



Themis'in Gözleri Gerçekten Kapalı mı?: Ceza Hukukunda Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Yaklaşım

Doç. Dr. Hasan Sınar

Not: *Kamu Hukukçuları Platformu'nun Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile birlikte 21-23 Nisan 2018 tarihlerinde Şile, İstanbul'da gerçekleştireceği HUKUK ve ADALET konulu 7. toplantısında sunulmak üzere hazırlanan bu bildiri nihai metin değildir. Yazar tarafından gözden geçirilmiş nihai metin, toplantı sonrasında Kamu Hukukçuları Platformu web sitesinde ve toplantı kitabında yayımlanacaktır.*

KHP Girişim ve İcra Kurulu

I. Olağanlaşan OHAL'de Adalet İlkesi

1. Konuya Temel Yaklaşım
2. OHAL KHK'larında Savunma Hakkına Yönelik Kısıtlamalar
 - a. Genel Olarak Savunma Hakkı
 - b. Soruşturma Evresinde Müdafî İle Görüşme Hakkının Kısıtlanması
 - c. Müdafîin Görevden Yasaklanması
 - d. Kovuşturma Evresinde Müdafî İle Temsilin Kısıtlanması
 - e. Müdafîsiz Duruşmaya Devam Edilebilmesi
3. OHAL KHK'larında Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenleme Rejimi
 - a. Yakalama ve Göz altına Alma Yönünden
 - b. Arama Tedbiri Yönünden
 - c. El Koyma Tedbiri Yönünden
 - d. Özel El Koyma (Taşınmaz, Hak ve Alacaklara El Koyma) Tedbiri Yönünden
 - ç. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında, Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Yönünden
 - e. Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Tespiti, Dinlenilmesi ve Kayda Alınması Yönünden
 - f. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Yönünden

II. Koruma Tedbirinden Peşin Yaptırıma/Ceza Adaletinde Yozlaşmanın Simgesi: TUTUKLAMA

1. Konuya Temel Yaklaşım
2. Tutukluluk Süreleri ve Kemikleşmiş Hatalı Uygulamalar
3. Katalog Suç Sistemi Sorunu
4. Tutuklamada Gereke Sorunu
5. Tutuklamamın Denetimi Sorunu

• Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
hasan.sinar@altinbas.edu.tr

¹ Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bası, Ankara, 1993, s. 250.

III. Ceza Adaletinin Bazı Bitmeyen Tartışmaları

1. Ölüm Cezası Tartışmaları
 - a. Genel Olarak
 - b. Dünyada Ölüm Cezası Uygulamalarına İlişkin Güncel Durum
 - c. Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Ulusal üstü Normlar
 - d. Türkiye’de Ölüm Cezası Tartışmalarının Olası Sonuçları
2. Cinsel Suçların Önlenmesi Yönünden Yeni(!) Arayışlar

SONUÇ

KAYNAKÇA

I. Olağanlaşan OHAL’de Adalet İlkesi

1.Konuya Temel Yaklaşım

Hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ilkesi, anayasal, demokratik düzenlerin kurucu ilkelerinden birisini oluşturur ve bu ilkenin esaslı bir unsurunu oluşturmadığı rejimler, yurttaşlarına sağlanan refah düzeyi ne olursa olsun, özgür ve medenî bir yaşam için elverişli bir çerçeve oluşturamazlar. Hukukun üstünlüğü ilkesinin ilk görünümü, kuşkusuz hukuk devleti şeklinde ortaya çıkar. Buna göre, hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen bir düzende, devlet, hukuk kuralları ile bağlı ve sınırlı bir örgütlenmedir¹. Bu bağlamda, devlet aygıtının her türlü faaliyetleri hukuk kuralları içerisinde kalır, bütün işlemleri hukuka uygun olarak yürütülür. Hukukun üstünlüğü ilkesi bu anlamda yurttaşlarına “hukuk güvenliği” ve “keyfiliğin dışlanması” biçiminde ortaya çıkan iki temel güvenceyi sunmak suretiyle, kişileri keyfi devlet müdahalesinden korunmuş özel alanlar sağlar.

Hukukun üstünlüğü ilkesinin temel görünümü “hukuk devleti” olmakla birlikte, bu ilke hukuka bağlı devlet olgusunu aşan felsefi ve ahlâki bir görünüme de sahiptir. Şöyle ki, hukukun üstünlüğünün benimsendiği bir düzende, devletin salt hukuka bağlı olması yetmez; aynı zamanda bu hukukun niteliği ve nasıl bir hukuk olduğu sorunsalı da önem taşır². Bu bağlamda, hukukun üstünlüğü ilkesi hukuk kurallarının olduğu gibi uygulanmasından ibaret görülemez; aksine bu hukuk kurallarının “doğal adalet” ve “usulî hakkaniyet” ideallerinin gereklerine uygun şekilde oluşturulmalarını ve uygulanmalarını da zorunlu kılar³. Şu halde, hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsendiği düzenlerde, hukuk sisteminin maddi içeriği bakımından adil olmasının yanı sıra; hukukun yapısal ve prosedürel bakımından da adalete uygun olarak inşa edilmesi gereklidir. Çünkü o kurallar çerçevesinde hukuk sisteminin

¹ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bası, Ankara, 1993, s. 250.

² Zeki Hafizoğulları, “*Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğü Prensibi” Sorunu*”, Ankara Barosu Dergisi, 2002, Sy: 1, s. 25.

³ Mustafa Erdoğan, “*Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet*”, s. 4. <http://erdoganmustafa.org/hukuk-hukukun-ustunlugu-ve-adalet/> (son erişim 30.03.2018).

meşruiyeti ancak adalet idealine yönelmiş olmak suretiyle elde edilebilir. İnsanlar, hukuk sistemini salt bir kurallar bütünü olarak algılamazlar; bunun çok ötesinde olarak, bu sisteme bir adalet beklentisiyle yaklaşırlar ve bu beklenti gereğince sisteme saygı gösterir ve itaat ederler. Hukuk sistemleri de sıklıkla, kendi varlık ve işleyişlerinin meşruiyetini, adalet ilkesine başvurmakta bulurlar. Bu bağlamda, sözgelimi pek çok ülkede, devlet aygıtının hukuk sistemiyle koordine eden birimine “Adalet Bakanlığı” isminin verilmesi ya da inceleme konumuzla bağlantılı olarak bir suçun kovuşturulması ve cezalandırılmasına ilişkin mekanizmanın “ceza adaleti sistemi” ismiyle anılması, kesinlikle bir tesadüften ibaret değildir⁴.

Bu son örnekle ilintili biçimde, ceza hukuku yönünden bakıldığında ise, hukukun üstünlüğü ilkesine anlam ve ruh kazandıran adalet ilkesinin, bu hukuk disiplini özelinde farklı bir önemi, değeri ve ağırlığı haiz olduğu tespit edilebilir. Çünkü ceza hukuku, hukuk disiplinlerinin geneli ele alındığında, devlet aygıtı eliyle bireyin malvarlığına, kişi özgürlüğüne ve yaşam hakkına dahi yönelen şedit bir yaptırımlar zinciri uygulanabilmesine olanak tanıyan tek ve bu itibarla “en kıdemli” hukuk dalıdır. Diğer bir bakış açısıyla, ceza hukuku, adalet ilkesini gerçekleştirmeye yönelmek iddiasıyla meşruiyet kazanmaya belki de en çok gereksinim duyan hukuk dalıdır. Bu itibarla, hukukun üstünlüğü ilkesi bağlamında ceza hukukunun meşruiyet değeri kazanabilmesi için, gerek işlendiği ileri sürülen bir suçla ilişkin ihdas edilen maddi ceza hukuku normlarının gerekse bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin usulü belirleyen biçimsel ceza muhakemesi hukuku kurallarının, adaleti gerçekleştirmenin bir aracı şeklinde dizayn edilmeleri gerekir.

Kuşkusuz bu alanda mutlak bir denetim imkanı bulunmamakla birlikte, ideal olan, başta temel kod olan Türk Ceza Kanunu (TCK) olarak üzere, ceza hukuku alanında düzenleme getiren tüm özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlarda düzenlenen suçlar ve yaptırımlar ile bu suçların yargılanmasına ilişkin getirilen başta Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) olmak üzere, yürürlüğe konulan tüm muhakeme kurallarının adalet ilkesine uygun bir biçimde formüle edilmeleridir. Çünkü adalet ilkesine aykırı şekilde ihdas edilen veya uygulanan kuralların, kamuoyunda çoğu zaman hoşnutsuzluk bazen de infial şeklinde ortaya çıkan faturası, yekûn olarak hukuk sistemine çıkartılmaktadır. Bu faturadan kurtulmak isteyen yöneticiler tarafından, adalet ilkesine aldırış etmeksizin alelacele hazırlanan “panik

⁴ Erdoğan, “*Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet,*” s. 5.

düzenlemeleri” ile durumu kurtarmaya çalışmaları ise, uzun vadede yaşanan sorunları ağırlaştırmaktan öte bir katkı sağlamamaktadır.

Adeta fasit bir daireyi andıran bu genel sorunsalın ötesinde, yakın dönemde ortaya çıkan siyasal ve sosyal çalkantıların da, ceza hukukunda adalet ilkesi ile bağdaşmayan yeni bir yasal düzenleme faaliyetine girişilmesine yol açtığı gözlemlenebilir. Şöyle ki, 15 Temmuz 2016 askeri darbe kalkışmasının bastırılmasının ardından 20 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen Olağanüstü Hal (OHAL) ile Türkiye’nin, devlet-toplum ilişkilerini yaşamın her alanında yeniden şekillendirmeyi hedef alan, benzerine pek rastlanmayan bir yeni sürecin içine girdiği tespit edilebilir. Türkiye’de siyasal iktidarların ülkeyi yasama organını devre dışı bırakan Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK’lar) ile yönetme konusundaki eğilimi geçmişten beri bilinmesine ve bu konu anayasa hukuku doktrininde çokça işlenmiş olmasına karşın; kanımızca 20 Temmuz 2016 ile başlayan OHAL sürecini, ülkeyi KHK’lar yoluyla yönetme noktasında önceki deneyimlerden ayıran ve benzersiz kılan bir özelliği, Türkiye’de sistemin ana omurgasını oluşturan temel yasal mevzuatta girişilen çok yoğun ve fevkalade kapsamlı bir yeni düzenleme faaliyetidir. Bu yaygın yasal düzenleme faaliyeti, meşruiyeti çok tartışmalı bir biçimde, ceza mevzuatına da sirayet etmiş ve özellikle CMK başta olmak üzere ceza muhakemesine ilişkin usul kurallarını düzenleyen kanunlarda, hak ve özgürlükler alanına önemli kısıtlamalar getiren bir dizi düzenleme önce geçici OHAL KHK’ları ile yürürlüğe konulmuş; ardından bunların bir kısmı ise yasama organı tarafından kanunlaştırılmıştır.

Bu bildiri de, ceza hukukunda adalet ilkesini eleştirel bir yaklaşımla ele alırken, ilk olarak OHAL sürecinin olağanlaşması çabalarına bir tepki ve karşı duruş olarak, OHAL KHK’ları ile önce savunma hakkına getirilen kısıtlamaları, sonrasında ise ceza muhakemesi koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemeler ile hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini incelemeyi hedefledik. Bu tarz bir çaba ile hem OHAL sürecinde temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların tespit edilmesinin, kayıt altına alınmasının ve tartışılarak dile getirilmesinin; OHAL’i olağanlaştırma eğilimine hukukçular tarafından verilebilecek en güzel yanıt olduğuna inanıyoruz. Bildirinin ikinci kısmında ise, Türkiye’de ceza adaleti sisteminde adeta keyfiliğin ve yozlaşmanın simgesi haline dönüşmüş olan “tutuklama” kurumunu ele almayı tercih ettik. Bu şekilde, tutuklama kurumu bağlamında ortaya çıkan bazı yaygın uygulama sorunlarını gündeme taşıyarak, kişi özgürlüğü hakkına en ağır sınırlamayı getirmesi nedeniyle, uygulamada en ağır mağduriyetlere de yol açmakta olan

tutuklama kurumunun yeniden amacı ve işlevi ile sınırlı bir çerçeveye oturtulmasına yönelik düşünce ve önerilerimizi dile getirdik. Nihayet son bölümde ise, Türkiye’de ceza adaleti sistemi bağlamında sürekli gündemde tutulmaya çalışılan iki önemli tartışma konusuna ilişkin normatif gelişmeleri ortaya koyarak, bu tartışma konularının artık bir biçimde kamuoyu gündeminden düşmesi gerekliliğine ilişkin kanaatimizi gerekçeleriyle ortaya koymak ve hukukçuların tartışmasına açmak istedik.

Bildirinin tüm bölümlerinde gerekçeleriyle izah etmeye çalıştığımız açıklamalarımıza yönelik tartışmacıların ortaya koyacağı görüş, öneri ve yapıcı eleştirilerin çalışmanın zenginleştirilmesine ve bilimsel düzeyinin yükseltilmesine hizmet edeceğinin bilinciyle, katkı sunma nezaketinde bulunan tüm tartışmacılara şimdiden teşekkürlerimizi sunmak isteriz.

2. OHAL KHK’larında Savunma Hakkına Yönelik Kısıtlamalar

a. Genel Olarak Savunma Hakkı

Ceza muhakemesinin amacı, insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe (*hakikate*) ulaşmaktır. Geçmişte yaşanan bir olaya ilişkin tüm parçalar, deliller aracılığıyla birleştirilerek maddi gerçek ortaya çıkartılmaya çalışılır⁵. Ceza muhakemesinin tarihsel gelişim süreci, maddi gerçeğe ulaşmanın en etkili yolunun, yargılama faaliyetinin iddia-savunma-hüküm (*tez-antitez-sentez*) makamlarının kollektif bir faaliyeti birlikte yürütmeleri olduğunu göstermiş ve bu itibarla modern çağda ceza muhakemesinin yürüyüşü bu kollektif anlayışa dayalı olarak şekillendirilmiştir. Bu sistemde, iddia makamı tarafından, bir suçun işlendiğine ilişkin olarak sav (*tez*) ortaya konulur⁶. Savunma makamı, bu sava karşılık, ortada bir suç bulunmadığı, suçun şüpheli veya sanık tarafından işlenmediği, olayda bir hukuka uygunluk nedenin veya kusurluluğu etkileyen bir nedenin bulunduğu ya da şüpheli veya sanığın talep edilenden daha az ceza ile cezalandırılması gerektiğini ileri süren bir karşı sav (*anti tez*) ileri sürer. Nihayet yargılama makamı tarafından somut vakiada tartışılan bu

⁵ Nur Centel - Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, 2017, s. 4-5.

⁶ Savcılık makamı, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 160. maddesinde yer alan “...şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür” hükmü uyarınca şüphelinin yalnızca aleyhine olan değil, lehine olan delilleri de toplamak ve gerektiğinde haklarını korumakla ile de yükümlüdür. Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 129. Bundan sonucu olarak, soruşturma evresinde şüpheli lehine deliller toplayabilen, şüphelinin haklarını gözetmen ve kovuşturma evresine geçildiğinde esas hakkındaki mütalaasında hazırladığı iddianame ile bağlı olmadan sanığın beraatini da isteyebilen savcılık makamının bir taraf değil, adalet mekanizması içerisinde maddi gerçeğe ulaşmak için diğer süjelerle işbirliği yapan bir makam olduğu kabul edilmelidir. Ancak ne yazık ki uygulamada, savcının suçtan zarar gördüğüne inanılan devleti temsil etmesi pek çok kez şüphelinin haklarını gözetmesine engel oluşturmaktadır.

tez ve antiteze dayanılarak bir sentez (*hüküm*) oluşturulur⁷. Yargılama sonucunda ulaşılabilecek olan hükmün adil ve sağlıklı olabilmesi için, hüküm verme faaliyetine katılan bütün makamların birbirlerinin ileri sürdüğü fikirleri öğrenebilmeleri ve bu fikirlere karşı fikir ileri sürebilmeleri gerekir. Bu itibarla, yargılama faaliyetine katılan iddia ve savunma makamlarının bu faaliyetlerinin güvence altına alınabilmesi için birtakım hak ve yetkilere sahip olmaları gerekir.

Bu durum, özellikle savunma makamını oluşturan şüpheli veya sanık ile müdafii yönünden özel bir önemi haizdir. Çünkü bir suçun işlendiği şüphesi ile başlayan ceza muhakemesi faaliyetinin temel süjesi, suç isnadı altında bulunan kişi olan şüpheli veya sanıktır. Diğer bir ifadeyle, aslında ceza muhakemesi olarak isimlendirilen bu kollektif faaliyet, eğer ortada bir suç var ise, bu suçun isnat altında bulunan kişi tarafından işlenip işlenmediğini ve eğer işlenmiş ise, bu kişinin hangi koşullar içerisinde bu fiili gerçekleştirdiğini araştırmaya yönelmektedir. Bu durumda, suç isnadı altında bulunan kişi olan şüpheli veya sanığın, bu isnada karşı fiili ve hukuki olarak savunmasını yapabilmesi, ceza muhakemesi faaliyetinin dürüst ve adil bir şekilde gerçekleştirilmesinin olmazsa olmaz ön koşuludur⁸. Bu itibarla, hakkında soruşturma yapılan şüphelinin veya kamu davası açılmış olan sanığın savunma hakkı, adil yargılanma hakkının temel bileşeni olarak kabul edilir. Nitekim, savunma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilmiş⁹ ve ulusal hukuk düzeninde de 1982 Anayasası'nın 36. maddesi ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, gerek şüphelinin gerekse sanığın savunma hakkını gereği gibi kullanabilmesi, kural olarak hukuki yardım almasına bağlıdır¹⁰. Çünkü şüpheli veya sanık çoğunlukla hukukî

⁷ Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul, 2010, s. 64.

⁸ Keza Anayasa Mahkemesi'ne göre de adil yargılamanın gereklerinden en önemlisi Anayasa'nın 36. maddesinde de açıkça ifade edilmiş olan "*savunma hakkı*"dır. Mahkemeye göre; "*Ceza yargılamasındaki savunma haklarının güvence altına alınması demokratik toplumun temel bir ilkesidir. Bu sebeple AİHM'e göre hakkaniyete uygun bir yargılamanın gerçekleştirilmesi için, yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, savunma hakkının yeterince ve tam olarak kullanılması ile uyumlu olması ve bu hakların teorik ve soyut değil, etkili ve pratik olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir*". AYM Cihan Yeşil Kararı, Başvuru Numarası: 2013/8635, Karar Tarihi: 06.05.2015. Karar için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/2ea43c22-562f-454d-a2e7-d07069ccf75a?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

⁹ Savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde bir suç isnadı ile itham edilen herkesin faydalanacağı asgari haklar sayılmıştır. Buna göre kişinin; isnat edilen suç öğrenme, savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma, bizzat yahut müdafii vasıtasıyla kendini savunma, avukat tutmak için maddi olanaklardan yoksun ise avukat yardımından ücretsiz yararlanma, tanık dinletme ve tanık sorgulama ve tercümandan ücretsiz yararlanma gibi suçlama karşısında savunmasını gereği gibi yapabilmesine olanak sağlayan temel birtakım haklar Sözleşme ile güvence altına alınmıştır.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şüpheli ya da sanığın hukuki yardımdan yararlanma hakkını, yargılamanın bir safhasında değil; fakat muhakeme faaliyetinin bütünü içerisinde fiilen ve gerçek bir avukatın yardımından

bilgiden yoksundur ve bu hukukî bilgiden yoksun bulunan bir şüpheli veya sanığın iddia makamını oluşturan ve profesyonel bir meslek icra eden bir hukukçu olan savcıya karşı kendisini gereği gibi savunabilmesi olanaksızdır¹¹. Diğer yandan şüpheli veya sanık hukukî bilgiye sahip bir kişi olsa bile, bu kişinin bir suç isnadı altında bulunduğu ve kendisine karşı yöneltilen suçlamanın ağır psikolojik etkisi ve ağırlığı altında bulunduğu da gözetilmek durumundadır. Bu nedenle, savunma hakkı kural olarak şüpheli veya sanığın mutlaka bir müdafininin hukuki yardımından yararlanmasını zorunlu kılar¹². Şu halde, hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir ülkede savunma hakkı ile şüpheli, sanık ve müdafii kanunla tanımlanmış birtakım hak ve yetkiler ile donatılmış birer usul süjesi olarak kabul edilir ve böylece hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlanır¹³.

Bununla birlikte, 20 Temmuz 2016'dan itibaren başlayan OHAL sürecinde yürürlüğe konulan OHAL KHK'ları ile savunma hakkının kullanılmasına ilişkin olarak önemli kısıtlamalar getirilmiştir¹⁴. Aşağıda, bu kısıtlamalara kısaca değinilecektir.

yararlanması şeklinde anlamaktadır (I. vs. İsviçre, No: 13972/88; Karar Tarihi: 14.05.1992; Rosa Tripodi vs. İtalya, No: 13743/88, Karar Tarihi: 14.10.1992.) Bkz. A. Şeref Gözübüyük - Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi)*, 10. Bası, Ankara, 2013, s. 304.

¹¹ Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 1955, s. 126; Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Ankara, 2013, s. 141.

¹² Bahri Öztürk - Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Özge Sırma Gezer - Yasemin Saygılar Kırıt - Özdem Özyayın - Esra Alan Akçan - Efser Erden Tütüncü, *Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Ankara, 2016, s. 247; Hamide Zafer, "Savunma Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, İstanbul, 2015, s. 509.

