

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAĞLAMINDA
KORUMA TEDBİRLERİNDEN DOLAYI
TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Umut AKYÜZ

2501080939

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU

İstanbul 2011

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAĞLAMINDA KORUMA TEDBİRLERİNDEN DOLAYI TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Umut AKYÜZ

ÖZ

Bu çalışma, ceza muhakemesi hukuku bağlamında maddi gerçeğe ulaşabilmek uğruna uygulanan koruma tedbirleri dolayısıyla haksız veya hukuka aykırı olarak kişi hak ve özgürlükleri ihlal edilen kimselerin mağduriyetlerini telafi edebilmek bakımından tazminata hak kazanabilmesinin şartlarını, tazminatın elde edilebilmesi için izlenmesi gereken usuli yöntemi ele almaktadır.

Çalışmamız, AİHM ve Yargıtay kararları ile desteklenerek soyut ve teorik hükümlerin somutlaştırılması amacı güdülmüştür. Konuya ilişkin doktrindeki görüşler ve içtihatlar yardımıyla ihtilaflı hususlar mümkün olduğunca aydınlatılmaya çalışılmıştır. Kavramların içeriğinin yansıtılması ve AİHS ekseninde uluslararası hukuk ışığında konuya ilişkin temel hak ve özgürlüklerin irdelenmesinden sonra iç hukukta devletin koruma tedbirleri uygulamalarından dolayı tazminat sorumluluğu üzerinde durulmuştur.

Nihayetinde devlet adına yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin, eylem ve işlemlerinde hukuki çerçevede davranmasının kişi hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından hayati önemi olduğu, aksi takdirde cezai- disiplin- tazminat sorumluluklarının gündeme gelebileceği hususu hukuki bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

COMPENSATION RESPONSIBILITY DUE TO PROTECTION MEASURES IN THE CONTEXT OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Umut AKYÜZ

ABSTRACT

This thesis handles the conditions for obtaining compensation for restitution of the people whose rights and freedom had been violated unjustly or unlawfully due to protection measures applied in order to reach the material reality in the context of criminal procedural law, as well as the procedural method for obtaining of such compensation.

The study had been supported by the decisions of ECHR and Supreme Court of Appeals, and aimed to concretize the abstract and theoretical provisions. The controversial issues about the subject have been illuminated by opinions in the doctrine and case law. Compensation responsibility regarding the state's application of protection measures in domestic law had been emphasized after reflecting the content of the concepts and exploring the basic rights and freedoms about the subject in the light of ECHR and international law.

It was concluded that behaviors of public officers, who use the judicial power on behalf of the state, in their activities and transactions to be within the legal framework have vital importance in order to protect individuals' rights and freedom, otherwise criminal –disciplinary- compensation responsibility will arise as a juristic reality.

ÖNSÖZ

Herkes, ceza muhakemesi işlemlerine potansiyel bakımdan muhataptır. Kanuni yollardan maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinen ceza muhakemesi hukuku, koruma tedbirlerini vasıta olarak kullanmaktadır. Maddi gerçeğe ulaşılması suretiyle elde edilecek toplumsal yarar ile haksız yere işlemlere maruz kalınmasıyla oluşan bireysel zarar hassas bir denge oluşturmaktadır. Herkes, koruma tedbirlerinin makul biçimde uygulanmasına katlanmak durumundadır.

Ceza muhakemesinde usuli hükümlere uyulmaması, delil yasakları dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşılmasını toplum zararına olarak önleyebileceği gibi devletin ve rücu müessesesinin işletilmesi dolayısıyla da ilgili kamu görevlilerinin hukuki sorumluluklarına da yol açabilecektir. Kamu görevlilerinin disiplin ve cezai sorumlulukları ise konumuz dışında kalmaktadır.

Tezin amacı, usulün esasa feda edilemeyeceğinin göstergelerinden biri olan CMK md. 141 vd. hükümleri ışığında koruma tedbirlerinden doğan tazminat sorumluluğunun şartlarını, kapsamını tayin etmektir.

Her ne kadar son yıllarda içtihadi bakımdan pek çok Yargıtay kararı oluşsa da bu husus maalesef koruma tedbirleri mağdurlarının her zaman için CMK md. 141 vd. hükümlerini işlettiği anlamına gelmemektedir. Hukuk bilinci gelişmemiş bireylerin devlete karşı hak iddiasında bulunması yine aynı işlemlere maruz kalınabileceği endişesiyle pek mümkün olmamaktadır. Konunun ayrıntılı olarak, bilimsel biçimde irdelenmesi ve mevcut ihtilafların dökümünün yapılarak bir sonuca ulaşılması arzulanmaktadır. CMK md. 141 vd. hükümlerinin işletilmesi, mağdur bireyin olduğu kadar yargı erkini kullanan kamu görevlilerinin de lehine olacaktır. Kamu görevlileri, en azından hukuka uygun davranma bilincine, aksi takdirde sorumluluğun gündeme gelebileceği hissine sahip olacaklardır.

Tezin yazımı sürecinde maddi ve manevi katkılarını esirgemeyen değerli aileme ve zor şartlarda da mutlu olunması gerekliliğini salık veren saygıdeğer danışmanım Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu'na teşekkürü borç bilirim.

Umut AKYÜZ

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİ, KORUMA TEDBİRLERİ ve TAZMİNAT KAVRAMLARI

1.1. Hukuk Devleti Kavramı.....	3
1.1.1. Hukuk Devletinin Sorumluluğu.....	5
1.1.1.1. İdari Hukuk Bağlamında Sorumluluk.....	7
1.1.1.2. Özel Hukuk Bağlamında Sorumluluk.....	9
1.2. Koruma Tedbirleri Kavramı.....	15
1.2.1. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri ve Ön Şartları.....	17
1.3. Tazminat Kavramı.....	19
1.3.1. Koruma Tedbirlerinden Doğan Tazminatın Hukuki Niteliği.....	20

İKİNCİ BÖLÜM

KONUMUZA İLİŞKİN OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE YER ALAN TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLER

2.1. AİHM Uygulaması Işığında AİHS'de Durum.....	24
2.1.1. AİHS md. 5: Özgürlük ve Güvenlik Hakkı.....	24
2.1.2. AİHS md. 6: Adil Yargılanma Hakkı.....	31
2.1.3. AİHS md. 8: Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması.....	33
2.1.4. AİHS md. 41: Hakkaniyete Uygun Tatmin.....	37

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ULUSAL MEVZUATTA KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE
TAZMİNAT SORUMLULUĞU

3.1. 1961 Anayasası md. 30.....	39
3.2. Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında 466 Sayılı Kanun.....	40
3.3. 1982 Anayasası.....	44
3.4. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.....	45
3.4.1. Tazminat İstenebilecek Haller (Tazminat Nedenleri).....	47
3.4.1.1. Kanun Dışı Yakalama, Tutuklama, Tutukluluğun Devamına Karar Verme.....	50
3.4.1.1.1. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Yakalama.....	50
3.4.1.1.2. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklama.....	56
3.4.1.1.2.1. Tutuklama Kararını Verme Yetkisi.....	58
3.4.1.1.2.2. Kuvvetli Suç Şüphesi Şartı ve Tutuklama Nedeninin Bulunması Zorunluluğu.....	60
3.4.1.1.2.3. Tutuklamada Ölçülülük.....	64
3.4.1.1.2.4. Tutuklama Kararının Gerekçeli Olması Zorunluluğu.....	67
3.4.1.1.2.5. Tutuklulukta Azami Süre.....	69
3.4.1.1.3. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutukluluğun Devamına Karar Verme.....	71
3.4.1.2. Kanuni Gözaltı Süresi İçinde Hâkim Önüne Çıkarmama.....	73
3.4.1.3. Kanuni Hakları Hatırlatmadan veya Hatırlatılan Haklardan Yararlandırılma İsteğini Yerine Getirmeden Tutuklama.....	80
3.4.1.4. Kanuna Uygun Olarak Tutuklamaya Rağmen Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarmama ve Makul Süre İçinde Hüküm Vermeme.....	84
3.4.1.5. Kanuna Uygun Olarak Yakalamadan veya Tutuklamadan Sonra Kovuşturmaya Yer Olmadığına veya Beraate Karar Verme.....	88

3.4.1.6. Gözaltı ve Tutuklulukta Geçirilen Sürelerin Hükümlülük Sürelerinden Fazla Olması veya İşlenen Suç İçin Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Czası Olması Nedeniyle Zorunlu Olarak Bu Cezayla Cezalandırma.....	94
3.4.1.7. Yakalama veya Tutuklama Nedenleri ile Suçlamaların İlgiliye Yazıyla veya Bunun Hemen Olanaklı Bulunmadığı Hâllerde Sözle Açıklanmaması.....	97
3.4.1.8. Yakalama veya Tutuklama Durumlarının İlgilinin Yakınlarına Bildirilmemesi.....	99
3.4.1.9. Arama Kararını Ölçüsüz Bir Şekilde Gerçekleştirme.....	103
3.4.1.10. Eşyaya veya Diğer Malvarlığı Değerlerine Koşulları Oluşmadığı Halde Elkoyma veya Korunması İçin Gerekli Tedbirleri Almama ya da Eşyayı veya Diğer Malvarlığı Değerlerini Amaç Dışı Kullanma veya Zamanında Geri Vermeme.....	114
3.4.2. CMK md. 141’de Düzenlenmeyen Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasından Doğan Zararların Karşılanması Meselesi.....	121
3.4.3. Tazminat Başvurusu ve Yargılama Usulü.....	128
3.4.3.1. Davanın Tarafları.....	129
3.4.3.2. Dava Açma Süresi.....	132
3.4.3.3. Davayı Görmekle Yetkili ve Görevli Mahkeme.....	135
3.4.3.4. Dava Dilekçesinin Muhtevası.....	138
3.4.3.5. Tazminat Davası Usulü.....	139
3.4.3.6. Kanun Yolu.....	148
3.4.4. Tazminatın Geri Alınması ve Rücu.....	151
3.4.5. Tazminat İsteyemeyecek Kişiler.....	156
3.4.6. Tazmin Edilecek Zararların ve Tazminat Miktarının Hesaplanması.....	161
3.4.6.1. Maddi Tazminat.....	163
3.4.6.2. Manevi Tazminat.....	168
3.4.6.3. Faiz Meselesi.....	170
3.4.6.4. Vekâlet Ücreti Meselesi.....	173
SONUÇ.....	177
KAYNAKÇA.....	180

KISALTMALAR

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
BM/ İHEB	: Birleşmiş Milletler/ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
BM/ MSHS	: Birleşmiş Milletler/ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
bs.	: basım
C.	: Cilt
CGİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas sayısı
Fak.	: Fakültesi
Haz.	: Hazırlayan
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar sayısı
md.	: madde
MK	: Medeni Kanun
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Üniv.	: Üniversitesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
vd.	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
vs.	: ve saire
Yay.	: Yayınları
YGİY	: Yakalama, Gözaltına alma ve İfade alma Yönetmeliği

GİRİŞ

Hukuka uygun davranış ya içselleştirilmiş irade ile yahut yaptırıma uğrama korkusu ile temin edilebilir.

Suç işlendiği şüphesi üzerine işin esasının araştırılarak sonuca ulaşılabilmesi için kullanılan ve kavramsal olarak koruma tedbiri olarak adlandırılan ceza muhakemesi işlemlerinin hatalı uygulanması, temel hak ve hürriyetlere yeterli saygı gösterilmemesi durumunda işlemlerin muhatabı olan kişilerin mağdur oldukları yadsınamaz bir gerçekliktir.

Yargılama kudretini elinde bulunduran ve bu kudreti kamu görevlileri eliyle kullanan devlet organlarının keyfi yahut kanunsuz eylem ve işlemleri söz konusu olduğunda hukuk devleti, adalet ve hakkaniyet duygularının gereği olarak bu eylem ve işlemlerden dolayı mağdur olan kimselerin uğradıkları zararların telafi edilmesi gerekmektedir. Öyle ki oluşan zarar tam manasıyla karşılanmıyorsa yahut karşılanamıyorsa hukuk devleti olgusundan ve dolayısıyla kişilerin huzurundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde tezin anahtar kavramları olan hukuk devleti, koruma tedbirleri ve tazminat olguları üzerinde durulmuş; koruma tedbirlerinin haksız ya da kanuna aykırı uygulanmasından doğan, idari ve özel hukuk bağlamında sorumluluk ihtimalleri ve sorumluluğun kime yöneltilebileceği hususları irdelenmiştir.

İkinci bölümde, Anayasa md. 90/5 hükmü ile birlikte iç hukuktaki bağlayıcılığı tartışmasız olan ve hukukumuzu etkileyen uluslararası sözleşmeler arasında en etkin işleve sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı ve hakların asgari korumadan yararlanamadığı durumlarda gündeme gelen hakkaniyete uygun tatmin ekseninde açıklamalarda bulunulmuştur. Kavramların açıklanmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından da yararlanılmıştır.

Üçüncü bölümde ise tez konumuza ilişkin ulusal mevzuat temel alınmıştır. Anayasa, kanun ve yönetmelik hükümleri çerçevesinde ceza muhakemesi hukuku araçları olan koruma tedbirlerinin hatalı, haksız uygulamalarından dolayı sorumluluk hususu ele alınmıştır. Kamu görevlilerinin işlemlerinden dolayı sorumluluk yolunu açan 1961 Anayasası ve buna dayanan 15.05.1964 tarihli 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun ile birlikte hukukumuzdaki boşluk giderilmiştir. Bu bölümde konular, CMK md. 141 vd. sistematığıne uygun biçimde ele alınmıştır. Tazminat talep edebilmeye imkân sağlayan sebeplerin sınırlı biçimde sayıldığı CMK md. 141 hükmü etraflıca incelenmiştir. Ardından CMK md. 142 bağlamında tazminat isteminin koşulları; CMK md. 143'teki tazminatın geri alınmasının usul ve şartları; CMK md. 144 gereği tazminat imkânından yararlanamayacak kimseler ve bu durumun sebepleri irdelenmiştir. Nihayetinde ise tazminat miktarının tayininde maddi ve manevi tazminat belirlenmesinde dikkat edilmesi gerekli hususlar, uygulamada da sorunlu başlıca meselelerden olan faiz ve vekâlet ücretinin hangi miktarda karşılanacağı meselesi üzerinde yoğunlaşmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİ, KORUMA TEDBİRLERİ VE TAZMİNAT

KAVRAMLARI

1.1. Hukuk Devleti Kavramı

Hukuk devleti, eylem ve işlemleriyle hukuka uygun davranan, hukuka uygun davranma yönünde irade sahibi olan, insan haklarının gerçekleştirilmesi ve adaletin sağlanması hususunda hukuk güvenliğini sağlayan devlettir¹. Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

“Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.”²

“Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı, gibi bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu bağlamda devlet, mesela vatandaşına her an gözaltına alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde arama yapılabileceği endişesini yaşatmamalıdır. Aksine güvenlik içerisinde özgürlük ve onurlu bir yaşam sunmayı amaçlamalıdır.”³

Hukuk devleti, kanun devleti değil, hak ve adalete, nesafete, temel hak ve hürriyetlerin gerçekleşmesi ve huzurun sağlanması için insan haklarına saygılı olan devlettir⁴.

Düzeni oluşturan hukuka, bizzat onu yaratan da tabi olmazsa keyfiliğe kapılar açılmış olur ve adaletten beklenen güvenlik asla gerçekleşemez. Devleti temsil

¹-Timur Demirbaş, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, İzmir, Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fak. Yay., 1996, s. 59.

²-(Anayasa Mahkemesi Kararı, 2008/51 E., 2011/46 K., 10.03.2011 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 02.07.2011.

³-(YCGK, 2005/10-15 E., 2005/29 K., 15.03.2005 T.), (Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 2003/13539 E., 2005/8098 K. 20.06.2005 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 18.07.2011.

⁴- Servet Armağan, “Hak arama hürriyeti ve ona bağlı müesseseler”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa Basım Yay., 1999, s. 46.

edenlerin eylemlerinin denetime tabi olmadığı sistemde –ki böyle bir sistem polis devletidir- hukuk kurallarına bağıllık değil keyfi hareket egemendir⁵. Devletin gücünün, bireyin gücünün çok üstünde olduğu gerçeği göz önünde tutularak devlet gücünün, devletin serbestçe – başına buyruk- karar verme yetkisinin sınırlandırılmasına gidilmiştir⁶. Hukuk devletinde eylem ve işlemlerin orantılı, ölçülü olması gerekmektedir⁷.

Hukuk düzeninin, getirdiği sınırlamalara kendisinin de tabi olması⁸, kanuna bağıllığı⁹, işlemlerini kanun dışı yollardan yürütmemesi hukuk devletinin göstergelerinden biridir¹⁰. Öyle ki hukuk devletinden söz edebilmek için devletin eylem ve işlemlerinin hukuk tarafından denetlenmesi gerekir. Devletin denetlenmesi için de dava etme olanağını kısıtlayan hukuki ve fiili engeller kaldırılmalıdır¹¹.

İnsan hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendirmek¹², hukuku tüm devlet organlarında egemen kılmak, temel ve evrensel hukuk ilkelerine uymak hukuk

⁵-Bilge Öztan, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 27. bs., Ankara, Turhan Yay., 2008, s. 39-40.

⁶-Bilge Öztan, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, s. 44.

⁷-TBMM Adalet Komisyonu Raporu'ndaki bu neviden ifadeler için bkz. Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, 3. bs., İstanbul Barosu Yay., 2005, s. 59.

⁸-Hukuk, pozitivistlere göre devletin eseri olup devletten ayrı düşünülemez. Tabii hukuk görüşünde olanlara göre ise hak, devletin ve kanunun da üstünde olan en üstün değerdir. Ali Fuat Başgil, "Hakkı ve hukuku devlet mi yaratır ve yapar?", **Ord. Prof. Dr. Tahir Taner'e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1956, s. 429. Devletin varlık nedeninin bireyin doğuştan sahip olduğu temel hak ve hürriyetleri güvence altına almak olduğuna dair ifade için bkz. Basri Aktepe, **İletişimin Denetlenmesi ve Ortam Dinlemesi, Uluslararası Uygulamalar, Tedbirler ve Öneriler** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 6. Kanaatimce de devletin kendisini hukuk kurallarıyla bağıl kılması, tabii hukuk olgusunun vücut bulması dolayısıyla hakkın ve hukukun üstünlüğünün sonucu olarak açıklanabilir.

⁹-Hukuk devletinde hiç kimsenin kanunun üzerinde olmadığına dair ifade için bkz. M. Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Ankara, Seçkin Yay., 2003, s. 91.

¹⁰-Vecdi Aral, **Varlığı Var Eden İlke Sevgi**, İstanbul Barosu Yay., 2005, s. 101.

¹¹-Aydın Aktaş, "466 Sayılı Yasa uyarınca ikame edilecek tazminat davaları ile ilgili bazı sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 1994, s. 558.

¹²-Hukuk devletinde kişi özgürlüğünden daha değerli bir alan düşünülmemeyeceği yönündeki ifade için bkz. Turgan Arınır, "Uygulamada yasa dışı yakalama ve tutuklama özellikle zarar görenin kusur ve ihmali", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 53, S. 7, 1979, s. 515. Özgürlükçü demokrasi anlayışının insan hak ve hürriyetlerinin korunmasını zorunlu kıldığına dair bkz. Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, Ankara, 9 Eylül Üniv. Yay., 1989, s. 21. Bireyin, kaynağını insan hakları felsefesinde bulan birtakım normlarla korunması çağdaş hukuk devleti olmanın kaçınılmaz bir gereği olduğuna dair ifade için bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, "İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku", **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1998, s. 157.

devletinin üzerine düşen başlıca ödevlerdendir¹³. Hukuk devletinde ne kadar suçun aydınlatıldığı değil; ne oranda suçun hukuka uygun olarak aydınlatıldığı önem kazanmaktadır¹⁴.

Günümüzde bir devlet düzeninin işlevinin ve etkinliğinin belirlenmesinde insan hakları karşısında takınılan tavır belirleyici rol oynamaktadır. Ceza muhakemesinde rol alan devlet görevlileri hizmette etkinlik ve saygınlıklarını ancak ve ancak hukuk kurallarına uymakla temin edebilirler. Birey de hukuk devletinin işlerlik kazanması için asgari düzeyde de olsa haklarının farkında olmalı; çevresini de aydınlatmalıdır¹⁵.

1.1.1. Hukuk Devletinin Sorumluluğu

XIX. yüzyılda birçok ülkede *devletin sorumsuzluğu* ilkesi geçerli iken; XX. yüzyılın ortalarında devletin sorumsuzluğu ilkesi tamamen terk edilmiştir¹⁶.

Yargı mensupları, bağımsızlık, tarafsızlık, tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat koşullarına sahip olmalıdırlar¹⁷. Sorumluluk, zarar doğurucu davranışın sonuçlarını giderme yükümlülüğüdür. Türkiye Cumhuriyeti devleti, hukuk devleti olduğu içindir ki hukuka aykırı sonuçlardan dolayı sorumluluğu doğmaktadır. Devletin yasama ve yargı faaliyetlerinden dolayı mali sorumluluğu tartışmalı olmakla beraber yürütmenin yani idarenin mali sorumlu olduğu hususunda ise tereddüt yoktur¹⁸.

¹³-Özdemir Özok, “CMK 3. Yılı”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 9.

¹⁴-Hamdi Yaver Aktan, “4. Yılında CMK ve Uygulamaları”, **4. Yılında CMK**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 17.

¹⁵-Ezgi Kızılkaya, “Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukta arama, elkoyma ve gözaltı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 89, Temmuz- Ağustos 2010, s. 540.

¹⁶-1947 İtalyan Anayasası md. 28; 1949 Almanya Anayasası md. 34 vs. görüldüğü üzere devletin sorumluluğuna ilişkin esasların artık anayasal düzenlemelere konu olduğuna ilişkin ifadeler için bkz. E. Ethem Atay, “Avrupa Birliği Ülkelerinde İdarenin Sorumluluğunun Temel İlkeleri”, **Gazi Üniv. Hukuk Fak. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniv. İletişim Fak. Yay., 2009, s. 555.

¹⁷-YCGK 2007/5-83 E., 2007/244 K., 20.11.2007 T., (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 10.06.2011.

¹⁸-Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak, İsmail Ercan, **Anayasa Hukuku- İdare Hukuku**, Genişletilmiş 8. bs., İkinci Sayfa Yay., İstanbul, Nisan 2008, s. 525.

Devlet organlarının veya kamu görevlilerinin keyfi ve kanunsuz davranışlarını yansıtan eylem ve işlemlerinden doğan zararların karşılanması hukuk devletinin temel ilkelerindendir¹⁹. Bireylerin haklarını koruma amacıyla var olan devlet, gerçekleştirdiği zararları gidermekle yükümlüdür²⁰. Haksızlığı kabul edip zararı tazmin etmek, hukuk devletinin somutlaştırılması, uygulamada bir mana ifade etmesi, salt teorik düzlemde değerlendirilmemesi için şarttır²¹. Devlet gibi güçlü bir kuruluş karşısında birey gibi güçsüz bir varlığın haklı çıkabilmesi, hukuk devletinin işlerliğinin bir sonucudur. Bireylerin korunması için imkânlar arttırılırken başta devlet olmak üzere tüm kamusal birimlerin eylem ve işlemlerinin günışığına çıkarılması çoğulcu demokrasi olmanın gereği olarak karşımıza çıkmaktadır²².

Hukuk devletinde devletin sorumluluğu objektif olduğuna göre sorumsuzluğun ve haksızlığın önünü almak için kimseye yüklenmeyen sorumlulukların devlete yükleneceği vurgulanmıştır²³. Devletin sorumluluğunu ikincil olarak değerlendiren görüşlerin aksine ilkin devletin sorumluluğuna gidilmesini doğru bulan görüşe göre²⁴ amaç, kamu görevlisini korumak olmayıp kamu görevlilerinin kanuni yetkilerini çekinmeden kullanabilmeleri, böylelikle kamu hizmetlerinin işlerliğini sağlamaktır.

¹⁹-Nitekim haksız, keyfi yahut kanunsuz işlemlere maruz kalan kimselerin devletten tazminat talep edebilmelerini, medeni devletler hukuk sistemlerinin kabul ettiği evrensel nitelikte bir hak ve temel bir hukuk ilkesi olarak belirten ifade için bkz. Sulhi Dönmezer, "Haksız Tutuklamada Tazminat", **Tercüman Gazetesi**, 7 Aralık 1987.

²⁰-Osman Yaşar, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, C. I, (md. 1-222), Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 696. Devletin bireyler için var olduğu ve onun haklarını korumak amacıyla oluşturulduğuna, bu nedenle devletin kendisinin de bireylere zarar verdiği takdirde bu zararları gidermesi gerekliliğine ilişkin ifade için bkz. İsmet Özkorul, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", (Çevrimiçi)<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/176.doc>, 19 Eylül 2010.

²¹- Faruk Erem, "Kanun dışı yakalanan veya tutuklananlara tazminat", **Adalet Dergisi**, C. 55, S. 7-8, Temmuz-Ağustos 1964, s. 717.

²²-Güney Dinç, "Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması", **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, Ankara, TBB Yay., Ekim 2008, s. 14.

²³- Münci Özmen, "Haksız ve kanunsuz tutma ayrımında hukuk devletinin tazminat sorumluluğu ve kişisel sorumluluk", **Ankara Barosu Dergisi**, C. 34, S. 5, 1977, s. 850. Yazara göre, öncelikle hakimler hakkında yargısal tasarruflarından dolayı özel hukuka dayalı kişisel sorumluluk yoluna; savcılar ve kolluk hakkında özel hukuk sorumluluğunun ardından idari tasarrufları dolayısıyla hizmet kusuru dolayısıyla idari hukuk sorumluluğu yoluna; tüm bunların yetersiz kalması halinde de devletin objektif sorumluluğuna gidilmelidir. (s. 848 ila 854.) Hakeri ise ilgililerin görevlerini rahatça ifa etmelerini sağlamak dolayısıyla ikincil sorumluluklarının da olmamasını, dolayısıyla tek sorumlu olan devletin ödediği tazminatı ilgililere rücu dahi edememesinin doğru olacağı görüşündedir. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, Ankara, Seçkin Yay., 1999, s. 169.

²⁴- Yılmaz Biçer, "Haksız tutuklananlara devlet ödencesi", **Yargıtay Dergisi**, C. 4, S. 1-4, 1978, s. 95.

1.1.1.1. İdari Hukuk Bağlamında Sorumluluk

İdarenin sorumluluğu, idarenin eylem ve işlemleriyle bireylere verdikleri zararın giderilmesi anlamına gelmektedir²⁵. Nitekim Anayasa md. 125/son uyarınca;

“İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

Anayasa md. 129/5 hükmü gereği ise;

“Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”

Devlet Memurları Kanunu²⁶ md. 13 uyarınca da kamu hukukuna tabi olarak gerçekleştirilen görevlerden dolayı zarara uğrayan kimselerin tazminat taleplerini ilgili kuruma yönelteceği, kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğu vurgulanmıştır.

Öte yandan kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak ceza muhakemesi işlemleri adli işlemler olup²⁷ kural olarak idarenin eylem ve işlemleri kapsamında düşünülemeyeceğinden koruma tedbirlerinden dolayı idarenin tazminat sorumluluğu gündeme gelmeyecektir²⁸.

İdare hukukunun sorumluluk teorileri, yargı organlarının yargısal faaliyetlerinden dolayı devlete sorumluluk yüklenmesine elverişli değildir²⁹.

²⁵-Müzeyyen Eroğlu, “Manevi Tazminat İstemli Tam Yargı Davalarında Hak Sahipliği”, **Gazi Üniv. Hukuk Fak. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniv. İletişim Fak. Yay., 2009, s. 498.

²⁶-12056 sayılı RG’de, 23.07.1965’te yayımlanan, 657 sayılı Kanun.

²⁷- V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yay., 1999, s. 162.

²⁸- Yargısal makamların verdiği kararların, idari yargı kurallarının öngördüğü tam yargı davalarına konu olamayacağı yönünde isabetli fikir için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 47.

²⁹- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 49. Nitekim yargısal nitelikteki organların yargısal faaliyetlerinden dolayı devletin mali sorumluluğunu öngören pozitif bir hukuk kuralı bulunmadığından bahisle doktrinde de ağırlıklı görüşün devletin sorumsuzluğu yönünde olduğuna ilişkin ifade için bkz. Hakan Hakeri, “Anayasa Değişik Madde 19/son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 3, İstanbul, Beta Yay., 2003, s. 769.

Hâkimle devlet arasında hiyerarşik bir bağ olmadığından ve hâkime emir, direktif ve talimat verilemeyeceğinden bahisle idare hukuku sorumluluk teorileri devreye girememektedir³⁰.

Doktrinde Sıddık Sami Onar, hizmet kusurlarından dolayı devletin sorumluluğunu kabul etmekle beraber, mahkemelerin bağımsızlığından ve faaliyetlerinin kamu hizmeti sayılamayacağından bahisle adli hatalar sonucu devletin sorumluluğunu kabul etmemektedir.

Belgesay ise bireylerin her zaman polis ve adliye faaliyetlerinden yararlandığı gerçeğinden hareketle hiç olmazsa bazı durumlarda faaliyetlerden mağdur olanların zararının karşılanması gerektiğini savunmuştur³¹. Gerçekten de kesin hüküm teşkil etmeyen adli kolluk işlemleri bakımından devletin sorumsuzluğunu gerektirecek bir sebep de yoktur. Koruma tedbirlerinden doğan sorumluluğun temeli, kusursuz sorumluluğa dayandırılmaktadır. Ancak kusursuz sorumluluğun da sözgelimi risk-tehlike ilkesine dayandırılması, kanuna uygun işlem ve eylemler sonucunda da olsa meydana gelen zararların giderilmesini gerektireceğinden kabul edilemez³².

İdarenin sorumluluğu için idari davranışın varlığı şart olup bu idari davranış sonucu zarar meydana gelmeli ve idari davranış ile zarar arasında nedensellik bağı olmalıdır. Nitekim Anayasa md. 140/6, hâkim ve savcılarının idari görevler yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlı olduklarını belirtmektedir. Dolayısıyla idari faaliyetlerden doğan zararlar için, hizmet kusuruna dayanılarak Adalet Bakanlığı'na karşı tam yargı davası açılabilir³³. Ceza muhakemesi hukuku bağlamında koruma tedbirlerinden dolayı tazminat sorumluluğu öngörülme-yen durumlarda idarenin genel

³⁰-Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. bs., C. 3, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1732.

³¹-M. Reşit Belgesay, "Haksız tevkiflerden hakim'in ve devletin mesuliyeti", **Siyasi İlimlerde Fikir Dünyası Dergisi**, S. 5, Mayıs 1956, s. 42.

³²- Uğur Alacakaptan, "Haksız tutma ve yakalama hallerinde devletin tazminat verme mükellefiyeti", **AÜHF Dergisi**, C. 18, S. 1-4, 1961, s. 205. Özmen ise devletin, tüm sorumlulukların güvencesi olduğunu vurgulayarak aşırı ferdiyetçi bir yaklaşımla sorumluluğun temelini, haksız tutma halinde – ki haksız tutma işlemlerin kanuna uygun yürütülmesine rağmen somut durumun ilgilinin zararına olması halidir - kamu külfetleri karşısında eşitlik, kanunsuz tutma hallerinde ise risk teorisine bağlamaktadır. Münci Özmen, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 853.

³³-Erhan Günay, **Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C. Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları**, Ankara, Seçkin Yay., 2000, s. 15.

sorumluluğuna ilişkin kurallar uyarınca devletin tazminat sorumluluğuna gidilebilecektir³⁴.

Savcının ve kolluğun idari fonksiyon üstlenmelerinden bahisle işlemlerinde şahsi kusur³⁵ yoksa yahut kusur hizmetten ayrılamıyorsa³⁶ hizmet kusuru uyarınca³⁷ devletin, tam yargı davasına muhatap olarak, savcı ve zabitanın hukuka aykırı işlemlerinden doğan zararları tazmin edeceği fikri³⁸ kanaatimce kusursuz sorumluluğu devre dışı bıraktığından, dolayısıyla ilgili şahsa idarenin kusurunu ispatlama külfeti yüklediğinden uygulama açısından zahmetli ve elverişsizdir.

1.1.1.2. Özel Hukuk Bağlamında Sorumluluk

Sorumluluk, ceza hukukunda olduğu gibi özel hukukta da kural olarak kusurluluğu şart kılar. Adalet duyguları nasıl ki kusur olmaksızın işlenen haksız fiil dolayısıyla kişinin cezalandırılmasını önlüyorsa kusursuzca haksız fiilde bulunanın geniş ve kapsamlı tazminat sorumluluğuyla karşı karşıya kalmasını da engellemektedir³⁹.

³⁴- Kübra Talas, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, **Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Kitap)**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 340.

³⁵-Şahsi kusur varsa daha sonraki bölümde irdeleneceği üzere HUMK md. 573 vd. ile BK md. 41 vd. uyarınca adli yargı mercilerinde doğrudan tazminat davası açmak mümkündür.

³⁶-Yargıtay içtihatları, görevden kolayca ayrılabilen, suç kastı taşıyan, kin hisleriyle gerçekleştirilen ağır kusurlu davranışlardan dolayı ilgiliye karşı direkt dava açılabilmesi yönünde iken; Danıştay, hizmet kusuru kavramını çok geniş tutmakta, eylem suç kastı taşısa bile böyle bir ajanı istihdam eden idareyi sorumlu kılmaktadır. Danıştay kamu görevlisinin sorumluluğunu rücu müessesesi bağlamında ele almaktadır. İdareyi asli ve genel sorumlu kılıp sonrasında zarara sebebiyet veren ilgiliye rücu müessesesini de olanaklı kılan Danıştay içtihatları, zarara uğrayanların tazminata rahatlıkla ulaşabilmeleri hususunda güvence oluşturmaktadır. Yunus Aykın, “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı”, **Gazi Üniv. Hukuk Fak. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniv. İletişim Fak. Yay., 2009, s. 529 ila 535.

³⁷-Yargı organları bağımsız olduklarından hizmet kusurunun söz konusu olamayacağına dair ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp’e Armağan**, s. 770.

³⁸- Münci Özmen, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 849. Hakimlerin adli davranışlarından ötürü, hakimlerle idare arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmaması dolayısıyla idarenin hizmet kusurundan söz edilemeyeceğine, öte yandan hakimlerin idari davranışlarından ötürü idari hukuk bağlamında sorumluluğun ise tartışmasız olduğuna ilişkin ifade için bkz. Hakan Hakeri, “Yargıcın Yargısal Görevinden Ötürü Devletin Sorumluluğu” (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index2.php?option=com_content&task=view&id=25&pop=1&page=0, 31 Temmuz 2011. İdare mahkemelerinin adliye mahkemelerinin iç işlerine karışamayacaklarından bahisle özel kanun hükmü olmadıkça savcılık veya icra-iflas teşkilatının da eylemlerinden kural olarak sorumsuz olduklarına ilişkin ifade için bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 1734.

³⁹-Mustafa Reşit Belgesay, “Kusur ve Hukuki Hata”, **Ord. Prof. Dr. Tahir Taner’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1956, s. 1.

Hâkimlerin hukuksal (mali) sorumlulukları HUMK md. 573 ve BK md. 41'e dayanmaktadır⁴⁰.

Hâkimlerin hukuki sorumluluğunun özel olarak düzenlenmesi nedeni, hâkimlerin Anayasa'da belirtilen bağımsızlığını ve tarafsızlığını teminat altına almaktır. Aksi halde, hâkimleri de diğer kamu görevlileri gibi sorumlu tutmak onları, yapacakları her yargısal işlem nedeniyle aleyhlerine açılacak bir tazminat davası şüphe ve endişesine maruz bırakır. Bunun sonucu olarak da kararları verirken tereddüt içinde olurlar ve bu durum onları tarafsızlık esaslarına aykırı hareket etmeye sevk edebilir⁴¹.

HUMK md. 573:

“Hâkim ve icra reisi aleyhine aşağıdaki sebeplere dayanarak tazminat davası açılabilir⁴²: “(1) İki taraftan birini kayırma ve tutma veya garez ve kin dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adalete aykırı bir hüküm ve karar verilmiş olması, (2) Yorum ihtiyacı göstermeyecek derecede açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırı şekilde karar verilmiş olması, (3) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanarak hüküm verilmiş olması, (4) Duruşma tutanakları ile kararların değiştirilmiş (tağyir ve tahrif edilmiş) ve söylenmeyen bir sözün hüküm ve kararı etkileyecek şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş olması, (5) Hâkimin verilen veya sağlanan ya da vaat olunan bir menfaat nedeniyle kanuna aykırı karar vermesi, (6) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması,

⁴⁰-Münci Özmen, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 849. Başkaca kanunlarda koruma tedbirleri dolayısıyla tazminatı mümkün kılan düzenlemeler olmasa bile bu hükümler uyarınca hakimlerin özel hukuk sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Erhan Günay, **Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C. Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları**, s. 27.

⁴¹-Şerafettin Elmacı, “Hâkimlerin hukuki sorumluluğu rejiminin Cumhuriyet savcıları bakımından uygulanması”, **Adalet Dergisi**, S. 37, Mayıs 2010, s. 204.

⁴²-Savcılar hakkında da adli faaliyetler dolayısıyla kast veya ağır kusur ile davranılması ve zararın oluşması durumunda HUMK md. 573 hükmünün uygulanmasının gerekli olduğuna, çünkü kanuni düzenlemeler bakımından ayırım yapılmasını gerektiren bir durumun mevcut olmadığına ilişkin ifadeler için bkz. Şerafettin Elmacı, **Adalet Dergisi**, s. 220 ila 223. Öte yandan savcılarının faaliyetlerinin idari nitelikli olduğundan bahisle savcının işlemlerinden dolayı HUMK md. 573 vd. hükümlerinin uygulanamayacağına; ancak Adalet Bakanlığı'na karşı tam yargı davası yahut şahsi kusur dolayısıyla hukuk mahkemelerinde dava açılabilmesine ilişkin ifade için bkz. Erdal Tercan, “Hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlerin (HUMK 573-576), “Hâkim” kavramı açısından uygulama alanı” **AÜHF Dergisi**, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 238. Bununla birlikte 01.10.2011'de yürürlüğe girecek olan HMK'nin ilgili hükümleri uyarınca savcılar hakkında da devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi mümkün olacağından bu tartışmaların herhangi bir önemi kalmayacaktır.

(7) Hâkimin memuriyet görevini ihmal etmesi veya kanuna göre verilen emirleri geçerli bir sebep olmaksızın yapmaması⁴³, ”

Hâkimlerin mali sorumluluğu, HUMK md. 573 düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere kasta veya ağır kusura dayalı tahdidi (sınırlı) kişisel sebeplere dayandırılmıştır⁴⁴. Dolayısıyla sorumluluk, sınırlı haksız fiil sorumluluğudur⁴⁵. Dikkat edilmelidir ki hukuki sorumluluğa sebebiyet veren bu işlemler, aynı zamanda suç teşkil etmekte olup cezai sorumluluğu da gerektirmektedir⁴⁶. Hâkimlerin sorumlu tutulabilmeleri için, tazminat isteminde bulunan davacının, kusurlu⁴⁷ hâkimin hukuka aykırı kararından veya eyleminden zarar görmüş olması ve zarar ile hâkimin eylemi arasında illiyet bağı bulunması şarttır⁴⁸. Dikkat edilmelidir ki HUMK md. 573 vd. uyarınca dava açılması için kanunda bir açıklık olmamakla beraber mahkemece verilecek olan kararın kesinleşmiş olması şart değildir. Nitekim aksini kabul halinde BK md. 60’taki bir yıllık zamanaşımı süresi dolmuş olurdu⁴⁹. Dava sürerken hâkim aleyhine tazminat davası açıldığında ise husumet dolayısıyla hâkimin görevden çekinmesi gerekmemekte olup hâkim çekinmiyorsa bile tazminat davasının davacısı CMK md. 25/2 uyarınca ceza davasına ilişkin olarak hâkimin reddini talep edebilir. HUMK md. 573 gereği açılan⁵⁰ davalarda kanunda açık bir hüküm

⁴³-HUMK md. 573/7 hükmüne 01.10.2011’de yürürlüğe girecek olan HMK md. 46’da yer verilmemiştir. Bunun nedeni görevi yapmakta ihmal veya gecikme gösterilmesinin zaten görevi yapmaktan kaçınma bağlamında değerlendirilebilecek olmasıdır.

⁴⁴-Sözgelimi kanuna uygun olarak tutuklanan sanığın hakkında beraat kararı verilmesi durumunda hakimi HUMK md. 573 uyarınca sorumlu tutma olanağı yoktur. Kanun koyucu, hâkimlerin yargısal faaliyetlerini ifa sırasında kararsız ve ürkek olmaları endişesinden hareketle normal sorumluluk rejimine tabi tutmamış; sorumluluğu sınırlı durumlarda kabul etmiştir. Hakan Hakeri, **Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp’e Armağan**, s. 774.

⁴⁵- Şerafettin Elmacı, **Adalet Dergisi**, s. 205.

⁴⁶- Osman Kuntman, “Yargısal Kararlardan Zarar Gören Kişilerin Kimlere Karşı Tazminat Davası Açabilecekleri İle İlgili Bir İnceleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 84, S. 4, Temmuz-Ağustos 2010, s. 2058.

⁴⁷- Hâkimin kusuru tespit edilirken, verdiği kararın zararlı sonucunu önceden tahmin edip, bundan kaçınma ve başka türlü karar verme imkanı varken, bunu yapıp yapmadığına bakmak gerekir. Eğer hâkim, bu zararlı sonucundan kaçınmamışsa o zaman kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Şerafettin Elmacı, **Adalet Dergisi**, s. 208.

⁴⁸- Erhan Günay, **Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C. Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları**, s. 26.

⁴⁹-Osman Kuntman, **İstanbul Barosu Dergisi**, s. 2044.

⁵⁰-Hâkimler hakkında HUMK md. 573 uyarınca açılan tazminat davaları da nitelikleri itibariyle haksız fiile ilişkin olduklarından BK md. 60’taki bir ve her halükarda on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bir yıllık süre zararın öğrenilmesi ile başlayacaktır. Erhan Günay, **Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C. Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları**, s. 18. HUMK md. 575/2 hükmü uyarınca ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkimler hakkında tazminat davaları, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, bölge adliye mahkemesi

olmaması ve hâkimlerle devlet arasında istihdam ilişkisi bulunmaması⁵¹ dolayısıyladır ki devletin birinci ya da ikinci derecede sorumluluğu söz konusu değildir⁵². HUMK md. 573 uyarınca açılan davaların davalısı kanuna aykırı karar veren hâkimdir. Davalı hâkimin dava sırasında ölmesi durumunda ise dava, hâkimin yasal mirasçılarına karşı devam eder⁵³.

HUMK md. 573, Anayasa md. 138’de düzenlenen⁵⁴ yargı bağımsızlığı ilkesi ile çelişmemektedir⁵⁵. Nitekim hâkimlerin, verdikleri kararlar nedeniyle maddi veya manevi olarak hiçbir şekilde etkilenmemesi hususu yargı bağımsızlığı açısından ideal olmakla birlikte istisnaen de olsa sorumlu tutulmaları hukuk devleti adına zorunlu olduğundan⁵⁶ sorumluluk, yargı bağımsızlığının ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim yakın tarihli bir Yargıtay kararında⁵⁷ da vurgulandığı üzere hâkimlerin görevlerinde bağımsız olmaları, hukuka aykırı eylemlerden dolayı sorumlu tutulamayacakları anlamına gelmez. Hâkimlerin özel hukuk sorumluluğu, kasta veya

hâkimleri hakkında ise Yargıtay’ın ilgili hukuk dairesi tarafından incelenerek karara bağlanır. Dikkat edilmelidir ki hâlihazırda bölge adliye mahkemeleri faaliyet göstermediğinden HUMK md. 573 vd. uyarınca açılacak tazminat davaları her halükarda Yargıtay’da ilk derece mahkemesi sıfatıyla ele alınacaktır. Nitekim halen geçerliliği bulunan YİBK uyarınca Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, hem ceza hem de hukuk hâkimleri hakkında açılan hukuki sorumluluk davalarına bakmakla yetkili kılınmıştır. (YİBK, 1931/19 E., 1931/35 K. 25.03.1931 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 09.09.2011.

⁵¹-Devletle hâkim arasında akdi bir ilişki ve hiyerarşik bir bağlantı bulunmadığından istihdam ilişkisi söz konusu olmamakta, dolayısıyla istihdam edenin birinci elden sorumluluğunu düzenleyen BK md. 55 devreye girmemektedir. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 54.

⁵²- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 54. Hakimlerin hukuki sorumlulukları dolayısıyla devletin sorumlu olup olmayacağına ilişkin doktrindeki çeşitli görüşler için bkz. Şerafettin Elmacı, **Adalet Dergisi**, s. 211.

⁵³- Erhan Günay, **Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C. Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları**, s. 30.

⁵⁴- “Anayasa md. 138/1: Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. md. 138/2: Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”

⁵⁵-Öte yandan BM Genel Kurulu’nun 13.12.1985 tarihinde 40/146 sayılı kararıyla onaylanan “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler” md. 16 uyarınca, hakimlerin disiplin sorumluluğu, kararın temyiz edilmesi veya Devletten tazminat isteme haklarına hâle gelmeksizin hakimler hakkında, yargısal görevlerini ifa ederlerken gerçekleştirdikleri usulsüz işlemler ya da ihmallerinden ötürü maddi tazminat istemli hukuk davalarına karşı şahsi muafiyet söz konusudur. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yay., 2010, s. 1085.

⁵⁶-“Nitekim hâkimlerin, verdikleri karar dolayısıyla sorumlu olmamaları esas olmakla beraber ceza hukuku açısından sorumlu olan hâkimlerin hukuki sorumluluklarının benimsenmesi de hukuk mantığının doğal sonucudur.” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1986/1 E., 1987/1 K., 14.01.1987 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 09.09.2011.

⁵⁷-(Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2009/16 E., 2010/11 K., 08.06.2010 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 09.09.2011.

ağır ihmale dayanan haksız fiil sorumluluğu olup bireylerin uğradığı zararların tazmin edilmesini esas almaktadır⁵⁸.

HUMK md. 573, BK md. 41'e nazaran daha özel nitelikte bir hüküm olduğundandır ki şimdi inceleyeceğimiz BK md. 41 hükmünün, ancak HUMK md. 573'ün söz konusu olmadığı hususlarda uygulanma alanı bulabileceği ifade edilmiştir⁵⁹. Ancak kanaatimce koşulları varsa ilgili özel hüküm olan HUMK md. 573 hükmüne dayanmak yerine BK md. 41 gereğince tazminat talebinde bulunabilmelidir.

BK md. 41:

“(1)Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar⁶⁰ ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

(2) Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.”

Borçlar Kanunu uyarınca maddi-manevi zararların karşılanması için zararı doğuran eylem veya işlemin kusurlu olması, oluşan zararlar eylem arasında nedensellik bağı bulunması zorunludur⁶¹.

Görüldüğü üzere haksız işlemlerden zarar görenler, o işlemlerin haksızlığını bilerek yapan ya da görevlerini savsaklayarak şahsi kusurlarıyla⁶² zarara sebebiyet veren kamu görevlilerinden adli mahkemelerde tazminat isteyebilirler⁶³.

⁵⁸- Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, Ankara, Adalet Yay., 2001, s. 492.

⁵⁹- Hakan Hakeri, “Yargıcın Yargısal Görevinden Ötürü Devletin Sorumluluğu” (Çevrimiçi) [http://portal.hakanhakeri.com/index2.php?option=com_content&task=view&id=25&pop=1&page=0\(32 nolu dipnot\), 31 Temmuz 2011.](http://portal.hakanhakeri.com/index2.php?option=com_content&task=view&id=25&pop=1&page=0(32%20nolu%20dipnot),%2031%20Temmuz%202011.)

⁶⁰-Geniş anlamda zararı, kişinin isteği dışında gerek malvarlığında gerekse kişi varlığında meydana getirilen eksilme olarak tanımlayan ifade için bkz. Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, Beta Yay., 2003, s. 80.

⁶¹- Hasan Köroğlu, **Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa)**, Ankara, Adil Yay., 1996, s. 19.

⁶²-Kamu görevlisinin göreviyle ilişkisi olmayan veya görevi sırasında, fakat göreviyle bağdaşmayan kişisel saiklerle gerçekleştirdiği hukuka aykırı işlemlerden dolayı şahsi kusurlu olduğuna dair ifade için bkz. Şemsettin Aksoy, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 158. Anayasa md. 40/son ve md. 129/5 hükümlerine rağmen kişisel kusurun söz konusu olduğu durumlarda tazminat isteminin doğrudan ilgili kamu görevlisine yöneltilebileceğine dair bkz. (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2009/16 E., 2010/11 K., 08.06.2010 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 09.09.2011.

Kusuru şart kılan bu hükümlere nazaran kusursuz sorumluluğu öngören CMK md. 141–144 hükümleri, zarara uğrayan ilgili açısından daha güvencelidir⁶⁴. Öyle ki kusura dayalı özel hukuk sorumluluğunda kastı, ağır kusuru veya ihmali ispat etmekteki güçlüğü yanı sıra davalıların mali gücünün zayıf olması dolayısıyla zarar görenlerin tatmin olamaması riski de göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁵.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶⁶, hâkimin hukuki sorumluluğunu yasaklılık ve ret hükümlerinden hemen sonra md. 46-49 arasında düzenlenmiştir. HMK md. 46’da öngörülen ve hâlihazırda yürürlükte olan HUMK md. 573 düzenlemesinden farklı olan temel husus, davanın artık doğrudan doğruya hem devlete karşı⁶⁷ hem de ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay’da açılacak olması ve devletin de ödediği tazminat dolayısıyla hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edecek olmasıdır. Hâkimin sorumluluğunu doğuran bir sebepten dolayı devlete karşı dava açıldığında hâkime bildirimde bulunulacaktır.

6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁶⁸ md. 12 hükmüyle Hâkimler ve Savcılar Kanunu’na⁶⁹ 93/A maddesi eklenmiştir. Bu hüküm uyarınca hâkimlerin ve savcılarının adli faaliyetleri nedeniyle tazminat davasının ancak Devlet aleyhine açılabileceği düzenlenmiştir. Öyle ki bu hükme göre kişisel kusur,

⁶³- Yılmaz Biçer, **Yargıtay Dergisi**, s. 95. Sözelimi hakim, duruşmada taraflardan birine veya vekiline hakaret etmiş olması dolayısıyla BK md. 41 vd. hükümleri dolayısıyla hakime karşı maddi-manevi tazminat davası açılabilecektir. Erhan Günay, **Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C. Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları**, s. 16.

⁶⁴-Kamu görevlilerinin kastı ve kusurunun söz konusu olduğu durumlarda tazminat davası açma hakkına sahip olan kimselerin dilerlerse kamu görevlilerinin kişisel sorumluluklarının bulunduğu bahisle özel hukuk davası; dilerlerse devlete karşı koruma tedbirlerinin kanunsuz, usulsüz veya haksız uygulanışından bahisle tazminat davası açabileceklerine dair seçimlik haklarının bulunduğu ilişkin ifadeler için bkz. Ahmet Gündel, **Atatürk’e, Cumhurbaşkanı’na, Cumhuriyet’e, Hükümet’e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi Davaları**, Ankara, Seçkin Yay., 1997, s. 188.

⁶⁵- Metin Feyzioğlu, “Tutuklamadan doğan zararların giderilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 50, S. 1, 1993, s. 122-123.

⁶⁶-04.02.2011 tarihli 27836 sayılı RG’de yayımlanan 6100 sayılı Kanun.

⁶⁷- Böylelikle Anayasa md. 129/5 hükmü ile uyum sağlanmış olduğuna ilişkin ifade için bkz. Şerafettin Elmacı, **Adalet Dergisi**, s. 212.

⁶⁸-09.02.2011’de kabul edilen ve 27846 sayılı RG’de yayımlanarak 14.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren Kanun.

⁶⁹-2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 24.02.1983’te kabul edilen ve 17971 sayılı RG’de yayımlanarak 26.02.1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat dava açılmaz⁷⁰. Hâlbuki idare hukukunun ve özel hukukun temel ilkeleri gereği hizmet kusuru söz konusu olduğunda idare aleyhine, kişisel kusur dolayısıyla ilgili kamu görevlisine karşı bizzat dava açılabilmelidir. Dolayısıyla kanaatimce Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 93/A hükmü, hukuka aykırıdır.

1.1. Koruma Tedbirleri Kavramı⁷¹

Devlet, suç işlenmesi ile bozulan toplum düzenini, faili yargılayıp cezalandırarak ve infaz sonucunda faili, topluma yararlı bir kimse olarak kazandırmak suretiyle yeniden sağlamaya gayret etmektedir⁷². Ceza muhakemesi, yargılama sırasında hakikatin ortaya çıkmasına engel olabilecek veya verilecek hükmü anlamsız kılacak birtakım tehlikelere karşı kendi içinde bir koruma mekanizması öngörmüştür⁷³. Ceza uyuşmazlığının çözülmesinde yargılama faaliyetini kolaylaştıran tedbirlere başvurulması, hatta daha yargılama başlamadan bazı tedbirlerin alınabilmesi mümkün kılınmıştır. Maddi gerçeğe ulaşabilmek ve

⁷⁰-Görüldüğü üzere Hâkimler ve Savcılar Kanunu md. 93/A hükmü, 6100 sayılı HMK'ye nazaran savcılar da kapsama dahil etmesi ve kişisel kusur dolayısıyla da davanın devlete karşı açılmasını öngörerek daha radikal bir düzenleme içermektedir.

⁷¹-Ceza yargılaması önlemleri, zorlayıcı önlem, ihtiyati tedbir, usul tedbirleri, emniyet tedbirleri olarak da adlandırılan koruma tedbirleri kavramını öğretide ilk kez Nurullah Kunter kullanmıştır. Nur Centel, "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler", **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 8, S. 1-3, Marmara Üniv. Hukuk Fak. Yay., 1994, s. 70-71. Koruma tedbiri kavramı için Alman doktrininde kişiye veya eşyaya karşı zor kullanılması göz önüne alınarak "zorlayıcı araçlar" veya "zorlayıcı tedbirler" terimleri kullanıldığına dair ifade için bkz. İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, Ankara, Seçkin Yay., 2004, s. 26. İletişimin denetlenmesi gibi gizli koruma tedbirlerinde zorlayıcılık ögesinin bulunmadığına, Alman hukukunda her koruma tedbirinin anayasal haklara müdahale niteliği taşıdığından hareketle koruma tedbiri terimi yerine temel haklara müdahale teriminin tercih edildiğine ilişkin ifade için bkz. Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve uygulamalı ceza muhakemesi hukuku ders kitabı**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 381. (2 nolu dipnot) Koruma tedbiri kavramının kaynağını, doktrinde çeşitli yazarlarca dillendiriliş biçimini ayrıntılı olarak açıklayan bilgi için bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Muhakeme hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku- İkinci kitap Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü-**, 13. bs., İstanbul, Beta Yay., Ocak 2005, s. 684.

⁷²- Hasan Tahsin Gökcan, "Bir insan hakkı ihlali olarak ceza muhakemesinde hukuka aykırı (haksız) yargılama kavramı", **İstanbul Barosu Dergisi**, S. 2, Haziran 1997, s. 285. Yazar, yargılama aşamasında hakikatin ortaya çıkarılması aşamasında şüpheli veya sanığın özgürlüklerinin kanun ve hukuk dışı sınırlandırılmayacağını isabetli şekilde belirtmiştir. (s. 285.)

⁷³-Ömer Faruk Kalaycı, "Haksız yakalama ve tutuklamada tazminat talebi", **Vasat Dergisi**, C. 1, S. 1, 2002, s. 125.

yargılamanın sıhhatli bir şekilde yürütölüp sonlandırılmasını sağlayabilmek için bazı tedbirleri devreye sokmak gerekmektedir⁷⁴.

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesi işleyiş sürecinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla bireyler üzerinde uygulanan ve onların temel hak ve hürriyetlerini sınırlandıran işlemlerdir⁷⁵. Hukuki nitelikleri itibariyle ise koruma tedbirleri cezai boyutta olmayıp işin hakikatini meydana çıkarmaya yönelik olarak uygulanan vasıtalar⁷⁶. Ceza muhakemesinin hizmetinde olan bu vasıtalar kendi başlarına bir anlam ifade etmemektedirler⁷⁷.

Koruma tedbirleri uygulamalarından ulaşılmak istenen amaç, muhakemenin yapılabilmesini sağlamak, verilecek kararın kâğıt üstünde kalmasını önlemek, delil temin veya muhafaza etmektir⁷⁸. Bu amaçları gerçekleştirmek ise ceza muhakemesinin sujelerine, özellikle suç işlemiş olmakla suçlanan kişiye yahut eşyaya karşı zor kullanılmasını zorunlu kılar⁷⁹.

Koruma tedbirleri insan hak ve hürriyetlerine önemli sınırlandırmalar getirdiği için kanunların yanı sıra anayasalara ve uluslararası sözleşmelere de konu olmuşlardır. Bundan maksat temel hak ve hürriyetlerin garanti altına alınmasıdır⁸⁰.

⁷⁴-Fatih Selami Mahmutoglu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, s. 158.

⁷⁵-“Koruma tedbirleri kişilerin vücuduna (üst araması), özgürlüğüne (yakalama ve tutuklama), mülkiyet hakkına, zilyetliğine (elkoyma) ve konut dokunulmazlığına, özel hayatın gizliliğine (evde yapılan arama) yönelik olabilir.” Hakan Hakeri, Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku (Temel Bilgiler)**, 2. bs., Ankara, Adalet Yay., 2008, s. 145. Aynı doğrultudaki ifadeler için bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Muhakeme hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku- İkinci kitap Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü-**, s. 850.

⁷⁶- İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 36-37.

⁷⁷- İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 41.

⁷⁸-Bahri Öztürk, “CMK’nin temel yapısı –tercihler- beklentiler”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 44. Yakalama, tutuklama, zorla getirme gibi tedbirlerin muhakemenin yapılabilmesini sağlamaya, delilleri korumaya; tutuklama ve elkoyma gibi tedbirlerin ise hükmün yerine getirilmesini sağlama amacına yönelik olduğuna dair bkz. Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul, 1992, s. 2. Ceza muhakemesi geçmişte olduğu ileri sürülen bir olayın muhakemesi olduğu içindir ki deliller vasıtasıyla geçmişte olduğu varsayılan olay canlandırılmaktadır. İsaetli yargılama için delillerin ortadan kaldırılmasının önüne geçilmelidir; zamanı geldiğinde elde edilen deliller kullanılacaktır. İşte koruma tedbirlerinin amacı da delilleri saklama, muhafaza altına alma, korumaktır. Öztekin Tosun, “Ceza muhakemesinde koruma tedbiri olarak gizli dinleme”, **İÜHFM**, C. 16, S. 3-4, İstanbul, 1976, s. 96.

⁷⁹-Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 1. Yine aynı yönde ifadeler için bkz. Güçlü Sevimli, “Kuvvetli Suç Şüphesi Gölgesindeki Tutuklama”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 83, S. 1, 2009, s. 196.

⁸⁰-Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1994, s. 16.

BM/ İHEB, AİHS ve BM/ MSHS’ de koruma tedbirleri ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. Anayasamızda ise “Kişinin hakları ve ödevleri” başlığını taşıyan ikinci bölümde (md. 17 vd.) koruma tedbirleri ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. CMK’de ise 4. Kısım’da md. 90 ile birlikte “Koruma Tedbirleri” başlığı altında düzenlemeler yapılmıştır. Sıralama, koruma tedbirlerinin müdahale ettiği hakların önemi dikkate alınarak yapılmıştır. Öncelikle kişi özgürlüğü ve güvenliğini sınırlandıran tedbirlere yer verilmiştir. Bu durum, koruma tedbirlerinin kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramlarıyla yakından ilgili olduğunu göstermektedir⁸¹. Kronolojik sıraya uyulduğu yakalamanın tutuklamadan, aramanın elkoymadan önce düzenlenmesinden bellidir⁸². Başlangıçta koruma tedbirlerinin ortak niteliklerini, ön şartlarını ve özelliklerini belirten bir maddeye yer verilmesinin çağdaş hukuk tekniği açısından uygun olacağı savunulmuştur⁸³.

1.1.1. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri ve Ön Şartları

Doktrinde koruma tedbirlerinin bazı özelliklerinin ve ön şartlarının bulunduğu kabul edilmektedir. *Hükümden önce temel bir hakkı sınırlama*⁸⁴, *alet ve yardımcı durumda olma*⁸⁵, *vasıta oluş*⁸⁶, *geçici olma*⁸⁷, koruma tedbirlerinin özelliklerini oluştururken ;

*kanun ile düzenlenmiş olma*⁸⁸, *şüphelerin belli bir yoğunlukta olması*⁸⁹, *kural olarak hâkimin –gecikemez hallerde savcının ya da kolluk yetkilisinin- kararının*

⁸¹-Ömer Faruk Kalaycı, *Vasat Dergisi*, s. 125.

⁸²- Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 197.

⁸³-Erdener Yurtcan, *Bir Cezacı ile Geçmişten Günümüze*, 3. Kitap, İstanbul Barosu Yay., 2009, s. 61.

⁸⁴-Bahri Öztürk, Mustafa R. Erdem, Veli Ö. Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Turhan Yay., 2004, s. 162.

⁸⁵-Ahmet Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, s. 18.

⁸⁶-Ceza yargılamasında koruma tedbirleri, ceza değil maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet eden birer tedbir niteliğindedirler. Dolayısıyla tedbirlerin amaç değil sadece vasıta olabileceğine dair ifade için bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, s. 159.

⁸⁷-Fatih Selami Mahmutoglu, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, s. 158. Tedbir ile ulaşılacak istenen yarar sağlandıktan sonra tedbire son verilmesi gerekliliğine dair ifade için bkz. Onur İste, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009, s. 10.

⁸⁸-Koruma tedbirleri, uluslararası antlaşmalar, Anayasa ve kanunlarla düzenlenmişlerdir. Kanun ile düzenlenmemiş bir koruma tedbirinin uygulanması yahut bir koruma tedbirinin kıyasen genişletilerek uygulanması mümkün değildir. Onur İste, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*, s. 9. Kanunda yer alan kuralların, soruşturma ve kovuşturma makamlarının keyfi tutum ve davranışlarının önlenmesi

bulunması,⁹⁰ *görünüşte haklılık*⁹¹, *gecikmede tehlike*, *orantılılık*⁹² ise uygulanabilmenin ön şartlarını, temel koşullarını oluşturmaktadır. Öyle ki daha hafif tedbirlerle amaca ulaşmak mümkün ise koruma tedbirine başvurulmamalıdır.

Asıl olan suçsuzluk karinesi ve uygulamalarda ölçülülük ilkesi olduğundan somut maddi delillerle desteklenmeyen ve hayatın olağan akışıyla örtüşmeyen soyut zan, ihbar bilgileriyle koruma tedbirlerine başvurulamaz⁹³. Suç şüphesi altındaki kişiyle toplumun menfaati arasındaki denge gözetilmeli ve tehlikenin bedeli az olduğu müddetçe ağır koruma tedbirlerine başvurulmamalıdır⁹⁴. Kişi özgürlüğünün suç sabit oluncaya kadar ancak asgari düzeyde ve zorunlu olduğu ölçüde kısıtlanması, aynı zamanda hukuk devleti olmanın gereğidir⁹⁵.

amacıyla konulduğuna, sınırlama sebeplerine sıkı sıkıya bağlı kalınması gerekliliğine ilişkin ifade için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, **İstanbul Barosu Dergisi**, s. 284.

⁸⁹-Yargılamanın bir şüpheler zinciri olduğuna, şüpheden kesinliğe doğru yol alındığına, son karara kadar her işlemin şüpheyne dayandığı yönündeki isabetli ifade için bkz. İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 47.

⁹⁰-Bahri Öztürk, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı**, s. 44.

⁹¹-Koruma tedbirlerine başvurma hakkının haklı olup olmadığı aslında yargılamanın sonunda anlaşılır; ve haksız olma tehlikesi her zaman mevcuttur. Bu sebeple en azından görünüşte haklılığın şart olduğu yönündeki ifade için bkz. Mustafa Avcı, "Yeni düzenlemelere göre Tutuklama", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., Mart 2005, s. 76. Aynı yöndeki ifadeler için bkz. Ahmet Altınay, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama** (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 33. Görünüşte haklılık bakımından her tedbir bakımından ihtimal sebepleri dahilinde hareket edilecektir. Sözgelimi CMK md. 100'de tutuklama tedbiri için kuvvetli şüphe şart kılınmışken CMK md. 116'da arama tedbiri için makul şüphe yeterli sayılmıştır. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, Ankara, Adalet Yay., 2010, s. 7.

⁹²- Fatih Selami Mahmutoglu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, s. 158. Nitekim Anayasa md. 13 gereği temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlamaların ölçülü şekilde uygulanması zorunlu kılınmıştır. Koruma tedbirinin uygulanması için elde edileceği umulan faydanın meydana gelebilecek zarardan fazla olmasının şart olduğu yönündeki ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 12. Daha az değer taşıyan bir amaç uğruna yüksek değerdeki birey hak ve özgürlüklerine ilişkin menfaatin ihlal edilmesinin ölçülülük ilkesini zedelemiş olacağına ilişkin ifade için bkz. Mert Gümüşay, **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 292.

⁹³-Muammer Aydın, "Ceza peşin, yargılama veresiye", **4. Yılında CMK**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 12.

⁹⁴-Ömer Faruk Kalaycı, **Vasat Dergisi**, s. 126.

⁹⁵- Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 9.

1.3. Tazminat Kavramı

Tazminatın oluşması için temel koşullar eylem, zarar ve illiyet bağıdır. İlliyet bağı sorumluluğun temel ögesidir⁹⁶. Zararın eylemin neticesi olarak ortaya çıkması, eylem ile zarar arasında illiyet bağı olduğunu göstermektedir. Eylemle zarar arasındaki sebep- sonuç ilişkisi olarak da açıklanabilen bu bağ, mantık kuralları doğrultusunda açığa çıkarılır. Nitekim hiçbir hukuk düzeni mantık yasalarına aykırı olarak mevcut olmayan illiyeti yaratamaz⁹⁷.

Tazminat, zararın karşılanması ve giderilmesi için zarar görene verilmesi gereken şeyi veya miktarı ifade eder. Zararın tazmini aynen veya nakden tazmin suretiyle gerçekleştirilir. Aynen tazmin malvarlığının doğrudan doğruya zarardan önceki hale getirilmesini hedef alırken nakden tazmin, malvarlığında gerçekleşen ekonomik değer azalmasının veya manen uğranılan acının parayla karşılanmasını ifade eder⁹⁸. Koruma tedbirlerinden dolayı uğranılan zararlar, nakden tazmin suretiyle –belli bir meblağ para takdiri ile- giderilmektedir.

Tazmin edilecek miktarın ne zamanki değere göre tespit edileceği de ayrı bir sorundur. Zararın doğduğu, tazminat davasının açıldığı, hükmün verildiği tarihlerden hangisinin esas alınarak zarar miktarının hesaplanması gerektiği yönündeki soruya Yargıtay hukuka aykırı fiilin işlendiği anı esas alarak, doktrin ise hüküm tarihinin veya hüküm tarihine yakın bir zamanın esas alınmasının gerekli olduğu yönünde cevap vermektedir⁹⁹.

⁹⁶-Nitekim illiyet bağı olmadan sorumluluğun gündeme gelemeyeceğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1999/8222 E., 1999/10389 K., 25.11.1999 T.), (Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. baskı, İstanbul, Legal Yay., 2006, s. 89-90'dan alıntıdır.)

⁹⁷- Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, s. 86 ve 1220.

⁹⁸-Selahattin Sulhi Tekinay v.d., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Yay., 1993, s. 581.

⁹⁹-Gerçekten de zararın yıllar önceki ekonomik değerlere göre hesaplanmasının hükmedilecek tazminatı yetersiz bırakabileceği yönündeki endişe için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay v.d., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 602. Anayasaya ve tazminatı düzenleyen kanunların amacına uygun olarak zararların tam anlamıyla giderilmesi için eylem veya işlem tarihi değil de tazmin tarihi dikkate alınarak tazminat miktarının belirlenmesi gerektiği, aksi takdirde zararın ve acının giderilmemesinden dolayı hukukun üstünlüğüne ve adalete olan inancın sarsılabileceği yönünde isabetli ifade için bkz. Hasan Köroğlu, **Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa)**, 1996, s. 30.

