeyeceği için, bu maddede belirtilen usule uymak gerekmediği yönündeki aksi görüş için bkz. Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 447.

<sup>548</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 405. Aksi görüş için bkz. Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 192 – 193.

<sup>549</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 550; Şahin, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi - Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-, s. 1112 ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 13.06.2006, Esas No: 2006/4-122, Karar No: 2006/162.

<sup>550</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 470 - 471; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 432, 442. Aksi görüş için bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 359; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 283; Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 65; Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, 490 – 491.

edilen tesadüfi delillerin muhakemede kullanılmayacağı kabul edilmektedir. Zira bu tutum, kanuna karşı hiledir ve hem kanun hem de AİHM tarafından aranan, tedbirin “son çare” olma özelliğiyle bağdaşmamaktadır. Özellikle kanunda tesadüfi deliller, katalog suçlar açısından açıkça kabul edilmişken, aksi yönde bir uygulamaya gidilmemelidir<sup>551</sup>. Ancak Yargıtay, “niteliği değişmesi mümkün olan suçlar” bakımından, bu suçların vasfı ancak kovuşturma sonunda anlaşılabilceğini belirterek, elde edilen delillerin kovuşturmada kullanılabileceğini belirtmektedir<sup>552</sup>. Söz konusu bu uygulamanın, kolluğun kasıtlı olarak belirli bir suçta başvuramayacağı bir tedbiri, yalnızca o suçta kullanabilmek için kanuna karşı hile yoluna gitmesine yol açacağı belirtilmektedir. Kanuna karşı hile halini ispatlamayabilmekteki güçlükler göz önüne alındığında, bahsedilen uygulamanın bir “yasak delil elde etme metodu” olarak suiistimallere kapı açacağı uyarısı yapılmaktadır. Bu tehlike sebebiyle, hukuk devleti ilkesini zedeler nitelikte olduğu belirtilmekte ve haklı olarak eleştirilmektedir<sup>553</sup>. Tesadüfi delilin, hakkında dinleme kararı olmayan kişi açısından suç şüphesi doğurur nitelikte olması durumundaysa, derhal iletişimin tespitine ilişkin yeni bir karar alınarak tedbirin uygulanabileceği yönünde Yargıtay kararları mevcuttur<sup>554</sup>. Ancak doktrinde bu durumun, kişi hakkında verilmiş olan kararı, CMK’nın izin vermediği “genel nitelikte dinleme kararı”na dönüştüreceği ve bu yönüyle adeta denize atılan ağa bireylerin takılmasını beklemek anlamına geleceği ifade edilmektedir<sup>555</sup>. Hukuka uygun biçimde alınmış

<sup>551</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 598 - 599; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 550; Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçla İletişimin Denetlenmesi, s. 111; Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 67 – 68.

<sup>552</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 20.05.2014, Esas No: 2013/10-468, Karar No: 2014/268 ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 10.12.2013, Esas No: 2013/10-483, Karar No: 2013/599.

<sup>553</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 443 – 444.

<sup>554</sup> Hakkında dinleme kararı bulunan biri ile yaptığı konuşma esnasında karşı tarafa ilişkin tesadüfi delile rastlanırsa, söz konusu bu konuşmadan elde edilen delil yeni bir soruşturmaya esas alınabilmektedir. Ancak bundan sonra gerçekleştirilecek dinlemeler için karar alınması gerekmektedir bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 03.07.2007, Esas No: 2007/5-23, Karar No: 2007/167.

<sup>555</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 442. Katalog suçlarla ilgili tesadüfi delil elde edilmesi durumunda aksi görüş için bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 624; Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 199.

bir dinleme kararı kapsamında, haklarında dinleme kararı olmayan iki kişinin konuşmasından elde edilen tesadüfi delilse, Yargıtay tarafından, kişilerden en azından biri hakkında dahi dinleme kararı bulunmadığından hukuka aykırı bulunmuştur<sup>556</sup>.

CMK m.137/4'e göre, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar verilmesi halinde, soruşturmanın bitiminden itibaren en çok 15 gün içinde tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında tedbirin ilgisine yazılı biçimde haber verilmelidir. Bu durum; hem Anayasa m.36'da yer alan hak arama özgürlüğünün hem de onun AİHS'teki görünümü olan adil yargılanma hakkının bir gereğidir<sup>557</sup>. Kanunda ilgililere haber vermeden söz edildiği için, bu kavramın şüpheli ya da sanık haricindeki iletişimin denetlenmesi tedbirine maruz kalan üçüncü kişileri de kapsar nitelikte yorumlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>558</sup>.

## 2.9.2. Anayasa Mahkemesi'nin Tedbirin Uygulanmasına İlişkin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan bu koruma tedbiri ile ilgili verdiği bir karar mevcut değildir. Ancak Milli İstihbarat Teşkilatı ("MİT") tarafından gerçekleştirilen önleme dinlemesi sebebiyle kendisine yapılan Yasemin Çongar ve Diğerleri başvurusu, her ne kadar koruma tedbiri içermemekteyse de, her iki dinleme usulünün içeriklerindeki benzer noktalar sebebiyle ele alınacaktır. Zira, nasıl ki telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesinde, hakim kararı

<sup>556</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 13.06.2006, Esas No: 2006/4-122, Karar No: 2006/162.

<sup>557</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 439; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 282. Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan "Devlet, işlemlerinde, ilgililerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." ifadesi doğrultusunda, dinleme sona erip, dinlemenin dayanağı olan tehlike ortadan kalktığında, bireylere haber verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Altıparmak, Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, s. 52 Ancak böyle bir bildirim etkili kabul edilebilmesi için, ilgili hükümde belirtildiği üzere, devletin, bireye olası ihlali ortadan kaldıracak kanun yollarını göstermesi gerektiği ifade edilmektedir.

<sup>558</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 273; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 553; Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 387. Aksi görüş için bkz. Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 170.

aranmakta, tedbire başvurulabilecek suçlar sınırlı olarak sayılmakta, sayılan suçlardan birinin işlendiğine dair somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesinin mevcudiyeti beklenmekte, hakkında tedbire başvurulacak kişinin kimliğinin, telefonunun ve tedbirin süresinin netleştirilmesi gerekmekte ise; önleme dinlemesinde de, hakim kararı ya da en geç 24 saat içinde hakim onayı aranmakta, dinlemeye başvurulabilecek suçlar sınırlı olarak sayılmakta, bu suçlardan birinin işleneceğine dair somut delil ve bulgular beklenmekte, hakkında önleme dinlemesi uygulanacak kişinin kimliğinin, telefonunun ve dinlenmenin süresinin netleştirilmesi gerekmektedir. Her iki düzenlemede aranan ön şartların birbirine paralelliği sebebiyle, Anayasa Mahkemesi'nin önleme dinlemesine dair verdiği bu kararın, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri açısından yol gösterici olacağı kanaatindeyim. Söz konusu başvuruda, Mahkeme, öncelikle, posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin, haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini; kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesinin, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer aldığını ve haberleşmenin içeriğinin denetlenmesinin, haberleşmenin gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturduğunu vurgulayarak, telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının da bu kapsamdaki müdahalelerden olduğunu kabul etmiştir<sup>559</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere, haberleşme hürriyetinin, belirli şartlar altında kısıtlanmasının gerek AİHS gerekse Anayasa'ya göre mümkün olduğu hatırlatıldıktan sonra, somut olayda gerçekleştirilen sınırlama incelenmiştir. Bu bağlamda, somut başvuruda öne sürülen haberleşme özgürlüğünün ihlali iddiasının, telefonların dinlenmesine dayanak teşkil eden talep yazıları ve hakim kararlarında, başvuranların gerçek kimlik bilgilerine yer verilmemesi ve birtakım kod isimler gösterilmiş olmasının, kanuni bir uygulama olup olmadığı üzerinde temellendirildiği tespit edilmiştir.

<sup>559</sup> Anayasa Mahkemesi, Yasemin Çongar ve Diğerleri Başvurusu (Genel Kurul), Başvuru No: 2013/7054, Karar Tarihi: 06.02.2015, par. 50 – 65.

İletişimin denetlenmesine ilişkin AİHM kararlarında da gizli tedbirlere ilişkin kanun hükümlerinin barındırması gereken asgari hükümler olarak; izleme kararı verilmesine yol açabilecek suçların niteliği, iletişimlere izlenecek kişi kategorisi, izleme sürelerinin sınırları, elde edilen verilerin inceleme, değerlendirme ve saklanmalarına ilişkin esaslar, verilerin başkalarıyla paylaşılmasına ilişkin önlemler ve elde edilen verilerin ortadan kaldırılmasına ilişkin koşulların kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gerekliliğinin belirtildiği ve 2937 Sayılı Kanun'a bakıldığında, açıklık, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik şartlarının sağlandığı ifade edilmiştir. Ancak, kanunun uygulaması incelendiğinde, başvurular hakkında uygulanan dinleme tedbirlerine dayanak teşkil eden talep yazıları ve mahkeme kararlarında, başvuranların kimlik bilgileri yerine birtakım kod isimlere yer verildiği görüldüğünden, başvuruların haberleşmelerinin gizliliğine yönelik müdahalenin kanuni olmadığı ve haberleşmenin gizliliğine saygı haklarının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.

Mehmet Seyfi Oktay başvurusunda ise telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin denetlenmesine ilişkin karar alınan başvuran, söz konusu kayıtların, basınla paylaşılması sebebiyle haberleşmenin gizliliği hakkının ihlal edildiği yönünde başvuru yapmıştır<sup>560</sup>. Başvuran, söz konusu durum sebebiyle kamu görevlileri hakkında idari soruşturma ve ceza soruşturması yollarına başvurduğunu, ceza soruşturmasının kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararla sonlandığını; idari soruşturmanın, potansiyel şüphelilerin bağlı olduğu Emniyet Müdürlüğü tarafından yürütülmesinin, soruşturmaları etkisiz kıldığını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, haberleşme özgürlüğünün yanı sıra, içeriği ve biçimi ne olursa olsun, haberleşmenin içeriğinin gizliliğinin de AİHS ve Anayasa tarafından güvence altına alındığını belirtmiştir. Bu bağlamda, kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfi bir şekilde müdahale etmesinin önlenmesinin, Anayasa ile sağlanan güvenceler kapsamında yer aldığını, haberleşmenin içeriğinin denetlenmesinin,

---

<sup>560</sup> Anayasa Mahkemesi, Mehmet Seyfi Oktay Başvurusu, Başvuru No: 2013/6367, Karar Tarihi: 10.12.2015, par. 44 – 70.

haberleşmenin gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturduğunu belirtmiş; ancak haberleşme özgürlüğünün, mutlak nitelikte olmayıp meşru birtakım sınırlamalara tabi olduğunu hatırlatmıştır. Bu bağlamda, haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin, öncelikle kanunla öngörülmesi, müdahalenin yasal dayanağını oluşturan mevzuatın "ulaşılabilir", "yeterince açık" ve belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçlar açısından "öngörülebilir" olması, ikinci olarak söz konusu sınırlandırmanın "meşru bir amaca" dayalı olması ve aynı zamanda müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması şartlarının sağlanması şartlarının sağlanması vurgulanmış; kanuni düzenlemenin, bu yönden uyumluluk gösterdiği ifade edilmiştir. Ancak AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, devletin yalnızca keyfi müdahalelerde bulunmamasını öngören negatif yükümlülüklerinin yanı sıra, hakkın etkili bir biçimde korunmasını hedefleyen pozitif yükümlülükleri de mevcuttur.

Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, devletin söz konusu pozitif yükümlülüğün uzantısı olarak kamu makamlarının, kişisel nitelikteki verilerin veya haberleşme kayıtlarının ifşa edilmesini önleme; bu kayıtların medyada yayımlanması suretiyle haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi durumunda ise etkili bir soruşturma yürütülmesi ve sorumluların cezalandırılmasının sağlanmasını ne oranda hayata geçirebildiğini incelemiştir. Suç soruşturması kapsamında elde edilen verilerin paylaşımında ifade özgürlüğünü de göz önüne alan AİHM yaklaşımının, ilgili verilerin üçüncü kişilerle sınırsız bir biçimde paylaşamayacağını; muhakemeyi yürüten mahkemenin, kişinin, ailesinin ve mahremiyetinin korunması için gerekli tedbirlere başvurabilmesini esas aldığı hatırlatılmıştır. Bu doğrultuda, mevzuat açısından gerek haberleşme hürriyetine müdahale gerekse müdahale sonrası gizliliğin ihlali ihtimalinde cezai yaptırımların yanı sıra adli ve idari tazminat davalarının açılmasının mümkün olduğu; ancak bu mevzuatın ne oranda uygulandığının da önemli olduğu belirtilmiştir. Somut başvuru açısından, kişi hakkında henüz iddianame hazırlanıp suçlamalar ve deliller ortaya konmadan önce hakkındaki iddialar kamuoyu tarafından öğrenilmiş olduğundan, başvuranın kendisini savunması imkanının

elinden alındığı; bunun da kamu makamlarınca başvurana ait telefon görüşme kayıtlarının gizliliğinin korunması, ifşa edilmesinin önlenmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmadığı ve dolayısıyla başvuranın haberleşme hürriyetinin maddi boyutunun ihlal edildiği anlamına geldiği ifade edilmiştir.

Ayrıca kişinin, haberleşmenin gizliliği hakkını ihlal eden kamu görevlileri hakkında cezai yaptırım uygulanması için şikayette bulunmasının ardından, Cumhuriyet Savcılığı tarafından iki yıllık soruşturma sürecinde ilgili kolluk görevlilerinin ve basın mensuplarının ifadelerinin alınmasından başka hiçbir işlem yapılmadığı; olayın tüm yönlerinin ortaya konarak, varsa sorumlu kişilerin belirlenebilmesine imkan tanıyan etkili bir soruşturma yapılmadığı; soruşturma sonunda ulaşılan sonucun da elde edilen delillerin kapsamlı ve nesnel bir analizine dayalı olmadığı; sonuç olarak sızmanın nasıl gerçekleştiği konusunda hiçbir somut sonucun belirtilmediği eklenmiştir. Bu kapsamda makul tedbirlerin alınmadığı; ihtimal ve iddialara karşı en başından kayıtsız kalındığı; ifşanın kamu görevlileri tarafından yapılmadığı kanaatine ulaşılan Cumhuriyet Savcılığınca bu sonucun yeterli görüldüğü; başka kim veya kimler tarafından söz konusu eylemin gerçekleştirilebileceği konusunda hiçbir inceleme ve araştırma yapılmadığı ve dolayısıyla belirtilen etkili bir soruşturma yürütülmeyle haberleşme hürriyetinin usule ilişkin boyutunun da ihlaline sebep olduğu yönünde karar verilmiştir.

### **2.9.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tedbirin Uygulanmasını Yaklaşımı**

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu bu kararları, AİHM içtihadı ile uyumludur. Zira, kaydedilen konuşmaların basına yansımaları ile ilgili Apostu - Romanya başvurusunda, başvuranın yetkililerce dinlenen ve özel konuşmalarını içeren telefon kayıtlarının, herhangi bir sosyal gereklilik bulunmamasına rağmen medyada yer almasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği yönündeki başvuru,

Mahkeme tarafından incelenmiştir <sup>561</sup> . Öncelikle, iç hukukta başvuranın şikayetinin temelini söz konusu kayıtların medyaya sızdırılmasının oluşturduğunu, bu nedenle basın kuruluşlarına karşı açılacak davaların başvuranı tatmin edemeyeceğini ve sızdıran kişinin kimliği tespit edilemediği için, Hükümet tarafından öne sürülen diğer hukuk yollarının etkili kabul edilemeyeceğini vurgulayarak, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Esasa ilişkin incelemeye geçen Mahkeme, özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğünün Sözleşme bakımından aynı seviyede olduğunu ve bunlar arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, Sözleşmeciler Devletlerin, özel hayata ilişkin bilgilerin basına sızması riskine karşı, kendilerine bağlı çalışanları organize etme ve eğitim verme yükümlülükleri olduğunu; şayet buna rağmen bir sızma gerçekleşmişse de mağduriyete uğrayan bireyi tatmin edecek bir başvuru mekanizması bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Somut başvuruda, başvuranın özel ilişkilerinin ortaya konmasının kişiyi olumsuz etkileyebileceğini; zira başvuran hakkındaki muhakemeyi yürütecek makamlara karşı başvuranın suçlu işlemiş olduğu yönünde bir izlenim yaratabileceğini; üstelik söz konusu kayıtların bir kısmının tamamen özel nitelikte olduğunu ve soruşturma ile çok az ilgili ya da doğrudan ilgisiz olduklarını tespit etmiştir. Söz konusu kayıtlar, yetkili makamlar tarafından yasal bir soruşturma için kaydedilmiş olduğundan, başvuran, saygınlığını koruyabilmek için adım atsa dahi, bu kayıtları çürütmesinin mümkün olmadığı hatırlatılmıştır. Kayıtların, en geç kovuşturma aşamasına geçildiğinde erişilebilir olacağını; ayrıca bu evrede bile gerekli şartlar oluştuğunda kamuya gizlilik kararı alınabildiğini belirten Mahkeme, sızan kayıtların herhangi bir sosyal ihtiyaç da doğurmaması nedeniyle, haklı gösterilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Tüm bu gerekçelerle, hem sızmaya karşı personele yeterli eğitimin verilmemiş olması hem de sızma sonrası etkili bir hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Yine eski bir başbakan olan başvuranın, dönemin başbakanının eşi ile olan konuşmalarının yayımlanmasına ilişkin Craxi - İtalya başvurusunda da,

---

<sup>561</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Apostu v. Romania Kararı, Application No: 22765/12, 03.02.2015, par. 109 – 132.

kişinin suçluluğuna ilişkin karar vermeye yetkili mercilerin mahkemeler olduğu; ancak bunun, ceza davalarına ilişkin, medyada herhangi bir tartışma yapılamayacağı anlamına gelmediği hatırlatılmış ve kamu figürlerinin dahil olması nedeniyle, gazeteciler ile kamunun denetimine açıklığın kaçınılmaz olduğu vurgulanmıştır<sup>562</sup>. Ancak, kamuya mal olmuş kişilerin de özel hayatlarına saygı gösterilmesine ilişkin beklentilerinin haklılığı kabul edilerek, kamusal ilginin, özellikle ceza davaları açısından, bununla ilişkili bilgilerle sınırlı olduğu ve fakat, bu yayınların önyargı yaratmayacak nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir. Somut başvuruda yayımlanan kayıtların, tamamen özel nitelikte olduğu; bunların, kamuya açık bir duruşmada okunmadığı için, yalnızca sızdırılma sonucu medyanın eline ulaşmış olabileceği kanaatine varılmıştır. Böyle bir sızdırma sonucu, etkili bir giderim yolu ile başvuru mekanizmasının gerekliliğini vurgulayan Mahkeme, somut olayda, gazetecilerin bu kayıtları nasıl ele geçirdiklerine dair detaylı araştırma yapılmadığının, bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir. Ayrıca, savcılığın, ulusal hukuka göre, öncelikle belgeleri evrak dairesine gönderip başvuran ile avukatlarının belgelere dair görüşlerini bildirmelerini ve de çıkarılmasını istedikleri belgelerin değerlendirmesine ilişkin bir gizli duruşma yapılmaksızın, kamuya açık bir davada okunmalarının, “yasal düzenlemeye uygunluk” olarak kabul edilemeyeceğini belirterek, bunun da yine AİHS m.8'e aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin verdiği kararlardan *Klass ve Diğerleri* kararı ise, Mahkeme'nin verdiği kararlar arasında önemli bir yere sahiptir. Zira, söz konusu başvuruda, başvuranlar hakkında uygulanmış bir dinleme kararı mevcut değildir; ancak, Mahkeme, başvuruya konu edilen kanun hükmünün, Almanya'da yaşayan herkesin haberleşmesinin potansiyel olarak izlenmesi sonucunu doğuracağını ve kişilerin oldukça istisnai durumlar dışında, bundan haberdar olamayacaklarını belirterek, başvuranların “potansiyel mağdur” sıfatı taşıdıklarını; dolayısıyla

---

<sup>562</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Craxi v. Italy*, Application No: 25337/94, 17.07.2003, par. 61 – 83.

mağdur statüsünde olduklarını ve başvurularını incelemeye yetkili olduğunu ifade etmiştir<sup>563</sup>. Mahkeme'ye göre, başvuruların bir ihlalin mağduru olup olmadıkları, itiraza konu olan yasa metninin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını inceleme gereği doğurmaktadır. Bireylerin, haberleşme özgürlüklerine getirilecek sınırlamanın, aile ve özel hayata saygı hakkına da sınırlama getirdiği kabul edilmiştir. Mahkeme, son zamanlarda casuslukta ve izleme araçlarında gerçekleşen ilerleme ile o dönem ilerlemiş olan terör olaylarını göz önüne alarak, haberleşme yöntemleri üzerinde gizli bir izleme yetkisi veren yasanın ulusal güvenlik açısından gerekli görülebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, ulusal yasama organının belirli bir takdir yetkisini haiz olduğunu; ancak demokrasiyi korumak adına, her türlü tedbiri almanın Sözleşme ile bağdaşmayacağını vurgulamıştır. Bu nedenle, benimsenen izleme sisteminin, belirli güvenceleri haiz olması gerekmektedir. Alınabilecek tedbirin niteliği, kapsamı ve süresi; tedbire başvuruda öngörülen sebepler; tedbire karar vermeye yetkili kılınan ulusal merci ve bu tedbire karşı yine ulusal hukukta öngörülen başvuru yolları, güvencelere örnek olarak sayılmıştır. Başvuruya konu olan yasada, genel bir izlemeye izin verilmemiş; talep ve karar için sıkı şartlar öngörmüş; tedbirin uygulanma süreci açısından da katı koşullar belirlenmiş; tedbire karşı mahkemeye başvuru mümkün değilse de, belirli iki heyet tarafından denetim yapılabilmesi esas alınmıştır. Mahkeme, söz konusu tedbirin doğası gereği uygulaması sona erene dek gizli olması gerektiğini ve bu sebeple, tedbirin denetimi için öngörülen usullerin demokratik toplumla uyum göstermesinin şart olduğunu; demokratik toplumun da en önemli özelliğinin hukukun üstünlüğü olduğunu vurgulamıştır. Hukukun üstünlüğü prensibinin sonucu olarak, idari makamların kararlarının, yargı organının denetimine ya da en azından, tarafsız, bağımsız ve uygun usuli güvenceleri haiz yargısal denetime tabi olması şartı hatırlatılmıştır. Bu açıdan mevcut yasada yargı denetimi öngörülmemesi, Mahkeme'nin esas beklentisine tersse de, yasa ile denetim yetkisi verilen komisyonlar, komisyon üyelerinde muhalefete de yer verilerek dengeli bir dağılım yapılması sonucu bağımsızlık,

---

<sup>563</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Klass and Others v. Germany*, Application No: 5029/71, 06.09.1978, par. 37 - 38, 48 - 58.

tarafsızlık ve de süreklilik şartları ile gerekli güç ve yetkiyi haizdirler; üstelik Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolu açıktır. Tedbir sona erdikten sonra kişiye bildirim yapılmasının öngörülmemiş olması ile ilgili olarak, Mahkeme, durdurulmuş tedbirden etkilenen herkese hemen bir bildirimde bulunmanın, izlemeyle ulaşılmak istenen uzun vadeli amacı tehlikeye düşürebileceğini ve istihbarat servisleri ile buralarda çalışanların kimliklerini açığa vuracağını belirtmiştir. Başvuruda inceleme konusu yapılan müdahalenin etkililiği, müdahalenin gizli tutulmasından kaynaklandığı için, salt müdahale sonrası bildirim yapılmamasının, Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda halihazırda Alman Anayasası'nda da, tedbir sona erdiğinde, ilgili kişinin, müdahalenin amacını tehlikeye sokmaksızın, en kısa sürede bir bildirim vasıtası ile haberdar edilmesinin öngörüldüğü hatırlatılmıştır. Mahkeme, belirtildiği üzere, olası bir kötüye kullanıma karşı yasa da yeterli güvencelerin mevcut olduğunu; dolayısıyla yasa ile öngörülen müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirterek, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılığın mevcut olmadığı kararına varmıştır.

Belirtildiği üzere, Klass Kararı, Mahkeme'nin potansiyel mağdur kavramını vurguladığı içtihat olması yönüyle oldukça önemlidir. Mahkeme, daha sonraki benzer kararlarında da, bu şekilde kanun metnine ilişkin actio popularis başvuruları inceleme mercii olmadığını belirtmişse de, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi gibi doğası gereği gizlilik barındıran tedbirlere ilişkin yasalarda, bu tutumunu yumuşatacağını belirtmiştir<sup>564</sup>. Bu bağlamda, öncelikle başvuranın, söz konusu yasa doğrultusunda hedef alınan bir gruba mensubiyetinin ya da yasanın karakteri nedeniyle tüm kullanıcıların iletişimlerine müdahale teşkil edip etmediğini inceleyeceğini ifade etmiştir. İkincil olarak, ulusal düzeyde ne oranda telafi edici hukuk yolları bulunduğunun değerlendirileceğini ve şayet bu hukuk yolları yeterli bulunmazsa, başvuranın, özel hayatına dair bir inceleme yapıldığını ayrıca kanıtlaması gerekmediğini, toplumda, yasaya dair bu yöndeki genel bir şüphe olmasının yeterli kabul

---

<sup>564</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Roman Zakharov v. Russia, Application No: 47143/06, 04.12.2015, par. 164 - 171, 227 – 305.

edileceğini; ancak etkili giderim yolları mevcutsa, başvuranın kendi kişisel durumu nedeniyle böyle bir müdahalenin potansiyel mağduru olduğunu ortaya koyabilmesi durumunda söz konusu yasaya dair inceleme yapacağını vurgulamıştır. Dinlemeye konu edilebilecek suçlarla ilgili bilgisi olan üçüncü kişilerin de dinlenebileceğine ilişkin hüküm, bu üçüncü kişilere dair yeterli açıklıkta olmadığı ve de Rusya'nın ulusal, askeri, ekonomik ya da ekolojik güvenliğini tehdit kapsamına hangi eylemlerin gireceği ile bunların ciddi olup olmadığına karar verme konusunda yetkili mercilere oldukça geniş bir takdir alanı bıraktığı için eleştirilmiştir. Dinleme, belirli sürelerle bağlı olup yenileme kararının nasıl alınacağı hususu detaylı düzenlenmişse de, yenilemelerin devamlılık göstermesi durumunda oluşacak keyfiliği önleyici güvenceler bulunmadığı; ilgisiz materyallerin silinmesi ve imhası için, kovuşturmayaya yer olmadığına dair 6 aylık süreden farklı bir süre öngörülmemesi; hakimlere, kişinin bir suçla itham edilmesi durumunda, imha ya da depolamaya dair oldukça geniş yetkiler verildiği; polis teşkilatına dair bilgiler içeren dökümanların, ulusal mahkemelerin yetki alanı dışında tutulmasının, tedbire maruz kalan kişi hakkında makul şüphe olup olmadığını değerlendirmesini imkansız kıldığı ve bu nedenle orantılılık incelemesi yapılamadığı; kanunun, dinlenen telefonlar açısından yetersiz içerikte olmasının, belirli bir bölgedeki tüm telefonların dinlenmesi sonucuna yol açtığı; gecikmesinde sakınca olan hallerde, 48 saat içinde hakim onayına sunulmak üzere de dinleme gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu ve bu haller için herhangi bir özel güvence bulunmadığı; üstelik kanun uygulayıcılarının, herhangi bir yargı kararı gösterme yükümlülükleri bulunmaksızın, servis sağlayıcılarından içerikleri alabildikleri kanun, yetersiz bulunmuştur. Ayrıca, işlemlere ilişkin denetimin başkan, parlamento, hükümet ile başsavcı ve altındaki savcılara verilmesine rağmen, savcılar haricindeki makamların inceleme yetki ve usullerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı; savcılarında bağımsızlığı, denetim yetkilerinin sınırlılığı, değerlendirmelerinin kamuya açık olmamasının da, kanunun yeterli denetim güvencelerini içermediğini ortaya koyduğu belirtilmiştir. Kişilerin, kayıtlar nedeniyle bir yargılamaya tabi tutulmadıkları müddetçe bunu öğrenememelerine rağmen, mahkemeye buna ilişkin bir başvuru yapmaları

durumunda, erişimleri oldukça zor olan belgelerle dinlemeye maruz kaldıklarını ortaya koymalarının beklendiği ve bunun da etkili bir giderim mekanizması olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı vurgulanarak, söz konusu yasanın, Sözleşme'nin aradığı "yasaya uygun müdahale" şartlarına dayanak olamayacağı yönünde karar verilmiştir.

Daha önce arama ile ilgili AİHM kararları anlatılırken belirtildiği üzere, Mahkeme, İngiltere sisteminde esas olan teamül hukuku ve dolayısıyla içtihat hukukunun, Sözleşme'nin aradığı yasal düzenleme kriterini karşıladığını kabul etmektedir. Kıta Avrupası hukuk sisteminin parçası olan Fransa'ya karşı yapılan Huvig - Fransa başvurusundaydı, Mahkeme, her ne kadar teamül hukukunun birincil hukuk olduğu sistemler ile yazılılık şartının arandığı Kıta Avrupası'nın birbirlerinden farklı olduklarını belirtmişse de, Sözleşme'de yer alan "yasa" kavramının yalnızca yazılı yasaları kapsamadığını ve bu nedenle, Kıta Avrupası söz konusu olduğunda da, içtihat hukukunun Sözleşme'de düzenlenen bir temel hak ve hürriyete müdahale için yeterli bir yasal zemin olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir<sup>565</sup>. Yazılı hukuk ile içtihat hukukunun birbirlerini tamamlar niteliklerini vurgulayan Mahkeme, her ne kadar soruşturma hakimlerinin tüm yetkileri birer birer sayılmamışsa da, soruşturma için gerekli tedbirler kavramının içinin içtihat hukuku ile doldurulduğunu ve bunun sonucunda soruşturma hakimlerinin telefon dinleme yetkilerinin netleştiğini kabul etmiştir. Ancak, yalnızca ulusal hukukta bir yasal düzenlemenin mevcudiyetinin yeterli kabul edilemeyeceği; söz konusu yasal düzenlemenin açık, kesin ve öngörülebilir olması gerektiği hatırlatılmıştır. Bu bağlamda, haberleşme hürriyeti ile özel hayata saygı hakkına bu denli müdahale eden niteliği haiz telefon dinlemelerinin, kesin ve açık bir kanunda, özellikle teknolojinin her geçen gün daha da geliştiği bir alan olması göz önüne alınarak, detaylı biçimde düzenlenmesi gerektiğine dair içtihadını hatırlatmıştır. Bu bağlamda, Hükümetin, dinleme sonrası herhangi bir yasal işlem yapılmayacağına karar verilen dinlenen kişiye bildirim yapılmamasının, demokratik toplumda gereklilik başlığı altında, her somut olayda

---

<sup>565</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Huvig v. France, Application No: 11105/84, 24.04.1990, par. 27 – 35.

ayrı olarak incelenmesi gerektiği yönündeki savunması, Mahkeme tarafından kabul görmemiştir. AİHM, bunun yasal düzenleme şartı ile yakından ilişkili olduğu kanaatinde. Üstelik her ne kadar özel hayata müdahale durumunda, Fransız hukukunun, kararın hakim tarafından verilmesi, hakimin tedbiri uygulayanları denetleyebilmesi ve de hakimin kararlarına karşı başvuru mekanizmalarının varlığı da dahil olmak üzere belirli güvenceler içerdiği belirtilmişse de; AİHM, sayılan güvencelerin birçoğunun daha çok arama ve el koyma gibi tedbirlerde uygulandığını ve dinlemeye ilişkin içtihat hukukunda yer bulamadığını tespit etmiştir. Mevcut sistemin, kimlerin telefonunun dinleneceğinin, bu tedbire hangi suçlar söz konusu olduğunda başvurulabileceğinin, hakimin dinlemenin son bulması için belirli bir üst süre limiti belirtilmediğini, kayıtların özetinin ne şekilde çıkarılacağına, bunların tamamının bir bütünlük içerisinde hakim ile savunmaya nasıl sunulabileceğine ve de özellikle soruşturmaya devam edilmeyeceğine karar verildiğinde kayıtların hangi şartlar altında silineceği ya da imha edileceğine dair herhangi bir hüküm içermediği vurgulanmıştır. Bu nedenle Hükümetçe sunulan iyi örneklerin, ne olursa olsun yazılı ya da içtihadi yasa ile sağlanacak gerekli denetimden yoksun olduğu kanaatine varılmıştır. Tüm bunlar göz önüne alınarak, mevcut sistemin ulusal otoritelere verdiği takdir yetkisinin, tedbirin kapsam ve usulüne dair makul açıklıkta olmadığı belirtilerek, müdahalenin yasaya uygun uygulanmasından söz edilemeyeceği; dolayısıyla AİHS m. 8'in ihlal edildiği kararına varılmıştır.