¹³ Tuğrul Katoğlu, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi", in: Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu, 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2015, s. 141 vd.

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1996 tarihinde verdiği Aksoy vs. Türkiye kararında; Türkiye'nin güneydoğusunda ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin mevcut olduğu konusunda başvuranın itirazda bulunmadığını ancak olağanüstü hâl ilanının genel olarak, Sözleşme yetkililerinin ele alması gereken bir mesele olduğunu öne sürmüştür. Bu bağlamda yaptığı incelemede Mahkeme, Türkiye'nin Sözleşme'nin 15. maddesi doğrultusunda 1990 yılında yükümlülüklerini askıya alma hususunda bildirimde bulunduğunu belirterek, olağanüstü hal ilanı için genel bir tehlikenin varlığı ve bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için alınması gereken aykırı tedbirlerin mahiyeti ve kapsamı konularında karar verme hususunda devletlerin, uluslararası yargıçtan daha donanımlı olduklarını ve bu nedenle, bu bağlamda ulusal makamlara geniş bir takdir payı bırakıldığını ifade etmiştir. Ancak Mahkeme söz konusu kararda, **Devletlerin yetkisinin olağanüstü zamanlarda dahi sınırsız olmadığını belirtmiş** ve Devletlerin, durumun "kesinlikle gerektirdiği ölçünün" dışına çıkıp çıkmadıklarına ilişkin denetlenebileceklerini ve denetimin ise yükümlülükleri askıya alan tedbirlerin etkilediği hakların mahiyeti ve olağanüstü hale neden olan ve süresini belirleyen koşullar yönünden olacağını belirtmiştir. AİHM Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma (Tematik Bilgi Notu), Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı - Aralık 2015, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/diger/Derogation%20in%20time%20of%20emergency%20\(OLA%C4%9EEAN%C3%9CST%C3%9C%20HALLERDE%20Y%C3%9CCK%C3%9CML%C3%9CL%C3%9CCKLER%C4%B0%20ASKIYA%20ALMA\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/diger/Derogation%20in%20time%20of%20emergency%20(OLA%C4%9EEAN%C3%9CST%C3%9C%20HALLERDE%20Y%C3%9CCK%C3%9CML%C3%9CL%C3%9CCKLER%C4%B0%20ASKIYA%20ALMA).pdf). (Erişim Tarihi: 21.03.2018). Türkiye 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi'ne yapılan bildirimle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15'e dayanarak birtakım yükümlülükleri aykırı tedbirler alınabileceğini açıklamıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. R. Murat Önok, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanüstü Hal Uygulamaları", KHK'ler Türkiye'de Savunma Hakkı Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 330, Ankara, Aralık 2016, s. 109 vd. Ayrıca Türkiye'nin yaptığı bildirin İngilizce tam metni için bkz.

b. Soruşturma Evresinde Müdafî İle Görüşme Hakkının Kısıtlanması

Ceza Muhakemesi Kanunu sisteminde, şüpheli veya sanığın soruşturmanın veya kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilmesi esası benimsenmiştir. Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile soruşturma evresinde avukat sayısının birden üçe çıkarılması önemlidir, çünkü bu düzenleme ile müdafîin soruşturma evresinde kolluğa karşı konumu güçlendirilmek ve olası hukuka aykırı işlemlere karşı delillendirme kolaylığı sağlanmak istenmiştir¹⁵.

Nihayet yine Kanun'a göre, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafîin, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkının engellenemez ve kısıtlanamaz olduğu belirtilmiştir¹⁶ (CMK md. 149).

https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-reservations-and-declarations/conventions/declarations/results?coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_formDate=1521101125659&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=TUR&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_numSTE=&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codesMatiere=&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=true&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebut=05%2F05%2F1949&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebutDay=5&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebutMonth=4&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebutYear=1949&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatus=15%2F03%2F2018&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatusDay=15&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatusMonth=2&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatusYear=2018&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_numArticle=&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=&p_auth=s85uz2Cq (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

¹⁵ Öztürk ve diğerleri, *Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 247.

¹⁶ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi kapsamında, suç isnadı altında bulunan kişi savunma hakkının kullanılmasında üç ayrı hakka sahiptir. Bunlar kendisini bizzat savunma, seçtiği bir müdafî yardımından yararlanma, bir müdafî tayin etme olanağından yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görülürse resen atanacak bir müdafî yardımından yararlanma haklarıdır. Dolayısıyla suç isnadı altında bulunan kişinin kendisini bizzat savunması talep edilemez. Pakelli vs. Federal Almanya, No: 8398/78, Karar Tarihi: 25.04.1983. AİHM, bazı durumlarda kişinin talebi olmasa da resen ücretsiz olarak avukat tayin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kişinin olanağının olmaması yanında ayrıca suçlama nedeniyle alabileceği özgürlükten mahrum bırakılmayı gerektiren bir ceza ve davanın karmaşıklığı, avukat yardımının sağlanmasını gerektiren bir hukuki menfaati ortaya çıkarmaktadır. Tunç vs. Türkiye, No: 32432/96, Karar Tarihi: 27.03.2007. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi; başvurusunun İnfaz Hakimliği sırasında müdafiden yardım talebini reddi hususunda verdiği kararda; "*Şikâyet konusu olayın niteliği itibarıyla isnat edilen suçlamanın anlaşılması, savunma hazırlamak için ilgisine yeterli süre ve imkan verilmesi, tercüman imkanı sağlanması veya tanık ve benzeri delillerin araştırılması gibi hususlarda eksiklik veya özensizlik bulunmamaktadır. Buna benzer disiplin suçu olaylarında müdafî yardımından yararlandırılma, bir zorunluluk olarak kabul edilmemiş "adaletin yerine gelmesi için gerekli olma" şeklinde formüle edilen bir şarta bağlanmıştır. Bu kapsamda değerlendirme yapılırken itiraza konu Ceza İnfaz Kurumu disiplin işleminin, toplu açlık grevine katılma eyleminden kaynaklandığı, savunma hazırlamak için teknik veya hukuki bilgi gerektirecek karmaşık olaylar bulunmadığı ve infaz hakimliği şikâyet değerlendirme sürecinin basit usul kuralları ile yürütüldüğü dikkate alınmalıdır.*" şeklindeki gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan savunma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Metin Yamalak Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/9450, Karar Tarihi: 13.04.2016. Karar için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/9450> (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

Ceza Muhakemesi Kanunu sisteminde ayrıca, şüpheli veya sanığın müdafii ile görüşmesi konusunda ise, bu kişilerin vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği vurgulanmış ve ayrıca bu kişilerin müdafii ile yazışmalarının da denetime tabi tutulamayacağı altı çizilmiştir¹⁷ (CMK md. 154).

Şu halde müdafii, gerek kollukta gözaltına alınmış olan ve gerekse tutukevinde bulunan şüpheli veya sanık ile (hafta sonlarını ve mesai dışındaki saatleri de kapsar şekilde) her zaman görüşebilecektir¹⁸. Kanun md. 149/3'de, gözaltına alınmak veya tutuklanmak suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin müdafii ile görüşme hakkını, "soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında" yapılabileceğine vurgu yaparak, bir zaman kısıtlaması da getirmemiştir¹⁹.

Kanunda müdafii ile görüşme hakkına ilişkin olarak ileri sayılabilecek olan tüm bu ilkesel düzenlemelere OHAL KHK'ları ile ciddi kısıtlamalar getirildiğini ifade etmek gerekir. Bu kapsamda OHAL sürecinde müdafii ile görüşme hakkına ilişkin ilk kısıtlama, geçici OHAL düzenlemesi olarak 667 sayılı KHK²⁰ ile getirilen ve tutuklu OHAL şüphelisi ile müdafii arasındaki görüşmenin kayda alınması, görüşme sırasında bu görüşmeyi izleyen bir görevli bulundurulması ve belgelere el koyma yetkisi tanınmasına ilişkin düzenlemedir. Buna göre, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü halinde devamı süresince; tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir. Tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir. Tutuklunun avukatına veya avukatının tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin kayıtlara el konulabilir. Görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. Tutuklunun yaptığı görüşmenin belirtilen

¹⁷ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Ekim 2015, s. 519.

¹⁸ AİHM'e göre; sanığın avukatı ile temasının önlenmesi AİHS m. 6/3-(c) yanında; 1. fıkrada yer alan dava hakkının da ihlalidir. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 305.

¹⁹ Rifat Çulha - Fahrettin Demirağ - Ayşe Nuhoglu - Salih Oktar - Durmuş Tezcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başyuru Kitabı*, Editör: Prof. Dr. Feridun Yenisey, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2018, s. 62.

²⁰ Resmi Gazete, T: 23.07.2016, Sy: 29779.

amaçla yapıldığının anlaşılması halinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır. Tutuklu hakkında, tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hâkimliğince yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir. Görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 13 üncü maddesine göre ücret ödenir (667 sayılı KHK/ md. 6-d).

Olağanüstü hal döneminde getirilen bu sınırlandırmalar, müdafinin savunmasını hazırlaması için en temel hususlardan biri olan şüpheli veya sanık ile gizli bir şekilde görüşme ve yazışma hakkının çekirdek alanına müdahale teşkil etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, delillerin karartılması tehlikesi bulunmadıkça, sanık ve avukatın görüşmesi gizli ve özel olmak zorundadır²¹. OHAL sürecinde çıkartılan söz konusu KHK getirilen düzenlemenin kişinin müdafî yardımından “pratik ve etkili” bir şekilde yararlanabilmesi için sağlanması gereken asgari görüşme ortamını ihlal edici nitelikte olduğu açıktır. Söz konusu düzenlemelerin birtakım gerekçelere dayanması da ölçülülük ilkesi göz önüne alındığında, güvencesiz ve hakkın özünü zedeleyen sınırlandırmalar getirdiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Özellikle yukarıda belirtildiği şekilde teknik cihazlarla izlenen görüşmeler sonucunda tutulan tutanak sonucunda şüpheli veya sanığın 6 ay boyunca avukatlarıyla görüşmesinin yasaklanması diğer avukatlar açısından genel anlamda caydırıcı bir uygulamaya dönüşerek şüpheli veya sanığın avukat yardımından gereği gibi yararlanması engellenebilir²².

Bu noktada ayrıca belirtelim ki, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 59/2. maddesinde yer alan “avukatla görüşme hakkı”na ilişkin olarak, OHAL öncesi süreçte yürürlükte bulunan ve örgüt suçlarından mahkûm olan hükümlünün müdafî ile yaptığı görüşmenin bir görevli tarafından izlenebilmesine ve bu ikisine ait belgelerin infaz hâkimi tarafından incelenebilmesine imkân veren sınırlamanın kapsamı OHAL sürecinde

²¹ Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 305-306; Ayrıca Mahkeme, Vinci Construction ve GTM Génie Civil et Services vs. Fransa kararında, avukat-müvekkil gizliliğine tabi e-postalar dâhil olmak üzere elektronik verilerin aranması ve bu verilere el konması olayında; avukat ile müvekkil gizliliğinin önemini vurgulamış ve belgeleri incelemek ile görevlendirilen hakim tarafından yapılan incelemeyi yeterli bulmamıştır. Vinci Construction ve GTM Génie Civil et Services vs. Fransa, No: 63629/10 ve 60567/10, Karar Tarihi: 02.04.2015, karar için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_04_184_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 20.03.2018).

²² OLAĞANLAŞAN OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, s. 57.

676 sayılı KHK ile (md. 6/5) genişletilmiştir. Bu çerçevede, bu sınırlamanın uygulanması için *“infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık edildiğine ilişkin belge ve bulguların elde edilmesi”* şeklindeki sınırlama ölçütlerine, *“terör örgütü veya diğer suç örgütlerini yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge edilmesi”* şeklinde son derece muğlak ve her yöne kolaylıkla çekilebilen ucu açık yeni sınırlama ölçütleri eklenmiştir. Ayrıca bu sınırlama ölçütlerinin varlığı halinde hükümlü ile müdafî arasındaki görüşmenin -Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla- üç ay süreyle teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilmesi esası getirilmiştir. Nihayet, yine bu tarz bir durumun varlığı halinde, OHAL'den önce yalnızca hükümlü ile müdafinin birbirlerine verdikleri belgelerin infaz hâkimi tarafından incelenebilmesi şeklindeki bir sınırlama yetinilirken; 676 sayılı KHK ile değişik CGTİHK md. 59/4'e göre artık, hükümlü ve müdafî tarafından birbirlerine verilen belgelerin yanı sıra, *belge örnekleri, dosyalar ile aralarındaki konuşmalara ilişkin kayıtlara da el konulabilecek veya görüşmelerin yer ve saati de sınırlandırılacaktır.*

Müdafî ile görüşme hakkına diğer bir sınırlama ise, yine geçici bir OHAL düzenlemesi olan 668 sayılı KHK ile getirilmiştir. Buna göre, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü halinde devamı süresince, gözaltındaki şüphelinin müdafîi ile görüşme hakkı *Cumhuriyet Savcısının kararıyla beş gün* süreyle kısıtlanabilir. Bu zaman zarfında ifade alınamaz (668 Sayılı KHK/ md. 3-m). Müdafî ile görüşme hakkına ilişkin diğer bir kısıtlama ise CMK'da değişiklik öngören 676 sayılı KHK²³ ile getirilmiştir. Bu KHK ile, CMK md. 154'e ikinci fıkra eklenerek, bu fıkrada müdafî ile görüşmedeki kısıtlama halleri belirlenmiştir. Buna göre, Türk Ceza Kanununun ikinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafîi ile görüşme hakkı

²³ Resmi Gazete, T: 29.10.2016, Sy: 29872. Söz konusu düzenleme 01.02.2018 tarih ve 7070 sayılı Kanun ile kanunlaşmıştır.

Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınmaz (676 sayılı KHK/ md. 3)²⁴.

Görüldüğü üzere, 676 sayılı KHK ile, müdafî ile görüşme hakkına ilişkin olarak 668 sayılı KHK ile getirilen kısıtlamalar belirli ölçüde hafifletilmiştir. Bu bağlamda ilk olarak, 668 sayılı KHK’da aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen tüm “toplu suçlar” kısıtlamanın kapsamına alınmış iken, 676 sayılı KHK’da bu kapsam “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçları”na indirgenmiştir. Bunun yanı sıra, 676 sayılı KHK ile, kısıtlama için 668 sayılı KHK’deki Cumhuriyet savcısının kararı yerine Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararının varlığı aranmış ve nihayet 668 sayılı KHK’da beş güne kadar olan müdafî ile görüşme yasağı, yirmidört saate kadar şeklinde indirilmiştir. Ancak her ne kadar 676 sayılı KHK’da müdafî ile görüşme yasağına ilişkin 668 sayılı KHK ile getirilen kısıtlamalar daraltılmış ise de, yine de OHAL süreci ile ortaya çıkan bu sınırlama rejiminin yarattığı tehlikeler devam etmektedir. Çünkü mevcut rejimde suç isnadı altında bulunan kişinin müdafî ile “derhal” görüşme hakkına getirilen kısıtlama halen mevcudiyetini korumaktadır²⁵. Oysa özellikle soruşturma evresinde şüphelinin müdafî ile derhal görüşme hakkının varlığı, şüpheliden iradesi fesada uğratılarak ya da zor kullanılarak kayıt dışı veya hukuka aykırı beyan elde edilmesine karşı çok önemli bir güvence teşkil etmektedir²⁶. OHAL süreci ile ortaya çıkan KHK’lar rejimi ile bu güvence ortadan kaldırılmıştır.

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, A.T vs. Lüksemburg kararında da, avukat ve müvekkili arasındaki danışmanlığın önemini vurgulamıştır. Zira Mahkeme’ye göre; avukat müvekkiline haklarını hatırlattığı sürece, bu ikili arasında önemli alışverişler gerçekleşecektir ve mevcut davada olduğu gibi, başvuranın herhangi bir avukat bulunmaksızın polis tarafından önceki gün ifadesinin alınması ve sonrasında sorgu hâkimi önüne çıkılan günün sabahında bir avukat tayin edilmesi gibi durumlarda bu husus daha da ön plana çıkmaktadır. Yine Mahkeme’ye göre; avukatlar, sorgu hâkimi önüne ilk kez çıktığında soyut bir şekilde değil, aksine etkin ve pratik bir biçimde destek sağlayabilmelidir. A.T. vs. Lüksemburg, No: 30460/13, Karar Tarihi: 09.04.2015, karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 184 sayılı Bilgi Notu, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_04_184_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

²⁵ AİHM de John Murray vs. İngiltere kararında, sanığa, gözaltı sırasındaki sorgulama esnasında, konuşmak zorunda olmadığı söylenmesinden sonra ilk kırk sekiz saat bir avukatla temasına izin verilmemesini adil yargılama hakkının ihlali saymıştır. John Murray vs. İngiltere, No: 1873/91, Karar Tarihi: 08.02.1996, karar için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57980"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 16.03.2018).

²⁶ Olağanlaşan OHAL: KHK’ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, s. 57. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrası gereğince adil yargılamanın yeterince “pratik ve etkili” olması için, müdafî ile görüşme hakkının her olayın özel şartları içinde, bu hakkın kısıtlanmasını zorlayan koşulların varlığı gösterilmedikçe, kural olarak polisin şüpheliye ilk sorgusu ile birlikte tanınması gerektiğini belirtmiş ise de, zorlayıcı sebepler bir müdafî ile görüşme talebinin reddini istisnai olarak haklı kılsa bile, haklılık sebebi ne olursa olsun, bu tür bir kısıtlama Sözleşme’nin 6. maddesinde sayılan sanık haklarına haddinden fazla zarar vermemesi gerektiğinin altını çizmiştir²⁶. Salduz vs. Türkiye, No: 36391/02, Karar Tarihi: 27.11.2008, karar hakkında daha fazla bilgi için Osman Doğru - Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt (AİHS 2,3,4,5,6 ve 7. maddeler)*, 2. Bası, İstanbul, Ekim 2012, s. 647.

c. Müdafiiin Görevden Yasaklanması

Müdafî, şüpheli veya sanığa ceza muhakemesi faaliyetinde hukukî yardım sağlayan kişi olduğu için, kural olarak müdafilik ilişkisi de ancak bu kişilerin şüpheli veya sanık sıfatları sürdüğü müddetçe devam eder. Diğer bir ifadeyle, müdafilik ilişkisi sürekli bir ilişki değildir ve ceza muhakemesi faaliyetinin süresi ile sınırlı olan bir hukuki ilişkidir. Bununla birlikte, bir şüpheli veya sanık hakkında başlamış olan ceza muhakemesi süreci sona ermemiş olsa dahi, başkaca bazı nedenlerin ortaya çıkması halinde müdafilik ilişkisinin sona ermesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda müdafilik ilişkisini sonlandıran nedenler olarak müdafiiin vefat etmesi, istifa etmesi, azledilmesi ya da soruşturmanın tamamlanması veya hükmün kesinleşmesi vb. nedenler sayılabilir. İnceleme konumuzu oluşturan müdafiiin görevden yasaklanması da, işte bu müdafilik ilişkisini sonlandıran nedenler arasında yer almaktadır.

CMK sisteminde, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde müdafiiin mahkeme kararıyla belirli sanıkların müdafiliğini yapmaktan yasaklanması mümkündür. Buna göre, Kanunun orijinal şeklinde, müdafî hakkında yasaklılık kararı verilebilmesi için ilk koşul, avukatın suç işlemek için örgüt kurma (TCK md. 220), silahlı örgüt suçu (TCK md. 314) veya terör suçlarından dolayı haklarında açılmış soruşturma veya kovuşturma sebebiyle tutuklu bulunan bir şüpheli veya sanığın müdafiliğini üstlenmiş bulunmasıdır²⁷. Kanunda açıkça tutukluluk haline vurgu yapıldığı için, belirtilen suçlardan tutuksuz yargılanan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini üstlenen avukatın, görevden yasaklanamaz²⁸. Bu konudaki ikinci koşul ise, avukatın bizzat kendisi hakkında, suç işlemek için örgüt kurma (TCK md. 220), silahlı örgüt suçu (TCK md. 314) veya terör suçlarından dolayı *kovuşturma* açılmış olmasıdır (CMK md. 151/3). Nihayet son koşul ise bir mahkeme kararının varlığıdır. Müdafiiin görevden yasaklanmasına soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine hâkim tarafından; kovuşturma evresinde ise talep üzerine veya re'sen yetkili mahkeme tarafından karar verilir. Yasaklama kararı, soruşturma veya kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir ve bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki kez uzatılabilir.

OHAL KHK'ları ile CMK'da müdafiiin görevden yasaklanmasına ilişkin bu kuralların alabildiğine genişletilmiş olduğu tespit edilebilir. Bu kapsamda ilk olarak 667

²⁷ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 222.