Hâkim, tazminata karar verirken öncelikle zarar miktarını tespit edecektir. Zarar miktarını aşacak şekilde tazminata hükmedilemez¹⁰⁰. Hâkim, kanuni bazı sebeplere dayanarak zararın tamamına değil de indirim yapılmış bir miktarına hükmeder¹⁰¹. Kanunumuzda düzenlenen zarar görenin gerçekleştirdiği hileli davranışlarla ilgili bazı sebeplerle koruma tedbirlerinden dolayı tazminat istenemeyeceği hususu ise sonraki bölümlerde incelenecektir.

1.3.1. Koruma Tedbirlerinden Doğan Tazminatın Hukuki Niteliği

Hukuk devleti ilkesi ışığında kanunlar tarafından önceden belirlenen yol ve yöntemler, suç şüphesi altındaki kişinin hak ve hürriyetlerini zedelememek ve ortadan kaldırmamak suretiyle kullanılabileceğinden kişi hak ve hürriyetleri ile kamu düzeni arasında bir denge oluşturulması zorunludur¹⁰². Devlet adına faaliyet gösteren organlar, koruma tedbirlerini kişiler üzerinde hukuka uygun şekilde kullanmak zorundadırlar¹⁰³. Özgürlükleri kısıtlayıcı boyutu olan fakat uygulamasından vazgeçilemeyen koruma tedbirlerinin herhangi bir zarara yol açmaksızın uygulanması gerekmekte; buna rağmen kanuna aykırı yahut haksız biçimde uygulanması sonucu ortaya çıkan zararın ise telafisi gerekmektedir¹⁰⁴. Bu telafi, başka bir mahkûmiyetten mahsup suretiyle olabileceği gibi bu çarenin bulunmaması halinde maddi ve manevi tazminat ödenmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir¹⁰⁵. Maddi ve manevi zararların telafi edicilik niteliği tartışılsa bile tazminat, kendisinden

¹⁰⁰ - Selahattin Sulhi Tekinay v.d., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 583.

¹⁰¹ - Selahattin Sulhi Tekinay v.d., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 590. Nitekim BK md. 41 uyarınca da zarar verene ait bir sebebin yanı sıra zarar görene ait bir sebep de zararın oluşumunda etkili olmuşsa zarar veren zarardan sadece sebep olduğu oranda sorumlu olacaktır.

¹⁰² - Ersan Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Seçkin, 2008, s. 13.

¹⁰³ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 1.

¹⁰⁴ - Hakan Hakeri, "Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat", (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.

¹⁰⁵ - Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 22.

vazgeçilemeyen ve henüz daha mükemmeli bulunamamış bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁶.

Tazminatın dayanağını incelemeyen önce tazminat verilmemesi gerekliliğini savunan görüşlere¹⁰⁷ kısaca yer vermek uygun olacaktır. Devletin sorumsuzluğunu savunan tezlerin hareket noktaları çeşitlidir. Bu çerçevede zararın, hizmetin gerektirdiği zorunluluklardan doğmuş olması; kesin hükümlerin tekrar ele alınıp incelenmesinin kamu menfaati ile çatışması¹⁰⁸; tazminatın hukuki dayanağının olmaması¹⁰⁹; tazminatın kabul edilmesinin adli makamların haksızlık yaptığıının kabulü anlamına gelmesi¹¹⁰; tazminat verilmesinin yanlış hareket ettiği meydana çıkan hâkimi veya savcayı manen mahkûm etmesi¹¹¹; tazminat verilmesi halinde bütçeye ağır yükler yükleneceği¹¹²; istihdam edenin sorumluluğunun söz konusu olamayacağı gibi gerekçeler ileri sürülmüştür¹¹³.

¹⁰⁶-Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 44. Zararların tazmin edilmesinin, kişilerin adalete ve devlete olan güvenlerinin artmasında fayda sağladığı yönündeki görüş için de bkz. (s. 68) Nitekim Dönmezer, tazminat verilse de haksızlığın tümüyle telafi edilemeyeceğini; ama yeterli miktarda tazminat ile mağdurun hiç olmazsa manevi tatmininin sağlanmasını vurgulamaktadır. Sulhi Dönmezer, “Haksız Tutuklamada Tazminat”, **Tercüman Gazetesi**, 7 Aralık 1987.

¹⁰⁷-Esasında mevcut haksızlığın kabulüyle birlikte tazminat yerine başka yollarla zararın telafisini öngören düşüncelerin şekli bir direnişten ibaret olduğu, temelde bütün düşüncelerin haksız koruma tedbirlerinin tazminini kabul ettiği yönündeki ifade için bkz. Mehmet Handan Surlu, “Uygulamanın ışığında haksız tutuklamanın tazmini”, **Adalet Dergisi**, C. 63, S. 8-9, Ağustos-Eylül 1972, s. 599.

¹⁰⁸—Haksızlığın anlaşıldığı ve sonrasında tazminat ödenmesi durumunda kesinleşmiş kararın iptal edilmeyeceği gerekçesiyle bu görüş eleştirilmiştir. Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 195.

¹⁰⁹—Hukuki bir açıklamanın, esasın bulunamaması durumunun müessesenin reddi için yetmeyeceği, her şeyden önce adalet ve hakkaniyet duygularının bizi bu ilkenin kabulüne zorlayacağı yönündeki isabetli ifade için bkz. Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 194.

¹¹⁰-Haksızlık tazminat verilmesi bile duyulup öğrenilecektir. Ayrıca devletin haksızlığı tamir etmeye çalışmasıyla topluma örnek bir davranış sergilenmiş olacaktır. Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 195-196. Aynı yönde ifadeler için bkz. Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 716. Kendini onaran, özür dileyen devletin saygınlık kazanacağına ilişkin ifade için bkz. Veysel Gültaş, **Tutuklama ve Kanun Yolları**, 2. bs., Ankara, Bilge Yay., 2008, s. 497. Hata yapmanın değil, yapılan hatayı kabul etmemenin ayıp olduğuna dair ifade için bkz. Ramazan Cengiz Derdiman, **Türk Hukukunda Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukuki İstisnası Olarak Adli Arama ve İnsan Hakları** (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1990, s. 109. Devletin haksızlıklara katlanması gerektiği, bireyin devleti ancak böyle örnek alabileceğine ilişkin ifade için bkz. Ahmet Altınay, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, s. 153.

¹¹¹-Manevi baskı, hakim ve savcının koruma tedbirini uygulamadan önce düşünmesi ve gerekli araştırmaları titizlikle yapması ile ortadan kalkacaktır. Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 196. Amaç, tutuklama yetkisinin yerinde kullanılmasıdır. Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 715.

¹¹²- Haksızlığın tamiri gayesi bütçenin ağır yük altına gireceği endişesinden baskın gelmelidir. Kaldı ki haksızlığın tamiri her zaman para ödenmesi suretiyle mümkün de olmamaktadır.

¹¹³- Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 190 ila 203.

Adli hataların tamiri için devamlı bir müessesenin kurulması şarttır. Hata devletten de ileri gelse sorumsuzluğu gerektirecek bir istisnanın kabulü mümkün değildir¹¹⁴. Devletlerin kendi vatandaşlarına olan hukuki sorumlulukları medeniyet ölçülerine dair önemli bir gösterge olarak değerlendirilmekte olup bireyler yargı organlarının haksız fiil ve işlemlerine karşı da korunmuşlardır¹¹⁵.

Koruma tedbirinin hukuka aykırı uygulanmasından doğan zararın karşılanması da tıpkı birey hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerde duyulan zorunluluk gibi hukuki bir zorunluluk olarak düşünülüp değerlendirilmelidir.¹¹⁶ Cezadan mahsup etme veya kamu görevlilerine şahsi kusurlarından ötürü doğrudan dava açma her zaman mümkün olmadığından ki hukuk sistemimizde devletin tazminat ödemesi gerekliliği ortaya çıkmıştır¹¹⁷. Birçok batılı ülke koruma tedbirlerinden mağdur olanlara tazminat verilmesine yönelik düzenlemelere yıllar önce mevzuatlarında yer vermişlerdir¹¹⁸.

Haksız olarak koruma tedbirlerine maruz kalanlara tazminat verilmesi gerekliliğini savunan görüşler¹¹⁹ de bu gerekliliği çeşitli noktalara dayandırmaktadırlar. Tazminatı hukuki bir temele bağlamanın şart olmadığı yönünde görüş de mevcut olmakla birlikte¹²⁰ tazminatın esaslı çeşitli hukuki sebeplere dayandırılmıştır.

¹¹⁴-Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 715.

¹¹⁵- Ömer Faruk Kalaycı, **Vasat Dergisi**, s. 128-129.

¹¹⁶-Mehmet Handan Surlu, **Adalet Dergisi**, s. 599.

¹¹⁷- Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku- İkinci Kitap Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü**-, s. 724.

¹¹⁸- İlkın 1884 yılında Portekiz, ardından 1886'da İsveç, 1898'de Almanya gibi ülkeler tazminata ilişkin düzenlemeler getirmişlerdir. Ülkemizde ise 1961 Anayasası'ndan önce, HUMK'un 573. maddesi uyarınca genel hükümlere göre tazminat istenebileceği fikri hâkimdi. Bu bilgiler için bkz. M. Naci Ünver, A. Mümin Kavalalı, **Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yay., 1990, s. 29.

¹¹⁹-Bu görüşlere ve hukuk düzenlerinde uygulama sahası bulmalarına aydınlanma çağından itibaren rastlandığı yönündeki ifade için bkz. Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 226.

¹²⁰-Hukuk devleti kavramı ve adalet duygusu kavramının tazminatın hukuki sebebini belirlemede yeterli olacağı –ki 466 Sayılı Kanun'un gerekçesinde de tazminatın hukuki niteliğine ilişkin olarak bu kavramlar geçerlidir- başkaca bir hukuki temel aramanın gereksiz olduğu yönündeki fikir için bkz. Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 205 ila 208. Aynı doğrultuda ifade için bkz. Hamide Zafer, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Mağdurlarının Tazminat Hakkı”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2., İstanbul, 2010, s. 77.

Haksız tutuklananlara verilecek paranın tazminat değil yardım niteliğinde olduğu yönünde görüşe göre hazine korunmakta olup devlet mali olanakları nispetinde zarara uğrayanlara yardımda bulunabilecektir¹²¹.

Bir diğer görüş, haksız tutuklamadan doğan zararların devletin yardımı ile değil de haksız fiillerden doğan tazminat talebiyle giderilebileceği yönündedir.

Başka bir anlayışa göre, hürriyeti geçici olarak istimlâk edilen bireyin zararı, kamunun menfaati gerektirdikçe giderilen istimlâk bedeli ile karşılanmalıdır¹²².

Kanaatimce de en haklı olan ve uygulama alanı bulan görüşe göre ise tazminatın esası, kusursuz (objektif) sorumluluğa dayanan haksız fiil anlayışıdır¹²³; yeter ki işlem ile zarar arasında nedensellik bağı kurulabilsin¹²⁴.

¹²¹-Oluşan zararı kötü bir tesadüfün sonucu olarak değerlendiren bu görüş uyarınca tazminle yükümlü olmayan devlet, haksız sonuçları gidermek için mali olanaklarını da göz önünde bulundurarak yardım elini uzatabilecektir. Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 205. Devlet hazinesini koruduğundan bahisle bu görüşü esas itibarıyla kabul edilebilir bulan Hakeri ise görüşün en önemli sakıncasının ihtiyarilik niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 63.

¹²²-Bu görüşte olanlara göre zarar, suçlu için tutukluluk süresinin mahkumiyetten indirilmesi, suçsuz içinse bir miktar paranın ödenmesi ile giderilecektir. Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 204. Kamulaştırma ile tazminat esaslarının özleri itibarıyla birbirlerine benzedikleri yönündeki görüş için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 64. Devletin mal varlığında artma, zarar görenin mal varlığında ise azalma olmadığı gerekçesiyle bu görüş eleştirilmektedir. Münci Özmen, “Haksız ve kanunsuz tutma ayırımında hukuk devletin tazminat sorumluluğu ve kişisel sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 34, S. 5, 1977, s. 852. Kişi özgürlüğünün mülkiyet hakkı ile bir tutulamayacağı gerekçesiyle, aksi takdirde devletin bedelini ödeyerek kişi özgürlüğünü dilediği gibi sınırlayabildiği totaliter bir rejime sürüklenme tehdidinin ortaya çıkacağından bahisle bu anlayışın eleştirildiği başkaca ifadeler için bkz. Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 112.

¹²³-Faruk Erem, “Haksız tevkif edilenlere tazminat”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 13, S. 2, 1956, s. 83-84. Nitekim 466 Sayılı Kanun’un gerekçesine göre de tazminata hükmedilebilmesi için yargı faaliyetlerini yürüten hakim, savcı veya kolluk görevlilerinin kusuru aranmamış, devletin kusursuz sorumluluğu esası benimsenmiştir. Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, s. 491. Bu anlayışın, hukuk devleti anlayışı içinde sözleşme dışı verilen zararların giderilmesi gerektiği düşüncesini yansıttığına; yetkinin ağır ceza mahkemesinde olmasının bu davanın haksız fiile dayalı tazminat davası olma özelliğini değiştirmeyeceğine dair ifadeler için bkz. Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 105 ila 107.

¹²⁴-Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 64. Yazar da tazminatın hukuki dayanağını hukuk devleti ilkesi ve adalet duygusunun gereği olarak kusursuz sorumlulukta bulmaktadır. (s. 67)

İKİNCİ BÖLÜM

KONUMUZA İLİŞKİN OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE YER ALAN TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLER

2.1. AİHM Uygulaması Işığında AİHS'de Durum

Uluslararası sözleşmeler tıpkı anayasalar gibi hak ve özgürlükler yönünden asgari düzenleme getirirler. İç hukukta sözleşme hükümlerinden daha geniş hak ve özgürlükler getirilmesi halinde elbette iç hukuktaki lehe düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır¹.

Sözleşme hükümlerini uygulamak istemeyen veya AİHM kararlarına uygun biçimde ihlalleri giderim hususunda irade sergilemeyen taraf devletlerin Avrupa Konseyi üyeliklerinin askıya alınması hususu gündeme gelebileceği gibi üyelikten ihraç dahi söz konusu olabilir². Dolayısıyla taraf devletlerin AİHS çerçevesinde tutum sergilemesi zorunluluğu vardır.

2.1.1. AİHS md. 5: Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Bireyler, tutuklamanın keyfi olarak uygulanması sonucu çağlar boyu akıl almaz kahırlara, sınırsız haksızlıklara, ürküntü veren işkencelere ve zulümlere maruz kalmışlardır³.

¹ Hamdi Yaver Aktan, “Yargıtay Kararları Işığında İletişimin İdari ve Adli Denetlenmesi”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 81. Nitekim eserin 35. dipnotunda da belirtildiği üzere adil yargılanma hakkını güvence altına alan AİHS’nin 6. maddesinin 3. fıkrası “her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir.” ibaresini içermektedir.

² Zehra Yavuz, **Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 77.

³ Kemal Kumkumoglu, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 163.

Keyfî uygulamaları önleme arayışı içerisinde⁴ asırlar boyu süren mücadelelerin⁵ sonucunda yasal güvence ve özgürlükler elde edilebilmiştir⁶. Özgürlük, üzerinde tasarruf edilemeyecek kadar kıymetli bir olgu olarak değerlendirilmektedir. Öyle ki şayet özgürlüğün kısıtlanmasını haklı kılan sebepler yoksa kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasına rıza göstermiş olması bile kısıtlama işlemini haklı kılmaz⁷.

Demokratik toplum varlığının temel göstergelerinden biri insanların, keyfî olarak özgürlüklerinin ve güvenliklerinin kısıtlanması korkusu taşımamalarıdır⁸. Özgürlük asıl, özgürlükten yoksunluk istisnadır⁹. Kısıtlama ancak ikna edecek biçimde gerekçeli, makul süreli, gerekçeye dayalı ve denetime tabi şartlar altında mümkündür.

⁴- Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul, 1992, s. 12.

⁵-İnsanlık tarihinin despot tutumlarla özgür düşünce arasında bir mücadele, kavga hikayesi olduğu, bu kavganın odak noktasını keyfiliğe karşı kişi güvenliğini sağlama amacının oluşturduğunu belirten ifade için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, “İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1998, s. 156.

⁶-İngiltere’de 1215 yılında kralı hukuk kurallarıyla bağlayarak sistematik dahilinde olmasa da insan haklarına yer veren, kanunsuz tutuklamayı yasaklayan Magna Carta; kişilerin keyfî olarak, hakim kararı olmaksızın tutuklanmalarını ve yargıç önüne çıkarılmadan uzun süre tutuklu kalmalarını yasaklayan 1679 tarihli Habeas Corpus; Fransa’da hiç kimsenin yasaların belirlediği durumlar dışında suçlanamayacağını, tutulamayacağını düzenleyen ve sistematik içinde ilk defa insan haklarını düzenleyen yazılı belge olan 1789’da ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi; kimsenin keyfî olarak yakalanamayacağını ve tutuklanamayacağını hüküm altına alan 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi; kişinin ancak suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için haklı nedenler ve zorunluluk varsa tutuklanabileceğini ve kanun dışı tutuklama nedeni ile tazminat hakkı doğduğunu vurgulayan, ve en önemlisi ilk kez tanınan hürriyetlere güvence getirilmesini, ihlallerin müeyyideye tabi olmasını sağlayan 1953 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu özgürlük ve güvenceleri temsil eden başlıca mevzuattandır. (Kemal Kumkumoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, s. 164 v.d.), (Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, İÜHF Yay., 1982, s. 1-2.)

⁷- M. Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Ankara, Seçkin Yay., 2003, s. 60.

⁸-M. Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, s. 51. Özgürlük ve güvenlik deyimlerinin bir bütün olarak ele alınmasının zorunlu olduğuna, ‘Güvenlik’ olgusunun özgürlüğe yapılacak tüm keyfî müdahalelere karşı kişinin korunması anlamına geldiğine, güvenlik hakkının mutlak olduğuna ilişkin ifade için bkz. Gökhan Karaburun, “AIHS’nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine İlişkin 5. Maddenin İncelenmesi”, (Çevrimiçi)<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde5.htm> (162. zip), 31 Temmuz 2011.

⁹-1789 İnsan Hakları Bildirgesi md. 5’te yer alan bu ilke için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, “Bir İnsan Hakkı İhlali Olarak Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Haksız) Yargılama Kavramı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S. 2, Haziran 1997, s. 284.

Özgürlükten yoksun bırakmanın şartları iç hukuk kurallarının yanı sıra AİHS md. 5 hükmünün amacı ile de uyumlu olmalıdır. AİHS md. 5 yakalanan¹⁰ veya tutuklanan kişilerin özgürlük ve hürriyetlerine dair hak ve güvencelerini düzenlemektedir¹¹.

AİHS md. 5/1 ile kişi özgürlüğü ve güvenliğinin¹² hak olduğu fakat bu hak mutlak olmadığından sıralanan sınırlı sayıda nedenle¹³ özgürlükten yoksun bırakmanın mümkün olabileceği;

AİHS md. 5/2 ile yakalanan kişinin, yakalanma nedenlerini ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamayı, anlayacağı dilde¹⁴ ve en kısa sürede¹⁵ öğrenmesi hakkının olduğu¹⁶;

¹⁰-Yakalama veya alıkoyma terimleri, ulusal hukuktaki anlamları ne olursa olsun AİHS ve AİHM bağlamında temelde kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik işlem olarak değerlendirilmektedir. Fikret İlkiz, “Özgürlük ve Hukuk”, (Çevrimiçi)<http://www.umut.org.tr/public/forum.aspx?id=15862>, 18.08.2011.

¹¹- Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, s. 193.

¹²-Özgürlük ve güvenlik kavramlarının bir bütün olarak anlaşılması gerektiği yönünde ifade için bkz. Timur Demirbaş, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, Temmuz 1996, s. 17.

¹³-Bu nedenler, md:5/1 ‘de:

“**a)** Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi; **b)** Bir mahkeme tarafından, kanuna uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya kanunun koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması; **c)** Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da 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; **d)** Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması; **e)** Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması; **f)** Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülme olmasından dolayı usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;” olarak sıralanmıştır.

¹⁴-Anlaşılan dil ifadesinin, sanığın konuştuğu dil olarak sınırlandırmaması gerektiği, sağır ve dilsizler için de bunların anlaşma yöntemini bilen tercümanlar aracılığıyla bildirim yapılması gerektiği yönündeki isabetli ifade için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 177. (84 nolu dipnot). Bilgilendirme aynı zamanda teknik olmayan, sıradan bir kişinin de anlayabileceği sadelikte olmalıdır.

¹⁵-‘En kısa sürede’ ifadesiyle kastedilmek istenenin sürenin gereksiz şekilde uzatılmaması olup hemen bildirimin şart kılınmadığı yönündeki ifade için bkz. Timur Demirbaş, **İzmir Barosu Dergisi**, s. 24. Ancak yine de suç şüphesi altındaki kişinin ivedilikle bilgi sahibi olmasının şart olduğu yönündeki ifade için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 169.

AIHS md. 5/3 ile yakalanan veya tutuklu bulunan herkesin hemen yargı makamı önüne çıkma, makul sürede yargılanma veya serbest bırakılma hakkının olduğu¹⁷;

AIHS md. 5/4 ile yakalanarak veya tutuklanarak özgürlüğü kısıtlanan herkesin, özgürlük kısıtlamasının kanuna uygunluğu hakkında yetkili merci tarafından karar verilmesini isteme, kanuna aykırılık söz konusu ise serbest bırakılması için başvuru hakkının olduğu¹⁸;

AIHS md. 5/5 ile bu madde hükümlerine aykırı olarak yakalama veya tutuklamaya maruz kalan mağdurların tazminat isteme hakları bulunduğu düzenlenmiştir¹⁹.

Dikkat edilmelidir ki, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan merci, hem yoksun bırakma kararının AIHS md. 5 şartlarına uygun olarak verildiğini hem de öncesindeki yakalama veya tutuklama işleminin AIHS md. 5 uyarınca uygulandığını ispat etmekle yükümlüdür²⁰.

AIHS md. 5/3, yakalanan veya tutuklanan kimsenin hemen yargı makamı huzuruna çıkarılmasını şart kılmıştır. Böylelikle bir kişinin alıkonulmasında her türlü

¹⁶-Nitekim tutulmasının hukuki olup olmadığının incelenmesi için yetkili mercie başvurma hakkına sahip olan kimse, özgürlükten yoksun bırakılmasının hukuki ve somut nedenlerini bir an önce ve yeterli düzeyde öğrenemezse bu hakkını etkin olarak kullanamayacaktır. (AIHM'nin 21.02.1990 tarihli Van Der Leer & Hollanda Kararı) Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, Ankara, Adalet Yay., 2008, s. 29. Başvuranların gözaltı formu ile diğer tutanakları imzalamalarının tutuklanma gerekçeleri hakkında yeterince bilgi sahibi olduklarını kanıtladığına ve davanın somut koşulları dikkate alındığında AIHS md. 5/2 ihlali oluşmadığına dair içtihat için bkz. (23.06.2009 tarihli AIHM, Oral ve Atabay & Türkiye kararı.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 217 ila 220'den alıntıdır.)

¹⁷-AIHM'nin, içtihatlarında tutuklama için iç hukukta azami sürenin ihdas edilmesini şart koşmamakta, AIHS md. 5/3'ün ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde somut olayın özelliklerini göz önünde tutmakta olduğu yönündeki ifade için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Beta Yay., 2008, s. 338.

¹⁸-Yani AIHS md. 5/4 hükmü ile yakalanan veya tutuklanan bir kimsenin 'kısa bir zamanda' tutuklamaya itiraz etme ya da salıverilme talebinde bulunma hakları güvence altına alınmıştır. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 59.

¹⁹-Sözleşme'nin esas amacının bir ihlalin varlığı durumunda devletin maddi-manevi tazminat ödemesi yahut eski hale iade etme suretiyle işin içinden sıyrılmasını sağlamak değil, devletlerin aynı ihlalleri yapmaktan kaçınmasını temin etmek olduğu yönünde isabetli ifade için bkz. İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, Ankara, Seçkin Yay., 2004, s. 403. BM/MSHS md. 9/5 hükmünde de hukuka aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutuklanmaktan mağdur olan bir kimsenin icrası mümkün bir tazminat hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

²⁰-Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 26.

keyfi uygulama kesinlikle yasaklanmıştır²¹. Sürenin uzunluğu, kişiyi her türlü işkence ve baskıya karşı da korumasız bırakacaktır²². Bunun yanı sıra md. 5/3, tutuklunun makul sürede yargılanma hakkını düzenlenmiştir²³. AİHM, tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine dair bir iddiayı incelerken, önce başvurucunun “*tutukluluk süresi*”ni tespit etmekte, ardından tutukluluk süresinin “*makul*” olup olmadığını belirlemektedir²⁴. Bu hususun herkes için makul sürede yargılama hakkı tanıyan AİHS md. 6 ile karıştırılmaması gerekir. Makul yargılama süresi, makul tutukluluk süresini de kapsamına alan daha geniş bir kavramdır. Yani, AİHS md 6’nın çerçevesi AİHS md. 5/3’ten geniştir²⁵. Dolayısıyla 5. madde sadece ceza yargılamasında uygulanabilirken 6. madde hem ceza muhakemesinde hem de medeni ve idari muhakemede uygulanma imkânı bulmaktadır²⁶.

Makul sürede yargılanma hakkı, tutukluluk süresinin son karar verilinceye kadarki aşamada haklı sınırların ötesinde uzamaması gerekliliğini de ifade etmektedir. Keza AİHS md. 5/4 uyarınca tutuğun mahkemeye başvurmak suretiyle

²¹- AİHS md. 5/3 hükmü, tutukluya teminat sağlanması, yakalanan kişilerin adli makam huzuruna fiziksel olarak vaktinde getirilmelerini temin etmek amacıyla ihdas edilmiştir. Bu şekilde otomatik olarak hızlandırılmış adli bir inceleme, keyfi muameleye ve dışardakilerle irtibat kurulmaksızın gözaltına ve kötü muameleye karşı önemli bir koruma önlemi sağlanmıştır. (AİHM’nin 12.05.2005 tarihli Öcalan & Türkiye kararı), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 12.06.2010.

²²-Nitekim AİHM, 18.12.1996 tarihli Aksoy & Türkiye kararında –terör suçları bakımından ayırım yapmaksızın- azami 4 günlük gözaltı süresini kabul eden ve dört gün altı saatlik gözaltı süresini AİHS md. 5/3 ihlali olarak değerlendiren 29.11.1988 tarihli Brogan & Birleşik Krallık hakkında kökleşmiş içtihadına atıfla davacının hakim önüne çıkarılmaksızın, yakınları ve avukatıyla görüştürülmeksizin 14 gün gözaltında tutulmasını AİHS md. 5/3 hükmünün ihlali olarak yorumlamıştır. (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, Ankara, Adalet Yay., 2010, s. 96’dan alıntıdır.) Nitekim AİHM, 19.09.2006 tarihli Süleyman Erdem & Türkiye kararındaki 8 günlük gözaltı işlemini ve 03.03.2009 tarihli Aba & Türkiye kararında da hâkim veya yetkili başkaca adli makam önüne çıkarılmaksızın 5 gün süreli gözaltı işlemini AİHS md. 5/3 hükmüne aykırı olarak değerlendirmektedir. (Çevrimiçi)<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>, 02.09.2011.

²³-Sanığın tutukluluğunun makul bir süreyi aşmamasını garanti altına almak öncelikle ulusal yargı makamlarının görevidir. Kamu yararının gerçekten var olup olmadığına ilişkin koşulların incelenmesi ve masumiyet karinesine dikkat edilmesi, kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasında dikkat edilmesi gerekli hususlardır. Bilal Çalışkan, “AİHM’ye Göre Tutuklama”, **Adalet Dergisi**, S. 37, Mayıs 2010, s. 8.

²⁴-Bilal Çalışkan, **Adalet Dergisi**, s. 10.

²⁵-Veli Özer Özbek, Koray Doğan, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 5560 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 2, Seçkin Yay., Aralık 2006, s. 233.

²⁶-Fatih Selami Mahmutoğlu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 170. Aynı doğrultuda ifade için bkz. Canan Ahtiyan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 1 ve 30. Dolayısıyla md. 5/3 ihlali, md. 6/1’in de ihlali sonucunu doğurmakla beraber md. 6/1 ihlali her zaman için md. 5/3 ihlali sonucunu doğurmayabilir. (s. 32.)

kısa süre içerisinde tutukluluğunun hukuki olup olmadığı hususunda karar verilmesini, kanuna aykırılık söz konusu olduğu takdirde ise salıverilmeyi isteme hakkı mevcuttur. AİHM, Tunce v.d. & Türkiye kararında, basmakalıp gerekçelerle tutukluluğun devamına karar verilmesinin tek başına AİHS md. 5/3 ihlaline sebep olduğunu kabul etmekle beraber bu durumun, itiraz yollarının etkinliğinin şüpheye düşmesine neden olduğu için AİHS md. 5/4 ihlali olarak da yorumlamıştır²⁷.

Yargı organları hem tutukluluk süresini asgari düzeyde tutarak gereksiz uzamalara sebebiyet vermemek hem de davayı süratle sonuçlandırmakla yükümlüdürler²⁸.

Tutukluluk halinin, makul süre sınırını aştığını gösteren somut bir azami süre ölçütü yoktur. Mahkeme, somut olayın özelliklerini göz önüne almaktadır. AİHM'nin yerleşmiş içtihadına göre ulusal adli merciler, somut olayda tutukluluk halinin makul süreyi aşıp aşmadığına karar verirken masumiyet karinesini de göz önünde tutarak kişi özgürlüğünü sınırlandırmayı meşru kılan kamu yararının var olup olmadığını gerekçeli kararını oluşturacak düzeyde inceleyeceklerdir²⁹. *Ulusal yargı mercileri, masumiyet karinesi doğrultusunda bireysel özgürlüğe saygı kuralına istisna getirilmesini meşru kılan kamu çıkarının gerektirdiği gerçek bir zorunluluğun olup olmadığını ortaya çıkaracak bütün koşulları incelemeli ve tutuksuz yargılanma talebini reddettiğinde kararında bunu gerekçelendirmelidir*³⁰. AİHM, Mitap ve Müftüoğlu & Türkiye kararında 8,5 yıl tutukluluğun, Yağcı ve Sargın & Türkiye kararında ise 18 ay süren tutukluluğun AİHS md. 5/3 düzenlemesini ihlal ettiğine hükmetmiştir³¹.

AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini tespit eden AİHM kararları, genellikle tutukluluk durumlarının gerekçesiz olarak uzatılması hususuna değinmektedir.

²⁷-AİHM, 13.10.2009 tarihli Tunce v.d. & Türkiye kararı. (Çev: A. İpek Sarıöz, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 83, S. 6, 2009, s. 3481-3489'dan alıntıdır.)

²⁸- Mustafa Tarık Şentuna, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol**, 2. Bs., Ankara, Adalet Yay., 2007, s. 121.

²⁹-Veli Özer Özbek, Koray Doğan, **Ceza Hukuku Dergisi**, s. 234.

³⁰-(AİHM'nin 14.06.2007 tarihli Cahit Solmaz & Türkiye kararı.), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 188-189'dan alıntıdır.)

³¹-Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Yay, 2002, s. 217.

AİHS md. 5/5 çerçevesinde ise AİHS md. 5 hükmüne aykırı olarak tutuklanan kişilerin maddi veya manevi tazminat isteyebilmeleri için tutuklama kararına itiraz etmeleri şart değildir. İtiraz imkânı varken bile itiraz etmemek tazminat isteme hakkına hâlel getirmez. Çünkü yargı organı tutukluluğun devam edip etmeyeceğine tutuklama nedenlerini de gözeterek re'sen karar vermekle, tutuklama şartları yoksa re'sen salıvermekle yetkilidir³². AİHS md. 5/5 ihlalden söz edebilmek için iç hukukta zararların giderilmesi yönünde etkin bir koruma mekanizması geliştirilmemiş olmalıdır³³. AİHM, ihlal kararı verebilmek için iç hukuk yolunun tüketilmesini aramamakla birlikte şayet Devletin belli bir kesinlik düzeyiyle AİHS md. 5/5 bağlamında oluşan zararları giderebileceği kanaatine varırsa sözleşmenin ihlali başvurusunu kabul etmeyecektir³⁴.

Tazminat istenebilecek durumlarla ilgili dikkatten kaçırılmaması gereken nokta ise yargılama sonrası beraat kararı verilmesinin tek başına AİHS md. 5/5 uyarınca tazminat istemeye yeterli olmayacağı hususudur. Tutuklanmayı haklı kılan nedenlerin mevcudiyeti sonucu tutuklama kararı verilmesi, yargılama sonunda beraat kararı çıksa bile tazminat istemini engellemektedir³⁵. Bu durumdan anlaşılabileceği üzere kanuna uygun olarak yakalanıp veya tutuklanıp da beraat eden kişiye tazminat verilmesini öngören CMK md. 141/1-e düzenlemesi AİHS md. 5/5'e nazaran daha güvenceli, tazminat sebeplerini mağdur ilgili bakımından geniş tutan bir hükümdür. Buna rağmen paradoksal bir durum olarak belirtilmelidir ki ceza yargılaması mağdurunun haklarına daha geniş biçimde değer veren CMK md. 141/1-e düzenlemesine iç hukuk uygulamasında uyulmaması AİHS md. 5 bağlamında ihlale sebebiyet vermeyecektir. CMK md. 141/1-e ideal bir hüküm olmakla birlikte iç hukukta uyulmasını sağlayacak ulusal üstü hukuk korumasından yoksundur.

³²- Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, s. 197–198.

³³- Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 89.

³⁴-Şerafettin Elmacı, “AİHM Kararları Işığında Tutuklama ve Tutuklu Yargılamada Makul Süre”, **Adalet Dergisi**, S. 40, Mayıs 2011, s. 192. Nitekim soyut ceza süresinden uzun süren tutukluluk süresi dolayısıyla 466 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanılamaması, AİHS md. 5/5 bağlamında tazminat ödenmesini gerektirmiştir. (AİHM, 17.06.2008 tarihli Şahin Karataş & Türkiye kararı.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 206'dan alıntıdır.)

³⁵- Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, s. 198.

Temennimiz odur ki bu hükmün uygulayıcılar nezdinde içselleştirilmesi ve istikrarlı uygulanması sağlansın.

2.1.2. AİHS md. 6: Adil Yargılanma Hakkı

“1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır³⁶.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek; e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”

AİHS md. 6’da sayılan haklar, sanığın asgari haklarını³⁷ yansıtmakta olup tüketici olmayan biçimde sayılmıştır³⁸.

³⁶-AİHM içtihatlarına göre, makul süreyi aşan tutukluluk hallerinin AİHS md. 5/3’ün yanı sıra suçsuzluk karinesini düzenleyen AİHS md. 6/2’nin de ihlali sonucunu doğurduğuna dair ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi”, **AÜHF Dergisi**, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 155.

³⁷-Ceza muhakemesinde diğer muhakeme dallarından farklı olarak AİHS md. 6 hükmüne sadece suçlanan kişinin dayanabileceği; mağdur, tanık, bilirkişi veya müdahilin adil yargılanma hakkına

Adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturan ilkelerin somut olarak uygulanması hukuk devleti olmanın gereklerindendir³⁹. Nitekim adil yargılanma hakkı bireyler açısından hak olmakla birlikte devletler açısından bu hakkın sağlanması, yetki ve görevdir⁴⁰.

Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak yine, BM/ İHEB md. 8 uyarınca hakları ihlal edilen kimselerin, ulusal yargı makamlarında etkin hukuk yoluna başvuru hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Anayasal hüküm gereği de herkes, adil yargılanma hakkına sahiptir⁴¹.

Adil yargılanma hakkının amacı, kişinin tabii ve bağımsız makam önünde aleni olarak, savunma hakları zaafa uğratılmadan delillerini serbest iradeyle ileri sürdüğü ve tartışabildiği, makul süre içinde kanun yolları açık bir muhakemenin gerçekleştirilmesidir⁴².

AİHS md. 6'da açıkça vurgulanan ve taraf devletlerin sağlamakla yükümlü oldukları bir güvence olarak kabul edilen makul sürede yargılanma hakkı⁴³, Anayasa md. 141/son hükmünde;

sahip olmadığı ifade için bkz. Zehra Yavuz, **Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri**, s. 20-21.

³⁸-Nitekim AİHM, 26.04.1979 tarihli Sunday Times & Birleşik Krallık kararında adil yargılanma hakkının AİHS'nin ve hukukun en temel kuralı olduğunu ve geniş yorumlanması gerekliliğine vurgu yapmıştır. (Zehra Yavuz, **Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri**, s. 13'ten alıntıdır.)

³⁹-Kübra Talas, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Kitap)**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 336.

⁴⁰- Canan Ahtıhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi**, s. 12-13.

⁴¹-Anayasa md. 36: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"

⁴²-Zehra Yavuz, **Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri**, s. 5.

⁴³-Adil olana ulaşma çabaları zamanla da mücadeleyi gerektirir. Bu mücadele ne üstünkörü şekilde hızlı, ne de olağandan yavaş olarak yürütülmelidir. Makul sürede yargılanma hakkı, dikkat edilmelidir ki her ne pahasına olursa olsun yargılamanın acele biçimde bitirilmesini amaçlamamaktadır. Canan Ahtıhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi**, s. 10. Bu hakkın, BM/ MSHS md. 14/3-c hükmünde, gereksiz gecikme olmadan yargılanma biçiminde ifade edildiğine ilişkin ifadeler için bkz. (s. 22.) Makul sürede yargılama ilkesine uyulup uyulmadığına dair AİHM, davanın karmaşıklığını, başvurunun tutumunu ve yetkili mercilerin tutumunu göz önünde bulundurarak karara varmaktadır. (s. 37.)

“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle⁴⁴ sonuçlandırılması, yargının görevidir.” ifadesiyle iç hukukumuzda da yansımıştır. Anayasa md. 141/son hükmüne rağmen AİHM içtihatlarından da anlaşılacağı üzere maalesef ülkemizde yargılama yavaş yürümekte, hak sürüncemede kalmakta, adalet dağıtımında etkinlik hızla zaafa uğramaktadır. Sistemimiz, suçsuz olan veya sonuçta büyük olasılıkla beraat edecek durumda olan kişilerin uzun süre ceza tehdidi altında yargılanmalarına sebep olmaktadır⁴⁵.

AİHM’ye yapılan başvurular arasında nicelik itibariyle en fazla başvurunun AİHS md. 6 çerçevesinde yapılmış olması göz önünde tutulduğunda, adil yargılanma hakkının ne kadar önemli bir hak olduğu ve uygulamaya yansıtılmasının hayati bir önem taşıdığı anlaşılmaktadır⁴⁶.

2.1.3. AİHS md. 8: Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması⁴⁷

AİHS md. 8 hükmü özel hayatı korumaktadır. Hakka yönelik müdahaleleri sıkı koşullara bağlamaktadır.

⁴⁴-Davanın makul sürede çözülmesi ile hızla çözülmesi hususlarının farklı anlamlar taşıdığına, her ne pahasına olursa olsun davanın hızlı olmasının amaçlanmasının muhakemenin amacına aykırı olduğuna yönelik ifade için bkz. Canan Ahtıhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi**, s. 62.

⁴⁵- Özdemir Özok, “CMK 3. Yılı”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 10. AİHM, her ne kadar dosya hacimli de olsa sanık sayısı fazla da olsa organize suçlara ilişkin adli süreç zor da olsa yargılamanın onüç yıl küsur sürmüş olmasını AİHS md. 6’da düzenlenen ‘makul sürede yargılanma hakkının’ ihlali olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte AİHM, CMK md. 141 vd. hükümlerinin - bu hükümlerin ancak kararın kesinleşmesi ile beraber devreye girebildiğinden, yargılama esnasında uygulama alanı bulamadığından bahisle- yargılama sürelerinin aşırılığını engelleyen etkin bir başvuru olanağı tanımadığı kanaatindedir. Bu doğrultudaki karar için bkz. AİHM, 13.10.2009 tarihli Tuncce v.d. & Türkiye kararı. (Çev: A. İpek Sarıöz, **İstanbul Barosu Dergisi**, s. 3481-3489’dan alıntıdır.) Öte yandan AİHM, üç yıl sekiz ay süren yargılamayı makul süre kapsamında değerlendirmiş ve süre bakımından AİHS md. 6/1’in ihlal edilmediğine hükmetmiştir. (05.12.2006 tarihli Hıdır Durmaz & Türkiye kararı.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 12.06.2010. 2004 yılında kaldırılan Devlet Güvenlik Mahkemeleri’ndeki yargılamalar, askeri hakim de katılımı dolayısıyla yargılamanın bağımsızlığının ve tarafsızlığının AİHS md. 6/1 bağlamında ihlali kapsamında değerlendirilmiştir. (AİHM, 09.06. 1998 tarihli Incal & Türkiye; 24.10.2006 tarihli Yüksektepe & Türkiye kararı.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 12.06.2010.

⁴⁶- Canan Ahtıhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi**, s. 12.

⁴⁷-İHEB md. 12 uyarınca ise: *Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.*

Şöyle ki:

“ (1). Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2). Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

Görüldüğü üzere birinci bentte hakkın kapsamı belirlenirken ikinci bentte kamu otoritesinin hangi neden ve koşullarla birinci fıkrada sayılan haklarla ilgili sınırlamalara gidebileceği açıklanmıştır.

Kişinin ortak, özel ve gizli yaşam şeklinde genel olarak üç tür yaşantısı vardır⁴⁸. Ortak yaşam, kişinin toplumdaki yerini, ilişkilerini; gizli yaşam ise yalnızca kişinin kendisini ilgilendiren, yalnız kalma hakkı olarak da anılan ve her türlü el atmadan uzak tutulması gereken, mutlak olarak korunan alanı ifade eder. Özel yaşam ise, kişinin kendi öz varlığı ile bütünleşmesi için dış etkenlerden olabildiğince uzak tutulması gereken bir alandır. Bir başka deyişle bireylerin yalnızca yakınlarıyla paylaşabileceği yaşam çevresidir⁴⁹.

Avrupa Konseyi Danışma Meclisi, 23.01.1970 tarihli 428 sayılı ilke kararı ile özel hayatın gizliliği ve korunmasına bir tanım getirmiştir. Bu karar uyarınca özel hayata saygı, kişinin yaşamını istediği biçimde ve dış müdahalelerin en aza indirgendiği bir ortamda sürdürmesini gerektirmektedir. Bu hakkın kapsamına, kişinin özel hayatı, aile hayatı, ev yaşantısı, maddi ve manevi bütünlüğü, şerefi, özel fotoğraflarının izinsiz yayımlanmaması, hukuka aykırı biçimde dinlemeye maruz

⁴⁸-İnsan hayatının temelde genel ve özel olmak üzere iki yönü bulunduğu, hayatın genel yönünü aleni davranışların oluşturduğuna, özel yönün ise özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere iki ayrı bölümden oluştuğuna dair ifade için bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, “Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması”, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, Ankara, TBB Yay., Ekim 2008, s. 101.

⁴⁹- Güney Dinç, “Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması”, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, Ankara, TBB Yay., Ekim 2008, s. 16.

kalmaması ve gözetlenmemesi, gizli bilgilerinin yayımlanmaması gibi haklar girmektedir⁵⁰.

Özel hayata saygı hakkı, insanın kendi varlığını istediği gibi sürdürmesi hakkı olup dıştan gelen müdahaleler sonucu en az düzeyde etkilenmeyi gerektirmektedir⁵¹. Devlet, bireyin menfaatini kamunun menfaatine nazaran ne kadar ön planda tutuyor ve kişilerin özel hayatına az müdahale ediyorsa o toplumun bireyleri o kadar hür ve özgürdür⁵².

İnsanın var olması ve gelişmesi için hayati önemi haiz olan özel hayatın korunması, ancak hukukun sağladığı güvenli ortamda mümkün olabilir⁵³.

Özel hayata müdahale, keyfi olamaz. Kanunun idareye verdiği takdir yetkisinin kapsamının ve kullanılma tarzının yeterli açıkta belirlenmiş olması keyfi müdahalelerin önlenmesi için şarttır⁵⁴. Ancak belli kanuni sebeplerle, demokratik bir toplumda gerekli olduğunda, ölçülü bir şekilde müdahale mümkündür.

AIHM, AIHS md. 8 düzenlemesini, haklara yönelik müdahalelerin önlenmesinin yanı sıra devletin söz konusu hakları güvence altına alma konusunda pozitif yükümlülükleri bulunduğu yönünde değerlendirmektedir⁵⁵.

AIHM, AIHS md. 8'in ihlal edilip edilmediğine ilişkin incelemelerinde beş aşama izlemektedir. Öncelikle başvuru, yakındığı olayların md. 8 kapsamında olduğunu ve sonrasında md. 8 ile korunan haklara yönelik bir müdahale oluştuğunu

⁵⁰-Fatih Selami Mahmutoglu, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, s. 104.

⁵¹- Öztekin Tosun, "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme", **İÜHFM**, C. 16, S. 3-4, İstanbul, 1976, s. 97.

⁵²- M. Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, s. 65.

⁵³- Fatih Selami Mahmutoglu, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, s. 109.

⁵⁴- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **AIHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s. 288.

⁵⁵- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **AIHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s. 281. Kişilerin özel ve aile yaşamlarında özgür bırakılmasının yanı sıra devletler, bireylerin haklarını korumak için gereken önlemleri almak durumundadırlar. Güney Dinç, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, s. 14. Aynı yönde ifadeler için bkz. Seda Erten, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 145-146.

ispat etmelidir. Ardından mahkeme, md. 8/2 bağlamında sayılan nedenlerle gerçekleştirilen müdahalelere ilişkin iç hukukta kanuni düzenleme olup olmadığını araştırmaktadır. Eğer işlemlerin kanuni dayanağı yoksa AİHM, başka hiçbir incelemeye girişmeksizin ihlal kararı vermektedir. Kanuni düzenleme de varsa bu sefer 2. bentteki müdahalenin kamu yararı amacıyla, yani meşru amaçlarla⁵⁶ gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği irdelenmektedir. Kanuni dayanağı olan ve kamu yararı amacıyla gerçekleştirilen müdahaleler ile ilgili olarak son inceleme, işlemin hangi toplumsal ihtiyacı karşılamaya yönelik olduğu ve bu ihtiyacın başka yollarla giderilmesinin mümkün olup olmadığı, yani demokratik bir toplumda gereklilik ölçütünün sağlanıp sağlanmadığı⁵⁷ yönünde yapılır. Eğer uygulanan işlemler abartılıysa, hakkın özünü yok edecek boyutlarda zedelemişse ihlal kararı verilebilmektedir⁵⁸.

Ağaoğlu/Türkiye davasında⁵⁹ AİHM, 1991’de hâkim kararıyla dinlenen ve tespit edilen telefon kayıtlarının yargılamada kullanılamayacağına; çünkü iç hukukta “yazılı hiçbir kanun metninin” bulunmadığını ve bu haliyle müdahalenin AİHS md. 8/2 de yer alan “kanunla öngörülme” kistasını karşılamadığından, dolayısıyla öngörülebilirlik koşulunun sağlanmadığından bahisle 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir⁶⁰. Dolayısıyla iç hukukumuzda telekomünikasyon iletişimine müdahaleyi yasallaştıran 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.08.1999 tarihinden önce CMUK md. 91-92’de düzenlenen postada el koymaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle

⁵⁶- Mert Gümüşay, **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 274.

⁵⁷-AİHM’nin demokratik toplum ölçütünden ne anlaşılması gerektiğinin Handyside & İngiltere kararında açıklandığı; kararda demokratik toplumdan çoğulculuk, açıklık ve hoşgörünün bulunduğu bir toplumun anlaşılmasının gerekli olduğunun vurgulandığı yönündeki ifade için bkz. Mert Gümüşay, **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** (Doktora), s. 288. (883 nolu dipnot). Özgürlüklerin sınırlandırılmasının zorlayıcı bir sosyal gereksinimin karşılanması amacıyla ve demokratik toplumda gerekli olduğu oranda mümkün olduğuna dair ifade için bkz. Seda Erten, Avrupa **İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, s. 154.

⁵⁸- Güney Dinç, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, s. 17-18.

⁵⁹-AİHM-Ağaoğlu/Türkiye Davası- 6 Aralık 2005 (Başvuru No:27310/95) ; Hamdi Yaver Aktan, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, s. 77.

⁶⁰- Mert Gümüşay, **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 273-274.

telekomünikasyon iletişimine dair gerçekleştirilen müdahaleler⁶¹ kamu yararı amacıyla uygulanmış olsalar bile AİHS çerçevesinde herhangi bir kıymeti haiz olmayıp sözleşmeyi ihlal edici niteliktedir. Temel hak ve hürriyete yapılacak müdahale bir kanun hükmüne dayanmıyorsa yasaklayıcı bir düzenleme de olmadığı iddia edilerek müdahaleye haklılık tanınamaz⁶². Öyle ki özgürlük asıl, sınırlama istisnadır.

2.1.4. AİHS md. 41: Hakkaniyete Uygun Tatmin

AİHS md. 41:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa⁶³, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

Gerek CMK kapsamında yer alan koruma tedbirlerinin haksız veya hukuka aykırı uygulanmasından zarara uğrayan kimseler gerekse CMK’nin kapsamı dışında kalan tedbirlerin haksız veya hukuka aykırı uygulanmasına maruz kalan kimseler, meydana gelen zararlarının tazmini amacıyla iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM’ye bireysel başvuruda bulunabilir⁶⁴. AİHS md. 41, bu bağlamda zarara uğrayan kimseler için güvence teşkil etmektedir.

⁶¹-Öztekin Tosun, **İÜHFM**, s. 99. Postada el koyma hükümlerinin uygulanmasının öğretide yoğun eleştirilere neden olduğu yönündeki fikir için bkz. (Ertosun’un muhalefet şerhi gerekçesinden; YCGK, 2006/4-122 E., 2006/162 K., 13.06.2006 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 11.06.2011. Ceza muhakemesi hukukunda kıyasın mümkün olduğundan bahisle CMK md. 91 ve 92 ‘ye dayanarak haberleşme hürriyetine müdahaleyi hukuki olarak değerlendiren görüş için bkz. Ersan Şen, “Türk hukukunda telefonların gizlice dinlenmesi sebebiyle gündeme gelen hukuka aykırılık sorunu ve kişi haklarına keyfi müdahaleler”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa Basım Yay., 1999, s. 732. Kanaatimce temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı yönde kıyas, ceza muhakemesi hukukunda da mümkün değildir.

⁶²- Ersan Şen, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, s. 727.

⁶³-Taraf devletlerinin böyle bir yükümlülükleri bulunmasa bile esas olan ihlallerin telafisinin eski hale getirme yolu ile sağlanmasıdır. AİHS’ye aykırı tutumların sonuçlarının en etkin biçimde ortadan kaldırılması için bu husus gereklidir. Öte yandan başka çare kalmamışsa AİHS md. 41 uyarınca tazminat ödenmesi yoluna gidilmektedir. Canan Ahtıhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yarılma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi**, s. 59.

⁶⁴- Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, Ankara, Seçkin Yay., 2005, s. 635. Sözelimi aldığı tazminat miktarını yetersiz bulan ilgili de AİHM’ye başvuru imkanına sahiptir. Naim Karakaya, **Soruşturma (CMK) Cep Kitapları -9-**, İstanbul Barosu Yay., 2006, s. 91. AİHS md. 41’in adil

Sözelimi makul sürede yargılanma hakkına riayet edilmemesi şeklinde oluşan ihlal dolayısıyla taraf devlet, AİHS md. 41 bağlamında tazminata mahkûm edilebilmektedir⁶⁵. Öte yandan 5271 sayılı CMK bağlamında ödenen maddi manevi tazminat miktarının AİHS md. 41'deki adil tatmin yöntemiyle belirlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde maddi ve manevi zararların yeterli ölçüde kabul edilmemesi dolayısıyla AİHM'ye gerçekleştirilen başvuruların kabul edilmesi sonucu doğacaktır⁶⁶.

AİHM, tespit edilen ihlaller ve başvuranın şikâyetçi olduğu maddi tazminat arasında neden-sonuç ilişkisi olmasını aramaktadır. Masraf ve harcamalar kalemi adı altında gerçekleştirilen taleplerden ise gerçekliği, gerekliliği ve makul oranda oldukları ispatlanabilen ve davayla ilgisi bulunan masrafların tazminine hükmedilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁶⁷.

tatmin işlevine ilişkin aynı doğrultuda ifade için bkz. Gökhan Karaburun, "AİHS'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine İlişkin 5. Maddenin İncelenmesi", (Çevrimiçi)<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde5.htm> (162. zip), 31 Temmuz 2011.

⁶⁵- Canan Ahtıhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi**, s. 12.

⁶⁶-Şerafettin Elmacı, **Adalet Dergisi**, s. 192.

⁶⁷-Bu husustaki örnek kararlar için bkz. (AİHM, 08.11.2005 tarihli Karagöz & Türkiye kararı; 04.05.2006 tarihli Rüzgar & Türkiye kararı), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 93-94 ve 98'den alıntıdır.)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSAL MEVZUATTA KORUMA TEDBİRLERİNDEN DOLAYI TAZMİNAT SORUMLULUĞU

3.1. 1961 Anayasası md. 30

Mülga 1961 Anayasası md. 30’da hangi şartlar altında yakalama ve tutuklama kararı verilebileceği gösterildikten, hakların bildirimi ve belli süre içerisinde hâkim huzuruna çıkarılma zorunluluğuna değinildikten sonra son fıkrada:

“Bu esaslar dışında işleme tâbi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar, kanuna göre Devletçe ödenir.”

hükmüyle haksız yakalama ve tutuklamalar, dolayısıyla koruma tedbirleri nedeniyle tazminat verilmesi esası ilk kez kabul edilmiştir¹. Kamu güvenliğinin sağlanması ve devamı çabalarının sonucunda kişi güvenliği zedelenebilir. Kişi güvenliği tüm hürriyetlerin mihrakını teşkil etmektedir². Güvenliği zedelenen kişiler maddeten ve manen zarara uğrayabilirler. Bu zararların tazmini sosyal hukuk devleti olmanın gereği³ olduğundandır ki AİHS md. 5/5 düzenlemesiyle uyumlu olarak⁴ Anayasa md. 30 hükmü vaaz edilmiştir.

Bu hükümde kamu görevlilerine rücu müessesesi düzenlenmemiştir. Rücu olmadığı için kamu görevlilerinin baskı altında görev yapacağı iddiasının kabul edilemeyeceği savunulmuştur⁵. Kanaatimce rücu hakkının olmaması hatalıdır.

¹-1956 yılında M. A. Sebük’ün haksız tutuklamalara tazminat verilmesini öngören kanun teklifi, Bütçe Komisyonu’nca, ihtiyaçlarımıza uygun olmadığı gerekçesiyle devre dışı bırakılmıştır. Uğur Alacakaptan, “Haksız tutma ve yakalama hallerinde devletin tazminat verme mükellefiyeti”, **AÜHF Dergisi**, C. 18, S. 1-4, 1961, s. 199.

²-Reşit Ülker, “Haksız Tevkife Tazminat”, **Ulus Gazetesi**, 11 Ocak 1964. Aynı tip ifadeler için bkz. İsmet Giritli, “Haksız Tevkifler ve Tazminat”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 29 Eylül 1963.

³-Yılmaz Biçer, “Haksız tutuklananlara devlet ödencesi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 4, S. 1-4, 1978, s. 94.

⁴-AİHS md. 5/5 hükmü, somut ve gerçek bir hakkı güvence altına aldığından AİHS’ye taraf devletlerin iç hukuklarında bu hakkın sağlanması yollarını kesin ve açık bir şekilde tespit etmek durumunda olduklarına dair ifade için bkz. Timur Demirbaş, “AİHS ile karşılaştırmalı olarak haksız yakalama ve tutuklama”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, Temmuz 1996, s. 34.

⁵-Faruk Erem, “Kanun dışı yakalanan veya tutuklananlara tazminat”, **Adalet Dergisi**, C. 55, S. 7-8, Temmuz-Ağustos 1964, s. 724-725. Öte yandan ağır kusur ve keyfi hareket dolayısıyla hakim sorumlu olacağı, Hazine’nin bu ihtimalde yargıca rücuen HUMK hükümleri uyarınca başvurabileceği

Kişileri hürriyetinden yoksun bırakan kimselerin cezai sorumluluk altında bulundukları da göz önünde tutulursa özel hukuk sorumluluğuna ilişkin olan rücu hakkının devreye sokulmamasının mantıklı izahını yapmak oldukça güç olacaktır.

3.2. Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında 466 Sayılı Kanun⁶

Bu kanunun yürürlüğe girmesi ile AİHS md. 5/5 düzenlemesinin gereği yerine getirilmiş⁷ ve Anayasa md. 30'un uygulanması sağlanmıştır⁸. Adli reform niteliğindeki bu kanun ile birlikte yakalama ve tutuklama tedbirlerinin daha dikkatli biçimde uygulanması ve adli hataların tamiri suretiyle adalete olan güvenin artırılması temin edilmiştir⁹.

Hukuka aykırı yakalama ve tutuklamalardan dolayı devletin sorumluluğunu düzenleyen bu kanun ihdas edilmeden yıllar önce, haksız tutukluluktan mağdur olan kişilere tazminat ödenmesi gerekliliği fikri ortaya atılmış; hatta tazminatı öngören kanun olmasa bile doktrin ve içtihatlar ile tazminat ödenmesinin yolunun açılacağı savunulmuştur¹⁰.

vurgulanmıştır. Cevdet Çatalkaya, “Kanun dışı yakalanan veya tevkif edilen kimselere devletçe verilecek tazminat meselesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 22, S. 5, 1965, s. 565.

⁶-11704 sayılı RG’de yayımlanan 15.05.1964 tarihli 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun. (466 sayılı Kanun, 31.03.2005 tarih ve 25772 sayılı, 1 No’lu mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 23.03.2005 tarih ve 5320 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un md. 18/1-c hükmüyle 01.06.2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.)

⁷-Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul, 1992, s. 225. Tazminata ilişkin hüküm de içeren AİHS’yi 1954 yılında onaylamamıza rağmen 1956 yılındaki kanun teklifinin reddedilmesi ile 1964 yılında kanunun kabulüne kadar olan süreçte sekiz yıllık bir gecikme söz konusu olmuştur. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, Ankara, Seçkin Yay., 1999, s. 26.

⁸-Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 714. Anayasa md. 30 hükmünün gerekçesinde adaletin zorunlu sonucu olarak kişi dokunulmazlığına ilişkin hükümlerin ciddiye alınması için tazminat esasının kabulünün gerektiği; hükmün içeriğinin ihtiyaca göre özel kanun tarafından doldurulacağı vurgulanmıştır. İşte Anayasa md. 30 hükmünün içeriğini dolduracak nitelikteki özel kanun olarak 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun, yürürlüğe konulmuştur. Hakan Hakeri, “Anayasa Değişik Madde 19/son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu”, **Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 3, İstanbul, Beta Yay., 2003, s. 767.

⁹- Reşit Ülker, “Haksız Tevkife Tazminat”, **Ulus Gazetesi**, 11 Ocak 1964.

¹⁰-M. Reşit Belgesay, “Haksız tevkiflerden hakim ve devletin mesuliyeti”, **Siyasi İlimlerde Fikir Dünyası Dergisi**, S. 5, Mayıs 1956, s. 41.

Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında 466 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle hazineye büyük mali külfet yüklenmesi, yakalama ve tutuklama ile görevli olanların çekingen davranması, ağır ceza mahkemelerinin işlerinin çoğalması gibi sakıncalar oluştuğu ileri sürülse de kişi güvenliğinin temini, yetkililerin daha hassas ve dikkatli hareket etmesinin sağlanması, zararın giderilmesi ile adalete olan güvenin perçinlenmesi gibi faydalar sakıncalara nazaran daha ağır basmaktadır¹¹. Zaten 466 Sayılı Kanun, maddi ve manevi zararların giderilerek şahsın tatmininden çok kişi özgürlüğünün gelişigüzel zedelenmemesi, uygulamalarda keyfiliğe kaçılmamasının sağlanması suretiyle bir güvence oluşturma amacı gütmüştür¹².

466 Sayılı Kanun'un halen yürürlükte bulunan 5271 Sayılı CMK md. 141-144 ile farklılaşan yönlerine kısaca değinmenin sistematik olarak faydalı olacağı kanısındayım.

466 Sayılı Kanun, adından da anlaşılacağı üzere sadece yakalama¹³ ve tutuklama hallerinin kanunsuz veya usulsüz uygulamalarından doğan zararları tazmin kapsamına almıştır¹⁴. Yakalama ve tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinden doğan

¹¹-Cevdet Çatalkaya, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 564-565.

¹²-Turgan Arınır, "Uygulamada yasa dışı yakalama ve tutuklama özellikle zarar görenin kusur ve ihmali", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 53, S. 7, 1979, s. 508-509.

¹³-CMUK döneminde gözaltına alma tedbiri yakalamadan ayrı olarak değerlendirilmemekteydi. Yakalanan kişi aynı zamanda gözaltına alınmış olmaktaydı. Dolayısıyla 466 sayılı Kanun bağlamında yakalama terimi gözaltını da kapsamaktaydı. Nitekim gözaltından doğan zararların da 466 sayılı Kanun uyarınca telafi edilmesinin öngörüldüğüne ilişkin ifade için bkz. Hamide Zafer, "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Mağdurlarının Tazminat Hakkı", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2., İstanbul, 2010, s. 77.

¹⁴-Arama, elkoyma, zorla getirme, sanığın gözlem altına alınması gibi koruma tedbirlerinin kanuna aykırı uygulanması durumlarına 466 Sayılı Kanun'da tazminat öngörülmemesi, eleştiri konusu olmuştur. Eleştirel ifadeler için bkz. Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 226 ve 260. Vücudun muayenesi ve yurtdışına çıkarmama gibi tüm koruma tedbirlerinin kanun kapsamına alınmasının gerekli olduğu yönündeki ifade için bkz. Nur Centel, "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler", **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 8, S. 1-3, Marmara Üniv. Hukuk Fak. Yay., 1994, s. 96. Mahkumiyet hükmünün daha sonra yargılamanın yenilenmesi ile beraat hükmüne çevrilmesi durumuyla ortaya çıkan haksız mahkumiyetten dolayı da 466 Sayılı Kanun gereği tazminat öngörülmediği yönündeki ifade için bkz. Çetin Arslan, Mustafa Kırmızı, **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, Ankara, Asil Yay., 2004, s. 364. Özgürlüğü kısıtlayan her koruma tedbirinde Tazminat Kanunu'nun uygulanmasını sağlamayı Türkiye açısından bir görev olarak addeden fikir için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 187.

zararlara ilişkin olarak ise BK md. 41 vd. uyarınca adli yargı hukuk mahkemelerinde tazminat talebinde bulunulabilmektedir¹⁵.

Yakalama ve tutuklama tedbirleri açısından şimdiki düzenleme ile karşılaştırma yapacak olursak 466 Sayılı Kanun, kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan hakların yerine getirilmesi isteğine uyulmadan yapılan tutuklamalara tazminat öngörmeyerek daha dar kapsamlı; öte yandan kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi durumunu da tazminat sebeplerine dâhil ederek daha geniş kapsamlı bir içeriğe¹⁶ sahip olmuştur.

Ancak dikkat çekici bir husustur ki, md. 1/8'in¹⁷ somut olayda mevcut bulunması –bu hükmün 1991'de kaldırılmasına kadar¹⁸- md.1/6 ve 1/7'deki tazminat nedenlerine¹⁹ dayanarak 466 Sayılı Kanun uyarınca tazminat istenememesine neden olmaktadır²⁰.

¹⁵-Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 77-78. Bu yöndeki içtihat örnekleri için bkz. (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2007/12188 E., 2007/16411 K., 26.12.2007 T. ; 2008/9508 E., 2008/11537 K., 09.10.2008 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 13.08.2011.

¹⁶-Hatta öğretide, daha da ileri gidilerek affı kabul etmeyen, zamanaşımı hükümleri hakkında uygulanmayıp da davasına devam olunan, şikayetten vazgeçilse de vazgeçmeyi kabul etmemesi sebebiyle yargılanmasına devam olunan sanık hakkında yargılama sonunda tazminat istenebilecek türden bir karar çıkması durumunda da tazminat verilmesi gerekliliği ileri sürülmüştür. Bu yönde ifadeler için bkz. Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 237. Normalde ise yargılama sonunda kamu davasının düşürülmesine, af ya da zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına, davanın durmasına veya reddine dair verilen kararlara dayanılarak tazminat talebinde bulunulamayacağına dair bkz. Ahmet Gündel, **Atatürk'e, Cumhurbaşkanı'na, Cumhuriyet'e, Hükümet'e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, Ankara, Seçkin Yay., 1997, s. 230.

¹⁷-466 Sayılı Kanun **md. 1/8**: “Aynı cins suçtan mahkum olanlar, itiyadi suçlular ve suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtası haline getirenler 6. ve 7. bentler hükümlerinden yararlanamazlar.”

¹⁸-20759 sayılı RG'de yayımlanan 10.01.1991 tarih ve 3696 sayılı, 07.05.1964 tarihli 466 Sayılı Kanun'un bazı maddelerinin kaldırılması ve bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun.

¹⁹-466 Sayılı Kanun **md. 1/6**: “Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahut beraatlerine veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen” ; **md. 1/7**: “Mahkum olup da tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkum edilen kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar, bu kanun hükümleri dairesinde Devletçe ödenir.”

²⁰-Erem, md. 1/8 hükmünün isabetli olmadığını, sayılan kişilerin haksız yere tutuklanamayacakları yönünde adeta bir ‘karine’ oluşturulduğunu, beraat durumlarında bu hükmün uygulanmasıyla tazminata yer verilmeyişinin izah edilmesinin mümkün olmadığını, (Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 726.); Donay ise, Anayasa md. 30'da belli kişilere tazminat verilmemesi gerektiği yönünde düzenlemenin söz konusu olmadığından bahisle 466 Sayılı Kanun md. 1/8'i eşitlik ilkesine ve haksızlığı gidermek üzere vaaz edilen kanunun ruhuna aykırı olarak değerlendirirken, (Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, İÜHF Yay., 1982, s. 201.),

466 Sayılı Kanun md. 4 gereği de -1991 yılındaki değişikliklerle md. 1/8 ile birlikte kaldırılıncaya kadar- tam kusur veya ihmal durumunda tazminat alınamamaktaydı²¹.

Bunun haricinde ilgilinin zararını belgelendirmemesi durumunda mahkemece re'sen araştırma yapılmaması; mahkemenin incelemelerini tamamlamasından sonra görüşünü almak için hazineye tebligat çıkartmaması; tazminatın geri alınması sürecinde İİK hükümlerine göre takdiri olarak ihtiyati haciz konulabilmesi; disiplin suçlarından doğan zararlarda tazminat kanunu hükümlerinin uygulanmaması²²; kamu görevlisine rücu imkânının getirilmemesi; yabancı uyruklu kimselerin tazminat kanunundan yararlanabilmeleri için mütekabiliyet (karşılıklılık) esasının²³ şart koşulmuş olması 466 sayılı Kanun'un mevcut uygulamadan farklı olan yönleri idi.

Çatalkaya, bentte adı geçen kişilerin haklı olarak korunmadığını, gerçek mağdurların ortaya çıkması için bu düzenlemenin şart olduğunu iddia etmektedir. (Cevdet Çatalkaya, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 562.)

²¹-**md. 4:** "Tazminata sebep olan işlemde ferdin kusurlu hareketi ve ihmali bulunup bulunmadığı hususu yetkili mercice tetkik edilecek eğer işleme şahsın kendisi sebebiyet vermiş ise o takdirde kişiye herhangi bir tazminat verilmeyecektir." Md. 4 bağlamında dikkat edilmesi gereken husus tam kusur veya ihmalin tazminatsızlık sonucunu doğurmasıdır. Kusur ve ihmal derecesini mahkeme takdir edecektir. Tam kusura örnek olarak sanığın ikrarı verilebilir. Firarın tam kusura örnek oluşturup oluşturmadığı hususunda doktrin ve içtihatlarda birlik olmadığı yönündeki ifade için bkz. Cengiz Erten, "Haksız tutuklamalarda tazminat talebi", **Ankara Barosu Dergisi**, C. 47, S. 1, 1990, s. 97. Kısmi kusur veya ihmal halinde ise birlikte kusur ilkesi gereği yine bir miktar tazminata hükmolunacaktır. Mehmet Handan Surlu, "Haksız tutuklamanın tazmini konusunda uygulamadaki yeni gelişmeler", **Adalet Dergisi**, C. 64, S. 11, 1973, s. 957. Kusurlu hareket eden kimsenin sonradan tazminat isteyebilmesinin mümkün olmaması gerektiğini savunan Hakeri, hakkaniyete uygun olan md. 4'ün kaldırılmasını yanlış bulmuştur. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 102.