Başvuranın kaydedilen konuşmalarının, henüz iddia makamına sunulmadan önce imha edilmiş olduğu Kopp - İsviçre başvurusunda ise imha olgusunun, müdahale gerçekleşip gerçekleşmediği hususu ile ilgisinin olmadığını belirterek, özel hayata saygı hakkının içerisinde yer alan haberleşme hürriyetine otoritelerce müdahale edildiğini kabul etmiştir<sup>566</sup>. Söz konusu bu başvuruda, avukat olan başvuranın hukuk bürosunun telefonu, müvekkili ile ilgili bir soruşturma sebebiyle dinlenmiştir. Mahkeme, İsviçre kanunlarında, şüpheli ile ilgili bilgi alıyor ya da veriyorsa, üçüncü kişilerin telefonlarının dinlenmesi

---

<sup>566</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kopp v. Switzerland, Application No: 13/1997/797/1000, 25.03.1998, par. 53, 64 – 74.

mümkündür; ancak, avukatların meslekleri gereği edindikleri bilgileri bu kapsamda vermeye zorlanamayacakları ve ilgili hükmün istisnasını oluşturdukları yer almaktadır. Bu hüküm doğrultusunda, avukatların bizzat kendileri bir soruşturmada şüpheli olarak yer almadıkları müddetçe, avukat - müvekkil ilişkisine zarar vermemek amacıyla, telefonlarının dinlenemeyeceğinin ortaya konduğu, Mahkemece tespit edilmiştir. Hükümet, bu çelişkiyi giderebilmek için doktriner bir tartışmayı öne sürerek, avukatlara tanınan bu ayrıcalığın yalnızca mesleki faaliyetleri ile ilişkili durumları kapsadığını; ancak somut başvuruda başvuran her ne kadar avukat olsa da burada telefonlarının, bir Federal Konsey eski üyesinin eşi sıfatıyla dinlendiğini ve de ilgili herhangi bir kayıt mevcut olmadığı için, kayıtların savcılığa gönderilmeden imha edildiğini ifade etmiştir. Mahkemece, her ne kadar yetkili otoritelerce verilen dinleme kararının belirli aşamalarda bağımsız bir hakim tarafından onaylanması gerekliliği ile dinleme sona erdiğinde kişiye bildirim yapılmasının keyfiliği önleyici güvenceler olduğunu kabul etmişse de; mesleki sırlar nedeniyle avukatlara istisnai bir usul öngören açık madde metninin, mevcut uygulama ile çeliştiğini belirtmiştir. Zira, pratikte genel olarak kabul edilen avukatların, meslekleriyle ilgili olmayan durumlarda 3. kişi olarak dinlenebilmeleri uygulamasına dair kanun metni, bu görevlerinden dolayı olup olmama durumuna kim tarafından ve hangi şartlar altında karar verileceğine dair herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle İsviçre hukukunun, müdahaleye ilişkin yazılı veya yazılı olmayan kanunlarında, bu bağlamda yeterli açıklıkta olmadığını belirten Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Üstelik, kayıtları dinleme görevinin hakim denetimi olmaksızın, yürütmenin bir üyesi olan Posta Ofisi'nin hukuk departmanına verilmesinin vekil - müvekkil ilişkisi gibi hassas bir alanda yaratabileceği zarar, Mahkemece ayrıca vurgulanmıştır. Herhangi bir soruşturmanın şüphelisi olmadığı gibi, şüpheli ile olan bilgi paylaşımı sebebiyle üçüncü kişi sıfatını da haiz olmayan başvuranın "tesadüfi" olarak dinlenmesi ile ilgili ise; ulusal bir kanuni hüküm bulunmaması nedeniyle, yasal düzenlemeye

uygun olarak müdahalenin mevcudiyetinin kabul edilemeyeceği belirtilmiş ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine verilmiştir<sup>567</sup>.

Bu bağlamda Mahkeme'nin genel yaklaşımının ilk olarak mevcut bir kanunun olup olmadığını incelemek; şayet kanun mevcutsa bu sefer kanunun, doğası gereği gizli yürütülen tedbirin keyfi biçimde uygulanması ihtimaline karşı ne gibi güvenceler içerdiğini değerlendirmektedir. Tedbire başvurulmasına yol açacak suçların belirtilmesi; dinleme tedbirine maruz bırakılacak kişi kategorilerinin açıklanması; dinleme süresinin üst sınırının belirlenmesi; elde edilen verilerin inceleme, kullanılma ve depolanma usullerinin belirlenmesi; üçüncü bireylere bu verileri iletirken alınması gereken tedbirler ile kayıtların silinme ya da yok edilme şartlarının belirlenmesinin bu bağlamda minimum standartlar olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, tedbire karar verildiğinde; tedbir uygulandığı sürece ve de tedbir son bulduğunda, bir denetim ve izleme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bu denetimin, bir hakim tarafından yargısal denetim yoluyla yapılması halinde, bağımsızlık, tarafsızlık ve usule uygunluk açısından yerinde olacağı vurgulanmaktadır<sup>568</sup>. Tüm bunlar göz önüne alındığında, Mahkeme'nin haberleşmenin gizliliğine dair sıkı bir inceleme yaptığı söylenebilir.

## 2.10. Gizli Soruşturmacı Görevlendirme

Fransız Devrimi'nden önce, kralın halk arasına giren ajanlarından bilgiler toplamasına kadar uzanan gizli soruşturmacı kavramının, günümüzde, hukuk devletinin gereği olarak, faaliyetine ilişkin yasal bir çerçeve çizilmesi gerekmektedir<sup>569</sup>. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine, önleme tedbiri olarak da başvurulmaktadır; ancak çalışma kapsamında CMK'da yer alan koruma tedbirleri üzerinde inceleme yapıldığından, adli niteliği haiz tedbirin üzerinde

---

<sup>567</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amann v. Switzerland, Application No: 27798/95, 16.02.2000, par. 61 – 62.

<sup>568</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Roman Zakharov v. Russia, Application No: 47143/06, 04.12.2015, par. 231.

<sup>569</sup> Ozan Ercan Taşkın, Kışkırtıcı Ajan, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 23 - 25; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 368.

durulacaktır. Tedbir, koruma tedbirlerinden farklı olarak, delil elde edebilmek amacıyla başvuru bir araştırma mekanizmasıdır. Fakat yukarıda bahsedilen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinde olduğu gibi, temel hak ve hürriyetler üzerindeki sınırlayıcı etkisi sebebiyle, koruma tedbirleri arasında düzenlenmesi doğru bulunmaktadır<sup>570</sup>.

Gizli soruşturmacı, faaliyetlerini izlemek amacıyla bir örgüt içine yerleştirilerek bu süre içerisinde örgüt faaliyeti doğrultusunda işlenecek suçlarla ilgili delilleri toplamaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, söz konusu tedbire, yalnızca örgütlü suçlar kapsamında başvurulabilmektedir<sup>571</sup>. Kanun koyucu, belirli ağırlıktaki örgütlü suçlar açısından gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesini ölçülülük ilkesi doğrultusunda benimseyerek, bu suçları sınırlı olarak saymıştır<sup>572</sup>. Tedbire başvurabilmek için, söz konusu bu katalog suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka surette delil elde etme olanağının olmaması ön koşul olarak aranmaktadır. Bu yönüyle, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasındaki öncelik-sonralık ilişkisini ifade eden, ikincil niteliğini haizdir<sup>573</sup>. Buna ilişkin karar, sulh ceza hakimi tarafından verilmektedir<sup>574</sup>. Görevlendirilecek kişi, mutlaka kamu görevlisi olmalıdır. Mukayeseli hukukta, olası hak ihlallerinde kişinin haklarını korumak üzere, şüphelinin kimliğini bilmeyen bir avukatın görevlendirilmesi yoluna gidilebilmektedir<sup>575</sup>. Tedbirin uygulanması için herhangi bir üst sınır öngörülmemiştir. Bu durumun sebebi olarak; bir suç örgütü içine girerek örgütün güvenini kazanmak, delil toplamak ve örgütü çökertmek gibi tedbirin yöneldiği amaçların, kısa sürede sonuçlanabilecek faaliyetler olmaması gösterilmektedir. Fakat her hâlükârda; dürüst işlem ve ölçülülük ilkeleri doğrultusunda, tedbire

---

<sup>570</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 408.

<sup>571</sup> Uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu açısından, 24.11.2016 Tarihli ve 6763 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik doğrultusunda, örgüt faaliyeti çerçevesinde işleme şartı aranmasına son verilmiştir.

<sup>572</sup> Özlem Selvi Kılıbaş, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010, s. 45.

<sup>573</sup> Mehmet Işık, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, Ankara 2014, s. 387

<sup>574</sup> 24.11.2016 Tarihli ve 6763 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile karar vermesi koşulu aranmaktaydı.

<sup>575</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 475.

sınırsız olarak başvurulamayacağı ve tedbir amacına ulaştığında, uygulanmasına son verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>576</sup>.

Gizli soruşturmacı ile ajan provokatör birbirinden farklı kavramlardır. Ajan provokatör, sözde fail hakkında cezai takibat başlatılabilmesi için kişiyi suç işlemeye tahrik etmektedir. Bu nedenle ulaştığı deliller, hukuka aykırı olacak ve muhakemede kullanılamayacaktır. Gizli soruşturmacıysa tam aksine, pasif konumda kalarak örgüt faaliyetlerini izlemekte ve delilleri toplamaktadır<sup>577</sup>. Şayet görevi esnasında suç işlerse, CMK'da bu hususta herhangi bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmediğinden, cezai sorumluluğu söz konusu olmaktadır<sup>578</sup>. Kişinin kendisinin katılmadığı; ancak örgütün gizli soruşturmacının görevini yerine getirdiği esnada işlediği suçlar açısından, cezai sorumluluğunun bulunmadığı kanunda m.139/5'te belirtilmiştir. Polisin, ihbar üzerine, uyuşturucu satan kişiyi tespit etmek ve yakalamak amacıyla, uyuşturucu satın almak istiyor gibi davranmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Buna gerekçe olarak, polisin veri toplamaktansa, belirli bir ihbarı teyit etme ve ihbarın doğruluğuna ilişkin delile ulaşması halinde yakalama yapması gösterilmektedir<sup>579</sup>. Yargıtay da yakın tarihli kararında, bu görüşü kabul ederek, söz konusu işlemin azmettirme ya da teşvik söz konusu olmadığı müddetçe, genel soruşturma yetkisi

---

<sup>576</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 447 - 448; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 369.

<sup>577</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 409; Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 148. Gizli soruşturma tedbirinden beklenen sonucun elde edilebilmesi için çoğu zaman bu şekilde bir kışkırtmaya ihtiyaç duyulduğuna ilişkin aksi görüş için bkz. Taşkın, Kışkırtıcı Ajan, s. 37.

<sup>578</sup> Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008, s.610 - 611. Ancak örgüt yöneticilerinin aidiyet hissi yaratmak amacıyla, özellikle örgüte yeni gelenleri suç işlemeye sevk ederek denedikleri ve bu nedenle gizli soruşturmacının hiçbir suç işlemeksizin örgüte sızmasının pratikte pek mümkün olmayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 372; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 482 - 483; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 557; Işık, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, s. 394; ; Kılıbaş, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı, s. 40. Böyle bir ihtimalde savcıya maslahata uygunluk ilkesinden yararlanılarak kamu davası açmayabilme yetkisi verilmesi yönündeki görüş için bkz. Veli Özer Özbek, Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1 -2, 2014, s. 152.

<sup>579</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 479.

alanında kaldığını belirtmiştir<sup>580</sup>. Van Mechelen ve Diğerleri - Hollanda başvurusunda, uyuşturucu ticareti yapıldığı yönünde bilgi alınması üzerine yeminli bir polisin şüpheliyi arayıp alıcı gibi konuşması, AİHM tarafından da 8. maddeye müdahale olarak kabul edilmiştir. Ancak, müdahale ile meşru bir amaç güdülmesi ve de başvuranın, Ceza Kanunu'nda suç kabul edilen bir eylemi gerçekleştirdiğinin bilincinde olması gerekliliği karşısında, müdahalenin ihlal teşkil etmediği kabul edilmiştir<sup>581</sup>. Polis memurunun, muhakeme esnasında gizli tanık olarak dinlenmesiye, adil yargılanma hakkı kapsamında ayrı olarak incelenmiştir. Mahkeme, polis memurunun hazırladığı raporların, hükmün kurulmasında dayanılan tek delil olmadığını kabul etmiş; fakat hükme esas alındıklarını da vurgulamıştır. Mahkeme, muhakeme esnasında tüm delillerin sanığın da hazır bulunduğu kamuya açık duruşmada ortaya konmasının ve sanığın da bunlara karşı argümanlarını sunabilmesinin, 6. madde ile ilgili içtihatlarının temelini oluşturduğunu hatırlatmıştır. Bu prensiplerin istisnalarının olabileceği, bu durumda da sanığın, bu esnada ya da daha sonraki bir aşamada, karşısındaki tanığa uygun ve yeterli ölçüde itiraz edip tanığı sorgulama hakkının mevcut olduğu ifade edilmiştir. Somut başvuruda, polis memurunun kimliğinin gizlenmesi ve de tanık olarak dinlenmemesinde, her ne kadar bahsedilen tanık yeminli ve kimliği, hakimler tarafından bilinen bir polis memuruysa da, muhakemenin hiçbir aşamasında polis memurunun başvuran ile yüzleştirilmediği ve sorgulanmasının mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Ulusal mahkemelerin, polis memurunun tanık olarak dinlenmesine dair isteksizliğini göz önüne alan Mahkeme, bunun, adil yargılanma hakkını ihlal ettiği kanısına varmıştır<sup>582</sup>. Her ne kadar polis memurlarının kimliğinin gizli tutulmasında, kendilerinin ve ailelerinin güvenliğinin amaçlanması anlaşılabilirse de, polis memurlarının soruşturma kapsamındaki tanıklık sıfatlarının, diğer tanıklardan farklı olduğu kabul

---

<sup>580</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 09.06.2015, Esas No: 2015/10-337, Karar No: 2015/197. Aynı yönde bkz. Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 276 - 277; Işık, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, s. 390.

<sup>581</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Van Mechelen and Others v. Neitherlands, Application No: 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, 23.04.1997, par. 57 – 65.

<sup>582</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lüdi v. Switzerland, Application No: 12433/86, 15.06.1992, par. 40.

edilmektedir; polisler, idari otoritelerin emirlerine uyma yükümlülüğü altında ve iddia makamıyla bağlantılı olarak görevlerini yürütmektedirler. Bu nedenlerle, polislerin gizli tanık olarak dinlenmesine, istisnai koşullarda başvurulmalı; bu durumda da savunmanın hakları korunmalıdır. Bu bağlamda, gizli tanık olan polisin, başvuran ve avukatlarından ayrı olarak soruşturma hakimi ile bir odada bulunması; tüm iletişimin ses vasıtası ile gerçekleştirilmesi; savunmanın, polislerin kimliğini öğrenememesinin yanında, güvenilirliklerini sorgulayabilmek için polisleri sorgulamasının ve gözlemlemesinin de mümkün olmaması; söz konusu bu kısıtlamalara başvurulma sebebinin, ulusal mahkemelerce açıklanmamasının yanında, başvuranlar tarafından, polis memurları ile ailelerine yönelik bir tehdidin mevcut olup olmadığı, mevcutsa buna ilişkin herhangi bir değerlendirme de yapılmadığı ve üstelik, kimliği açıklanan farklı bir tanığın, başvuranlardan birini tespit ettiği ve bunun ardından söz konusu tanığın, herhangi bir tehdit altığına ilişkin iddiasının bulunmaması göz önüne alındığında, soruşturma hakiminin, polislerin kimliğini bilerek gerçekleştirdiği sorgu sonucu, güvenilirliklerine dair açıklama yapması, adil yargılanma hakkı kapsamında aranan güvenceleri karşılamamaktadır. Temyiz mahkemesince, gizli tanık ifadelerinin, dayanılan tek delil olarak ele alınması da bu kapsamda eleştirilmiştir.

Konu ile yakın ilişkisi sebebiyle belirtilmelidir ki; Teixeira de Castro - Portekiz başvurusunda, daha önce herhangi bir sabıkası bulunmayan başvuranın, ajan provokatörün kışkırtması olmasaydı suçu işlemeyeceği yönündeki iddiaları, Mahkemece haklı bulunarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir<sup>583</sup>. Bu bağlamda, gizli soruşturmacı kullanımı sınırlanması ve buna

---

<sup>583</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Teixeira de Castro v. Poland, Application No: 44/1997/828/1034, 09.06.1998, par. 36 - 39. Gizli soruşturmacılık ve ajan provokatörlük arasındaki ayırım ile ilgili inceleme yapıp eylemlerin gizli soruşturmacılık kapsamında kaldığı kanaatine varılan farklı bir karar için bkz. Miliniene v. Lithuania, Application No: 74355/01, 24.06.2008, par. 37 - 38. Söz konusu başvuruda, rüşvet teklif eden kamu görevlisi hakkında şikayette bulunan kişi, gizli soruşturmacı olarak görevlendirilip rüşvete ilişkin kayıt almıştır. Mahkeme, bu eylemler sonucu ulaşılan delillerin, adil yargılanma hakkının ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Buna gerekçe olarak, başvuranın ilgili kayıt ekipmanına erişmesi; polisin, şikayetle ilgili işlem yapma yetki ve yükümlülüğünün bulunması; polisin olaydaki rolünün, suçu başlatmaktan çok, suça “katılmak” olarak nitelendirilmesi gösterilmiştir. Ayrıca, başvuranın ulusal mahkemeler huzurunda, delillere ilişkin itirazlarını dile getirebilmesi de göz önüne alınmıştır. CMK’ya göre, kamu görevlisi haricinde herhangi birinin gizli soruşturmacı olması mümkün

dair güvencelerin kanunla düzenlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Zira, adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvenceler, söz konusu suçun karmaşık olmasından bağımsız olarak aranmaktadır; kamu yararı, polis kışkırtması sonucu elde edilen bir delili haklı çıkarmamaktadır. Somut olayda, herhangi bir makul sebep, soruşturma ve adli mercilerin denetimi mevcut olmaksızın, aracı kişilerin yönlendirmesi sonucu kendi başlarına hareket eden kamu görevlilerinin eylemleri, gizli soruşturmacılık alanından çıkarak, ajan provokatörlük olarak değerlendirilmiştir. Ele geçirilen uyuşturucuların, başvuranın evinden çıkmaması; başvuranın bu maddeleri başkasından alması ve bu kişinin de esasen farklı bir kişiden almış olması; polisin elinde, başvuranın, kendilerinin istediğinden daha fazla miktarda uyuşturucu olduğuna dair herhangi bir delil bulunmaması bir arada düşünüldüğünde, polis memurlarının, başvuruları suça kışkırtıcı etkileri tespit edilmiştir. Üstelik, başvuran hakkındaki hükmün, temel olarak iki polis memurunun ifadelerine dayandığı da tespit edilmiştir. Tüm bu nedenlerle, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.

AİHM'in bahsedilen bu tutumu, hukuka aykırı elde edilen delilin hüküm verilirken dayanak olarak kullanılamamasını prensip olarak kabul etmede bir direnç olarak nitelendirilmektedir<sup>584</sup>. Bu dirence gerekçe olarak, hem söz konusu hususta bir Avrupa konsensüsünün oluşmaması hem de Sözleşme'nin, delillerin değerlendirilmesinde dair herhangi bir hüküm içermemesi gösterilmektedir. Dolayısıyla, bir ceza muhakemesinde, sanığın Anayasal hakları ihlal edilerek ulaşılan delillerin kullanımına dair öncü bir tutum sergileyebilecekken, Mahkeme'nin bundan kaçındığı gözlemlenmektedir. Ancak belirtmelidir ki; Mahkeme, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan AİHS m.3'ün ihlali sonucu ulaşılan delillerin muhakemede kullanılmasında, 8. maddeden farklı olarak, adil yargılanma hakkının ne ölçüde ihlal edildiğine dair

---

değilse de, gizli soruşturmacılığa dair çerçeveyi çizen bu kararın göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyim.

<sup>584</sup> Inceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, 4. Baskı, s. 288 ve orada dipnot 262'de yer alan C.A. Gearty, The European Court of Human Rights and the protection of Civil Liberties: An Overview, Cambridge Law Journal, March 1993, s. 104 - 105 ve Schroeder, Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul 1999, s. 114

bir araştırma yapmamaktadır. Böyle bir durumda, ulusal hukukta, söz konusu delilin işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele sonucu elde edilip edilmediğini ortaya çıkarabilecek bir soruşturmanın yapılıp yapılmamış olduğuna dikkat edilmektedir<sup>585</sup>. Ancak, 8. madde söz konusu olduğunda, Mahkeme'nin hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılmasına ilişkin eşiğinin düşük olduğunu söylemek yanlış olmamaktadır.

Gizli soruşturmacının kimliğinin gizli tutulabilmesi amacıyla, tedbir uygulanırken, kişinin kimliğinin değiştirilmesi mümkündür. Bu amaçla belgelerde yapılacak değişiklikler, bir hukuka uygunluk sebebi olan kanun hükmünü yerine getirme kapsamına gireceğinden, resmi belgede sahtecilik suçu oluşmayacaktır<sup>586</sup>. Gizli soruşturmacı görevlendirildiğinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ya da teknik araçlarla izleme yapılabilmesi için, her bir tedbirin koruduğu menfaatin birbirinden farklı olması nedeniyle, bu tedbirlere dair ayrıca karar alınması gerekmektedir. Suçta kullanılan silah gibi delilleri toplaması halinde, usulüne uygun bir el koyma kararı mevcut değilse; hukuka aykırı ele geçirilen delil söz konusu olacağından, delil, hükme esas alınamayacaktır<sup>587</sup>.

Gizli soruşturmacı, kanunda da açıkça belirtildiği üzere, suç işleyememekte; ancak örgütün işlediği suçlara tanıklık etmektedir. Söz konusu bu tanıklığının duruşmaya aktarılması ve kişinin duruşmada tanık sıfatıyla dinlenmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde kişinin kimliği ortaya çıkacağından, tanık koruma hükümlerine başvurulmalıdır. Beyanlar, sanığın savunma hakkını kullanmasını engelleyecek nitelikte ve tek ya da ağırlıklı delil olarak kullanılmamalıdır<sup>588</sup>.

---

<sup>585</sup> İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, 4. Baskı, s. 288.

<sup>586</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 461; Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 279; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 556; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 284.

<sup>587</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 409; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 475, 477; Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 123; Işık, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, s. 393. Aksi görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 458; Kılıbaş, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı, s. 77.

<sup>588</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 476 - 477; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza

Tedbirin uygulanması esnasında elde edilen kişisel bilgiler, söz konusu ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamamaktadır. Suçla ilgisi olmayan kişisel verilerinse derhal yok edilmesi gerekmektedir. Tedbir için kanunda herhangi bir üst süre öngörülmemiştir. Fakat koruma tedbirlerinin geçicilik özelliği doğrultusunda, elde edilmesi beklenen bir yarar kalmadığında, tedbir son bulmalıdır. Doktrinde, söz konusu tedbirin gizli özelliği sebebiyle, gizlilik ilkesinin esas olduğu soruşturma evresinde devam edebileceği belirtilmektedir<sup>589</sup>.

Kanun, tedbir uygulandığı sırada tesadüfen ulaşılan delillere ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Arama, el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirleri açısından bu husus düzenlenmişken, gizli soruşturmacı açısından kanun koyucunun burada bilinçli bir boşluk yarattığı kabul edilmekte ve tesadüfi delillerin muhakemede kullanılamayacağı belirtilmektedir<sup>590</sup>.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla gizli soruşturmacı ile ilgili başvurular gelmişse de Mahkeme, delilleri takdir yetkisinin esas olarak ilk derece mahkemelerinde olduğunu belirterek, başvurularda açık bir keyfilik ya da hukuka aykırılık mevcut olmadığı gerekçesiyle, bu hususlarda esastan bir inceleme yapmamıştır. Ancak, AİHM kararları doğrultusunda, söz konusu tedbirler açısından ileride, ilgili başvuruya göre gizli tanıklık hususu üzerinden bir

---

Muhakemesi Hukuku, s. 505; Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 151; Işık, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, s. 395 - 396; Kılıbaş, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı, s. 71 - 72 ve Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 21.05.2013, Esas No: 2013/5397, Karar No: 2013/15729.

<sup>589</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 411; Parlar/Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, Cilt I, s.609; Göksel Yüksel, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2011/3, Ankara, s. 293.

<sup>590</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 476; Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 153. Aynı görüşte olmakla birlikte; Yönetmelikte belirtilen katalog suçlar açısından tesadüfi delil hükmüne yer verilmesinin, idari işlemin iptal edilene dek hukuka uygunluk karinesinden faydalanması sebebiyle, geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 373. Tesadüfi deliller doğrultusunda yeni bir soruşturmaya başlanabileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 287; Işık, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, s. 395, Yüksel, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, s. 294 - 295; Parlar/Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, Cilt I, s. 611.

inceleme yapılabilmesi mümkündür. Zira delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi gereği, toplanan delillerin duruşmaya sağlıklı bir şekilde aktarılabilmesi için muhakeme sürecinde, teknik araçla takip ve gizli soruşturmacı koruma tedbirlerini uygulamakla görevlendirilen kamu görevlilerinin ifadelerine başvurulmaktadır. Ancak, tanık olarak dinlenen kamu görevlisinin kimliğinin açıkça belirtilmesinin, özellikle gizli soruşturmacı koruma tedbiri yönünden, söz konusu kamu görevlisi için doğuracağı risk sebebiyle, ifadeleri gizli tanık sıfatı ile alınmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin gizli tanık kavramı ile ilgili kararının, yol gösterici olarak incelenmesinde fayda olduğu kanaatindeyim.

Anayasa Mahkemesi, gizli tanıklara soru sormadığı için adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne sürülen Baran Karadağ başvurusunda, AİHS'in 6.maddesine atıf yaparak, adil yargılanma hakkının hakkında suç isnadı olan kişiye aleyhe olan tanıkları çapraz sorgulama hakkı ile kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit şartlar altında davet edilmesi ve dinlenmesi haklarını sağladığını; bunun da silahların eşitliği olarak kabul edildiğini belirtmiştir<sup>591</sup>. Gizli tanık kurumunun varlığının, her koşulda AİHS ile bağdaşmaz bulunmadığını; zira tanıkların yaşamları, özgürlük ve güvenlikleri gibi, genel olarak Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına giren birçok menfaatleri de tehlikeye girebileceğini kabul ettiğini ve tanıklar ile mağdurların da bu tür menfaatlerinin, Sözleşme tarafından korunduğunu belirttiğini ifade etmiştir. Bu sebeple, AİHM'in, sanık menfaatleri ile tanık menfaatlerinin, yargı makamları tarafından uygulanan usullerle yeterince dengelenmesi gerektiğine karar verdiği; tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığı ile gizli tanık ifadesinin verilecek hükmün dayandığı tek ve belirleyici temel olup olmadığı ve hükmün büyük ölçüde ve yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanıp dayanmadığı hususlarına dikkat ettiği hatırlatılmıştır. Bu doğrultuda, mevcut Tanık Koruma Kanunu ile CMK incelenmiş ve mevzuata göre bu dengenin sağlanmasının mümkün olduğu değerlendirilmesi yapılmıştır. Somut başvuru bakımındansa, öncelikle, tanıkların kimliklerinin gizli tutulmasına neden ihtiyaç duyulduğunun ve tanıkların saygınlıkları, güvenilirlikleri ile sabıka

---

<sup>591</sup> Anayasa Mahkemesi, Baran Karadağ Başvurusu, Başvuru No: 2014/12906, Karar Tarihi: 07.05.2015, par. 68 – 76.

kayıtlarına dair herhangi bir verinin dosya içeriğinde yer almadığı belirtilmiştir. Ayrıca, ilk derece mahkemesinin, sanık ve müdafisine, gizli tanığa soru sormak istedikleri hususları bildirmeleri için 7 günlük süre verdiği; ancak sonrasında gizli tanığın beyanlarının okunduğu duruşmada, sanığın, beyanları kabul etmemesine rağmen, bunun tutanağa Kürtçe konuştuğu görüldü, anlaşılmaı şeklinde geçirildiğı vurgulanmıştır. Gizli tanığın, mahkeme heyetince dinlenmesi sonucu heyetin tanık hakkında birebir izlenim edinebildiğı; fakat sanığın ses bağlantısı vasıtasıyla da olsa onu sorgulama, beyanlarındaki çelişkilere dikkat çekme ve izlenim edinme fırsatını yakalayamadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, beyanların duruşmada okunması, yeterli bir itiraz imkanı olarak kabul edilmemiştir. Ayrıca, kişinin mahkumiyetine ilişkin kararda, olay yeri tutanakları ile gizli tanığın beyanlarına dayanıldığı; bunun da gizli tanık beyanlarının hükme esas alındığı anlamına geldiğı belirtilmiştir. Tüm bu sebeplerle, başvuranın, sanık sıfatıyla, tanığı sorguya çekme hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, mahkeme önünde sözlü olarak ifade vermesi için çağrılan gizli tanıkların bulunduğu bir yargılamanın adilliğini değerlendirirken, AİHM kararlarını göz önüne alarak, ilk olarak, tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığını; gizli tanık ifadesinin, verilecek hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olup olmadığını; hükmün büyük ölçüde veya yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanması durumundaysa, muhakemeyi detaylı incelemeye tabi tutma eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır<sup>592</sup>.

## 2.11. Teknik Araçlarla İzleme

Teknik araçlarla izleme, kişinin üçüncü kişilerle gerçekleştirdiğı tüm faaliyetlerin izlenmesi ya da ses ve görüntü kaydeden aletler vasıtasıyla kayıt altına alınmasını ifade etmektedir. Kanunda, tek tek kullanılacak tüm teknik

---

<sup>592</sup> İlgili AİHM kararları için bkz. Doorson v. Neitherlands, Application No: 20524/92, 26.03.1996, par. 69 - 72; Al-Khawaja v. United Kingdom, Application No: 26766/05, 22228/06, 15.12.2011, par. 147; Ellis, Simms and Martin v. United Kingdom, Application No: 46099/06, 46699/06, 10.04.2012, par. 78; Pesukic - Switzerland, Application No: 25088/07, 06.12.2012, par. 45; Windisch v. Austria, Application No: 12489/86, 27.09.1990, par. 30 – 31.

aletler, tabii olarak, sayılmamıştır. Uygulamada en çok karşılaşılan halininse, “ortam dinlemesi” olduğu belirtilmektedir<sup>593</sup>. Söz konusu tedbir, gerek Anayasanın 20. maddesinde gerekse AİHS’in 8. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkına müdahale etmektedir. Müdahale; kanun ile öngörülmesi ve yine kanun tarafından yetkili kılınan bir makam tarafından öngörülmesi, demokratik bir sistemde kamu güvenliği, suçun önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olması halinde hukuka uygun kabul edilmektedir. CMK’da sayılan koşullara uyulmaksızın tedbirin uygulanması halinde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ortaya çıkabilmektedir. Tedbirin, kişinin sistematik bir şekilde izlenmesini gerektirdiği; aleni alanda gerçekleştirilen bir toplantı ya da gösteride çekilen fotoğraf ve videoların bu kapsamda düşünülemeyeceği ve bu sebeple tedbir için öngörülen usule uygun bir karar alınmasına gerek olmadığına Yargıtay tarafından karar verilmiştir<sup>594</sup>.

Teknik araçla izleme, ancak kanun metninde sayılan katalog suçlar bakımından uygulanabilmektedir. Tedbirin, özel hayatın gizliliğini büyük ölçüde sınırlayan niteliği karşısında, ölçülülük ilkesinin sağlanabilmesi için, yalnızca belirli ağırlıktaki suçlarda uygulanabilmesi kanun koyucu tarafından öngörülmüştür.<sup>595</sup> Tedbire başvurulabilmesi için, somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebepleri ile başka surette delil elde edilemeyecek olması gerekmektedir. Kararı verme hususunda yetkili kılınan makam, sulh ceza hakimi; gecikmesinde sakınca olan hallerdeyse Cumhuriyet savcısıdır. Ancak savcının kararı 24 saat içinde hakim onayına sunulmalıdır. Hakimin 24 saat içerisinde karar vermemesi ya da aksi yönde karar vermesi halindeyse, kayıtların derhal imha edilmesi gerekmektedir<sup>596</sup>. Her ne kadar kanunda belirtilmemişse de, söz konusu karar, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri ile tedbirin neden son çare

---

<sup>593</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 411.

<sup>594</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 17.10.2007, Karar No: 2007/7299, ; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 01.05.2007, Karar No: 2007/3617.

<sup>595</sup> Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 286.

<sup>596</sup> 24.11.2016 Tarihli ve 6763 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, söz konusu kararı vermeye yetkili makam ağır ceza mahkemesi olarak belirlenmiş ve mahkemece, itiraz ihtimali de dahil olmak üzere, oybirliği ile karar verilmesi gerekmekteydi. Ayrıca gecikmesinde sakınca olan haller açısından, Cumhuriyet savcısına bu yönde bir yetki tanınmamıştı.

olarak kabul edilmesi gerektiğini ortaya koyacak biçimde gerekçeli olmalıdır. Aynı zamanda şüpheli ya da sanığın kimliği, kamuya açık hangi alanlardaki faaliyetlerinin ve adresi açıklanan işyerinin izleneceği, ses ya da görüntü kaydı alınacağı hususlarına da kararda yer verilmelidir<sup>597</sup>. CMK m. 140/3'te belirtildiği üzere karar, en çok üç hafta için verilebilmekte ve bu süre yalnızca bir hafta daha uzatılabilmektedir. Fakat suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ihtimalinde, ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplamda dört haftayı geçmemek koşuluyla uzatılabilmektedir. Tedbirin süreleri hesaplanırken; başlangıç tarihinin kararın verildiği mi, yoksa tedbirin uygulanmaya başlandığı tarih olarak mı kabul edilmesi gerektiği hususu tartışmalıdır. Şüpheli lehine yorum yaparak sürenin başlangıcını, kararın verildiği tarih olarak kabul eden görüşün, ceza muhakemesi ilkeleriyle uyumlu olduğu kanısındayım<sup>598</sup>.

Kanunda tedbirin kamuya açık alanlar ile kişinin işyeri açısından uygulanabileceği belirtilerek, konut kapsam dışı bırakılmıştır. Şayet işyerinin belirli bir bölümü, belirli bir saatten sonra ya da her zaman konut olarak kullanılmaktaysa, söz konusu bu bölüm hiçbir şekilde izlenmemelidir. Koruma tedbirlerinin ölçülülük özelliğinin bir sonucu olarak, tedbire konu olan kişinin ortamda bulunmadığı zamanlarda, izlemeye son verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Aksi yönde bir tutum, üçüncü kişiler üzerinde özel hayatın gizliliğine dair ağır ihlaller doğuracaktır<sup>599</sup>. Arama ve el koymanın aksine, avukatlar için özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak doktrinde, avukatın şüpheli ya da sanıkla ilgili soruşturma veya kovuşturmayla ilgili kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin bu hükme tâbi kabul edilmemesi ve böylece savunma hakkının dokunulmazlığının korunması savunulmaktadır<sup>600</sup>.

---

<sup>597</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 479; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 560.

<sup>598</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 415; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 560.

<sup>599</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 411.

<sup>600</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 467.

Teknik araçla izlemeyi gerçekleştiren kişiler, tanık olarak dinlenmelidir. Bu kişilerin tanıklığına başvurulmaksızın, yalnızca tedbire ilişkin hazırladıkları tutanakların duruşmada okunması, delillerin doğrudan doğrualığına aykırıdır ve Yargıtay tarafından da bozma sebebi olarak kabul edilmektedir<sup>601</sup>.