²⁸ Ahmet Bozdağ - Hüseyin Şık, "Müdafiiin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçlar," Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, Sy: 2, s. 61.

sayılı KHK md. 6/g ve sonrasında 676 sayılı KHK md. 6/8 ile getirilen ilk temel değişiklik, müdafinin görevden yasaklanması için hakkında suç işlemek için örgüt kurma (TCK md. 220), silahlı örgüt suçu (TCK md. 314) veya terör suçlarından dolayı salt bir *soruşturma* açılmış olmasının yeterli kılınmasıdır. Üstelik bu yasaklama için, müdafiyeye isnat edilen suç ile savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanığa isnat edilen suç arasında organik bir bağın varlığı da aranmayacaktır²⁹. Diğer yandan -yukarıda değinildiği üzere- Kanun'un orijinal şeklinde müdafinin görevden yasaklanabilmesi için mutlaka "tutuklu" yargılanan bir şüpheli veya sanığın ya da bir hükümlünün savunmasını üstlenmesi gerekirken, 676 sayılı KHK değişikliği ile buradaki "tutuklu veya" ibaresi, "şüpheli, sanık veya" şeklinde değiştirilmek suretiyle, tutuksuz yargılanan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini üstlenen avukatın da görevden yasaklanabilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Müdafinin görevden yasaklanmasına ilişkin olarak 667 ve 676 sayılı KHK'lar ile getirilen bu fevkalade genişletici düzenlemeler ise, müdafinin hakkında, maddede sayılan suçlardan dolayı kolaylıkla başlatılabilen basit bir ceza soruşturması işlemi dahi, müdafinin görevden yasaklanmasının gerekçesi olacaktır ki, bu durumun masumiyet karinesini açıkça çığnediği hususu herhalde tartışmadan uzaktır. Diğer yandan bu düzenlemenin, belirtilen suçlardan dolayı şüpheli veya sanık olan kişilerin müdafiliğini üstlenme noktasında avukatlar için aynı zamanda kaçınılmaz şekilde bir caydırıcı etki (*chilling effect*)³⁰ yarattığı ve bu durumun pek çok şüpheli veya sanık yönünden müdafinin yardımından yararlanma hakkını ortadan kaldırarak, savunma hakkını kısıtladığı gözden uzak tutulmamalıdır.

d. Kovuşturma Evresinde Müdafinin İle Temsilin Kısıtlanması

Soruşturma evresinde müdafinin ile görüşme hakkına ilişkin sınırlamalar izah edilirken dile getirildiği üzere, CMK sisteminde aslolan şüpheli veya sanığın, soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında bir ayırım yapılmaksızın, muhakemenin her aşamasında müdafinin hukuki yardımından serbestçe istifade edebilmesidir. Şüpheli veya sanığın kendi özgür iradesiyle seçtiği bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir. Öte yandan, kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheli veya sanığa müdafinin seçebilir.

²⁹ Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, s. 57.

³⁰ Caydırıcı etki hususunda benzer bir yaklaşım Anayasa Mahkemesi'nin tutuklu gazeteciler hakkındaki bireysel başvuru kararları açısından da gündeme gelmiş ve Mahkeme; demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvurucular ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel "caydırıcı etkisi"nin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. AYM Mehmet Hasan Altan Kararı, Başvuru No: 2016/23672, Karar Tarihi: 11.01.2018.

Müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkı kapsamında şüpheli veya sanığı temsil edebilecek müdafinin sayısı bakımından Kanunun orijinal şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, soruşturma evresinde ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. CMK ile soruşturma evresinde şüpheliye birden fazla müdafinin hukuki yardımından istifade edebilme imkânı getirilmiş iken, salt ifade alma işlemine ilişkin olarak bu imkân en fazla üç avukat ile sınırlandırılmıştır. Yoksa ifade alma dışında kalan diğer soruşturma işlemleri yönünden böyle bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu şekildeki bir sınırlandırmanın temelinde de, ifade alma işleminin bloke edilmesi ve gereği gibi icra edilmesinin engellenmesi riskinin bertaraf edilmesi düşüncesi yatmaktadır³¹.

Buna karşın kovuşturma evresine ilişkin olarak ise, Kanun'un orijinal şeklinde müdafinin hukuki yardımından yararlanma kapsamında müdafinin sayısı yönünden bir sınırlama öngörülmemiş iken; OHAL rejimi ile bu konuda da bir kısıtlama rejimi öngörülmüştür. Bu konuda ilk olarak geçici OHAL düzenlemesi olarak 667 sayılı KHK ile Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü halinde devamı süresince yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, ifade alma ve sorgu sırasında veya duruşmada en çok üç avukatın hazır bulunması kabul edilmiştir.

(667 sayılı KHK/Md. 6/1-ğ).

Yine bu konuyu ele alan 676 sayılı KHK ile OHAL rejimi ile getirilen kısıtlama CMK'ya girmiş ve bu kapsamda belirtilen KHK ile CMK md. 149/2'ye "örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir" şeklinde bir cümle eklenmiştir. Görüldüğü üzere, bu düzenleme ile, Kanun'un orijinal şeklinde soruşturma evresinde salt ifade alma işlemine ilişkin olarak öngörülmüş olan en fazla üç avukat sınırlamasının kapsamı, kovuşturma evresinde duruşmalarda geçerli olacak şekilde genişletilmiştir. Bu durumda, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar nedeniyle yargılanan bir sanığın duruşmada en fazla üç avukatla temsil edilebilecek olması nedeniyle, uygulamada özellikle siyasi davalarda çok sayıda müdafinin duruşmada hazır bulunarak savunma yapmasının önünün kapatıldığı ifade edilmektedir.

³¹ Veli Özer Özbek - M. Nihat Kanbur - Koray Doğan - Pınar Bacaksız - İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 257.

Aslında ceza muhakemesi faaliyetinde müdafî sayısına bir sınırlama getirilmesi, karşılaştırmalı hukukta da rastlanan bir uygulamadır. Bu açıdan sözgelimi mehz Alman Kanunu'nda (*StPO*) gerek soruşturma gerekse kovuşturma evreleri için en fazla üç müdafî ile temsil esası benimsenmiştir. Buradaki temel düşünce de, daha fazla sayıda müdafîin işlemlere katılmasının bu işlemlerin usulüne uygun olarak yürütülebileceğini engelleyebileceğidir. Bu itibarla soruşturmada ifade almada olduğu gibi, kovuşturmada duruşma esnasında da salt müdafî sayısının bu şekilde sınırlanmasının “savunma hakkı” yönünden bir sınırlama olarak kabul edilemeyeceği hususuna katılıyoruz³². Ancak kuşkusuz savunma hakkını “silahların eşitliği” ilkesi ışığında bir bütün olarak okumak gerekir ve – müdafî sayısının dışında- OHAL KHK'ları ile getirilen kısıtlamalara ilişkin yukarıda değinilen diğer düzenlemelerin, silahların eşitliği ilkesi ile iddia makamının lehine olarak çatıştıklarını ve gerçek anlamda bir savunma yapmayı güçleştirdikleri gözden uzak tutulmamalıdır.

e. Müdafisiz Duruşmaya Devam Edilebilmesi

CMK sisteminde bir suç isnadı altında şüpheli veya sanığın bir müdafîin soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında bir müdafîin hukuki yardımından yararlanma hakkı vurgulanmış olmasına karşın; müdafiden yararlanma konusunda -kural olarak- bir zorunluluk öngörülmesi değildir. Diğer bir ifadeyle, Kanun'da müdafî yardımından yararlanma kuralı olarak isteğe bağlı kılınmış (*ihtiyari müdafilik*), buna karşın belirli durumlarda şüpheli veya sanığın müdafiden yararlanması mecburiyeti (*zorunlu müdafilik*) getirilmiştir. Buna göre, müdafîi bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi olmaksızın bir müdafî görevlendirilir (CMK md. 150/2). Aynı şekilde, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada da zorunlu müdafilik esasları geçerlidir (CMK md. 150/3)³³.

Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde şüpheli veya sanığın (ister kendisi seçmiş, isterse Baro tarafından atanmış olsun) müdafîinin hazır bulunmadığı hiçbir soruşturma veya kovuşturma işlemi hukuka uygun ve geçerli değildir. Bu şekildeki bir eksiklik, adil yargılanma hakkının ve bu kapsamda yer alan savunma hakkının ihlali olup, kanun yolu bakımından mutlak bozma sebebi oluşturur.

³² Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, 2017, s. 204.

³³ CMK md. 150/3'dek düzenlenen zorunlu müdafilik hali, CMK'nın orijinal şeklinde “üst sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar” için öngörülmesi iken; 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun ile (md. 21) bu geniş uygulama kaldırılmış ve yerine “alt sınırı beş yıldan fazla suç” ölçütü kabul edilerek, zorunlu müdafiliğin uygulama alanı daraltılmıştır.

Bununla birlikte, yargılamanın aleniliği ilkesinin geçerli olduğu kovuşturma evresinde, özellikle çok sanıklı davalarda zorunlu müdafilik uygulamasının, duruşmaların zamanında tamamlanmasını ve kovuşturma evresinin seri bir biçimde sonlandırılmasını engelleyebilmesi mümkündür. Bu konuda aslında Kanun'da net bir düzenleme yapılmış ve CMK md. 206 uyarınca ortaya konulan delillerin, CMK md. 216'daki usule uyularak tartışılması esası benimsenmiştir. Bu şekilde mahkeme ortaya konulan delilleri ve bu delillere ilişkin tartışmaları dikkate alıp değerlendirmek suretiyle delilleri takdir eder ve kararını verir. Karardan önce son söz sanığa aittir (CMK md. 216/3) ve suçun niteliğinin değişmesi halinde de ek savunma hazır bulunmayan sanık yerine müdafii tarafından yapılır (CMK md. 226/4). Ancak bu düzenlemelere karşın uygulamada çok sanıklı davalarda delillerin ortaya konulması ve tartışılması safhalarının tek duruşmada veya sıralı birkaç celsede bitmemesi ve zorunlu müdafilik kapsamına giren suçlamalarda sanık yanında sürekli olarak müdafinin bulunması gerekliliği nedeniyle sorun yaşandığı görülmektedir. Bu durumda sanık sayısının fazla olduğu davalarda, esas hakkında savunması müdafii tarafından yapılan sanığın müdafinin devam eden celse veya celseler ile karar celsesine katılmaması nedeniyle, zaten uzun süren yargılamaların haddinden de uzun sürdüğüne ilişkin eleştiriler gündeme gelmektedir³⁴.

CMK sistemine ilişkin OHAL öncesinde de gündeme gelen eleştiriler ile paralel olarak, duruşmada hazır bulunacak kişileri düzenleyen CMK md. 188/1'de yer alan "Kanun'un zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde müdafinin hazır bulunması şarttır" ifadesinin hemen sonrasına 676 sayılı KHK'nın 5. maddesi ile "*Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir*" cümlesi eklenmiştir. Bu düzenleme ile özellikle sanık müdafilerin mahkeme heyetini ve yargılamayı protesto ederek duruşmayı terk etmeleri ve bu şekilde yargılamaların gereğinden fazla uzamasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Aynı konuda 696 sayılı KHK ile getirilen son düzenleme ile ise, CMK md. 188/1'e 676 sayılı KHK ile eklenen cümlede yer alan "*mazeretsiz olarak*" ifadesinden sonra "*duruşmaya gelmemesi veya*" ifadesi eklenmiştir. Böylece müdafinin sadece mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi halinde değil; ancak aynı zamanda duruşmaya gelmemesi

³⁴ Bu eleştirilere karşı, öğretilerde OHAL süreci öncesinde de, zorunlu müdafii veya isteğine bağlı olarak tayin edilen avukatı tarafından sanığın esas hakkında savunması yapıldıktan sonra, avukatın katılmadığı celseler yönünden yargılamanın devam edip tamamlanacağına ve bu nedenle duruşma erteleme yoluna gidilmeyeceğine dair bir hüküm eklenmesinin önerildiği tespit edilebilir. Ersan Şen, "*Zorunlu Müdafilik ve Yargılama Sürati*", 24.10.2014, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1213788-zorunlu-mudafilik-ve-yargilama-surati>

durumunda da duruşmaya devam edilebilmesine olanak yaratılmıştır. Bununla birlikte, Kanunda zorunlu müdafiliğin kabul edildiği durumlar ve Kanunu'nun genel amacı göz önüne alındığında zorunlu müdafî olmadan duruşmaya devam edilmesi ve hatta zorunlu müdafî bulunmasa dahi hükmün açıklanabilmesi (CMK m. 216/3'e eklenen 15/8/2017 tarih ve 694 sayılı KHK'nın 148 maddesi) adaletin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyici niteliktedir. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz gibi sanığın müdafî yardımından yararlanması gerek AİHS gerekse Anayasa hükümleri uyarınca oldukça önemli bir haktır. Bu hakkın sınırlandırılması veya bazı durumlarda kaldırılması kabul edilebilse de, zorunlu müdafîlik durumunun kabul edildiği durumlar göz önüne alındığında (5 yıl ve üzere hapis cezası, akıl hastalığı, 18 yaşından küçük olması vs.) sanığın müdafî yardımına en çok ihtiyaç duyduğu anda ondan yararlanamamasının olumsuz sonuçlarına katlanmaması gerekmektedir. 676 sayılı KHK ile eklenen daha sonra da kanunlaşan³⁵ düzenlemede “duruşmaya devam edilebilir” ifadesine yer verilmesi, mutlaka duruşmaya devam edileceği şekilde yorumlanamayacağı gibi hâkimin bu konudaki takdir yetkisini davanın durumu ve sanığın özelliklerini de göz önüne alarak kullanması gerekmektedir³⁶.

3. OHAL KHK'larında Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenleme Rejimi

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesi hukukunda delil elde etmeye yönelik bir araç olarak gerekli görüldüğü takdirde yargılama makamları tarafından başvurulabilen ve bir temel hak veya özgürlüğü sınırlamaları itibarıyla ancak geçici olarak uygulanabilen tedbirlerdir. Adil yargılanmanın temel gereklerinden birisi, muhakemenin mümkün olan en kısa zamanda sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilmesinin sağlanmasıdır. Bu bağlamda, ceza muhakemesi esnasında gerek yakalama ve gözaltına alma, tutuklama, arama, elkoyma gibi klasik koruma tedbirleri ve gerekse gizli soruşturma tedbirleri olarak isimlendirilen CMK md. 135-140'da düzenlenen diğer koruma tedbirleri, bu amacı sağlamaya yönelik en önemli araçlar olarak ortaya çıkar. Ayrıca bu araçlar, sadece delil elde etmeye yönelmemekte aynı zamanda elde edilen delili muhafaza etmeyi ve hükmün sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi amacını da ihtiva etmektedir. Bununla birlikte, tüm koruma tedbirlerinin ortak

³⁵ Söz konusu hüküm 01.02.2018 tarihli 7070 sayılı Kanunla aynen kabul edilmiştir.

³⁶ Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de; zorunlu avukat tayininin (dava sonucunun sanık için ağır ve önemli olması, cezanın cinsi ve miktarı, dava konusunun karmaşıklığı) için özellikleri göz önünde tutularak Mahkemenin takdirinde olduğunu ifade etmiştir. K. W. vs. İsviçre, Başvuru No: 9022/80, Karar Tarihi: 13.07.1983. Karar ve açıklamalar için bkz. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 304.

özelliği ve bizim konumuzu da en çok ilgilendiren kısmı ise temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşımalıdır³⁷.

Koruma tedbirleri ile temel hak ve özgürlüklere yönelen müdahalenin haklı görülebmesinin temel koşulu, bu tedbirler yönünden gecikmede tehlike, haklı görünüş ve orantılılık şeklindeki ön koşulların gerçekleşmiş olmasıdır³⁸. Bununla birlikte, OHAL sürecinde koruma tedbirlerine ilişkin olarak, bu tedbirlerin ihtiva etmesi gereken bu ön koşullar yönünden sorunlu nitelikteki belirli düzenlemelerin yürürlüğe konulduğu tespit edilebilir. Aşağıda, OHAL KHK'ları ile koruma tedbirlerine ilişkin öngörülen bu düzenlemelere kısaca temas edilecektir.

a. Yakalama ve Gözaltına Alma Yönünden

Yakalama bir kişinin hâkim veya mahkeme kararı olmaksızın geçici bir süreyle özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Yakalama tedbirinin uygulanması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına getirilen bir sınırlama niteliği taşıdığı için, bu tedbirin uygulanması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen AİHS md. 5'de düzenlenen kurallara uygun olarak gerçekleştirilmelidir³⁹. AİHS md. 5, kişi özgürlüğünün devlet organları eliyle kısıtlanması halinde uygulanır ve bu kapsamda gerçekleştirilen yakalama işleminin, AİHS md. 5/1'de belirlenen sınırlama ölçütlerine uygun bir biçimde hayata geçirilmiş olması gerekir⁴⁰.

³⁷ Bundan dolayı, koruma tedbiri kavramı yerine Alman hukukunda "temel hak müdahaleleri" kavramı kullanılmaktadır. Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 329; Ayrıca koruma tedbirlerinin insan hak ve hürriyetlerine önemli sınırlamalar getirdiği için, sadece kanunlarda değil, milletlerarası metinlerde ve anayasalarda da düzenlenmiştir. Ahmet Gökçen - Murat Balcı - Mehmet Emin Alşahin - Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku - II*, Ankara, 2017, s. 3. Koruma tedbirleri kavramına ilişkin tartışmalar için bkz. Kunter - Yenisey - Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 833 vd.

³⁸ Ön koşullar hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 261 - 262, Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 330, Gökçen - Balcı - Alşahin - Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku - II*, s. 4 vd., Kunter - Yenisey - Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 837.

³⁹ AİHS md. 5'in asıl amacı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının keyfi olarak sınırlandırılmasını önlemektir. Keza maddede kişi özgürlüğü ile birlikte güvenliği hakkına da yer verilmesi, özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahaleleri önleme amacı taşımaktadır. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 221.

⁴⁰ Bu bakımdan, AİHS md. 5 bir bütün olarak incelendiğinde; kişi özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların hukuki bir güvenceye bağlandığı, diğer bir ifadeyle yakalama, tutuklama, gözaltına alma ve bir yere kapatma gibi işlemlerin hukuki meşruluğunun bulunması gerektiği; kişi özgürlüğü kısıtlama nedenlerinin sınırlı sayıda sayıldığı ve özgürlüğünden yoksun kılınan bireylere birtakim haklar tanındığı görülmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 223 vd. AİHM de Guzzardi - İtalya davasında, Sözleşme'nin 5. madde 1. fıkrası (madde 5-1) uyarınca, "özgürlük hakkı"nın kişinin fiziksel özgürlüğü anlamına geldiğine işaret etmiş; bu hükmün amacı, hiç kimsenin keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmemesini temin etmek olduğunun altını çizmiştir. Guzzardi vs. İtalya, Başvuru No: 7367/76, Karar Tarihi: 06.11.2018, karar için bkz. <http://www.refworld.org/cases,ECHR,502d42952.html> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı aynı zamanda 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde düzenlenmiş ve bu hakkın kısıtlanabilmesine imkân veren sınırlama ölçütleri ise aynı maddenin 2. fıkrasında belirlenmiştir. Bu kapsamda, gerek AİHS md. 5 gerekse AY md. 19 ile belirlenen esaslar yakalamanın yanı sıra, gözaltına alma ve tutuklama gibi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanması neticesini ortaya çıkaran diğer koruma tedbirleri yönünden de uygulama alanı bulur. Şu halde kişi, yakalanma -veya başkaca bir biçimde devlet organlarınca kişi özgürlüğünden yoksun bırakılma- anından itibaren AİHS md. 5 ve AY md. 19'dan doğan hakların süjesi haline dönüşür.

Yakalama, esas olarak “önleme yakalaması” ve “adli yakalama” şeklinde iki şekilde ortaya çıkabilir⁴¹. Önleme yakalaması, bir suçun işlenmesinden önceki süreçte kamu güvenliğinin ve düzeninin sağlanması ve korunması maksadıyla başvurulmuş idari bir tedbirdir⁴². Önleme aramasına ilişkin temel esaslar ise Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PSVK)'nın 13. ve 4/A maddeleri ile belirlenmiştir⁴³. İnceleme konumuz yönünden önem taşıyan yakalama şekli ise CMK'da düzenlenmiş olan “adli yakalama”dır. Adli yakalama da, CMK'da kendi içinde ikiye ayrılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bunlardan ilki “vatandaş yakalaması” olarak bilinen herkes tarafından yapılabilen yakalama şeklindedir. Buna göre, bir kişiye suç işlerken rastlanması, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunması hallerinde herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir (CMK md. 90/1-a). Adli yakalamanın diğer şekli ise, yakalama işleminin kolluk tarafından gerçekleştirilmesidir. Buradaki kolluk teriminden, adli kolluk görevini ifa eden bütün kolluk birimleri anlaşılmalıdır⁴⁴. CMK'da kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen yakalamada; yakalama emrine dayanan (*müzekkereli*) yakalama ve yakalama emrine dayanmayan (*müzekkeresiz*) yakalama, şeklinde iki şekilde düzenlenmiştir.

⁴¹ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 333.

⁴² Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 354; Yener Ünver - Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, 2017, s. 312.

⁴³ PSVK md. 13'de bu haller şu şekilde belirtilmiştir: “...C) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri, D) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları, E) Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri, F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslah için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, G) Haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri, H) (Ek: 27/3/2015-6638/2 md.) Başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri, eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.”

⁴⁴ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 285.

Yakalama emrine dayanan yakalamanın gerçekleşebilmesi için gerekli koşullar Kanun'da açık biçimde gösterilmiştir. Buna göre, 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. Yine, yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilir. Nihayet kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine **hâkim veya mahkeme tarafından** düzenlenir⁴⁵.

Yakalama emrine dayanmayan (müzekkeresiz) yakalamaya ise Kanun'da ancak tutuklama kararı verilmesini veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığı halinde başvurulabilir. Ancak bunun için söz gelimi, kolluğun sıcak takip sonrası yakalama yapması örneğinde olduğu gibi Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağının bulunmaması gerekir⁴⁶.