²²-Bu durumu, yani disiplin suçlarının söz konusu olduğu durumlarda muhakemenin koşullara uygun yürütülmemesinin sorumluluğu gerektirmemesini, 1961 Anayasası md. 30'un ruhuna aykırı bulan görüş için bkz. Cevdet Çatalkaya, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 564. Yine aynı yönde, disiplin yönünden yapılan tutuklamalar açısından tazminat kanununun geçerli olmaması için bir sebep olmadığı yönündeki görüş için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 174.

²³-466 Sayılı Kanun uyarınca tazminat talebinde bulunan yabancı kişinin tabi olduğu devletin Türk vatandaşlarına tazminat hakkını fiilen tanımamasının önemli olduğu, ikili resmi anlaşmalara vs. gerek olmadığı yönünde bkz. M. Naci Ünver, A. Mümin Kavalalı, **Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yay., 1990, s. 148. Mütekabiliyet esasının getirilmiş olmasının, tazminatın insan hakları esasına değil de hakkaniyet esasına dayandırılması izlenimini uyandırdığı yönündeki görüş için bkz. Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, Ankara, 9 Eylül Üniv. Yay., 1989, s. 101. Tazminat talep edilebilmesi için vatandaş-yabancı ayrımı yapmanın hukuk devleti ve adalet duygusu anlayışına ters düştüğü yönünde ifade için bkz. Cengiz Erten, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 98. Karşılıklılık esasının şart koşulmasının AİHS'ye aykırı olduğuna, nitekim hukuka aykırı yakalama ve tutuklamalardan doğan zararların tazmini hususunda böyle bir şart öngörülmediğine ilişkin ifade için bkz. Hakan Hakeri, "Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat",

3.3. 1982 Anayasası

Anayasa md. 40/son' da temel hak ve hürriyetlerin korunması başlığı altında:

“Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” şeklindeki hüküm, 1961 Anayasası md. 30/son hükmüne benzer şekilde yer almaktadır.

Koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanması sonucunda verilen zararların devletçe ödenmesi, kişi hak ve özgürlüklerine verilen değeri göstermektedir. Sorumluluk olgusu aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin uygulamadaki tezahürlerinden biridir. Devlet, kamu görevlisinin kusurundan doğan zarar neticesinde tazminat ödemişse, tazmin ettiği miktarı kusurlu kamu görevlisinden geri alma hakkına sahiptir²⁴.

Anayasa md. 19/son 'da 2001 yılında 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu²⁵:

“Bu esaslar dışında²⁶ bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre²⁷, Devletçe ödenir.”

(Çevrimiçi)

http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.

²⁴- Servet Armağan, “Hak arama hürriyeti ve ona bağlı müesseseler”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa Basım Yay., 1999, s. 44.

²⁵-Değişiklik gerekçesinde devleti zarara uğratanlara karşı rücu hakkının getirildiği belirtilmektedir. Nur Centel, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol- Tutuklama- Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi”, Yay. Haz. Murat Yusuf Akın, **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2006, s. 863. (44 nolu dipnot)

²⁶-Esaslar ibaresi ile kastedilen, Anayasa md. 19’da düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin ayrıntılı hükümlerdir.

²⁷-2001 yılında ihdas edilen, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre zararın tazmin edilmesi yönündeki ibarenin, birey hak ve özgürlüklerinin daha sağlam temeller üzerine oturtulması ve toplumda demokratikleşmeyi sağlamak amacını güttüğüne ve böylelikle zararları ortadan kaldıracak boyutta tazminat ödenmesinin mümkün kılınmış olacağına ilişkin ifade için bkz. Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, 4. Bs., İstanbul, Vedat Yay., 2005, s. 417.

hükmü²⁸ lafzen yakalama ve tutuklama koruma tedbirlerinin uygulamasından doğan hukuka aykırılıklara ilişkin olarak düzenlenmesine rağmen ruhen CMK md 141’de yer alan tazminat sebepleri başlığı altında da belirtildiği üzere gözaltı, arama, elkoymadan doğan zararların karşılanmasında da gözetilmektedir.

2001 değişikliğinden önce zararın kanuna göre ödeneceği ibaresi yer alırken 2001 değişikliği ile zararın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Bu değişikliğin amacının ülkemizde bireyin hak ve özgürlüklerinin daha sağlam temellere oturtulması ve toplumda demokratikleştirmeyi sağlamak olduğu savunulmuştur²⁹. CMK md. 142/6’da da tazminatın, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verileceği hüküm altına alınarak Anayasa md. 19/son ile uyum sağlanmıştır.

3.4. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu³⁰

Ceza Muhakemesi Hukuku, hem kamu düzeni ve güvenliği, kamu otoritesi hem de temel hak ve hürriyetleri garanti altına alma açısından büyük bir önemi haizdir³¹. Ceza muhakemesi, suç oluşturduğu düşünülen bir eylemden doğan uyuşmazlıkları gidermeyi konu edinmektedir³².

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin sonucu olarak ceza muhakemesinin temel hedefinin bireyin hak ve özgürlükleriyle toplumun menfaatleri

²⁸ -Bu hükmün doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğuna, ayrıca bir uyum kanunu çıkarılmasına gerek olmadığına ilişkin ifade için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **AİHS Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Yay, 2002, s. 293.

²⁹ - Erdener Yurtcan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, İstanbul, Vedat Yay., 2005, s. 96.

³⁰ -01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK, 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’ndan iktibas edilen 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı CMUK’nin yerini almıştır. Koruma tedbirlerinden dolayı tazminat sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler olan CMK md. 141 ila 144 hükümleri ise 31.03.2005 tarih ve 25772 sayılı, 1 No’lu mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 23.03.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 6. maddesi uyarınca 01.06.2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanır; 01.06. 2005 tarihinden önceki işlemlerde ise 466 sayılı Kanun’un uygulanmasına devam olunur. Nitekim bu doğrultudaki içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/1602 E., 2009/8643 K., 16.07.2009 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 18.08.2011.

³¹ - Bahri Öztürk, Mustafa R. Erdem, Veli Ö. Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Turhan Yay., 2004, s. 5.

³² -İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, Ankara, Seçkin Yay., 2004, s. 25.

arasında bir denge kurulması suretiyle³³ maddi gerçeğe ulaşmak³⁴ olduğu söylenebilir³⁵. Maddi gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi şarttır. Gerçek, akla uygun, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır; yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır³⁶.

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılan delil toplama işlemi, özellikle insan haklarına zarar vermeden gerçekleştirilmelidir. Öyle ki suç işlediği sabit olana kadar masum olduğu varsayılan sanığın haklarının gözetilmesi, insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğe ulaşmayı temin edecektir. Çağdaş ceza muhakemesinde maddi gerçeğin teminine çalışılırken insanlık onuru, insan hakları ve temel hürriyetleri, hukukun ve ceza muhakemesinin temel ilkeleri daima hatırd tutulmalıdır³⁷. İnsanlık onuru ve kanunun çizdiği sınırlar, maddi gerçeğin her şeye rağmen aranması anlayışının reddi sonucunu doğurmaktadırlar³⁸. Böylelikle, vicdani delil sisteminde hukuka aykırı elde edilen delilin muhakemede kullanılamayacağı şeklinde yasak bölge öngörülmesiyle hukuk kurallarına çiğneme pahasına maddi gerçeğe ulaşılmasının engellenmesi amaçlanmıştır³⁹.

³³ - Özdemir Özok, “CMK 3. Yılı”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 11. Bu dengenin en iyi biçimde kurulmasının en iyi ceza yargılaması sisteminin göstergesi olduğu yönünde ifade için bkz. Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, 4. bs., İstanbul, Vedat Yay., 2005, s. 213.

³⁴ -Kişi özgürlüğünün sınırlandırılması gibi ağır sonuçları olan ceza yargılaması faaliyetinde şekli gerçeğe yetinilemeyeceğine ilişkin ifade için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, “İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1998, s. 157.

³⁵ -Ceza muhakemesinin amaçları yönünden hukuk tarihi boyunca üç evreden oluştuğu, bunların; suçlunun cezalandırılması evresi, sanığın korunması evresi ve son olarak da gerçeğin araştırılması evresi olduğu yönündeki ifade için bkz. İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 39.

³⁶ -(YCGK, 1993/6-79 E., 1993/108 K., 19.04.1993 T.), YKD Ekim 1993, s. 1564 vd., (**Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı** adlı eserin 46. Sayfasından alıntıdır.)

³⁷ -Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., 1995, s. 66.

³⁸ -Erdener Yurtcan, “Yargıtay kararları ışığında hukuka aykırı delile dayanma yasağı”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1998, s. 519.

³⁹ - Ersan Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Seçkin, 2008, s. 21.

Türk ceza muhakemesi sistemi, suç şüphesi altındaki kişiye tanınan hak ve güvencelere mutlak surette uyulmasıyla maddi gerçeğe ulaşılabilceği yönünde⁴⁰ anlayışa ve kurallara sahiptir.

Devlet suçlulukla mücadelede otoritesini iyi kullanmalıdır. Aksi takdirde yersiz müdahaleler sonucu elde edilen deliller hüküm aşamasında dikkate alınamayacağı gibi, bu tip müdahaleler hukuki ve cezai sorumluluğu peşi sıra getirebilecektir.

Koruma tedbirlerinin haksız yahut hukuka aykırı uygulanmasından doğan tazminat sorumluluğunun CMK kapsamında düzenlenmesi kanun kargaşasını önlemek bakımından yerinde olmuştur⁴¹.

Bundan sonraki bölümlerde yapılan açıklamalar, CMK'nin dördüncü kısmında yer alan koruma tedbirleri düzenlemelerinin son bölümünü oluşturan CMK md. 141-144 ekseninde olacaktır⁴².

3.4.1. Tazminat İstenebilecek Haller (Tazminat Nedenleri)⁴³

CMK md. 141, gizli soruşturma tedbirleri⁴⁴ dışındaki hemen hemen tüm koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararların tazminine imkân sağlamaktadır⁴⁵.

⁴⁰-Erdener Yurtcan, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, s. 522. Ceza Muhakemesi Kanunu genel gerekçesinde de yer alan bu türden ifadeler için bkz. Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, 3. bs., İstanbul Barosu Yay., 2005, s. 43.

⁴¹-Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 692.

⁴²-Koruma tedbirlerinin haksız veya hukuka aykırı uygulamaları neticesinde tazminat istemine olanak tanıyan CMK md. 141 ila 144 düzenlemelerinin AİHS hükümleri ve AİHM içtihatları ile uyum içinde olduğuna dair ifade için bkz. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, Ankara, Adalet Yay., 2008, s. 61.

⁴³-466 Sayılı Kanun, 5271 Sayılı CMK md. 141/1-(c), (i), (j) dışındaki CMK md. 141'de yer alan tazminat sebeplerini içermekteydi.

⁴⁴-Bunları iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı tayini ve teknik araçlarla izleme olarak belirten ifade için bkz. Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 114.

⁴⁵-Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, "Ceza muhakemesi hukukunda arama", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 1, Seçkin Yay., Ekim 2006, s. 205. 5271 sayılı CMK md. 141 düzenlemesinin 466 sayılı kanunda öngörülen tazminat isteme koşullarını hemen hemen aynen içermekle birlikte bazı ilaveler de yapmak suretiyle tazminat isteminin alanının genişlettiğine dair ifade için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 186. Anayasal bir hüküm ile tüm koruma tedbirleri için tazminat istenebilmesi imkanının getirilmesinin gerekli olduğuna dair görüş için bkz. Hakan Hakeri, "Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat", (Çevrimiçi)

CMK md. 141’de yakalama, gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma tedbirlerinden doğan zararların tazminine ilişkin düzenlemeler mevcuttur⁴⁶.

CMK md 141/1-a ila j arasında toplam 10 bentte tazminat nedenleri sıralanmıştır.

CMK md. 141/1:

“(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; **a)** Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, **b)** Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan, **c)** Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, **d)** Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen⁴⁷, **e)** Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen⁴⁸, **f)** Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılan, **g)** Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35,

31 Temmuz 2011.

⁴⁶-Sadece yakalama ve tutuklama tedbirleriyle sınırlı olmayan bu düzenlemenin son derece yerinde olduğuna dair ifade için bkz. Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, Ankara, Seçkin Yay., 2005, s. 634. Yeni CMK’de tazminatın ayrı bir bölüm olarak düzenlenmesinde Anayasa md. 19/son’un büyük etkisi olduğuna dair ifade için bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Arıkan Yay., 2006, s. 996. Dikkat edilmelidir ki kabahatler bakımından yakalama, tutuklama ve arama koruma tedbirleri uygulanamayacağından, bu tedbirlerden bahisle tazminat istemi de gündeme gelmeyecektir. Öte yandan elkoyma tedbiri Kabahatler Kanunu md. 18/3 açısından mümkün olduğundan şartları gerçekleşmişse elkoyma dolayısıyla tazminat istenebilecektir. Hakan Hakeri, “Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”, (Çevrimiçi)

http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35,

31 Temmuz 2011.

⁴⁷-Bölüm başlığı koruma tedbirleri nedeniyle tazminat olmasına rağmen koruma tedbirlerinden ayrı olarak makul sürede hüküm verilmemesinin tazminat nedeni olarak düzenlenmesi çelişki olarak değerlendirilmekte, yapılması gerekenin tüm tazminat sebeplerinin ayrı bir kanun altında düzenlenmesi olduğuna dair ifade için bkz. Nur Centel, **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, s. 868.

⁴⁸-Bu hususun tazminat sebebi olarak kabul edilmesinin hâkimlerin vicdani takdirlerine etkide bulunacağı yönündeki endişelere rağmen hakkında takipsizlik yahut beraat kararı verilen kimselerin kanun dışı işlemlere uğrayan kişilerden ayrı bir rejime tabi tutulması, yani onlar için tazminat öngörülmemesi için herhangi bir adil ve objektif kıstas olmadığına, masum kişiye sadece “*affedersin, yanılmışız*” denilmesi ile yetinilemeyeceğine ilişkin isabetli ifade için bkz. H. Refik Ertuğ, “Haksız Tevkiflerde Tazminat Meselesi”, **Vatan Gazetesi**, 11 Kasım 1963.

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen, j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen, Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

Bunun yanı sıra CMK md. 323/3 şartları gerçekleştiğinde de CMK md. 141-144 düzenlemeleri uyarınca tazminat istenebilmesi mümkün kılınmıştır⁴⁹.

CMK md. 323/3:

“ Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla⁵⁰ kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanunun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir.”

Bu haller gerçekleştiğinde devleti dava etmek ve maddi veya manevi zarar tazminini sağlamak hakkı mevcuttur. Tazminat talebinde bulunabilme bakımından suçun kasten veya taksirle işlenmiş olmasının, koruma tedbirinin soruşturma veya kovuşturma evresinde uygulanmış olmasının farkı yoktur⁵¹.

Alt bölümlerde, CMK md. 141/1 de yer alan tazminat sebepleri ayrı ayrı, CMK md. 323/3 düzenlemesi ise CMK md. 141/1-e hükmünün incelendiği başlık altında ele alınacaktır.

⁴⁹-466 Sayılı Kanun döneminde bu koşul gerçekleştiğinde tazminat istemi mümkün olmamakta idi. CMK md. 323/3 hükmünün vaaz edilmesiyle AİHS Ek-7 No’lu Protokoldeki adli hataların tamirini öngören md. 3 hükmünün gereği yerine getirilmiştir. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 84.

⁵⁰- Hem mahkûmiyet hükmünün infazı hem de mahkûmiyetle sonuçlanan muhakeme sürecinde söz konusu olan yakalama, gözaltı ve tutuklama nedeniyle tazminat istemi söz konusu olabilecektir. Üstelik asıl ceza davasındaki özgürlük kısıtlamalarının mahkûmiyetten mahsubu sonucu değiştirmeyecektir. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 84.

⁵¹- Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 78.

3.4.1.1. Kanun Dışı Yakalama, Tutuklama, Tutukluluğun Devamına Karar Verme

Ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin evrensel hukuk kurallarına, uluslararası sözleşmelere ve iç hukuk kurallarına uygun olarak uygulanması gerekmektedir⁵².

Kişi özgürlüğü ve güvenliğine doğrudan müdahale niteliğinde olan yakalama ve tutuklama tedbirleri gerçekten vazgeçilmez olduklarında uygulanmalıdır. Tereddütlü durumlarda bu koruma tedbirlerine mümkün olduğunca başvurulmamalıdır⁵³.

Konumuz açısından kanun dışı yakalamayı, kanun dışı tutuklamayı ve kanun dışı tutukluluğun devamına karar vermeyi ayrı alt başlıklar halinde incelemek, karışıklığa sebep olmamak bakımından yerinde olacaktır.

3.4.1.1.1. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Yakalama

Yakalama ya bir tehlikenin mevcudiyetinde önleyici yakalama olarak idari manada yahut bir suç şüphesi altında ceza muhakemesi hukuku kuralları çerçevesinde koruma tedbiri niteliğindeki adli yakalama olarak uygulanabilir. Suç işlendikten sonra devreye giren ve CMK’de düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin olan adli yakalama, inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği⁵⁴ md. 4’te yakalama:

“Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim

⁵²-Yazılı hukuk kurallarının kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alması önemlidir. Bunun yanı sıra koruma tedbirlerini uygulamakla yetkili olan kamu görevlilerinin takdirlerini yerinde ve isabetli kullanmaları da en az mevzuatın içeriği kadar önemlidir. Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 255.

⁵³- İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 47.

⁵⁴-25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 01.06.2005 tarihli yönetmelik. Bundan sonra kısaca YGİY olarak anılacaktır.

altına alınması” olarak tanımlanmaktadır. Yakalama, ceza yargılamasının güvenli bir şekilde yapılabilmesi için suç şüphesi altındaki kişinin özgürlüğünün ilk olarak kısıtlandığı işlemdir⁵⁵.

Yakalama, Anayasa md. 19’da ayrıntılı olarak açıklanan kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgilidir. Anayasa hükümlerinin temel ilkeleri koymakla yetinmesi gerekirken süreler ve uygulamanın içeriği ile ilgili ayrıntılı, kazuistik düzenlemeler içermesi kanaatimce hukuk tekniğiyle bağdaşmamaktadır.

Yakalama, çoğu zaman hâkim kararına dayanmadığından gerek Anayasa’da gerek CMK’de çok sıkı koşullara tabi tutulmuştur. Anayasa md. 19/4 uyarınca hâkim kararı olmaksızın kişilerin ancak suçüstü halinde veya gecikmede sakınca bulunan hallerde yakalanabilmesi mümkün kılınmıştır. Böylelikle yakalama, ancak zorunlu durumlarda başvurulabilen bir koruma tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁶.

CMK’nin köklü değişiklikleri olmayan⁵⁷ yakalama ile ilgili düzenlemelerinin, uygulamadan kaynaklanan kimi sorunlar dışında, teorik açıdan AİHM kararlarıyla uyumlu olduğu söylenebilir⁵⁸.

CMK md. 90/1 uyarınca üç durumda suç faili herkes tarafından geçici olarak yakalanabilir⁵⁹: Kişiye suç işlenirken rastlanmışsa; suçüstü fiilden dolayı⁶⁰ izlenen

⁵⁵-Hasan Köroğlu, **Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa)**, Ankara, Adil Yay., 1996, s. 17. Sözgelimi kişinin arananlar listesinde olduğundan şüphelenilerek karakola götürülmesi gibi kişiye isim ve adres sorulması ve kendi isteği ile gösterdiği kimlik bilgilerine bakılmasından daha ağır her türlü hareket yakalama olarak değerlendirilmektedir. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, Ankara, Adalet Yay., 2010, s. 18.

⁵⁶-Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, C. 1, 3. bs., Ankara, 2007, s. 367.

⁵⁷-Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, Adil Yay., 2006, s. 71.

⁵⁸- Durmuş Tezcan, “AİHM kararları ışığında ceza muhakemesi kanununda yakalama, zorla getirme, arama ve elkoyma”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 114.

⁵⁹-Böylelikle esasen kolluk güçleri tarafından gerçekleştirilebilecek olan yakalama işlemi, telafisi mümkün olmayacak zararların oluşmasının engellenmesi için istisnaen herkes tarafından uygulanabilmektedir. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009, s. 17. Herkese işlemde bulunma yetkisi, yakalama yetkisinden başka hiçbir koruma tedbirinde tanınmamıştır.

⁶⁰-Suçüstü kavramı, CMK md. 2/1-j bendine göre yorumlanmalıdır. “**CMK md. 2/1-j: Suçüstü:** 1. İşlenmekte olan suç, 2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, 3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç,” ifade eder.

kişinin kaçma olasılığı varsa; izlenen kişinin, failin kimliğini hemen belirleme olanağı yoksa⁶¹. Bu şekilde yakalanan kimse derhal kolluğa teslim edilecektir. Herkesçe yakalamanın mümkün kılındığı durumlarda failin suç işlediği konusunda kuvvetli şüpheden de öte suçun somut olarak işlendiğinin görülmesi şartı aranmıştır⁶². Yine özel kişiler faili yakalarken silah kullanamayacağı gibi makul bir oranı aşan cebir de kullanamaz; arama ve elkoyma işlemlerini de gerçekleştiremez⁶³. Herkesçe yakalamanın mümkün kılındığı bu hallerde özel sınırlamaların getirilmesinin nedeni, kişilerin diğer özel kişileri yakalayarak özgürlükleri keyfi biçimde sınırlamalarının engellenmesidir⁶⁴.

Koşulları gerçekleşmemesine rağmen⁶⁵ sivil bir şahsın gerçekleştirdiği yakalama işlemi dolayısıyla hürriyetinin sınırlandırılmasından bahisle doğan zararlardan, CMK 141 vd. gereği tazminat talebinde bulunulabilecek midir? Kanaatimce bu ihtimalde yakalama işlemi devleti temsil eden, devletin yargı fonksiyonunu icra eden, kamu görevlisi sıfatını haiz kimselerce gerçekleştirilmediğinden mevcut zararlardan devleti sorumlu tutmamak gerekecektir⁶⁶. Özel hukuk sorumluluğu çerçevesinde haksız işlemi gerçekleştiren şahsın sorumluluğu ise pek tabii ki saklıdır.

CMK md. 90/2 uyarınca ise:

⁶¹-Büyük yerleşim yerlerinde kişinin isminin yanı sıra adresinin de bilinmesinin gerekli olduğuna dair ifade için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Beta Yay., 2008, s. 308. Suç işlemiş olmasına rağmen kaçmayan kişinin, kimliği de belli ise herkes tarafından yakalanamayacağına dair ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 18.

⁶²-Durmuş Tezcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı**, s. 110. Suçüstü halinde yakalama yapılabilmesi için tamamlanmış yahut teşebbüs aşamasına gelmiş bir suç bulunmalıdır. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 10.

⁶³- Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 368.

⁶⁴-Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, İstanbul, Vedat Yay., 2005, s. 107.

⁶⁵-Örneğin somut olayda suç teşkil eden bir eylem olmamasına rağmen yakalama işlemini gerçekleştiren sivil şahıs, özel hukuk bağlamında haksız fiilinden dolayı sorumlu tutulabilecektir.

⁶⁶-Öte yandan herkese yakalama yetkisini tanıyan devletin bu husustaki sorumluluğu da üstlendiğine, ayrıca tazminat istenebilmesi bakımından işlemi gerçekleştiren kişiler bakımından kanunda bir ayırım öngörülmediğine ilişkin ifade için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 82.

“Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri⁶⁷ düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde⁶⁸; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.”

Görüldüğü üzere kolluk, şüphelenilen kişi hakkında ancak kuvvetli suç şüphesi olduğu anda; karar veya emrin beklenmesi durumunda gecikmede tehlike meydana gelecek ise; savcı veya kolluk amirine derhal başvuru imkânının olmadığı durumlarda yakalama işlemini gerçekleştirebilecektir⁶⁹. Böylelikle sözgelimi kolluk, savcıya veya amirine başvurma olanağı varken CMK md. 90/2 bağlamında yakalama işlemini gerçekleştirmişse söz konusu işlem kanuna aykırı olacağından tazminat istemi gündeme gelebilecektir.

CMK md. 90/1 gereği herkesçe yahut md. 90/2 gereği kollukça doğrudan yapılan yakalamalar sonrası CMK md. 95 hükmü gereği kolluk, yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek emri doğrultusunda işlem yapılacaktır⁷⁰.

⁶⁷-Yakalama emri ve nedenleri başlıklı “CMK md. 98 uyarınca: **(1)** Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. **(2)** 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 düzenleyebilirler. **(3)** Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir. **(4)** Yakalama emrinde, kişinin açık eşkâli, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir.” Yakalama emrinin 1412 sayılı CMK'deki giyabi tutuklamanın karşılığı olduğuna dair ifade için bkz. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkeper, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 370. Tutuklamanın şartlarının ağırlığı göz önünde tutulduğunda yakalama emrinin düzenlenebilmesi için de kuvvetli suç şüphesini gösteren olguların şart kılınmasının gerekli olduğuna dair ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler”, (Çevrimiçi)<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>, 30 Mayıs 2011.

⁶⁸-YGİY md. 4'te gecikmesinde sakınca bulunan hal: “Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimâlinin ortaya çıkması hâli” olarak tanımlanmaktadır. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için yetkili makama başvurulup tedbirin karar alındıktan sonra uygulanması halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulansa bile beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır. (YCGK, 2009/160 E.,2009/264 K., 17.11.2009 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 17.11.2009.

⁶⁹-İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, C. 1 (md. 1-202), Malkoç Yay., 2008, s. 443.

⁷⁰-25.05.2005 tarihli 5353 sayılı Kanun md. 7 uyarınca gerçekleştirilen bu değişiklikten önce yakalanan kişinin düzenlenen soruşturma evrakı ile birlikte hemen Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi öngörülmüştü. Değişikliğin gerekçesi, savcı sayısındaki azlık ve kırsal kesimlerdeki

Yine PYSK md. 13/A hükmü uyarınca:

“Polis, suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri, yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.”

Yakalama yetkisinin kötüye kullanılmaması ve usul hükümlerine uygun davranılıp davranılmadığının denetlenmesi⁷¹ amacıyla CMK md. 97 düzenlemesiyle beraber yakalama tutanağının oluşturulması şart kılınmıştır⁷². Hükme göre:

“(1) Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı⁷³ açıkça yazılır.”

Görüldüğü üzere kolluk görevlileri, yakalamaya dair işlemlerin ne şekilde gerçekleştirildiğini tutanakta ayrıntılı olarak belirleyeceklerinden bu tutanak, daha sonra yakalama işleminin hukuka aykırı şekilde gerçekleştirildiği yönünde oluşabilecek iddialara karşı bir delil olarak kullanılabilir. Öte yandan devletin ödediği tazminat dolayısıyla CMK md. 143/2 bağlamında gerçekleştirilecek rücu işlemi için yakalama tutanağında imzası bulunan kamu görevlileri muhatap alınacaktır⁷⁴.

Kolluğun yetkisi yakalama işlemini uygulamaktan ve işlem ile ilgili belgeleri hazırlamaktan ibarettir. Dolayısıyla kolluk kendiliğinden delil toplama faaliyetlerine girişemez⁷⁵. Kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte orantılılık ilkesi gereğince CMK md 100/4’te düzenlenen tutuklama yasağı hallerinde yakalamanın da evleviyetle mümkün olmaması gerekliliği, benzer şekilde kabahat niteliğindeki

güçlükler olmuştur. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, Ankara, Adalet Yay., 2010, s. 19.

⁷¹-Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 384.

⁷²-YGY md. 6 gereği bu tutanağın bir sureti, yakalanan kişiye verilecektir.

⁷³-CMK’de öngörülen hakların tamamının açıkça belirtilerek ve sayılarak yakalama tutanağına geçirilmesi gerekli olup sadece hakları hatırlatıldı şeklinde ibarenin tutanağına geçirilmesi yeterli olmayacaktır. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 478.

⁷⁴- İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 452.

⁷⁵-Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 369.

eylemlerden dolayı da yakalama koruma tedbirinin uygulanmaması gerekliliği doktrinde vurgulanmaktadır⁷⁶. YGİY md. 19-(a) hükmü uyarınca fiili işlediği tarihte on iki yaşını doldurmamış olanlar ile on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler hakkında yakalama işlemi uygulanamayacaktır. Tabii ki kimlik tespiti için yakalama yapılabilmesi mümkün olup bu kişiler kimlik tespitinden hemen sonra serbest bırakılırlar.

TCK bağlamında bazı suçların soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete tabi kılınmıştır. Normal şartlarda şikâyete bağlı suçlarda şikâyet olmadıkça muhakeme faaliyetlerinin yürütülmesi mümkün olmamasına rağmen,

CMK md. 90/3 hükmü uyarınca istisnaen:

“Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir.” şeklinde ilke benimsenmiştir⁷⁷.

Yakalama tedbirinin acil niteliği ön planda olduğundan bu tedbir, yer ve zaman sınırlamasına tabi tutulmamıştır. Evin içindeki yakalamanın ise aramaya ilişkin kurallara tabi olduğu ise hatırdan çıkarılmamalıdır⁷⁸.

Bazı kişiler ise haiz oldukları konumları gereği ceza muhakemesi işlemlerinden kural olarak bağışık tutulmuştur. Öyle ki 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi md. 29 gereği diplomatik dokunulmazlığı olanlar, görevli oldukları ülkede hiçbir nedenle gözaltına alınamaz, tutuklanamaz, bu kişilerin üzerleri aranamaz. Anayasamızın yasama dokunulmazlığını düzenleyen 83. maddesi uyarınca ise ağır cezayı gerektiren suçüstü durumlar ile soruşturmasına seçimden önce

⁷⁶-Hakan Hakeri, Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku (Temel Bilgiler)**, s. 149. Aynı yöndeki ifade için bkz. Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 115.

⁷⁷-Görüldüğü üzere soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olan eylemle ilgili olarak suçüstü olmayan hallerde yakalama işleminin uygulanabilmesi için şikâyetle bulunulması şarttır. Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 160. Bununla beraber hangi suçların şikâyete tabi olup olmadığını herkesin bilmesi mümkün olmadığından, hiç olmazsa herkesçe uygulanabilen yakalama durumlarında kişinin resmi makamlara teslim edilmesine kadar geçen süre için şikâyet şartının aranması gerektiği yönündeki isabetli ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 15-16.

⁷⁸- Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 23.

başlanmış olması kaydıyla Anayasa md. 14'teki durumlar istisna olmak üzere milletvekilleri, seçimden önce veya sonra işledikleri iddia olunan suç nedeniyle yakalanamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz, yargılanamaz.

Hukuka aykırı olarak yakalama TCK md. 109 bağlamında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmasına sebebiyet verebileceği gibi usul kurallarına uymama veya keyfi adli işlemler nedeniyle, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında⁷⁹ yakalanan kişiler, uğradığı maddi ve manevi zararlarının giderilmesini devletten isteyebilirler⁸⁰.

3.4.1.1.2. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklama

Tutuklama ile ilgili olarak doktrinde birçok tanımlama mevcutsa da tüm tanımlar açısından ortak olan husus, kişi özgürlüğünün, kanunlarda öngörülen koşullar altında hâkim kararıyla belli bir süre ve şüphelinin ya da sanığın rızası dışında sınırlandırılmasıdır⁸¹.

İçtihadi bakımdan ise tutuklama;

“tutuklama, ceza yargılamasının güvenli yürütmesini ve amacına erişmesini sağlamaya yönelik ve yargılama hukuku açısından zorunlu olan hallerde hâkim tarafından verilen yargılama önlemidir. Koruma önlemi olduğu kadar kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir nitelik de taşımaktadır” şeklinde ifade edilmiştir⁸².

Kişi özgürlüğü ile ilgili olan tutuklama hususunda keyfi uygulamaların önüne geçme ve tutuklamayı sınırlandırma için insanlık tarihi boyunca arayış içinde

⁷⁹-Soruşturmanın başlamasından kesin hükme kadarki aşamada ne zaman yakalama işleminin gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur. Kanuna aykırı yakalama halinde her halükarda tazminat nedeni gerçekleşmiş olacaktır. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 81.

⁸⁰- Handan Yokuş Sevük, “5271 Sayılı CMK’da koruma tedbiri olarak Yakalama ve Gözaltı”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., Mart 2005, s. 70.

⁸¹- Çeşitli tanımlamalar için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 158-159. Ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde tutuklamanın tanımının yapılmadığına, genel esaslar ve olması gereken hususların belirtilmesi ile yetinildiğine ilişkin ifade için bkz. Ahmet Altınay, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama** (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 38.

⁸²-(YCGK, 2004/8-30 E., 2004/49 K., 24.02.2004 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 11.06.2011.

olunmuş; belli başlı devrim bildirgelerinde kişi güvenliği ilkesi ön plana çıkarılarak keyfi tutuklama ve cezalandırılmanın önüne geçilmeye çalışılmıştır⁸³.

Ceza muhakemesinin yapılabilmesi için sanığın kaçmasını veya delillerin karartılmasını önlemek veya muhtemel bir mahkûmiyet hükmünün infazının sağlanabilmesi⁸⁴ tutuklama koruma tedbirinin amacını oluşturmaktadır. Tutuklama koruma tedbirinin, cezalandırmak⁸⁵, ibret vererek suç işlenmesini önlemek, halkın veya mağdur tarafın adalet duygularını tatmin ederek öfkesini yatıştırmak, kamu düzenini korumak, suçlara son vermek, suçların yinelenmesini engellemek gibi amaçlar uğruna kullanılması tedbirin amaç dışı ve hukuka aykırı olarak uygulandığını gösterir⁸⁶. Maalesef yerleşmiş adli uygulamada tamamen sosyal sebeplerle dahi tutuklama kararı verilebilmektedir⁸⁷.

Anayasa md. 19, AİHS md. 5, BM/ İHEB md. 9, CMK md. 100 vd. özgürlük ve kişi güvenliğini teminat altına alan, tutuklamanın keyfiliğini önleyen temel düzenlemelerdir.

Aşağıdaki alt başlıklarda hukuka ve kanuna uygun tutuklama kararının kim tarafından, hangi koşullarda, ne kadar süreliğine verilebileceği gibi hususlar irdelenmiştir. Dolayısıyla bu hususlara aykırı uygulamalar, CMK md. 141/1-a bağlamında tazminat sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

⁸³- Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 326. Yine aynı yönde ifadeler için bkz. Mustafa Avcı, “Yeni düzenlemelere göre Tutuklama”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., Mart 2005, s. 74.

⁸⁴- Fatih Selami Mahmutoglu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 159. Aynı yönde ifade için bkz. Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 402.

⁸⁵-Modern ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu; suçlu olduğu henüz kesin olarak belli olmayan kişinin cezalandırılmasının söz konusu olamayacağı yönündeki ifade için bkz. Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 5. Yargı sistemimizde tutuklamanın bir tedbir olduğu kadar yeri geldiğinde kanunun lafzına ve ruhuna aykırı surette maalesef ceza gibi de uygulandığına ilişkin eleştirel ifadeler için bkz. Somay Tümerkan, “Ceza yargılamamızın uygulama açısından değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1998, s. 378.

⁸⁶- Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 27. Aynı doğrultuda ifadeler için bkz. Nur Centel, **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, s. 852. (22 nolu dipnot)

⁸⁷- Sulhi Dönmezer, “Haksız Tutuklamada Tazminat”, **Tercüman Gazetesi**, 7 Aralık 1987.

3.4.1.1.2.1. Tutuklama Kararını Verme Yetkisi

Tutuklama, çok ağır etkileri olan bir koruma tedbiri olduğundan⁸⁸ Anayasa md. 19/3 ve CMK md. 101’de tutuklamaya sadece hâkim tarafından karar verilebileceği düzenlenmiştir. Tutuklama kararını vermeye yetkili olan makam, soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi; kovuşturma aşamasında ise mahkeme heyetidir. CMK md. 250 maddesi kapsamındaki suçlar bakımından ise kovuşturma aşamasında herhangi bir farklılık olmamakla birlikte soruşturma aşamasında CMK md. 251/2 gereğince varsa özel görevli ağır ceza mahkemesi üyesi tutuklama kararı verebilecektir.

Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanabilmesi için Cumhuriyet savcısının tutuklama istemi şart iken⁸⁹; kovuşturma aşamasında mahkeme heyeti savcılık isteminin yanı sıra re’sen de tutukluluğa karar verebilmektedir⁹⁰. Nihayetinde tutuklama, kişi özgürlüğünü suçluluk sabit olmadan önce en ağır biçimde sınırlandırır; bu sebeple tutuklama kararını hâkimin vermesinin bir istisnası yoktur. Bu yetkinin bağımsız hâkimlere verilmesi tutuklamanın, siyasi iktidarın aleti haline getirilmesine engel olma açısından önemli teminattır. Bağımsız olmayan Cumhuriyet savcısına tutuklama kararı verme yetkisinin tanınmaması bu açıdan isabetli olmuştur⁹¹.

Türk hukukunda, hâkimin tutuklama kararı vermeye mecbur olduğu hiçbir hal yoktur⁹². Hâkim, kanuni tutuklama şartlarının gerçekleştiği durumlarda bile

⁸⁸-Beden üzerinde fiziki hürriyet sağlanmadıkça kişinin iç huzura kavuşmasına ve birçok hürriyetin fiilen gerçekleşmesine imkan yoktur. M. Muhtar Çağlayan, “Tevkif (Tutma) üzerine inceleme”, **Adalet Dergisi**, C. 67, S. 5-6, Eylül-Aralık 1976, s. 400.

⁸⁹-Çok istisnai bir durum olarak sulh ceza hakimi, CMK md. 163 bağlamında soruşturmayı bizzat yapıyorsa tutuklama kararını da re’sen verebilir.

⁹⁰-Talepsiz karar olamayacağı ilkesinden hareketle mahkemenin re’sen karar verebilmesini uygun bulmayan görüş için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 124.

⁹¹- Ayşe Nuhoğlu, “Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 yılı**, s. 183.

⁹²-Sistemimizin kanunilik ilkesine ve ihtiyarilik esasına dayandığına ve bu durumun hukuk devleti ilkesi ile bağdaşan adil bir çözüm getirdiğine ilişkin ifade için bkz. Ahmet Altınay, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, s. 44-45. Tutuklamanın ihtiyarılığı, tutuklamama hususunda da geçerlidir. Nitekim terörle mücadelede görev alan personelin görev ifası sırasında işlediği iddia edilen suçlardan dolayı tutuklamama mecburiyeti getiren Terörle Mücadele Kanunu’nun 15. maddesi,

tutuklama kararı verip vermemekte tamamen özgürdür⁹³. Kural, sanığın tutuklanmamasıdır. İstisna ise suçluluğu hakkında kuvvetli suç şüphesi uyandıran olgular bulunan kişinin, kaçma şüphesi veya delilleri karartma tehlikesi varsa ölçülülük dâhilinde tutuklanabilmesidir. Hâkim veya mahkemenin tutuklama hususunda takdir hakkı şüphesiz yazılı hukuk kurallarıyla, hak ve adalet duygusuyla sınırlıdır⁹⁴. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 09.05.1985 tarihli tavsiye kararına göre de tutuklamanın istisnai tedbir olarak kabul edilmesi, hiçbir zaman mecburi olmaması, ceza gayesi ile kullanılmaması gerekmektedir⁹⁵.

Tutuklama kararı verilebilmesi için şayet aranıyorsa izin, şikâyet gibi ceza muhakemesi şartları da gerçekleşmiş olmalıdır. CMK md. 246 hükmü uyarınca gaip⁹⁶ sanığın duruşmaya katılımının sağlanması amacıyla⁹⁷ tutuklanmayacağına dair güvence belgesi verilmişse tutuklama kararının verilebilmesi için sanığın hapis cezasıyla mahkûm olması veya kaçma hazırlığında bulunması ya da güvence belgesinin şartlarına uyulmaması ile güvence belgesinin hükümsüz kalması gerekmektedir⁹⁸.

Tutuklama kararı kural olarak vicahi verilirken CMK md. 248/5 uyarınca istisnaen kaçaklar⁹⁹ hakkında giyaben de tutuklama kararı verilebilmesi

Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın 2 ve 10. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. (Anayasa Mahkemesi, 1991/18 E., 1992/20 K., 31.03.1992 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 11.06.2011. Nitekim gereksiz uygulanan tutuklama tedbirinin kişi hak ve özgürlükleri üzerinde ağır tahribatlara yol açtığı, tutuklamanın uygulanması gerektiği halde uygulanmaması durumunda ise maddi gerçeğin ortaya çıkmasının engellenebileceğine ilişkin ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 74.

⁹³-Tutuklamanın gerçekten zorunlu olup olmadığını araştıran hakim, ihtiyarilik kuralı gereği iradesini her zaman için tutuklamama yönünde kullanabilecektir. M. Muhtar Çağlayan, **Adalet Dergisi**, s. 404.

⁹⁴- Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 335

⁹⁵-Fatih Selami Mahmutoğlu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, s. 164. Yine aynı yönde ifadeler için bkz. Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 176.

⁹⁶-CMK md. 246 hükmü, CMK md. 248/7 hükmünün atfıyla kaçaklar hakkında uygulanabilmektedir.

⁹⁷-Öyle ki CMK md. 248/5'te düzenlenen yabancı ülkede bulunan kaçak sanıklar hakkında verilebilen tutuklama kararları hariç olmak üzere artık ceza muhakemesi sistemimizde giyabi tutuklama kararı verilememektedir. Hâkim veya mahkeme kural olarak ancak huzuruna gelmiş kişiler hakkında, vicahen tutuklama kararı verebilmektedir. Giyabi tutuklama müessesesinin yerini ise CMK md. 98'de düzenlenen yakalama emri düzenleme yetkisi almıştır.

⁹⁸- Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 179.

⁹⁹-CMK md. 247/1: "*Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir.*"

mümkündür¹⁰⁰. AİHM'nin kişi dinlenmeden hatta hiç görülmeden tutuklama kararı verilmesi ve uzun süreli tutukluluk durumunun sürmesini AİHS'nin ihlali olarak değerlendirmesinden dolayı kural olarak gıyabi tutuklama kararı verilememektedir¹⁰¹. Yani yeni usulde, tutukluluk kararının verilmesi, suç şüphesi altındaki kişi ile avukatının hâkim yahut mahkeme önünde hazır bulunmasına bağlıdır¹⁰².

3.4.1.1.2.2. Kuvvetli Suç Şüphesi Şartı ve Tutuklama Nedeninin Bulunması Zorunluluğu

CMK md. 100/1, şüpheli veya sanık hakkında kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların varlığını¹⁰³ **ve** tutuklama nedeninin bulunmasını tutuklama kararının verilebilmesi için şart koşturmuştur.

Dolayısıyla suçluluğu gösteren kuvvetli delillerin bulunmadığı bir durumda, suç failinin kaçma şüphesi ya da delilleri karartma riski nedeniyle tutuklanması hukuka aykırı olur¹⁰⁴. Kuvvetli şüphe, suçun işlendiğine veya en azından işlenmesine teşebbüs edildiğine dair güçlü kanaat uyandıran izler ve somut delillerin varlığı durumunda söz konusu olabilmektedir¹⁰⁵. Hâkim, kuvvetli suç şüphesine dayanırken

¹⁰⁰-5320 Sayılı Kanun md. 5/2, CMK md. 248/5 hükmünün sadece yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında uygulanacağını belirtmiştir. 5320 Sayılı Kanun md. 5/2 hükmünün, CMK md. 248/5'e ilave edilmesinin karışıklığı önlemek bakımından uygun olacağına dair isabetli ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler", (Çevrimiçi)<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>, 30 Mayıs 2011.

¹⁰¹- Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 73. 1412 sayılı CMUK döneminde önce tutuklama kararı veriliyor daha sonra yakalama müzekkeresi ile sanık yakalanıyordu. Hâlihazırdaki uygulama uyarınca ise yakalama emri üzerine şüpheli veya sanık yakalanacak ve şartları mevcutsa ardından tutuklama kararı verilecektir. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 14.

¹⁰²-Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 397. CMK md. 101/3 gereği sorguda müdafinin bulunması zorunlu hale getirilmiştir.

¹⁰³-Kamu davası açılması için CMK md. 170 gereği "yeterli şüphe" aranırken tutuklama için "kuvvetli şüphe" aranması, kovuşturma aşamasına geçilmesi sebeplerinin her zaman için tutuklamaya karar verebilmek için yeterli olmayacağı yönündeki isabetli ifade için bkz. Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 179. Ayrıca kuvvetli suç şüphesini gösteren olgular ibaresinin kuvvetli delil olarak algılanmasının amaca uygun düşeceği yönündeki ifade için bkz. Erdener Yurtcan, **Ceza Avukatının El Kitabı**, 10. bs., İstanbul Barosu Yay., 2009, s. 89.

¹⁰⁴-Erdener Yurtcan, **Ceza Avukatının El Kitabı**, s. 89.

¹⁰⁵-Suç üstü halinin kuvvetli şüphe durumuna verilebilecek en güzel örnek olduğuna dair ifade için bkz. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 85.

somut olgulara göre hayatın olağan akışına uygun mantıksal yorumda bulunmalıdır¹⁰⁶. Yargılama sonunda sanığın mahkûm olması kuvvetle muhtemel olmalıdır¹⁰⁷. AİHS'ye göre ise tutuklama için objektif bir gözlemciyi iknaya yetecek olgu ve bilgilerin mevcut olması hali, yani makul şüphe yeterlidir. Öyle ki şüphenin kamu davasını açmayı gerektirecek bir yoğunluğa ulaşması (yeterli şüphe) dahi aranmamaktadır. CMK md. 100, AİHS 5/1-c ye nazaran daha yoğun bir şüpheyi şart koşturmaktadır¹⁰⁸. Kuvvetli şüphe kıstasının aranmasının suç şüphesi altındaki kişinin lehine olduğu ise açıktır.

Öte yandan Anayasa md. 19'da tutuklama için öngörülen *kuvvetli belirti* koşulu ile CMK md. 100'deki *kuvvetli suç şüphesi* kıstası birbiriyle ciddi ölçüde çelişmekte olduğu, Anayasa hükmü paralelinde CMK md. 100'ün değiştirilmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁹.

Suç işlediği yolunda kuvvetli şüphe bulunan şüpheli veya sanık, ancak AİHS, Anayasa ve CMK'de gösterilen tutuklama nedenlerinin en az birinin bulunması halinde tutuklanabilir.

Tutuklama koşullarına aykırı davranıldığı takdirde tutuklama koruma tedbiri adeta öne alınmış bir ceza olacak ve uygulama gerek Anayasa gerekse AİHS ile güvence altına alınan *masumiyet karinesine* de aykırı olacaktır¹¹⁰.

Tutuklama nedenleri, CMK md. 100/2'de kaçma, saklanma, delilleri yok etme, gizleme, değiştirme veya tanık, mağdur yahut başkaları üzerinde baskı kurma girişiminde bulunulması hususlarında kuvvetli şüphe sebepleri bulunması durumunda

¹⁰⁶-Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 72.

¹⁰⁷-Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 221.

¹⁰⁸- Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 406.

¹⁰⁹- Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 11. Aynı doğrultuda görüş için bkz. Muammer Aydın, "Açılış Konuşması", **Tutuklama ve Makul Süre**, İstanbul Barosu Yay., 2009, s. 12. Öte yandan tutuklama tedbirinin uygulanması için kuvvetli suç şüphesini gösteren olguların varlığını şart kılan CMK md. 100 hükmü, kanaatimce tutuklama için somut olgunun aranması dolayısıyla özgürlükler lehine olduğundan herhangi bir değişikliğe ihtiyaç göstermemektedir. Nitekim CMK md. 100 hükmünün güvenceli olduğuna ilişkin ifade için bkz. Bilal Çalışkan, "AİHM'ye Göre Tutuklama", **Adalet Dergisi**, S. 37, Mayıs 2010, s. 6.

¹¹⁰-Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 411. Masumiyet karinesi göz önüne alındığında tutuklama koruma tedbirine cezalandırma amacıyla başvurulamayacağının açıkça anlaşılacağı yönünde ifade için bkz. Ayşe Nuhoglu, "Koruma tedbiri olarak tutuklama", **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 177.

varsayılabilir¹¹¹. Görüldüğü üzere tutuklama sebepleri ile ilgili olarak da mutlak düzenlemelere yer vermekten kaçınılarak hâkimin takdirini ön plana çıkaran¹¹² ihtiyari hükümler sevk edilmiştir.

CMK md. 100/3, belli ağırlığı olan suçların¹¹³ (katalog suçlar) sayılması suretiyle söz konusu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde tutuklama nedeninin varsayılabileceğini düzenlemektedir. Bu husus, tutuklama sebeplerinin bulunması zorunluluğunun istisnası olarak değerlendirilmektedir. Bu istisna uyarınca CMK md. 100/3'ün vurguladığı suçlarda kaçma veya delilleri karartma şüphesinin olup olmadığının artık bir önemi kalmayacaktır¹¹⁴. Buna rağmen AİHM'nin Yağcı-Sargın/Türkiye ve Mansur/Türkiye kararlarında bir suçun salt ceza kanunlarındaki ağırlığına dayanarak tutuklama yapılamayacağı ayrıca kaçma ve delilleri karartma şüphelerinin aranması gerektiği vurgulanmaktadır¹¹⁵. Gerçekten de katalog suçların ihdası ile tutuklama nedenlerinin varsayılabileceği yönünde kanuni karine getirilmesi, tutuklama kararı verecek makam üzerinde zımni bir manevi baskı oluşturabileceğinden¹¹⁶ CMK md. 100/3'ün AİHS md. 5'e aykırı olduğu söylenebilecektir. Öte yandan her türlü

¹¹¹-"Aşağıdaki haller tutuklama nedenleridir" veya "tutuklama nedenleri şunlardır" şeklinde ifade kullanılmasının gerektiği, mevcut düzenlemeyle tutuklama nedenlerinin yasal karineler olduğu yönünde izlenim uyandırıldığı yönünde ifade için bkz. Nur Centel, **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, s. 857. CMUK döneminde ağır cezalı suçlar için kaçma şüphesinin bulunduğu kabul edilmesinin hatalı olduğuna, bu hükmün tutuklamayı mecbur kılmadığına, hâkimin takdir yetkisi olduğuna ilişkin ifade için bkz. Nurullah Kunter, "Haksız Yere Tevkif Edilmiş Olanlara Tazminat Verilmeli Mi ?", **Cumhuriyet Gazetesi**, 20 Ocak 1956.

¹¹²- Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuk'u**, s. 329..

¹¹³-Söz konusu suçların belli ağırlığı olduğu yönünde yorum yapılabilse de mesela hırsızlık suçunun katalogta yer alıp da dolandırıcılık yahut nitelikli dolandırıcılık suçlarının niçin yer almadığı sorgulanmalıdır. Katalog suçların ihdas ediliş amaçlarının ne olduğu tam manasıyla açıklanamadığı gibi, hâkimlerin katalog suçlarla ilgili olaylarda tutuklamaya daha meyilli olmaları dolayısıyla katalog suçların vaaz edilişindeki isabetsizlik anlaşılmaktadır. Uygulamanın Anayasa'dan güç alarak tutuklamanın ihtiyarılığı ilkesini hayata geçirmesi yönündeki temenni için bkz. Erdener Yurtcan, **Ceza Avukatının El Kitabı**, s. 88. Uygulamada CMK md. 100/3 bağlamında direkt tutuklama kararı verilmemesi, bu durumlarda da tutuklamanın ana koşullarının aranması yönündeki temenni için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 122.

¹¹⁴-Mustafa Avcı, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, s. 78. CMUK döneminde ise md. 104 gereği suç için kanunda öngörülen cezanın üst sınırının 7 yıldan fazla olması veya sanığın ikametgâhının belli olmaması ya da sanığın kim olduğunu ispat edememesi durumlarında tutuklama nedenleri kanuni karine gereği varsayılabilmektedir.

¹¹⁵-Naim Karakaya, **Soruşturma (CMK) Cep Kitapları -9-**, İstanbul Barosu Yay., 2006, s. 83. Nitekim katalog suçların söz konusu olduğu durumlarda da klişe gerekçeler göstermek yerine tutuklamanın hukuki ve fiili gerekçelerinin açıkça gösterilmesi gerektiği yönündeki isabetli fikir için bkz. Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 191.

¹¹⁶-Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 74.

mahkeme kararların gerekçeli olması zorunluluğunun anayasal hüküm olduğu göz önünde tutulduğunda gerekçesizliğe sevk eden CMK md. 100/3'ün anayasaya aykırılığı da anlaşılabacaktır¹¹⁷.

Peki, kaçma şüphesi ve delilleri karartma şüphesi ne zaman oluşacaktır? CMK md. 100/2-a'da düzenlenen kaçma şüphesinin tespitinde karakter, ahlaki durum, ev, iş, malvarlığı, aile bağları vs. unsurlar dikkate alınacaktır. Salt ağır bir cezaya mahkûm edilme ihtimali ve delillerin sağlamlığı, terör örgütüne üye olma¹¹⁸ gibi sebepler kaçma şüphesine belirti teşkil etse de tek başına kaçma şüphesine temel oluşturamayacaktır¹¹⁹. Ancak ilgilinin yabancı bir ülkede ailevi ve maddi bağlantıları varsa bu husus kaçma şüphesinin varlığının kabulü için yeterli addedilmektedir¹²⁰. Öte yandan sıkı ailevi ve mesleki ilişkiler, fazla yaş büyüklüğü, sağlık sorunları, düzenli bir iş sahibi olunması gibi hususlar ise kaçma şüphesinin bulunmadığı¹²¹ sonucuna delalet eder. Tek başına tahmin, varsayım, beklenti kaçma şüphesinin bulunduğu dair dayanak teşkil etmemekte¹²², somut birtakım olguların varlığı¹²³ aranmaktadır.

CMK md. 100/2-b'de yer alan bir diğer tutuklama nedeni olarak delilleri karartma tehlikesinin olup olmadığının saptanmasında ise şüpheli veya sanığın deliller üzerinde etkide bulunacağı ve bu yolla maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını

¹¹⁷- Metin Feyzioğlu, "Dosyayı İnceleme Hakkı", **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 135-136.

¹¹⁸-Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 406.

¹¹⁹- İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 487. Öte yandan mahsup müessesesinden bahisle tutukluluk uzadıkça kaçma tehlikesinin azalacağının gözden uzak tutulmaması gerekliliğine ilişkin isabetli ifade için bkz. Gökhan Karaburun, "AIHS'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine İlişkin 5. Maddenin İncelenmesi", (Çevrimiçi)<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde5.htm> (162. zip), 31 Temmuz 2011.

¹²⁰-Ayşe Nuhoglu, "Koruma tedbiri olarak tutuklama", **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 180. Kaçmanın, şüpheli veya sanığın sadece uzak bir yere veya yabancı bir ülkeye gitmesi demek olmayıp yakalanmamak için izini kaybettirmeye, saklanmaya yönelik olarak belli olan yerini değiştirmenin de kaçma kapsamında düşünülmesi gerekliliği yönündeki ifade için bkz. M. Muhtar Çağlayan, **Adalet Dergisi**, s. 404-405.

¹²¹-Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 407.

¹²²-Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 407.

¹²³-Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 222. Somut olgular değerlendirilirken suç şüphesi altındaki kişiye atfedilen suçun vasfı ve mahiyeti, şüpheli veya sanığın kişiliği, yaşam şartları, eylemden önceki yaşamı ile suç işlendikten sonraki davranışlarının dikkate alınması gerekliliğine ilişkin ifade için bkz. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 38.

güçleştireceğini gösteren bazı davranışları somut biçimde sergileyip sergilemediği hususu önemlidir¹²⁴. Delil olarak niteliği bulunmayan ve olayla ilgisiz şeyleri etkileme, delilleri etkileme kapsamına girmez. Olayın aydınlandığı, delillerin güvence altına alındığı veya delillerin zaten karartıldığı durumlarda karartma tehlikesi bulunmadığından tutuklama koruma tedbirinin uygulanması cihetine gidilemeyecektir¹²⁵. Nihayetinde deliller toplanıp muhafaza altına alındıktan sonra da delilleri karartma tehlikesi sebebiyle ilgilinin tutukluluk halinin sürmesi hukuka aykırı olacaktır¹²⁶.

3.4.1.1.2.3. Tutuklamada Ölçülülük

Birey hak ve özgürlükleri her ne kadar ceza muhakemesi amacı ile sınırlandırılabilir ise de getirilen bu sınırlamalar Anayasa md. 13 uyarınca ölçülülük ilkesine¹²⁷ aykırı olamaz¹²⁸. Tutuklamada ölçülülük ilkesinin kanunda açıkça yer alması son derece önemli bir gelişmedir¹²⁹. Öyle ki CMK md. 100/1 gereği işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmalıdır. Yani başvuru önlemin ağırlığı, isnat edilen fiilin ağırlığı ve eylem nedeniyle verilecek olan ceza ile orantılı olmalıdır.

CMK md. 100/4 uyarınca sadece adli para cezasını gerektiren veya kanundaki soyut hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlar¹³⁰ hakkında tutuklama

¹²⁴-Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 407. Sözgelimi sahte delil hazırlanmasının delilleri karartma bağlamında değerlendirildiğine ilişkin ifade için bkz. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 39.

¹²⁵-Mustafa Avcı, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, s. 78.

Aynı yönde ifade için bkz. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 223.

¹²⁶-Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 223.

¹²⁷-Ölçülülük, araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olması demektir. Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 305.

¹²⁸-Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin Yay., 2005, s. 316.

¹²⁹-Fatih Selami Mahmutoglu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, s. 167.

¹³⁰-5353 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki metinde üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlar hakkında tutuklama kararı verilemeyeceği düzenlenmiş idi. Hakkaniyetin gereği olarak üst sınır olarak iki yıla kadar olan hapis cezasını gerektiren suç soruşturmaları veya kovuşturmalarında tutuklamayı yasaklayan önceki düzenlemenin yerinde olduğuna dair ifade için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 123. İşlenen suçun ağırlığının özgürlüklerin kısıtlanmasında gösterge olabileceğine, dolayısıyla tutuklamaya ilişkin üst sınırı iki yıl olarak tayin eden düzenlemenin yerinde olduğuna, hapis cezasının ertelenmesi sınırı arttırılırken, tutukluluğu gerektirecek suçun üst sınırını

kararı verilemeyecektir. Sözelimi bir yıldan az cezayı gerektiren suç soruşturması veya kovuşturması esnasında tutuklanan kimse CMK md. 141/1-a kapsamında tazminat talep edebilecektir. Tutuklama yasağı bulunan hallerde yakalama işlemi de uygulanmamalıdır¹³¹.

Çocuk Koruma Kanunu¹³² md. 21 uyarınca ise onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilmesi yasaktır.

Ölçülülük ilkesi gereğince kişi özgürlüğü bakımından daha az etkileri olan adli kontrol tedbir¹³³ ile aynı sonucu elde etmenin mümkün olduğu hallerde kişi özgürlüğüne daha ağır bir müdahaleyi sonuçlayan tutuklamaya başvurmamak gerekmektedir¹³⁴. Adli kontrol, tutuklamanın alternatifi olan bir kurumdur¹³⁵. Adli kontrole karar verilebilmesi için hem CMK md. 100'de belirtilen tutuklama nedenlerinden birinin bulunması gerekir hem de kural olarak¹³⁶ isnat edilen suç için kanunda öngörülen hapis cezasının üst sınırı üç yıl veya daha az olmalıdır.

Üç yıllık süre sınırı ihdas edilmesi, adli kontrolün tutuklamaya alternatif olması özelliğiyle bağdaşmamaktadır. Üst sınırı üç yıldan fazla hapis cezasını öngören suçlarda --109/3-a ve f bentleri bir yana bırakılırsa—adli kontrole karar verilememesi düzenlemenin ruhuyla çelişmektedir. Adli kontrol tedbirlerinin uygulanması yerine

azaltmayı bir çelişkinin ifadesi olarak yorumlayan görüş için bkz. Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta Yay., 2009, s. 168.

¹³¹-Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 115.

¹³²-15.07.2005 tarihli 25876 sayılı RG'de yayımlanan 5395 sayılı kanun.

¹³³-Adli kontrolün de ceza muhakemesinde bir koruma tedbir türü olduğu ve tutuklamanın ağır sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla ihdas edildiği yönündeki ifade için bkz. Erdener Yurtcan, **Ceza Avukatının El Kitabı**, s. 89. CMK md. 109 gerekçesinde adli koruma tedbir, kişinin özgürlüğünden yoksun kılınmadan gözetleme ve denetlemeyi mümkün kılan tedbirler olarak açıklanmıştır. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 313. Adli kontrol tedbir, özgürlüğe dair bazı önemli kısıtlamalar getirmekle beraber tutuklama tedbir, özgürlüğün tamamen kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 127. Adli kontrol tedbir uygulamasıyla kişinin kaçma riski azaltılırken hürriyetten tümü ile yoksun bırakılmanın zararlarının da ortadan kalkmış olacağına, böylelikle tutukluluk uygulamasının istisnai hale geleceğine dair CMK md. 109 gerekçesi için bkz. Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 180.

¹³⁴-Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 233. Yine aynı yönde ifadeler için bkz. Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 179.

¹³⁵-Nur Centel, **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, s. 841.

¹³⁶-CMK md. 109/4 uyarınca CMK md. 109/3-a'daki yurt dışına çıkma yasağı ve md. 109/3-f'deki güvence yatırma tedbirleri için kanuni üç yıllık azami sınır aranmayacaktır.

tutuklamaya sevk eden bu sonuç, kişi hürriyetleri aleyhine yorum olduğundan kabul edilemez¹³⁷.

CMK md. 101/1 uyarınca da Cumhuriyet savcısı tutuklama isteminde bulunurken adli kontrol tedbirinin yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenleri de isteminde sıralamalıdır. Yani aslolan öncelikle adli kontrol hükümlerinin devreye sokulmasıdır. Hâlbuki uygulamada CMK md. 109 şartları oluşmasına rağmen adli kontrolü tartışma gereği dahi duyulmadan tutuklama kararları verilmektedir¹³⁸. Öte yandan CMK md. 112 uyarınca adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun yetkili yargı merciince hemen tutuklama kararı verilebileceği yönündeki düzenleme¹³⁹, CMK md 100/4'ün tutuklama yasağı öngördüğü kuralın dolanılması¹⁴⁰ anlamına geleceğinden çelişki¹⁴¹ olarak değerlendirilmektedir. Çünkü böylelikle tutukluluğun uygulanabileceği alan hapis cezasının üst sınırı bir yıla kadarki suçları da kapsayacak biçimde iyice genişletilmiş olmaktadır¹⁴². CMK md. 100/1 düzenlemesi gereği de isabetli olarak, *“işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü”¹⁴³ olmaması halinde tutuklama kararı verilemez.*” Yani başvuru önlemin ağırlığı, sanığa yüklenen fiilin ağırlığı ve o eylem nedeni ile sanığa verilecek ceza ile orantılı olmalıdır.

¹³⁷ - Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 89. Bütün suçları kapsayacak şekilde adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasına dair düzenlemenin şart olduğuna dair ifade için bkz. Ahmet Altınay, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, s. 164. Nitekim adli kontrolün tutuklamaya tam bir alternatif oluşturabilmesi için üç yıllık azami süre sınırının kaldırılması gerekliliğine dair ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler”, (Çevrimiçi) <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>, 30 Mayıs 2011.

¹³⁸ - Güçlü Sevimli, “Kuvvetli Suç Şüphesi Gölgesindeki Tutuklama”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 83, S. 1, 2009, s. 193.

¹³⁹ - CMK md. 112 gerekçesinde, şüpheli veya sanığın kendisine tanınan imkanı kötüye kullanmış olması sebebiyle böyle bir yaptırımın uygun sayıldığına dair ifadeler için bkz. Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 182.

¹⁴⁰ -Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 359.

¹⁴¹ -Neslihan Coşkun, “Adli kontrol”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, 2005, s. 89.

¹⁴² -Öte yandan adli kontrol tedbirinin tutuklamanın alternatifi olduğundan bahisle tutuklama kararı verilemeyecek hallerde adli kontrol kararına da hükmedilememesinin uygun olacağı yönündeki görüş için bkz. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 418.

¹⁴³ -Ölçülülük ilkesinin CMK’de açıkça ifade edilmesinin birey hak ve özgürlükleri açısından etkin bir güvence oluşturduğu yönündeki ifade için bkz. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 317.

Yargılamanın henüz tamamlanmadığı ve masumiyet karinesinin geçerli olduğu aşamada kişiye suçlu muamelesi yapmamak, mümkün olduğunca başka tedbirleri devreye sokarak kişi özgürlüğünü sınırlamamak gerekir¹⁴⁴.

Kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeninin bulunduğu hallerde bile tutuklamanın ihtiyari olması¹⁴⁵, onun en son çare olduğunu göstermektedir. Tutukluluk, şüpheli veya sanığa psikolojik olarak öylesine etki etmektedir ki onun için tutukluluğun son bulması yani tahliye durumu beraat kararına eş değerdir¹⁴⁶.

3.4.1.1.2.4. Tutuklama Kararının Gerekçeli Olması Zorunluluğu

Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılacağına dair Anayasa md. 141/3 hükmünün yanı sıra hâkim ve mahkemelerin her türlü kararının karşı oy da dâhil olmak üzere gerekçeli olarak yazılacağını düzenleyen CMK md. 34 gereği tutuklama kararı gerekçeli olmalıdır. CMK md. 101/1’de Cumhuriyet savcısının tutuklama istemlerine gerekçe göstermesi ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere de gerekçede yer vermesi zorunlu kılınmaktadır. CMK md. 101/2 ise tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenler ile gerekçelere yer verilmesini şart kılmıştır.

Gerekçe, kanunda yazılan genel geçer ifadelerin yazılması değil, o somut olayın irdelenmesi, incelenmesi, toplumun, şüphelinin veya sanığın, avukatın, savcının ikna edilmesidir¹⁴⁷.

¹⁴⁴ - Ersan Şen, “Yargıçların durumu”, **4. Yılında CMK**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 47.

¹⁴⁵ -Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 186.

¹⁴⁶ -Güçlü Sevimli, **İstanbul Barosu Dergisi**, s. 189. Tutuklama tedbiri, geçici olmakla birlikte süresinin belirsizliği nedeniyle tutukluyu psikolojik açıdan sarsmaktadır. Tutuklamanın, ruhi açıdan yarattığı sarsıntının yanı sıra bedeni sağlığı bozacak etkileri de görülebilmektedir. Toplum nazarında tutuklu hakkında ‘suçluluk karinesi’ oluşturulmasını ve tutuklunun kendisini gereği gibi savunamamasını bir gerçeklik olarak değerlendiren görüş için bkz. Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 3.

¹⁴⁷ -Ersan Şen, ”Ceza yargılamasında ciddi sorun”, **4. Yılında CMK**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 39.

Uygulamada çoğu kez yapıldığı gibi, “suçun vasfı ve mahiyeti, delil durumu, dosya kapsamı” gibi basmakalıp gerekçelerle¹⁴⁸ kaleme alınan tutuklama kararı, kişi özgürlüğüne en ağır müdahaleyi gerektiren tedbiri haklı göstermez¹⁴⁹. Gerekçenin etraflı bir şekilde belirtilmesi zorunludur¹⁵⁰. Anayasa’nın, CMK’nin, AİHS’nin ve AİHM’nin aradığı anlamda gerekçe, somut gerekçedir. Gerekçesiz tutuklama kararı veya tutukluluk halinin devamı kararı vermek keyfiliktir. Böyle bir keyfilik, soruşturulan veya kovuşturulan suç ile ihlal edildiği ileri sürülen kamu düzeninin bir kez de yargılama makamınca ihlal edilmesi anlamına gelir. İş çokluğu, gerekçesiz tutuklama kararları veya tutukluluk halinin devamı kararları verilmesinin mazereti olamaz. Hürriyetin keyfi kısıtlanması, mazeret kabul etmez¹⁵¹.

Sanığın ve müdafinin savunma, itiraz merciinin ise kontrol yapabilmesi, gerekçe sayesinde mümkün olabilecektir. Uygulamada tutuklama gerekçesinin gösterilmesinin ihsası rey olacağı yönündeki görüş, bu aşamada henüz dosyanın esası üzerinden değil tutuklamaya ilişkin inceleme yapılacağından isabetsiz bulunmaktadır¹⁵². Tutuklama nedenlerinin ve suç işlendiği yönünde mevcut olan kuvvetli şüphenin olaydaki dayanaklarının gerekçede gösterilmesi gerekir¹⁵³. Sözgelimi tutuklama yasağı bulunmayan bir durumda, kuvvetli suç şüphesi oluşmamasına rağmen gerekçesiz şekilde tutuklama kararı verilmesi durumunda CMK md. 141/1-a bağlamında tazminat isteme hakkı doğacaktır.