Tedbirin uygulandığı esnada, üçüncü kişilere yönelik elde edilen ve mevcut soruşturma ya da kovuşturmaya konu olmayan bir suçun işlendiğine ilişkin şüphe yaratan tesadüfi delil elde edilmesi halinde, söz konusu üçüncü kişilere yönelik bir soruşturma başlatılıp başlatılamayacağı ya da elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Buna ilişkin bir düzenleme, CMK'da yer almamakla birlikte; Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'e göre, söz konusu delilin, madde metninde sayılan katalog suçlar ya da TCK m. 220/2,7,8'de yer alan suçlardan birinin terör örgütü faaliyetleri kapsamında işlendiğine yönelik şüphe doğurması halinde muhafaza altına alınarak derhal Cumhuriyet savcısına sunulması gerekmektedir<sup>602</sup>. Kişi hak ve hürriyetlerini sınırlamaya yönelik tedbir ve işlemlerin yasayla düzenlenmesi gerekliliği karşısında, rastlantı sonucu elde edilen delillerin kullanımına yönetmelik ile olanak tanınması, doktrinde eleştirilmektedir. Bu durumun, özel hayatın gizliliğinin yalnızca kanunla sınırlandırılabilceğini öngören AİHS'e de aykırı olduğu ifade edilmektedir. Kanun koyucunun CMK m.138'de arama, el koyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi esnasında elde edilecek tesadüfi delillerin kullanımına ilişkin düzenleme getirmiş olması karşısında, burada belirtilmeyen teknik araçla izleme tedbiri yönünden kıyas yoluyla çözüm bulunmaya çalışılması da, söz konusu boşluğun bilinçsiz bir boşluk olmaması nedeniyle doğru bulunmamaktadır<sup>603</sup>. Ayrıca kanunilik ilkesinin

---

<sup>601</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 08.04.2008, Esas No: 2008/991, Karar No: 2008/5654.

<sup>602</sup> Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, 14.02.2007 Tarih ve 26434 Sayılı Resmi Gazete; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 287.

<sup>603</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 416; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 480; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 460.

hakim olduğu temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejiminde, kıyas yoluna gidilmesi mümkün değildir. PYSK ek madde 7'ye göre istihbarat amaçlı olarak teknik takip sonucu toplanan deliller de yine ceza soruşturması kapsamında elde edilmediğinden, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamamaktadır<sup>604</sup>.

Teknik araçla takip, kişinin özel hayatına oldukça geniş bir şekilde müdahale eder nitelikte olduğu için, tedbirin uygulanması esnasında pek çok kişisel veri elde edilmektedir. Söz konusu bu veriler, tedbirin uygulandığı soruşturma ve kovuşturma haricinde kullanılmamalıdır. Şayet soruşturma ya da kovuşturma bakımından gerekli olmadıkları anlaşılırsa, Cumhuriyet savcısı gözetiminde derhal yok edilmelidirler. Kovuşturmayaya yer olmadığı ya da beraat kararı verilen haller, kanunda sayılmamakla birlikte, verilerin gerekliliğinin sona erdiği hallere birer örnek olarak gösterilmektedir<sup>605</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin, teknik araçla takip koruma tedbiri hakkındaki bireysel başvuruya dair esastan verdiği bir karar mevcut değildir. Ancak gizli soruşturmacı koruma tedbiri anlatılırken de belirtildiği üzere, tedbirden elde edilen delillerin mahkemeye yansıtılabilmesi amacıyla, tedbiri uygulayan kamu görevlileri gizli tanık olarak dinlenmektedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin gizli tanık kurumu ile ilgili verdiği kararlara gizli soruşturmacı anlatılırken değinildiği için, bu başlık altında tekrar bahsedilmemektedir. AİHM'nin, teknik araçla takip ile ilgili kararları incelendiğinde ise özel hayata saygı hakkına doğrudan müdahalesi nedeniyle ilk olarak 8. madde kapsamında bir inceleme yapıldığı; şayet bu maddenin ihlali ile elde edilen bir delil mevcutsa, bu delilin yargılamada kullanılmasının yargılamanın adilliğine olan etkisi ve de yine 8. maddenin ihlali söz konusuysa, ulusal hukukta buna dair bir etkili bir başvuru yolu bulunup bulunmadığının değerlendirildiği gözlemlenmektedir<sup>606</sup>. Kişinin özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği kanısına varılırsa, bunu telafi edebilecek

<sup>604</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 478.

<sup>605</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 415; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 561.

<sup>606</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Schenk v. Switzerland, Application No:10862/84, 12.07.1988, par. 29 - 30, 48.

başvuru yolunu değerlendirilirken, özellikle, başvuruyu inceleyen merciin atanması, görev alanının kapsamı ile ne gibi kararlar alabildiği üzerinden tarafsızlık, bağımsızlık ve etkililiğini değerlendirmektedir. Mahkeme, özel hayata saygı hakkı ile ilgili incelemesini, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde belirtildiği üzere, ulusal hukukun mevcudiyeti ile bu hukukun, kalitesi; müdahale ile Sözleşme’de yer alan meşru amaçlardan birinin güdülüp güdülmediği ve de müdahalenin, söz konusu bu amaca ulaşabilmek için demokratik bir toplumda gerekliliği incelenmektedir. Mahkeme, “yasaya uygunluk” şartının mevcut olmadığı ve bu nedenle 8. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirdiği bir başvuruda; bu şekilde elde edilen delilin mutlaka adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmediğini belirtmiştir. Ayrıca, delilin kabul edilebilirliğine ilişkin karara varmanın, Mahkeme’nin değil; ulusal mahkemelerin görevi olduğu vurgulanmaktadır. Bu doğrultuda, inceleme esnasında, yalnızca hukuka aykırı elde edildiği ileri sürülen delil yerine, yargılamanın bütününe odaklanarak yargılamanın adil olup olmadığı incelenmektedir. Bu doğrultuda, Sözleşme ile koruma altına alınan haklardan birinin ihlal edildiği durumlarda, yargılamanın adillliğini kabul edebilmek için, başvuranın, söz konusu delile karşı itiraz edebilmesi; ulusal mahkemenin, ihlalin yapısını göz önüne almasını ve de hükmün tamamen söz konusu bu delile dayanılarak kurulmaması şartlarını aramaktadır. Mahkeme, savunmaya, öne sürülen delilin güvenilirliğine ilişkin, yargılamaya dahil olan diğer süjeleri de sorgulayarak, bir tartışma yapabilme imkanı tanınmasını; davada dayanılan tek delilin bu delil olmamasını göz önüne alarak, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Ancak, hükmün kurulmasında dayanılan tek delilin, iç hukukta teknik araçla takibe dair herhangi bir yasal hüküm bulunmaması nedeniyle Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal eder nitelikte olduğunun belirtildiği Khan - Birleşik Krallık başvurusunda, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği kanısına varılmıştır<sup>607</sup>. Mahkeme, bu durumu, söz konusu başvuruda dayanılan tek delil bu olmakla birlikte; delile

<sup>607</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Khan v. United Kingdom, Application No: 35394/97, 12.05.2000, par. 29 - 39. Aynı yönde bkz. Chalkey v. United Kingdom, Application No: 63831/00, 12.06.2003, par. 23 - 25 ve Bykov v. Russia, Application No: 4378/02, Karar Tarihi: 10.03.2009, par. 95 – 98.

karşı, ulusal mahkemeler önünde itiraz edilebilmesini ile delilin, kişinin ses kaydı olması sebebiyle, güvenilir özelliğinin ağır bastığını ve bu nedenle, ses kaydı delilini destekleyecek yan delillere duyulan ihtiyacın azaldığını belirterek açıklamıştır. Belirtilmelidir ki; Mahkeme, ulusal hukukta delile itiraz edilebilme imkanı olup olmadığını incelerken, somut başvuru açısından, itirazın olumlu ya da olumsuz sonuçlanmış olmasını, kendi değerlendirmesini etkileyen bir etken olarak ele almamaktadır.

Uzun - Almanya başvurusunda ise terör saldırılarının şüphelisi olan bireylerin, öncelikle araçlarına yerleştirilen vericiler ile izlenmeye çalıştıkları; ancak bunu anlamaları üzerine vericileri imha etmeleri ve telefon konuşmalarından kaçınmaya başlamaları nedeniyle, arkadaşının aracına GPS cihazı takılan başvuran, bu şekilde yakalanmış ve mahkumiyetleri, GPS cihazı ile elde edilen delillere dayandırılmıştır<sup>608</sup>. Başvuran, Ceza Muhakemesi Kanununda, “izleme amaçlı teknik araçlar” ifadesinin, Mahkeme’nin aradığı açıklığa uygun olmadığını ve GPS cihazlarını kapsamadığını öne sürmüştür. İddiayı inceleyen ulusal mahkeme, iç hukuk hükümleri bir arada yorumlandığında, görsel veya akustik olmayan ve özellikle faillerin nerede olduğunu tespit için kullanılan izleme yöntemleri kapsamına, GPS cihazlarının da dahil olacağını belirtmiştir. AİHM ise öncelikle, her ne kadar GPS takılan araç, diğer şahınsa da, başvuranın, da bu aracı hafta sonları kullanması ve bu şekilde yakalanmasını göz önüne alarak, mağdur sıfatını haiz olduğunu belirlemiştir. Sonrasında, ulusal mahkemenin GPS cihazlarının kanundaki yerine dair yaptığı yorumun, öngörülebilir nitelikte olduğunu, teknolojiadaki gelişmelerin makul bir biçimde göz önüne alınması sonucu, yorum yoluyla madde metnini açıklığa kavuşturulduğunu belirterek, uygulamanın, ulusal hukukta dayanağının mevcut olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca, ulusal makamlarca ilk etapta bireyleri gözle izleme ve görüntü kaydı, ev telefonu ile evin yakınındaki telefon kulübesinin dinlenmesi gibi daha hafif müdahaleler denenmiş; ancak, başvuran ve arkadaşının, vericileri yok etmesi ile telefon görüşmelerini kesmeleri gibi yöntemlere başvurarak, bu

---

<sup>608</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uzun v. Germany, Application No: 35623/05, 02.09.2010, par. 64 – 80.

tedbirleri etkisiz kıldıkları hatırlatılmıştır. Bu nedenle başvuran, öncelikle, kapsamlı ve bütüncül bir izlemeye tabi tutulmuş; bunun yetersiz ve etkisiz kaldığının anlaşılması üzerine GPS cihazına başvurulmuştur. Tüm bunları göz önüne alan Mahkeme, orantılılık ilkesinin, somut olayda uygulandığını ifade ederek, AIHS m.8'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

### 3. TAZMİNAT

Ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için başvuru koruma tedbirlerinin özellikleri belirtilirken, tedbirlerin, başvuruldukları esnada hukuka uygun görünüşe sahip olmaları gerektiği, bunun da “görünüşte haklılık” özelliği olduğu belirtilmiştir. Fakat muhakeme sona erdiğinde, tedbirin haklı olmadığı ortaya çıkabilmektedir<sup>609</sup>. Bu ihtimalin yanı sıra, koruma tedbirlerine, kanunun aradığı belirli şartlar gerçekleşmeksizin başvurulmuş veya tedbir uygulandığı esnada, yetkililerce yerine getirilmesi gereken bazı yükümlülükler gerçekleştirilmemiş olabilmektedir. Tüm bu durumlarda, bireylerin temel hak ve özgürlükleri, koruma tedbirlerine başvurularak sınırlandırılırken, bireyler, zarar görmektedir. Bireyler, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, kendilerine hukuk düzeninde tanınan hakların ihlal edilmesi halinde, ihlalin ortadan kaldırılması ve yol açtığı zararı giderilmesini talep etme hakkına sahiptir<sup>610</sup>. Ceza davası, kamu adına açıldığından, bundan kaynaklanan zararların da kamu adına, devlet tarafından yüklenilmesi gerekmektedir. Bu şekilde devlet, hukuk kurallarını bizzat kendisi ihlal ettiğinde, yaptırımı da kendisi katlanmış ve bireylere adeta bir örnek teşkil etmiş olacaktır<sup>611</sup>. Fakat bu esnada tatmin edici bir çözüme ulaşabilmek için; tazminat kurumunun kendine özgülüğü de göz önüne alınarak, gerek ceza

---

<sup>609</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 667.

<sup>610</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 300 - 301; Serdal Baytar, Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 61, Ankara 2005, s. 360; Birtek, Hak Arama Hürriyeti ve Türk Anayasa Hukukunda Yargı Yolu Kapatılan İşlemler, [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_772.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_772.htm) (Erişim Tarihi: 04.02.2017).

<sup>611</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 431.

muhakemesi hukuku gerekse tazminat hukuku mantığının, ilgili kişiyi koruyan hükümleri bir arada değerlendirilmelidir<sup>612</sup>. Bu düşünceler doğrultusunda, haksız tutuklama sebebiyle kişiye tazminat ödenmesi ilkesi, 19. yüzyılda ilk olarak Portekiz’de ortaya çıkmış; sonrasında İsveç, Almanya ve Macaristan gibi pek çok Avrupa ülkesine yayılmıştır<sup>613</sup>.

### 3.1. Devletin Sorumluluğu

Anayasa’nın 40. maddesine göre, resmi görevlilerce gerçekleştirilen haksız işlemler sonucu bireylerin uğradıkları zarar, kanuna göre, Devlet tarafından tazmin edilmelidir. Bu bağlamda, önleme tedbirlerine ilişkin karar söz konusu olduğunda, kararların fonksiyonel ya da organik yönlerinin esas alınmasına bağlı olarak, idari nitelikte mi, yoksa yargısal nitelikte mi olduklarına ilişkin bir tartışma mevcuttur. Salt kararı veren mercii esas alan organik ayrıma gitmektense, kararı, verildiği bağlam içerisinde değerlendiren fonksiyonel ayrımın esas alınmasının yerinde olduğu kanaatindeyim. Zira işlem, yargı makamı tarafından gerçekleştirilse dahi, yargısal herhangi bir yetkinin kullanılmaması ve tümüyle idari işleve sahip olması halinde, yargısal yönünün ağır bastığını kabul etmek mümkün olmamaktadır<sup>614</sup>. Yargı faaliyetlerinin fonksiyonel özelliği; hukuk düzeninin ihlal edilip edilmediğinin anlaşılması için maddi gerçeğin araştırılması, şayet ihlale ilişkin iddianın gerçek olduğu kanısına varılırsa, hukuk düzeninin yeniden tesisi olarak ifade edilmektedir<sup>615</sup>. Önleme tedbirleri ile yürütülen faaliyetse, suçların önlenmesine yönelik bir idari faaliyettir<sup>616</sup>. Bunun bir sonucu olarak, fonksiyonel yönden değerlendirildiğinde, önleme tedbirlerinin, idari yönleri ağır basmaktadır ve dolayısıyla karar bir yargı mercii tarafından verilmiş

---

<sup>612</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 428 ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 21.12.2010, Esas No: 2010/6-212, Karar No: 2010/263.

<sup>613</sup> Cengiz Erten, Haksız Tutuklamalarda Tazminat Talebi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı :1, 1990 Ankara, s.91.

<sup>614</sup> Danıştay 10. Dairesi, Karar Tarihi: 20.09.1990, Esas No: 1990/2918, Karar No: 1990/1760 ve Danıştay 10. Dairesi, Karar Tarihi: 15.01.1992, Esas No: 1991/3500, Karar No: 1992/46.

<sup>615</sup> Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2003, s. 11.

<sup>616</sup> Altıparmak, Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, s. 64.

olsa dahi, idari nitelikte bir karardır; buna karşı tam yargı davası açabilmek mümkündür<sup>617</sup>.

CMK'da yer alan koruma tedbirlerine ilişkin kararlarsa gerek organik gerekse fonksiyonel yönden değerlendirildiklerinde, yargısal niteliği haizdir. Zira yargı makamlarınca karar verildiği gibi; amaç, maddi gerçeğe ulaşılması ve yargılama sonucunda verilen hükmün yerine getirilebilmesidir. Bu ihtimalde, yargı faaliyeti çerçevesince verilen yargısal kararlardan, devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı hususuna ilişkin, doktrinde üç ana görüş mevcuttur<sup>618</sup>. Buna gerekçe olarak, ceza yargılamasının, bir idari eylem veya işlem olarak düşünülmesinin mümkün olmaması gösterilmektedir. Bu görüşlerden ilki, devletin, yargı faaliyetlerinden herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağıdır<sup>619</sup>. Bu görüşün, Anayasa'nın 125. maddesinde doğrudan idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargıya başvurabileceğinden bahsedilmesine karşın; 40. maddede böyle bir ayrıma gidilmeksizin, doğrudan devlet faaliyetlerinden bahsedilmesi sebebiyle yerinde olmadığı belirtilmektedir. Zira, yargılama yapmak, devletin görevidir ve bu görev, yargı organları tarafından, devlet adına gerçekleştirilmektedir<sup>620</sup>. Anayasa'nın 40. maddesi, bu doğrultuda göz önüne alındığında, devlet, yargı faaliyeti de dahil olmak üzere her türlü faaliyeti ile yol açtığı hak ihlallerinden sorumludur<sup>621</sup>. Zira devlet, bireylerin haklarını korumakla

---

<sup>617</sup> Bu durumun, yargı bağımsızlığı ile bağdaşmayacağı gibi, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini de zedeleyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. Tan - Gözübüyük, İdare Hukuku - İdari Yargılama Hukuku, Cilt: II, Turhan Yayınevi, Ankara 1999, s. 296; Orhan Özdeş, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet, Danıştay Dergisi, Sayı: 2, 1971, s. 9, Emcet Belgesay, s. 345; Sezai Aydınalp, s. 236 ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Karar Tarihi: 20.02.1991, Esas No: 1990/4, Karar No: 1990/1. Önleme yakalama ve araması açısından idari yargıda tam yargı davası açılabilmesini kabul etmekle beraber, CMK'da yer alan tazminat hükümlerinde bu yönde bir ayrıma gidilmemiş olması sebebiyle, söz konusu bu hükümlere göre de tazminat talep edilebileceği yönündeki görüş için bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 671.

<sup>618</sup> Aydınalp, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1997 s. 231 vd.

<sup>619</sup> Ragıp Sarıca, İdari Kaza, Cilt: I, 1949, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1949, s. 205; Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt: II, Ekin Yayınları, 1. Baskı, 2003 Bursa, s.960.

<sup>620</sup> Mustafa Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı: 118, Ankara 2016, s.3.

<sup>621</sup> Altıparmak, Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, s. 59; Yıldırım/Helvacı, Yargı Faaliyetinden Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt: I, s. 472.

mükelleftir; bireyler için vardır<sup>622</sup>. İkinci görüş, devletin yargı mercilerince gerçekleştirilen faaliyetlerden dolayı sorumluluğunu kabul ederken; son görüş, devletin doğrudan sorumlu olduğunu öne sürmektedir. Devletin dolaylı sorumluluğunu savunan görüş, bunu, hakimin devlet tarafından istihdam edilmesine ve Borçlar Kanunu (“BK”)<sup>623</sup> m. 55’te kabul edildiği üzere, özel hukuktaki gibi, hizmet akdi doğrultusunda çalıştırdığı kişinin hatalı eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiğine dayandırmaktadır<sup>624</sup>. Ancak bu görüş; Borçlar Kanunca kabul edilen sorumluluğun; çalışanın, çalıştırının emir ve talimatı altında çalışmasından kaynaklanması sebebiyle, Anayasaca kabul edilen bağımsız ve tarafsız hakim ilkeleri ile hakimlik teminatıyla bağdaşmayacağı yönündeki haklı Yargıtay kararı doğrultusunda, eleştirilmektedir<sup>625</sup>. Devletin, yargı faaliyetlerinden doğrudan sorumluluğuna ilişkin görüşse, yargısal faaliyetin, devlet adına, devlet organları tarafından gerçekleştirilmesine dayandırılmaktadır. Medeni Kanun m. 50’de de belirtildiği üzere, tüzel kişi, organları tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemler ve fiiller sonucu borç altına girmektedir<sup>626</sup>. Kamu kurumları, kurum teşkilatı ve işleyişi yönünden kamu hukukuna tabi olmakla birlikte; özel hukuk kişileri ile devlet arasındaki ilişkide, Medeni Kanun hükümlerine başvurulabileceği ifade edilerek, söz konusu görüş desteklenmelidir<sup>627</sup>. Bu bağlamda, objektif sorumluluk esası gereğince, işlem ile zarar arasında nedensellik bağı olduğu müddetçe, kusursuz sorumluluk doğrultusunda tazminat talep edilebileceği belirtilmektedir<sup>628</sup>. Haksız yakalama ve

---

<sup>622</sup> Mehmet Uğur Hançerli, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2009 Konya, s. 115.

<sup>623</sup> 6098 Sayılı Borçlar Kanunu, 04.02.2011 Tarih ve 27836 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>624</sup> İsmail Hakkı Karafakih, Hakimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Hukuki Mesuliyetleri, AÜSBFD, Cilt: XI, Sayı: 3, 1956 Ankara, s. 39 - 46. Aksi görüş için bkz. Belgesay, Devletin Adli Faaliyetten Hukuki Mesuliyeti, AÜHFD, Cilt: 51, 1960 Ankara s. 343, 346; Özdeş, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet, s. 9 - 16; Mustafa Kılıçoğlu, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD, Cilt: XXX, 1973, s. 233, 266; Aydınalp, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 252.

<sup>625</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Karar Tarihi: 20.02.1991, Esas No: 1990/4, Karar No: 1990/1.

<sup>626</sup> Belgesay, Devletin Adli Faaliyetten Hukuki Mesuliyeti, s. 346, Kılıçoğlu, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 266; Altıparmak, Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, s. 61.

<sup>627</sup> Belgesay, Devletin Adli Faaliyetten Hukuki Mesuliyeti, s. 344.

<sup>628</sup> Hakan Hakeri, Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 64.

tutuklama sebebiyle tazminat istenebilmesine yönelik ilk kanun olan Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun'un ("466 Sayılı Kanun") gerekçesinde de, "tazminatın hukuki mesnedinin objektif mesuliyet esasına istinat ettiği" belirtilmektedir<sup>629</sup>.

Hukuka aykırı olarak uygulanan koruma tedbirlerinin yol açtığı zararın, devletçe tazmin edilmesi, Anayasa'nın kişi hak ve özgürlüklerine verdiği değeri göstermektedir ve hukuk devletinin bir gereğidir<sup>630</sup>. Bu bağlamda yargısal nitelikteki kararların, devletin sorumluluğunu doğurmayacağı yönündeki görüşe katılmamaktayım. Anayasa'nın 40. maddesinde, resmi görevlilerce gerçekleştirilen haksız işlemlerin yol açtığı zararın, kanuna göre, devlet tarafından tazmin edilmesi esas kabul edildiğinden ve CMK ile buna ilişkin getirilen hükümler doğrultusunda, 40. maddenin aranan bu koşullar gerçekleştiğinden; yargı makamlarının, devlet tüzel kişisi adına hareket ettikleri yönündeki görüşün yerinde olduğu kanaatindeyim.

HSK m.93/A ile, hakimlerin yanı sıra Cumhuriyet savcılarının, HSYK ve adalet müfettişlerinin, Yüksek Mahkeme başkan ve üyelerinin, Yargıtay ve Danıştay Cumhuriyet Başsavcıları ile Başsavcı vekillerinin soruşturma, kovuşturma ya da davayla ilgili yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar sebebiyle meydana gelecek zararlara karşı, ancak Devlet aleyhine dava açılabileceğini kabul etmekle birlikte; devlet aleyhine açılacak davalar ile rücu davalarına ilişkin, söz konusu kanunda hüküm bulunmaması durumunda, HMK ve CMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir<sup>631</sup>. Böylece hakim savcılarının sorumluluğu açıkça belirtilmişse de, söz konusu madde, 6526 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Fakat, gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK")<sup>632</sup>, gerekse CMK ile devletin, yargısal faaliyetlerden sorumluluğu açıkça kabul edilmiştir. Devletin sorumluluğu ve rücu başlığını taşıyan HMK m. 46/1'de, hakimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı,

---

<sup>629</sup> 466 Sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun, 10.05.1964 Tarih ve Sayılı Resmi Gazete.

<sup>630</sup> Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 334.

<sup>631</sup> 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 26.02.1983 Tarih ve 17971 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>632</sup> 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 04.02.2011 Tarih ve 27836 Sayılı Resmi Gazete.

Devlet aleyhine tazminat açılabilir sebepler sayılmış ve Devletin ödediği tazminat sebebiyle, bir yıl içerisinde hakimlere rücu edeceği belirtilmiştir. CMK m.141/4'te de bu hükme benzer şekilde, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hakimler ve Cumhuriyet savcılarında bir yıl içinde rücu edileceği yer almaktadır.

Böylece, yargısal faaliyetlerde, asıl sorumluluğun yargısal sjeler olan hakim ve savcılarda olduğu benimsenmiştir<sup>633</sup>. Ancak bu hüküm, hakim ve savcılar dışındaki adliye personelinin işlem ve eylemlerinin yol açacağı zararları kapsamamaktadır. Doktrinde, adliye personelinin, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, teknik araçla takip gibi tedbirlerinden elde edilen delillerin başkalarına verilmesi veya basına sızdırılması gibi hallerde, Anayasa m. 40 doğrultusunda, devletin sorumlu olduğu belirtilmektedir<sup>634</sup>. Danıştay da özel hayatın gizliliğini sınırlayan bu tip tedbirlere başvurulduğunda, "hizmet" in gereğinin gizlilik olduğunu kabul etmekte ve gizliliğinin ihlalinin hizmet kusuru teşkil edeceğini belirtmektedir<sup>635</sup>.

### 3.2. Tarihsel Gelişimi

Tazminata ilişkin ilk kanun 1923 tarihli ve 306 Sayılı Ceza Kanununun 1. Babının 5. Faslına Mzeyyel Mevaddı Kanuniye'dir. Buna göre, zarara sebep olan memurun tazminatı kendisinin ödemesi gerekmektedir. Ancak söz konusu bu kanun, 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>636</sup>. Cumhuriyet dönemindeyse, 1956 yılında "Tazminat Kanunu Teklifi" ile bu konuda tekrar bir adım atılmış; ancak verilen kanun teklifi mecliste

---

<sup>633</sup> Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 409.

<sup>634</sup> Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 412 – 413.

<sup>635</sup> Danıştay 5. Dairesi, Karar Tarihi: 30.12.2997, Esas No: 1996/1914, Karar No: 1997/3377, Danıştay10. Dairesi, Karar Tarihi: 07.12.2008, Esas No: 2007/6441, Karar No: 2008/10124.

<sup>636</sup> Hakeri, Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini, s. 26.

görüülmesine karşı kabul edilmemiştir<sup>637</sup>. Bundan sonra, hukuka aykırı biçimde yakalanan ya da tutuklanan kişilere tazminat ödenmesi prensibi, ilk kez 1960 Anayasası ile düzenlenmiştir<sup>638</sup>. 1960 Anayasası'nın 30. maddesinde, öncelikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, yakalama ve tutuklama açısından, hukuka uygun olarak sınırlandırılma şartları belirlenmiş; bu şartlara aykırı olarak gerçekleştirilen işlemler karşısında zarara uğrayan kişilerin, her türlü zararlarının kanuna göre devletçe ödeneceği belirtilmiştir. Söz konusu bu Anayasa hükmü doğrultusunda, 466 Sayılı Kanun hazırlanarak yürürlüğe girmiştir. 466 Sayılı Kanun'un 1. maddesinde, tazminat talebinde bulunulabilecek haller, 7 bent halinde sayılmıştır. Kanun'da yer alan, aynı tür suçtan mahkum olanlar; itiyadi suçlular; suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtası haline getirenlerin tazminat talebinde bulunamayacağına ilişkin hükümse, daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır<sup>639</sup>.

1982 Anayasası'nda da haksız uygulanan yakalama ve tutuklama açısından söz konusu tazminat prensibini benimsenmiş; yine kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin 19. maddede, belirtilen sınırlama şartlarına aykırı olarak gerçekleştirilen işlemler karşısında zarara uğrayan kişilerin, her türlü zararlarının kanuna göre devletçe ödeneceği yönünde düzenlemeye yer verilmiştir. 2001 yılında yapılan değişiklikte ise, zararın tazmini sırasında, tazminat hukukunun genel prensiplerinin esas alınacağı vurgulanmıştır<sup>640</sup>.

Mülga CMUK'da hukuka aykırı olarak uygulanan koruma tedbirlerinin yol açtığı zararın giderimine ilişkin hüküm bulunmayışı sebebiyle, 466 Sayılı Kanun'a başvurulmaktaydı. 466 Sayılı Kanun ise, yalnızca haksız yakalama ve tutuklama hallerinde tazminat talep edilebilmesini düzenlenmiştir. Bu sebeple,

---

<sup>637</sup> Ömer Günen, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2014 Mersin, s. 61. Red gerekçesi olarak, söz konusu kanunun ihtiyaçlara uygun olmaması gösterilmiştir. bkz. Uğur Alacakaptan, "Haksız tutma ve yakalama hallerinde devletin tazminat verme mükellefiyeti", AÜHF Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1-4, 1961 Ankara, s. 199.

<sup>638</sup> 334 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 20.07.1961 Tarih ve 10859 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>639</sup> 3696 Sayılı 7.5.1964 Tarihli ve 466 Sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, 18.01.1991 Tarih ve 20759 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>640</sup> 4709 Sayılı Anayasanın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, 17.10.2001 Tarih ve 24556 Sayılı Resmi Gazete m.4.

arama ya da el koymanın hukuka aykırı gerçekleştirilmesi halinde, başvurulabilecek özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Hukuk devleti ilkesi gereği, bu şekilde ortaya çıkan zararların, Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümlerine atıf yapılarak veyahut idari yargıya başvurarak, giderimi, Yargıtay tarafından kabul edilmiştir<sup>641</sup>. CMK'nın yürürlüğe girmesiylese, tazminat talep edilebilecek koruma tedbirleri genişletilmiştir. Bu şekilde, 466 Sayılı Kanun'un yetersizliğinin önüne geçilmek istenmişse de; yalnızca yakalama, gözaltı, tutuklama, arama ve el koymaya ilişkin düzenleme yapılması, hatta arama ve el koyma açısından yalnızca belirli hallerin tazminat kapsamına alınması, doktrince haklı olarak, eleştirilmiştir<sup>642</sup>. Özellikle, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi gibi koruma tedbirlerinin, nitelikleri gereği gizli uygulanmaları gerektiğinden, bireyin hukuka aykırı müdahaleye en çok maruz kalacağı haller olduğu belirtilmektedir<sup>643</sup>. Böyle durumlarda, tazminata ilişkin hükümlerin istisnai özelliği sebebiyle, kıyas yoluyla genişletilmesinin de mümkün olamayacağı; bu sebeple mağdura, ayırım yapılmaksızın zararın giderimi imkanı tanınması gerektiği ifade edilmiştir<sup>644</sup>. Yargıtay uygulaması doğrultusunda, kapsam dışı bırakılan haklar için özel hukuk ve idare hukuku hükümleri kapsamında tazminat istenebilmesi mümkünse de; söz konusu tedbirlerin tazminata ilişkin CMK düzenlemeleri arasında yer almasının gerek sağlayacağı usuli kolaylık, gerekse lehe hukuksal sonuçlar sebebiyle, yerinde olacağı ifade edilmiştir. Böylece tazminata ilişkin davalarda, ağır ceza mahkemeleri, idare mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri kararlarından kaynaklanacak uygulama ve sonuç farklılığının önüne geçilmesinin de mümkün

---

<sup>641</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, Karar Tarihi: 24.09.2007, Esas No: 2007/5626, Karar No: 2007/6024; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, Karar Tarihi: 26.12.2007, Esas No: 2007/10595, Karar No: 2007/11895; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 21.01.2013, Esas No: 2013/27499, Karar No: 2014/1720.

<sup>642</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 428; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 383.

<sup>643</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 495.

<sup>644</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 383. Bu dönemde, HMK m. 46'da yer alan, hakim sorumluluğuna ilişkin hükümlerden "farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması"na dayanılabileceği de öne sürülmekteydi. Bkz. Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 412.

olacağı belirtilmektedir<sup>645</sup>. Ayrıca, salt kişi özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların tazminat kapsamına alınması, haklar arasında hiyerarşi doğurabilecektir. Zira, hukuk düzeninde ve dolayısıyla bir hukuk devletinde, özel hayatın gizliliği de en az kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kadar korunmalıdır.

6545 Sayılı Kanun ile CMK'ya eklenen hüküm öncesinde, bu şekilde, koşulları gerçekleşmediği halde bir koruma tedbirine başvurulmuş her durumu kapsamaksızın, yalnızca kanun metninde belirtilen koruma tedbirleri açısından ve bunlarla ilgili de tek tek sayılan hukuka aykırılık hallerinde tazminat istenebilmekteydi; CMK sisteminde yer alan tüm koruma tedbirleri CMK m.141 ve devamında yer alan hükümlerin uygulama alanına girmemekteydi. Bu şekilde CMK'da öngörülen tazminat sisteminin dışında bırakılan tedbirler ve işlemler arasından, kolluk işlemlerine karşı idari yargıda tam yargı davası açılabilmekteydi<sup>646</sup>. Fakat yargısal işlemlere karşı devletin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği hususunda, yukarıda belirtildiği üzere, tartışma mevcuttu; uygulamada Yargıtay, bunun mümkün olmadığı görüşündeydi<sup>647</sup>. 6545 Sayılı kanun ile getirilen değişiklik doğrultusunda, yalnızca 141. maddede sayılan ihtimallerde tazminat istenebilmesi şartı genişletilmiştir. Buna göre; 141. madde kapsamında tazminat istenebilecek koruma tedbiri olarak belirtilmeyen tedbirler sebebiyle tazminat talep edilebileceği gibi, koruma tedbiri dışındaki herhangi bir soruşturma ya da kovuşturma işlemi için de tazminat talep edilebilecektir. Söz konusu bu değişiklik sonucu, yargısal kararlardan doğan zararlara karşı dava açılıp açılmayacağı tartışması son bulmuş; hukuk devleti ilkesinin doğrultusunda, haksız uygulanan işlemler ve koruma tedbirleri açısından, tazminat talep edilebilmesi prensibi benimsenmiştir.

---

<sup>645</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 669, 690. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi gibi tazminat kapsamına alınmayan bazı tedbirlere karşı, yine de CMK m. 141 ve 142 hükümleri gereğince tazminat istenebileceği yönündeki görüş için bkz. Şen, Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s.193 olabilir.

<sup>646</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 562.

<sup>647</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 14.1.1976, Esas No: 1975/5, Karar No: 1976/4 ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 14.1.1987, Esas No: 1986/1, Karar No: 1987/1.

Haksız koruma tedbirleri sebebiyle tazminat istenmesine ilişkin CMK’da yer alan hükümlere, 5320 Sayılı Kanun’a göre, CMK’nın yürürlük tarihi olan 01.06.2005’ten sonra gerçekleştirilen işlemler için başvurulabilmektedir<sup>648</sup>. Şayet tedbir ve işlem bu tarihten önce gerçekleştirilmişse, tazminat talebinde bulunurken, mülga 466 Sayılı Kanun hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Dolayısıyla, 466 Sayılı Kanun’a göre tazminat istenecek hallerde, el koyma ve arama tedbirleri söz konusu Kanun’un kapsamı dışında tutulduğundan, tazminat istemi genel hukuk mahkemelerince çözümlenecektir<sup>649</sup>.

CMK ve HMK’da, tazminata ilişkin davanın, ancak devlet aleyhine açılacağı; devletin, görevinin gereklerine aykırı olarak hareket ederek görevini kötüye kullanan ilgili hakim veya savcıya rücu edeceği hükmü yer almaktadır.

