

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA KORUMA TEDBİRİ OLARAK
TUTUKLAMANIN MADDİ VE ŞEKLİ ŞARTLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
SELÇUK AKICI

GAZİANTEP - 2022

**T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA KORUMA TEDBİRİ OLARAK
TUTUKLAMANIN MADDİ VE ŞEKLİ ŞARTLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
SELÇUK AKICI**

**TEZ DANIŞMANI
DR. ÖĞR. ÜYESİ ALİ TANJU SARIGÜL**

GAZİANTEP - 2022

ÖNSÖZ

En son çare olarak başvurulması gereken fakat günümüz yargılamalarında kolaylıkla başvuru tutuklama tedbiri, gerçek amacına uygun olarak kullanılmadığı sürece kişi özgürlüğüne karşı haksız bir müdahale olarak değerlendirilecektir. Kişi özgürlüğüne yapılan müdahalenin keyfi ve haksız olmasının önüne geçmek ise tutuklamanın koşullarının özellikle de maddi şartlarının anlaşılmasıyla mümkündür.

Bu çalışmada tutuklamanın maddi ve şekli şartları incelenmiştir. Bu süreçte bilgi ve birikimlerini esirgemeyerek ufkumuzu açan, değerli görüşlerini, eleştirilerini ve güler yüzünü esirgemeyen tez danışmanım sayın Dr. Öğr. Üyesi Ali Tanju SARIGÜL'e,

Çalışma boyunca sabrını, anlayışını özellikle de moral desteğini esirgemeyen hayat arkadaşım değerli eşim Yıldız AKICI 'ya,

Teşekkür eder, çalışmanın tüm ilgililere faydalı olmasını dilerim.

Selçuk AKICI

Gaziantep - 2022

ÖZET

Ceza yargılamasının amacı, hukuka uygun davranılarak maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ceza yargılamasının amacına ulaşabilmesi için zorunlu hallerde başvurulması gereken tutuklama, yerinde kullanıldığında adaletin sağlanmasına hizmet eden önemli bir araç iken gereksiz yere başvurulduğu takdirde kişi özgürlüğünü ihlal eden bir sorun olmaktadır. Günümüz uygulamasında, aslında istisna olarak başvurulması gereken tutuklama, neredeyse her yargılamada kural haline getirilerek büyük bir soruna dönüştürülmüştür.

Bu çalışmada ceza muhakemesi kurumu olan tutuklamanın maddi ve şekli şartları incelenmiştir. Çalışma ile tutuklama kararının hangi şartların gerçekleşmesi durumunda verilebileceği üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın birinci bölümünde tutuklama tedbirinin özellikleri, ön şartları ve düzenlendiği yasal metinlerin ilgili bölümleri genel düzeyde ele alınmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde tutuklamanın maddi şartları üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde ise tutuklamanın şekli şartları incelenmiştir. Çalışma ile; tutuklamanın şartları oluşsa bile en son çare olarak başvurulması gereken bir tedbir olduğu, tutuklamaya veya tutukluluk halinin devamına karar verilmesinin gerekli olduğu durumlarda ise tutuklama kararının kanunun aradığı şekilde gerekçelendirilerek denetime elverişli bir şekilde verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Tutuklama, koruma tedbiri, kaçma şüphesi, katalog suçlar, gerekçe.

ABSTRACT

The purpose of criminal proceedings is to reach the material truth by acting in accordance with the law. Detention, which must be resorted to in obligatory cases in order for the criminal proceedings to achieve its purpose, is an important tool that serves to ensure justice when used appropriately, while it is a problem that violates the freedom of the person if it is applied unnecessarily. In today's practice, detention, which should actually be used as an exception, has become a rule in almost every trial and has turned into a big problem.

In this study, the material and formal conditions of detention, which is a criminal procedure institution, were examined. The study focuses on the conditions under which an arrest warrant can be issued.

In the first part of the study, the characteristics of the detention measure, the prerequisites and the relevant parts of the legal texts are discussed at a general level. In the second part of the study, the material conditions of the arrest are emphasized. In the third part, the conditions of the arrest were examined. With work; It has been stated that detention is a measure that should be resorted to as a last resort even if the conditions are met, and in cases where it is necessary to decide on detention or the continuation of detention, the detention decision should be justified as required by law and be given in a manner suitable for supervision.

Key words: Arrest, protective measure, suspected escape, catalog crimes, justification.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
TUTUKLAMA KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ.....	4
1.1. Tutuklama Kavramı.....	4
1.2. Tutuklamanın Amacı ve Hukuki Niteliği.....	7
1.3. Tutuklamanın Özellikleri.....	10
1.3.1. Koruma Tedbiri Olması.....	10
1.3.1.1. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri.....	12
1.3.1.1.1. Yasayla Düzenlenmiş Olma.....	12
1.3.1.1.2. Geçici Olma.....	14
1.3.1.1.3. Araç Olma.....	15
1.3.1.2. Koruma Tedbirlerinin Ön Şartları.....	16
1.3.1.2.1. Gecikmede Sakınca Bulunması.....	16
1.3.1.2.2. Haklı Görünüş.....	18
1.3.1.2.3. Ölçülülük.....	19
1.3.2. Tutuklamanın İhtiyari Olması.....	21
1.3.3. Tutuklamanın İstisnai Olması.....	25
1.3.4. Tutuklamanın Bir Ceza Olmaması.....	26
1.4. Uluslararası Belgelerde Tutuklama.....	27
1.4.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi.....	27
1.4.2. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.....	28
1.4.3. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme.....	29
1.4.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	32
1.5. Türk Hukukundaki Yasal Düzenlemeler.....	34
İKİNCİ BÖLÜM.....	38
TUTUKLAMA KORUMA TEDBİRİNİN MADDİ ŞARTLARI.....	38
2.1. Tutuklamanın Maddi Şartları.....	38

2.1.1. Genel Olarak	38
2.1.2. Somut Delillere Dayalı Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığı.....	40
2.1.2.1. Genel Olarak.....	40
2.1.2.2. Şüphe Kavramı	41
2.1.2.3. Kuvvetli Suç Şüphesinin Somut Delillere Dayanması	43
2.1.3. Bir Tutuklama Nedeninin Bulunması	54
2.1.3.1. Genel Olarak.....	54
2.1.3.2. Şüpheli/Sanığın Kaçması veya Saklanması.....	56
2.1.3.3. Şüpheli/Sanığın Kaçacağı Şüphesini Uyandıran Somut Olguların Varlığı.....	59
2.1.3.4. Şüpheli veya Sanığın Davranışları	66
2.1.3.4.1. Genel Olarak	66
2.1.3.4.2. Şüpheli/Sanığın Davranışlarının Delilleri Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Hususunda Kuvvetli Şüphe Oluşturması 68	
2.1.3.4.3. Şüpheli/Sanığın Davranışlarının Tanık, Mağdur veya Başkaları Üzerinde Baskı Yapılması Girişiminde Bulunma Hususunda Kuvvetli Şüphe Oluşturması	74
2.1.3.5. Tutuklama Nedenlerinin Varlığına İlişkin Yasal Karineler (Katalog Suçlar).....	78
2.1.4. Adli Kontrol Tedbirlerinden Birine Karar Verilemeyecek Olması.....	91
2.1.5. Tutuklamanın Ölçülü Olması	96
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	100
TUTUKLAMA KORUMA TEDBİRİNİN ŞEKLİ ŞARTLARI.....	100
3.1. Tutuklamanın Şekli Şartları	100
3.1.1. Muhakeme Şartının Gerçekleşmesi.....	100
3.1.2. Şüpheli/Sanığın Hazır Bulunması	104
3.1.3. Sanığa Güvence Belgesi Verilmemiş Olması	107
3.1.4. Tutuklama Yasağının Bulunmaması	110
3.1.4.1. CMK’da Tutuklama Yasağı	110
3.1.4.2. ÇKK’da Tutuklama Yasağı	113
3.1.5. Hakim veya Mahkeme Kararının Bulunması.....	114
3.1.6. Tutuklama Duruşmasında Müdafinin Hazır Bulunması	121
3.1.7. Tutuklama Kararının Gerekçeli Olması	124
SONUÇ.....	132
KAYNAKÇA	136

KISALTMALAR

AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÖAY	:	Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği
AY	:	Anayasa
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
BN	:	Başvuru Numarası
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
bs.	:	Bası
c.	:	Cümle
C	:	Cilt
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CBK	:	Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CGTİK	:	5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	:	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:	1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu
ÇHDS	:	Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (Birleşmiş Milletler)
ÇKK	:	Çocuk Koruma Kanunu
E	:	Esas Numarası
HABG	:	Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması
İHEB	:	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
K	:	Karar Numarası
m.	:	Madde
md.	:	Madde
MİT	:	Milli İstihbarat Teşkilatı
NFK	:	Nüfus Hizmetleri Kanunu
par.	:	Paragraf
S	:	Sayı
s.	:	Sayfa

SEGBİS	:	Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
UYAP	:	Ulusal Yargı Ağı Projesi
Y	:	Yıl
YGİY	:	Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği



GİRİŞ

Ceza muhakemesinin temel amacı hukuka uygun bir yargılama yapılarak maddi gerçeğe ulaşabilmektir. Ceza muhakemesinin amacına ulaşabilmek ise zaman zaman koruma tedbiri olarak adlandırılan araçlara başvurmakla mümkün olur. Tutuklama da Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sayılan bu araçlardan biri olup kişi özgürlüğüne yapılabilecek en ağır nitelikteki koruma tedbiridir.

Zorunlu hallerde başvurulabilen tutuklama, hükümden önce kişi özgürlüğüne karşı gerçekleştirilen en ağır müdahale olma özelliğinden dolayı hem ulusal hem de uluslararası metinlerde özel önem verilerek düzenlenmiştir. Kişinin hangi hal ve şartlarda tutuklanabileceği uluslararası belgelerde de düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin en başında da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gelmektedir. İç hukukta ise tutuklamaya, anayasal düzeyde yer verilmiştir. Anayasanın 19.maddesinin 3.fıkrası tutuklama konusunu düzenlemiştir. Kanuni düzeyde ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) tutuklama kurumu düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında, suç şüphesi altında bulunan kişilerin kaçmasını önlemek ve delilleri karartma tehlikesinin önüne geçmek amacıyla veya kanunda gösterilmek şartıyla bunlar gibi tutuklamayı haklı kılan diğer hallerde tutuklama tedbirine başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın bu maddesine dayanılarak CMK'nın 100-108. maddeleri arasında tutuklama kurumu düzenlenmiştir.

Tutuklama; ceza muhakemesi sürecinde yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini sağlamak için ve kanunda belirtilen şartların oluşması halinde başvurulabilen, şüpheli veya sanığın özgürlüğünü hakim kararıyla geçici olarak kaldıran, en son çare olarak başvurulabilen, hedeflenen amaca ulaşıldığında ise derhal son verilmesi gereken bir koruma tedbiridir.

CMK'ya göre tutuklama kararı verilebilmesi için somut olayda aranması gereken bazı şartlar vardır. Bu şartları; maddi ve şekli şartlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Tutuklama için aranan en önemli maddi şartlar; suçun işlendiğine dair somut delile dayalı kuvvetli suç şüphesi ve en az bir tutuklama nedeninin var olmasıdır. Tutuklama nedenlerini de ikiye ayırmak

mümkündür. Tutuklama nedenlerinin ilki şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçma şüphesi uyandıran somut olguların bulunmasıdır. Tutuklama nedenlerinin ikincisi ise şüpheli veya sanığın davranışlarından kaynaklanmaktadır. Şüpheli veya sanık, davranışlarıyla; delilleri yok etme, değiştirme veya gizleme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunacağı hususlarında kuvvetli şüpheyne neden olmasıdır. CMK’da bazı suçlar liste halinde sayılarak bu suçlardan herhangi birinin işlendiği hususunda somut delile dayalı kuvvetli şüphenin varlığı halinde tutuklama kararı verilebileceği de belirtilmektedir.

Tutuklamanın maddi şartlarının bir olayda varlığı, doğrudan tutuklama kararı verilebileceği anlamına gelmemektedir. Tutuklama kararının hukuka uygun olabilmesi için tutuklamanın maddi şartlarının oluşmasının yanında kanunda belirtilen usullerin de izlenmesi gerekir. Bu usuller şekli şartlar olarak adlandırılmaktadır. Tutuklamanın şekli şartları şöyle sıralanabilir: Muhakeme şartının gerçekleşmiş olması, şüpheli veya sanığın hazır bulunması, sanığa güvence belgesi verilmemiş olması, tutuklama yasağının bulunmaması, tutuklama duruşmasında müdafinin hazır bulunması, mahkeme veya hakim tarafından karar verilmesi ve tutuklama kararının gerekçeli olması şeklinde sayılabilir.

Ceza muhakemesi sürecinde yargılamanın tutuksuz yapılması kural olmakla birlikte istisnai durumlarda kişiler tutuklu olarak da yargılanabilir. Tutuklama tedbirine sadece CMK’da belirlenen hal ve şartlarda ve yine CMK’da belirtilen usuller izlenerek başvurulabilir. Tutuklama tedbiri kişi özgürlüğünü hükümden önce kaldırdığı için bu tedbire keyfi olarak başvurulmaması gerekir. Tutuklamanın amacına aykırı olarak bu tedbire karar verilmesi halinde tutuklamanın keyfi olduğundan bahsedilecektir.

Öğretide, CMK’da tutuklama tedbirine başvurulabilmek için gerekli olan şartların açık bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen bu şartlar oluşmadığı halde rahatlıkla tutuklama kararları verilebildiğine dair eleştiriler bulunmaktadır. Bu eleştirilere Cumhuriyet savcılarının hiçbir tutuklama nedeni belirtmeden, soyut ve matbu ifadelerle tutuklama isteminde buldukları, aynı şekilde sulh ceza hakimlerinin de vermiş oldukları tutuklama kararlarında kanunda geçen soyut ve matbu ifadeleri kullandıkları, sonuç olarak tutuklama kararlarında ilgili ve yeterli bir gerekçe gösterilmediği şeklindeki eleştiriler de eklenmektedir. AİHM ve AYM, soyut ve matbu ifadelerle verilen tutuklama kararlarını, gerekçeli karar hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir.

Bu çalışmada tutuklamanın şartları incelenmiştir. Çalışmaya literatür taraması ile başlanmış, konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları incelenmiştir.

Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde tutuklama kavramına, özelliklerine ve tutuklama ile ilgili yasal düzenlemelere yer verilmiştir. İkinci bölümde tutuklamanın maddi şartları, üçüncü bölümde ise şekli şartları incelenmiş, ikinci ve üçüncü bölümlerde tutuklama konusunda öğretilerdeki görüşlere, Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarına yer verilmeye çalışılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TUTUKLAMA KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

1.1. Tutuklama Kavramı

Bir toplumda yasaklanmadığı sürece her şey yasal ve serbesttir¹. Bu serbestlik, kişinin özgürlüğü ile ilgilidir. Kişi özgürlüğü, en basit anlatımıyla kişilerin diledikleri an diledikleri yere gidip gelme serbestisine sahip olmaları demektir. Eğer bir kişi dilediği an bulunduğu yeri değiştiremiyorsa özgürlüğü sınırlandırılmış demektir.

Kişi özgürlüğü, bütün özgürlüklerin güvencesi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle bu hakkın devlete karşı da korunması gerekir. Bu ise güvenlik hakkı ile ilgilidir. Kişinin güvenlik hakkı, kişinin özgürlüğünün doğal bir sonucu olup güvenlik kavramı özgürlükle bağlantılı olarak ve birlikte değerlendirilmelidir. Kişi güvenliği hakkı, kişi özgürlüğüne getirilen ve özgürlükten mahrumiyete neden olan hususların keyfi olmamasını ifade eder. Başka bir ifadeyle yakalama, gözaltına alma, tutuklama ve mahkum edilme gibi bireyi özgürlüğünden alıkoyan işlemlerin tamamının hukuka uygun olmasını sağlamak ve bu işlemlerde keyfiliği önlemek, kişi güvenliği temin edilerek sağlanabilir².

Güvenlik hakkının mutlak olması karşısında özgürlük hakkı mutlak değildir. Özgürlük hakkı, sınırlanabilir iken güvenlik hakkının sınırlanması mümkün değildir. Zira kişi özgürlüğüne yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı hakkında bir değerlendirmenin yapılabilmesi, güvenlik hakkının kullanılması ile sağlanabilir.

¹ Kaboğlu, İbrahim, Ö., Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, Ankara, İmge Yayınevi, 2013, s. 13.

² Şahbaz, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2004, S. 55, (Çevrimiçi) http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/55.pdf , (Erişim Tarihi:17.05.2021), s. 208.

AİHS'in 5. maddesi ve Anayasa'nın 19. maddesi, kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduklarını belirttikten sonra bu hakkın hangi hallerde sınırlanabileceğine yer vermiştir. Tutuklama da bu sınırlamalardan birisidir.

Tutuklama, kişinin suçlu olduğuna karar verilmeden önce kişi özgürlüğüne karşı yapılan en ağır müdahaledir. Kanunda suç olarak tanımlanan fiilleri işleyen kişilerin, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla, bazı koşulların varlığı halinde kişinin isteği dışında özgürlüğünün sınırlandırılması yani tutuklanması mümkündür. Anayasa'nın 19. maddesinin 1. fıkrasında ve CMK'nın 100. maddesinde yer alan düzenlemeler uyarınca tutuklama kararı; suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı, bir tutuklama nedeninin bulunması ve hakim kararı olması halinde mümkündür. Soruşturma evresinde tutuklama kararı verme yetkisi sulh ceza hakimine aittir. Kovuşturma evresinde tutuklamaya davaya bakan mahkemece karar verilecektir. Cumhuriyet savcısının her iki aşamada da tutuklama kararı verme yetkisi yoktur.

Tutuklama kurumuna AİHS'in 5/1-c maddesinde³, Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında⁴ ve CMK'da yer verilmiştir. Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; tutuklama tedbirinin öncelikli amacının kuvvetli suç şüphesi altında bulunan kişinin kaçmasını, delilleri karartmasını, tanık ve mağdurları etkilemesini engellemek ve nihayetinde maddi gerçeğe ulaşmak olduğu anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbirinin amacı bu şekilde anlaşıldığında, bu tedbire hiçbir şekilde şüpheli veya sanığın peşinen cezalandırılması, ikrar elde edilmesi gibi sebeplerle başvurulmaması gerekir⁵.

Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*" şeklindeki düzenleme ile masumiyet karinesine yer verilmiştir. Masumiyet karinesine göre hakkında yargılama yapılmadan ve suçlu olduğu hukuka uygun bir şekilde ispatlanmadan kişi suçlu ilan edilemez. Kişinin suçlu olduğuna ise yapılan yargılama sonunda mahkeme tarafından karar verilir ve kararın kesinleşmesi ile birlikte cezanın infazına

³ AİHS m. 5/1-c : "*Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması*", (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf , (Erişim Tarihi: 04.06.2021).

⁴ AY m. 19/3 : "*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.*"

⁵ Yenidünya, Caner Ahmet / İçer, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 287.

başlanır. Tutuklama ise hükümden önce kişi özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Bu nedenle tutuklamanın masumiyet karinesine aykırı olduğu öne sürülebilirse de masumiyet karinesi tutuklama kararı verilmesine engel değildir. Zira tutuklama ile kişinin suçlu olup olmadığı hakkında karar verilmemekte, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amaçlanmaktadır. Öğretide de etkin bir ceza muhakemesi yapılabilmesi için gerektiğinde kişinin tutuklanabileceği ve tutuklamanın masumiyet karinesine aykırı olmadığı yönünde görüş birliği vardır. Bununla birlikte masumiyet karinesinden tutuklamaya bir ceza olarak başvurulmaması ve tutuklamanın yaptırım niteliğinde olmaması gerektiği sonucu çıkmaktadır⁶.

Anayasa'da ve CMK'da tutuklamanın tanımı yapılmamış olsa da⁷ öğretide birbirine benzer şekilde tanımların yapıldığı görülmektedir.

Bir grup yazara göre tutuklama; suç işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunan, fakat hakkında daha kesin hüküm verilmemiş kişinin hakim kararıyla geçici olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasıdır⁸.

Diğer bir grup yazara göre tutuklama; kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin yanında en az bir tutuklama nedeninin de bulunması durumunda, sanık veya şüphelinin hakim kararıyla özgürlüğünün kesin hükümden önce sınırlandırılmasıdır⁹.

Başka bir yazara göre tutuklama; Anayasa'da ve kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle, daha suçlu olup olmadığı hakkında kesin karar verilmemiş olan kişinin, hükümden önce hakim kararıyla özgürlüğüne son verilmesidir¹⁰.

⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 456.

⁷ BM 09.12.1988 tarihli 43/173 sayılı Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü ise tutma ve tutulma kavramlarına "*Tanımlar*" kısmında yer vermiştir. Buna göre bir suç nedeniyle mahkum edilme durumu hariç kişi özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye tutulan kimse, bu durumda olan kişinin tutulmuş olma hali ise tutma olarak ifade edilmektedir (https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_24.pdf, (Erişim Tarihi:01.09.2021)).

⁸ Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi, 19. bs., 2020, s. 407; Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt, 7.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 286; Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 17. bs., 2020, s.359; Toroslu Nevzat / Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, 20. bs., 2020, s. 252; Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 329.

⁹ Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 13. bs., 2020, s. 276; Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 8. bs., 2020, s.363.

¹⁰ Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, Ankara, Adalet Yayınevi, 8. bs., 2017, s. 369.

Bu açıklamalardan sonra bir tanım yapmak gerekirse “tutuklama, ceza yargılamasının sağlıklı olarak yürütülebilmesi için suç işlediğine dair somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi bulunan kişinin kaçmasını, delilleri karartma tehlikesini ve yargılama sürecine katılan kişilere baskı yapma girişiminde bulunmasını engellemek, hakkında mahkumiyet kararı verilmesi halinde hükmün yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla ve daha hafif bir tedbir ile bu amaçlara ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde başvurulabilen, tedbirden amaçlanan sonuca ulaşıldığında veya kanunda belirtilen süre sonunda derhal son verilmesi gereken ve hakim tarafından karar verilebilen bir koruma tedbiridir”.

1.2. Tutuklamanın Amacı ve Hukuki Niteliği

Tutuklama ile ceza yargılaması sırasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olan delillerin yok edilmesi veya değiştirilmesi önlenmek ve sanığın duruşmada hazır bulundurulması bir an önce yargılamanın tamamlanması ve ceza verilmesi durumunda cezanın infazının sağlanması amaçlanır¹¹.

Kimi yazarlar sanığa verilecek cezanın infazını sağlamak amacıyla tutuklama kararı verilebileceği görüşünü kabul etmemektedir¹². Bu yazarlara göre en temel bir hak olan özgürlük hakkının, muhtemel bir cezanın infazını sağlayabilmek için feda edilmesi, hem modern ceza hukuku bakımından hem de insan hakları bakımından kabul edilemez bir durumdur.

Anayasa'nın 19. maddesinin 7. fıkrasında “*Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir*” şeklindeki hüküm dikkate alındığında “*hükmün yerine getirilmesini sağlamak için*” ifadesinden, tutuklamanın

¹¹ Centel, Nur, “Tutuklama Uygulamasında Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.2013, C.71, S.1, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9188/115167> , (Erişim Tarihi: 01.07.2021), s.193; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 457; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 277; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.286; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.359.

¹² İnci, Zekiye Özen, “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, Ceza Hukuku Dergisi, C.9, S.25, (Ağustos 2014), s.104; İçten, Muhammet Polat, “Tutuklama ve Türkiye’deki Tutuklama Kararlarının Gereksizliği Sorunu”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, Y.2019, C.3, S.5, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/duamydad/issue/49376/630810>, (Erişim tarihi: 07/08/2021), s. 47.

bir amacının da mahkumiyet kararı verilmesi halinde hükmün yerine getirilmesini sağlamak olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti bulunan kişilerin tutuklanmasındaki amaçlar sayılmıştır. Buna göre suç işlediğine dair kuvvetli belirti bulunan kişilerin, kaçma, delilleri yok etme veya değiştirme tehlikesi varsa bu tehlikeleri önlemek amacıyla veya kanunla düzenlenmiş olmak şartıyla maddede sayılanlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Ayrıca tutukluluk halinin sürdürülmesinin hukuka uygunluğu ve meşruiyeti bakımından bu şartların tutukluluk süresi boyunca devam ediyor olması da gerekmektedir¹³.

Anayasa'nın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve kanunla sınırlanabileceğini belirtmiştir. Hukukumuzda tutuklama tedbirine ilişkin düzenlemeler, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Günümüzde yürürlükte olan CMK'da tutuklamanın amaçları/nedenleri Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasına paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Anayasa'daki düzenlemeye ilave olarak şüpheli veya sanığın davranışlarının, ceza muhakemesi sürecine katılan kişiler (tanık, mağdur veya başkaları) üzerinde baskı yapma girişiminde bulunması yönünde kuvvetli şüphe oluşturması hali de tutuklama nedenleri arasında sayılmıştır (CMK m.100).

1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nda sanığın işlediği suçun altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi durumunda işlenen suçun toplumda infiale neden olması ya da kişinin ikametgahının veya konutunun olmaması veya kim olduğunu ispat edemiyor olması halinde de tutuklanabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeye CMK'da yer verilmemiştir.

¹³ AYM, Murat Ildırar tarafından yapılan bireysel başvuru üzerine verdiği kararda "31. Tutuklama tedbirine kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla başvurulabilir. Bu şartların tutukluluk süresince devam ediyor olması, tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu ve meşruiyeti bakımından olmazsa olmaz bir koşuldur." şeklindeki ifadelerle bu duruma vurgu yapmıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 20.03.2014 tarih ve B.N. 2012-391 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/391?BasvuruAdi=%C4%B1ld%C4%B1rar>, (Erişim Tarihi: 01.08.2021)).

CMK'nın yasalaşması sırasında Hükümet tasarısının gerekçesinde tutuklamaya şüpheli ve sanıkları korumak, yeniden suç işlemeyi engellemek ve suçlara son vermek amacıyla da karar verilebileceği belirtilmiş, ancak kabul görmemiştir¹⁴.

AİHS'in 5/1-c maddesinde suç işlemesine engel olmak için de kişinin tutuklanabileceği belirtilmektedir. Ancak Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında ve CMK'da böyle bir tutuklama nedenine/amacına yer verilmemiştir. Daha önce "*Veyahut salıverildiği takdirde yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa*" şeklinde bir tutuklama nedeni kanunda düzenlenmişti. Ancak soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınan bu düzenleme, şüpheli veya sanığın işlediği suçla ilgisi olmadığı, ceza muhakemesi bakımından bir zorunluluk arz etmediği, gayet belirsiz bir anlam ifade ettiği, belli bir sınırının olmadığı ve kişi özgürlüğünün özüne dokunduğu ve tutuklamayı haklı kılan haller kapsamına girmediği şeklindeki gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁵.

Tutuklama tedbiri, ceza muhakemesinin amaçlarına ulaşmada başvurulmuş en önemli araçlardan biridir. Bu tedbirin Anayasa ve CMK'da belirtilenler dışında başka bir amaca ulaşmak için kullanılmaması gerekir. Tutuklama tedbirinin bir ceza muhakemesi tedbiri olduğu ve ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine hizmet ettiği gerçeği unutulmamalı,

¹⁴ Yaşar, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C.I, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.790.

¹⁵ Türkiye İşçi Partisi tarafından 1631 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan dava ile "*veyahut salıverildiği takdirde yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa*" şeklindeki ibarenin iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi; "*105 inci maddenin 1 numaralı bendinin (D) fıkrasındaki (Veyahut salıverildiği takdirde yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa) hükmüne gelince : Burada tutuklama, işlediği bir suçtan dolayı hakkında kovuşturma yapılan bir kimsenin salıverildiği takdirde başka bir suç işlemek tehlikesini önlemeyi hedef tutan ihtiyatî bir tedbir olarak düşünülmüştür. Kanunun koyduğu bu tutuklama sebebinin, maznunun işlediği suçla hiç bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu sebeple ortada muhakeme hukuku bakımından bir zorunluk söz konusu olamaz. (Yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa) hükmü çok müphemdir. Kaldı ki, kimin sonradan suç işleyeceğini kestirmenin mümkün olamayacağı gözönünde tutulursa makul bir sebebe dayanmayan ve belli bir sınırı olmayan bu hükmün keyfi taktirlere yol açacağı ve bunun da kişi dokunulmazlığını tehlikeye düşüreceği ve kişi hürriyetinin Özüne dokunacağı şüphesizdir. Sanığın başka bir suç işlemesini Önlemek için ihtiyatî bir tedbir olarak tutuklanması Anayasa'nın (30) uncu maddesindeki (Veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen, diğer hallerde) hükmünün kapsamına girmeyen ve Anayasa'nın kanun koyucuya verdiği direktife de uygun olmayan, rastgele bir tutuklama halidir. Bu bakımlardan sözü edilen (D) fıkrasındaki (Veyahut salıverildiği takdirde yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa) hükmü Anayasaya aykırı bulunmuştur.*" şeklindeki gerekçeyle maddedeki bu ifadenin iptaline karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 26.06.1963 tarih ve E.1963-197, K.1963-166 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/166?EsasNo=1963%2F197> , (Erişim Tarihi: 20.05.2021)). Maddenin iptal edilmeden önceki kısmı şu şekilde düzenlenmişti:

"Madde 105- 1 - Suçu işlediğine dair aleyhinde kuvvetli deliller elde edilen maznun aşağıda yazılı hallerde tevkif olunabilir : ...

D) Cürmün izlerini yok edeceğini veya şeriklerini uydurma beyanata veya şahitlikten kaçınmaya sevkeyleyeceğini gösterir veyahut salıverildiği halde yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa "

maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında baskı aracı olarak kullanılmamalıdır¹⁶. Örneğin şüpheli veya sanığın soruşturma veya kovuşturma makamları ile iş birliği yapmasını sağlamak, itirafta bulunmaya zorlamak, suç ortaklarının saklandıkları yeri söyletmek, suç işlenmesini önlemek gibi amaçlarla tutuklama kararı verilmesi durumunda tutuklama kararı, amacından saptırılmış olacaktır¹⁷.

Tutuklama “*zaruri haksızlık*” olarak da nitelendirilmektedir. Suçlu olduğuna bir mahkeme tarafından karar verilmeden önce kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması “*haksızlık*” tır. Şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasının önüne geçmek ise “*zaruret*” tır. Bu yüzden tutuklamaya zorunlu hallerde başvurulmalıdır. Tutuklamadan beklenen fayda, daha hafif tedbirlerle sağlanabiliyorsa tutuklamaya başvurulmamalıdır. Cezası hafif suçlarda tutuklama tedbirine başvurulmasını önlemek, daha hafif tedbirler ile kişinin kaçmasının önüne geçmek, delilleri vakit geçirmeden toplamak suretiyle yok edilmelerini ve değiştirilmelerini engellemek gibi yollarla tutuklamayı zorunlu olmaktan çıkarmaya çalışılmalıdır. Bu çalışmalar yapılmadan tutuklamaya başvurmak bu müesseseyi “*zaruri haksızlık*” tan çıkarır ve sadece “*haksız*” kılar¹⁸.

1.3. Tutuklamannın Özellikleri

1.3.1. Koruma Tedbiri Olması

Tutuklama, hukuki niteliği itibarıyla koruma tedbiridir. Bu yüzden de koruma tedbirlerinin tüm özelliklerine sahiptir.

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek¹⁹, yargılama sürecini hızlı ve kısa sürede sonuçlandırabilmek²⁰, eğer hüküm verilirse bu hükmün yerine getirilmesini mümkün kılmak amacıyla²¹ ve zorunluluk halinde başvurulmuş temel hak ve özgürlükleri sınırlayan önlemlerdir.

¹⁶ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.360.

¹⁷ Feyzioğlu, Metin, /Okuyucu Ergün, Güneş, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2010, C.59, S.1, (Çevrimiçi) https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001591 , (Erişim Tarihi: 05.05.2021), s. 38.

¹⁸ Erem, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 415.

¹⁹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 321.

²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 257.

²¹ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 259.

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesi sürecinde başvurulabilen, bu tedbirden beklenen fayda ile yapılan müdahalenin ölçülü olması şartıyla şüpheli veya sanığın temel hak ve özgürlüklerine görünüşte haklı müdahale oluşturan, zamanında başvurulmadığı takdirde ceza muhakemesinin amaçlarına ulaşmayı tehlikeye düşüren, bu amaçlara ulaşmada araç olarak kullanılan, yasayla düzenlenmiş ve geçici nitelikteki tedbirlerdir²².

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre koruma tedbirleri ikiye ayrılmaktadır. Bunlar “*tutucu koruma tedbirleri*” ve “*önleyici koruma tedbirleri*” dir. “*Tutucu koruma tedbirleri*” ile değişikliğe mani olmak suretiyle eski durum yaşatılmaya çalışılır. “*Önleyici koruma tedbirleri*” ile de gelecekte meydana gelebilecek durumu öne çekerek belli bir işlemin uygulanabilir olması sağlanır. Yargılama sürecinde hüküm aşamasına gelinceye kadar, suçun işlendiği andaki duruma göre bazı değişikliklerin olması muhtemeldir. Tutucu koruma tedbirleri ile bu değişikliklerin ve hak kayıplarının önüne geçilmesi amaçlanır. Tutucu koruma tedbirleri, başka bir ifadeyle geçmişe yönelik koruma tedbirleridir. Yapılan yargılama sonunda somut olaya uygun olan bir karar verilmesi ile tehlike geçmiş sayılmaz. Bazı durumlarda verilecek hükmün yerine getirilememesi de söz konusu olabilir. Bu gibi yakın tehlike hallerinde geleceğe yönelik koruma tedbiri olarak da adlandırılan önleyici koruma tedbirlerine başvurularak tehlikenin önüne geçilmek amaçlanır²³. Örneğin şüpheli veya sanık, delilleri karartma tehlikesi bulunduğu bahisle tutuklanırsa bu durumda tutucu koruma tedbiri söz konusudur. Bununla birlikte tutuklama, yapılacak yargılama sırasında şüpheli veya sanığın el altında tutulmasını ve mahkumiyet hükmü kurulması halinde cezanın infazını sağlamaya yönelik olduğundan aynı zamanda önleyici bir koruma tedbiridir.

Yargılama sırasında maddi gerçeğe ulaşabilmek için suç olarak nitelendirilen olayın yeniden canlandırılması gerekir. Deliller olmadan geçmişte olmuş bir olay hakkında kanaate ulaşmak mümkün değildir²⁴. Geçmişte yaşanan olayın aydınlatılması; suçun iz ve delillerinin ele geçirilmesi ve muhafaza edilmesi, şüpheli/sanığın kontrol altında tutulması ile gerçekleşir²⁵. Böylece koruma tedbirleri ile suç işlendikten sonra delillerin kaybolmasını önlemek ve delilleri ele geçirmek suretiyle doğru bir hüküm verilmesi sağlanır. Bu açıdan bakıldığında koruma

²² Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 287.

²³ Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi, 18. bs., 2010, s. 835.

²⁴ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 285.

²⁵ Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 8.bs., 2020, s. 280.

tedbiri terimi ile bir amaç hedeflenmekte ve tedbire başvurulduktan sonraki faaliyet esas alınmaktadır²⁶.

Koruma tedbirleri ile temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmekte ve sınırlandırılmaktadır. Bir hak veya özgürlüğün koruduğu alanın daraltılmasına neden olan her türlü dış müdahaleye “sınırlama” denir. Bu bakımdan bir temel hak veya özgürlüğün güvence altına alarak koruduğu menfaati veya yetkiyi sınırlandıran her türlü müdahale sınırlama olarak nitelendirilmelidir. Ancak bir temel hak veya özgürlük keyfi olarak sınırlandırılmamalı, sınırlamanın hukuki bir dayanağı olmalı, sınırlamanın mutlaka haklı gerekçeleri olmalı, ölçülü olmalı, geçici olmalı, amaç değil araç olmalı ve yargısal denetime tabi olmalıdır²⁷.

Hükümden önce kişinin temel hak ve özgürlüklerinden bazılarını müdahale ederek o hakkın kullanımını sınırladığından dolayı koruma tedbirlerinin de sayılan tüm bu özelliklere sahip olması gerekir.

CMK’ da düzenlenen bazı koruma tedbirlerini şöyle saymak mümkündür: Yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama, el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme.

1.3.1.1.Koruma Tedbirlerinin Özellikleri

1.3.1.1.1. Yasayla Düzenlenmiş Olma

Anayasa’nın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceğini düzenlemiştir. Koruma tedbirleri de temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olduğundan kanunla düzenlenmek zorundadır. Koruma tedbirlerinin kanunla düzenlenmesi ile keyfiliğin önüne geçilmek amaçlanmaktadır. Dolayısıyla CBK, yönetmelik veya diğer idari işlemlerle koruma tedbirleri düzenlenemez²⁸.

Koruma tedbirleri, hukukumuzda genel olarak CMK’da düzenlenmiştir. Bununla birlikte Anayasa’da açıkça düzenlenen koruma tedbirleri de bulunmaktadır. Yakalama ve

²⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 257.

²⁷ Güneş, Ahmet Mithat, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. bs., 2020, s. 231.

²⁸ Güneş, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, s. 234.

tutuklama, arama ve el koyma, Anayasa’da düzenlenen koruma tedbirlerine örnek olarak verilebilir²⁹.

Hukukumuzda ceza muhakemesi sürecini ilgilendiren ve temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bazı konularda yönetmeliklerle düzenleme yapıldığına rastlanılabilmektedir. Bu konuda “*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (YGİY)*”³⁰ ve “*Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY)*”³¹ örnek olarak gösterilebilir. İdarelerin temel hak ve özgürlükleri konu alan bir alanda yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi olmadığına göre her iki yönetmeliğin hukuki açıdan konumunu tespit etmek için bu konuya kısaca değinmek faydalı olacaktır.

Düzenleme yetkisi, idarenin uhdesinde bulunan görevleri yerine getirebilmek amacıyla soyut ve genel nitelikte düzenlemeler yapabilme ve normlar koyabilme yetkisi olarak tanımlanmaktadır³². Ancak yapılan düzenlemeler, Anayasa’ya ve kanunlara uygun olmak zorundadır. Anayasa’nın 124. maddesinin 1. fıkrası “*Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, idarelerin yönetmelik çıkarabilme yetkisinin Anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Ancak bu yetki, türev bir yetkidir. İdarenin düzenleme yetkisi türev bir yetki olduğundan bu yetkinin kullanılabilmesi için o alanın daha önceden kanunla düzenlenmiş olması gerekir. Daha önce kanunla düzenlenmeyen bir alanda yönetmelikle düzenleme yapılamayacağı madde metninden çıkan sonuçtur. Ayrıca idarenin düzenleme yetkisini kullanarak çıkaracağı yönetmelikler, dayandıkları üst norm kurallarına uygun olmak ve kendilerinin üstünde yer alan normlarda öngörülen konu, amaç ve çerçeveyi aşmamak zorundadırlar³³.

YGİY ve AÖAY, başta CMK olmak üzere bazı kanunlarla daha önceden düzenlenmiş bazı konularda uyulacak usul ve esasları düzenlemektedir. Bu açıdan bakıldığında temel hak ve özgürlüklere yeni bir sınırlama getirmediğinden ve sadece yapılacak müdahalenin biçimsel

²⁹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 326.

³⁰ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin tam metni için bkz. Resmi Gazete, Tarih:01.06.2005, S: 25832.

³¹ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin tam metni için bkz. Resmi Gazete, Tarih:01.06.2005 , S: 5832.

³² Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, 10. bs., 2011, s. 223.

³³ Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun / Berk, Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul, DR Yayınları, 6. bs., 2013, s. 226.

çerçevesini kanuna uygun olarak çizmekte olduğundan her iki yönetmeliğin de idarenin düzenleme yapma yetkisi içinde kaldığını söylemek mümkündür³⁴.

1.3.1.1.2. Geçici Olma

Koruma tedbirleri, yargılama sırasında belli bir amaca ulaşmak için başvuru araçlarından geçici olarak başvurulması gereken önlemlerdir. Koruma tedbirleri, delillerin elde edilmesi ve muhafaza altına alınması, şüpheli veya sanığın yetkili makamlar önünde hazır bulundurulması ve muhakeme sonucunda verilecek muhtemel bir mahkumiyet hükmünün yerine getirilmesini amaçlar. Bu yüzden sürekli olarak değil geçici olarak uygulanması gereken tedbirlerdir³⁵.

Koruma tedbirlerinin geçici olmasından, tedbire başvurulmasında artık haklı bir neden kalmaması veya hüküm verilmesi ya da tedbir için öngörülen azami sürenin dolmuş olması halinde tedbire son verilmesinin gerektiği anlaşılmalıdır³⁶.

Koruma tedbirleri hüküm kesinleşinceye kadar devam edebilir³⁷. Fakat başvuru koruma tedbiri ile amaçlanan sonuca ulaşıldığında tedbir sonlandırılmalıdır. Ayrıca beklenen amaç gerçekleşmeyecek ise bu durumda da koruma tedbirine başvurulmamalı, devam eden bir tedbir varsa sonlandırılmalıdır³⁸.

Koruma tedbiri için öngörülen azami süre dolduğunda da tedbire son verilmelidir. Ancak tedbire son vermek için azami sürenin dolması beklenmemeli, elde edilmek istenen amaç

³⁴ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, CMK ve diğer bazı kanunlardaki düzenlemelere dayanılarak hazırlanmıştır. CMK'nın 99. maddesinde bazı konuların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu maddeye göre "Madde 99 – (1) Gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethanelerin maddi koşulları, bu kişinin hangi görevlinin sorumluluğuna bırakılacağı, sağlık kontrolünün nasıl yapılacağı, gözaltı işlemlerine ilişkin kayıt ve defterlerin nasıl tutulacağı, gözaltına alınmanın başlangıcında ve bu tedbire son verildiğinde hangi tutanakların tutulacağı ve gözaltına alınan kişiye hangi belgelerin verileceği ile kolluk tarafından gerçekleştirilen yakalama işlemlerinin yürütülmesinde uyulacak kurallar, yönetmelikte gösterilir". Bu maddede sayılan hususlarla ilgili usul ve esasları kanun koyucu kendisi düzenlememiş, idareye bırakmıştır. Yönetmeliğin 1. ve 2. maddelerine bakıldığında Yönetmeliğin amacına ve kapsamına yer verildiği görülmektedir. 3. maddede yönetmeliğin hazırlanmasına dayanak alınan kanunlar sayılmıştır. Yönetmelikte geçen kavramlar ise dördüncü madde de yer almıştır. Yönetmelikte yakalama ve gözaltına alma konusu CMK'ya paralel bir şekilde tanımlanmış, yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin yapıma şekli ve bu işlemlerin sonunda düzenlenecek belgelere yer verilmiştir. Yönetmelikte yer alan diğer maddelerin de konularıyla ilgili usul ve esasları düzenledikleri görülmektedir.

³⁵ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 289.

³⁶ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2. bs., 2015, s. 91.

³⁷ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 380.

³⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 436.

gerçekleştğinde tedbire son verilmelidir. Ayrıca kanunda belirtilen azami sürelerin dolmamış olmasına rağmen somut olayın koşullarında koruma tedbirine başvurmanın şartları ortadan kalktığı veya makul sürenin aşıldığı durumlarda olabilir. Böyle bir halde de koruma tedbirine son verilmelidir³⁹.

Koruma tedbirlerinin uygulandığı süreçte tedbiri haklı kılan tehlikenin artması ya da azalması söz konusu olabilir. Bu durumda başvuru tedbir daha ağır veya daha hafif başka bir tedbire dönüştürülebilir⁴⁰. Örneğin önceden verilen tutuklama kararı yargılama süreci içinde artık ölçülü olmaktan çıkmış ise bu durumda adli kontrol kararı verilebilir veya tamamen kaldırılabilir.

1.3.1.1.3. Araç Olma

Koruma tedbirleri, yalnız başına bir anlam ifade etmezler. Bir amaçla birlikte uygulandıklarında ceza muhakemesinde bir anlama kavuşurlar. Bu amacın yargılama süresince eski durumu yaşatmak veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak olduğu düşünüldüğünde koruma tedbirleri bu amaca ulaşmak için kullanılan birer araç olurlar⁴¹. Koruma tedbirleri ile delillerin elde edilmesi ve muhafazası amaçlanır. Böylece koruma tedbirleri ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek amacını gerçekleştirmede araç olurlar⁴².

Koruma tedbirlerinin araç olması, muhakeme bütünlüğü açısından bakıldığında doğrudan olabileceği gibi dolayısı ile de olabilir. Dolayısıyla araç olma özelliği kavramından, koruma tedbirine başvurulması ile başka bir tedbire başvurulması amaçlanmakta olduğu anlatılmak istenmektedir⁴³. Başka bir deyişle bu tedbirler birbirine araçlık etmektedir. Örneğin arama sonucunda elde edilen delillere el konulması ile arama, el koymanın aracı olmuştur⁴⁴. Burada arama, dolayısı ile araçtır.

³⁹ Feyzioğlu /Okuyucu, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre”, s. 35.

⁴⁰ Aydın, Devrim, “Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku Tutuklama”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2001, S.3, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2001-20013-825> , (Erişim Tarihi:17.05.2021), s. 885.

⁴¹ Kunter/Yenisey/ Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 837.

⁴² Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 436; Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 381.

⁴³ Yenisey/ Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku s. 315.

⁴⁴ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 323.

1.3.1.2. Koruma Tedbirlerinin Ön Şartları

Koruma tedbirleri ile hüküm verilmeden önce kişinin temel hak ve özgürlüklerinden bazılarına müdahale ederek o hakkın kullanımı sınırlandırılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere yapılan bu müdahalenin haklı sayılabilmesi için gecikmede tehlike bulunması, görünüşte haklılık ve ölçülülük ön şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir⁴⁵. Bu üç ön şartın birlikte gerçekleşmediği durumlarda koruma tedbirine başvurulmaması gerekir.

1.3.1.2.1. Gecikmede Sakınca Bulunması

Gecikmede sakınca bulunan halin⁴⁶ tanımı CMK'da yapılmamıştır. AÖAY'nin 4. maddesinin (a) fıkrasında gecikmede sakınca bulunan halin tanımı yapılmıştır. AÖAY'ne göre gecikmesinde sakınca bulunan hal; “*derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması hali*” olarak tanımlanmaktadır.

Öğretide ise gecikmede sakınca bulunması; tedbire başvurulmadığı takdirde geçecek zaman içinde artık tedbirden elde edilecek faydaya ulaşamayacak ve ceza yargılamasının bundan zarar göreceği olması şeklinde tanımlanmıştır⁴⁷. Koruma tedbirine zamanında başvurulmadığında delillerin yok edilmesi veya delillere ulaşamama, şüpheli veya sanığın kaçması, maddi gerçeğe ulaşamaması ve sonuçta verilecek kararın yerine getirilememesi tehlikesi varsa gecikmede sakınca vardır.

Yargıtay ise bir kararında hakime başvurulup tedbir kararı alındıktan sonra tedbirin uygulanması istenmesi durumunda tedbir uygulanamayacak ise ya da uygulanırsa dahi tedbirle

⁴⁵ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 381; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 315; Hamide Zafer ise koruma tedbirlerinin kanunla düzenlenmiş olması ve suçun işlendiğine dair belirli derecede suç şüphesinin bulunması şartlarını da bu ön şartlara ilave etmektedir (Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 92); Ünver/Hakeri ise suç şüphesinin bulunması ve kanuni düzenleme şartlarını da ek olarak saymaktadır (Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.324).

⁴⁶ Bazı yazarlara göre “gecikmede tehlike” olarak ifade edilmesi gereken bu ön şartın “gecikmede sakınca” olarak Türkçeleştirilmesi doğru değildir (Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.316).