¹⁴⁸ -Kanunun soyut ifadesinin tekrarının kes kopyala yapıştır şeklinde tutuklama kararlarına eklendiği bir sistemde tutuklama kararlarının gerekçeli olduğundan söz edilemeyeceği yönündeki haklı ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi”, **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 131. Bu tür ifadelerin açık bir şekilde gerekçesizliğe işaret ettiğini ve kanun ibaresinin aynen karara geçirilmesinin AİHS md. 5 ihlali olduğuna dair ifade için bkz. Güçlü Sevimli, **İstanbul Barosu Dergisi**, s. 194. Nitekim AİHM, 08.01.2009 tarihli Kesikkulak & Türkiye kararında basmakalıp ifadelerle tutukluluk halinin devamına karar verilmesini başkaca bir inceleme yapmaksızın, uygun ve yeterli bir gerekçe olmadığından bahisle AİHS md. 5/3 ihlali olarak değerlendirmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>, 03.09.2011.

¹⁴⁹ - Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 412. Nitekim ‘olayın oluş şekli, kusur ve delil durumu’ gibi gerekçelerle verilen tutuklama kararlarının kanuna açıkça aykırı olduğu ve tutuklamaya itiraz halinde tutuklama kararının kaldırılması kararını gerektireceği yönündeki ifade için bkz. Somay Tümerkan, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 378-379.

¹⁵⁰ - Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 63.

¹⁵¹ -Metin Feyzioğlu, Güneş Okuyucu Ergün, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre”, **AÜHF Dergisi**, C. 59, S.1, 2010, s. 48.

¹⁵² - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 76.

¹⁵³ -Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 257.

3.4.1.1.2.5. Tutuklulukta Azami Süre

Tutuklulukta azami sürelerin belirlenmesi hem masumiyet karinesinin hem de AİHS md. 5/3'te belirtilen makul süreli tutukluluk¹⁵⁴ ilkesinin gereğidir. Tutuklamanın makul sürede sonlandırılması yargılamanın makul sürede sonlandırılması ile de bağlantılıdır. AİHM, tutukluluğun makul süreyi aşmasını, AİHS çerçevesinde ihlal olarak nitelendirerek tazminat ödenmesi gerekliliğine hükmetmektedir¹⁵⁵.

Kanun koyucu uzun süren ve karara bağlanmayan yargılamalar yüzünden kişilerin hükümlü olmadan hürriyetlerinin kısıtlanmasının sınırını çizmek istemiştir¹⁵⁶.

CMK md. 102 uyarınca ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçe gösterilerek 6 ay daha uzatılabilir¹⁵⁷. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren işlerde¹⁵⁸ ise tutukluluk süresi en çok iki yıl olarak belirtildikten sonra uzatma süresinin toplam üç yılı geçemeyeceği vurgulanmıştır¹⁵⁹. Bu ifadeden toplam tutukluluk süresinin 5 yıldan fazla olamayacağı anlaşılmaktadır; fakat azami sürenin

¹⁵⁴-Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı hususunda esas alınan sürenin, kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlandığı tarihte başlayıp ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki kararı tarihinde biten dönem için yer alan tutukluluk süresi olduğuna dair ifade için bkz. Gökhan Karaburun, "AİHS'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine İlişkin 5. Maddenin İncelenmesi", (Çevrimiçi)<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde5.htm> (162. zip), 31 Temmuz 2011.

¹⁵⁵-CMK md. 102 gerekçesi için bkz. Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 174.

¹⁵⁶- Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 80.

¹⁵⁷-CMK md. 141/1-f hükmü gereği, gözaltı ve tutukluluk süreleri hükümlülük sürelerinden fazla olan kişiler tazminat isteyebilirler. Her ne kadar TCK md. 63'te yer alan mahsup müessesesi işletilse de ağır cezalı olmayan suçlarda suç için kanunda öngörülen soyut cezanın üst sınırının azami tutukluluk süresinin tespitinde göz önünde bulundurulmasının gerçekçi olacağı yönünde fikir için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 5560 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 2, Seçkin Yay., Aralık 2006, s. 234.

¹⁵⁸-Ağır ceza mahkemesi, sözgelimi asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren bir davayı görmek zorunda kalmışsa, bu durumda dava ağır ceza mahkemesinde görülmekle birlikte tutuklama süreleri ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlere göre hesaplanır. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 126.

¹⁵⁹-Uzatma süresinin ilk süreden fazla olmasının yasama tekniğiyle bağdaşmadığına ve nihayetinde tutuklama süresinin tedbirin geçiciliği niteliğine aykırı olarak uzun tutulduğuna ilişkin isabetli ifadeler için bkz. Metin Feyzioğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler", (Çevrimiçi)<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>, 30 Mayıs 2011. Aynı yönde ifadeler için bkz. Metin Feyzioğlu, Güneş Okuyucu Ergün, **AÜHF Dergisi**, s. 43.

toplam olarak 3 yıl olduğu yönünde görüş de mevcuttur¹⁶⁰. Uzatma kararları Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilir¹⁶¹.

CMK md. 252/2 düzenlemesi gereği, CMK 250/1- c uyarınca düzenlenen ve özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır. Bunun sonucu olarak da tutuklama süresi on yıla kadar uzayabilmektedir¹⁶². Görülüyor ki CMK, tüm suçlar açısından tutuklamada azami süre sınırı getirmiştir.

Dikkat edilmelidir ki tutuklama süresi her suç bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Sözgelimi iki ayrı suçtan tutuklanan kişinin bir suç nedeniyle tutukluluğu infaz edilirken diğlerinin de infaz edildiği düşünülemez¹⁶³.

Azami olan bu tutukluluk sürelerinin¹⁶⁴ dolması ile sanık otomatik olarak serbest bırakılacaktır¹⁶⁵. Yani yargılama makamı, süre dolduktan sonra aynı eylem, suç şüphesi nedeniyle tutukluluğun devamına dair inisiyatif kullanamaz¹⁶⁶.

Tutukluluk sürelerinin tamamının kullanılması gerekmez. Sadece şartları gerçekleştiğinde başvurulabilen bu koruma tedbirine şartlar ortadan kalktığında derhal son verilmesi gerekir¹⁶⁷.

¹⁶⁰ - Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 413. (119 No'lu dipnot), Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 126. Doktrinde Nuhoğlu da 5 yıllık azami sürenin AİHS md. 5'te belirtilen makul süre sınırını aştığını belirterek maddenin özgürlükler lehine yorumla azami 3 yıl olarak değerlendirilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Değerlendirmeler için bkz. Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 189. Ağır ceza mahkemelerinde toplam uzatma süresinin, temel sürenin yarısı, yani bir yıl olmasının daha doğru olacağına ilişkin ifade için bkz. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 114. Kanaatimce de ağır ceza mahkemesinde görülen davalarda tutukluluğun azami süresini 3 yıl olarak yorumlamak özgürlükler lehine olacağından amaca uygun düşecektir.

¹⁶¹ -Buna göre örneğin davaya katılan kimsenin tutuklamanın uzatılmasına ilişkin görüşünün alınmayacağına dair ifade için bkz. Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 171.

¹⁶² -10 yıllık sürenin AİHS md. 5'te vurgulanan tutuklamada makul süre kavramı ile bağdaştırılamayacağına dair ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler", (Çevrimiçi)<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>, 30 Mayıs 2011.

¹⁶³ -İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 496.

¹⁶⁴ -Bu sürelerin uzun olduğundan bahisle AİHM kararlarına açıkça aykırılık olduğu, tutukluluk sürelerini makul ölçülere indiren kanun değişikliği yapılmasının gerekli olduğuna dair ifade için bkz. Ahmet Altınay, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, s. 164.

¹⁶⁵ -Fatih Selami Mahmutoglu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, s. 172.

¹⁶⁶ - Metin Feyzioğlu, Güneş Okuyucu Ergün, **AÜHF Dergisi**, s. 56.

Adil yargılanma hakkının da gereği olarak arzulanan, olması gereken, tutukluluk sürelerini uzatacak hükümler ihdas etmekten ziyade yargılamayı hızlandırmak suretiyle maddi gerçeğe bir an önce ulaşmaktır¹⁶⁸.

Tutukluluk azami süresi dolmasına rağmen halen yargılama sonlandırılmamışsa tutuklunun tazminat istemeye hakkı bulunduğu kabul edilmektedir¹⁶⁹. Bununla birlikte sınırlı sebepler öngören CMK md. 141 düzenlemesi uyarınca kişi, yargılama halen devam etmekle birlikte azami tutukluluk süresinin dolması sebebiyle salıverilmişse sırf bu durum kanaatimce tazminat sebebi oluşturmamaktadır. Öte yandan CMK md. 141/1-d hükmüyle tazminat sebebi olarak düzenlenen ‘tutuklu hakkında makul sürede hüküm vermeme’ hususu gözden kaçırılmamalıdır.

3.4.1.1.3. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutukluluğun Devamına Karar Verme

AIHS md. 5/3 gereği ‘adli takibat sırasında serbest bırakılmaya hakkı olan’ sanığın bu hakkını kullanabilmesi için tutukluluk kararının belli aralıklarla gözden geçirilmesi gerekmektedir¹⁷⁰. Nitekim tutukluluk durumunun periyodik sürelerle incelenmesi, özgürlüğünden yoksun kılınan kişi için çok büyük bir güvence oluşturmaktadır¹⁷¹. Bu doğrultuda CMK md. 108 uyarınca¹⁷² şüphelinin veya sanığın tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğine dair karar verilmektedir. Tutukluluğun uzatılmasına dair kararların, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilebileceği CMK md. 102/3’te

¹⁶⁷-Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi I**, s. 229.

¹⁶⁸- Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 yılı**, s. 191.

¹⁶⁹- Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 114-115.

¹⁷⁰- Fatih Selami Mahmutoglu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 174.

¹⁷¹- Gökhan Karaburun, “AIHS’nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine İlişkin 5. Maddenin İncelenmesi”, (Çevrimiçi)<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde5.htm> (162. zip), 31 Temmuz 2011.

¹⁷²-Tutukluluğun incelenmesi başlıklı md. 108: “(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir. (2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir. (3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde de re’sen karar verir.”

düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanaatimce iş yoğunluğu gerekçesiyle duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden tutukluluğun devamına dair karar verilmesi mümkün olsa da bahsi geçen muhakeme sujelerinin uzatma kararına dair fikrinin alınmaması ve buna rağmen uzatma kararına hükmedilmesi hukuka aykırıdır.

Tutuklama kararına itiraz edilmemiş olsa bile tutuklama sebeplerinin ortadan kalkmasıyla tutuklama kararının geri alınabilmesi her zaman için mümkündür¹⁷³. Ümit edilir ki tutukluluğun devam edip etmemesi gerekliliğine ilişkin inceleme yapılırken uygulamada yapıldığı gibi şekli kalıplarla otuz günü geçmemek kaydıyla tutukluluğun devamı kararı verilmesi yerine gerekli özen gösterilerek sonuca varılır¹⁷⁴. Soyut bir inceleme, hukuki bir gerekçe niteliği taşımamaktadır. Tutuklama kararının devamına karar verilirken de gösterilen gerekçede tutuklama tedbirinin uygulanmasının halen gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Tutukluluğun devamına karar verilebilmesi için ilk tutuklama kararına nazaran şüphenin daha da kuvvetlenmiş olması ve bunun somut dayanaklarının tutukluluğun devamı kararında gösterilmesi gerekmektedir¹⁷⁵. Kuvvetli suç şüphesini gösteren somut deliller ile tutuklama nedenlerinin tutukluluk süresi boyunca hemen hemen hiç değişmemesi iki ihtimalle değerlendirilebilir: Ya ilk tutukluluk kararı ile onu takip eden tutukluluğun devamına dair kararlar hukuka aykırıdır; ya da en sonunda verilen tahliye kararı hukuka aykırıdır¹⁷⁶. Delillerin karartılması yönünde hukuki nedene dayanan tutuklamalarda, delillerin büyük çoğunluğu toplandıktan sonra tutuklamanın kaldırılması yönündeki irade daha ağır basacaktır¹⁷⁷.

AİHM, “suçun niteliği ve delillerin durumu” gerekçesini ve hiçbir gerekçe göstermeden tutuklamanın uzatılması kararlarını yerinde görmeyerek AİHS md. 5/3’ün ihlal edildiğine kanaat getirmiştir¹⁷⁸.

¹⁷³- Fatih Selami Mahmutoğlu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 178.

¹⁷⁴- Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 132.

¹⁷⁵- Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 yılı**, s. 184.

¹⁷⁶-Güçlü Sevimli, **İstanbul Barosu Dergisi**, s. 194.

¹⁷⁷-Erdener Yurtcan, **Ceza Avukatı’nın El Kitabı**, s. 88.

¹⁷⁸-Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 334. (60 No’lu dipnot), (Yağcı ve Sargın & Türkiye, 08.06.1995, 16419/90; Mansur & Türkiye, 08.06.1995, 16026/90), (İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 491-492’den alıntıdır.)

3.4.1.2. Kanuni Gözaltı Süresi İçinde Hâkim Önüne Çıkarmama

1412 sayılı CMUK'ta yer verilmeyen gözaltı kavramına ilk defa YGİY'de yer verilmiştir¹⁷⁹.

YGİY'de tanımlar başlığı altında düzenlenen 4. maddede gözaltına alma:

“Kanunun verdiği yetkiye göre, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulmasını,”

ifade etmektedir.

Gözaltı, kısaca yakalanan kimsenin kolluğun gözetim ve denetimi altına alınması olarak da tanımlanabilir¹⁸⁰. Türk hukukunda uzun süredir kullanılmakta olan gözaltı kurumu, hukuki düzenlemesine 5271 sayılı CMK ile kavuşmuştur¹⁸¹.

Gözaltı süresinin belirlenmesinde AİHS md. 5 ve AİHM'nin bu maddeyi yorumladığı içtihatlar dikkate alınmıştır¹⁸².

Anayasa md. 19/5:

“Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.”¹⁸³

¹⁷⁹ -Handan Yokuş Sevük, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, s. 63.

¹⁸⁰ - İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 27.

¹⁸¹ - Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 110.

¹⁸² -Handan Yokuş Sevük, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, s. 66. CMK md. 91 gerekçesinde de aynı husus vurgulanmaktadır. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 277.

¹⁸³ -1961 Anayasası md. 30/4 hükmü -1488 Sayılı kanun ile 20.09.1971 tarihinde değiştirilinceye kadar- yol süresi hariç yirmi dört saat içinde hakim önüne çıkarılmayı şart kılmaktaydı. 1488 sayılı kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesine göre ise yakalanan veya tutuklanan kimse hakkındaki delillerin eksiksiz toplanması, yirmi dört saatlik süre içinde her zaman mümkün olmadığından uygulamada yaşanan güçlükleri ve sakıncaları gidermek maksadıyla hâkim önüne çıkarma süresi kırk

CMK md. 91/1:

“Yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç¹⁸⁴, yakalama anından itibaren yirmidört saati¹⁸⁵ geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz.”

CMK md. 91/3 :

“Toplu olarak işlenen suçlarda¹⁸⁶, delillerin¹⁸⁷ toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir¹⁸⁸. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir.¹⁸⁹”

Görüldüğü üzere bireysel olarak işlenen suçlar ile toplu olarak işlenen suçlarda gözaltının azami süresi farklı olarak düzenlemiştir. Toplanan delil durumunu veya şüpheli sayısını dikkate alacak olan Cumhuriyet savcısı, en fazla üç

sekiz saat olarak düzenlenmiştir. İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 238. (430 nolu dipnottan aktarma)

¹⁸⁴-Yol süresinin temel 24 saatlik sürenin dışında bırakılmasının doğru olmadığına ilişkin görüş için bkz. Nur Centel, **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, s. 863.

¹⁸⁵-Burada bahsi geçen sürede gözaltına alınanın, eğer serbest bırakılmıyorsa, hâkim önüne çıkarılması zorunludur. Yakalamadan itibaren yirmidört saat içinde Emniyet Müdürlüğü binasından çıkarılması yahut Cumhuriyet savcısının huzuruna getirilmesi yeterli değildir. CMK md. 90/5 hükmü gereği yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek savcının emri doğrultusunda işlem yapılır. Gözaltı süresi de yakalama ile birlikte başladığından duruma dair savcıya derhal bilgi verilmeli, savcının emri doğrultusunda işlem yapılmalı ve gerekiyorsa ilgili kişi, savcının huzuruna çıkarılmalıdır.

¹⁸⁶-CMK md. 2/1- k uyarınca *“Toplu suç: Aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suç,”* ifade etmektedir. Toplu suçtan bahsedebilmek için en az üç kişinin suç işlediğini düşündürebilecek emarelerin mevcut olması veya en az üç kişinin birlikte soruşturulmalarının yeterli olduğuna; en az üç kişinin yakalanmış, gözaltına alınmış yahut haklarında dava açılmış olmasının şart olmadığına ilişkin ifade için bkz. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 26.

¹⁸⁷-Emarelerin varlığı yeterli olup burada da emarelerden dönüşecek delilinin aranmakta olduğu yönündeki ifade için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 111.

¹⁸⁸-Dikkat edilmelidir ki her uzatma bir gün için geçerlidir. Toptan, bir seferde üç günlük uzatma söz konusu olamaz. Böylece gözaltı, Cumhuriyet savcısı tarafından sık sık denetlenmiş olacaktır. Uzatma sürelerinin de tam olarak kullanılması halinde, kişi dört günün sonunda hâkim önüne çıkarılmalıdır. Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 693.

¹⁸⁹-Centel’e göre toplu suçlarda gözaltı sürelerinin uzun tutulması yerinde değildir; bireysel suçlarla toplu suçlar arasında gözaltı süresi bakımından herhangi bir fark yaratılmayarak sabit olarak yirmi dört saatlik gözaltı süresi uygulanmalıdır. (İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 244’ten alıntıdır.)

gün olan uzatma süresinin tamamını kullanmayabileceği gibi gerektiğinde bir günden az olacak şekilde yani belirlediği saati geçmemek üzere de uzatma emri verebilir¹⁹⁰; çünkü tespit edilen azami sürelerin illa kullanılması gerekmemektedir. Gözaltı tedbirinden umulan fayda sağlandıktan sonra kişinin ya serbest bırakılması ya da hâkim önüne çıkarılması zorunlu olduğundan sırf azami sürenin dolmasına daha vakit olduğu bahanesiyle kişinin sebepsiz yere halen gözaltında tutulması da CMK md. 141/1-b bağlamında tazminat sebebi oluşturmaktadır.

Gözaltına alma kararını Cumhuriyet savcısı verir¹⁹¹. Aynı zamanda yakalanan kişi, yine Cumhuriyet savcısının emriyle serbest bırakılabilir. CMK md. 161/3 uyarınca:

“Cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.”

Cumhuriyet savcısı dilerse gözaltı işleminden önce şüphelinin kendi huzuruna getirilmesi yönünde kolluğa talimat verebilir. Böylelikle gözaltı kararı vermeden önce Cumhuriyet savcısı şüpheliyi görmüş olur¹⁹².

CMK md. 91/6 düzenlemesi gereği gözaltına alınan kişi bırakılmazsa en geç CMK md. 91/1 ve 91/3’te belirtilen sürelerin sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilecektir¹⁹³. Cumhuriyet savcısı, şüphelinin sadece sorguya çekilmesini talep edebileceği gibi tutuklama talebinde de bulunabilir¹⁹⁴. Sorguda müdafii de hazır bulundurulur¹⁹⁵.

¹⁹⁰ - Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 213.

¹⁹¹ -1412 sayılı CMUK döneminde ise gözaltı yakalamadan ayrı bir işlem olarak değerlendirilmediği içindir ki yakalama yetkisine sahip olan kolluk, aynı zamanda gözaltına alma yetkisine de sahiptir. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 204. Hâlihazırda ise gözaltı, yakalamadan sonra gelen ve sadece savcının yetkisi dâhilindeki bağımsız bir koruma tedbiridir.

¹⁹² - Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 24.

¹⁹³ -Personel yetersizliği, resmi tatil, hafta tatili veya mesai saati sonrası gözaltına alınmış olma gibi gerekçelerle kişinin sulh ceza hâkimi önüne çıkarılması süresinin geciktirilemeyeceğine ilişkin isabetli ifadeler için bkz. Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 79.

¹⁹⁴ - Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 29.

¹⁹⁵ -Müdafii olmaksızın yapılan sorgunun kanuna aykırı olduğu, bu suretle elde edilen delillerin kanuna aykırı olarak elde edilen yasak deliller olduğu ve bu delillerin ceza muhakemesinde

CMK md. 251/5 :

“250’nci madde kapsamına giren suçlarda¹⁹⁶, yakalananlar için 91 inci maddenin birinci fıkrasındaki yirmidört saatlik süre kırksekiz saat olarak uygulanır. Anayasanın 120’nci maddesi gereğince olağanüstü hâl ilân edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında 91’inci maddenin üçüncü fıkrasında dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir¹⁹⁷. Hâkim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler¹⁹⁸.”

Sıkıyönetim rejimi de “kanuni” bir rejim olduğundandır ki hürriyetlerin sınırlanması yahut durdurulması sınırlarının da kanunda gösterilmesi şarttır¹⁹⁹.

Nitekim Sıkıyönetim Kanunu²⁰⁰ md. 15/son uyarınca:

“Sıkıyönetim komutanı bu Kanunda yazılı suçlardan sanık kişileri sıkıyönetim komutanlığı nezdindeki askeri mahkemeye sevk ve tutuklanmaları gerekip gerekmediği hakkında bir karar alınıncaya kadar gözetim altında tutabilir. Bu süre onbeş

kullanılamayacağına ilişkin ifadeler için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 31.

¹⁹⁶-CMK md. 250/1: “Türk Ceza Kanununda yer alan; **a)** Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu, **b)** Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, **c)** İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç),”

¹⁹⁷-Dört günün üzerindeki gözaltı uygulaması için hâkim kararının şart olduğu göz önünde tutulduğunda hâkim kararı olmaksızın dört günden fazla gözaltı işleminin uygulanması kanuna aykırı olup AİHS md. 5/1-c bağlamında da ihlale sebebiyet vermektedir. (04.05.2006 tarihli Rüzgar & Türkiye kararı), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 97’den alıntıdır.) Öte yandan AİHM, 29.11.1988 tarihli Brogan ve diğerleri & Birleşik Krallık kararında, toplumun bütünü terörizmden korumayı amaç edinse bile yargı denetiminin henüz devreye girmediği gözaltı işleminde dört gün altı saatlik süreyi AİHS md. 5/3’e aykırı olarak değerlendirmiştir. (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 103’ten alıntıdır.) Bu husus göz önünde tutulduğunda hâkim denetiminden geçirilmeden uygulanan dört gün altı saat ve daha fazla süreli gözaltı işleminin AİHS’ye aykırı nitelikte olduğu anlaşılabacaktır.

¹⁹⁸-Görüldüğü üzere gözaltı süresinin yedi güne kadar uzatılması durumunda hâkim kararı aranmış ve duruşma yapılması zorunlu kılınmıştır. Bu yönüyle uzatma kararı adeta bir tür tutuklama niteliğine bürünmüştür. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 30. Öte yandan dört günün sonunda uzatma kararı için ilgilinin hâkim huzuruna çıkarılması şart koşulduğundandır ki AİHS md. 5/3’e aykırılık söz konusu değildir. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 97.

¹⁹⁹- İsmet Giritli, “Haksız Tevkifler ve Tazminat”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 29 Eylül 1963.

²⁰⁰-13837 sayılı RG’de yayımlanan 15.05.1971 tarihli 1402 sayılı kanun.

günden fazla olamaz. Ancak, delillerin araştırılıp tespitinin uzun süre alması sebebiyle sanıkların onbeş gün içinde hâkim önüne çıkarılmalarına imkân bulunmaması halinde sanıklar soruşturmanın bitiminde ve herhalde otuz gün içinde yetkili hâkim önüne çıkarılırlar. Gözetim altında bulunanlar ilk onbeş gün sonunda hâkim önüne çıkarılmadıkları takdirde sıkıyönetim komutanı bu kişilerin durumunu bu süre sonunda inceler ve hâkim önüne çıkarılıp çıkarılmamaları konusunda karar verir. Aynı kişi için aynı suç isnadı sebebiyle yeni deliller çıkması gibi haklı bir sebep yok iken bu yetki bir defadan fazla kullanılamaz²⁰¹. ”

Kanuni gözaltı sürelerinin AİHS’ye uyumlu olduğu, makul sürenin aşılmadığı söylenebilir²⁰².

YGİY md. 17/3’de gözaltı sürelerinin azami süreler olarak düzenlenmiş olduğu, esas olanın gözaltına alınan kişilerin işlemlerinin en kısa sürede bitirilmesi olduğu düzenlenmiştir. Kişinin yakalandığı; kendi hür iradesi ile ayrılıp gitmesini engelleyen durumun olduğu andan itibaren hâkim önüne çıkarılmasına kadar geçen süre, gözaltı süresini ifade etmektedir²⁰³. Mevzuatta düzenlenen azami gözaltı sürelerine uyulup uyulmadığı YGİY md. 12’de çok ayrıntılı biçimde düzenlenen nezarethaneye alınanların kaydına ait deftere bakılarak anlaşılabilecektir. Kişinin yakalamadan ne kadar süre sonra karakola getirildiği, savcılığa ne zaman sevk edildiği, nezarethaneye konulmuşsa konuluş saati, gözaltında geçen süre bu deftere yazılmalıdır. Defter, CMK md. 92 ve YGİY md. 26 gereği Cumhuriyet savcısının denetiminden geçirilmelidir. Böylelikle keyfi gözaltına alınma veya kötü muamele

²⁰¹-Gözaltı süresini 30 güne kadar çıkaran hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından 16.02.1972 tarihinde durumun adeta fiili tutuklamaya dönüştürüldüğü gerekçesiyle iptal edilmesine rağmen, aynı düzenleme 1985 tarihli 3195 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle yeniden getirilmiştir. Anayasa md 19/5’te olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş durumlarında gözaltı süresinin uzun tutulabileceği belirtildiğindendir ki Sıkıyönetim Kanunu md. 15, anayasaya aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak gözaltı süresini 30 güne kadar mümkün kılan bu hükmün, fiili tutuklama, eziyet ve işkence iddialarını güçlendirdiği ve AİHS’ye aykırı nitelikte olduğu şüphesizdir. (İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 256-257.) AİHM, olağanüstü hal koşullarında da olsa 14 günlük gözaltı süresini uzun bulmuştur. (18.12.1996 tarihli Aksoy & Türkiye kararı, (İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 463’ten alıntıdır.)

²⁰²- Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 157.

²⁰³-Kişinin gözaltına alınmış sayılması ve gözaltı süresinin başlaması için gözaltına alınan kişiye ayrıca kelepçe takılması gibi özel bir işlem şart olmayıp sözgelimi polis aracına bindirilerek özgürlüğünün kısıtlanması gibi her türlü işlemle gözaltına almanın gerçekleşmiş olacağı yönündeki ifade için bkz. İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 233 ila 235.

yapıldığına dair iddiaların da önüne geçilmiş olacaktır²⁰⁴. Ayrıca bu deftere kayıt, ileride mahkûmiyet halinde gözaltı süresi hükmedilecek ceza süresinden indirilecek olduğundan, gözaltı süresinin tespiti açısından çok önemlidir²⁰⁵.

Ceza muhakemesi hukukuna göre, gözaltına almanın bir ceza değil, koruma tedbiri olduğunu unutmadan dosyadaki eksikliklerin bir an önce tamamlanarak şüphelinin yargılanmak üzere hâkim karşısına çıkarılması gerekmektedir²⁰⁶. Hâkim önüne çıkarılan kişi hakkında ya tutuklanması ya da serbest bırakılması yönünde karar verilir; böylelikle yakalama işlemi sonlanmış olur²⁰⁷.

CMK md. 91/5 gereği gözaltı süresi dolduktan veya hâkim kararı üzerine serbest bırakıldıktan sonra şüphelinin aynı eylemden dolayı tekrar yakalanabilmesi için hem yeni ve yeterli delil ortaya çıkmalı hem de Cumhuriyet savcısının kararı bulunmalıdır. Bu şartlar kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını sağlamaktadır. Şüpheli lehine güvence sağlayan bu hüküm olmasaydı gözaltı süresi hile ile uzatılabilirdi; şöyle ki yakalanan kişinin, gözaltı süresinin bitimine doğru serbest bırakılıp sonrasında tekrar yakalanması şeklinde uygulama benimsenebilirdi²⁰⁸.

Keyfiliği önlemesi yönünden yerinde bir düzenleme olan CMK md. 91/2 uyarınca gözaltına alma, soruşturma yönünden zorunlu ise²⁰⁹ ve kişinin suçu işlediğini düşündürecek emareler mevcut ise gündeme gelebilecektir. Emareden delile gidilmesi esastır; emare ile henüz kanıta ulaşamamışsa ve ulaşma olasılığı

²⁰⁴-Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 377.

²⁰⁵- Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 158.

²⁰⁶-Durmuş Tezcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 113.

²⁰⁷- İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 43.

²⁰⁸- İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 347.

²⁰⁹-Dolayısıyla gözaltına almanın soruşturmanın yapılabilmesi için zorunlu bir şart değil, yalnızca kanunda gösterilen koşullarda uygulanabilecek bir koruma tedbiri olduğu yönündeki isabetli ifade için bkz. İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 233. Soruşturma yönünden zorunluluk kıstasının aranmasının orantılılık ilkesinin gereği olduğu yönündeki ifade için bkz. Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 120. Sözelimi kişinin ifadesinin alınmasının yeterli olduğu durumlarda gözaltına alma tedbirinin uygulanamayacağına ilişkin ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 26.

varsa gözaltına karar verilebilir²¹⁰. Gözaltında geçen sürenin uzaması halinde sanıktan delile ulaşıldığı yönünde haklı kuşkular oluşacaktır.

Gözaltına alınan kişilere tutuklu veya hükümlü muamelesi yapılamaz. Yakalanan kişilerin gözaltı süreleri içinde her türlü yeme içme ihtiyaçları ve nakil masrafları Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından karşılanır²¹¹.

Kişilerin en kısa süre içinde hâkim karşılarına çıkmalarının temini zorunludur. Bu yüzden gözaltında tutma süreleri daima kısa tutulmuştur. Bir hukuk düzeninde yakalanan kişilerin gözaltında tutulma sürelerinin kısa ya da uzun oluşuna göre, bu devlette kişilerin hak ve özgürlüklerine verilen değer anlaşılır²¹².

Gözaltı süresini aşma halinde tazminata hak kazanıp kazanamamayı belirlerken çözümlenmesi gereken temel mesele; CMK md. 144/1-a'da yer alan gözaltı süresinin başka bir hükümlülükten indirilmesi halinde tazminat verilmeyeceğine dair kuralın, kanuni gözaltı süresinin aşıldığı ve aşkın sürenin mahsup edildiği durumlarda da geçerli olup olmayacağıdır²¹³. Kanaatimce kanuni sürenin aşılmadığı gözaltı süresi ve CMK md. 141/1-e'de hakkaniyetin gereği olarak belli koşullar için öngörülen tazminat sebebi bir yana bırakılırsa kanuna uygun ve makul tutuklamadan dolayı tazminat istemi gündeme gelmeyeceğinden; düzenleniş mantığı gereği esasen kanuna aykırı gözaltı ve tutukluluğa ilişkin olan CMK md. 144/1-a göz önünde bulundurulduğunda, aslında tazminatı gerektirmesine rağmen mahsup sayesinde haksızlığın giderildiği de dikkate alınırsa kanuni gözaltı süresini aşkın sürenin CMK md. 144/1-a bağlamında mahsubu söz konusu olduğunda artık tazminat isteminin söz konusu olmaması gerekmektedir.

²¹⁰- Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 110.

²¹¹- Ömer Faruk Kalaycı, "Haksız yakalama ve tutuklamada tazminat talebi", **Vasat Dergisi**, C. 1, S. 1, 2002, s. 127.

²¹²- Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 121.

²¹³-Bir kural ihlali söz konusu olduğundan, kanuni gözaltı sürelerinin ihlali durumunda mahsup söz konusu olsa bile tazminat verilmesi gerekliliği yönünde ifade için bkz. Murat Aydın, "Hak arama bilinci", **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 64-65.

3.4.1.3. Kanuni Hakları Hatırlatmadan veya Hatırlatılan Haklardan Yararlandırılma İsteğini Yerine Getirmeden Tutuklama²¹⁴

Bu hüküm, 466 Sayılı Kanun'da yer almayıp 5271 sayılı CMK md. 141/1-c ile ilk kez getirilmiştir.

Şüpheli veya sanığın hakları temel insan haklarındandır. Suç şüphesi altında olan kişi kendisini yeterince savunamadığı, adil bir şekilde yargılanmadığı müddetçe maddi gerçeğe ulaşmak mümkün olamayacaktır²¹⁵. Dolayısıyla suç şüphesi altındaki kişinin aydınlatılması gerekmektedir.

CMK md. 90/4 hükmü uyarınca :

“Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir.”

Çok kısa bir dönemi kapsasa da yakalama halinde özgürlüğü sınırlanan kişiye kanuni haklarının bildirilmesi zorunluluğunun getirilmesi çok yararlı olmuştur²¹⁶.

CMK md. 90/4 hükmünün AIHM içtihatlarıyla tam bir uyum sağladığı ve böylece şüpheli veya sanığın kanuni hakları olarak kabul edilen susma hakkı²¹⁷, müdafî yardımından yararlanma hakkı ve yakınlarına haber verme hakkının güvence

²¹⁴-CMK md. 141/1-c ile düzenlenen bu tazminat sebebi 466 Sayılı Kanun'da mevcut değildi.

²¹⁵- Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, s. 3.

²¹⁶- Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 153. Aynı yönde ifadeler için bkz. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 369.

²¹⁷“Susmak ve kendi aleyhine açıklamada bulunmaya zorlanmamak hakkı, adil bir yargılama için büyük önemi olan ve genel kabul gören uluslararası bir standarttır. Kendi aleyhine ifade vermeye zorlanmama hakkı ilk planda sanığın susma yönündeki iradesini korumakta ve iddia makamının zora veya baskıya dayalı olarak elde edilen delilleri dikkate almaksızın iddiaya ispatlamaya çalışmasını şart kılmaktadır” yönünde ifade için bkz. Durmuş Tezcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 111.

altına alındığı²¹⁸, böylelikle ceza yargılamasında savunma hakkının ön planda tutulduğu²¹⁹ vurgulanmaktadır.

Yakalanan kişinin kanuni haklarının neler olduğu kanunda açıkça düzenlenmediği için yakalananın hakları CMK md. 147'den hareketle belirlenebilmektedir²²⁰. CMK md. 147/1- c,e,f hükümleri uyarınca da şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde:

“c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir²²¹.
e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.
f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.”

İfadesi alınacak olan kişiye hakları anlatıldığı sırada kişi, haklarını bildiğini bu nedenle yeniden anlatılmasına gerek olmadığını söylese bile görevli, sözüne devam ederek suç şüphesi altındaki kişiye haklarını tam olarak bildirmekle yükümlüdür²²². Kamu görevlilerince, kişinin anlayabileceği bir dilde haklarının anlatılması zorunludur; kişiye aydınlatıcı nitelikte bilgi verilmemesi, bunun yerine

²¹⁸- Durmuş Tezcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 111. Bu hakların, şüphelinin asgari hakları olduğu yönündeki ifade için bkz. Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 74-75.

²¹⁹- Erdener Yurtcan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, s. 59. Alıkonulan bir kişinin avukat yardımından faydalanma hakkına sahip olduğu, bu hakkına ilişkin olarak kişinin yetkili makamlarca bilgilendirilmesi ve adaletin yarar gerektirdiği ve ödeme gücünden mahrum olunan durumlarda başka bir makam tarafından avukat atanması gerekliliği BM Genel Kurulu tarafından 09.12.1988 tarihinde 43/173 sayılı karar ile kabul edilen “*Herhangi Biçimde Alıkonulan ya da Hapsedilen Tüm Kişilerin Korunması İçin İlkeler Manzumesi*” İlke 17’de vurgulanmıştır. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal Yay., 2010, s. 929 ve 936.

²²⁰- Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 20.

²²¹-Müdafî yardımından yararlanarak ifadesi alınan veya sorguya çekilen şüphelinin ya da sanığın, kendi lehine, hukuka uygun ifade vermesi kolaylaştırılmış olacaktır. Bunun yanı sıra müdafî yardımından yararlanılabileceğinin hatırlatılmaması veya hatırlatılsa da bu hakkın kullanılmasına imkân sağlanmaması durumunda adil yargılanma hakkı sekteye uğrayacağından yapılacak işlemler hukuka aykırı bir niteliğe bürünecektir. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 88.

²²²- İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 342.

salt resmi içerikli evrakın muhataba teslimi, yasak savmaktan öteye geçmeyeceğinden kabul edilemez.

Yakalama işlemi sonrası tutanak oluşturulmasını şart kılan CMK md. 97 hükmü uyarınca, yakalananın haklarının tam olarak anlatıldığıнын tutanağa açıkça yazılması zorunludur.

Şayet hakların bildirimi hususuna uyulmaksızın tutuklama tedbiri uygulanmış ise CMK md. 141 vd. hükümleri uyarınca tazminat isteminin gündeme gelmesinin yanı sıra hakların bildirimine kadar elde edilen tüm deliller hukuka aykırı sayılır.

Hakların hatırlatılması öylesine önemlidir ki yerel mahkemede beraat kararı verilmiş olsa bile şayet sanığa hakları hatırlatılmamışsa kanun yolu merciinin diğer yönleri incelemeksizin sırf bu usuli aykırılıktan dolayı kararı sanığın aleyhine mutlak bozması gerektiği yönünde içtihat da oluşmuştur²²³.

YGİY md. 6/4'te de:

“Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları²²⁴ ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir.”

ifadesi ile bildirimin içeriği ve şekli vurgulanmıştır. İtiraz hakkının bulunduğu söylenmesi yeterli olmamakta; CMK md. 91/4'te düzenlenen yakalamaya ve sonrasındaki gözaltı işlemine itiraz hakkının ne şekilde, hangi sürede, hangi mercie kullanılacağıнын da söylenmesi şarttır. Aksi uygulama tazminatı gerektirir.

Suç şüphesi altındaki kişiye, kendisi ile ilk temasa geçen yetkili²²⁵ tarafından bazı haklarının bulunduğu bildirilmesi suretiyle ‘konuşmasının sağlanması’,

²²³-(YCGK, 1995/6-238 E., 1995/305 K., 24.10.1995 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 29.06.2011.

²²⁴-"Diğer kanuni haklar" ibaresinin belirsiz olduğuna ve yakınlarla haber verme hakkının da bu kapsamda değerlendirilebileceğine dair ifade için bkz. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 20.

²²⁵-Ki bu yetkili, kolluk, savcı yahut sulh ceza hakimidir.

böylelikle sanığın kendisini zor duruma sokmasına sebep olunması, insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesinin ihlalidir²²⁶. Çünkü hakları bildirilmeyen kişi, ileride tamiri mümkün olmayan hatalar yüzünden mahkûm olabilir. Sanığa hakları hatırlatılmalıdır; çünkü o, muhakemede bir nesne değil, bazı haklarla donatılarak muhakemeye etkin olarak katılımı sağlanmış muhakeme öznesidir. Muhakemeye katılan aktif bir özne olan sanığa haklarının ne olduğunun mutlaka bildirilmesi gerekir. Varlığından haberdar olunmayan hakların hiçbir anlamı olmadığı gibi, haklarını bilmeyen bir sanığın muhakemeye etkin olarak katılması da mümkün değildir²²⁷. Sanık sağlıklı savunma yapma imkânına haklarını öğrenerek, bilerek kavuşabilir. Suç şüphesi altındaki kişiye ifade vereceği veya susma hakkını kullanacağı hususları serbestçe seçme imkânı sunulmalıdır²²⁸.

Nitekim susma hakkı, Anayasa md. 38/5'te yer alan;

“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”

hükümünün tezahürüdür.

Peki, hatırlatılan haklardan yararlandırılma isteğinin yerine getirilmemesi durumu tamamen suç şüphesi altındaki kişinin kusurlu hareketi sonucu oluşmuşsa durum ne olacaktır? Mesela kişinin yakınlarına bilgi verme hakkı, yine sırf kişinin yakınlarının isim ve adresi bilgilerini söylememesinden veya yanlış vermesinden dolayı mümkün olamıyorsa ilgili devletten tazminat isteyebilecek midir? 466 Sayılı Kanun'un 1991'de yürürlükten kaldırılan 4. maddesi uyarınca tazminata konu olan işlem, tamamen ferdin kusur veya ihmali neticesinde ortaya çıkmışsa tazminat istenememekteydi. 5271 sayılı CMK md. 144'te ise bu durum, tazminat istenemeyecek haller arasında sayılmamıştır. Kanunun kusurlu ve ihmalkâr tavra cevaz verdiği düşünülemeyeceğinden kanaatimce tazminat hukuku bakımından

²²⁶-Cumhur Şahin, “Yargıtay kararları ışığında hukuka aykırı deliller ve değerlendirme sorunu”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1998, s. 350.

²²⁷-Timur Demirbaş, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında ifadesinin alınması**, s. 63. Aynı yönde ifadeler için bkz. Cumhur Şahin, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 350. Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 146.

²²⁸-Cumhur Şahin, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, s. 349-350.

vazgeçilmez prensip gereği²²⁹ tamamen kusurlu olan ilgili işlemten dolayı mağdur olsa da tazminat isteyememelidir. Öte yandan suç şüphesi altındaki kişinin kusurlu davranıp davranmadığı hususlarında tereddüt mevcutsa veya koruma tedbirinin takdirinde hataya düşülmüş, orantılılık ilkesine aykırı davranılmış ise tazminat isteme hakkına halel gelmemelidir²³⁰.

Özetle kişiye avukat isteyip istemediğinin sorulmaması, istiyorsa gereğinin yapılmaması, susma hakkı olduğunun söylenmemesi gibi ihtimallerde CMK md. 141/1-c uyarınca tazminat istemi gündeme gelebilecektir.

3.4.1.4. Kanuna Uygun Olarak Tutuklamaya Rağmen Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarmama ve²³¹ Makul Süre İçinde Hüküm Vermeme

Bu hüküm de tıpkı hakların hatırlatılmaması veya hatırlatılan haklardan yararlandırılma isteğinin yerine getirilmemesi durumunda olduğu gibi, 466 Sayılı Kanun'da bu genişlikte yer almayan²³² ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu olarak²³³, 5271 Sayılı CMK md. 141/1-d ile ilk kez getirilen bir düzenlemedir.

Tutuklama kararının verilmesi aşamasında olduğu kadar tutukluluğun devamı sırasındaki işlemlerde de hukuka uygun davranılması zorunludur. Suç şüphesi altında olup da tutuklanan kişinin makul sürede yargılama mercisinin huzuruna çıkarılması ve

²²⁹-Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 33.

²³⁰- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 34.

²³¹-Bu bağlacı “veya” olarak algılamak gerekir. Bu yorum lehe olacaktır. Çünkü makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılan kişi hakkında makul süre içinde hüküm verilmemesi söz konusu olabilir. Bu durumda ise pek tabii ki tazminat istemi gündeme gelebilecektir.

²³²-Bununla birlikte 466 Sayılı Kanun, md. 1/4 hükmüyle hakim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun kılınan kimselere tazminat ödenmesini mümkün kılarak şimdiki düzenlemeyi büyük ölçüde karşılamaktaydı. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 82.

²³³- Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1. bs., Ankara, TBB Yay., 2006, s. 243.

bu kişi hakkında makul süre içinde hüküm verilmesi soruştırma ve yargı makamlarının uyması zorunlu görevleridir²³⁴.

AİHS md. 5/3'te sanığın hemen hâkim önüne çıkarılması zorunluluk olarak öngörölmüştür. Ayrıca AİHM, içtihatlarında, yargılama süresinin makul olup olmadığını, somut olayın özelliklerine göre, davanın karmaşık bir yapıya sahip olup olmamasına, davanın taraflarının davranışlarına göre belirlemektedir²³⁵.

Anayasa md. 19/5 hükmü gereği, olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş halleri istisna olmak üzere, yakalanan veya tutuklanan kişinin, 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 çıkarılması zorunludur.

CMK md. 108/1 gereği soruştırma evresinde şüphelinin tutukluluk durumunun devam edip etmeyeceği hususunda, en geç otuz günlük süreler içinde Cumhuriyet savcısının istemi –CMK md. 108/2 gereği aynı zamanda şüphelinin istemi- üzerine sulh ceza hâkimi tarafından CMK md.100 hükümleri de göz önünde bulundurularak karar verilir. Bu süreler içinde tutukluluk halinin devamı uygun görölüyor olsa bile Cumhuriyet savcılığı tarafından en kısa sürede iddianame düzenlenmesi ve kovuştırma aşamasına geçilmesi gerekmektedir; çünkü tutuklu kişi ancak bu yolla mahkemeye çıkarılabilecek ve öngörölen isnatlar hakkında kendisini savunma imkânına sahip olabilecektir²³⁶.

CMK md. 108/3 hükmü uyarınca ise tutuklu sanık hakkında tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğine ilişkin, her oturumda veya koşullar gerçekteştiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörölen 30 günlük süre

²³⁴-Nitekim gözaltına alınan kişinin derhal yargılama makamı önüne çıkarılması, makul süre içinde yargılanması ve yargılmasına devam olunurken salıverilme hakkına sahip olduğu “*Herhangi Biçimde Alınolan ya da Hapsedilen Tüm Kişilerin Korunması İçin İlkeler Manzumesi*” İlke 37 ve 38’de vurgulanmıştır. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt Uluslararası Sistemler**, s. 944-945. Soruştırma evresinin makul olandan fazla uzamış olmasının tazminatı gerektireceğine dair ifade için bkz. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 114.

²³⁵- İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 717.

²³⁶- Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 90.

içinde re'sen karar verilir. Bu süre içinde inceleme yapılmaması da tazminat sebebi olarak kabul edilebilecektir²³⁷.

Esasında CMK sistemi mevcut birçok düzenlemesi uyarınca duruşmaların tek oturumda bitirilmesini amaçlamakla²³⁸ birlikte uygulamada bu sonuç gerçekleşmemektedir. Bu nedenle davalar birçok oturum neticesinde karara bağlanabilmektedir. Tutuklu sanık hakkındaki duruşmalar en fazla otuz gün arayla yapılmalıdır. İşlerin yoğunluğu nedeniyle duruşma tarihlerinin arası otuz günden fazla bir süre olarak tespit edilse bile yine de tutukluluk halinin incelenmesi işlemi mutlaka otuz günlük süre içerisinde yapılmalıdır²³⁹.

CMK md. 176/4'te savunma hakkının kullanılabilmesi için sanığa çıkarılacak çağrı kâğıdı ile duruşma tarihi arasında en az bir hafta süre olması gerektiği düzenlenmiştir. Bir haftalık süreye uyulmamasının tazminatı gerektireceği ileri sürülmüş²⁴⁰ olsa da, kanaatimce duruşmada bir haftalık asgari süre koşuluna uyulmadığı durumlarda CMK md. 190/2 gereği duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu sanığa hatırlatılacak olup sanığın süre talep etmesi mümkün olduğundan bir haftalık asgari süre koşuluna uyulmaması, tazminat istenmesi sonucunu doğurmamalıdır.

AİHS md. 5 çerçevesindeki tutuklamada makul süre ve AİHS md. 6'nın gereği olan muhakemede makul süre ilkelerinin aşılması durumunda AİHM'ye bireysel başvuru açılacağından bu hükmün iç hukukta düzenlenmesi yararlı olmuştur²⁴¹.

Kişinin makul süre içinde hâkim önüne çıkarılmaması yahut geç çıkarılması, yargılamanın uzun sürmesi kişinin ruhen baskı altına alınması ve ceza adaletinin işkenceye, tutuklama tedbirinin cezaya dönüşmesi sonucunu doğurur. Dikkat

²³⁷ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 92.

²³⁸ -Canan Ahtıhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 63.

²³⁹ -İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 509-510.

²⁴⁰ - Kübra Talas, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Kitap)**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 338.

²⁴¹ - Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 999.

edilmelidir ki, tutuklu yargılanmanın daha sonra verilen cezadan mahsup edilmesi, AİHS md. 5/3 hükmünün ihlalini önlememektedir²⁴². Devlet, ceza muhakemesi işlemleriyle suç şüphesi altındaki tutukluyu en kısa sürede yargılayarak suçlu ise cezasını en kısa sürede vermek zorundadır²⁴³. Öyle ki Anayasa md. 141/son hükmü gereği davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir. Nitekim muhakemede tutuklu bulunması durumunda devletin davayı hızlandırma yükümlülüğü daha da fazladır²⁴⁴. Bu husus, AİHS md. 5/3 bağlamında adil yargılanma hakkının sonucu olarak makul süre içinde davanın sona erdirilmesinin de bir gereğidir. Yargının inandırıcılığı ve etkinliğinin sağlanması bakımından²⁴⁵ devletten davayı veya işlemleri en kısa sürede ve en iyi şekilde, hukuka uygun davranarak çözümlemesi beklenir. Bunu gerçekleştirememekte kusursuz da olursa devlet veya kamu görevlileri sorumluluk altına girebileceklerdir²⁴⁶. Dolayısıyla tutuklu işlerle sınırlı olarak hakkında makul süre içinde hüküm verilmeyen kişi de tıpkı tutuklunun makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan kişi gibi CMK md. 141/1-d uyarınca tazminat talebinde bulunabilecektir²⁴⁷.

²⁴²-(AİHM'nin 22.12.2005 tarihli Çiçekler & Türkiye kararı), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 144'ten alıntıdır.)

²⁴³-Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2.bs., Ankara, Yetkin Yay., 2006, s. 322. Tutuklunun makul sürede yargılanmasının tutuklamanın kötüye kullanılmasını önlemek ve dolayısıyla suçsuzluk karinesinin korunması amacıyla şart olduğu, bunun yanı sıra tanıkların hafızalarının zayıflaması veya tanıkların bulunamaması, delillerin tahrip olması veya kaybolması ihtimallerini de zayıflatacağına ilişkin ifade için bkz. Canan Ahtıhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi**, s. 15 ve 31. Makul sürenin soyut olarak tespitinin mümkün olmadığına, bazı durumlarda on yıl süren davaların makul sayıldığına, bazı durumlarda ise bir yıldan bile az süren davaların makul sayılmadığına ilişkin ifade için bkz. (s. 25.)

²⁴⁴- Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 102.

²⁴⁵- Canan Ahtıhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi**, s. 1-2. Kaldı ki herhangi bir yargılama için gereğinden uzun süre harcanması, otomatik olarak yapılan diğer yargılamaların da makul sürede çözümlenememesi sonucunu doğurmaktadır. (s. 14.)

²⁴⁶- İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 717. Adil yargılanmanın unsurlarından olan makul sürede yargılanma hususuna aykırılık halinde tazminat öngörülüp diğer unsurlara aykırılığa tazminat sonucu getirilmemesi eleştiriye açık olarak değerlendirilmektedir. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 86.

²⁴⁷-Tutuklunun makul sürede yargılanmamasının tazminat nedeni olarak öngörülmesinin koruma tedbirlerinden dolayı tazminat sorumluluğunu düzenleyen bölüm başlığı ve içeriği ile uyumsuzluk oluşturduğuna ilişkin ifade için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 82.

3.4.1.5. Kanuna Uygun Olarak Yakalamadan veya Tutuklamadan Sonra Kovuşturmaya Yer Olmadığına veya Beraate Karar Verme²⁴⁸

Gerçekleştirilen işlemlerle ilgili kurallara uyulmakla birlikte ortaya çıkan sonuç adaletsiz durum yaratabilir. Burada bir bakıma ‘adli hata’ söz konusudur²⁴⁹. Soruşturma sonucu kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi, kovuşturma sonucu beraat kararı verilmesi işte bu tip durumları yansıtmaktadır. Ceza muhakemesi toplum yararına yürütüldüğüne göre bu muhakemeden zarar gören fertlerin zararının da toplum yani devlet tarafından yüklenmesi gerekir²⁵⁰. Nitekim YCGK kararına göre²⁵¹;

“Yasakoyucu, hukuk devleti olmanın gereği olarak, fertlerin başlangıçta hukuka uygun bir şekilde özgürlüklerinin kısıtlanmasının daha sonra verilen kararlarla özü itibarıyla haksız bir hale geldiğini kabul ederek, zararlarının tazminini kabul etmiştir.”

Sonuç olarak hukuka aykırı bir işlem söz konusu olmasa bile koruma tedbirleri kapsamında yakalama veya tutuklama işlemlerine maruz kalan kişinin haklılığı ortaya çıkmışsa onun zararının giderimi hukuk devletinin ve adalet duygusunun bir gereği olarak kabul edilmiştir²⁵². Bu durumların tazminat kapsamına

²⁴⁸-Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararı da tazminat sebepleri kapsamına dahil eden 466 Sayılı Kanun, tazminat istenebilecek hallerin çerçevesini daha da geniş tutmuştur. ‘Şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi gözetilerek yakalama veya tutuklamaların çok hassas ve dikkatli uygulanması gerekliliği yönündeki haklı ifade için bkz. Cevdet Çatalkaya, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 561.

²⁴⁹- Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 37-38. Haksız yakalama veya tutuklama durumunda hakimın hiçbir kusuru olmadığından sorumluluğu da gündeme gelemeyeceği yönündeki ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 89. Bununla birlikte adli hataların tamirinin sadece suçsuz oldukları anlaşılan kimseler hakkında söz konusu olabileceğine, CMK md. 141/1-e düzenlemesinin ise sonradan haksız hale dönüşen bir işlemten doğan zararı giderme amacı güttüğüne ilişkin ifade için bkz. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 169.

²⁵⁰-Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 996.

²⁵¹-(YCGK, 2006/9-338 E., 2007/71 K., 20.03.2007 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 163’ten alıntıdır.)

²⁵²- Mustafa Tarık Şentuna, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Tutuklama ve Adli Kontrol**, 2. Bs., Ankara, Adalet Yay., 2007, s. 110. Kanun koyucunun, hukuk devleti olmanın gereği olarak kişilerin başlangıçta hukuka uygun bir şekilde özgürlüklerinin kısıtlanmasının daha sonra verilen kararlarla özü itibarıyla haksız hale geldiğini kabul ederek zararların tazminini kabul ettiğini vurgulayan içtihat için bkz. (YCGK, 2006/9-338 E., 2007/71 K., 20.03.2007 T.), (Fatih Kanmaz,

dâhil edilmesi bir ihtiyacın sonucu olarak kabul edilmekte olup²⁵³, uluslararası alanda da dikkati çeken bir husus olmaktadır. 1953 yılında Roma’da toplanan 6. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi’nde de tutuklu kaldıktan sonra beraat eden sanıklara tazminat ödenmesi gerekliliği temenni olarak kabul edilmiştir²⁵⁴.

CMK md. 141/1-e hükmü, haksız yakalama²⁵⁵ ve tutuklamaları tazminat kapsamına dâhil ederek Anayasa md. 19’u aşar nitelikte düzenlenmiştir. Anayasa’yı aşmak Anayasa’ya aykırılık manasına gelmez. Anayasa’nın kişilere tanıdığı asgari hak ve hürriyetleri genişleterek daha fazla hukuk garantisi sağlayan kanun hükümleri, Anayasa’ya aykırı olarak yorumlanamaz²⁵⁶.

CMK md. 223/2’de beraat kararı²⁵⁷ verilebilecek durumlar 5 bent olarak sıralanmıştır²⁵⁸. Sanığın beraat etmesi demek suçlu olduğunun sabit olmaması

Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat, s. 174’ten alıntıdır.) Bununla birlikte yakalandıktan sonra makul sürede bırakılan kimsenin tazminat talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir. Öyle ki kanuni işlemler yapıldıktan sonra makul süre aşılmaksızın serbest bırakılan kişilerin bu duruma katlanmak durumunda olduklarına ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2003/12398 E., 2005/1622 K., 17.03.2005 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 106’dan alıntıdır.) Öte yandan yakalandıktan sonra bir gün gözaltında kalan kişi hakkında açılan davadan beraat kararı çıkması durumunda da CMK md. 141/1-e hükmüne göre tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin içtihatlar için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi 2008/320 E., 2009/5517 K., 11.05.2009 T.) ve (YCGK, 2006/9-388 E., 2007/71 K.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 107’den alıntıdır.)

²⁵³- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 77.

²⁵⁴-Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 22-23.

²⁵⁵-Bu bağlamda tazminat istenebilmesi için, salt yakalama işlemine maruz kalmak yeterli olup ayrıca gözaltı işlemine muhatap olunmasına gerek yoktur. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 93. Anayasa ve kanunlarda belirtilen ilke ve esaslara aykırı yakalama veya tutuklamaları “hukuka aykırı yakalama veya tutuklama” ; Anayasa ve kanunlara uygun olarak yakalanmasına veya tutuklanmasına rağmen hakkında bu işlemler uygulanan kişinin suçsuz olduğunun anlaşılması durumunu ise “haksız yakalama veya tutuklama” olarak değerlendiren isabetli ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 75.

²⁵⁶- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 77.

²⁵⁷-Devletin yargılama yetkisinin karşısında kişilerin haksız yargılanmama haklarının olduğuna, beraat kararlarının fazlalığının akla haksız yargılanmayı getirdiğine, haksız açılan davalar yüzünden kamu düzeninin istenmeyerek de olsa bir kez daha bozulduğuna, mahkemelerin iş yükünün arttığına, yersiz kamu harcamalarına neden olduğuna ilişkin isabetli ifadeler için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, “Bir insan hakkı ihlali olarak ceza muhakemesinde hukuka aykırı (haksız) yargılama kavramı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S. 2, Haziran 1997, s. 297 ve 299.

demektir²⁵⁹. Sanığın suçsuzluğunun kesin olarak anlaşılması da delil yetersizliğinden dolayı sanığın suçu işlediğinin sabit olmaması da beraat kararını gerektirir. Maddi gerçek bağlamında ilk durumda suçsuzluk söz konusu iken ikinci durumda suçluluk gibi suçsuzluk da kesinlik kazanmamıştır. Dolayısıyla suçsuzluğu kesin olarak saptanmış olmayan fakat buna rağmen beraat kararı alan sanıkların tazminata hak kazanamaması gerektiği yönünde bir düşünce akla gelse de suçlulukları sabit olmayan, fakat suçsuzluklarını ispata yarayacak delilleri de getiremeyen sanıkların tazminat hakkını engellemek için haklı bir sebep yoktur²⁶⁰. Kaldı ki sadece suçsuzluğu kesin olarak bilinen kimselere tazminat verilmesi esasının kabulü, suçsuz olanlarla suçsuzluğu şüpheli görülenlerin adalete aykırı şekilde ayrılmasına, karışıklık, güvensizlik ve keyfiliğe yol açar²⁶¹. Dolayısıyla beraat sebepleri arasında ayırım yapılmaksızın²⁶², her ne sebeple olursa olsun beraat eden kimseye kanuna uygun da olsa yakalama ve tutuklamadan dolayı uğradığı zararlar tazmin edilir²⁶³.

Kamu davasını açmada esas olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerli olmakla beraber²⁶⁴ istisnai olarak maslahata uygunluk ilkesi de devreye girebilmektedir²⁶⁵. Yani savcı, koşullar gerçekleştiğinde takdiri olarak kamu davasını açmama imkânına sahiptir. CMK md. 171/2 vd. fıkralarında yer alan kamu davasının

²⁵⁸ -“CMK md. 223/2: **a)** *Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, b)* *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, c)* *Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, d)* *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, e)* *Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, hallerinde verilir.*”

²⁵⁹ - Nurullah Kunter, “Haksız Yere Tevkif Edilmiş Olanlara Tazminat Verilmeli Mi?”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 20 Ocak 1956.

²⁶⁰ - Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 193. Nitekim mahkum edilemeyen her sanığın suçsuz olduğu kuralı istisnasız kabul edilmesi gereken bir kuraldır. (s. 212)

²⁶¹ - Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 213.

²⁶² - Ayırım yapılmamasının isabetli olduğu yönündeki haklı fikir için bkz. Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 723.

²⁶³ - Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 80. Beraatin gerekçesi ne olursa olsun tazminata hükmedilebileceğine dair içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 1992/10347 E., 1992/10491 K., 20.11.1992 T.), (Hasan Köroğlu, **Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa)**, s. 50-51’den alıntı.) Delil yetersizliğinden dolayı beraat kararı verilmesi dolayısıyla tutuklamanın haksız sayılamayacağından bahisle tazminat isteminin reddine dair verilen kararı usul ve kanuna aykırı bularak bozan içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2005/417 E., 2005/2088 K., 07.07.2005 T.) (Çevrimiçi) <http://www.hukukturk.com>, 31.07.2011.

²⁶⁴ - CMK md. 170/1 ve 170/2 hükümleri uyarınca soruşturma evresinin sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmaması durumunda Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek kamu davası açma görevini yerine getirecektir.

²⁶⁵ - Hüsamettin Uğur, “Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>, 04.08.2011, s. 8-9.

açılmasının ertelenmesi müessesesi uygulamada pek fazla işletilmediğinden²⁶⁶ kovuşturmayaya yer olmadığı kararı da çoğunlukla CMK md. 171/1 ve md. 172'ye dayandırılmaktadır. CMK md. 171/1 uyarınca şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde veya etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasının gerekli olduğu durumlarda -tam cezasızlık halleri ile sınırlı olmak üzere²⁶⁷- savcı, kamu davası açmayabilecektir. CMK md. 172 uyarınca ise soruşturma sonucunda kamu davasının açılması için gerekli olan yeterli suç şüphesini oluşturacak kadar delil elde edilememesi veya af, zamanaşımı, ölüm gibi kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde savcı, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar (takipsizlik kararı) verecektir. Yani Cumhuriyet Savcısı, CMK md. 171'deki hallerde dava açıp açmama hususunda takdir yetkisini kullanabilirken md. 172'deki koşullar söz konusu olduğunda mecburi olarak kamu davası açmayarak kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verecektir²⁶⁸. CMK md. 172 gereği zorunlu olarak verilen karara karşı CMK md. 173 uyarınca onbeş gün içinde itiraz yoluna gidilebilir. Karara karşı süresinde itirazda bulunulmazsa yahut itirazda bulunulmasına rağmen itiraz reddedilirse kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar kesinleşmiş olacaktır.

Dikkat edilmelidir ki soruşturma evresinde tutuklama kararı verilmesine rağmen, sonrasında şüphe derecesinde azalma olmamasına rağmen yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle kamu davası açılmaması durumunda kuvvetli suç şüphesi kıstasına uyulmadığından, tutuklama baştan itibaren hukuka aykırı duruma gelecektir. Dolayısıyla burada CMK md. 141/1-a bağlamında tazminat istenebilmesi mümkündür. Tutuklamanın görünüşte haklı olmasına rağmen²⁶⁹ kovuşturmayaya yer olmadığı kararı yahut beraat kararı verilen durumlarda ise işlemin aslında haklı

²⁶⁶-Özdemir Özok, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 13. Gerçekten de Özok, 4.954.216 işten 9026 tanesi hakkında –ki bunların 8340 tanesi Çocuk Koruma Kanunu md. 19 uyarınca değerlendirilmiştir- kamu davasının açılmasının ertelenmesi koşullarının bulunmasından bahisle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğini vurgulamaktadır.

²⁶⁷- Erdener Yurtcan, “CMK'nin temel yapısı –tercihler- beklentiler”, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 29.

²⁶⁸-Fatih Selami Mahmutoğlu, “Kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması”, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 351.

²⁶⁹-Tedbirin uygulanması sırasında hukuka uygun olup olmadığını kesin olarak belirleyebilme imkanı olmadığından görünüşte hukuka uygunluk değerlendirmesi ile yetinilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin ifade için bkz. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 279. Tedbirin haklı olup olmadığının ancak muhakeme sonunda anlaşılacağına ilişkin ifade için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 304.

olmadığı sonradan anlaşılmış olup CMK md. 141/1-e gereği tazminat istemi söz konusu olabilecektir²⁷⁰.

Sanığın ölümü, genel veya özel af, zamanaşımı, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle haklarında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilen kimseler ise CMK md. 144/1-c hükmü gereği tazminat isteyemeyeceklerdir. Bu durumun sebebi, yakalama ve tutuklama işlemlerinin haksızlığının sonradan ortaya net olarak çıkmış olmamasıdır. Koruma tedbirinin haklı yahut haksız olduğunu söyleyebilmek için elimizde herhangi bir ölçü mevcut değildir. Öyle ki bu durumlarda ceza davasının sonuna kadar götürülmesi imkânı ortadan kalkmıştır²⁷¹.

Kanuna uygun olarak yakalanıp veya tutuklanıp da haklarında CMK md. 144/1-c istisnası dışında hangi gerekçeyle olursa olsun kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilen kimseler, CMK md. 141/1-e uyarınca tazminat isteyebileceklerdir²⁷². Dikkat edilmelidir ki tazminat istenebilmesi için kovuşturama kararının gerekçesi kural olarak önemli değil iken, kovuşturma sonunda verilecek mahkeme kararının ise mutlaka beraat yönünde olması gerekir²⁷³.

BM/MSHS'nin adil yargılanma hakkı başlıklı md. 14/6 uyarınca:

“Bir kimse bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkûm olduğunda ve bu mahkûmiyeti adli hata bulunduğu gerekçesiyle bozulduğunda veya kendisi bağışlandığında, eğer mahkûmiyet kararının verildiği tarihte bilinmeyen olayların ortaya çıkarılamamış olmasının nedenleri kısmen veya tamamen kendisine yüklenebileceği kanıtlanmadıkça, bu tür bir mahkûmiyetin sonucu olarak ceza çeken bir kimseye hukuka uygun olarak tazminat ödenir.” düzenlemesine paralel olarak CMK md. 323/3:

²⁷⁰ - Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 221.

²⁷¹ - Nurullah Kunter, “Haksız Yere Tevkif Edilmiş Olanlara Tazminat Verilmeli Mi ?”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 20 Ocak 1956.

²⁷² - İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 717. Nitekim soruşturmanın zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırıldığı durumda tazminata hükmedilemeyeceğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2006/724 E., 2006/2338 K., 19.04.2006 T.), (Kerim Tosun, Çetin Akkaya, **Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK**, 2.bs., Ankara, Adalet Yay.,2009, s. 284-285'ten alıntıdır.)

²⁷³ -Sözgelimi şahsi cezasızlık sebebiyle Cumhuriyet savcısının takdiri olarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi durumunda yakalama veya tutuklama dolayısıyla tazminat istenebilecek iken; takdir yetkisinin kullanılmaması sonucu dava açılan ve yargılama sonucunda mahkemece CMK md. 223/4-b gereği şahsi cezasızlık sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi durumunda tazminat istenemeyecektir. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 94.

“Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanunun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir.” hükmüyle²⁷⁴ yargılamanın yenilenmesi sonucu mağduriyeti anlaşılan kişilere de ayrıca bir hükme gerek olmaksızın tazminat ödenmesinin yolu açılmıştır²⁷⁵. BM/MSHS md. 14/6’da da mahkûmiyetin adli hata dolayısıyla ortadan kaldırıldığı durumlarda mağdur kimseye tazminat ödenmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

CMK md. 141/2 uyarınca, kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra o kişi hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı veya beraat kararını veren merci, ilgiliye tazminat hakkı bulunduğunu bildirir ve bu husus verilen karara geçirilir²⁷⁶. Bu durum, Anayasa md. 40/2;

“Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” hükmünün ve,

CMK md. 232/6’da belirtilen;

“Hüküm fıkrasında, 223’üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir.” düzenlemesinin gereğidir.

²⁷⁴-Yargılamanın yenilenmesi sonucu beraat eden kimselere tazminat verilmesi, 01.11.1988’de yürürlüğe giren AİHS 7 No’lu protokolün 3. maddesi uyarınca da öngörülmüştür. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 179. AİHM’de mahkûm olmadan bu hükmün benimsenmiş olmasının çok ileri bir adım olduğu yönündeki ifade için bkz. Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 244.

²⁷⁵-Doktrinde haksız mahkûmiyetten dolayı da tazminat istenebilmesinin mümkün kılınmasının yerinde olacağı 466 Sayılı Kanun uygulaması döneminde de dillendirilmiştir. Timur Demirbaş, **İzmir Barosu Dergisi**, s. 35.

²⁷⁶-Sadece ilgiliye bildirim ile yetinilmeyecek; kararlara, tazminat hakkının bulunduğu da yazılacaktır. Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 697. Karara tazminat hakkının bulunduğu yazılmaması durumunda davanın süresinde açıldığı kabul edilmeli, süre yönünden reddine karar verilmemelidir. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/13139 E., 2010/196 K., 18.01.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 168’den alıntıdır.)

Yine CMK md. 231/3 de beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hal varsa bunun bildirileceğini şart kılmaktadır. CMK md 141/2’de zaten bu husus vurgulandığından CMK md. 231/3 gereksiz ve fazla bir hüküm niteliğindedir.