Ana hatlarıyla ortaya konulan CMK'nın yakalama sistematığı, aslında diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi yakalamada da yargısal denetimin esas olduğunu ve Cumhuriyet savcısı ile kolluğun bu tedbirlere başvurma noktasında yetkilerinin yedek ve istisnai bir norm şeklinde düzenlendiğini göstermektedir⁴⁷. Bununla birlikte, OHAL sürecinde özellikle 668 sayılı KHK ile, TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar, TMK kapsamındaki suçlar ile toplu işlenen suçlar yönünden, soruşturmanın yürütülmesine ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının ve kolluğun yetkilerinin genişletildiği; soruşturma evresinde başvuru koruma tedbirlerine ilişkin olarak ise yargısal denetimin zayıflatıldığı ve işlevsizleştirildiği tespit edilebilir⁴⁸.

⁴⁵ Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 315.

⁴⁶ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 338 - 339.

⁴⁷ AİHS m. 5 açısından "yakalama" terimi -ulusal hukuktaki anlamları ne olursa olsun- Sözleşmede, temelde kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir. AİHM, 5. maddede yer alan yargı gözetimi teminatı şartını kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Bunun aksi bir yaklaşım Sözleşmenin ihlali anlamına gelir. Temel şart, çeşitli süreçlerin ne şekilde adlandırıldığı değil, bu süreçlerde neyin elde edildiği üzerinde durmaktır. Monica Macovei, *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları No: 5, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozgurluk_guvenlik.pdf (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

⁴⁸ *Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, s. 58.

Bu kapsamda, yakalama tedbirine ilişkin olarak 668 Sayılı KHK ile, yukarıda belirtilen suçlar yönünden, olağanüstü halin devamı süresince ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı tarafından da yakalama emri düzenlenebilmesi imkânı getirilmiştir. Bu şekilde, yukarıda değinildiği üzere olağan dönemde yalnızca Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından düzenlenebilen yakalama emri -salt gecikmesinde sakınca bulunan hallere özgü de olsa- yargısal denetim dışına çıkartılmış ve üstelik diğer bazı koruma tedbirlerinde olduğu gibi, Cumhuriyet savcısının aldığı bu kararın sonradan hâkim denetimine tabi tutulması da öngörülmemiştir⁴⁹.

Yakalamanın fiili sonucunu oluşturan gözaltı tedbiri açısından ise, OHAL sürecinin özellikle gözaltı sürelerine ilişkin olarak çok daha karmaşık bir kısıtlama rejimini hayata geçirdiği ifade edilebilir. Öncelikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinde yakalanan kişinin, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebileceği (CMK md. 91/1) düzenlenmektedir. Gözaltı kararı, Cumhuriyet savcısı tarafından verilir ancak bu gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin⁵⁰ varlığına bağlıdır (CMK md. 91/2).

Olağan dönemde gözaltı süresine ilişkin olarak Kanun, bireysel suçlar ile toplu işlenen suçlar şeklinde ikili bir ayırımı benimsemiştir. Bireysel suçlarda gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç,

⁴⁹ AİHM de Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan hak açısından, defalarca terör suçlarının soruşturulmasının yetkilileri özel sorunlarla karşı karşıya bıraktığını kabul etmiştir. Ancak bu durum, soruşturma makamlarının terör unsuru içerdiğini iddia ettikleri her olayda, Sözleşme'nin 5. maddesinin kendilerine, ulusal mahkemelerin ve son aşamada Sözleşme'nin denetim organlarının etkili denetiminden muaf bir şekilde, şüphelileri gözaltına almaları ve sorgulamaları için açık çek verdiği anlamına gelmemektedir. Dağ ve Yaşar vs. Türkiye, Başvuru No: 4080/02, Karar Tarihi: 08.11.2015, karar için bkz. Doğru - Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt, s. 491.

⁵⁰ Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen özgürlükten mahrum bırakma hallerinden biri olan kişinin suç işlediğine ilişkin makul bir şüphe olması şartını; şüphelenilen kişi ile söz konusu suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişki şeklinde anlamak gerekmektedir. Bu bakımdan bir kişinin bir suç işlemede bir gösterge olarak ne kadar güvenilir olursa olsun duygu, içgüdü, varsayım ya da (etnik, dinî ya da diğer) önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyet gerçekleştirilemez. Macovei, *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, s. 45. Keza AİHM'e göre makul şüphenin varlığı, elde edilen deliller ve somut olayın kendine özgü koşulları da dikkate alındığında olaylara dışarıdan bakan, tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olmalıdır. Toplanan deliller, objektif bir gözlemciye sunulduğunda şüpheli ya da sanığın atılı suçu işlemiş olabileceği yönünde gözlemcide kanaat oluşturmaya yeterli ise somut olayda makul şüphe vardır. Diğer bir ifade ile inandırıcı neden ya da makul şüphe, suçlanan kişinin üzerine atılı suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu veya bilginin varlığını gerektirmektedir. Fox, Campbell ve Hartley vs. Birleşik Krallık, Başvuru No: 12244/86-12245/86-12383/86, Karar Tarihi: 30.08.1990; O'Hara vs. Birleşik Krallık, Başvuru No: 37555/97, Karar Tarihi: 16.10.2001, ayrıca bkz. Selahattin Demirtaş Başvurusu, Başvuru No: 2016/25189, Karar Tarihi: 21.12.2017. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 232.

yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz. (CMK md. 91/1). Toplu işlenen suçlarda ise, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, **her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle** uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Şu halde, bireysel suçlarda da gözaltı süresi **en fazla dört gün** olabilir. CMK’da gözaltı sürelerine ilişkin benimsenmiş olan bu rejimin, AİHM içtihatları ile uyumlu olduğu ifade edilmelidir⁵¹. Ancak bu rejimden bir sapma örneği olarak, OHAL öncesi süreçte 2015 yılında kamuoyunda “İç Güvenlik Paketi” olarak bilinen 6638 sayılı Kanun ile CMK md. 91’e eklenen 4. fıkra ile, toplumsal şiddet olayları için yaratılmış olan özel “yakalama ve gözaltı” düzenlemesine de değinmek gerekir. 6638 sayılı Kanun ile getirilen CMK md. 91/4 ve PVSK 4/A maddeleri düzenlemeleri ile, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde “mülki amirlerce görevlendirilecek kolluk amirleri” kavramı mevzuata dâhil edilmiştir. Özel yetkiler ile donatılan bu kolluk amirine belirli koşulların varlığı halinde gözaltı kararı verebilme kudreti bahşedilmiştir. Buna göre; bahse konu kolluk amirine suçüstü halleriyle sınırlı olmak üzere, kanuna eklenen katalog suçlardan birinin işlenmesi durumunda **yirmi dört saate kadar**; şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda ise **kırk sekiz saate kadar** gözaltına alma kararı verebilme yetkisi tanınmıştır.

OHAL sürecinde ise gözaltı sürelerine ilişkin olarak ilk etapta geçici OHAL düzenlemesi olarak 668 sayılı KHK (md. 3/1-a) ile bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, TCK’nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar, TMK kapsamındaki suçlar ile toplu işlenen suçlar yönünden, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli hakkındaki gözaltı süresi, azami olarak **otuz gün** olarak belirlenmiştir⁵². 668 sayılı KHK ile getirilen bu düzenleme, Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun⁵³ (md. 6/1) ile yasalaşmıştır.

Ancak sonrasındaki süreçte 684 sayılı KHK ile gözaltı süreleri yeniden ele alınmıştır.

⁵¹ AİHM 1988 tarihli Brogan v. Birleşik Krallık içtihadından itibaren yerleşmiş olarak, toplumu bütün olarak teröriste karşı korumak amacıyla dahi olsa, yargı denetimi olmaksızın gözaltı süresinin 4 gün 6 saati geçemeyeceğini vurgulamıştır. (Brogan ve diğerleri vs. Birleşik Krallık, Başvuru No: 11209/84, Karar Tarihi: 29.11.1988).

⁵² Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 265.

⁵³ Resmi Gazete, T: 29.10.2016, Sy: 29872.

Bu KHK ile belirtilen kanunda değişikliğe gidilerek, bahsi geçen suçlar bakımından gözaltı süresi azami **7 gün** olarak düzenlenmiştir. Buna göre, OHAL suçları yönünden gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 7 günü geçemez. Ayrıca Cumhuriyet savcısına, gözaltı süresini **7 gün süreyle uzatma** yetkisi tanınmıştır. Buna göre, Cumhuriyet savcısı delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle gözaltı süresinin 7 gün süreyle uzatılmasına karar verebilecektir. Bu durumda gözaltı süresi **7+7, toplamda 14 günü** aşamayacaktır⁵⁴.

OHAL sürecinde soruşturma evresinde gözaltı sürelerine ilişkin olarak gerek önce 668 sayılı KHK gerekse sonrasında 684 sayılı KHK ile getirilen düzenlemelerin, AİHM'in şüphelinin yargı denetimi olmaksızın gözaltında tutulabileceği azami sürelerle ilişkin olarak *Brogan ve diğerleri v. Birleşik Krallık* içtihadından itibaren benimsediği ilkesel yaklaşım ile uyumlu olmadığı açıktır. Bu itibarla, bu süreçte gözaltına alınarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler açısından hak arama mücadelesinin AİHM'e uzanması durumunda, bu konudaki yerleşmiş AİHM içtihatları çerçevesinde olası yeni "ihlal" kararlarının ortaya çıkması sürpriz olmayacaktır⁵⁵.

⁵⁴ AİHM, Altay Türkiye davasında, başvuru sahibi yargıç huzuruna çıkartılmaksızın ondört gün boyunca gözaltında tutulmuş olduğu için 5. madde 3. fıkrâ hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermiş ve bu kararda "hemen" bir yargıç karşısına çıkartılma hakkından zımnen anlaşılacak amaçlardan birine değinerek sürenin kısa olmasının kötü muameleyi de önlemeyi amaçladığını belirtmiştir. Kararda Mahkeme bu hususu; "yargı denetiminin yalnızca derhal gerçekleştirilmesi halinde, alıkonulan kişilerin özellikle itirafta bulunmaları için maruz (bkz. yukarıda belirtilen Dikme davası kararı, paragraf 66) kalabilecekleri kötü muamele tehlikesi – örneğin Bay Altay tarafından dile getirilen türde –önlenebilir veya böyle bir muamele uygulanıp uygulanmadığı tespit edilebilir" şeklinde ifade etmiştir. Altay vs. Türkiye, Başvuru No: 22279/93, Karar Tarihi: 22.05.2001, karar için bkz. Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003, s. 109. Ayrıca Mahkeme AİHS m. 5/3 kapsamında gözaltı sürelerine uyulmadığı ve derhal bir yargıç karşısına çıkarılmadığı için Türkiye'yi birçok kez mahkûm etmiştir. Söz gelimi; Sakık ve Diğerleri vs. Türkiye, Başvuru No: 87/1996/67/897-902, Karar Tarihi: 26.11.1997; Şarlı vs. Türkiye, Başvuru No. 24490/94, Karar Tarihi: 22.05.2001. Her ne kadar AİHS m. 5/3 açısından hâkim karşısına çıkarılma için öngörülen "derhal" ibaresi somut olayın şartları da dikkate alınarak 4 gün olarak belirtilmiş ise de, AİHS'nin 15. maddesiyle bu yükümlülüğün istisnasına gidilebilme imkanı mevcuttur. Ancak bu durumda dahi Mahkemenin geçmiş uygulamaları göz önüne alındığında Türkiye'nin yine mahkumiyetlerle karşılaşması oldukça olasıdır. Keza Aksoy davasında; savunma olarak Türkiye 14 günlük gözaltı süresini olağanüstü bir durumda 15. maddenin uygulaması olarak ileri sürmesine rağmen. AİHM, ilk şart olan olağanüstü halin ve dolayısıyla bu bölgedeki terörün ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike olduğunu kabullenmekle birlikte, bu olay açısından 14 günlük gözaltının olağanüstü halin öngördüğü zorunlu bir uygulama olmadığı kanaatine vararak, derhal hakim önüne çıkarılma ilkesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Aksoy vs. Türkiye, Başvuru No: 100/1995/606/694, Karar Tarihi: 18.12.1996, kararın değerlendirilmesi için bkz. Cengiz Başak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 51, Sa. 4, 2002, s. 64. Ayrıca bkz. Ahmet Mumcu - Elif Küzeci, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Editörler Ayşe Tülin Yürük - Kıymet Selvi), 2. Baskı, Eskişehir, 2005, 234 vd.

⁵⁵ Keza AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesi açısından Demir ve Diğerleri vs. Türkiye davasında; "Mahkeme'nin kanaatine göre, söz konusu gözaltı tedbirinin iç hukuka uygun olması – ki zaten bu tedbirin hukukiliği sorgulanmamaktadır (bkz. yukarıdaki 22. paragraf) – tek başına, Sözleşme'nin 15. Maddesi uyarınca 5. Madde 3. fıkrayı askıya alan tedbirleri haklı kılmaz. Davalı Devlet'in yürütülmesi gereken polis soruşturmasının "detaylı" ve "titizlik" gerektiren özellikte olduğu şeklindeki beyanlarında, mevcut davanın fiili şartlarıyla ilgili

b. Arama Tedbiri Yönünden

Arama, şüpheli veya sanığın, delillerin elde edilmesi ya da müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen ve gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik bir araştırma faaliyetidir⁵⁶. Arama esas itibarıyla, önleme araması ve adli arama şeklinde iki başlık altında incelenir. Bunlardan önleme araması, suçun işlenmesinden önce ve işlenmesini önlemeye yönelik idari bir tedbir olarak PYSK md. 9'da düzenlendiği için, inceleme konumuz dışında kalmaktadır. İnceleme konumuzu oluşturan adli arama ise CMK md. 116-122'de, bir suçun işlendiği şüphesi üzerine başlatılan ceza soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde başvuru bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁵⁷.

CMK'nın genel sistematigi çerçevesinde soruşturma evresinde temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getiren koruma tedbirlerine başvuru noktasında yetkili merci, işlemin yapılacağı yerdeki sulh ceza hâkimidir. Sulh ceza hâkimi koruma tedbirlerinin ve bu bağlamda arama tedbirinin uygulanması konusunda (zorunlu savcılık istisnası dışında) re'sen değil; ancak Cumhuriyet savcısının talebi üzerine bir karar oluşturabilir. Kovuşturma evresinde ise, arama kararı verme yetkisi, işin esasına bakmakta olan görevli ve yetkili mahkemeye aittir.

tam olarak hangi sebeplerle başvuru sahiplerinin alıkonulmalarının yargı denetimine tabi olmasının soruşturmanın sürdürülmesine zarar verebileceği şeklindeki asıl soru cevaplandırılmamıştır. Kişilerin bu denli uzun süre poliste gözaltında tutulmuş olduğu durumlarda, genel olarak terörün yol açtığı güçlükler ve soruşturmaya dahil olan şüphelilerin sayısını ileri sürmek yeterli bir gerekçe teşkil etmez.” gerekçesiyle gözaltı süreleri açısından terörün yol açtığı güçlüklerin ve şüpheli sayısının süre açısından bahane teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Demir ve Diğerleri vs. Türkiye, Başvuru No: 21380/93, 21381/93 ve 21383/93, Karar Tarihi: 23.09.1998, kararın değerlendirilmesi için bkz. Duterte, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, s. 109.

⁵⁶ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 422. Bununla birlikte, terörle mücadele mevzuatı uyarınca suç isnadı olmaksızın başvuru on üç gün gözaltında tutma olayında Mahkeme, yargılamalarda adillik ilkesine aykırı bir unsurun yer almadığı, yakın terör saldırısı tehlikesinin, gözaltı süresinin uzatılması iznine ilişkin yargılamaların çekişmeli niteliğine, ulusal güvenlik gerekçelerinden ötürü birtakım kısıtlamalar getirilmesi için yeterli gerekçe teşkil ettiği ve ilgili mevzuatta, gözaltı süresinin uzatılmasına dair izinlere ilişkin yargılamaları düzenleyen usul kuralları açık ve ayrıntılı bir şekilde belirtilmiş olup, adli nitelikli yargılamalar esnasında söz konusu kurallara uyulduğu gerekçeleriyle ihlal kararı vermemiştir. Sher ve Diğerleri vs. Birleşik Krallık, No: 5201/11, Karar Tarihi: 20.10.2015, karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 189 sayılı Bilgi Notu - Ekim 2015, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_10_189_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

⁵⁷ AİHM içtihadına göre, Sözleşmeciler Devletler bazı suçlar için maddi delil toplamak amacıyla arama yapma gibi tedbirlerin gerekli olduğuna karar verebilir. AİHM, böyle durumlarda, müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin alaka ve yeterliliği ile orantılılık ilkesine uygunluğunu denetlemektedir. Funke vs. Fransa, No: 10828/84, Karar Tarihi: 25.02.1993; ayrıca bkz. Miaillhe vs. Fransa, Başvuru No: 12661/87, Karar Tarihi: 25.02.1993.

OHAL sürecinde ise geçici OHAL düzenlemesi olan 668 sayılı KHK ile, CMK'nın bu genel sistematiğinden ayrılmış ve işlemin yapılacağı yerdeki mercinin yanı sıra, soruşturmayı yürüten yerdeki mercie de tedbire başvurma yetkisi tanınmıştır. Buna göre, yürütülen soruşturmalarda Cumhuriyet savcısı bir soruşturma işlemine ve bu bağlamda arama tedbirinin uygulanmasına gerek görmesi halinde soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza hâkiminden de karar vermesini isteyebilir (668 sayılı KHK md. 3/1-n). Bunun yanı sıra, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir (668 sayılı KHK md. 3/1-d).

OHAL sürecinde arama tedbirine ilişkin olarak getirilen diğer bir düzenleme ise, arama işlemi sırasında hazır bulunması gereken arama tanıklarına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. CMK sisteminde, adli arama kararı konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda gerçekleştiriliyorsa, Cumhuriyet savcısının arama işlemi sırasında hazır bulunması gerekir; eğer Cumhuriyet savcısı hazır değilse o yer ihtiyar heyetinden veya komşularından *iki kişi* hazır bulundurulur. Kanun'daki bu açık düzenlemeye rağmen, Yargıtay uygulamasında arama işlemi esnasında arama tanıklarının hazır bulunmamaalarının şekle ilişkin bir kural olduğu ve usulüne uygun olarak alınmış bir arama kararının icrasında sırf bu şekli kuralın ihlal edilmesinin herhangi bir hak kaybına yol açmayacağı; dolayısıyla salt bu gerekçeyle arama işleminin hukuka aykırı olmayacağı ve arama ile ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı delil olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktaydı⁵⁸. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin 2014 yılında arama tanıkları olmadan yapılan arama sonucu elde edilen delillerin "tek ve belirleyici delil" olarak kullanılmaları ile aramanın icrasındaki hukuka aykırılığın yargılamanın bütünü yönünden adil yargılama hakkını ihlal ettiğine karar vermesi üzerine, Yargıtay içtihatlarının da dönüşüme uğradığı ve bahse konu AYM içtihadından sonar ortaya çıkan Yargıtay kararlarında, arama tanığı bulunmadan yapılan arama işleminin ve bu işlem sonucu elde edilecek delillerin hukuka aykırılığının kabul

⁵⁸ YCGK, E. 2011/8-278, K. 2012/96, T. 13.03.2012 (Kazancı Bilgi Bankası); "*Dava ruhsatsız silah bulundurma suçuna ilişkindir. Her şekilde aykırılığın ayın zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, "Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir aramada, CYY'nun 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak alınmaması kabul edilemez."* YCGK E. 2011/8-278, K. 2012/96, T. 13.3.2012 (Kazancı Bilgi Bankası).

edildiği görülmektedir⁵⁹.

OHAL sürecinde arama tanıklarına ilişkin olarak da bir değişikliğe gidilmiş ve konutta, işyerinde ve kapalı alanlarda arama yapılabilmesi için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan *bir kişinin* hazır bulunması yeterli sayılmıştır (668 sayılı KHK md. 3/1-e)⁶⁰.

Bunun dışında, yine 668 sayılı KHK ile CMK'nın orijinal şeklinde askeri mahallerde arama işleminin gerçekleştirilebilmesi için Cumhuriyet savcısının hazır bulunması gerekliliğine ilişkin kural (CMK md. 119/5) değiştirilerek, askeri mahallerde hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcının emriyle, *Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın*, kolluk tarafından arama işleminin yapılabilmesi imkânı getirilmiştir (668 sayılı KHK md. 3/1-f).

OHAL sürecinde arama tedbirine ilişki getirilen diğer bir değişiklik ise arama işleminde belge inceleme yasağı ve bu yasağın istisnasına ilişkindir. CMK sisteminde, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge ve kâğıtlarını inceleme yetkisi kural olarak Cumhuriyet savcısına ve hâkime verilmiştir (CMK md. 122/1). Diğer bir ifadeyle, kolluğa belge inceleme yetkisi tanınmamıştır. Buradan hareketle, aramada ele geçen belge ve kâğıtların zilyedinin veya temsilcisi ya da müdafî veya vekilinin, kapalı bir zarfa konulan eşyayı kendi mührünü de koyarak veya imzasını atarak güvenceye aldıktan sonra, incelemenin Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından yapıldığı sırada hazır bulunması esası getirilmiştir (CMK md. 122/2). Böylelikle bu kişilerin belgelerde değişiklik yapılmadığını görmeleri ve belge güvenliğinin tesis edilmesi istenmiştir. Bununla birlikte, OHAL sürecinde ise 668 KHK ile hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge ve kâğıtlarının *adli kolluk görevlileri* tarafından da incelenebilmesi imkânı getirilmiştir (668 sayılı KHK md. 3/1-g)⁶¹.