⁴⁷ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 326; Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 381; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 259; Aydın, “Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku Tutuklama”, s. 885.

ulaşılmak istenen faydaya ulaşılamayacak ise gecikmede sakınca bulunduğundan söz edilebileceğini belirtmiştir⁴⁸.

Koruma tedbirine başvurulabilmesi için öncelikle gecikme halinde tehlike muhtemel olmalıdır. Bununla birlikte derhal başvurulmadığı takdirde meydana gelmesinden korkulan zararın gerçekleşme ihtimalinin varlığını gösteren somut ve fiili unsurların da somut olayda bulunması gerekir⁴⁹.

Kuvvetli suç şüphesi ile birlikte sanığın kaçma ya da delilleri karartması; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapması ihtimali varsa gecikmesinde sakınca bulunan halin var olduğu kabul edilerek tutuklama kararı verilebilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda tutuklama kararının verilmemesi durumunda şüpheli veya sanık kaçabilir veya delilleri yok edebilir, tanıkları yalan beyanda bulunmaya zorlayabilir ve böylece muhakemenin yapılmamasına ya da maddi gerçeğe uymayan bir karar verilmesine neden olabilir⁵⁰.

Koruma tedbirine zorunluluk yoksa asla başvurulmamalıdır. Her somut olayın özelliğine göre tedbire başvurmanın zorunlu olup olmadığı yani gecikmede sakınca bulunup bulunmadığı hususu, koruma tedbirine karar vermeye yetkili makam tarafından özenle takdir edilmelidir⁵¹. Ancak kanun bazı ölçütler de belirlemiş olabilir⁵². Örneğin CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında bazı suçların işlendiği yönünde somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin bulunduğu hallerde tutuklama nedenlerinin varlığı karine olarak kabul edilmiştir.

Koruma tedbirine karar vermeye yetkili makam, kural olarak hakimdir. Ancak kanunla bu kurala birçok istisna getirilmiştir. Gecikmede sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcıları da bazı koruma tedbirlerine karar verebilmektedir. Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan kimi durumlarda kolluk amirine de koruma tedbirine karar verebilme yetkisi tanınmıştır. Ancak bireyin hak ve özgürlüğüne ağır müdahale olan tutuklamaya karar verme yetkisi mutlak olarak hakim veya mahkemeye aittir⁵³.

⁴⁸ Yargıtay C.G.K. 17.11.2009. E.2009/7-160, K.2009-264 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> , (Erişim Tarihi: 04.04.2021).

⁴⁹ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 316.

⁵⁰ Uçdu, İlker, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama", (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2007, s. 21.

⁵¹ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 381, Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 327.

⁵² Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 381, Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 327.

⁵³ Öztürk, Bahri / Kazancı, Behiye Eker / Güleç, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. bs., 2021, s. 36.

1.3.1.2.2. Haklı Görünüş

Koruma tedbirleri ile ceza muhakemesine zarar verecek bir tehlikenin önüne geçilmek amaçlanır. Bu tehlike yakın bir tehlikedir ve bir hakkı tehdit eder. Ancak bu hakkın varlığını araştırmak zaman alacağından derhal tedbire başvurulmadığında tedbirden beklenen fayda sağlanamaz⁵⁴. Koruma tedbirine başvurulmasında haklılığın gerçekten var olup olmadığı yargılama sonunda belli olur ve daima bünyesinde bir haksızlık riskini de barındırır⁵⁵.

Koruma tedbirlerinin araç olma ve geçici olma özellikleri nedeniyle tedbire başvurmada haklı olup olmadığı hususu daha belli olmadan tedbire başvurma zorunluluğu bulunmaktadır⁵⁶. Koruma tedbirine başvurulması, şüpheli veya sanığın isnat edilen eylemi gerçekleştirdiği anlamına gelmemektedir. Kişinin suçlu olup olmadığı yapılacak yargılama sonucunda belli olacaktır. Başlatılan soruşturmanın ve devamında yapılan yargılamaların tamamının mahkumiyetle sonuçlanması söz konusu değildir. Yapılacak yargılama sonucunda kişi hakkında hüküm olarak beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, davanın düşmesi ya da mahkumiyet kararı verilebilecektir (CMK m.223). Ancak sonucun sürecin başında bilinmesi mümkün değildir. Burada kişinin suçu işlediği ihtimalinden yola çıkılacaktır⁵⁷. Ancak şüphe sebeplerinin de belli bir seviyeye ulaşmış olması gerekir.

Sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda verilen beraat kararı, daha önce uygulanan koruma tedbirinin haksız olduğunu göstermek için yeterli değildir. Koruma tedbirine başvurmada haklılık, tedbirin uygulanma şartlarının tedbire başvurulduğu andaki koşullara göre belirlenir. Bu yüzden başvuru tedbirin, görünüşte haklı olup olmadığına karar verilirken, tedbire başvurulduğu andaki koşullar dikkate alınmalıdır⁵⁸. Görünüşte haklılığın özde olması gerekmez, görünüşte olması yeterlidir⁵⁹.

Koruma tedbirlerinin haksız olarak uygulanması, devletin sorumluluğunu gerektirir. Maddi ve manevi yönden zarara uğrayan kişiler her türlü zararlarını devletten isteyebilir. Örneğin kanunda yazılı şartlar oluşmamasına rağmen yakalanan, gözaltına alınan, tutuklanan

⁵⁴ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 316.

⁵⁵ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 382.

⁵⁶ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 327.

⁵⁷ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 382.

⁵⁸ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290.

⁵⁹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 327.

haksız olarak yakalanan, gözaltına alınan, eşyasına el konulan kişiler tazminat talebinde bulunabilirler⁶⁰.

1.3.1.2.3. Ölçülülük

Koruma tedbirleri ile temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmaktadır. Ancak bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtildiği üzere ölçülü olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi 1982 Anayasası'na 2001 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle dahil edilmiştir.

Ölçülülük ilkesi, yasa koyucu veya idarenin belli bir amaca ulaşmak için kullandığı aracın, amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olmasını ifade eder. Ayrıca başvurulacak aracın, ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığını da inceler. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi ifade eder. Ulaşılmak istenen amaçtan hareketle bu amaca ulaşmak için seçilen aracı denetler. Ölçülülük ilkesi ile, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerde, bu müdahale ile ulaşılmak istenen amaca en fazla katkı sağlayan (elverişli) ve en az yükümlülük getiren, bir başka ifadeyle hakkı en az sınırlayan (gerekli) aracın kullanılması ve sınırlamada oranlılığın korunması amaçlanır⁶¹.

Uygulanacak olan koruma tedbirlerinin ölçülülük ilkesine uygunluğu için aranan ilk şart; başvurulacak tedbirin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirme bakımından elverişli olmasıdır. Elverişlilik, başvurulacak aracın ulaşılmak istenen sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eder. Başvurulacak koruma tedbirinin hedefe ulaşmada olumlu etkisinin olması, sonuca bir katkı sağlaması elverişliliğin kabulü için yeterlidir. Diğer bir deyişle başvurulacak tedbir amaca ulaşmaya herhangi bir katkı sağlamıyorsa veya amaca ulaşmayı zorlaştırıyorsa elverişlilikten söz edilemeyecektir⁶². Örneğin tutuklama tedbiri ile delillerin karartılmasının önüne geçilmek isteniyor ama öncesinde deliller zaten karartılmış ise amaca ulaşmak için tutuklama tedbirine başvurulması, sonuca bir katkı sağlamayacağından elverişlilik yönünden ölçülü bir tedbir olmayacaktır.

⁶⁰ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290.

⁶¹ Metin, Yüksel, "Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, (2017), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/33190/369413>, (Erişim Tarihi: 06.08.2021), s. 6.

⁶² Güneş, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, s. 166.

İkinci şart ise başvuru koruma tedbirinin ulaşılmak istenen amaç yönünden gerekli (zorunlu) olmasıdır. Gerekliklik, ulaşılmak istenen amaç ile amaca ulaştırılacak araç arasında en yumuşak olanının yani hakkı en az sınırlayanın tercih edilmesidir. Bu bağlamda gerçekleştirilmek istenen amaca ulaşmak için birden çok araç olması halinde bunlardan temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayanının seçilmesi bir zorunluluktur⁶³. Örneğin tutuklama, eğer olayın tam olarak aydınlatılması, soruşturmanın yürütülmesi ya da hükmün yerine getirilmesi başka bir şekilde güvence altına alınamıyor ve seçenek olarak adli kontrol ile de bu sakıncalar önlenemiyor ise gerekliklik yönünden ölçülülük ilkesine uygun olacaktır⁶⁴.

Ölçülülük ilkesinin son şartı ise oranlılıktır. Oranlılık, sınırlama için başvuru araç ile sınırlamayla varılmak istenen amaç arasında ölçülü bir oranın bulunması demektir⁶⁵. Bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirilip getirilmediği belirlenir⁶⁶. Oranlılık, uygulanacak olan koruma tedbirinin haklı ve caiz görülebilmesi için kullanılacak aracın ulaşılmak istenen amaçtan daha değerli olmamasını ifade eder. Kısaca oranlılık, gerekenden daha ağır sonuçlar doğuran bir aracın kullanılmamasıdır⁶⁷.

Koruma tedbirlerinin ölçülü olmasını iki şekilde anlamak gerekir. İlki tedbire karar verilmesinde orantılılık, ikincisi ise tedbirin uygulanması sırasında orantılılıktır.

Tedbire karar verilmesinde orantılılık, başvuru olacak tedbirden sağlanacak fayda ile yapılan müdahale sonucunda oluşacak sınırlandırma arasında bir dengenin bulunmasının gerekmesidir. Başvuru tedbir faydadan çok zarar getirmemeli, amaçla orantılı olmalıdır⁶⁸. Başka bir ifadeyle beklenen yarardan daha fazla zarar oluşuyorsa o koruma tedbirine başvurulmaktan vazgeçilmeli, varsa daha hafif bir koruma tedbiri tercih edilmelidir⁶⁹.

Yukarıda bahsedilen orantının, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahale ile işin önemi ve muhakeme sonucunda verilmesi beklenen ceza ya da güvenlik tedbirleri arasında

⁶³ Güneş, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, s. 167.

⁶⁴ Kılıç, Mehmet, "Alman Hukukunda Tutuklulukta Ölçülülük İlkesi", Ankara Barosu Dergisi, Y.69, S.1, (2011), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397803>, (Erişim Tarihi: 05.06.2021), s. 203

⁶⁵ Güneş, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, s. 168.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 20.09.2017 tarih ve B.N. 2014-5963 sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5963?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=5963>, (Erişim Tarihi: 20.09.2021).

⁶⁷ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 317.

⁶⁸ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290.

⁶⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 259.

olması gerekir. Koruma tedbirlerinin tamamı için aranan orantılılık şartına, tedbirin ağırlığı sebebiyle kanun koyucu tarafından tedbirin özel şartları arasında yer vermiş olabilir. Örneğin böyle bir durum tutuklama tedbirinde görülmektedir. Buna göre CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrasına göre “işin önemi ile verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hali” varsa tutuklama tedbirine başvurulamayacaktır⁷⁰. CMK'nın 100. maddesinin 4. fıkrasında ise “Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez” şeklindeki hükümlerle bir tutuklama yasağı, ceza miktarı dikkate alınarak belirlenmiş ve madde kapsamında kalan suçlarda tutuklama konusunda hiçbir makama takdir yetkisi tanınmamıştır. Benzer bir düzenleme ise belli bir yaşın altındaki kişilerle ilgili olarak yapılmıştır. 5395 sayılı ÇKK, işlenen suça öngörülen cezanın üst sınırının beş yılı geçmemesi ve çocuğun on beş yaşını tamamlamamış olduğu hallerde çocuk hakkında tutuklama kararı verilemeyeceğini belirtmektedir (ÇKK m.21)⁷¹.

Tedbirin uygulanmasında orantılılık ise tedbire başvurulmasının değil karar verilen tedbirin uygulanmasında bir orantının olmasıdır⁷². Tutuklama tedbirinin uygulanmasının süresiz olarak devam ettirilmesi yerine elde edilmek istenen faydaya ulaşıldığı anda tedbire son verilmesi, tedbirin orantılı olarak uygulandığını gösterir. Ayrıca tutuklama şartlarının, tutukluluğun devamı boyunca devam ediyor olması gerekir. Aksi halde tutuklama tedbiri orantısız uygulanmış olacaktır.

1.3.2. Tutuklamanın İhtiyari Olması

Tutuklama koşullarının kanunlarla belirlenmesinden sonra tutuklama için gerekli koşulların oluşmasına rağmen şüpheli veya sanığın tutuklanması konusunda hakim veya mahkemeye takdir hakkının tanınması, tutuklamanın “ihtiyari” olması demektir. Eğer kanunlarda belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda tutuklama kararı verileceği belirtiliyorsa, bu durumda da tutuklamanın “mecburi” olduğundan bahsedilir⁷³. Her iki sistemin birlikte uygulanması ise “karma” sistem olarak adlandırılmaktadır.

⁷⁰ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290.

⁷¹ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun “Tutuklama Yasağı” başlıklı 21.maddesi: “Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.”

⁷² Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 291.

⁷³ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 369.

Tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi tutuklama tedbirine de başvurmak mecburiyeti yoktur. Tutuklama kararı verilebilmesi için tüm koşulların gerçekleşmiş olması halinde bile tutuklama kararı verilmeyebilir⁷⁴. Bu konuda hakim ve mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır⁷⁵. Ancak takdir yetkisi keyfi olarak kullanılamaz. Tutuklama kararı verme konusundaki takdir yetkisini hakim veya mahkeme, şüphelinin veya sanığın tutuklanmasının gerçekten zorunlu olup olmadığını araştırarak⁷⁶ yazılı hukuk kurallarına ve hakkaniyete uygun olarak kullanmakla yükümlüdür⁷⁷.

Tutuklama konusunda takdir yetkisi, koruma tedbirleri hakkındaki kuralların emredici olmamasından kaynaklanmaktadır. Koruma tedbirleri kural dışı muameleler değildir. Bu yüzden tedbire başvurulması gerekli olduğu halde bu tedbire başvurmamak yetkisinden söz edilemez⁷⁸.

Soruşturma aşamasında hakimin tutuklama kararı verebilmesi için savcının bu konuda talebinin olması gerekmektedir. Ancak kanunlarımızda cumhuriyet savcılarının bu yetkilerini kullanabileceği veya şüphelileri tutuklamaya sevk edeceği halleri gösteren bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir düzenleme olmasa da cumhuriyet savcılarını tutuklamaya sevk konusunda sahip oldukları takdir yetkisini keyfi olarak kullanmaması gerekir. Cumhuriyet savcılarını da tutuklama veya tutuklamama konusunda bir değerlendirmeyi hakimler gibi yapmak zorundadır. Her somut olayda tutuklama şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmelidir. Cumhuriyet savcısı, tutuklamaya sevk edip etmeme konusunda kararını yapacağı bu değerlendirmenin sonucunda vermelidir⁷⁹.

Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasına göre *“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir”*. CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrasında geçen *“Kuvvetli suç*

⁷⁴ Centel, “Tutuklama Uygulamasında Sorunlar”, s. 194.

⁷⁵ İpekçioğlu, Pervin Aksoy, “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbiri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, (2007), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756868>, (Erişim Tarihi: 03.07.2021), s.1221.

⁷⁶ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 365.

⁷⁷ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 418.

⁷⁸ Erem, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, s. 412.

⁷⁹ Yargıtay C.G.K. 16.12.2008. E.2008-225, K.2008-231 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.07.2021); Öğütçü, Özlem, Cezai ve Hukuki Boyutlarıyla Tutuklama, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 26.

şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir". CMK'nın 100. maddesinin 2. fıkrasında geçen "*Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir*". CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında geçen "*Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir*". Yukarıda belirtilen kanuni düzenlemelerde geçen ifadelerden hukukumuzda tutuklamanın ihtiyari olduğunu anlaşılmaktadır.

CMK'da bazı suçların işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin bulunduğu hallerde tutuklama kararı verilebilmesi için tutuklama nedenlerinin varlığının aranmayacağı düzenlenmiştir. Maddede sınırlı olarak sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphenin oluşması ve oluşan bu şüphenin somut delillere dayanması halinde tutuklama nedeni var sayılabilir. Yasada geçen "*var sayılabilir*" ifadesinden , hakim tutuklama konusunda takdir yetkisine sahip olduğu anlamı çıkmaktadır. Buna rağmen uygulamada, yasal karine öngörülen hallerde tutuklama mecburiyetinin olduğu gibi yanlış bir anlayışın yerleştiği ifade edilmektedir⁸⁰.

Tutuklamanın ihtiyari olması demek, tutuklama konusunda karar verme yetkisinin hakim veya mahkemede olması demektir. Hakimin takdir yetkisine ise iki şekilde müdahalede bulunulabilir.

Bunlardan ilki tutuklama kararı verileceği yani tutuklama mecburiyeti şeklinde bir düzenleme yapılmasıdır. Kanunlarda, belli şartların gerçekleşmesi durumunda tutuklama kararı verileceği şeklinde bir düzenleme yapılamaz. Aksi durumda Anayasa'ya aykırılık iddiası gündeme gelecek ve düzenlemenin soyut norm denetimi veya somut norm denetimi ile iptali sağlanabilecektir⁸¹.

⁸⁰ Centel, "Tutuklama Uygulamasında Sorunlar", s. 195; Öğreti de eleştirilen uygulamadaki bu anlayışı değiştirmek için 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanunun 13 üncü maddesiyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununun 100. maddesinin 3. fıkrasına "*hususunda*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*somut delillere dayanan*" ibaresi eklenmiştir.

⁸¹Türkiye İşçi Partisi adına Anayasa Mahkemesi'ne 1631 sayılı Kanunun bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada AYM, "1631 sayılı Askerî Muhakeme Usulü Kanununun 130 uncu maddesinin 2 numaralı bendinde (İrtikap, rüşvet almak ve vermektten, ihtilâsten, zimmete para geçirmekten ve doğrudan doğruya veya memuriyet vazifesini suiistimal suretiyle kaçakçılıktan ve resmî müzayede ve münakaşalara fesat karıştırmaktan maznun olanlar hakkında son tahkikatın açılması kararı ile birlikte tevkiflerine karar verilir ve bunlar hakkında mahkemelerce duruşma her halde mevkuften cereyan eder) hükmü yer almıştır ... Maddenin 2 numaralı bendinde; bu bentte gösterilen suçlardan sanık olanların son tahkikatın açılması kararı ile birlikte tutukluluklarına karar verileceği ve mahkemelerce de duruşmanın tutuklu olarak yapılacağı emredilmektedir. Diğer taraftan Anayasa'nın

İkinci müdahale şekli ise tutuklama kararı verilmemesi yani tutuklamama yasağı şeklinde bir düzenleme yapılmasıdır. Tutuklamama yasağının konulması da tutuklamanın ihtiyarılığı ilkesine aykırılık teşkil eder⁸². O halde tutuklamama yasağının bulunmaması, Anayasa’da geçen eşitlik ve hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında belli görevlerde bulunan kişilerin tutuksuz yargılanmaları gerektiği yolundaki düzenlemeyi Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir⁸³.

Tutuklamanın mecburi olduğu yönündeki Moldova CMK m.191’e göre on yıldan fazla hapis cezasını öngören kasten işlenmiş bir suçla itham edilen kişinin tutuklu yargılanması gerekmektedir. Ancak AİHM, bu düzenlemenin AİHS’in 5/3. maddesini ihlal ettiği tespitini yapmıştır (AİHM’ in Boicenco/Moldova kararı, 11.10.2006 tarih ve B.N.41088/05).⁸⁴

AİHM, Galip Doğru / Türkiye kararında ise CMK’nın 100. maddesinin 3. fıkrasında sayılan katalog suçlar söz konusu olduğunda bir tutuklama nedeninin varlığını karine olarak kabul eden Türk mahkemelerinin kaçma, delilleri karartma, tanık, mağdur veya başkalarına baskı yapma risklerinden herhangi birinin varlığını destekleyen somut koşullara hiç değinmediğini tespit etmiştir. Böyle bir durumda Türk mahkemeleri doğrudan CMK’nın 100. maddesinin 3. fıkrasına atıfta bulunmaktadır. AİHM’e göre ise, kanunun tutuklama nedenlerine

30 uncu maddesinde (Tutuklanabilir) denmekle, tutuklamanın mecburi olmaması prensibi konmuştur. Bu itibarla mecburi tutuklamayı kapsayan 130 ncu maddenin 2 numaralı bendindeki hüküm Anayasa'nın 30 ncu maddesine açıkça aykırıdır.” şeklindeki gerekçe ile iptal kararı vermiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 26.06.1963 tarih ve E.1963-197, K.1963-166 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/166?EsasNo=1963%2F197> , (Erişim tarihi: 05.07.2021)).

⁸² Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 366.

⁸³ 12.4.1991 günlü 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun bazı maddelerinin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açılmıştır. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 15. maddesi “Madde 15- Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve zabıta amir ve memurları ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı haklarında açılan kamu davası sonuçlanıncaya kadar tutuksuz yargılanırlar.” şeklinde düzenlenmişti. Bu düzenleme “...inceleme konusu fıkra, hukuk dışı eylemlerin devlet tarafından hoşgörü ile karşılandığı izlenimini yaratmaya elverişlidir. Ağır bir suçlama karşısında olan ve bu konuda aleyhinde kuvvetli belirtiler bulunan bir görevlinin eyleminin boyutu ne olursa olsun tutuklanmayacağına bilinmesi ve tutuklanmaması adalete, devlete olan güveni sarsar ve yargılama hükümlülükle de sonuçlansa haksızlık yapıldığı duygusunu silemez. Belirtilen nedenlerle inceleme konusu kuralın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayan bir düzenlemenin eşitlik ilkesinden uzaklaşması için "haklı neden" olarak kabulüne de olanak bulunmadığından fıkra Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.” şeklindeki gerekçelerle iptal edilmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 31.03.1992 tarih ve E.1991-18, K.1992-20 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?EsasNo=1991%2F18> , (Erişim Tarihi: 04.07.2021)).

⁸⁴ Centel, “Tutuklama Uygulamasında Sorunlar”, s.194

ilişkin bir karine öngördüğü durumlarda kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı gerektiren somut olguların ne olduğunun da ikna edici bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda AİHM, her türlü otomatik tutuklama sistemlerinin tek başına AİHS'in 5. maddesinin 3. fıkrasıyla uyumlu olmadığını tespit etmiştir⁸⁵.

1.3.3. Tutuklamanın İstisnai Olması

Ceza yargılaması, suç şüphesi altında bulunan kişi hakkında verilen kararın kesinleşmesine kadar devam eden süreçtir. Bu süreç, soruşturma ve kovuşturma evrelerinden oluşur. Her iki evre de uzun veya kısa bir zaman devam etmektedir. Bu evrelerin kişinin özgürlüğüne müdahalede bulunmadan, özellikle tutuklama kararı verilmeden tamamlanması kuraldır. Çünkü özgürlük hakkı; kişinin vazgeçilemez, devredilemez ve kanuna aykırı bir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan temel bir hakkıdır. Bu hakka dokunulması ise kişinin maddi veya manevi yönden telafisi imkansız zararlarına yol açabilecektir.

Ceza muhakemesinde yargılamanın tutuksuz yapılması kural, tutuklu yargılama ise istisnadır. Ancak Anayasa ve CMK'da belirtilen şartlar gerçekleşmiş ise şüpheli veya sanık tutuklanabilir. Şartlar gerçekleşmiş olsa dahi hakim, yapmış olduğu araştırma sonucunda tutuklamanın zorunlu olmadığına karar verirse ihtiyarılık prensibi gereği tutuklama kararı vermeyebilir.

Tutuklama tedbiri, en ağır koruma tedbiri olma özelliğinden dolayı son çare olarak başvurulması gereken bir tedbirdir. Tutuklamanın istisna olma özelliği de burada ortaya çıkmaktadır. İstisnailik, eğer tutuklamadan elde edilmesi beklenen sonuca, daha hafif bir tedbirle ulaşılması mümkün ise bu tedbirin tercih edilmesi gereğini ifade eder⁸⁶.

Adli kontrol, tutuklamaya göre daha hafif bir tedbirdir. Bu nedenle tutuklamanın koşullarının olduğu durumlarda adli kontrol tedbiri ile de tutuklamadan amaçlanan sonuca

⁸⁵ AİHM' in 28.04.2015 tarih ve B.N. 36001/06 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-157205>, (Erişim Tarihi:06.07.2021), par. 58.

⁸⁶ Koparan, Mehmet Reşat, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2006, S.65, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-244>, (Erişim Tarihi:09.07.2021), s.157.

ulaşmanın mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir⁸⁷. Hatta adli kontrol tedbirlerinin de kendi içinde en hafif olanı tercih edilmelidir.

CMK'nın 101/1. maddesinin son cümlesine göre tutuklama talebinde bulunulduğunda adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını gösteren hukuki ve fiili sebeplere yer verilmesi gerekmektedir. CMK'nın 101/2.maddesinde ise tutuklama talebinde bulunulduğunda adli kontrolün yetersiz kalacağı düşünülüyor ise bu düşünceye sebep olan delillerin somut olgularla ilişkilendirilerek açık bir şekilde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenlemelerden çıkan sonuç, öncelikle adli kontrol uygulamasının değerlendirilmesinin yasal zorunluluk olduğudur. Bu düzenlemeler de tutuklamanın ikincil ve istisnai nitelikte olduğunu göstermektedir.

1.3.4. Tutuklamanın Bir Ceza Olmaması

Tutuklama tedbiri, ceza muhakemesinin amaçlarına ulaşması bakımından başvuru olan önemli bir araçtır. Bu tedbirin uygulanması ile kişinin temel hak ve hürriyetlerine ağır bir müdahalede bulunmaktadır. Niteliği itibarıyla tutuklama, bir koruma tedbiridir. Bir ceza değildir. Tutuklamaya, işlenen suçtan doğan zararın tamir ve tazmin edilmesi veya sanığın cezalandırılması amacıyla değil, sanığın duruşmada hazır bulundurulması amacıyla başvurulabilir⁸⁸.

Niteliği itibarıyla bir koruma tedbiri olan tutuklama, ceza gibi hatta bazı durumlarda cezadan daha ağır sonuçlar doğurabilir. Kişilerin özgürlüklerini sınırlandırması yönünden cezaya benzer. Bununla birlikte kişinin özgürlüğünü daha suçlu olduğu yönünde bir hakim kararı olmadan sınırlandırdığı için cezadan daha ağır bir etkiye sahiptir. Ama tutuklama kesinlikle ceza anlamına gelmemektedir.

Tutuklama ile hapis cezasının farklı hukuki kurumlar oldukları, amaçları, uygulandıkları aşamalar, uygulanma yer ve şekillerine dair düzenlendikleri kanunlardan

⁸⁷İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, (Çevrimiçi) <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/3042021071917%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20Eylem%20Plan%C4%B1%20ve%20Uygulama%20Takvimi.pdf>, (Erişim Tarihi:01.06.2021), s.71.

⁸⁸ Şahbaz, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği”, s. 221.

anlaşılmaktadır. Tutuklama ile hapis cezasının tek benzer yönü ise her iki kurumun da kişi özgürlüğünü sınırlandırmasıdır⁸⁹.

Tutuklamanın amacı, suç şüphesi altında olan kişinin kaçmasını, delilleri yok etmesini veya değiştirmesini önlemek, sonuçta ceza verilmesi durumunda bu hükmün infazını sağlamaktır. Hapis cezası ile ulaşılmak istenen amaç ise hükümlünün tekrar suç işlemesine engel olacak etkenleri güçlendirmek, sosyalleşmesini teşvik ederek kanunlara ve toplumsal kurallara saygı gösteren ve sorumluluk sahibi olan bir hayat tarzına uyum sağlamasını kolaylaştırmak, ayrıca toplumu da suça karşı korumaktır⁹⁰.

Tutuklama kararı soruşturma aşamasından mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar her aşamada verilebilir. Buna karşın cezaya, mahkeme tarafından yargılamanın sonlandırılmasıyla birlikte hükmedilir. Mahkumiyet hükümlerinin yerine getirilmesi için kararın kesinleşmesi gerekirken⁹¹ tutuklama kararına itiraz edilmiş olması kararın uygulanmasına engel değildir.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar, ceza infaz kurumlarında yerine getirilir. Tutuklama kararı kural olarak tutukevlerinde yerine getirilir. Bu mümkün değil ise kapalı ceza infaz kurumlarının bu amaca ayrılmış bölümlerinde yerine getirilir.

1.4. Uluslararası Belgelerde Tutuklama

1.4.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul ve ilan edilmiştir. Bildiri'nin 3. maddesi ile "*Herkes yaşama, özgürlük ve kişi güvenliği hakkına sahiptir.*" denilerek kişi özgürlük ve güvenliği hakkı düzenlenmiştir. Aynı Bildirinin 9. maddesi ise "*Hiç kimse keyfi tutuklamaya, gözetim altına alınmaya veya sürgüne*

⁸⁹ İnci, Zekiye Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. bs., 2017, s. 27

⁹⁰ CGTİHK m.3: "*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.*"

⁹¹ CGTİHK m. 4 : "*(1) Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz.*"

maruz kılınmamalıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile keyfi tutuklamaların engellenmesi amaçlanmıştır.

Bildiri’de anayasa ya da kanunla tanınan temel hakları ihlal edilen kişilerin bu ihlale karşı yetkili ulusal mahkemelere başvurma hakkı bulunduğu belirtilerek hak arama özgürlüğü vurgulanmıştır (İHEB m. 8).

Bildiri’de bir suç isnadı altında olan kişinin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, kamuya açık olarak yargılanmaya hakkı olduğu belirtilmiştir (İHEB m. 10).

Bildiri’de ayrıca masumiyet karinesine de yer verilmiştir. Buna göre herhangi bir suçla itham edilen kişinin savunma hakkı tanınarak kamuya açık olarak yapılan yargılama sonucunda suçluluğu yasaya uygun olarak kanıtlanıncaya kadar masum kabul edilme hakkı vardır (İHEB m. 11).

Ancak, BM İnsan Hakları Bildirisi, hukuken bağlayıcılığı bulunmayan tavsiye niteliğinde bir belgedir. Başka bir deyişle Bildiri, Bildiri’ de sayılan hakları tanıyan devletlere herhangi bir yükümlülük getirmemektedir⁹². Bununla birlikte Bildiri, uluslararası örf ve adet hukuku niteliğinde bir belgedir⁹³.

Bu bildirinın yayınlanmasından sonra insan hakları; düşünce ve siyaset dünyasının merkezine geri dönülemeyecek şekilde yerleşmiştir. Böylece uluslararası ilişkilerin ayrılmaz bir parçası olmuş ve evrensel ahlak kuralları haline gelmiştir⁹⁴.

1.4.2. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Sözleşme, BM Genel Kurulu’nda 6 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiştir. Yürürlüğe girdiği tarih ise 23 Mart 1976 tarihidir. Taraf devletler, Sözleşme’de tanınan hakları güvence altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt etmişlerdir. Ayrıca Sözleşme’de tanınan

⁹² Sarıgül, Ali Tanju, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyeye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 19.

⁹³ Kalabalık, Halil, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 37.

⁹⁴ Birinci, Görkem, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin Kısa Tarihi 1: Milletler Cemiyetinden Birleşmiş Milletler’e”, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/394390> , (Erişim Tarihi: 22.06.2021), s. 50.

haklar konusunda kendi anayasal usüllerine ve bu sözleşme hükümlerine uygun olarak iç hukuklarında yasal düzenlemeler yapmayı da taahhüt etmişlerdir⁹⁵.

Sözleşme'nin 9. maddesi kişi özgürlük ve güvenlik hakkını düzenlemiştir. Bu maddeye göre hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz ve tutuklanamaz. Kanunda gösterilen sebepler ve usul dışında kişiler özgürlüğünden mahrum bırakılamaz.

Aynı Sözleşme'de yakalanan ve tutuklanan kişilerin belli bazı haklara sahip olduğuna da yer verilmiştir. Yine maddedeki düzenlemelere aykırı olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerin tazminat hakkına sahip olduğu belirtilmiştir⁹⁶.

Sözleşme ile İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. Komitenin görevi ise sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlal ettiği iddia edilen bir devlet hakkında başka bir devlet tarafından yapılan başvuruyu incelemektir. Ancak Komiteye yargısal bir karar alma yetkisi verilmemiştir.

1.4.3. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHDS), BM Genel Kurulu'nda 20 Kasım 1986 tarihinde kabul edilmiştir. Yürürlüğe girme tarihi ise 2 Eylül 1990 tarihidir. Türkiye, 14 Eylül 1990 tarihinde ÇHDS'yi imzalamıştır. Türkiye, ÇHDS'ye 9 Aralık 1994 tarihli ve 4058 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile taraf olmuştur. Onay belgelerinin BM Sekreteryasına teslim edilmesini müteakip 4 Mayıs 1995 tarihinde BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir.

⁹⁵ Kalabalık, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 38.

⁹⁶ Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi "Madde-9: 1. Herkesin kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz veya tutuklanamaz. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebeplere ve usule uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. 2. Tutuklanan herkese, tutuklandığı anda, tutuklanma nedenleri ve hakkında ileri sürülen iddialar derhal bildirilecektir. 3. Bir suç işlediği iddiasıyla yakalanan ya da tutuklanan herkes, derhal bir yargıcın ya da yasalarla yargı erkini kullanmaya yetkili kılınmış bir başka resmi görevlinin önüne çıkarılacak ve uygun bir süre içinde yargılanma ya da salıverilme hakkına sahip olacaktır. Yargılanmayı bekleyen kişilerin gözaltında tutulmaları genel kural olmayacaktır; ancak, salıverme, sanığın duruşmalarda, adli takibatın diğer safhalarında ve gerekli hallerde hükmün infazında hazır bulunması için güvencelere bağlanabilir. 4. Yakalanma ya da tutuklanma yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan herkesin, mahkemenin gecikmeksizin tutuklanmasını yasallığı konusunda karar vermesini ve yakalamanın yasal olmaması halinde, salıverilmesini kararlaştırması için mahkemeye başvurma hakkı vardır. 5. Yasal olmayan bir yakalama ya da tutuklama işleminden mağdur olan herkesin, icrası kabil zorunlu tazminat hakkı olacaktır" (Çevrimiçi) https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafilsoz/bm/bm_05.pdf, (Erişim tarihi: 05.04.2021).

Sözleşme'nin 1. maddesinde “çocuk” tanımı yapılmıştır. Buna göre çocuğa uygulanabilecek kanuna göre, daha erken yaşta ergin olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar herkes çocuk sayılmaktadır.

Sözleşmenin 2.maddesinde ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Buna göre taraf devletlerin, Sözleşme’de yazan bütün hakları yetkileri altında bulunan çocuklara herhangi bir ayırım yapmadan tanımları gerekmektedir. Çocuğun anne-babası ile yasal temsilcisinin de ırk, renk, dil, cinsiyet, siyasal ya da başka düşüncelerinden dolayı ayırım yapılması mümkün değildir. Ayrıca etnik, ulusal ve sosyal köken, engellilik, mülkiyet, doğuş ve diğer statüleri sebebiyle de ayırım yapılması söz konusu değildir (ÇHDS m.2).

ÇHDS m.37’ye göre⁹⁷ çocuklar işkenceye, zalimane veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı herhangi bir muameleye ve cezaya tabi tutulamayacaktır. Çocuklara işledikleri suçlardan ötürü idam cezası ve ömür boyu hapis cezası verilemeyecektir (ÇHDS m.37/a). Çocukların yasadışı ve keyfi olarak özgürlüklerinden mahrum bırakılması söz konusu olmamakla birlikte tutuklanmaları, alıkonmaları ve hapsedilmeleri, yasayla düzenlenmiş olması halinde mümkündür. Ancak bu tedbirlere son çare olarak başvurulmalıdır. Tedbirin uygulanma süresi ise mümkün olan en kısa süre ile sınırlı tutulmalıdır (ÇHDS m.37/b).

ÇHDS m.37’de özgürlüklerinden mahrum bırakılan çocuklara karşı davranma şekli ve tutulma koşulları ile ilgili sahip oldukları haklara da yer verilmiştir. Buna göre özgürlüğünden mahrum bırakılan her çocuk, kişiliğine saygılı ve yaşatlarının ihtiyaçları göz önünde bulundurularak davranılma hakkına, yüksek yararı gerektirmedikçe yetişkinlerden ayrı tutulma

⁹⁷ BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme “ Madde 37: Taraf Devletler aşağıdaki hususları sağlarlar: a. Hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmayacaktır. On sekiz yaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle idam cezası verilemeyeceği gibi salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilmeyecektir. b. Hiçbir çocuk yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır. c. Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacaktır. Özgürlüğünden yoksun olan her çocuk, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır. d. Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kısa zamanda yasal ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına sahip olacaktır.” (Resmi Gazete 27.01.1995. S. 22184 (Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf> , (Erişim Tarihi: 01.05.2021)).

ve olağanüstü bir durum söz konusu değil ise ailesi ile görüşme ve yazışma hakkına sahiptir (ÇHDS m.37/c).

Özgürlüklerinden mahrum bırakılan her çocuk, en kısa sürede yasal yardımlardan faydalanma hakkına sahiptir. Ayrıca her çocuk, hukuka aykırı olduğunu bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde iddia ederek özgürlüğünden mahrum bırakılma kararı ile ilgili olarak acele şekilde karar verilmesini isteme hakkına da sahiptir (ÇHDS m.37/d).

Ceza yasalarını ihlal ettiği iddiası ile itham edilen çocukların yaşları ve topluma yeniden kazandırılması hususları taraf devletçe göz önünde bulundurularak; her çocuk, taşıdıkları saygınlık ve değer duygularını geliştirecek, aynı zamanda başka kişilerin temel hak ve özgürlüklerine saygılı davranmaları yönündeki duygularını güçlendirecek nitelikte muamele görme hakkına sahiptirler. Bu amaçla bir suçla itham edilen her çocuk, hakkındaki suçlama sabit olana kadar masum kabul edilmek, yöneltilen suçlama hakkında bilgilendirilmek, yasal yardımlardan faydalanmak suretiyle savunmalarını hazırlamak, bağımsız ve tarafsız adli bir makam veya mahkeme önünde anne babası da hazır bulundurularak adil bir şekilde duruşma yapılarak gecikmeksizin karar verilmesini istemek, tanıklık yapması ya da suç ikrarında bulunması için zorlanmamak, aleyhine tanıklık yapan kişileri sorguya çekmek, tanık dinletmek, mahkumiyet kararı verilmesi halinde bir üst makama başvuru imkanı sağlanmak, kovuşturmanın her aşamasında özel hayatın gizliliğinin sağlanmasını istemek hakkına sahiptir (ÇHDS m.40).

Taraf devletler, suçla itham edilen çocuklara uygulanabilir yasaları oluşturmak, ceza yasalarının ihlali hakkında asgari bir yaş sınırı belirlemek zorundadır. Taraf devletler, belirlenen yaşın altındaki çocukların cezai ehliyetleri olmadığını kabul etmek, koruma tedbirlerinin uygulanması açısından çocukların durumları ve suçları ile orantılı olacak şekilde davranmak zorundadır (ÇHDS m.40).

Yukarıda belirttiğimiz hususlar asgari düzeyde sağlanması gereken hususlardır. Eğer taraf devlette bu standartların üstünde hak tanıyan bir düzenleme var ise ÇHDS'nin 41. maddesi gereği taraf devletin iç hukukundaki düzenlemeler uygulanacaktır.

1.4.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu on iki devlet Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin yürürlüğe girme tarihi ise 3 Eylül 1953 tarihidir. Türkiye bu sözleşmeyi herhangi bir çekince koymaksızın 1954 yılında 6366 sayılı kanunla kabul etmiştir⁹⁸.

AİHS, insan haklarının korunmasına yönelik en eski, en ayrıntılı en etkili ve hukuken en bağlayıcı olan ve farklı özellikleriyle ortaya çıkan bölgesel düzenlemedir⁹⁹. AİHS, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almıştır. Ancak sözleşmenin önemi daha çok bireylere birtakım haklar tanımanın yanında bu hakların ihlal edilmesi halinde bireylerin ihlaleci devlet aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvuru yapabilmesinden gelmektedir¹⁰⁰. Bu bağlamda AİHM, taraf devletlerin Sözleşme'yi iç hukuklarına aktarmamış olmaları durumunda dahi, taraf devletlerin Sözleşme'ye uyup uymadıklarını denetleyebilen bir organ olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰¹.

Bu bağlamda AİHM, AİHS'in insan hak ve özgürlüklerini korumakla birlikte, oluşturduğu içtihatlarla insan hakları hukukunun gelişmesine de yön vermektedir¹⁰².

AİHS, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında gayet önemli hükümler içermektedir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, AİHS'in 5. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "*Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır*". Bu madde ile kural olarak herkesin özgürlük ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtilmekle birlikte özgürlük karinesinin istisnaları da aynı maddede sınırlı olarak sayılmıştır. Sözleşme' de sınırlı sayım yöntemiyle istisnaların sayılmış olması, özgürlükleri genişletici bir işlev görmektedir. Dolayısıyla kişilerin sayılan durumlar haricinde hiçbir şekilde özgürlüklerinden mahrum bırakılması söz konusu olamayacaktır¹⁰³.

AİHS'in 5. maddesinde yakalanan ve tutuklanan kişilerin bazı haklara sahip olduğu da düzenlenmiştir. AİHS'in 5. maddesinin 3. fıkrasına göre; yakalanan veya tutulu durumda

⁹⁸ Kalabalık, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 49.

⁹⁹ Güneş, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, s. 295.

¹⁰⁰ Kalabalık, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 49.

¹⁰¹ Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 20.

¹⁰² Güneş, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, s. 299.

¹⁰³ Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 39.

bulunan kişiler hemen bir hakim karşısına çıkarılmak ve makul süre içinde yargılanmak veya serbest bırakılmak hakkına sahiptir. Serbest bırakılma bir güvenceye de bağlanabilir. AİHS'in 5. maddesinin 4. fıkrasına göre; yakalanan veya tutuklanan kişiler, müdahalenin iç hukuka uygunluğu konusunda bir karar vermesi için mahkemeye başvurarak en kısa sürede bir karar verilmesini ve müdahalenin iç hukuka aykırı görülmesi halinde serbest bırakılmasını isteme hakkına sahiptir.

AİHS'in 5. maddesinin 5. fıkrasında ise 5. madde hükümlerine uyulmadan gerçekleştirilen bir yakalama ve tutuklama işlemine muhatap olan kişilerin devletten tazminat isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir¹⁰⁴.

AİHS'in 5. maddesindeki hükümlerin amacının kişinin keyfi olarak özgürlüğünden mahrum bırakılmasının önüne geçmek olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁵.

AİHS, temel hak ve özgürlükler konusunda asgari standartları belirlemiştir. Buna göre taraf devletler iç hukuklarında Sözleşme' de belirlenen asgari standardı sağlamak zorundadır. Ancak taraf devletlerin iç hukuklarında temel hak ve özgürlükler daha güvenceli olarak düzenlenmiş ise taraf devletin iç hukuktaki düzenlemesi uygulanmalıdır. Böyle bir durum, Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirilemeyecektir (AİHS m. 53).

¹⁰⁴ AİHS m.5: Özgürlük ve güvenlik hakkı “1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması; d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; 2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur. 3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir. 4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir”. (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (Erişim Tarihi: 04.06.2021)).

¹⁰⁵ Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 31.

Herkes, AİHS’de tanınan hak ve özgürlüklerden faydalanma hakkına sahiptir. Bu husus AİHS’de açıkça belirtilmiştir. Buna göre AİHS’de düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkı, cinsiyet, dil, din, ırk, renk, siyasi görüş, köken, servet, doğum gibi sebeplerle ayrımcılık gözetilmeden herkese sağlanmalıdır (AİHS m. 14).

AİHS, iç hukukumuzda doğrudan uygulanabilme özelliğine sahiptir. Zira Anayasa’nın 90. maddesinde¹⁰⁶, usulüne göre yürürlüğe giren milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. Bu şekilde yürürlüğe giren andlaşma hükümlerinin Anayasa’ya aykırı oldukları iddia edilerek Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı da madde de düzenlenmiştir. Madde bu şekilde iken uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki yeri devamlı tartışılmıştır. Bu tartışmalar yapılagelirken 07/05/2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası maddeye eklenmiştir. Buna göre; temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerin uygulanacaktır. Aslında bu düzenlemede milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu veya kanundan üstün olmadığı hususu değil fakat temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıktığında milletlerarası andlaşma hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir¹⁰⁷. Böylece AİHS, iç hukuk kuralı olarak Türk Mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanabilir niteliğe dönüşmüş ve tartışmalara son verilmiştir.

1.5. Türk Hukukundaki Yasal Düzenlemeler

Türk hukukunda tutuklama öncelikle Anayasa ile düzenlenmiştir. Tutuklamaya ilişkin hükümlere 1982 Anayasası’nın “*Kişî Hürriyeti ve Güvenliği*” başlığını taşıyan 19. maddesinde yer verilmiştir.

Bu maddede herkesin kişî hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu belirtilmiştir. Ancak kişî hürriyeti hakkının mutlak olmadığı, kişilerin bazı durumlarda hürriyetlerinden yoksun bırakılabileceğine de maddede yer verilmiştir. Buna göre; bir mahkeme tarafından verilmiş olan

¹⁰⁶ Anayasa m. 90/5: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

¹⁰⁷ Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişîye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 28.

cezanın infazı; mahkeme kararı veya kanunda öngörölmüş olan bir yükümlölük gereği ilgili kişinin yakalanması veya tutuklanması, bir çocuğun gözetim altına alınarak ıslahı veya yetkili makam önünde hazır bulundurulması amacıyla verilen bir kararın icrası, toplum için tehlikeli olabilecek akıl hastası, madde bağımlısı veya hastalık yayabilecek kişilerin tedavisinin yapılması, ıslahının sağlanması veya eğitim verilmesi için kanuna uygun olarak alınmış bir tedbirin yerine getirilmesi, yasal olmayan yollardan yurda giren veya girmek isteyen ya da sınır dışı edilmesine karar verilen kişinin yakalanması veya tutuklanması mümkündür¹⁰⁸.

1982 Anayasası, tutuklama kararı verilebilecek halleri kesin olarak saymamış, bunun yerine kanunla düzenlenmek şartıyla kanun koyucunun başka tutuklama sebepleri de belirleyebileceğini kabul etmiştir¹⁰⁹. Buna göre suç işlediğine dair kuvvetli belirti bulunan kişiler belli nedenlerle/amaçlarla tutuklanabilecektir. Bu nedenler/amaçlar; kişinin kaçma ve delilleri yok etme, değiştirme veya gizleme tehlikesi engellemektir. Ayrıca zorunlu hallerde ve kanunla düzenlenmek şartıyla bu sayılanlara benzer nedenlerle de tutuklama kararı verilebileceği belirtilmektedir.

1982 Anayasası, yakalanan veya tutuklanan kişilerin sahip oldukları haklara da yer vermiştir. Buna göre yakalanan ve tutuklanan kişilere, yakalama ve tutuklama nedenleri ve haklarındaki iddiaların bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim kural olarak yazılı olarak yapılacaktır. Ancak yazılı bildirim mümkün olmadığı hallerde sözlü olarak bildirim yapılması da mümkündür. Bu bildirim derhal yapılması gerekmektedir. Toplu suçlarda ise bildirim en geç hakim huzuruna çıkarılmadan önce yapılmalıdır¹¹⁰.