Bu tip kararlara hükmedilmesi sonucu tazminat isteminin gündeme gelmesinin sadece adli yargı alanında mümkün olduğunu savunmak hukuk sisteminin bütünlüğü düşüncesine de aykırı bir tutum olacaktır. Dolayısıyla pek tabii ki idari ve askeri yargı kararlarına karşı da tazminat istenmesi olanağı vardır²⁷⁷. Dikkat edilmesi gereken husus, haksız yakalama ve tutuklamalardan dolayı tazminat talebinde bulunulması için beraat kararının veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmiş olmaları gerekliliğidir. Bu kararların içeriğinin doğru olup olmadıkları dikkate alınmaz²⁷⁸.

Görüldüğü üzere tazminat istenebilmesini sağlayan kararlar beraat²⁷⁹ ve kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarıdır. Bu düzenleme örnekleyici değil sınırlayıcı olarak kaleme alınmıştır. Yorum yoluyla tazminat istemini mümkün kılan nedenlerin genişletilmesi ve yeni hallerin eklenmesi mümkün değildir²⁸⁰.

3.4.1.6. Gözaltı ve Tutuklulukta Geçirilen Sürelerin Hükümlülük Sürelerinden Fazla Olması veya İşlenen Suç İçin Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Cezası Olması Nedeniyle Zorunlu Olarak Bu Cezayla Cezalandırma

Bir önceki fıkrada olduğu gibi bu durumda da hürriyeti sınırlandırıcı işlem haksız niteliktedir. Yani yakalama, gözaltı ve tutuklama durumları CMK md. 141/1-e ve f bentlerindeki durumların gerçekleşmesi halinde haksız bir işlem niteliğine

²⁷⁷ - Ömer Faruk Kalaycı, **Vasat Dergisi**, s. 130.

²⁷⁸ - Osman Yaşar, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, C. I, (md. 1-222), Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 697.

²⁷⁹ -Dikkat edilmelidir ki aynı davada beraat dışında bir başka suçtan dolayı mahkumiyet kararı varsa tazminat istemi gündeme gelemeyecektir. Nitekim başka bir suçtan dolayı aynı davada yargılama devam ediyorsa yargılama sonunda diğer suç isnatları için de verilecek beraat kararlarına göre tazminat istemi gündeme gelebilecektir. (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2008/7896 E., 2010/1543 K., 08.02.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 195’ten alıntıdır.)

²⁸⁰ - Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 92 ve 95.

bürünmüş olacaktır. Koruma tedbirlerinin uygulanmasında kurallara uyulmasına rağmen ortaya çıkan sonuç haksız olduğundan bu bende göre tazminat istemi mümkün kılınmıştır²⁸¹.

Mahkûmiyet süresini dahi aşan ve böylelikle lüzumundan fazla devam etmiş olan tutukluluk halinin, hiç olmazsa süresi itibariyle haksız olduğu ortaya çıkmış olur²⁸². Şöyle ki sanık hakkında yargılama sonunda hapis cezasıyla mahkûmiyet hükmü kurulmuşsa ve daha önce sanık hakkında gözaltı ve tutukluluk gibi hürriyeti kısıtlayıcı tedbirler uygulanmışsa, bu tedbirlerin süreleri TCK md. 63'te yer alan mahsup ilkesi gereği hükmolunan cezadan indirilecektir. Ancak hükmolunan hapis cezası²⁸³, gözaltı veya tutukluluk sürelerinin toplamından daha az bir süreyi kapsıyor olabilir. İşte bu ihtimalde sanık ceza süresine nazaran fazladan maruz kaldığı tutukluluk süresine ilişkin olarak CMK md. 141/1-f gereği tazminat isteme hakkına sahip olacaktır²⁸⁴.

Diğer ihtimalde ise tutuklunun CMK md. 141/1-f uyarınca tazminat isteme hakkı elde edebilmesi için tayin olunan cezanın sadece para cezası olması gerekir. İsnat edilen suç için sadece para cezasının öngörüldüğü hallerde kişi özgürlüğünün kısıtlanması mağduriyetlere yol açacaktır²⁸⁵. Para cezası şayet hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilmişse –ki adli para cezası, TCK md. 50/1-a hükmü uyarınca bazı durumlarda seçenek yaptırım olarak takdir edilebilir- yahut adli para cezası seçimlik ceza olarak öngörülmüşse CMK md. 141/1-f uyarınca tazminat isteme hakkının

²⁸¹ -Mustafa Tarık Şentuna, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol**, s. 109. Nitekim çekilmesi gerekli cezadan daha fazla tutuklu kalınması durumu AİHS md. 5/1 ihlali olarak değerlendirilmiştir. (17.06.2008 tarihli AİHM, Şahin Karataş & Türkiye kararı.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 220'den alıntıdır.)

²⁸² - Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 210. Sözelimi suçun niteliğinin sonradan değişmesi sonucu 6 aylık hapis cezasına hükmedilmesine rağmen tutukluluk süresi 1 yıl sürmüş ise ceza miktarından fazla olan 6 aylık süre için tazminat istenebilecektir. Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 694.

²⁸³ -Bu ceza, mahkûmiyet kararında gösterilen hükümlülük süresidir. Koşullu salıverme uygulaması dolayısıyla oluşan fiili mahkûmiyet süresi ise, herkesin koşullu salıverme imkânından yararlanmayacağı göz önünde tutulduğundan bu bağlamda değerlendirilmemektedir. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 96.

²⁸⁴ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 95.

²⁸⁵ - Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 99-100.

doğmaması gerekmektedir²⁸⁶. Gerçekten de 466 Sayılı Kanun döneminde sonuç olarak sadece para cezasına hükmedilmesi her halükarda tazminat verilmesi sonucunu doğururken CMK md. 141/1-f düzenlemesi, salt kanuni ölçütleri dikkate alarak kanunda salt para cezasının öngörülmüş olması durumunda ve buna rağmen ölçüsüz biçimde gözaltı ya da tutuklama koruma tedbirleri uygulanmışsa tazminat istenebileceğini vurgulayarak daha sınırlayıcı bir tutum izlemiştir.

Gözaltı veya tutuklulukta geçirdiği sürelerin hükümlülük sürelerinden fazla olduğunu, mahkûmiyet kararı veren merci veya kişinin yakalanmasına ya da tutuklanmasına rağmen suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezaya hükmeden merci, CMK md. 141/2 hükmü gereğince --tıpkı kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişi hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı yahut beraat kararı verilmesinden sonra olduğu gibi-- ilgiliye tazminat hakkı bulunduğunu bildirir ve bu husus verilen karara geçirilir. Aksi takdirde kesinleşmiş karar tebliğ edilse bile md. 142’de belirtilen üç aylık tazminat davası açma süresi işlemez²⁸⁷. Bu eksiklik, hüküm kamu düzenine ilişkin sayıldığından kanun yolu incelemesinde de doğrudan kararın bozulmasını gerektirmektedir²⁸⁸.

Bir kişinin hakkında uygulanan koruma tedbirinden dolayı tazminat isteyebilmesi için tazminat isteme hakkı olduğunu bilmesi gerekir. CMK md. 141/1-f hükmünün koşulları oluşması durumunda da zarar mutlak olarak ortaya çıkmış olduğundan²⁸⁹ tıpkı bir önceki bentte olduğu gibi ilgili kişiye hem tazminat hakkı bulunduğu bildirilecek hem de bu husus karara yazılacaktır. Tazminat isteme hakkının doğmuş olduğunu bildirme zorunluluğu, ihlalin ağır olması dolayısıyla ve

²⁸⁶ -Ahmet Gündel, **Atatürk’e, Cumhurbaşkanı’na, Cumhuriyet’e, Hükümet’e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, s. 195. Aynı yönde ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 720. Öte yandan adli para cezasının mahsuba rağmen gözaltı ve tutuklulukta geçen süreleri karşılamaması halinde adli para cezasından mahsup edilemeyen günler için tazminat talep edilebilecektir. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 81.

²⁸⁷ - Osman Yaşar, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 703.

²⁸⁸ - Osman Yaşar, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 698.

²⁸⁹ - Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 83.

tazminat isteme hakkının net biçimde ortaya çıkmış olmasından kaynaklanmaktadır²⁹⁰.

Bildirim zorunluluğu 466 sayılı Kanun döneminde yoktu. Öte yandan CMK md. 141/2’de sadece CMK md. 141/1-e ve f bentlerindeki haller için hak öğretme zorunluluğunun getirilmesi ise yeterli değildir. Diğer koruma tedbiri uygulamalarından dolayı ilgiliye tazminat isteme hakkının bulunduğu bildirilmemesi yerinde olmamıştır²⁹¹.

3.4.1.7. Yakalama veya Tutuklama Nedenleri ile Suçlamaların İlgiliye Yazıyla veya Bunun Hemen Olanaklı Bulunmadığı Hâllerde Sözle Açıklanmaması

Anayasa md. 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 hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.”

şeklindeki ifadesiyle AIHS md. 5/2 ve md. 6/3-a hükümlerinde öngörülen temel bir hak güvence altına alınmıştır²⁹². Yakalama veya tutuklama sebepleri ile isnat olunan suçlamanın anlaşılacak netlikte ve kapsamda şüpheli veya sanığa bildirilmesi, kişinin keyfi olarak tutulmadığına ikna olması ve kendini savunabilmesi için zorunludur²⁹³. Öyle ki kişinin neden yakalandığının veya tutuklandığının kendisine bildirilmesi, yakalama ve tutuklama tedbirlerine karşı itiraz hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesini sağlamak için şarttır²⁹⁴.

²⁹⁰ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 102-103.

²⁹¹ - Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 1000.

²⁹² -Silahların eşitliği ilkesi uyarınca kişinin kendisine yöneltilen suçlama konusunda bilgilendirilmesi, savunmasını hazırlamaya yeterli olacak boyutta olmalıdır. Zehra Yavuz, **Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 32.

²⁹³ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 97.

²⁹⁴ - Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 109.

Şüpheli veya sanığın isnat yeteneği yoksa, yasal temsilcisine bilgi verilerek yakalama veya tutuklama nedenleri bildirilmelidir²⁹⁵.

Aydınlatılma hakkı, kişiye savunma hakkını hazırlaması için verilmiş bir haktır. Suçlamanın niteliğinin ve nedeninin kişiye hemen söylenmesi hususu, AİHS md. 6/3-a hükmünün de bir gereğidir.

CMK md. 147/1-b hükmü gereği de ifade alma veya sorguya çekme esnasında da şüpheli veya sanığın kendisine, yüklenen suç anlatılır.

PVSK md. 13 düzenlemesinde de Anayasa md. 19/4 ile tam bir uyum göze çarpmaktadır:

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

YGİY md. 6/4’te de yakalanan kişiye, yakalama sebebi ve hakkındaki iddiaların herhalde yazılı, derhal mümkün değilse sözlü olarak bildirim şart koşulmuştur.

CMK md. 97 ve YGİY md. 6/7 hükümlerinde de yakalama işleminin tutanağa bağlanacağı, bu tutanakta kişinin hangi suç nedeniyle yakalandığı da yazılacağı belirtilmiştir. Ayrıca YGİY md. 6/7 uyarınca tutanağın bir suretinin yakalanan kişiye verilmesinin şart kılınması, bildirim yükümlülüğüne uyulup uyulmadığının ispatı bakımından önemli bir işlev görmektedir.

CMK md. 101/2 uyarınca hukuki ve fiili nedenleri gösterilen gerekçeli tutuklama kararının içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilecek, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilecek ve bu husus kararda belirtilecektir.

İsnat edilen suç ile ilgili olarak açıklama yapılırken suç tipinin düzenlendiği kanun maddelerinin açıklanması şart değildir. Kanun maddelerinin açıklanmaması

²⁹⁵- Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 110.

aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık olarak yorumlanamaz²⁹⁶. Ayrıca yakalanan kimsenin bilgilendirilmesi hususunda özel hiçbir prosedür bulunmamaktadır²⁹⁷.

Bu yükümlülükler uyulmaması durumunda maddi zararlardan çok manevi zararın doğduğunu kabul etmek yerinde olacaktır²⁹⁸.

3.4.1.8. Yakalama veya Tutuklama Durumlarının İlgilinin Yakınlarına Bildirilmemesi²⁹⁹

Tutuklama veya tutuklamanın uzatıldığına ilişkin kararların tutuklunun yakınlarına bildirilmesi, insani ve aynı zamanda kişinin merak edilmemesini sağlaması yönünden gerekli bir düzenlemedir³⁰⁰. Yakalanan veya tutuklanan kimselerin yakınlarına duruma ilişkin bildirimin yapılmamasının, yakınlar nezdinde üzüntü ve ıstırap yaratacağı varsayılmıştır³⁰¹. İlgiliden hiçbir haber alamayan yakınların üzüntü ve endişesinin doğurduğu sonuç ile haber vermeme durumu arasında nedensellik bağının mevcut olması, maddi ve manevi tazminat istenebilmesi sonucunu doğurmaktadır³⁰².

²⁹⁶ - İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 344.

²⁹⁷ -AİHM, 11.07.2000 tarihli Dikme & Türkiye kararı. (19.09.2006 tarihli Süleyman Erdem & Türkiye kararından alıntıdır.), (Çevrimiçi)<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>, 11.09.2010.

²⁹⁸ -Ahmet Gündel, **Atatürk’e, Cumhurbaşkanı’na, Cumhuriyet’e, Hükümet’e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, s. 192. Nitekim CMK md. 141 gerekçesinde, bu bent uyarınca sadece manevi zararların tazmininin gündeme gelebileceği vurgulanmıştır. Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 219.

²⁹⁹ -Bu bildirimin hemen yapılmasına dair 466 Sayılı Kanun’da açık düzenleme olmasına rağmen CMK md. 141/1-h düzenlemesinde bildirimin zamanına dair düzenleme olmaması, bildirimin keyfi biçimde herhangi bir zamanda yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim Anayasa ve CMK’nin ilgili düzenlemeleri bildirimin derhal ve gecikmeksizin yapılmasını şart koşarak bu noktadaki tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

³⁰⁰ -Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 409. Tutuklanan kişi için müdafî bulunması, delil ve tanık aranması, tutuklananın serbest meslek sahibi olması durumunda işlerinin yürütülmesinde ailesinin büyük faydası olacağına dair ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 79.

³⁰¹ -Nitekim AİHM, bir kişinin tutuklandığında ailesiyle çabuk bir şekilde iletişim kurmasının büyük önem arz ettiği kanısındadır. Bir aile bireyinin, kısa süre için de olsa açıklanamayan nedenle ortadan kaybolması büyük endişeye sebebiyet verebilir. Dokuz gün boyunca kişinin, ailesi ile iletişim kurmasına fırsat verilmeksizin gözaltında tutulması AİHS md. 8 hükmünün ihlali olarak değerlendirilmiştir. (AİHM, 11.04.2006 tarihli Uçar & Türkiye kararı.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 12.06.2010.

³⁰² - Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 34.

Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesinin 6. fıkrasında, kişinin yakalandığı veya tutuklandığının yakınlarına **derhal** bildirilmesi şart koşulmuştur³⁰³. Bildirim mecburidir; yabancılar için öngörülen düzenleme haricinde herhangi bir istisna mevcut değildir. Yakınlara durumun bildirilmesine ilişkin bu hak, AİHS md. 5'te ise düzenlenmemiştir.

Yakalama veya gözaltına alma durumlarının yakınlarla bildirilmesini şart koşan CMK md. 95'e göre:

“ (1) *Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına³⁰⁴ veya belirlediği bir kişiye³⁰⁵ gecikmeksizin haber verilir.*

(2) *Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bildirilir³⁰⁶.*”

Görüldüğü üzere CMK, Anayasa'dan farklı olarak hem gözaltına alınanın yakınlarına, hem de yakınlar dışında üçüncü kişilere bildirimini mümkün kılarak daha geniş düzenlemelere yer vermiştir.

CMK md. 90/5 uyarınca yakalama durumu kendisine hemen haber verilen Cumhuriyet savcısı, ya kişinin serbest bırakılmasını ya da gözaltına alınmasını emredecektir. Kişi gözaltına alınmayacaksa durumdan haberdar edilen savcının

³⁰³ -Yani bildirim, tutuklamanın amacına zarar verebileceği gerekçesiyle de olsa geciktirilemez.

Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 409.

³⁰⁴ -Yakınlık kavramının belirlenmesinde eş, çocuklar, ana baba, kan-evlilik-evlatlık bağı olan kimseler anlaşılmalı da ilgilinin kendi beyanına üstünlük tanınmalıdır. Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 33. Aynı yönde ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 451. Yakınlık kavramının akraba ile sınırlanmadığına ilişkin ifade için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, s. 177. Bildirim için yakınlardan en kısa ve kolay haber verilecek olanların tercih edilmesinin doğru olacağı, illa ana veya babaya haber verilmesinin şart olmadığı yönündeki ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 508.

³⁰⁵ - 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu md. 10/a uyarınca bu kanun kapsamındaki suçlarla ilgili olarak, soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir. Dolayısıyla bu kapsamda belirlenen bir kişiye de haber verilmesi şeklindeki seçimlik hakkın kullanılmasına izin verilmeyecektir.

³⁰⁶ -Yakalanan veya gözaltına alınan yabancıнын yakınının yahut belirlediği bir kişinin mevcut bulunması her zaman için mümkün olmadığı için bildirim hususunda böyle bir usul benimsenmiştir. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 79.

emriyle yakalanır yakalanmaz serbest bırakılacağından bu durumda bildirim gereksiz, hatta imkânsız olabilir. Kişinin yakalandığını ve hemen serbest bırakıldığını ilgilinin yakınlarına bildirmenin bir manası yoktur³⁰⁷. Dolayısıyla bildirim, ancak yakalama işleminin gözaltı ile sonuçlanması durumunda bir anlam ifade edecektir.

YGIY md. 8'deki haber verme prosedürüne ilişkin ayrıntılı düzenleme gereğince de:

Yakalanan kişinin; a) Kendisi ile birlikte bir kişi varsa bu kişi vasıtasıyla, b) Suçun işlendiği veya yakalandığı yerde ikamet ediyorsa ve haber vereceği yakınının telefon numarasını biliyorsa ya da kolluk vasıtasıyla sair suretle tespit edilebiliyorsa, telefon ile c) Haber vereceği yakınının telefon numarasını bilmiyorsa ilgili yer kolluğu vasıtasıyla, d) Konutu suç yeri dışında ise telefonla veya kişinin adresinin bulunduğu yerle ilişki kurulmak suretiyle yakalandığı, gözaltına alındığı veya gözaltı süresinin uzatıldığı Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilir. Yakalanan veya gözaltına alınan kişi yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması hâlinde, durumu vatandaşı olduğu ülkenin büyükelçiliği veya konsoloslughuna haber verilir. Muhafaza altına alınmak amacıyla kişinin yakalandığı, istediği kanunî yakınlarına derhâl bildirilir.

PVSK md. 13 uyarınca ise:

“Kişinin yakalandığı, istediği kanunî yakınlarına derhal bildirilir.”

Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki soruşturmalarda ise, Terörle Mücadele Kanunu³⁰⁸ md. 10/1-a hükmü gereği:

“Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.”

Tutuklama durumunun yakınlara bildirilmesini teminat altına alan CMK md. 107 uyarınca ise:

³⁰⁷ - Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 284-285.

³⁰⁸ -12.04.1991 tarihinde 20843 sayılı RG’de yayımlanan, 3713 sayılı Kanun.

“ (1) Tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hâkimin kararıyla gecikmeksizin haber verilir³⁰⁹.

(2) Ayrıca, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla³¹⁰ tutuklunun tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verilir³¹¹.

(3) Şüpheli veya sanık yabancı olduğunda tutuklanma durumu, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir.”

Yakalananın, yakalandığını bir yakınına kendisinin bizzat bildirme hakkı olmamasına³¹² rağmen tutuklanan için bizzat bildirme imkânı mevcuttur. Ancak yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat haber vermek için tutuklama durumunda soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmemesi³¹³ kıstasının aranması isabetsiz olmuştur. CMK md. 107/1 uyarınca hâkim kararıyla gecikmeksizin haber verilmesi zorunlu kılınırken aynı bildirimin tutuklanan kişi tarafından bizzat yapıldığı durumlarda soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceğini söylemek hatalıdır³¹⁴. Ama sonuçta hâkim kararıyla yapılan bildirim ile amaca ulaşılmış olacaktır³¹⁵.

Görüldüğü üzere Türk vatandaşları hakkında uygulanan yakalama, gözaltı veya tutuklama durumlarının, hakkında tedbir uygulanan kişinin yakınına veya belirleyeceği kişiye bildirilmesi yetkili makam bakımından zorunlu kılınmıştır³¹⁶.

³⁰⁹-Bildirim Cumhuriyet savcısı aracılığıyla kolluk güçlerince yapılmasının da mümkün olduğuna dair ifade için bkz. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 409.

³¹⁰-Soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmediğine kimin karar vereceği kanunda belirtilmemesine rağmen bu hususta hakim kararının olması gerekliliğine ilişkin ifade için bkz. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 46.

³¹¹-Bizzat bildirim ve yakınların yanı sıra tutuklunun belirlediği kişiye bildirim imkanının getirilmesi Anayasa md. 19/6 hükmünü aşan niteliktedir. Öte yandan kanaatimce özgürlükleri kısıtlamayan, aksine genişleten kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

³¹²- Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 75.

³¹³-Her uzak ihtimal, tehlikeden söz edilmesini gerektirmez. Tehlikenin ciddi olması gerekir. Ayrıca tehlikenin olup olmadığının takdiri, tutuklama kararını veren makama ait olmalıdır. Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 336.

³¹⁴- Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 308-309.

³¹⁵-Yakalama ve gözaltı durumunda bildirimin Cumhuriyet savcısının, tutuklama durumunda hakim sorumluluğunda olması, bildirim hususunda kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasına ne denli önem verildiğinin göstergesidir. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 99.

³¹⁶-Hâlbuki CMK md. 107/2 uyarınca tutuklanan kişiye durumunu bizzat bildirme hakkı tanınmıştır. Bu husus, yükümlülük gibi zorunlu olarak dayatılan bir olgu olmadığından hakkı kullanmamanın da bir hak olduğu gözetilerek vatandaşa da yabancılar gibi yazılı olarak karşı çıkmak kaydıyla bildirimden kaçınma hakkı tanınması yerinde olurdu. Mevcut düzenleme gereği ise vatandaşlar

Öte yandan hem CMK md. 95/2 hem de 107/3 uyarınca yabancıya, yazılı olarak karşı çıkmak kaydıyla duruma dair bildirim yapılmasını önleme imkânı tanınmıştır³¹⁷.

CMK md. 141 gerekçesinde tıpkı bir önceki alt başlık altında incelenen, yani CMK md. 141/1-g’de öngörülen tazminat sebebinde olduğu gibi yakalama veya tutuklama durumlarının ilgilinin yakınlarına bildirilmemesi halinde de manevi tazminat isteminin söz konusu olabileceği vurgulanmıştır³¹⁸.

3.4.1.9. Arama Kararını Ölçüsüz Bir Şekilde Gerçekleştirme

Arama koruma tedbirinin uygulamasından doğan zararların devletçe tazmin edileceği yönünde hüküm, ilk kez 5271 sayılı CMK’de yer almıştır. Bu durum, hukuk devletinin gelişmesi adına çok önemli bir kazanım olarak değerlendirilmekte³¹⁹, başta mülkiyet hakkı olmak üzere kişi temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının kanun tarafından önemsendiğini ve gözetildiğini ortaya koymaktadır. Zira uygulamada yıllardır adli aramanın³²⁰ gereksiz ve ölçüsüz uygulanmasından doğan zararların devletten istenebilmesi mümkün olmamıştır³²¹.

bakımından yakınlar veya belirlenen kimseye bildirim zorunlu olup mevcut durumdan yakınları haberdar etmeme hukuksal ihlal oluşturup CMK md. 141/1-h gereği devletin tazminat sorumluluğunu gerektirecektir. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 80.

³¹⁷-Hakkın kullanılmasından vazgeçme imkânı tanınıyorsa bu hakkın herkese eşit biçimde sahip olması ve uyuğa göre fark yaratılmaması gerekliliği yönündeki isabetli ifade için bkz. Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 yılı**, s. 186. Uyuğa göre fark gözetmenin anlamsız olmasının yanı sıra iradi olarak da olsa yabancı uyruklu vatandaş, tabi olduğu konsoloslukun yardımıyla mahrum etmenin isabetsizliği yönündeki ifade için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 115.

³¹⁸- Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 219. Kanaatimce bildirimin gerçekleşmemesi ile bağlantı kurulabilen maddi zararların istenebilmesine bir engel olmadığından maddi tazminat istemi de mümkündür. Sözelimi bir iş adamının yakalandığının yakınlarına bildirilmemesi dolayısıyla bazı ticari yükümlülüklerini yerine getiremeyerek maddi zarara uğranılması durumunda da manevi tazminatın yanı sıra maddi tazminat isteminde bulunulabilecektir. Hakan Hakeri, “Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”, (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.

³¹⁹- Recep Gülşen, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., Mart 2005, s. 94.

³²⁰-Adli arama, failin veya delillerin bulunmasına ve hükmün infazına hizmet ettiğinden koruma tedbidir. Önleyici arama ise suç işlenmeden önce söz konusu olduğundandır ki konumuz ile ilgisi yoktur.

³²¹-466 Sayılı Kanun’da arama ve diğer koruma tedbirlerinden doğan zararların tazminine yönelik düzenleme olmamasının büyük bir eksiklik olarak değerlendirildiği görüş için bkz. V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yay., 1999, s. 153. (569 No’lu dipnot.), Recep Gülşen, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, s. 95. Gülşen, idari

Ancak peşinen vurgulamak gerekir ki hâlihazırdaki düzenleme uyarınca arama şartlarının gerçekleşmemesine rağmen arama kararı alınması ve uygulanması durumunda CMK md. 141/1-i uyarınca tazminat istenemeyecektir. Sadece aramanın uygulanması ile ilgili olarak, yani aramanın ölçüsüz olması durumunda tazminat isteminde bulunulabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu husus, bölüm sonuna doğru yeniden irdelenecektir.

CMK md. 141/1-i hükmünde her ne kadar arama kararından bahsedilmiş olsa da savcı ve kolluk amirlerinin yazılı emri ile yapılan aramalardan doğan zararlarda da tazminat istenmesi mümkündür.

CMK md. 116 ve devamında düzenlenen arama ve elkoymaya ilişkin düzenlemeler, AİHS'nin 8. maddesi ile öngörülen yasa ile düzenlenme ölçütü, temel hak ve özgürlüklere saygılı olunması gerekliliğine uygun niteliktedir.³²²

Arama, şüpheli kişi ya da delillerin ele geçirilmesi amacıyla ev ya da sair yerlerde araştırma yapılması demektir³²³. Yani arama koruma tedbiri ile ulaşılmak istenen amaç, delil elde etmek veya şüpheli ya da sanığı yakalamaktır³²⁴. Arama gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması amacıyla yapıldığından görülen, koklanan, işitilen delil veya emareler hakkında arama işlemi uygulanamayacağı kabul edilmektedir³²⁵. Konumuza ilişkin olan adli arama, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği³²⁶ md. 5'te:

“Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.”

personelin işlemlerinden kaynaklanan hizmet kusuru dolayısıyla idareye karşı tam yargı davasının açılabilmesi doktrinde vurgulandığını; fakat bu hususta kanuni boşluk olduğuna değinmektedir.

³²²- Durmuş Tezcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 118.

³²³-Nur Centel, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, s. 72.

³²⁴- V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 18.

³²⁵-Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 424.

³²⁶-01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı RG'de yayımlanan yönetmelik.

olarak tanımlanmıştır.

Arama ceza muhakemesi hukukunun ilk işlemlerinden biri olduğundan bireyi yakından ilgilendirir. Henüz suç işleyip işlemediği belli olmayan şüpheli veya sanığın yahut diğer kişilerin³²⁷ vücut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı gibi bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlandırdığındandır ki³²⁸ arama işlemi esnasında hukuk devleti, insan onurunun dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, dürüst işlem³²⁹, orantılılık³³⁰ ve maddi gerçeğin araştırılması ilkelerine sadık kalınmalıdır³³¹. Aranılan şeylerin suç ile bağlantılı olması ve bu şeylerin aranan yerde bulunduğu umulması aramanın temel iki şartıdır³³².

Milli güvenlik, kamu düzeni vs. bazı sebeplerle usulüne uygun hâkim kararı, gecikmesinde sakınca olan durumlarda³³³ ise kanunen yetkili kılınmış merciin yazılı emri olmadan Anayasa md. 20 gereği kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının, eşyasının aranamayacağı ve bunlara elkonulamayacağı; Anayasa md. 21 gereği ise kimsenin konutuna girilemeyeceği, konutta arama yapılamayacağı ve konuttaki eşyalara

³²⁷-Tanıklıktan çekinebilecek kişilerin de aranabileceği fakat mağdurun diğer kişiler kapsamında değerlendirilmemesi gerekliliği yönündeki ifade için bkz. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 243.

³²⁸- V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 20-21.

³²⁹-Yazılı bir arama kararı veya emri olmamasına rağmen varmışçasına arama yapılması dürüst işlem ilkesine aykırıdır. Karar veya emir olmaksızın yapılan arama hukuka aykırı olduğundan elde edilen deliller hukuka aykırı, yasak deliller olacağı gibi ilgililerin TCK md. 120 gereği haksız arama ve TCK md. 116 gereği konut dokunulmazlığını ihlalden dolayı cezalandırılması da mümkün olabilecektir. Recep Gülşen, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, s. 92. Bu ifadelerle ilaveten CMK md. 141 bağlamında tazminat sorumluluğunun da gündeme gelebileceği yönündeki görüş için bkz. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 433.

³³⁰-Orantılılık ilkesinin ilgiliden öncelikle aranılan şeyi talep etmeyi; istenen şey verilmediği takdirde arama yapılması yoluna gidilmesini gerektirmektedir. Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 439.

³³¹-Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Yay., 2000, s. 2. (1 No'lu dipnot)

³³²-Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**, s. 36. Aynı doğrultuda ifadeler için bkz. V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 34. CMK md. 116 gerekçesine göre kamusal yarar ile kişisel haklar arasındaki denge bu şartlarla sağlanmaktadır. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 330

³³³-Gecikmesinde sakınca bulunan durumda yazılı emir aranmasının anlaşılabilir olmadığı yönündeki ifade için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s. 293. Gecikmede sakınca bulunması teriminin son derece geniş ve belirsiz bir ifade olması dolayısıyla kötüye kullanmaya elverişli olduğu, bugünkü uygulamamızda arama kararını hâkimin vermesinin istisna, savcı ve özellikle kolluk tarafından verilmesinin kural halini aldığı yönündeki doğru tespitler için bkz. V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 75.

elkonulamayacağı hüküm altına alınmıştır³³⁴. Her iki hükümde de yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı; hâkimin kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklayacağı; aksi halde, el koymanın kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir.

CMK md. 127/3'te hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirilen elkoymaların hâkim onayına sunulacağı ve böylelikle başlangıçta ulaşılamayan hâkim kararına ulaşılabileceği düzenlenmiştir. Peki, kanunen yetkili kılınan merciin verdiği arama kararlarının hâkim onayına sunulması zorunlu mudur?

Doktrinde durum tartışmalı olmakla beraber³³⁵ kanaatimce arama, fiili durumdaki sakıncaları bertaraf etmeyi amaçlayan ve acil olarak uygulanması gerekli bir koruma tedbiri olduğundan hâkim kararı ile onayın aramadan sonra şart kılınmasının pratik bir faydası yoktur. Anayasa düzenlemeleri de elkoyma halinde hâkim kararının teminini zorunlu tutmuş olup CMK md. 127/3 bu hususu desteklemektedir. Özetle aramaya ilişkin CMK md. 119'da arama emrinin hâkim onayına sunulmasının zorunlu kılınmayışı, kanaatimce hukuka aykırılık arz etmemektedir.

CMK md. 116:

“Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe³³⁶ varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”

³³⁴-Konut dokunulmazlığı ve özel yaşamın gizliliğini koruyan anayasal hükümlerde arama koruma tedbirinin uygulanma şartlarının düzenlenmiş olmasının, aramaya maruz kalana güvence niteliğinde olduğu yönündeki ifade için bkz. V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 12.

³³⁵- Arama emrinin de hakim onayına sunulmasının şart olduğu; çünkü Anayasa md. 21'in bunu zorunlu kıldığı yönündeki görüş için bkz. Naim Karakaya, **Soruşturma (CMK) Cep Kitapları -9-**, s. 42. Anayasa md. 20/2 dikkate alındığında Cumhuriyet savcısının yazılı arama emrinin hakim onayına sunulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 590-591. Arama emrinin, elkoyma yapılmadığında hakim onayına sunulmasına gerek olmadığı, aramanın hukukilik denetiminin CMK md. 141 v.d. ile sağlanacağından varsayılan boşluğun giderileceği yönündeki ifade için bkz. Murat Aydın, “Arama, Elkoyma”, **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 54-55. Hakim denetiminin Anayasa md. 20/2 bağlamında da sadece elkoyma durumunda şart koşulduğu, dolayısıyla arama emrinin hakim onayına sunulmasının şart olmadığı yönündeki bir diğer görüş için bkz. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 437.

³³⁶-Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği md. 6'da düzenlenen makul şüpheye ilişkin hüküm: *“Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul*

Maddede geçen makul şüphe ibaresinden, ‘umma’ derecesinde bir şüphe anlaşılmaktadır. Belirsiz ve basit bir şüphe ile kişilerin özel yaşamlarının gizliliğine müdahale edilemez³³⁷.

CMK md. 117 gereği, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı halinde³³⁸ şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin³³⁹ de üstü³⁴⁰, eşyası, konutu, iş yeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Arama tedbirinin icrası sırasında eğer güvenlik bakımından bir tehlike söz konusu değilse muhataba arama kararı veya emrinin gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amiri arama emrini ancak yazılı olarak verebilir; yani sözlü talimatla arama emri verilmesi ve sonradan bu emrin yazıyla teyit edilmesi mümkün değildir³⁴¹.

CMK md. 119/1 hükmü uyarınca arama, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına

şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.”

³³⁷- M. Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Ankara, Seçkin Yay., 2003, s. 146.

³³⁸-Görüldüğü üzere bu durumda CMK md. 116’daki umma şüphesi yeterli olmamakta; daha yoğun ve somut bir şüphenin varlığı gerekmektedir. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 331. Arama, özel hayata müdahale niteliğinde olduğundandır ki özellikle şüpheli veya sanık dışında kalan kişilerde yapılacak aramanın daha özenli gerçekleştirilmesinin zorunlu sayıldığına dair ifade için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 142. Dikkat edilmelidir ki md. 117/3 gereği şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında arama için bu sınırlama geçerli değildir. Çünkü burada, saptanmış bir olgu söz konusudur. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 430.

³³⁹-Diğer kişi, şüpheli veya sanık olmayan, suça iştirak etmeyen kişidir. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 429.

³⁴⁰-Suç şüphelisi olmayan kişilerle birlikte cezai ehliyeti bulunmayan kişilerin de aranamayacağına dair ifade için bkz. Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 139.

³⁴¹-Murat Aydın, **CMK Çalıştay**, s. 53.

ulaşılamadığı hallerde ise³⁴² kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerince³⁴³ yapılır³⁴⁴. Ancak, konut ve iş yeri gibi kamuya kapalı yerlerde arama yapılabilmesi için hâkim kararı yahut gecikmede sakınca varsa savcı emri olmalıdır³⁴⁵. Kolluk amiri, kapalı yerlerde arama yapılmasına ilişkin emir verme yetkisine sahip değildir³⁴⁶. Yani kolluğa tanınan yetki, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısına da ulaşılamazsa³⁴⁷, sadece kişilerin üstünün aranması ya da kamuya açık olan kapalı alanlarda arama emri verebilecek şekilde düzenlenmiştir³⁴⁸.

Arama kararı veya emri olmaksızın mağdur dışındaki ilgilinin rızası ile yapılan arama hukuka aykırıdır. Aramaya rıza gösterilse bile ilgilinin iradesinin sakatlandığı varsayılarak, gönüllü olarak aramaya razı olunmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu düşünülmektedir³⁴⁹. Nitekim konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek ve arama yapmak için ilgilinin rızasını yeterli kılan Adli ve

³⁴²-Ki uygulamada Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması çok istisnai bir hal olduğu için kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılması da nadiren rastlanan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 56.

³⁴³-Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde tanımlar başlığı altında düzenlenen md. 4 uyarınca kolluk, jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini; kolluk amiri ise konuyla ilgili yetkili ve görevli olan kolluk biriminin amirini ifade etmektedir.

³⁴⁴-Pek tabii ki arama kararı veya emri verenler de aramayı bizzat yapabilirler. Hâkim ve savcı, arama yaparken veya huzurunda yaptırırken zabıt kâtabi de hazır bulunmalıdır. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 49. Normal koşullarda, gecikmesinde sakınca bulunmayan durumlarda kolluk, arama kararının alınmasını talep ettiği durumlarda ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlayarak Cumhuriyet savcısına sunar. Cumhuriyet savcısı da eğer arama işlemini gerekli görürse yetkili ve görevli hâkime arama talebinde bulunur. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 56.

³⁴⁵-Bununla birlikte 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlarla ilgili olarak md. 17 uyarınca özel konut ve eklentilerinde yapılacak aramalarda hakim kararı şart kılınmıştır. Böylelikle bu ihtimalde, gecikmesinde sakınca olan durumlarda dahi Cumhuriyet savcısının arama emri verme yetkisi kabul edilmemiştir.

³⁴⁶-Acil durumlarda suçun önlenmesi amacıyla ölçülülük ilkesine uyularak, kolluğun ve hatta diğer kişilerin konuta girmesi ve yakalama işlemini uygulamasının TCK md. 25 bağlamında hukuka uygun olduğuna, fakat bu hususun hak ihlallerine yol açmaması için çok dar yorumlanması gerekliliğine ilişkin ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 43.

³⁴⁷-Öte yandan bir adliye nöbetçi olsun ya da olmasın Cumhuriyet savcısına ulaşmanın her zaman için mümkün olduğuna dair vurgu için bkz. Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 201. Cumhuriyet savcısıyla iletişime geçilmesine rağmen gecikmeksizin yazılı emrin alınamadığı durumlarda da ulaşılamadan söz edileceğine dair ifade için bkz. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 244.

³⁴⁸-Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 338-339. 5353 sayılı kanunla yapılan değişikliktten önce ise kolluk görevlilerine hiçbir şekilde arama emri verme yahut elkoyma yetkisi tanınmamıştı.

³⁴⁹- Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 46.

Önleme Aramaları Yönetmeliği md. 8/f hükmündeki “*ilgilinin rızası*” ibaresi Danıştay tarafından iptal edilmiştir³⁵⁰.

CMK md. 119/2 hükmü gereği arama karar veya emrinde aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi³⁵¹ açıkça gösterilmelidir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, kolluk kuvvetlerinin arama sırasında gösterebilecekleri keyfiliği önlemeyi amaç edinmiştir³⁵². Arama kararında aramanın sınırları özenle belirlenmelidir. Sözgelimi arama sırasında sadece arama karar veya emrine konu kişi veya eşyanın bulunabileceğinden şüphelenilen yerlere bakılmalıdır³⁵³. Arama kararı bir defa için geçerli olduğundan yeniden arama yapılabilmesi için yeni bir arama kararı alınması gerekir³⁵⁴. Böylelikle soyut, belirsiz ve geniş kapsamlı bir arama kararı veya emri verilmemiş olacaktır³⁵⁵. Sonuç itibariyle aramada ölçülülük, yazılı kıstaslar ile teorik düzlemde de olsa sağlanmış olacaktır³⁵⁶.

Dikkatlerden kaçmaması gereken usuli bir hüküm olan CMK md. 119/4’te belirtildiği üzere Cumhuriyet savcısının katılmadığı kapalı yer aramalarında komşulardan yahut o yer ihtiyar heyetinden iki kişinin hazır bulundurulması zorunludur. İki değil de bir kişinin bulundurulması ise aramayı batıl kılacaktır³⁵⁷. Bu hüküm de hak ihlallerinin önüne geçmek içindir. Konutta yapılan aramanın fotoğraflanması veya filme çekilmesi tanıkların yerine geçmeyecektir³⁵⁸. Tanıkların kimlikleri arama tutanağına yazılarak imzaları alınmalıdır³⁵⁹.

³⁵⁰ -İptal kararı için bkz. (Danıştay 10. Dairesi, 2005/6392 E., 2007/948 K., 13.03.2007 T.)

³⁵¹ -Süre geçtikten sonra yapılacak yeni bir arama için yeni arama kararının veya emrinin şart olduğuna dair ifade için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 146.

³⁵² - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 47.

³⁵³ - Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, s. 246.

³⁵⁴ - Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 438.

³⁵⁵ - Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 145. Sözgelimi sadece kişinin üstünün aranması için verilen karardan hareketle kişinin evinin aranması mümkün değildir. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 426.

³⁵⁶ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 48.

³⁵⁷ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 49.

³⁵⁸ - Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 148.

³⁵⁹ - Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 438.

CMK md. 118/1 uyarınca kural olarak gece vakti³⁶⁰ konutta, iş yerinde veya diğer kapalı yerlerde³⁶¹ arama yapılamaz³⁶². Böylelikle geceleyin konutlarında dinlenmeye çekilmiş insanların rahatsız edilmelerinin önlenmesi amaçlanmıştır. Kaldı ki aramanın konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturması bu tip bir düzenlemeyi zorunlu kılmıştır³⁶³. Öte yandan CMK md. 118/2 hükmü gereği istisnaen, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da³⁶⁴ firar eden kişi veya tutuklu ya da hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda CMK md. 118/1 hükmü uygulanmayacak; yani hâkim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumda Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle gece vakti de arama yapılabilir.

CMK md. 120 uyarınca aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilecektir. Bu kimselerin arama esnasında hazır bulunmaları mümkün olmadığı takdirde temsilcileri veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi ya da komşusu hazır bulundurulacaktır. Dikkat edilmelidir ki, yerin sahibi yahut eşyanın zilyedi arama mahallinde bulunmakla beraber aramaya katılmazlarsa veya çıkıp gidecek olurlarsa bahsi geçen diğer kişiler aramada hazır bulundurulmazlar³⁶⁵. CMK md. 120/3 gereği

³⁶⁰-TCK md. 6/1-e: “Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi,” anlaşılır.

³⁶¹-Kapalı yerlerden kasıt kamuya açık olmayan alanlardır.

³⁶²-Gündüz başlanan arama ise devam edilmesi gerekliliği mevcut ise gece de sürdürülebilir. Dolayısıyla aramanın gündüz yapılmasının mutlaka gündüz bitirilmesi anlamını taşımayacağına ilişkin ifade için bkz. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 432. Hukuk devleti, vatandaşına hiçbir gerekçe olmaksızın her gece evinde arama yapılacağı kaygısı ile yaşama duygusu veremez. Devletin suçla mücadele etme yönündeki gerekçesi bahaneye dönüşmemelidir. Keyfiliğin hüküm sürdüğü uygulamaların ancak polis devletinde olabileceğine ilişkin isabetli görüş için bkz. V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 24 ve 31. Gece vakti çalışan bar, pavyon gibi iş yerlerinde gece vakti de aramaya imkân veren açık düzenleme olmadığından ve dolayısıyla kişi özgürlüğü kıyasen de daraltılamayacağındandır ki bu gibi yerlerde de ancak md. 118/2’deki şartların varlığı halinde arama yapılabilir. Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 94. Aynı yönde ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 587.

³⁶³- Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 143.

³⁶⁴-Dikkat edilmelidir ki önceden yakalanmamış bir kişinin konutuna girilmesi için suçüstü hali veya gecikmesinde sakınca bulunan durum olması gerekir. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 432.

³⁶⁵- Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 340.

ise kişinin avukatının arama için çağırılması zorunlu olmamakla beraber aramada hazır bulunmasına engel olunamaz.

Aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verme, CMK md. 120/2 uyarınca, şüpheli veya sanık değil de CMK md. 117’de belirtilen diğer kişiler veya zilyedin yerine aramada bulunacak kişi için zorunlu kılınmıştır. Şüpheli veya sanığın hâkimiyetindeki sahada yapılan aramada aramanın amacı hakkında bilgilendirmede bulunmak şart olmamakla birlikte orantılılık ölçütüne uygun davranmak gerekir³⁶⁶.

CMK md. 122 gereği ise hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge ve kâğıtlarını inceleme yetkisinin Cumhuriyet savcısı ve hâkime ait olduğu düzenlenmiştir. Zilyedin rızası halinde belge ve kâğıtların kollukça incelenmesine cevaz veren CMUK md. 102 hükmünün aksine, CMK md. 122 uyarınca kolluk görevlileri, zilyedin rızası olsa bile belge ve kâğıtları inceleyemeyecektir. Arama sırasında kolluk elde edilen bilgi ve belgelerin suç soruşturması veya kovuşturması ile ilgili olup olmadığını tespit edebilmek için sadece yüzeysel bir göz atma yetkisine sahiptir³⁶⁷. Böylelikle suçla hiçbir ilgisi bulunmayan belge ve kâğıtlara elkonulmayacak; dolayısıyla Anayasa md. 20 ve AİHS md. 8’de garanti altına alınan özel hayatın korunması ilkesine uyulmuş olacak; özel hayata yönelik gereksiz müdahalelerin de önüne geçilmiş olacaktır³⁶⁸. Nitekim inceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kâğıtların ilgisine geri verilmesi³⁶⁹, CMK md. 122/3 hükmünün gereğidir.

Teknolojinin, özellikle de bilişim teknolojisinin gelişimine kayıtsız kalmayan CMK, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama, elkoyma tedbirini 134. madde ile düzenlemiştir. Bu tedbir, arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin özel şeklini ifade etmektedir. Öyle ki arama ve elkoyma daha çok bina içindeki veya insan üzerindeki eşyalar için söz konusu olurken bu tedbirde

³⁶⁶- Naim Karakaya, **Soruşturma (CMK) Cep Kitapları -9-**, s. 46.

³⁶⁷-Cumhuriyet savcısının uzmanlık gerektiren hususlarda bilgi ve belgelerin incelenmesi için özellikle adli kolluktan yardım alabileceği yönündeki ifade için bkz. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 345.

³⁶⁸- Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 345.

³⁶⁹-Geri verme, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturma evresinde hakim tarafından yerine getirilecektir. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 149.

aranan, bilgisayarlar ve bilgisayar programları ile kütükleridir. Arama, devam eden soruşturma dolayısıyla³⁷⁰ suç şüphesi üzerine³⁷¹ başka surette delil elde etme imkânı da yoksa savcının istemi üzerine hâkimin kararı ile gerçekleştirilebilir. Bu tedbirin bu kadar sıkı koşullara bağlanmış olması özel hayatın gizliliği ilkesinin gözetilmesinin yanı sıra ticari, mesleki ve bilimsel sırlara saygının da gereğidir. Tedbir, sanıkların veya üçüncü kişilerin bilgisayarında değil sadece şüphelinin kullandığı bilgisayarda uygulanabilir. Dolayısıyla genel aramadan farklı olarak, üçüncü kişiler hakkında ve kovuşturma aşamasında sanık hakkında bu tedbire başvurulamayacaktır.

Bölüm başında belirtildiği üzere, CMK md. 141/1-i ifadesinden, sadece hukuka uygun olarak verilmiş arama kararlarının ölçüsüz biçimde uygulanmasından doğan zararların tazminat sebebi olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır³⁷². Arama konusundaki kanuni hakkın ölçüsüz davranışlarla kötüye kullanılmış olması tazminat hakkını doğuracaktır³⁷³. Kanunda neden böyle bir düzenleme getirildiği anlaşılamamakla birlikte aramanın ölçüsüz biçimde gerçekleştirilme ibaresi de belirsizdir³⁷⁴. Sözgelimi arama kararı olmaksızın kişinin evinin aranması veya arama kararı olsa bile yetkililerin evi birbirine katıp kişilere hakaretler yağdırarak arama yapması insan onurunu, güvenliğini zedeleyici bir tutum olacağından aramayı

³⁷⁰ -Aleni duruşmada mahkemenin bu tedbire karar vermesi halinde tedbirden haberdar olan ilgililer kayıtları yok edebileceğinden tedbire kovuşturma evresinde başvurulmasının yarar sağlamayacağı, dolayısıyla bu tedbirin sadece soruşturma evresinde uygulanabileceğine ilişkin ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 65.

³⁷¹ -Şüphenin derecesinin kanunda gösterilmemesi kanaatimce eksikliklerdir. Arama için de kuvvetli şüphe ölçütünün şart koşulmasının tedbiri uygulanmaz hale getireceği iddia edilse de CMK md. 134'teki sıkı koşulların kuvvetli şüpheyi de şart kılması yönündeki yorum, özgürlükler lehine olacağı gibi iletişimin denetlenmesi tedbiri ile uyum sağlanmış olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Öte yandan başka türlü delil elde etme imkânının olmaması halinde basit şüphenin yeterli sayılması gerektiği yönündeki ifade için bkz. Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 149.

³⁷² - Şemsettin Aksoy, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 157.

³⁷³ - Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 183.

³⁷⁴ - Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s. 636. Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, **Ceza Hukuku Dergisi**, s. 205. Yazarlara göre, ölçüsüz arama orantılılık ilkesine aykırılık olarak yorumlanmalıdır. Ölçsüzlüğün, aramanın koşullarının oluşmadığı durumları da kapsamına aldığı belirterek koşulları oluşmadığı halde gece vakti aramayı, gecikmesinde sakınca olmamasına rağmen hâkim kararı alınmaksızın gerçekleştirilen aramayı da ölçüsüz arama olarak değerlendirmektedirler. Aynı doğrultuda ifadeler için bkz. Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 146. Yine Gülşen de ölçüsüz aramanın icrasının yanı sıra hukuka aykırı arama durumunda da kişi hürriyetine verilen değerin gereği olarak devletten manevi tazminat istenebilmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Recep Gülşen, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, s. 95.

hukuka aykırı kılacaktır³⁷⁵. Aramayı gerçekleştiren kamu görevlisi, kişi onurunun zedelenmemesi için arama esnasında mümkün olduğunca etrafın dikkatini çekmemesini³⁷⁶, aranan yer veya eşyaların zarar görmemesini, orantılılık ilkesine uyulmasını sağlamalıdır³⁷⁷. Aramanın ölçüsüz olup olmadığı aranan şeyin niteliğine göre belirlenecektir. Somut olay bağlamında aramanın ölçülü olup olmadığı hususunda bir karara varılacaktır³⁷⁸.

CMK md. 141/2’de hakkındaki arama kararı ölçüsüz şeklinde gerçekleştirilen kişilere, tazminat isteme haklarını bildirmenin mecbur tutulmaması yerinde olmamıştır³⁷⁹.

Rücu müessesesinin etkin ve esaslı biçimde işletilmesi aramanın daha dikkatli ve ölçülü uygulanmasını sağlayacaktır³⁸⁰.

Kanaatimce aramanın şartları gerçekleşmemesine rağmen veya arama kararının veya emrinin usulüne uygun biçimde mevcut olmamasına rağmen arama işleminin ölçülü biçimde gerçekleştirilmesi durumunda hâlihazırdaki CMK md. 141 vd. uyarınca tazminat isteminin gündeme gelemeyecektir³⁸¹. Çünkü yakalama, tutuklama ve elkoymadan farklı olarak arama koruma tedbiri ile ilgili olarak sadece arama kararının uygulamasından doğan aksaklıklar tazminat sebebi olarak

³⁷⁵ - V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 27. Amaç dışı ve hukuka aykırı uygulamaların aramada ölçünün kaçırıldığını yansıtacağına ilişkin ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 99.

³⁷⁶ - Herkesin gözü önünde yapılan arama sonucu aşağılanma, itibarın sarsılması ve psikolojik yönden huzursuz olma gerekçeleriyle manevi tazminat istenebileceğine dair bkz. M. Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, s. 290.

³⁷⁷ - V. Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 138.

³⁷⁸ - Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 112. Üstü ya da aracı aranan kimseye kötü davranılması, aramaya konu evdeki kişilerin bir odaya kapatılması suretiyle işlemin gerçekleştirilmesi vs. gibi durumlar ölçüsüz aramaya örnek teşkil etmektedir. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 183.

³⁷⁹ - Yunus Baki, **Adli Arama**, (Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2007, s. 144.

³⁸⁰ - Yunus Baki, **Adli Arama**, s. 144. Yine aynı doğrultuda ifadeler için bkz. Recep Gülşen, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, s. 96.

³⁸¹ - Aksi yönde görüş için bkz. Kübra Talas, **Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Kitap)**, s. 351. Ölçülü fakat koşulları oluşmadan gerçekleştirilen arama sonucu manevi zarar istemine olanak sağlanmamasının eleştirilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 83.

belirlenmiştir³⁸². Dolayısıyla her somut olayda aramadaki ölçünün, aksaklık olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Tabii CMK md. 141/1-i kapsamı dışında kalan hukuka aykırı arama işlemlerinden dolayı, genel hükümlere göre tazminat isteminde bulunmayı engelleyen bir durum da yoktur³⁸³.

3.4.1.10. Eşyaya veya Diğer Malvarlığı Değerlerine Koşulları Oluşmadığı Halde Elkoyma veya Korunması İçin Gerekli Tedbirleri Almama ya da Eşyayı veya Diğer Malvarlığı Değerlerini Amaç Dışı Kullanma veya Zamanında Geri Vermeme

Elkoyma tedbirinin uygulamasından doğan zararların belli durumlarda devletçe tazmin edileceği yönündeki hüküm –tıpkı arama koruma tedbirinde olduğu gibi- ilk kez 5271 sayılı CMK ile mevzuatımızda yer almıştır³⁸⁴. CMUK uygulaması döneminde de doktrinde, elkoymadan doğan mağduriyetlerin giderilmesi için tazminat ödenmesi yönünde düzenleme yapılmasının uygun olacağı ileri sürülmüştür³⁸⁵.

³⁸²- Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 246. Sözelimi arama işleminin saatlerce sürmesi bu duruma bir örnektir. Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 323. Kişinin evinde yapılan arama sırasında tüm eşyaların dağıtılması, eşyaların çamurlu ayakkabılarla çişenmesi, etrafın kirletilmesi, duvarların kazılması, dolapların kırılması gibi davranışlar aramanın ölçüsüzlüğünü yansıtmaktadır. Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 695. Kişinin onurunu zedeleyecek biçimde üst araması yapılmasının veya koşulları oluşmamasına rağmen gece vakti arama yapılmasının manevi tazminat istemini gündeme getirebileceğine ilişkin görüş için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 83.

³⁸³- Şemsettin Aksoy, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, s. 157.

³⁸⁴-Arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin uygulamasından doğan zararların tazminat kapsamına dahil edilmesinin AİHS'ten de ileri bir duruma işaret ettiğine; nitekim AİHS md. 5'te salt yakalama, gözaltı ve tutuklama durumları için tazminat öngörüldüğüne ilişkin ifade için bkz. Hakan Hakeri, "Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat", (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.

³⁸⁵- Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1994, s. 223. Öte yandan şimdi olduğu gibi 01.06.2005 tarihinden önce de, gerçekleştirilen haksız elkoyma işlemleri dolayısıyla hukuk mahkemelerinde genel hükümler uyarınca talepte bulunulmasına herhangi bir engel yok idi; ancak ayırım şuradadır ki 466 sayılı Kanun uyarınca elkoymadan ötürü tazminat isteminde bulunmak mümkün olmadığı için bu kanuna dayanılarak ağır ceza mahkemelerinde açılan davalar hakkında görevsizlik kararı verilmektedir. Nitekim görevsizlik kararı vermeyip hüküm tesis edilen kararın bozmayı gerektirdiğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 2008/9532 E., 2009/12343 K., 04.11.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 148'den alıntıdır.) 30.10.2001 tarihinde gerçekleştirilen elkoyma işleminden

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek veya ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir³⁸⁶. Nitekim Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği md 4'te elkoyma:

“ Suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemini, ”

ifade etmektedir.

Elkoyma tedbiri, geçici olduğundandır ki mülkiyeti sona erdirmez. Eşyanın ya da kazancın kaçırılması tehlikesini ortadan kaldıran elkoyma tedbiri, ceza muhakemesi sonucu verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlama işlevi görmektedir³⁸⁷.

Bir önceki bölümde incelenen, özel hayatın gizliliğini güvence altına alan Anayasa md. 20 hükmünü tekrar irdelemeye lüzum bulunmamaktadır.

CMK md. 119 ve 127 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde elkoyma işlemi şayet arama işleminin sonucu olarak gerçekleştiriliyorsa veya gizli eşyaya elkonulması amaçlanıyorsa arama emri veya kararından başkaca bir karara ihtiyaç duyulmayacaktır³⁸⁸; bununla birlikte herhangi bir arama işlemi

ötürü 5320 sayılı Kanun md. 6 uyarınca 5271 sayılı CMK tatbik edilemeyecektir. Dolayısıyla genel hukuk mahkemesinin ceza muhakemesindeki derhal uygulanma ilkesinden yola çıkarak ağır ceza mahkemelerinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı vermesi bozmayı gerektirmiştir. (YHGK, 2010/79 E., 2010/102 K., 24.02.2010 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 04.09.2011.

³⁸⁶-Nur Centel, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, s. 72. Elkoymanın rıza ile teslim edilmediği durumlarda söz konusu olabileceğine dair ifade için bkz. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 352. Zilyedin malın alınmasına rızası varsa elkoymadan değil muhafaza altına almadan bahsedileceği, muhafaza altına alma için de karar veya emre ihtiyaç duyulmayacağı yönündeki ifade için bkz. Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 104. Yerde bulunan kan izi veya suçta kullanılan taş gibi mutlaka teslim edilmesi gerekli olmayan eşya da muhafaza altına alınması mümkündür. Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, s. 10.

³⁸⁷-Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 460.

³⁸⁸-CMK md. 119/3'te yer alan *“Arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda 127 nci maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır”* ibaresinin 5353 sayılı kanun değişiklikleriyle metin kapsamından çıkarılması ile de arama sonucu gerçekleşen elkoyma işlemine işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 435. Öte yandan arama kararının elkoyma yetkisi vermediği, arama ve elkoyma kararlarının birlikte verilmesinin gerekli olduğu yönündeki görüş için bkz. Bahri Öztürk v.d., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, s. 447. Yine salt arama kararı ile birlikte elkoyma işleminin de

gerçekleştirilmeksizin açıkta bulunan bir eşyaya elkonulması durumunda elkoyma kararı veya emrine ihtiyaç duyulacaktır³⁸⁹. Yani salt elkoyma kararı mevcut ise aynı zamanda arama yapmak mümkün olmamasına rağmen, salt arama kararının mevcudiyetinde elkoyma da mümkün olabilecektir.

Elkoyma kararını verme yetkisi başlıklı CMK md. 127 gereği:

“(1) Hâkim³⁹⁰ kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir³⁹¹. (2) Kolluk görevlisinin açık kimliği, elkoyma işlemine ilişkin tutanağa geçirilir. (3) Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur³⁹². Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar. (4) Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir. (5) Elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir. (6) Askerî mahâllerde yapılacak elkoyma işlemi, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir.”

CMK md. 126 uyarınca şüpheli veya sanık ile 45. ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere bu kimselerin

gerçekleştirilmesini elkoyma tedbirinin ayrı olarak düzenlenmesi amacına ve kanuna aykırı hareket olarak yorumlayan ifade için bkz. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 65.

³⁸⁹- Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 339. Tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi elkoyma da ihtiyari, takdiri olarak uygulanmaktadır.

³⁹⁰-Hâkim, sulh ceza hâkimi, CMK md. 250 kapsamındaki suçlarla ilgili elkoyma durumlarında ise özel yetkili ağır ceza mahkemesi üyesidir.

³⁹¹-Delilleri koruma açısından önemli olduğu için gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda kanunen yetkili kılınan merciler de elkoyma kararı verme bakımından devreye girebilmektedirler. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 470. Bununla birlikte Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı gerekçesiyle kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen elkoymalarda kolluk görevlilerince Cumhuriyet savcısına neden ulaşamadığı, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığını belirten ayrıntılı tutanak, soruşturma evrakına eklenmelidir. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 73.

³⁹²-Süregeleyen işlemin denetlenmesi ve işleme son verilmesi mümkün olduğundan aramanın aksine elkoyma durumunda kanunen yetkili kılınan mercilerin verdiği elkoyma emirleri, hakim onayına tabi kılınmıştır. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 59. Görevli hakim, sulh ceza hakimi yahut özel yetkili ağır ceza mahkemesi hakimidir.

nezdinde bulundukça³⁹³ elkonulamayacaktır³⁹⁴. Çünkü Anayasa md. 38 gereği hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Böylelikle suç şüphesi altındaki kişi ile bu kişinin sırrını açtığı kişiler arasındaki güven ilişkisinin korunması amaçlanmıştır. Tanıklıktan çekinebilecek olanların soruşturulan veya kovuşturulan suçla ilgili olarak suça iştirak veya yataklık etme, suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiillerini işledikleri şüphesi varsa pek tabii ki söz konusu mektup ve belgelere elkonulabilecektir.

CMK md. 128 gereği, şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, hak ve alacaklara elkonulabilmesi için³⁹⁵ soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve elkonulması düşünülen taşınmazların, hak ve alacakların da suçun işlenmesi suretiyle elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması zorunludur³⁹⁶. Bu tedbir, CMK md. 128/2’de sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe varsa ve sadece hâkim kararıyla³⁹⁷ uygulanabilir.

CMK md. 129’da posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan³⁹⁸ gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla elkonulabileceği düzenlenmiştir. Postadaki gönderilere el konulabilmesi için gönderilerin, hem suçun delillerini oluşturduğundan şüphelenilmeli hem de gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturma

³⁹³ - CMK md. 126 gerekçesinde nezdinde bulunmak ibaresinden maksadın mektup veya belgenin CMK md. 45 ve 46 gereğince tanıklıktan çekinebilecek konumda olan kişinin üzerinde bulunmasının yanı sıra yerleşim yerinde veya işyerinde bulunması da olduğu vurgulanmıştır. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 350.

³⁹⁴ -Öte yandan eşyanın rıza ile verilmesi mümkündür. Yani elkoyma yasaklanmasına rağmen eşyanın muhafaza altına alınması muteberdir. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 58.

³⁹⁵ -CMK md. 128 düzenlemesi gereği taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin başka kişilerin zilyetliğinde bulunması halinde de elkoyma tedbiri uygulanabilecektir. Yeter ki elkoymaya konu olan malvarlığı üçüncü kişilere değil, şüpheli veya sanığa ait olsun.

³⁹⁶ -Kuvvetli şüpheden söz edebilmek için taşınmazların, hak ve alacakların, elde edilmesini suçla ilişkilendirecek fiillere ait delil, belge veya adli bulguların mevcudiyeti şarttır. Dolayısıyla tahmin veya hislere dayandırılan gerekçenin kuvvetli şüphe sebebi olamayacağına ilişkin ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 618.

³⁹⁷ -CMK md. 128 bağlamında Cumhuriyet savcısının elkoymaya yetkisinin olmamasının mantıklı bir izahının yapılamayacağına dair ifade için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 159.

³⁹⁸ -Kargo şirketleri ile otobüs seyahat firmalarının hakimiyetinde bulunan gönderilere elkoyma mümkün iken özel kişilere teslim eden eşyalar hakkında elkoyma işlemi uygulanamayacaktır. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 64.

aşamasında adliyenin elinin altında bulunması zorunlu sayılmalıdır. Postada elkoyma Anayasa md. 22'deki haberleşme hürriyetini sınırladığındandır ki bu zorunluluk öngörülmüştür. Kolluk memurları postadan elkonulacak zarf veya paketleri açma yetkisini haiz değildirler; kolluk, sadece ilgili posta görevlilerinin huzurunda gönderileri mühür altına almakla ve bu gönderileri hâkime veya savcıya ulaştırmakla yükümlüdür. Hâkim veya savcı ise koşulları varsa ya bu gönderilere el koyar yahut sahibine iade eder.

CMK md. 130'da avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma sıkı şartlara bağlanmıştır³⁹⁹. Dikkat edilmelidir ki avukatların işlediklerinden şüphelenilen suçlarla ilgili olarak veya avukatın üçüncü kişi olarak konutlarının ve üstlerinin aranması özel kurallara bağlanmamıştır; ancak savunmaya ilişkin belgelerin bulunması mümkün olduğundan avukatlık bürolarının aranmasını, buradaki eşyalara elkonulmasını kanun koyucu özel olarak düzenlemiştir⁴⁰⁰. Buna göre avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde aranabilecektir. Baro başkanı veya başkanı temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Avukat, baro başkanı veya temsilci avukat, elkonulmasına karar verilen şeylerin avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduklarını iddia ettiklerinde bu şey ayrı bir zarf veya pakete konulup mühürlenerek bu hususta karar vermesi için soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimine, kovuşturma aşamasında hâkim veya mahkemeye sunulur. Postada elkoyma durumunda da aynı usul geçerlidir. Hâkim veya mahkeme, kararını yirmidört saat içinde vermek zorundadır. Yetkili hâkim, eğer elkonulan eşyanın mesleki ilişkiye ait olduğunu saptarsa eşya derhal avukata iade edilir ve oluşturulan tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu sıkı şartların tam manasıyla uygulanması ile yargılamanın bir parçası olan avukatlık mesleği güvence altına alınmış olacak; aynı zamanda savunma hakkının en uygun şartlarda korunması sağlanabilecektir⁴⁰¹.

³⁹⁹-CMK md. 130 gerekçesinde ayrı ve istisnai şartların getirilmesinin nedeninin, savunma hakkını sağlam tutmak olduğu çünkü avukat ile müvekkilleri arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik ilkesi içerisinde yürütülmesinin avukatın meslek sırlarının korunmasının temel şartı olduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 361. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 161.

⁴⁰⁰- Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 51.

⁴⁰¹-Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 162.

Elkoyma kural olarak hükme kadar devam edecektir. Hükümden sonra delil saklamada fayda kalmayacağından eşya, müsadereye tabi değilse zilyedine geri verilmelidir. Elkoyma sebebi kalmamışsa tabii ki hükümden önce de eşyanın iade edilmesi mümkündür⁴⁰². Nitekim elkonulan eşyanın adli makamların elinde kalması⁴⁰³, ondan elde edilmek istenen faydanın sağlanması için gereken süre ile sınırlıdır. Elkoymanın amacı gerçekleştiğinde veya amacın gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında niteliği itibariyle geçici olan elkoyma tedbirine derhal son vermek gerekir⁴⁰⁴. Öyle ki CMK md. 131 hükmü gereği elkonulan eşyanın soruşturma veya kovuşturma açısından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi olmayacağının anlaşılması durumunda re'sen yahut istem üzerine geri verilmesine soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir⁴⁰⁵.

CMUK döneminde uygulanan Suç Eşyası Yönetmeliği'nde yer alan hükümler CMK md. 132'ye aktarılmıştır⁴⁰⁶. CMK md 132'nin ilk üç fıkrası, zarara uğrama veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelmesi tehlikesi mevcutsa elkonulan eşyanın, hükümden önce, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme kararıyla eşyanın sahibinin de görüşü alınarak elden çıkarılabileceğini düzenlemektedir.

CMK md. 132/4 hükmüne aykırılık da tazminat sebebi oluşturacaktır. Öyle ki hükme göre, elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınmalıdır⁴⁰⁷. CMK md. 132/5 hükmü uyarınca, gerekiyorsa elkonulan

⁴⁰²- Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**, s. 81. Bir ara karar ile elkonulan eşyanın ilgisine iadesinin mümkün olduğuna dair ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 603.

⁴⁰³-Elkonulan eşyanın adliyenin gözetiminde nasıl muhafaza edileceği hususu 25832 sayılı RG'de yayımlanan 01.06.2005 tarihli Suç Eşyası Yönetmeliği ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

⁴⁰⁴- Ahmet Gökcen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, s. 22.

⁴⁰⁵-CMK md. 131'in gerekçesine göre müsadereye karar verilmeyeceği anlaşılan veya delil olarak bulundurulmasına gerek olmayan eşyanın sahibine geri verilmesi, mülkiyet hakkına duyulan saygının bir gereği olarak değerlendirilmektedir. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 363.

⁴⁰⁶-İsmail Uğuz, **Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma** (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 124.

⁴⁰⁷-Adalet Komisyonu Raporu'nda, uygulamada muhafaza açısından gerekli tedbirlerin alınmaması dolayısıyla elkonulan eşyanın zarar görmesine tanık olunduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 366.

eşya bakım ve gözetim altına alınması ve istenildiğinde derhal iade edilmesi koşuluyla şüpheliye, sanığa veya üçüncü bir kişiye teslim edilebilir.