⁵⁹ YCGK, T: 28.04.2015 E: 2013/464 - K: 2015/ 132. Arama tanıklarına ilişkin AYM kararı öncesi ve sonrasında Yargıtay içtihatlarında dönüşüme ilişkin olarak bkz. Fahri Gökçen Taner, Yaprak Öntan, “*CMK'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2016, Sy: 4, s. 2445 vd.

⁶⁰ Arama tanıklarının bulunması zorunluluğuna ilişkin hüküm, hem kolluğun esasen arama yapılan yerde bulunmayan bir şeyin aramada bulunduğuna ilişkin iddialarının bulunması örneğinde olduğu gibi aramaya maruz kalanların menfaatlerinin korunması hem de aramaya maruz kalanlar tarafından kolluğun arama işlemini hukuka aykırı veya kötü niyetli olarak gerçekleştirdiği iddialarının çürütülmesi yönünden faydalı olacaktır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Yeşim Yılmaz, “*Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama*”, TBB Dergisi, Sayı: 124, 2016, s. 284.

⁶¹ Öğretide; aramaya maruz kalan kişinin kâğıtlarını inceleme yetkisi savcı ve hâkime ait olduğu ve yasanın düzenlemesinin amacının da zilyedin gizli alanının ve sırlarının koruma gayesi olduğu, bundan dolayı kolluğun soruşturma bakımından dahi önemsiz olanları ayıklamak amacıyla dahi kâğıtları incelemesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 419. İlgili OHAL düzenlemesi ile bu inceleme yetkisinin kolluğa da verilmesi ve gecikmesinde sakınca bulunma şartının dahi aranmaması

Bu düzenleme sonrasında, OHAL döneminde belirtilen güvencelerden yoksun kalacak şekilde elde edilmiş olan tüm bu belgelerin, OHAL sonrası dönemde gerçekleşecek olan duruşmalarda hukuken geçerli birer delil olup olmadıklarının kaçınılmaz olarak sorgulanacağı kolaylıkla öngörülebilir.

OHAL sürecinde arama tedbiri kapsamında, avukat bürolarında yapılan arama işleminin kurallarına ilişkin getirilen değişiklikler de dikkat çekicidir. Avukatlık mesleğinin gereği gibi ifade edilebilmesi yönünden, avukatın üstlenmiş olduğu gerek hukuk gerekse ceza davalarında müvekkili ile olan ilişkisinin mahremiyeti ve bu bağlamda sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde müvekkilin sırlarının korunabilmesi özel bir önem taşır⁶². Kanun koyucu bu durumu gözetmek suretiyle, olağan durumlarda avukat-müvekkil mahremiyetini korumak üzere, avukat bürolarında yapılan arama işlemlerine ilişkin özel bir hüküm sevk etme ihtiyacı hissetmiştir. Buna göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur (CMK md. 130/1). Yine Kanun'da avukat bürosunda yapılan arama sonucu el konulmasına karar verilen eşya (veya posta) hakkında, avukatın meslek sırrı itirazında bulunarak karşı koyması durumunda, bu itiraza ilişkin olarak bir hâkim denetimi yapılması şeklinde bir güvence öngörülmüştür (CMK md. 130/2-3). 668 sayılı KHK ile ise bu güvencelerde önemli değişikliklere gidilmiştir. Buna göre, OHAL döneminde, avukat bürolarında hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur ancak CMK md. 130/2 ve 3 hükümleri uygulanmaz (668 sayılı KHK md. 3/1-i). Şu hâlde bu düzenleme ile artık avukatın bürosunda yapılan arama sonucu el konulmasına karar verilen eşya veya postaya ilişkin olarak, bunların avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu şeklindeki “meslek sırrı” itirazı işlevsizleştirilmiş ve bu itiraza ilişkin hâkim denetimi tümüyle devre dışı bırakılmıştır. Diğer bir ifadeyle, 668

Anayasa'da ve diğer uluslararası metinlerde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı açısından ciddi sakıncalar içermektedir.

⁶² AİHM, R.E. vs. Birleşik Krallık kararında, avukat ile müvekkil arasındaki gizliliği Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirmiş ve söz konusu kararda; hukuki görüşmelerin denetlenmesinin, oldukça yüksek derecede ihlal teşkil ettiğini, avukatı ile müvekkili arasında geçen telefon görüşmelerinin dinlenmesine benzer bir durum oluşturacağını ve Sözleşme'nin 8. maddesinin; avukatların, yaptıkları görüşmelerin gizli kalmasını temin edememeleri halinde müvekkillerini savunamayacakları için avukatları ve müvekkilleri arasındaki görüşmelere “artırılmış koruma” sağlayacağını belirtmiştir. R.E. vs. Birleşik Krallık, Başvuru No: 62498/11, Karar Tarihi: 27.10.2015, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 189 sayılı Bilgi Notu - Ekim 2015.

sayılı KHK ile avukat - müvekkil ilişkisinin mahremiyetini korumaya yönelik güvence ortadan kaldırılmış ve avukatın bu konudaki itirazına rağmen söz konu eşya veya postaya el konulması ve bunların hiçbir yargısal denetim olmaksızın doğrudan kolluk görevlileri tarafından incelenebilmesi mümkün hale getirilmiştir⁶³.

c. Elkoyma Tedbiri Yönünden

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılabilir veya müsadereye tabi olan eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın, soruşturma veya kovuşturma makamlarının uhdesine alınarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılması şeklinde bir koruma tedbiridir.

Elkoyma tedbiri, basit ve özel elkoyma şeklinde iki başlık altında incelenebilir. Bu başlık altında basit elkoymaya ilişkin OHAL sürecindeki değişiklikler işlenecek; özel elkoyma halleri olan taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma ile, bilgisayarlarda elkoyma gibi özel koşulları gerektiren elkoyma hallerine ilişkin değişiklikler ise ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

CMK sisteminde elkoyma tedbirine ilişkin benimsenen düzenleme rejimine yönelik OHAL sürecindeki ilk değişiklik, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler nezdinde bulunan delillere el konulmasına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. CMK sisteminde hukuka aykırı deliller konusunda CMK md. 206 ve 217’de ifadesini bulan “mutlak red yaklaşımı” benimsendiği için, Kanun’da öngörülen usule aykırı şekilde elde edilen tüm deliller yönünden mutlak delil yasakları öngörülmüştür. Bu kapsamda, CMK md. 45 ve 46 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkının ihlali suretiyle elde edilen deliller de birer hukuka aykırı delil olarak kabul edilir ve inceleme konumuz olan elkoyma tedbiri yönünden de şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde buldukça el konulamaz (CMK md. 126). OHAL sürecinde 668 sayılı KHK ile bu kural tümüyle bertaraf edilmiş ve şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulunsa bile

⁶³ Bu hususta oldukça güncel bir kararda AİHM, avukatın ofisinin hakim kararı ve baro temsilcisi olmadan aranması, telefonunun incelenmesi, bilgisayarına el konulması, kanunun aradığı şartlar yerine getirilmediği için özel hayata saygı hakkı ihlali kapsamında değerlendirilmiştir. Özgün Öztunç vs. Türkiye, Başvuru No: 5839/09, Karar Tarihi: 27.03.2018, karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-181854%22%7D> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

el konulabilmesi mümkün hale getirilmiştir (668 sayılı KHK md. 3/1-g)⁶⁴. Yukarıda avukat bürosunda arama işlemine ilişkin açıklamalarımızda olduğu gibi, burada da KHK ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilere yönelik olarak öngörülmüş olan “elkoyma yasağı”nın açıkça çiğnenmiş olması, OHAL sonrasında devam edecek yargılamalarda, OHAL sürecinde bu şekilde elde edilen delillerin “mutlak red yaklaşımı” çerçevesinde hukuka uygunluğunun sorgulanması sonucunu kaçınılmaz şekilde gündeme getirecektir⁶⁵.

OHAL sürecinde, elkoyma tedbirine ilişkin diğer bir değişiklik ise elkoyma kararının veriliş şekliyle bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, CMK sisteminde elkoyma kararı kural olarak hâkim kararı üzerine verilir ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından elkoyma işlemi gerçekleştirilebilir (CMK md. 127/1). Kanun’da diğer belirli koruma tedbirlerinde olduğu gibi, elkoyma tedbirinde de, genel kuralın dışına çıkılarak işlemin hakim dışındaki bir merciin inisiyatifi ile gerçekleştirilmesi gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda, bu işlemin bir hakim denetimine tabi tutulması esası geçerlidir. Buna göre, hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, *yirmidört saat* içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK md. 127/3). OHAL sürecinde, 668 sayılı KHK ile, hâkim kararı olmaksızın yapılan arama işleminin sonradan hâkim denetimine tabi tutulmasına ilişkin sürelerin ölçsüz şekilde artırılması yoluna gidilmiştir. Buna göre, OHAL suçlarında, hakim kararı olmaksızın yapılan arama işlemi *beş gün* içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren *on gün* içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar (668 sayılı KHK md. 3/1-h).

Nihayet, delil olabilecek eşyaya elkoyma konusunda düzenleme getirilen diğer bir alan ise, postada elkoymadır. Kanun’a göre, postadaki gönderilerin suçun delillerini

⁶⁴ Bu bakımdan ilgili düzenleme ilk bakışta ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olan kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması (nemo tenetur se ipsum ac-cusare) ilkesini ihlal etmektedir. Oysa Anayasa da, hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı açık bir biçimde güvence altına alınmıştır. Hukuk devletinin bir sonucu olarak, söz konusu ilkenin hayata geçirilmesi için kanun koyucu maddi gerçeğin araştırılmasında dahi sarfi nazar etmektedir. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 438. Oysa olağanüstü hal süresince Anayasa’da güvence altına alınan temel haklardan bir tanesi açık bir ihlal ile karşı karşıya kalacaktır.

⁶⁵ Savunma hakkının dokunulmazlığı gereği, şüpheli veya sanık ile müdafî arasındaki mektup ve belgelere de el konulamaması gerektiği, bu durumun hem CMK m. 154 hem de CMK m. 126 gereği olduğu öğretide ileri sürülmüştür. Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 442. Olağanüstü hal süresince getirilen düzenleme ise yukarıda da defaatle dile getirdiğimiz ve AİHM’in de altını çizdiği üzere müdafinin sağlıklı bir savunma hazırlayabilmesi için oldukça önemli bir güvence olan avukat-müvekkil gizliliğinin kaldırılması anlamına gelmektedir.

oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir (CMK md. 129/1).

CMK sisteminde postada elkoymaya konu olan eşyayı inceleme yetkisi yalnızca elkoyma kararını veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına tanınmış olup; kolluk görevlilerine postada el konulan eşyayı inceleme yetkisi tanınmamıştır. Kanun'a göre, hâkim kararının veya Cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilir (CMK md. 129/2).

OHAL sürecinde ise, 696 sayılı KHK (md. 94) ile CMK md. 129'un 2. fıkrasından hemen sonrasına eklenen bir 3. fıkra ile, -katalog şeklinde sayılan belirli suçlar yönünden postada el koymaya ilişkin CMK'da belirlenen bu yargısal denetim güvencesi ortadan kaldırılmıştır. Buna göre, elkoyma kararı veya emrinin katalog suçlarla⁶⁶ ilgili olarak verilmesi halinde gönderilerin bulunduğu zarf veya paketler Cumhuriyet savcısının talimatıyla *kolluk memurları tarafından açılabilir*.

ç. Özel El Koyma (Taşınmaz, Hak ve Alacaklara El Koyma) Tedbiri Yönünden

CMK sisteminde, yalnızca maddi varlığa sahip eşya veya kazanç üzerinde söz konusu olabilen basit el koyma tedbirinin kapsamı genişletilerek, CMK md. 128 ile bu tedbirin taşınmazlar, hak ve alacaklar gibi malvarlığı değerleri üzerinde de uygulanabilmesini sağlayan bir "özel el koyma" tedbiri düzenlenmiştir.

⁶⁶ 696 sayılı KHK md. 94 ile CMK md. 129/a eklenen 3. fıkrada sayılan katalog suçlar şunlardır:

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi (madde 174),

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

suçları.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 12 nci ve 13 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

c) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 67 nci ve 68 inci maddelerinde tanımlanan suçlar.

Özel el koymanın konusunu oluşturan taşınmaz, hak ve alacaklar geçmişten itibaren müsadereye konu edilen mal varlığı değerleri olduğu için, CMK md. 128'in uygulama alanı bulunduğu hallerde, yapılan işlemin bir müsadere gibi algılandığı gözlemlenmektedir. Oysa, özel el koymanın hukukî niteliği de, koşulları da, sonuçları da müsadereye farklıdır⁶⁷. Özel el koyma bir tedbirdir ve bu tedbirin uygulandığı hallerde, taşınmaz, hak ve alacakların mülkiyetinin devlete intikal etmesi değil, ancak bunlar üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması söz konusudur. Bu sınırlama mülkiyet hakkını ortadan kaldırmadığı gibi, ancak geçici bir süre için uygulama alanı bulabilecektir.

CMK md. 128 uyarınca taşınmaz, hak ve alacaklara el konulabilmesi için belirli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁸. Buna göre, bu tedbirin uygulanabilmesi için ilk koşul, işlendiği ileri sürülen suçun CMK md. 128/2'de sayılan katalog suçlardan birini oluşturmasıdır. İkinci koşul ise, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve taşınmaz, hak ve alacaklardan oluşan malvarlığı değerlerinin bu suçtan elde edildiğine ilişkin somut delillere dayalı "kuvvetli suç şüphesi"nin varlığıdır. Diğer bir koşul ise, taşınmaz, hak veya alacağın şüpheli veya sanığa ait olmasıdır. Bu noktada, üçüncü kişilerin bu tedbire maruz kalması olasılığına ilişkin olarak ise kanunda "zilyetlik" ekseninde bir düzenleme yapılmıştır⁶⁹. Buna göre, taşınmaz, hak ve alacakların şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması durumunda dahi, el koyma işlemi yapılabilir (CMK md. 128/1). Buna karşın, Kanun'da bahse konu malvarlığı değerlerinin üçüncü bir kişinin mülkiyetinde bulunması halinde nasıl bir uygulama yapılacağına ilişkin bir açıklık bulunmaması eleştiri konusu yapılmaktadır⁷⁰.

Özel el koyma tedbirine karar verilebilmesi için 2014 yılında 6526 sayılı Kanun değişikliği ile, ilgisine göre BDDK, SPK, MASAK, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'ndan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması koşulu öngörülmüştür. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir⁷¹.

⁶⁷ Söz konusu farklar için bkz. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 452.

⁶⁸ Çulha ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, s. 62 vd.; Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 436 vd.; Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 456-457.

⁶⁹ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 456.

⁷⁰ Çulha ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, s. 152.

⁷¹ Çulha ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, s. 64.

Özel el koyma tedbirine karar verilebilmesi için CMK'nın orijinal şeklinde hâkim kararı yeterli iken; 6526 sayılı Kanun değişikliği ile ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile alınan bir kararın varlığı aranmıştı. Ancak 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun⁷² ile yeniden tedbir açısından hâkim kararı öngörülmüştür.

OHAL sürecinde ise, özel el koyma tedbirine ilişkin olarak da belirli değişikliklerin yürürlüğe konulduğu tespit edilebilir. Bu konuda ilk olarak, 668 sayılı KHK ile, tedbire karar verebilmek için ilgisine göre belirli kamu kurumlarından suçtan elde edilen değere göre rapor alınması koşulu ortadan kaldırılmış ve bu rapor olmaksızın da doğrudan özel el koymaya başvurabilme imkânı getirilmiştir⁷³.

Bunun yanı sıra, tedbire başvuracak merci konusunda bir değişiklik getirilmiş ve sonrasında bu tedbirin uygulanmasına karar verme konusunda -CMK'nın orijinal şeklinde olduğu gibi- hâkim kararı yeterli sayılmış ve sulh *ceza hâkimi* yetkili kılınmıştır. Ancak tedbire başvuracak merci yönünden esas önemli husus, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına da özel el koyma tedbirine başvurma yetkisinin tanınmasıdır. Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulacak, hâkim kararını el koymadan itibaren on gün içinde açıklayacak, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkacaktır (668 sayılı KHK, Md. 3/1-ı).

Burada bir çarpıcı değişiklik ise, özel el koyma tedbirine başvurulabilecek suçların düzenlendiği katalog listede yapılmış ve önceden 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile katalog listeden çıkartılan “suç işlemek için örgüt kurma suçu-TCK md. 220”, 2016 yılında 6763 sayılı Kanun ile yeniden katalog listeye eklenmiştir. Aynı Kanun değişikliği ile “Tefecilik suçu-TCK md. 241” de katalog listeye eklenmiş ve daha önemlisi, 668 sayılı KHK ile getirilen “hâkim kararı” ile tedbire başvurabilme yetkisi, kanunlaştırılmıştır.

Nihayet, OHAL sürecinde özel el koyma tedbiri ile ilintili bir diğer düzenleme ise 694 sayılı KHK (Md. 11) ile “Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun”a

⁷² Söz konusu Kanunu'nun genel gerekçesinde; maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını temin etmek amacıyla koruma tedbirlerine başvurularak delillerin toplanması, karartılmasının önlenmesi ve gecikmeksizin en seri şekilde hareket edilebilmesinin sağlanması amacıyla ilgili değişikliğin yapıldığı belirtilmiştir. Kanun tasarısı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0775.pdf> (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

⁷³ Rapor zorunluluğunun kötü uygulama ile mücadele ve temel hak ve özgürlükleri korumak adına getirildiği öğretilde haklı olarak belirtilmiştir. Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 454.

eklenen “EK Madde 2”dir. Bu düzenleme ile, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun işlenmesinde araçlara, CMK md. 128/4 uyarınca, diğer bir ifadeyle bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle el konulur. El konulan aracın, soruşturma veya kovuşturma devam ederken aynı suçun işlenmesinde tekrar kullanılması, Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması, önemli miktar veya değerde uyuşturucu veya uyarıcı maddeyle ele geçirilmesi ve suçun işlenmesini kolaylaştıracak özel tertibatının bulunması hallerinden birinin varlığı durumunda, el konulan araç iade edilmez.

d. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında, Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Yönünden

CMK md. 134’de düzenlenen ve uzunca bir terimle ifade edilen bu tedbir ile esas itibarıyla bilgisayar ortamında bulunan verilere ilişkin birden fazla tedbir birlikte düzenlenmiştir. Buna göre, delile elde etme amacıyla önce bilgisayarlarda ve bilgisayar kütüklerinde arama tedbiri uygulanacak; sonrasında da arama sonucu elde edilen veriler üzerinde gerekli görülürse el koyma tedbirine başvurulacaktır. Diğer bir deyişle burada hem arama hem el koyma tedbirlerinin özel bir halinin birlikte düzenlendiği söylenebilir⁷⁴.

CMK sisteminde, 134. maddede düzenlenen bu özel tedbire karar verme yetkisi sadece hâkime tanınmıştır. Kanun koyucu tedbire konu olan bilgisayar verilerinin başta özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere, bir dizi temel hak ve özgürlükle yakın ilişkili olduğunu gözeterek bu tedbire başvurulması açısından daha güvenceli bir rejimi benimsemiş ve arama ve el koymadan farklı olarak; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi öngörülmemiştir.

OHAL sürecinde ise, 668 sayılı KHK ile, şüphelinin kullandığı bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama ve el koyma işlemlerine, *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı* tarafından karar verilebilme yetkisi getirilmiştir. Bu karar, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını el koymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar. Bu düzenleme ile bir yandan hâkim güvencesi zayıflatılarak işlevsizleştirilirken;

⁷⁴ Batuhan Aktaş, “*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 2, 2017, 217; Yusuf Yaşar-İsmail Dursun, “*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 19, S.: 3, 2013, s. 6. Ayrıca bkz. Olgun Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal Dijital Delil*, 1. Bası, Ankara, 2014, s. 312.

diğer yandan ise delillerin tahrif edilmesi riski yaratılarak delil güvenliğinin tehlikeye atıldığı vurgulanmalıdır⁷⁵. Bunun yanı sıra, aynı düzenleme ile kopyalama ve yedekleme işleminin uzun sürecek olması durumunda, bu araç ve gereçlere de el konulması imkânı getirilmiştir. Oysa CMK sisteminde bu şekildeki bir el koymaya yalnızca bilgisayarlar, bilgisayar programları veya kütüklerdeki şifrenin çözülememesinden dolayı bu sistemlere kırılmaması veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi haline özgü olarak, salt çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için izin verilmiştir⁷⁶. 668 sayılı KHK ile, bu istisnai düzenlemenin sırf işlemin uzun süreceği gibi, soyut ve keyfi bir kriterle genişletilmesinin uygulamada ciddi hak ihlallerine kapı aralayabileceği ve özellikle geçmişte örnekleri görüldüğü üzere sahte delillerin bu sistemlere yüklenebilmesi tehlikesi yaratacağı ifade edilmelidir⁷⁷.

e. Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Tespiti, Dinlenilmesi ve Kayda Alınması Yönünden

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması mülga CMUK'da bulunmayan bir gizli soruşturma tedbidir. Bu dönemde her ne kadar 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) çerçevesinde gizli soruşturma tedbiri düzenlenmişse de, bu tedbir yalnızca ilgili kanun kapsamında yer alan örgütlü suçlar için uygulama alanı bulmuştu. CMK sisteminde ise, iletişim teknolojisindeki gelişmeler göz önüne alınarak telefon, bilgisayar ve internet hizmetleri gibi çeşitli haberleşme araçlarıyla yapılan iletişim biçimleri üzerinde uygulanacak soruşturma tedbirleri bir bütün olarak, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi şeklinde ayrı bir bölüm altında

⁷⁵ Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, s. 60.