### **3.3. CMK’ya Göre Tazminat İstenebilecek Haller<sup>650</sup>**

Anayasa’nın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin 19. maddesinde, kişi özgürlüğünün sınırlandırılacağı haller düzenlenmiş ve son fıkrasında da bu hallere uyulmaksızın gerçekleştirilen işlemler sonucu kişilerin uğradıkları zararların, tazminat hukukunun genel esasları doğrultusunda Devletçe karşılanacağı belirtilmiştir. Benzer bir düzenleme, yine kişi özgürlüğü ve güvenliğinin AİHS’te düzenlendiği 5. maddede de mevcuttur. AİHS’in ulusal hukukun parçası haline geldiği ülkelerde, ulusal mahkemelerin, söz konusu bu 5. madde hükümlerinin ihlalini tespit ettikleri durumlarda, bu şekilde tazminat kararı verme yetkisine sahip olmaları ve bu yetkiyi kullanmaya hazır olmaları gerektiği; aksi yöndeki bir uygulamanın, yalnızca ortaya çıkan 5. madde ihlalini daha

---

<sup>648</sup> 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 31.03.2005 Tarih ve 25772 Sayılı Resmi Gazete, m.6.

<sup>649</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Karar Tarihi: 24.02.2010, Esas No: 2010/379, Karar No: 2010/102.

<sup>650</sup> CMK’da düzenlenen koruma tedbirleri başlığı altında her bir koruma tedbiri için aranan şartlar ve bu şartlara aykırılık teşkil eden haller detaylı anlatıldığından, tazminat istenebilecek ihtimaller, bu başlık altında kısaca incelenmiştir.

ağırlaştıracağı belirtilmektedir<sup>651</sup>. Bu bağlamda incelendiğinde, kişi özgürlüğü ve hürriyetine sınırlama getiren koruma tedbirleri olan yakalama, gözaltı ve tutuklamadan kaynaklanan hukuka aykırılıklar ve bunların sebep olduğu zararlar için CMK m.141’de öngörülen tazminat hükümlerinin, gerek Anayasa gerekse AİHS ile uyumluluk gösterdiği anlaşılmaktadır. CMK m.141’de gerçekleştirilen değişiklik sonucunda, tüm koruma tedbirlerinin yol açtığı zararlara karşı, CMK sisteminde öngörülen tazminat usulüne başvurulabileceği yukarıda belirtilmiştir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında, koruma tedbirleri sebebiyle haksız şekilde kısıtlanan diğer hak ve özgürlükler açısından, Anayasa ve AİHS’de buna benzer açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, zarara uğrayan bireylerin, haksız biçimde müdahale edildiğini düşündükleri haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi ve AİHM’ye bireysel başvuruda bulunmaları tabiidir. Bu durumda hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun surette zarar görenin tatminine hükmedebilmektedir. Ayrıca AİHS’in 7 No’lu Protokolü’nde yer alan adli hata halinde kişinin tazminat hakkına ilişkin 3. madde ile, kesin bir kararla mahkum olan ve sonradan yeni ya da yakın zamanda keşfedilen delille önceki karardan dönülen haller ile kişinin affedilmesi sebebiyle cezai kararın iptal olması durumunda, cezaya maruz kalan kişinin tazminat hakkı olduğu kabul edilmiştir<sup>652</sup>.

### **3.3.1. Yakalama**

#### **3.3.1.1. Kanunda Belirtilen Koşullar Dışında Yakalama**

Yakalama için aranan şartlar, CMK m. 90 ile m. 98 arasında düzenlenmiştir. Bu hallere uyulmaksızın gerçekleştirilen yakalama işlemi hukuka aykırı olacak ve dolayısıyla CMK’da düzenlenen tazminat usulü doğrultusunda tazminat talep edilebilecektir.

---

<sup>651</sup> Monica Macovei, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin, İnsan Hakları El Kitabı, 2. Baskı, 2003, s. 74.

<sup>652</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 No’lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun,25.03.2016 Tarih ve Sayılı Resmi Gazete.

Yargıtay içtihatlarında, kanuni şartlara aykırı olarak gerçekleştirilen yakalama işlemi sebebiyle tazminata hükmedilen birçok örnek mevcuttur. Şüphe sebebiyle yakalanan ve yakalama sonrasında hakkında arama kararı olduğu öne sürülerek gözaltına alınan kişi hakkında esasen bir arama kararı bulunmadığının anlaşılması üzerine, 3 gün sonra serbest bırakılması durumunda, söz konusu bu yakalama işleminin haksız olduğu yönünde karar verilmiştir<sup>653</sup>. Yetkili makamlarca, önceki bir tarihte verilmiş yakalama emri daha sonra geri alınır; ancak kişi, bu durum fark edilmeksizin yakalanırsa, yakalama koşulları gerçekleşmemiş olduğundan, tazminata hükmedilmesi gerekmektedir<sup>654</sup>.

Herkes tarafından yakalama gerçekleştirilebilen haller için aranan koşullara aykırı olarak yakalama yapılması hali söz konusu olduğunda, devletten tazminat talep edilemeyeceği, doktrinde kabul edilmektedir. Zira bu ihtimalde, devlete ya da onun adına işlem gerçekleştiren kamu görevlilerine atfedilebilecek bir işlem söz konusu değildir. Böyle bir durumda, yakalama işlemini, kanunda aranan koşullara uymayarak gerçekleştiren kişinin, genel hükümlere göre sorumluluğuna gidilerek, kişiden tazminat talep edilmelidir<sup>655</sup>.

Çocuklar, akıl veya beden hastalıkları, malûllük ya da güçsüzlükleri sebebiyle kendilerini idare edemeyecek durumda olan kişiler hariç olmak üzere; şikayete bağlı suçlar açısından, şikayet şartı gerçekleşmeksizin yakalama gerçekleştirilmesi halinde, yakalama, kanunda aranan koşullar sağlanmadan yapılmış olmaktadır. Bu ihtimalde de yakalamaya maruz kalan kişinin, tazminat talep edebilmesi mümkündür.

---

<sup>653</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 18.12.2002, Esas No: 2001/2235, Karar No: 2002/2281.

<sup>654</sup> Yargıtay'ın gıyapta tutuklamanın mümkün olduğu CMUK döneminde, bu şekildeki tutuklamanın hukuka aykırı olduğu yönündeki kararı için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 19.10.2004, Esas No: 2004/2337, Karar No: 2004/138.

<sup>655</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 563; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 672.

### 3.3.1.2. Kanuna Uygun Yakalandıktan Sonra Kovuşturmaya Yer Olmadığına Veya Beraate Karar Verme

Bu hükme göre, tazminat talebi değerlendirilirken, yakalama işleminin hukuka uygun gerçekleşmiş olması ya da yakalamadan sonra gözaltı kararı verilmemesi, talebin reddine yol açmamalıdır. Zira, burada önemli olan, beraat kararının ya da kovuşturmaya yer olmadığı kararının mevcudiyetidir; kararın delil yetersizliği, cezayı kaldıran sebep olan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması veya şahsi cezasızlık sebebinin bulunması gibi hangi gerekçeye dayandığı tazminat talep edilip edilemeyeceğini etkilememektedir<sup>656</sup>. AİHM de, beraat kararının delil yetersizliği sebebiyle verildiği öne sürülerek tazminat talebinin reddedilmesinin, masumiyet karinesini de kapsayan adil yargılanma hakkını ihlal ettiği yönünde karar vermiştir<sup>657</sup>. Doktrinde, kanun metninde yalnızca “beraat kararı” ifadesi yer aldığı için, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi ya da düşmesine yönelik karar verilmesi halinde tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir<sup>658</sup>. Ayrıca CMK m.223/3 hükmü gereği, derhal beraat kararı verilecek hallerde, düşme, durma ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilememektedir. Şayet bu hükme uyulmamış ve beraat kararı verilmemişse, tazminat talep edilebilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu ihtimalde, kişinin tazminat talep etme hakkı olduğu kişiye bildirilmeli ve bu durum kovuşturmaya yer olmadığına ya da beraate ilişkin karara da yazılmalıdır. Aksi uygulamanın eski hale getirme sebebi oluşturacağı ve tazminat talebi için hak düşürücü sürelerin işlemlerini engelleyeceği belirtilmektedir<sup>659</sup>.

---

<sup>656</sup> Hakan Hakeri, Dönmezer Armağanı, Türk ve Alman Hukukunda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat, Atatürk Araştırma Merkezi, 2008 Ankara, s. 873; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 493. Aynı yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 07.07.2005, Esas No: 2005/417, Karar No: 2005/2088.

<sup>657</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sekanina v. Austria, Application No: 13126/87, Karar Tarihi: 25.08.1993.

<sup>658</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 570; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 493.

<sup>659</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 571.

Kişi hakkında birden fazla suçtan kamu davası açılmış ve bazı suçlarla ilgili beraat, bazı suçlarla ilgili olarak mahkumiyet kararı verilmişse, kişi hakkında hükmedilen hapis cezasının, gözaltı ya da tutuklulukta geçen sürelerden daha az olması halinde, kişinin tazminat talep etmesi mümkündür. Ancak söz konusu talep, burada belirtilen CMK m. 141/1-e hükmüne göre değil; doğrudan gözaltı ve tutuklulukta geçirilen sürenin hükümlülük süresinden fazla olmasına ilişkin CMK m.141/1-f hükmüne göre gerçekleştirilmelidir.

Söz konusu bu düzenlemede, kovuşturmayaya yer olmadığına ya da beraate ilişkin kesin bir kararın bulunması, tazminata hükmedilmesi açısından yeterlidir; hakim zarar gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin başkaca bir araştırma yapması gerekmemektedir. Mahkeme, yalnızca tazminat miktarının hak ve nesafet kurallarına uygun belirlenmesine ilişkin araştırma yapmalıdır<sup>660</sup>.

### **3.3.1.3. Yakalama Nedeni Hakkında Suçlamaların Kendisine Açıklanmaması**

Yakalanan kişinin hangi nedenlerle yakalandığını ve ne ile suçlandığını bilmesi, etkin bir savunma yaparak hukuksal korumadan yararlanabilmesi için vazgeçilmezdir<sup>661</sup>. Bu durum gerek iç hukukta, Anayasa, CMK, PVSK ve YİGY; gerekse uluslararası hukukta AİHS ile kabul edilmiş ve güvence altına alınmıştır. Buna göre, yakalanan kişiye, hangi suç sebebiyle yakalandığı, bildirilmelidir. Yakalama sebebi, suç ayırımı gözetilmeksizin, yazılı; bunun mümkün olmadığı hallerdeyse, en kısa sürede yazılı olarak verilmek üzere, sözlü bildirilmelidir. Anayasa m. 19'da toplu suçlar açısından en geç hakim huzuruna çıkıncaya kadar kişilerin ne ile suçlandıklarını öğrenmeleri gerektiği belirtilerek, söz konusu bildirim, işleme karşı etkili bir başvuru yapılabilmesi için zorunlu olduğu vurgulanmıştır. AİHM, bildirim yapılacağı sürenin herhalde 24 saati aşmaması gerektiğini kabul etmektedir. Bildirim, kişiye anladığı bir dilde yapılmalıdır;

<sup>660</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 674 – 675.

<sup>661</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 567.

ancak yakalama emrinin de kişinin anladığı dile çevrilmesine gerek yoktur<sup>662</sup>. Yargıtay da, bir gün gözaltında kaldıktan sonra serbest bırakılan ve kovuşturma sonucunda hakkında beraat kararı verilen kişinin açtığı tazminat davasında, gözaltına alınmanın makul bir sebebe dayandığı öne sürülerek tazminat talebinin reddedilmesine ilişkin kararın bozulmasına hükmetmiştir<sup>663</sup>.

#### **3.3.1.4. Yakalamanın yakınlarına haber verilmemesi**

CMK m.95/1'e göre, şüpheli ya da sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözatı süresi uzatıldığında, kişinin bir yakınına veyahut belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilmelidir. Bildirimin yakınına mı yoksa belirlediği bir kişiye mi yapılacağına ilişkin seçim hakkının, soruşturma ya da kovuşturma organlarında değil, yakalananda olduğu, doktrince, kabul edilmektedir. Ancak bildirimini yakalananın belirlediği kişiye değil de, bir yakınında yapılmış olması, kişinin CMK m.141'e dayanarak tazminat talep edebilmesini gerektirmeyeceği ifade edilmektedir<sup>664</sup>.

Kişinin yabancı olması halindeyse, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, söz konusu bu bildirim, kişinin vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna yapılmalıdır<sup>665</sup>.

#### **3.3.1.5. Yakalama işlemine karşı başvurma imkanından yararlandırılmama**

Kişinin, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısıminın, serbest bırakılması amacıyla, sulh ceza hakimine derhal başvurabileceği, CMK m. 91/4'te belirtilmektedir. Sulh ceza hakimi, bu başvuru

---

<sup>662</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, H.B. v. Switzerland, Başvuru No: 26899/95, 05.04.2001.

<sup>663</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 13.04.2010, Esas No: 2010/8-58, Karar No: 2010/82.

<sup>664</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 568 – 569.

<sup>665</sup> Bir günlük sürede özgürlüğü kısıtlanan; ancak vatandaşı olduğu ülkenin konsolosluğuna bildirim yapılmayan kişi hakkında, tazminata hükmedilmesi yönündeki karar için bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 08.10.2013, Esas No: 2013/17510, Karar No: 2013/22.

üzerine derhal ve en geç 24 saat içerisinde karar vermelidir. Aynı doğrultuda, YGİAY m. 17/5'te de hakime yapılan başvuru üzerine verilecek serbest bırakma kararının derhal uygulanacağı ifade edilmiştir. Ancak, burada bahsedilen başvuru, yakalama işleminin koşullarına ilişkindir; tutuklama kararına itiraz anlamına gelmemektedir. Uygulamada, gözaltına ve tutuklama kararına karşı itirazın kullanılması yaygın olmakla birlikte, salt yakalamaya itirazın daha seyrek olduğu ve bu nedenle 2013 yılında kanuna eklenen bu hükmün, yakalama işlemine karşı başvuru imkanlarının kullanılmasında karşılaşılabilen sıkıntılar gözetildiğinde, önemli olduğu ifade edilmektedir<sup>666</sup>.

### **3.3.2. Gözaltı: Kanuni Gözaltı Süresinde Hakim Önüne Çıkarılmama**

Gözaltı süresi, CMK m. 91'e göre, kişinin yakalandığı yere en yakın hakim ya da mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç olmak üzere, yakalama anından itibaren en fazla 24 saattir. Fakat toplu suçlarda, delillerin toplanmasındaki zorluk ya da şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle, gözaltı süresi, her seferinde bir günü geçmemek şartıyla ve yazılı olarak, üç gün süreyle Cumhuriyet savcısı tarafından uzatılabilmektedir. Kişinin, yakalamanın gerçekleştiği yere en yakın hakim ya da mahkemeye gönderilmesi için öngörülen sürenin üst sınırı ise 12 saattir. 2015 yılında 6638 Sayılı Kanun ile CMK'da yapılan değişiklik doğrultusunda, mülki amirce belirlenecek kolluk amirine, ilgili maddede belirtilen katalog suçlarla ve suçüstü haliyle sınırlı olmak üzere, 24 saate kadar gözaltı kararı verme yetkisi getirilmiştir. Şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında işlenen toplu suçlar içinse bu süre 48 saate çıkarılabilecektir. Bu üst sürelerin dolması halinde, Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek, talimatı doğrultusunda, hareket edilmelidir. Savcı kişinin serbest bırakılması yönünde karar vermezse, gözaltına ilişkin yukarıda belirtilen 24 saat ve toplu suçlar açısından 4 günlük sürelerle göre hareket edilecektir. Ancak, Anayasa'da, kişinin

---

<sup>666</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 680.

en geç 48 saat, toplu işlenen suçlardaysa en geç 4 gün içerisinde hakim karşısına çıkması gerektiği belirtilmektedir. Anayasa'nın normlar hiyerarşisindeki yeri göz önüne alındığında, her halükarda bu üst sürelerin geçirilmemesi zorunludur. Kanunla belirlenmiş olan bu üst süreler içerisinde kişinin hakim karşısında çıkarılmaması, kişinin tazminat talebinde bulunma hakkını doğurmaktadır. Gözaltı kararının, Cumhuriyet savcısı ya da gözaltı kararı verme konusunda ayrıca yetkilendirilmiş kişilerden başka bir makam tarafından veyahut değişiklikle yetkilendirilen kişilerce, yetki alanları haricinde verilmesi durumunda; Yargıtayca, tazminat istenebileceği kabul edilmektedir<sup>667</sup>.

Kanun koyucu, soruşturma ya da kovuşturma evresinde yakalama emrine dayanarak yakalanan kişinin, 24 saat içerisinde yetkili mahkeme huzuruna çıkarılması mümkün olmayan hallerde yakalandığı yer ya da buraya en yakın adliyede ses ve görüntülü konuşma sistemi vasıtasıyla yetkili mahkeme tarafından tutuklanması ya da serbest bırakılması yönünde karar vermesini öngörmüştür. Bu hüküm göz önüne alındığında, kanun koyucunun iradesinin, kişinin hakim kararı olmaksızın özgürlüğünün kısıtlandığı gözaltı süresini en aza indirmek olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kişi hakkında yapılması gereken işlemler bittikten sonra, kanuni gözaltı süresi dolana dek özgürlüğünün kısıtlanması, tazminat sebebi teşkil edecektir<sup>668</sup>.

Bahsedilen bu ihtimallerde açık bir kanuna aykırılık mevcut olduğundan, tazminat için yapılacak başvuruda, muhakemenin sona ererek, kararın kesinleşmesi gerekmemektedir. Ayrıca bu durum, kişiyi kanuni süreler içerisinde hakim karşısında çıkarmayan yetkililerin TCK m. 109'da düzenlenen, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından cezai sorumluluklarını gerektirmektedir<sup>669</sup>.

---

<sup>667</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 01.10.2012, Esas No: 2011/21752, Karar No: 2012/20353.

<sup>668</sup> İste, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 87.

<sup>669</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 673.

### 3.3.3. Tutuklama

#### 3.3.3.1. Kanunda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklama Veya Tutukluluğun Devamına Karar Verme

Haksız yere tutuklanan sanığa açık hata ile tutuklamanın yersiz olduğunun anlaşıldığı hallerde, devlet tarafından tazminat ödenmesi, 1953 yılında Roma'da toplanan ceza hukuku milletlerarası kongresinde tavsiye edilmiştir<sup>670</sup>. Kanun hükmü, bu tavsiye ile uyumluluk göstermektedir. Tutuklama koruma tedbiri anlatılırken belirtildiği üzere, tutuklama için; kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular ile tutuklama nedenlerinden birinin var olması gerekmektedir. Kanunda, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular ya da davranışlarının, delilleri yok edeceği, gizleyeceği, değiştireceği; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunacağına dair kuvvetli şüphe oluşturması olarak belirtilen tutuklama nedenlerine dayanılmaksızın gerçekleştirilen tutuklama, kanuna aykırı olacaktır. Yine madde metninde belirtildiği üzere, tutuklama, işin önemi ya da verilmesi beklenen ceza karşısında ölçsüz kalmaktaysa ve buna rağmen tutuklama yoluna gidilmişse, kanunda aranan tutuklama şartları oluşmadan tedbire başvurulmuş olacağından, tazminat istenebilmektedir. Bu bağlamda adli kontrol tedbirine başvurarak da aynı amaca ulaşılması mümkün olduğu halde tutuklama yoluna gidilmişse, tutuklama için aranan şartlar gerçekleşmeksizin karar verilmiş demektir. Zira adli kontrol anlatılırken ifade edildiği üzere, adli kontrolün kanuna getiriliş amacı, öncelikle ölçülülük ilkesi doğrultusunda, kişinin özgürlüğünü mümkün olduğunca az kısıtlayarak muhakemenin işleyişinin sağlanmasıdır.

Kanun koyucu, yalnızca adli para cezası gerektiren ya da hapis cezası için öngörülen üst sınır, iki yılın altında olan suçlar açısından, tutuklamaya başvurulmasının ölçsüz olacağı yönünde, doğrudan bir değerlendirme yapmıştır.

---

<sup>670</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 15.Baskı, 2006 İstanbul, s. 963.

Böyle durumlarda, başkaca herhangi bir araştırma yapılmaksızın, tedbirin kanuna aykırı olduğu kabul edilmeli ve tazminata hükmedilmelidir.

Tutuklama kararının gerekçesiz olması, hem CMK hem de Anayasa'da aranan gerekçeli karar şartına aykırı düşeceğinden, bu ihtimalde de tutuklama kararı sebebiyle tazminat talep edilebilmektedir. Soruşturma evresinde tutuklama talep edildiğinde, hakimin gerçekleştireceği sorgu esnasında müdafî bulunması öngörülmüştür. Bu durum, zorunlu müdafiliğin kanunda kabul edildiği hallerden biridir. Sorgu esnasında bu şart yerine getirilmemişse, açık bir hukuka aykırılık mevcut olmaktadır; dolayısıyla tazminat talep edilebilmektedir. Soruşturma evresinde, en geç otuzar günlük süreler içinde; kovuşturma evresindeyse her oturumda ve yine en geç otuzar günlük sürelerde, kişinin tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği incelenmelidir. Şayet bu sürelere uyulmaz veya tutukluluk kararı verilirken mevcut olan tutukluluk sebepleri ortadan kalkmasına rağmen kişinin tutukluluğunun devamına karar verilirse, söz konusu bu durum kanuna aykırılık teşkil edecektir. Bu ihtimalde de CMK m. 141 hükümleri doğrultusunda tazminat istenebilmektedir.

### **3.3.3.2. Kanuni Hakları Hatırlatmama Veya Hatırlatıp Bunlardan Yararlanma İsteğini Yerine Getirmeden Tutuklama**

CMK m.90'a göre, yakalanan kişiye derhal yasal hakları bildirilmeli ve bu husus, yakalama tutanağına geçirilmelidir. CMK m. 147 uyarınca, şüpheli ya da sanığın, müdafî seçip hukuksal yardımdan yararlanma; müdafî ile dilediği zaman başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşme; ifade esnasında müdafîin hazır olmasını talep etme; müdafî seçebilecek durumda değilse, kendisine baro tarafından müdafî görevlendirilmesini talep etme; yakınlarından birine yakalandığını bildirilmesini isteme; susma hakkını kullanma; lehine olan delillerin toplanmasını talep etme; yakalama, gözaltı yada gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin karara karşı sulh ceza hakimine başvurabilme hakları mevcuttur. Bu haklar kişiye geç ya da eksik bildirilmemeli; kişinin bu haklardan birini kullanma talebi

engellenmemelidir<sup>671</sup>. Zira, belirtilen bu usule uyulmaksın vereceği ifade beyanı, kişinin kendisini gerektiği gibi savunabilmesini engelleyecek veya irade sakatlıklarına yol açabilecek; dolayısıyla ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeğe hukuka uygun bir biçimde ulaşılması ile ters düşecektir<sup>672</sup>.

Doktrinde, hakların hatırlatılmaması sebebiyle doğacak zararın, genellikle, manevi zarar olacağı; maddi zarar oluşması ihtimalinin daha düşük olduğu ifade edilmektedir<sup>673</sup>.

### **3.3.3.3. Kanuna Uygun Tutuklanıp Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmama Veya Bu Süre İçinde Hakkında Hüküm Verilmeme**

Maddede esasen, iki farklı ihtimal düzenlenmiştir. Bunlardan ilki olan, kanuna uygun olarak tutuklanan kişinin, makul sürede yargılama mercii önüne çıkarılmaması ile kast edilen; kanunda öngörülen azami sürele uyulmasına rağmen, olayın somut koşulları açısından, kişinin yargılama mercii önüne çıkarılması için geçen bu sürenin, makul olmamasıdır<sup>674</sup>. CMK'da yol tutuklamasına ilişkin yapılan değişiklik öncesinde, haklarındaki yakalama emrine istinaden yakalandıkları yer mahkemesince tutuklanan kişilerin, kendilerine ilişkin yakalama emrini hazırlayan mahkeme huzuruna çıkarılmaları için geçen sürenin makul sebepler olmaksızın uzun tutulabildiği görülmekteydi. Bu sebeple açılan davalarda, Yargıtay, kararın kesinleşmesinin beklenmesine gerek olmaksızın, CMK'da yer alan tazminat hükümlerine dayanılarak dava açılabileceğini kabul etmekteydi<sup>675</sup>. Uygulamada yaşanan bu aksaklık göz önüne

---

<sup>671</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 565.

<sup>672</sup> İste, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 88.

<sup>673</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 673.

<sup>674</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 673.

<sup>675</sup> Gebze Ağır Ceza Mahkemesi'nce hazırlanan yakalama emrine istinaden Kadıköy'de yakalanarak tutuklanan kişinin, iki yer arasındaki mesafenin kısalığı düşünüldüğünde, aynı gün veya en geç ertesi gün Gebze'de yetkili mahkeme huzuruna çıkarılması gerekirken, 12 gün cezaevinde tutulmasının, kararın kesinleşmesi beklenmeksizin incelenebilecek nitelikte bir tazminat talebi olduğuna ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 15.05.2012, Esas No: 2011/20114, Karar No: 2012/12183. Aynı yönde bkz. Aldemir, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri: Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Adli Kontrol, s. 34.

alınarak CMK’da yapılan değişiklik sonrasında, kişinin 24 saat içerisinde yetkili hakim ya da mahkeme huzuruna çıkarılmaması halinde, aynı sürede, yakalandığı yer adliyesi ya da burada mevcut değilse en yakın yer adliyesinde sesli ve görüntülü iletişim sistemiyle yetkili merci tarafından sorgusunun yapılması esasını benimsenmiştir. Bu nedenle, artık ancak 24 saat içerisinde yaşanabilecek haksız gecikmeler sebebiyle tazminat talep edilebilecektir. Şayet kanunda belirtilen bu 24 saatlik azami süreye uyulmazsa, CMK m. 141/1-b’de yer alan, kanuni gözetli süresi içinde hakim önüne çıkarılmama sebebine dayanılarak tazminat istenmelidir<sup>676</sup>.

Doktrinde, kişinin sulh ceza hakimi tarafından otuzar günlük sürelerle tutukluluğu incelense dahi, soruşturma evresinin oldukça uzun sürmesi sebebiyle kovuşturma evresine geçilemediği hallerde de tazminat isteyebileceği ifade edilmektedir. Bu ihtimalde de kişinin yargılama makamı önüne çıkarılmasının makul sürede gerçekleştirilmediği kabul edilmektedir<sup>677</sup>.

AİHS m. 5/3’te de yakalanan kişinin derhal hakim önüne çıkma ve tutuklanan kişinin de makul sürede yargılanma hakkı olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme, makul süreyi aşan tutukluluk hallerinin, kişinin mahkum olmaksızın peşin bir cezayla karşı karşıya olması anlamına geldiği ve dolayısıyla masumiyet karinesine aykırı olduğunu belirtmektedir<sup>678</sup>. Fakat AİHM, tutukluluğun makul sürede sona ermesine ilişkin değerlendirme yaparken, her olay için baz alınacak kesin bir süre belirlememekte; sürenin makul olup olmadığını her bir olayın somut özelliklerine göre, ayrı ayrı değerlendirmektedir. Bu esnada, kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlandığı yakalanma anı itibariyle başlayarak, ilk derece mahkemesi tarafından verilen karara kadar geçen süre, AİHS m. 5/3 kapsamında değerlendirilirken; ilk derece mahkemesinin kararından sonra devam eden “hükmen tutukluluk” süresini, m. 5/1-a içerisinde kabul etmekte ve fakat toplam

---

<sup>676</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 673.

<sup>677</sup> Kanmaz, AİHM - Yargıtay Kararları Son Yasal Düzenlemeler Işığında : Haksız Yakalama, Tutuklama ve El koyma Nedeniyle Tazminat : Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu, s. 114.

<sup>678</sup> Gölcüklü/Gözübüyük; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, s. 223 – 225.

süreye dahil etmektedir<sup>679</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin uygulamasının da bu yönde olduğu görülmektedir. Makul sürenin aşıp aşılmadığı incelenirken, kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasındaki haklı sebepler değerlendirilmekte ve bu bağlamda, tutuklamaya ilişkin kararların gerekçelerine dikkat edilmektedir. Kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı süre; kişiye atfedilen suçun niteliği ve öngörülen cezanın ağırlığı; özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın, kişi üzerinde yarattığı etki; şüpheli ya da sanığın tutum ve davranışları ile soruşturma veya kovuşturmanın yürütülme şekli toplu bir biçimde ele alınmaktadır. Özellikle tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda, tutukluluk için hâlâ var olduğu öne sürülen nedenlerin belirtilmesi gerekmektedir<sup>680</sup>. Bu bağlamda, kanunda tutukluluk hali için öngörülen üst sürelerin aşılmaması, tek başına tutukluluk süresinin makul olduğunu ortaya koymamaktadır. Ancak yargılamanın uzun sürmemesi ön kabulü, mahkemenin maddi gerçeğe ulaşmaksızın karar vermesi anlamına gelmediği gibi; savunma ve iddia makamlarının da delillerini öne sürmelerini engellemelidir<sup>681</sup>.

AİHM, tutukluluk süresinin makul olup olmadığını incelerken yaptığı gibi, kişinin yargılandığı sürenin makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerinde de kesin bir süre belirlememekte ve her bir olayın koşullarına göre karar vermektedir<sup>682</sup>. Bu doğrultuda, olayın kapsamı ve karmaşıklığı ile yargı organlarının ve başvuranın tutumu gibi somut durumları göz önüne almaktadır.<sup>683</sup> Makul süre değerlendirmesi yapılırken başlangıç olarak, kişinin suç şüphesi altında olduğunu ortaya koyan yakalama, gözaltı benzeri bir ceza muhakemesi

---

<sup>679</sup> Feyyaz Gölcüklü, Yargılama Makamları Önünde Makul Süre, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2-3, Mayıs - Eylül 1991, s. 2.

<sup>680</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 566; Metin Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AÜHFD, Cilt: 48, No: 1-4, 1999 Ankara, s. 21.

<sup>681</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dzelili - Almanya, Karar Tarihi: 10.11.2005, Başvuru No: 65745/01

<sup>682</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 566.

<sup>683</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hennig v. Austria, Başvuru No: 41444/98, 02.10.2013; Gölcüklü, Doğru Yargılama, s. 25; Gölcüklü, Makul Süre, s. 5.

işlemi dikkate alınmakta; sürenin son bulması açısından, verilen kararın kesinleşmesi kabul edilmektedir<sup>684</sup>.

#### **3.3.3.4. Kanuna Uygun Tutuklandıktan Sonra Kovuşturmaya Yer Olmadığına Veya Beraate Karar Verme**

Burada amaç, adli hatanın giderilmesi değildir. Zira, yalnızca suçsuzluğu ortaya konan kişilere tazminat verilmesi değil; haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya kanunda belirtilen sebeplerden biriyle beraat kararı verilen kişilerin tazminat talep edebilmesi öngörülerek, sonradan haksız hale dönüşen bir zararın giderilmesi hedeflenmektedir<sup>685</sup>. Söz konusu tazminat gerekçesine başvurulabilmesi için, tutuklamanın hukuka uygun gerçekleşmesi gerekmektedir; aksi halde, haksız tutuklamaya ilişkin diğer tazminat hükümleri doğrultusunda tazminat talep edilmelidir<sup>686</sup>.

Kişinin uygulanan haksız koruma tedbiri sebebiyle, tazminat talep edebileceği hususu kişiye belirtmeli ve söz konusu bu durum, kararda da yer almalıdır. Aksi halde eski hale getirme talep edilebileceği ve dolayısıyla tazminat talebi için hak düşürücü sürelerin işlemeye başlamayacağı belirtilmektedir<sup>687</sup>. Beraat ya da kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın dayandığı gerekçe önemli değildir. Doktrinde, kanun metninde yalnızca “beraat kararı” ifadesi yer aldığı için, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi ya da düşmesine yönelik karar verilmesi halinde tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir<sup>688</sup>. Ayrıca CMK m.223/3

---

<sup>684</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 566.

<sup>685</sup> Alacakaptan, Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti, s. 212.

<sup>686</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 13.04.2010, Esas No: 2010/8-58, Karar No: 2010/82.

<sup>687</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 571.

<sup>688</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 493; Adem Yeşilkaya, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesi'nde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, s. 79; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 570. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde

hükmü gereği, derhal beraat kararı verilecek hallerde, düşme, durma ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilememektedir. Şayet bu hükme uyulmamış ve beraat kararı verilmemişse, tazminat talep edilebilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>689</sup>.

Birden fazla suç sebebiyle hakkında kamu davası açılan kişinin, tutuklanmasına yol açan suçtan beraat edip, tutuklanmadığı suçtan mahkum olması halinde, bu hükme göre tazminat talep edebilmesi mümkündür. Zira, kişi, tutuklanmasına yol açan suçla itham edilmeseydi, diğer suç sebebiyle tutuklanmamış olduğundan, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, sınırlanmamış olacaktır<sup>690</sup>. Suçun dönüşmesi halinde, şayet ortaya çıkan yeni suç için bir tutuklama yasağı mevcutsa, tazminat istenebilmesi yine mümkünken, diğer hallerde, koşullu salıvermeden kaynaklanan fazla süreler için tazminat istenebilmesi mümkündür. Kişi hakkında birden fazla suçtan kamu davası açılmış; fakat tutukluluğa yol açan bazı suçlarla ilgili beraat, bazı suçlarla ilgili olarak mahkumiyet kararı verilmişse, kişi hakkında hükmedilen hapis cezasının ya da koşullu salıverme için öngörülen sürenin, gözaltı ya da tutuklulukta geçen sürelerden daha az olması halinde, kişinin tazminat talep etmesi yine mümkündür<sup>691</sup>. Ancak bu ihtimalde söz konusu talep, burada belirtilen CMK m. 141/1-e hükmüne göre değil; doğrudan gözaltı ve tutuklulukta geçirilen sürenin hükümlülük süresinden fazla olmasına ilişkin CMK m.141/1-f hükmüne göre gerçekleştirilmelidir.

Kişinin Türkiye’de işlemiş olduğu öne sürülen bir suç için, iade prosedürü çerçevesinde, Türkiye’ye iade edilmesi için yurtdışında tutuklu geçirdiği süre

---

tazminata hükmedilemeyeceği yönünde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 15.12.2011, Esas No: 2011/6536, Karar No: 2011/8578; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 04.07.2013, Esas No: 2013/14033, Karar No: 2013/18314. Düşme kararının tazminat talebinin reddedilmesini gerektireceğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 12 . Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 23.12.2011, Esas No: 2011/6322, Karar No: 2011/9661.