Yakalanan veya tutuklanan kişiler, en geç kırk sekiz saat içinde hakim önüne çıkarılmak zorundadır. Bu süre, toplu olarak işlenen suçlarda ise en fazla dört gün olarak belirlenmiştir. Bu süreler, azami sürelerdir. Bu sürelerin geçtikten sonra hakim kararı yoksa kişinin

¹⁰⁸ “Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörölen bir yükümlölüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılmaz” (AY m.19/2).

¹⁰⁹ Bıçak, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. bs., 2018, s. 632.

¹¹⁰ AY m.19/4: “Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.”

özgürlüğünden yoksun bırakılması söz konusu olamaz. Ancak istisna olarak OHAL ve savaş hallerinde bu sürelerin uzatılabilecektir¹¹¹.

Kişinin yakalanması veya tutuklanması halinde bu durum kişinin yakınlarına derhal bildirilecektir¹¹².

Tutuklanan kişiler makul süre içinde yargılanmayı ve yargılama sürecinin herhangi bir aşamasında serbest bırakılmayı isteme hakkına sahiptir. Ayrıca güvenceye bağlanarak da tutuklanan kişi serbest bırakılabilecektir¹¹³.

Hürriyeti kısıtlanan kişilere, bu kısıtlamaya karşı itiraz etme hakkı¹¹⁴ ve haksız bir şekilde özgürlüğü kısıtlanmanın söz konusu olduğu hallerde bu kişilere devletten tazminat isteme hakkı da tanınmıştır¹¹⁵.

Anayasa'daki düzenlemelere bakıldığında tutuklama konusunun ayrıntılı olarak ele alındığı ve düzenlendiği görülmektedir¹¹⁶.

Tutuklama konusu ikinci olarak 5271 sayılı CMK'da düzenlenmiştir. CMK, 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar CMK'da birçok değişiklik yapılmıştır. CMK'da tutuklama konusunda en son yapılan değişiklik, 08/07/2021

¹¹¹ AY m.19/5: “(Değişik birinci cümle: 3/10/2001-4709/4 md.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal (...) ve savaş hallerinde uzatılabilir.”

¹¹² AY m.19/6: “(Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/4 md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.”

¹¹³ AY m.19/7: “Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.”

¹¹⁴ AY m.19/8: “Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.”

¹¹⁵ AY m.19/9: “(Değişik: 3/10/2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”

¹¹⁶ Tutuklama konusunda Anayasa'nın başka maddelerinde de düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin Anayasanın 38. maddesinin 10. fıkrasına göre “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.” ve 83. maddesinin 2. fıkrasına göre de “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılamaz.”

tarhli ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kabul edilmiştir¹¹⁷.

Tutuklama konusunda diğer kanunlarda da düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kanunları 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (20-21. maddeleri), 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu (ek 12. madde), 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu (85. madde) olarak sayabiliriz. Bu kanunlara aşıağıda değinilecektir.



¹¹⁷ 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanunun 13 üncü maddesiyle, CMK 100. maddesinin 3. fıkrasının maddesinin ilk bendine “*hususunda*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*somut delillere dayanan*” ibaresi eklenmiştir. Yine aynı Kanunun 14 üncü maddesiyle de CMK’ nın 101. maddesinin 2. fıkrasına “*d*” (*Ek:8/7/2021-7331/14 md.) Adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını*” ibaresi eklenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

TUTUKLAMA KORUMA TEDBİRİNİN MADDİ ŞARTLARI

2.1. Tutuklamanın Maddi Şartları

2.1.1. Genel Olarak

Kişi özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp sınırlandırılması mümkündür. Bu sınırlamanın ise hukuki bir dayanağının olması gerekir. 1982 Anayasası'nın 19. maddesinin 3. fıkrası "*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir.*" şeklinde düzenlenmiş ve tutuklamanın anayasal dayanağı oluşturulmuştur. Bu madde ile ayrıca tutuklamanın şartları da anayasal düzeyde belirtilmiştir.

Anayasa'nın 19. maddesi, tutuklamanın hakim kararı ile mümkün olduğunu belirtmekle birlikte tutuklama nedenlerine ve tutuklanan kişinin haklarına da ayrıntılı bir şekilde yer vermekte, ayrıca tutuklama konusunda ilkeleri de belirlemektedir. Anayasa'nın detaylı bir şekilde konuyu düzenlemesi ve kurallar koyması, ceza yargılaması amacıyla olsa dahi kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını güvence altına almak istemesi olarak açıklanabilir¹¹⁸.

Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme gereği tutuklama koruma tedbiri CMK'nın Dördüncü Kısım İkinci Bölümünde 100-108. maddeler arasında düzenlenmiştir. CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrasına göre "*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir*". Bu düzenlemede tutuklamanın maddi şartlarına yer verilmiştir.

CMK'nın 112. maddesinin 1. fıkrası ise "*Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa*

¹¹⁸ Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16.bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 369.

olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde ile adli kontrol hükümlerine isteyerek uymamak eylemi de tutuklama nedenleri arasına alınmıştır¹¹⁹.

AİHS’in 5/1-c maddesine göre *“Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması”* mümkündür. Sözleşme’ ye göre tutuklamaya bir kimsenin suç işlemesini engellemek amacıyla da karar verilebilir. Hukukumuzda bir kimsenin suç işlemesini engellemek amacıyla kişinin tutuklanabileceğine dair bir düzenleme bulunmamakla birlikte; AİHM, bu durumu tutuklamanın devamı için bir gerekçe olarak kabul etmektedir¹²⁰.

AİHM, bir kimsenin suç işlemesini engellemek amacıyla tutuklanabilmesi için soyut bir suç şüphesinin yeterli olmadığını belirtmektedir. Bu nedene dayanarak bir kişinin tutuklanabilmesi için somut ve belli bir suçun yakın gelecekte işleneceğine dair şüphenin makul sebeplere dayanması gerekir¹²¹. Ayrıca bir suç işleme niyetinde olduğundan şüphe edilen kişinin kanunen yetkili bir makam önüne çıkarılma amacı da olmalıdır¹²². AİHS’de yer alan bir kimsenin suç işlemesini engellemek şeklindeki tutuklama nedenine CMK’da yer verilmemesi, CMK’yı kişi özgürlüğüne karşı daha güvenceli kılmaktadır.

Her üç düzenleme birlikte değerlendirildiğinde tutuklama nedenlerinin CMK’da daha ayrıntılı düzenlendiği görülmektedir.

AİHS’de yer alan tutuklama nedenlerinden bir kısmına CMK’da yer verilmemesinin Sözleşme’nin ihlali anlamına gelip gelmeyeceği sorusu burada akla gelebilir. AİHS’nin 53.maddesi böyle bir konunun gündeme gelebileceğini önceden öngörerek konuyu çözüme kavuşturmuştur. Buna göre *“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf’ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış*

¹¹⁹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 362.

¹²⁰ Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 70.

¹²¹ AİHM’ nin 06.11.1980 tarih ve B.N. 7367/76 sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57498>, (Erişim Tarihi: 17.05.2021), par.102; AİHM’ in 01.07.1961 tarih ve B.N.332/57 sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57517>, (Erişim Tarihi: 15.05.2021).

¹²² AİHM’ nin 01.07.1961 tarih ve B.N.332/57 sayılı kararı. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Doğru/Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 414.

olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz". Maddenin lafzından insan hakları ve özgürlükleri konusunda ulusal mevzuatla, Sözleşme' de tanınandan daha fazla hakların tanınması halinde Sözleşme' ye aykırılığın söz konusu olmayacağı anlaşılmaktadır¹²³.

Diğer bir sorun ise Anayasa'da belirtilen tutuklama nedenleri dışında başka bir tutuklama nedenine kanunda yer verilip verilemeyeceğidir. 1982 Anayasası, hangi hallerde tutuklama kararı verilebileceğini tahdidi olarak saymamış, kanunla düzenlenmek şartıyla kanun koyucunun başka tutuklama sebepleri de belirleyebileceğini kabul etmiştir¹²⁴. Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında tutuklamaya "*ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde*" karar verilebileceği belirtilmiştir. Maddede geçen "*tutuklamayı zorunlu kılan haller*" ifadesinden ceza muhakemesinin yürütülmesi ile ilgili olan hallerin anlaşılması gerekmektedir. Ceza muhakemesinin yürütülmesi için zorunlu olan haller söz konusu olduğunda bu hallerin de kanunla bir tutuklama nedeni olarak düzenlenmesi mümkündür¹²⁵.

2.1.2. Somut Delillere Dayalı Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığı

2.1.2.1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde koruma tedbirlerine başvurabilmek için suç işlendiğine dair şüphenin belli seviyede var olması aranır. Şüphe olmadan soruşturma başlatılması mümkün olmadığı gibi herhangi bir tedbire başvurulması da mümkün değildir. Ancak her koruma tedbiri için aynı düzeyde şüphe aranmamakta, başvurulacak tedbirin ağırlığına, amacına göre şüphenin derecesi değişiklik göstermektedir. Tutuklama tedbirine başvurabilmek için kanun koyucu en yüksek seviyedeki şüphe derecesi olan kuvvetli suç şüphesinin varlığını aramıştır. Zira tutuklama, hükümden önce bireyin özgürlüğüne karşı gerçekleştirilen en ağır müdahaledir. Bu tedbire basit şüphe veya yeterli suç şüphelerinin bulunduğu hallerde müracaat edilmesi ise bireyin özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçsüz olması demektir¹²⁶.

¹²³ Sevdiren, Öznur, "Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım", Anayasa Hukuku Dergisi, Y.2019, C.8, S.16, (Çevrimiçi) <http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/05/Sevdiren-AYHD-16.pdf>, (Erişim Tarihi: 08.06.2021), s. 309.

¹²⁴ Bıçak, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 632.

¹²⁵ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 364.

¹²⁶ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 331.

CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrasının ilk hali “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir” şeklinde iken 21/02/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle bu fıkra da yer alan “olgular” ibaresi, “somut deliller” şekline dönüştürülmüştür. Kanunun burada aradığı husus kuvvetli suç şüphesinin somut delillere dayanmasıdır. Bu ise tutuklama tedbirine başvurmayı biraz daha güçleştirmektedir¹²⁷.

2.1.2.2. Şüphe Kavramı

Şüphe kavramı sözlükte “kuşku”, “Bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık”¹²⁸, “zihnin bir konuda kesin bir sonuca varamayıp duraksaması”¹²⁹ şeklinde tarif edilmektedir. Ceza muhakemesi kavramı olarak şüphe, suçla itham edilen kişinin üzerine atılı eylemi işleyip işlemediği konusunda oluşan tereddüt halidir. Ayrıca ceza muhakemesi bakımından şüphe, doğruluğu hususunda bir takım maddi vakıalar olmakla birlikte gerçekliği araştırılmaya ve delillerle ispatlanmaya muhtaç bir durum olarak da tanımlanmaktadır¹³⁰. Şüphe başka bir ifadeyle soruşturmanın başında Cumhuriyet savcısının delillere ve vakıalara dayanan bir tahmini iken soruşturmanın ilerleyen aşamasında ve kovuşturma aşamasında ise sanığın lehindeki ve aleyhindeki delillerin mahkemece eşit değerde görülmesi halinde bu makamların ne yönde karar vereceğini bilememeleridir¹³¹.

Şüphe, ceza soruşturmasını başlatıp başlatmama, koruma tedbirlerine başvurup başvurmama ve kamu davasının açılıp açılmamasına karar vermede en önemli kavramdır. Ceza yargılamasının her bir aşamasında değişik şüphe derecelerinin üzerinde durulması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe kavramları karşımıza çıkmaktadır.

¹²⁷ Donay, Süheyl, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s.189.

¹²⁸ <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.07.2021).

¹²⁹ Yılmaz, Ejder, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 709.

¹³⁰ Eryılmaz, Mesut Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 47.

¹³¹ Balcı, Murat, “Delillerin, Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Oluşturması (CMK m.170/2)”, Terazi Hukuk Dergisi, C.7, S.72, (Ağustos-2012), s.14.

Basit şüphe, en alt derecedeki şüphe halidir. Basit şüpheden bahsedebilmek için belli ve somut bir olayda suçun işlendiğine dair bir şüphe ortaya konulmalıdır¹³². Bu açıdan bakıldığında basit şüphe, başlangıç şüphesi olarak da adlandırılmaktadır. Soruşturmaya başlanabilmesi için deliller en azından belirti şeklinde görülmelidir. Belli olaylara ve belirti şeklindeki herhangi bir delile dayanmayan, yalnızca bir tahmin ve varsayımdan ibaret olan şüphe, soruşturma açılmasına yetmeyecektir¹³³. CMK'nın 160/1. maddesinde geçen “*bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez*” ifadesi ile basit şüphe anlatılmak istenmiştir¹³⁴. Bu açıklamalardan sonra bir tanım yapmak gerekirse, “basit şüphe, belli ve somut bir olayda suçun işlendiğine dair en azından belirti düzeyinde delillerin bulunması halinde duyulan, derece olarak suçun işlenmemiş olma ihtimalinin işlenmiş olma ihtimalinden çok fazla olduğu, ancak soruşturmaya başlanması için gerekli olan fakat iddianame düzenlenmesi için yeterli olmayan şüphe derecesidir”.

Makul şüphe, hayatın olağan akışına göre, somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, somut olgulara dayanmak zorundadır. İhbar ve şikayet, günlük hayat tecrübelerine göre aranılan şeyin ya da kişinin aranılan yerde bulunabileceğini gösteren iz ve emarelerle desteklenmelidir. CMK'da makul şüphenin tanımı yapılmamıştır. AÖAY'nin 6. maddesinde makul şüphenin tanımına yer verilmiştir¹³⁵.

Yeterli şüphe, yapılacak yargılama sırasında mevcut delillerin değerlendirilmesi sonucunda sanığın mahkum olma olasılığının, beraat etme olasılığından fazla olması durumundaki şüphe derecesini ifade etmektedir. CMK'nın 170. maddesinin 2. fıkrasındaki “*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.*” ifadesinden kamu davası açabilmek için yeterli şüphe derecesine ulaşılmış olmasının gerektiği anlaşılmaktadır¹³⁶.

¹³² Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 99.

¹³³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435.

¹³⁴ Özen, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 16; Gültekin, Özkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda “Şüphe” Kavramı”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2010, C.5, S.46, (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/770> , (Erişim Tarihi: 07.06.2021), s.124.

¹³⁵ AÖAY Madde 6 : “*Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşıdığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.*”

¹³⁶ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 103 ; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435.

Kuvvetli şüphe ise, şüpheli veya sanığın , eldeki mevcut delillerin değerlendirilmesi sonucunda mahkum olma ihtimalinin çok fazla olması demektir. Yapılan yargılama sonucunda sanık çok kuvvetli bir ihtimalle mahkum olacak ise kuvvetli şüpheden bahsedilir¹³⁷. Kuvvetli şüphe kavramını aşağıda inceleyeceğimiz için burada bu kadar açıklama ile yetineceğiz.

2.1.2.3. Kuvvetli Suç Şüphesinin Somut Delillere Dayanması

CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrasına göre şüpheli veya sanığın tutuklanabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki "*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması*", diğeri ise "*kanunda belirtilen tutuklama nedenlerinden en az birisinin bulunması*"dır.

CMK'da kuvvetli şüphenin tanımına yer verilmemiştir. Öğretide ise kuvvetli şüphe, hemen hemen benzer şekillerde tanımlanmıştır. Bir grup yazara göre kuvvetli şüphe, mevcut deliller göz önüne alındığında şüpheli veya sanığın mahkum olma olasılığının, kuvvetli bir ihtimal olması şeklinde ifade edilmektedir¹³⁸. Başka bir yazara göre kuvvetli şüphe, günlük hayat tecrübesine ve mevcut delillere göre yapılan değerlendirme sonucunda kişinin üzerine atılı suçu işlediğinin nerdeyse kesin olarak anlaşılmasıdır¹³⁹. Başka bir grup yazara göre kuvvetli şüphe, kamu davasının açılması için gerekli olan yeterli şüpheden daha yoğun bir şüphedir ve somut delillere dayanması gerekir¹⁴⁰. Diğeri bir grup yazara göre ise kuvvetli şüphenin oluşması için zaten somut delillerin varlığı gerekmekte iken kanun koyucunun bu şekilde bir formül kullanmasının nedeni olarak uygulamada yaşanan sorunlar yüzünden bu hususu garantiye almak istemesi gösterilmektedir¹⁴¹.

Kuvvetli şüphenin tanımını yapmak gerekirse, kuvvetli şüphe; tutuklama tedbirine karar verileceği sırada, hukuka uygun olarak elde edilen somut deliller göz önüne alındığında kişinin suç işlemiş olma ihtimalinin çok yüksek olduğu hususunda duyulan şüphe halidir. Ancak kuvvetli şüpheden bahsedebilmek için, içinde bulunulan bu şüphe halinin tam anlamıyla

¹³⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435

¹³⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 258; Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 332.

¹³⁹ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 332.

¹⁴⁰ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 362.

¹⁴¹ Öztürk/Kazancı/ Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, s. 34.

yenilmemiş olması gerekir. Şüphesiz tam anlamıyla yenilmiş ve kişinin üzerine atılı suçu işlediği hususunda kesin inanç oluşmuşsa burada suç ispat edilmiş demektir. Kuvvetli şüphesiz, bir anlamda, suçun işlendiğinin kesin olarak ispat edilerek şüphesinin yenilmesinden hemen önceki aşamadır denilebilir.

Kuvvetli şüphesinin, tutuklama isteminde bulunulduğunda, tutuklama kararı verildiğinde, tutuklama devam ettiği sürece devam etmesi gerekir¹⁴².

Tutuklama kararı için gerekli olan kuvvetli şüphesiz, kişinin üzerine atılı suçu işlediği ve sonuçta mahkum olacağına dair kuvvetli bir ihtimali ifade etmektedir. Lakin mahkumiyet için gerekli olan kesin ispat anlamına gelmemektedir. Bu iki kavram birbirinden farklıdır. Kesin ispat, tüm delillerin ortaya konulması ve tartışılmasından sonra suçun fail tarafından işlendiğinin her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle ortaya konulmasıdır. Kişinin büyük bir ihtimalle suçu işlediğine dair bir kabul yani kuvvetli suç şüphesinin varlığı, tutuklama kararı için yeterli olabilir ancak mahkumiyet hükmü kurulabilmesi için yeterli değildir¹⁴³.

Tutuklamaya karar verebilmek için kuvvetli suç şüphesini haklı kılan somut deliller aranmaktadır. Bu yüzden kuvvetli suç şüphesinin varlığının tespitinde soyut izlenimlere, varsayımlara, akıl yürütmelere, genel hayat tecrübelerine dayanılmaz¹⁴⁴. Belli bir yoğunluğa ulaşmış ve somut delillerle desteklenen şüphesiz, kuvvetli şüphesizdir¹⁴⁵. Bu açıdan bakıldığında kuvvetli şüphesiz, sübjektif açıdan hakimin dosya kapsamından edindiği kanaat olarak değerlendirilemez. Kuvvetli şüphesiz, objektif açıdan da herkes tarafından görülebilen ve tespit edilebilen somut bir nitelik arz etmektedir¹⁴⁶.

¹⁴² Bıçak, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 634.

¹⁴³ Yaşar, Osman, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 919.

¹⁴⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 459.

“Sanığın, çalmadığını beyan ederek, koç bedelini ödemek suretiyle şikayetçiyle anlaşmayı kabul etmesi, sanığın yüklenen suçu işlediğini kabule yeterli bir kanıt sayılamaz. Ceza Yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütünü olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkumiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir. O halde, sanığın üzerine yüklenen suçtan cezalandırılmasına yeterli, kesin ve inandırıcı kanıtlar elde edilemediğine göre direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.” Yargıtay C.G.K. 19.04.1993. E.1993/6-79, K.1993/108 (Çevrimiçi) https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-1993-6-79-k-1993-108-t-19-04-1993-yargitay-ceza-genel-kurulu-karari/513528/6-79_108, (Erişim Tarihi:16.09.2021).

¹⁴⁵ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 362.

¹⁴⁶ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 332.

Ceza muhakemesinde isnat edilen suçun fail tarafından işlenip işlenmediği hakkında hukuk düzeni tarafından kabul edilen araçlarla mahkemenin tam bir kanaate varmasını sağlama faaliyetine “*ispat*” denir¹⁴⁷. Geçmişte yaşanan ceza uyuşmazlığına konu olayın yeniden canlandırılabilmesine, değerlendirilebilmesine, nasıl gerçekleştiğinin anlaşılabilmesine ve şüpheli veya sanık hakkında yargılama yapılmasına imkan veren ve olayı temsil eden ispat araçlarına ise “*delil*” denmektedir¹⁴⁸. Delil, kısaca ispata yarayan ve hukuk düzeni tarafından kabul edilen araçlardır¹⁴⁹. CMK’nın 217. maddesinin 2. fıkrasında, kişinin üzerine atılı suçun, hukuka uygun olarak elde edilen her türlü delille ispat edilebileceği belirtilmiştir. Böylece ceza yargılamasında delil serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. Delil serbestisi ilkesi ile, işlenen suç nedeniyle bozulmuş olan dengenin yeniden kurulmasına yardımcı olmak amaçlanmıştır¹⁵⁰.

Ceza muhakemesine konu uyuşmazlıkların her türlü delille ispat edilmesinin de bir sınırı vardır. Bu sınır öncelikle Anayasa tarafından çizilmiştir. Anayasa’nın 38. maddesinin 6. fıkrası, kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kullanılamayacağını belirtmektedir. Anayasa, bir delilin kullanılmasının önündeki engelin kanuna aykırılık olduğunu ifade ederken CMK bu engeli hukuka aykırılık olarak düzenlemiştir. Bu durum CMK’nın bu hükmünü Anayasa’ya aykırı kılmamaktadır. Zira CMK’daki düzenleme temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi daha da zorlaştıran bir hükümdür.

Anayasa Mahkemesi, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılamayacağına kararlarında yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi, hukuka aykırılıktan anlaşılması gerekenin tüm pozitif hukuk kurallarına ve hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılık olduğunu belirtmektedir¹⁵¹.

¹⁴⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 290; Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.562;

¹⁴⁸ Yenisey, Feridun “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, (Ağustos 2007), (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/2817> , (Erişim Tarihi:07.07.2021), s. 5; Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 257; Koca, Mahmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, C.1, S.2, (Aralık 2006) , (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/2889> , (Erişim Tarihi:07.07.2021), s. 207.

¹⁴⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 615.

¹⁵⁰ Karabulut, Ferhat/Karapazarlıoğlu, Ersin/Tosun, Hamza, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı”, TBB Dergisi, S. 120 (Eylül-Ekim 2015), (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1517> , (Erişim Tarihi:07.11.2021), s. 391.

¹⁵¹ Hukuka aykırılık kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğunu ve hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılamayacağını Anayasa Mahkemesi bir kararında şu şekilde izah etmiştir: “*Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır... Özet olarak, Türk hukuk sisteminde "hukuka aykırı şekilde" elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz. Hukuka aykırılıktan kasıt ise tüm pozitif hukuk kuralları*

Yargıtay ise bir kararında Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına atıfta bulunarak hukuka aykırılık ile kanuna aykırılık kavramlarının birbirinden farklı olduğuna değinmiştir. Yargıtay, uygulanması gereken bir hukuk kuralının uygulanmamasını ya da yanlış uygulanmasını hukuka aykırılık olarak değerlendirmektedir. Yargıtay'a göre hukuka aykırılık, kanuna aykırılığı da içine alan bir kavramdır. Hukuka aykırılığın kapsamı ve çerçevesi çizilirken pozitif hukuk kurallarına, temel hak ve özgürlüklere ilişkin evrensel hukuk kurallarına bir aykırılığın söz konusu olup olmadığına bakılmalı, aykırılık tespit edilmiş ise hukuka aykırılığın varlığı kabul edilmelidir¹⁵².

Bir koruma tedbiri olan tutuklama tedbirine başvurmak için de kuvvetli şüphe ile birlikte somut delilin aynı anda bulunmasının yanında mutlaka bu delillerin hukuka uygun olarak elde edilip edilmediği de ayrıca değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme soruşturma aşamasında öncelikle cumhuriyet savcısı tarafından yapılmalı, tutuklamaya sevk kararı verilmesi halinde sulh ceza hakimi de bu değerlendirmeyi yapmalıdır. Kovuşturma aşamasında ise değerlendirme mahkeme tarafından yapılmalıdır.

Ceza muhakemesinde yargılama konusu olayın ispatında kullanılacak aracın delil olarak değerlendirilebilmesi için bu araç olayı temsil etmeli, maddi gerçeğe, akla, mantığa uygun olmalı ve güvenilir olmalıdır¹⁵³. Delil, en azından olayın bir kısmını ispat edebilecek nitelikte olmalıdır. Ayrıca delil ile ispat edilmek istenen olayın karara bir etkisi olmalıdır (CMK m. 206/2-b). Bunun yanında deliller beş duyu organı ile algılanabilmelidir. Beş duyu ile algılanamayan şeyler "somut delil" olarak nitelendirilemez¹⁵⁴.

Somut delil; mevcut olan, elde edilmiş ve dosya içine alınmış delil demektir. Varlığı bilinen ancak henüz elde edilememiş ve dosya içine alınamamış bir delil somut delil niteliğine sahip değildir¹⁵⁵.

ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır. Bu anlamıyla "hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller", "yasal olmayan yöntemlerle elde edilen deliller" kavramından yani "yasadışıktan" da geniş bir içeriğe sahiptir" (Anayasa Mahkemesi'nin 26.02.2001 tarih ve E.1999-2, K. 2001-2 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/SP/2001/2/1> , (Erişim Tarihi: 27.05.2021)).

¹⁵² Yargıtay C.G.K. 25.11.2014. E.2013/9-841, K.2014-513 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> , (Erişim Tarihi: 05.03.2021).

¹⁵³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 291; Yenedünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 563.

¹⁵⁴ Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 919; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 258.

¹⁵⁵ Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 919.

Kuvvetli suç şüphesinin dayanağı olan somut delillerin hangi aşamada bulunması gerektiği de tartışılması gereken bir sorundur. Tutuklama kararlarında “*delillerin tamamen toplanmamış olması*”, “*mevcut delil durumu*” gibi ibarelere sıkça rastlanmaktadır. O halde tutuklama yönünde karar verebilmek için gereken kuvvetli suç şüphesinin dayanağı olan somut delillerin karar anında mı olması gerekir yoksa gelecekte elde edilmesi umulan muhtemel delillere dayanılarak da tutuklama kararı verilmesi mümkün müdür sorusunun burada tartışılması gerekmektedir.

CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrasında “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması*” halinde tutuklama kararı verilebileceği belirtilmiştir. Soruşturma sonucunda elde edilen deliller, şüpheli veya sanığın, fail ya da suç ortağı olarak hukuka aykırı ve kusurlu olarak bir suç işlediği veya işlenmesine teşebbüs ettiği hususunda yüksek bir ihtimali gösteriyor ise kuvvetli suç şüphesinden bahsedilebilir. Kuvvetli şüphe, soruşturmaya başlamak için aranan basit şüpheden ve kamu davasının açılması için aranan yeterli şüpheden daha yoğun bir şüphe derecesini işaret eder. Yeterli şüphe, iddianamenin düzenlenmesi için soruşturma evresinin sonunda aranırken kuvvetli şüphe, tutuklama kararı verileceği sırada aranmaktadır¹⁵⁶.

Tutuklama, mevcut olan somut delillere dayanmalıdır. Henüz var olmayan, ancak ileride ulaşılabilecek deliller de olabilir. Ancak daha sonraki aşamalarda elde edilmesi beklenen bu delillere ulaşıp ulaşılamayacağı belli değildir. Ayrıca ulaşılsa dahi suç şüphesinin derecesini belirlemede nasıl bir etkiye sahip olacağını önceden bilinemez. Bu yüzden tutuklama kararının verileceği sırada elde edilmiş olmayan delillerin somut delil sayılması mümkün değildir. Daha da önemlisi, tutuklamanın amaçları arasında sayılmadığından hiçbir zaman yeni delil etme amacıyla tutuklama tedbirine başvurulamayacağından mevcut olmayan delillere göre tutuklama kararı verilmemelidir. Bu sebeplerle tutuklama kararı verilebilmesi için aranan kuvvetli suç şüphesinin varlığına halihazırda mevcut olan delillerle karar verilmelidir.¹⁵⁷

CMK'nın 101. maddesinin 2. fıkrasında “*Tutuklamaya, tutuklamamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; a) Kuvvetli suç şüphesini, b)*

¹⁵⁶ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 258; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 459; Kahraman, Erkut Güçlü, “Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S. 1, (2014), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/753702> , (Erişim Tarihi: 07.06.2021), s. 141.

¹⁵⁷ Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 920.

konusunda yapılan bu değişikliğin, uygulamada olumlu bir yansıması olmamıştır. Günümüzde hala tutuklamanın koşullarının titizlikle değerlendirilmediği, kuvvetli suç şüphesini gösteren açık ve somut herhangi bir delile yer verilmediği ve matbu ifadelerin gerekçe olarak yazıldığı ifade edilmektedir. Ancak bu sorunların yasal düzenlemelerdeki eksikliklerden değil, uygulamadaki anlayıştan ileri geldiği belirtilmektedir¹⁶¹. Uygulamadaki bu sorunun çözümünün ise tutuklama konusunda karar verecek makamların hukuk devleti ilkesine, temel hak ve özgürlüklere inanmaları ve özümsemeleri ile mümkün olduğu dile getirilmektedir¹⁶².

Öğreti de “*olgu*” ile “*delil*” kavramlarının aynı şeyi ifade edip etmediği konusunda da bir tartışma yapılmaktadır. Bir görüşe göre delil zaten olgudur. Bu yüzden CMK’nın 101. maddesinin 2. fıkrasındaki “...*deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.*” ifadesinin hukuki bir değeri yoktur. Zira delil ile olgu aynı anlama geldiğinden olgunun olguyla gerekçelendirilmesinin bir anlamı yoktur¹⁶³.

Diğer bir görüşe göre ise olgu; gerçekleşmiş olan her şeydir. Gerçekleşmiş her olay bir olgudur¹⁶⁴. Olgu; olayların dayanağı olan sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuçlardır yani vakıalardır. CMK’da olgu kavramından kast edilen şey bu sonuç yani vakıadır. Olgu ya da vakıa ispatın konusunu oluşturmaktadır. Bu yönüyle ceza muhakemesinin sebebidir. Olgu, tek başına tutuklama için yeterli olmaz. Sonuçta olgunun varlığı kuvvetli şüphe sebebi teşkil etmez. Delil ise bir olayın kanunda düzenlenen suç tipine uyup uymadığını belirlemek için kullanılan araçlara verilen isimdir ve ispat aracıdır. Bir vakıanın ya da sonucun iddia edildiği gibi gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği ancak delillerle ispat edilebilir¹⁶⁵.

Anayasa’nın 19. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir*”. Anayasa Mahkemesi birçok içtihadında tutuklama tedbirine başvurabilmek için Anayasa’nın 19. maddesinin 3. fıkrasında ifade edilen “*kuvvetli belirti*”

¹⁶¹ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 333.

¹⁶² Tezcan, Durmuş, “3842 Sayılı Yasa Açısından Yakalama ve Tutuklama”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, (1994), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/download/article-file/261711> , (Erişim Tarihi: 01.09.2021), s. 37.

¹⁶³ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 376.

¹⁶⁴ Aldemir, Hüsnü, “Tutuklama”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.100, (Aralık 2014), (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/2722> , (Erişim Tarihi: 01.09.2021), s. 446.

¹⁶⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 278.

şartının gerçekleşmesinin zorunlu olduğuna vurgu yapmıştır¹⁶⁶. Anayasa Mahkemesi kuvvetli belirti kavramını, “suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerektiği” şeklinde açıklamakta ancak genel bir tanım yapmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, inandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin her olayın kendine mahsus koşullarının göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi’ne göre tutuklama anındaki deliller kovuşturma açılmasını sağlayacak seviyede olmayabilir. Çünkü tutuklamanın amacı yapılan soruşturma ve/veya kovuşturma sürecinde kişinin tutuklanmasına neden olan şüphelerin doğruluğunun ispatlanması veya ortadan kaldırılması suretiyle adli sürecin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve ilerletilmesidir. Buna göre kişiye suç isnad etmek için gereken şüpheye dayanak oluşturan olgularla, ceza muhakemesinin ileriki aşamalarında tartışılacak ve mahkumiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı seviyede değerlendirilmesi doğru değildir¹⁶⁸. Anayasa Mahkemesi’nin bu değerlendirmesi, AİHM kararlarından etkilendiğini göstermektedir¹⁶⁹. Anayasa Mahkemesi bu içtihatlarıyla AİHM’in yakalama ve gözaltına alma ile ilgili değerlendirmesini, tutuklama açısından tutukluluğun niteliği ile bağdaşmayacak şekilde genişletmiştir¹⁷⁰.

¹⁶⁶ “40. Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin; ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre bir kişinin tutuklanabilmesi öncelikli olarak suç işlediği hususunda kuvvetli belirti bulunmasına bağlıdır. Bu unsur, tutuklama tedbiri için olmazsa olmaz niteliktedir. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır. 41. Buna bağlı olarak yakalama veya tutuklama anındaki deliller, kişinin suçla itham edilebilmesini sağlayacak düzeyde olmayabilir. Zira tutukluluğun amacı, yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında kişinin tutuklanmasının temelini oluşturan şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırarak adli süreci daha sağlıklı bir şekilde yürütmek ve ilerletmektir. Buna göre suç isnadına esas teşkil edecek şüpheye dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkumiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir” (Anayasa Mahkemesi’nin 14.07.2015 tarih ve B.N. 2013-385 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/385?BasvuruAdi=%C4%B0ZZETT%C4%B0N+ALPERG%C4%B0N> (Erişim Tarihi: 05.05.2021), par. 40-41. Anayasa Mahkemesi’nin benzer kararları için bkz. 18.06.2014 tarih ve B.N.2013-2814 sayılı kararı, par.46; 08.04.2015 tarih ve B.N.2014-14061 sayılı kararı, par. 78; 04.12.2013 tarih ve B.N: 2012-1272, par.71.

¹⁶⁷ Sevdiren, “Anayasa Mahkemesi’nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım”, s. 313.

¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 14.07.2015 tarih ve B.N. 2013-385, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/385?BasvuruAdi=%C4%B0ZZETT%C4%B0N+ALPERG%C4%B0N>, (Erişim Tarihi: 01.05.2021), par. 41.

¹⁶⁹ Sevdiren, “Anayasa Mahkemesi’nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım”, s. 336.

¹⁷⁰ Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 920.

Anayasa Mahkemesi tutuklama tedbiri ile önüne gelen uyuşmazlıklarda tutuklamanın kanuni dayanağının olup olmadığını, tutuklama tedbirine başvurmada meşru bir amacın bulunup bulunmadığını, son olarak da ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını incelemektedir. Kanuni bir dayanağın varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesi, suçun işlendiği yönünde kuvvetli belirti bulunup bulunmadığı hususunu, bir ön şart olarak ele almaktadır. Anayasa Mahkemesi, suç işlendiği hususunda kuvvetli belirtinin yeterli düzeyde ortaya konulmadığı durumlarda diğer konularda herhangi bir inceleme yapmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, yaptığı bu denetim sonrasında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yapılan müdahalenin hakkı ihlal edip etmediğine karar vermektedir¹⁷¹. Anayasa Mahkemesi tutuklama nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen bireysel başvuruyla ilgili olarak verdiği kararda, suçun işlendiği hususunda kuvvetli belirti bulunup bulunmadığının, Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesinin, anayasal bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır¹⁷².

AİHS'in 5/1-c maddesinde “*Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması*” şeklindeki düzenleme ile yakalama, gözaltına alma ve tutuklama ile ilgili olarak herhangi bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Bu madde,

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi, 26.05.2021 tarihli ve B.N.2016-75064 sayılı kararında; FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olmakla suçlanan başvurunun tutuklanmasının hukuki olmaması nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucu, oğlunu örgüte müzahir bir koleje göndermiş, başvurunun diğer oğlu ise örgüte müzahir bir liseden mezun olmuştur. Başvurucu, 2014 yılı Temmuz ayında Bank Asya'da bulunan hesabına kart borcunu ödemek için 1.800 TL para yatırmıştır. Başsavcılık ayrıca başvurunun Bylock isimli uygulamayı kullananlar arasında olduğu tespit ettiklerini belirterek başvurucağı, terör örgütüne üye olma suçunu işlediğinden bahisle tutuklanması istemiyle sulh ceza hakimliğine sevk etmiş ve sulh ceza hakimliği tarafından başvurunun tutuklanmasına karar verilmiştir. Kovuşturma aşamasında başvurunun tahliyesine ve yapılan yargılama sonrasında ise beraatine karar verilmiştir. Başvurucu, kararın kesinleşmesi üzerine tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası ile AYM' ye başvurmuştur. AYM ise başvurunun bylock isimli uygulamayı kullandığı ya da yüklediği hususlarının soruşturma ve kovuşturma aşamalarında ortaya konulmadığını, başvurunun kardeşinin bylock kullanıcısı olduğundan şüphelenilmesinin ve örgütsel bir amaca dayandığı yönünde herhangi bir somut olgu bulunmadığı halde başvurunun çocuklarını FETÖ/PDY ile bağlantılı okula gönderip kırtasiye ihtiyaçlarını da yine bu örgütle bağlantılı bir işyerinden karşılamasının başvurunun suç işlediğine dair bir gösterge olamayacağını, başvurunun kamu görevinden çıkarılmış olmasının ise tek başına bir suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilemeyeceğini belirterek soruşturma belgelerinde yer alan tespit ve değerlendirmelere dayanılarak somut olayda tutuklama için gerekli olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti şartının gerçekleşmediğinden dolayı tutuklamanın hukuki olmadığına ve Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Benzer yönde kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 26.05.2021 tarih ve B.N.2019-5753; 26.05.2021 tarih ve 2018/13901 sayılı kararları.

¹⁷²Anayasa Mahkemesi'nin 15.03.2018 tarih ve B.N.2018-3007 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/3007?BasvuruAdi=%C5%9EAH%C4%B0N+ALPAY+%282%29>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

AİHM'in tutuklama konusunda makul şüpheyi esas almasına dayanak oluşturmuştur. AİHM içtihatlarına göre, kişinin özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için, suç işlediğine dair makul şüphenin bulunması gerekmektedir. Makul şüphe; bir kimsenin suç işlediği konusunda tarafsız bir gözlemciyi ikna edebilecek kadar yeterli olayların ve bilginin bulunmasıdır¹⁷³. Bununla beraber şüphenin “makul” olup olmadığı, somut olaya özgü koşulların tamamı göz önünde bulundurularak yapılmalıdır¹⁷⁴. AİHM'e göre makul şüpheden bahsedebilmek için kamu davası açılması için gerekli olan yeterli şüphe oluşturacak derecede delilin aranması gerekmemektedir. Ayrıca suç şüphesinin görevlinin iyi niyetine dayanması yeterli olmayıp makul şüphe için tarafsız bir üçüncü kişinin bakış açısı esas alınmalıdır. AİHM'in makul şüphe tanımı, tutuklamanın makul şüphe oluşturmayacak biçimde somut bir dayanağı olmadığı hallerde, iç hukuka uygun olmasına rağmen makul şüphe kriterini karşılamadığı durumlarda keyfi tutuklamaya karşı bir güvence olmaktadır. Fox, Campbell and Hartley / Birleşik Krallık davasında AİHM, daha önce yapılan bir ceza yargılamasında kişiler hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olmasının tek başına kişi özgürlüğünü sınırlandırmaya yetmeyeceğinin altını çizmektedir. Mahkeme'ye göre her ne kadar kolluk iyi niyetle hareket etmiş olsa da bu durum üçüncü bir kişiyi ikna etmeye yetecek güçte değildir¹⁷⁵.

AİHM, Ilgar Mammadov / Azerbaycan kararında ise savcılığın başvuru hakkında şüphe nedeni olabilecek herhangi bir delil sunmadığını tespit etmiştir. Başvurucu hakkındaki tutukluluk kararı belirsiz dava belgelerine, kesinlik ifade etmeyen tanık ifadelerine, belgelere ve soyut iddialara dayanmaktadır. Bu sebeple AİHM, başvuru hakkındaki yakalanması ve tutuklanması için gerekli olan makul şüphenin oluşmadığını belirtmiştir¹⁷⁶.

AİHM'in 5/1-c maddesinde ifade edilen makul şüpheden söz edebilmek için kişinin üzerine atılı suçu işlediği noktasında objektif bir gözlemciyi ikna etmek için gerekli olan olguların iç hukukta cezai yaptırım öngören yani suç olarak değerlendirilen bir eylem olması gerekir. Bu bakımdan tutuklanması istenen kişiye isnat edilen fiillerin işlendikleri sırada iç hukukta suç olarak düzenlenmemiş olması halinde makul şüpheden bahsedilemeyecektir¹⁷⁷.

¹⁷³ AİHM'in 06.04.2000 tarih ve B.N. 26772-97 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111100>, (Erişim Tarihi:22.07.2021), par.155.

¹⁷⁴ Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 63.

¹⁷⁵ Sevdiren, “Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım”, s. 303.

¹⁷⁶ AİHM'in 22.05.2014 tarih ve B.N.15172-13 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-169325>, (Erişim Tarihi: 05.05.2021), par. 2.

¹⁷⁷ Doğan, Recep, “AİHM Kararları Işığında Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğunun Denetimi”, TBB Dergisi C. 34, S. 155 (Temmuz-Ağustos 2021) s. 8; AİHM'in 11.05.2020 tarih ve B.N. 28749-18 sayılı kararı,

Bununla birlikte işlendiği ve suç olduğu iddia edilen fiillerin, Sözleşme kapsamında tanınan hakların kullanılmasından da kaynaklanmaması gerekmektedir¹⁷⁸.

AİHM'in, makul şüphenin oluşup oluşmadığı hususunda bir değerlendirme yaparken ulusal yetkili makamların yerine geçme yetkisi bulunmamaktadır. AİHM'in yetkisi, ulusal yetkili makamların somut olaydaki fiili durum değerlendirmesinin ulusal takdir payı da dikkate alınmak suretiyle makul ve geçerli olup olmadığını tespitle sınırlıdır¹⁷⁹.

AİHM, Cebotari / Moldova kararında makul şüphe olmadan bir kimseden ikrar elde etmek, başkaları aleyhinde tanıklık yapmasını sağlamak veya makul şüpheye ulaştıracak olayları veya bilgileri öğrenmek amacıyla tutuklama kararı verilmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır¹⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi, özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından bir güvence olan ve dar yorumlanması gereken kuvvetli belirti kavramını inandırıcı delil kavramı ile açıklamaya çalışmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu şekilde davranarak AİHM tarafından benimsenen makul şüphe kavramına yakın bir tanım benimsediğini göstermiştir. “*Inandırıcı deliller*” ile “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil*” arasında fark, suç şüphesinin derecesindeki yoğunluk farkıdır¹⁸¹. AİHS, makul şüpheyi yeterli görmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise tutuklama için makul şüpheden daha yoğun bir şüphe derecesi olan ve somut delile dayanan kuvvetli suç şüphesinin varlığını aramaktadır. Tüm bu düzenlemelere bakıldığında özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından CMK ile yapılan düzenlemenin AİHS’de belirlenen standartlar bakımından daha fazla güvence sağladığını kabul etmek gerekmektedir.

(Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-203644> , (Erişim Tarihi: 05.05.2021), par. 128; AİHM’ in 27.11.1997 tarih ve B.N.25629/94, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58119> , (Erişim Tarihi: 15.05.2021), 57.

¹⁷⁸ AİHM’in 11.05.2020 tarih ve B.N. 28749-18 sayılı kararı, par. 129 – 136.

¹⁷⁹ Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 65; AİHM’in 28.10.1994 tarih ve B.N.14310-88 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57895> , (Erişim tarihi: 05.05.2021), par. 63.

¹⁸⁰ Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, C.I, Ankara, Şen Matbaa, 2012, s. 389.

¹⁸¹ Sevdiren, “Anayasa Mahkemesi’nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım”, s. 352; AİHM’in benzer yönde kararı için bkz. 01.07.1997 tarih ve B.N.19218-91 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58043> , (Erişim Tarihi: 05.05.2021), par. 25.

2.1.3. Bir Tutuklama Nedeninin Bulunması

2.1.3.1. Genel Olarak

CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrası “*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir.*” şeklinde düzenlenerek tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için somut delile dayanan kuvvetli suç şüphesinin varlığını ilk şart olarak aramışsa da yeterli kabul etmemiş, aynı zamanda kanunda sayılan tutuklama nedenlerinden en az birinin bulunmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir¹⁸².

CMK'da suçu işlediği iddia olunan şüpheli veya sanığın hareketleri ile işlenen suçun ağırlığına ilişkin iki hal tutuklama nedeni olarak kabul edilmiştir¹⁸³.

Öncelikle şüpheli veya sanığın hareketlerini iki bakımdan ele almak gerekir. Bunlardan ilki şüpheli veya sanığın tutuklanmadığı zaman kaçacağına veya saklanacağına, somut olgularla kanıtlanması durumudur. CMK'nın 100/2-a maddesine göre “*şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların*” varlığı halinde bir tutuklama nedeni varsayılabilecektir. Örneğin şüpheli veya sanığın suçu işledikten sonra yakalandığında cebinde yurt dışına çıkmak için uçak bileti bulunması halinde kaçma şüphesinden bahisle kişinin tutuklanmasına karar verilebilecektir. İkincisi ise şüpheli veya sanığın tutuklanmadığı zaman delilleri karartacak olması, tanık mağdur veya başkaları üzerinde baskı kurmaya kalkması durumudur¹⁸⁴. CMK'nın 100/2-b maddesine göre şüpheli veya sanığın davranışları; “*delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma*” hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa bir tutuklama nedeni varsayılabilecektir.

¹⁸² Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.409; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 363; İçten, Tutuklama ve Türkiye'deki Tutuklama Kararlarının Gereksizliği Sorunu, s. 3,

¹⁸³ Öğretide genel olarak iki tutuklama nedeni sayılmaktadır. Bunlar; kaçma ve delilleri karartma tehlikesinin bulunmasıdır. Soyaslan'ın suçun ağırlığına ilişkin nedenler olarak sınıflandırdığı husus, bazı yazarlar tarafından “Tutuklama Nedenlerinin Varsayılması” (Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.402; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.365), başka yazarlar tarafından “Tutuklama Nedeninin Varsayılabileceği Suçlar” (Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 368) ve diğer bazı yazarlar tarafından ise “Yasal Karineler” (Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.411) olarak ifade edilmektedir.

¹⁸⁴ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.332.

İşlenen suçun ağırlığına ilişkin nedenler ise CMK ve diğer kanunlarda yazılı olarak sayılan suçların şüpheli veya sanık tarafından işlendiği hususunda somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halidir¹⁸⁵. Bu suçlar CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında sayılan suçlar ile bazı özel kanunlarda sayılan suçlardır¹⁸⁶.

1412 sayılı CMUK'un 104. maddesinin 2. fıkrasında, kanunda öngörülen cezanın üst sınırının yedi yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza olması, sanığın ikametgahının bulunmaması, kim olduğunu ispat edememesi, suçun toplumda infial uyandırması hususları tutuklama nedeni olarak sayılmıştı¹⁸⁷. Ancak CMK'da bu hususlar tutuklama nedenleri arasında yer almamıştır.

CMK ve CMUK düzenlemeleri karşılaştırıldığında CMK'da düzenlenen tutuklama nedenlerinin CMUK'a oranla daha fazla özgürlükçü, temel hak ve hürriyetlere daha az müdahale eden bir yapıda olduğu görülmektedir¹⁸⁸.