⁷⁶ Aktaş, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme", s. 232; Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal Dijital Delil*, s. 366. Bu noktada, özellikle hak kayıplarını önlemek adına imaj çıkartılması ve bu işlemde elde edilen hash değeri ile polis kriminal laboratuvarlarında yapılan işlemde sonra alınacak hash değerinin birbirini doğrulaması gerekmektedir. Bu husus; "...şifrelenmiş paketlerin çözümünün uzun zaman alacağı ve olay yerinde yapılacak incelemede birden çok suç unsurunun gözden kaçırılabilceği endişesiyle her türlü suç unsuru olabilecek dijital belleğe elkonulmakta, adli bilişim personeline imaj alınmakta, imajın alınması neticesi ortaya çıkan hash değeri üzerinden her türlü inceleme yapılarak inceleme neticesinde tekrar imaj alınmakta, ortaya çıkan hash değeri ile ilk elde edilen hash değeri karşılaştırılmakta ve delil üzerinde kolluk tarafından hiç-bir değişikliğin yapılamadığı ispatlanmaktadır. Öyle ki delil üzerinde yapılacak en ufak bir değişiklik bile bu hash değerinin değişmesine ve delil bütünlüğünün bozulmasına neden olacak ve delilin güvenilirliğini ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla suç delilinin ilk hash değeri ile son hash değerinin aynı olması gerekmektedir." şeklinde ifade edilmektedir. Hüseyin Çakır-Ercan Sert, *Bilişim Suçları ve Delillendirme Süreci*

http://utsam.org/images/upload/attachment/utsas_2010_secilmis/Bili%C5%9Fim%20Su%C3%A7lar%C4%B1%20ve%20Delillendirme%20S%C3%BCreci.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

⁷⁷ Nitekim ilgili tedbirin uzun süre boyunca uygulanması ve tedbirin muhatabının bilgisayarından makul süreyi aşacak derecede mahrum bırakılması da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından AİHS m. 8'in ihlali olarak yorumlanmıştır. Smirnov vs. Rusya, Başvuru No: 71362/01, Karar Tarihi: 12.11.2007, kararın tamamı için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-80953&filename=00180953.pdf&TID=ihgdqbxnf> (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

düzenlenmiştir. Kanun'da yer verilen telekomünikasyon teriminin kapsamına ilişkin ortaya çıkan tartışmalar, sonradan çıkartılan bir yönetmelik⁷⁸ ile yapılan tanım ile ortadan kaldırılmıştır. Buna göre, telekomünikasyon, işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasıdır.

Bu bölüm kapsamındaki ilk düzenleme CMK md. 135'de yer alan iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınmasıdır. CMK md. 135 kaleme alınırken, kanun yapma tekniği açısından eleştiriye açık bir biçimde, aynı maddede iki farklı gizli soruşturma tedbirine birlikte yer verilmiştir. Bunlardan ilki, salt delil elde etme amacına yönelmiş bir tedbir olarak, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir(CMK md. 135/1). İkincisi ise, şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespit edilmesidir (CMK md. 135/4) ki, bu tedbirin yegane amacı, ilk tedbirden tamamen farklı olarak, şüpheli veya sanığın yerinin tespit edilmek suretiyle yakalanmasıdır.

CMK md. 135/1'de düzenlenen tedbire başvurabilmenin ilk koşulu, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığıdır. Buradaki kuvvetli şüphe sebebi teriminin sözgelimi tutuklama tedbiri için aranılan kuvvetli suç şüphesinden daha farklı bir anlama geldiği ifade edilmektedir⁷⁹. Buna göre, kuvvetli şüphe sebepleri teriminden, basit bit başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşma zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi olarak anlaşılmalıdır⁸⁰.

Bu tedbire başvurabilmenin diğer koşulu ise, başka suretle delil elde etme imkanının olmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, iletişimin dinlenmesi ikincil ve istisnai mahiyette bir tedbir olup, bu tedbire ancak en son çare olarak başvurulabilir⁸¹. Şu halde, yürütülmekte olan bir

⁷⁸ Bkz. Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik-(Md. 4). Resmi Gazete, T: 14.02.2007, Sy: 26434.

⁷⁹ Yenisey-Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 438.

⁸⁰ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 446.

⁸¹ Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hâli: "*soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınmayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri*

ceza soruşturmasında arama yakalama veya el koyma gibi açık ve geleneksel koruma tedbirleri sonuca ulaşabilmek mümkün ise, artık bu durumda CMK md. 135/1'deki tedbire başvurulmamalıdır. Başka türlü delil elde etme imkanının varlığına rağmen CMK md. 135/1 uyarınca iletişim dinlenmiş, tespit edilmiş veya kayda alınmış ise, bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliği taşır ve CMK md. 217/2 uyarınca yargılamada kullanılamaz.

Tedbire karar verme yetkisi CMK'nın orijinal şeklinde hâkime ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısına tanınmış iken; 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile bu konuda ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile verilen bir kararın varlığı aranmıştır. Ancak 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile yeniden tedbir açısından hâkim kararı öngörülmüştür.

OHAL sürecinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması konusunda yapılan ilk değişiklik, 668 sayılı KHK ile kararı verecek mercie ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Buna göre, bu tedbire başvurma konusunda -CMK'nın orijinal şeklinde olduğu gibi- yeniden hâkim (*sulh ceza hâkimi*) ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır⁸². Ancak Kanun'da bu tedbire Cumhuriyet savcısı tarafından başvurulması durumunda, savcının bu kararını *derhal* hâkim onayına sunması ve hâkimin de yirmi dört saat içinde karar vermesi esasını getiren yargısal güvence sistemi 668 sayılı KHK ile ortadan kaldırılmıştır. Şöyle ki, 668 sayılı KHK uyarınca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tedbir başvurma kararı alan Cumhuriyet Savcısı, bu kararını *beş gün* içinde görevli hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını *beş gün* içinde açıklar, aksi halde tedbir kendiliğinden kalkar (668 sayılı KHK, md. 3/1-k). Bu düzenleme ile, herhangi bir şüphelinin, OHAL süresince salt Cumhuriyet savcısı kararıyla, hiçbir yargısal denetim olmaksızın *10 gün* boyunca iletişiminin dinlenebilmesi mümkün hale gelmiştir⁸³. Hâkim kararı olmaksızın bu kadar uzun bir süre boyunca tespit, dinleme ve kayıt yapılabilmesinin, özel hayatın gizliliği hakkına ve bu bağlamda haberleşmenin gizliliği hakkına yönelik ölçsüz bir müdahale olduğu tartışmasızdır⁸⁴.

veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilir olacak olması" şeklinde tanımlanmıştır

⁸² 2016 yılında 6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 668 sayılı KHK ile geri dönülen hâkim kararı sistemi kanunlaşmıştır.

⁸³ 671 sayılı KHK ile PVSK Ek m. 7/10 değiştirilerek, hem bu madde kapsamında önleme dinlemelerinin hem de CMK 135 kapsamında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin, kapatılan TİB yerine, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde tek bir merkezden yürütüleceği düzenlemesi getirilmiştir.

⁸⁴ *Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, s. 60.

OHAL sürecinde CMK md. 135 ile ilintili diğer bir değişiklik 694 sayılı KHK (Md. 10) ile, bu tedbire konu olabilen katalog suçlar içerisinde kenevir ekme suçunun eklenmesidir. Buna göre, 694 sayılı KHK ile Uyuşturucu Madde Murakabesi Hakkında Kanun'da yapılan (Md. 23/5) değişiklik ile “esrar elde etmek amacıyla kenevir ekme suçu” yönünden yürütülen ceza soruşturmalarında, CMK md. 135’de düzenlenen iletişimin tespiti dinlenmesi ve kayda alınması ile, CMK md. 140’da düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması mümkün hale getirilmiştir. Yine aynı KHK (Md. 23) ile bu kez Futbol ve Diğer Spor Müسابakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da (Md. 5/1) yapılan değişiklikle, bu Kanunun 5/1. Maddesinin a, b, c ve ç bentlerinde düzenlenen suçlar ile TCK md. 228’de düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçu yönünden yürütülen ceza soruşturmalarında da CMK md. 135 (ayrıca CMK md. 139 ve CMK md. 140) ile düzenlenen gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanması imkanı yaratılmıştır. 694 sayılı KHK ile getirilen bu değişikliklere getirilmesi gereken en önemli eleştiri, bu geçici OHAL KHK’sı ile CMK md. 135’de zaten sorunlu şekilde düzenlenen katalog suç listesinin farklı kanunlarda düzenlenen ilgili ilgisiz suç tiplerini fevkalade dağınık şekilde düzenlemek suretiyle, bahse konu tedbirin uygulanması imkanını hukuk güvenliği açısından çok sakıncalı şekilde genişletmiş olmasıdır⁸⁵.

f. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi (CMK md. 139) ve Teknik Araçlarla İzleme (CMK md. 140) Yönünden

CMK sisteminde, CMK md. 135 ve devamında düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin dışında, CMK md. 139 ve 140’da aynı başlık altında iki yeni gizli soruşturma tedbirine daha yer verilmiştir. Bu tedbirlerden ilki, CMK md. 139’da yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesidir. Gizli soruşturmacı, Kanun’da sayılan katalog suçlar yönünden, delil elde etmek maksadıyla görevlendirilen ve adeta örgüt mensubu gibi hareket ederek delil toplayan bir kamu görevlisidir⁸⁶. Bu kamu görevlisinin, gizli görevini ifade edebilmesi için kimliğinin değiştirilmesine ve delil toplama faaliyetinin kapsamına ilişkin esaslar Kanun’da açık bir biçimde düzenlenmiştir⁸⁷ (CMK md. 139/3-6).

⁸⁵ Çulha ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, s. 75.

⁸⁶ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 474.

⁸⁷ AİHM Teixeira de Castro vs. Portekiz kararında da polis memurlarının rolünün gizli ajan rolü yapmakla sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Teixeira De Castro vs. Portekiz, Başvuru No: 44/1997/828/1034, Karar Tarihi: 09.06.1998, karar için bkz. Teixeira De Castro / Portekiz Davası, Çeviren: Fatih BİRTEK, TBB Dergisi, Sayı:91, 2010. Ayrıca bkz. Lüdi vs. İsviçre, Başvuru No: 12433 / 86, Karar Tarihi: 15.06.1992; Calabro vs.

Kanun'da aynı başlık altında düzenlenen diğer gizli soruşturma tedbiri ise, teknik araçlarla izlemedir. Buna göre, Kanun'da katalog liste halinde sayılan suçlara ilişkin olarak, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve iş yeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir. Kişinin konutunda teknik takip uygulaması ise kanun tarafından yasaklanmıştır (CMK md. 140/5).

Gerek gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine gerekse teknik araçlar izleme tedbirine başvurulabilmesi için – tıpkı CMK md. 135'de olduğu gibi- iki temel koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphe sebeplerinin bulunmasıdır. Diğer koşul ise, başka surette delil elde edilmesinin mümkün olmamasıdır.

Bu her iki tedbire karar verme yetkisi konusunda da, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri ile benzer bir yol haritası izlenmiştir. Diğer bir deyişle, CMK'nın orijinal şeklinde bu her iki tedbire kural olarak hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı kararı ile başvurulabilir iken; 2014 yılında 6256 sayılı Kanun ile her iki tedbir yönünden de ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar verme mecburiyeti getirilmiştir. Ardından OHAL süreci ile birlikte önce geçici OHAL düzenlemesi olan 668 sayılı KHK ile, bu mecburiyet kaldırılarak, tedbirlere başvurabilmek için yeniden hâkim kararının varlığı yeterli sayılmış ve bu düzenleme 2016 yılında 6763 sayılı Kanun ile kanunlaştırılmıştır. Ancak anılan 668 sayılı KHK ile, bu her iki tedbire de gecikmesinde sakınca buluna hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde, savcı tarafından verilen bu kararın *beş gün* içinde hâkim onayına sunulması ve hâkim tarafından da *beş gün* içinde karar verilmesi esası benimsenmiştir (668 sayılı KHK, Md. 3/1-k). CMK md. 135'e değinirken vurguladığımız üzere, OHAL döneminde yargı denetimi olmaksızın 10 gün boyunca tüm bu gizli soruşturma tedbirlerine başvurma imkanının getirilmesi, özel hayatın gizliliği hakkı yönünden çok ciddi sorunların ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

Bu bağlamda son olarak 694 sayılı KHK ile CMK md. 139'da yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiriyle ilgili bir düzenleme getirilmiş ve CMK md. 139/3'e eklenen bir cümle ile gizli soruşturmacının SEGBİS ile dinlenmesi mecburiyeti öngörülmüştür. Buna göre, soruşturmacı, kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin

İtalya, Başvuru No: 59895 / 00, Karar Tarihi: 21.03.2002, ilgili kararlar ve bu kararların değerlendirilmesi için bkz. Serkan Cengiz - Fahrettin Demirağ - Teoman Ergül - Jeremy McBride - Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara, Kasım 2008, s. 85 vd.

zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenilir. Bu durumda 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesi hükmü kıyasen uygulanır⁸⁸. Kanımızca, bu düzenleme, tehlike altında bulunan tanıkların korunması amacıyla getirilmiş olan SEGBİS uygulamasının kapsamının son dönemde giderek genişlemesine güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bu gibi düzenlemeler ile, zaten özellikle soruşturma evresinde savunma hakkına getirilen türlü kısıtlamalar ile fevkalade dezavantajlı konuma itilen savunma makamının; duruşma ortamında da vasıtasızlık ve yüz yüzelik gibi temel ilkelerin getireceği avantajlardan mahrum bırakılması neticesini yaratacak ve bu durum yargılamanın tek taraflı gelişmesine yol açarak, maddi gerçeği ulaşma çabalarının tümüyle sonuçsuz kalmasına yol açabilecektir⁸⁹.

II. KORUMA TEDBİRİNDEN PEŞİN YAPTIRIMA/CEZA ADALETİNDE YOZLAŞMANIN SİMGESİ: TUTUKLAMA

1. KONUYA TEMEL YAKLAŞIM

Ceza muhakemesinin insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşma maksadını gerçekleştirebilmek üzere, gereği gibi yürütülebilmesi için çoğu kez temel hak ve özgürlüklere belirli sınırlamalar getiren –bazılarına yukarıda değindiğimiz- koruma tedbirlerine başvurma gereksinimi ortaya çıkabilir. Tutuklama tedbiri de diğerleri gibi, gerekli olduğu takdirde başvurulabilen bir ceza muhakemesi koruma tedbiridir. Ancak tutuklama tedbiri, tüm koruma tedbirleri arasında, temel hak ve özgürlüklere en ağır sınırlamayı getiren tedbir olma özelliği nedeniyle, özel bir öneme ve ağırlığa sahiptir⁹⁰.

Tutuklama tedbiri en ağır koruma tedbiri olmasının yanı sıra, aynı zamanda en sorunlu koruma tedbirlerinin de başında gelir. Türk ceza adaleti sisteminde özellikle

⁸⁸ Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 8. fıkrasının; "Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez" şeklindeki uyarınca; yeni düzenleme ile birlikte gizli soruşturmacının açıklamaları da tek başına hükme esas alınmayacaktır.

⁸⁹ Nitekim AİHM, Khudobin vs. Rusya kararında; "*başvuran, davanın tuzağa düşürmeye ilişkin prima facie (aksi kanıtlanmadıkça doğru sayılan) deliller içermesi nedeniyle yargılayan mahkemenin gözden geçirmesini gerektiren bir "tuzağa düşürme savunması" sunmamıştır... söz konusu davada yerel mahkemenin, tuzağa düşürmenin varlığından şüphe etmek için nedeni olmasına rağmen, tuzağa düşürmeyi meşru bir soruşturma eyleminden ayırmasına yardımcı olacak fiili ve yasal unsurları incelememiştir. Bu nedenle, başvuranın mahkûmiyetine yol açan yargılama "adil" olmamıştır.*" şeklindeki gerekçesiyle AİHS'nin 6/1. maddesi ihlâl edildiği kanısına varmıştır. Khudobin vs. Rusya, Başvuru No: 59696/00, Karar Tarihi: 26.10.2006, karar için bkz. Veli Özer Özbek, "Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu", CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, s. 155.

⁹⁰ Hasan Sınar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, İstanbul, 2016, s. 1.

yargılamaların fazlasıyla uzun sürmesi nedeniyle, geçmişten bu yana tutuklamayı bu uzun yargılama süreci nedeniyle bir türlü ortaya çıkamayan kesin hükmün yerine ikame edilen bir ön/peşin ceza olarak benimseme eğilimi egemendir. Bu eğilimin doğal ve zorunlu sonucu olarak, bugün Türkiye’de tutuklama kurumu bir koruma tedbiri olmaktan çıkartılmış ve tutuklama tedbirine amacı dışında yüklenen bu işlev, ne yazık ki tutuklama kurumunu ceza adaletinde adeta yozlaşmanın bir simgesi haline getirmiştir.

Bu hakikatten hareketle, Türk ceza adaleti sisteminin kamu vicdanını sızlatan bir kangreni haline dönüşmüş olan tutuklama tedbirini, ceza hukukunda adalet ilkesi ışığında ayrı bir başlık altında ele almak suretiyle, bu ağır ve vahim tablonun temel nedenleri ve olası naçizane çözüm önerileri ana hatları ile ortaya konulacaktır.

2. TUTUKLULUK SÜRELERİ VE KEMİKLEŞMİŞ HATALI UYGULAMALAR

Tüm diğer koruma tedbirleri gibi, tutuklama tedbiri de geçici bir süredir ve bu tedbire başvurulmasından beklenen faydanın ortadan kalkması ile birlikte, tutuklama tedbirine de derhal son verilmesi gerekir. Ancak tutuklama tedbirinin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına en ağır sınırlamayı getiren tedbir olması nedeniyle, bu tedbirin uygulanması suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin “makul sürede salıverilme hakkı” gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS md. 5/3) gerekse anayasal düzeyde (1982 AY md. 19/7) spesifik olarak düzenlenmiştir.

AİHS sisteminde, tutukluluk süresinin uzunluğuna ilişkin olarak herhangi bir azami süre tespiti yapılmasından kaçınılmış ve bunun yerine tutuklu kişinin “*makul sürede*” serbest bırakılma hakkına yer verilmiştir. AİHS md. 5/3, kiii özgürlüğü ve güvenliği hakkının keyfi bir biçimde sınırlanması riskini önlenmesi veya asgari düzeye indirilmesi amacını taşıyan bir düzenlemedir ve bu yönü ile kişi özgürlüğüyle ilgili iki temel hakkı güvence altına almaktadır⁹¹. Bunlardan ilki, yakalanan veya tutuklanan kişinin derhal bir hâkim önüne çıkartılma hakkıdır. AİHS’de özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi için taraf devletçe uyulması gereken bir azami “gözaltı” süresi belirlenmemiş ancak bu belirlemeye dayalı olarak gözaltı süresine bir kısıtlama getirilmiştir. İkinci olarak ise, AİHS md. 5/3 ile tutuklama tedbiri yönünden özel önem taşıyan “makul sürede serbest bırakılma hakkı”

⁹¹ David Harris - Michael O’Boyle - Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2th Edition, London, 2009, s. 168.

düzenlenmiştir ki, bu hak yönünden en öncelikli olarak tutukluluk süreleri konusu gündeme gelmektedir⁹².

1982 Anayasası sisteminde ise, göz altı süreleriyle ilgili olarak bir azami süre belirlemesi yapılmış olmasına karşın (AY md. 19/5), tutukluluk süreleri konusunda böyle bir belirlemeden kaçınılmış ve bunun yerine –AİHS ile uyumlu biçimde- tutuklanan kişilerin “*makul süre*” içinde yargılanmayı ve soruşturma ve kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları bulunduğu vurgulanmıştır.

Makul sürede serbest bırakılma hakkını işlevsel kılabilmek üzere –AİHS sisteminde yer alan diğer ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi- Türk hukukunda da tutuklama tedbirinin uygulanmasına bir azami süre getirilmesi esası benimsenmiş ve böylece kişi özgürlüğünün ve masumiyet karinesinin ihlal edilmesi önlenmek istenmiştir.

CMK sisteminde tutukluluk süreleri, tutuklama tedbirinin uygulanmasına yol açan suçta bakmakla görevli olan mahkemenin ağır ceza mahkemesi olup olmamasına göre ikili bir ayırımı gidilerek düzenlenmiştir. Bu ayırım çerçevesinde, **ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmeyen** işlerde tutukluluk süresi en çok ***bir yıl*** olarak belirlenmiştir. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek ***altı ay*** daha uzatılabilir (CMK md. 102/1).