<sup>689</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 571.

<sup>690</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 07.01.2013, Esas No: 2012/29509, Karar No: 2013/56.

<sup>691</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 6. Aksi görüş için bkz. Hakeri, Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini, s. 101.

sonunda, Türkiye'ye iadesini gerektirecek bir suç işlemediğinin anlaşılması halinde de tazminat istemesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>692</sup>.

Mahkeme, tazminata ilişkin talebi incelerken, kesinleşmiş bir kovuşturmaya yer olmadığı ya da beraat kararının varlığı halinde, tazminat hakkının doğup doğmadığına karar vermede herhangi bir takdir hakkını haiz değildir; yalnızca tazminat miktarına ilişkin belirlemede bulunma yetkisi mevcuttur<sup>693</sup>.

### **3.3.3.5. Tutuklama Nedeni Hakkında Suçlamaların Kendisine Açıklanmaması**

Kişinin tutuklama sebebini öğrenmesi ve itham edildiği suçu bilmesi, işleme karşı etkili bir başvuru yapabilmesi için zorunludur. Kişinin kendisini savunabilmesi için, öncelikle ne ile suçlandığını bilmesi gerekir.<sup>694</sup> Anayasa'nın 19. maddesinde tutuklanan kişiye, tutuklama sebebi ve hakkındaki iddiaların, her halde yazılı; ancak hemen yazılı olarak verilmesi mümkün değilse sözlü olarak bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda CMK'da yapılan düzenlemeler gereği, kişi hakkında verilen tutuklama ya da tutukluluğun devamı kararlarının içeriği şüpheli ya da sanığa sözlü olarak bildirilmeli; ayrıca, yazılı olarak da bir örnek verilmelidir. Şayet kişi yabancıysa, bahsedilen bu bildirim, kişinin anlayabileceği dilde yapılmalıdır. Şüpheli ya da sanık, kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle söz konusu açıklamanın anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda değilse, bu hususlarda yasal temsilcisine bilgi verilmelidir.

Kişinin tutuklanması halinde, tutuklama kararında, adli kontrol tedbirinin neden yetersiz kalacağına açıklanması gerektiği CMK'da belirtilmektedir. Bu

---

<sup>692</sup> Hakeri, Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini, s. 88

<sup>693</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 675.

<sup>694</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırı/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 567; Yeşilkaya, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesi'nde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 71.

nedenle, adli kontrol tedbirine başvurulmamasının gerekçelendirilmediği bir tutuklama kararında, kişi özgürlüğünden yoksun kılınmasına yol açan sebepleri tam olarak anlayamayacağından, yine tazminat talep edebilmesi mümkündür<sup>695</sup>.

### **3.3.3.6. Tutuklamanın Yakınlarına Haber Verilmemesi**

Şüpheli ya da sanık tutuklandığında veya tutukluluğunun devamına karar verildiğinde, tutuklunun bir yakını ya da belirlediği kişiye, hakim kararıyla, gecikmeksizin haber verilmesi gerektiği CMK m.107’de belirtilmektedir. Fakat yakalama ve gözaltından farklı olarak, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeyecek haller için, söz konusu bildirim bizzat tutuklu tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Yakalamada belirtildiği üzere, kişinin yakınına mı, yoksa belirlediği kişiye mi bildirim yapılacağını seçme hakkı mevcuttur. Ancak kişinin yakınlarına bildirim yapılması, belirlediği kişiye bildirim yapılmadığı öne sürülerek, tazminat ödenmesini gerektirmemektedir<sup>696</sup>.

Tutuklananın yabancı olması durumundaysa, bahsedilen bu bildirim, kişi yazılı olarak karşı çıkmamışsa, vatandaşı olduğu devletin konsoloslугuna yapılmalıdır.

### **3.3.3.7. Tutuklama işlemine karşı başvurma imkanından yararlandırılmama**

Söz konusu bu hüküm, 2013 yılında eklenmiştir. Kişinin, tutuklama işlemine karşı kanunda öngörülen başvuru imkanlarından yararlanabilmesi imkanı, muhakemenin, hukuki zeminde sürüp sürmediğinin sigortasıdır<sup>697</sup>. Söz konusu bu hüküm, adil yargılanma hakkının alt başlıkları olan çelişmeli yargılama ile silahların eşitliği ilkeleriyle bağlantılıdır.

CMK m.103’e göre, tutuklanan kişi, soruşturma evresinde sulh ceza hakimine; kovuşturma evresindeyse mahkemeye başvurarak, soruşturma ve

<sup>695</sup> İste, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 97.

<sup>696</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 568 – 569.

<sup>697</sup> Günen, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 76.

kovuşturmanın her aşamasında, tutukluluğuna son verilmesini talep edebilmektedir. Kişinin bu hakkını kullanmasının engellenmesi, başkaca bir inceleme yapılmasını gerektirmeksizin bir tazminat sebebi olarak belirlenmiştir.

### **3.3.4. Arama: Arama Kararının Ölçüsüz Bir Şekilde Gerçekleştirilmesi**

Arama ölçüsüz biçimde gerçekleştirilmesi, arama kararının uygulanışı esnasında, aramanın amacına aykırı hareket edilmesi ile ilgili bir hukuka aykırılık durumudur<sup>698</sup>. Buna göre, arama süresinin gerekenden uzun sürdürülmesi; arama kararında belirtilen yerlerin dışındaki yerlerde de arama yapılması; gündüz yapılması gereken aramanın, gece gerçekleştirilmesi; arama esnasında, arama yapılan yere veya buradaki eşyalara zarar verilmesi; arama sırasında eşyaların dağıtılması gibi hallerde arama ölçüsüz gerçekleştirilmiştir<sup>699</sup>. “Aranan şeyin niteliği” işlemin ölçüsünü belirlediğinden, ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığı, har olay için ayrıca ve buna göre değerlendirilmelidir<sup>700</sup>. Böyle durumlarda, arama kararı tamamen hukuka uygun olsa dahi, arama işlemi ölçüsüz gerçekleştirilmiş olduğundan, kişinin tazminat hakkı doğmaktadır. Arama sonucunda bir ispat aracı ya da suç konusu teşkil eden eşyaya ulaşılamaması, tek başına, aramanın ölçüsüz olduğu anlamına gelmemektedir; ancak, arama yapılmaması gerektiği halde arama yapılmış ve sonrasında kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmişse, aramanın ölçüsüz olduğunu kabul etmek gerektiği belirtilmektedir<sup>701</sup>.

Söz konusu bu düzenleme, belirtildiği üzere, yalnızca arama kararının uygulanışı ile ilgilidir; kararın hukuka aykırı olması ihtimalinde tazminat hakkı doğurmamaktadır. Aramaya ilişkin özel bir tazminat düzenlemesi içermesi yönüyle, 466 Sayılı Kanun’a göre ileri bir noktadadır. Ancak, arama işlemini başlatan arama kararının hukuka aykırılığı ihtimalini göz ardı etmesi, aramanın

<sup>698</sup> İste, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 99.

<sup>699</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 569; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 497; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 336.

<sup>700</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 999.

<sup>701</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 679; Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 22.

usulüne uygun gerçekleştirilmesi halinde, bireyin hukuksuz karardan doğan zararını kapsam dışı bırakmaktadır. Yargıtay da bu boşluğu fark etmiş ve içtihadıyla, bu sorunun önüne geçmeye çalışmıştır. Söz konusu bu davada, savcının, yalnızca kendisine yapılan bir telefon ihbarına dayanarak bireyin evinde arama gerçekleştirilmesine karar vermesinin hukuka aykırılığı ele alınarak, tazminat talebi incelenmiştir. Tazminat talebi, yerel mahkeme tarafından, hukuka aykırı arama kararı CMK m.141 içerisinde tazminata hak doğuran sebepler arasında gösterilmediği için reddedilmiştir. Yargıtay ise, temyiz sürecinde olayı incelerken, AİHM’in arama için öngördüğü kriterleri göz önüne almıştır. AİHM’nin, henüz kişi hakkında herhangi bir soruşturma ya da kovuşturma bulunmadığı; yalnızca emniyet tarafından savcılığa bildirilen kısa ve öz açıklamanın makul şüphe doğurmaya yetmeyeceğinin; arama kararında bu bildirim yanısıra herhangi bir somut delilin ortaya konulmadığı ve de aramayı gerçekleştirecek polislerin, spesifik olarak ne aradıklarının belirtilmediği başvuruda, arama kararı Sözleşme’nin 8. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkını ihlal eder nitelikte bulunduğu vurgulanmıştır. Somut davadaysa, savcının yalnızca kendisine yapılan bir telefon ihbarına dayanarak arama kararı verdiği; başkaca herhangi bir somut delil ortaya koymadığı ve bunun makul şüphe yaratmaya yetmeyeceği gibi, hakim kararına başvurulamamasının ardında yatan gecikmesinde sakınca olan halin ne olduğunun da kararda yer almadığı belirtilerek, arama kararının kendisi hukuka aykırı bulunmuştur. Böyle bir kararın, CMK m.116’de yer alan konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacağı; Anayasa m.21 ile AİHS m.8 kapsamına giren konut dokunulmazlığı haklarını da ihlal edeceği ifade edilmiştir. Tüm bu sebeplerle, her ne kadar CMK m.141’de hukuka aykırı arama kararı bir tazminat sebebi olarak açıklanmamışsa da Yargıtay, tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir <sup>702</sup> . Yargıtay’ın bahsedilen bu kararı, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalara karşı bireyi savunmasız bırakan bir kanun boşluğunu doldurması açısından önemlidir. Ancak, karşı oylarda da belirtildiği gibi, bu yöndeki bir tazminat

<sup>702</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Esas No: 2013/9105, Karar No: 2013/30731, Karar Tarihi: 24.12.2013.

istemi, sınırlı olarak sayılmış olan tazminat sebepleri arasında yer almamaktadır. Yargıtay, kanunda yer verilmemiş bir hususta, hakkaniyeti sağlayabilmek amacıyla içtihat yaratmıştır. Bu içtihadın, ileride değişmesi ihtimali bulunduğu gibi, sınırlı olarak sayılmış sebeplerin genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır. Tüm bu nedenlerle, kanun koyucunun, hukuka aykırı verilen arama kararını da bir tazminat sebebi olarak belirlemesi gerektiğini düşünmekteyim. Zira, örnekte de incelendiği üzere, arama işlemi hukuka uygun gerçekleştirilse dahi, onu doğuran arama kararı, hukuka aykırı olabilmekte ve kanun metnine göre, bu hukuka aykırılığın, tazminat istemi yönünden, göz ardı edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, CMK m.141'e eklenen hüküm ile soruşturma ve kovuşturma esnasında, hakim ve savcıların verdikleri haksız işlemleri sebebiyle doğan zararların madde kapsamına alındığı belirtilmelidir. Bu nedenle, salt arama kararının hukuka aykırılığı nedeniyle de tazminat talep edilebilmesi, teoride mümkündür. Ancak, bu hususun pratikte ne kadar işlerlik kazanacağı henüz ortaya konmamıştır. Kanun koyucunun, hukuka aykırı verilen arama kararını, doğrudan bir hukuka aykırılık sebebi kabul ederek, uygulaması muğlak olan bir genel hükmün içinden çıkarması, arama ile korunan özel hayatın gizliliği ve onun uzantısı olan konut dokunulmazlığı hakları açısından oldukça önemli ve gereklidir.

### **3.3.5. El Koyma: Koşulları Oluşmadığı Halde El Koyma Kararı Verilmesi, El Konulan Eşyanın Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması, Eşyanın Veya Malvarlığı Değerlerinin Amaç Dışı Kullanılması Veya Zamanında Geri Verilmemesi**

El koymadan kaynaklanan zararın tazminini talep etmeye, eşyanın maliki yetkili olduğu gibi, zilyedinin de talep etmesi mümkündür<sup>703</sup>. Maddede, bu konuya ilişkin sayılan ihtimaller kümülatif değildir; bunlardan yalnızca birinin

---

<sup>703</sup> İsmail Uğuz, Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak "El Koyma", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2007 İstanbul, s. 119.

gerçekleşmesi, tazminat talebinde bulunulması için yeterlidir. Doktrinde, AİHS’te, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının aksine, böyle bir tazminat hükmü açıkça düzenlenmediği ve bu sebeple haksız el koyma durumunda yalnızca belirli şartlar altında tazminat talebinde bulunulabildiği için, CMK düzenlemesinin AİHS’ten de ileri olduğu vurgulanmaktadır<sup>704</sup>.

El koyma için aranan şartlar gerçekleşmediği halde işlem gerçekleştirilmişse, bunun yol açtığı zarar, devletçe giderilmelidir. Bu esnada, postada el koyma; taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma gibi, el koyma işlemi için farklı şartlar aranan hallerde, genel el koyma şartlarının oluşmuş olması, işlemi haklı kılmayacaktır.

CMK m. 132/4 hükmü gereği, devlet, el konulan eşyanın değerini korumak ve zarar görmemesi için gerekli tedbirleri almak; amaç dışı kullanımların önüne geçmekle yükümlüdür. Bu amaçla, gerektiğinde eşyayı elden çıkarmak; şüpheli ya da sanık veya üçüncü kişiye bırakmak; rayiç değerinin ödenmesi halinde, kişiye iade etmesi gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu bu tedbirlerin alınmaması sebebiyle doğan zararın giderilmesinden, devlet sorumlu olmaktadır. Ticari eşya, el koyma esnasında zayı olmuşsa, ticari eşyanın, el koyma tarihindeki rayiç piyasa değeri, el koyma işleminin gerçekleştirildiği tarihten itibaren işleyecek faizle birlikte ödenmelidir. Bunun yanı sıra, malın ticari niteliği sebebiyle, ticari hayatta piyasaya sürülememesinin yol açtığı kâr kaybı da göz önüne alınmalıdır. Bu sebeple, malın, piyasadaki ortalama el değiştirme süresinde elde edilecek olan kâr da ilave edilerek zarar hesaplanması yoluna gidilmelidir. Söz konusu “ortalama süre”nin, uygulamada, 60 gün olarak kabul edildiği belirtilmektedir<sup>705</sup>.

El konulan eşya, müsadere edilemeyen veya müsaderesi gerekmeyen bir eşyaysa ya da delil olarak elde tutulmasına artık gerek yoksa, CMK m.131’e göre, sahibine iade edilmelidir; bu hallerde, iade için, hüküm verilmesi ya da kararın kesinleşmesi beklenmemelidir. Böyle bir durumda, eşyanın geç teslim edilmesi

<sup>704</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 679.

<sup>705</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 13. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 14.05.2014, Esas No: 2014/5303, Karar No: 2014/11726.

sebebiyle oluşan zararlara karşı tazminat talep edilebilmektedir. Kaçakçılık şüphesiyle el konulan bir aracın, bir haftanın sonunda iade edilmesi makul bulunurken; bunun üzerine çıkan sürelerin, tazminat gerektireceği belirtilmektedir<sup>706</sup>. Kişinin cep telefonuna el konulması halindeyse, sim kartın kopyalanmasının kısa sürecek bir iş olduğu, buna karşılık, sekiz ay gibi uzun bir süreyle kişinin telefonunun el koyma tedbirine konu olmasının el konulan eşyanın makul sürede geri verilmemesine örnek olduğu belirtilerek tazminata hükmedilmesi gerektiği kararı verilmiştir<sup>707</sup>. Makul süre içerisinde geri vermemenin yol açtığı zarar sebebiyle açılan tazminat davalarının, uygulamada, el koyma açısından en çok karşılaşılan tazminat sebebi olduğu belirtilmektedir<sup>708</sup>.

### 3.3.6. Mahkumiyet Halinde Tazminat

Kişinin mahkumiyeti yönünde karar verilmiş ve fakat gözaltı ya da tutuklulukta geçirdiği sürenin hükümlülük süresinden fazla olması veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması sebebiyle, para cezasına mahkum edilmiş olması hallerinde de tazminat talep etme hakkı mevcuttur. Kanunda, “kanunda öngörülen cezanın sadece adli para cezası olması” ifadesi kullanıldığı için, hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi halinde bu hükme başvurulamayacağı belirtilmektedir<sup>709</sup>. Gözaltı ya da tutuklama işlemlerine hukuka uygun biçimde başvurulup icra edilmeleri, tazminat talep edilmesini engellemektedir. Doktrinde, kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde tazminat talep edilemeyeceği öne sürülmektedir<sup>710</sup>.

---

<sup>706</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 21.

<sup>707</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 09.01.2013, Esas No: 2012/22620, Karar No: 2013/537.

<sup>708</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 7.

<sup>709</sup> Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 493 - 494; Yeşilkaya, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesi'nde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, s. 70 - 71; Hakeri, Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini, s. 100.

<sup>710</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 570.

Koşullu salıverme süresinin aşılması, Yargıtay'ca, önceleri tazminat sebebi olarak görülmemekteyken; sonradan içtihat değişikliğine gidilmiştir. Buna göre, yargılamanın uzun sürmesi sebebiyle, kişi hakkında bir hüküm verilemediğinden ve dolayısıyla bunun kesinleşmesi de mümkün olmadığından, cezaevinde hükümlü statüsüyle kalmayan; ancak tutukluluğu halen devam eden kişi, 5275 Sayılı Kanun'da kendisi için öngörülen indirimden yararlanamamaktadır. Bu sebeple, kişinin yargılama süresince tutukevinde geçirdiği sürenin, koşullu salıverme halinde cezaevinde geçireceği süreden fazla olması halinde, bu süre için tazminata hükmedilmesi gerekmektedir<sup>711</sup>. Adli para cezası ya da hapis cezasına ilişkin mahkumiyet hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilirse, gözaltı ya da tutukluluk süresinin, geri bırakmaya konu olan süreyi aşan kısmı için tazminata hükmedilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>712</sup>. Her ne kadar 5 yıllık deneme süresi sonunda davanın düşmesi yönünde karar verilmekteyse de, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının karma niteliği göz önünde tutularak, sanık ile devlet arasındaki cezai ilişkisi sona erdirmesi sebebiyle, tazminat istenemeyecek hal olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak, tazminat davasının açılması için, öncelikle 5 yıllık deneme süresinin geçmesi gerekmektedir<sup>713</sup>. Zira, bu süre içerisinde sanığın, yeni bir suç işlemesi halinde, yargılama yeniden ele alınacaktır. Bu durumda nihai karar beraat olursa, kişi tutuklu ya da gözaltında geçirdiği sürelerin tamamı için tazminat talep edebilecek; ceza alması halindeyse, kişi özgürlüğünün, koşullu

---

<sup>711</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 24.01.2013, Esas No: 2012/24083, Karar No: 2013/1; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 24.04.2014, Esas No: 2014/832, Karar No: 2014/10020. Aksi yöndeki önceki tarihli karar için bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 24.04.2012, Esas No: 2012/6295, Karar No: 2012/10693.

<sup>712</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 570. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ardından 5 yıllık süre geçtiğinde, hüküm açıklanmayarak davanın düşmesi yönünde karar verildiği ve bu sebeple tazminat istenmesinin mümkün olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. Halil İbrahim Kargı, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010, s. 57.

<sup>713</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 21.05.2014, Esas No: 2014/7105, Karar No: 2014/12267; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 03.06.2014, Esas No: 2014/2830, Karar No: 2014/13650.

salıverme süresinden fazla kısıtlandığı günler için tazminat talep edebilecektir<sup>714</sup>. Şayet 5 yıllık sürenin sonunda düşme kararı verilirse, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen cezanın koşullu salıvermede öngörülen sürenin üzerindeki tutukluluk süresi için tazminat talep edebilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Buna gerekçe olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına, sanığın onayı olmaksızın hükmedilememesi ve bu onayın da kişinin suçlu olduğunu kabul ettiği anlamına gelmesi gösterilmektedir<sup>715</sup>. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair verilen bu onayın, sanığın suçu işlediğini ikrar ettiği yönünde bir anlam atfedilmesi, masumiyet karinesi ile çelişir nitelikte olduğundan, söz konusu bu gerekçeye katılmamaktayım.

Bu ihtimalde, kişinin, tazminat hakkı olduğunu öğrenme hakkı CMK m.141/2'de belirtilmiştir. Bu nedenle hem kişiye bu yönde bilgi verilmeli; hem de söz konusu durum, başvuru süresi ve merciini açıkça gösterir şekilde kararda belirtilmelidir<sup>716</sup>. Ancak uygulamada bu hükme uyulmayarak sanıkların tazminat hakları olduğuna dair aydınlatılmadıkları gözlemlenmektedir<sup>717</sup>.

### **3.3.7. Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat**

Kanunda, yargılamanın yenilenmesi hallerinin düzenlendiği bölümde, tazminat istemine dayanak teşkil eden bir hüküm mevcuttur. Buna göre, kişi lehine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesinin ardından, yargılama sonucunda beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde, önceki mahkumiyet hükmünün kısmen ya da tamamen infazının yol açtığı maddi ve manevi zararların tazmini için CMK m.141 ve devamındaki maddelerle belirtilen tazminat usulü işletilmelidir. Esasen AİHS'in 7 No'lu Protokolü'nde yer alan adli hata halinde kişinin tazminat hakkı ile de kesin bir kararla mahkum olan

---

<sup>714</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 18.

<sup>715</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 18 ve orada dipnot 58.

<sup>716</sup> Kargı, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 39.

<sup>717</sup> Özkan Gültekin, Yakalama ve Gözaltına Alma Kavramları ile Uygulamadan Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Terazi Hukuk Dergisi, 2012, s. 41.

ve sonradan yeni ya da yakın zamanda keşfedilen delille önceki karardan dönülen hallerde, söz konusu delilin ortaya çıkmayışının tamamen veya kısmen kişiye atfedilmesi hariç olmak üzere, cezaya maruz kalan kişinin tazminat hakkı olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın kendi kimliği kullanılarak başkası tarafından işlenen suç sebebiyle mahkum olan kişiler açısından, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilerek beraat kararının kesinleşmesi durumunda, haksız olarak kişi özgürlüğünün sınırlandırılması sebebiyle açılan tazminat davasına asliye hukuk mahkemelerinin bakacağı yönünde kararı mevcuttur<sup>718</sup>. Ancak söz konusu karar, açık CMK hükmü karşısında yanlış bulunmakta ve eleştirilmektedir<sup>719</sup>.

### **3.3.8. Tazminat İsteyemeyecek Kişiler**

Tazminat istenemeyecek durumlarda sayılan hallerden birinin söz konusu olabilmesinin ön koşulu, yakalama ya da tutuklama işleminin kanuna uygun olarak gerçekleşmesidir; aksi halde, bu başlıkta sayılan durumlardan biri gerçekleşse dahi, kişinin tazminat talep edebilmesi mümkündür. Kanuna uygun olarak yakalanmış ya da tutuklanmış kişi, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun ile tazminat talep etmeye hak kazanmış; genel af, özel af, şikayetten vazgeçme, uzlaşma gibi bir nedenle hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı ya da kamu davasının düşmesi, ertelenmesi veya kamu davasının geçici olarak durması kararı verilmiş; kusur yeteneği bulunmadığı için hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş; adli makamlara gerçek dışı beyanlarıyla suç işlediği ya da suça katıldığını belirterek gözaltına alınması veya tutuklanmasına neden olmuşsa, CMK m. 144 gereğince tazminat talep etme hakkına sahip değildir. Ancak son ihtimalde, beyanların gerçek dışılığı, mahkeme önünde kanıtlanmış olmalıdır<sup>720</sup>. Bu da kişinin, TCK m. 270'te düzenlenen "suç üstlenme" suçunun gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Zira, kişiler, her zaman

<sup>718</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, Karar Tarihi: 14.07.2011, Esas No: 2010/5970, Karar No: 2011/8324.

<sup>719</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 505.

<sup>720</sup> Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 340.

gerçekleştirdikleri eylemin suç teşkil edip etmediğini bilemeyeceklerinden, iyiniyetle yapacakları bildirimlerinin aleyhlerinde yorumlanmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>721</sup>.

Söz konusu hükümlere bakıldığında, tazminat engellerinin, kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişiler açısından geçerli olduğu görülmektedir; diğer tazminat sebepleri açısından böyle bir durum mevcut değildir. Bu doğrultuda, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama, el koyma tedbirleri açısından, bahsedilen istisnai şartlar söz konusu olsa dahi, tazminat istenebilmektedir<sup>722</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere, bir dava düşme sebebi olan zamanaşımı durumunun gerçekleşmesi durumunda, kural olarak, tazminat talep edilebilmesi mümkün değildir. Ancak, zamanaşımı gerçekleşse dahi, yol tutuklamasının kanuni süreyi aşması gibi açık bir hukuka aykırılık hali mevcutsa, tedbire maruz kalan kişinin, tazminat talep edebilmesinin mümkün olduğu, Yargıtay tarafından kabul edilmektedir<sup>723</sup>.

Genel af ve özel affın tazminat açısından bir engel olmasının, masumiyet karinesi ile bağdaşmadığı ve dolayısıyla Anayasa ve AİHS'e de aykırı olduğu ifade edilmektedir; çünkü, sanığa, affı kabul etmeme olanağı tanınmayarak aklanma hakkı göz önüne alınmamakta, yargılama sonunda beraat edebilecek kişi, doğrudan suçu işlemiş kabul edilmektedir. Keza AİHS'in 7 No'lu Protokolü'nde yer alan adli hata halinde kişinin tazminat hakkı, kişinin affedilmesi sebebiyle cezai kararın iptal olması durumunda, cezaya maruz kalan kişinin tazminat hakkı olduğu kabul edilmiştir. Söz konusu Protokol'ün 25.03.2016 tarihi itibarıyla yürürlüğe girdiği göz önüne alındığında, CMK'da affa ilişkin hüküm, bu açıdan da AİHS ile çelişmektedir.

---

<sup>721</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 14.

<sup>722</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 690; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 434; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 340.

<sup>723</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 04.04.2014, Esas No: 2014/3864, Karar No: 2014/8484.

Sonradan yürürlüğe giren kanununla kişinin gerçekleştirdiği eylem, suç olmaktan çıkarılabilmekte; suç için öngörülen hapis cezası kişinin hapistede kaldığı süreden daha az bir süreye düşürülebilmekte ya da adli para cezası haline getirilebilmektedir. Bu ihtimallerde, TCK m. 7’de de yer alan bir uluslararası ceza hukuku prensibi olan “lehe kanun uygulanır” hükmü gereği, kişi, sonradan yürürlüğe giren lehe kanunun re’sen uygulanması sonucu tazminat talep edebilmelidir<sup>724</sup>. Ancak bu durum, CMK’da açıkça tazminat istenemeyecek bir hal olarak belirlenmiştir. Bu şekilde sonradan yürürlüğe giren lehe kanunun tazminatı olanaklı kılması veya şikayetten vazgeçme hallerinde de tazminat talep edilmesinin mümkün olmayışı, Anayasa ve AİHS’te düzenlenen masumiyet karinesine aykırı bulunmaktadır<sup>725</sup>.

Kusur yeteneği olmadığı gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın ardından, kişinin tazminat isteyememesiyse, kusurun, failin kınanabilirliği ile ilgili bir yargı olması ve failin eyleminin suç vasfını değiştirmedığı gerekçesiyle, doktrinde, yerinde bulunmaktadır.

Kişi hakkında birden fazla mahkeme tarafından tutuklama kararı verilmiş; ancak tutuklamalar, sırasıyla infaz edildiğinden, henüz infazına başlanmamış olan tutukluluğa ilişkin karar, bu arada ortaya çıkan yeni durumlar göz önüne alınarak kaldırılabilmektedir. Böyle bir ihtimalde, tutuklama infaz edilmediğinden, tazminat için öngörülen diğer şartlar gerçekleşse dahi dava şartları oluşmadığından, tazminata hükmedilmesi mümkün değildir<sup>726</sup>.

### 3.3.9. Koruma Tedbirleri Dışındaki İşlemler İçin Tazminat

CMK’ya 6545 Sayılı Kanun ile eklenen hüküm doğrultusunda, hakimler ve Cumhuriyet savcılarının ceza soruşturma ve kovuşturması sırasında verdikleri

<sup>724</sup> Kargı, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 50 – 51.

<sup>725</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 690. Burada bir beraat kararı mevcut olmadığı ve kişinin bahsedilen sebeplerden dolayı ceza almadığı ya da davanın sonuçlanmadığı; bu nedenle, tazminat istenememesinin yerinde olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Yeşilkaya, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesi’nde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, s. 79.

<sup>726</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 27.03.2014, Esas No: 2014/896, Karar No: 2014/681.

kararlar ya da yaptıkları işlemlerle ilgili kararlar sebebiyle yol açtıkları zararlara karşı, Devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği hükmü eklenmiştir. Ceza soruşturma ve kovuşturması dışında kalan hallerdeyse, bu madde hükmü uygulanamayacağından, karşılaşılan haksız uygulamalara karşı, idari yargıda tam yargı davası açılması gerektiği belirtilmektedir<sup>727</sup>.

Söz konusu hüküm, ceza soruşturma ve kovuşturması esnasında haksız olarak uygulanan tüm koruma tedbirlerini kapsayıcı niteliği haiz olması sebebiyle, olumludur. İnfaz uygulamasından, önleyici nitelikteki tedbirlerden ve Kabahatler Kanununa göre yapılan işlemlerden kaynaklanan haksızlıklar, bu kapsamdadır<sup>728</sup>. Böyle bir durumda, ağır ceza mahkemesine başvurularak tazminat davası açılmışsa, mahkeme, görevsizlik kararı vermelidir. Eğer tazminat davası öncelikle idari yargıda açılmış ve fakat buradan verilen görevsizlik kararı üzerine ağır ceza mahkemesine başvurulmuşsa, ağır ceza mahkemesi, yine görevsizlik kararı vermelidir. Bu ihtimalde, görev konusunda kararı verecek olan mahkeme, Uyuşmazlık Mahkemesi'dir<sup>729</sup>.

Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetimi ya da gizli soruşturmacı gibi CMK'da koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmiş; ancak m. 141'de tazminat istenebilecek hal olarak açıkça sayılmamış koruma tedbirleri, söz konusu bu hüküm doğrultusunda, ağır ceza mahkemesinde açılacak tazminat davasına konu edilebilmektedir<sup>730</sup>. Bu bağlamda Yargıtay kararları incelendiğinde, Yargıtay'ın da CMK m. 143/3 doğrultusunda içtihat değişikliğine gittiği görülmektedir. Yargıtay, adli kontrolün açıkça CMK m. 141'de sayılmamasına rağmen, kişinin 3 yıl 6 ay 18 gün boyunca her gün 18:00-22:00 saatleri arasında karakola başvurarak imza atmasının, bir aşamadan sonra koruma tedbirlerinin amacını aştığını ve orantılılık ilkesine uygun olmadığını belirtmiştir. Söz konusu adli kontrol kararının, kişinin seyahat özgürlüğünü, hukuka aykırı

<sup>727</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 12.

<sup>728</sup> Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, s. 335.

<sup>729</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 30.06.2014, Esas No: /2121, Karar No: 2014/16123.

<sup>730</sup> Necati Meran, Ceza ve Hukuk Davalarında Yasak Delil, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 281.

biçimde sınırladığını ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakır hale geldiğini belirtmiş ve bu sebeple tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>731</sup>.

CMK'da koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmemesine rağmen, koruma tedbirlerinin sahip olduğu özellikleri haiz işlemler mevcuttur. Gözlem altına alma, beden muayenesi, moleküler genetik incelemeler ve fizik kimliğinin tespiti bu şekilde düzenlenen işlemlerdir. Doktrinde söz konusu bu işlemleri koruma tedbirleri başlığı altında inceleyenler mevcuttur<sup>732</sup>. Zira, kişi hak ve hürriyetlerini sınırlar, zorlayıcı, geçici niteliktedirler ve ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için bir araçlardır. Ancak, kanunda koruma tedbirleri başlığı altında ele alınmadıklarından dolayı, çalışma içerisinde, bahsedilen işlemler ve bunlara dayalı tazminat istemine dair, ayrı ve detaylı bir inceleme yapılmamıştır. Buna rağmen, CMK m.143/3 gereği, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin tümüne karşı tazminat yolu açıldığından, bu işlemlerin kanuna aykırı uygulanması sebebiyle zarara uğrayan kişilerin, CMK'da yer alan tazminat şartlarına uyarak tazminat talep edebilmeleri mümkündür. Gözlem altına alma, kişinin akıl sağlığı hakkında bir karar verilmesi için, belirli bir süre doktor gözetiminde tutulmasıdır. Bu yönüyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne ya da AİHM'ye bireysel başvuruda bulunulduğunda, öncelikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden talepte bulunulmalıdır. Beden muayenesi, moleküler genetik incelemeler ile fizik kimliğin tespitiyse, kişilik haklarına yöneliktir. Bu sebeple, yukarıda belirtilen mercilere, özel hayatın gizliliği doğrultusunda bir başvuruda bulunulması yerinde olacaktır. Bu bağlamda AİHM'nin, uyuşturucu madde ile ilgili delile ulaşabilmek için kişinin kusturulması örneğinde, bunu insan onuruna aykırı kabul ederek, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkence yasağının ihlal edildiği yönünde kararı mevcuttur. Mahkeme burada, kişinin kusturucu ilaç içmeye rıza

---

<sup>731</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 16.02.2015, Esas No: 2014/13444, Karar No: 2015/2705.

<sup>732</sup> Bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler. Söz konusu işlemlerin hem bilirkişi incelemesi hem de koruma tedbiri özellikleri taşıdığı yönündeki görüş için bkz. Mahmutoglu, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, s. 2, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2017).

göstermemesi sebebiyle, doktor eşliğinde kişinin midesine sonda sokularak kusturulmasını ölçülülük ilkesi ışığında incelemiştir; beden muayenesine yönelik zorlayıcı önlemlerin, diğer delil elde etme yöntemleri denendikten sonra ya da bunların etkisiz olacağına anlaşılması şartıyla son çare olarak uygulanmasının hukuka uygun olacağını belirtmiştir. Söz konusu olayda, beklenildiğinde, dışkı yoluyla uyuşturucuya yönelik inceleme yapılmasının mümkün olduğu ve bu sebeple kişinin sondayla kusturulmasının insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olduğuna hükmetmiştir<sup>733</sup>.