Elkonulan eşya sadece amaçları doğrultusunda, yani suçun aydınlığa kavuşturulması için veya müsadereye tabi olması dolayısıyla kullanılabilirler. Elkonulma amacı kalmayan eşyaların ilgisine derhal iade edilmesi gerekir. Elkonulan eşyanın amaç dışı kullanımı yahut zamanında geri verilmemesi de CMK md. 141/1-j bağlamında tazminat istemini gündeme getirebilecektir.

Ayrıca elkonulan eşya üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kimse, elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kimse, elkonulan eşyayı amaç dışı kullanan kimse TCK md. 289'da düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılır.

Elkoyma tedbiri ya malvarlığının sahibine iadesi ile yahut müsadere ile sona erecektir⁴⁰⁸.

Özetle toparlayacak olursak suç şüphesi olmadan elkoymanın uygulanması, delil vasıtası olmayan ya da müsadereye tabi olmayan malvarlığı değerlerine elkonulması gibi durumlarda eşyaya veya diğer malvarlığı değerlerine koşulları oluşmadan elkonulması gerekçesiyle; suçta kullanıldığından bahisle elkonulan aracın bakımsızlıktan değer kaybetmesi, hasara uğraması gibi durumlarda eşya veya malvarlığı değerlerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması gerekçesiyle; elkonulan eşyanın, muhafazayla yükümlü kişilerce kişisel amaçlar uğruna kullanılması gibi durumlarda eşya ve malvarlığı değerlerinin amaç dışı kullanılması gerekçesiyle; elkonulmasına rağmen muhafazası için artık bir sebep kalmamasına rağmen elkonulan eşyanın halen iade edilmemesi durumunda ise eşya veya malvarlığı değerlerinin zamanında geri verilmemesi gerekçesiyle CMK md. 141/1-j

⁴⁰⁸ - Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 153.

hükmü uyarınca tazminat istemi gündeme gelebilecektir⁴⁰⁹. Bu durumlara sebep olan kamu görevlilerinin cezai sorumlulukları pek tabii ki saklıdır⁴¹⁰.

3.4.2. CMK md. 141’de Düzenlenmeyen Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasından Doğan Zararların Karşılanması Meselesi

Yakalama, tutuklama, adli kontrol, arama, elkoyma gibi klasik koruma tedbirlerine ilaveten delil elde etme amacıyla iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı tayini, teknik araçlarla izleme ile vücudun muayenesi ve DNA analizi gibi tedbirler gelişmiş ülkelerde yıllardır uygulanagelmıştır⁴¹¹. Buna rağmen CMK’nin yedinci bölümü, “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” başlığını taşımasına rağmen tüm koruma tedbirleri tazminat kapsamına alınmamıştır. Tazminat nedenleri, CMK md. 141’de sayma yöntemiyle belirlendiğinden bu nedenlerin kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir⁴¹². Öte yandan tazminat verilecek hallerin sınırlı olması, tüm koruma tedbirlerini kapsamaması yerinde değildir⁴¹³. Sayma yöntemine başvurulması yerine koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanması halinde doğacak maddi ve manevi zararların tazmininin devletten istenebileceğinin hükme bağlanması amaca daha elverişli olacak idi⁴¹⁴.

Bu bölümde fazla ayrıntıya girmemek maksadıyla temsili olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri irdelenecek olup tazminat sorumluluğu bakımından, CMK md. 141 vd. düzenlenen maddelerde yer almayan koruma tedbirlerinin uygulanmasındaki usulsüzlükler

⁴⁰⁹- İsmail Uğuz, **Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma**, s. 117-118.

⁴¹⁰- Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 184.

⁴¹¹- Bahri Öztürk, “CMK’nin temel yapısı –tercihler- beklentiler”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 65.

⁴¹²- Sayma yönteminin benimsendiği durumlarda ceza muhakemesi hukukunda da kanunilik ilkesinin geçerli olduğuna dair ifade için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 78-79.

⁴¹³- Nur Centel, **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, s. 875.

⁴¹⁴- Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 85.

hakkında tazminat hukukunun genel hükümlerine göre talepte bulunulabilmesinin mümkün olduğu peşinen vurgulanmalıdır⁴¹⁵.

Ülkemizde iletişimin denetlenmesi, toplumların barış içinde yaşamalarını ve gelişmelerini engelleyen örgütlü suçluluk, terör suçları, kara parayı aklayıcı uluslar arası suçlar gibi yeni ve önemli suç biçimlerine karşı ceza yargılaması hukukunda başvuru gizli ve özel tedbirlerden biri olarak ortaya çıkmıştır⁴¹⁶. Asıl olan haberleşme hürriyetine ve özel hayatın gizliliğine dokunulmaması olmakla beraber kişilerin iletişim hürriyetine keyfi olmamak şartıyla, yani hukuksal çerçevesi net olarak çizilmiş bir şekilde, açıkça düzenlenmiş kurallar ışığında ve demokratik bir toplumda duyulan somut zorunluluklarla uyumlu olarak gerekli ve meşru⁴¹⁷ kanuni birtakım sınırlamalar getirilebilir⁴¹⁸. Anayasa md. 20'deki özel hayatın gizliliğine ve md. 22'deki haberleşme hürriyetine doğrudan müdahale niteliğinde olan CMK md. 135'te düzenlenen adli amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin⁴¹⁹ denetlenmesi tedbiri⁴²⁰, çok hassas şekilde ve yedek norm olma niteliği göz önünde tutularak uygulanmalıdır⁴²¹.

⁴¹⁵- Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 245. CMK bağlamında herhangi bir talepte bulunma imkanı bulunmayan koruma tedbirlerinden dolayı idarenin sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere göre devletin tazminat sorumluluğuna gidilmesi gerekliliği yönünde ifade için bkz. Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 127.

⁴¹⁶-Köksal Bayraktar, "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi", **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 86. CMK md. 135/5: "*Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.*" düzenlemesi de tedbirin gizliliğini yansıtmaktadır.

⁴¹⁷-Cengiz Demirtaş, **Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 4. Aynı doğrultudaki ifadeler için bkz. Basri Aktepe, **İletişimin Denetlenmesi ve Ortam Dinlemesi, Uluslararası Uygulamalar, Tedbirler ve Öneriler** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 19.

⁴¹⁸-Ersan Şen, "Türk hukukunda telefonların gizlice dinlenmesi sebebiyle gündeme gelen hukuka aykırılık sorunu ve kişi haklarına keyfi müdahaleler", **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul, Alfa Basım Yay., 1999, s. 724 ve 730.

⁴¹⁹-Klasik posta ve haberleşmenin dışındaki her türlü iletişimin, e-posta, internet üzerinden yapılan görüşmeler, kablolu veya kablosuz yolla yapılan görüşme ve konuşmalar, telefon, faks vs. dahil olmak üzere CMK md. 135 kapsamında olduğuna dair ifade için bkz. Basri Aktepe, **İletişimin Denetlenmesi ve Ortam Dinlemesi, Uluslararası Uygulamalar, Tedbirler ve Öneriler**, s. 20-21.

⁴²⁰-Bu tedbirin uygulanması Anayasa md. 25'teki düşünce ve kanaat hürriyetini de zedelemektedir. Haberleşmesinin gizli kaldığından emin olmayan bir kişinin düşüncesini serbestçe geliştiremeyeceği kuşkusuzdur. Öztekin Tosun, "Ceza muhakemesinde koruma tedbiri olarak gizli dinleme", **İÜHFİM**, C. 16, S. 3-4, İstanbul, 1976, s. 98. Nitekim iletişimin denetlenmesi tedbirinin AİHS md. 8 korumasından yararlanan haberleşmenin gizliliği hakkını sınırlandırdığı yönündeki ifade için bkz. Mert Gümüşay, **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul,

CMK md. 135/3'te :

“kararda yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği⁴²², iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespit eden kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir⁴²³.”

denilerek öncelikle tedbire ilişkin kararın yazılı olması gerektiğine işaret edilmiştir. Ayrıca şüpheliye veya sanığa yüklenen fiilin CMK md. 135/6 da belirtilen suç tanımlarından birisine uyduğunu ve suçun aydınlatılmasının başka türlü mümkün olmadığını gösteren olgulara, tedbire savcı tarafından karar verilmesi durumunda⁴²⁴

2009, s. 276. Haberleşme özgürlüğünün AİHS md. 8 bağlamında özel hayat hakkından ayrı ve bağımsız bir hak olarak koruma altına alındığından bahisle haberleşme içeriğinin özel hayata ilişkin hiçbir ayrıntı içermese bile haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin AİHS md. 8'i ihlal edebileceğine ilişkin ifade için bkz. Seda Erten, Avrupa **İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 139.

⁴²¹-Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 116-117. Aynı yönde ifadeler için bkz. Erdener Yurtcan, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 25. Bu tedbir Anayasa'nın 20. Maddesindeki özel yaşamın gizliliği ile de yakından bağlantılıdır. Keza çeşitli aygıtlarla izleme, ses ve görüntü alma şeklinde uygulanan teknik araçlarla izleme tedbiri de özel hayatın gizliliğine yönelik müdahale niteliğindedir.

⁴²²-Adli amaçlı denetlemenin şüpheli veya sanığın iletişimi hakkında mümkün olabileceğine; önleme amaçlı denetlemede ise kişi yönünden böyle bir sınırlama getirilmediği, ama yine de bütün ülkede ya da bir bölgede yaşayan tüm insanların iletişimini kapsayacak şekilde önleme amaçlı denetlemede bulunulmasının mümkün olmadığına dair ifade için bkz. Cengiz Demirtaş, **Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 32.

⁴²³-Kararda bu sayılanların yanı sıra, gerçekleştirilen soruşturmanın numarası bulunmalı, başka türlü delil elde etme imkanı olmayışı ve kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı gerekçelendirilmelidir. Uygulamadan örneklerle durumun izahı için bkz. Basri Aktepe, **İletişimin Denetlenmesi ve Ortam Dinlemesi, Uluslararası Uygulamalar, Tedbirler ve Öneriler**, s. 135 ila 143.

⁴²⁴-CMK md 135 vd. hükümleri gereği tedbirin kural olarak hakim kararıyla uygulanabileceği, Cumhuriyet savcısının verdiği kararın derhal hakim onayına sunulması; hakim de tedbir hakkında 24 saat içinde karar vermesi; tedbir süresinin dolması veya hakim onayının olmaması durumunda ya da kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi durumunda eldeki kayıtların en geç on gün içinde yok edilmesi; kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde ilgiliye yazılı bildirimde bulunulması şarttır. Bu bildirimin keyfi muamelelerin denetlenmesini sağlayabilecek tek yol olduğu, önleme amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri için böyle bir bildirim zorunluluğu öngörülmemesinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığına ilişkin ifade için bkz. Cengiz Demirtaş, **Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 43 ve 82. Anayasa md. 36 uyarınca ilgilinin hak arama hürriyetini fiilen kullanabilmesi için ilgiliye, denetimin yapıldığına dair bu bildirimin yapılmasının zorunlu olduğuna ilişkin görüş için bkz. Seda Erten, Avrupa **İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, s. 180. Öte yandan AİHM'ye göre tedbirin sona ermesiyle beraber ilgiliye bildirimde bulunulmamasının sınırlamanın AİHS md 8/2'ye uygun bulunması koşuluyla tek başına ihlale sebebiyet vermediğine, bu hususa örnek olarak Klass & Almanya kararının gösterilebileceğine ilişkin ifade için bkz. Mert Gümüşay, **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 266 ve 282.

gecikmede sakınca bulunduğunu gösteren olgular, tedbire başlama ve sona erme tarihi ve saatinin mutlaka kararda gösterilmesi gerekir⁴²⁵.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, kuvvetli şüphe varlığında ve başka surette delil elde etme imkânı olmayan durumlarda⁴²⁶, işlenmiş yahut halen işlenmekte olan suç ile ilgili olarak denetlenebilir⁴²⁷. Denetim ancak şüphelinin veya sanığın iletişim araçları üzerinde uygulanabilir. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi için katalogda yer alan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe olması şarttır. CMK 135/6'da kapsamı hayli geniş olan suçlar, önem, tehlikelilik, gereklilik ve zorunluluk gibi nedenlerle de olsa kıyas yoluyla genişletilemez⁴²⁸. Kıyas, her ne kadar ceza muhakemesi hukukunda mümkün olsa da hakları kısıtlayıcı yönde kıyas kabul edilemez. Bu nedenle kapsam dışında kalan suçlar hakkında dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri uygulanamaz⁴²⁹.

Katalog kapsamı dışındaki suçlarla ilgili iletişimin denetlenmesi kararı verilemeyeceğinden hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesinden ötürü görevlilerin cezai ve hukuki sorumlulukları söz konusu olacaktır.

⁴²⁵ - Durmuş Tezcan, v.d., **İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 410.

⁴²⁶ -Delil elde edebilmek için iletişimin denetlenmesi dışında birtakım koruma tedbirlerine, araştırma metodlarına başvurulmuş olmalıdır. (Ayşe Nuhoglu, "İletişimin Denetlenmesi", **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 29.) 26434 sayılı R.G.'de yayımlanan 14.02.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md. 6/1-c gereği de iletişimin denetlenmesi hakkındaki kararlarda başka suretle delil elde etmenin mümkün olmadığına dair açıklama, bilgi veya belgeler yer almalıdır. Öte yandan Erdem'in , kuvvetli şüphe varsa orantılılık gereği bu tedbire başvurulamayacağı, kuvvetli şüphenin olduğu ortamda zaten başka delillerin mevcut olduğu, dolayısıyla çelişkili bir durum oluştuğuna dair ifadesi için bkz. Mustafa R. Erdem, "5271 sayılı CMK'da İletişimin Denetlenmesi", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., 2005, s. 100. Erdem ile aynı doğrultudaki ifadeler için bkz. Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 116-117. Tedbire başvurulduğu sırada olayın başka suretle aydınlatılabilmesi imkanı bulunmadığının bilinmesi şart kılındığından ki mahkumiyeti gerektirecek nitelikte başkaca kuvvetli delillerin mevcut olması durumunda bu tedbire başvurulamayacağına ilişkin isabetli ifade için bkz. Cengiz Demirtaş, **Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 12.

⁴²⁷ -Nitekim CMK md. 135/1'de, adli amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin ancak bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturma dolayısıyla mümkün olabileceği hüküm altına alınmıştır.

⁴²⁸ -Köksal Bayraktar, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 91.

⁴²⁹ -Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Muhakeme hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku-İkinci kitap Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü-**, 13. bs., İstanbul, Beta Yay., Ocak 2005, s. 662.

İletişimin ne zaman, nerede ve kimlerle yapıldığının ve konuşmanın ne kadar sürdüğünün belirlenmesi anlamına gelen, geçmişe yönelik olarak iletişim trafiğinin araştırılması işlevi gören⁴³⁰ ve ancak şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilen *iletişimin tespiti* ise “*CMK’nin 135/6. maddesindeki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlarda uygulanır*”⁴³¹ (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2006/4669 E., 2006/17007 K., 29.11.2006 T.)

CMK md. 135/2:

“Şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma⁴³² gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde alınan kayıtlar derhal yok edilir”

Bu hükme göre şüphelinin CMK md. 45,46 ve 47’de düzenlenen tanıklıktan çekinebilecek kişilerle iletişimi kayda alınamayacak, alındığı fark edilirse derhal yok edilecektir. Burada sadece kayıt yasağı getirilip dinleme, tespit ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından bir sınır öngörülmemiş olması eleştirilmektedir⁴³³. Tanıklıktan çekinebilecek durumda olan kişilerle yapılan iletişimlerde temel hak ve özgürlükler lehine genişletici yorum yapmak suretiyle tespit, dinleme ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin de yasak olduğunu vurgulayabiliriz.

Tanıklıktan çekinebilecek kişileri dinlenmemesi gerekliliği Anayasa’nın 38/5. maddesinde belirtilen, “kişinin kendisini ya da yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması” ilkesine dayanmaktadır⁴³⁴. Nitekim Yargıtay da yakın tarihte verdiği bir kararında tanıklıktan çekinme hakkı olanlar ile hakkında iletişimin

⁴³⁰ - Basri Aktepe, **İletişimin Denetlenmesi ve Ortam Dinlemesi, Uluslararası Uygulamalar, Tedbirler ve Öneriler**, s. 91.

⁴³¹ -Konuşmaların içeriğinin tespit edilmediği, iletişimin tespiti tedbirinin tüm suçlar için uygulanabileceğine ilişkin aynı yöndeki ifade için bkz. Cengiz Demirtaş, **Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 12.

⁴³² -Kayda alma işleminin, elde edilen verilerin delil aracı olarak kullanılabilmesinin temini için uygulandığı yönündeki açıklama için bkz. Basri Aktepe, **İletişimin Denetlenmesi ve Ortam Dinlemesi, Uluslararası Uygulamalar, Tedbirler ve Öneriler**, s. 94-95.

⁴³³ -Ersan Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 91.

⁴³⁴ -Köksal Bayraktar, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 yılı**, s. 98.

denetlenmesi kararı verilen kişiler arasındaki konuşmaların denetimi sonucu elde edilen delilleri kanun dışı elde edilen deliller niteliğinde saymıştır⁴³⁵.

İletişimin denetlenmesine önemli bir istisna da CMK md. 136 ile getirilmiştir. Öyle ki savunma görevinin dokunulmazlığını göz önünde bulunduran bir yaklaşımı⁴³⁶ yansıtan hüküm gereği;

“Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135’ inci madde hükmü uygulanamaz.”

Peki ya müdafî de suç şüphelisi ise iletişimi denetlenebilecek midir? Bu hususta CMK’de açıklık olmamakla birlikte İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği md. 7/5’te suç şüphelisi olmayan müdafî hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Aksi yönde görüş de olmakla birlikte⁴³⁷ kanaatimce suç şüphelisi müdafî, CMK md. 136 korumasından mahrum kalacaktır. Nitekim CMK md. 136’nın gerekçesinde avukatının kendisinin suç işleme şüphesi altında olduğu durumlarda eğer denetleme koşulları varsa CMK md. 135 hükmünün uygulanabileceği belirtilmiştir⁴³⁸.

Hukukumuzda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri kararı CMK md. 135/3 uyarınca en çok üç ay için verilebilir⁴³⁹; bu süre bir defa daha uzatılabilir. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defa uzatılmasına karar verebilecektir⁴⁴⁰. Uzatma kararı verilebilmesi için

⁴³⁵-(Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2009/1721 E., 2009/5855 K., 13.10.2009 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 20.06.2011.

⁴³⁶- Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 117. Erdener Yurtcan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, s. 91.

⁴³⁷-Ayşe Nuhoğlu, **CMK Çalıştay**, s. 31.

⁴³⁸- Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 213.

⁴³⁹-Üç aylık sürenin başlangıcını tespit etme hususunda CMK md. 137/1’de yer aldığı üzere işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saatin tutanakla saptanacağı, dolayısıyla tutanakta yer alan bilgilerin esas alınması gerektiği ileri sürülebilirse de aksama ve gecikmelere yol açılmaması için tedbir kararının verilmesi anından itibaren üç aylık sürenin başlamış sayılması gerekeceğine ilişkin ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 656-657.

⁴⁴⁰-Örgüt faaliyetinde işlenen suçlarla ilgili olarak denetlemede sınırlı süre kavramının kaldırılması ile bilgilerin yok edilmesi ve ilgiliye haber verilmesi hususlarının fiilen işlevsiz bırakıldığına ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin belirgin bir ölçüt bulunmadığı için uygulamanın keyfiliğe

tedbire başvurulması için gerekli olan koşulların halen mevcut olması ve bu durumun kararda açıkça gösterilmesi gerekir⁴⁴¹. 4422 sayılı ÇASÖMK⁴⁴² md. 2 uyarınca uzatmaya iki kez karar verilebilmekte ve böylelikle tedbirin toplam olarak uygulanabildiği süre dokuz ay olabilmektedir.

Görüldüğü üzere CMK md. 135 vd. hükümleri ile amaç, uygulanabilecek tedbir türleri, tedbirin uygulanabileceği kişiler ve suçlar, tedbire karar veren mercii ve tedbirin süresi, tedbirin uygulanma şartları açıkça düzenlendiğinden AİHM'in aradığı belirlilik ve öngörülebilirlik ölçütü karşılanmaktadır⁴⁴³.

466 Sayılı Kanun'dan farklı olarak 5271 Sayılı CMK'de arama ve elkoyma tedbirlerinden doğan usulsüzlükler sonucu verilen zararların da tazminat sebepleri arasına alınması şüphesiz ki hukuk devleti ilkesi adına ileri bir adımdır. Bunun yanı sıra şüpheli veya sanığın hukuki yönden denetleme olanağının olmadığı iletişimin denetlenmesi gibi gizli nitelikli koruma tedbirleri ile ilgili olarak CMK md. 141 vd. gereği tazminat olanağının getirilmemesi önemli bir eksiklik⁴⁴⁴.

Bölüm başında da belirtildiği üzere, CMK'nin 141 vd. maddelerinde iletişimin denetlenmesi ile ilgili devletin sorumluluğunun düzenlenmemiş olması, gerçekleşen hukuka aykırılıklardan dolayı genel hükümlere göre de dava açılmayacağı anlamına gelmemektedir⁴⁴⁵. İdari makamların eylemleri neticesinde bireylere verilen gerek

sürüklenebileceğine ilişkin yerinde endişeler için bkz. Seda Erten, Avrupa **İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, s. 179.

⁴⁴¹ -Mustafa R. Erdem, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, s. 104.

⁴⁴² -Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md. 18/1-d uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁴³ - Mert Gümüştay, **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 285. Aynı zamanda CMK md. 135-138 hükümlerinin hem AİHS ile hem de AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğuna ilişkin ifade için bkz. Seda Erten, Avrupa **İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, s. 204.

⁴⁴⁴ - Hakan Hakeri, Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku (Temel Bilgiler)**, s. 224. Niteliği itibarıyla gizli olan koruma tedbirlerinden dolayı ilgililerin hukuka aykırı müdahalelerden korunması gerekirken, CMK md. 141 bağlamında tazminat istenememesi büyük bir eksiklik olarak yorumlanmaktadır. Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s. 632-634. Öte yandan iletişimin denetlenmesi tedbirinden doğan hukuka aykırılıklar dolayısıyla CMK md. 141-144 hükümlerinin uygulanabileceği yönündeki ifade için bkz. Ersan Şen, **Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, s. 113. Kanaatimce Şen'in düşüncesi ideal olmakla birlikte mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde iletişimin denetlenmesi bakımından CMK md. 141-144 hükümlerinin işletilebilmesi mümkün değildir.

⁴⁴⁵ - Hamdi Yaver Aktan, "Yargıtay kararları ışığında iletişimin idari ve adli denetlenmesi", **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 83.

maddi gerekse manevi zarar, Anayasa md. 19/son ve md. 40 hükümleri gereğince, genel tazminat hükümleri ile giderilebilecektir⁴⁴⁶.

CMK md. 141 bağlamında tazminat istenemeyecek durumlarda, İYUK md. 2/b bağlamında idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan ihlal edilen kimseler, idari yargıda devlet aleyhine tam yargı davası açabilir⁴⁴⁷. Bu durumda, idari yargılama hukukunun özel kuralı gereği öncelikle idareye süresi içinde başvurulacak, istem açıkça veya zımnen reddedildiği takdirde tam yargı davası yolu işletilecektir. Bununla birlikte kamu görevlisinin kişisel kusuru mevcutsa BK md. 41 uyarınca direkt adli mahkemelerde şahsi tazminat davası açılabilir⁴⁴⁸.

Tazminat sorumluluğunun yanı sıra tedbiri kanuna aykırı olarak uygulayanların hakkında ayrıca disiplin sorumlulukları ve TCK md. 132 v.d. hükümleri doğrultusunda özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı gerçekleştirilen eylemler dolayısıyla cezai sorumlulukları gündeme gelebilecektir⁴⁴⁹.

3.4.3. Tazminat Başvurusu ve Yargılama Usulü

Kişinin çıkarından da öte toplumun üstün çıkarlarını ilgilendirmesine⁴⁵⁰ rağmen tazminata re'sen değil ilgilinin talebi üzerine karar verilebilir. Devletten tazminat isteminde bulunmak, Hazine aleyhine haksız fiil davası açmak suretiyle

CMK'de düzenlenmeyen sebeplerden dolayı tazminat davası açılabilmesinin Anayasa md. 40/son hükmünün de gereği olduğuna dair ifade için bkz. Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s. 635.

⁴⁴⁶-Gökhan Bozkurt, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İletişimin Denetlenmesi**, (Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, s. 138. Yazar, iletişimin denetlenmesi tedbirinin CMK md. 141'de yer almamasını eksiklik olarak görmemekte, bu düşüncesini de iletişimin denetlenmesinin koruma tedbiri olmayıp delil elde etme aracı olması olarak gerekçelendirmektedir. İletişimin denetlenmesi ile özel hayatın ve haberleşme hürriyetinin gizliliğine önemli derecede müdahale edildiğine vurgu yapan yazar, tazmin meselesinin CMK içinde özel hükümlerle düzenlenmesinin daha da ideal olarak özel bir kanunda düzenlemenin uygun olacağı kanaatindedir. (s. 139.)

⁴⁴⁷-Dikkat edilmelidir ki hakimin yahut mahkemenin yargısal faaliyet çerçevesinde verdiği koruma tedbiri kararlarının tam yargı davası yoluyla tazminata konu edilebilmesi mümkün değildir. Ancak savcının ya da kolluk güçlerinin uyguladığı koruma tedbirleri idari işlem sayılabileceğinden tam yargı davasına konu oluşturabilir. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 5.

⁴⁴⁸- Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, C. 1 (md. 1-218), Ankara, 2008, s. 624-625.

⁴⁴⁹- Cengiz Demirtaş, **Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 44.

⁴⁵⁰-Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 43.

mümkün olur⁴⁵¹. Bunun yanı sıra ağır ceza mahkemesinde açılan bu dava, suç isnadı içermediğindendir ki tali ceza davası olarak nitelendirilmektedir⁴⁵².

Ancak ne yazık ki, uygulamada gerek tazminatı öngören hükümlerin somut olayda gerçekleşmesi hususunda gerekse tazminat miktarının belirlenmesinde dar yorumlamalar tazminat başvurusunda yeterli ilerlemeyi sağlayamama riski doğurmakta, kişiler haklarını arama konusunda çekingen davranabilmektedirler⁴⁵³.

Tazminat davasına ilişkin başvurunun vekil aracılığıyla yapılması durumunda genel vekâletnamenin yeterli olup olmayacağı hususu tartışılmalıdır⁴⁵⁴.

Koruma tedbirlerinin uygulanmasından doğan zararların giderimi için açılan bu tip tazminat davalarında başvurma harcı alınmadığı gibi nispi harç da alınmaz⁴⁵⁵.

3.4.3.1. Davanın Tarafları

Tazminat isteminde bulunma hakkı, zarara uğrayan kişiye aittir⁴⁵⁶. ‘Zarara uğrayan kişi’, hakkında koruma tedbiri uygulanan ve CMK md. 141 bağlamında tazminat isteminde bulunmaya hakkı olan kişidir⁴⁵⁷.

⁴⁵¹-Yılmaz Biçer, **Yargıtay Dergisi**, s. 109. Anayasa md. 36 uyarınca da herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Mevzuatımızda belirlenen davanın nasıl açılacağı, hangi mercilere dilekçe verileceği, dava açmanın şartları ve sairenin meşru vasıta ve yolları oluşturduğuna dair ifade için bkz. Servet Armağan, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, s. 38.

⁴⁵²-Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 115.

⁴⁵³-Turgan Arınır, **İstanbul Barosu Dergisi**, s. 509-510. Diğer taraftan beraat sevinci yaşayan bir sanığın başka bir suç isnadı dolayısıyla tekrar tutuklamaya maruz kalabileceği korkusuyla devlete karşı tazminat davası açmaktan kaçındığı yönünde ilginç görüş için bkz. Aydın Aktaş, “466 Sayılı Yasa uyarınca ikame edilecek tazminat davaları ile ilgili bazı sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 1994, s. 558.

⁴⁵⁴-Genel vekaletnameyi yeterli bulan görüşler için bkz. Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, Ankara, Adalet Yay., 2001, s. 540. Yine aynı yönde, Metin Feyzioğlu, “Tutuklamadan doğan zararların giderilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 50, S. 1, 1993, s. 134. Özel vekaletnamenin şart olduğu yönündeki görüş için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 116. Yine aynı yönde, Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 637. CMK md. 142 gerekçesinde de davanın özel yetkili vekil tarafından açılabilmesi vurgulanmıştır. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 397.

⁴⁵⁵-Yılmaz Biçer, **Yargıtay Dergisi**, s. 110. Tazminata hükmolunması durumunda Hazine’ye nispi harç yükletilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu; çünkü devletin aynı hukuki olayda hem alacaklı hem de borçlu olamayacağı, harcın Maliye Bakanlığı bütçesinden alınıp yine aynı bütçeye konulmasında kanuni bir zorunluluk ve fayda düşünilemeyeceği yönünde içtihat için bkz. (YİBGK, 1974/4 E., 1974/3 K., 15.04.1974 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 23.06.2011.

Kişinin ailesi, bakmakla yükümlü olduğu kimseler, nişanlısı, iş ortağı vs. doğrudan değil dolaylı zarara uğradıklarından tazminat davası açamazlar⁴⁵⁸. Yani bu hak, kişiliğe haksız bir saldırı olmasından dolayı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundandır ki⁴⁵⁹ üçüncü kişilerin, zararın sonuçlarının kendilerini etkilediğinden bahisle tazminat isteminde bulunmaları söz konusu olamaz⁴⁶⁰.

Tazminat hakkının mirasçılara geçip geçmeyeceği hususunda CMK’de bir açıklık olmadığı gibi doktrinde ve uygulamada da birliktelik yoktur⁴⁶¹. Bu nedenle meselenin Borçlar Hukuku’nun haksız fiil hükümlerine ve miras hukuku kurallarına göre çözümlenmesi gerekmektedir⁴⁶².

⁴⁵⁶-Mütekabiliyeti şart kılan 466 sayılı Kanun md. 8 hükmü, 5271 sayılı CMK’de yer almamaktadır. Dolayısıyla kanaatimce tazminat talebinde bulunan, zarara uğrayan kimsenin uyuğu önemli değildir. Kanunumuzda yabancıların tazminat davası açıp açamayacaklarına ilişkin düzenleme olmamasının adli yardımlaşma hukukunun temel bir ilkesinin tekrarından kaçınıldığı şeklinde de yorumlanabileceğine ilişkin ifade için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 92.

⁴⁵⁷- Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, 5. bs., İstanbul, Beta Yay., 2008, s. 358.

⁴⁵⁸-Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, s. 539.

⁴⁵⁹- Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 124.

⁴⁶⁰-Erdener Yurtcan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, s. 98. Öte yandan örneğin üçüncü kişilere ait olup da delil olma nitelikleri gözetilerek elkonulan eşyalardan dolayı üçüncü kişiler de zarara uğrayabilecek olup, bu kişilerin CMK md. 141/1-j uyarınca tazminat isteminde bulunabilmeleri mümkündür. Hakan Hakeri, “Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”, (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011. Ölçüsüz aramada ise aramaya konu yer veya eşyanın üçüncü kişi zilyedi de dava açma hakkına sahiptir. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 91.

⁴⁶¹- Bununla birlikte tazminat hakkının mirasçılara da intikal edebileceği doğrultusundaki fikir için bkz. Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 730. Kesin hükümle mahkum olunana kadar herkesin masum sayıldığına işaret eden Hakeri ise esas mağdurun ölüm tarihine bakılmaksızın mirasçılara da maddi ve manevi tazminatın ödenmesi gerekliliği yönünde görüş bildirmiştir. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 96. Öte yandan ölümle birlikte temel davanın düşürülmesi durumunda zarara uğrayanın tazminatı kaldıran yahut azaltan kusurlu davranışının olup olmadığını tespit etme olanağı olmayacağından ve kanunda da açıkça bu kimselerin dava açma yetkisine sahip olduğu belirtilmediğinden mirasçıların maddi ve manevi tazminat davası açma yetkisi kabul edilmemiştir.(Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 1975/2790 E., 1975/3223 K., 14.10.1975 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 23.06.2011. İlginin tazminata konu teşkil eden temel davanın sonuçlanmasından sonra fakat tazminat davasının açılmasından önce ölmesi halinde mirasçıların sadece maddi tazminat isteyebileceklerine dair ifade için bkz. Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 125. Aynı doğrultuda ifade için bkz. Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 637. Kişinin dava açtıktan sonra ölmesi halinde mirasçıların davaya halefiyet yoluyla katılabilecekleri, bunun için davaya katılıp katılmayacaklarının belirlenmesi için re’sen tebligat yapılması gerekliliği yönünde ise (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 1991/1274 E., 1991/1262 K., 13.05.1991 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 23.06.2011.

⁴⁶²- Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 637. BK md. 47 bağlamında ölüm halinde manevi tazminat isteminde bulunabilecek kimselerin, ölen ile

CMK md. 141’de “*Kişiler*”in maddi ve manevi tazminat isteminde bulunabilecekleri vurgulanmıştır. Böylelikle tüzel kişiler de doğaları gereği kendileri hakkında uygulanabilen koruma tedbirlerinden dolayı mağdur olmaları durumunda --sözgelimi malvarlıklarına elkonulması ve malvarlıklarının zarara uğramaması için gerekli önlem alınmamasında olduğu gibi-- tazminat isteminde bulunabileceklerdir⁴⁶³.

Dava takip yetkisi ise davayı açıp usuli işlemlerde bulunma yetkisi veren bir husus olup davanın tarafı olmayı şart kılmaz. Velayet veya vesayet altında olup zarara uğrayan ilgili lehine veli veya vasi⁴⁶⁴, ya da özel yetkili vekil tazminat davasını açıp yürütebilmektedir⁴⁶⁵.

duygusal yakınlığı olan kimseler olduğu, kan veya sıhri hısımlığın şart olmadığı, ölenle yakın ilişki ve sevgi bağı olan nişanlı veya diğer yakınların da dava açabileceğine ilişkin ifade için bkz. Müzeyyen Eroğlu, “Manevi Tazminat İstemli Tam Yargı Davalarında Hak Sahipliği”, **Gazi Üniv. Hukuk Fak. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniv. İletişim Fak. Yay., 2009, s. 506-507 ve 516.

⁴⁶³- Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 699.

⁴⁶⁴-Velayeten başvuru yetkisi, küçüğün dava tarihinde onsekiz yaşını bitirmemiş olması halinde söz konusudur. Vasi ise sulh hâkiminden husumete izin yetkisi almak suretiyle tazminat davası açıp yürütebilir. Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 637. Öte yandan vasinin sulh hâkiminden izin almadan dava açmasının yahut dava açıldıktan sonra vesayeti gerektiren halin son bulmuş olmasının açılan davayı haleldar etmeyeceğine dair ifade için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 91. Nitekim bu doğrultuda, açılan davanın küçüğün rüşde ermesiyle korunacağına, husumete iznin vesayet altındaki kişiyi korumaya yönelik olduğuna dair içtihat için bkz. (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 1982/2711 E., 1982/2990 K., 09.09.1982 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 30.09.2010. Esasında şahsa sıkı sıkıya bağlı olmasına rağmen mümeyyiz olmayan küçükler ile ilgili olarak manevi tazminat davasını kanuni temsilcinin açmasının kabul edilmesiyle adalet duygularının karşılanmış olacağına dair isabetli ifade için bkz. Ferit H. Saymen, “Kimler manevi tazminat talep edebilir?”, **İÜHFEM**, C. 6, S. 1, İstanbul, 1940, s. 133-134.

⁴⁶⁵-Asıl ceza davası için verilen özel vekaletnamenin tazminat davası açma hakkı vermediğine, tazminat davası açmak için özel vekaletnamenin yahut asıl ceza davası açma bakımından genel vekaletnamenin şart olduğu yönündeki ifade için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 92. Nitekim asıl ceza davası için verildiği anlaşılan vekaletnamenin beraat kararının kesinleşmesi ile birlikte vekalet ilişkisi kesintiye uğrayacağından tazminat davası açısından davaya muvafakat verip vermediklerinin davacı asillerden sorulması gerektiğine dair içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2009/6675 E., 2010/974 K., 22.02.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları-Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 167’den alıntıdır.) Tazminat davacısı, şayet davayı açan vekile muvafakat vermemişse, davanın açılması için talimat vermemişse ve davanın açılması için avukatın istediği belgeleri temin etmemişse Avukatlık Kanunu md. 34’ün öngördüğü güven ilişkisini bozmama, doğruluk içinde ve özenli davranma yükümlülüğüne aykırılık oluşmuştur. Bu husus, vekilin görevi kötüye kullanma suçundan yargılanmasını gerektirir. (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2007/6577 E., 2007/8016 K., 03.10.2007 T.), (Kerim Tosun, Çetin Akkaya, **Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK**, s. 264-265’ten alıntıdır.)

Mümeyyiz küçükler de münhasıran kişiliğe bağlı bir hak niteliğinde olan tazminat davasını bizzat açıp takip edebilmektedir⁴⁶⁶.

Tazminat davasının davalısı ise Devleti temsil eden hazinedir⁴⁶⁷. Davayı takip yetkisi ise davanın görüleceği yerdeki ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde görev yapan Cumhuriyet Başsavcılığı'ndadır. Dava, rücu hakkının kullanılabilmesini gerektiren bir durum olsa bile devlete karşı açılacaktır⁴⁶⁸.

3.4.3.2. Dava Açma Süresi

Koruma tedbirleri dolayısıyla menfaatleri haleldar olan, zarara uğrayan ilgilinin, zararının giderilmesi için dava hakkını, fazla süre geçmeden kullanması hukuk güvenliğinin gereğidir. Aksi takdirde, süreyi kaçırmayla ihmalde bulunduğu anlaşılan ilgili, oluşan zarara katlanmak durumunda kalacaktır⁴⁶⁹.

CMK md. 142/1'de dava açma süresi, karar veya hükümlerin⁴⁷⁰ kesinleştiğinin⁴⁷¹ ilgisine tebliğinden itibaren⁴⁷² üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl olarak belirlenmiştir.

⁴⁶⁶-İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 729.

⁴⁶⁷-Hazinenin taraf olduğunun davayı temyiz edebilmesinden belli olduğu yönündeki ifade için bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku-İkinci kitap Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü-**, s. 726. (13 No'lu Dipnot) Davanın kabulü halinde hazine aleyhine nispi harç yüklenmemesi ise hazinenin taraf olmamasından değil; varsayılan harcı yine hazinenin alacak olmasından kaynaklanmaktadır. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 170-171. Devletin zarar görmemesi için çaba harcayacak makamın hazine değil savcılık olması gerektiği, dolayısıyla hazineye davaya katılma ve kanun yoluna başvurma hakkı tanınmasının yanlış olduğu doğrultusundaki görüş için bkz. Nur Centel, **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, s. 877. Aynı doğrultuda ifadeler için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 418.

⁴⁶⁸- Kübra Talas, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Kitap)**, s. 355.

⁴⁶⁹- Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. baskı, İstanbul, Legal Yay., 2006, s. 597.

⁴⁷⁰-CMK md. 223/1'de duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verileceği açıklandıktan sonra, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarının hüküm olduğu vurgulanmıştır.

⁴⁷¹-Kararın veya hükmün kesinleşmesi tazminat davası hakkının doğması için şarttır. Doğmamış hakkın dava yoluyla talebi hukukten mümkün değildir. Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 125. Kesinleşmeyen mahkeme kararının, henüz kesin yargı halini almadığından, değişmesi ihtimali bulunduğundan tazminat istemine dayanak olamayacağı yönündeki isabetli ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 135. Kararın kesinleşmesi deyimi ile beraat ve kovuşturmayla yer olmadığı kararının kesinleşmesinin kastedildiğine ilişkin ifade için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 90. Beraat kararı kesinleşmemesine rağmen tazminat isteminde bulunulması halinde dilekçenin

Üç aylık sürenin başlangıcı, tazminatı doğuran nedenler farklılık gösterdiğinden kendi içinde farklılık taşımaktadır. Yargılama varsa ve haksızlık yargılama sonunda verilecek karar ile birlikte ortaya çıkacaksa yargılama sonunda verilen kesinleşmiş kararın ilgisine tebliğ edildiği tarih, diğer hallerde ise haksız ya da hukuka aykırı nitelikte olduğu iddia edilen işlem ile ilgili, mercilerince verilen kararın ilgisine tebliğ edildiği tarih, üç aylık sürenin başlangıcını oluşturacaktır⁴⁷³.

reddi kararı verilmesi gerekliliğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2006/12270 E., 2006/14187 K., 12.12.2006 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 23.08.2011. Beraat kararı kesinleşmemesine rağmen tazminat talebine ilişkin hüküm tesis edilmesinin bozmayı gerektireceğine ilişkin içtihat için bkz. (YCGK, 1977/1-69 E., 1977/135 K., 28.03.1977 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 29.08.2011.

⁴⁷²-466 sayılı Kanun'da sürenin başlaması için tebliğ gerekliliği açıkça düzenlenmemekle beraber bu boşluğun gerek doktrin ile gerekse Yargıtay içtihatlarıyla doldurulduğuna ilişkin ifade için bkz. Özlem Mungan, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" (Çevrimiçi)<http://www.mungan.av.tr/yazi/Haksiz%20Yakalama.doc>, 31 Temmuz 2011. 466 sayılı Kanun uygulaması uyarınca tebligatın yapılmadığı durumlarda kesinleşme itibarıyla aşırı ve uç bir yorumla, ama davacı lehine olarak 10 yıla kadar açılan tazminat davaları hayatın olağan akışına uygun kabul edilip ele alınmaktaydı. Bu yöndeki bir içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2005/2207 E., 2005/5008 K., 30.12.2005 T.), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 212'den alıntıdır.) Beraat kararının kesinleşmesinden 13 yıl sonra tazminat davası açılmayacağına dair içtihadı -YCGK, 2000/8-48 E., 2000/48 K., 07.03.2000 T.- atfı yapan yeni tarihli bir içtihat da beraat kararının kesinleşmesinden 8 yılı aşan bir süre sonra dava açılmasının süre yönünden reddi gerektireceğini vurgulamıştır. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/3778 E., 2009/11116 K., 05.11.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 156-157'den alıntıdır.) Öte yandan aynı daire, beraat kararının kesinleşmesinin üzerinden 5 yılı aşkın süre geçtiğinden bahisle davanın süre yönünden reddedilmesinin bozmayı gerektireceğine, nitekim 5 yıllık sürenin makul bir süre olduğuna hükmetmiştir. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/734 E., 2009/9484 K., 01.10.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 158'den alıntıdır.) Tebliğden maksadın tarafların dava sonucunu öğrenmelerinden çok ilgililerin varsa kanun yollarına başvurmalarına olanak sağlamak olduğu; kanuni hakların kullanılmasını sağlayabilmek için ilgililerin haklarındaki karar ve hükümlerden haberdar olmalarının usul hukukunun ana kurallarından biri sayıldığı; bildirilmeyen karar sonucunda kanuni hakların aranamayacağı, bu durumun da adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı; kanun koyucunun bilgi kapsamında bulunan kesinleşmeyi kastettiği yönündeki içtihat için bkz. (YİBGK, 1975/3 E., 1975/5 K., 21.04.1975 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 25.06.2011. Münhasıran sanığa tebligat çıkarılmasının şart olduğu; müdafie çıkarılan tebligatın 3 aylık sürenin başlatmayacağına dair içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2008/3232 E., 2009/2897 K., 22.05.2009 T.), (Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 108'den alıntıdır.) Vekile çıkarılan tebligatın da geçerli olduğu ve üç aylık sürenin başlangıcını oluşturduğuna yönelik ifade için bkz. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 202. Beraat kararlarının yanı sıra takipsizlik kararlarının da zarar gören ilgilie bizzat tebliğin gerekliliğine ilişkin ifade için bkz. Ahmet Gündel, **Atatürk'e, Cumhurbaşkanı'na, Cumhuriyet'e, Hükümet'e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, s. 231. Aynı yönde ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 726.

⁴⁷³- Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, s. 359-360. Öte yandan kanuna aykırı koruma tedbiri uygulamaları dolayısıyla üç aylık sürenin eylemle birlikte derhal başlayacağına dair ifade için bkz. Ahmet Gündel, **Atatürk'e, Cumhurbaşkanı'na, Cumhuriyet'e, Hükümet'e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, s. 231. Gerçekten de hukuka ve

Dikkat edilmelidir ki CMK md. 35/2 uyarınca koruma tedbirlerine ilişkin olan hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunmayan ilgiliye tebliğ olunmaz. Böyle durumlarda, işlemten itibaren başlayan bir yıllık azami sürenin kaçırılmaması gerekmektedir.

Bir yıllık süre ise, belirsizliğin devam etmemesi⁴⁷⁴ ve sürenin ilânihiye uzamaması için konulmuştur⁴⁷⁵. Dikkat edilmelidir ki bir yıllık sürenin başlaması için ilgilinin kesinleşmiş karardan haberdar edilmesi şart değildir; yani kararın kesinleşmesinin öğrenilmesi bir yıllık süre sonrasında olması halinde artık dava açılmayacaktır⁴⁷⁶. Nitekim bir yıllık süre, karar veya hükümlerin ilgisine tebliğ edilmediği yahut edilemediği durumlarda nazara alınacaktır⁴⁷⁷.

Bir kişi hakkında bir işlem yapılmış veya bir karar verilmiş olsa bile bu karar, kanunlarda öngörülen yollar ve yöntemler ile birlikte ilgiliye bildirilmedikçe ilgili hakkında hüküm ifade etmeyeceği gibi işlemlere karşı yapılacak başvurular için öngörülen sürelerin başlaması da söz konusu olmayacaktır⁴⁷⁸. Dolayısıyla üç aylık

kanuna aykırı işlemler (CMK md. 141/1-e,f hükümleri istisna olmak üzere) söz konusu ise tazminat davası açmak için yargılama sonunda verilecek kararı beklemenin bir manası yoktur. Aynı yönde ifade için bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 1001. CMK md. 141/1-e,f bentleri gereği tazminat isteme hakkının bulunduğu ilgiliye bildirilmezse üç aylık sürenin başlamayacağına ilişkin ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 727. İşlemin yapılması ve kesinleşmesi ile dava açma hakkı doğmakta; fakat üç aylık hak düşürücü süre işlemeye başlamamaktadır. Karar veya hükmün kesinleştikten sonra ilgisine tebliği, sadece üç aylık sürenin başlamasını sağlamak bakımından önem taşımaktadır. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 90.

⁴⁷⁴ Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 699.

⁴⁷⁵ Bu bir yıllık süre, 466 sayılı Kanun'da yer almamaktaydı.

⁴⁷⁶ Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 247. Bir yıllık hak düşürücü süre, tazminat istemeye hak sahibi olan kimsenin dava hakkını gecikmeden kullanması arzalandığı için ihdas edilmiştir. Mustafa Tarık Şentuna, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol**, s. 114.

⁴⁷⁷ Kübra Talas, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Kitap)**, s. 353-354. Nitekim kesinleşen beraat kararının tebliğ edildiğine dair herhangi bir belgenin mevcut olmadığı durumlarda yaklaşık bir sene sonra açılan tazminat davasının süresi içinde açıldığını kabul eden içtihat için bkz. (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2008/7819 E., 2008/11738 K., 08.07.2008 T.), (Çevrimiçi) <http://www.hukukturk.com>, 18.08.2011. Bu içtihattan anlaşıyor ki tebligatın gerçekleştirildiğinin ispat yükü davalıda olup tebligat parçasının dava dosyasında yer almaması davalı devletin aleyhinedir.

⁴⁷⁸ Erdener Yurtcan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, s. 99. Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 420. Buna rağmen 466 Sayılı Kanun'da dava açma süresi ile ilgili olarak kararın ilgisine itilay veya tebliği şart koşulmamış olup Yargıtay uygulamasında da üç aylık süreye net ve kesin biçimde uyulduğu görüşü için bkz. Mehmet Handan Surlu, "Uygulamanın ışığında haksız tutuklamanın tazmini", **Adalet Dergisi**, C. 63, S. 8-9, Ağustos-Eylül 1972, s. 613. Üç aylık sürenin, sanığın yokluğunda verilen beraat kararının ilgisine

süre, işlemin ilgisine bildirilmesi ile başlayacaktır. Bununla birlikte tazminat istemeye hak sahibi olunduğunun bildirilmesinin şart kılındığı durumlarda (CMK md. 141/1-e,f) hüküm fıkrasında tazminat isteme hakkının bulunduğu bildirilmemesi halinde üç aylık süre işlemeyecektir⁴⁷⁹.

Kanunun öngördüğü süre, hak düşürücü süredir⁴⁸⁰. Sürenin uzatılması söz konusu olmadığı gibi dava niteliğindeki istem maddi hukuka ilişkin olduğundan eski hale getirme de mümkün değildir⁴⁸¹. Dolayısıyla yargılamanın her aşamasında ve re'sen dikkate alınacak⁴⁸² olan kesin nitelikteki sürenin kaçırılmaması gerekir.

Dava dilekçesinin veriliş tarihi, dolayısıyla davanın açılış tarihi, dilekçenin üzerinde yazılı olan ve kaleme kaydedildiği tarih değil, hâkimin havale ettiği tarihtir⁴⁸³. Yine dikkat edilmelidir ki adli ara vermede tazminat başvurusu için aranan üç aylık süre işlemeyecektir⁴⁸⁴.

3.4.3.3. Davayı Görmekle Yetkili ve Görevli Mahkeme

Tazminat talebi hakkında mahkemenin karar vermeye yetkili merciin olduğu doktrin ve mevzuatta oybirliği ile kabul edilmektedir⁴⁸⁵.

tebliğiyle başlayacağına; Yargıtay'ca onanan beraat kararlarının da yerel mahkemeler vasıtasıyla ilgisine tebliğ edilmesi gerektiğine dair (YİBGK, 1975/3 E., 1975/5 K., 21.04.1975 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 23.06.2011. Gerçekten de bilinmeyen bir karara karşı hak aranması mümkün olmayacaktır.

⁴⁷⁹-(YCGK, 2009/5-186 E., 2009/222 K., 06.10.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 118'den alıntıdır.)

⁴⁸⁰-Bir yıllık sürenin zamanaşımı süresi olduğu yönündeki, işlem den zarar gören ilgilinin lehine olan yorum için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 90.

⁴⁸¹- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 125. Bir yıllık süreyi zamanaşımı süresi olarak değerlendiren Zafer, tebligatın geç yapılmış olmasından dolayı kişiye kusur atfedilemeyeceğinden bahisle eski hale getirmenin mümkün olması gerektiği kanaatindedir. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 91.

⁴⁸²- Kübra Talas, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Kitap)**, s. 354.

⁴⁸³- Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 638.

⁴⁸⁴- Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 117.

⁴⁸⁵- Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 219. İdari bir makamın adli kararı denetlemesi doğru olmayacağı yönündeki ifade için bkz. Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 728. Kararı yargı makamının verecek olması, tazminat taleplerinin dava niteliğinde olduğunu göstermektedir. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 90.

Yetkili ve görevli mahkeme, kamu düzenine ilişkin olarak, CMK md. 142/2 uyarınca;

“İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer⁴⁸⁶ ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili⁴⁸⁷ ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa⁴⁸⁸ en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.” hükmüyle açıklanmıştır.

Zarara uğrayanın oturduğu yer mahkemesinin yetkili kılınması ile zarara uğrayan kişinin en kolay biçimde ve en masrafsız yöntemle hakkına kavuşabilmesi amaçlanmıştır⁴⁸⁹. Öyle ki gerçekten de koruma tedbirinin uygulandığı yer ağır ceza mahkemesi yetkili kılınmış olsaydı, Türkiye’nin değişik yerlerinde gerçekleştirilen işlemler için ayrı ayrı talepte bulunulması gerekecek idi ki; bu da kanunun ruhuna aykırı bir durum olurdu⁴⁹⁰.

Tazminatı gerektiren esas işlemi gerçekleştiren makamın, davayı ve dosyanın gelişimini en iyi bildiği için en isabetli kararı verebileceği düşünülse de tazminat yargılamasına bakmasında tazminatın lüzumu, miktarı ve hatta işlemin haksızlığı konularında asıl davanın etkisi altında kalma gibi bazı sakıncalar vardır⁴⁹¹. Diğer taraftan aynı hâkimin kendisinin haksız hareket ettiğini kabul etmesi oldukça güçtür⁴⁹². İnsan tabiatı önceden verdiği kararın yanlışlığını kabul etmekte

⁴⁸⁶-466 Sayılı Kanun md. 2/1’de zarara uğrayanın ikametgahı mahkemesi yetkili kılınmış idi. Eğer kişinin oturduğu yer yoksa koruma tedbirlerini uygulayan makamın bulunduğu yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesinin yetkili kılınabileceğine ilişkin görüş için bkz. Hakan Hakeri, “Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”, (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.

⁴⁸⁷-İlişkili olmaktan kasıt, tazminata dayanak oluşturan işlemlerin yapılmasıdır. Osman Yaşar, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 703.

⁴⁸⁸-Aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi varsa dava o dairede çözülecek, bu hususta kanunun genel düzenlemesi gözetilerek numara itibarıyla izleyen daire yetkili olacaktır. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 397.

⁴⁸⁹-CMK md. 142’nin gerekçesinde yer alan bu tip ifadeler için bkz. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 397.

⁴⁹⁰- Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 109.

⁴⁹¹- Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 998.

⁴⁹²-Faruk Erem, “Haksız tevkif edilenlere tazminat”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 13, S. 2, 1956, s. 85. Aynı yönde ifadeler için bkz. M. Naci Ünver, A. Mümin Kavalalı, **Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, s. 4. Tazminata konu tutuklamayı yapan, tutuklamaya itirazı reddeden, sanığın tutukluluğuna karar veren hakim ya da hakimlerin tazminat davasına katılamayacaklarına ilişkin ifade için bkz. Ahmet Gündel, **Atatürk’e, Cumhurbaşkanı’na,**

zorlanmaktadır⁴⁹³. Dolayısıyla tazminat konusu işlemle ilişkili olan hâkim veya mahkeme tazminat davasını görme yetkisini haiz değildir. Böyle durumlarda davayı aynı yerdeki diğer ağır ceza mahkemesi karara bağlar; bu ağır ceza mahkemesi, tazminata konu olan işlemi gerçekleştiren mahkemeyi numara bakımından takip eden mahkemedir⁴⁹⁴. Aynı yerde başka ağır ceza mahkemesi yoksa en yakın ağır ceza mahkemesi davayı görmekle yetkili olacaktır.

CMK'nin 22 ila 32. maddeleri arasında düzenlenen hâkimin davaya bakamaması ve reddi ile ilgili hükümler, koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davaları bakımından da geçerlidir⁴⁹⁵.

Görevli mahkemenin tespitinde ise, her ne kadar maddi ve manevi tazminat, borçlar hukuku kurallarına dayandırılrsa ve esasen medeni muhakeme hukukunun konusunu oluştursa da işlemin haksızlığının takdiri ve ceza davası dosyasının tetkikinin uzmanlık işi olduğu⁴⁹⁶ gözetildiğinde ağır ceza mahkemelerinin görevli kılınması uygun bulunmuştur⁴⁹⁷.

Dava, yetkisiz veya görevsiz mahkemede açılmış ise ne yapmak gerekecektir? Dilekçenin reddine karar verilmesi, başvuru süresi içinde ilgilinin yeniden dava açabilmesi çözüm olarak sunulmuştur⁴⁹⁸. Öte yandan dilekçenin reddi

Cumhuriyet'e, Hükümet'e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları, s. 232.

⁴⁹³- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 120.

⁴⁹⁴- Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 699.

⁴⁹⁵- Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 637.

⁴⁹⁶-Faruk Erem, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 85. Yine aynı yönde ifadeler için bkz. Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 219.

⁴⁹⁷-Objektif haksız fiil sorumluluğu kurallarının işlemesine rağmen ağır ceza mahkemelerinin görevli kılınması özel hukukun yanı sıra kamu hukuku kurallarının da işlemesini sağlamaktadır. Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 113. Kanunsuzluk, usulsüzlük ve haksızlık olgularının ağır ceza mahkemelerince daha iyi takdir edilebileceğine dair ifade için bkz. Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 728. Konunun koruma tedbirlerine ilişkin olması ve esas hakkında karar verilmesi aşamasında uygulanacak tazminat hukuku kuralları haricinde tüm hususların ceza muhakemesi hukukunu ilgilendirmesi dolayısıyla ağır ceza mahkemelerinin görevli kılındığı yönündeki ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 4 ve 111.

⁴⁹⁸- Yılmaz Biçer, **Yargıtay Dergisi**, s. 112. Yanlış mercie başvurunun süreyi kesmeyeceğine dair bkz. M. Naci Ünver, A. Mümin Kavalalı, **Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, s. 64.

değil de görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesinin gerektiği yönünde düşünce de mevcuttur⁴⁹⁹.

3.4.3.4. Dava Dilekçesinin Muhtevası

Tazminat istemi, dilekçe ile gerçekleştirilecektir. CMK'nin muhtelif maddelerinde⁵⁰⁰ yer alan tutanağa geçirilmek suretiyle beyanda bulunma yöntemi, kanunda açıklık bulunmadığından koruma tedbirlerinden doğan tazminat istemlerinde uygulama alanı bulamayacaktır⁵⁰¹.

Dilekçenin HUMK şartlarına uygun olması aranmamaktadır⁵⁰². Dilekçenin CMK md. 142/3'e uygun olarak verilmesi yeterlidir.

CMK md. 142/3 uyarınca:

“Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini⁵⁰³ eklemesi gereklidir.”

Delillerin ve hükmedilmesi arzulanan maddi ve manevi tazminat miktarının dava dilekçesine ekli olması şarttır⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹-Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 242. Hakeri de yetkili mahkemeye başvurulması halinde dilekçe reddedilmesi değil yetkisizlik kararı verilmesi gerektiği fikrindedir. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 121. Nitekim 466 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay uygulamasında da mercide yanılma durumunda dilekçenin reddi değil yetkisizlik kararı verilmesi gerekliliğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 1996/4961 E., 1997/417 K., 27.01.1997 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 122'den alıntıdır.)

⁵⁰⁰-CMK md. 26 bağlamında hakimnin reddi; CMK md. 263 gereği tutuklunun kanun yollarına başvurusu; CMK md. 273 uyarınca ise istinaf kanun yoluna başvuru hakkı beyanda bulunularak da gerçekleştirilebilir.

⁵⁰¹-Erdener Yurtcan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, s. 98.

⁵⁰²-Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 113.

⁵⁰³-Belgeler ifadesinden gözaltı veya tutuklamayla ilgili dosyada mevcut olan belgeler dışındaki tüm belgeler olarak anlaşılması gerekliliğine dair ifade için bkz. İsmet Özkorul, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/176.doc>, 19 Eylül 2010.

⁵⁰⁴-Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 419. Hem MK md. 6 hem de BK md. 42 hükümlerinin gereği olarak, zararın varlığını ve miktarını ispat etmek, davacıya düşen bir yükümlülüktür. Dikkat edilmelidir ki zarar miktarını tam olarak ispat etmek mümkün olmadığı takdirde BK md. 42 uyarınca hâkim, olağan koşulları ve zarara uğrayan kimsenin yaptığı tedbirleri dikkate alarak adalete uygun bir miktar belirler.

Sayılan bu hususlar, dilekçede yer alması zorunlu olan asgari unsurlardır. Öyle ki açık kimlik ve adresi bilinmeyen birinin hakkını doğru yerde arayıp aramadığı veya doğru kişi olup olmadığı; zarara uğradığı işlemin bildirilmemesi durumunda hangi işlemten dolayı ne tür zarara maruz kalındığı; zarara uğranılan işlemin nitelik ve niceliğinin bildirilmemesi durumunda ise tazminat miktarının ne kadar olması gerektiği; bu hususlara ilişkin belgelerin eklenmemesi durumunda ise iddianın doğruluk derecesi tespit edilemeyecektir⁵⁰⁵.

3.4.3.5. Tazminat Davası Usulü

Mahkeme, ilk olarak dava dilekçesinin CMK md. 142/3'e uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğini inceler.

CMK md. 142/3:

“Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir.”

Ardından CMK md. 142/4 gereği:

“Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi halde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur⁵⁰⁶. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.”

Görüldüğü üzere eksikliği bulunan dilekçeler, derhal reddedilmeyip eksikliklerin giderilmesi için dilekçe sahibine bir aylık mühlet tanınmaktadır⁵⁰⁷. Süre sonunda eksiklikler tamamlanmamışsa dilekçe, mahkemece reddedilir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 110.

⁵⁰⁶ -CMK md. 142'nin gerekçesine göre ilgili, davacı veya davayı açan temsilci veya vekildir. Duyuru için esas alınacak adres, dilekçede belirtilen adrestir. Adresin yetersizliği, yanlışlığı veya bildirilmeyen adres değişikliğinden dolayı tebliğin yapılamaması halinde mahkemece adres araştırmasına girilmeyecektir. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 398.

⁵⁰⁷ - Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, **Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 187. CMK md. 142 gerekçesinde mahkemenin eksikliklerin nelerden ibaret olduğunu, duyuru tarihinden itibaren bir ay içinde eksikliklerin tamamlanarak mahkemeye ulaştırılmaması durumunda dilekçenin reddine karar verileceğinin davacıya, veya davayı açan temsilci yahut vekile duyurulacağı belirtilmiştir. Celal Ülgen, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 221.

Ret kararına karşı itiraz mümkün olduğu gibi öngörülen üç aylık süre içinde eksikliklerin giderilerek yeniden dava açılması da mümkündür⁵⁰⁹.

Ret kararı, Cumhuriyet savcısının yazılı görüşü alınarak verilmektedir⁵¹⁰. Dikkat edilmesi gereken husus, ret kararının dilekçe için verildiği; bu aşamada tazminat isteminin reddine karar verilemeyeceğidir⁵¹¹.

İstemin tamamen belgelendirilmesi muhakemenin hızlı yapılabilmesi için fayda sağlayacaktır. Belgelendirilmeyen istem için re'sen araştırma yapma zorunluluğu yoktur⁵¹².

Mahkemece herhangi bir eksiklik olmadığına kanaat getirildiğinde dilekçe kabul edilmiş olur. Kabul zımni de olabilir ve kabulden sonra artık dilekçe reddedilemez⁵¹³.

Dilekçe ve ekli belgelerin yeterli olduğunu gören mahkeme, davayı esas defterine kaydettikten sonra⁵¹⁴ tazminata konu olan dava dosyasını getirtip inceler⁵¹⁵.

Eksikliklerin giderilmesi için tanınan bu bir aylık süre kesin olup hâkimin takdiriyle uzatılmasından söz edilemez. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 113.

⁵⁰⁸-Dikkat edilmelidir ki reddedilen dava değil, dilekçedir. Dava dilekçesinin reddi yerine davanın reddedilmesi bozmayı gerektirmektedir. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/21589 E., 2010/2206 K., 18.02.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 196'dan alıntıdır.)

⁵⁰⁹- Osman Yaşar, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 704.

⁵¹⁰-İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 729.

⁵¹¹-Öte yandan Yurtcan, ret durumunu yargılama hukukunun temel ilkelerinden biri olan 'davanın kabule şayan olmadığından reddi' olarak değerlendirmektedir. Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 419.

⁵¹²- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 136.

⁵¹³- Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 998. (16 nolu dipnot)

⁵¹⁴-İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 731.

⁵¹⁵-Tazminat davası doğal olarak önceki ceza yargılaması dosyası ile bağlantılıdır. Davacının tazminat isteminin haklı olup olmadığı ise önceki ceza dosyasının incelenmesi ile anlaşılabilir. Erdener Yurtcan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, s. 100. Nitekim tazminat davasına esas teşkil eden asıl dosyanın aslının veya onaylı suretlerinin getirilmemesi ve eksik inceleme ile hükme varılması bozmayı gerektirmektedir. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/13539 E., 2010/1188 K., 28.01.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 197'den alıntıdır.) Aynı doğrultudaki bir başka içtihat için bkz. (Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2011/433 E., 2011/556 K., 01.02.2011 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 04.09.2011.

Sıfat, işlem ve süre bakımından davanın görülebilir olup olmadığı saptanmaya çalışılır⁵¹⁶.

Davanın görülebilir olduğuna yönelik olumlu sonuca varıldıktan sonra,

5271 sayılı CMK ile getirilen yeni bir hüküm olarak CMK md. 142/5 gereği:

“Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine⁵¹⁷ tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde bildirmesini ister.” şeklinde prosedür öngörülmüştür⁵¹⁸. Dikkat edilmelidir ki hazine temsilcisinin beyan ve itirazlarda bulunması bir hak olduğundan hazinenin bildirim üzerine herhangi bir girişimde bulunmaması, söz konusu iddianın hazinece kabul edildiği anlamına gelmeyecektir. Bununla birlikte hazinenin bildirim tepkisiz kalması durumunda hukuk muhakemesindeki sonuç ortaya çıkacak; yani cevap vermeyen hazine, iddiaları reddetmiş sayılmakla birlikte herhangi bir delil ileri sürmemiş olacaktır⁵¹⁹.

Bilgi ve belgelerin yeterliliğini belirledikten, yani davanın kabule şayan olduğunun mahkeme kurulunca belirlenmesinden sonra Hazine temsilcisine tebligat çıkarılması göz önünde bulundurulduğunda kanaatimce tebligat çıkarıldıktan sonra artık dilekçenin reddine karar verilemeyecektir. Tazminat isteminde bulunulmasından sonra, davalıya tebligat çıkartılması, dosyanın naip hâkime tevdi edilmesi ve naip hâkimin sübut delilleri toplaması, dava dilekçesinin yeterliliğinin kabul edilmiş olduğunu göstermektedir⁵²⁰. Nitekim 466 Sayılı Kanun döneminde de

⁵¹⁶ - Osman Yaşar, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 704.

⁵¹⁷ -CMK md. 142 gerekçesinde devlet hazinesinin temsilcisinin illerde defterdarlık, ilçelerde mal müdürlüğü olduğuna dair ifade için bkz. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 398.

⁵¹⁸ -466 Sayılı Kanun döneminde ise hazineye tebligat yapılmamakta; hazinenin davaya müdahale yetkisi bulunmamaktaydı. Hâlihazırda ise tazminat talebine ilişkin dava dilekçesinin davalı Hazine’ye tebliğ edilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmektedir. Bu doğrultudaki içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2005/7433 E., 2006/348 K., 01.02.2006 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 30.09.2010.

⁵¹⁹ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 113.

⁵²⁰ -(Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2009/1145 E., 2009/15419 K., 13.10.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 192’den alıntıdır.)

naip üye atandıktan sonra dilekçenin reddi kararı verilemeyeceği yönünde uygulama mevcuttu⁵²¹.

Niyabeti⁵²² mümkün kılan CMK md. 142/6 uyarınca ise:

“İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının⁵²³ saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya⁵²⁴ veya hâkimlerden birine yaptırmaya yetkilidir.”

CMK md. 142/6 hükmünden de anlaşılacağı üzere koruma tedbirlerinin haksız veya hukuka aykırı biçimde uygulanmasından bahisle açılan tazminat davalarında naip hâkim, mahkeme tarafından işin incelenmesiyle görevlendirilebilir⁵²⁵. Böylelikle muhakemenin ön aşamasında ağır ceza mahkemesinin kurul halinde bu işle uğraşması önlenmiş olacaktır⁵²⁶.

Dilekçe, işin esasına geçilmesinden önce usulen incelenmelidir. Süre ve yetki bakımından kanuni şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek ilk yapılacak iştir. Süresi içinde açılmayan dava, sırf bu sebeple reddedilecek; böylelikle

⁵²¹- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 145.

⁵²²-Yargılama hukuku ilkeleri içinde bir üyenin görevlendirilmesinin anlamı bir “naip” tayin etmek olup uygulanan bu kurumun adına da niyabet denmektedir. Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 420-421.

⁵²³-Anayasa md. 19/son ile paralellik arz eden bu düzenleme uyarınca gerçek zararın tazmininin temini amaçlanmıştır. Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 247.

⁵²⁴-Bilirkişi incelemesi yaptırılmasının da mümkün olduğuna ilişkin ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 733. Bu düzenlemeyle birlikte re’sen inceleme yetkisinin varlığını koruduğuna ilişkin ifade için bkz. Özlem Mungan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” (Çevrimiçi)<http://www.mungan.av.tr/yazi/Haksiz%20Yakalama.doc>, 31 Temmuz 2011. Zararın miktarını tespit için gerekli araştırmaların re’sen yapılabileceğine, bu bağlamda tanık dinlenebileceğine, keşif yapılabileceğine, bilirkişi görevlendirilebileceğine ilişkin ifade için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 95. Raporu hükme esas alınan bilirkişiye yemininin yaptırılmaması CMK md. 64/6 hükmüne aykırılık oluşturup bozmayı gerektireceğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/16965 E., 2010/1749 K., 10.02.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 197’den alıntıdır.)