CMK'da tutuklama nedenleri sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bu sayılanlar dışında başka bir nedenle tutuklama kararı verilemez. Ceza muhakemesinde, muhakeme hukukuna ilişkin bir kuralın doğrudan düzenlemediği bir konuda, benzer konuları düzenleyen hükümlerden istifade edilerek yani kıyas yapılarak çözüme gidilmesi mümkündür. Ancak ceza muhakemesi hukukunda temel hak ve özgürlükleri sınırlayan birçok hüküm bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ise ancak kanunla yapılabilir (AY m.13). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili bir kanun hükmünün bulunmaması durumunda kıyas yoluna başvurulması mümkün değildir. Örneğin kanunda belirtilmeyen bir koruma tedbirine başvurulması veya tutuklama için sayılan nedenler dışında bir nedene tutuklama nedeni olarak dayanılması mümkün değildir¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 333.

¹⁸⁶ Örneğin 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek m.12 "*Sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı işlenen kasten yaralama suçu, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında tutuklama nedeni varsayılan suçlardandır.*"

¹⁸⁷ Aydın, "Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku Tutuklama", s. 890.

¹⁸⁸ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 98.

¹⁸⁹ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 15.

Tutuklama nedenlerinin gerçekleştiğine ilişkin bir değerlendirme yapılırken somut olgulara dayanılmalı¹⁹⁰, soyut bir tahmin, beklenti veya varsayım ise tutuklama nedeninin gerekçesi olarak gösterilmemelidir¹⁹¹.

2.1.3.2. Şüpheli/Sanığın Kaçması veya Saklanması

CMK'nın 100/2-a maddesine göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut bir olgunun bulunması bir tutuklama nedenidir¹⁹². Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında ise suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişinin kaçmasının önlenmesi için tutuklanabileceği belirtilmektedir¹⁹³. AİHS'in 5/1-c maddesine göre ise kişi, suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde tutuklanabilecektir.

Şüpheli veya sanığın kaçması; kişinin, suç işledikten sonra adli makamların kendisine ulaşmasını ve yargılamanın gereği gibi yürütülmesini engellemek amacıyla yargılama makamları önünde hazır bulunmasını imkansız hale getirmesidir¹⁹⁴.

Suçun işlenmesinden sonra yargılama makamlarının kendisine ulaşmasını böylece hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın neticesiz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle soruşturma ve kovuşturma makamlarınca kendisine ulaşılamayan kişiye “kaçak” denir (CMK m. 247/1). Kişinin kaçak olduğuna karar verme yetkisi Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye aittir¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 334

¹⁹¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 461.

¹⁹² İçten, “Tutuklama ve Türkiye’deki Tutuklama Kararlarının Gerekçesizliği Sorunu”, s. 4.

¹⁹³ Aydın, “Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku Tutuklama”, s. 889

¹⁹⁴ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 410, Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435;

¹⁹⁵ Kişinin kaçak olduğuna karar verilebilmesi için CMK'nın 247. maddesinde belirtilen hususların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu hususlar; “**Madde 247 – (1) Hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir. (2) (Ek: 25/5/2005 - 5353/31 md.) Hakkında, 248 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olan şüpheli veya sanığın, yetkili Cumhuriyet savcısı veya mahkemece usulüne göre yapılan tebligata uymamasından dolayı verilen zorla getirilme kararı da yerine getirilemez ise, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme; (1)(2)a) Çağrının bir gazete ile şüpheli veya sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilânına karar verir; yapılacak ilânlarda, onbeş gün içinde gelmediği takdirde 248 inci maddede gösterilen tedbirlere hükmedilebileceğini ayrıca açıklar, b) Bu işlemlerin yerine getirildiğinin bir tutanak ile saptanmasından itibaren onbeş gün içinde baş vurmayan şüpheli veya sanığın kaçak olduğuna karar verir. (3) Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet kararı verilemez. (4) Duruşma yapılan hâllerde kaçak sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini ister.”**

Kaçma, soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yapılan bilinçli bir eylem olduğundan¹⁹⁶ şüpheli veya sanık tarafından kasten yaratılmış olması gerekir¹⁹⁷. Kaçak, muhakemeyi sonuçsuz bırakmak amacıyla yerini değiştirmektedir. Buna karşın soruşturma ve kovuşturmayı etkisiz kılma amacı taşımayan yer değiştirmeler kaçma olarak nitelendirilemez¹⁹⁸. Örneğin bulunduğu tatil beldesinde suça karışan bir devlet memurunun tatil bitiminde görevli olduğu yere uçakla gitmesi kaçma olarak değerlendirilmemelidir.

Yurt dışında yaşayan kişilerin kaçak olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira şüpheli veya sanık, bazı sebeplerden dolayı örneğin işçi olarak çalıştığı veya öğrenci olduğu için yurt dışında olabilir. Başka bir durum ise hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmadan habersiz olunması halidir. Bu gibi durumlarda kişinin kaçak sayılıp sayılmayacağı üzerinde durulmalıdır.

Yurt dışına gitmiş, ancak dönme iradesi bulunmayan şüpheli veya sanık kaçaktır. Yurt dışına kaçmış olan kişinin adresinin bilinmesi ve tebligat yoluyla kendisine ulaşılması kişinin kaçak sıfatını ortadan kaldırmaz. Şüpheli veya sanığın yurt dışında bulunmasına rağmen ülkeye dönmeyeceğinin bilinmesi ve mahkeme kararının yerine getirilmesinin imkansız olduğunun anlaşılması durumunda kişi kaçaktır. Buna karşın şüpheli veya sanığın ceza yargılamasının muhatabı olduğunu bilmeksizin kendisine ulaşamadığı durumlarda kaçma veya saklanmadan bahsedilemez. Zira şüpheli veya sanığın yurt dışında bulunma amacı, hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmayı etkisiz kılmak değildir. Yine yurt dışındaki adresini kolluk kuvvetlerine bildirmiş ve davasını takip etmek için bir avukat görevlendirmiş kişinin de kaçak olmadığı kabul edilmelidir¹⁹⁹.

Bir görüşe göre yurt dışında bulunan kişinin çağrı üzerine kendiliğinden gelmesi halinde de kişinin kaçma şüphesinin olmadığı kabul edilmelidir²⁰⁰.

¹⁹⁶ Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 921

¹⁹⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 460

¹⁹⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.460

¹⁹⁹ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 99.

²⁰⁰ Donay, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, s. 191.

Burada “*gaip*” kavramı üzerinde de durulması gerekmektedir. Çünkü *gaip* kavramı ile kaçak kavramı farklı kavramlardır. *Gaip*, bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen sanıktır (CMK m. 244/1). Kaçak ise hakkında yürütülen soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt dışında bulunan ve cumhuriyet savcısı ya da mahkeme tarafından kendisine ulaşamayan kişidir (CMK 247/1). Burada belirleyici unsur, yurt dışında bulunma halinin, yürütülen soruşturma veya kovuşturmayı etkisiz kılmak amacıyla bilinçli olarak oluşturulup oluşturulmadığıdır. Eğer kişi, hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmayı etkisiz kılmak amacıyla yurt dışında bulunmakta ise kaçaktır. Fakat kişi, hakkında yürütülen bir kovuşturmayı etkisiz kılmak amacı taşıyor ve bulunmama hali de kendi iradesinden kaynaklanmıyorsa *gaiptir*. Kişinin *gaip* olması durumunda hakkında duruşma açılamaz (CMK m. 244/2). Kaçak hakkında ise soruşturma yapılabilir, daha önce sorgusu yapılmış olmak kaydıyla mahkumiyet kararı dahi verilebilir (CMK m. 247/3).

Şüpheli veya sanığın kaçak olması halinde sulh ceza hakimince veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilmesi mümkündür (CMK m. 248/5). Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrasına göre kaçağın yabancı ülkede bulunması gerekir²⁰¹. Bu hüküm gereği Türkiye’de bulunan kaçaklar hakkında yokluklarına tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir. CMK’nın 98. maddesine göre ise yurt içinde bulunan kaçağın yokluğunda bazı şartların varlığı halinde yakalama kararı verilebilir. Şüpheli veya sanık, yakalanıp hakim tarafından sorgusu yapıldıktan sonra tutuklanabilecektir.

Saklanma ise kaçağın yakalanmamak için başvurduğu yöntemdir. Saklanan kişi, hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturmayı etkisiz kılmak için yurt içinde kaçak olan kişidir. Kanunda kaçak tabirine yer verilmiş iken saklanma kavramına ayrıca yer verilmesi bazı yazarlarca eleştirilmiştir²⁰². Başka bir yazara göre ise kaçma kavramı, üst bir kavram olup hem yurt dışına kaçmayı hem de bulunamayacağı bir yere gitmeyi ve saklanmayı ifade etmektedir²⁰³.

²⁰¹ 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun m. 5/2 : “*Ceza Muhakemesi Kanununun 248 inci maddesinin beşinci fıkrası hükmü, sadece yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında uygulanır.*”

²⁰² Yaşar, Yeni İctihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 921; Toroslu / Fezyioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 255.

²⁰³ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 410.

Başka bir ifadeyle saklanma, şüpheli veya sanığın hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturmadan kaçmak amacıyla gizlenmesi olarak da tanımlanabilir. Başka bir isimle ve bilinmeyen bir yerde yaşamak da saklanma olarak değerlendirilmelidir²⁰⁴.

Şüpheli veya sanığın suçu işledikten sonra kaçması veya saklanması halinde tutuklama nedeninin her durumda oluştuğunu söylemek doğru değildir. Zira suçu işledikten sonra fail, başka sebeplerden ötürü de kaçıp saklanmış olabilir. Örneğin ölümle sonuçlanan trafik kazasına sebebiyet veren fail, ölen kişinin yakınlarının saldırısına uğramamak için olay yerinden kaçabilir. Bu gibi durumlarda failin kaçtığından bahisle bir tutuklama nedeninin gerçekleştiği söylenemez.

Hakkındaki soruşturma veya kovuşturmayı sonuçsuz bırakmak amacıyla daha önce kaçmış ve sonrasında kendiliğinden teslim olmuş şüpheli veya sanık hakkında da kaçma şüphesi bulunduğu gerekçesi ile tutuklama kararı verilmemelidir. Ancak şüpheli veya sanığın yeniden kaçacağına ilişkin somut olguların bulunması halinde tutuklama kararı verilebilmelidir²⁰⁵.

2.1.3.3. Şüpheli/Sanığın Kaçacağı Şüphesini Uyandıran Somut Olguların Varlığı

Şüpheli veya sanık, suçu işlediği andan itibaren muhakeme sürecinin herhangi bir aşamasında soruşturma veya kovuşturmayı sonuçsuz bırakmak için saklanır veya yurt dışına çıkar ve bu nedenlerle kendisine ulaşamaz ise kaçtığı kabul edilir. Yapılan çağrıya rağmen gelmeyen şüpheli veya sanığın hakkındaki zorla getirilme kararı da yerine getirilememiş ise CMK'nın 247. maddesinde belirtilen usul işlemleri yerine getirildikten sonra kaçak olduğuna karar verilir. Bu aşamadan sonra şüpheli veya sanığın tutuklanmasına karar verilmesi kolay anlaşılabilir bir durumdur. Ancak şüpheli veya sanığın kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığını tespit etmek ise bir sorundur. Bu tespiti doğru yapabilmek, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına hukuka aykırı olarak müdahalede bulunulmaması açısından önemlidir.

Kaçma halinde tutuklama kararı verilebilmesi için ayrıca kaçma şüphesinin aranmasına gerek olmadığı gayet açıktır. Kaçma şüphesi, henüz kaçmamış veya saklanmamış şüpheli veya

²⁰⁴Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 460.

²⁰⁵ Donay, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, s. 191; İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 100.

sanığa karşı, kaçacağı veya saklanacağı endişesiyle duyulan güvensizlik halidir. Ancak bu güvensizliğin somut olgularla ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenle tek başına soyut bir kaçma şüphesi tutuklama kararı verilmesi için yeterli değildir.

Şüpheli veya sanığın kaçmadığı veya saklanmadığı durumlarda tutuklama kararı verilebilmesi için bu kişi hakkında somut verilere dayanan kaçma şüphesinin olması gerekir. Kaçma şüphesi, kaçma ihtimali olarak düşünülemez. AİHM, kaçma riski ile kaçma ihtimalinin ayrı kavramlar olduğuna kararlarında yer vermektedir. Kaçma şüphesinin varlığı için kişinin kaçma girişiminde bulunduğunu gösteren somut vakıaların bulunması gerekmektedir. Bir kişinin kaçacağına ilişkin verilerin olması durumunda bunlar bir bütün halinde değerlendirilerek karar verilmelidir²⁰⁶.

Kaçma ve saklanma şüphesinin oluşması için soyut bir şüphe yeterli değildir. Kaçma ya da saklanma şüphesinin olduğundan söz edebilmek için somut olguların varlığı gereklidir. Kişinin kaçma ve saklanmasının somut olarak gerçekleşmesi şart değildir²⁰⁷. Kaçma şüphesinin olup olmadığı değerlendirilirken somut olayın bütün özellikleri göz önüne alınmalı, özellikle şüpheli veya sanığa yöneltilen suçun niteliği, şüpheli veya sanığın geçmiş yaşamı, kişiliği, olaydan önceki hal ve hareketleri, mesleki durumu, eş-dost-akraba ilişkileri gibi hususlar hesaba katılmalıdır. Şüpheli veya sanığın kaçacağı şüphesini uyandıran olgular²⁰⁸, kaçmayacağını düşündüren olgularla²⁰⁹ birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır²¹⁰.

AİHM, Gedik / Türkiye davasında başvuru tarafından öne sürülen “*atılı eylemlerin niteliği ve ciddiyeti ve delillerin durumu*” gibi klişeleşmiş gerekçelerin temel alındığı iddialarını incelemiştir. Hükümet ise başvuranın tutuklu kaldığı süresinin, şüphelisi olduğu suçun niteliği,

²⁰⁶ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 367.

²⁰⁷ Akpek, Ayça L., Tutuklamada Kuvvetli Suç Şüphesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 109.

²⁰⁸ Öğretide, şüpheli veya sanığın kaçma şüphesinin bulunduğu hallere şu örnekler verilmektedir: Konut veya işyerinin sıkça değiştirilmek, sahte isim ve kimlik belgesi kullanmak, terör örgütüne üye olmak, daha önce yapılan yargılamada kaçmış olmak, sabit bir ikametgah sahibi olmamak, sıkı ailevi ve mesleki bağları olmamak, mallarını paraya çevirmek, yanında yüksek miktarda nakit bulundurmamak, verilecek cezanın sosyal ve ekonomik açıdan yol açacağı zararın büyük olması (Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.461; Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 410.

²⁰⁹ Öğretide, şüpheli veya sanığın kaçma isteğini azaltan durumlara verilen örnekler şunlardır: şüpheli veya sanığın kuvvetli aile bağlarının olması, sabit iş ve ikametgahının olması, ilerleyen yaşı, hastalık durumu, suçun ikrar edilmiş olması (Bkz. Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 410; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 461).

²¹⁰ Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, 11.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 315.

çarpıtılan cezanın ağırlığı, başka suçları işleme tehlikesine oranla uzun olmadığı yönünde savunmada bulunmuştur. Hükümet savunmasında ayrıca şüphelinin firar etme riskini, adalete engel olma tehlikesini önleme ve kamu düzeninin korunması gerekliliğinin başvuranın tutukluluğunu haklı kılmaktaki diğer yeterli unsurlar olduğunu da belirtmiştir²¹¹. AİHM ise 13 yıldan fazla süren tutukluluk süresinin AİHS' nin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiği kanaatine varmıştır²¹².

Uygulamada sıklıkla şüpheli veya sanığın üzerine atılı suçtan mahkum olması durumunda alacağı cezanın ağırlığının mutlaka kaçma şüphesi oluşturacağı kabul edilmektedir. Aslında bu hatalı bir uygulamadır. Zira kaçma şüphesi hakkında bütüncül bir değerlendirme yapılırken sadece verilmesi beklenen cezanın ağırlığı değil, bunun yanında somut vakıalar da dikkate alınmalıdır²¹³. Ayrıca sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, aile bağları, soruşturmanın yapıldığı ülke ile bağlantıları gibi, bu riskin varlığını destekleyen veya salıverilmesini gerektiren diğer faktörlerle birlikte değerlendirilmelidir²¹⁴. Bu kriterlere göre tutuklamayı haklı gösterecek somut bir durum yok ise tutuklama Sözleşme' ye aykırı olacaktır.

²¹¹ AİHM' in 20.05.2010 tarih ve B.N. 22478-06 ve 37667-08 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-121340> , (Erişim Tarihi: 03.06.2021); AİHM' in 26.01.2010 tarih ve B.N.17681-04 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-120401>, (Erişim Tarihi:03.06.2021); AİHM' in 08.06.1995 tarih ve B.N.16026-90 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-125296> , (Erişim Tarihi:06.06.2021).

²¹² Aynı konuda AİHM, Gıyasettin Altun/Türkiye davasında benzer bir karar vermiştir. Bu kararda AİHM; “27. AİHM, *dava dosyasındaki materyal temelinde, birçok davanın sonunda, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin başvuranın devam eden tutukluluk halinin sürmesine, “suçun niteliğini, kanıtların durumunu ve dosyanın içeriğini göz önüne alarak”* gibi benzer ve kalıplaşmış ifadelerle, dokuz kez de herhangi bir sebep göstermeksizin karar vermiştir. Genel olarak, “kanıtların durumu” ifadesi, ciddi suç belirtilerinin bulunması ve bunların varlığını koruması hususuyla alakalı bir unsur olabilir, ancak bu davada, tek başına, başvuranın şikayetçi olduğu tutukluluk halinin uzunluğunu haklı çıkaramaz” şeklindeki ifadelerle suçun niteliğinin tek başına kaçma şüphesini uyandırmaya yetmeyeceği tespitini yapmıştır. AİHM' in 24.05.2005 tarih ve 73038-01 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-121351> , (Erişim Tarihi:02.04.2021).

²¹³ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 364; AİHM' in 08.06.1995 tarih ve B.N. 16026-90 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125296> , (Erişim Tarihi: 09.04.2021);AİHM' in 27.08.1992 tarih ve B.N.12850-87 sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57796> , (Erişim Tarihi: 15.06.2021), par. 98.

²¹⁴ AİHM'in 26.01.1993 tarih ve B.N.14379-88 sayılı kararında bu konuda açık tespitlerde bulunulmuştur. Karara konu olayda çok sayıda şirketin yönetiminden sorumlu bir iş adamı olan başvuru, bu esnada dolandırıcılık yaptığı gerekçesi ile tutuklanmıştır. Dört yıl üç gün tutuklu kalan başvuru hakkında yapılan yargılama sonunda 11 yıl hapis cezası verilmiştir. Başvuru, makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiği iddiası ile AİHM'e başvurmuştur. AİHM, başvuruya konu olayla ilgili olarak kaçma riskini de ayrıca değerlendirmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir: “Bir olayda tutukluluğun devamı için ulusal yargı yerlerinin ek sebep olarak gösterdikleri kaçma riskinin varlığı, sadece sanığa verilebilecek olan muhtemel cezaya dayanılarak değil, ama kaçma riskinin varlığını teyit eden diğer faktörlere dayanılarak değerlendirilmelidir. Bu konuda inceleme yaparken, sanığın kişiliğine, ahlaki durumuna, mal varlığına, soruşturmaya uğradığı devletteki bağlantılarına ve uluslararası ilişkilerine bakılması gerekir. Tutukluluk süresi arttıkça kaçma riski azalır. Ancak mevcut olayda başvuru tutukluluğunun devamı boyunca kaçma riski bulunduğu dair İsviçre Federal Mahkemesi tarafından gösterilen gerekçeler yerindedir. Bu bağlamda özellikle soruşturma ilerledikçe başvuru daha ağır ceza alma ihtimalini yükselten yeni suçları ortaya çıkmıştır. Olayın şartları içinde başvuru ulusal mahkemelere teklif ettiği teminat miktarı ve kaynağının belirsiz olması, kaçma riskini engellemeye uygun değildir”. bkz. Doğru/Nalbant,

Kişinin daha önce başka bir suçtan dolayı mahkum olması başka bir ifadeyle adli sicil kayıtlarının tek başına kaçma şüphesini oluşturduğundan bahsetmek mümkün değildir. AİHM’de daha önce alınan mahkumiyetin tek başına gözaltına alınmayı haklı kılabilen kuşku nedeni oluşturmayacağını kabul etmektedir²¹⁵.

Kişinin suç işledikten sonra kaçması ve sonrasında yakalanması, serbest bırakıldığı takdirde kaçma şüphesinin olduğunu göstermektedir. Örneğin hırsızlık suçundan takip edilen şüphelinin polislin tüm uyarılarına rağmen kaçarak izini kaybettirmeye çalışması, daha sonra yakalanması halinde bu kişinin serbest bırakılması durumunda kaçma şüphesi uyandıran somut bir olgunun varlığından bahsedilir. Başka bir sorun ise daha önce yürütülen bir ceza yargılamasından kaçmış olan şüpheli veya sanığın şimdiki yargılamadan da kaçacağından bahisle tutuklanmasının mümkün olup olmadığıdır. Kişinin önceki yargılamadan kaçmış olması tek başına şimdiki yargılamadan da kaçacağı anlamına gelmemektedir. Başka bir ifadeyle önceki yargılama sırasında kaçmış olan şüpheli veya sanık hakkında şimdiki yargılama sırasında da kaçma şüphesinin bulunduğu bahisle tutuklama kararı verilmemelidir. Örneğin yıllar önce yapılan bir yargılamadan kaçması, yapılmakta olan yargılamadan da kaçacağına dair şüphe sebebi olmamalıdır. AİHM bir kararında “*başvuranın, daha önce Almanya’daki cezai takibattan kaçması, yurtdışında çok sayıda iş bağlantıları olması ve nispeten ağır ceza alma olasılığı bulunması*” gerekçesiyle kaçma şüphesinin varlığını gösteren olguları yeterli ve uygun bularak tutuklamanın hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir²¹⁶. Bu karara bakıldığında başvuranın önceki yargılamadan kaçmış olması tek başına tutuklama kararına gerekçe yapılmamış, ek olarak yurt dışındaki bağlantıları ve ağır ceza alma ihtimali de kaçma şüphesinin oluşmasında birlikte değerlendirilerek kaçma riskinin olduğu tespit edilmiştir.

İştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağı veya ortaklarının kaçması veya kaçma şüphesinin bulunması, şüpheli veya sanığın da kaçma girişiminde bulunacağı anlamına gelmemektedir. Bir olayda tutuklama söz konusu olduğunda her şüpheli ya da sanık için olaydaki rollerini ve hareketlerini temel alan olgulara ayrı ayrı dayanılması gerekir²¹⁷. Her

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 517; AİHM’in 27.06.1968 tarih ve 1936-63 sayılı kararı, bkz. Doğru/Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 495.

²¹⁵ AİHM’in 30.08.1990 tarih ve B.N.12244-86 sayılı kararı, Doğru/Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 434.

²¹⁶ AİHM’in 25.04.2000 tarih ve B.N. 31315-96 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58785>, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

²¹⁷ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 374.

şüpheli veya sanık hakkında, kaçma şüphesinin varlığı, kişisel ve ayrı değerlendirilmelidir²¹⁸. Anayasa Mahkemesi bir kararında, dava sırasında yargılanmakta olan sanıklardan bazılarının kaçmış olmasını veya kaçıma teşebbüs etmesini, diğer sanıkların da kaçacağına karine teşkil etmeyeceğini belirtmiştir²¹⁹.

Şüpheli veya sanığın sabit bir ikametgahının yokluğu, kaçma şüphesine dayanak yapılmaktadır. Kişinin sabit bir ikametgahının olup olmadığı tutuklama kararı verecek olan makamlarca göz önüne alınmaktadır. Hatta tahliye kararları verilirken gerekçe kısmında “*sabit ikametgah sahibi olduğu*” şeklinde ifadelerle yer verildiği de görülmektedir²²⁰. Aslında bu uygulamanın 1412 sayılı CMUK’un 104. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeden günümüze kaldığı düşünülmektedir. Zira CMUK’un 104. maddesinin 2. fıkrasında ikametgahının veya meskeninin bulunmaması bir tutuklama nedeni olarak düzenlenmişti. CMK ise bu düzenlemeye yer vermediğinden günümüzde ikametgahı veya meskeninin bulunmamasının bir tutuklama nedeni olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Ancak kaçma şüphesi oluşturup oluşturmayacağına da burada tartışılması gerekmektedir.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’na göre kişiler adreslerini Nüfus Müdürlüklerine bildirmek zorundadır. Buna göre adres bildirimini, yirmi işgünü içinde yapılması zorunludur (NFK m.50/3). Ayrıca yerleşim yerini süresinde bildirmeyen veya gerçeğe aykırı bildirimde bulunan kişilere de idari para cezası verileceği düzenlenmiştir (NFK m.68/1-c). Bu yüzden günümüzde adresi belli olmayan kişilere pek rastlanmamaktadır.

Kişinin sabit bir ikametgahının bulunması halinde, şüpheli veya sanığa istenildiği an ulaştırılması ve ceza yargılaması boyunca usul işlemlerinin yapılması sırasında şüpheli veya sanığın hazır bulundurulması, böylece yargılamanın sağlıklı yürütüleceği düşünülmektedir. Fakat şüpheli veya sanığa sadece ikametgahında ulaşılabileceğini aksi bir yöntemle ulaşılamayacağını söylemek her olayda doğru bir yaklaşım değildir. Eğer tek neden olarak

²¹⁸ Kurşun, Günel / Cengiz, Orhan Kemal, Ceza Avukatının İnsan Hakları El Kitabı, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, Ocak 2021, Ankara, s. 111.

²¹⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 16.07.2013 tarih ve B.N. 2013-5274 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5274?BasvuruAdi=LEVENT+ERS%C3%96Z>, (Erişim Tarihi: 17.04.2021), par. 101.

²²⁰ “Sanıklar ... Yakup Çetin’in üzerilerine atılı suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suç vasfının ileride sanıklar lehine değişme ihtimali, sabit ikametgah sahibi olmaları ve tüm dosya kapsamı dikkate alınarak sanıklar ve müdafilerinin tahliye taleplerinin kabulü ile...”. Anayasa Mahkemesi’nin 11.03.2021 tarih ve B.N 2018-15113 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/15113?BasvuruNoYil=2018&BasvuruNoSayi=15113>, (Erişim Tarihi: 01.08.2021), par. 20.

kişinin ikametgahının olmaması ise ölçülülük ilkesine uygun olarak daha hafif tedbirlerle şüpheli veya sanık el altında tutulmaya çalışılmalıdır. Kişinin sabit ikametgahının olmaması günümüzde kaçma şüphesinin temel nedeni olmamalıdır. Kaçma şüphesi başka olgularla da desteklenmelidir²²¹. Fakat kişinin sabit bir ikametgahının olması ve yerleşik bir yaşam tarzını bulunması ise kaçma şüphesinin olmadığına karine kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Kişinin suç işledikten sonra yerleşim yerini değiştirmesi, evinde veya üzerinde seyahat bileti bulunması, sahte pasaport temin etmesi, yurt dışına para transfer etmesi, gayrimenkullerini satışa çıkarması gibi haller kişinin kaçma hazırlığı içinde olduğunu gösterebilir. Sayılan hususların birden fazlasının aynı anda gerçekleşmesi kaçma şüphesinin artmasına neden olur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki her olayı kendi şartları içinde değerlendirmek gerektiğinden sayılan durumlardan birinin olayda var olması halinde hemen kaçma şüphesinin oluştuğu söylenmemelidir. Zira kişi başka sebeplerle de bahsettiğimiz davranışları gerçekleştirebilir. Örneğin kişinin suç işledikten sonra başka yere taşınması güvenlik nedeniyle olabileceği gibi geçerli başka sebeplerle de olabilir. Yurt dışına çıkması da kaçma amaçlı olmayabilir. Örneğin kişi, planlı bir iş gezisi veya tatil maksatlı olarak çok daha önceden rezervasyon yaptırmış ve uçak biletini de bu sebeple almış olabilir. Belirttiğimiz bu gibi durumlarda kaçma şüphesinin olmadığı kabul edilmelidir.

AİHM ise bir kararında gözaltına alınma zamanında yurt dışında bağlantısı bulunan başvuru tarafından yurt dışına para transfer edilmesini gerekçe göstererek kaçma tehlikesinin bulunduğu karar vermiştir²²². Başka bir davada ise istihbari bilgilere dayanarak döviz almanın ve gayrimenkul satışının başka delillerle desteklenmedikçe kaçma şüphesi için yeterli olmayacağını belirtmiştir. Karara konu olayda mahkemeye gizli servis tarafından sanığın kaçma riskinin bulunduğu bildirilmiştir. Gizli servis, sanık tarafından akrabalarını gayrimenkullerini satmaları ve döviz almaları konusunda uyarması nedeniyle kaçma riskinin olduğunu düşünmektedir. AİHM' e göre bu durum, ilk anda kaçma şüphesinin varlığını kabul etmek için yeterli olsa da tutukluluğun devamına karar vermek için yeterli değildir. Elde edilen istihbari bilgilerin satış sözleşmeleri, gayrimenkullerin devredildiğini gösteren diğer belgeler

²²¹ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 103.

²²² AİHM' nin 10.11.1969 tarih ve B.N.2178-69 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57537> , (Erişim Tarihi: 22.06.2021) "... Mahkeme'ye göre ulusal mahkemeler, başvuru zamanındaki şartlara, ülke dışına para transfer edilmiş olmasına, başvuru zamanındaki şartlara, ülke dışına para transfer edilmiş olmasına, başvuru zamanındaki şartlara bakarak kaçma tehlikesinin bulunduğunu tespit etmişlerdir. Mahkemeye göre bu gerekçe yerindedir...", Doğru/Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 402.

ve yabancı para alındığına dair banka dekontları gibi somut delillerle desteklenmesi gerekmektedir. AİHM, yargılama makamlarına istihbari bilgilerin doğruluğunu kanıtlama konusunda zaman tanınmış olmasına rağmen şüpheyi haklı kılacak böyle bir kanıtın dosya içerisine sunulmamış olması karşısında kaçma şüphesinin varlığının kabul edilemeyeceğini belirtmiştir²²³.

Şüpheli veya sanığın düzenli bir işinin olması, ailevi bağlarının güçlü olması, evli ve çocuklarının olması, düzenli bir yaşantısının olması, kendisinin ilerlemiş bir yaşta olması, hasta olması veya bakmak zorunda olduğu hastasının olması kaçma şüphesini azaltıcı olgulardır. Buna karşın düzenli bir işinin olmaması, aile bağlarının kuvvetli olmaması gibi durumlar ise kaçma şüphesi oluşturabilir. AİHM, Mammedova/Rusya kararında sabit ikametgahı, düzenli bir yaşamı, iki çocuğu ve babası hasta olan sanığın kaçma riskinin bulunmadığını kabul etmiştir²²⁴.

Şüpheli veya sanığın yabancı uyruklu olması hali de ilk başta kaçma şüphesinin varlığı konusunda haklı bir şüphe doğurabilir. Ama tek başına peşin bir şekilde tutuklama nedeni olarak değerlendirilemez. AİHM’de kişinin yabancı uyruklu olmasını ve alacağı ceza miktarının yüksekliğini tek başına yeterli görmemektedir²²⁵.

Ceza muhakemesinin her aşamasında şartları oluştuğu takdirde tutuklama kararı verilebilir. Genellikle tutuklama kararları soruşturma evresinde ve şüphelinin ilk yakalandığı anda verilmektedir. Bu aşamada kaçma şüphesini uyandıran davranışın da ortaya konulması gerekir. Şüpheli veya sanığın belli bir süre tutuklu kaldıktan sonra ise kaçma isteği azalacaktır. Hatta verilmesi beklenen cezaya yaklaşan tutukluluk süresi kaçmayı anlamsız kılacağından kişide kaçmama yönünde bir istek uyandıracaktır. Kovuşturma aşamasında ise hala kaçma şüphesinin olduğu iddia ediliyorsa ilk tutuklama anına göre daha geçerli somut deliller ortaya konulmalıdır. Son olarak şüpheli veya sanığın kaçma ihtimalinin ortadan kalktığı durumlarda bu nedenle tutuklama tedbirine başvurulması mümkün değildir. Aksi halde tutuklama tedbirinin

²²³ Kurşun/Cengiz, Ceza Avukatının İnsan Hakları El Kitabı, s. 111.

²²⁴ Centel, Nur, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 1-2, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1246>, (Erişim Tarihi: 01.09.2021), s. 53.

²²⁵ Kurşun/Cengiz, Ceza Avukatının İnsan Hakları El Kitabı, s. 112.

amacından saptırılmış olmasının yanında bir ceza olarak algılanmasına ve bir silah olarak kullanılmasına yol açacaktır²²⁶.

2.1.3.4. Şüpheli veya Sanığın Davranışları

2.1.3.4.1. Genel Olarak

Ceza muhakemesi ile maddi gerçeğe ulaşmak hedeflenir. Bu hedefe ulaşmak için yargılama makamları ispat araçlarını kullanmak zorundadır. Yargılama makamlarının sahip olduğu bu ispat araçlarına ise delil denir. Delil olmadan yargılama yapılabilmesi mümkün olmadığı gibi yeterli olmayan, gerçeği yansıtmayan veya tahrif edilmiş delillerle de bir kişi hakkında mahkumiyet hükmü kurulması mümkün değildir²²⁷.

Delilleri karartma tehlikesinden, şüpheli veya sanığın deliller üzerine etki ederek maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyecek veya güçleştirecek bazı davranışlar içine girmiş olması anlaşılmalıdır. Delilleri karartma tehlikesinin varlığından bahsedebilmek için tutuklama kararı verilmemesi veya daha önceden tutuklanmış ise serbest bırakılması durumunda şüpheli veya sanığın deliller üzerinde etki etmesi hususundaki olasılığın yüksek olması gerekmektedir. Basit bir beklenti, varsayım veya ihtimal yeterli değildir²²⁸.

Bir suç işlenmesinden sonra geride kalan delillerin ne olduğunu en iyi bilen kişi olması nedeniyle delilleri karartma tehlikesi en yüksek olan kişi de şüpheli veya sanığın kendisidir²²⁹.

²²⁶ Şen, Ersan, “Ceza Yargılaması Süreci”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 97 (Kasım-Aralık 2011), (Çevrimiçi) http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/97.pdf, (Erişim Tarihi: 03.09.2021), s. 279.

²²⁷ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 56;

Deliller; “*kaynağı kişiye dayalı deliller*” ve “*kaynağı nesneye dayalı (maddi) deliller*” olarak sınıflandırılabilir. Kişiye dayalı delillerin kaynağı insandır. Örneğin şüpheli, sanık veya tanık beyanları kişiye dayalı delillerdir. Nesneye dayalı (maddi) deliller ise kaynağını kişilerin değil nesnelere oluşturduğu delillerdir. Belge delilleri, kan ve tükürük, CD, kaynağı nesne olan (maddi) delillere örnek gösterilebilir (Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 566.). Deliller ile ceza muhakemesinde suçun fail tarafından işlenip işlenmediği hususu ortaya konulmaya çalışılır. Bu süreç öncelikle suçun işlendiğine dair başlangıç şüphesinin ortaya çıkması ile başlar. Soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısı suçun işlendiğine dair delilleri toplar. Mahkeme de gerek görmesi halinde kovuşturma aşamasında delil toplayabilir. Mahkeme toplanan delillerin isnat edilen suçun işlendiğini kesin olacak şekilde göstermesi durumunda mahkumiyet hükmü kuracaktır. Aksi takdirde mahkumiyet hükmü kurulamayacaktır. Dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşabilmek amacıyla tüm bu aşamalarda delillerin karartılması tehlikesinin önüne geçilmesi gerekmektedir (Gülüşür, Emre, “Korumaya Tedbirlerinden Tutuklama”, (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2010, s. 30).

²²⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 461.

²²⁹ Sinar, Hasan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016, s. 196.

Şüpheli veya sanık doğaldır ki yakalanmamak için delilleri ortadan kaldırmak veya değiştirmek isteyebilecektir. Hatta sahte deliller üreterek şüpheyi kendisinden uzaklaştırmaya, başka bir tarafa yönlendirmeye çalışabilecektir. Bu yüzden delilleri yok etmek, değiştirmek veya gizlemek gayesiyle hareket eden sanığın, yargılamanın sağlıklı yürütülebilmesi için tutuklanması gerekebilir.

Buna karşın delillere en yakın süje olması nedeniyle her olayda şüpheli veya sanığın mutlaka delilleri karartma tehlikesi olduğunu kabul ederek tutuklama kararı verilmesi yoluna gidilmemelidir. Şüpheli veya sanık her ne kadar delillere en yakın kişi olsa da suçu işlememiş olması halinde delillerle bir bağının olmayacağı açıktır. Bazı durumlarda da şüpheli veya sanığın delilleri karartma yönünde bir girişimde bulunma irade veya imkanı olmayabilir. Bu yüzden yargılama makamları, delilleri karartma tehlikesinin varlığını her somut olayda ayrıca değerlendirmelidir. Şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması halinde tutuklama nedenin gerçekleştiği kabul edilebilecektir²³⁰.

Delillerin karartılması şüphesi, bir ihtimalin varlığını ifade etmemektedir. Delillerin henüz toplanmamış olduğu durumlarda delillerin şüpheli veya sanık tarafından karartılacağına dair somut belirtilerin de olması gerekir²³¹.

Tutuklamaya ilişkin kararlarda şüpheli veya sanığın hangi davranışları ile delillere etkide bulunacağı ve bu surette maddi gerçeğe ulaşılmasının zorlaşacağı veya imkansız hale geleceği gerekçede tartışılmalıdır.

Şüpheli veya sanığın delilleri karartmak için bazı davranışlarda bulunacağını öngören yasa koyucu ilk düzenlemeyi Anayasa'da yapmıştır. Anayasa'ya göre suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla tutuklanabilecektir (AY m. 19/3).

²³⁰ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 111.

²³¹ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 411; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 368; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 462.

1412 sayılı CMUK'un 104. maddesinin 2. fıkrasında suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin “*delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması*” halinde tutuklanabileceği belirtilmişti.

CMUK'taki bu düzenleme, CMK'nın 100/2-b maddesinde “*şüpheli ve sanığın davranışları*” başlığı altında yeniden düzenlenmiş ve şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında somut delile dayalı kuvvetli şüphe oluşturması hallerini tutuklama nedeni olarak öngörmüştür.

CMUK'taki düzenlemeye göre tutuklama hakkında karar verecek olan makamın şüpheli veya sanığın hal ve davranışlarını dikkate alarak bir karar vermesi gerekmekte iken, CMK' daki düzenlemeye göre tutuklama kararı verecek olan makamda şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri karartma yönünde kuvvetli şüphe oluşturması gerekmektedir²³².

Şüpheli veya sanığın delilleri karartması; maddi delilleri yok etmek, değiştirmek veya gizlemek şeklinde olabileceği gibi mağdur, tanık ve başkaları üzerinde baskı yapmak suretiyle de gerçekleşebilir. Birinci durumda kaynağı nesne olan (maddi) delillerin karartılması tehlikesinden, ikinci durumda ise kaynağı insan olan delillerin karartılması tehlikesinden bahsedilir. Aşağıda öncelikle delilleri karartma tehlikesi olan hallerden delilleri yok etme, değiştirme ve gizleme durumunu, daha sonra da tanık, mağdur ve başkaları üzerinde baskı yapılması durumunu ele alacağız.

2.1.3.4.2. Şüpheli/Sanığın Davranışlarının Delilleri Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Hususunda Kuvvetli Şüphe Oluşturması

Şüpheli veya sanığın davranışları, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme hususunda kuvvetli şüphe oluşturuyorsa bir tutuklama nedeni var sayılabilir (CMK m.100/2-b-1).

²³² İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 112.

Delillerin yok edilmesi, gizlenmesi veya değiştirilmesi, suçun izlerini ortadan kaldırmak suretiyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engellemeyi ifade eder. Sahte delil hazırlamak da aynı kapsamdadır. Fakat delil olarak kullanılma özelliği olmayan, olayı temsil kabiliyeti bulunmayan şeylerin değiştirilmesi, ortadan kaldırılması veya gizlenmesine yönelik eylemler delilleri karartma olarak nitelendirilemez²³³.

Delilleri yok etme, gizleme ve değiştirmeden bahsedebilmek için şüpheli veya sanık, davranışları ile ilerleyen zamanlarda delilleri karartmaya yönelik girişimlerde bulunabileceği hususunda kuvvetli şüphenin doğmasına neden olmalı ve buna bağlı olarak da maddi gerçeğin ortaya çıkması tehlikeye düşmelidir²³⁴. Bu bağlamda söz konusu tutuklama nedeninin varlığı yalnızca ve münhasıran tutuklama kararına dayanak oluşturan fiil esas alınarak belirlenmeli, delilleri karartmaya yönelik somut olayların varlığı aranmalıdır. Ayrıca bu tutuklama nedeninin var sayılabilmesi için, tutuklama kararı verilmemesi veya daha önceden tutuklanmış ise serbest bırakılması durumunda şüpheli veya sanığın yargılamaya konu somut delillere etki etme hususundaki olasılığın yüksek olması yani kuvvetli şüphe bulunması gerekmektedir. Basit bir beklenti, varsayım veya tahmin, şüpheli veya sanığın delilleri karartma tehlikesinin varlığını tespit için yeterli değildir. Delilleri karartma tehlikesinin bulunup bulunmadığı somut olaylara mesela şüpheli veya sanığın davranışları, ilişkileri, daha önceki hayatına bakılarak değerlendirilmelidir²³⁵.

Delilleri yok etme; delil teşkil eden bir belgenin ya da herhangi bir eşyanın ortadan kaldırılmasını ifade eder²³⁶. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse gerçekleştirilen fiil ile delil niteliğine sahip bir belge veya eşyanın delil olma vasfı, ortadan kaldırılmak suretiyle yitirilmiştir. Örneğin olaya tanık olan kişinin öldürülmesi, cesedin yakılması, bir senedin yırtılması, uyuşturucu maddenin lavaboya dökülüp sifonun çekilmesi, sahte paranın yakılması eylemleri yok etmeye örnek olarak verilebilir. Bilgisayar hafızalarının veya kamera kayıtlarının silinmesi de yok etme olarak değerlendirilmelidir.

²³³ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 410.

²³⁴ Uçdu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama”, s. 90.

²³⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 461.

²³⁶ Koçer, Seçkin, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010, s. 80.

Delilleri gizleme, delilin içeriğinde herhangi bir tahrifat yapmadan delilin varlığını muhafaza ederek delilin yargılama makamlarından saklanmasıdır. Buradaki amaç, suça konu delilin yargılama makamlarının eline geçmesini engelleyerek ceza yargılamasında maddi gerçeğin açığa çıkmasının önüne geçmektir²³⁷. Örneğin cesedin gömülmesi, suçta kullanılan silahın saklanması delilleri gizlemeye örnek verilebilir.

Değiştirme ise var olan bir delilin yerine başka bir şey koymaktır. Bu şekilde gerçeğin ortaya çıkması engellenmektedir. Olay yerini gören kamera kaydının yerine aynı yeri gören ama farklı bir tarihteki kamera kaydını koymak değiştirme olarak nitelendirilmektedir. Bazı durumlarda ise delil ortadan kaldırılmamakta, gerçek hali, bazı oynamalar yapılarak ilk halinden farklılaştırılmaktadır²³⁸. Örneğin suçta kullanılan tabancanın iğnesi kırılarak silah özelliğini kaybettirmek de değiştirme olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda sayılan durumların bir tutuklama nedeni olabilmesi için şüpheli veya sanık, yargılama makamlarının delillere ulaşarak kendisi aleyhine ceza yargılamasında kullanılmasını engelleme kastı ile hareket etmelidir²³⁹. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise yok edilmek, gizlenmek ya da değiştirilmek istenilen delilin yargılama konusuyla ilgili olmasıdır²⁴⁰. Aynı zamanda yargılama sürecine etki edebilme özelliğine sahip bir delil olması da gerekir. Örneğin evde tartıştığı eşini öldüren kişinin suç aleti olan bıçağı saklaması bu kapsamdadır. Ancak somut olayla hiçbir ilgisi olmayan ayrıca delil niteliği de taşımayan şeylerin yok edilmesi bu kapsamda değerlendirilemez²⁴¹. Yukarıdaki örnekten hareketle, kolluk kuvvetlerinin evde arama yapacağı endişesiyle kişinin evde bulunan uyuşturucu maddeleri yok etmesi halinde delilleri karartma tehlikesinden bahsedilerek tutuklama kararı verilebilmesi mümkün değildir.

Uygulamada delillerin karartılması şüphesiyle verilen tutuklama kararlarının gerekçesi olarak *“soruşturmanın henüz tamamlanmamış olması”* ifadesine sıkça rastlanmaktadır. Bu şekildeki bir gerekçe kanuna aykırıdır. Zira soruşturmanın devam ediyor olması şüpheli veya sanığın delilleri karartma şüphesinin varlığını göstermez. Delillerin karartılmasından söz edebilmek için şüphelinin davranışlarının, ileride delilleri karartma girişiminde bulunacağına

²³⁷ Koçer, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”, s. 82.

²³⁸ Koçer, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”, s. 83.

²³⁹ Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 198.

²⁴⁰ Uçdu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama”, s. 90.

²⁴¹ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.315.

dair kuvvetli şüphe oluşturmaması, aynı zamanda yargılama sonucunda maddi gerçeğe ulaşılama tehlikesinin doğması gerekir²⁴².

Öğretide ise soruşturmanın devam ediyor olması, suç ortaklarının yakalanamamış olması veya bazı tanıkların henüz dinlenmemiş olması hallerinin tek başına delilleri karartma tehlikesinin varlığını kabul etmek için yeterli gerekçe olamayacağı kabul edilmektedir. Ayrıca delilleri karartma tehlikesinin varlığından söz edebilmek için tutuklama kararının verildiği sırada delillerin tamamına ulaşılammış olması gerekmektedir²⁴³. Tutuklama konusunda karar verilirken olay aydınlanmış, gerekli olan delillere zaten ulaşılmış veya bu deliller güvence altına alınmış ise tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır²⁴⁴.

Delillerin karartılması tehlikesi nedeniyle şüpheli veya sanık tutuklandıktan sonra delillerin toplanması durumunda tutuklama nedeni ortadan kalktığı için tutukluluk devam ettirilmemelidir. Aksi takdirde hukuka aykırı bir tutuklamadan söz etmek gerekir²⁴⁵.

AİHM, delillerin değiştirilmesi, yok edilmesi veya gizlenmesi tehlikesini adaletin işleyişine müdahale tehlikesi olarak nitelirmektedir. AİHM'e göre soruşturmanın tamamlanamamış veya delillerin toplanamamış olması, başlangıçta bu tutuklama nedenini haklı kılar. Ancak soruşturma ilerledikçe ve ifadeler alınıp doğrulandıkça aynı gerekçeyle tutukluluğun devamına karar verilemez (AİHM'in Clooth / Belçika Davası, 05.03.1998 tarih ve B.N.12718/87, par. 43)²⁴⁶.

Bazı durumlarda şüpheli veya sanığa yüklenemeyen sebeplerden dolayı örneğin resmi kurumlarda bulunan belgelerin gelmemiş olmasından veya tutanakta imzası bulunan kolluk görevlilerinin duruşmaya getirilip dinlenemediğinden bahsedilerek tutukluluk kararı veya tutukluluk halinin devamına karar verilebilmektedir. Böyle bir durumda şüpheli veya sanık o delilin toplanmasına olumlu veya olumsuz bir etkide bulunamamaktadır. Şüpheli veya sanık, resmi kurumda bulunan belgeye ulaşması mümkün olmadığı gibi kurum personeline o belgeyi yargılama makamına göndermesi yönünde emir ve talimat verme yetkisine de sahip değildir.