CMK'da koruma tedbiri olarak ele alınmamakla birlikte, kendilerini düzenleyen kanunlarda koruma tedbiri oldukları belirtilen işlemler, özel kanundaki düzenlemeleri göz önüne alınarak koruma tedbiri kabul edilmelidir. Erişimin engellenmesi ya da sporda şiddet kanunu gereği koruma tedbiri olarak düzenlenen maç günleri imza atma yükümlülüğü, bu yönleriyle, CMK'da düzenlenmeseler dahi birer koruma tedbiridir<sup>734</sup>. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemeler nedeniyle zarara maruz kaldığını öne süren bireyler, CMK'da öngörülen usul doğrultusunda tazminat talep edebilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, bahsedilen tedbirler, CMK kapsamında koruma tedbiri olarak ele alınmadığından, çalışmada ayrıca incelenmemiştir. Ancak erişimin engellenmesi kararının hukuka aykırı uygulanması halinde, haberleşme özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün ihlali söz konusu olduğundan, bu iddia ile Anayasa Mahkemesi ile AİHM'ye bireysel başvuruda bulunulması mümkündür. Bu bağlamda, mahkemeler tarafından Google arama motoru ve Youtube'a erişimin tamamen engellenmesi örneklerinde, AİHM, erişimin engellenmesinde ölçülülük ilkesine riayet edilmediğini; zira tedbire konu olması gereken içeriğin spesifik olarak belirlenmediğini göz önüne alarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine

---

<sup>733</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Jalloh v. Germany, Application No: 54810/00, 11.07.2006.,

<sup>734</sup> Erişimin engellenmesi kararı, idari mercilerce verildiğinde idari tedbir niteliğini haiz olduğundan buna yönelik idare mahkemesine başvurulması gerekmektedir. bkz. Atamer, 5651 Sayılı Kanun ve Erişim Engelleme, 09.02.2012, <http://www.atamer.av.tr/5651-sayili-kanun-ve-erisim-engelleme/> (Erişim tarihi: 25.02.2017).

hükmetmiştir<sup>735</sup>. Mahkemenin, Youtube'a ilişkin kararında, başvuranların kullanıcı olmaları sebebiyle, taraf sıfatını haiz olduklarını kabul etmiş olması da vurgulanmalıdır.

### **3.3.10. Tazminat İçin CMK'da Öngörülen Usul Kuralları**

#### **3.3.10.1. Başvuru Koşulları**

Tazminat, talebe bağlıdır; davanın, talep olmaksızın, re'sen görülmesi mümkün değildir<sup>736</sup>. Tazminata ilişkin dava, bizzat zarara uğrayan şüpheli ya da sanık tarafından açılabilir gibi; kişinin yasal temsilcisi ya da özel vekili tarafından da açılabilir. Tazminata ilişkin davanın açılması için, vekaletnamede, buna ilişkin özel yetki verilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir<sup>737</sup>. Ancak Yargıtay, vekaletname ceza davası için verildiğinden, davacıyı dinleyerek vekalet ilişkisinin devam edip etmediğini ve davacının, davaya muvafakat edip etmediğini tespit ettikten sonra karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>738</sup>. Kişinin kısıtlı olması halindeyse, vasinin, kısıtlı adına dava açılması için, Türk Medeni Kanunu m. 462 gereğince Sulh Hukuk Mahkemesinden husumete izin kararı alması gerekmektedir<sup>739</sup>. Ancak; Yargıtay, eski tarihli bir kararında, vesayet altındaki kişiler açısından, vasinin, denetim makamı olan sulh hukuk mahkemesinden dava açmaya ilişkin izin olmaksızın küçük adına dava açtığı ve dava esnasında küçüğün, vesayet altına alınmasını gerektiren durumun ortadan kalkması sebebiyle vesayet ilişkisinin sona erdiği bir

---

<sup>735</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yıldırım v. Turkey, Application No: 3111/10, 18.12.2012; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Cengiz and Others v. Turkey, Application No: 48226/10 14027/11, Karar Tarihi: 1.12.2015.

<sup>736</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 967; Yeşilkaya, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesi'nde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, s. 72; Yerdelen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ve Türk Hukukundaki Yansıması, s. 123.

<sup>737</sup> Baytar, Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması, s. 367.

<sup>738</sup> Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Tarihi: 21.09.2010, Esas No: 2010/2081, Karar No: 2010/5909.

<sup>739</sup> İsmail Malkoç/Mert Yüksektepe, Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, 2005 Ankara, s. 405.

örnekte, tazminata ilişkin davanın varlığı ve değerinin devam ettiği prensibi kabul edilmiştir<sup>740</sup>.

Arama tedbirinde doğrudan doğruya arama işlemi sebebiyle zarar gören üçüncü kişiler; el koyma tedbiri açısından, şüpheli ya da sanık haricinde, eşyasına delil niteliğinde olduğu öne sürülerek haksız biçimde el konmuş, değer kaybına uğramış ya da geç iade edilmiş üçüncü kişiler de, CMK m.141/1-j hükmü doğrultusunda, tazminat talebinde bulunabilmektedir<sup>741</sup>. Davacının dava açılmadan ölmesi halinde, mirasçıları, onun yerine tazminat davası açamamaktadır; ancak kişinin davayı açtıktan sonra ölmesi ihtimalinde, mirasçılar, söz konusu davaya devam edebilmektedir<sup>742</sup>. Böyle bir durumda Mahkeme, HMK hükümleri uyarınca, öncelikle başvuru sahibinin mirasçılarını tespit etmeli; mirasçıların, davaya devam edip etmeyeceklerini öğrenmeli ve davaya devam edeceklerini beyan etmeleri halinde, tüm mirasçıların davaya katılmasını ya da terekeye temsilci atanmasını sağlayarak karar vermelidir<sup>743</sup>.

Tüzel kişiler açısından, arama veya el koyma gibi bünyelerinde zarara yol açan tedbirler açısından tazminat talep etmeleri mümkündür<sup>744</sup>.

CMK'da yer alan tazminat hükümleri doğrultusunda tazminat talep edilebilmesi için, kişi hakkında verilen kararın, kural olarak, kesinleşmesi gerekmektedir. Ancak tutuklulukta öngörülen üst sınırın aşılması veya kişinin gereken sürede hakim huzuruna çıkarılmaması gibi esas davanın sonucundan bağımsız hukuka aykırılık hallerinde, Yargıtay tarafından, karar kesinleşmesi

---

<sup>740</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 09.09.1982, Esas No: 1981/2711, Karar No: 1982/2990.

<sup>741</sup> Hakeri, Dönmezer Armağanı, s. 901, Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 431.

<sup>742</sup> Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 15.10.1990, Esas No: /2244, Karar No: 1990/2471, Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 573; Malkoç/Yüksektepe, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 406. Tutuklamanın haksızlığının anlaşılması halinde, mirasçıların tazminat talep etme hakkı olduğunun kabul edilmesi yönündeki görüş için bkz. Karar Hakeri, Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini, s. 96.

<sup>743</sup> Veysel Gültaş, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Işığı Altında Tutuklama ve Kanun Yolları: Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesini Yeniden Düzenleyen 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat : Açıklamalar, Seçilmiş Yargıtay Kararları, Konu ile İlgili AİHM'sinin İçtihatları ve Dilekçe Örnekleri, Bilge Yayınevi, 2008 Ankara, 2. Baskı, s. 561.

<sup>744</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 573.

beklenmeksizin tazminat talebinde bulunulabileceği belirtilmektedir<sup>745</sup>. Bu durumda dava açma süresi, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır<sup>746</sup>.

Yargıtay'ın bahsedilen bu esnek yorumunun yansımaları, gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında görülmektedir. AİHM, CMK'nın yürürlüğe yeni girdiği dönemde, henüz CMK m.141 hükümleri doğrultusunda verilen bir tazminat kararı mevcut olmadığından, CMK m.141'i etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmeme eğilimdeyken; zamanla bu tutumu, soruşturma veya kovuşturması tamamlanmış başvurular açısından, tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olarak benimseme yönünde değişmiştir<sup>747</sup>. Yargıtay'ın yukarıda açıklanan yaklaşımının ardından ise, CMK m.141'in etkililiğine ilişkin içtihadını genişletmiş ve uzun tutukluluk iddiası söz konusu olduğunda, soruşturma veya kovuşturma evresi tamamlanmamış olsa dahi, öncelikle CMK'da öngörülen tazminat istemi usulünün takip edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>748</sup>. Anayasa Mahkemesi ise, önceleri, tutukluluğun makul süreyi aştığı yönündeki iddiaları incelerken, Yargıtay'ın söz konusu içtihadının mevcudiyetini kabul etmekle birlikte, bu incelemenin halihazırda devam etmekte olan tutukluluğa son vermeyi sağlayamaması sebebiyle, CMK m.141 başvurusunu etkili ve dolayısıyla

---

<sup>745</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 04.04.2012, Esas No: 2011/15700, Karar No: 2012/9187; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 15.05.2012, Esas No: 2011/20114, Karar No: 2012/12183; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 01.11.2012, Esas No: 2012/25534, Karar No: 2012/22659.

<sup>746</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 576; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 683; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 499. Bu şekilde tebliğ veya tefhim edilmeyen kararlar açısından sürenin başlangıcının öğrenme tarihi olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Tahir Taner, Adli Hataların Tamiri, Adli Hataların Tamiri, Mukayeseli Hukuk Dergisi, Mart - Nisan 1956, Sayı: 2, s. 9.

<sup>747</sup> Mahkeme'nin Hükümet tarafından somut içtihat sunulmaması sebebiyle CMK m.141'i etkili kabul etmediği kararlar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tutar v. Turkey, Application No: 11798/03, 10.10.2006, par. 20; Cahit Demirel v. Turkey, 07.07.2009, Başvuru No: 18623/03 par. 28; Er ve diğerleri – Türkiye Davası, Application No: 23016/04, Karar Tarihi: 31.07.2012. CMK m.141 ile ilgili tazminat istemleri sonucu Mahkeme'nin gittiği içtihat değişikliğine ilişkin kararlar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Demir v. Turkey, Application No: 51770/07, 16.10.2012, par. 24-28; Balca v. Turkey, Application No: 41843/07, 22.01.2013, par. 17; Beştaş v. Turkey, Application No: 16857/12, 17.05.2016.

<sup>748</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, A. Ş. V. Turkey, Application No: 58271/10, 13.09.2016, par. 93-34; Yıldız v. Turkey, Application No: 42745/09, 11.10.2016, par. 27.

tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olarak değerlendirmemekteydi<sup>749</sup>. Ancak, daha sonra bu içtihadını değiştirmiş ve Yargıtay'ın iddiaları daha kapsamlı incelediği kararlara atıf yaparak, söz konusu başvuru yolunun etkili olduğuna; dolayısıyla, öncelikle tüketilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>750</sup>. Mahkemelerin tutumundaki bu değişiklikte, Yargıtay kararlarının yanında, 15.07.2016'da yaşanan darbe teşebbüsü, peşi sıra gelen OHAL ve temel hak ve özgürlüklere kapsamlı sınırlamalar getiren KHK'lar sebebiyle artan bireysel başvuruların etkili olabileceği kanaatindeyim. Altında yatan esas sebepten bağımsız olarak, Mahkeme içtihatlarındaki bu değişim, öngörülebilirlik ilkesine aykırılığı sebebiyle eleştirilmektedir.<sup>751</sup> Zira, kararlar incelendiğinde, bireysel başvurunun yapıldığı tarihte, kararlarda atıf yapılan ve kovuşturma ya da soruşturma evresi sonlanmasa dahi CMK m.141'e başvurulabileceğini belirten Yargıtay kararının henüz verilmemiş olduğu görülmektedir. Başvuru tarihinde mevcut olmayan bir karar üzerinden bireylere yeni bir yükümlülük yükleyerek, o dönem başarı şansı müphem olan bir başvuru yolunu, başvurunun incelendiği tarihte başarı şansının yüksek olması sebebiyle etkili addetmek, hukuk güvenliği prensipleriyle bağdaşmamaktadır. AİHM de bu durumu kabul etmekle birlikte, aksi yöndeki tutumunun gerekçelendirmesini, kendisinin ulusal mahkemelere kıyasla ikincil nitelikte bir başvuru mekanizması olması ve spesifik olarak bu konunun çözümünü hedefleyen yeni sisteme işlerlik kazandırma amacıyla yapmaktadır. Burada bahsedilen hususlar, Mahkeme'nin genel çalışma prensip ve ilkelerinden olmakla birlikte; göz ardı ettiği öngörülebilirlik ile hukuk güvenliği ilkeleri, hukukun evrensel prensiplerindedir<sup>752</sup>. Mahkeme'nin, halihazırda devam eden

---

<sup>749</sup> Anayasa Mahkemesi, Burak Döner Başvurusu, Başvuru No: 2012/521, Karar Tarihi: 02.07.2013, par. 35 ve Ramazan Aras Başvurusu, Başvuru No: 2012/239, Karar Tarihi: 02.07.2013, par. 36.

<sup>750</sup> Anayasa Mahkemesi, İrfan Gerçek Başvurusu, Başvuru No: 2014/6500, Karar Tarihi: 29.09.2016, par. 41.

<sup>751</sup> Tolga Şirin, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Yönelik Önemli Gelişmeler (1): CMK md. 141 Etkili Bir Hukuk Yoludur, <https://www.tolgasirin.com/single-post/kisiozgurlugu> (Erişim Tarihi: 25.10.2017).

<sup>752</sup> Kamu Hukukçuları Platformu (Hazırlayan: Ece Göztepe), Hukuk Güvenliği, Çağlar, "Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik – Hukuk Güvenliği İlişkisi", Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2013, s. 49-53,

tutukluluklarda, başvuru tarihinde mevcut olmayan bir karara dayanarak bireylerden CMK m.141’i temyiz de dahil olmak üzere tüketmesini beklemesinin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına getirilen ağır sınırlamanın yol açabileceği zararlar sebebiyle tehlikeli olduğunu düşünmekteyim.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının uzun tutukluluk hali dışındaki unsurları açısından bir inceleme yapıldığında ise, AİHM’nin yaklaşımının, Anayasa Mahkemesi’ne oranla daha temkinli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, AİHM’nin bu konudaki içtihatları değişkenlik göstermektedir. AİHM’nin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlandırılması koşulları olmaksızın gerçekleştirilen gözaltı ve tutuklamalar ile ilgili başvurularda, CMK m. 141’in tüketilmesi şartını aramaksızın, esas incelemesine geçtiği görülmekte ise de; kişiye kanuni hakları hatırlatılmadan gerçekleştirilen tutuklama açısından, öncelikle CMK m.141’in işletilmesi gerektiği yönünde bir kararı da mevcuttur<sup>753</sup>. Anayasa Mahkemesi ise, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali sebebiyle tazminat istenen başvurularda, her halükarda, CMK m.141 tüketilmeksizin kendisine yapılan başvuruları esasa girmeksizin, başvuru yollarının tüketilmemiş olması gerekçesiyle, usulden reddetmektedir<sup>754</sup>. Yine bu bağlamda, bireyin, hukuka aykırı olduğunu iddia ettiği işlem için Adalet Bakanlığı’na karşı idari dava açmış olması da, Anayasa Mahkemesi’nin m.141’in işletilmesi yönündeki tutumunu değiştirmemekte ve bu içerikteki başvurular da öncelikle CMK m.141’in tüketilmesi gerektiği gerekçesiyle usulden reddedilmektedir<sup>755</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumunun, CMK m.141’e etkililik kazandırma amacı güttüğü ve bu sebeple anlaşılabilir olduğu ifade edilmekte ise

---

[http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/HUKUK\\_GyVENL\\_.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/HUKUK_GyVENL_.pdf) (Erişim Tarihi: 25.10.2017)

<sup>753</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mergen and Others v. Turkey, Application No: 44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 ve 55844/09, 31.05.2016, par. 33-38 ve Lütfiye Zengin v. Turkey, Application No: 36443/06, 14.04.2016, par. 61-68. Öncelikle CMK m.141’in tüketilmesi gerektiğine dair aksi yöndeki karar için bkz. Mustafa Avcı v. Turkey, Application No: 39322/12, 23.05.2017, par. 58-67.

<sup>754</sup> Anayasa Mahkemesi, Adem Gedik Başvurusu, Başvuru No: 2013/2950, Karar Tarihi: 14.10.2015, par. 37-41; Deniz Özfirat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7929, Karar Tarihi: 01.12.2015, par. 50; Zeki Bingöl (2) Başvurusu, Başvuru No: 2013/6576, Karar Tarihi: 18.11.2015, par. 60.

<sup>755</sup> Anayasa Mahkemesi, Ahmet Kürşad Özsoy ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/5387, Karar Tarihi: 15.06.2016, par. 37 – 38.

de, her iki Mahkeme arasında muğlak ve çelişkili olan bu durumun en kısa sürede netlik kazandırılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>756</sup> Zira, AİHM'ye yapılacak bir başvurudan önce, AİHM tarafından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulü işletilmelidir. Bu durumda da öncelikle Anayasa Mahkemesi tarafından tüketilmesi şart koşulan CMK m.141'e başvurulmalıdır. Fakat, AİHM tarafından uzun tutukluluk dışındaki ihtimallerde etkili olduğu net bir biçimde kabul edilmemiş bu usul, Mahkeme tarafından bireysel başvuru süresinin kaçırıldığı şeklinde yorumlanmaya da açıktır.

Yukarıda bahsedilen hallerin yanı sıra, tazminat talebine temel teşkil eden işleme ilişkin dava henüz kesinleşmemişken tazminat davası açılmış; ancak tazminat davası henüz derdestken, koruma tedbirinin haksızlığına ilişkin hüküm kesinleşmiş olabilmektedir. Yargıtay, bu durumun usul ekonomisi doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiğini ve söz konusu tazminat davalarının, kesinleşme gerçekleşmeksizin açıldıkları öne sürülerek reddedilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Zira Anayasa'nın 141. maddesi davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını, yargıya, bir göre olarak yüklemiştir.<sup>757</sup>

Tazminat talebi, koruma tedbirinin haksızlığına temel teşkil eden kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içerisinde açılmalıdır. Kararın tefhimi, kesinleşme anlamına gelmediğinden, üç aylık süre, tefhimden itibaren başlamamaktadır<sup>758</sup>. Şayet kararın ilgiliye ya da varsa vekiline tebliği gerçekleştirilemezse, söz konusu kararın kesinleşmesinden itibaren en geç bir yıl içerisinde tazminat talep edilmelidir<sup>759</sup>. Bu süreler, birer hak düşürücü süredir;

---

<sup>756</sup> Şirin, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Yönelik Önemli Gelişmeler (1): CMK md. 141 Etkili Bir Hukuk Yoludur, <https://www.tolgasirin.com/single-post/kisiozgurlugu> (Erişim Tarihi: 25.10.2017).

<sup>757</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 20.05.2014, Esas No: 2014/1681, Karar No: 2014/12200; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 20.05.2014, Esas No: 2014/645, Karar No: 2014/12820.

<sup>758</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 23.11.2010, Esas No: 2010/189, Karar No: 2010/237.

<sup>759</sup> 466 Sayılı Kanun döneminde de, kesinleşen kararın, kişiye tebliğinden itibaren 3 aylık bir dava açma süresi öngörülmüştür. Bu dönemde, kararların tebliğ edilmemesi halinde dava açma süresinin oldukça uzaması sebebiyle, 21.04.1975 Tarih, 3 ve 1975/5 Karar Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, tebliğin yanı sıra, kararın kişi tarafından öğrenilmesi itibarıyla bu sürenin başlayacağı kabul edilmekteydi. Bu husus, 23.03.2010 Tarih, 2009/256 Esas ve 2010/57 Karar Sayılı Karar ile 466 Sayılı Kanunun yürürlüğü döneminde uygulanan haksız koruma

mahkemece re'sen incelenmeleri gerekmektedir<sup>760</sup>. Hak düşürücü niteliği itibariyle, kesilmesi ya da durması söz konusu değildir. Ancak, kişiye tazminat hakkı olduğuna dair bildirim yapılması gereken hallerde, bu bildirim yapılmazsa, sürenin işlemeye başlamaması gerektiği doktrinde belirtildiği gibi, Yargıtayca da bu yönde karar verilmektedir<sup>761</sup>. Karar tebliğ edilmese dahi her halükarda bir yıllık süre içinde talepte bulunulmasına ilişkin bu düzenleme, karardan ve hükümden haberi olmayıp, tazminata başvurma hakkı olduğunu da öğrenemeyen kişiler açısından hukuk güvenliğini ortadan kaldırır nitelikte olduğu için eleştirilmektedir<sup>762</sup>.

Kararda, kişiye, tazminata başvurma hakkı olduğunun bildirilmediği durumlardaysa, karar tebliğ edilmiş olsa dahi, tebliğden itibaren bir yıl içerisinde açılan davaların süresinde açılmış sayılacağı belirtilmektedir<sup>763</sup>.

Tazminat, esas itibariyle özel hukuka ilişkin bir husustur; ancak kanun, koruma tedbirleri sebebiyle tazminata hükmedilmesi gerektiğine ilişkin yargılamayı yapma ve karar vermede ceza mahkemeleri görevli kılınmıştır. Tazminat konusu, ceza mahkemelerinin uzmanlık alanı değildir. Bu sebeple

---

tedbirlerine dair açılan tazminat davaları açısından, tekrar vurgulanmıştır. Ancak, kesinleşmenin öğrenilemediği haller için başkaca bir süre belirlenmemiş olmasının yarattığı adaletsizliği giderebilmek amacıyla, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, Borçlar Kanunu, İcra - İflas Kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda dava açabilmek için kararlaştırılmış üst sınırlar göz önüne alınarak, kesinleşmeden itibaren, her halükarda 10 yıllık bir sürenin üst sınır olarak belirlenmesinin yerinde olacağı görüşü benimsenmiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 06.05.2014, Esas No: 2014/141, Karar No: 2014/229. Yine 466 Sayılı Kanun döneminde uygulanan haksız koruma tedbirleri ile ilgili olarak, usulüne uygun olarak kesinleşmemiş kararlar açısından, söz konusu bu 10 yıllık sürenin geçmiş olması durumunda; somut olayın, tarafların ve davanın özelliğini dikkate alarak tazminata ilişkin davanın süresinde açılıp açılmadığına karar vermek gerektiği, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 02.07.2014 Tarih, /1649 Esas ve 2014/16332 Karar Sayılı kararı ile benimsenmiştir.

<sup>760</sup> Bayar, Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılınması, s. 369; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 681; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 386; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 337; Yeşilkaya, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesi'nde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, s. 72. Aynı yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 08.07.2008, Esas No: 2008/7819, Karar No: 2008/11738; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 10.05.2010, Esas No: 2009/19066, Karar No: 2010/5145.

<sup>761</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 431; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 486; Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı, Karar Tarihi: 21.12.2010, Esas No: 2010/6-212, Karar No: 2010/263

<sup>762</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 386.

<sup>763</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 10. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 21.12.2010, Esas No: /212, Karar No: 2010/263; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 16.06.2014, Esas No: 2014/5945, Karar No:2014/12810.

kanunda, ağır ceza mahkemelerinin yetkili kılınması doktrinde, haklı olarak eleştirilmektedir. Söz konusu davaların, Adalet Bakanlığı'na karşı açılacak birer idari dava olarak düzenlenmesinin yerinde olacağını belirten görüşe katılmaktayım<sup>764</sup>. Ancak söz konusu bu durum, iptal davası ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve iptal talebi, Mahkemece reddedilmiştir<sup>765</sup>. AİHS m. 5'e göre de kişinin, tazminat talebi ile mahkemeye başvurabilmesi esası kabul edilmiştir; dolayısıyla, Sözleşme'ye göre, yasal olarak bağlayıcı bir karar gerekmektedir. Ancak söz konusu bu kararın ceza mahkemesince verilip verilemeyeceği hususunda, devletin takdir hakkı mevcuttur<sup>766</sup>. Koruma sebebiyle tazminat davalarında, tazminat hukukunun genel prensiplerinin uygulanması sebebiyle, özel hukuk davalarında uzmanlaşmış genel mahkemelerin bu davalara bakmasının düşünülebileceği kabul edilmekle birlikte; konunun ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren koruma tedbirlerine ilişkin olması ve uygulanacak tazminat hukuku dışındaki tüm konuların ceza muhakemesi hukuku kapsamında bulunması nedeniyle anlaşılır olduğu ifade edilmektedir<sup>767</sup>.

Buna göre görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesi; yetkili mahkemeye, zarara uğrayanın oturduğu yer mahkemesidir. Bu şekilde, haksız koruma tedbiri sonucu zarar gören kişinin en kolay ve masrafsız yöntemle hakkına kavuşabilmesi hedeflenmiştir<sup>768</sup>. Kişinin Türkiye'de oturduğu yer bulunmaması halinde, tedbire ilişkin kararı veren savcılık ya da mahkemenin yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesinin yetkili olacağı, ayrıca CMK m. 13'ün kıyasen uygulanmasıyla, kişinin Türkiye'de son adresinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi, bu şekilde de de bir sonuca ulaşamaması halindeyse ilk usul işleminin yapıldığı yer

---

<sup>764</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 383. Tazminatın bir özel hukuk sorunu olduğunu kabul etmekle birlikte, bireylerin, ceza muhakemesi uygulamaları doğrultusunda temel hak ve özgürlüklerine önemli kısıtlamalar getirilerek mağduriyetlerine yol açılmasının oldukça önemli bir durum teşkil ettiğini ve bu sebeple, söz konusu yargılamanın ağır ceza mahkemelerince gerçekleştirilmesinin yerinde olduğuna ilişkin aksi görüş için bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 301.

<sup>765</sup> Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 25.02.2010, Esas No: /38, Karar No: 2010/39.

<sup>766</sup> Macovei, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin, İnsan Hakları El Kitabı, s. 74.

<sup>767</sup> İşte, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 4.

<sup>768</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 304.

mahkemesinin yetkili kabul edilebileceği belirtilmektedir<sup>769</sup>. Davanın yetkisiz mahkemede açılması durumunda, davanın esasında geçildiğinde bu yönde karar verilerek, dosya, yetkili mahkemeye gönderilmelidir.

Tazminat talebine konu olan işleme karar veren mahkeme ile tazminat talebini inceleyen mahkeme aynı olmamalıdır. Söz konusu hüküm, mahkeme üyelerinin, bizzat kendi işlemlerinin yol açtığı bir haksızlık nedeniyle tazminat incelemesi yaparken objektifliğin sağlanamaması ya da sağlanmadığının düşünülmesi yönünde karşılaşılabilecek zorlukların önüne geçilmesini hedeflemektedir<sup>770</sup>. Bu doğrultuda tazminat talebinin, tazminata konu işlem, zarar görenin oturduğu yer ağır ceza mahkemesince gerçekleştirilmişse, o yerdeki diğer bir ağır ceza mahkemesince; şayet o yerde farklı bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın ağı ceza mahkemesince inceleneceği kanunda belirtilmiştir. Tazminat talebinde bahsedilen işleme karar veren hakimlerden birinin, talebi inceleyecek diğer mahkemede görev yapmaya başlamış olması halinde, hakim reddi ve çekilmesine ilişkin hükümler göz önüne alınarak hareket edilmelidir<sup>771</sup>.

Tazminat konusu, asıl dava ile birlikte re'sen incelenememekte; ancak kişi tarafından talepte bulunularak, ayrı bir dava açılması halinde değerlendirilmektedir. Kişi, söz konusu talebini bir dilekçeyle yapmalı, dilekçesinde; kimliğini, adresini, zarar uğramasına yol açan işlemi, zararın niteliği ile niceliğini ifade etmeli ve bunları kanıtlayacak belgeleri eklemelidir. Zararın niteliğinin açıkça ve ayrıca belirtilmediği hallerde, dosyadan veya hakim mesleki tecrübelerinden anlaşılabilir olması, yeterli kabul edilmemektedir; ancak manevi zararın, niteliği sebebiyle, belgelenmesi gerekmemektedir<sup>772</sup>. Belgelerin eksik olması durumunda, mahkemece, eksik belgeler belirlenerek bildirimden itibaren bir ay içerisinde tamamlanmamaları halinde, davanın reddedileceği yönünde ihtarda bulunulmalıdır. Bu bildirim esnasında, dava dilekçesinde belirtilen adresin esas alınacağı ve adres ile ilgili yetersizlik, yanlışlık gibi bir sorun olması halinde, adres araştırılması yoluna başvurulmayacağı, CMK

<sup>769</sup> Hakeri, Dönmezer Armağanı, s. 901; Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 386.

<sup>770</sup> Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 337.

<sup>771</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 304; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 487

<sup>772</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 431.

m.142/2'de belirtilmektedir. Bu şekilde kişiye bildirim yapılamaması halinde, bildirimden sonra bir aylık sürenin geçirilmesi ihtimalinde olduğu gibi, dilekçedeki eksiklikler giderilmediğinden, dava reddedilecektir; red kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği kanunda belirtilmiştir. Buradan anlaşılacağı üzere, ilk etapta, belgelerin eksikliği sebebiyle dilekçenin reddi, usulden red sebebi olmakla birlikte, davanın esastan reddi anlamına gelmemektedir. Dilekçe ve belgelerde herhangi bir eksiklik olmaması halindeyse, mahkemece, dosyanın esastan incelenmesi aşamasına geçilecek; davacı sıfatı, dava süresi ve tazminata konu işlem yönünden davanın incelenabilir olduğu saptanacaktır.

### 3.3.10.2. Yargılama Evresi

Yukarıda belirtildiği üzere dava, devlete karşı açılmalı; devleti temsilen Hazine davalı olarak gösterilmelidir<sup>773</sup>. Zira kanun metninde, oluşan zararın, toplum adına devlet tarafından ödenmesi ilkesi benimsenmiştir.<sup>774</sup> Doğrudan işlemi gerçekleştirenlere dava açılması mümkün değildir; ancak devlet daha sonra ilgili kişilere rücu edebilmektedir. Devlet Hazinesi temsilcisi, illerde defterdarlık; ilçelerdeyse mal müdürlüğüdür<sup>775</sup>.

Mahkeme, davanın görülebilir olduğunu saptarsa, dava dilekçesi ile eki olan belgelerin birer örneğini, Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ettirmeli ve beyan ya da itirazları varsa, tebliğden itibaren on beş gün içerisinde belirtmesi gerektiğini bildirecektir. Hazine temsilcisinin, beyanda bulunmaması halinde, hukuk muhakemesi kanununda öngörüldüğü biçimde, iddiaları reddettiğini; ancak herhangi bir delil sunmadığını kabul etmek gerektiği belirtilmektedir<sup>776</sup>. Hazineye yapılan açıklamalı çağrı kağıdı tebliğine

---

<sup>773</sup> Doktrinde, verilecek karardan kamunun, dolayısıyla devletin zarar görmemesi için çaba göstermesi gereken makamın Hazine değil, Cumhuriyet savcılığı olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 432.

<sup>774</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 573.

<sup>775</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 304; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 495.

<sup>776</sup> İste, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 113.

rağmen temsilci duruşmaya katılmazsa, temsilcinin yokluğunda karar verilebilmektedir. Ancak davacı ya da davalı vekillerine, duruşma gün ve saatini belirtir, gelmedikleri takdire yokluklarında karar verileceği ihtarını içeren, usulüne uygun davetiye tebliğ edilmediği müddetçe, yargılama yapıp hüküm kurulamamaktadır<sup>777</sup>.

Tazminata ilişkin yargılama, tazminat hukukunun genel esasları gözetilerek gerçekleştirilmektedir. Bu esnada, mahkemece, maddi ya da manevi tazminatın hesaplanmasında ihtiyaç duyulan tüm araştırmalar yapılabilmekte olduğu gibi, bilirkişi incelemesine de başvurulabilmektedir. Hakimin re'sen yapabileceği bu araştırmalar, tazminata ilişkin davada uygulanan yargılama usulünü, genel mahkemelerdeki usulden ayırmaktadır. Ayrıca, hakim, tarafların öne sürdüğü tazminat miktarı ile bağlı olmakla birlikte, ileri sürdüğü hukuki nedenlerle bağlı değildir; uygulanacak hukuk kurallarını kendisi belirlemelidir<sup>778</sup>. Muhakemenin, duruşmalı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği, CMK m. 142/7'de yer almaktadır. 466 Sayılı Kanun döneminde bu yönde bir hüküm bulunmamakta ve kararlar, dosya üzerinden verilmekteydi. AİHM, bu hususa ilişkin kendisine yapılan başvuruda, dosya üzerinden incelemenin, adil yargılanma hakkının içeriğinde yer alan, sözlü ve aleni duruşma hakkını ihlal eder nitelikte olduğuna karar vermiştir<sup>779</sup>.

Doktrinde, haksız yakalama ve tutuklama sebebiyle tazminata karar verilirken, TCK m. 63'te yer alan mahsup hükümlerinin göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, kanun koyucunun kişi özgürlüğünün kısıtlandığı; ancak sonrasında adli para cezasına hükmedildiği hallerde, bir günün 100 TL sayılarak indirim yapılması yönündeki iradesi doğrultusunda, bir gün için 100 TL'nin üstünde bir değer belirlemek mümkün olmakla birlikte, altında bir değer belirlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>780</sup>.

---

<sup>777</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 24.02.2012, Esas No. 2012/6280, Karar No: 2012/5208.

<sup>778</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 30.03.2010, Esas No: 2010/1137, Karar No: 2010/66.

<sup>779</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Göç v. Turkey, Application No: 27602/95, 11/07/2002,

<sup>780</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 433; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, s. 335.

Tazminata ilişkin yargılama, makul bir süre içinde sonuçlandırılmalıdır. AİHM, yaklaşık 5 yıl 9 ay süren yargılamada, başvuranın gerekli belgeleri temin etmeyip duruşmalara katılmaması sebebiyle yargılamanın uzadığı yönündeki savunma karşısında, sürenin, davanın koşulları, karmaşıklığı ile tarafların tutumlarına ve davanın taraflar için arz ettiği öneme bakarak karar verilmesi gerektiğini tekrarlayarak söz konusu olayda, yargılama süresinin haddinden fazla olduğu ve makul süre olarak kabul edilemeyeceğini belirterek, Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceğine karar vermiştir<sup>781</sup>.

Yargılama sonunda, mahkeme, istemi reddedebileceği gibi, kısmen veya tamamen kabul de edebilmektedir. Tazminata ilişkin karar verildikten sonra; talepte bulunan, Cumhuriyet savcısı ya da Hazine temsilcisi, kararın kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde istinaf kanun yoluna başvurabilmektedir<sup>782</sup>. Böyle bir durumda incelemenin öncelikle ve ivedilikle yapılacağı, CMK m. 142/8'de belirtilmiştir. İstinaf kanun yoluna başvurulmasının ardından, temyiz kanun yolu işletilirse, bu sırada Yargıtay'da görevli Ceza Dairesi'nin 12. Ceza Dairesi olacağı, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir<sup>783</sup>. Burada amaç, olaya bakan ceza dairesinin tazminat kararına da bakmasının yol açtığı içtihat farklılığının önüne geçerek, Yargıtay tarafından verilen kararlar arasında istikrarın sağlanabilmesidir<sup>784</sup>. Ancak koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminat davalarının, hem ceza hukuku hem de özel hukuku ilgilendiren özellikleri doğrultusunda, istinaf ya da temyiz kanun yollarına başvurulabilmesi için, öncelikle tazminat miktarının, HMK m. 427 hükmü doğrultusunda her sene belirlenen kanun yollarına başvuru alt sınırının üzerinde

<sup>781</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ağrakçe v. Turkey, Application No: 29059/02, 04.11.2008. Aynı yönde bkz. Dedeoğlu v. Turkey, Application No: 16444/07, 25.01.2011.