⁵²⁵-Her ne kadar 466 Sayılı Kanun md. 3’te lafzen üyelerden birinin görevlendirilmesi zorunlu tutulmuş gibi gözükse de naip hakim yapabileceği işin mahkeme heyetince evleviyetle yapılmasının mümkün olduğuna dair isabetli ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 132. Naip hakim ancak, ağır ceza mahkemesinin kurul halinde davayı kabule şayan bulmasından sonra atanabileceğine ilişkin ifade için bkz. Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, s. 363.

⁵²⁶- Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 421.

başka işlemlerin ve araştırmaların yapılmasına gerek kalmayacaktır. Yetkisiz mahkeme ise yetkisizlik kararı verip dosyayı yetkili saydığı ağır ceza mahkemesine göndermelidir.

İlk inceleme sonucunda dava kabule şayan bulunduğu takdirde yapılacak sonraki işlemlerde savcılığın da düşüncesi alınacaktır⁵²⁷. Böylelikle yargı organları ilkin ön inceleme ve araştırmalarını bütünüyle yapmış olacak, daha sonra muhakemenin iddia tarafı ile savunma tarafına görüş açıklama imkânı tanıyacaktır⁵²⁸. Aksi takdirde ön inceleme aşamasında da dosyanın savcılık ile mahkeme arasında gidip gelmesi gibi bir yöntem benimsenseydi işin uzaması riski doğabilecekti⁵²⁹.

Usul bakımından bir aksaklık mevcut değilse işin esasına geçilir. Yine de esasın incelenmesi aşamasında süre, yetki ve görev bakımından bir aksaklık olduğunun anlaşılması durumunda gereken işlemin yapılması gerekir⁵³⁰.

Tazminat davasında mahkeme işin esasına ilişkin olarak öncelikle kanun dışı veya haksızlık sonucunu doğurup tazminatı gerektirecek türden bir işlem yapıp yapılmadığını inceleyerek işlem ile oluşan zarar arasında nedensellik bağı olup olmadığını araştıracaktır⁵³¹.

Tazminata dayanak oluşturan kesinleşmiş mahkeme kararının tazminat davasında yeniden ele alınarak değerlendirilmesi, kesinleşmiş kararın iptal edilmesi amacıyla gerçekleştirilmemektedir. Kesin hükmün tekrar ele alınması yasağı, yargısal fonksiyonun yürütülmesinden doğan sorumluluk iddialarının incelenmesine engel oluşturmamaktadır⁵³². Mahkeme, CMK md. 142/6 uyarınca tazminat davasına ilişkin gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapma yetkisini haizdir. Peki tazminat

⁵²⁷ - Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 421.

⁵²⁸ - Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, s. 361.

⁵²⁹ - Erdener Yurtcan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, s. 100.

⁵³⁰ - Dilekçenin süre yönünden reddi, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilerek dosyanın yetkili veya görevli mahkemeye gönderilmesi kararı verilebilir. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 128-129.

⁵³¹ - Metin Feyzioğlu, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 122.

⁵³² - Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 51.

davasını ele alan mahkeme, CMK md. 141/1-e uyarınca verilen beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlardaki tespitlerle bağlı olacak mıdır⁵³³ ?

Her türlü incelemenin kapsamına dosyadaki delillerin incelenmesi de girdiğinden tazminat davasına bakan mahkemenin verilen beraat kararı ile bağlı olmayacağına, isabetsiz olduğuna inanılan beraat kararı dolayısıyla tazminat davasına bakan mahkemenin hazineyi mahkûm etmeye zorlanmaması gerektiğine dair azınlık görüşüne karşı; beraat kararının, delil yönünden değil sanığın ihmali yahut kusurlu hareketlerinin olup olmadığı yönlerinden araştırılabileceğine, delillerin de yeni baştan ele alınması durumunda kesin hükme karşı saldırı söz konusu olacağına dair çoğunluk görüşüyle oluşturulan YİBGK, sonuç olarak tazminat davasına bakan mahkemenin Yargıtay'dan geçmeyerek kesinleşen beraat kararını sübut yönünden incelemeye yetkili olmadığına karar vermiştir⁵³⁴. Böylelikle tazminat davasını ele alan mahkeme, beraat kararının doğruluğunu sorgulayamaz. Beraat kararındaki delilleri incelemek, kesinleşmiş karara tecavüz teşkil eder. Bu mahkeme, ancak davacının ihmali veya kusurlu hareketlerini araştırarak tazminata etkisini tespit eder⁵³⁵.

Kanaatimce de koruma tedbirinin hukuka aykırılık veya haksızlık niteliğinin doğru olup olmadığının tekrar ele alınmasına yer ve gerek yoktur. Tazminat davasına bakmakla görevli mahkeme zararın oluşup oluşmadığına bakarak tazminat miktarı saptamakla yetinmelidir. Nitekim mahkeme kararlarının kesinleştikten sonra haksız olduğu yönünde dahi düşünülmemesi gerekirken tazminat davasında yeniden

⁵³³-Tazminat davasına esas teşkil eden davada verilen kesinleşmiş kararın yeniden ele alınıp incelenmesinin kesin hükmün yeniden tartışılabilmesi ilkesi gereği mümkün olmadığına dair ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 140.

⁵³⁴-(YİBGK, 1977/1 E., 1977/1 K., 02.05.1977 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 04.07.2011. Nitekim temyiz incelemesinde onanarak kesinleşen beraat hükmünün dayandığı gerekçe ve delillerin de tazminat davasına bakan mahkemece incelenemeyeceğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2006/924 E., 2007/1459 K., 22.02.2007 T.), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 223-224'ten alıntıdır.)

⁵³⁵-Nitekim CMK md. 144/1-e hükmü uyarınca adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla hürriyetinin kısıtlanmasına neden olanlar tazminat isteyememektedirler.

tartışma konusu yapılmasının hukuk düzenini olumsuz yönde etkileyeceği savunulmuştur⁵³⁶.

YCGK kararında⁵³⁷ da belirtildiği üzere;

“ Yasa koyucu sonradan verilen ve kesinleşen bu kararlarla zararın gerçekleştiğini başkaca hiçbir inceleme ve araştırmaya gerek kalmaksızın kabul etmiş, hâkime zararın doğup doğmadığını belirlemek yönünde herhangi bir takdir ve değerlendirme yetkisi tanımamıştır. Fıkra da hâkime tanınan yetki yasa koyucu tarafından doğduğu varsayılan zararın hak ve nesafet kurallarına uygun olarak belirlenmesinden ibarettir.”

CMK md. 142’de açık bir düzenleme olmamasına rağmen mahkemenin, kararını vermeden önce Cumhuriyet savcısının mütalaa niteliğindeki görüşünü⁵³⁸ alması gerekmektedir. Nitekim savcının görüşünün alınmadığı durumlarda karar, Yargıtay tarafından bozulmaktadır⁵³⁹.

Tazminat davasının incelenmesi usulü 466 Sayılı Kanun döneminde evrak üzerinden yapılmaktaydı. Duruşmasız inceleme usulünün kanuni gerekçesi mahkeme kararlarının aleni oturumda tartışma konusu yapılmaması endişesiydi⁵⁴⁰.

5271 sayılı CMK tasarısında esas kararın dosya üzerinden verilmesi hususu benimsenmişken kanunlaşan metinde incelemenin nasıl yapılacağına, duruşma olup olmayacağına ilişkin herhangi bir ifade yer almamıştır.

25.05.2005 tarihli 5353 sayılı Kanun md. 20 ile değişik CMK md. 142/7 hükmü gereği hâlihazırda mahkeme⁵⁴¹, esasa ilişkin kararını duruşmalı olarak

⁵³⁶ - Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 143.

⁵³⁷ -(YCGK, 2007/9-338 E., 2007/71 K., 20.03.2007 T.), (Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 627’den alıntıdır.)

⁵³⁸ -Cumhuriyet savcılığının görüşünün herhangi bir bağlayıcılığı olmadığına, olaya ışık tutulması amacıyla kabul edildiğine ilişkin ifade için bkz. Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, s. 362.

⁵³⁹ - Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 138.

⁵⁴⁰ - Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 730. Kanun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere mahkeme kararının aleni incelenmesi ve üzerinde tartışılmasının sakıncalı olduğu yönünde bir anlayış mevcuttu.

⁵⁴¹ -Mahkemenin seçtiği naip üyenin görevinin ön inceleme dönemi ile sınırlı olduğuna, karar aşamasına gelindiğinde ağır ceza mahkemesinin kurul halinde işi ele almasının zorunlu olduğuna

verecektir⁵⁴². Yani dilekçe ve dosya üzerindeki ilk bilgi ve belge yeterlilik incelemeler duruşmasız, esas hakkındaki değerlendirme ise duruşmalı yapılmaktadır⁵⁴³.

Zarara uğrayan kişi görülmeden, dinlenilmeden zarar miktarı tayininin gerçekçi olmayacağı vurgulanmıştır⁵⁴⁴. Böylelikle başvurucuya, kendisini sözlü olarak ifade etme hakkı tanıyan çelişmeli yargılamanın gerektirdiği duruşma hakkı garanti altına alınmış olup adil yargılanma hakkı bağlamında AİHM içtihatlarıyla uyum sağlanmıştır⁵⁴⁵. Gerçekten de kanaatimce savunma hakkının kullanılması ile çelişmeli yargılamanın sağlanmasından elde edilecek yarar, sürat ve etkinlik gibi mülahazalara baskın gelmektedir.

İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi açıklamalı çağrı kâğıdına⁵⁴⁶ rağmen duruşmaya gelmezlerse yokluklarında karar verilebilecektir⁵⁴⁷. Karardan önce

ilişkin ifade için bkz. Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, s. 363. Nitekim duruşma yapılmaksızın naip hakimim dosya üzerindeki incelemeleri sonucu hüküm kurulması kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmektedir. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2007/8588 E., 2008/5478 K., 30.06.2008 T.), (Çevrimiçi) <http://www.hukukturk.com>, 23.09.2010.

⁵⁴²-Karar aşamasında yetkili ve görevli mahkemenin kurul olarak vazife göreceğine dair ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 139. Tanık dinleme gibi duruşmada yapılabilecek her türlü işlemin bu tip davalarda da yapılabileceğine ilişkin ifade için bkz. Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 239.

⁵⁴³- Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 236-237.

⁵⁴⁴- Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 700.

⁵⁴⁵-AİHM, 09.11.2000 tarihli Göç & Türkiye kararında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinin başvurucuya bildirilmemesi hususunun, çekişmeli dava hakkının ihlal edildiğinden bahisle AİHS md. 6/1'e aykırılık oluşturduğuna hükmetmiş, dolayısıyla duruşmasız yargılamanın ihlal oluşturup oluşturmadığının incelenmesine gerek dahi görmemiştir. Yine de örtülü olarak aleni duruşma hakkının, sözlü duruşma hakkının tanınmasını gerektirdiğine hükmetmiş idi. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 398-399. Göç/Türkiye kararında vurgulandığı üzere kişinin meramını anlatması halinde adaletin temininin ve devletin hesap vermesinin daha iyi yerine getirilebileceğine; bu durumun sürat ve etkinlik kaygılarından daha önemli olduğuna dair ifade için bkz. Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, 248. Göç & Türkiye kararında Makarczky ve Türmen tarafından sunulan ortak mutabakat şerhinde ise duruşmalı yargılama yapılmamasının 466 sayılı Kanun'un özel niteliğinden kaynaklandığı, özel çıkarın söz konusu olduğu durumlarda etkinlik ve iktisadilik kavramlarının göz önünde bulundurulması gerekliliği, dolayısıyla tebliğnamenin başvurana bildirilmemesinin AİHS md. 6/1 ihlali doğurduğu yönündeki karara katılmakla beraber sözlü duruşma yapılmamasının AİHS md. 6/1 ihlali olarak yorumlanmaması gerektiği düşüncesi savunulmuştur. (AİHM, 9.11.2000 tarihli Göç & Türkiye kararı), (Çevrimiçi) <http://www.hukukturk.com>, 30.09.2010.

⁵⁴⁶-Açıklamada gelmemeleri halinde yokluklarında da karar verileceği belirtilmelidir. Çağrı kâğıdı çıkarılmadan tarafların yokluğunda karar verilmesi CMK md. 142/7 hükmüne muhalefet olduğundan verilen karar bozmayı gerektirmektedir. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/798 E., 2008/11487 K., 27.10.2008 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan**

duruşmada bulunan Cumhuriyet savcısının görüşü alınır⁵⁴⁸. Duruşma dışındaki kararlar ise CMK md. 33 uyarınca Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra verilecektir.

Mahkeme, davanın sonunda kurul halinde, gerekçeli olarak⁵⁴⁹ istemin reddi⁵⁵⁰ veya istemin kabulü⁵⁵¹ kararı verebilir. Süre ve yetki yönünden ret kararı ise verilemeyecektir. Bunun gerekçesi CMK md. süreye ve yetkiye uyulup uyulmadığının ön yargılama aşamasında değerlendirilmesi ve hüküm aşamasına gelinceye kadar süreye ve yetkiye aykırılık tespit edilmemesidir⁵⁵².

Dikkat edilmelidir ki koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davaları, CMK md. 331/2'de sınırlı olarak sayılan işler arasında yer almadığından adli tatil içinde görülemeyecektir. Adli tatil içinde bakılan bu davalar sonunda verilen kararlar, sırf bu sebeple hukuka aykırı olduğundan bozmaya tabi olacaklardır. Öte yandan davaya adli tatil içinde bakılmaması, davanın adli tatil içinde açılmasını engellememektedir⁵⁵³.

Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144), s. 151'den alıntıdır.)

⁵⁴⁷-İstemde bulunan duruşmaya gelmese bile, tazminat davasının hukuk davası olmadığından bahisle davanın düşmesi kararı verilemeyeceğine, davanın çözümleneceğine ilişkin isabetli ifade için bkz. Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, 248.

⁵⁴⁸-Nitekim Cumhuriyet savcısının katılımıyla duruşma sonucu karar verilmesi yerine Cumhuriyet savcısının yazılı mütalaasıyla yetinilerek hükme varılmasını bozma sebebi olarak değerlendiren içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2009/7614 E., 2010/1305 K., 04.03.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 151'den alıntıdır.)

⁵⁴⁹-Hâkimlerin ve mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması, Anayasa md. 141/3 ve CMK md. 34 hükümlerinin gereğidir.

⁵⁵⁰- Uyuşmazlığı esastan çözen istemin reddi kararının temeli ya hukuka aykırı yahut haksız bir işlemin olmaması ya da tazminat verilmemesi gereken durumların mevcut olması esasına dayanmaktadır. Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 424.

⁵⁵¹-Talep edilen tazminatın tamamen veya kısmen kabulü ile tazminat isteminin hukuka uygunluğu ortaya çıkmış olmaktadır.

⁵⁵²- Yetki yönünden verilen kararın nihai karar teşkil ettiğine, dolayısıyla istemin kabulü, reddi kararlarının yanı sıra yetkisizlik kararı da verilebileceğine dair kanaatimce isabetsiz olan görüş için bkz. Erdener Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, s. 425. Kanunda bir açıklık olmamakla beraber, esasa ilişkin olmayan süre mevzuu ön incelemede ele alınırken yetki meselesinin hüküm aşamasına kadar dikkate alınmasının izahını yapmak oldukça güçtür. Dolayısıyla tıpkı süre mevzuunda olduğu gibi yetki bahsi daha önce çözüme kavuşturulduğundan kendisini yetkili gören mahkemenin vereceği salt tazminat verilip verilmemesine ilişkin olan hüküm aşamasında yetkisizlik kararının verilmesi söz konusu olmamalıdır.

⁵⁵³-İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 736.

3.4.3.6. Kanun Yolu

Öncelikle belirtmek gerekir ki CMK md. 264 uyarınca kanun yolunun belirlenmesinde hata yapılması başvuranın haklarını ortadan kaldırmamaktadır. Yanılgı halinde başvuru yapılan merci, başvuruyu derhal yetkili ve görevli mercie gönderir⁵⁵⁴.

CMK md. 142/4 uyarınca dava dilekçesinin reddi durumunda itiraz kanun yoluna başvurmak mümkündür. Bunun yanı sıra örneğin yetkisizlik ve görevsizlik kararları da itiraz kanun yolunda⁵⁵⁵ incelenmektedir.

CMK md. 142/8’de ise tazminat davasının sonunda verilen karara karşı, istemde bulunanın⁵⁵⁶, Cumhuriyet savcısının veya Hazine temsilcisinin⁵⁵⁷ istinaf yoluna başvurabileceği; incelemenin öncelikle ve ivedilikle yapılacağı⁵⁵⁸ düzenlenmiştir. Tazminat davası, ceza muhakemesi değil; ceza mahkemelerinde görülen ve niteliği itibariyle tazminat tespitine ilişkin olduğundan özel hukuk ilkelerinin geçerli olduğu dava olmakla birlikte CMK md. 142/8’de yer alan açık düzenleme gereği bu tip davalar için de istinaf başvurusu mümkün olduğu vurgulanmıştır.

⁵⁵⁴ - Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 251.

⁵⁵⁵ -İşin esasını halletmeyen kararlara karşı ancak itiraz yoluna başvurulabileceğine ilişkin ifade için bkz. Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 253.

⁵⁵⁶ -CMK md. 262 hükmü gereği yasal temsilci ve eşin de başvuru hakkına sahip olduklarını gözden kaçırmamak gerekir. Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, s. 366.

⁵⁵⁷ -466 Sayılı Kanun döneminde Hazine’nin davaya müdahale yetkisi yok idi. Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 731. Buna rağmen kanunda yer almamasına rağmen uygulamada karar hazineye de tebliğ edilerek temyiz başvurusu işleme konulmaktaydı. Mehmet Handan Surlu, “Uygulamanın ışığında haksız tutuklamanın tazmini”, **Adalet Dergisi**, s. 619. Devletin zarar görmemesi için çaba sarf eden makamın Cumhuriyet Savcılığı olduğundan ve hazineye herhangi bir söz hakkı tanınmadığından bahisle hazinenin kanun yoluna başvurusunun uygun olmadığı yönünde görüş için bkz. Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 253. Tazminat Kanunu’na göre verilen ve tazminata hükmolunan kararların “hazine”ye tebliğ olduğu ve hazinenin bu karara karşı temyiz hakkını kullanabildiği *uygulamada* kesinlik kazanmış bir husustur. Mehmet Handan Surlu, “Haksız tutuklamanın tazmini konusunda uygulamadaki yeni gelişmeler”, **Adalet Dergisi**, s. 963.

⁵⁵⁸ -Öncelik ve ivedilik gibi soyut kavramlar yerine belirli ve net bir sürenin verilmesinin daha doğru olacağına dair ifade için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 190. İstinaf incelemesinin öncelikle ve ivedilikle yapılması ile davacı tarafın talebine en kısa sürede kavuşmasını sağlamanın amaçlandığına ilişkin ifade için bkz. Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 239.

5271 sayılı CMK, CMUK'den farklı olarak olağan kanun yollarına istinaf sistemini⁵⁵⁹ de dâhil etmiştir; ancak istinaf hükümleri henüz uygulanabilirlik kabiliyeti kazanamadığından olağan kanun yollarımız hâlihazırda itiraz ve temyizden ibarettir⁵⁶⁰. Bölge Adliye Mahkemeleri kuruluncaya kadar CMUK md. 322/4-5-6 fıkraları hariç olmak üzere CMUK md. 305 ila 326 arasındaki temyize ilişkin maddelerin uygulanmasına devam olunacaktır. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kuruluşunun tamamlanıp göreve başlamasından sonra ilk derece mahkemesinden verilen son kararlar –kural olarak⁵⁶¹-temyiz değil istinaf denetimine tabi olacaktır. İstinaf mahkemelerindeki yargılamanın temyizden ayrılan yönü kısmen de olsa yeniden olay yargılaması yapılmasıdır⁵⁶². Yani istinaf mahkemeleri, tıpkı ilk derece mahkemeleri gibi olay mahkemesi sıfatını da haizdir⁵⁶³. Dolayısıyla Bölge Adliye Mahkemeleri gerektiğinde delilleri de inceleyerek esas hakkında yeni bir karar verme yetkisiyle donatılmıştır⁵⁶⁴. Dikkat edilmesi gereken bir husus da CMK md. 284 gereği –temyiz kanun yolundan farklı olarak- istinaf yargılaması sonucunda Bölge

⁵⁵⁹-5235 sayılı ve 26.09.2004 tarihli Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'a göre Bölge Adliye Mahkemeleri istinaf mahkemeleri olarak sisteme dahil edilmiştir; fakat kanunun geçici 2. Maddesine göre Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttaki göreve başlayacakları tarihin Resmi Gazete'de ilan edileceği belirtilmiş olup henüz istinaf hükümleri uygulama sahası bulamamıştır.

⁵⁶⁰-Serap Keskin-Kızıroğlu, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda itiraz, istinaf ve temyiz”, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 369. İstinaf uygulaması başlayıncaya kadar 1412 sayılı CMUK'nin temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam edileceğine dair ifade için bkz. Nur Centel, **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, s. 867. (49 nolu dipnot), Nitekim 5320 sayılı Kanun md. 8/1 gereği bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir.

⁵⁶¹-Bu kuralın tek istisnası, CMK md. 285 düzenlemesi gereği TCK md. 18/4 uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerine göre suçluların geri verilmesi konusunda verilen kararların temyiz denetimine tabi oluşudur.

⁵⁶²-Oysa temyiz kanun yolunda, Yargıtay'da kanıt değerlendirmesi yapılmamakta; olaya ilişkin hüküm kurulmamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın ikinci, üçüncü derece mahkemesi olarak değil “hukuki derece” mahkemesi olarak nitelendirilebileceğine dair ifade için bkz. Ali Rıza Çınar, **Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu**, Ankara, 2006, s. 85.

⁵⁶³-Serap Keskin-Kızıroğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı**, s. 371.

İstinaf mahkemeleri esas olarak denetim makamı olarak görev yapacak olduğundan her ne kadar yargılamaları duruşmalı olsa da esas mahkemesindeki olay yargılaması sil baştan yenilenmeyecektir. Dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişiler istinaf duruşmasına çağrılabilir. Öyle ki ilk derece mahkemelerinde yargılamaya hâkim olan delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinin istinaf yargılamasında da tam manasıyla uygulanması esasen gerekli ve mümkün de değildir.

⁵⁶⁴-Hüseyin Öztürk, “5271 sayılı ceza muhakemesi yasası kapsamında yasa yolları”, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 392. Bölge Adliye Mahkemeleri hem maddi olayı hem de hukuki durumu denetleyebilecektir; ancak yerel mahkemenin yerine geçerek yeniden yargılama yapması söz konusu olmayacaktır. (s. 397.)

Adliye Mahkemeleri tarafından verilen hükümlere karşı ilk derece mahkemelerinin direnme yetkilerinin olmayışdır⁵⁶⁵.

İlk derece mahkemelerinden verilip de istinaf yolu açık olan kararlar için⁵⁶⁶ istinafa başvuru süresi CMK md. 273/1 gereği tefhimden itibaren 7 gündür. Karar, istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa süre, CMK md. 273/2 uyarınca tebliğden itibaren başlar. Kanun yolu başvuruları için eski hale getirmeye ilişkin süreler ise saklıdır. Süresinde yapılan istinaf başvurusu neticesinde hükmün kesinleşmesi engellendiği gibi icrası da durur⁵⁶⁷.

Yine Yargıtay ceza dairelerinin birinden verilen karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilamın kendisine verilişinden itibaren otuz gün içinde ceza genel kuruluna itiraz edebilir. Koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davasında davacı, sanık olarak değerlendirilmediğinden lehe başvurularda da otuz günlük başvuru süresi sınırına uyulması gerekecektir⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵- Serap Keskin-Kızıroğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, s. 373.

⁵⁶⁶-İstinaf başlıklı CMK md. 272: “**(1)** İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re’sen incelenir. **(2)** Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir. **(3)** Ancak; **a)**Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine, **b)** Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine, **c)** Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere, Karşı istinaf yoluna başvurulamaz.” Dikkat edilmelidir ki istinaf yasakları hususunda tıpkı CMUK’te yer alan temyiz yasakları gibi beraat hükümlerinden, adli para cezasından, vs. hükümlerden bahsedilmiştir. Dolayısıyla tazminat hususu bu kapsamda yer almadığından tazminat davasına ilişkin verilen hükümler istinaf incelemesine konu olabilecektir. Öte yandan CMK md. 272/3-c hükmü gereği kanunlarda kesin olduğu belirtilen hükümler de olabilir. Tazminat davasında esasa ilişkin hüküm, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verileceğinden HUMK md. 427 hükmü geçerli olacaktır. HUMK çerçevesinde belirlenen parasal sınır, temyiz sınırı olacaktır; kısmen kabul halinde ise reddedilen kısmın temyiz sınırları kapsamında olup olmadığı araştırılacaktır. HUMK md. 427 uyarınca hükmün kesin olduğundan bahisle temyiz edilemeyeceğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2008/10337 E., 2009/2874 K., 20.05.2009 T.), (Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 124’ten alıntıdır.), Aynı doğrultudaki içtihat için bkz. (YCGK, 2006/9-29 E., 2006/22 K., 14.02.2006 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 23.08.2011.

⁵⁶⁷-İcranın durması için, hukuk davalarındaki uygulamanın aksine, taraflardan birinin talebine gerek olmadığı, durumun re’sen dikkate alınacağına ilişkin ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 130.

⁵⁶⁸-Bu doğrultudaki, yani tazminat davacısının sanık olmadığından bahisle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın lehe itirazında da otuz günlük süreye uyulmasının zorunlu olduğuna dair içtihat için bkz. (YCGK, 2006/8-328 E., 2007/66 K., 13.03.2007 T.), (Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 126-127’den alıntıdır.)

İç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'ye başvurmak da pek tabii ki mümkündür.

3.4.4. Tazminatın Geri Alınması ve Rücu

Tazminat, haksız olarak hürriyetinden veya hakkından yoksun bırakılmanın karşılığı olduğuna göre⁵⁶⁹ tazminatın geri alınmasının gerekçesi, verilmesine neden sayılan işlemin, hukuka aykırı olmadığıının sonradan ortaya çıkması ve kişinin haksız yere zenginleştiğinin hükümle belgelenmiş olmasıdır⁵⁷⁰.

CMK md. 143/1'de tazminat alan şahıstan tazminatın geri alınması, CMK md. 143/2'de kamu görevlisine rücu⁵⁷¹, CMK md. 143/3'te iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunana rücu mevzuu düzenlenmiştir⁵⁷².

“CMK md. 143:

(1) Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak⁵⁷³, hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle⁵⁷⁴ beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlere⁵⁷⁵ ödenmiş tazminatların

⁵⁶⁹-CMK md. 143 gerekçesi için bkz. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 400.

⁵⁷⁰- Erdener Yurtcan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, s. 308.

⁵⁷¹-Kamu görevlisine rücunun emredici bir hüküm olduğuna; yani şartları gerçekleşmişse devletin kamu görevlisine rücunun zorunlu olduğuna ilişkin ifade için bkz. Naim Karakaya, **Soruşturma (CMK) Cep Kitapları -9-**, s. 91. Haksız fiile dayalı rücunun BK md. 51'den doğduğunu, bu maddedeki rücu yetkisinin ise BK md. 100'deki yardımcıların verdiği zararlardan doğan sorumluluğun rücuna ilişkin olduğu, devletle kamu görevlileri arasındaki ilişkinin BK md. 100'deki yardımcılık ilişkisinden çok başka olduğundan bahisle rücunun mümkün olamayacağı yönündeki görüş için bkz. Münci Özmen, “Haksız ve kanunsuz tutma ayırımında hukuk devletin tazminat sorumluluğu ve kişisel sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 34, S. 5, 1977, s. 851-852.

⁵⁷²-Rücu düzenleyen CMK md. 143/2 ve 143/3 hükümlerinin CMK md. 141 kapsamında yer almasının sistematik olarak daha doğru olacağına, çünkü rücu müessesesinin tazminatın geri verilmesi ile ilgili olmayıp tazminatın kimden alınacağına ilişkin olduğuna dair isabetli görüş için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 191.

⁵⁷³-Tazminatın geri alınması bakımından kovuşturmaya yer olmadığı kararının itiraz üzerine kaldırılmış olması ile yeni delil elde edilmesi üzerine dava açılması suretiyle kaldırılmış olması arasında fark yoktur. Fahrettin Demirağ, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, 1. Bs., Ankara, TBB Yay., 2007, s. 248.

⁵⁷⁴-“CMK md. 314- (1): Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış olan bir dava aşağıda yazılı hâllerde sanık veya hükümlünün aleyhine olarak yargılamanın yenilenmesi yolu ile tekrar görülür:

a) Duruşmada sanığın veya hükümlünün lehine ileri sürülen ve hükme etkili olan bir belgenin sahteliği anlaşırsa. b) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek nitelikte olarak görevlerini yapmada sanık veya hükümlü lehine kusur etmiş ise. c) Sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunmuşsa.”

mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı⁵⁷⁶, Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararla kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır⁵⁷⁷. Bu karara itiraz edilebilir.

(2) Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder.

(3) İftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde; Devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu eder.”

CMK md. 143/1 uyarınca yakalama, gözaltı veya tutuklama işlemlerinin haksız olmadığı anlaşılan mahkûmiyet süresine ilişkin olan kısım için, önceden CMK md. 141/1-e bağlamında ödenen tazminatın geri alınması mümkün olacaktır⁵⁷⁸. Tazminatın geri alınması konusunda herhangi bir süre öngörülüş değildir⁵⁷⁹.

Tazminatın geri alınmasında, Borçlar Kanunu’ndaki sebepsiz zenginleşmeden dolayı istirdat davası hükümleri değil, 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun’un hükümleri uygulanacaktır.

Kişiye tazminat verilmesi keyfiyeti dosyasında belgelenmiş olacağından geri isteme koşulları gerçekleştiğinde Cumhuriyet savcısı, Devlet hazinesinin istemini beklemeden, re’sen, tazminata karar veren mahkemeye yazılı olarak başvurmak

⁵⁷⁵-Mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olmasının şart olduğu yönündeki ifade için bkz. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 98.

⁵⁷⁶-Mahkûmiyet süresine ilişkin kısmın geri alınması ibaresinden hareketle kanun koyucunun tazminatların gün hesabına göre tayinini öngördüğüne ilişkin ifade için bkz. Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 240.

⁵⁷⁷-Tazminatın geri alınabilmesi için kovuşturmasızlık kararının kesinleşmesi, kesinleştiğinin ilgiliye tebliğ edilmesi, kovuşturmasızlık kararı verilmeden önce uygulanan koruma tedbirine dayanan tazminat davası açılması, tazminata hükmolunması, ilgilinin tazminatı almasından sonra kovuşturmasızlık kararı kaldırılarak hakkında dava açılması ve dava sonunda mahkûmiyet kararı verilmesi evrelerinin geçirilmiş olması gerekmektedir. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 330-331.

⁵⁷⁸- Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 703. Mahkûmiyet süresi, koruma tedbiri uygulama süresinden fazla ise tazminatın tümü alınacaktır. Az ise haksız yere ödendiği anlaşılan mahkûmiyet süresine ilişkin kısım için ödenen tazminat bedeli geri alınacaktır. (s. 704.) Dikkat edilmelidir ki, tazminatın geri alınması, tüm tazminat sebepleri bakımından değil gözaltı, tutukluluk gibi özgürlük kısıtlamasının söz konusu olduğu ve bundan dolayı ödenen tazminatlar hakkında geçerli olabilecektir. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 134.

⁵⁷⁹-Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s. 639.

suretiyle tazminatın geri alınması için karar verilmesini isteyecektir⁵⁸⁰. Mahkeme, kararını dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda verecektir. Bu karara karşı Cumhuriyet savcısının ve tarafların itiraz hakları vardır⁵⁸¹.

Anayasa md. 40/son hükmü uyarınca, devleti haksız yere maddi zarara sokan kamu görevlisine karşı devletin rücu hakkının⁵⁸² saklı olduğu öngörülmüştür⁵⁸³. Rücuun mümkün olması dolayısıyla da CMK md. 143/2 uyarınca devlet, ödediği tazminatı belli koşullar altında kamu görevlisinden⁵⁸⁴ geri alma imkânına sahip olabilecektir.

Rücu için, salt görevinin gereklerine aykırı hareket ederek görevini kötüye kullanma ölçütü 5353 sayılı Kanun değişikliği ile gelmiştir. Böylelikle rücu, tazminatı gerektiren koruma tedbiri bakımından salt TCK md. 257/1’de düzenlendiği üzere icrai hareketle görevini kötüye kullanan kamu görevlisi hakkında uygulanabilecektir. TCK md. 257/2 bağlamında ihmal suretiyle görevin kötüye kullanılması yani görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterilmesi

⁵⁸⁰-CMK md. 143 gerekçesindeki ifadeler için bkz. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 401. Cumhuriyet savcısının bu tip durumlarda yazılı istemde bulunmasının zorunlu olduğuna ilişkin ifade için bkz. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 135.

⁵⁸¹- Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 563. 466 sayılı Kanun’da bu tazminatın geri alınmasına karşı itiraz hakkı düzenlenmemiş idi.

⁵⁸²-Özel hukuk bağlamında rücuun, bir başkasının borcunu ödeyenin malvarlığında oluşan eksilmeyi giderme amacına yönelik ödemeyi yapması gerekenden tazminat talebi olduğuna ilişkin tanımlama için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, **Gazi Üniv. Hukuk Fak. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Gazi Üniv. İletişim Fak. Yay., 2009, s. 538. Rücu davalarının adli yargıda açıldığına ve BK md. 41 vd. maddeleri uyarınca görüldüğüne ilişkin ifade için bkz. (s. 541)

⁵⁸³-Dikkat edilmelidir ki Anayasa md. 40/son hükmü doğrultusunda devlet rücu hakkına sahip olmakla birlikte bu hakkını kullanmak zorunda değildir. Öte yandan CMK md. 143/2 hükmüyle Anayasa md. 40/son hükmünden bir adım daha ileri giderek rücuyu işletme konusunda Devlet, yükümlü tutulmuştur. Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 136. Ayrıca Anayasa md. 40/son hükmünde yer almasına rağmen 466 sayılı Kanun, rücu ilişkin herhangi bir hüküm içermemekteydi. Nitekim 466 sayılı Kanun’dan doğan tazminatlarda Devletin rücu hakkının, Anayasa’nın 40. maddesi kapsamında genişletilebileceğini düşünmek ve yargıçlarla Cumhuriyet savcılarının sorumlu tutulacağı endişesine kapılmak yersizdir. HUMK’nin 573. maddesi bu sorumluluğu düzenlemiş, kasti davranışlar ve ağır ihmallerle sınırlandırmıştır. Rücu sınırını genişletmek, yargı hizmetini yürütemez hale sokacağından, Devletin böyle bir düşüncüyü benimseyebileceği olası değildir. (YCGK, 2004/1-177 E., 2004/203 K., 23.11.2004 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 29.08.2011.

⁵⁸⁴-Hâkim ve Cumhuriyet savcısının da kamu görevlileri kapsamında olduğuna dair ifade için bkz. Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 658. Nitekim kamu görevlisi deyiminin geniş manada ele alındığına, TCK md. 6/1-d’deki yargı görevi yapan kimselerin de bu kapsamda değerlendirildiğine ilişkin ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler”, (Çevrimiçi)<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>, 30 Mayıs 2011.

durumunda⁵⁸⁵ rücu hükümleri işlemeyecektir. Kanaatimce kişisel tazmin sorumluluğunu temin eden rücu müessesesinin uygulanması açısından icrai eylemle ihmalî eylem arasında böylesine fark yaratılmasını haklı gösteren bir sebep yoktur. Görevini kötüye kullanma suretiyle tazminatı gerektiren koruma tedbiri uygulamasına sebep olan kamu görevlilerine eyleminin şekline bakılmaksızın rücu edilebilmelidir.

Taksirle görevinin gereklerine aykırı hareket eden kamu görevlisine rücu edilirse iş güvenliği ortadan kalkar. Bu yüzden aynı zamanda rücunun mümkün olabilmesi için görevini kötüye kullanan kamu görevlisi, eylemini kasten gerçekleştirmelidir⁵⁸⁶. Görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevin kötüye kullanıldığı ancak mahkûmiyet kararının kesinleşmesi ile anlaşılabacaktır. Dolayısıyla madde gerekçesinde açıklık olmamakla birlikte⁵⁸⁷ kamu görevlisinin görevi kötüye kullanmaktan mahkûm olması, rücu için şarttır⁵⁸⁸. Aksi takdirde, her ödenen tazminatta olağan şekilde kamu görevlisine rücu edilmesi kamu görevlilerinin eylem ve işlemlerinde çekingen davranmalarına sebep olabilirdi⁵⁸⁹. Rüşvet, irtikâp gibi özel görevi kötüye kullanma hallerinde de rücu mümkündür⁵⁹⁰.

Tazminatı gerektirecek şekilde keyfî uygulamalarda bulunulmasının önüne geçmek için kişisel sorumluluğu temin eden rücu müessesesinin etraflıca değerlendirilmesi ve üzerinde düşünülmesi gerekmektedir⁵⁹¹. Ancak hâkim ve

⁵⁸⁵- İbrahim Keskin, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *Adalet Dergisi*, S. 39, Ocak 2011, s. 120-121.

⁵⁸⁶- Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 325. Nitekim görevi kötüye kullanma suçunun doktrinde farklı görüşler de olmakla birlikte ancak kasten işlenebileceğine, hatta Yargıtay tarafından bazı kararlarda (YCGK, 1986/431 E., 1986/48 K., 17.02.1986 T.) suçun oluşumu için özel kastın şart koşulduğuna ilişkin ifade için bkz. İbrahim Keskin, *Adalet Dergisi*, s. 120.

⁵⁸⁷-Şemsettin Aksoy, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 156.

⁵⁸⁸- Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 325. Rücu için, uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle suç işlendiğinin mahkeme kararı doğrultusunda saptanmasının zorunlu olduğu yönündeki ifade için bkz. Fahrettin Demirağ, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 248.

⁵⁸⁹- Metin Feyzioğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler”, (Çevrimiçi)<http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>, 30 Mayıs 2011.

⁵⁹⁰- Osman Yaşar, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 713. Tabii rüşvet gibi özel görevi kötüye kullanma halleri dolayısıyla rücunun mümkün olabilmesi için kamu görevlisi, eylemleriyle ilgilinin CMK md. 141 bağlamında tazminat isteyebileceği duruma sebebiyet vermelidir. Süheyl Donay, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, s. 240.

⁵⁹¹- Hasan Köroğlu, *Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa)*, s. 27. Rücu müessesesinin esash şekilde işletilmesinin, kamu görevlilerinin kanun hükümlerine uyma konusunda daha dikkatli

savcılar bakımından uygulamada rücu kararına pek rastlanmaması, kanaatimce özellikle tutuklama konusundaki keyfi davranışların önüne geçilmesini engelleyen bir anlayışa ortam hazırlamaktadır. Kötü niyetli olarak görevini kötüye kullandığı sabit olan hâkim veya savcuyu, yargının bağımsızlığı gerekçesiyle korumak, dolayısıyla haklarında rücu hükümlerini işletmemek adalet duygularıyla bağdaşmamaktadır⁵⁹².

CMK md. 143/3 uyarınca tazminatı gerektiren hürriyet veya hak kaybının kötü niyetli bir muhbir veya şikâyetçinin ihbar veya suç duyurusundan ya da tanık olarak dinlenen kimsenin yalancı tanıklığından kaynaklanması durumunda devletçe ödenen tazminat ilgili kişilere rücu edilecektir⁵⁹³. İftira veya yalan tanıklıktan dolayı sadece gözaltı ve tutuklama tedbirlerine başvurulmuş⁵⁹⁴ ve bu tedbirlerden mağdur olan kişiye tazminat ödenmişse, iftira edene veya yalan tanıklıkta bulunana rücu edilebilecektir. Burada işlemi devleti yapmış olmasına rağmen; yanlış yönlendirilme söz konusudur. Rücu için TCK md. 267’de düzenlenen iftira suçundan veya TCK md. 272’de yer alan yalancı tanıklık suçundan dolayı kesinleşmiş mahkûmiyet şarttır; aksi takdirde mahkûmiyet olmadan iftira veya yalan tanıklıktan söz etmek mümkün değildir⁵⁹⁵. İftira atana veya yalan tanıklık yapana rücu edilmesi zorunludur⁵⁹⁶.

olmalarını temin edeceğine ilişkin ifade için bkz. Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 704.

⁵⁹² -“CMK md. 143/2 hükmüne karşın, düzenleme kapsamında hâkim ve savcılar hakkında örnek bir rücu kararı bulunmamaktadır. Bu da tutuklamada keyfilikğin önüne geçilmesini engelleyen anlayışlara ortam hazırlamaktadır. Öte yandan “rücu” düzenlemesine karşın, teftiş endişelerinin ve yaşanan örneklerin tutuklayan değil, serbest bırakan yargıcın sorun yaşayacağı algısını destekliyor olması da son derece düşündürücüdür. Hukuk devletinde hâkimler ve savcılar dâhil hiç kimse, hukuka aykırı ve keyfi işlem ve kararlarından sorumsuz değildir ve olmamalıdır.” TBB İnsan Hakları Merkezi **Tutuklama Raporu**, Ankara, TBB Yay., Ağustos 2010, s. 69.

⁵⁹³ -Dikkat edilmelidir ki iftira yahut yalan tanıklık durumunda CMK md. 141 vd. maddeleri işletilmeksizin doğrudan doğruya haksız fiil esasına dayanarak genel mahkemelerde de dava açılabilir. (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2006/11203 E., 2007/10647 K., 24.09.2007 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 30.09.2010. Bu ihtimalde devletin herhangi bir zararı doğmayacağından rücu müessesesinin işletilmesine gerek de kalmayacaktır.

⁵⁹⁴ -Arama, elkoyma gibi koruma tedbirlerinin uygulanması ve bundan dolayı tazminat ödenmesi halinde iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kimseye rücu, CMK md. 143/3 uyarınca değil, tazminat hukukunun genel ilkeleri uyarınca mümkün olacaktır. Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, s. 129.

⁵⁹⁵ -Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 192. Aynı yönde ifade için bkz. Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 326.

⁵⁹⁶ - Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 707.

Koruma tedbirlerinin haksız yahut hukuka aykırı uygulanmasına sebebiyet veren haksız fiil sorumlularına karşı işletilecek rücu müessesesi zarar verenlerin kusur derecelerine göre işletilmelidir⁵⁹⁷.

3.4.5. Tazminat İsteyemeyecek Kişiler

CMK md. 144 ile kimlerin tazminat isteyemeyecekleri tam bir açıklıkla hüküm altına alınmıştır⁵⁹⁸. Uluslararası normlar, doktrin ve içtihadın göz önünde tutulduğu bu hükümle birlikte uygulamada doğabilecek tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır⁵⁹⁹.

CMK md. 144 düzenlemesi gereği⁶⁰⁰:

“(1) Kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerden aşağıda belirtilenler tazminat isteyemezler: a) Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler. b) Tazminata hak kazanmadığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hâle dönüşenler. c) Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler⁶⁰¹. d) Kusur

⁵⁹⁷ - Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, s. 594.

⁵⁹⁸ -466 sayılı Kanun'da tazminat istenemeyecek hallere ilişkin hüküm bulunmamakla birlikte uygulamada söz konusu haller gerçekleştiğinde tazminat istemleri kabul edilmemekte idi. Nur Centel, **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, s. 867. Aynı yönde, CMK'nin 466 sayılı Kanun dönemindeki uygulamayı, yani tazminat istenemeyen durumları kanunlaştırdığı yönündeki ifade için bkz. Ahmet Altınay, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, s. 163.

⁵⁹⁹ -CMK md. 144 gerekçesindeki ifadeler için bkz. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Serhi**, s. 402.

⁶⁰⁰ -Bu düzenleme ile birlikte, 1991 öncesinde 466 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi bir nevi tazminat engeli oluşturulmuştur. Diğer yandan da uygulamada zaten tazminat verilmeyen durumlar kanuna eklenmiştir. Hakan Hakeri, “Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”, (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.

⁶⁰¹ -Uzlaşma veya şikâyetten vazgeçmede tazminat davası olan davacının serbest iradesiyle davadan feragat ettiği düşünülse de şüpheli veya sanığın herhangi bir iradesinin olmadığı zamanaşımı, genel veya özel af durumlarında tazminat isteminin mümkün olmaması, Anayasa md. 36 ve AİHS md. 6/1 bağlamında hak arama hürriyetine müdahale oluşturmaktadır. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 93-94. Zamanaşımı durumunda devletin kısa sürede davayı sonuçlandıramamış olması ve böylelikle beraat etme olanağının ortadan kaldırılması dolayısıyla davacının tazminat isteyebileceğine ilişkin isabetli içtihat için bkz. (Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 1995/9069 E., 1995/11153 K., 02.11.1995 T.), (Çevrimiçi) <http://hukukturk.com>, 03.09.2011. Buna rağmen davanın zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılması durumunda davacı yararına tazminata hükmedilemeyeceğine dair yeni tarihli bir içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/327 E., 2009/6510 K., 01.06.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve**

yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler, e) Adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar.”

Dikkat edilmelidir ki, bu madde bağlamında tazminat isteyemeyecek kişiler, normal şartlarda CMK md. 141/1-e ve f bentleri uyarınca tazminat isteme hakkına sahip olan kişilerdir. Yakalama veya tutuklama, kanuna aykırı olarak uygulanmışsa CMK md. 144 hükmüne dayanarak tazminat istemi reddedilemez. Çünkü bu maddede belirtilen durumlar, yakalama veya tutuklamadaki kanuna aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır⁶⁰². Dolayısıyla tazminat istenemeyecek durumlar, ancak kanuna uygun yakalama veya tutuklama söz konusu ise gündeme gelebilecektir.

İlk 4 bent 5271 sayılı CMK ile ilk defa düzenlenirken, e bendi 466 sayılı Kanun döneminde 1991’de 3696 sayılı Kanun ile kaldırılmıştı.

CMK md. 144/1-a hükmü gereği gözaltı ve tutukluluk süreleri başka bir hükümlülüğünden indirilen kişiler tazminat isteyemeyeceklerdir. İlginin mahsubu reddedip tazminatı tercih etmeye hakkı yoktur⁶⁰³. Gerçekten de hakkaniyet ve adalet duyguları gereği kabul edilen mahsup müessesesi⁶⁰⁴ haksızlıkları telafi edebilmek için şüpheli veya sanık lehine⁶⁰⁵ öngörülmüş, cezanın infazı ile ilgili bir işlemdir⁶⁰⁶. Tazminata hükmedilmeden önce tazminat talep edenin zararının başka yollarla giderilmesi mümkün ise, bu tazminat dışı giderim kabul edilmektedir. Nitekim

Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144), s. 169’den alıntıdır.)

⁶⁰²- Fahrettin Demirağ, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 250.

⁶⁰³- Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 726. Mahsup zorunludur. Öyle ki kanun dışı tutuklama dolayısıyla, ilgili kişi tazminat elde etmiş olsa bile eğer hüküm kesinleşmeden önce işlenmiş başka bir suç dolayısıyla mahkûmiyet kararı verilmiş ise kanun dışı tutuklu kalınan süre mahkûmiyetten zorunlu olarak düşülmesi, ancak zararın iki kez giderilmesinin önüne geçmek için, ödenen tazminatın geri alınması gerekliliğini ileri süren ifadeler için bkz. Metin Feyzioğlu, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 120. CMK md. 144 gerekçesi uyarınca ise indirime tabi olmayan artık süre dolayısıyla tazminat istenebileceği ise şüphesizdir. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, s. 402.

⁶⁰⁴-Tutuklama dışındaki özgürlük kısıtlamalarının mahsuba konu olup olmayacağı doktrinde tartışmalı olmakla birlikte çoğunluk görüşü, tüm özgürlük kısıtlamalarının ceza süresinden mahsup edilmesi gerektiği yönündedir. İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 259.

⁶⁰⁵- Ahmet Altınay, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, s. 155.

⁶⁰⁶-Mahsup müessesesi ile tutuklanıp da hakkında mahsup işlemi uygulanan kimseler için hiç tutuklu kalmayan mahkûmlara nazaran daha avantajlı durum yaratıldığı yönündeki görüşün, ülkemizde tutuklama şartlarının hükümlülükten pek de farklı olmadığı gerçeği göz önüne alındığında geçerli olmadığının anlaşılacağına dair isabetli ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 114.

Anayasa md. 19 ve CMK md. 141 ve devamı maddeleri uyarınca zararın tazmin edilmesi esası öngörölmüş olmakla birlikte bu hükümlerin, zararın başka surette giderilmesinin mümkün olmadığı ihtimallerde uygulanabileceği vurgulanmıştır⁶⁰⁷. Böylelikle zararın, daha etkin kanuni çarelerle giderilmesi yönünde, kanunun temel amacı sağlanmış olacaktır.

TCK md. 63, mahsup için şahsi hürriyetin sınırlaması sonucunu doğuran halin⁶⁰⁸, hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşmesini şart koşmuş olup⁶⁰⁹ başkaca bir şart aramamıştır. Bu bakımdan mahsup, genellikle aynı davada tutuklanma veya şahsi hürriyetin kısıtlandığı gözaltı veya yakalama hallerinde söz konusu olmakla birlikte, mahkûmiyet kararının verildiği dava ile şahsi hürriyetin kısıtlandığı davanın aynı olmasının şart olmadığını gözden kaçırmamak gerekir⁶¹⁰. Hatta şüpheli veya sanığın kendi kusurlarıyla özgürlüklerinden mahrum kaldıkları süreler bile mahsuba dâhil edilmektedir⁶¹¹. Şahsi hürriyetin kısıtlandığı bir davada beraat kararı çıkması durumunda beraat kararının kesinleşmesinden önce işlenen⁶¹²

⁶⁰⁷ - (YCGK, 2006/1-4 E., 2006/7 K., 31.01.2006 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 12.06.2010. Nitekim tazminata hükmedilmeden önce mahsubun söz konusu olup olmadığına ilişkin inceleme yapılması gerekliliğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2007/3804 E., 2007/4548 K., 06.06.2007 T.), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 278-279'dan alıntıdır.) Aynı doğrultuda başka bir içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2009/2032 E., 2010/5344 K., 13.05.2010 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 30.09.2010.

⁶⁰⁸ -CMK md. 109/6 uyarınca adli kontrol altında geçen süre şahsi hürriyeti kısıtlayıcı süre sayılmayıp cezadan mahsup edilmemektedir. CMK md. 109/3-e hükmü bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu madde ile alkol bağımlılığından kurtulmak amacı ile hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olan kimse hakkında mahsup mümkündür.

⁶⁰⁹ -Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 1940/5 E., 1940/68 K., 06.03.1940 T. kararı uyarınca beraat ettiği davada tutuklu kalan kişinin tutukluluk süresi, beraat kararının kesinleşmesinden önce işlediği ve sonunda mahkum olduğu ceza müddetinden mahsup edilir. (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 21.06.2011.

⁶¹⁰ -Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı**, s. 177.

⁶¹¹ - Ahmet Altınay, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, s. 157.

⁶¹² -Beraat kararının kesinleşmesinden sonra işlenen suçtan dolayı alınacak cezaya ilişkin mahsubun kabul edilmemesinin gerekçesi, kişinin nasıl olsa mahsup edilecek ceza hakkını var diye düşünerek rahatlıkla suç işlemesinin önüne geçmektir. İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, s. 262. Nitekim suç işlemeye teşvik sakıncasının oluşmaması için kesinleşen mahkûmiyet kararından sonra işlenen suç nedeniyle tutuklulukta geçen sürelerin mahsubuna karar verilemeyeceğine ilişkin içtihat için bkz. (YCGK, 2006/1-4 E., 2006/7 K., 31.01.2006 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 12.06.2010.

ve mahkûmiyete konu olan bir suç varsa bundan dolayı çekilecek cezadan ilk davada suçsuz yere hürriyetin kısıtlandığı süreler mahsup edilir⁶¹³.

TCK md. 63 uyarınca, eğer adli para cezasına mahkûm olunmuşsa hürriyetin kısıtlandığı müddet için her gün 100 TL değerinde sayılarak adli para cezasından indirilecektir.

Mahkûmiyet kararı çıkmaması durumunda veya önceden işlenip de cezayı gerektiren bir suç yok ise mahsup işlemi uygulanamaz. Bu durumda kişi özgürlüğünün kısıtlandığı durumun haksızlığı sonradan ortaya çıktığından elbette ki zararın giderimi tazminat ödenmesi suretiyle gerçekleştirilecektir⁶¹⁴.

CMK md. 144/1-b hükmü gereği fiilin suç olmaktan çıkarılması⁶¹⁵, ceza miktarının azaltılması gibi lehe hükümler içeren kanunun yürürlüğe girmesi nedeniyle durumları tazminat istemeye uygun hale gelenler de tazminat isteyemeyeceklerdir⁶¹⁶. Bunun gerekçesi ortada haksız olarak uygulanan bir koruma tedbirinin olmayışı⁶¹⁷ ve kanuni mevzuatın uygulanmasına rağmen sonradan yapılan değişiklikler neticesinde oluşan zarardan dolayı devletin hiçbir kusurunun olmamasıdır⁶¹⁸. Aynı zamanda ceza muhakemesinde derhal uygulama ilkesi geçerli olup kanunun geriye uygulanması söz konusu olmayacağından tazminata ilişkin hükümler de geriye yürümezler; yürürlük gününden itibaren gelecekte gerçekleşecek

⁶¹³-Bu doğrultudaki bir içtihat için bkz. (Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 2007/16720 E., 2010/313 K., 20.01.2010 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 30.09.2010.

⁶¹⁴- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 45. Tazminat davasında mahsuba konu olabilecek başka bir hükümlülüğün olup olmadığının tespiti açısından nüfus kaydına uygun adli sicil kaydının getirilmesi şart kılınmıştır. Bu belgenin getirilmemesi bozma sebebi olarak değerlendirilmiştir. (Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 2008/25590 E., 2009/8003 K., 05.05.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 165'ten alıntıdır.)

⁶¹⁵-Bu hususa 765 sayılı TCK md. 260'da yer alan kamu görevlisine pasif direnme suçunun kaldırılması suçu örnek olarak verilebilir. Öyle ki 5237 sayılı TCK md. 265 uyarınca görevi yaptırmamak için direnme suçu, ancak cebir veya tehdit kullanılarak icrai harekette bulunulması suretiyle gerçekleştirilebilecektir. Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 334.

⁶¹⁶-Sözgelimi 765 sayılı TCK md. 260'taki suçu işlediğinden bahisle gözaltına alınan kişinin, 5237 sayılı TCK md. 265 hükmünün lehe uygulanması ile eyleminin artık suç oluşturmadığı gerekçesiyle beraat etmesi durumunda tazminat istemine hak kazanamayacaktır.

⁶¹⁷- Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 193.

⁶¹⁸- Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 104.

olaylara uygulanırlar⁶¹⁹. Böylelikle kanuna uygun olarak uygulanan fakat sonradan tazminat istemine olanak sağlayan duruma gelen işlemler dolayısıyla Devlet'in tazminat ödemesi tehlikesi ortadan kaldırılmıştır⁶²⁰.

CMK md. 144/1-c'de belirtilen kararların söz konusu olduğu durumlarda, ortada mahkûmiyet kararı olmadığından uygulanan koruma tedbirlerinin haksız olarak değerlendirilmesi mümkün olamayacağından⁶²¹ tazminat istemi gündeme gelmeyecektir. Öte yandan tazminatın, mahkûmiyet nedeni ile istenebilmesinin yanı sıra, yakalama, tutuklama, gözaltı, arama, elkoyma tedbirlerinin CMK md. 141 çerçevesinde belirtildiği ölçütler doğrultusunda, kanuna aykırı olarak uygulanması da tazminat istemi sonucunu doğurabilmektedir. Aksi yorum, yani CMK md. 144/1-c'de yer alan durumlarda kesinlikle tazminat istenemeyeceği şeklinde düşünce, hukuka aykırı olacaktır⁶²².

CMK md. 144/1-d, kusur yeteneği bulunmadığından ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilenler⁶²³ hakkında hukuka uygun işlemler uygulanması dolayısıyla tazminat verilmeyeceğini düzenlemektedir. Suç işlediği sabit olmasına rağmen sırf kınanamadıklarından haklarında mahkûmiyet kararı verilemeyen bu kimseler, koruma tedbirlerinin kendileri hakkında haksız olarak uygulandığını iddia edemeyeceklerindendir ki tazminat istemeye hak kazanamamışlardır⁶²⁴.

Öte yandan kusur yeteneği bulunmaması dolayısıyla verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı uyarınca tek bir durumda tazminat istemi gündeme gelebilir. O

⁶¹⁹- Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 326. Aynı yönde ifade için bkz. Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 660. Lehe hükümlerin uygulanmasının genel kural ve TCK md. 7/2'nin gereği olduğuna, dolayısıyla CMK md. 144/1-b hükmünün yerinde olmadığına ilişkin ifade için bkz. Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 241.

⁶²⁰- Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 709.

⁶²¹-Nitekim haksızlığın bir karar veya hükümle belgelenmesinin gerekli olduğuna ilişkin ifade için bkz. Osman Yaşar, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 714. Aynı doğrultuda görüş için bkz. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 565.

⁶²²- Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 242.

⁶²³-“CMK md. 223/3: Sanık hakkında; **a)** Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, **b)** Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, **c)** Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, **d)** Kusurluluğu ortadan kaldırıcı hataya düşülmesi, Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

⁶²⁴- Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 710.

da bu karar, CMK md. 323/3 uyarınca yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilmişse, önceden verilen mahkûmiyet kararının infaz edilen süresi miktarınca tazminat isteminde bulunulabilecektir. Bununla birlikte CMK md. 141 kapsamında olmak kaydıyla koruma tedbirlerinin hukuka aykırı biçimde uygulanması halinde pek tabii ki CMK hükümlerine göre tazminat istenebilecektir.

CMK md. 141/1-e bendi uyarınca suç işlemediği halde suç üstlendiği için kendi haklarında gözaltına alınma veya tutuklanma koruma tedbirlerinin uygulanmasına sebebiyet veren kişilerin tazminat isteyemeyecekleri kabul edilmiştir⁶²⁵. Çünkü bu ihtimalde gözaltına alınan veya tutuklanan kişi, şahsi kusuruyla maddi gerçeğe ulaşılma çabasını engelleyerek adaleti yanıltmıştır. Tazminat ödenmemesi için, beyanların gerçek dışı olduğunun mahkeme önünde kanıtlanması gerekmektedir⁶²⁶. Başkasının suçunu üstlenmek için gerçek dışı ikrarda bulunan kimse ise tazminat isteyemeyecek olmanın yanı sıra TCK md. 270 uyarınca suç üstlenme suçunu da işlemiş olacaktır.

3.4.6. Tazmin Edilecek Zararların ve Tazminat Miktarının Hesaplanması

Tazminat miktarının tespiti, mağdurlar bakımından adil ve gerçekçi bir karşılık olma, kamu görevlileri içinse gereksiz ve haksız birtakım tedbirlere başvurmayı engelleme hususlarında oldukça önemlidir⁶²⁷.

Her ne kadar zarara uğrayan kimse, eski halin iadesini, dolayısıyla uğradığı zararlarının tümünün giderilmesini arzulasa da zararın tamamını hesaplayabilmek güç bir iştir⁶²⁸. Koruma tedbirlerinin hatalı uygulaması ile tazminata hak kazanan kişinin esas amacının zararını tamamen tazmin etmesi değil, haklılığının adli makamlarca da tescillenerek manen bir tatmine ulaşmak olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Dolayısıyla bu görüşe göre, hem hesabın tam yapılmasındaki güçlüğü

⁶²⁵-Bu hükmün, 466 sayılı Kanun'un 1991 yılında kaldırılan 4. maddesinden daha dar kapsamlı olduğuna dair ifade için bkz. Hakan Hakeri, "Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat", (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.

⁶²⁶- Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 326.

⁶²⁷- Ömer Faruk Kalaycı, *Vasat Dergisi*, s. 133.

⁶²⁸- Fatih Kanmaz, *Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat*, s. 252.

hem de toplum menfaatini gözeten yaklaşıma göre tazminat belli bir sınırdan ibaret olmalıdır⁶²⁹.

Öte yandan Anayasa md. 19/son ve CMK md. 142/6 hükümleri dikkate alındığında maddi zararın hesaplanmasında sınır çizilmesi, maktu bazı miktarlar belirlenmesi görüşünün aksine, maddi zararların yanı sıra manevi zararların da tam olarak giderilmesi, görünüşte değil gerçekten tazmini⁶³⁰ ilkesi esastır. Her türlü maddi ve manevi zarar hesaba katılacaktır⁶³¹.

Tazminat miktarına sınır konulması kişi özgürlüğünü, konulmaması ise istikrarlı devlet bütçesini zedeleme riski taşımaktadır⁶³². Kanaatimce devlet bütçesinin sarsılması pahasına zararın tam olarak karşılanması gerekmektedir. Öyle ki iki birey arasındaki tazminat davalarında tazminat talebinde bulunan taraf ile kendisinden tazminat talebinde bulunulan tarafın maddi durumları, tazminatın tayininde gözetilir iken devlete karşı açılan tazminat davasında devletin, fakirleşmesi mümkün olmayan taraf olarak değerlendirilmesi gerekir⁶³³. Nitekim kanunumuzda belirtildiği ve uygulamaya yansıdığı üzere ispat edilebilen her çeşit zararın ödenmesi asıl olandır⁶³⁴. Etkin bir araştırma sonucu hakkaniyete uygun tazminat miktarının belirlenmesi ile iç hukuk yolları da sağlıklı biçimde tüketilmiş olacaktır⁶³⁵.

⁶²⁹- Uğur Alacakaptan, **AÜHF Dergisi**, s. 217-218.

⁶³⁰-Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, s. 623.

⁶³¹- Faruk Erem, **Adalet Dergisi**, s. 726. Yüksek Mahkeme kararlarının da bu doğrultuda müstakar olduğu ifadesi için bkz. Mehmet Handan Surlu, “Haksız tutuklamanın tazmini konusunda uygulamadaki yeni gelişmeler”, **Adalet Dergisi**, s. 964. Zararın takdir edilecek tazminat miktarının tepe noktasını oluşturduğuna, yani tazminatın zararı aşamayacağına ilişkin ifade için bkz. Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, s. 52.

⁶³²- Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 46.

⁶³³- Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 111.

⁶³⁴-Tazminat takdirini üst düzeyden gerçekleştirerek tazminat miktarını arttırmanın koruma tedbirlerinden doğan zararları ters orantılı olarak azaltacağı yönündeki ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 166 ve 189.

⁶³⁵-Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 1001.

Tazminat miktarını tayin ederken Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasında bir engel ve sakınca bulunmamaktadır⁶³⁶.

Mahkeme gerek maddi gerekse manevi tazminat istemleriyle bağlı olup istemi oluşturan miktarı aşacak biçimde karar veremez. İstemden fazlaya hükmedilememesi genel bir tazminat hukuku ilkesidir. Ayrıca mahkeme, ek bir talep gelmesi halinde de miktarı arttıracak şekilde hüküm tesis edemez⁶³⁷. Yani ilgili, ilkin istediği tazminat miktarını yeni bir dilekçeyle arttırarak yeni bir talepte bulunamayacaktır⁶³⁸.

3.4.6.1. Maddi Tazminat

Maddi zarar, zarara uğrayanın halen mevcut malvarlığı ile zararlı işlem gerçekleşmeseydi bu malvarlığının bulunacağı hal arasındaki farktan, uğranılan mali kayıptan⁶³⁹ ibarettir. Tazminat ile zarar gören, zarara neden olan işlem veya eylem olmasaydı hangi konumda olacak idiyse tekrar o konuma getirilmelidir⁶⁴⁰. Malvarlığı ya eylemli olarak eksilme yahut gelecekteki çoğalması önlenerek gelirden yoksun kalınmasına⁶⁴¹ sebep olunmak suretiyle zarara uğrattırılır⁶⁴². Gelirinden yoksun kalınan miktar, varsayımlı bir hesaba dayanılarak tespit edildiği için fiili zararlardan daha zor

⁶³⁶ - M. Naci Ünver, A. Mümin Kavalalı, **Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, s. 84. Aynı yönde ifade için bkz. Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 323.

⁶³⁷ - Mehmet Handan Surlu, “Uygulamanın ışığında haksız tutuklamanın tazmini”, **Adalet Dergisi**, s. 622. Aynı yönde ifade için bkz. Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, s. 648.

⁶³⁸ - Timur Demirbaş, **İzmir Barosu Dergisi**, s. 36. Aynı yönde ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 734.

⁶³⁹ - Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 195.

⁶⁴⁰ - Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 154. Denkleştirme hususunun da temelini fark teorisinde bulduğuna, gerçek zarar hesaplandıktan sonra zarar ve yararın birbiriyle denkleştirileceğine ve böylelikle hükmedilmesi gereken tazminat miktarının BK md. 43 vd. maddeleri uyarınca tespit edileceğine ilişkin ifade için bkz. Teoman Akunal, **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu** (Doçentlik Tezi), İstanbul, İÜHF Yay., 1977, s. 16 ve 19. Sözelimi kamu görevlisinin maaş veya ücretini kurumdan almış bulunması durumunda tutuklu kalınan sürede bir kazanç kaybı oluşmayacağından maddi zarar söz konusu olmayacaktır. Hasan Tahsin Gökcan, **Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yay., 2003, s. 104.

⁶⁴¹ - Eksilme aktifin azalması, pasifin çoğalması; gelirden yoksun kalınması ise aktifin çoğalmaması, pasifteki azalma olanağının yitirilmesi suretiyle gerçekleşebilir. Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, Beta Yay., 2003, s. 82 ve 86.

⁶⁴² - Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 82.

belirlenebilir⁶⁴³. Nitekim yakalama veya tutuklama tedbirleri sonrası istenebilecek kazanç kayıplarının tespiti, arama yahut elkoyma ile malvarlığına verilen zararın tespitinden daha zordur⁶⁴⁴.

Maddi zararın tespitindeki ölçütler belirli belgelere dayanan objektif durumu yansıtmaktadır. Böylelikle zarar miktarını tayin ederken subjektif takdir söz konusu olmamaktadır⁶⁴⁵. Maddi zarar miktarlarını tazminat isteme hakkı elde eden kimselerin özel durumlarına göre belirlemek gereklidir⁶⁴⁶.

İleride ortaya çıkması muhtemel zararlar, kesinlikle belli olmadığı için birtakım varsayımlarla kapsama dâhil edilemeyeceği gibi⁶⁴⁷; zarar kavramının gereğinden çok daraltılması da hukuka aykırı olacaktır⁶⁴⁸. Maddi zararların maruz kalınan işlemle doğrudan nedensellik bağı bulunmalıdır⁶⁴⁹.

Maddi zararların belirlenmesi uzmanlığı gerektiren teknik bir konu olduğundan bilirkişi⁶⁵⁰ raporu alınması faydalı olur. Fakat bilirkişi raporunun tazminatın belirlenmesi için zorunlu tutulması⁶⁵¹ kanaatimce doğru bir tutum olmaz. Neticede pek de karmaşık olmayan davalarda zarar hesabının özel olarak bilirkişilere yaptırılmasına gerek duyulmayacaktır.

Şayet CMK md. 327/2 hükmü bağlamında yargılama giderleri Devlet hazinesine yükletilmemişse davacı, tazminata esas olan ceza davasında müdafie

⁶⁴³ - Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 88.

⁶⁴⁴ - Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 139.

⁶⁴⁵ - M. Naci Ünver, A. Mümin Kavalalı, **Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, s. 42.

⁶⁴⁶ - Ahmet Gündel, **Atatürk’e, Cumhurbaşkanı’na, Cumhuriyet’e, Hükümet’e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, s. 197.

⁶⁴⁷ -Örneğin öğrenciyken tutuklanan kişinin tutuklanmasaydı mezun olabileceği ve işe girerek maaş alabileceği düşünülerek tazminata hükmedilemeyeceği, yani tazminatın varsayımlara dayanılarak hesaplanamayacağına ilişkin isabetli ifade için bkz. Metin Feyzioğlu, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 139.

⁶⁴⁸ - Yılmaz Biçer, **Yargıtay Dergisi**, s. 105.

⁶⁴⁹ -Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, s. 648.

⁶⁵⁰ -Davalı idare mensubu kişilerin tarafsız olamayacaklarından bahisle bilirkişi olamayacaklarına ilişkin ifade için bkz. İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 734.

⁶⁵¹ -Bilirkişi incelemesini zorunlu kılan karar eleştiriye açıktır. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2000/616 E., 2000/848 K., 30.03.2000 T.), (Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, s. 650’den alıntıdır.)