²⁴² Aydın, "Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku Tutuklama", s. 891.

²⁴³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 462.

²⁴⁴ Akpek, Tutuklamada Kuvvetli Suç Şüphesi, s. 111.

²⁴⁵ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 316.

²⁴⁶ Doğru/Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 403.

Belirttiğimiz tüm bu hususlar, şüpheli veya sanığın aktif bir eylemi ile sonuca kavuşturulacak hususlar değildir. Delillerin karartılmasından bahsedebilmek için şüpheli veya sanığın bu yönde bir irade göstermesi gerekir. Oysa resmi kurumda bulunan delilin alınamamasında, tanıkların dinlenememesinde şüpheli veya sanığın bir iradesi bulunmamaktadır. Kişi hürriyetinin böylesine soyut gerekçelerle sınırlandırılmasının, yargılama makamlarından kaynaklanan aksamaların bedelini şüpheli veya sanığa ödetirmek anlamına geldiği ifade edilmektedir²⁴⁷.

AİHM, organize suçların söz konusu olduğu yargılama süreçlerinde davanın karmaşıklığı, suçların ciddiyeti, sanık sayısının fazla olması gibi nedenlerle delillerin toplanmasında zorlukla karşılaşıldığı ve tutuklu yargılama yapılmasının ve uzun tutukluluk sürelerinin makul karşılanması gerektiği şeklinde öne sürülen gerekçeleri AİHS'in 5. maddesinin 3. fıkrasını ve 6. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiği tespitini yapmaktadır. AİHM, bu tür davalarda da ikna edici delillerle sonuca ulaşılması gerektiğini belirtmiştir²⁴⁸.

Şüpheli veya sanık daha önceden suçun delillerini yok etmiş ise bu durumda tutuklama kararı verilebilir mi? Katıldığımız görüşe göre delilleri karartma şüphesi geleceğe yönelik bir eylemin varlığını işaret etmektedir. Önceden suçun delillerinin yok edilmiş olması halinde deliller zaten karartıldığından bu nedenle tutuklama kararı verilememelidir²⁴⁹. Ancak önceden yok edilen delillerin yanında halen ulaşılamayan delillerin bulunması söz konusu ise bu durumda delillerin karartılması tehlikesinin varlığı kabul edilmelidir. Hatta önceden gerçekleştirilen eylem, mevcut delillerin karartılacağına dair kuvvetli şüphenin dayanağı da olabilmelidir.

Tartışılması gereken başka bir husus ise delilleri karartma tehlikesi kim tarafından gerçekleştirilirse bir tutuklama nedeni olarak var sayılabilecektir? Şüpheli veya sanıktan başka kişilerin delilleri karartması durumunda şüpheli veya sanık hakkında bu nedenle tutuklanma kararı verilebilecek midir?

²⁴⁷ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s.115.

²⁴⁸ AİHM' in 03.02.2009 tarih ve B.N.17019-02 ve 30070-02 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-96947> , (Erişim tarihi:21.05.2021); AİHM' nin 02.02.2006 tarih ve B.N.25324-02 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-124789> , (Erişim tarihi:22.05.2021); AİHM' in 24.08.2005 tarih ve B.N.77845-01 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-120983> , (Erişim tarihi:22.05.2021); AİHM' in 20.11.2007 tarih ve B.N.53546-99 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-121505> , (Erişim tarihi:24.05.2021); AİHM' in 13.12.2007 tarih ve B.N.1206-03 sayılı kararı, (Çevrimiçi), <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-125238> , (Erişim tarihi:24.05.2021).

²⁴⁹ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 411.

Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında delillerin yok edilmesini engellemek amacıyla şüpheli veya sanığın tutuklanabileceği belirtilmiştir. Ancak maddede delillerin kim tarafından karartılması halinde tutuklama nedeni var sayılabileceği belirtilmemiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasının lafzından üçüncü kişiler tarafından yapılan delil karartma eylemleri nedeniyle de şüpheli veya sanığın tutuklanabileceği anlaşılmaktadır²⁵⁰. Ancak üçüncü kişilerin eylemlerinin şüpheli veya sanık açısından bir tutuklama nedeni var sayılabilmesi için gerçekleştirilen eylemlerde kullanılan üçüncü kişilerin emir ve talimatları şüpheli veya sanıktan alması gerekmektedir. Şüpheli veya sanığın bilgisi dahilinde olmadan üçüncü kişilerce delil karartma çabası içine girilmesi bir tutuklama nedeni sayılmamalıdır.

Suç ortaklarının delilleri karartma tehlikesinin bulunduğu durumlarda ise şüpheli veya sanığın bu nedenle tutuklanması mümkün olmamalıdır. Zira delilleri karartma tehlikesinin var olup olmadığı konusunda esas alınacak husus, şüpheli veya sanığın davranışlarıdır. Şüpheli veya sanığın delilleri karartma yönünde bir davranışı yoksa tutuklanmasına karar verilmemelidir.

Bazı durumlarda ise şüpheli veya sanık, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan doğan hakları kullanabilir. Örneğin yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmama hakkı olduğu (CMK m.147/1-e, 191/1-c) yani susma hakkı olduğu hatırlatıldığında bu hakkını kullanabilir. Hatta kendisine yöneltilen suçlamaları inkar da edebileceği gibi olayı çarpıtarak da anlatabilir. Vücudundan örnek alınmasına karşı gelebilir. Ancak tüm bunlar ceza muhakemesinin şüpheli veya sanığa tanıdığı haklar olduğundan delillerin karartılması olarak değerlendirilmemelidir. Ayrıca şüpheli veya sanığın yargılama sürecinde kullanılması amacıyla delillere ulaşmak için çaba göstermesi de madde kapsamında bir tutuklama nedeni olarak görülmemelidir. Zira savunma hakkı kapsamında şüpheli veya sanığın da delil toplama hakkı vardır²⁵¹.

Susma hakkı Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"*. Anayasa'da ve yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerden, susma hakkının kullanılmasının şüpheli veya sanığın aleyhine yorumlanmaması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

²⁵⁰ Gülüşür, "Koruma Tedbirlerinden Tutuklama", s. 32.

²⁵¹ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s.113.

2.1.3.4.3. Şüpheli/Sanığın Davranışlarının Tanık, Mağdur veya Başkaları Üzerinde Baskı Yapılması Girişiminde Bulunma Hususunda Kuvvetli Şüphe Oluşturması

CMUK'un 104. maddesinin 2. fıkrasında "... şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması" hali tutuklama nedeni olarak düzenlenmişti. Maddeye bakıldığında yalnızca şerikler, tanıklar ve bilirkişilerden bahsedildiği görülmektedir. Bu maddede sadece bilirkişilerin "etki altına alınmasına çalışılması"ndan bahsedilmiş, mağdur ve yargılamaya katılacak diğer kişilerde bahsedilmemiştir. Ancak ceza muhakemesine katılan kişiler sadece şerikler, tanıklar ve bilirkişilerden ibaret değildir. Mağdur, tercüman, avukat, hakim, savcı da muhakeme sürecine katılan diğer kişilerdir.

CMK'nın 100/2-b-2 maddesinde ise şüpheli veya sanığın davranışları "*Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma*" hususunda kuvvetli şüphe oluşturması hali bir tutuklama nedeni olarak düzenlenmiştir. CMK'da yer alan düzenleme ile sadece bilirkişiler üzerinde değil tanık, mağdur ve başkaları üzerinde de "*baskı yapma girişimi*" olarak nitelendirilecek davranışlar bir tutuklama nedeni olarak sayılmıştır. "*Baskı yapma girişimi*" ifadesi ile daha somut ve dar kapsamlı bir çerçeve çizilmiştir. Ayrıca CMK sadece baskı yapmayı değil baskı yapma girişiminde bulunmayı da bir tutuklama nedeni saymıştır.

Şüpheli veya sanığın hangi hareketlerinin baskı yapma girişimi olarak değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durulması gereken bir konudur. Elbette ki şüpheli veya sanığın maddede sayılan kişiler ile olan her teması bir baskı yapma girişimi olarak değerlendirilmemelidir. Şüpheli veya sanığın tutuklanmadığı takdirde tanık, mağdur veya başkaları üzerinde hukuka uygun olmayan bir şekilde etkide bulunmaya yönelik gayret sarf etmesi durumunda baskı yapma girişiminin varlığından bahsedilir. Söz gelimi tanığı yalan söylemeye ikna etmek, mağduru ifade değiştirmeye zorlamak, maddede belirtilen kişilere haksız menfaatler sağlamak veya tehdit etmek baskı yapmak olarak değerlendirilmelidir.

Şüpheli veya sanığın yargılama süreciyle ilgili olarak maddede sayılanlarla bir temasta bulunması, otomatik olarak delillerin karartılmasına yönelik bir baskı yapma girişimi olarak değerlendirilemez. Bu açıdan bakıldığında meşru bir şekilde bir araya gelmeler baskı yapma

girişimi olarak yorumlanmamalıdır²⁵². Şüpheli veya sanığın tanıkla ne bildiğini öğrenmek amacıyla konuşması, mağdurdan şikayetini geri alması için ricada bulunması, barışmak için aracı koyması delilleri karartma anlamına gelmemektedir.

Şüpheli veya sanığın çekinme hakkı olan (CMK m. 45) bir tanıktan çekinme hakkını kullanarak tanıklık yapmamasını istemesi baskı yapma olarak değerlendirilmemelidir. Zira burada yasa koyucu tanıklıktan çekinme hakkını tanıyarak şüpheli veya sanıkla belli bir yakınlığı bulunan kişi arasındaki insani bağı göz önüne alarak tercihini bu bağın kopmamasından yana kullanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki şüpheli veya sanık, rica sınırını aşp tehdit veya şiddete başvurmuş ise tutuklama nedeni gerçekleşmiş olur²⁵³.

Burada uzlaşma konusuna değinmekte de fayda vardır. CMK'nın İkinci Kısım Birinci Bölümünde “*Uzlaşma*” konusu düzenlenmiştir. CMK'nın 253. maddesinde sayılan suçlar ile ilgili olarak şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişininin uzlaştırılması girişiminde bulunulacağı düzenlenmiştir. Uzlaştırmacı önünde gerçekleşen uzlaşma faaliyeti sonunda tarafların anlaşması üzerine bir uzlaşma tutanağı düzenlenmekte ve devamında Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmektedir (CMK m.253/19). Bu aşamada uzlaşmanın gerçekleşebilmesi için tarafların kendi aralarında anlaşma çabası içine girmeleri de mümkündür. Bu çabalar meşru zeminde kaldığı sürece baskı yapma girişimi olarak anlaşılmamalıdır.

Takibi şikayete bağlı suçlarda meşru zeminde kalmak kaydıyla mağdurun şikayetinden vazgeçmesi için yapılan görüşmeler normal karşılanmalıdır. Hatta şüpheli veya sanığın mağdura bir menfaat teklif etmesi durumunda bile delillerin karartılması tehlikesinden bahsedilemez. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz uzlaşma kapsamında belli bir edim karşılığında tarafların uzlaşması da söz konusu olabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında şikayetten vazgeçmesi için şüpheli veya sanık tarafından mağdura bir menfaat sağlanması, baskı yapılması olarak görülmemelidir.

²⁵² Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 200.

²⁵³ Yüce, Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1, S.1 (1980), (Çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/yilbirsayibir/yuce5.pdf> , (Erişim Tarihi: 07.09.2021), s. 88.

Uygulamada sıkça karşılaşılan başka bir durum ise suç işlendikten sonra şüpheli veya sanık tarafından kendi lehine ifade vermesi veya ifadesini değiştirmesi için tanık, mağdur veya başkalarına bir menfaat teklif edilmekte ve böylece delillerin karartılması amaçlanmaktadır. Bu durumun CMK'nın 100/2-b-2 maddesinin kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre “*sevk etme, etki altına almak*” olarak değerlendirilebilecek olsa da şüpheli veya sanığın bu tür bir davranışı “*baskı kurma*” olarak nitelendirilememelidir. Zira burada şüpheli veya sanık tarafından baskı kurmaksızın bu kişilere menfaat teklif edilmektedir. Ayrıca kanunun ifadesi baskı kurma girişiminde bulunma şeklinde bilinçli olarak değiştirilmiştir. Bu gerekçelerle şüpheli veya sanığın maddede sayılan kişilere ifadelerini kendi lehine değiştirmeleri için menfaat teklif etmesi, bir tutuklama nedeni olarak kabul edilmemesi gerekmektedir²⁵⁴. Başka bir görüşe göre ise tanık, mağdur veya diğer kişilere menfaat sağlanarak gerçeğe aykırı beyanda bulunmalarını istemek bu madde kapsamında değerlendirilmelidir. Zira yasa koyucu, baskı yapılması eylemini tehdit veya yaralama gibi suç olarak nitelendirilen eylemsel davranışlarla sınırlamamıştır. Maddi yönden etkileyerek baskı altına almak da CMK'nın 100/2-b-2 maddesi kapsamında bir tutuklama nedeni olarak değerlendirilmelidir²⁵⁵.

CMK'nın 100/2-b-2 maddesinde baskı yapma girişiminin muhatapları tanık, mağdur veya başkaları olarak sayılmıştır. “*Başkaları*” tabirinden öncelikle bilirkişi anlaşılmalıdır. CMUK düzenlemesinde açıkça bilirkişi belirtildiğinden bu hususta bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte yargılama sürecine etkide bulunabilecek diğer kişileri de “*başkaları*” kavramı içinde değerlendirmek gerekir. Hakim, savcı, avukat, tercüman “*başkaları*” kavramına dahildir. Bu anlamda yabancı uyruklu bir mağdurun olduğu yargılama sürecinde şüpheli veya sanığın lehine çeviri yapması için tercümana baskı yapılması, davaya bakan mahkemenin hakimine lehe hüküm vermesi için yapılan siyasi baskı veya telkinler, mağdur vekiline bir tanığın dinlenmesinden vazgeçmesi için yapılan baskılar bu tutuklama nedenini oluşturur²⁵⁶.

“*Başkaları*” kavramına suç ortaklarının da dahil edilmesi gerekmektedir. Zira suç ortakları davaya doğrudan etkide bulunabilecek kişilerdir. Şüpheli veya sanık, suç ortağı veya ortakları üzerinde baskı kurarak suçu üstlenmesini veya olaydaki rolünü farklı anlatmasını

²⁵⁴ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s.118.

²⁵⁵ Gülüşür, “Koruma Tedbirlerinden Tutuklama”, s. 33.

²⁵⁶ Uçdu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama”, s. 92.

sağlayabilir. Şüpheli veya sanığın böyle bir davranışta bulunması, bu tutuklama nedeninin oluşması için yeterlidir²⁵⁷.

Şüpheli veya sanığın suç ortaklarının tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması, şüpheli veya sanığın iradesinden ayrı olarak gerçekleşmiş ise şüpheli veya sanık yönünden bu tutuklama nedeni gerçekleşmiş olmaz. Aynı şekilde üçüncü kişiler tarafından tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulması durumunda da şüpheli veya sanığın kışkırtması veya bu yönde bir talimat vermiş olması, bu tutuklama nedeninin gerçekleşmesi için gereklidir. Şüpheli veya sanığın bilgisi dahilinde olmadan üçüncü kişilerce tanık, mağdur veya başkalarına baskı yapılması girişiminde bulunulması bir tutuklama nedeni sayılmamalıdır.

CMK'nın 100/2-b-2 maddesinde sayılan kişilere değil de yakınlarına yapılan baskı veya baskı yapılması girişiminin bu madde kapsamında olup olmadığı da tartışılması gereken bir diğer konudur. Şüpheli veya sanık veya yönlendirdiği üçüncü kişiler, maddede sayılanların yakınlarına örneğin tanığın annesine hukuka aykırı bir vaat veya tehditte bulunarak baskı yapıyor ise dolaylı olarak bu baskıdan maddede sayılan kişiler de örneğimizde tanık da etkilenecektir. Sonuç olarak tanık üzerinde dolaylı da olsa bir baskı olduğundan madde kapsamında olduğu kabul edilmelidir²⁵⁸.

Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulması nedeniyle tutuklama kararı verilebilmesi için yalnızca bir olasılık yeterli değildir. Şüpheli veya sanığın davranışlarının en azından belirti düzeyinde delillerle ortaya konulması ve bu delillerin maddede belirtilen davranışların varlığı konusunda kuvvetli şüphe oluşturması gerekmektedir²⁵⁹.

Soruşturmanın başında henüz deliller tam olarak toplanmadığından delillerin karartılması ve tanık, mağdur veya başkalarına baskı yapılmak suretiyle yargı sürecine müdahalede bulunma şüphesi daha fazladır. Bu yüzden soruşturmanın başında tutuklama makul görülebilir. Ancak soruşturma süreci ilerledikçe delillerin toplanmasında da ilerleme

²⁵⁷ Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 201.

²⁵⁸ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s.118

²⁵⁹ Toroslu / Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.256.

kaydedilecektir. Bundan dolayı soruşturma aşamasının ilerleyen aşamalarında sadece bu nedene dayanılarak tutukluluğun devamına karar verilmesi zorlaşacaktır²⁶⁰.

Delillerin kural olarak soruşturma aşamasında toplanması gereklidir. Tüm delillerin soruşturma aşamasında toplanmış olması halinde kovuşturma aşamasında delil toplanmasına gerek olmayacağından delilleri karartma tehlikesi olduğu gerekçesiyle tutuklama yoluna gidilemeyeceği; buna karşın tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulacağına dair şüpheyi güçlendiren nedenlerin somut olarak ortaya konulması halinde kovuşturma aşamasında da bu nedenle tutuklama kararı verilebileceği belirtilmektedir²⁶¹. Ancak deliller belli bir düzeyde toplandıktan ve tanıklar dinlendikten sonra belli bir aşamaya gelen yargılama sürecinde delilleri karartma ve tanık, mağdur veya başkalarına baskı yapılması tehlikesinden bahisle tutuklama tedbirine başvurulması zorlaşacaktır²⁶².

2.1.3.5. Tutuklama Nedenlerinin Varlığına İlişkin Yasal Karineler (Katalog Suçlar)

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bazı suçlar liste halinde sayılarak bu suçların işlenmesi halinde bir tutuklama nedeninin var sayılabileceği düzenlenmiştir. Bu suçlara "katalog suçlar"²⁶³ denilmektedir. Kanunda sayılan bu suçların işlendiğine dair somut delillere

²⁶⁰ Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 69.

²⁶¹ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.315; Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 69.

²⁶² Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 201.

²⁶³ CMK m.100/3 :“(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir: (3)(4)

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; (2)

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

2. (Ek: 6/12/2019-7196/58 md.) Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80)

3. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

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

5. İşkence (madde 94, 95)

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

7. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

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

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

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

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

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

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

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

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

dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde tutuklama nedeni var sayılabilecektir (CMK m.100/3)²⁶⁴.

Maddenin lafzından, suçun işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı halinde, şüpheli veya sanığa yüklenen suçun 3. fıkra da belirtilen suçlardan herhangi birisinin olması durumunda 2. fıkra da belirtilen hususların yani şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması, kaçma şüphesinin veya delilleri karartma tehlikesinin bulunmaması halinde dahi tutuklama nedeninin var sayılabileceği anlaşılmaktadır²⁶⁵. Böylece CMK, maddede sayılan suçların söz konusu olduğu hallerde somut olayda bir tutuklama nedeninin olduğunu ayrıntılı olarak araştırmaktan vazgeçmektedir²⁶⁶. CMK, katalog suçları liste halinde sayarak önemli ve ağır gördüğü bazı suçlar bakımından hakime tutuklama konusunda bir yetki tanımaktadır. Bu yetki, kaçma ve delilleri karartma tehlikesinin olup olmadığı konusunda yasal bir karine oluşturmak suretiyle bu suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığını destekleyen somut

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

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

g) (Ek: 27/3/2015-6638/14 md.) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinde sayılan suçlar.*

h) (Ek: 27/3/2015-6638/14 md.) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı *Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçlar.*”

²⁶⁴ Maddenin önceki halinde “somut delillere dayanma” ibaresi bulunmamakta idi. 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanunun 13 üncü maddesiyle, bu fıkraya “hususunda” ibaresinden sonra gelmek üzere “somut delillere dayanan” ibaresi eklenmiştir. Maddede yapılan bu değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: “Madde 13- Maddeyle, 5271 sayılı Kanunun 100 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında düzenleme yapmak suretiyle, fıkra da belirtilen suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeninin var sayılabileceği kabul edilmektedir. Esasen maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte değerlendirildiğinde üçüncü fıkra da sayılan suçlar bakımından da tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için birinci fıkra da belirtilen kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması gerekmektedir. Ancak uygulamada bu hususun değerlendirilmesi bakımından bazı tereddütlerin yaşandığı gözlemlenmiştir. Söz konusu tereddütlerin giderilmesi amacıyla üçüncü fıkra da düzenleme yapılmaktadır”. Kanaatimize göre maddede yapılan bu değişikliğin bir önemi bulunmamaktadır. Zira Kanunun 100. maddesinin 1. fıkrasında kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde şüpheli veya sanığın tutuklanmasına karar verilebileceği zaten belirtilmektedir. Bu düzenleme CMK’ nın 100. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için de aranması gereken bir ön şarttır. Ayrıca maddede geçen “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri” aynı anlama gelen iki kavramın aynı anda kullanılmasıdır. CMK’ nın 100. maddesinin 1. fıkrasında geçen “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil” kavramı ile CMK’ nın 100. maddesinin 3. fıkrasında geçen “kuvvetli şüphe sebepleri” kavramı aynı anlama gelmektedir (Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.309). Zira şüphenin oluşması için delil gereklidir. Şüphe delile dayanmak zorundadır. Birinci fıkra da “somut delil” kavramı ile bu husus daha net anlatılırken üçüncü fıkra “...sebeplerinin varlığı” ifadesiyle dolaylı yoldan yine somut delili işaret etmiştir (Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 923). Madde gerekçesi de bu görüşü desteklemektedir. Madde gerekçesinden, yapılan bu düzenleme ile uygulamada oluşan bazı tereddütlerin giderilmesi amaçlandığı anlaşılmaktadır. Kanaatimize göre uygulamada oluşan tereddütler giderilmek isteniyorsa madde şu şekilde değiştirilebilir: “Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir”.

²⁶⁵ Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s.923

²⁶⁶ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.312.

delillerin bulunması halinde hakimin ayrıca bir tutuklama nedeninin varlığını aramayabilecek olmasıdır²⁶⁷. Denilebilir ki katalog suçlar söz konusu olduğunda tutuklama kararı verilebilmesi kolaylaştırılmış ve yargılama makamı somut gerekçe gösterme yükümlülüğünden kurtarılmıştır²⁶⁸.

Ancak bu hükümden tutuklama kararı verilmesinin mecburi olduğu şeklinde bir anlam çıkarılmamalıdır²⁶⁹. Zira CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında liste halinde sayılan suçların işlendiğini gösteren somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı halinde tutuklama nedeninin “var sayılabileceği” belirtilmiştir. CMK’da “sayılır” yerine “var sayılabilir” ibaresinin kullanılması ile tutuklamanın ihtiyari olduğuna vurgu yapılmıştır. Buna rağmen katalog suçlar ile ilgili düzenleme, tutuklama koruma tedbirine başvurulması bakımından en büyük sorunu oluşturmaktadır. Zira bu suçların varlığı durumunda uygulamada sanki otomatik bir tutuklama nedeni varmış gibi davranılmakta, yargılama makamları tarafından başka bir husus değerlendirilmeden doğrudan tutuklama kararı verilebilmektedir²⁷⁰. Bu ise uygulamada hakim olan fikrin tutuklama kurumunun “seçimlik” değil “zorunlu” olarak başvurulması gereken bir tedbir olduğunu göstermektedir²⁷¹.

Halbuki gecikmede tehlike bulunması, haklı görünüş ve orantılılık, koruma tedbirlerinin ön şartlarıdır. CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında gecikmede tehlike bulunması şartına yer verilmemiş olmakla birlikte bu şartın ortak bir şart olduğu kabul edilerek katalog suçlar söz konusu olduğunda da varlığının aranması gerekmektedir²⁷².

Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında gecikmede tehlike bulunması koşuluna yer verilmiştir. Anayasa'nın bu hükmü doğrudan uygulanabilir bir hükümdür. CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrası, Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak yorumlanarak da katalog suçlar söz konusu olduğunda gecikmede tehlike bulunması şartının gerçekleştiğinin somut olgularla kanıtlanması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür²⁷³.

²⁶⁷ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 365.

²⁶⁸ Parlar, Ali/Öztürk, Mustafa, Ceza Yargılamasında Tutuklama Yakalama Gözaltı ve Adli Kontrol”, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2019, s. 102.

²⁶⁹ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.368.

²⁷⁰ Kuşun/Cengiz, Ceza Avukatının İnsan Hakları El Kitabı, s.115.

²⁷¹ Tutuklama Raporu, s. 32.

²⁷² Katoğlu, Tuğrul, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y.69, S.2011/4, (Çevrimiçi) <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2011-4.pdf> , (Erişim Tarihi:06.07.2021), s. 22.

²⁷³ Katoğlu, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar”, s. 22 .

CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme aksi kabul edilebilir yasal bir karinedir. Katalog suçların söz konusu olduğu yargılamalarda da şüpheli veya sanığın kaçma veya delilleri karartma tehlikesinin bulunmadığı yönünde kanaate sahip olunabilir. Böyle durumlarda gerekçelendirmek şartıyla tutuklama kararı verilmeyebilir²⁷⁴.

Tutuklama nedeni olarak var sayılabilen suçlar ile ilgili CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemenin kaynağı Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasıdır. Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasına göre *“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde”* tutuklanabilir. Anayasa bu şekilde kişinin tutuklanmasının şartlarını (risk koşullarını)²⁷⁵ açık bir şekilde saydıktan sonra maddede sayılanlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan halleri belirleme konusunu yasa koyucunun takdirine bırakmıştır. Böylece kanunla düzenlenmek şartıyla başka sebeplerle de kişinin tutuklanabileceğinin anayasal dayanağı oluşturulmuştur²⁷⁶.

Ancak CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna dair görüşler de bulunmaktadır²⁷⁷. Bu görüşlere göre kaçma veya delilleri karartma tehlikesinin bulunması veya bunlara benzer tutuklamayı zorunlu kılan herhangi bir

²⁷⁴ Toroslu / Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 257.

²⁷⁵ Ceza muhakemesinin amacını tehlikeye düşürecek kaçma, saklanma, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma şeklindeki tutuklama nedenlerine “risk koşulu” denilmektedir (Tutuklama Raporu, s. 29).

²⁷⁶ Benzer düzenleme 1961 Anayasası'nın 30. maddesinde de yer almıştı. 1961 Anayasası'nın 30. maddesinin komisyonda hazırlanan ilk metni *“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı ve delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek için hakim kararı ile tutuklanabilir”* şeklinde düzenlenmişti. Böylece Anayasa ile tutuklama koruma tedbiri sadece şüpheli veya sanığın kaçmasının veya delilleri yok etmesinin veya değiştirmesinin önüne geçilmesine özgülenmişti. Ancak Temsilciler Meclisi Umumi Heyetinde yapılan görüşmeler sırasında düzenleme aleyhine ağır eleştiri ve itirazlarda bulunulmuş ve bu itirazlar üzerine yapılan değişikliklerle madde *“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir.”* şeklinde yeniden düzenlenmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.02.1963 tarih ve E.1962-277, K.1963-34 sayılı kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/34?EsasNo=1962%2F277> , (Erişim Tarihi: 10/08/2021)).

²⁷⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre CMK'nın katalog esasını benimsemesi, otomatik tutuklama kararı verilmesine yol açtığı yönündeki eleştirilere rağmen yerinde bir seçim olmuştur (Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku,s.280); karşı yöndeki görüş ise ortada kaçma veya delilleri karartma tehlikesi bulunmadığı, yargılama tehlikeye düşürülmediği halde sırf kanunda yazan listede yer alan bir suçun işlendiği yönündeki kuvvetli şüphenin varlığı nedeniyle tutuklamaya imkan yaratılmasına, olması gereken hukuk adına karşı çıkılmalıdır (Kurşun/Cengiz, Ceza Avukatının İnsan Hakları El Kitabı, s.116); Katalog suçlarla ilgili CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrası, hem hukuki açıdan hem de uygulamada sorun teşkil ettiği, tutuklamanın ihtiyari değil de zorunlu olduğu anlayışının egemen olduğu ve yerleşik uygulamaya alışkanlıkları göz önüne alınarak katalog suçlarla ilgili düzenlemenin kanundan çıkarılması gerektiğine dair görüş için bkz. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 5 Ocak 2011, (Çevrimiçi) <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tutuklama-raporu.pdf> , (Erişim Tarihi:04.06.2021), s. 8.

riskin varlığı aranmaksızın tutuklamaya imkan tanındığı için başka bir ifadeyle Anayasa, “risk koşulu” içermeyen katalog suç koşullu bir tutuklamaya imkan vermediğinden CMK’nın 100. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenleme Anayasa’ya aykırıdır²⁷⁸.

Başka bir görüşe göre ise CMK’nın 100. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ve tutuklama sebeplerinin var sayılabileceğine karine olarak kabul edilen katalog suçlar, kaynağını Anayasa’nın 19. maddesinin 3. fıkrasından almaktadır. Anayasa’da “...veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde ...” şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olması nedeniyle CMK’nın 100. maddesinin 3. fıkrasında yer alan katalog suç düzenlemesi Anayasa’ya aykırı değildir²⁷⁹.

Zeki Hafızoğulları ise CMK’nın 100. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin hem Anayasa’nın 19. maddesine hem de AİHS’in 5. maddesine aykırı olduğunu dile getirmektedir. Bununla da kalmamakta, katalog halinde sayma yöntemiyle tutuklamanın mecbur hale getirildiğini, katalog suçlarla ilgili düzenlemeyi ancak totaliter rejimlerde görülebilen çarpık ve uydurma bir düzenleme olarak tanımlamakta ve kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir²⁸⁰.

Benzer bir tartışma CMUK döneminde de yaşanmıştı. CMUK’un 104/2-1 maddesinde yer alan “*Tahkikatın mevzuu olan suçun ağır cezalı cürümlerden olması*” halinde tutuklama kararı verilebileceği yönündeki düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuruda; bu düzenleme ile hakime keyfi, sınırsız ve hiçbir sorumluluk yüklemeyen bir yetki tanındığı, bunun ise Anayasa’da güvence altına alınan kişi dokunulmazlığı ve kişi hürriyetini ihlal etmekle birlikte bu hürriyetlerin özünü de yok edeceğini, sonuç itibarıyla ağır cezalı

²⁷⁸ Tutuklama Raporu, s.30; Centel ise uygulamada yasal karine öngörülen hallerde zorunlu olarak tutuklama kararı verilmesi gerektiği yönünde yanlış bir anlayışın yerleşmesine sebep olduğu için kaçma ve delilleri karartma karinelerinin CMK’da yer almasını eleştirmiştir. Yazara göre Anayasa’da kaçma , delilleri karartma veya bunlar gibi hallerde tutuklamaya başvurulabileceğine yer verildiği, “*nedenleri var sayma*” gibi bir seçenektan ise söz edilmediği için CMK’nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme, Anayasa ile çelişmektedir (Centel, “Tutuklama Uygulamasında Sorunlar”, s.195).

²⁷⁹ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s.120.

²⁸⁰ “*Katalog halinde sayma işlemi tutuklamayı mecbur hale getirmiş olmaktadır. Madem Anayasa’nın emri olarak Devlet “hukuk devleti” olmak zorundadır, biz, halen mahkemelerin uygulamalarında kişi hürriyeti ve güvenliğini ortadan kaldıran, emsalleri ancak totaliter hukuk düzenlerinde görülmesi mümkün olan bu çarpık, uydurma düzenlemenin kaldırılmasının zorunlu olduğunu düşünüyoruz.*” Nazlı ÇUBUKLU’ya ait yayımlanmamış yüksek lisans tezinden alınmıştır. Kaynak makaleye (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Sağlamayan Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamaları, s.3) belirtilen internet adresinden kaldırılmış olması nedeniyle ulaşılamamıştır. Çubuklu, Nazlı, “Ceza Yargılaması Hukukunda Tutuklama”, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2015, s. 46.

suçlarda tutuklamayı sınırsız, mesuliyetsiz ve keyfi olarak mecbur kılacağı belirtilerek düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmesi istenmişti.

Anayasa Mahkemesi ise CMUK'un 104/2-1 maddesinde yer alan “*Tahkikatın mevzuu olan suçun ağır cezalı cürümlerden olması*” halinde tutuklama kararı verilebileceğine dair düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre suçun ağır cezalı suçlardan olması halinde sanığın her zaman için kaçma tehlikesi olduğunu kapsayan bu hüküm bir tutuklama nedeni değildir. Kanun ağır cezalı bir suçun işlenmesini kaçmaya karine saymıştır. Ancak bu karine aksi kabul edilebilir bir karinedir. Aksinin kabul edilmesi ise tutuklamanın klişeleşmesine yol açacaktır. Bu durum ise kişi hürriyeti bakımından büyük bir tehlike teşkil edecektir. Tutuklama mecburiyeti olmadığından ağır cezalı suçlarda sanığın her halde tutuklanacağı şeklinde bir sonuca varmak mümkün değildir²⁸¹.

AİHM'e göre²⁸² sanığın kaçma veya delilleri karatma tehlikesinin olup olmadığı sadece suçun ağırlığına, belli nitelikte suçlardan olmasına veya mahkumiyet durumunda verilebilecek cezanın miktarı bağlı olarak belirlenemez²⁸³. AİHM, Yağcı ve Sargın - Türkiye davasında sanığın kaçacağına dair bir tehlikenin tek başına suçun ağırlığına bakılarak değerlendirilemeyeceğine işaret etmiştir. Bu, aynı zamanda bir kaçma tehlikesinin varlığını veya kaçma olasılığının yargılanmak için gözaltında tutulmayı haklı göstermeyecek derecede düşük olduğunu teyit eden başka ilgili etkenlere göre değerlendirilmelidir.

AİHM, başka bir kararında ise CMK'nın 100. maddesinin 3. Fıkrasında yer alan suçlarının söz konusu olduğu hallerde, Türk Mahkemelerinin kararlarının gerekçesinde varlığı karine olarak kabul edilen kaçma, delilleri karartma, tanık, mağdur ve başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulması şeklindeki risklerin herhangi birinin varlığını ispatlayan hiçbir duruma nerdeyse hiç değinilmediğini belirterek söz konusu riskin nasıl tespit edildiği ve

²⁸¹ Anayasa Mahkemesi'nin 13.05.1963 tarih ve E.1963/200, K.1963/110 sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/110?EsasNo=1963%2F200>, (Erişim Tarihi:10.09.2021)

²⁸² AİHM'in 08.06.1995 tarih ve Başvuru No: 16419-90, 16426-90 sayılı kararı.

²⁸³ AYM, Hüseyin Burçak tarafından yapılan bireysel başvuru üzerine verdiği kararda ise kişinin mahkumiyeti halinde verilecek hapis cezasının ağırlığının kaçma şüphesinin varlığına işaret eden durumlardan biri olduğunu belirtmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 03.02.2016 tarih ve B.N.2014-474 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/474?BasvuruAdi=H%C3%9CSEY%C4%B0N+BUR%C3%87AK>, (Erişim Tarihi:10.09.2021), par. 61.

bu riskin uzun süren tutukluluk hallerinde nasıl devam edebildiği konusunda mahkemeler tarafından bir açıklamada bulunulmadığını tespit etmiştir²⁸⁴.

AİHM içtihatlarından, tutuklamayı zorunlu kılan karinelerin AİHS'in 5/1-c maddesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 90/5. maddesine göre *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* AİHS'in 5/1-c maddesi ile CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrası birbiriyle çelişmektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası göz önüne alındığında; AİHS'in 5/1-c maddesindeki düzenleme karşısında CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemenin uygulanma imkanı bulunmamaktadır²⁸⁵.

Başka bir görüşe göre AİHM, Sözleşme'nin 5/1-c maddesi gereği, sadece bir ceza soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde kişinin suç işlediğine dair bir şüphenin varlığı halinde yetkili adli makamların önüne çıkarılması amacıyla tutuklanabileceği yönündeki önceki içtihatlarını Buzadji-Moldova kararında bir adım daha ileriye götürmüş ve ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine dair makul şüphenin bulunmasının yanında tutuklama kararı verilmesine dair nedenlerin *“ilgili”* ve *“yeterli”* gerekçelerle ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır²⁸⁶. AİHM kararına göre tutuklama kararı verilebilmesi için başlangıçta bulunması gereken şüphe yalnız başına yeterli değildir. Buna ek olarak kaçma, saklanma ve kaçma olasılığının veya delil karartma tehlikesi gibi nedenlerin somut delillerle ortaya konulması ve ilgili ve yeterli gerekçelere dayanılması gerekmektedir. Tutuklama için tek başına belirli seviyedeki bir şüpheye dayanılamayacağı gibi suçun katalog suçlardan olduğu gerekçesi ile de tutuklama kararı verilemez. Buzadji / Moldova kararından sonra CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin tutuklama nedeni olarak bir anlamı kalmadığı ifade edilmektedir²⁸⁷.

²⁸⁴ AİHM' in 28.04.2015 tarih ve B.N.36001-06 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-157205>, (Erişim Tarihi:04.04.2021), par. 58.

²⁸⁵ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s.120.

²⁸⁶ AİHM' in 05.07.2016 tarihli ve B.N.23755-07 sayılı kararı (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-193650>, (Erişim Tarihi: 07.07.2021).

²⁸⁷ Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 923.

Katalog suçlar söz konusu olduğunda ispat külfeti de bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Elbette ki kişinin suçlu olduğu hususunda somut delile dayanan kuvvetli şüphenin varlığını ispatlamak Cumhuriyet savcısına düşmektedir. Risk koşulunun gerçekleştiği, yani şüpheli veya sanığın kaçacağı veya saklanacağı, delilleri yok edeceği, değiştireceği veya gizleyeceği; tanık mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunacağını ispat etmek soruşturma makamının görevidir. Ancak katalog suçların varlığından bahisle bir tutuklama kararı istendiğinde, risk koşulu aranmaz ise soruşturma makamının somut delile dayalı kuvvetli suç şüphesinin varlığı şartına ek olarak isnat edilen eylemin katalog suçlardan olduğunu ispat etmesi tutuklama kararı verilmesi için yeterli olacak, kaçma ve delilleri karartma şüphesinin varlığı aranmayacaktır²⁸⁸.

Şüpheli veya sanık ise öncelikle kendisinin suç işlediğini gösteren somut delile dayalı kuvvetli şüphe şartının gerçekleşmediğini iddia edecektir. Şüpheli veya sanığın bir başka savunması ise üzerine atılı eylemin katalog suçu oluşturmadığı olacaktır. Ancak katalog suçlardan birini işlediği iddia edilerek hakkında ceza muhakemesi süreci başlatılan şüpheli veya sanığın kaçmayacağı veya delilleri karartma tehlikesinin bulunmadığı veya yargılama sürecine müdahalede bulunmayacağı yönündeki savunması başarılı olamayacaktır. Böylece şüphe devam ettiği sürece tutukluluk hali de devam edebilecektir. Bu ise katalog suçlarda tutuklamanın zorunlu olduğu anlamına gelmektedir. Zorunlu tutuklama, Anayasa'nın 19. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen serbest bırakılmayı isteme hakkını ve AİHS'in 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan makul sürede salıverilme hakkını kullanılmaz hale getirdiğinden Anayasa'ya ve AİHS' e aykırıdır²⁸⁹.

08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanunun 13 üncü maddesiyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin 3. fıkrasına “*hususunda*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*somut delillere dayanan*” ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklik ile uygulamada oluşan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Böylece katalog suçlar söz konusu olduğunda da hakim, katalogda yer almayan suçlarda olduğu gibi somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesinin varlığını aramak zorunda olduğu bir kez daha vurgulanmıştır. Kanun değişikliğinin gerekçesi bu şekilde olduğundan her ne kadar yasa koyucu katalog suçlar söz konusu olduğunda otomatik tutuklama kararı verilmesinin önüne geçilmesini amaçladığını belirtmişse de burada

²⁸⁸ Tutuklama Raporu, s. 31.

²⁸⁹ Tutuklama Raporu, s. 31.

tutuklamanın ihtiyarılığı ilkesinden ayrılıp tutuklamanın mecburılığı ilkesine evrildiğini söylemek gerekecektir²⁹⁰.

Katalog suç sistemine getirilen bir başka eleştiri ise kanun koyucunun hukuk politikasıyla ilgilidir. Bir yandan tutuklama tedbirine başvurulmasını sıkı koşullara bağlarken diğer yandan sadece kanunda yazan suçların işlendiği hakkında somut delile dayalı kuvvetli şüphenin varlığı halinde tutuklamaya imkan oluşturması, hukuk politikası bakımından tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Zira bir tutuklama nedeninin bulunmadığı ve şüpheli veya sanık tarafından da ceza yargılamasının tehlikeye sokulmadığı durumlarda yasa koyucunun salt kendi belirlediği bir listede yer alan suçların işlenmiş olabileceği yönündeki kuvvetli şüphenin varlığını gerekçe göstererek tutuklama tedbirine başvurma olanağı yaratması kendi içinde sorunlu ve çelişkili bir durumdur²⁹¹.

Katalog suçların hangi kriterlere göre belirlendiği konusunda yasa koyucu tarafından ortaya konulmuş tatmin edici bir açıklama da bulunmamaktadır. Katalog suçların hangi kriterler esas alınarak belirlendiği konusu, katalog suç sistemine yöneltilecek bir diğer eleştiri olarak karşımıza çıkmaktadır. CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında yer alan listede kasten öldürme suçu gibi çok yüksek ceza miktarları içeren suç tipleri görüldüğü gibi silahla işlenen kasten yaralama suçu gibi ceza miktarı olarak HAGB sınırları içinde kalabilecek suç tiplerine de yer verilmiştir.

Silahla işlenen kasten yaralama suçu (TCK m. 86/3-e), ceza miktarı yönünden bakıldığında alt sınırı 1 yıl 6 ay hapis cezasını gerektiren bir suçtur. Bu suçtan dolayı yapılacak yargılama sonunda sanığa verilecek cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olması durumunda hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilebilir (CMK m. 251/5). Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ise sanık hakkında kurulan hükmün bir sonuç doğurmamasını ifade etmektedir. Bu açıdan bakıldığında verilecek cezadan dolayı cezaevine bir gün bile girmeyecek olan kişinin üzerine atılı suçun sırf katalog suç olması nedeniyle tutuklanarak özgürlüğünden mahrum bırakılması, ölçülülük ilkesine aykırıdır.

²⁹⁰ Tokat Milletvekili Yusuf Beyazıt ve İstanbul Milletvekili Numan Kurtulmuş ile 63 Milletvekilinin Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/3697) ve Adalet Komisyonu Raporu TBMM Yasama Dönemi 27 Yasama Yılı 4, (Çevrimiçi) <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss274.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.09.2021), s. 18.

²⁹¹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 366.

CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında sayılan bazı suç tipleri ise, vatandaşların can ve mal güvenliğini veya kamu düzenini tehlikeye sokan bir niteliğe sahiptir. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, masum bir şekilde başlamasına rağmen zaman zaman terör örgütünün propagandasını yapmak için de kullanılabilir. Normal başlayan bir yürüyüş, devamında terör örgütü propagandasına dönüşebilmekte, göstericiler taşlarla ve molotof kokteylleri ile kolluk kuvvetlerine saldırılabilmekte, bu sırada vatandaşların can ve mal güvenliği tehlikeye düşebilmektedir. Yasa koyucu madde gerekçesinde 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 33. maddesinde sayılan suçlar²⁹² söz konusu olduğunda bunun bir tutuklama nedeni olarak var sayılabileceğini kabul etmesindeki sebebi, kamu düzeninin korunması olarak açıklamıştır. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda düzenlenen suçlar, hapis cezaları itibarıyla katalogta yer almayı gerektirecek nitelikte değildir. Bu yönden bakıldığında yapılan düzenleme "*panik düzenlemesi*" olarak değerlendirilmekte ve toplumsal olaylarda tutuklama tedbirine başvurmayı kolaylaştırmaktadır²⁹³.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 12. maddesine göre sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu, CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında kapsamında tutuklama nedeni varsayılan suçlardandır. Bu düzenleme ile CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında sınırlı olarak sayılan suçlara özel kanunla "*sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu*" da eklenmiştir.

Bu özel düzenlemede yer alan "*tutuklama nedeni varsayılan suçlardandır*" şeklindeki ifade, CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki "*tutuklama nedeni var sayılabilir*" şeklindeki ifadeden daha güçlü bir ifadedir. Bu nedenle uygulamada tutuklama tedbirine daha çok başvurulabileceği düşüncesini uyandırmaktadır. Bu özel düzenlemede sağlık kurum ve

²⁹² 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m. 33: "*Toplantı ve gösteri yürüyüşlerine; a) Ateşli silahlar veya havai fişek, molotof ve benzeri el yapımı olanlar dâhil patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zincir, demir bilye ve sapan gibi bereleyici ve boğucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler taşıyarak veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örtterek katılanlar iki yıl altı aydan dört yıla kadar, b) Yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşıyarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyerek katılanlar ile kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşıyarak veya bu nitelikte sloganlar söyleyerek veya ses cihazları ile yayınlayarak katılanlar altı aydan üç yıla kadar, hapis cezası ile cezalandırılırlar. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün kanuna aykırı olması halinde ve dağılmamak için direnildiği takdirde, ayrıca 32 nci madde hükümlerine göre cezaya hükmolunur.*"

²⁹³ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s.128.

kuruluşlarında görev yapan personele karşı işlenen kasten yaralama suçları bakımından “*bir tutuklama nedeninin var sayıldığından*” söz edilmişse de bu ifadeyi “*bir tutuklama nedeni vardır*” şeklinde tutuklamanın mecburi olduğu şeklinde anlamamak gerekmektedir. Zira tutuklama konusunda karar vermek hakim in yetkisindedir. Hakim bu yetkisini somut delillerle desteklenen kuvvetli suç şüphesine, şüphelinin kaçma ve delilleri karartma tehlikesinin varlığına, işlenen suçun ağırlığına ve oranlılık ilkesine uygun olarak kullanmak zorundadır²⁹⁴.

Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için mağdur sağlık personelinin özel veya kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında görevli olması arasında bir fark yoktur. Zira özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan personel, görevleri nedeniyle kasten yaralama suçunun mağduru olmuşlarsa Türk Ceza Kanunu’nun uygulanması açısından kamu görevlisi sayılmaktadır (3359 ek m. 12).

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun ek 12. maddesindeki düzenleme, eşitlik ilkesine ve tutuklamanın amacına aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir. Katıldığımız görüşe göre sağlık personelinin diğer meslek çalışanlarına göre daha fazla korunmasını gerektiren bir husus olmadığı gibi daha riskli mesleklerin varlığı düşünüldüğünde pozitif ayırım yapılmasını haklı kılan bir neden de bulunmamaktadır. Ayrıca tutuklama nedeni var sayılarak tutuklamadan amaçlanan hangi sonuca ulaşılabileceği sorusuna inandırıcı bir cevap alabilmek de mümkün değildir²⁹⁵. Zira bu suç, ağırlık itibarıyla HAGB sınırları içinde kalan bir suç olup şüpheli veya sanığın kaçmasını gerektirecek bir niteliğe sahip değildir. Kanaatimize göre bu madde ile hem özel sağlık kuruluşlarında hem de kamuda çalışan sağlık personeline karşı kasten yaralama suçunun işlenmesinin önüne geçilmek amaçlanmıştır. Tutuklama tedbirinin, suç işlenmesini önlemek gibi bir amacının olmadığı, ayrıca iç hukukumuzda bu yönde bir düzenlemenin yer almadığı göz önüne alındığında 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun ek 12. maddesindeki düzenlemenin Anayasa’nın 19. maddesinin 3. fıkrası ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Bir ceza yargılaması kurumu olan tutuklama tedbirine, idarenin teşkilat ve görevlerinin düzenlendiği özel kanunlarda yer verilmesinin doğru olmadığını da burada belirtmek gerekir. Zira ceza muhakemesinin yürütülmesine ilişkin

²⁹⁴ Gülşen, Recep, “Sağlık Personeline Karşı Görevleri Sebebiyle veya Görevleri Sırasında Suç İşleyenlere Yönelik Yakalama ve Tutuklama Tedbirlerinin Uygulanması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21 Özel Sayı , 2019, (Çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/RECEP-GULSEN.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.06.2021), s. 2966.