<sup>782</sup> Verilecek karardan kimsenin zarar görmemesi için çaba harcayacak makamın Cumhuriyet savcılığı olduğu ve bu nedenle Hazine'ye gerek davaya katılma gerekse kanun yoluna başvurma yetkisi verilmesinin yerinde olmadığı yönündeki görüş için bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 443. İstinaf yoluna başvurma hususunda genel yetki verilmiş olan eşin, tazminat özelinde de istinaf kanun yoluna başvurabilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 308.

<sup>783</sup> Yargıtay Büyük Genel Kurulu, 12.05.2011 Tarih ve 1 Sayılı Kararı. İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri açısından, 19. Ceza Dairesi, iş bölümü esasına göre görevli kabul edilmiştir.

<sup>784</sup> Hançerli, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 134.

olması gerekmektedir<sup>785</sup>. Zira, burada ödenecek olan miktar, ceza hukuku anlamında para cezası değil; özel hukuk açısından tazminattır. Bu doğrultuda, şayet dava kısmen kabul edilmişse, reddedilen miktarın bu sınırın üzerinde olması halinde, kanun yoluna başvurulabilmesi mümkündür<sup>786</sup>. 694 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile gerçekleştirilen değişiklik sonucunda, kanun yoluna başvurulması halinde, hükmün icrası kendiliğinden durur; hukuk davalarının aksine, tehir-i icra kararı alınması gerekmemektedir<sup>787</sup>.

Kanun yoluna başvuru ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husussa, tazminat davası esnasında davayı açan kişinin sıfatı “sanık” değil, “davacı”dır. Bu nedenle, CMK’da kanun yoluna başvuru hususunda, sanık lehine olan hukuka aykırılık durumlarda, Cumhuriyet savcısının, kanun yoluna başvuramaması kuralı ile ceza dairesince verilen karara karşı, Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının 30 günlük itiraz süresinin, sanık lehine olan durumlarda dikkate alınmayacağı kuralının, uygulamada göz önüne alınmaması gerektiği Yargıtay tarafından belirtilmiştir<sup>788</sup>.

Belirtildiği üzere, haksız uygulanan koruma tedbirleri sebebiyle kişilerin uğradıkları zararın tazmin edilmesi, hukuk devletinin bir gereğidir. Bu doğrultuda Anayasa’da 2004 yılında yapılan değişiklikle, tazminat miktarının, tazminat hukukunun genel ilkelerine göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bunun sonucu olaraksa, hesaplanan tazminat miktarına faiz de eklenmesi gerekmektedir. Yargıtay kararları faiz ödenemeyeceği yönünde istikrar kazanmışsa da Anayasa’ya eklenen söz konusu hüküm doğrultusunda, 2004 yılında verilen içtihadı birleştirme kararı ile bu hususta değişikliğe gidilmiştir<sup>789</sup>.

---

<sup>785</sup> Hakeri, Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini, s. 149; Kanmaz, AİHM - Yargıtay Kararları Son Yasal Düzenlemeler Işığında : Haksız Yakalama, Tutuklama ve El koyma Nedeniyle Tazminat : Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, 3. Baskı, s. 250.

<sup>786</sup> İste, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 123 - 124 ve Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 20.05.2009, Esas No: 2008/10337, Karar No: 2009/2874.

<sup>787</sup> 694 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 25 Ağustos 2017 Tarih ve 30165 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>788</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 13.03.2007, Esas No: 2006/8-328, Karar No: 2007/66.

<sup>789</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 23.11.2004, Esas No: 2004/1-177, Karar No: 2004/203.

Faize hükmedilebilmesi için, buna ilişkin talebin, dava dilekçesinde yer alması gerekmektedir; aksi halde, faiz hesaplanmamaktadır<sup>790</sup>. Faiz hesaplanmasına dair başlangıç tarihi, kural olarak, haksız koruma tedbirinin uygulanmaya başlandığı tarihtir; ancak dava dilekçesinde bu tarihin açıkça belirtilmesi gerekmektedir<sup>791</sup>. Zira, dava dilekçesinde tarih belirtilmemesi halinde, faiz, dava tarihinden itibaren hesaplanmalıdır<sup>792</sup>. Dava dilekçesinde faiz talep edilmemiş olması halinde, ıslah yolu ile faiz talep edilmesinin mümkün olduğu Yargıtayca kabul edilmektedir; ancak verilen karar Yargıtay tarafından bozulduktan sonra faiz talep edilememektedir<sup>793</sup>.

Haksız uygulanan koruma tedbirlerinin yol açtığı zararın giderilmesine ilişkin tazminat davalarında, 694 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen değişiklik sonunda, tazminat davaları nedeniyle nispi vekalet ücreti ödenmesi gerektiği belirtilmiş; ancak, bu ücretin, sulh ceza hakimliklerince takip edilen işler için öngörülen ücretten az ve ağır ceza mahkemelerince takip edilen iler için öngörülen ücretten çok olamayacağı kuralı getirilmiştir<sup>794</sup>. Ayrıca, maddi ve manevi tazminat miktarlarının toplamı üzerinden tek bir vekalet ücretinde hükmedilmesi gerekmektedir<sup>795</sup>. Bu hükümden önceki uygulamada, yalnızca davanın tamamen reddedilmesi halinde davalı Hazine vekili lehine vekalet ücretine hükmedilmekte; kısmen red halinde davacı, vekalet ücretinden sorumlu tutulmamaktaydı<sup>796</sup>. Davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmesiye, Yargıtay'ın,

---

<sup>790</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s.14.

<sup>791</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 09.02.2012, Esas No: 2012/6496, Karar No: 2012/2474.

<sup>792</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 18.03.2014, Esas No: 2014/1690, Karar No: 2014/6697; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 07.03.2012, Esas No: 2012/9520, Karar No: 2012/6523.

<sup>793</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 14.11.2012, Esas No: 2012/21227, Karar No: 2012/24073.

<sup>794</sup> 694 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 25 Ağustos 2017 Tarih ve 30165 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>795</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 04.05.2010, Esas No: 2009/21733, Karar No: 2010/4822.

<sup>796</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 13.03.2007, Esas No: 2007/2, Karar No: 2007/63; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Esas No: 05.05.2014, Esas No: 2014/3087, Karar No: 2014/10836.

eski tarihli kararlarında mümkün kabul edilmemekte iken,<sup>797</sup> içtihat değişikliği sonucunda, davanın kısmen kabulü halinde dahi, davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği benimsenmiştir<sup>798</sup>. Söz konusu bu gereklilik, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 14/3'te de CMK m. 141 ve devamındaki maddeler uyarında ağır ceza mahkemesine yapılan başvurulara ilişkin hükümlerle temellendirilmiştir<sup>799</sup>. Kısmen kabul halinde hükmedilecek olan vekalet ücreti, maktu değil, nispidir; ancak her halükarda, ağır ceza mahkemeleri için, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde öngörülen miktardan daha az olamamaktadır<sup>800</sup>. Belirtilmelidir ki 694 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname öncesi geçerli olan bu esas sonucu, ağır ceza mahkemesinde görülen işler için geçerli olan asgari ücretin taban miktar olarak belirlenmesi, yalnızca vekalet ücretini hedefleyen tazminat istemlerine yol açtığı ve tazminat kurumunun amacı ile örtüşmediği gerekçesi ile eleştirilmekteydi.<sup>801</sup>

Vekalet ücretinin, davacıya, vekili tarafından sunulan hukuki yardımın şekli ve kalitesinden bağımsız olarak, bizzat davacının kendisini vekille temsil ettirmiş olmasına bağlı olduğu ve bu sebeple vekilin, duruşmalara katılmasa dahi, davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği yönünde Yargıtay kararı mevcuttur<sup>802</sup>. Ancak daha yakın tarihli bir Yargıtay kararı, aksi yöndedir: Buna göre, davacı vekil ile anlaşmış olmakla birlikte, davalara katılmadığı ve hükmü de temyiz etmediği durumda, davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmesi, bir bozma sebebidir<sup>803</sup>.

---

<sup>797</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 23.12.2008, Esas No: 2007/9581, Karar No: 2008/8124; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 13.05.2011, Esas No: 2011/6609, Karar No: 2011/6609.

<sup>798</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s.15.

<sup>799</sup> Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, 02.01.2017 Tarih ve 29936 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>800</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 16.04.2014, Esas No: 2014/1065, Karar No: 2014/9290.

<sup>801</sup> Gürsel Yalvaç, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 303.

<sup>802</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 10.04.2012, Esas No: 2012/374, Karar No: 2012/155.

<sup>803</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 24.04.2014, Esas No: 2014/602, Karar No: 2014/10014.

Kovuşturmaya yer olduğuna ya da beraate ilişkin verilen karar üzerine tazminat davası açılması halinde, önceki soruşturma veya kovuşturma işlemleri için, şüpheli ya da sanığın özel olarak görevlendirdiği müdafî için gereken vekalet ücreti de, tazminat davasında, maddi zarara dahil edilmekteydi<sup>804</sup>. Yargıtay, daha sonra 1957 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararını da göz önüne alarak, içtihat değişikliğine gitmiş ve vekalet ücretinin, beraatle sonuçlanan ceza davalarında, ait oldukları bu dava içerisinde hükme bağlanması gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>805</sup>. Buna göre, beraate ilişkin davada yargılama giderleri kapsamında kalan vekalet ücreti, asıl davadan bağımsız olarak dava konusu yapılamamaktadır; dolayısıyla, asıl davada ödenmeyen vekalet ücreti, maddi tazminat kapsamına dahil edilmemelidir<sup>806</sup>. Beraate ilişkin kararda, vekalet ücretine hükmedilmemişse, söz konusu karar, bu yönüyle temyiz edilmelidir. Ancak, şüpheli ya da sanığın, müdafîne ödediği vekalet ücreti, söz konusu bu asıl davada hükmedilen miktarın üzerindeyse, aradaki farkın, tazminat davasında maddi tazminat olarak ele alınması gerekmektedir.

Uygulamada, ödemelerin, çoğunlukla, beraat kararından sonra serbest meslek makbuzuyla yapıldığı ve bu sebeple muhasebe kayıtlarına girmediği belirtilmekte; bunun da ödemelere şüpheyile bakılarak tazminata dahil edilmemesine yol açtığı ifade edilmektedir<sup>807</sup>.

Dava, harca tâbi değildir; dava sonuçlandığında da ne davacı ne de davalı leh ya da aleyhine harca hükmedilebilmektedir<sup>808</sup>. Söz konusu düzenleme, kişilerin, tazminat davası açmaları husunda cesaretlerini kırııcı bir niteliğe sahip olmayışı sebebiyle oldukça önemlidir. Tazminat davalarında, taleple bağıllık

<sup>804</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarih: 08.04.2014, Esas No: 2013/1164, Karar No: 2014/8547; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 05.05.2014, Esas No: 2014/860, Karar No: 2014/10807.

<sup>805</sup> Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlarda, vekalet ücretine hükmedilmediğinde başvurulabilecek herhangi bir kanun yolu öngörülmediğinden, soruşturma evresindeki vekalet ücretinin, doğrudan tazminat davasında talep edilebileceği yönündeki görüş için bkz. Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s.17.

<sup>806</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 03.06.2014, Esas No: 2014/2301, Karar No: 2014/13567.

<sup>807</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 17, 34.

<sup>808</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 25.01.2012, Esas No: 2011/7098, Karar No: 2012/1132.

ilkesi esas olduğundan, dava açılırken harç talep edilmemesi göz önüne alınarak bir tazminat miktarı belirlenmesinin uygulamada avantajlı olacağı ifade edilmektedir<sup>809</sup>.

Yargılama giderleri açısından, davanın reddi halinde, bunlara davacı tarafın katlanması gerekmektedir. Davanın kısmen kabulü halindeyse, 466 Sayılı Kanun'un aksine, açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde, yapılan masrafların, tazminat hukukunun genel prensipleri göz önüne alınarak, kabul oranında devlet hazinesine; red oranında ise davacı tarafa yüklenmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>810</sup>.

### 3.3.10.3. Tazmin Edilecek Zararlar

Haksız koruma tedbirleri nedeniyle sebep olunan zarar, hukuk devletinin gereği olarak, görünüşte değil; gerçek anlamda tazmin edilmelidir. Bu sebeple gerek CMK m. 142/6'da, gerekse Anayasa m. 19/10'da, özel hukukun bir alt dalı olan tazminat hukukunun genel prensipleri doğrultusunda yargılama yapılması öngörülmüş; maktu tazminat miktarı belirlenmemiştir<sup>811</sup>. Söz konusu genel ilkelere, Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Bu doğrultuda, yalnızca maddi değil, manevi zararın da tazmin edilmesi esas, CMK'da benimsenmiştir. Türk hukukunda tazminat için kabul edilmiş olan, "hakimin tarafların talepleriyle bağılılığı" ilkesi gereği, hakim, tarafların talebinden fazla tazminata hükmedememektedir<sup>812</sup>.

Manevi zarar, koruma tedbirine maruz kalan kişinin kişilik haklarına verilen zarardır; ruhsal veya bedensel yönden çektiği her türlü acı bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>813</sup>. Kişinin gerek aile gerekse iş çevresinde sarsılan itibarı, tutukevinde yakınları ile görüşmemesinin yol açtığı özlem duygusu, kişi

<sup>809</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 34.

<sup>810</sup> Kargı, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 89 – 90.

<sup>811</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 301.

<sup>812</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 18.01.2012, Esas No: 2011/7306, Karar No: 2012/396.

<sup>813</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 571; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 496.

özgürlüğünün sınırlanmasının ruhen yol açtığı sıkıntılar, cezaevi şartları nedeniyle karşılaştığı zorluklar, doktrinde bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>814</sup>. Bu bağlamda, sanatçının haksız tutuklanması örneğinde, kişinin toplum nezdinde sarsılan itibarının da göz önüne alınarak tazminat miktarı belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>815</sup>.

Yargıtay, manevi tazminatın doğası gereği, hesaplamada objektif bir kriter ortaya koyamamakla birlikte, davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, haksız tedbire yol açan olayların cereyan tarzı ve kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının ne kadar sürdüğü gibi birçok ölçütü göz önüne alarak, zenginleşme sonucu doğurmayacak biçimde, hak ve nesafet kuralları gözetilerek, makul bir oranda tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>816</sup>. Bu bağlamda, tazminatı gerektiren sebeplerden birden fazlasının somut olayda mevcut olması, manevi tazminat miktarının tespitinde etkili olmaktadır<sup>817</sup>. Ayrıca, manevi tazminatın doğası gereği, takdir ve tayini doğrudan mümkündür; bölümler halinde talep edilmesi mümkün değildir<sup>818</sup>.

Yargıtay uygulaması incelendiğinde, manevi tazminatın, çoğunlukla kişi özgürlüğü hakkını sınırlar nitelikte olan tedbirlerle sınırlı olarak uygulandığı görülmektedir<sup>819</sup>. Bu durum, manevi tazminat ile kişinin sosyal çevresinde itibarının sarsılması, özgürlüğünden yoksun kalması sebebiyle duyduğu elem, ızdırap ve ruhsal sıkıntıların bir ölçüde de olsa giderilmesinin amaçlandığı; özgürlüğünden yoksun kalmayan davacının, zilyetliği konusunda şüphe bulunan aracına el konulduğu iddiasıyla sosyal çevresinde itibarının sarsılmasının

---

<sup>814</sup> Ahmet Gündel, Açıklamalı-İçtihatlı Atatürk'e, Cumhurbaşkanına, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklamalara Tazminat Verilmesi Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.197; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 430.

<sup>815</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 385.

<sup>816</sup> Yargıtay 12. Cez Dairesi, Karar Tarihi: 09.07.2014, Esas No: 2014/2773, Karar No: 2014/16900, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 09.07.2014, Esas No: 2014/6435, Karar No: 2014/16932, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 05.04.2011, Esas No: 2011/327, Karar No: 2011/2053.

<sup>817</sup> Umut Akyüz, Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamında Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2011 İstanbul, s. 170.

<sup>818</sup> Kanmaz, AİHM ve Yargıtay Kararları Işığında Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat, s. 252.

<sup>819</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 302.

mümkün olmayacağı gerekçesiyle manevi zararının oluşmadığının belirtildiği Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile ortaya konulmaktadır<sup>820</sup>. Ancak bu durum doktrinde eleştirilmekte ve manevi tazminatın daha çok yakalama ve tutuklama açısından söz konusu olabileceği kabul edilmekle birlikte; somut olay koşullarına göre, arama ve el koyma bakımından da manevi tazminatın gündeme gelebileceği belirtilmektedir<sup>821</sup>. Gerçekten de bireyin üstünün veya evinin aranması ya da malvarlığına el konulması, toplumdaki saygınlığı ve bilinirliğine göre etkisi daha ağır olmakla birlikte, tıpkı yakalama ve tutuklama gibi kişinin sosyal itibarının zedelenmesine yol açabilmektedir. Kişinin evinde düzenlediği bir davet sırasında evinin aranması, arama kararı ölçülü bir biçimde uygulansa dahi, salt kararın haksız bir biçimde verilmiş olması sebebiyle dahi kişiyi davetliler arasında zor durumda bırakacak ve küçük düşürecektir. Böyle bir örnekte, söz konusu tedbirin kişi özgürlüğü ve güvenliğine yönelik olmadığı belirtilerek manevi tazminata hükmedilmemesi, haksız uygulanan koruma tedbirleri sebebiyle tazminat öngörülmesine dair hükümlerin getiriliş amacına aykırı düşecektir.

Maddi zararsa, haksız uygulanan koruma tedbirleri, soruşturma ya da kovuşturma işlemleri nedeniyle, kişinin malvarlığında meydana gelen azalma ve bedenen uğradığı kayıptır<sup>822</sup>. Kişinin mevcut malvarlığı ile zarara yol açtığı öne sürülen koruma tedbiri uygulanmasaydı, malvarlığının olması beklenen hal arasındaki fark olarak da ifade edilmektedir. Bu yönüyle, kişinin gerçek zararlarının karşılığı olan delillerle kanıtlanmalı; gerektiği takdirde, bilirkişiye tespit ettirilmelidir<sup>823</sup>. Aslen kişinin işe gidememesi halinde, işi devam ettirememenin yol açtığı zarar maddi zarar kapsamında değerlendirilmekle birlikte; avukatlık ücreti de dahil olmak üzere yapılan masraflar da maddi zarar teşkil etmektedir. Önemli olan, zarar ile belirtilen koruma tedbiri arasındaki uygun

---

<sup>820</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Karar Tarihi: 12.04.2011, Esas No: 2011/7-2, Karar No: 2011/52. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 06.05.2014, Esas No: 2014/4949, Karar No: 2014/10865.

<sup>821</sup> Ünver, Dönmezer Armağanı, s. 896.

<sup>822</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 430.

<sup>823</sup> Albayrak, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s. 8.

nedensellik bağının mevcudiyetidir<sup>824</sup>. Şayet kişinin, vekille temsil edildiğine dair vekaletname dosyada mevcutsa ve kişi, ödemeye ilişkin belge ibraz edememekteyse, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenecek ücret, maddi tazminat kapsamına alınmalıdır<sup>825</sup>. Kişinin yargılama esnasında ödemiş olduğu avukatlık ücreti, bu şekilde maddi tazminat kapsamına alınmaktayken; cezaevi harcamaları, ziyaret masrafları, çocukları ve davacının kredi borçları ile sağlık harcamaları, avukatının yol harcamaları ve benzeri giderlerinin maddi tazminat olarak değerlendirilmediği görülmektedir<sup>826</sup>. Haksız tutuklama sebebiyle kişinin iş akdi feshedilirse; kişinin ücret alacağı, çalıştığı günlerdeki ücret üzerinden hesaplanmalı ve fesih tarihine dek kıdem tazminatı ile sosyal yardım ve ikramiye hususlarına ilişkin talepleri de karşılanmalıdır<sup>827</sup>. Kamu kurumlarında çalışan kişiler söz konusu olduğunda, çalışanlar, tutuklandıkları sürede maaşlarının tamamını alabilmekte veya alamadıkları oranı, beraat ettikleri takdirde idareden talep edebilmektedir. Bu nedenle, böyle bir ihtimalde, kamu kurumunda çalışanlar, bağlı oldukları idari kuruma veya idari yargıya başvurarak haklarını arayabilmektedir; ağır ceza mahkemesinde tazminat davası açıldığında, böyle bir yola başvurulup başvurulmadığı incelenmeksizin tazminata hükmedilmesi, bu nedenle, Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak görülmektedir<sup>828</sup>.

Doktrinde de maddi tazminat hesaplanırken, bu şekilde, kişinin somut olarak ortaya çıkan zararı belirlenerek tazminat miktarının kararlaştırılması gerektiği ifade edilmektedir. Zira, Anayasa'nın 19. maddesine eklenen "tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir" hükmü, somut olayın özelliklerine göre hareket etmeyi zorunlu kılmaktadır<sup>829</sup>. Davacının öğrenci ya da

---

<sup>824</sup> Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, s. 686; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 496; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 337.

<sup>825</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 04.02.2014, Esas No: 2013/26434, Karar No: 2014/2539.

<sup>826</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 24.04.2014, Esas No: 2014/1099, Karar No: 2014/10026.

<sup>827</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 31.10.2002, Esas No: 2002/5926, Karar No: 2002/10056.

<sup>828</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 12.05.2014, Esas No: 2014/7442, Karar No: 2014/11486; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 16.04.2014, Esas No: 2014/543, Karar No: 2014/9407.

<sup>829</sup> Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 385 – 386.

işsiz olması durumunda, haksız uygulanan koruma tedbiri sebebiyle ne gibi bir maddi zarara uğradığını dilekçesinde belirtmesi gerekmektedir. Yargıtay, maddi kayıplara ilişkin vergi kaydı, gelir vergisi beyannamesi gibi resmi belge ibraz edilememesi halinde, davacıyı vasıfsız işçi varsaymakta ve net asgari ücret üzerinden hesaplama yapılarak tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>830</sup>. Böyle bir durumda, kişinin bağlı bulunduğu meslek odasından kazancına dair yazılı olarak bir görüş alınsa dahi, bu, resmi olarak zararı ortaya koyan bir delil olarak kabul edilmemektedir<sup>831</sup>. Yine çiftçi olduğunu ve tutuklu kaldığı süre içinde deposundaki ve tarlasındaki ürünlerinin zarar gördüğünü öne süren kişinin, buna ilişkin belge sunmaması sebebiyle gelirinin net asgari ücret üzerinden hesaplandığı görülmektedir<sup>832</sup>. Emekliler söz konusu olduğunda, emekli maaşı alan kişinin, vasıfsız bir işçi gibi değerlendirilerek net asgari ücret tarifesi üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir; kişinin emekli maaşı aldığı öne sürülerek tazminat talebinin reddedilmesi Yargıtay tarafından yerinde bir uygulama olarak görülmemektedir<sup>833</sup>. Tazminat hesaplanırken, kişinin milli veya dini bayramlarda çalışmamasına dayanılarak eksik tazminata hükmedilmesi, Yargıtay tarafından önceleri benimsenmekteyken, sonradan içtihat değişikliğine gidilmiş ve bu şekilde indirim yapılması, hukuka aykırı kabul edilmiştir<sup>834</sup>. Ancak, işini kaybetmiş ve tahliye olduktan sonra da ayn işe yeniden dönemediği gibi uzun bir süre işsiz kalan kişi örneğinde olduğu gibi, haksız tutuklama tarihi ile tahliye tarihi arasındaki sürenin dışında meydana gelen zararlar, bu kapsamda kabul edilmemektedir<sup>835</sup>.

---

<sup>830</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 16.04.2014, Esas No: 2014/553, Karar No: 2014/9408.

<sup>831</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 13.05.2014, Esas No: 2014/5436 Karar No: 2014/11602; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 09.02.2012, Esas No: 2011/13770, Karar No: 2012/2475.

<sup>832</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 25.03.2014, Esas No: 2014/1017, Karar No: 2014/7448.

<sup>833</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 30.04.2014, Esas No: /988, Karar No: 2014/10575; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 06.05.2014, Esas No: 2014/1603, Karar No: 2014/10969.

<sup>834</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 07.01.2013, Esas No: 2012/27604, Karar No: 2013/52; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 22.03.2012, Esas No: 2011/8059, Karar No: 2012/8108; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 29.02.2012, Esas No: 2012/9105, Karar No: 2012/5748. İçtihat değişikliğinden önceki aksi yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Karar Tarihi: 19.04.2010, Esas No: 2009/8834, Karar No: 2010/2517.

<sup>835</sup> Hasan Köroğlu, Haksız Tutuklama Tazminatı, Adil Yayınları, 1996 Ankara, s.63.

El koyma söz konusu olduğundaysa, bu prensipler gözetilerek belirlenecek maddi tazminat kapsamına; eşyanın uğradığı gerçek zarar ile kişinin bu eşyayı kullanamaması nedeniyle uğradığı zarar veya gelir kaybı girmektedir<sup>836</sup>

Yargıtay tarafından zararın hesaplanmasında ortaya konan temel prensipler bu şekilde olmakla birlikte, özellikle siyasi yönü ağır basan davalarda, mahkemeler arasında birbirinden oldukça farklı miktarlarda tazminata hükmedilebildiği gözlemlenmektedir. Türk hukukunda, tazminat açısından, tazminata hak kazanan kişinin zenginleşmesine ve tazminat ödeyecek kişinin fakirleşmesine yol açmayacak miktarda tazminat belirlenmesi esası kabul edilmektedir. Anayasada, tazminat hukukunun genel prensiplerinin göz önünde bulundurulacağı belirtildiğinden, bu esasa başvurulabileceği düşünülebilir. Ancak, koruma tedbirleri sebebiyle tazminat talep edilmesi halinde, tazminatı ödeyecek taraf olan devletin, bireye ödeyeceği tazminat sebebiyle fakirleşmesi mümkün olmayacağından, bu esas katı bir biçimde uygulanmamalıdır<sup>837</sup>. Bu doğrultuda, bahsedilen siyasi yönü ağır basan davalarda, bireylerin meslekleri ve toplum nezdindeki durumları gözetilerek maddi ve manevi tazminat olarak birbirinden oldukça farklı miktarlara hükmedilmektedir. Özellikle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin henüz yeni çalışmaya başladığı düşünüldüğünde, mahkemeler arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi kolay olmayacaktır. Aynı konumdaki bireylerin, yalnızca davayı açtıkları mahkemenin farklı olması nedeniyle haksızlığa uğramamaları açısından, Yargıtay'ın zenginleşme yasağına karşı esnek bir tutum izleme yoluna gidip gitmeyeceğini belirlemesi gerekmektedir.

Bireylerin haksız olarak maruz bırakıldıkları koruma tedbirleri ile zarar verilen değerlerin temel hak ve özgürlükler olduğu düşünüldüğünde, tazminat hesaplamada katı bir tutum izlemenin kişinin zararını tazmin etmede etkisiz kalacağı açıktır. Koruma tedbiri uygulandıktan sonra, temel hak ve özgürlüklere verilen zararın ortadan kaldırılması ve durumun tedbir uygulanmadan önceki haline döndürülmesi mümkün değildir. Mahkemelerin vereceği tazminat kararının, bireyin özellikle manevi olarak gördüğü zararı karşılamada ne kadar

<sup>836</sup> Murat Aydın, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2009 Ankara, s. 204.

<sup>837</sup> İşte, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 111.

etkili olabileceği dahi tartışmalıdır. Haksız bir biçimde uzun süre tutuklu kalan bireyin maruz kaldığı koruma tedbirinin haksızlığının, tedbirin uygulandığı evredeki kadar duyurulmaması, tazminata hükmedilmesine rağmen, bireyin toplumun gözünde edindiği yeri değiştiremeyecek ve manevi olarak gördüğü zararı ortadan kaldırmaya yetmeyecektir. Özellikle siyasi yönü ağır basan davalarda karşılaşılan ve sistematik olarak haksız koruma tedbirlerine maruz bırakılan bir gruba mensup bireyler açısından, tedbire haksız bir biçimde maruz bırakıldıklarının duyurulmasının yanı sıra, isimlerinin söz konusu haksızlıkları önleme amaçlı kurulan dernekere ya da eğitim programlarına verilmesi, bir başka örnek olabilir. Ancak bahsedildiği üzere gerek ulusal mevzuat gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında, zararların giderimi tazminat yolu ile gerçekleştirilmektedir. Tazminat kararı verildiğinde ise tazminat miktarlarının oldukça düşük olduğu gözlemlenmektedir.<sup>838</sup> Haksız uygulanan koruma tedbirlerinin ağır etkileri karşısında orantısız miktarda tazminata hükmedilmesi ise, öngörülen zarar giderim yolunun etkililiğini azaltmaktadır.

### **3.3.11. Tazminatın geri alınması**

Kanun, belirli durumlar için, hükmedilmiş olan tazminatın geri alınmasına olanak tanımaktadır. Buna göre; tazminata ilişkin karar, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin bir karara dayanılarak verilmiş ve fakat daha sonra kişi hakkında kamu davası açılıp, kişinin mahkumiyeti yönünde karar verilmişse, tazminata dayanak olan kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ortadan kalkmış olacağından, tazminatın geri alınabileceği kanunda belirtilmektedir. Bu husus gerekçede; “ödenen tazminatın hukuki dayanağının ortadan kalkmış olması ve

---

<sup>838</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Attı and Tedik v. Turkey, Application No: 32705/02, 20.10.2009; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İpek and Others v. Turkey, Application No: 17019/02 ve 30070/02, 03.02.2009; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Buzadji v. Moldova, Application No: 23755/07, 05.07.2016; Anayasa Mahkemesi, Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2012/1158, Karar Tarihi: 21.11.2013; Anayasa Mahkemesi, Mehmet Haberal Başvurusu, Başvuru No: 2012/849, Karar Tarihi: 04.12.2013; Anayasa Mahkemesi, Mehmet Seyfi Oktay Başvurusu, Başvuru No: 2013/6367, Karar Tarihi: 10.12.2015; Anayasa Mahkemesi, Sebahat Tuncel Kararı, Başvuru No: 2012/1051, Karar Tarihi: 20.02.2014.

kişinin sebepsiz olarak zenginleşmiş olduğunun hükümlerle belgelenmesidir.” cümlesiyle ifade edilmektedir. Aynı şekilde beraat kararı üzerine tazminata hükmedilmiş ve söz konusu bu beraat kararı, kişi aleyhinde yargılamanın yenilenmesi suretiyle kaldırılmış ve yargılama sonucunda mahkumiyete karar verilmişse, yine tazminat geri istenebilmektedir. Zira kişinin mahkumiyetine ilişkin karar verilmesi, temel hak ve hürriyetinin haksız olarak başvuru bir koruma tedbirleriyle sınırlanmadığı anlamına gelmektedir; aksi durumda kişi, haksız zenginleşmektedir<sup>839</sup>. Her iki ihtimalde de mahkumiyet kararının kesinleşmesi gerekmektedir.

Kişinin yakalama, gözaltı, tutukluluk gibi tedbirlerle geçirdiği süreler, mahkumiyet kararı ile hükmedilen özgürlüğünü kısıtlayıcı süreden uzunsa; bu sürenin karşılığı hesaplanarak, bu miktar kişiye bırakılmalıdır. Geri alınması gereken, yalnızca hukuka uygun olarak uygulanan işlemlerin karşılığı olarak kişiye ödenmiş olan miktardır. Bu doğrultuda geri alınan mahkumiyet süresi ile özgürlüğün koruma tedbiri ile kısıtlandığı süre arasında bir karşılaştırma yapmayı gerektirdiği; bunun sonucu olarak da ancak özgürlüğü kısıtlayıcı koruma tedbirleri açısından uygulanabileceği doktrinde ifade edilmektedir<sup>840</sup>.

Geri isteme şartları gerçekleştiğinde, Cumhuriyet savcısı, Hazine’yi beklemeksizin, tazminata hükmeden mahkemeye başvurarak, tazminatın geri alınmasına ilişkin karar verilmesini talep etmelidir. Ancak, hazine temsilcisi de bu yöndeki talebini Cumhuriyet savcısına yapabilmektedir; Cumhuriyet savcısı, bu talebi yerinde görürse, mahkemeye başvurarak tazminatın geri alınmasını talep edebilmektedir<sup>841</sup>. Bu başvuru üzerine mahkeme, dosya üzerinden inceleme yaparak, tazminatın geri alınması şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak; kısmen geri ödeme yapılacak hallerde, buna ilişkin hesaplamayı yapmalı ve kararı taraflar ile Cumhuriyet savcısına tebliğ etmelidir. Söz konusu bu karar karşı, taraflar ve Cumhuriyet savcısının itiraz kanun yoluna başvurusu mümkündür. Bu yönde bir karar sonucu tazminat geri alınırken, Amme

<sup>839</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 305.

<sup>840</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 305.

<sup>841</sup> Yeşilkaya, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesi’nde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, s. 78.

Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaktadır<sup>842</sup>. Ancak tazminatın geri alınmasına ilişkin herhangi bir süre öngörülmemiştir<sup>843</sup>.

### 3.3.12. Kamu Görevlisine ve Diğer Kişilere Rücu

Anayasa m. 40/3'te, kişilerin, kamu görevlilerinin haksız işlemleri sebebiyle uğradıkları zararın Devletçe tazmin edilmesi ilkesi benimsendikten sonra, devletin ilgili kişiye rücu hakkının saklı kaldığı belirtilmiştir. Devletin, bu şekilde, ödediği tazminat sebebiyle kamu görevlisine rücu etmesi, tazminata yol açan koruma tedbirinin, kamu görevlisi tarafından görevinin gereklerine aykırı hareket edilerek görevinin kötüye kullanılmış olması halinde mümkündür. Böyle bir durumda rücu için ön şart, görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin kesinleşmiş bir mahkumiyet kararının mevcut olmasıdır. İlgili kamu görevlisine yalnızca disiplin cezası verilmesi, rücu etmek için yeterli değildir<sup>844</sup>. Suçun icrai hareketle gerçekleştirilmesi gerekmektedir; ihmali hareketle gerçekleştirilmesi ya da gecikme göstermek suretiyle görevin kötüye kullanılması halinde, rücu mümkün değildir<sup>845</sup>. Suçun kasten işlenmiş olması gerekmektedir. Zira taksirle görevinin gereklerine aykırı hareket eden hakim ya da savcıya rücu edilmesi durumunda, Anayasa'da yer alan hakim - savcılık teminatının ortadan kalkacağı belirtilmektedir. Söz konusu haksız işlem; rüşvet, irtikap gibi özel görevi kötüye

---

<sup>842</sup> 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 28.07.1953 Tarih ve 8469 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>843</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 501.