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise azami tutukluluk süresi en çok ***iki yıl*** olarak belirlenmiştir. Ancak bu süre de, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; ***uzatma süresi toplam üç yılı geçemez*** (CMK md. 102/2).

Azami tutukluluk süresi gibi çok açık ve net belirlenmesi gereken bir konuya ilişkin yasal düzenlemede, kanun koyucu tarafından tercih edilen bu ifade biçimi öğreti ve uygulamada yoğun tartışmaların doğmasına yol açmıştır⁹³. Gerçekten, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ilişkin azami tutukluluk süresine ilişkin kanunda yer verilen “*uzatma süresi toplam üç yılı geçemez*” ifadesi ne şekilde anlaşılmalıdır?

Diğer bir deyişle, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde azami tutukluluk süresi temel süre olan iki yıla uzatma süresi olan üç yılın eklenmesi suretiyle, 2+3 = 5 yıl

⁹² Ulaş Karan, “*Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, Editör: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, İstanbul, 2013, s. 200.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Feyzioğlu - Güneş Okuyucu Ergün, “*Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 59, Y: 2010, Sy: 1, s. 43.

olarak mu kabul edilecektir? Yoksa, iki yıl temel tutukluluk süresine bir yıl da uzatma süresi eklenerek, $2+1 = 3$ yıl olarak mı kabul edilecektir?

Bu konuda bizim düşüncemiz, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde azami tutukluluk süresinin $2+3= 5$ yıl olarak benimsenmesi şeklindeki bir yorumun, AİHS md. 5/3’de belirlenen makul sürede serbest bırakılma hakkı ile çelişeceği yönündedir. Bize göre, ağır cezalı işlerde tutukluluk süresine ilişkin düzenlemenin şüpheli veya sanık lehine yorumlanarak, $2+1 = 3$ yıl olarak anlaşılması gerekir. Çünkü bizce, tutuklama gibi kişi özgürlüğü hakkına en ağır sınırlamayı getiren tedbire ilişkin bir azami süre belirlenirken, temel süreden daha uzun bir uzatma süresi öngörülmesi, azami süre kurumunun bizatihi kendisiyle çelişmektedir. Azami süre getirmenin amacı zaten, makul sürede serbest bırakılma hakkının ihlal edilmesinin ve tutuklamanın cezaya dönüşmesinin engellenmesidir. Oysa, temel süreden daha uzun bir uzatma süresinin belirlenmesi, tutuklama için azami süre getirilmesini baştan anlamsızlaştırmakta ve işlevsizleştirmektedir. Nasıl ki 90 dakikalık bir futbol maçında, oyunun çeşitli sebeplerle durması nedeniyle maç süresine eklenen uzatma süresi, maç süresinin kendisinden uzun olamazsa; tutuklulukta azami süreye dâhil olan uzatma süresi de, temel süreden uzun olmamalıdır!

Bununla birlikte, Türk hukukunda egemen olan görüş, ağır cezalı işlerde azami tutukluluk süresini $2+3 = 5$ yıl olarak kabul eden görüştür. Kanunda uzatma süresinin açıkça üç yıl olarak belirlendiğini ve Kanunun “lafzını” esas almak gerektiğini ileri süren bu görüş, uygulama tarafından da kabul edilmiş ve gerek Yargıtay kararlarında⁹⁴ gerekse bireysel başvuru yoluyla konuyu inceleyen AYM kararlarında⁹⁵, ağır cezalı işlerde azami tutukluluk süresinin $2+3 = 5$ yıl olarak benimsenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, OHAL sürecinde çıkartılan 694 sayılı KHK (Md. 141) ile tutukluluk sürelerine ilişkin olarak da bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, TCK’nın İkinci Kitabının dördüncü, Beşinci altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile TMK kapsamındaki suçlar yönünden, ağır cezalı işlerde -uygulamada 3 yıl olarak kabul edildiğini belirttiğimiz- uzatma süresi 5 yıla çıkartılmıştır. Diğer bir deyişle, bahse konu

⁹⁴ YCGK, T: 12.04.2011 – E: 2011/1-51 – K: 2011/42.

⁹⁵ Örnek olarak bkz. AYM, Murat Narman Kararı, Başvuru No: 2012/1137, Paragraf 42; AYM, Veli Küçük Kararı, Başvuru No: 2013/6099, Paragraf. 35; AYM, Doğu Perinçek Kararı, Başvuru No: 2013/5885, Paragraf 32.

terörle bağlantılı suçlar yönünden tutukluluk süresi artık 2+5 = 7 yıla çıkartılmış olarak uygulanacaktır⁹⁶.

Tutukluluk süreleri kapsamında değinilmesi gereken diğer bir sorunlu alan, tutukluluk sürelerinin hesaplanmasına ilişkin olarak “hükmen tutukluluk” olgusuna ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır.

Şöyle ki, tutukluluk süresinin hesaplanmasında başlangıç anı olarak, kişinin göz altına alınmak suretiyle fiilen kişi özgürlüğünden yoksun bırakılması anının esas alınacağı hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte; tutukluluk süresinin sona ermesi noktasında ise, kişi hakkında yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi tarafından bir mahkûmiyet hükmü verilmesi durumunda, aynı zamanda tutukluluk hali devam eden bu sanık hakkında, tutukluluk süresinin işleyip işlemeyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada, hakkında ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet hükmü ile birlikte tutukluluğunun devamına karar verilen sanıklar, “*hüküm özlü*” veya “*hükmen tutuklu*” olarak anılmaktadır. Bu durumda olan sanıklar hakkında azami tutukluluk sürelerinin ne şekilde işletileceği hususunda AİHM’in 1968 yılında vermiş olduğu **Wemhoff v. Almanya** kararında ulaştığı sonuçların, Türk hukuk uygulaması yönünden belirleyici etkileri olmuştur. AİHM, bu kararında özetle, ilk derece mahkemesi tarafından sanık hakkında mahkûmiyet kararı ile birlikte tutukluluğun devamına da karar vermiş ise; artık buradaki tutukluluğun, makul sürede serbest bırakılma hakkına ilişkin AİHS md. 5/3 kapsamına değil ancak, yetkili mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararı sonrasında tutulmayı düzenleyen AİHS md. 5/1-a kapsamına girdiğini kabul etmiştir⁹⁷. Buradan hareketle, kanun yollarına başvurma aşamasında gecikme nedeniyle, mahkûmiyet kararı sonrasında tutukluluk süresinin uzunluğundan şikayetçi olmak için gerekçesi olan bir sanık, makul sürede serbest bırakılma hakkına ilişkin AİHS md. 5/3’ten yararlanamaz ancak – koşulları oluşmuşsa- AİHS md. 6/1 uyarınca makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir⁹⁸.

AİHM’in azami tutukluluk süresini belirlenmesine ilişkin hesaplamayı yalnızca davanın ilk derece mahkemesinde görülmesi ile sınırlayan ve kanun yolları aşamasını tutukluluk süresinin dışında bırakan bu yaklaşımı, Türk hukuk uygulaması tarafından da

⁹⁶ *Olağanlaştıran OHAL: KHK’ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri*, s. 63.

⁹⁷ Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 240.

⁹⁸ Harris- O’Boyle - Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 138.

benimsenmiş ve konuya ilişkin gerek Yargıtay içtihatlarında gerekse AYM bireysel başvuru kararlarında, AİHM referans alınmıştır.

Bu kapsamda sözgelimi YCGK bu yöndeki görüşünü şu gerekçeler ile savunmaktadır: Tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hüküm verilmesinden sonra tutuklu sanığın *hükmen tutuklu* hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır⁹⁹.

Benzer şekilde bireysel başvuru yoluyla konuyu inceleyen AYM'nin de, aynı sonuca şu gerekçeler ile ulaştığı tespit edilebilir: Kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkum olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Bu açıdan mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez. Nitekim gerek AİHM gerekse Yargıtay, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemektedir¹⁰⁰.

Kanımızca CMK sistemi bir bütün olarak yorumlandığında, AİHM'in Wemhoff kararı ile ulaştığı çıkarım Türk hukuku açısından uygulanabilir değildir ve bu itibarla konuyla ilgili yukarıda değinilen gerek YCGK gerekse AYM bireysel başvuru kararlarına katılma olanağı yoktur.

Şöyle ki, AİHM'in tutuklulukta geçen süreyi ilk derece mahkemesinin kararı ile sınırlandırılmasının temel nedeni, AİHS md. 5/1-a'da düzenlenen “mahkûmiyet hükmü” (*conviction*) terimine yüklediği anlamdan kaynaklanmaktadır ve bu şekildeki bir anlamlandırma ise Türk iç hukuk düzeni ile uyumlu değildir. Çünkü, CMK sisteminde kişi hakkında verilen mahkûmiyet hükmü ancak kesinleşmesi durumunda bir hükümlülük neticesi yaratır ve haklarında ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş mahkûmiyet hükmü

⁹⁹ YCGK, T: 11.04.2011, E: 2011/1-51 – K: 2011/42 (Kazancı Bilgi İtihat Bankası). Karar incelemesi için bkz. Mural Balcı, “Tutukluluk Süreleri ve Temyiz aşaması”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 85, Sy: 6, 2011, s. 34 vd.

¹⁰⁰ AYM, Korcan Polatsü Kararı, Başvuru NO: 2012/726, Paragraf 33. AYM'nin aynı yöndeki daha güncel kararları için örnek olarak bkz. AYM, Hikmet Çiçek Kararı, Başvuru No: 2013/5884, Paragraf. 39; AYM, Hasan Atilla Uğur Kararı, Başvuru No: 2013/5924, Paragraf. 43.

bulunan kişiler, bu hüküm kesinleşinceye dek “sanık” statüsünü muhafaza ederler. Gerçekten, CMK md. Uyarınca kovuşturma evresi, iddianamenin kabul edilmesiyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen aşamaların tümünü kapsar. Benzer şekilde, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un (CGTİHK) 4. maddesinde de mahkûmiyet hükümlerinin kesinleşmedikleri sürece infaz olunamayacakları belirtilmiştir. Bu itibarla, Türk hukukunda ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verilmesinden sonra gelişen kanun yolları aşaması da kovuşturma evresine dâhil olduğu için, bu aşamada da kişinin hukuksal statüsü halen “sanık”tır ve kişi “hükümlü” statüsüne geçmiş değildir. Eğer ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmü ile birlikte tutukluluk halinin devamına da karar verilmiş ise, kanun koyucu bu “araf” dönemde bulunan sanığın hukuksal statüsüne ilişkin ayrıca özel bir belirlemede bulunmadığı için, bu kişi halen yalnızca bir “tutuklu sanık” statüsündedir. Bu durumda, AİHM’in Wemhoff içtihadından yola çıkarak, CMK sisteminde henüz hükümlü statüsünü kazanmamış olan bir tutuklu sanığın, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının gerekçesi olarak –*mevcut bulunmayan* bir hükümlülük haline dayanılması, hukuken hiçbir biçimde mümkün olamamalıdır¹⁰¹. Zaten -ne yazık ki uygulamayı tesiri altına almış olan- aksi yöndeki yorumun, Türkiye’de fiilen zaten peşin ceza olarak uygulanmakta olan tutuklama tedbirinin, hukuken de peşin bir ceza şekline dönüşmesini kaçınılmaz olarak meşrulaştırmak gibi fevkalade vahim bir neticeye yol açtığı gözden uzak tutulmamalıdır¹⁰².

3. KATALOG SUÇ SİSTEMİ SORUNU

CMK sisteminde bir şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için; kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması aranır. Tutuklama nedenleri konusunda ise, kanun koyucu keyfi ve yaygın tutuklama uygulamalarının önüne geçebilmek için, daraltıcı bir yaklaşımla, CMK md. 100/2’de tutuklama nedenlerini şu şekilde sınırlamıştır:

- Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı (*Kaçma şüphesi*);
- Şüpheli veya sanığın davranışları ile delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme ve tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması (*Delillerin karartılması tehlikesi*).

¹⁰¹ Özen İnci, “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasında Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Sy: 24, Ağustos 2014, s. 107.

¹⁰² Muharrem Özen - Devrim Güngör - Güneş Okuyucu Ergün, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 68, Sy: 2010/4, s. 183.

CMK sisteminde tutuklama nedenleri tespit edildikten sonra, CMK md. 100/3’de ise, yasal bir karine olarak “katalog suçlar” sistemi benimsenmiştir.

Buna göre, CMK md. 100/3’de sınırlı sayı (*numerus clausus*) esasına göre tüketici mahiyette sayılan belirli suçların işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde, şüpheli veya sanık hakkında kaçma şüphesinin veya delilleri karartma tehlikesinin bulunduğu kabul edilebilir ve bu anlamda tutuklama nedeni *var sayılabilir*.

CMK md. 100/3’de benimsenen katalog suç modeli çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Bu kapsamda modele yönelik ilk eleştiri, anayasaya uygunluk yönünden ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, AY md. 19/3’ göre, bir tutuklama kararının söz konusu olabilmesi için, kişinin -suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunması ve -Kaçmayı, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadı veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan diğer hallerin bulunması gerekir.

CMK md. 100/3’de benimsenen katalog suç modeli ile ise, kaçma, delilleri karartma veya benzer bir tutuklamayı zorunlu kılan riskin varlığı “*anayasal risk koşulu*” aranmaksızın, tutuklama kararı verebilme imkanı getirilmesi itibarıyla, bu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Diğer yandan, koruma tedbirlerinin ortak ön koşulları arasında yer alan, gecikmede tehlikede bulunması koşuluna CMK m. 100/3’de yer verilmemesi karşısında, bu fıkrada sayılan katalog suçlar yönünden kategorik olarak tutuklama kararı verilmesinin anayasaya aykırı olduğu savunulmaktadır¹⁰³.

Katalog suç sistemine yöneltilen diğer bir eleştiri, kanun koyucu tarafından izlenen suç siyasetiyle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, Türk hukukunda bir yandan tutuklama tedbirine başvurmak için sıkı maddi ve biçimsel koşulların varlığı aranır iken; diğer yandan bu koşulların arkasından dolaşarak tutuklama tedbirinin uygulanması imkanı yaratılması, hukuk siyaseti açısından sorunlu ve kendi içerisinde çelişkili bir tercihi yansıtmaktadır. Nitekim bu gerekçeyle, Türk hukukuyla benzer şekilde tutuklama tedbiri yönünden katalog suç modelini benimsemiş olan Alman hukukunda bizzat Alman Anayasa Mahkemesi, katalog suç modeline dayalı tutuklama kararlarında dar yorumlamanın esas olması gerektiğini, hükmün lafzı değil ruhu esas alınarak hareket edilmesini ve katalog suçlardan yalnızca birini işlediği ileri sürülen şüpheli veya sanığın da, somut vakıada kaçma

¹⁰³ Tuğrul Katoğlu, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 2001, Sy: 4, s. 22.

şüphesi veya delilleri karartma tehlikesine ilişkin somut olguların bulunmaması durumunda tutuklanamayacağını kabul etmektedir¹⁰⁴.

Katalog suç modeline yöneltilen diğer bir eleştiri, bu katalogun içerisinde yer verilen suç tiplerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten katalog kapsamı çok geniş tutulmuş ve bu kapsama giren suçların hangi kriterlere göre belirlendiği noktasında –Kanun gerekçesinde- tatmin edici bir açıklama ortaya konulamamıştır. Gerçekten, katalogda yer alan suçlar incelendiğinde bu suç listesinin herhangi bir kriminolojik veriye dayalı olarak hazırlanan objektif bir mahiyetten uzak olduğu kolaylıkla tespit edilebilir.

Nihayet, katalog suç modeline ilişkin belki de en önemli eleştiri ise, bu düzenleme rejiminin yarattığı toplumsal algıyla ilgilidir. Çünkü her ne kadar Türk ceza adaleti mevzuatında bir “tutuklama mecburiyeti” kurumu hiçbir biçimde yer almasa da; CMK sisteminde kabul edilen tutuklama nedenlerinin varsayılabilmesine ilişkin katalog suç modeli ile getirilen yasal karineler, her daim tutuklamanın mecburi olduğu haller olarak anlaşılmış ve bu şekilde uygulanmıştır. Bu nedenle, bugün için CMK md. 100/3’de belirlenen “katalog suçlar” için uygulamada, tutuklamanın ihtiyarlığı değil, ancak mecburiliği anlayışı egemen bulunmaktadır. Kökeni geçmişe dayalı olan bu yanlış anlayış, Türk hukuk uygulamasında yerleşmiş ve hatta kemikleşmiştir!

Bu itibarla, kanun koyucu tutuklama tedbirinin uygulanmasını hangi sıkı koşullara bağlı tutarsa tutsun, Kanunda tutuklama nedenlerinin var sayılabileceğine ilişkin “yasal karineler” mevcut oldukça, içeriği ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, bu yasal karinelerin varlığı halinde, tutuklama mecburiyeti varmış gibi uygulama yapma kültürü değişmeyecektir. Bu nedenle, naçizane önerimiz katalog suç modelinin kanundan çıkartılması ve tutuklama mevzuatında bir daha hiçbir biçimde yasal karinelere yer verilmemesi yönündedir.

4. TUTUKLAMADA GEREKÇE SORUNU

Yargılama makamları tarafından verilen her kararın bir gerekçeye dayanması esası, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin zorunlu bir sonucudur. Türk hukukunda da, hâkim veya mahkeme kararlarının gerekçeli olması anayasal bir kural olarak düzenlenmiştir.

¹⁰⁴ Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 588.

AY md. 141/3’de bu kural “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” şeklinde belirtilmiştir.

Bu anayasal kuralın ceza muhakemesindeki yansıması ise “Kararların Gerekçeli Olması” başlıklı CMK md. 34 hükmüdür. Bu hükme göre, hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılır. Bu genel hüküm çerçevesinde, ceza muhakemesi kapsamında verilen diğer tüm hâkim veya mahkeme kararları gibi, tutuklama tedbirine ilişkin kararlar da gerekçeli olarak verilmek durumundadır.

Bununla birlikte, kanun koyucu tutuklama tedbirini düzenlerken, CMK md. 34’de yer alan bu genel kural ile yetinmemiş ve tutuklama tedbirine ilişkin özel bir gerekçelendirme düzenlemesi getirmiştir.

Buna göre ilk olarak CMK md. 101/1’de, tutuklama ile ilgili olarak henüz bir hâkim veya mahkeme kararı aşamasına gelmeden, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından tutuklama isteminde bulunulması sırasında, bu istemin mutlaka gerekçeli olarak yapılması gerekliliği vurgulanmıştır.

Bunun yanı sıra, CMK md. 102/1’de ise, tutuklama kararı, tutuklamanın devamı kararı ve tahliye isteminin reddi kararlarının ise yalnızca gerekçeli olarak verilmesi zorunluluğunun belirtilmesi ile yetinilmemiş; ancak aynı zamanda bu kararlara ilişkin gerekçesinin hangi unsurları içermesi gerektiği de özel olarak belirtilmiştir. Buna göre, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

-kuvvetli suç şüphesini

-tutuklama nedenlerinin varlığını,

-tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller, somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.

Kanun koyucunun, tutuklama tedbirine ilişkin kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunluluğuna bu denli özenmesinin ve CMK md. 34’deki genel kuralın yanı sıra, salt tutuklama tedbirine özgü olarak hukuk tekniğine yabancı ve adeta “yargıya talimat” niteliği taşıyan böylesi bir hüküm ihdas etmesinin görünürdeki sebebi, tutuklama tedbirinin kişi özgürlüğüne yönelik en ciddi ve ağır sınırlandırmayı içeren tedbir niteliği taşımasıdır. Bu

sebepe, doğru ve anlaşılabilir olmakla birlikte, bu özel gerekçe düzenlemesini izah etmek için tek başına asla yeterli değildir. Çünkü gerçekte, gerekçe göstermeye ilişkin bu tarz bir özel “yargıya talimat” düzenlemesi öngörülmesinin temelinde, Türk hukuk uygulamasında tutuklamaya ilişkin kararların verilmesinde gerek AİHM içtihatları gerekse anayasal ve yasal düzeyde belirtilen somut olgulara dayalı gerekçe gösterilmesi zorunluluğuna karşı kemikleşmiş ve açıklanması zor bir uygulama direnişinin varlığı yatmaktadır.