²⁹⁵ Seçer, Ertuğrul, “5271 Sayılı CMK’ ya göre Tutuklama”, (Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum, 2017, s. 35.

kurallar ve bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve sorumlulukları CMK ile düzenlenmiştir (CMK m.1). Ayrıca 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 1.maddesinde bu kanunun amacının sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin temel esasları düzenlemek olduğu ifade edilmektedir. Tutuklama tedbiri ise bir ceza muhakemesi kurumudur. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili bir kurum değildir. Bu nedenle tutuklama tedbirine 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda yer verilmesinin doğru olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Eğer yasa koyucu, bir kısım meslek çalışanlarına karşı görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işlenen kasten yaralama suçunun katalog suçlar arasına alınmasında zorunluluk olduğu kanaatinde ise bu konuyu CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında düzenlemesi, kanaatimize göre daha doğru olacaktır.

Diğer bir görüş ise sağlık personeline karşı görevi sırasında veya görevinden dolayı işlenen kasten yaralama suçu açısından kabul edilen tutuklama nedenlerinin varsayılması, evleviyet kuralı gereği cezası daha ağır olan suçlar bakımından da uygulanabilmelidir. Örneğin hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik tehdit ve nitelikli hallerinde (TCK m.106/1 ve 2) veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m.109) veya sona ermiş olsa bile görevinden ötürü öç almak amacıyla kamu görevlisinin zararına olarak işlenen mala zarar verme (TCK m. 152/1-g) hallerinde de şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmelidir²⁹⁶.

Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında tutuklama tedbirine başvurabilmek için "somut delil" şartının getirilmesi, kadına ve çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı ve cinsel istismar suçunun faillerinin tutuksuz yargılanmalarına ve büyük mağduriyetlere sebep olacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Zira bu suçlara, çoğu kez aile içerisinde veya birlikte yaşanan ortamda bulunan kişilerce işlendiğinden veya diğer nedenlerden dolayı fiziki bulgulara rastlanamayacak kadar bir süre geçtikten sonra vakıf olunmaktadır. Bu görüşe göre cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları kolay anlatılabilen ve şikayet edilebilen suçlar değildir. Bu nedenle kadın ve çocuğun beyanı esas alınmalı, özel düzenlemelere yer verilmelidir²⁹⁷.

²⁹⁶ Gülşen, Recep, "Sağlık Personeline Karşı Görevleri Sebebiyle veya Görevleri Sırasında Suç İşleyenlere Yönelik Yakalama ve Tutuklama Tedbirlerinin Uygulanması", s. 2970.

²⁹⁷ Adalet Komisyonu Raporu, s. 20.

Başka bir görüş ise tutuklama kararları delile ve süjeye dayandırılmak sureti ile somutlaştırılmalıdır. Ancak uygulamada varsayımlara dayanılarak tutuklama kararları verilmektedir. Bu sebeplerle katalog suç müessesesi kaldırılmalıdır²⁹⁸.

Farklı bir görüş ise yasa koyucu, tutuklama kararı verilebilmesi için sıkı şekil şartları öngörerek tutuklama tedbirine asgari düzeyde ve sadece istisnai durumlarda başvurulmasını sağlamak amacıyla tutuklamada katalog halinde ağır gördüğü suçları sayma yoluna gitmiştir. Yasa koyucu böyle yaparak, katalog suçlar söz konusu olduğunda en son çare olarak tutuklamaya başvurulmasını, katalog suçlar dışında kalan suçlarda ise tutuklamaya başvurmanın daha da istisna olduğu vurgulamak istemiştir. Ancak yasa uygulanmaya başladıktan sonra hakim ve savcılar, CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki “*var sayılabilir*” ifadesini “*var sayılır*” olarak yanlış bir şekilde yorumlamış ve buradan yola çıkarak adeta otomatik tutuklama kararı verilmesi uygulamasını genel kural haline getirmiştir²⁹⁹.

Kanun koyucunun katalogda yer alan suç tiplerini belirlerken işlenen suçta verilecek cezanın ağırlığını, işlenen suçun kamuoyunda infiale neden olmasını, kamu düzeni veya suçun işlenmesi ile oluşacak mağduriyetlerin diğer suçlardan daha ağır olmasını ölçü aldığına dair görüşler de bulunmaktadır³⁰⁰. Ancak diğer bir görüşe göre bu kıstaslar tutuklamaya gerekçe olabilecek bilimsel ve nesnel bir temele sahip değildir. Katalogda yer verilen suçların kriminalistik verilere dayalı olarak hazırlanan objektif bir nitelikleri yoktur³⁰¹.

Sonuç olarak CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında yer alan suçların varlığı her ne kadar kişinin kaçacağına veya delilleri karartacağına dair yasal bir karine teşkil etse de bu karine aksi ispat edilebilir niteliktedir. Katalog suçlar söz konusu olduğunda şüpheli veya sanığın her durumda kaçma ve delilleri karartma çabası içine gireceğini söylemek doğru değildir. Bazı durumlarda şüpheli veya sanık kaçma veya delilleri karartma çabası içine girmemekte aksine kendiliğinden teslim olmakta ve olayı gerçekleştirdiği gibi anlatmakta, suç delillerini istenmeden soruşturma makamlarına teslim etmektedir. Bazı durumlarda da kişinin görevi, şahsi özellikleri, ailevi durumları, kaçma veya delilleri karartma çabası içine girmeyeceğini gösterebilmektedir.

²⁹⁸ Adalet Komisyonu Raporu, s. 21.

²⁹⁹ Yenisey, Feridun, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama”, s. 224.

³⁰⁰ Gülüşür, “Koruma Tedbirlerinden Tutuklama”, s. 35.

³⁰¹ Sinar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 207.

Örneğin sağlık personeline karşı işlenen kasten yaralama suçunda failin devlet memuru olması, başlı başına kaçma ihtimalinin olmadığını göstermekte iken ayrıca HAGB sınırları içinde kalan bir suç nedeniyle kaçacağını veya delilleri karartacağını söylemek de hayatın olağan akışı içinde pek de mantıklı olmayacaktır. Başka bir örnek ise cinnet anında çocuğunu öldüren babanın samimi anlatımları ile olayın nasıl gerçekleştiğini anlatarak yargılamanın ilerlemesindeki katkısı göz önüne alındığında delilleri karartma tehlikesi bulunmadığı görülmektedir.

Yukarıda sayılan nedenlerle, şüpheli veya sanığın tutuklaması söz konusu olduğunda her şüpheli için ayrı ayrı olmak kaydıyla olaydaki rollerini ve hareketlerini temel alan somut olgulara dayanılması gerekmektedir³⁰². Aksi değerlendirilecek olursa tutuklama, ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır.

2.1.4. Adli Kontrol Tedbirlerinden Birine Karar Verilemeyecek Olması

Şüpheli veya sanığın tutuklanması, kişi hürriyetine yapılan ağır bir müdahaledir. Bazı durumlarda tutuklama şartları gerçekleşse dahi kişinin tutuklanması hakkaniyetle bağdaşmayabilir. Bu durumlarda kişinin tutuklanması, telafi edilemez sonuçlar doğurabilir. Bu ağır sonuçların önüne geçebilmek için CMK tutuklama tedbirine alternatif bir yöntem olan adli kontrol tedbirine yer vermiştir. Böylece tutuklamadan beklenen faydanın kişi hak ve özgürlüklerine daha az müdahalede bulunan bir koruma tedbiri ile karşılanması amaçlanmıştır³⁰³.

Adli kontrol tedbiri, tutuklamaya alternatif bir yöntem olarak uygulanabildiği gibi tutukluluk süresinin dolması üzerine salıverilen kişiler hakkında adli kontrolün uygulanacağı yönündeki CMK'nın 109. maddesinin 7. fıkrasında yer alan düzenleme gereği tutuklamayı takiben de uygulanabilir. Bazı durumlarda ise tutuklamadan bağımsız olarak da adli kontrol tedbirine başvurulabilir. Buna göre kanunda tutuklama yasağı öngörülmüş ise³⁰⁴ bu hallerde adli kontrol hükümleri uygulanabilir³⁰⁵.

³⁰² Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 374.

³⁰³ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 351.

³⁰⁴ Sadece adli parasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez (CMK m. 100/4). Tutuklama yasağı olan suçlardan bazıları şunlardır: Terk (TCK m.97/1), Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m.98/1), Çocuk düşürme (TCK m.100/1), Cinsel Taciz (TCK m.105/1.c), Tehdit (TCK m.106/1).

³⁰⁵ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.329.

Adli kontrol tedbiri ile, şüpheli veya sanığın denetim ve gözetim altında tutularak yargılama sürecinin istenilen aşamasında ona ulaşılarak yargılama sürecinin ilerlemesinin sağlanması ve mahkumiyet hükmü kurulur ise bu hükmün yerine getirilmesi amaçlanmaktadır³⁰⁶. Bu açıdan bakıldığında adli kontrol tedbiri ile tutuklamanın ağır sonuçlarını ortadan kaldırmanın amaçlandığı söylenebilir³⁰⁷. Ayrıca tutuklamaya karar verebilmek için adli kontrol kurumu ile bağlantı kurulmasıyla da şüpheli ve sanık açısından ciddi bir güvence sağlanması amaçlanmıştır.

Adli kontrol, CMK'nın 109 ila 115 inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. CMK'nın 109. maddesine göre bir suç nedeniyle yürütülmekte olan soruşturma kapsamında CMK'nın 100. maddesinde belirtilen tutuklama nedenleri varsa şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir³⁰⁸. Aslında bu düzenleme ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Zira yasa koyucu, daha hafif tedbirlerle tutuklamadan amaçlanan sonuca ulaşmanın mümkün olduğu hallerde tutuklamaya değil adli kontrol tedbirine başvurulması gerektiğini düzenleyerek ölçülülük ilkesini vurgulamıştır. CMK'nın 101. maddesinin 2. fıkrasında ise tutuklamaya, tutukluluğun devamına veya bu husustaki tahliye isteminin reddine karar verilirken kuvvetli suç şüphesini, bir tutuklama nedeni bulunduğunu ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirerek açık bir şekilde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanununun 14 üncü maddesiyle “*Adli kontrol hükümlerinin yetersiz kalacağını*” şeklinde ifade eklenmiştir. Böylece verilen her tutuklama kararında adli kontrol hükümlerinin neden yetersiz kalacağı hususunun da delillere dayanan somut olgularla ortaya konulması suretiyle keyfilikten uzak ve denetime elverişli kararlar verilmesi amaçlanmıştır.

³⁰⁶ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 329.

³⁰⁷ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 388.

³⁰⁸ CMK'da düzenlenen adli kontrol tedbirleri şunlardır: Yurt dışına çıkamamak, hakim tarafından belirlenen yerlere, belirlenen süreler içinde düzenli olarak başvurmak, hakim tarafından belirlenen mercii veya kişilerin çağrularına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak, her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanmamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek, özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya ucu ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek, şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hakimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak, silah bulundurmamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silahları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlamak, aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkum edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek, konutunu terk etmemek, belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek, belirlenen yer ve bölgelere gitmemek.

CMK'nın 109. maddesinin 4. fıkrasına göre şüpheli kadın tutuklunun, gebe olması veya doğum yaptığı tarihin üzerinden altı ay geçmemiş olması halinde tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Aynı durum ağır bir hastalığa maruz kalmış olan veya engelli olması yüzünden cezaevi koşullarında yaşamını tek başına sürdürmekte zorlanan şüpheli için de geçerlidir. Ancak tutukluluk yerine adli kontrol uygulanabilmesi için durumlarının 5275 sayılı CGTİK'nın 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir. Yapılan yargılama sonucunda sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulmuş ve hükme karşı istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olabilir. Bu durumda hükmü veren mahkeme, UYAP kayıtlarını inceledikten sonra adli kontrol kararı verebilecektir.

Adli kontrol tedbirine CMK'nın 100. maddesinde yer alan tutuklama nedenlerinin gerçekleşmesi durumunda başvurulabilir. Tutuklamanın şartları gerçekleşmemiş ise adli kontrol kararı verilmesi mümkün değildir. CMK'nın 109. maddesindeki düzenlemeden bu sonuca ulaşılmaktadır.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının adli kontrol talep etmesi halinde sulh ceza hakiminin tutuklama kararı verebilmesi söz konusu değildir³⁰⁹. Zira tutuklama kararı verilebilmesi için Cumhuriyet savcısının talebi gereklidir (CMK m.101/1).

Adli kontrol tedbiri soruşturma evresinde uygulanabileceği gibi kovuşturma evresinde sanık hakkında da uygulanabilir (CMK m.110/3).

Adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasına dair azami süre CMK'da düzenlenmemiştir. Örneğin yurt dışına çıkamamak tedbirine ne kadar süreyle başvurulacağı CMK'da belirtilmemiştir. Bu şekilde adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin koşul ve biçimlere kanun metninde yer verilmeyerek önemli bir boşluk oluşturulması eleştirilmekteydi³¹⁰.

08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16. maddesiyle CMK'nın 110. Maddesine (4) numaralı

³⁰⁹ Korkmaz, Fulya, "Adli Kontrol", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Özel Sayı, 2015, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208366>, (Erişim Tarihi: 12.04.2021), s. 536.

³¹⁰ Bayraktar, Köksal, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış" Legal Hukuk Dergisi, S. 32, (Ağustos 2005), <https://legalbank.net/belge/yeni-ceza-muhakemesi-kanununda-yer-alan-koruma-tedbirlerine-genel-bir-bakis/824018/Yeni+Ceza+Muhakemesi+Kanunu%20%80%99nda+Yer+Alan+Koruma+Tedbirlerine+Genel+Bir+Bak%4%b1%5%9f>, (Erişim Tarihi: 07.06.2021), s. 2865.

fıkra eklenmiştir³¹¹. Maddeye eklenen bu fıkra ile hakkında adli kontrol uygulamasına karar verilen sanık veya şüphelinin adli kontrol yükümlülüğünün devam etmesinin gerekip gerekmediği hususuna, en geç dört ay aralıklarla ve 109. madde hükümlerinin de göz önünde bulundurulmak suretiyle karar verileceği belirtilmiştir. Aynı Kanununun 17. maddesi ile de adli kontrol altında geçecek azami süreler belirlenmiştir. Buna göre ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde adli kontrol süresi en çok iki yıl olarak belirlenmiştir. Zorunlu hallerde ve gerekçesi gösterilmek şartıyla adli kontrol altında geçen süre, en fazla bir yıl daha uzatılabilecektir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise adli kontrol süresi en çok üç yıl olarak belirlenmiştir. Yine bu süre, zorunlu hallerde ve gerekçesi gösterilmek şartıyla toplamda üç yıl daha uzatılabilecektir. Ancak TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci , Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda uzatma süresi dört yılı aşamayacaktır. Çocuklar hakkında adli kontrol uygulamasına karar verilmiş ise, yukarıda belirtilen süreler yarı oranında uygulanacaktır³¹².

Düzenlemede yer verilen bu süreler, şüpheli veya sanığın adli kontrol yükümlülüğüne tabi tutulması gereken süreler değildir. Yasa koyucu bu süreleri kişilerin özgürlüklerini güvence altına almak ve ölçsüz bir şekilde adli kontrol uygulamalarının önüne geçmek amacıyla düzenlemiştir. Düzenlemede belirtilen süreler dolmadan da her zaman adli kontrol yükümlülüğüne son vermek mümkündür.

Adli kontrol tedbiri ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen suçlarda en çok beş yıl, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda ise maddede sayılan suçlar için yedi yıl diğer

³¹¹ 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun "Madde 16-5271 sayılı Kanununun 110 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "bu madde hükümleri" ibaresi "bu maddenin birinci ve ikinci fıkra hükümleri" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir: "(4) Şüpheli veya sanığın adli kontrol yükümlülüğünün devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda en geç dört aylık aralıklarla; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise resen mahkeme tarafından 109 uncu madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir."

³¹² 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun "Adli kontrol altında geçecek süre Madde 110/A – (1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde adli kontrol süresi en çok iki yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hâllerde gerekçesi gösterilerek bir yıl daha uzatılabilir. (2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, adli kontrol süresi en çok üç yıldır. Bu süre, zorunlu hâllerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda dört yılı geçemez.(3) Bu maddede öngörülen adli kontrol süreleri, çocuklar bakımından yarı oranında uygulanır."

suçlar için ise altı yıl olarak uygulanabilecektir³¹³. Bu ise tedbirin cezaya dönüşmesi anlamına geldiği ve süreleri makul olmaktan çıkardığı için eleştirilmiştir³¹⁴.

Ceza muhakemesi hukukunda mahsup, hükümden önce kişi özgürlüğünün sınırlandırıldığı sürelerin verilen cezadan indirilmesidir³¹⁵. CMK’da adli kontrol altında geçen sürenin verilecek cezadan mahsup edilmesi CMK’nın 109/3-e maddesinde belirtilen uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak, tedaviye tabi olmak durumu hariç kabul edilmemişken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 109. maddesinin 6. fıkrasına 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle konutunu terk etmemek yükümlülüğü altında geçen her iki günün, cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınacağı hükmü eklenmiştir³¹⁶. Bu düzenleme gereğince konutu terk etmeme yükümlülüğüne tabi tutulan sanık hakkında hapis cezası verilmesi durumunda, adli kontrol tedbiri uygulanarak geçirilen her iki gün, bir gün olarak hesaplanacaktır. Bu şekilde bulunan süre ise ceza infaz kurumunda geçirilecek süreden düşülecektir.

Ancak madde görüşmeleri sırasında konutu terk etmeme yükümlülüğünün AİHS 5/1-c kapsamında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma bağlamında tutuklama ile aynı sonuçları doğurduğu, bu sebeple mahsubun bire bir yapılması gerektiği muhalefet tarafından dile getirilmiş ancak kabul görmemiştir³¹⁷.

Görüşmeler sırasında muhalefet tarafından konutu terk etmeme yükümlülüğü ev hapsi olarak nitelendirilmiş ve uygulamada yaygın olarak başvurulacak bir tedbir olması kaygısı da dile getirilmiştir³¹⁸.

³¹³ 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16 ncı ve 17 inci maddeleri 01/01/2022 tarihinde yürürlüğe gireceği gözden kaçırılmamalıdır.

³¹⁴ Adalet Komisyonu Raporu, s. 82.

³¹⁵ Kaşka, Hakan, “Tutuklama-Mahsup-Erteleme Müesseselerinin Birlikte Uygulanma Halleri Üzerine Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.3, (2014), (Çevrimiçi) https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_26.pdf, (Erişim Tarihi: 01.09.2021), s.721

³¹⁶ Öğretide adli kontrol tedbirlerinden konutunu terk etmemek yükümlülüğünün verilecek cezadan mahsup edilmemesi eleştirilmekteydi. Konutunu terk etmemek şeklindeki adli kontrol uygulamasının cezadan birebir mahsup edilmesi, belli yerleşim bölgesini terk etmemek, belirlenen yer ve bölgelere gidememek yükümlülükleri bakımından ise belirlenecek oranda cezadan mahsup yapılması önerilmekteydi (Pamuk, Adli Kontrol, s. 534).

³¹⁷ Adalet Komisyonu Raporu, s. 82.

³¹⁸ Adalet Komisyonu Raporu, s. 81.

Tutuklama nedenlerinin varlığı halinde kişi özgürlüğüne daha az müdahale olan adli kontrol hükümlerinin uygulanması ile kişinin kaçma riski azaltılmakla birlikte hürriyetten tümü ile yoksun kılma durumunda oluşacak zararların önüne de geçilebilmektedir³¹⁹. Bu nedenle tutuklama kararı verilmesi söz konusu olan durumlarda öncelikle adli kontrol tedbirinin düşünülmesi zorunludur. 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanununun 14. maddesinin gerekçesinde tutuklamanın istisnai bir tedbir olduğu, öncelikle tutuklama yerine adli kontrol veya diğer koruma tedbirlerinin yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda mevcut koşullara ilaveten adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını gösteren delillerin somut olgularla gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre gerekçede adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının neden yetersiz kalacağı açık bir şekilde tartışılmalıdır.

2.1.5. Tutuklamanın Ölçülü Olması

CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrası *“işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.”* şeklinde düzenlenerek ölçülülük ilkesine yer vermiştir.

Tutuklamanın kişi özgürlüğüne yönelik en ağır müdahale olması sebebiyle kanun koyucu tutuklamanın maddi koşulları ve şekli koşullarını saymak suretiyle tutuklamanın sınırlarını belirlemiştir. Tutuklama hakkında bir karar verirken bu sınırlar içinde kalınmalı, tutuklamanın en son çare olarak başvurulması gereken ve kesinlikle gerekmediği takdirde uygulanmaması gereken bir tedbir olduğu unutulmamalıdır³²⁰.

Oranlılık ilkesi, CMK'da ölçülülük olarak ifade edilmiştir. Ölçülülük ilkesi amaca uygunluk, gereklilik ve yararlılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşur ve aşırılık yasağını da içinde barındırır. CMK düzenlemesinde ifade edilmek istenen aşırılık yasağıdır. Basit bir suç nedeniyle tutuklama tedbirine başvurulmamalı; tutuklulukta geçen süre, verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbirinden fazla olmamalıdır. Tutuklama tedbirine, yargılama sonunda verilecek ceza süresi kadar bir süre ile başvurulması, masumiyet karinesini de ihlal edecektir³²¹.

³¹⁹ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 329.

³²⁰ İçten, “Tutuklama ve Türkiye’deki Tutuklama Kararlarının Gereksizliği Sorunu”, s. 8.

³²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 280.

Ölçülülük ilkesi ile tutuklamaya en son çare olarak başvurulması gerektiği, basit suçlardan dolayı özgürlüğü kısıtlayan suçlardan dolayı tutuklama tedbirine başvurulmaması³²², başka tedbirlerle kişinin kaçması, saklanması, delilleri karartması ve tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunmasının önüne geçilmesinin mümkün olduğu hallerde tutuklama tedbirine başvurulmaması gerektiği anlatılmaktadır³²³.

İşin önemi, verilmesi beklenen ceza ya da güvenlik tedbirleri ile ölçülü olmaması, tutuklama kararı verilmesine engeldir. Ancak tutuklama gibi önemli bir konuda ölçülülük izah edilirken kanun koyucunun “işin önemi” şeklinde belirsiz bir ifade kullanması ve yargılama faaliyetini “iş” olarak değerlendirmesi yerinde olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir³²⁴.

CMUK’un 104. maddesinin 4. fıkrası “Soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabilecek ise veya tutuklama yerine başka bir yargılama önlemi ile amaca ulaşılabilecek ise tutuklamaya karar verilemez” ifadeleriyle daha anlaşılır bir şekilde düzenlenmişti. Buna göre soruşturma konusu fiilin önemi veya ceza ya da emniyet tedbirinin uygulanması halinde tutuklama bir haksızlığa sebep olabilecekse veya tutuklama yerine başka bir yargılama önlemi ile amaca ulaşılabileceği durumlarda tutuklama kararı verilemeyecektir³²⁵.

Anayasa Mahkemesi’ne göre ölçülülük; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşur. Elverişlilik, başvuru müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder. Gereklilik, ulaşılmak istenen amaç yönünden müdahalenin zorunlu olmasını başka bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşabilmenin mümkün olmamasını ifade eder. Orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunmasının gerekli olmasıdır³²⁶.

Anayasa Mahkemesi, isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak yaptırımın ağırlığı dikkate alındığında tutuklama tedbirine başvuru kararının ölçülü olmadığı hallerde tutuklama kararı

³²² Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 287.

³²³ Koca, Mahmut, “Tutuklamada Oranlilik İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46859/587603> , (Erişim Tarihi: 06.06.2021), s.116.

³²⁴ Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 924.

³²⁵ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 337.

³²⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 16.02.2017 tarih ve B.N.2014-4994 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4994?BasvuruAdi=HALAS+ASLAN> , (Erişim Tarihi: 22.04.2021), par. 68.

verilemeyeceğini, ayrıca tutuklama kararı verebilmek için alternatif diğer koruma tedbirlerinin de yeterli olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu çerçevede adli kontrol yükümlülüklerinin ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olması durumunda tutuklamaya karar verilmemesi gerekir³²⁷.

Tutukluluğun devamı hakkında karar verileceği zaman da ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerekir. Tutukluluğun devamına karar verilirken bireyin temel hak ve özgürlüklerini kullanamaması nedeniyle uğradığı zarar ile elde edilen kamusal faydanın arasında bir orantının var olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu açıdan bakıldığında tutuklama tedbirine başvurulması, kişinin katlanılmaz derecede kayıplara uğramasına neden olmamalıdır. Başka bir husus ise tutukluluğun devamına karar verilirken, belli görevlerde bulunan kişilerin tutuklama nedeniyle sahip oldukları temel hak ve özgürlükleri kullandıklarında oluşacak kamusal faydadan çok daha ağır basan korunacak bir yararın varlığının somut olgularla ortaya konulmadığı durumlarda tutuklama ölçülü olmayacaktır³²⁸.

AİHM ise tutuklamanın AİHS kapsamında kabul edilebilir olması için “*kanunda öngörülen yükümlülüğün*” daha hafif tedbirlerle yerine getirilmesinin mümkün olmaması gerektiğini belirtmektedir³²⁹.

Yukarıda basit suçlardan dolayı tutuklama kararı verilmemesi gerektiği belirtilmişti. Son günlerde sosyal medya üzerinden Cumhurbaşkanına hakaret edildiği iddia edilerek soruşturmalar başlatıldığı, hatta tutuklama kararları dahi verildiği hususunda haberler basında yer almaktadır. Elbette ki ifade hürriyeti, kişilere, başkalarına hakaret etme hakkı vermemektedir. Ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan fiilleri işleyen kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması mümkündür. Ancak her suç tipinde olduğu gibi ifadenin

³²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2017 tarih ve B.N.2014-4994 sayılı kararı, par. 69.

³²⁸ “118. Milletvekili seçildikten sonra yapmış olduğu tahliye talebi ile ilgili karar ve bu karara itiraz üzerine verilen karar tarihinde başvuru yaklaşık olarak 2 yıl dört ay tutuklu kalmıştır. Özellikle 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinin (3) numaralı fıkrasında tutuklama yerine öngörülen adli kontrol hükümlerinin 6352 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 5/7/2012 tarihinden itibaren başvuru lehine de uygulanma imkanı ortaya çıkmıştır. Buna rağmen, anılan kararlarda hedeflenen meşru amaçla yapılan müdahale arasında gözetilmesi gereken denge açısından, mevcut adli kontrol tedbirlerinin yeterince dikkate alınmadığı sonucuna varılmıştır. Bu sonuç, 6352 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdikten sonraki tahliye talepleri üzerine verilen kararlar bakımından daha belirgindir. Bu durumda, tutukluluğun devamına karar verilirken yargılamanın tutuklu sürdürülmesinden beklenen kamu yararı ile başvuru kişinin seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkı arasında ölçülü bir denge kurulmadığı ve bu nedenle tutuklu kaldığı sürenin makul olmadığı sonucuna varılmıştır” (Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.2013 tarih ve B.N.2012-1272 sayılı kararı, par. 118).

³²⁹ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 335.

açıklanması suretiyle işlenen suçlar nedeniyle koruma tedbiri uygulanarak kişi hak ve özgürlüğüne müdahalede bulunulacak ise ölçülülük ilkesine mutlaka uyulmalıdır³³⁰.

Sosyal medya aracılığıyla gerçekleştirilen Cumhurbaşkanına hakaret suçları, ihbar veya şikayet üzerine öğrenilebildiği gibi kolluk kuvvetleri tarafından açık kaynak araştırması olarak adlandırılan yöntemle de tespit edilebilmektedir. Bu şekilde yapılan tespit sonucunda fail olduğu değerlendirilen kişi, soruşturma makamı tarafından davet edilene kadar hakkında soruşturma yürütüldüğünü bilememektedir. Bu arada deliller zaten toplandığından fail tarafından delillerin karartılması da söz konusu değildir. Ayrıca Cumhurbaşkanına hakaret suçunun kovuşturulması Adalet Bakanının iznine tabi olup sanığa verilebilecek ceza miktarı ise TCK'nın 299. maddesine göre³³¹ 1 yıl 2 ay ile 4 yıl 8 ay arasında hapis cezasıdır. Bu yönlerden bakıldığında öncelikle ceza miktarı yönünden HAGB sınırları içinde kalan bir suç nedeniyle yürütülen soruşturmada fiilin önemi ve uygulanabilecek ceza miktarı dikkate alındığında sanığın kaçma ihtimalinin bulunmadığı, delillerin önceden toplanmış olması nedeniyle de delilleri karartma tehlikesinin olmaması nedenleriyle tutuklama kararı verilmemelidir. Bu suç nedeni ile adli kontrol tedbiri ile de tutuklamadan amaçlanan sonuca ulaşmanın mümkün olup olmadığı değerlendirilebilir. Bir görüşe göre kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayan ve koruma tedbirlerinin en ağırı olan tutuklama tedbirine, olur olmadık her suç tipinde başvurulmamalıdır³³². Zira ceza muhakemesinin amacı insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğe ulaşmaktır. Soruşturma ve kovuşturma sırasında anayasal ilkelerden taviz verilmemeli, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamalar mutlaka ölçülü ve makul olmalıdır³³³. Toplumda korku uyandırarak sessiz ve tepkisiz bir toplum oluşturmak gayesi güden, ceza yargılamasının amaçlarına hiçbir olumlu katkısı olmayan koruma tedbirlerinin çağdaş hukuk düzeninde de ceza hukukunda da yeri olmamalıdır³³⁴.

³³⁰ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 335.

³³¹ TCK'nın 219. maddesinde Cumhurbaşkanına hakaret suçu şu şekilde düzenlenmiştir: “Madde 299- (1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/35 md.) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır. (3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”

³³² Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 336.

³³³ 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Gerekçesi.

³³⁴ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 336.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TUTUKLAMA KORUMA TEDBİRİNİN ŞEKLİ ŞARTLARI

3.1. Tutuklamanın Şekli Şartları

3.1.1. Muhakeme Şartının Gerçekleşmesi

Ceza muhakemesi hukukunda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi için bazı şartların somut olayda varlığı aranabilir. Bu şartların gerçekleşmemesi halinde dava açılmamakta ya da yargılama yapılabilmesi mümkün olamamaktadır. Soruşturmanın başlayabilmesi, devam edebilmesi ve kovuşturma yapılabilmesi için aranan şartlar ile mahkemenin yargılama yapabilmesi için aranan şartların tümüne “*muhakeme engelleri*” denilmektedir. Bu şartların bir kısmının gerçekleşmediği durumlarda soruşturma, diğer bir kısmının gerçekleşmemesi durumunda ise kovuşturma yapılamamaktadır³³⁵.

Muhakeme şartlarının bulunup bulunmadığı hususu, muhakemenin her aşamasında re'sen kontrol edilmesi gereken bir husustur. Burada bahsi geçen “*şart*”ın bulunmaması muhakemeye engel olmakta iken varlığı her zaman muhakeme yapılmasını gerektirmemektedir³³⁶.

Ceza muhakemesinin yapılabilmesi için muhakeme şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi halinde ise ceza yargılamasının yapılamayacaktır. Tutuklama duruşması da ceza yargılaması içinde yer aldığından Cumhuriyet savcısının, şüphelinin tutuklanması için sulh ceza hakiminden istemde bulunması mümkün değildir³³⁷. Kovuşturma aşamasında ise sanık sorguya çekilemeyeceğinden hakkında tutuklama kararı verilemeyecektir. Kısaca; muhakeme şartının gerçekleşmediği durumlarda soruşturma

³³⁵ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.125.

³³⁶ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 584.

³³⁷ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 585.

aşamasında şüpheli hakkında, kovuşturma aşamasında ise sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir.

Muhakeme şartları sadece CMK'da düzenlenmemiştir. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu gibi diğer bazı kanunlarda da düzenlenmiştir.

Şikayet, bir muhakeme şartıdır. Şikayete bağlı suçlarda soruşturmanın başlayabilmesi ve devamında kovuşturma aşamasına geçilebilmesi için şikayetin varlığı şarttır. Ancak soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malül olması veya güçsüzlüğü nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunan kişilere karşı bir suç işlenmesi durumunda failin suçüstü halinde iken yakalanması şikayete bağlı değildir (CMK m. 90/3). Muhakeme şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan böyle durumlarda tutuklama kararı verilmesi mümkündür. Ancak böyle bir durumda kendisine karşı suç işlenen kişi veya yasal temsilcisinden şikayetçi olup olmadığı derhal sorulmalı³³⁸, şikayetin yokluğu durumunda şüpheli serbest bırakılmalıdır.

Bazı durumlarda ise suçun yanlış nitelendirilerek şikayete bağlı olmadığı halde muhakeme süreci ilerletilebilmektedir. Soruşturma aşamasında suçun soruşturulması şikayete bağlı olan bir suç olduğu ama bir şikayetin olmadığı durumlarda soruşturma durdurulmalı, şikayet koşulunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği beklenmeli³³⁹, şüpheli tutuklu ise derhal serbest bırakılmalıdır.

Ancak kovuşturma aşamasına geçildikten sonra suçun takibi şikayete bağlı bir suç olduğu anlaşılır ise mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edilmelidir (CMK m.158/7). Kanaatimize göre böyle bir durumda daha önce verilen tutuklama kararı şartları devam ediyor ise uygulanmaya devam edilmelidir.

Bazı görevlerde bulunan kişiler hakkında konumları gereği soruşturma yapılabilmesi izne bağlanmış olabilir. Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için yetkili mercinin izin vermesi gerekmektedir.

³³⁸ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.128.

³³⁹ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 586.

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre Cumhuriyet başsavcıları; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle bir suç işlediğini öğrendiklerinde toplanması gerekli olan ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit etmekle yetinecek, suçla itham edilen kişinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isteyecektir. Cumhuriyet savcısının, ifadesine dahi başvuramadığı faili, tutuklanması istemiyle sulh ceza hakimine sevk etmesi mümkün değildir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin 1. fıkrasına göre avukatların, avukatlık veya TBB ya da baro organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Adalet Bakanı, izin vermediği sürece hakkında soruşturma açılmayan avukatlar hakkında tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 88. maddesinin 1. fıkrasına göre ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında suç işlediği öne sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Bu maddeye göre ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında hakimler ve savcılar hakkında tutuklama yasağı bulunmaktadır.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesine göre MİT mensuplarının veya belirli bir görevin ifası için Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilen kamu görevlilerinin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Cumhurbaşkanı'nın iznine bağlıdır. Aynı şekilde MİT Başkanı hakkında soruşturma yapılması da Cumhurbaşkanı'nın iznine bağlıdır. MİT mensupları hakkında ihbar veya şikayeti alan Cumhuriyet savcıları durumu MİT'e bildirir. MİT, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtir veya belgelendirirse adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz. Ancak soruşturma izni talep edebilir.

Anayasa'nın 83. maddesinin 1. fıkrasına göre milletvekilleri meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumda Başkanlık Divanın teklifi üzerine TBMM tarafından başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamaktan veya açığa vurmaktan dolayı sorumlu tutulamazlar. Buna "*mutlak yasama dokunulmazlığı*"

denir. Mutlak yasama dokunulmazlığı, Meclis çalışmaları sırasındaki oy ve sözleri, açıkladığı düşünceler ile yaptığı yorum ve eleştirileri de kapsar. Milletvekilleri, Meclis çalışmaları ile ilgili oy ve sözleri ile Mecliste ileri sürdükleri açıklamalar nedeniyle milletvekilliği sırasında olduğu gibi milletvekilliği bittikten sonra da hiçbir şekilde tutulamaz, sorguya çekilemez ve tutuklanamaz. Başka bir ifade ile mutlak yasama dokunulmazlığı, tam ve daimi bir yargı muafiyeti sağlar³⁴⁰.

Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasına göre seçimden önce veya sonra bir suç işlediği iddia edilen milletvekili TBMM'nin kararı olmadan tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ancak ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışında tutulmuştur. Bu durumda geçici yasama dokunulmazlığından bahsedilir.

Geçici yasama dokunulmazlığı, milletvekillerinin herhangi bir engelle karşılaşmadan, baskı ve tesir altında kalmaksızın yasama faaliyetlerine katılması ve milleti en iyi şekilde temsil edebilmeleri amacıyla kabul edilmiştir. Geçici yasama dokunulmazlığı, ceza hukuku ile sınırlı olup milletvekilinin seçimden önce veya sonra işlemiş olduğu şahsi suçlarını ve seçimden önce veya sonra kesinleşen mahkumiyetlerini kapsar. Böylece milletvekili, cezanın infazını sağlamak veya soruşturma veya kovuşturmanın yapılabilmesi için yakalanamaz, tutuklanamaz. Ancak Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrası ile bu kurala iki istisna getirilmiştir. Bunların ilki ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde, ikincisi ise seçimden önce başlanmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilen suçları işleyen milletvekilleri tutulabilir ve tutuklanabilir.

Günümüzde geçici yasama dokunulmazlığının milletvekillerine suç işleme ayrıcalığı tanıdığı öne sürülerek kaldırılması gerektiğini belirten görüşler karşısında geçici yasama dokunulmazlığının amacının milletvekillerine suç işlemek ayrıcalığı sağlamak olmadığı, seçmenlerini TBMM'de temsil edebilmelerinin engellenmesinin önüne geçmek olduğu, bu yüzden kaldırılmasının doğru olmadığı şeklinde görüşler de bulunmaktadır³⁴¹.

³⁴⁰ Şen, Ersan/Özdemir, Bilgehan, Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 132.

³⁴¹ Şen/Özdemir, Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması, s. 134.

Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesine göre diplomatik ajanlar, kabul eden devletin ceza yargısından bağışık tutulmuşlardır. Sözleşme'nin 29. maddesinde ise diplomatik ajanların şahsi dokunulmazlıkları bulunduğu, hiçbir şekilde tutuklama ve gözaltına alınamayacakları belirtilmiştir. Diplomatik ajanlar sözleşme gereği kabul eden devletin ceza yargısından bağışık tutulmuşlarsa da gönderen devletin ceza yargısından bağışıklıkları söz konusu değildir.

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 41. maddesine göre konsolosluk memurları ancak ağır bir suç işlemeleri halinde ve yetkili adli makamın kararıyla gözaltına alınabilir ve tutuklanabilir.

3.1.2. Şüpheli/Sanığın Hazır Bulunması

Tutuklama kararı verilebilmesi için şüpheli veya sanığın hakim veya mahkeme huzurunda hazır bulunması gerekir. Soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme veya hakim sanığın sorgusunu yaptıktan sonra tutuklama konusunda bir karar verebilir³⁴².

1412 sayılı CMUK'da tutuklanması talep edilen sanığın hazır olması halinde karar verilmeden önce dinleneceği, hazır değilse yokluğunda ve evrak üzerinden karar verileceği düzenlenmişti (CMUK m.106/1). Gıyabi tutuklama olarak da adlandırılan bu yöntemde tutuklama kararı verecek olan makam, yüz yüzelik ilkesine aykırı olarak şüpheli veya sanığı görmeden karar vermektedir. Oysa şüpheli veya sanık, kendisini savunma ve meramını anlatma hakkını kullanabilmelidir. Bu imkanın sağlanması ise hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Aksi halde adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur. Bu ise kişi özgürlüğü yönünden gayet tehlikeli sonuçlara sebep olabilir. Bu tehlikeleri öngören yasa koyucu, CMK ile sanığın yokluğunda (gıyabi) ve evrak üzerinden tutuklama kararı verilmesi ile ilgili düzenlemeyi kaldırmıştır. CMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte hakkında tutuklama istenen şüpheli veya sanığın hakim veya mahkeme önüne çıkarılması ve karar verilmeden önce dinlenmesi gerekmektedir. CMK'ya göre hakim veya mahkeme, huzuruna getirilmeyen şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı veremeyecektir. Bu anlamda CMK ile gıyabi tutuklama uygulamasına son verilmiştir.

³⁴² Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 336.

Ancak gıyabi tutuklamanın bazı gereklilikleri karşıladığı gerçeğini de göz ardı etmemek gerekmektedir. CMK, bu gereklilikleri karşılamak adına gıyabi tutuklamaya alternatif bir kurum olan “yakalama emri” ne ilişkin düzenlemeye yer vermiştir. CMK’nın 98. maddesine göre hakim veya mahkeme, huzuruna getirilemeyen şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı veremeyecek, şartları oluşmuş ise yakalama emri düzenleyebilecektir.

CMK’nın 98. maddesi ile yakalama emri düzenlenebilecek haller sınırlı olarak sayılmıştır. Sayılan ilk hal, soruşturma evresinde şüphelinin çağrı üzerine gelmemesi veya şüpheliye çağrı yapılamaması halidir. Bu durumda Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilecektir (CMK m. 98/1).

İkinci olarak tutuklama isteminin reddi halinde yapılan itirazın kabulü halinde itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilecektir (CMK m. 98/1-2.cümle).

Yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir diğer durum ise firar durumudur. Buna göre yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilecektir (CMK m. 98/2).

Yakalama emri düzenlemesini gerektiren başka bir durum ise kovuşturma evresi ile sınırlı olmak üzere kaçak sanık hakkında yakalama emri düzenlenmesidir. Böyle bir durumda yakalama emri re’sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından düzenlenir (CMK m. 98/3).

Hakim veya mahkeme tarafında verilen yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli veya sanık, en geç yirmi dört saat içerisinde yetkili hakim veya mahkeme huzuruna çıkarılmak zorundadır (CMK m. 94/1) . Eğer bu mümkün değil ise sesli ve görüntülü iletişim sistemi (SEGBİS) kullanılarak yetkili hakim veya mahkeme tarafından kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır (CMK m. 94/2).

Kişilerin özgürlüğünü kısıtlayan yakalama emrinin doğuracağı sakıncaların önüne geçmek amacıyla 08/07/2021 tarihinde 7331 sayılı Kanunun 12 inci maddesiyle CMK’nın 94. maddesine 3. fıkraya eklenmiştir. Buna göre; yakalama emrinin ifade almaya yönelik olduğu hallerde mesai saatleri dışında yakalanan kişi, belirlenen tarihte yakalama emrini çıkaran yargı

mercii önünde hazır bulunmayı taahhüt ederse Cumhuriyet savcısının emri ile serbest bırakılabilecektir. Bu hükmün uygulanabilmesi için yakalama emrinin ifade almaya yönelik düzenlenmiş olması, yakalamanın mesai saatleri dışında gerçekleşmesi, kişinin belirlenen tarihte yargı mercii önüne çıkmayı taahhüt etmesi ve Cumhuriyet savcısının emri gerekmektedir. Maddenin lafzından ilk üç şartın varlığına rağmen Cumhuriyet savcısının kişiyi serbest bırakmayabileceği anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda Cumhuriyet savcısı, serbest bırakmama nedenlerini gerekçede açıklamak zorundadır.

Burada belirtmek gerekir ki yukarıdaki hüküm her yakalama emri için ancak bir kez uygulanabilecek ve taahhüdünü yerine getirmeyen kişi idari para cezası ile cezalandırılacaktır (CMK m. 94/3).

Yakalama emri üzerine yakalanıp yetkili mahkeme veya hakim önüne çıkarılan kişi, CMK'nın 100. maddesinde gösterilen şartların varlığı halinde tutuklanabilecektir. Kişi, başka yerde yakalanmış ise tutuklanacağı veya serbest bırakılacağı hususunu değerlendirme yetkisi, yakalama emrini düzenleyen hakim veya mahkemeye aittir. Yakalama emrinin icrası ile birlikte şüpheli veya sanık, hakim veya mahkeme huzuruna çıkarılmakta, kendisine yönelik suçlamalar anlatıldıktan sonra savunma hakkı tanınmakta, böylece adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiş olmaktadır.

Kural olarak şüpheli veya sanığın yokluğunda tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir. Ancak bazı durumlarda şüpheli veya sanığın yokluğunda tutuklama kararı verilebilir. Bu durumların ilki kişinin “kaçak” olmasıdır. Kaçak; hakkındaki kovuşturmanın veya soruşturmanın neticelendirilmesine engel olmak amacıyla yurt içinde saklanan veya yurt dışında bulunan ve bu nedenle yargılama makamlarının kendisine ulaşamadığı kişidir (CMK m. 247/1). Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir fakat daha önce sorgusu yapılmamış ise mahkumiyet kararı verilemez (CMK m. 247/3). Sulh ceza hakimi veya mahkeme, kaçığın yokluğunda tutuklama kararı verebilir (CMK m. 248/5). Ancak bu hüküm, sadece yurt dışında bulunan kaçaklar hakkında uygulanabilir³⁴³.

³⁴³ 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 5. maddesinde, CMUK yürürlükte iken verilmiş giyabi tutuklama kararlarının CMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, 248. maddenin 5. fıkrası hariç olmak üzere yakalama emrine dönüşeceği, CMK'nın 248. maddenin 5. fıkrasının ise sadece yurt dışında bulunan kaçaklar hakkında uygulanacağı belirtilmiştir.

Şüpheli veya sanığın yokluğunda tutuklama kararı verilebilecek ikinci hal ise; tutuklama talebinin reddi halinde bu karara karşı Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan itiraz üzerine itirazı inceleyen mercii tarafından tutuklama kararı verilmesidir (CMK m. 271/2). Tutuklama talebinin reddi ile birlikte şüpheli veya sanık serbest bırakılmakta, yapılan itiraz da sanığın yokluğunda, duruşma yapılmaksızın, evrak üzerinden incelenerek tutuklama kararı verilebilmektedir (CMK m. 271/1). Öğretide CMK'nın 271. maddesinde yer alan düzenlemenin şüpheli veya sanığın yokluğunda tutuklama kararı verilememesi kuralının bir istisnası olarak kabul edilmesine, tutuklama kararının bu hallerde de çelişmeli olarak verilmesi, duruşma yapılarak şüpheliye savunma imkanı tanınması gerektiği, ancak bu hak ve imkanların tanınmadan verilecek bir tutuklama kararının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği gerekçesi ile karşı çıkmaktadır³⁴⁴.

3.1.3. Sanığa Güvence Belgesi Verilmemiş Olması

Bazı durumlar vardır ki sanık yargılamaya katılmak istemekte, ancak tutuklanma korkusu ile ortaya çıkamamaktadır. Farklı bir durum ise yargılamanın yapılabilmesi adına mahkemenin, sanığa ortaya çıkmasını ve yargılamaya katılmasını teşvik etmek için tutuklanmayacağına dair garanti vermesidir. Her iki durumda da yargılamaya katılmasını sağlamak amacıyla sanığa tutuklanmayacağı hususunda mahkeme tarafından verilen belgeye “*güvence belgesi*” denilmektedir.