ödediği vekâlet ücretini de maddi tazminat kapsamında talep edebilir⁶⁵². Davacının talebi halinde hüküm tarihinde⁶⁵³ geçerli olan avukatlık asgari ücret tarifesindeki maktu miktarlar esas alınarak tazminata hükmedilecektir⁶⁵⁴. Öyle ki tazminat davasına temel teşkil eden esas ceza davasında avukata ödenen maktu vekâlet ücreti de CMK md. 142/6 bağlamında, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre saptanacak olan tazminat miktarı kapsamındadır.

Maddi tazminatın hesaplanmasında davacının tutuklanmadan hemen önce yaptığı mesleğini dikkate almak gerekir⁶⁵⁵. Tazminat belirlenirken, kişinin ödediği vergi düşüldükten sonra eline geçen net gelir esas alınacaktır. Brüt ücret esas alınmaz⁶⁵⁶. Kişinin maddi zararını tam olarak tespit edebilmek için tatil günleri ve çalışılması alışılmamış günler tespit edilerek tazminat kapsamı dışında bırakılmalıdır⁶⁵⁷. Kazanç kayıplarının ispatlanması genellikle zordur. İspatlanamayan

⁶⁵²-Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, s. 650. Dikkat edilmelidir ki CMK md. 324 bağlamında yargılama giderlerinden sayılan vekalet ücreti, normal şartlarda CMK md. 327/2 hükmü gereği, beraat eden veya hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen ilgilinin kusuru dışında kaynaklanan giderler, Devlet hazinesince karşılanmalıdır. 13.12.2006 tarihli, 26375 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık asgari ücret tarifi md. 13/son hükmü –ki bu hüküm Danıştay kararıyla hukuka uygun bulunmuştur- gereği beraat eden ve kendisini vekil ile temsil ettiren sanık lehine hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilmesi esastır. Her ne kadar avukatlık ücretinin ayrı bir dava açılarak istenmesi şart olmasa da bu ücretin CMK md. 141 vd. uyarınca açılan davalarda maddi tazminat kapsamında talep edilmesi mümkündür. (Danıştay 8. Dairesi, 2007/263 E., 2008/3515 K., 14.05.2008 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 30.09.2010.

⁶⁵³-Bu ifade ile asıl ceza davasındaki karar veya hükmün kesinleşmesi tarihi kastedilmektedir. Nitekim bu doğrultudaki içtihat için bkz. (Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2006/6129 E., 2007/7879 K., 19.11.2007 T.), (Kerim Tosun, Çetin Akkaya, **Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK**, S. 266’dan alıntıdır.)

⁶⁵⁴-İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 734. Bu doğrultudaki içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2006/2272 E., 2006/7538 K., 21.12.2006 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 143’ten alıntıdır.), Halbuki kanaatimce adalet ve hakkaniyet duygularının gereği olarak her türlü zararın karşılanabilmesi maksadıyla aşırı ve abartılı olmamak kaydıyla kararlaştırılan nispi vekalet ücretinin ödenmesi gerekmektedir.

⁶⁵⁵- Yılmaz Biçer, **Yargıtay Dergisi**, s. 105 ila 107. Tazminat davasının açıldığı tarihteki mesleğin önem taşımadığına ilişkin isabetli ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 158. Aynı yöndeki ifade için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, **Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, s. 105.

⁶⁵⁶- Hasan Tahsin Gökcan, **Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, s. 105.

⁶⁵⁷-Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 156. Serbest inşaat işçisinin hafta sonu ve resmi tatil günlerinde de çalıştığı varsayımıyla oluşturulan ilginç bir içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/19928 E., 2010/2368 K., 24.02.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 179-180’den alıntıdır.) Öte yandan inşaatlarda sıvacı olarak çalışan davacı hakkında maddi tazminata hükmedilirken bayram ve resmi tatil günlerinin hesaptan çıkarılması

kazanç kayıpları, kanuni asgari ücret üzerinden hesaplanacaktır⁶⁵⁸. Yine tutukluluk söz konusuysa cezaevinde bulunulması nedeniyle doğan her türlü gider yolculuk, tedavi, giyim, ilgilinin kendisinin veya ailesinin yüklendiği yol giderleri vs. tümü dava konusu yapılabilir⁶⁵⁹.

Belli bir iş yerine bağlı olarak çalışmayan işçiler için, tarım veya sanayide çalışıp çalışmadıkları araştırılarak, tarım ve sanayi asgari ücreti üzerinden, tazminata hükmolunacaktır. Serbest meslek sahibi olanların, daha önce ne kadar kazanç sağladığı vergi dairesi veya meslek kuruluşu gibi yerlerden sorularak veya gerekirse bilirkişi dinlenerek⁶⁶⁰, davacının varsa resmi bayram ve tatil günleri de çalışıp çalışmadığı da araştırıldıktan ve kanuni kesintiler ve vergiler de düşüldükten sonra elde kalacak net gelirin saptanması ve buna göre tazminata hükmedilmesi gerekir⁶⁶¹. Sözelimi ödenen yemek bedeli de zarar kapsamında hesaplanmalıdır. Fazla mesai yapma konusunda teamül oluşmuşsa mesai ücretleri de maddi zarar kapsamında değerlendirilebilir. Tazminat miktarının belirlenmesinde davanın açıldığı tarihteki ücret değil, kişinin çalışmadığı dolayısıyla mahrum kaldığı ücret faiziyle ödenmelidir⁶⁶².

Peki, koruma tedbirinin uygulanması sonucu tazminat isteme hakkını elde eden ilgili, koruma tedbirinin uygulanmasından hemen önce işsiz idiyse durum ne olacak? Zarar veya iş kaybı olmadığı için sosyal adalet kaygılarıyla da olsa tazminat

gerektiği yönünde oluşturulan içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2009/8834 E., 2010/2517 K., 19.04.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 180'den alıntıdır.)

⁶⁵⁸-Çelik Ahmet Çelik, “Haksız Tutuklama Nedeniyle Tazminat”, (Çevrimiçi)<http://www.tazminathukuku.com/gorus-bildirimleri/haksiz-tutuklama-nedeniyle-tazminat.htm>, 18.08.2011.

⁶⁵⁹- Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 252.

⁶⁶⁰-Çiftçilikle uğraşan davacının maddi zararlarının tespitinde işin ehli mali müşavir bir bilirkişiden rapor aldırılması yerine, konunun uzmanı olmayan ziraat mühendisinin eksik ve hatalı incelemeye dayalı raporunun hükme esas alınmasının bozmayı gerektirdiğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2007/3424 E., 2007/6380 K., 13.09.2007 T.), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 276'dan alıntıdır.)

⁶⁶¹- İsmet Özkorul, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, (Çevrimiçi)<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/176.doc>, 19 Eylül 2010. Nitekim benzinlik işleten serbest meslek mensubu gelir vergisi mükellefi davacının resmi bayram ve hafta tatillerinde çalışmasının mutad olup olmadığının araştırılmaması, çalışmadığı günlerin tazminat miktarına dahil edilmesi bozmayı gerektirmiştir. (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2005/10500 E., 2006/4765 K., 29.05.2006 T.), (Kerim Tosun, Çetin Akkaya, **Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK**, s. 281'den alıntıdır.)

⁶⁶²- Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 87.

verilmemesi gerekliliğinin⁶⁶³ yanı sıra hakkaniyet esası gereği net asgari ücret üzerinden tazminata hükmedilmesinin uygun olacağı görüşü de ileri sürülmüştür⁶⁶⁴. Yargıtay içtihatları da çoğunlukla, asgari ücret üzerinden tazmine karar verilmesi gerekliliği yönündedir⁶⁶⁵.

Öte yandan öğrenciye herhangi bir gelir kaybı söz konusu olmadığından bahisle tazminat verilmemesi⁶⁶⁶ yönündeki uygulama⁶⁶⁷ kanaatimce adil değildir⁶⁶⁸. Hakkaniyetin gereği olarak öğrenciye de belli meblağ tazminat takdir etmek uygun olacaktır. Nitekim ev hanımı davacı hakkında, vasıfsız bir işçi gibi değerlendirilmek suretiyle net asgari ücret üzerinden maddi tazminata hükmedilmektedir⁶⁶⁹.

Tazminat istemini özgürlüğünün kısıtlanması gerekçesine değil de sözgelimi malvarlığının zarara uğramasına dayandıran kişiye ise genel hükümler uyarınca malvarlığının değer kaybı oranında tazminata hükmedilmesi gerekecektir⁶⁷⁰.

⁶⁶³-Yılmaz Biçer, **Yargıtay Dergisi**, s. 107-108.

⁶⁶⁴-Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 117.

⁶⁶⁵-Zararı ispatlayacak şekilde dayanılacak herhangi bir gösterge yoksa tazmin miktarının asgari ücret esas alınarak hesaplanması gerekliliği yönündeki ifade için bkz. Hasan Köroğlu, **Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa)**, s. 29. İşsiz kimselere sadece uğradıkları somut zararlar için tazminat ödenmesi gerektiğine ilişkin ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 157. Özgürlüğün para ile ölçülemeyeceğinden bahisle tatmin edici, üzüntüyü hafifletici düzeyde makul ve makbul bir tazminat takdirinin uygun olacağı yönündeki ifade için bkz. Süheyl Donay, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 187.

⁶⁶⁶-Ömer Faruk Kalaycı, **Vasat Dergisi**, s. 133.

⁶⁶⁷-(Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2006/9350 E., 2007/2939 K., 05.04.2007 T.), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 281'den alıntıdır.) Yine herhangi bir işte çalışıldığına dair belge ve sübut delilleri gösterilmeden öğrenci için maddi tazminata hükmedilemeyeceğine dair, aynı yönde içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/1123 E., 2009/11158 K., 09.11.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 156'dan alıntıdır.)

⁶⁶⁸-Nitekim Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 11.12.2006 tarih, 299538 sayılı itiraznamesinde, yatılı okuyan lise öğrencisinin yaz tatilinde köyünde ailesine yardımcı olmasının yahut başka birisinin yanında ücretli olarak çalışmasının ülke koşullarında mutad kabul edilmesi gerekliliği ile hak ve adaletin de gereği olarak yaz tatiline ilişkin kısım uyarınca tazminat isteminin kabulüne ve asıl ceza davasındaki müdafî ücretinin maddi tazminat kapsamına dahil edilmesine karar verilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. (YCGK, 2006/8-329 E., 2007/66 K., 13.03.2007 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 14.08.2011. (Bu itirazname CMK md. 308 uyarınca süre yönünden reddedildiğinden esasa ilişkin inceleme yapılmamıştır.)

⁶⁶⁹-Bu yöndeki içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/12019 E., 2010/448 K., 19.01.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 181'den alıntıdır.)

⁶⁷⁰- Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 236.

Uygulamada bazı kararlarda tedbir süresince devletin yaptığı masrafların kişiye yükletilmesi eğilimi belirlemektedir. Hâlbuki kişinin sebebiyet vermediği böyle bir konumdan doğan masrafların kişiye yükletilmesi adalet duygularıyla bağdaşmamaktadır⁶⁷¹.

3.4.6.2. Manevi Tazminat

Maddi tazminat ile manevi tazminatı ayırt etmede başlıca ölçüt maddi tazminat malvarlığı değerlerine ilişkin iken manevi tazminatın kişilik haklarına ilişkin olmasıdır. Nitekim oluşan zararın ‘manevi’ olarak nitelendirilebilmesi için zararın kişilik hakkına gerçekleştirilen bir saldırıdan doğmuş olması gerekmektedir⁶⁷². Manevi zarar, kişinin itibarının sarsılması, hasret çekmesi, üzüntü ve ıstırap duyması gibi durumlarda oluşur⁶⁷³.

YİBGK kararında⁶⁷⁴ da isabetle vurgulandığı üzere;

“Manevi tazminat, bozulan manevi dengenin yerine gelmesi için Kanunun öngördüğü bir telafi şeklidir. Bu yönüyle de insanlardaki kırgınlık ve kızgınlığı, hatta intikam duygusunu tatmin etmek aracıdır. Amacı, olaydan duyulan acı, ızdırap, elem ve kızgınlığı kısmen olsun dindirmek, olayı unutturarak tekrar normal hayata dönüşü sağlamaktır. Hükmedilecek para zarara uğrayanda manevi huzur doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır ve bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin bir zararın giderilmesini de amaç edinmemiştir.”

Talep edilen manevi tazminat miktarı, dilekçede açıkça gösterilmelidir. Acı ve elemin karşılığı olarak istenen manevi tazminatın takdir ve tayini mümkün olduğundandır ki bölümler halinde istenmesi mümkün değildir⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ - Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 87-88.

⁶⁷² - Nisim İ. Franko, “Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik”, **Dicle Üniv. Hukuk Fak. Dergisi**, S. 2, Diyarbakır, 1984, s. 133-134.

⁶⁷³ - Osman Yaşar, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 699. Koruma tedbirlerinden dolayı kişinin çektiği acının karşılığını manevi zarar olarak değerlendiren görüş için bkz. Hakan Hakeri, “Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”, (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.

⁶⁷⁴ - (YİBGK, 1996/7 E., 1996/7 K., 22.06.1996 T.), (Osman Kuntman, “Yargısal Kararlardan Zarar Gören Kişilerin Kimlere Karşı Tazminat Davası Açabilecekleri İle İlgili Bir İnceleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 84, S. 4, Temmuz-Ağustos 2010, s. 2092’den alıntıdır.)

⁶⁷⁵ - Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 252.

Manevi zarar, maddi zararda olduğu gibi belgelere dayalı olarak tespit edilemeyeceğinden soyut araştırma sonucu belirlenecek⁶⁷⁶ zarar miktarının tespitinde uygulamanın belirlediği ölçütler önem kazanmaktadır⁶⁷⁷. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde somut verilere dayanılmadığından ki titiz davranmak gerekir⁶⁷⁸. Dolayısıyla manevi tazminatın belirlenmesinde MK md. 4 bağlamında⁶⁷⁹ mahkemelerin geniş takdir yetkileri mevcuttur⁶⁸⁰.

Manevi tazminatın, davacının işine, sosyal ve ekonomik durumuna, yapılan haksız işlemin niteliğine, özgürlükten yoksun kalınan süreye göre takdiri uygun olur⁶⁸¹. Nitekim YCGK kararında da belirtildiği üzere⁶⁸²;

“...Ödenmesi gereken manevi tazminat miktarı mahkemece takdir edilirken hukukun genel prensiplerinden hareketle davacının duyduğu acı ve üzüntünün derecesi, haksız olarak tutuklulukta ve gözaltında geçirdiği süre, günün ekonomik koşulları, paranın satın alma gücü, davacının ekonomik ve sosyal durumu gözönünde bulundurulmalıdır...”

Kişiyi bir ölçüde teselli edebilme amacıyla ihdas edilen⁶⁸³ manevi tazminat, kişinin ruhsal çöküntüsünü ve duyduğu acıyı giderecek, kendisine güven duygusunu ve yaşama sevincini kazandıracak boyutta olmalıdır. Esas olan, manevi tazminatın uğranılan manevi sıkıntıyı giderecek oranda olmasını sağlayabilmektir⁶⁸⁴. Adil ölçüyü aşan miktarda tazminata hükmedilmesi sebepsiz zenginleşmeye yol açar ki,

⁶⁷⁶ - Ferit H. Saymen, **İÜHF**, s. 128.

⁶⁷⁷ -Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 161. Manevi tazminatın takdiri hususunda sübjektif ve hissi unsurların devreye girmesi dolayısıyla birçok güçlüklerle karşılaşıldığına dair görüş için bkz. Ferit H. Saymen, **İÜHF**, s. 128.

⁶⁷⁸ - Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, s. 1225.

⁶⁷⁹ -MK md. 4: “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*”

⁶⁸⁰ - Hakan Hakeri, “Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”, (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.

⁶⁸¹ -Yılmaz Biçer, **Yargıtay Dergisi**, s. 107.

⁶⁸² -(YCGK, 2007/8-2 E., 2007/63 K., 13.03.2007 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 174’ten alıntıdır.)

⁶⁸³ - Seda Erten, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 39.

⁶⁸⁴ -Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 120. Tazminat miktarı adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmalıdır. Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, s. 542.

bu durum da tazminatın genel ilkelerine aykırı düşer⁶⁸⁵. Nitekim manevi tazminat miktarının zenginleşme sonucunu doğurmayacak şekilde hak ve nesafet kurallarına uygun makul ve makbul bir miktar olarak tayin ve tespit edilmesi gerekliliği Yargıtay içtihatlarında müstakar biçimde vurgulanmıştır⁶⁸⁶. Manevi tazminat miktarını belirlerken TCK md. 52'deki bir gün karşılığı adli para cezası miktarının ölçü alınması, uygulama yeri olmadığından bozma konusu olmuştur⁶⁸⁷.

CMK md. 141 uyarınca tazminatı gerektiren kanuna aykırı yahut haksız işlem ve eylemlerin birden fazla olması, yani tazminatı gerektiren sebeplerden birden fazlasının somut olayda mevcut olması manevi tazminat miktarının tespitinde etkilidir⁶⁸⁸.

Manevi zararları tamamen gidermek, yaşanan acıları yaşanmamış duruma getirmek elbette ki mümkün değildir. Manevi tazminat, acıların dindirilmesinde etken, sıkıntılardan bir nebze olsun kurtulmak için araçlardır⁶⁸⁹.

3.4.6.3. Faiz Meselesi

Feri hak, alacağın unsurlarından olmayıp alacaktan ayrı ve bağımsız; ancak mevcudiyeti asıl alacağa bağlı olan bir haktır. Asıl hak ile ferî hak arasında hukuki

⁶⁸⁵-Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, s. 248. Nitekim Yargıtay'ın da manevi tazminatın zenginleştirme aracı olamayacağından bahisle manevi tazminat miktarını az takdir ettiği yönündeki ifade için bkz. Timur Demirbaş, **İzmir Barosu Dergisi**, s. 37. Ancak manevi tazminatın zenginleşme aracı olmadığı gerekçesine sığınarak tazminatın çok düşük belirlenmesinin de adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmayacağına dair isabetli ifade için bkz. Ahmet Gündel, **Atatürk'e, Cumhurbaşkanı'na, Cumhuriyet'e, Hükümet'e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, s. 198.

⁶⁸⁶-(Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2009/21733 E., 2010/4822 K., 04.05.2010 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 04.09.2011. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/10154 E., 2010/582 K., 20.01.2010 T.), (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2009/9154 E., 2010/184 K., 20.01.2010 T.), (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2009/16356 E., 2009/14498 K., 20.11.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları-Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 185 ila 187'den alıntıdır.)

⁶⁸⁷-(Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2007/2814 E., 2007/4466 K., 05.06.2007 T.), (Kerim Tosun, Çetin Akkaya, **Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK**, s. 267-268'den alıntıdır.)

⁶⁸⁸-Maddi zarar ise belirli ve sınırlı olduğundandır ki birden fazla ihlalin tazminat miktarını artırıcı yönde etkisi olmadığı yönündeki ifade (M. Naci Ünver, A. Mümin Kavalalı, **Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, s. 41.) 466 Sayılı Kanun dönemi için geçerli olmakla birlikte, arama ve el koymadan doğan zararların giderilmesini de öngören CMK md. 141 uygulaması için artık geçerliliğini yitirmiştir. Öyle ki tazminat nedenleri sadece kişi özgürlüğünü korumak için ihdas edilmemiştir.

⁶⁸⁹- Ahmet Gündel, **Atatürk'e, Cumhurbaşkanı'na, Cumhuriyet'e, Hükümet'e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, s. 197.

bağlılık vardır. Faiz de bir ferî hak olup asıl alacağın varlığına bağlı ikincil bir hak, alacağın medeni semeresidir⁶⁹⁰.

466 Sayılı Kanun'da olduğu gibi CMK md. 141-144 hükümlerinde de faiz isteminin mümkün olup olmadığına dair kanunda açık bir düzenleme yoktur⁶⁹¹. Uygulamada ve doktrinde koruma tedbirlerinden dolayı verilen tazminata faizin ilave edilip edilmemesi hususunda çeşitli yorumlar ve kararlar mevcuttur⁶⁹².

Koruma tedbirlerinin uygulanması sonucu tazminat almaya hak kazanan kimselerin alacağının veya ödünç verme durumunun söz konusu olmadığı, sorumluluğun objektif esasa dayandığından bahisle tazminata dava sonucundaki duruma göre hükmedilebileceği, devlet ile kişi arasında borç münasebeti, anlaşma yahut sermaye değişimi olmadığından bahisle faize hükmetmemek gerektiği savunulmuştur⁶⁹³.

Öte yandan ülkemizdeki enflasyon oranı dikkate alındığında faiz talep edememenin davacılar nezdinde doğurduğu haksızlık ortaya çıkacaktır⁶⁹⁴. Adalet ve

⁶⁹⁰-Ejder Yılmaz, **Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü**, 1. bs., Ankara, Yetkin Yay., 2003, s. 207. Cemil Saatçioğlu, "Kanun dışı yakalanan veya tutuklananlara verilen tazminat ve faiz", **Adalet Dergisi**, C. 67, S. 3-4, 1976, s. 301-302.

⁶⁹¹-Faizin ancak kanuni bir düzenleme ile mümkün olabileceğine, Anayasa md. 19/son'da 2001 yılında yapılan değişiklik sonucu tazminat hukukunun genel prensiplerine göre tazminat ödenmesi esasının faize ilişkin bir düzenleme getirmediği yönünde ifade için bkz. Çetin Arslan, Mustafa Kırmızı, **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, 369. Öte yandan faiz hakkının yorum yoluyla reddedilmesinin olanaksız olduğuna, faiz isteminin reddedilebilmesi için faiz verilmesini yasaklayan hukuki bir nedenin bulunmasının zorunlu olduğuna dair içtihat için bkz. (YCGK, 2004/1-177 E., 2004/203 K., 23.11.2004 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 29.08.2011.

⁶⁹²- Çetin Arslan, Mustafa Kırmızı, **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, s. 364.

⁶⁹³-466 sayılı Kanun bağlamında faize hükmedilemeyeceğine ilişkin, (YİBGK, 1974/4 E., 1974/3 K., 15.04.1974 T.), (Veysel Gültaş, **Tutuklama ve Kanun Yolları**, 2. bs., Ankara, Bilge Yay., 2008, s. 512-517'den alıntıdır.), Cemil Saatçioğlu, **Adalet Dergisi**, s. 304. Yine faizin mümkün olamayacağına dair ifade için bkz. Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, s. 648. Hüküm bulunmaksızın devletin istese dahi zararı tazmin edemeyeceği gerekçesiyle tazminat faizinin mümkün olamayacağı; fakat karar kesinleşmişse artık belirli ve ödenmesi gerekli bir borç olduğundan kesinleşme tarihinden itibaren devletin talep halinde yasal temerrüt faizini ödemek durumunda olduğu yönünde (YCGK, 1973/5-55 E., 1973/221 K., 12.03.1973 T.), (Ali Parlar, Ferhat Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, s. 696-697 ve Çetin Arslan, Mustafa Kırmızı, **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, s. 369'dan alıntı.)

⁶⁹⁴- Aydın Aktaş, **Ankara Barosu Dergisi**, s. 559. Yine aynı doğrultuda ifadeler için bkz. Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 119.

hukukun üstünlüğüne olan inancın zayıflamaması için⁶⁹⁵ ülkemizdeki yargılama sürecinin uzunluğu da dikkate alındığında talep halinde⁶⁹⁶ faize hükmetmenin gerekli olduğu kendiliğinden anlaşılmaktadır⁶⁹⁷.

Gerçekten de YCGK kararında⁶⁹⁸ da vurgulandığı üzere;

“Mademki; sonradan haksızlığı anlaşılan gözetim ve tutuklama, kişinin zararına neden olmuştur ve yine mademki hukuk, zararın doğduğu anda kişiyi alacağı hak sahibi saymaktadır, öyle ise, ödeme yükümlülüğünü üstlenen Devlet gecikmenin sorumluluğunu da yüklenmelidir.”

Dolayısıyla faiz, her ne kadar ferî bir hak olsa ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre asıl alacak olmadan tek başına işlemese de adalet duygusunun gereği olarak koruma tedbirlerinin uygulamasından doğan zararlarda da söz konusu olabilmelidir.

Peki faiz, işlemden itibaren mi yoksa dava tarihinden itibaren mi işletilecektir? Yargıtay uygulaması talep mevcutsa⁶⁹⁹ zararı doğuran fiil ya da işlem

⁶⁹⁵ - Ömer Faruk Kalaycı, **Vasat Dergisi**, s. 133.

⁶⁹⁶ -Nitekim faiz talebinde bulunulmadığı halde faize hükmedilmesini yasaya aykırı bulan içtihat için bkz. (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2009/5730 E., 2010/6424 K., 23.03.2010 T.), (Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 97’den alıntıdır.) Dava dilekçesine göre sadece maddi tazminata ilişkin faiz talebinde bulunulduğu durumlarda manevi tazminat yönünden de faize hükmedilmesinin bozmayı gerektireceğine dair içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2009/502 E., 2009/12849 K., 30.06.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 183’ten alıntıdır.)

⁶⁹⁷ -Anayasa md. 19/son göz önünde bulundurulduğunda faiz isteminin mümkün hale geldiğine, nitekim zarar miktarının önceden belli olmaması iddiasının özel hukuk bağlamında ele alınan manevi tazminatın da önceden belli olmaması fakat haksız fiil tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerçeği karşısında faiz istemini engelleyemeyeceğine ilişkin içtihat için bkz. (YCGK, 2004/1-177 E., 2004/203 K., 23.11.2004 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 29.08.2011. (Bu içtihatla birlikte Yargıtay’ın faize hükmedilemeyeceğine ilişkin müstakar içtihatlarının geçerliliğine de son verilmiştir.) Enflasyon ve davaların uzun sürmesi dolayısıyla verilecek tazminatların değer kaybettiği ve bu durumun özellikle maddi tazminatlar açısından geçerli olduğu yönündeki görüş için bkz. Çetin Arslan, Mustafa Kırmızı, **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, s. 369. CMK md. 142/6 hükmü uyarınca tazminat hukukunun genel prensipleri geçerli olacağından artık tazminat davalarında faiz isteminin ihtilafsız biçimde mümkün olduğuna dair ifade için bkz. Özlem Mungan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” (Çevrimiçi)<http://www.mungan.av.tr/yazi/Haksiz%20Yakalama.doc>, 31 Temmuz 2011.

⁶⁹⁸ -(YCGK, 2004/1-177 E., 2004/203 K., 23.11.2004 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 29.08.2011.

⁶⁹⁹ -Faiz ancak talep üzerine hükmedilebileceğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2005/17516 E., 2008/7473 K., 08.07.2008 T.), (Çevrimiçi)<http://hukukturk.com>, 03.09.2011.

gününden başlayarak faizin hükme bağlanmasını zorunlu kılmıştır⁷⁰⁰. Nitekim zarardan sorumlu olanın zararı ödeme sorumluluğu nasıl olay gününden başlıyor ise ödemede geciktiği her gün için gecikme faizi ödeme sorumluluğu da bulunmaktadır⁷⁰¹.

Faiz isteminin ıslaha konu olup olamayacağına ilişkin içtihat uyarınca ise; *“haksız tutuklamadan doğan maddi ve manevi zararın giderilmesi istemini içeren dava dilekçesinde faiz talebinde bulunulmaması halinde, sonradan "ıslah" suretiyle bu hususta sözlü veya yazılı talepte bulunulması mümkün ise de; Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun 04.02.1948 gün ve 10-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da belirtildiği üzere, ilk hükmün Yargıtay'ca bozulmasından sonra bu yoldan faydalanmak mümkün değildir”⁷⁰².*

3.4.6.4. Vekâlet Ücreti Meselesi

Maddi tazminat başlığı kapsamında incelenen ve tazminat davasına esas teşkil eden ilk dava nedeniyle ödenmesi gereken –hüküm verildiği tarihte geçerli olan asgari ücret tarifesindeki miktar olarak ödenen- maddi zarar kalemi olan vekâlet ücretinin yanı sıra tazminat davası nedeniyle ödenecek olan vekâlet ücreti de söz

⁷⁰⁰-(YCGK, 2005/1-88 E., 2005/98 K., 20.09.2005 T.), (Çevrimiçi)<http://hukukturk.com>, 31.07.2011. Öte yandan koruma tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarında faizi mümkün kılan ilk içtihat faizin başlangıç tarihi olarak davanın açıldığı tarih kabul edilmiştir. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2004/2000 E., 2004/2892 K., 16.07.2004 T.), (Alıntı: Özlem Mungan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” (Çevrimiçi)<http://www.mungan.av.tr/yazi/Haksiz%20Yakalama.doc>, 31 Temmuz 2011.) HUMK md. 74’te düzenlenen taleple bağlılık kuralı gereğince dava dilekçesinde faiz isteminin içeriğine göre, şayet haksız işlem tarihinden itibaren işletilmek üzere talepte bulunulmuyorsa veya talep edilen faizin başlangıç tarihi belirtilmemişse dava tarihinden itibaren kanuni faize hükmetmek gerekeceğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2007/7006 E., 2007/7176 K., 04.10.2007 T.), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 273’ten alıntıdır.) Hükmedilen manevi tazminata talep uyarınca karar tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekliliğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/12019 E., 2010/448 K., 19.01.2010 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 181’den alıntıdır.) Bunun yanı sıra hükmedilen manevi tazminata, zararı doğuran fiil veya işlem gününden başlayarak faize hükmedilmesi gerektiğine ilişkin içtihat için bkz. (Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 2005/6848 E., 2006/7034 K., 10.04.2006 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 30.09.2010. Faizin haksız fiillerde zararın meydana geldiği andan itibaren yürütüleceğine ilişkin ifade için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, **Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, s. 106.

⁷⁰¹-(Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2003/4672 E., 2004/9034 K., 01.07.2004 T.), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 298’den alıntıdır.)

⁷⁰²-(Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2007/8967 E., 2009/6862 K., 09.06.2009 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 18.08.2011.

konusudur. Bu başlık altında, tazminat davası nedeniyle ödenecek olan vekâlet ücreti miktarı irdelenecektir.

Tazminat davasının vekil eliyle açıldığı ve yürütüldüğü durumlarda avukata vekâlet ücreti ödenmesi hususunda bir tereddüt olmamakla birlikte ödenmesi lazım gelen vekâlet ücreti miktarının ne kadar olması gerektiği hususunda farklı görüşler ve uygulamalar mevcuttur. Temel olarak dilekçe yazma ücreti, maktu vekâlet ücreti, nispi vekâlet ücretinden hangisinin ödenmesi gerektiği hususunun tespiti önem arz etmektedir. Şu husus gözden kaçırılmamalıdır ki hangi miktar kabul edilirse edilsin vekâlet ücretine hak kazanabilmek için talepte bulunulması gerekmektedir. Hukuk yargılamasının temel ilkelerinden olan taleple bağılılık kuralı gereğince re'sen vekâlet ücretine hükmolunamamaktadır.

466 Sayılı Kanun'un uygulanması döneminde, tazminat davasında iş, evrak üzerinden, duruşma yapılmaksızın çözümlendiğindendir ki dilekçe yazımı dışında hukuki mesaide bulunmayan vekile davanın kısmen veya tamamen kabul edilmesi şartıyla⁷⁰³ vekâlet ücreti olarak dilekçe yazım ücretinin tayin ve tespit edilmesinin yeterli olduğu görüşü ileri sürülmüştür⁷⁰⁴. Öte yandan Tezcan, kusursuz haksız fiil sorumluluğunun her türlü zararı üstlenmesi gerektiğinden bahisle şayet yazılı ücret sözleşmesi varsa vekâlet ücretinin bu sözleşmeye göre takdir edilmesi gerekliliğini savunmuştur⁷⁰⁵.

03.12.2010 tarihinde 27774 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve TBB tarafından hazırlanmış Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi Tebliği'nin 13. maddesi

⁷⁰³-M. Naci Ünver, A. Mümin Kavalalı, **Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, s. 89.

⁷⁰⁴-Mehmet Handan Surlu, "Uygulamanın ışığında haksız tutuklamanın tazmini", **Adalet Dergisi**, s. 627. Mahkemeye müracaatın dava değil talep olduğundan, incelemelerin duruşmasız olduğundan, avukatın görevinin sadece dava dilekçesi hazırlamaktan ibaret olduğundan bahisle, davacı yararına nispi vekalet ücretine hükmedilemeyeceği, dilekçe yazım ücretinin takdir edilmesi gerekliliği yönünde içtihat için bkz. (YİBGK, 1972/7 E., 1973/1 K., 22.01.1973 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 23.06.2011. Bu karar, incelemenin evrak üzerinden yürümesi ve duruşma yapılmaması, avukatın işinin sadece dava dilekçesi düzenlemek olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Günümüzde duruşmalı yargılama usulünün geçerli olduğu gözetildiğinde bu kararın herhangi bir hukuki geçerliliğinin kalmadığı anlaşılabacaktır. Öte yandan Hakeri, bu YİBGK kararına katılmaktadır. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 164.

⁷⁰⁵-Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, s. 118.

uyarınca CMK 141 vd. maddelerine göre açılan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarında, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için belirlenen asgari ücret tutarından az olmamak üzere nispi (kararlaştırılan) vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla tayin olan maddi ve manevi tazminat miktarına göre nispi olarak hesaplanacak ücret, maktu asgari vekâlet ücretinden az olmamak kaydıyla, vekâlet ücretini oluşturacaktır⁷⁰⁶.

Sonuç itibariyle hâlihazırda gerek asgari ücret tarifesine hükümleri gerekse incelemenin duruşmalı olarak yapılması göz önünde bulundurulduğunda hükmedilecek vekâlet ücretinin nispi yerine maktu vekâlet ücreti olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁰⁷.

Tazminat davasında talepte bulunan ilgililerin birden fazla olması halinde, vekile her biri için ayrı ayrı vekâlet ücreti değil, hepsi için tek vekâlet ücretinin karar altına alınması gerekmektedir⁷⁰⁸. Maddi ve manevi tazminat miktarlarının toplamı üzerinden tek bir vekâlet ücretine hükmedilecektir⁷⁰⁹.

Vekâlet ücreti, vekile değil, tazminata kısmen veya tamamen hak kazanan davacı asile ödenir⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 118. Bu doğrultudaki, hem de 466 sayılı Kanun gereği duruşma yapılmaksızın verilen hükümler hakkındaki içtihat için bkz. (YCGK, 2005/1-88 E., 2005/98 K., 20.09.2005 T.), (Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 119 ila 121'den alıntıdır.) (Bu içtihat, 04.12.2003'te yürürlüğe giren ve nispi vekalet ücreti ödenmesi gerekliliğine ilişkin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi md. 13/4 hükmüyle 1973 yılında verilen YİBGK kararının bağlayıcılığının ortadan kaldırıldığı vurgulanmıştır.), Bununla birlikte tebliğ md. 13 ile çelişen, hüküm tarihinde geçerli olan avukatlık asgari ücret tarifesine göre maktu vekalet ücreti verilmesi gerekliliğine yönelik içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2009/963 E., 2009/2948 K., 25.05.2009 T.), (Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 118'den alıntıdır.)

⁷⁰⁷ - Onur İste, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, s. 122.

⁷⁰⁸ -Mehmet Handan Surlu, "Uygulamanın ışığında haksız tutuklamanın tazmini", **Adalet Dergisi**, s. 627. Bu doğrultudaki içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2008/6827 E., 2009/12575 K., 15.12.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 144'ten alıntıdır.)

⁷⁰⁹ -Nitekim maddi ve manevi zarar miktarlarının toplamı üzerinden davacı lehine vekalet ücreti takdir etmek yerine ayrı ayrı vekalet ücreti takdiri bozmayı gerektirmiştir. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2009/21733 E., 2010/4822 K., 04.05.2010 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 04.09.2011.

⁷¹⁰ -Bu doğrultudaki içtihat için bkz. (Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 2006/4035 E., 2009/704 K., 29.01.2009 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 171'den alıntıdır.), Tazminat talebinin kabul edilmediği durumlarda maddi zarar bağlamında vekalet ücretine hükmedilmemesi tabiidir. Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,

Dava kısmen reddedildiği takdirde ise Hazine lehine vekâlet ücretine hükmolunmaz⁷¹¹ iken davanın tamamen reddi halinde davalı lehine, davacı aleyhine kanuni vekâlet ücretine karar verilmektedir⁷¹².

Kanaatimce kısmen ret durumunda Hazine lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi, haksız veya hukuka aykırı işleme maruz kalmış olan kimsenin tazminat talebinde bulunurken çekingen davranmasına sebebiyet verebilecektir. Nitekim gerek maddi gerekse manevi tazminat miktarlarının talep tarihinde tam olarak bilinmesine imkân bulunmamaktadır. Dolayısıyla ödenecek tazminat miktarını takdirin mahkemenin görevi olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte talepte bulunma hususunda davacının özgür bırakılması yerinde olacaktır.

s. 88. Yine Avukatlık Kanunu md. 164/son hükmü, “*Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.*” uyarınca avukatlık ücretinin davacı lehine mi avukat lehine mi hükmedileceği hususu uygulamada karmaşaya yol açabilecektir. (s. 89) Ancak yine de avukatlık ücretinin davacı yerine davanın tarafı olmayan davacı vekili lehine hükmedilmesini Avukatlık Kanunu md. 164/son hükmünün yanlış yorumlanmasının sonucu olduğuna dair içtihat için bkz. (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2007/19352 E., 2008/3635 K., 04.03.2008 T.), (Fatih Kanmaz, **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, s. 234’ten alıntıdır.)

⁷¹¹- Ahmet Gündel, **Atatürk’e, Cumhurbaşkanı’na, Cumhuriyet’e, Hükümet’e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, s. 268. Hazine’nin emeğinin geçmediğinden bahisle vekalet ücretine de hak kazanamayacağı yönündeki ifade için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, s. 164. Davalı idare lehine vekalet ücretine hükmedilemeyeceğine dair içtihat için bkz. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2007/6591 E., 2007/7840 K., 26.10.2007 T.), (Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları-Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 144’ten alıntıdır.) Öte yandan reddedilen kısım uyarınca Devleti temsil eden Hazine lehine vekalet ücretine hükmedilmesine ilişkin uygulamanın mevcudiyetine dair ifadeler için bkz. Murat Aydın, **Avukatlık Ücret Sözleşmeleri**, İstanbul Barosu Yay., 2008, s. 82. Nitekim bu ifadeleri destekleyen, davanın reddedilen kısmı üzerinden davacı lehine belirlenen ücreti geçmeyecek şekilde davalı yararına da avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekliliğine ilişkin kanaatimce isabetsiz içtihat için bkz. (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2005/6415 E., 2006/2117 K., 20.03.2006 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 23.08.2011. Kısmen kabul durumunda reddedilen kısım üzerinden davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gerekliliğine ilişkin bir başka içtihat için bkz. (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2007/20732 E., 2008/374 K., 15.01.2008 T.), (Kerim Tosun, Çetin Akkaya, **Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK**, s. 265’ten alıntıdır.) Öte yandan davanın kısmen reddi durumunda Hazine lehine vekâlet ücretine hükmedilmesinin yersiz olduğuna dair isabetli içtihat için bkz. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2009/21733 E., 2010/4822 K., 04.05.2010 T.), (Çevrimiçi)<http://www.hukukturk.com>, 04.09.2011.

⁷¹²- Hamide Zafer, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 98. Nitekim Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarının davanın tamamen reddi halinde davalı lehine vekalet ücreti takdirinin gerekli olduğuna ilişkin ifade ve bu doğrultudaki (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2008/5148 E., 2009/2148 K., 15.04.2009 T.) içtihat için bkz. Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, s. 144.

SONUÇ

İnsan haklarını güvence altına alan kurallar teorik düzlemde mükemmel olsa bile bu kuralların uygulamaya yansımaması durumunda hukuk devletinin varlığından bahsedilemez. Kâğıt üstünde kalan mükemmel kurallar, insanlara refah sağlamadığı müddetçe hiçbir kıymeti haiz değillerdir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği ile kişilerin özel hayatı, aile hayatının gizliliği, konut dokunulmazlığı kavramları, çağdaş hukuk düzeninin vazgeçilmez bir parçası olarak kabul edilen insan haklarının en temel ilkeleri arasında yer almaktadır.

İnsan hakları ihlallerinin önüne geçilmesi ve delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilebilmesi için, yargı görevlilerine ve kolluk makamlarına büyük görevler düşmektedir. Özellikle görevleri gereği kolluk ile yakın ilişki içerisinde olan cumhuriyet savcılarının kolluğu yasal çerçeve içerisinde kalarak delil toplamaya yönlendirmeleri lazımdır.

“Haksız tutuklamayla özgürlüğünü, şerefini, sağlığını ve servetini kişinin elinden zorla alan devlet, vatandaşa dönüp: “Bütün bunları sizden aldım, size hiçbir şey vermiyorum; böylece ödeştik.”¹” diyor idi. Devlet gibi güçlü bir kuruluş karşısında birey gibi güçsüz bir varlığın haklı çıkabilmesi, hukuk devletinin işlerliğinin sonucudur.

Maddi ve manevi zararların telafi edicilik niteliği tartışlsa bile tazminat, kendisinden vazgeçilemeyen ve henüz daha mükemmeli bulunamamış bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tazminat müessesesi devlete ve adalete olan güvenleri zayıflayan kişileri tekrar topluma kazandırmak amacıyla mevzuatımıza dâhil edilmiştir. Sözelimi tutuklulukta geçirilen günleri telafi etmek tam manasıyla mümkün olmasa da mağdurları manen ve maddeten tatmin ederek topluma kazandırmak hepimizin başlıca görevlerindendir.

¹-Durmuş Tezcan, **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, Ankara, 9 Eylül Üniv. Yay., 1989, s. 67. Belçika parlamenterinin bu sözü için bkz. Hakan Hakeri, **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, Ankara, Seçkin Yay., 1999, s. 40 (114 nolu dipnot)

Tazminatın esası, kusursuz (objektif) sorumluluğa dayanan haksız fiil anlayışıdır.

AIHS, kişi hak ve özgürlüklerine dair asgari güvenceler getirmektedir. İç hukuktaki uygulamalar hak ve özgürlükler lehine olabilir; nitekim CMK md. 141/1-e uyarınca kanuna uygun olarak yakalama veya tutuklamaya rağmen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı yahut beraat kararı verilmesinin, AIHS md. 5 hükmüne aykırılık oluşturmamasına rağmen iç hukukta tazminat sebebi olarak düzenlenmesi bu duruma örnek teşkil etmektedir. Öte yandan iç hukukumuzda Sıkıyönetim Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca gözaltı süresi otuz güne kadar mümkün kılınmıştır; hâlbuki AIHS çerçevesinde ve AIHM içtihatları doğrultusunda terör suçları şüphesi ile dahi olsa dört gün altı saatlik gözaltı süresi AIHS md. 5 ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Ceza muhakemesi hukuku bağlamında CMK md. 141 vd. uyarınca tazminata hak kazanan kimseler adil surette tatmin edilmelidir. Aksi takdirde AIHS md. 41 uyarınca yeniden sorumluluk doğabilecektir.

CMK md. 141, her ne kadar gizli soruşturma tedbirleri dışındaki hemen hemen tüm koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararların tazminine imkân sağlasa ve eski uygulamaya nazaran epeyce kapsamlı bir hale gelmesine rağmen diğer koruma tedbirlerinin neden devre dışı bırakıldığıнын mantıklı bir izahını yapmak mümkün olmadığından henüz ideal bir seviyeyi yakalayabilmiş değildir.

CMK md. 141/1-i hükmünde arama kararının ölçsüz şekilde uygulanmasının tazminat sebebi olacağı düzenlenmiştir. Böylelikle aramanın şartları gerçekleşmemesine rağmen veya arama kararının veya emrinin usulüne uygun biçimde mevcut olmamasına rağmen arama işleminin ölçülü biçimde gerçekleştirilmesi durumunda hâlihazırdaki CMK md. 141 vd. uyarınca tazminat istemi gündeme gelemeyecektir. Kanuna aykırı yakalama, gözaltı, tutuklama, elkoyma tedbirlerine tazminat öngörülmesine rağmen arama hususunda niçin böyle

bir ayrıma gidildiğinin izahını yapmak güçtür. Kanaatimce CMK md. 141/1-e lafzı kanuna aykırı aramayı da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmeye muhtaçtır.

Anayasa'nın ""Devletin temel amaç ve görevleri"" başlıklı 5. maddesine istinaden devlet, üç erkin her türlü fiilinden sorumlu olduğu gerçeğinden hareketle ""kişinin refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, temel hak ve hürriyetlerini korumak maddi ve manevi varlığını geliştirmek"" görevini gerçekleştirememiş olmanın mali sorumluluğunu üstlenmekte, yargı erkinin faaliyeti nedeniyle ortaya çıkan zararı, millete bölüştürerek devletin hazinesinden yapacağı ödeme ile karşılamaktadır. Tazminat davasının devlet aleyhine açılması zarara uğrayan ilgilinin tatmin olması bakımından güvence oluşturmaktadır. Öte yandan kamu görevlilerinin eylem ve işlemlerinden doğan zararın her halükarda devlete, dolayısıyla kamuya külfet olarak yüklenmesi vicdanları rencide edecektir. Rücu müessesesinin etkin biçimde işletilmesi gerekmektedir. Devletçe ödenen tazminat, icrai biçimde görevi kötüye kullananların yanı sıra ihmali biçimde görevi kötüye kullananlara da rücu edilebilmelidir.

Maddi tazminat tayininde etkin araştırmanın yapılması, çalışılmayan günlerin hesaba katılmayacağının gözetilmesi gerekmektedir. Manevi tazminat belirlenirken ise zenginleşmeye yol açmamak kaydıyla kişinin sosyal ve ekonomik durumu ile çekilen ıstırabın düzeyi de göz önünde bulundurularak miktar, hukuki çerçevede mahkemece takdir edilmelidir. Öte yandan zenginleşme yasağına dikkat edilmesi, gereğinden eksik tazminata hükmedilmesi gerekliliği biçiminde yorumlanamaz.

Faiz takdiri hususunda uygulama müstakar biçimde, olması gerektiği gibi, talep mevcutsa zararı doğuran fiil ya da işlem gününden başlayarak faizin hükme bağlanması yönündedir.

Vekâlet ücretinin tayini hususunda ise bazen farklı uygulamalara tanık olunsa da genel itibariyle CMK md. 141 vd. göre açılan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarında, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için belirlenen asgari ücret tutarından az olmamak üzere nispi vekâlet ücretine hükmedilmesi yönünde bir uygulama mevcuttur.

KAYNAKÇA

- Ahtıhan, Canan: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009.
- Aksoy, Şemsettin: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslar arası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin, 2007.
- Aktan, Hamdi Yaver: “Yargıtay Kararları Işığında İletişimin İdari ve Adli Denetlenmesi”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 75-84.
- Aktan, Hamdi Yaver: “4. Yılında CMK ve Uygulamaları”, **4. Yılında CMK**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 17-29.
- Aktaş, Aydın: “466 Sayılı Yasa Uyarınca İkame Edilecek Tazminat Davaları ile İlgili Bazı Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 1994, s. 557-560.
- Aktepe, Basri: **İletişimin Denetlenmesi ve Ortam Dinlemesi, Uluslararası Uygulamalar, Tedbirler ve Öneriler** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, 2010.
- Akünel, Teoman: **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu** (Doçentlik Tezi), İstanbul, İÜHF Yay., 1977.
- Akyılmaz, Bahtiyar: “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, **Gazi Üniv. Hukuk Fak. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara, Gazi Üniv. İletişim Fak. Yay., 2009, s. 537-548.
- Alacakaptan, Uğur: “Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, **AÜHF Dergisi**, C. 18, S. 1-4, 1961, s. 185-221.
- Altınay, Ahmet: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama** (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2007.
- Aral, Vecdi: **Varlığı Var Eden İlke Sevgi**, İstanbul Barosu Yay., 2005.

- Arınır, Turgan: “Uygulamada Yasa Dışı Yakalama ve Tutuklama Özellikle Zarar Görenin Kusur ve İhmalı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 53, S. 7, 1979, s. 508-516.
- Armağan, Servet: “Hak Arama Hürriyeti ve Ona Bağlı Müesseseler”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa, 1999, s. 37-54.
- Arslan, Çetin/
Kırmızı, Mustafa: **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, Ankara, Asil, 2004.
- Atay, E. Ethem: “Avrupa Birliği Ülkelerinde İdarenin Sorumluluğunun Temel İlkeleri”, **Gazi Üniv. Hukuk Fak. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara, Gazi Üniv. İletişim Fak. Yay., 2009, s. 553-568.
- Avcı, Mustafa: “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., Mart 2005, s. 74-84.
- Aydın, Muammer: “Açılış Konuşmaları”, **Tutuklama ve Makul Süre**, İstanbul Barosu Yay., 2009, s. 9-17.
- Aydın, Muammer: “Ceza Peşin, Yargılama Veresiye”, **4. Yılında CMK**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 12-13.
- Aydın, Murat: **Avukatlık Ücret Sözleşmeleri**, İstanbul Barosu Yay., 2008.
- Aydın, Murat: “Arama, Elkoyma”, **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s.52-55.
- Aydın, Murat: “Hak Arama Bilinci”, **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 62-66.
- Aykın, Yunus: “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı”, **Gazi Üniv. Hukuk Fak. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara, Gazi Üniv. İletişim Fak. Yay., 2009, s. 529-535.
- Baki, Yunus: **Adli Arama** (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.

- Başgil, Ali Fuad: “Hakkı ve Hukuku Devlet mi Yaratır ve Yapar?”, **Ord. Prof. Dr. Tahir Taner’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1956, s. 429-440.
- Bayraktar, Köksal: “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 85-107.
- Belgesay, M. Reşit: “Haksız Tevkiflerden Hâkimin ve Devletin Mesuliyeti”, **Siyasi İlimlerde Fikir Dünyası Dergisi**, S. 5, Mayıs 1956, s. 41-42.
- Belgesay, M. Reşit: “Kusur ve Hukuki Hata”, **Ord. Prof. Dr. Tahir Taner’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1956, s. 1-5.
- Biçer, Yılmaz: “Haksız Tutuklananlara Devlet Ödencesi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 4, S. 1-4, 1978, s. 93-113.
- Bozkurt, Gökhan: **Ceza Muhakemesi Hukukunda İletişimin Denetlenmesi** (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2010.
- Centel, Nur: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul, Beta, 1992.
- Centel, Nur: “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler”, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 8, S. 1-3, Marmara Üniv. Hukuk Fak. Yay., 1994, s. 69-99.
- Centel, Nur: “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol-Tutuklama- Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi”, **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, Yay. Haz. Murat Yusuf Akın, İstanbul, 2006, s. 841-877.
- Centel, Nur/
Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bs., İstanbul, Beta, 2008.
- Coşkun, Neslihan: “Adli Kontrol”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., Mart 2005, s. 85-89.
- Çağlayan, M. Muhtar: “Tevkif (Tutma) Üzerine İnceleme”, **Adalet Dergisi**, C. 67, S. 5-6, Eylül-Aralık 1976, s. 400-405.

- Çalışkan, Bilal: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Göre Tutuklama”, **Adalet Dergisi**, S. 37, Mayıs 2010, s. 1-34
- Çatalkaya, Cevdet: “Kanun Dışı Yakalanan veya Tevkif Edilen Kimselere Devletçe Verilecek Tazminat Meselesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 22, S. 5, 1965, s. 558-566.
- Çelik, Ahmet Çelik: “Haksız Tutuklama Nedeniyle Tazminat”, (Çevrimiçi) <http://www.tazminathukuku.com/gorus-bildirimleri/haksiz-tutuklama-nedeniyle-tazminat.htm>, 18 Ağustos 2011.
- Çınar, Ali Rıza: **Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu**, Ankara, 2006.
- Çolak, Haluk/
Taşkın, Mustafa: **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Ankara, Seçkin, 2007.
- Demirağ, Fahrettin: **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, TBB Yay., 2007.
- Demirbaş, Timur: **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, İzmir, Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fak. Yay., 1996.
- Demirbaş, Timur: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı Olarak Haksız Yakalama ve Tutuklama”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, Temmuz 1996, s. 15-39.
- Demirtaş, Cengiz: **Önleyici Tedbir Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009.
- Derdiman, Ramazan
Cengiz: **Türk Hukukunda Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukuki İstisnası Olarak Adli Arama ve İnsan Hakları** (Doktora Tezi), İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990.
- Dinç, Güney: “Panel Konuşması”, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme, ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, Ankara, TBB Yay., 2008, s. 14-54.
- Donay, Süheyl: **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

- Donay, Süheyl: **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, İstanbul, Vedat, 2005.
- Donay, Süheyl: **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta, 2009.
- Dönmezer, Sulhi: “Haksız Tutuklamada Tazminat”, **Tercüman Gazetesi**, 07.12.1987.
- Düzgün, Nuri/
Elmacı, Şerafettin: **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları- Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK md. 141-144)**, Ankara, Adalet, 2010.
- Elmacı, Şerafettin: “AİHM Kararları Işığında Tutuklama ve Tutuklu Yargılamada Makul Süre”, **Adalet Dergisi**, S. 40, Mayıs 2011, s. 182-193.
- Elmacı, Şerafettin: “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması”, **Adalet Dergisi**, S. 37, Mayıs 2010, s. 198-223.
- Erdem, M. Ruhan: “5271 Sayılı CMK’de İletişimin Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., Mart 2005, s. 97-109.
- Erem, Faruk: “Haksız Tevkif Edilenlere Tazminat”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 13, S. 2, 1956, s. 83-86.
- Erem, Faruk: “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat”, **Adalet Dergisi**, C. 55, S. 7-8, Temmuz-Ağustos 1964, s. 714-729.
- Eroğlu, Müzeyyen: “Manevi Tazminat İstemli Tam Yargı Davalarında Hak Sahipliği”, **Gazi Üniv. Hukuk Fak. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara, Gazi Üniv. İletişim Fak. Yay., 2009, s. 497-526.
- Erten, Cengiz: “Haksız Tutuklamalarda Tazminat Talebi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 47, S. 1, 1990, s. 90-101.
- Erten, Seda: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması (Yüksek Lisans Tezi)**, İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, 2009.

- Ertuğ, H. Refik: “Haksız Tevkiflerde Tazminat Meselesi”, **Vatan Gazetesi**, 11.11.1963.
- Eryılmaz, M. Bedri: **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Ankara, Seçkin, 2003.
- Feyzioğlu, Metin: “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 50, S. 1, 1993, s. 113-141.
- Feyzioğlu, Metin: “Suçsuzluk Karinesi”, **AÜHF Dergisi**, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 135-163.
- Feyzioğlu, Metin: “Suçsuzluk Karinesi”, **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 131-133.
- Feyzioğlu, Metin: “Dosyayı İnceleme Hakkı”, **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 135-138.
- Feyzioğlu, Metin: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, (Çevrimiçi) <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/5271-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-hakkinda.html>, 30 Mayıs 2011.
- Feyzioğlu, Metin/
Okuyucu Ergün,
Güneş : “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre”, **AÜHF Dergisi**, C. 59, S. 1, 2010, s. 35-59.
- Franko, Nisim: “Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik”, **Dicle Üniv. Hukuk Fak. Dergisi**, S. 2, Diyarbakır, 1984, s. 133-134.
- Gemalmaz,
Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri- II. Cilt Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010.
- Giritli, İsmet: “Haksız Tevkifler ve Tazminat”, **Cumhuriyet Gazetesi** 29.09.1963.
- Gökcan, Hasan
Tahsin: “Bir İnsan Hakkı İhlali Olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı (Haksız) Yargılama Kavramı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S. 2, Haziran 1997 s. 278-301.
- Gökcan, Hasan
Tahsin: **Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin, 2003.

- Gökçen, Ahmet: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara, Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fak. Yay., 1994.
- Gülşen, Recep: “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., Mart 2005, s. 90-96.
- Gültaş, Veysel: **Tutuklama ve Kanun Yolları**, Gnş. 2. Bs., Ankara, Bilge, 2008.
- Gümüştay, Mert: **Türk Hukukunda Adli ve Önleme Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** (Doktora Tezi), Marmara Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009.
- Günay, Erhan: **Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C. Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları**, Ankara, Seçkin, 2000.
- Gündel, Ahmet: **Atatürk’e, Cumhurbaşkanı’na, Cumhuriyet’e, Hükümet’e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları**, Ankara, Seçkin, 1997.
- Hakeri, Hakan: **Hukuka Aykırı ya da Haksız Yakalama veya Tutuklamalardan Doğan Zararların Tazmini**, Ankara, Seçkin, 1999.
- Hakeri, Hakan: “Anayasa Değişik Madde 19/Son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu”, **Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. III, İstanbul, Beta, 2003, s. 767-783.
- Hakeri, Hakan: “Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat”, (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=114&Itemid=35, 31 Temmuz 2011.
- Hakeri, Hakan: “Yargıcın Yargısal Görevlerinden Ötürü Devletin Sorumluluğu”, (Çevrimiçi) http://portal.hakanhakeri.com/index2.php?option=com_content&task=view&id=25&pop=1&page=0, 31 Temmuz 2011.

- Hakeri, Hakan/
Ünver, Yener: **Ceza Muhakemesi Hukuku (Temel Bilgiler)**, 2. Bs. Ankara, Adalet, 2008.
- İlkiz, Fikret: “Özgürlük ve Hukuk”, (Çevrimiçi) <http://www.umut.org.tr/public/forum.aspx?id=15862>, 18 Ağustos 2011.
- İste, Onur: **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat** (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009.
- Kalaycı, Ömer Faruk: “Haksız Yakalama ve Tutuklamada Tazminat Talebi”, **Vasat Dergisi**, C. 1, S. 1, 2002, s. 125-134.
- Kanmaz, Fatih: **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, Ankara, Adalet, 2008.
- Karaburun, Gökhan: “AİHS’nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine İlişkin 5. Maddenin İncelenmesi”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde5.htm>, (162.zip), 31 Temmuz 2011.
- Karahasan, Mustafa
Reşit: **Sorumluluk Hukuku**, Gnş. 6. Bs., İstanbul, Beta, 2003.
- Karakaya, Naim: **Soruşturma (CMK), Cep Kitapları -9-**, İstanbul Barosu Yay., 2006.
- Keskin, İbrahim: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, **Adalet Dergisi**, S. 39, Ocak 2011, s. 108-131.
- Keskin, Serap: “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İtiraz, İstinaf ve Temyiz”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 369-380.
- Kılıçoğlu, Mustafa: **Tazminat Hukuku**, Gncl. 2. Bs., İstanbul, Legal, 2006.
- Kızılkaya, Ezgi: “Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, **TBB Dergisi**, S. 89, Temmuz-Ağustos 2010, s. 507-542.
- Köroğlu, Hasan: **Haksız Tutuklama Tazminatı (466 Sayılı Yasa)**, Ankara, Adil, 1996.

- Kumkumoğlu,
Kemal: “ Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Tutuklama”,
Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı, İstanbul, Türk
Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 163-174.
- Kunter, Nurullah: “Haksız Yere Tevkif Edilmiş Olanlara Tazminat
Verilmeli mi?”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 20.01.1956.
- Kunter, Nurullah/
Yenisey, Feridun: **Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**,
İstanbul, Beta, 2000.
- Kunter, Nurullah/
Yenisey, Feridun: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi
Hukuku- İkinci Kitap Ceza Muhakemesinin
Yürüyüşü**, 13. Bs., İstanbul, Beta, Ocak 2005.
- Kunter, Nurullah/
Yenisey, Feridun/
Nuhoglu, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi
Hukuku**, 14. Bs., İstanbul, Arıkan, 2006.
- Kuntman, Osman: “Yargısal Kararlardan Zarar Gören Kişilerin Kimlere
Karşı Tazminat Davası Açabilecekleri İle İlgili Bir
İnceleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 84, S. 4,
Temmuz-Ağustos 2010, s. 2043-2092.
- Mahmutoğlu, Fatih
Selami: “İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku”,
Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul,
İÜHF Eğitim- Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yay.,
1998, s. 155-179.
- Mahmutoğlu, Fatih
Selami: “Panel Konuşması”, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile
Yaşamı, Konut, Haberleşme, ve Kişisel Verilerin
Saklanması)**, Ankara, TBB Yay., 2008, s. 100-110.
- Mahmutoğlu, Fatih
Selami: “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükümün
Açıklanmasının Geri Bırakılması”, **Ceza Muhakemesi
Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku
Derneği Yay., Haziran 2009, s. 349-368.

- Malkoç, İsmail/
Yüksektepe, Mert: **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu- C. I (md. 1-202)**, Malkoç, 2008.
- Mungan, Özlem: “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, (Çevrimiçi) <http://www.mungan.av.tr/yazi/Haksiz%20Yakalama.doc>, 31 Temmuz 2011.
- Nuhoğlu, Ayşe: “Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 175-191.
- Nuhoğlu, Ayşe: “İletişimin Denetlenmesi”, **CMK Çalıştayı**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 25-35.
- Odyakmaz, Zehra/
Kaymak, Ümit/
Ercan, İsmail: **Anayasa Hukuku- İdare Hukuku**, Gnş. 8. Bs., İstanbul, İkinci Sayfa Yay., Nisan 2008.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Bs., C. III, İstanbul, İsmail Akgün Mat., 1966.
- Önder, Ayhan: “Ceza Muhakemeleri Usul Hukukunda Arama”, **İÜHFM**, C. 29, S.3, İstanbul, 1963.
- Özbek, V. Özer: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin, 1999.
- Özbek, Veli Özer: **CMK İzmir Şerhi- Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gerekçeli-İçtihatlı)**, Ankara, Seçkin, 2005.
- Özbek, Veli Özer/
Doğan, Koray: “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 5560 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 2, Seçkin Yay, Aralık 2006.
- Özbek, Veli Özer/
Bacaksız, Pınar: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 1, Seçkin Yay., Ekim 2006.
- Özbek, Veli Özer/
Bacaksız, Pınar/
Doğan, Koray: **Açıklamalı- Şematik Çalışma Kitabı –II- Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2007.

- Özkorul, İsmet: “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/176.doc>, 19 Eylül 2010.
- Özmen, Münci: “Haksız ve Kanunsuz Tutma Ayırımında Hukuk Devletin Tazminat Sorumluluğu ve Kişisel Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 34, S. 5, 1977, s. 847-854.
- Özok, Özdemir: “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 9-15.
- Öztan, Bilge: **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, 27. Bs., Ankara, Turhan, 2008.
- Öztürk, Bahri: **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., 1995.
- Öztürk, Bahri: “CMK’nin Temel Yapısı- Tercihleri- Beklentiler”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 37-74.
- Öztürk, Bahri/
Erdem, Mustafa Ruhan/
Özbek, Veli Özer: **Ceza Muhakemesi Hukuku- Temel Bilgiler**, Gnş. 2. Bs., Ankara, Turhan, 2004.
- Öztürk, Bahri/
Tezcan, Durmuş/
Erdem, Mustafa Ruhan/
Sırma, Özge/
Saygılar, Yasemin F./
Alan, Esra: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin, 2009.
- Öztürk, Hüseyin: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası Kapsamında Yasa Yolları”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. S. 381-415.
- Parlar, Ali/
Hatipoğlu, Muzaffer: **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu- C. I (md. 1-218)**, Ankara, 2008.

- Parlar, Ali/
Yıldırım, Ferhat: **Açıklamalı- İctihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları ile Haksız Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları**, Ankara, Adalet, 2001.
- Saatçioğlu, Cemil: “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Verilen Tazminat ve Faiz”, **Adalet Dergisi**, C. 67, S. 3-4, 1976, s. 300-305.
- Sarıöz, A. İpek: “AİHM Tuncce ve Diğerleri- Türkiye Kararı Çevirisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 83, S. 6, 2009, s. 3481-3489.
- Saymen, Ferit H.: “Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?”, **İÜHF**, C. VI, S. 1, 1940, s. 126-145.
- Sevimli, Güçlü: “Kuvvetli Suç Şüphesi Gölgesindeki Tutuklama”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 83, S. 1, 2009, s. 189-196.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gncl. 2. Bs., Ankara, Yetkin, 2006.
- Surlu, Mehmet Handan: “Uygulamanın Işığında Haksız Tutuklamanın Tazmini”, **Adalet Dergisi**, C. 63, S. 8-9, Ağustos-Eylül 1972, s. 596-632.
- Surlu, Mehmet Handan: “Haksız Tutuklamanın Tazmini Konusunda Uygulamadaki Yeni Gelişmeler”, **Adalet Dergisi**, C. 64, S. 11, 1973, s. 957-965.
- Şahin, Cumhur: “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirme Sorunu”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1998, s. 343-354.
- Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin, 2005.
- Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, Seçkin, 2007.
- Şahin, İlyas: **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, Ankara, Seçkin, 2004.

- Şen, Ersan: “Türk Hukukunda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfî Müdahaleler”, ”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa, 1999, s. 723-736.
- Şen, Ersan: **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, Gnş. 2. Bs., Ankara, Seçkin, 2008.
- Şen, Ersan: “Ceza Yargılamasında Ciddi Sorun”, **4. Yılında CMK**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 37-40.
- Şen, Ersan: “Yargıçların Durumu”, **4. Yılında CMK**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 46-50.
- Şentuna, Mustafa Tarkan: **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Tutuklama ve Adli Kontrol**, 2. Bs., Ankara, Adalet, 2007.
- Talas, Kübra: “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, **Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku (2. Kitap)**, İstanbul Barosu Yay., 2010, s. 325-350.
- Tarcan, Erdal: “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576) ‘Hâkim’ Kavramı Açısından Uygulama Alanı”, **AÜHF Dergisi**, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 233-252.
- Taşdemir, Kubilay/ Özkepir, Ramazan: **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, C. I, 3. Bs., Ankara, 2007.
- Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bs., İstanbul, Filiz, 1993.
- Tezcan, Durmuş: **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)**, Ankara, Ankara Üniv. Basımevi, 1989.

Tezcan, Durmuş: “AİHM Kararları Işığında Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yakalama, Zorla Getirme, Arama ve Elkoyma”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 108-120.

Tezcan, Durmuş/
Erdem, Mustafa Ruhan/
Sancakdar, Oğuz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2002.

Tezcan, Durmuş/
Erdem, M. Ruhan/
Sancakdar, Oğuz/
Önok, R. Murat: **İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara, Seçkin, 2009.

Tosun, Kerim/
Akkaya, Çetin: **Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK**, 2. Bs., Ankara, Adalet, 2009.

Tosun, Öztekin: “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme”, **İÜHFM**, C. 16, S. 3-4, İstanbul, 1976, s. 85-105.

Tümerkan, Somay: “Ceza Yargılamamızın Uygulama Açısından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1998, s. 377-383.

Uğur, Hüsamettin: “Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine”, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, 4 Ağustos 2011.

Uğuz, İsmail: **Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak “Elkoyma”** (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2007.

Ülgen, Celal: **Ceza Muhakemesi Kanunu**, 3. Bs., İstanbul Barosu Yay., 2005.

Ülker, Reşit: “Haksız Tevkife Tazminat”, **Ulus Gazetesi**, 11.01.1964.

- Ünver, M. Naci/
Kavalalı, A. Mümin: **Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, İstanbul, Kazancı, 1990.
- Ünver, Yener/
Hakeri, Hakan: **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, TBB Yay., 2006.
- Yaşar, Osman: **Ceza Muhakemesi Kanunu- C. I (md. 1-222)**, Ankara, Seçkin, 2007.
- Yavuz, Zehra: **Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri** (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009.
- Yerdelen, Erdal: **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, Adil, 2006.
- Yılmaz, Ejder: **Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Yetkin, 2003.
- Yokuş Sevik,
Handan: “5271 Sayılı CMK’da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, İstanbul, Merkez Pazarlama Dağıtım Yay., Mart 2005, s. 63-70.
- Yurtcan, Erdener: “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, İÜHF Yay., 1998, s. 519-522.
- Yurtcan, Erdener: **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, İstanbul, Vedat, 2005.
- Yurtcan, Erdener: **Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı**, 4. Bs., İstanbul, Vedat, 2005.
- Yurtcan, Erdener: **CMK Şerhi**, 5. Bs., İstanbul, Beta, 2008.
- Yurtcan, Erdener: **Bir Cezacı ile Geçmişten Günümüze**, İstanbul Barosu Yay., 2009.

- Yurtcan, Erdener: **Ceza Avukatının El Kitabı**, 10. Bs., İstanbul Barosu Yay., 2009.
- Yurtcan, Erdener: “CMK’nin Temel Yapısı- Tercihleri- Beklentiler”, **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı**, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., Haziran 2009, s. 21-36.
- Zafer, Hamide: “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Mağdurlarının Tazminat Hakkı”, **Maltepe Üniv. Hukuk Fak. Dergisi**, S. 2, İstanbul, 2010, s. 77-99.

İnternet Kaynakları:

<http://www.hukukturk.com>,

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>,

TBB İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, TBB Yay., Ankara, 2010.
(Çevrimiçi)http://eski.barobirlik.org.tr/yayinlar/kitaplar/Tutuklama_Raporu.pdf,
08.09.2011.