<sup>844</sup> Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 311.

<sup>845</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 306; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 577; Yeşilkaya, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesi'nde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, s. 77. Anayasa m. 129/5'te kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı devletin ödediği tazminatlar nedeniyle ilgili kamu görevlisine rücu edeceği hükmü karşısında, CMK'da yer alan, görevi kötüye kullanma suçunun yalnızca icrai davranışlarla işlenmesi halinde ilgili kamu görevlisine rücu edilebileceği yönündeki düzenlemenin, yerinde olmadığı yönündeki görüş için bkz. Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 312.

kullanma suçları sonucu gerçekleştirilmişse, Devletin, işlemleri haksız olarak gerçekleştiren hakim ya da savcıya rücu etmesi yine mümkündür<sup>846</sup>.

Kamu görevlisi haricindeki diğer üçüncü kişilere rücu edilmesi de mümkündür. Bu ihtimalde, üçüncü kişi tarafından iftira veya yalan tanıklık suçlarının işlenmesi suretiyle, zarar gören kişinin haksız olarak koruma tedbirlerine maruz bırakılması gerekmektedir. Ancak kanuna göre, iftira halinde üçüncü kişiye rücu, yalnızca gözaltı veya tutuklama tedbirlerinin uygulanması halinde mümkündür. Kamu görevlisine rücuda olduğu gibi, iftira veya yalan tanıklığa ilişkin karar kesinleşmeksizin rücu mümkün değildir.

Kamu görevlisi ya da üçüncü kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi, rücu edilmesini engellememektedir. Madde metninde “rücu eder” ifadesi yer aldığı için, devletin bu hususta bir takdir yetkisi bulunmadığı ve rücunun yasal bir zorunluluk olduğu öne sürülmektedir<sup>847</sup>. Böyle bir durumda, tazminata ilişkin kararı veren mahkemeye, Hazine yetkilisi tarafından başvurulması gerektiği ve davalı olarak da kamu görevlisi ya da üçüncü kişinin gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>848</sup>. Rücuya ilişkin dava, bir yıl içerisinde açılmalıdır.

Hakimlerin kararlarını bağımsız ve tarafsız verebilmeleri için, verdikleri her karar sebebiyle yargılanma tehdidi altında olmamaları gerekmektedir. Ancak hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, hakimlerin, verdikleri kararlar sebebiyle sorumsuz olacaklarından bahsetmek mümkün değildir. Aksi halde söz konusu kararlar, herhangi bir denetime açık olmaksızın keyfilik teşkil edebilecektir. Bu sebeple hakimlerin, verdikleri kararların ve bunların sonuçlarının bilincinde olmalarını amaçlayan bir denetim sistemi öngörülmesi gerekmektedir. Özellikle, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının en çok ihlal kararı verilen ikinci temel hak ve hürriyet olduğu göz önüne alındığında, yargı makamlarının yakalama, gözaltı

---

<sup>846</sup> Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 339; Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005, s. 557.

<sup>847</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 577; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 255.

<sup>848</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 578.

ve tutuklama tedbirlerini, amaçlarının aksine, kişi hakkındaki yargılama sona erene dek başvuru bir ön cezalandırma mekanizması olarak gördükleri anlaşılmaktadır.<sup>849</sup> Bu sebeple, rücu yolunun hakimlerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını zedelemeksizin hakkaniyetli bir biçimde işletilmesi, yargı mercilerini daha dikkatli ve özenli bir inceleme gerçekleştirmeye sevk edebilecektir.

---

<sup>849</sup> Bireysel Başvuru İstatistikler, 23 Eylül 2012 – 31 Aralık 2016 Tarihleri Arası Bireysel Başvuru İstatistikleri, <http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/istastik-31122016.pdf> (Erişim Tarihi: 15 Ocak 2018).

## SONUÇ

Ceza muhakemesinin, gereği gibi yürütülebilmesi ve muhakeme sonunda, hükmün uygulanabilmesi için, koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Fakat, tedbirlerin, temel hak ve özgürlüklere getirdikleri sınırlamalar nedeniyle, hem koruma tedbirlerinin ortak başvuru şartlarına hem de kanunda bağlandıkları özel ve sıkı şartlara riayet edilmelidir. Bu esnada gerek olağan gerekse olağanüstü dönemlerde, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, hakların sınırlandırılmasına ilişkin belirledikleri koşulların durumla ne kadar örtüştüğü de gözden geçirilmelidir.

Koruma tedbirlerine, doğaları gereği, muhakeme sonuçlanıp kişinin suçluluğu ya da masumiyeti hakkında hüküm kurulmadan önce başvurulmaktadır. Bir tedbire, o esnada mevcut deliller ve olgular gözetilerek ihtiyaç duyulup duyulmadığı yönünde karar verilmekte ve bu da görünüşte haklılık olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle kişi masum olsa dahi, o dönem eldeki veriler nedeniyle tedbire maruz kalmış olabilmektedir. Bunun yanı sıra, bizzat koruma tedbirlerine ilişkin kararlar kanuni şartlar gözetilmeden verilebildiği gibi, hukuka uygun bir kararın uygulanması esnasında belirli aksamalar yaşanıp bir hukuka aykırılık meydana gelebilmektedir. Her üç ihtimalde de, bireyin temel hak ve hürriyetlerine, haksız bir müdahale gerçekleştirilmektedir. Hukuk devletinin gereği olarak, yargı makamlarınca bu aksamalar tespit edilip bireylerin zararları giderilmelidir.

Koruma tedbirleri ile bireylerin temel hak ve hürriyetlerine, hukuka aykırı bir biçimde müdahaleye yol açıldığında, bunun geri dönüşü fiziki olarak mümkün olamamaktadır. Bu nedenle bireylerin yargı makamlarına başvurmaları üzerine, devlet tarafından haksız işlem ya da uygulama ile yol açılan zararın, yine devlet tarafından ödenen tazminat ile telafi edilmesi yoluna gidilmektedir. Bunun doğal bir uzantısı olarak yargı makamlarına, Anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile korunan temel hak ve hürriyetlere haksız bir müdahale gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etme ve gerçekleşmişse mevcut zararlar orantılı bir tazminat belirlenmesi açısından önemli görev düşmektedir.

Çalışmada bu bağlamda, öncelikle koruma tedbirleri kavramı açıklanmış; temel hak ve hürriyetlere getirdikleri sınırlamalar sebebiyle gerek Anayasa gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde olağan ve olağanüstü dönemlerde yer alan sınırlama usulleri açıklanmıştır. Sonraki bölümde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan koruma tedbirleri, hukuka aykırı uygulandıkları kanısına varılan Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile birlikte incelemiştir. Bu şekilde, ileride tazminata ilişkin esaslar anlatılırken ulusal hukukta tüketilmesi gereken kanun yolunu uygulayıcı yüksek mahkemeler olarak Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin tedbirlere genel bakış açısı ortaya konmuştur. Şayet, ulusal yargı makamlarının kararlarının tazminat hususunda etkisiz kalması durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin her bir tedbire yaklaşımı ve hangi hallerde söz konusu tedbirin temel hak ve hürriyetleri ihlal eder nitelikte olduğunu kabul ettiği araştırılmıştır. Bunun sonucunda, Anayasa Mahkemesi tarafından inceleme yapılan koruma tedbirlerinin, daha çok kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilişkili olduğu gözlemlenmiştir. Fakat bu kararların büyük bir kısmı, Anayasa Mahkemesi tarafından, devam eden tutukluluk halinin makul süreyi aştığı yönündeki iddiaların, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen tazminat hükümlerinin bu özel durumda etkisiz kabul edilmesi sebebiyle incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, etkisizliğe dair içtihadını değiştirmesinin ardından, Yargıtay'ın tazminata ilişkin olumlu tavrı sonucu, bu başvuruların azalması beklenebilecektir.

Anayasa Mahkemesi'ne gelen başvuruların büyük bir kısmı, yakalama esnasında maruz kalınan orantısız müdahale ile gözaltı süresince bireylere uygulanan koşullarla ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi bütünlük hakkının özellikle usuli boyutu olan etkili soruşturma yükümlülüğü ile ilgili, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını sıkı bir şekilde gözeterek inceleme yapmaktadır. Bu durum, hem ilk derece mahkemelerince yapılan soruşturma ve kovuşturmanın hem de Yargıtay içtihadının, Anayasa Mahkemesi tarafından yetersiz ve etkisiz bulunduğu anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne, el koyma, arama, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı, teknik araçla takip koruma tedbirleri yönünden gelen başvurularınsa, daha az olduğu gözlemlenmiştir. Bunda, Ceza Muhakemesi Kanunu özelinde yer alan düzenlemelerin, başından beri bu tedbirler açısından, etkili kabul edilmeleri ile Yargıtay'ın, dikkatli ve titiz uygulamasının payı olduğu düşünülmektedir. Aynı zamanda, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi ve teknik araçla takip gibi tedbirlerin, doğaları gereği gizli uygulanmaları gerekmektedir. Bu durum da bireylerin söz konusu tedbirin muhatabı olduklarını daha geç öğrenmelerine ve bu tedbirlerinin etkilerinin, yakalama ya da tutuklama gibi doğrudan hissedilmemesine yol açmaktadır. Bahsedilen tedbirler ile ilgili başvuru sayısının azlığında, tedbirlerin gizlilikleri de etkili olabilmektedir.

Çalışmada, mahkemelerin koruma tedbirleri ve tazminata ilişkin kararları incelenirken, içtihat değişikliklerinde birbirlerinden ne kadar etkilendikleri de değerlendirilmiştir. Bunun sonucunda gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, ilk etapta, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen tazminat uygulamasını, özellikle devam eden tutuklulukla ilgili başvurular açısından, etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmedikleri gözlemlenmiştir. Ancak, Yargıtay'ın tazminata ilişkin yargılama sonuçlanmaksızın açılan davaları reddetme, kişi özgürlüğü kısıtlandığında, bu şekilde geçirilen tatil günlerini maddi kayba dahil etmeme gibi sıkı tazminat şartlarını yumuşatması sonucu, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemenin uygulaması, hem Anayasa Mahkemesi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, etkili ve tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 6545 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu, tazminatın yalnızca sınırlı sayılan tedbirler için istenebileceği kuralına son verilmesi ve Yargıtay'ın da bu uygulamayı benimsemekte isteksiz olmaması, söz konusu iç hukuk yolunun etkililiğini artırmıştır. Bu değişiklik sonucu, Yargıtay'ın adli kontrolün orantısız uygulandığı iddiası ile tazminat kararları verebildiği görülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin, kendi

bireysel başvuru incelemesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokolleri ile Anayasa'da ortak olarak yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlaması sonucu, adli kontrolle ilgili yapılan başvurularda, şayet seyahat özgürlüğü dışında bir temel hak ve hürriyetin daha ihlal edildiği öne sürülüyorsa, başvuruyu kabul edilemez nitelendirerek incelemeye girmektedir. Böyle bir durumda, Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nden daha etkili bir çözüm sunduğu öne sürülebilirse de Yargıtay'ın yalnızca tazminata hükmedebilmesi; Yargıtay'ın kararı sonucu adli kontrol tedbirine son verilmesi şartının olmaması ve hak odaklı bir inceleme sonucu ihlalin vurgulanmasının salt tazminat kararından daha önemli bir yeri olması sebebiyle, bahsedilen etkililik tartışmaya açık hale gelmektedir.

Arama tedbiri açısından ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iki işlem tanığı olmaksızın gerçekleştirilen aramadan elde edilen delillerin kullanılmayacağına ilişkin içtihadı, Yargıtay'ın bu yöndeki aksi tutumunun değişmesini sağlamış ve mahkemelerin birbirlerini üzerilerindeki etkilerini, bir kez daha ortaya koymuştur. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin, delillere ilişkin standardını, Anayasa'daki açık hükme rağmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin daha düşük olan standardına çekmesi, aramaya ilişkin daha sonraki kararında, somut başvuru özelinde, kanunda düzenlenmiş arama usulüne aykırı gerçekleştirilen arama ile elde edilen delilin kullanılmasının kabulüne yol açmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, kendi inceleme alanını bu şekilde tamamen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile sınırlandırması, ileride daha büyük problemlere yol açabilecektir ve doktrinde de belirtildiği gibi, ne bireysel başvuru ne de temel hak ve hürriyetleri koruma mantığı ile bağdaşmaktadır.

Tutukluluğa ilişkin incelemeler açısından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf yapılmakla birlikte, bu prensiplerin uygulamaya büyük ölçüde yansıtılmadığı gözlemlenmiştir. Özellikle ilk derece mahkemeleri tarafından belirtilip Yargıtayca da onanan soyut, kanundaki şartların olayla ilişkilendirilmeksizin tekrarlandığı ve kişinin profili göz önüne alınmaksızın öne sürülen tutukluluk gerekçelerinin, tutukluluğun hukukiliğine dair incelemelerde, özellikle siyasi yönü olan davalarla ilgili başvurularda, irdelenmeksizin kabul

edildiği anlaşılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, kararlarında belirttiği üzere, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, demokratik toplumlar açısından oldukça önemli olduğunu düşünmekte ve bu doğrultuda oldukça dikkatli bir inceleme yapmaktadır. Ancak Mahkeme'nin temel hak ve hürriyetlere müdahale açısından getirdiği bu yüksek eşik, Sözleşme'de herhangi bir hükmün bulunmadığı hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi hususunda aşağı çekilmektedir. Bu sebeple hukuka aykırı olara elde edildiği kabul edilen birçok delilin, çeşitli gerekçeler öne sürülerek iç hukukta kullanımının, adil yargılanma hakkını ihlal etmediği sonucuna varıldığı görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu hususta, düşük de olsa, belirli bir standart çizmeye çalışsa da, ulusal mahkemelerin bu konudaki takdir yetkisine verdiği ağırlık nedeniyle, net bir tutum ortaya koyamamaktadır.

Ulusal makamların takdir yetkisi ile birlikte kullandığı diğer bir kavram olan Avrupa konsensüsü ise, el koyma kararlarında, malik olan üçüncü kişilerin haklarının korunmasında ortaya çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, suçla ilişkisi olmasa dahi, üçüncü kişilerin ulusal makamlar önünde, hukuka aykırı delil iddiası gibi maliklik iddialarını da yeterli bir şekilde öne sürebilmeleri durumunda, devletin söz konusu malvarlığına el koyma yetkisinin mülkiyet hakkını ihlal etmediği yönünde karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, mülkiyet hakkını korumada gösterdiği özen göz önüne alınmakla birlikte, standardını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile bir tutma yolundaki eğilimi, bu hususta da vereceği kararları düşündürmektedir. Ancak, üçüncü kişilerin malvarlığına el koymaya ilişkin doğrudan Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine başvurarak bir sonuç elde edilebilmesi, Yargıtay'ın olumlu yaklaşımı da dikkate alındığında, mümkün görünmektedir. Yargıtay'ın ise bahsedilen bu esnek tutumunu, özel hukuk açısından tazminat prensibi olarak kabul edilen “zenginleşme yasağı” açısından da göstermesi ve özellikle siyasi yönü ağır basan davalarda, yerel mahkemeler arasında birbirinden oldukça farklı miktarlarda hükmedilen tazminatlar yönünden, bu farklılığı giderici bir karar vermesi beklenmektedir.

Tüm bu incelemelerin sonucunda, Yargıtay'ın Ceza Muhakemesi Kanunu m.141'e ilişkin uygulamasını geliştirmekte olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nin usulden kabul edilemez bulduğu başvurular yönünden tazminata hükmedebildiği anlaşılmıştır. Ancak, Yargıtay'ın salt tazminata hükmedebilmesi ve hak odaklı yaklaşım doğrultusunda hem hak ihlalinin vurgulandığı hem de söz konusu hukuka aykırı tedbirin uygulanmasına son verilmesi açısından Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda yetki alanını sınırlamaksızın yapacağı bir inceleme, doğuracağı sonuçlar açısından daha etkili olacaktır. Tazminat miktarları yönünden ise, mahkemelerin belirledikleri tazminat miktarının, yol açılan zarar karşısında orantısız kaldığı gözlemlenmiştir.

## KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU** : Tekin AKILLIOĞLU, Temel Hakların Durdurulması, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları – 7, Ankara, 1988.
- AKYÜZ** : Umut AKYÜZ, Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamında Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
- ALACAKAPTAN** : Uğur ALACAKAPTAN, “Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, AÜHF Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1-4, Ankara, 1961.
- ALBAYRAK** : Mustafa ALBAYRAK, Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı: 118, Ankara, 2016.
- ALDEMİR** : Hüsnü ALDEMİR, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri : Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Adli Kontrol, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2014.
- ALTIPARMAK** : Kerem ALTIPARMAK, Büyük Biraderin

Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 63, Ankara, 2006.

- ARSLAN** : Zühtü ARSLAN, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 19, Ankara, 2002.
- AYDIN** : Murat AYDIN, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2009.
- AYDIN** : Murat AYDIN, "Ceza Peşin, Yargılama Veresiye", 4. Yılında CMK, İstanbul Barosu Yayınları, 2010.
- AYDINALP** : Sezai AYDINALP, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1997.
- BALO** : Yusuf Solmaz BALO, Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihanı, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2015, s. 1-57
- BAYTAR** : Serdal BAYTAR, Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 61, Ankara, 2005.

- BELGESAY** : Emcet BELGESAY, Devletin Adli Faaliyetten Hukuki Mesuliyeti, AÜHFD, Cilt: 51, Ankara, 1960.
- BİLGİN** : Ahmet Burak BİLGİN, Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı, 2016.
- CENTEL/ZAFER** : Nur CENTEL / Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık İstanbul, 9. Baskı, 2012.
- COŞKUN** : Neslihan COŞKUN, Adli Kontrol, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yeni CMK Dosyası, Sayı: 3, Nisan 2005.
- ÇOLAKKOL** : Hediye ÇOLAKKOL, 2001 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Edirne, 2010.
- DİKİCİ** : M. Fatih DİKİCİ, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 6. Baskı, 2005.
- DOĞAN** : Duygu Çağlar DOĞAN, Ceza Muhakemesinde Adli Arama, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (92).

- DOĞRU** : Osman DOĞRU, “Sanık Öğüten Çarklar”:  
İnsan Hakları Açısından Türkiye’de Ceza  
Adalet Sistemi, TESEV  
Demokratikleşme Programı Siyasa Raporları  
Serisi, TESEV Yayınları, İstanbul, 2. Baskı,  
2012.
- ERCAN** : İsmail ERCAN Ceza Muhakemesi  
Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul,  
4. Baskı, 2011.
- ERMAN** : Sahir ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, 7.B.  
İstanbul, 1983.
- ERSOY** : Uğur ERSOY, Ceza Muhakemesi  
Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım  
Tayini, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı,  
2009.
- ERTEN** : Cengiz ERTEN, Haksız Tutuklamalarda  
Tazminat Talebi, Ankara Barosu Dergisi,  
Sayı :1, Ankara, 1990.
- FEYZİOĞLU** : Metin FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi:  
Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa  
İnsan Hakları Sözleşmesi, AÜHFD, Cilt: 48,  
No: 1-4, Ankara, 1999.
- FEYZİOĞLU** : Metin FEYZİOĞLU, Tutuklamaya Dair

Uygulamada Görülen Bazı Sorunlar, Tesbitler, Değerlendirmeler, Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

**GEMALMAZ** : M. Semih GEMALMAZ, Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto - De Jure Ayrımı, Cahit Talas'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları - 9, Ankara 1990.

**GEMALMAZ** : M. Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul, 7. Baskı, 2010.

**GÖKÇEN** : Ahmet GÖKÇEN, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1994.

**GÖLCÜKLÜ** : Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Yargılama Makamları Önünde Makul Süre, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2-3, Mayıs - Eylül 1991.

**GÖLCÜKLÜ/  
GÖZÜBÜYÜK** : Feyyaz Gölcüklü / Şeref Gözübüyük; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara, 9. Baskı, 2011.

- GÖREN** : Zafer GÖREN, Temel Hakların Sınırlanması – Sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2.
- GÖZLER** : Kemal GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Basım - Yayın – Dağıtım, Bursa, 1. Baskı, 2010.
- GÖZLER** : Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım - Yayın - Dağıtım, Bursa, 11. Baskı, 2011.
- GÖZLER** : Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt: II, Ekin Yayınları, 1. Baskı, Bursa, 2003.
- GÜLEÇ** : Sesim Soyer GÜLEÇ, Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 98, Ankara, 2012.
- GÜLTAŞ** : Veysel GÜLTAŞ, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Işığı Altında Tutuklama ve Kanun Yolları Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesini Yeniden Düzenleyen 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat : Açıklamalar, Seçilmiş Yargıtay Kararları,

Konu ile İlgili AİHM'sinin İçtihatları ve Dilekçe Örnekleri, Bilge Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2008.

**GÜLTEKİN** : Özkan GÜLTEKİN, Yakalama ve Gözaltına Alma Kavramları ile Uygulamadan Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Terazi Hukuk Dergisi, 2012.

**GÜNDEL** : Ahmet GÜNDEL, Açıklamalı-İçtihatlı Atatürk'e, Cumhurbaşkanı, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklamalara Tazminat Verilmesi Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

**GÜNEN** : Ömer GÜNEN, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2014.

**HAKERİ** : Hakan HAKERİ, Dönmezer Armağanı, Türk ve Alman Hukukunda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2008.

**HAKERİ** : Hakan HAKERİ, Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

- HANÇERLİ** : Mehmet Uğur HANÇERLİ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009.
- IŞIK** : Mehmet IŞIK, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, No: 110, Ankara 2014.
- İNCEOĞLU** : Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 4. Baskı, 2013.
- İNCEOĞLU/BOYAR/  
KARAN/AKBULUT/  
ARSLAN ÖNCÜ/  
TOKUZLU** : Sibel İNCEOĞLU (Editör) / Oya BOYAR / Ulaş KARAN / Olgun AKBULUT / Gülay ARSLAN ÖNCÜ / Lami Bertan TOKUZLU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta Yayıncılık, İstanbul, 3. Baskı, 2013.
- İSTE** : Onur İSTE, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

- KABOĞLU** : İbrahim KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 9. Baskı, 2014.
- KANMAZ** : Fatih KANMAZ, AİHM - Yargıtay Kararları Son Yasal Düzenlemeler Işığında: Haksız Yakalama, Tutuklama ve El koyma Nedeniyle Tazminat : Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 3. Baskı, 2015.
- KAPANİ** : Münci KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 7. Baskı, 1993.
- KARAFAKİH** : İsmail Hakkı KARAFAKİH, Hakimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Hukuki Mesuliyetleri, AÜSBFD, Cilt: XI, Sayı: 3, Ankara, 1956.
- KARAGÜLMEZ** : Ali KARAGÜLMEZ, Tutuklama Nedenleri ve Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtiraz Konusunda 5271 Sayılı CMK'nın İncelenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, Ankara, 2005.
- KARAKEHYA** : Hakan KARAKEHYA, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2015.

- KARGI** : Halil İbrahim KARGI, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010.
- KAYMAZ** : Seydi KAYMAZ, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2011.
- KILIÇOĞLU** : Mustafa KILIÇOĞLU, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD, Cilt: XXX, Ankara, 1973.
- KILLIBAŞ** : Özlem Selvi KILLIBAŞ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010.
- KIZILKAYA** : Ezgi KIZILKAYA, Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, El Koyma, Gözaltı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010 (89).
- KOCA** : Mahmut KOCA, Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, 2003.

- KOPARAN** : Mehmet Reşat KOPARAN, Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 65, Ankara, 2006.
- KÖROĞLU** : Hasan KÖROĞLU, Haksız Tutuklama Tazminat, Adil Yayınları, Ankara, 1996.
- KUNTER/YENİSEY  
NUHOĞLU** : Nurullah KUNTER / Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 15. Baskı, 2006.
- MACOVEI** : Monica MACOVEI, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin, İnsan Hakları El Kitabı, 2. Baskı, 2003.
- MAHMUTOĞLU** : Fatih Selami MAHMUTOĞLU, İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İ.Ü.H.F. Eğitim – Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1998.
- MALKOÇ/YÜKSEKTEPE:** İsmail MALKOÇ, Mert YÜKSEKTEPE, Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005.
- MERAN** : Necati MERAN, Ceza ve Hukuk Davalarında

Yasak Delil, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2015.

- METİN** : Yüksel METİN, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2002.
- OCAK** : Ümit OCAK, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesinde Kişi Özgürlüğü Hakkını Sınırlayan Koruma Tedbirleri, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Kütahya, 2007.
- ORDU** : Özgecan ORDU, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Düzeni, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2008.
- ONAN** : Ozan ONAN, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009.
- ÖZBEK** : Veli Özer ÖZBEK, Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1 -2, 2014.
- ÖZBEK** : Veli Özer ÖZBEK, Yeni Ceza

Muhakemesinin Kanununun Anlamı  
(Açıklamalı - Gerekçeli - İctihatlı), Seçkin  
Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2005.

**ÖZBEK/KANBUR  
BACAKSIZ/DOĞAN/  
TEPE**

: Veli Özer ÖZBEK / Mehmet Nihat  
KANBUR / Pınar BACAKSIZ / Koray  
DOĞAN / İlker TEPE, Seçkin Yayıncılık,  
Ankara, 5. Baskı, 2015.

**ÖZBEK/TEPE**

: Veli Özer ÖZBEK / İlker TEPE, Ceza  
Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme  
(Reformatio In Peius) Yasağına İlişkin –  
Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla- Genel Bir  
Değerlendirme, Dokuz Eylül Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı  
2014, İzmir, 2015, s. 3759 - 3797.

**ÖZBUDUN**

: Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku,  
Yetkin Yayınları, Ankara, 12. Baskı, 2011.

**ÖZDEŞ**

: Orhan ÖZDEŞ, Hakimlerin Hukuki  
Sorumluluğu ve Devlet, Danıştay Dergisi,  
Sayı: 2, 1971

**ÖZGÜVEN**

: A. Duygu ÖZGÜVEN, Ceza Muhakemesi  
Kanunu “Adli Kontrol”, Türkiye Barolar  
Birliği Dergisi, Sayı: 81, Ankara, 2009.

**ÖZEN/ÖZOCAK**

: Muharrem Özen, Gürkan Özocak, Adli

Bilişim, Elektronik Deliller ve  
Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma  
Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134),  
Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2015/1, s. 41-  
77

**ÖZTÜRK/TEZCAN/**

**ERDEM/SIRMA/KIRIT/**

**ÖZAYDIN/AKCAN/**

**ERDEM**

: Bahri ÖZTÜRK / Durmuş TEZCAN /  
Mustafa Ruhan ERDEM / Özge SIRMA /  
Yasemin F. Saygılar KIRIT / Özden  
ÖZAYDIN / Esra Alan AKCAN / Efser  
ERDEM, Nazari ve Uygulamalı Ceza  
Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık,  
Ankara, 5. Baskı, 2009.

**PARLAR/HATİPOĞLU**

: Ali PARLAR / Muzaffer HATİPOĞLU,  
5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu  
Yorumu ve İlgili Mevzuat, Cilt I, Seçkin  
Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2008.

**SUNAY**

: Sunay REYHAN, İnsan Haklarının Yatay  
Etkisi ve Devletin Sorumluluğu, Selçuk  
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:  
23, Sayı: 1, Yıl: 2015, s. 9 – 52.

**SAĞLAM**

: Fazıl SAĞLAM, 1982 Anayasasının Temel  
Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği  
Sorunlar, Bahri Savcı'ya Armağan,  
Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları – 7,

Ankara, 1988.

- SAĞLAM** : Fazıl SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- SARICA** : Ragıp SARICA, İdari Kaza, Cilt: I, 1949, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1949.
- SEVİMLİ** : A. Güçlü SEVİMLİ, Kuvvetli Suç Şüphesi Gölgesindeki Tutuklama, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 83, Sayı: 1, İstanbul, 2009.
- SWAMINATHA** : Tara M. SWAMINATHA, The Fourth Amendent Unplugged: Electronic Evidence Issues and Wireless Defenses, Yale Journal of Law and Technology, Volume: 7, Issue: 1, 01.01.2005.
- SOYASLAN** : Doğan SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 5. Baskı, 2015.
- ŞAHİN** : Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 4. Baskı, 2013.
- ŞAHİN** : Cumhur ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Kanunu

Gazi Şerhi; Seçkin Yayıncılık, Ankara, 6. Baskı, 2015.

**ŞAHİN** : Cumhur ŞAHİN, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi - Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1 - 2, Ankara, 2007.

**ŞEN** : Ersan ŞEN, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2008.

**ŞİRİN** : Tolga ŞİRİN, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

**TANER** : Tahir TANER, Adli Hataların Tamiri, Mukayeseli Hukuk Dergisi, Mart - Nisan 1956, Sayı: 2.

**TANER** : Tahir TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, İstanbul, 1995.

**TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU** : Bülent TANÖR/Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 9. Baskı, 2009.

**TAŞKIN** : Mustafa TAŞKIN, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık,

Ankara, 4. Baskı, 2013.

- TAŞKIN** : Ozan Ercan TAŞKIN, Kışkırtıcı Ajan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2011.
- TOROSLU/FEYZİOĞLU** : Nevzat TOROSLU / Metin FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 14. Baskı, 2015.
- TOSUN** : Öztekin TOSUN, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Rektörlük No: 3232, Hukuk Fakültesi No: 685; İstanbul, 1984.
- TURHAN** : Faruk TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006.
- UĞUZ** : İsmail UĞUZ, Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak “El Koyma”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.
- ÜNVER/HAKERİ** : Yener ÜNVER / Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 10. Baskı, 2015.
- ÜNVER/HAKERİ** : Yener ÜNVER / Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 8. Baskı, 2013.

- ÜNVER/KAVALALI** : M. Naci ÜNVER, A. Mümin KAVALALI, Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.
- YALVAÇ** : Gürsel YALVAÇ, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 267 – 306
- YAŞAR** : Osman YAŞAR, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005.
- YENİSEY/NUHOĞLU** : Feridun YENİSEY / Ayşe NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. Baskı, 2015.
- YERDELEN** : Onur YERDELEN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ve Türk Hukukundaki Yansıması, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Karaman 2001.
- YEŞİLKAYA** : Adem YEŞİLKAYA, İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesi'nde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı,

Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

- YILDIZ** : Hüseyin Serkan YILDIZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve El Koyma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- YOKUŞ** : Handan Sevük YOKUŞ, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan 2005.
- YURTCAN** : Erdener YURTCAN, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 6. Baskı, 2013.
- YURTCAN** : Erdener YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- YÜCE** : Turhan Tufan YÜCE, Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, İzmir, 1980.
- YÜKSEL** : Göksel YÜKSEL, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2011/3, Ankara.
- YÜZBAŞIOĞLU** : Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa

Yargısında Anayasallık Bloku, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1993.

**ZAND** : Joseph ZAND, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. Maddesi ve Olağanüstü Kavramı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Malatya, 2015.

### **İnternet Kaynakları**

**Atamer**, İlker 5651 Sayılı Kanun ve Erişim Engelleme, 09.02.2012, <http://www.atamer.av.tr/5651-sayili-kanun-ve-erisim-engelleme/> (Erişim Tarihi: 25.02.2017).

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş, 13.03.2017, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)004-tur](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur) (Erişim Tarihi: 05.05.2017).

Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi - Araştırma Bölümü, Madde 5 Rehberi, 2014, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 21.04.2017).

Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi - Araştırma Bölümü, Madde 15 Rehberi, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_15\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 21.04.2017).

**Birtek**, Fatih, Hak Arama Hürriyeti ve Türk Anayasa Hukukunda Yargı Yolu Kapatılan İşlemler, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_772.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_772.htm) (Erişim Tarihi: 04.02.2017).

**Gözler**, Kemal, Sulh Ceza Hakimlikleri ve Tabii Hakim İlkesi, 29.08.2014, <http://www.anayasa.gen.tr/tabii-hakim.htm> (Erişim Tarihi: 05.05.2017).

**Göztepe**, Ece, Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece\\_GyoZTEPE222.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf) (Erişim Tarihi: 25.04.2017).

**Kamu Hukukçuları Platformu (Hazırlayan: Ece Göztepe)**, Hukuk Güvenliği, **Çağlar**, Selda, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik – Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2013, s. 25-138, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/HUKUK\\_GyVENL\\_.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/HUKUK_GyVENL_.pdf) (Erişim Tarihi: 25.10.2017)

**Mahmutoglu**, Fatih Selami, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2017).

**Mahmutoglu**, Fatih Selami, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/f0cd550b0576f81dc52c24b75dcaaa9429f238517818090242.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2016).

**Oder**, Bertil Emrah, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun Etkileri ve Kararların Analizi Projesi, **Centel**, Nur, Bireysel Başvuru Kararlarında Tutuklamanın Hukukiliğinin Değerlendirmesi –Hikmet Kopar/Günay Dağ/Can Dünder ve Erdem Gül Kararları-, 25.10.2017, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Nur-Centel-Tutuklamanin-Hukukiligi.pdf> (Erişim Tarihi: 26.10.2017)

**Prefontaine**, Daniel, Implementing International Standards in Search and Seizure: Striking the Balance Between Enforcing the Law and Respecting the Rights of the Individual,  
[http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/International\\_Standards.pdf](http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/International_Standards.pdf) (Erişim Tarihi: 07.05.2017).

**Sermet**, Laurent, The European Convention on Human Rights and Property Rights, Council of Europe Publishing, 1999, Strasbourg,  
[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf) (Erişim Tarihi: 01.05.2017).

**şirin**, Tolga, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Yönelik Önemli Gelişmeler (1): CMK md. 141 Etkili Bir Hukuk Yoludur, <https://www.tolgasirin.com/single-post/kisiozgurlugu> (Erişim Tarihi: 25.10.2017).

### **Kararların Seçiminde Yararlanılan Kaynaklar**

Avrupa Konseyi Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, (Hazırlayanlar) **Kaplan**, Recep / **Turan**, Hüseyin / **şimşek**, Aydın, Bireysel Başvuru Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı – Seçme Kararlar, 2016,  
<http://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/Kitaplar/BireyselBasvuruKisiHuriyeteG%C3%BCvenligiHakki.pdf> (Erişim Tarihi: 07.05.2017).

**Cengiz**, Serkan / **Demirağ**, Fahrettin / **Ergül**, Teoman / **McBride**, Jeremy / **Tezcan**, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, 2008,  
[http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/kitaplar/cezayargilamasi.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/cezayargilamasi.pdf) (07.05.2017).

**Doğru**, Osman / **Nalbant**, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi ve Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı Ortak Yayımı, Cilt 1, Ankara, 1. Baskı, 2012.

**Duterte**, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, 2003, [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf) (Erişim Tarihi: 07.05.2017).

**Schutter**, Olivier de, International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, Second Edition, 2010.