CMK'nın 246. maddesinde gaip olan sanığa duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla güvence belgesi verilebileceği belirtildikten sonra bu güvencenin hükümsüz kalacağı durumlara yer verilmiştir. Buna göre, mahkeme, gaip olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence verebilir ve bu güvenceyi koşullara bağlayabilir (CMK m. 246/1). Bu düzenlemeden güvence belgesi verilmesi için gereken şartları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

Güvence belgesi, kovuşturma aşamasında verilebilen bir belgedir. Bu yüzden şüpheli hakkında güvence belgesi verilmesi mümkün değildir. Güvence belgesi, mahkeme tarafından verilebilir. Cumhuriyet savcısının güvence belgesi verme yetkisi bulunmamaktadır. Güvence

³⁴⁴ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 337.

belgesi verilebilmesi için talepte bulunulması şart olmadığı gibi Cumhuriyet savcısının, müdafinin veya sanığın talebi üzerine de güvence belgesi verilebilir³⁴⁵.

Güvence belgesi, herhangi bir suçtan dolayı verilebilir. CMK, bu konuda bir sınırlandırma yoluna gitmediğinden en ağır suçlardan dolayı dahi güvence belgesi verilebilmesi mümkündür.

Güvence belgesinin şahsı mı yoksa eylemi mi (suçu) esas aldığı tartışılması gereken bir husustur. Şahsı esas alarak düzenlenen güvence belgesi, sanığın duruşma açılmayan eyleminden dolayı değil, isnat edilen tüm fillerden dolayı tutuklanmayacağını güvenceler. Eylemi (suçu) esas alarak düzenlenen güvence belgesi ise sadece hakkında duruşma açılmayan eylemi kapsar³⁴⁶. CMK, suçu esas alan güvence belgesi sistemini kabul etmiştir. Böylece güvence belgesi hangi suç için verilmişse sanık ancak o suçtan dolayı tutuklanamayacaktır. Başka bir ifadeyle birden fazla suç işleyen sanık, hangi eyleminden dolayı güvence belgesi düzenlenmiş ise sadece bu suçtan dolayı tutuklanamayacak, güvence belgesi verilmeyen diğer suçlardan dolayı ise tutuklanabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, farklı suçlar ifadesinden farklı mahkemelerde yapılan yargılamaların anlaşılması gerektiğidir. Bu arada sanık başka bir suç işlerse bu suçtan dolayı da tutuklama kararı verilebilir.

Güvence belgesi suç sayılan eylemden dolayı verildiğinden, yargılama sırasında suçun nitelendirmesinde değişiklik yapılarak sanık hakkında tutuklama kararı verilemez³⁴⁷.

Güvence belgesi, daha önce tutuklama kararı verilmiş sanık hakkında da verilebilir³⁴⁸.

Güvence belgesi, koşullara bağlanabilir. Ancak bu koşullar güvence belgesi verilmesinin amacıyla bağdaşmayan nitelikte olmamalıdır. Güvence belgesi koşula bağlı olarak verilecekse bu koşullar güvence belgesinde açık ve anlaşılır bir şekilde yazılmalıdır. Güvence belgesinde yazan bu koşullar daha sonra sanığın aleyhine ağırlaştırılmayacağı gibi eğer güvence belgesi koşulsuz verilmişse daha sonra herhangi bir koşul da getirilmeyecektir³⁴⁹.

³⁴⁵ Parlar, Ali, İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017, s. 1062.

³⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 839.

³⁴⁷ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 371.

³⁴⁸ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 371.

³⁴⁹ Parlar, İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s. 1063.

Fakat güvence belgesinin koşula bağlı verildiği hallerde bu koşulların kaldırılmasına bir engel bulunmamaktadır. Hakim gerek kalmadığını düşündüğü hallerde koşulu kaldırabilmelidir.

Güvence belgesinin hukuki geçerliliğini koruduğu sürede başka koruma tedbirlerine başvurulması mümkündür. Ancak başvuru bu koruma tedbirlerinin güvence belgesinin amacı ile kesişen yani kişiyi özgürlüğünden alıkoyan tedbirler olmaması gerekir. Örneğin güvence belgesi verilen sanık hakkında aynı eyleminden dolayı yakalama ve gözaltına alma tedbirlerine başvurulması mümkün olmadığı halde arama, el koyma, iletişimin tespiti gibi güvence belgesinin mahiyetine uymayan koruma tedbirlerine şartları gerçekleşmiş ise başvurulması mümkündür³⁵⁰.

Güvence belgesinin geçerli olacağı süre konusunda CMK'da bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bazı hallerde güvence belgesinin hükümsüz kalacağına yer verilmiştir. Sanığın hapis cezası ile mahkum olması, kaçma hazırlığında bulunması veya güvence belgesinin bağlandığı koşullara uymadığı durumlarda güvence belgesi bir anlam ifade etmeyecek ve sanık hakkında tutuklama kararı verilebilecektir.

Sanık, güvence belgesi verilmesine neden olan eyleminden dolayı yapılan yargılama sonucunda hapis cezası almış olabileceği gibi başka bir eyleminden dolayı yapılan yargılamanın sonuçlanması üzerine de hapis cezası almış olabilir. İlk durumda sanık hakkında güvence belgesinin hükümsüz kalacağı açıktır. Ancak ikinci durum tartışmalıdır. Madde metninde geçen "*hapis cezası ile mahkum olur*" ibaresi gayet açıktır ve güvence belgesi verilmiş olan fiil için değil aksine sanığın yargılandığı diğer suçlarından dolayı da hapis cezası ile sonuçlanabilecek mahkumiyet kararlarını da kapsar. Bu yüzden sanığın herhangi bir suçtan hapis cezası ile mahkum olması, güvence belgesini hükümsüz kılar³⁵¹. Ancak sanığa verilecek güvence belgesi ile sanığın duruşmalarda hazır bulunması amaçlanmaktadır. Güvence belgesine bu amaca aykırı olarak caydırıcı nitelikte koşulların konulması mümkün değildir. Oysa sanığın yargılandığı başka bir suçtan hapis cezası ile mahkum olması durumunda sanığa verilen güvence belgesinin hükümsüz kalmasının kabul edilmesi, sanık için caydırıcı bir anlam ifade edeceğinden ortaya çıkmasına mani olacaktır. Güvence belgesi verilmesinin amacına aykırı olan yukarıdaki görüşe bu nedenlerle katılmamaktayız.

³⁵⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.838; Parlar, İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s. 1063.

³⁵¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 854.

Sanığın kaçma hazırlığında bulunması durumunda da güvence belgesi hükümsüz kalır. Buradaki “kaçma” ibaresinden sadece yurt dışına kaçmayı değil aynı zamanda yurt içinde saklanarak hakkında yürütülmekte olan ceza muhakemesinin herhangi bir aşamasına katılmamak olarak da anlamak gerekir. Ancak böyle bir amacı bulunmaksızın isteği dışında veya meşru bir amaç doğrultusunda duruşmalara katılmayan sanığın eylemi kaçma olarak nitelendirilmemelidir. Örneğin hastalığı veya geçirdiği kaza nedeniyle ağır yaralanan sanığın kaçtığı iddia edilerek güvence belgesi hükümsüz hale getirilemez³⁵².

Güvence belgesi bir koşula bağlanmış, bu koşul da sanık tarafından yerine getirilmemiş ise güvence belgesi hükümsüz kalır. Güvence belgesinde birden fazla koşula yer verilmiş olduğu durumlarda bu koşullardan birinin dahi yerine getirilmemesi halinde güvence belgesinin bir hükmü kalmayacaktır. Ancak güvence belgesinin hükümsüz kalması için sanığın bilerek ve isteyerek koşulu yerine getirmemesi gerekir.

CMK, güvence belgesi kurumunu, gaip sanık hakkında düzenlemiştir. Ancak CMK'nın 248. maddesinin 7. fıkrasındaki düzenleme gereği bu hükümler kaçaklar hakkında da uygulanacaktır.

3.1.4. Tutuklama Yasağının Bulunmaması

3.1.4.1. CMK'da Tutuklama Yasağı

Ölçülülük ilkesi, tüm koruma tedbirlerine başvurabilmek için aranması gereken ortak bir koşuldur. Ancak tutuklama, kişi özgürlüğünü sınırlandıran en ağır müdahale olduğu için yasa koyucu, tutuklama yönünden bazı tutuklama yasakları belirleyerek objektif ölçüsüzlük kriterleri ortaya koymuştur. Tutuklama yasakları olarak adlandırılan ve yasada geçen hallerin söz konusu olduğu durumlarda verilebilecek ceza ile uygulanacak tutuklama tedbiri arasında ölçüsüzlük olduğunu kabul eden kanun koyucu, emredici bir hükümle hakimın takdir yetkisini kaldırmıştır³⁵³.

Yasa koyucu eski kanunda da tutuklama yasağını düzenlemiştir. CMUK 104. maddesinin 3. fıkrasında kişinin altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı suç işlemesi halinde işlenen suçun

³⁵² Parlar, İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s. 1064; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 854.

³⁵³ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 334.

toplumda infial oluřturması veya ikametgahının veya meskeninin bulunmaması veya kim olduđunu ispat edememesi halinde tutuklanabileceđi belirtilmiřti. Ancak bu hůkım gerek ceza miktarı yůnunden tutuklama yasađına tabi olan suçları oldukça daralttıđı gerekse maddede geçen ölçůtlerin keyfi uygulamalara yol açabilecek nitelikte olmaları nedeniyle eleřtirilmekteydi. Yeni kanun olan CMK ile hem tutuklama yasađının kapsamı geniřletilmiř hem de ۆnceki kanunda yer alan subjektif kavramlara yer verilmemiřtir³⁵⁴.

CMK'nın ilk halinde tutuklama yasađı, ۆst sınırı iki yıl hapis cezası gerektiren suçlar açasından kabul edilmiřti. CMK daha yůrűrlűge girmeden ۆnce 25.05.2005 tarihinde 5353 sayılı kanunla bu maddede deđiřikliđe gidilmiř ve ۆst sınırı iki yıl olarak ۆngörűlen süre bir yıla dűřürűlműřtür. Bۆylece kanun deđiřikliđi ile reřit olmayanla cinsel iliřki, cinsel taciz³⁵⁵, konut dokunulmazlıđının ihlali, hakaret, gűveni kۆtűye kullanma gibi bazı suçlar bakımından tutuklama yasađı kaldırılmıřtır. Ancak 02.07.2012 tarihinde 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleřtirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Deđiřiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İřlenen Suçlara iliřkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un 96. maddesiyle CMK'nın 100. maddesinde bir kez daha deđiřikliđe gidilerek tutuklama yasađına iliřkin süre tekrar iki yıla ıkarılmıřtır³⁵⁶.

CMK, tutuklama yasaklarını *“Sadece adli para cezasını gerektiren veya vűcut dokunulmazlığına karşı işlenenler hariç olmak ۆzere hapis cezasının ۆst sınırı iki yıldan daha fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.”* şeklinde dűzenlemiřtir (CMK m.100/4). Buna gۆre; sadece adli para cezasını gerektiren suçlar, tutuklama yasağı kapsamındadır. Adli para cezası ile birlikte hapis cezası da ۆngörűlműř ise yani ceza seçimlik ise işlenen suçun tutuklama yasağı kapsamında olup olmadığına ceza miktarının ۆst sınırına bakılarak karar

³⁵⁴ Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 216.

³⁵⁵ Tutuklama yasağının kapsamı sadece CMK'nın 100. maddesinin 4. fıkrasında yapılan değişikliklerle sınırlandırılmamaktadır. TCK'da değişiklik yapılarak da tutuklama yasağının kapsamı daraltılabilmektedir. Bu daraltma, TCK'da işlenen suçlar için ۆngörűlen hapis cezalarının miktarlarının arttırılması suretiyle yapılmaktadır. ۆrneđin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun dűzenlendiđi TCK'nın 104. maddesinin 1. fıkrasında 18/06/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değişikliğe gidilmiş, bu fıkrada yer alan *“altı aydan iki”* ibaresi *“iki yıldan beř”* şeklinde değiştirilmiştir. Bۆylece ۆst sınırı iki yıl olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna verilebilecek cezanın ۆst sınırı beř yıla çıkarılmış ve tutuklama yasağının kapsamı daraltılmıştır. Bir başka ۆrnek ise cinsel taciz suçunun dűzenlendiđi TCK'nın 105. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişikliklerdir. 18/06/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 61. maddesiyle bu fıkrada yer alan *“hűkmolunur”* ibaresi *“fiilin çocuğa karşı işlenmesi hűlinde altı aydan ۆ yıla kadar hapis cezasına hűkmolunur”* şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesi fiili de tutuklama yasağının kapsamı dışına çıkarılmıştır.

³⁵⁶ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tűrk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 94.

verilmelidir³⁵⁷. Böyle bir durumda adli para cezası öngörüldüğü gerekçesi ile işlenen suçun tutuklama yasağı kapsamında olduğu söylenemez³⁵⁸.

CMK’da, işlenen suç için öngörülen ceza miktarı yönünden de tutuklama yasağına yer verilmiştir. Buna göre işlenen suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla değilse tutuklama yasağı söz konusudur. Ancak tutuklama yasağı kapsamında kalabilmesi için işlenen suçun niteliği de dikkate alınmak zorundadır. Eğer işlenen suç, vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen bir suç ise bu durumda ceza miktarı ne olursa olsun tutuklama yasağı söz konusu olmayacak ve şartları oluşmuş ise tutuklama kararı verilebilecektir. 24.11.2016 tarihinde 6763 sayılı Kanun’un 22. maddesiyle CMK’nın 100 maddesinin 4. fıkrasında değişikliğe gidilmiş ve bu maddeye “*vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere*” ibaresi eklenmek suretiyle tutuklama yasağının kapsamı yeniden daraltılmıştır³⁵⁹.

İşlenen suçun birden fazla hakkı ihlal ettiği ve ayrı ayrı suçları oluşturduğu bazı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Böyle durumlarda tutuklama yasağı olup olmadığına, işlenen suçlar nedeniyle sanığa verilebilecek cezaların toplam miktarı değil, ayrı ayrı her bir suç için öngörülen cezanın üst sınırları dikkate alınarak karar verilmelidir. Örneğin şüpheli veya sanığa birden fazla suç isnat edilmekte ve her bir suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı ayrı ayrı iki yılın altında kalmakta ise şüpheli veya sanık hakkında ceza miktarları toplanmak suretiyle tutuklama kararı verilmemesi gerekir³⁶⁰.

Tutuklama yasağının söz konusu olduğu hallerde adli kontrole ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi mümkündür (CMK m. 109/2). Bu düzenleme gereği hakkında adli kontrol hükümleri uygulanan şüpheli veya sanığın bu tedbire riayet etmediği de görülebilmektedir. Bu ihtimali göz ardı etmeyen yasa koyucu tutuklama yasağına CMK’nın 112. maddesi ile istisna getirmiştir. Buna göre, adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında verilebilecek hapis cezasının süresine bakılmaksızın tutuklama kararı verilebilecektir.

³⁵⁷Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 485.

³⁵⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 287.

³⁵⁹ Yapılan bu değişikliğin sebebi, basına “*şortlu kadın*” olarak yansıyan olaydır. Toplu taşıma aracında şort giymiş halde yolculuk yapan bir bayana fail tarafından tekme atılmıştır. Fail, önce serbest bırakılmıştır. Failin serbest bırakılması toplumda infial uyandırmış ve failin salıverilmesine tepkiler yükselmiştir. Fail, bu tepkilerden sonra tutuklanmıştır. Bu tartışmalar 6763 sayılı yasanın görüşmeleri devam ederken yaşanmıştır. Bu olay, 6763 sayılı Kanuna “*vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere*” ibaresi eklenmesine neden olmuştur (Bkz. İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 95).

³⁶⁰ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 337.

Ancak adli para cezası gerektiren bir suçtan dolayı adli kontrol tedbirine başvurulmuş ve şüpheli veya sanık isteyerek bu tedbire uymamış ise tutuklama kararı verilemeyecek, ancak tedbir değiştirilebilecektir³⁶¹.

Eski TCK'da kabahat olarak düzenlenen bazı fiiller, yeni TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca TCK diğer kabahatleri suç olmaktan çıkarmış ve kabahatler ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Kabahat konusu olan bir fiilin gerçekleştirilmesi durumunda failin tutuklanıp tutuklanmayacağı hususunda önceden yapılan tartışmalar, CMK düzenlemeleri de göz önüne alındığında artık bir anlam ifade etmemektedir. TCK'dan çıkarılarak Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen idari yaptırımlar nedeniyle tutuklama kararı verilemeyeceği gayet açıktır³⁶².

3.1.4.2. ÇKK'da Tutuklama Yasağı

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 21. maddesinde çocuklar bakımından tutuklama yasağı ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre “*Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.*” (ÇKK m. 21). Bu hükümlerle on beş yaşından küçük şüpheli veya sanık için tutuklama yasağının kapsamı genişletilmiştir.

ÇKK ile çocukların işlemiş oldukları tüm suçlar bakımından tutuklama yasağı kabul edilmemiştir. Üst sınırı beş yılı geçmeyen suçlar bakımından kabul edilen tutuklama yasağı, CMK'nın aksine vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçları da kapsamaktadır.

On beş yaşını tamamlamış fakat on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından ÇKK ile bir sınırlamaya gidilmediği görülmektedir. Bu yaş grubundaki çocuklar bakımından CMK'da düzenlenen tutuklama yasağına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak bu yaş grubundaki çocuklar bakımından özgürlüğü kısıtlayıcı bir tedbir uygulanması gündeme geldiğinde ÇKK m. 4/i'de açıkça belirtilen “*tutuklamaya en son çare olarak başvurulması*” ilkesine riayet etmek gerekecektir.

³⁶¹ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 338.

³⁶² Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 287

ÇKK'nın 21. maddesinde öngörülen tutuklama yasağının uygulanmasında çocuğun suç tarihindeki yaşının mı yoksa tutuklama tedbirine başvurulacağı tarihteki yaşının mı esas alınacağı tartışılmıştır. Bu konuda, tutuklamanın bir ceza muhakemesi kurumu olduğundan hareket eden görüş, şüpheli veya sanığın suçun işlendiği andaki yaşının değil tutuklama tedbirine başvurulacağı andaki yaşının esas alınması gerektiğini ifade etmektedir³⁶³. Aksi yöndeki görüş ise, suçu işlediği tarihten kısa bir süre sonra on beş yaşını dolduran çocuğun tutuklanması, eşitliğe aykırı uygulamaların doğmasına neden olacağı³⁶⁴ ve çocuk ceza adalet sisteminin çocuk haklarının ve güvenliğinin lehinde davranacağı yönündeki Havana Kuralları'nın 1. maddesindeki kural dikkate alındığında suça sürüklenen çocuk açısından daha lehe ve adil bir çözüm olacağı³⁶⁵ gerekçesi ile maddenin uygulanmasında suçun işlendiği tarihin esas alınması gerektiğini savunmaktadır.

Uygulamada doğabilecek bir diğer sorun ise suça sürüklenen çocuğun üzerine atılı birden fazla suç olması durumunda tutuklama yasağına ilişkin sürenin nasıl hesaplanması gerektiğidir. Böyle durumlarda tutuklama yasağı olup olmadığına; işlenen suçlar nedeniyle verilebilecek cezaların toplam miktarı değil, ayrı ayrı her bir suç için öngörülen cezanın üst sınırları dikkate alınarak karar verilmelidir³⁶⁶.

3.1.5. Hakim veya Mahkeme Kararının Bulunması

Tutuklama kararı verme yetkisi, münhasıran yetkili hakim veya mahkemeye aittir. Bu kuralın hiçbir istisnası yoktur. Tutuklama, kişi özgürlüğüne yapılan en ağır müdahale olduğundan hakim veya mahkemenin bu konuda karar verecek olması, kişi özgürlüğü bakımından önemli bir güvencedir.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak hakim kararıyla tutuklanabileceği Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrası ile anayasal güvence altına alınmıştır. CMK'nın 101. maddesinin 3. fıkrasında ise tutuklamaya, soruşturma evresinde cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi tarafından, kovuşturma evresinde ise cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilebileceği belirtilmiştir. Böylece

³⁶³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 465; Yenedünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.338 ; Aldemir, "Tutuklama", s. 445.

³⁶⁴ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 96.

³⁶⁵ Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 219.

³⁶⁶ Aldemir, "Tutuklama", s. 444.

hakim veya mahkeme dışında başka bir makama veya kişiye, örneğin Cumhurbaşkanına, Cumhuriyet savcısına, kolluk amir ve memurlarına tutuklama kararı verme yetkisi tanınmamıştır³⁶⁷.

AİHS ise tutuklama kararını hangi makamın vereceğine dair bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bununla birlikte AİHS, sanığın yetkili adli makamlar önüne çıkarılmak amacıyla tutuklanabileceğini ve tutuklamanın devamı hakkındaki kararların iç hukukça belirlenmiş adli makamlar tarafından verilebileceğini belirtmiştir³⁶⁸.

Şüpheli hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için cumhuriyet savcısı “*davasız yargılama olmaz*” ilkesi gereği istemde bulunmak zorundadır³⁶⁹. Böylece soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından karar verilebilecektir. Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasını isteme yetkisi sadece cumhuriyet savcısına aittir. Tutuklama kararı verilebilmesi için Cumhuriyet savcısının isteminin aranmasının nedeni, soruşturmanın gerçek anlamda tek yetkilisi olan Cumhuriyet savcısının dosya kapsamında tutuklamaya gerek olup olmadığı hususunu en iyi bilen kişi olmasıdır³⁷⁰. Mağdurun, suçtan zarar görenin veya vekillerinin ise şüphelinin tutuklanmasını hakimden talep etme hakları bulunmamaktadır³⁷¹.

Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasını isteme yetkisinin sadece Cumhuriyet savcısına ait olmasına³⁷² kanunla bir istisna getirilmiştir. Buna göre suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısına ulaşılamıyor veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa sulh ceza hakimi de bütün

³⁶⁷ Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 238.

³⁶⁸ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 132.

³⁶⁹ Yenisey, Feridun/Oktar, Salih, “İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019,(Çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/FERIDUN-YENISEY-SALIH-OKTAR.pdf> , (Erişim Tarihi:05.06.2021), s. 3137.

³⁷⁰ Sürücü, Ahmet Sinan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye’de Tutuklama, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 145.

³⁷¹ Alptekin, Türker, “Türk Anayasa Hukuku’nda Tutuklama Tedbirine Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, (Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi), Hatay, 2019, s. 48.

³⁷² CMUK’da ise aksi yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. CMUK’un 158. maddesine göre “*Suçüstü hali ile gecikmesinde zarar umulan durumlarda sulh hakimi de tutuklama dahil bütün tahkik işlemlerini re’sen yapmak yetkisine sahiptir*”. CMUK’un 125. maddesinin 1. fıkrasında ise “*Sulh hakimi hukuku amme davası açmazdan evvel dahi tevkif müzekkeresi kesilmesini haklı gösterecek sebep varsa Cumhuriyet Müddeiumumisinin talebi üzerine veya tehirinde mazarrat umulan hallerde resen tevkif müzekkeresi verebilir*”. CMK ise bu düzenlemelere yer vermeyerek sulh ceza hakiminin re’sen tutuklama kararı alma yetkisini kabul etmemiştir.

soruşturma işlemlerini yapmakla yetkilidir (CMK m.163/1). Sulh ceza hakiminin bu şekilde yürüttüğü soruşturmada şüpheli hakkında tutuklama isteminde bulunabileceği hususunda bir tereddüt olmamakla birlikte şüpheli hakkında tutuklama kararı verip veremeyeceği konusu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre sulh ceza hakiminin CMK'nın 163. maddesinin 1. fıkrasındaki yetkileri kullanarak aynı zamanda Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı durumlarda herhangi bir talep olmaksızın şüphelinin tutuklanmasına karar verme yetkisi vardır³⁷³.

Başka bir görüşe göre ise CMK'nın 163. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenleme, sulh ceza hakiminin soruşturma işlemlerini yaptıktan sonra kişinin tutuklanmasına da karar verebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. CMK'nın 163. maddesinin 1. fıkrasındaki belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde sulh ceza hakimi adeta Cumhuriyet savcısının yerine geçmekte ve soruşturmayı yürütmektedir³⁷⁴. Böyle bir durumda sulh ceza hakimi, şüphelinin tutuklanması gerektiğini düşünüyorsa tutuklama kararı verilmesini isteyebilir. Ancak tutuklama konusunda başka bir sulh ceza hakimi tarafından karar verilmesi gerekir³⁷⁵. Zira kanun koyucu, suçlu olduğu hakim kararı ile sabit olmadan önce kişi özgürlüğüne en ağır müdahale olan tutuklama tedbirinin farklı makamlarca kademeli olarak değerlendirilmesini istemekte, böylece oluşabilecek mağduriyetlerin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

Benzer bir görüşe göre ise sulh ceza hakiminin re'sen tutuklamaya karar vermesi, “çelişmeli yargı ilkesi” ve “silahların eşitliği ilkesi” ile bağdaşmayan bir uygulamadır. Sulh ceza hakimi tarafından CMK'nın 163. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen durumlarda soruşturma işlemleriyle sınırlı olarak kullanılması gereken bu yetki, hakim kararı gerektiren tutuklama konusunda aynı sulh ceza hakimi tarafından karar verilmesini kapsamamaktadır³⁷⁶.

³⁷³ Parlar, Ali/Öztürk, Mustafa, Ceza Yargılamasında Tutuklama Yakalama Gözaltı ve Adli Kontrol”, s. 260; Toroslu / Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 258.

³⁷⁴ Sulh ceza hakimi, CMK'nın 163. maddesinin 1. fıkrasında yer alan istisnai durumlarda Cumhuriyet savcısının yerine geçerek soruşturma işlemlerini yapabilmektedir. Sulh ceza hakimi, maddede geçen durumlarda tüm soruşturma işlemlerini yapabilese de re'sen tutuklama kararı veremez. CMK 163. maddesinin 1. fıkrasında geçen “sulh ceza hakimi de” şeklindeki ifade, bu duruma işaret etmektedir.

³⁷⁵ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 369.

³⁷⁶ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 343.

Şüphelinin çocuk³⁷⁷ olması halinde soruşturma evresinde tutuklama kararı verme yetkisinin çocuk mahkemesi hakimi veya sulh ceza hakiminden hangisine ait olduğu da tartışılmıştır. Donay'a göre çocuklar hakkında tutuklama kararını sulh ceza hakiminin vermesi doğru değildir. Aksi yöndeki kararlar hukuken doğru değildir. Doğru olan karar³⁷⁸, Yargıtay 6. Ceza Dairesi tarafından verilen karardır³⁷⁹.

Diğer bir görüşe göre ise soruşturma aşamasında çocuk şüpheli hakkında tutuklama kararı verme yetkisi sulh ceza hakimine aittir³⁸⁰. Zira ÇKK'nın 26. maddesinin 3. fıkrasında "Mahkemeler ve çocuk hakimi, bu Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan tedbirleri almakla görevlidir" şeklindeki hükümde geçen "tedbirler" tabiri tutuklama kararını kapsamamaktadır³⁸¹. Ayrıca ÇKK'nın 42. maddesine göre ÇKK' da hüküm bulunmayan hallerde CMK hükümleri uygulanacaktır. ÇKK'da suça sürüklenen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlere çocuk hakimi tarafından karar verileceği belirtilmiş ise de tutuklama ve adli kontrol kararına karar verecek merci belirtilmediğinden³⁸² ÇKK'nın 42. maddesi gereğince tutuklama kararı sulh ceza hakimi tarafından verilmelidir³⁸³.

Yargıtay'ın bu konuda birbiriyle çelişen iki farklı kararı bulunmaktadır. Yargıtay önceki tarihli bir içtihadında "çocuk şüpheli hakkında tedbir niteliğinde olan tutuklama kararını vermeye yetkili ve görevli olan mahkemenin çocuk mahkemesi olduğu dikkate alınmalıdır" şeklinde karar vermiştir³⁸⁴. Aynı konudaki sonraki tarihli bir kararında³⁸⁵ ise Yargıtay, ÇKK'da suça sürüklenen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarını çocuk hakimi tarafından karar verilebileceği belirtildiği halde adli kontrol ve tutuklama tedbirlerine hangi merci tarafında karar verileceğinin belirtilmiş olmaması ve bir ceza muhakemesi tedbiri olan tutuklama hakkında ÇKK'da bir düzenleme bulunmaması nedeniyle ÇKK'nın 42. maddesinin

³⁷⁷ CMK'da "şüpheli" tanımına yer verilmiş fakat çocuk şüpheli için ayrı bir tabir kullanılmamıştır. Buna karşın ÇKK m.3/1-a-2 ile çocuk şüpheli için "suça sürüklenen çocuk" tabiri kullanılmıştır. Buna göre kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğa "suça sürüklenen çocuk" denir.

³⁷⁸ Yargıtay 6. C.D. 06.06.2006. E.2006/8803, K.2006/5634.

³⁷⁹ Donay, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, s.199.

³⁸⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 466; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 369; Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 343.

³⁸¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 466.

³⁸² Yargıtay 3.C.D. 19.04.2007 2007-4265, 2007-3641.

³⁸³ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.369.

³⁸⁴ Yargıtay 6.C.D. 06.06.2006 E: 2006/8803 k.2006/5634.

³⁸⁵ Yargıtay 3. C.D. 19.04.2007 4265-3641.

1. fıkrasının göndermesiyle CMK'nın 101. maddesinin 1. fıkrası uyarınca soruşturma evresinde çocuk şüpheli hakkında tutuklama kararını sulh ceza hakiminin vermesi gerektiğini belirterek önceki içtihadının tam aksi yönünde bir karar vermiştir. Uygulamada Yargıtay'ın ikinci görüşü benimsenerek şüphelinin çocuk olması durumunda tutuklama kararları sulh ceza hakimi tarafından verilmektedir.

Soruşturma aşamasında tutuklama kararını hangi yer sulh ceza hakiminin vereceğine CMK'nın yer yönünden yetkiye ilişkin genel hükümlerine göre karar verilmelidir. Soruşturma aşamasına tutuklama kararı verme yetkisi suçun işlendiği yer sulh ceza hakimine aittir (CMK m.12). Kural olarak soruşturma yapma yetkisi suçun işlendiği yer Cumhuriyet başsavcılığına ait olup Cumhuriyet savcısının tutuklama talebini suçun işlendiği yerdeki sulh ceza hakimi karara bağlamalıdır³⁸⁶. Eğer suçun işlendiği yer belli değilse CMK'nın 13. maddesinde yer alan özel yetki kuralları uygulanmalıdır. Buna göre soruşturma aşamasında tutuklama kararı verme yetkisi şüphelinin yakalandığı yer sulh ceza hakimine aittir³⁸⁷.

Sulh ceza hakimi, tutuklama talebiyle önüne getirilen şüpheliyi CMK'nın 147. maddesinde belirtilen usule uygun olarak sorguladıktan sonra tutuklama talebini uygun görürse şüphelinin tutuklanmasına karar verir. Aksi halde tutuklama talebinin reddi ile şüphelinin derhal salıverilmesine karar verir (CMK m. 101/4). Sulh ceza hakimi, tutuklama talebini kabul etmeyip şüphelinin adli kontrol altına alınmasına da karar verebilir. Fakat Cumhuriyet savcısının adli kontrol talep ettiği durumlarda sulh ceza hakiminin tutuklama kararı verebilmesi mümkün değildir³⁸⁸. Sulh ceza hakimi tarafından salıverilmesine karar verilen şüphelinin, yakalanmasına neden olan fiille ilgili olarak yeni ve yeterli bir delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça aynı nedenle yeniden yakalanması mümkün değildir (CMK m. 91/5).

CMK'nın 101. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlenmeye göre kovuşturma evresinde tutuklama kararı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinden farklı olarak kovuşturma evresinde sanığın tutuklanması için Cumhuriyet savcısının istemde bulunmasına gerek yoktur. Cumhuriyet savcısının talebi olmadan da mahkemenin re'sen tutuklamaya karar verme yetkisi bulunmaktadır. Mahkeme

³⁸⁶ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 414.

³⁸⁷ Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 250.

³⁸⁸ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 372.

tabirinden ise yargılamanın yapıldığı mahkeme anlaşılmalıdır. Bu mahkemeler tek hakimli mahkemeler olabileceği gibi heyet halinde görev yapan mahkemeler de olabilir.

Tek hakimli mahkemelerde tutuklama hakkında karar ister duruşma sırasında olsun isterse başka zamanlarda olsun doğal olarak tek hakim tarafından verilmektedir. Dolayısı ile acele hallerde karar verilmesi gerektiği durumlarda da tek hakim karar vereceğinden yetki konusunda bir sorun olmayacaktır. Fakat ağır ceza mahkemeleri, heyet halinde görev yapmaları nedeniyle karar ve hükümleri ancak oy birliği veya oy çokluğu ile alabilmektedir (CMK m. 204/1). Dolayısı ile duruşma sırasında tutuklama konusunda bir kararı verilecekse bu açık hüküm karşısında oy birliği veya oy çokluğu aranacaktır. Tüm heyet toplanmış olduğundan bir sorun olmayacaktır. Ancak duruşma dışında öyle durumlar olabilir ki acele olarak tutuklama konusunda bir karar verilmesi gerekebilir. Böyle bir durumda mahkeme başkanı da tek başına tutuklama konusunda karar verebilecek midir? CMUK döneminde dava açıldıktan sonra acele hallerde mahkeme başkanının da tutuklama konusunda karar verme yetkisi olduğu belirtilmekteydi (CMUK m. 124/3). Ancak CMK, CMUK'tan farklı olarak mahkeme başkanına bu yetkiyi tanımamış, tutuklama konusunda karar verilirken hiçbir istisnayı kabul etmeyerek her şart altında oy birliği veya oy çokluğunu aramıştır.

Kovuşturma evresinde sanığın sorgusunu yapan mahkeme, sanığın hazır bulunduğu bir oturumda Cumhuriyet savcısı tarafından tutuklama talebinde bulunulmuş veya mahkeme re'sen tutuklamaya karar verecekse tutuklamaya ilişkin olarak sanığın savunmasını almalıdır. Savunması alınmadan önce sanığa yasal hakları hatırlatılmalı, müdafii hazır bulunmalı, eğer müdafii yoksa sanığa müdafii atanmalıdır. CMK'nın 141/1-c maddesine göre; yasal hakları hatırlatılmadan veya sahip olduğu bu hakları kullanma isteği yerine getirilmeden tutuklanan sanık, uğramış olduğu maddi ve manevi tüm zararlarını Devlet'ten isteyebilecektir³⁸⁹.

Mahkeme tarafından re'sen tutuklama kararı verilmesi söz konusu olduğunda Cumhuriyet savcısı da dinlenmeli, tutuklama konusunda görüşleri alınmalıdır (CMK m. 33).

Duruşma sırasında bir suç işlenmiş ise mahkeme olayı tespit eder ve bu hususa ilişkin olarak düzenleyeceği tutanağı yetkili makama gönderir ve gerek görmesi halinde failin tutuklanmasına da karar verebilir (CMK m. 205).

³⁸⁹ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 415.

İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar, maddi ve hukuki yönden incelenmektedir. İstinaf, “bir işe yeniden başlama” anlamına gelmekte olup istinaf kanun yolunda bu anlama uygun olarak yargılamaya yeniden başlanmaktadır. İstinaf kanun yolu yargılamasında bölge adliye mahkemeleri, davanın yeniden görülmesi gereken hallerde duruşma hazırlığına başlayarak ilk derece mahkemeleri gibi yargılama yapabilir. BAM, ilk derece mahkemeleri gibi delilleri araştırıp değerlendirdikten sonra hüküm kurabilmektedir.

İstinaf aşamasında tutuklama kararı verilmesini gerektiren durumlar ortaya çıktığında tutuklama kararı verilmesi mümkündür. Çünkü istinaf yargılamasını yapan BAM, gerekli tedbirleri alma yetkisine sahiptir (CMK m. 280/1-g). Burada geçen “*gerekli tedbirler*” kavramına, madde gerekçesinde örnek olarak adli kontrol ve tutuklama kararı verilmesi gösterilmiştir³⁹⁰. Bu açıdan bakıldığında istinaf aşamasında tutuklamanın koşulları oluşmuş ise ilk derece mahkemesi gibi BAM tarafından da tutuklama kararı verilebileceği anlaşılmaktadır³⁹¹.

Temyiz kanun yolu aşamasında ise tutuklamanın koşullarının gerçekleştiği dosya üzerinden yapılan incelemede anlaşılabilirse bile Yargıtay’ın tutuklama kararı verme yetkisi bulunmamaktadır. Temyiz aşamasında yeni delilleri değerlendirme söz konusu olmadığından ve bu aşamada mahkemesi de dosyadan el çektiğinden bu aşamada tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir. Temyiz aşamasında bozma nedenine göre sadece salıverme kararı verilebilir³⁹².

CMK’nın 104. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay’a geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re’sen de verilebilir*”³⁹³. Sanığın ilk derece mahkemesinde tutuklanmasına karar verilmiş ise sanığın bu karara karşı kanun yoluna başvurması ve salıverilmesini istemesi mümkündür. BAM ve Yargıtay, kanun yolu mahkemeleri

³⁹⁰ Sarıgül, Ali Tanju, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2017, 3.bs., s. 137.

³⁹¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 466.

³⁹² Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 416

³⁹³ Yargıtay’a göre bu madde uyarınca temyiz aşamasına re’sen tahliye kararı verilebilmesi mümkündür. “*Dosya, temyiz incelemesi amacıyla Yargıtay’a geldiğinde, salıverilme istemleri konusunda karar vermeye yetkili mercii, bu kez, Yargıtay ilgili Ceza Dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu’dur. Bu aşamada salıverilme konusunda dosya üzerinden yapılacak inceleme sonucu karar verilecektir. İlk derece mahkemelerinde olduğu gibi Yargıtay’da da talep olmaksızın her zaman bu konuda bir karar verilmesi olanaklıdır.*” Yargıtay C.G.K. 29.03.2011. E.2011/3-49, K.2011/28 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 03.03.2021).

olduklarından kural olarak dosya üzerinden inceleme yapmalarından dolayı sanığın tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğine bu aşamalarda dosya üzerinden karar vermektedir. Ancak açık bir şekilde kanuna aykırılığın söz konusu olması veya suçun nitelendirilmesinde hataya düşülmüş olması durumlarında tutuklama kararlarının kaldırılarak sanığın salıverilmesine talep olmaksızın da karar verilebilmektedir³⁹⁴. İstinaf aşamasında BAM tarafından ön inceleme veya asıl inceleme sırasında tahliye nedenlerinin varlığı halinde isteme dahi gerek olmaksızın resen tahliye kararı verilebilmesi aynı zamanda CMK'nın 280/1-g maddesi uyarınca “*gerekli tedbirlerin alınması*” kapsamında değerlendirilmelidir³⁹⁵.

3.1.6. Tutuklama Duruşmasında Müdafinin Hazır Bulunması

Tutuklama kararı şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilmek zorunda olduğundan şüpheli veya sanığın hazır olmadığı bir oturumda tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir. CMK'nın 100. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme, Cumhuriyet savcısı tarafından tutuklama istenildiğinde sulh ceza hakiminin oturum açması gerektiğini göstermektedir. Sulh ceza hakiminin oturum açarak şüpheliyi dinlemesi bir zorunluluk olup yasa koyucu gayet önemli olan kişi hürriyetini sınırlayan tutuklama hakkındaki ilk kararın duruşma yapılarak verilmesi konusunu hakim takdirine bırakmamıştır.

Cumhuriyet savcısı tarafından tutuklama isteminde bulunulduğunda sulh ceza hakimi duruşma açmak, şüpheli ve müdafii dinledikten³⁹⁶ sonra tutuklama hakkında verdiği kararı şüpheliye sözlü olarak bildirmek ve kararın bir örneğini yazılı olarak vermek, ayrıca yapacağı bu işlemlere kararında yer vermek zorundadır.

Tutuklama duruşmasına müdafinin de katılması gerekmektedir. CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasına göre tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanık müdafii yardımından

³⁹⁴ Alptekin, “Türk Anayasa Hukuku’nda Tutuklama Tedbirine Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, s. 72.

³⁹⁵ Sarıgül, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, s.137.

³⁹⁶ Soruşturma evresinde ilk tutuklama duruşmasında şüpheli ve müdafinin her ikisi de dinlenmek zorundadır. Ancak CMK'nın 108. maddesinin 1. fıkrasına göre sonraki kararlarda yani tutukluluk incelemesinin yapıldığı duruşmalarda şüpheli veya müdafiden herhangi birinin dinlenmesi yeterlidir. CMK'nın 108. maddesinin 1. fıkrasına göre soruşturma evresinde tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğine en geç otuz günlük sürelerde karar verilmesi gerekir. Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi, tutukluluğun devamına dair kararını “*şüpheli veya müdafii*” dinlemek suretiyle verecektir. Madde de geçen “*veya*” ibaresi şüpheli veya müdafiden herhangi birisinin dinlenmesinin yeterli olacağını anlamına gelmektedir. Kanaatimize göre kişi özgürlüğüne yapılan müdahalenin söz konusu olduğu her durumda müdafii hazır bulundurulmalı, şüpheli, müdafii yardımından faydalanabilmelidir. Yasadan kaynaklanan bu sorunun “*veya*” ibaresinin “*ve*” olarak değiştirilmesi ile çözümlenmesi mümkündür.

yararlandırılacaktır. Müdafî, şüpheli veya sanık tarafından seçilebileceği gibi baro tarafından da görevlendirilebilir. Tutuklama duruşmasında müdafî yardımından faydalanma, şüpheli veya sanığın istemesine bağlı olmadığı gibi herhangi bir makamın iznine de tabi değildir. Buradaki müdafîlik, zorunlu müdafîliktir³⁹⁷.

CMUK'da 1992 yılında değişikliğe gidilerek “*Yakalanan kişi veya sanık müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafî tayin edilir*” hükmü getirilmişti (CMUK m. 138). CMUK döneminde şüpheli veya sanığın talep etmemesi durumunda barodan müdafî görevlendirilmemekteydi. Bu durum yani şüpheli veya sanığın talebinin olması durumunda kendisine barodan müdafî görevlendirilmesinin zorunlu olması, mecburiliğe “*nisbilik*” özelliği katmaktaydı. Bununla birlikte CMUK, CMK gibi şüpheli veya sanığın on sekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz olması veya kendisini savunamayacak derecede malul olması durumlarında eğer müdafîsi yoksa talebinin olup olmadığına bakılmaksızın kendisine müdafî atanmasını zorunlu tutmaktaydı (CMUK m. 138/1-2.c.)³⁹⁸. Yine CMUK’ da sanığın tutuklanmasına hakim karar vereceği belirtilmekte ve sanığın tutuklanması talep edildiği durumlarda karardan önce sanığın dinleneceği, eğer sanık hazır bulunmakta ise istemesi halinde müdafîinin de hazır bulunabileceği ve karar verilmeden önce Cumhuriyet savcısı ile hazır olan müdafîin de dinleneceği, sanık hazır değilse kararın sanığın yokluğunda ve evrak üzerinden verileceği hükmü yer almaktaydı (CMUK m. 106/1). CMUK’da yer alan bu düzenleme, tutuklama talep edildiğinde müdafî bulundurmanın zorunlu değil ihtiyari nitelikte olduğunu göstermektedir. CMK ise CMUK’tan farklı olarak tutuklama istemi olduğu takdirde sanığa zorunlu olarak müdafî görevlendirilmesini şart kılmıştır.

Kanaatimize göre tutuklama talep edildiği durumlarda zorunlu olarak müdafî görevlendirilmesi yönündeki düzenleme gayet isabetli olmuştur. Zira, müdafî, şüpheli veya sanığın atılı suçu işlemediğini, suçun daha az cezayı gerektirdiğini, olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin olduğunu veya fiilin suç oluşturmadığını yargılama makamı önünde

³⁹⁷ Müdafîin, şüpheli veya sanığın izni veya isteği olup olmadığına bakılmaksızın re’sen yargılama makamı tarafından görevlendirilmesi söz konusu ise bu durumda savunma görevini yapan müdafîye “*zorunlu müdafî*” denir. Zorunlu müdafîlik sisteminde şüpheli veya sanık istemesi de müdafî tarafından savunulması kanun tarafından emredilmekte, bu hak şüpheli veya sanığın iradesine bırakılmamaktadır. Tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanığın müdafîinin olmadığı veya sanığın iradesine bırakılmamaktadır. Tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanığın müdafîinin olmadığı durumlarda ilgili barodan müdafî görevlendirmesi istenmektedir (Kocaoğlu, Serhat Sinan, Müdafî, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. bs., 2017, s.127). Zorunlu müdafîliğin düzenlendiği bazı yerler; CMK m.74/1 , 74/2, 91/6, 101/3, 150, 204, 244/4, 247/4’tür.

³⁹⁸ Kocaoğlu, Müdafî, s. 135.

rahatlıkla öne sürebilmekte, somut olayda tutuklama nedenlerinin olup olmadığını tartışabilmekte, sanığın teknik bilgi ve tecrübe eksikliği, savunma isteğinden yoksunluk, suçlamalar karşısında mahcubiyet ve utanma duygularından kaynaklanan inandırıcılık eksikliği gibi hususları mesleki bilgi ve tecrübesi ile giderebilmektedir. Zorunlu müdafilik sistemi ile yargıya yön gösteren müdafî, bir anlamda hukuka aykırı bir tutuklama kararının önüne geçerek şüpheli veya sanığın mağdur olmasını engellemektedir.

Müdafîin, yukarıda saydığımız nedenlerden dolayı sorgu sırasında aktif rol oynaması gerekmektedir. Her şeyden önce savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanığın itham edildiği suçu öğrenmeli, dosya kapsamında bulunan tüm bilgi ve belgeleri incelemeli, şüpheli veya sanığı bilgilendirmeli, haklarını hatırlatmalı, sorgu sırasında gerçekleşebilecek hukuka aykırılıklara müdahale etmelidir. Kısaca müdafî, şeklen ve bedensel olarak değil, hukuk bilgisi ve kimliği ile sorguda hazır bulunmalıdır³⁹⁹.

Müdafîin savunma hakkını kullanabilmesi için tutuklama duruşması öncesinde soruşturma dosyasını incelemesi gayet önemlidir. Bu yüzden soruşturma dosyasında yer alan ve tutuklama duruşmasında kullanılacak belgelerin müdafîin erişimine açık olması gerekir. Bununla birlikte müdafîin etkin bir savunma yapabilmesi için gerekli olan sürenin de kendisine tanınması gerekir. Tutuklama kararına karşı etkili bir itiraz yapılabilmesi için de yine soruşturma dosyasının içeriği bilinmelidir. CMK'nın 153. maddesinin 1. fıkrasına göre müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin birer örneğini harç ödemeksizin alabilir. Benzer bir düzenleme "*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*"nin 22. maddesinde de yer almaktadır.

AİHM'de soruşturma dosyasının müdafiden gizlenmemesi gerektiğini istikrarlı olarak vurgulamaktadır. AİHM, Lamy / Belçika kararında tutuklama gerçekleşikten sonraki ilk otuz gün içinde başvurucuya ve avukatına soruşturma dosyasının gösterilmemiş olmasını ve bu yüzden etkili bir itiraz yapma imkanı tanınmamış olmasını AİHS'in 5. maddesinin 4. fıkrasını ihlal ettiğini belirtmiştir. AİHM'e göre soruşturma dosyasına savcının tamamıyla hakim olması karşısında müdafîin etkili bir itirazda bulunarak tutuklamanın hukuka aykırı olduğunu başarılı bir şekilde öne sürebilmesi ve müvekkilinin salıverilmesini sağlayabilmesi için dosya içindeki

³⁹⁹ İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, s. 154.

bilgilere ulaşmasına izin verilmesi gerekirken bu imkanın tanınmaması “silahların eşitliği” ilkesine aykırıdır⁴⁰⁰.

Soruşturma evresi için yukarıda izah ettiğimiz hususlar kovuşturma evresi için de geçerlidir. Kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısının tutuklama talep etmesi durumunda veya mahkemenin re’sen karar vermesi söz konusu olduğu durumlarda tutuklama kararı verilmeden önce sanığa mutlaka müdafî atanmalıdır. Öyleyse duruşma sırasında tutuklama kararı verilmesini gerektiren durumlarda sanığın müdafî seçmediği veya başkaca bir zorunlu müdafîlik durumu yoksa, mahkeme, duruşmaya ara vererek barodan müdafî görevlendirilmesini istemelidir⁴⁰¹.

Belirtmek gerekir ki zorunlu müdafî, şüpheli ve sanıktan bağımsız görev yapmaktadır. Zorunlu müdafinin baro tarafından görevlendirilmesi, onun barodan emir ve talimat alarak savunma yapacağı anlamına gelmemektedir. Zorunlu müdafî, barodan emir ve talimat almadığı gibi savcıdan, mahkemeden hatta şüpheli veya sanıktan dahi emir ve talimat almaz. Şüpheli ve sanıktan bağımsız olarak görev yapar, onlar istemese bile lehe olan her hususu ve delili öne sürebilir⁴⁰².

3.1.7. Tutuklama Kararının Gerekçeli Olması

Gerekçe, hakim veya mahkeme tarafından verilen kararın akla uygun, çelişkisiz ve inandırıcı bir şekilde açıklamasıdır⁴⁰³. Benzer yönde bir tanımı Yargıtay’da yapmaktadır. Yargıtay’a göre gerekçe, “*hükümün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklanmasıdır. Bu nedenle gerekçede hükme esas alınan veya reddedilen bilgi ve belgelerin belirtilmesi ve bunun dayanaklarının gösterilmesi, bu dayanakların da geçerli, yeterli ve yasal olması gerekmektedir*”⁴⁰⁴. Çok basit bir ifadeyle gerekçe; şüpheli veya sanığın tutuklama kararının kendisine sözlü olarak bildirildiği anda “*neden tutuklandı*” sorusuna ve bundan sonra gelecek olan “*neden böyle düşünülüyor*” sorusuna hakimın vereceği cevap olarak tarif

⁴⁰⁰ AİHM’in 30.03.1989 tarih ve B.N.10444-83 sayılı kararı, Doğru/Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 510.

⁴⁰¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.73.

⁴⁰² Kocaoğlu, Müdafî, s. 137.

⁴⁰³ Yüce, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, s. 93; Bıçak, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 634.

⁴⁰⁴ Yargıtay 12. C.D. 10.09.2012. E.2011-24154, K.2012-18103, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 11.07.2021).

edilebilir. Bu cevap elbette ki olayla ilgili, sebep sonuç ilişkisinin kurulduğu, ayrıntılı ve inandırıcı olmalıdır.

Tüm mahkeme kararları gibi tutuklama kararları da gerekçeli olmak zorundadır. Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrasına göre bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılır. Tutuklama kararının gerekçeli olması, bu madde ile anayasal bir kural haline getirilmiştir. Anayasa'da geçen bu kurala paralel olarak CMK'da da hakim ve mahkemelerin her türlü kararının karşı oy dahil gerekçeli olarak yazılacağı ve gerekçenin yazımında CMK'nın 230. maddesinin de göz önünde bulundurulacağı hususuna yer verilmiştir (CMK m.34/1). Ancak kişi özgürlüğüne daha suçlu olduğu ispat edilmeden yapılan ciddi ve ağır bir müdahale olması nedeniyle tutuklama tedbirine keyfi olarak başvurulmaması, tutuklamaya karar verilirken Cumhuriyet savcısının ve hakim veya mahkemenin tekrar tekrar düşünerek karar vermesini sağlamak için kanun koyucu CMK'nın 101. maddesinde özel bir düzenlemeye de yer vermiştir.

CMK'nın 101. maddesinin 1. fıkrasına göre daha soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının tutuklama talebinde bulunması sırasında bu talebin “mutlaka” gerekçeli olarak yapılması gerekmektedir⁴⁰⁵. CMK'nın 230. maddesinde, hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar düzenlenmiş iken yasa koyucu konunun önemine binaen CMK'nın 101 maddesinin 2. fıkrası ile tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını⁴⁰⁶ gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek gösterileceğini ayrıca düzenlemiştir. CMK'nın 101. maddesinin 1. fıkrasında tutuklama istemlerinde mutlaka gerekçe gösterileceği ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer

⁴⁰⁵ Cumhuriyet savcıları, şu ifadelerle tutuklama talebinde bulunabilmektedir: “Cumhuriyet Başsavcılığımızca yürütülmekte olan adli soruşturmaya esas olmak üzere; Aşağıda açık kimlik bilgileri yazılı ...mevcutlu olarak gönderilmiş olup, ...'nın üzerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunduğu anlaşılmalı; ...'nın üzerine atılı suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça dair yasadaki cezanın üst haddi dikkate alınarak 5271 sayılı CMK'nın 100. vd. maddeleri uyarınca TUTUKLANMASINA, karar verilmesi kamu adına talep olunur.” (Adana Cumhuriyet Başsavcılığı 12.07.2021 tarih ve Soruşturma No:2021/45524 sayılı talep yazısı). Belirtmek gerekir ki Cumhuriyet savcılarının bu şekilde herhangi somut gerekçe göstermeden sulh ceza hakimliğinden tutuklama talebinde bulunması CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrasına aykırıdır. Öğretide, bu şekilde bir taleple karşılaşan sulh ceza hakiminin, dosyayı incelemeksizin geri çevirmesi veya tutuklama talebini reddetmesi gerektiği belirtilmektedir.

⁴⁰⁶CMK'nın 100. maddesinin 2. fıkrasında “Adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağına” dair düzenleme bulunmazken bu ibare, 08/07/2021 tarihli ve 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14 üncü maddesi ile Kanuna eklenmiştir.

verileceği düzenlemesi yer almışken alt fıkrada adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi şeklindeki düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının sebebinin uygulamada tutuklama kararlarının kolaylıkla verilebiliyor olmasının karşısında tutuklamanın şartlarının oluşması karşısında öncelikle değerlendirilecek hususun adli kontrol olduğunu bir kez daha vurgulayarak tutuklama kararı verilmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığını düşünmekteyiz.

Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde bulunduğu gerekçe göstermek zorunda olduğu yukarıda belirtilmişti. Soruşturma aşamasında dosya kapsamını en iyi bilen ve tutuklama konusunda hakimden daha detaylı bilgiye sahip olan Cumhuriyet savcısı, gerekçelendirmek kaydıyla tutuklama isteminde bulunabileceği gibi şüphelinin adli kontrol altına alınarak salıverilmesini sulh ceza hakiminden isteyebilir (CMK m. 103/1) ya da adli kontrolün veya tutuklamanın artık gereksiz olduğunu düşünmesi halinde kendisi de şüpheliyi doğrudan serbest bırakabilir (CMK m. 103/2).

Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde gerekçe gösterme yükümlülüğü, sulh ceza hakiminin bağımsız ve tarafsız bir gözlemci olarak gerekçede öne sürülen argümanlara bakarak tutuklamanın şartlarının oluşup oluşmadığı konusunda bir kanaate ulaşmasını sağlar. Ayrıca çelişmeli yargılama ilkesi uyarınca tutuklanması istenilen kişinin karşı kanıtlar ve görüşler ileri sürmesine imkan verir. Tutuklama istemlerinin gerekçesiz olması durumunda istem yazısı savcılığa iade edilerek tutuklama nedenlerini gerekçelendirmesi istenmeli veya istem gerekçelendirilmediğinden usulüne uygun olmayan tutuklama talebinin reddine karar verilmelidir⁴⁰⁷. Gerekçede gösterilmeyen bir tutuklama nedeni gerçekten var olsa da bu nedenle bir tutuklama haklı görülmez⁴⁰⁸

CMK'nın 230. maddesine göre, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye taleplerinin reddine karar verilirken bu kararların gerekçesinde iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler belirtilmeli, deliller tartışılarak değerlendirilmeli, hukuka aykırı deliller ayrıca gösterilmeli, varılan sonuç ortaya konulmalıdır. Basma kalıp ifadelerle veya soyut kanun maddesinin tekrarı ile tutuklama kararları verilmesi ise eleştirilmektedir. *“Mevcut delil durumu, suçun vasıf ve mahiyeti, bir tutuklama nedeninin bulunduğu, suçun katalog suçlardan olduğu,*

⁴⁰⁷ Yaşar, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 941; Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 416.

⁴⁰⁸ Sürücü, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye’de Tutuklama, s. 114.

suça verilebilecek cezanın alt ve üst sınırı, delillerin henüz toplanmamış olması” şeklindeki ifadelerin matbu ve basma kalıp ifadeler olduğu ve gerekçe olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Matbu ifadelerin kullanılması ile şeklen gerekçe yükümlülüğü yerine getirilmiş olsa da özü itibarıyla Anayasa'nın ve AİHS'in⁴⁰⁹ aradığı bir gerekçenin varlığından bahsetmek mümkün değildir⁴¹⁰.

AYM, birçok kararında gerekçeli karar hakkının kapsam ve içeriği hakkında belirlemede bulunmuştur. AYM'ye göre insan haklarına ilişkin güvenceler, soyut ve teorik olarak değil uygulamada ve etkin bir şekilde sağlanmalıdır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için derece mahkemelerinin öne sürülen iddia ve savunmalara şeklen cevap vermesi yeterli değildir. Derece mahkemeleri tarafından iddia ve savunmalara verilen cevaplar dayanaktan yoksun olmamalı, tutarlı ve makul olmalıdır. Öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması halinde davayla doğrudan ilgisi olan bu hususların makul bir şekilde gerekçede cevaplanması gerekir⁴¹¹.

AYM, bir kişinin gerekçeden tamamen yoksun bir yargı kararıyla tutuklanması ve tutukluluğun uzatılmasına karar verilmesini kabul edilemez bulmaktadır⁴¹². AYM'ye göre tutukluluğu haklı kılan gerekçeler gösterilerek şüpheli ya da sanık tutuklanmış ise tutuklamanın keyfi olduğu söylenemez. Ancak oldukça kısa gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama veya tutukluluğun devamına dair verilen kararlar bu çerçevede değerlendirilmemeli, gerekçeden yoksun olduğu kabul edilmelidir⁴¹³.

İlk tutuklama kararı verilmesi sırasında aranan şartlar, tutukluluğun devamı sırasında da göz önüne alınmalıdır. Hatta tutukluluğun devamına dair kararlar, kişinin özgürlüğünü

⁴⁰⁹ AİHM' in 27.08.1992 tarih ve B.N.12850-87 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57796> , (Erişim Tarihi: 22.04.2021).

⁴¹⁰ Şirin, Tolga, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018, s. 197.

⁴¹¹Anayasa Mahkemesi'nin 15.09.2021 tarih ve B.N.2019-27923 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/27923?BasvuruAdi=MEYA+FAR+PETROL+%C3%9CR%C3%9CNLER%C4%B0+NAKL%C4%B0YE+TEM%C4%B0ZL%C4%B0K+%C4%B0N%C5%9EAAT+TUR%C4%B0ZM+SANAY%C4%B0+VE+T%C4%B0CARET+LTD.+%C5%9ET%C4%B0> , (Erişim Tarihi: 11.10.2021), par. 17; Anayasa Mahkemesi'nin 17.05.2016 tarih ve B.N.2014-1268 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/1268?BasvuruAdi=MEHMET+G%C3%9CNE%C5%9E>, (Erişim Tarihi: 13.05.2021), par. 60-61.

⁴¹² Korkut, Levent, “Türkiye’de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, (2014), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1102128> , (Erişim Tarihi:05.05.2021), s. 99.

⁴¹³ Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.20014 tarih ve B.N:2013-2814 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2814?BasvuruAdi=hanefi+avc%C4%B1> , (Erişim Tarihi: 01.10.2021), par. 70.

sınırlamaya devam edeceğinden tutuklamanın devamına karar verilecekse tutuklama şartlarının daha titiz bir şekilde incelenmesi gereklidir⁴¹⁴.

AİHM, vermiş olduğu birçok kararında ilk defa tutuklama kararı verilirken makul şüphenin varlığının yeterli olduğu görüşündeydi. Fakat Buzadji / Moldova kararıyla tutuklamanın devamına karar verilirken makul şüphenin yanında aranan “ilgili” ve “yeterli” gerekçenin olması şartının, ilk defa verilen tutuklama kararlarında da bulunması gerektiğini kabul etmiştir.

AYM’de AİHM ile aynı görüşü paylaşmaktadır. AYM’ye göre de tutuklama tedbirine başvurabilmek için kişilerin suç işlediğine dair kuvvetli belirtinin bulunmasının yanında bir tutuklama nedeninin olması da gerekmektedir. Başlangıçta bu tutuklama nedenlerinin olması belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilse de bu süreden sonra uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hala devam edip etmediği gerekçeleriyle birlikte gösterilmelidir. Ayrıca bu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” olmalıdır. Gerekçelerin ilgili ve yeterli görülmesi durumunda ise yargılama sürecinin “özenli” yürütülüp yürütülmediği incelenmeli ve tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığına karar verilmelidir⁴¹⁵.

Uygulamada çok sanıklı davalarda tüm sanıklar hakkında tek bir kararla tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilmesi sorunu ile de karşılaşılmaktadır. Böyle bir durumda sanıklar hangi tutuklama nedenine dayanılarak tutuklandığını bilememekte, yasada sayılan tüm tutuklama nedenlerinin şahsında gerçekleşmediğini tek tek açıklamak suretiyle karara itiraz etmektedirler. Halbuki her sanığın suça ne şekilde katıldığı, şahsında hangi tutuklama nedeninin gerçekleştiği hususları ayrı ayrı değerlendirilmeli ve tutukluluk gerekçeleri kişiselleştirilmelidir. Aynı davada yargılanan sanıklar hakkında bu değerlendirmenin yapılmaması ve kararın gerekçesinde tartışılmayarak tek bir kararla tutuklama veya tutuklamanın devamına karar verilmesi hukuka aykırı olacaktır⁴¹⁶. Bu şekilde somut ve

⁴¹⁴ Şen/Özdemir, Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması, s. 125.

⁴¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 25.06.2015 tarih ve B.N.2013-5924 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5924?BasvuruAdi=HASAN+AT%C4%B0LLA+U%C4%9EUR>, (Erişim Tarihi: 01.10.2021).

⁴¹⁶ “84. Her ne kadar bir kişinin, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti ve tutuklama nedenlerinden biri veya birkaçının varlığı devam ettiği sürece ilke olarak belli bir süreye kadar tutukluluk halinin makul kabul edilmesi gerekse de özellikle belli bir süre geçtikten sonra tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi bir zorunluluktur. Bu nedenle, aynı davada yargılanan bazı sanıkların durumlarından hareketle genelleme yapılarak diğerlerinin de aynı davranışta bulunabileceğini varsaymak, kişiselleştirmeyi engellediği

doyurucu gerekçenin olmadığı, her bir sanığın durumunun bireysel olarak incelenmeden verilen kararlarda hakimnin sorumlu tutulması gündeme gelebilecektir⁴¹⁷.

AİHM'e göre tutuklama kararları, sadece delil durumu, dosya içeriği, suçun ağırlığı gibi genel, soyut ve matbu ifadelerle verilmemeli, mutlaka tutuklamaya gerekçe olarak sunulan tüm hususlar somutlaştırılmalı ve dayanakları gösterilmelidir⁴¹⁸. AİHM, “suçun niteliğini, kanıtların durumunu ve dosyanın içeriğini göz önüne alarak” şeklinde kalıplaşmış ifadelerle⁴¹⁹ veya sadece CMK'nın 100. maddesinin metnine muğlak ve genel bir atıfta bulunarak⁴²⁰ tutukluluğun devamına karar verilmesini Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁴²¹.

CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında açıkça sayılan suçların işlenmesi durumunda karine olarak bir tutuklama nedeninin var sayılabileceği hususu, tutuklama kararını haklı kılan somut olguların varlığının gösterilmemesine bir gerekçe olamaz. Her ne olursa olsun tutukluluğun devamı yönünde verilen kararlarda katalog suç kavramı tek başına bir tutuklama gerekçesi olarak kabul edilmemektedir. AİHM, Ilijkov / Bulgaristan kararında iç hukukta tutukluluk nedenlerinin var olduğuna dair yasal karinelerin kabul edilmesi durumunda dahi tutuklamayı haklı kılan somut olguların varlığını, başka bir ifade ile tutukluluğun gerekçelendirilmesi gerektiğini belirterek, otomatik tutuklama kararı verilmesini öngören düzenlemelerin AİHS'in 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir⁴²².

Tutuklama ile ilgili kararlarda gerekçe belirtmenin ihsas-ı rey olduğu iddia edilerek uygulamada sıklıkla soyut ve matbu ifadelerin tercih edildiği görülmektedir. Uygulamadaki bu görüş, öğreti tarafından yanlış bulunmakta ve eleştirilmektedir. Zira tutukluluk duruşması, özü

gibi, özgürlüğün esas, tutukluluğun istisna olduğu yönündeki anlayışla da bağdaşmaz.” Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.20014 tarih ve B.N:2013/2814 sayılı kararı, par. 84.

⁴¹⁷ Şen/Özdemir, Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması, s. 123.

⁴¹⁸ AİHM' in 08.06.1995 tarih ve 16026-90 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-125296>, (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

⁴¹⁹ AİHM'in 20.05.2010 tarih ve B.N. 22478-06 ve 37667-08 sayılı kararı, par. 27.

⁴²⁰ AİHM'in 26.05.2020 tarih ve B.N.4048-09 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-204624>, (Erişim Tarihi: 04.07.2021), par. 15-40.

⁴²¹ Tunç, Hasan, “Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1-2, (2013), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789335>, (Erişim Tarihi: 10.08.2021), s.1650.

⁴²² Turan, Hüseyin, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kapsamındaki Kararları Işığında Tutuklamada Gerekçe”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 6, S. 21 (Nisan 2015), (Çevrimiçi) <https://taad.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/dergiler/taad/taad-21/taad-21.pdf>, (Erişim Tarihi:06.06.2021), s. 397.

itibarıyla maddi hakikate ulaşmak için yapılan yargılamadan farklı bir amaca sahiptir⁴²³. Tutukluluk duruşmasında mevcut delillere bakılarak kuvvetli suç şüphesinin olup olmadığı değerlendirilecektir. Burada aranan şüphe, “kesin” derecesinde olmayıp “kuvvetli” derecesinde olacaktır. Kişinin suçu işlediğine dair aranan kuvvetli şüphe, tutuklamanın bir şartı olarak değerlendirilecektir. Tutukluluk duruşmasının amacının kişinin suçlu olup olmadığına karar vermek olmadığı yanında tutuklama tedbirine başvurulup başvurulmamasının, faile ceza verilip verilmeyeceğinin göstergesi olamayacağı da unutulmamalıdır. Daha soruşturmanın başında tutuklama kararı verilen kişi hakkında yapılan yargılama sonunda beraat kararı veya tutuklama kararı verilmeyen durumlarda failin mahkumiyetine karar verilebilmektedir. Kuvvetli suç şüphesi, sadece tutuklama kararı verilip verilmemesi için aranan bir şart olarak değerlendirilmeli, hükme esas olan bir karar gibi görülmemeli, tutuklama tedbiri ile ilgili kararlarda muhakkak yeterli bir gerekçeye yer verilmelidir⁴²⁴. Anayasa Mahkemesi de tutukluluğa ilişkin kararlarda suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin somut olgulara dayalı olarak ortaya konulmasının anayasal bir zorunluluk olduğunu ve hakimin bakmakta olduğu davanın esasına ilişkin görüş açıklaması yani ihsas-ı rey olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek kuvvetli suç şüphesini gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerektiğine karar vermiştir⁴²⁵.

Tutuklama kararının hangi nedenlerden dolayı verildiğini anlamak, gerekçenin varlığı ile mümkündür. Bununla birlikte şüpheli, sanık ve müdafinin savunma yapabilmesi, itiraz merciinin de kararın denetimini yapabilmesi, kararın gerekçeli olmasıyla sağlanabilir. Tutuklama kararının gerekçeli olması sayesinde, yargılama makamının yasanın hangi hükmünden yola çıkarak ve olayın hangi özelliklerinden dolayı tutuklamaya başvurduğu

⁴²³ Şen, Ersan/Özdemir, Bilgehan, “Tutuklama Uygulamalarına Bir Bakış: Tutuklamada Gerekçesizlik Sorunu”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 1 (Ocak 2013), (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/16243> , (Erişim Tarihi: 01.09.2021), s. 20.

⁴²⁴ Şen /Özdemir, Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması, s. 122.

⁴²⁵ “77. Ayrıca tutukluluğa ilişkin karar veren derece mahkemelerince, tutuklama tedbirinin uygulanması için ön koşul olan suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin somut olgulara dayalı olarak ortaya konulması, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca anayasal bir gerekliliktir. Bunun hâkimin bakmakta olduğu davanın esasına ilişkin önceden görüş açıklaması (ihsas-ı rey) olarak kabulü mümkün değildir. Bu itibarla ihsas-ı rey yasağı gerekçesiyle anayasal bir zorunluluğun yerine getirilmesinden kaçınılamaz. Kaldı ki 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir” Anayasa Mahkemesi'nin 15.03.2018 tarih ve B.N.2018-3007 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/3007?BasvuruAdi=%C5%9EAH%C4%B0N+ALPAY+%282%29> , (Erişim Tarihi: 15.07.2021), par. 77.

anlaşılabilecektir⁴²⁶. Ayrıca kararın gerekçeli olması ile hakimin kendini denetlemesi sağlanacak ve keyfi tutuklama kararı vermesinin önüne geçilecektir⁴²⁷.

AYM'ye göre gerekçeli karar hakkı ile, kişilerin adil bir şekilde yargılanması ve yapılan yargılamanın denetlenmesi amaçlanmaktadır. Gerekçeli karar hakkı, yargılama sırasında taraflarca öne sürülen iddia ve savunmaların kurallara uygun bir şekilde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve demokratik bir toplumda kendileriyle ilgili olarak verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun da öğrenmesinin sağlanması için gereklidir⁴²⁸.



⁴²⁶ Aydın, “Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku Tutuklama”, s. 397.

⁴²⁷ 04 Ekim 2018 tarihinde İstanbul 28. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan duruşma sırasında sanık müdafii Av. Ö.K. ile Mahkeme Başkanı arasında usule ilişkin yaşanan tartışma üzerine Mahkeme Başkanının talimatıyla Av. Ö.K. görevli polisler tarafından kuvvet kullanılarak zorla duruşma salonundan dışarı çıkarılmıştır. Mahkeme Başkanının Av. Ö.K. hakkında yaptığı suç duyurusu üzerine Av. Ö.K. gözaltına alınmış, sonrasında ise Cumhuriyet savcısının talebi üzerine Silivri Sulh Ceza Hakimliğine sevk edilerek tutuklanmıştır (<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/avukat-omer-kavili-tutuklandi-1103156>). Sulh Ceza Hakimliğinin Av. Ö.K. hakkında verdiği tutuklama kararında yazan gerekçe, tutuklamaya keyfi olarak ve amacı dışında başvurulduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Av. Ö.K. hakkında verilen tutuklama kararının gerekçesi şöyledir: “Şüpheli Ö.K.’nin eyleminin amacının kutsal savunma hakkı olmadığı, aksine ters psikoloji ile müvekkilini ve kendisini mağdur göstererek dosyada haklı çıkmaya çalıştığı, şüphelinin eyleminin müdafisi olduğu davayı sulandırmaya çalıştığı, şüphelinin tüm bu eylemleri birlikte değerlendirildiğinde amacının halkın gözünde Yargının ve Mahkemelerin itibarsızlaştırılmak olduğu, adalete olan güveni sarsmayı amaçladığı, şüphelinin eylemlerinin haber niteliği taşıyarak toplumda infiale sebep olduğu, delillerin henüz toplanmamış olması, şüphelinin kaçma ve delilleri karartma ihtimalinin bulunması göz önüne alınarak atılı suçtan tutuklanmasına ...” (Silivri Sulh Ceza Hakimliğinin Sorgu No: 2018/264 sayılı kararı).

⁴²⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 15.09.2021 tarih ve B.N.2019-27923 sayılı kararı, par. 18.

SONUÇ

Kişi özgürlüğü, diğer tüm özgürlüklerin kullanılabilmesinin esasını teşkil etmektedir. Özel bir önem verilen bu hak, hem ulusal düzeyde hem de uluslararası belgelerde düzenlenmiştir. Uluslararası sözleşmeler arasında yer alan AİHS, kişi özgürlüğünü bölgesel olarak düzenleyen ve iç hukukumuzda doğrudan uygulanabilen en önemli sözleşmedir. AİHS'in 5. maddesi, kişi özgürlüğü hakkını temel bir hak olarak düzenledikten sonra bu hakkı güvence altına almakta, kişi özgürlüğünün sınırlandırılabilceği halleri ise sınırlı olarak saymaktadır. Tutuklama da kişi özgürlüğüne karşı yapılan bir müdahaledir. AİHS'in 5/1-c maddesinde tutuklamanın amaçları/nedenleri sayılmıştır.

İç hukukumuzda ise AİHS'e paralel olarak Anayasa'nın 19. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı düzenlenmiştir. Ancak Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrasında tutuklama nedenleri daha sınırlı düzeyde tutulmuş, "*suç işlemesine engel olma*" şeklinde AİHS 5/1-c' de belirtilen bir tutuklama nedenine Anayasa'da yer verilmemiştir. Böylece Anayasa, AİHS'e göre kişi özgürlüğünü daha fazla güvenceleyen bir düzenleme niteliğine sahip olmuştur.

CMK'da ise tutuklama kurumunun daha detaylı düzenlediği görülmektedir. CMK'nın 100. maddesine göre tutuklama kararı verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması gerekir.

Kuvvetli suç şüphesi somut delillere dayanmalıdır. Kuvvetli suç şüphesine neden olan somut delillerin ise hukuka uygun olarak elde edilmiş olması ve tutuklama kararı verileceği anda mevcut olması gerekir. Başka bir ifadeyle varlığı bilinmeyen ve tutuklama kararı verileceği anda mevcut olmayan delillere dayanarak kuvvetli suç şüphesinin olduğundan bahisle tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir. AYM tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin varlığı, tutuklamanın ön şartı olarak değerlendirilmekte, yeterince ortaya konulamaması halinde ise başka bir inceleme yapılmaksızın verilen tutuklama kararı ile kişi özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir.

CMK'da tutuklama nedenleri, hem AİHS'e hem de Anayasa'ya paralel olarak düzenlenmiş ve sınırlı olarak sayılmıştır. CMK'da sayılan tutuklama nedenlerinden ilki kişinin

kaçması, saklanması veya kaçma şüphesini uyandıran somut davranışlarının olmasıdır. Burada kaçma şüphesi, subjektif bir kavram olduğundan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kaçma şüphesinin oluşmasına neden olarak öne sürülen ve en sık karşılaşılan durumlar; suçun ağırlığı, verilecek ceza miktarının yüksekliği, kişinin adli sicil kaydının bulunması, sabit bir ikametgahının ve işinin bulunmaması, yabancı ülke vatandaşı olması gibi durumlardır. Kaçma şüphesi olarak değerlendirilen bu durumların somut olarak ortaya konulması, her şüpheli ve sanık hakkında bireyselleştirilerek kaçma şüphesinin olup olmadığına karar verilmesi gerektiği konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır.

CMK'da yer verilen ikinci tutuklama nedeni ise şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme hususunda kuvvetli şüphe oluşturmalarıdır. Burada da kuvvetli şüphenin tutuklama talep edildiği anda mevcut olması gerekir. Karartılacak delil ise varlığı bilinen ve tutuklama talep edildiği anda henüz ulaşılamayan delillerdir. Varlığı bilinmeyen bir delil elde etme amacıyla tutuklama kararı verilmesi kabul edilebilir bir durum değildir. Ayrıca delilleri karartma tehlikesinin bulunup bulunmadığı somut olaylara göre değerlendirilmelidir. Basit bir varsayım, tahmin veya beklenti, delilleri karartma tehlikesinin tespiti için yeterli görülmemelidir. Olay aydınlanmış, gerekli olan delillere ulaşılmış, deliller güvence altına alınmış veya deliller zaten karartılmış ise bu nedenle tutuklama kararı verilmesi söz konusu olmamalıdır. AİHM, soruşturmanın tamamlanamamış veya delillerin toplanamamış olması, başlangıçta yeterli görülebilse de ilerleyen aşamalarda aynı gerekçelerle tutukluluğun devamına karar verilemeyeceğini belirtmektedir.

Tutuklama kurumunun tartışılan konularından birisi de katalog suçlardır. CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında liste halinde sayılan bu suçların işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde tutuklama nedeni var sayılabilecektir. Ancak ceza yargılamasında asıl olanın tutuksuz yargılama olmasına rağmen bu düzenlemeyle tutuklu yargılamanın kural haline getirildiğine dair eleştiriler bulunmaktadır. Öğretide, katalog suçların yer aldığı bu düzenlemenin AİHS'e ve Anayasa'ya uyumlu olmadığı görüşü hakimdir.

AİHM, kanunla bir tutuklama nedeni karine olarak öngörülmüş ise bu halde kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı gerekli kılan somut olguların ikna edici bir şekilde ortaya konulması gerektiğini ve her türlü otomatik tutuklama sistemlerinin tek başına AİHS'in 5. maddesinin 3. fıkrasıyla uyumlu olmadığını belirtmektedir.

AYM ise, CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir.

Tutuklamanın ölçülü olmadığı durumlarda, alternatif tedbirlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Adli kontrol tedbirleri, tutuklamaya alternatif koruma tedbirleridir ve tutuklamanın şartları gerçekleşmiş olsa bile öncelikle düşünülmesi gerekmektedir. Adli kontrol tedbirleri arasında da en hafif olanı tercih edilmelidir.

Tutuklama talep edildiğinde mutlaka gerekçe gösterilmesi gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı, kuvvetli suç şüphesini oluşturan somut delilleri belirterek ve hangi tutuklama nedeninin olayda var olduğunu gerekçesinde izah etmelidir. Cumhuriyet savcısının tutuklama talebinde gerekçe gösterme yükümlülüğü, şüphelinin karşı kanıtlar ve görüşler ileri sürmesine ve sulh ceza hakiminin bağımsız ve tarafsız bir gözlemci olarak tutuklamanın şartlarının oluşup oluşmadığına karar vermesini sağlar. Tutuklama talebinde gerekçeye yer verilmemesi halinde taleplerin geri çevrilmesi ya da reddedilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.

AİHM ve AYM, oldukça kısa ve matbu ifadeleri gerekçe olarak kabul etmemekte, gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli düzeyde olmasını aramaktadır. Başlangıçta kuvvetli şüphenin yanında tutuklama nedenlerinden en az bir tanesinin de bulunması belli bir süreye kadar yeterli görülebilse de belli bir süreden sonra uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hala devam edip etmediği gerekçeleriyle birlikte gösterilmelidir.

Tutuklama ile ilgili kararlarda gerekçe belirtmenin ihsas-ı rey olduğu belirtilerek soyut ve matbu ifadelerin kullanılması eleştirilmiştir. CMK'nın 100. maddesinden, tutuklama duruşmasının amacının o anki mevcut deliller değerlendirilmek suretiyle kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedeninin olup olmadığının tespit edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Tutukluluk duruşmasında kişinin suçlu olup olmadığına karar verilmemektedir. Tutukluluk duruşmasından sonra da yeni deliller elde edilebilir veya mevcut deliller çürütülebilir. Bu yüzden tutuklamanın şartlarının oluşup oluşmadığının yeterli düzeyde gerekçelendirilmesi gerekmektedir. AYM bir kararında, tutukluluğa ilişkin kararlarda suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin somut olgulara dayanarak ortaya konulmasını anayasal bir zorunluluk olduğunu ve ihsas-ı rey olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.

CMK'nın 100. maddesinin 2. fıkrasında tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye talebinin reddine ilişkin kararlarda yer alması gereken hususlara değinilmiştir. Buna göre sayılan hususlarda bir karar verilirken kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açık bir şekilde gösterilmelidir. 08/07/2021 tarih ve 7331 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle CMK'nın 100. maddesinin 2. fıkrasına (d) bendi ile "*adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını*" şeklinde ibare eklenmiştir. Bu düzenlemeden adli kontrol tedbirinin neden yetersiz kalacağını gösteren somut olguların da gerekçelendirilerek kararda gösterilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.



KAYNAKÇA

- Akpek, A. L. (2020). *Tutuklamada Kuvvetli Suç Şüphesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aldemir, H. (2014). Tutuklama. *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(100), 441-460. <https://www.jurix.com.tr/article/2722>.
- Alptekin, T. (2019). Türk anayasa hukuku'nda tutuklama tedbirine karşı bireysel başvuru yolu'', Yayınlanmamış doktora tezi, Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, Hatay.
- Aydın, D. (2001). Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku Tutuklama. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (3), 881-912. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2001-20013-825> .
- Balcı, M. (2012). Delillerin, Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Oluşturması (CMK m.170/2). *Terazi Hukuk Dergisi*, 7(72), 10-15. <https://www.jurix.com.tr/article/1797> .
- Bayraktar, K. (2005). Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış. *Legal Hukuk Dergisi*, (32), 2863-2869. <https://legalbank.net/belge/yeni-ceza-muhakemesi-kanununda-yer-alan-koruma-tedbirlerine-genel-bir-bakis/824018/Yeni+Ceza+Muhakemesi+Kanunu%e2%80%99nda+Yer+Alan+Korum+a+Tedbirlerine+Genel+Bir+Bak%c4%b1%c5%9f> .
- Bıçak, V. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Birinci, G. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Kısa Tarihi 1: Milletler Cemiyetinden Birleşmiş Milletler'e, 50-81. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/394390> .
- Centel, N. (2011). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 17(1-2), 49-93, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1246> .
- Centel, N. (2013). Tutuklama Uygulamasında Sorunlar. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 71(1), 193-206. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9188/115167> .
- Centel, N. ve Zafer, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Doğan, R. (2021). AİHM Kararları Işığında Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğunun Denetimi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (155), 1-50.

- Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*. Ankara: Şen Matbaa.
- Donay, S. (2015). *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Erem, F. (1973). *Ceza Usulü Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Eryılmaz, M. B. (2001). *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Feyzioğlu, M. ve Okuyucu, E. G. (2010). Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59(1), 25-59. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001591
- Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. ve Berk, K. (2013). *İdare Hukuku*. İstanbul: DR Yayınları.
- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Güleç, S. S. (2012). Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (98), 25-74. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1120> .
- Gülşen, R. (2019). Sağlık Personeline Karşı Görevleri Sebebiyle veya Görevleri Sırasında Suç İşleyenlere Yönelik Yakalama ve Tutuklama Tedbirlerinin Uygulanması. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 21(Özel Sayı), 2961-2971 <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/RECEP-GULSEN.pdf> .
- Gültekin, Ö. (2010). Ceza Muhakemesi Hukukunda “Şüpheli” Kavramı. *Terazi Hukuk Dergisi*, 5(46), 121-138. <https://jurix.com.tr/article/770> .
- Gülüşür, E. (2010). *Koruma tedbirlerinden tutuklama*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya.
- Güneş, A. M. (2020). *İnsan Hakları Hukukuna Giriş* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- İçten, M. P. (2019). Tutuklama ve Türkiye'deki Tutuklama Kararlarının Gereksizliği Sorunu. *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 3(5), 46-81. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/duamydad/issue/49376/630810> .
- İnci, Z. Ö. (2014). Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar. *Ceza Hukuku Dergisi*, 9 (25), 103-123.

- İnci, Z. Ö. (2017). *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- İpekçioğlu, P. A. (2007). Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbiri. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(Özel Sayı), 1215-1254. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756868> .
- Kaboğlu, İ. Ö. (2013). *Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş* (7. Baskı). Ankara: İmge Yayınevi.
- Kahraman, E. G. (2014). Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1), 123-150. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/753702> .
- Kalabalık, H. (2016). *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- Karabulut, F., Karapazarlıoğlu, E. ve Tosun, H. (2015). Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı. *TBB Dergisi*, 28(120), 385-422. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1517>.
- Kaşka, H. (2014). Tutuklama-Mahsup-Erteleme Müesseselerinin Birlikte Uygulanma Halleri Üzerine Bir İnceleme. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(3), 721-736. https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_26.pdf .
- Katoğlu, T. (2011). Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*, 69(4), 17-34. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2011-4.pdf>
- Kılıç, M. (2011). Alman Hukukunda Tutuklulukta Ölçülülük İlkesi. *Ankara Barosu Dergisi*, (1), 203-210. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33789/374188> .
- Koca, M. (2003). Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 109-140. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46859/587603> .
- Koca, M. (2006). Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller. *Ceza Hukuku Dergisi*, 1(2), 207-225. <https://www.jurix.com.tr/article/2889> .
- Kocaoğlu, S. S. (2017). *Müdafi* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Koçer, S. (2010). *Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.
- Koparan, M. R. (2006). Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (65), 154-172. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-244> .
- Korkmaz, F. (2015). Adli Kontrol. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(Özel Sayı), 521-542. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208366>.
- Korkut, L. (2014). Türkiye’de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 75-106. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1102128> .
- Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Kurşun, G. ve Cengiz, O. K. (2021). *Ceza Avukatının İnsan Hakları El Kitabı*. Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları.
- Metin, Y. (2017). Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir? *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 1-74. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/33190/369413> .
- Öğütçü, Ö. (2019). *Cezai ve Hukuki Boyutlarıyla Tutuklama*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özen, M. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Öztürk, B., Kazancı, B. E. ve Güleç, S. S. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (4. Baskı): Ankara. Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Gezer, Ö. S., Kırıt, Y. F. S., Özaydın, Ö., Akcan, E. A. ve Tütüncü, E. E. (2016). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Parlar, A. (2017). *İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Parlar, A. ve Öztürk, M. (2019). *Ceza Yargılamasında Tutuklama Yakalama Gözaltı ve Adli Kontrol*. İstanbul: Aristo Yayınevi.

- Sarıgöl, A.T. (2017). *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf* (3. Baskı). Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Sarıgöl, A. T. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyeye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Seçer, E. (2017). *5271 sayılı CMK'ya göre tutuklama*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Atatürk Üniversitesi, Erzurum.
- Sevdiren, Ö. (2019). Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım. *Anayasa Hukuku Dergisi*, 8(16), 295-357. <http://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/05/Sevdiren-AYHD-16.pdf> .
- Sınar, H. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Sürücü, A.S. (2010). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye'de Tutuklama*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Soyaslan, D. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Şahbaz, İ. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (55), 201-225. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/55.pdf .
- Şahin, C. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şahin, C. ve Göktürk, N. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şen, E. (2011). Ceza Yargılaması Süreci. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (97), 269-300. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/97.pdf .
- Şen, E. ve Özdemir, B. (2011). *Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şen, E. ve Özdemir, B. (2013). Tutuklama Uygulamalarına Bir Bakış: Tutuklamada Gereksizlik Sorunu. *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(1), 15-24. <https://www.jurix.com.tr/article/16243> .
- Şirin, T. (2018). *Özür ve Güvenlik Hakkı*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi.
- T.C. Adalet Bakanlığı.(2021). İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi.

- Tezcan, D. (1994). 3842 Sayılı Yasa Açısından Yakalama ve Tutuklama. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2), 27-38. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/261711>.
- Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi.
- Tunç, H. (2013). Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1-2), 1643-1653. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789335>.
- Turan, H. (2015). Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kapsamındaki Kararları Işığında Tutuklamada Gerekeç. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(21), 385-404. <https://taad.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/dergiler/taad/taad-21/taad-21.pdf>.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi. (2011). Tutuklama Raporu. Ankara. Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Uçdu, İ. (2007). Ceza muhakemesi hukukunda tutuklama. Yayınlanmamış doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yaşar, O. (2009). *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yaşar, O. (2018). *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu* (8. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yenidünya, C. ve İçer, Z. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenisey, F. (2007). Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil. *Ceza Hukuku Dergisi*, 2(4), 5-60. <https://www.jurix.com.tr/article/2817>.
- Yenisey, F. (2016). Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama. *Anayasa Yargısı*, 32(1), 213-229. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52020/678361>.
- Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Yenisey, F. ve Oktar, S. (2019). İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21(Özel Sayı), 3127-3155. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/FERIDUN-YENISEY-SALIH-OKTAR.pdf>.
- Yılmaz, E. (2014). *Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü* (5. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yurtcan, E. (2017). *CMK Şerhi* (8. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yurtcan, E. (2019). *Ceza Yargılaması Hukuku* (16. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yüce, T. T. (1980). Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi. *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 67-96. <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/yilbirsayibir/yuce5.pdf>.
- Yücel, M. T. (2010). Tutuklama Paradoksu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (9), 291-299. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/91.pdf.
- Zafer, H. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Baskı). Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.

Yararlanılan Mahkeme Kararları

- AYM, 26.05.2021 tarih ve B.N.2016-75064, L.A. Başvurusu.
- AYM, 03.02.2016 tarih ve B.N.2014/474, Hüseyin BURÇAK Başvurusu.
- AYM, 04.12.2013 tarih ve B.N.2012-1272, Mustafa Ali Balbay Başvurusu.
- AYM, 08.04.2015 tarih ve B.N.2014-14061, Hikmet Kopar Başvurusu.
- AYM, 11.03.2021 tarih ve B.N.2018-15113, Yakup ÇETİN Başvurusu.
- AYM, 14.07.2015 tarih ve B.N.2013-385, İzzettin Alpergin Başvurusu.
- AYM, 15.03.2018 tarih ve B.N.2018-3007, Şahin Alpay Başvurusu.
- AYM, 15.09.2021 tarih ve B.N.2019-27923, MEYA FAR Petrol Ürünleri Nakliye Temizlik İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti Başvurusu.
- AYM, 16.02.2017 tarih ve B.N.2014-4994, Halas Aslan Başvurusu.
- AYM, 16.07.2013 tarih ve B.N.2013-5274, Levent Ersöz Başvurusu.
- AYM, 17.05.2016 tarih ve B.N.2014-1268, Mehmet Güneş Başvurusu.
- AYM, 18.06.2014 tarih ve B.N.2013-2814, Hanefi Avcı Başvurusu.
- AYM, 20.03.2014 tarih ve B.N.2012-391, Murat Ildırar Başvurusu.
- AYM, 20.09.2017 tarih ve B.N.2014-5963, Eşref Turunç Başvurusu.
- AYM, 25.06.2015 tarih ve B.N.2013-5924, Hasan Atilla Uğur Başvurusu.
- AYM, 26.05.2021 tarih ve 2018/13901, M.G. Başvurusu.
- AYM, 26.05.2021 tarih ve B.N.2019-5753, Ümit Çiftçi Başvurusu.
- AYM, 11.01.2018 tarih ve B.N.2016-50972, Turhan Günay Başvurusu.
- AYM, 13.01.2021 tarih ve B.N.2019-35167, Salih Saygılı Başvurusu.
- AYM, 15.09.2021 tarih ve B.N.2018/24006, Sevil Karaaslan Başvurusu.
- AYM, 19.02.1963 tarih ve E.1962-277, K.1963-34 sayılı kararı.
- AYM, 13.05.1963 tarih ve E.1963/200, K.1963/110 sayılı kararı.
- AYM, 26.06.1963 tarih ve E.1963-197, K.1963-166 sayılı kararı.
- AYM, 31.03.1992 tarih ve E.1991-18, K.1992-20 sayılı kararı.
- AYM, 26.02.2001 tarih ve E.1999-2, K.2001-2 sayılı kararı.
- Yargıtay C.G.K. 19.04.1993. E.1993/6-79, K.1993/108.
- Yargıtay 6. C.D. 06.06.2006. E.2006/8803, K.2006/5634.
- Yargıtay 3.C.D. 19.04.2007. E.2007-4265, K.2007-3641.
- Yargıtay C.G.K. 16.12.2008. E.2008-225, K.2008-231.
- Yargıtay C.G.K. 17.11.2009. E.2009/7-160, K.2009-264.
- Yargıtay C.G.K. 29.03.2011. E.2011/3-49, K.2011/28.

Yargıtay 12. C.D. 10.09.2012. E.2011-24154, K.2012-18103.

Yargıtay C.G.K. 25.11.2014. E.2013/9-841, K.2014-513.



Yararlanılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Abdo / Türkiye Davası, Başvuru No:17681-04, 26.01.2010.
- Adıyaman ve Erman / Türkiye Davası, Başvuru No:38372-06 ve 24572-08, 26.01.2011.
- Ali Hıdır Polat / Türkiye Davası, Başvuru No: 61446-00, 05.04.2005.
- Alparslan Altan / Türkiye Davası, Başvuru No:12778-17, 16.04.2019.
- Baltacı / Türkiye Davası, Başvuru No:495-02, 18.07.2006.
- Buzadji / Moldova Cumhuriyeti Davası, Başvuru No: 23755-07, 05.07.2016.
- Cahit Demirel / Türkiye Davası, Başvuru No:18623-03, 07.07.2009.
- Çarkçı / Türkiye Davası, Başvuru No:28451-08, 14.10.2014.
- Demir ve İpek / Türkiye Davası, Başvuru No:17019-02 ve 30070-02, 03.02.2009.
- Dereci / Türkiye Davası, Başvuru No:77845-01, 24.08.2005.
- Fox Campbell and Hartley / Birleşik Krallık Davası, Başvuru No:12244-86, 30.08.1990.
- Galip Doğru / Türkiye Davası, Başvuru No:36001-06, 28.04.2015.
- Gedik / Türkiye Davası, Başvuru No:22478-06 ve 37667-08, 20.05.2010.
- Gıyasettin Altun / Türkiye Davası, Başvuru No:73038-01, 24.05.2005.
- Giulia Manzoni / İtalya Davası, Başvuru No: 19218-91, 01.07.1997.
- Hakim Aydın / Türkiye Davası , Başvuru No:4048-09, 26.05.2020.
- Hasan Döner / Türkiye Davası, Başvuru No:53546-99, 20.11.2007.
- İlgar Mammadov /Azerbaycan Davası, Başvuru No:15172-13, 22.05.2014.
- K.F. / Almanya Davası, Başvuru No: 25629-94, 27.11.1997.
- Kaçmaz / Türkiye Davası, Başvuru No:43648-05, 02.02.2010.
- Kavala / Türkiye Davası, Başvuru No:28749-18, 11.05.2020.
- Labita / İtalya Davası, Başvuru No:26772-97, 06.04.2000.
- Lamy / Belçika Davası, Başvuru No:10444-83, 30/03/1989.
- Mansur / Türkiye Davası, Başvuru No:16026-90, 08.06.1995.
- Murray / Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 14310-88, 28.10.1994.
- Neumeister / Avusturya Davası, Başvuru No:1936-63, 27.06.1968.
- Punzelt / Çekoslovakya Davası, Başvuru No:31315/96, 25.04.2000.
- Tacıroğlu / Türkiye Davası, Başvuru No:25324-02, 02.02.2006.
- Tomasi / Fransa Davası, Başvuru No: 12850-87, 27.08.1992.
- Tutar / Türkiye Davası, Başvuru No:11798-03, 10.10.2006.
- Uysal ve Osal /Türkiye Davası, Başvuru No:1206-03, 13.12.2007.

W. / İsviçre Davası, Başvuru No:14379-88, 26.01.1993.

Yağcı ve Sargın / Türkiye Davası, Başvuru No:16419-90 ve 16426-90, 08.06.1995.