Gerçekten Türk hukukunda tutuklamaya ilişkin kararlarda yerleşik uygulama, gerekçe adı altında, yalnızca şu gibi şablon ifadelerin tümünün veya bir kısmının birlikte kullanılmasından ibarettir: “*Dosyadaki mevcut delil durumu, yüklenen suçun niteliği, suçun katalog suçlar arasında sayılmış olması, kaçma ihtimalinin bulunması, delillerin henüz tam olarak toplanamamış oluşu, delilleri karartma ihtimalinin bulunması vb....*”. Oysa tutuklamaya ilişkin kararlarda bu örneklerdeki gibi yetersiz gerekçeler gösterilmesi AİHM içtihatlarında ve AYM bireysel başvuru kararlarında birer kişi özgürlüğü ihlali olarak kabul edilmektedir. AİHM’in geçmişten bugüne gelen istikrarlı içtihatlarında tutuklamaya ve tutukluluğun devamına ilişkin kararların hukuksal açıdan gerekli ve yeterli gerekçe ile desteklenmesi gerekliliği üzerinde ısrarla durduğu tespit edilebilir¹⁰⁵. Bu kapsamda şayet tutukluluğun devamına karar veriliyor ise kuvvetli suç şüphesinin ve bu şüphenin varlığını ortaya koyan tutuklama nedeninin halen devam ediyor olması, olmazsa olmaz bir koşul olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶. Bir örnekle ifade etmek gerekirse, sözgelimi tutukluluk halinin devamına ilişkin kararda “kaçma şüphesinin varlığı” gibi bir ibarenin kullanılması ile yetinilemez; bu kararda aynı zamanda kaçma şüphesinin gerçekten mevcut bulunduğunu tespit edem ve şüpheli ya da sanığın kaçma olasılığının yargılamanın devamının sağlamak üzere tutuklu halde bulundurulmasını haklı gösterecek ölçüde yüksek olduğunu ortaya koyan diğer somut verilerin de açık bir biçimde gösterilmesi gerekir. Bu itibarla, tutukluluğun devamına kararlarında, belirtilen şekilde her vakıanın kendi sürekliliği içerisinde ele alındığı gösteren özel bir özen ve araştırmaya dayanmayan, salt “*suçun niteliği, kaçma şüphesinin veya delilleri karartma tehlikesinin varlığı*” gibi basmakalıp ifadelerin, stereotip şekilde tekrarlanması, tutukluluğun devamına ilişkin kararı haklı ve meşru kılmak için asla yeterli değildir. Nitekim AİHM tarafından bu gibi durumlarda, eksik ve yetersiz gerekçelendirilen tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlar neticesinde ortaya çıkan tutuklu yargılanma süresinin uzunluğunun, AİHS md. 5/3 uyarınca makul sürede serbest

¹⁰⁵ Letellier v. Fransa, Başvuru No: 12369/86, T: 26.06.1991, Paragraf. 35.

¹⁰⁶ Iljickov v. Bulgaristan, NO: 33977/96, T: 26.07.2001, Paragraf. 77.

bırakılma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûmiyet kararı verilmesi yerleşik bir uygulamadır¹⁰⁷.

Kanun koyucu, bu sorunsalı çözmek üzere 2012 yılında 6352 sayılı Kanun ile CMK md. 101/2'ye –yukarıda vurgulandığı üzere- tutuklama kararlarının nasıl gerekçelendirilmesi gerektiği hususunu içeren şekilde yeni bir düzenleme öngörmüş olmasına karşın; bu düzenleme dahi “tutuklamada gerekçe sorunu”na çare getirebilmiş değildir.

Kanımızca, bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olan tutuklama kurumuna, bu niteliğinin çok ötesinde bir amaç ve işlev yüklenen hukuk kültürü süreç içerisinde terk edilmediği müddetçe; getirilen tüm düzenlemelere rağmen, tek tip ve basmakalıp gerekçelerle verilen tutuklamaya ilişkin kararların önünün alınabilmesi mümkün gözükmemektedir. Buradaki sorun bir mevzuat sorunu değil, bir hukuk kültürü sorunudur. Bu nedenle yapılması gereken bu konudaki hukuk kültürünün sürece yayılarak dönüştürülmesini sağlamak üzere tedbirlerin alınmasıdır. Bu kapsamda ilk olarak, konuyla ilgili verilen AİHM ve AYM içtihatlarının başta kanun uygulayıcısı olan hâkimler olmak üzere tüm ceza adaleti sisteminin bileşenleri tarafından öğrenilmesini sağlamak; diğer bir ifadeyle bu içtihatlarla ilişkin farkındalığın oluşturulmasını ve içtihatlarda benimsenen ilkelerin içselleştirilmesinin sağlanmasıdır. Sonrasında ise, hâkim ve mahkemelerin tutuklamaya ilişkin kararlarında belirtilen içtihatlara aykırı nitelik taşıyan eksik ve yetersiz nitelikteki kararların izlenmesini, ardından bu kararların bozulmasını veya ortadan kaldırılmasını sağlayacak etkili bir takip mekanizmasının hayata geçirilmesi gerekmektedir.

5. TUTUKLAMAMANIN DENETİMİ SORUNU

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına en ağır kısıtlamayı getiren tedbir olması itibarıyla tutuklama tedbirine ilişkin kararlara karşı, CMK sisteminde kanun koyucu tarafından, bir yandan bu kararın muhataplarına itiraz kanun yoluna başvurma imkânı tanınmış; diğer yandan ise, bu tedbirin ağırlığını gözeterek, tutuklamaya ilişkin kararların ayrıca re'sen denetlenmesi sistemi getirilmiştir. Bu başlık altında, önce, tutuklama kararına

¹⁰⁷ AİHM tarafından, tutuklama kararlarına ilişkin olarak eksik ve yetersiz gerekçeye dayanılarak Türkiye aleyhine verilen çok sayıda kararların bazıları şu şekilde örneklendirilebilir: Demirel v. Türkiye, T: 28.01.2003, Başvuru No: 39324/98, Paragraf. 59; Mansur v. Türkiye, T: 08.06.1995, Başvuru No: 14/1194/461/542, Paragraf. 57; Dereci v. Türkiye, T: 24.05.2005, Başvuru No: 77845/01, Paragraf. 38; Ağdaş v. Türkiye, T: 28.05.2009; Başvuru No: 77331/01, Paragraf. 33.

karşı itiraz kanun yolu denetimi ile, ardından ise re'sen denetim yoluyla ilgili ortaya çıkan sorunlara kısaca değinilecektir.

Bir yargılama makamı tarafından verilen herhangi bir kararın hatalı veya hukuka aykırı olduğu ileri sürüldüğünde, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi maksadıyla, bu kararın daha yetkin bir yargılama makamı tarafından denetlenmesi, evrensel olarak benimsenmiş bir kuraldır.

CMK sisteminde tutuklama tedbirine ilişkin tüm kararlara, diğer bir deyişle tutuklamaya, tutukluluğun devamına, Cumhuriyet savcısının tutuklama veya tutukluluğun devamına isteminin reddine veya tutuklama yerine adli kontrol tedbirinin uygulanmasına karşı başvurulabilecek kanun yolu "itiraz" kanun yoludur (CMK md. 104/2-105). İtiraz kanun yolu bir olağan kanun yoludur ve bu itibarla itiraz kanun yoluna (olağan) kanun yollarına başvurma hakkına sahip bulunanlar tarafından başvurulabilir. CMK md. 260/1'de kanun yollarına başvurma hakkına sahip olan bu kişiler, Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanlar şeklinde tespit edilmiştir.

Tutuklamaya ilişkin kararlara yapılacak itiraz kanun yolu başvurusunun hangi merci tarafından inceleneceği hususu, kararın verildiği muhakeme evresine göre değişkenlik göstermektedir.

Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanması kararı, CMK md. 101/1 uyarınca Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından verilir. Sulh ceza hakiminin vermiş olduğu tutuklama kararına veya Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminin reddi kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. 2014 yılında 6545 sayılı Kanun değişikliğinden önce, soruşturma evresinde –tutuklamaya ilişkin kararları da kapsar şekilde- sulh ceza *mahkemesi* tarafından verilen kararlara yapılan itirazları inceleme yetkisi, yargı çevresinde bulunulan asliye ceza mahkemesi hâkimine aitti. Ancak anılan Kanun değişikliği ile, öncelikle sulh ceza mahkemeleri kaldırıldı ve bu mahkemelerin yargılamaya ilişkin görevleri asliye ceza mahkemelerine; arama, el koyma ve tutuklama gibi soruşturma işlemlerine ilişkin görev ve yetkileri ise, yeni kurulan sulh ceza hâkimliklerine verildi. Bunun yanı sıra, soruşturma evresinde tutuklamaya ilişkin verilen kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesi usulü de değiştirildi. 6545 sayılı Kanun ile sulh ceza hâkimliği

kararlarına karşı itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliğine; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek bir sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerde tek bir sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer sulh ceza hâkimliğine verildi. Bunun yanında, CMK md. 268/3-b'de salt tutuklama tedbirine özgü bir hüküm getirildi ve itiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararına itiraz edilmesi halinde, yukarıda belirtilen usulün uygulanacağı vurgulandı; ancak buna ek olarak, ilk tutuklama istemini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez, şeklinde bir kural getirildi.

Kanımızca, 6545 sayılı Kanun'la değişen itiraz inceleme usulü ile, tutuklama tedbirini de kapsar şekilde soruşturma işlemlerine ilişkin olarak bir sulh ceza hâkimliğinin vermiş olduğu karara yapılan itirazın aynı nitelik ve derecedeki diğer bir sulh ceza hâkimliği tarafından incelenmesi, itiraz kanun yolunun ruhuna açıkça aykırı olan, kabul edilemez nitelikte bir düzenlemedir¹⁰⁸. Sulh ceza hâkimliğinin tutuklamaya ilişkin kararlarını da kapsar şekilde soruşturma işlemlerine ilişkin tüm kararlarının mutlak surette daha üst nitelikteki başkaca bir yargılama mercii tarafından denetlenmesi gerekir. Bu yeni getirilen usul, aynı zamanda kanun yolu muhakemesinin temel amacı olan bir mahkeme tarafından verilen kararın başka bir mahkeme tarafından denetlenmesi imkânını işlevsizleştirilmesi itibarıyla da, AY md. 36'da düzenlenen "hak arama hürriyeti"ni ihlal eder niteliktedir¹⁰⁹.

Tutuklama kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulması imkânı, tutuklamaya ilişkin kararların hukuka uygunluğunu denetlemek yönünden elzem bir kurum olmakla birlikte; tutuklamaya ilişkin kararın öğrenilmesinden itibaren yedi gün içerisinde başvurulması gereken bir yol olması nedeniyle, soruşturma veya kovuşturmanın ilerleyen safhalarında tutuklama koşul ve nedenlerinin halen mevcut olup olmadığının denetimine pek elverişli değildir. Bu nedenle, kanun koyucu, her somut vakiada tutukluluk halinin devamına gerek olup olmadığının denetlenmesi açısından, herhangi bir başvuruya gerek olmaksızın kendiliğinden işletilen bir denetim mekanizması olarak "tutuklama kararlarının re'sen denetlenmesi" şeklinde bir kurum ihdas etmiştir. CMK md. 108'de düzenlenen re'sen inceleme kurumu uyarınca, şüpheli veya sanığın tutukluluk halinin devam ettiği hallerde, en

¹⁰⁸ Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. VIII

¹⁰⁹ Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 322.

geç otuzar günlük periyotlar halinde gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde tutuklama koşul ve nedenlerini ortadan kaldıran gelişmelerin varlığı araştırılmakta ve zaman içerisinde tutuklama kararı verilmesi anındaki durumu şüpheli veya sanık lehine değiştiren yeni koşulların oluştuğunun tespiti halinde, tutuklama tedbirine son verilerek kişi salıverilmektedir.

Soruşturma evresinde tutukluluk halinin re'sen denetlenmesi CMK md. 108/1'de düzenlenmiş olup, şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük aralıklarla tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda sulh ceza hâkimi tarafından “*şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle*” karar verilmesi söz konusudur. Soruşturma evresinde re'sen denetim yapılırken şüpheli veya müdafinin dinlenilmesi zorunluluğu, 2013 yılında 6459 sayılı Kanun değişikliği ile CMK sistemine eklenmiş olup; bu şekilde, değişiklik öncesinde salt yasal bir zorunluluktan kaynaklanan ve kalem personeli tarafından “tutukluluğun devamına” şeklinde önceden hazırlanan denetim(!) yazısının hâkim tarafından imzalanmasından ibaret olumsuz uygulama örneklerine son verilmek istenmiştir. Bununla birlikte, yapılan değişiklik ile getirilen Kanun'daki açık düzenlemeye karşın, özellikle OHAL sürecinde soruşturma evresinde yapılan re'sen denetimlerde bu yükümlülüğe riayet edilmediği ve şüpheli veya müdafii bulunmaksızın, salt dosya üzerinden tutukluluğun devamı kararı verildiği şikayetleri ne yazık ki halen devam etmektedir. Bu gibi kanuna aykırı uygulamalarla karşılaşıldığında, özellikle müdafiler tarafından hiç tereddüt yaşamaksızın durumun derhal tutanak altına alınması ve ardından gerek Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda gerekse Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na şikâyet bildiriminde bulunulması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kovuşturma evresinde tutukluluk halinin re'sen denetlenmesi ise CMK md. 108/3'de düzenlenmiş olup; hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda ve koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında veya CMK md. 108/1'de belirlenen süre içerisinde karar verir. 6459 sayılı Kanun ile tutukluluk halinin re'sen denetlenmesi sırasında şüpheli veya müdafinin dinlenilmesi koşulu salt soruşturma evresine özgü olarak düzenlendiği için, kovuşturma evresinde gerçekleşen re'sen denetleme yönünden böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Bu durum kanımızca kovuşturma evresindeki re'sen denetim kurumunun etkinliği yönünden bir eksiklik ve soruşturma evresine ilişkin getirilen bu imkanın, özellikle duruşmalarda yüz yüzelik ve vasıtasızlık ilkelerinin egemen olduğu kovuşturma evresine de genişletilmesi yerinde olacaktır. Gerçekten, re'sen denetimi yapan mercinin tutuklama koşul ve nedenlerinde

bir değişiklik olup olmadığını değerlendirebilmesinin en sağlıklı yolu, sanık veya müdafii ile yüz yüze gelmesi ve onları dinledikten sonra bir sonuca ulaşmasıdır.

CMK md. 2/f uyarınca kovuşturma evresi, iddianamenin kabulünden başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi kapsadığına göre, ilk derece mahkemesi tarafından işin esasına ilişkin bir hüküm verildikten sonra, hükmün kesinleşmesine kadar geçecek olan kanun yolları evresinde tutukluluk halinin re'sen ne şekilde denetleneceği hususu da, kovuşturma evresinin bir parçasını teşkil etmektedir. Bu açıdan, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ilk hükümle birlikte tutukluluğun devamına karar verilmiş ise, tutukluluk halinin CMK md. 108/3 uyarınca aynı esaslarla re'sen denetlenmesi gerekir. Şu hâlde, kovuşturma evresinde ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin kararından sonra ortaya çıkan tutukluluk denetlemesi bölge adliye mahkemesi ve sonrasındaki süreçte ise Yargıtay tarafından karara bağlanacaktır. Dosya önüne gelen bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi, ilk derece mahkemesi gibi isteme bağlı olmaksızın da re'sen tutuklu sanığın salıverilmesine karar verebilir.

III. CEZA ADALETİNİN BAZI BİTMEYEN TARTIŞMALARI

1. ÖLÜM CEZASI TARTIŞMALARI

a. Genel Olarak

Türkiye, izlemiş olduğu suç ve ceza politikasının bir sonucu olarak, ölüm cezasının ulusal mevzuatından tümüyle kaldırılmasına ilişkin tercihini 21. Yüzyılın hemen başında net bir biçimde yapmış ve bu konuda kendisini uluslararası sözleşmeler ile bağittanmış olmasına karşın; ölüm cezası tartışmaları hukuki değil ancak siyasi bir fenomen olarak, güncel siyasi tartışmaların olağan bir gündem maddesi olarak güncelliğini korumaya devam etmektedir. Ölüm cezası konusu özellikle kamuoyunda hassasiyet ve infial yaratan hemen her kriminal vakıadan sonra siyasetçiler tarafından yeniden hamaset konusu yapılmakta ve ölüm cezasının geri getirilmesine çağrılar, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri çiğneme pahasına yeniden gündeme taşınmaktadır.

Aşağıda, siyasi hesaplarla girişilen bu tehlikeli oyunun olası sonuçları irdelenmeden önce, dünyada ölüm cezası uygulamalarına ilişkin güncel durum ve ölüm cezasının kaldırılması noktasında Türkiye'nin tarafı olduğu ulusal üstü normlara ilişkin genel bilgiler ortaya konulacaktır.

b. Dünyada Ölüm Cezası Uygulamalarına İlişkin Güncel Durum

Aydınlanma Çağı ile ortaya çıkan ölüm cezasının kaldırılması eğilimi, 20. Yüzyılın özellikle son çeyreği ile birlikte ulusal hukuk düzenlerinde giderek artan şekilde karşılık bulmuştur. Sözgelimi 1976'da Portekiz, 1978'de Danimarka, 1979'da Lüksemburg, Nikaragua ve Norveç, 1981'de Fransa ile gelişmeye başlayan bu süreç ile gelinen noktada, 2016 yılı sonu itibarıyla dünya üzerinde **104 ülke** ölüm cezasını hiçbir istisnaya yer bırakmaksızın ulusal hukuk düzeninden çıkartmıştır¹¹⁰. Bunlara, ölüm cezasını barış döneminde yürürlükten kaldırmış olan 7 ülkeyi ve mevzuatında ölüm cezasına yer vermekle birlikte, bu cezayı “*de facto*” prensip olarak uygulamayan 31 ülkeyi de dahil ettiğimizde, 2016 yılı sonunda ölüm cezasının dünya üzerindeki **141 ülkeden** silinmiş olduğu tespit edilebilir¹¹¹.

Diğer bir deyişle, bugün için dünya üzerindeki her 3 ülkeden 2'sinde ölüm cezası yoktur ve bu gidişat, ölüm cezasının evrensel düzeyde kaldırılması ve yeryüzünden mutlak şekilde silinmesi yönündeki girişimleri de cesaretlendirmektedir¹¹².

Bununla birlikte, halen ölüm cezasını uygulamakta olan 58 ülkedeki uygulamalara bakıldığında ise, dünyanın bir bölümünde halen karanlık bir tablonun hüküm sürdüğü görülmektedir. Uluslararası Af Örgütü tarafından düzenli olarak yayınlanan raporlar çerçevesinde, 2016 yılı sonundaki verileri gösteren eldeki son istatistik bilgilerine göre 2016 yılında dünya üzerinde hakkında ölüm cezası bulunan **1032 kişinin** infaz edildiği tespit edilebilir. 2015 yılında bu rakamın **1634** olduğu göz önüne alındığında, ölüm cezalarının infazında bir önceki yıla göre % 37 oranında bir gerileme olduğu görülmektedir. En fazla sayıda infazın Çin'de gerçekleştiği bilinmekle birlikte, bu ülkede infaz verilerinin devlet sırrı sayılması nedeniyle, gerçek rakamın ulaşılabilenden çok daha fazlası olduğu tahmin edilmektedir. İnfaz verileri kaydedilebilen ülkeler arasında İran, 567 kişinin infazı ile tüm dünyadaki kayıtlı infazların %55'ini tek başına gerçekleştirmiştir. Bununla birlikte, İran'da 2015 yılında 977 kayıtlı infazın gerçekleştirildiği göz önüne alındığında, bu ülkedeki ölüm cezası infazlarında bir önceki yıla göre %42 gibi çarpıcı bir düşüşün yaşandığı tespit

¹¹⁰ <https://deathpenaltyinfo.org/abolitionist-and-retentionist-countries> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

¹¹¹ Ölüm cezasını istisnasız olarak kaldıran, yalnızca barış zamanına özgü olarak kaldıran ve “*de facto*” olarak uygulamayan ülkeler listesi için bkz. <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5038312016ENGLISH.PDF> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

¹¹² Ölüm cezasının evrensel düzeyde kaldırılması için oluşturulan uluslararası akademik ağ ve çalışmaları için bkz. <http://www.academicsforabolition.net/> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

edilebilir. İran ile birlikte Suudi Arabistan, Irak ve Pakistan dünya üzerindeki infazların %87'sinin gerçekleştiği ülkeler olarak göze çarpmaktadır. Yine 2016 yılı içerisinde, 55 farklı ülkede yargılanan **3117** kişi hakkında ölüm cezası kararı verilmiştir ve bu kişilerle birlikte, halen dünya üzerinde **18848** kişi infaz edilmek üzere “ölüm koridoru”nda beklemektedir¹¹³.

c. Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Ulusal üstü Normlar

Dünyada, ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik mücadelenin ilk yapı taşları Beccaria, Rousseau ve Voltaire gibi Aydınlanma düşünürleri tarafından inşa edilmiş olmakla birlikte, ulusal hukuk düzenlerinde bu yönde bir eğilimin belirginleşmesi 20. Yüzyılın ikinci yarısında ve özellikle son çeyreğinde gerçekleşmiştir. Özellikle 2 büyük dünya savaşının insanlığa yaşattığı acı deneyimlerin ardından gelişen evrensel barış arayışı süreci, temel insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlayan başlıca ulusal üstü insan hakları belgelerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Bu insan hakları belgeleri içerisinde, inceleme konumuz yönünden özellik gösterenler ise, salt ölüm cezasının kaldırılmasına özgülünen ulusal üstü insan hakları metinleridir.

Evrensel ölçekte ölüm cezasının kaldırılmasına özgülünen temel metin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin (BMMSHS) Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin İkinci Seçmeli Protokolü'dür. 1991 yılında yürürlüğe giren bu Protokolde, ölüm cezasının barış zamanında mutlak surette kaldırılması öngörülmekte ve ölüm cezası istisnası ise yalnızca savaş sırasında, yalnızca çok ciddi nitelikteki askeri suçlara özgü olarak tanınmaktadır¹¹⁴. Türkiye, bu Protokolü 04.06.2004 tarihinde imzalamış ve sonrasında 02.11.2005 tarihinde Resmî Gazete'de “Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye yönünden 02.06.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

Bölgesel ölçekte ölüm cezasının kaldırılması konusuna özgülünen metinler ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. ve 13. Ek Protokolleri ile Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ölüm Cezasını İlgâ Edilmesi Protokolü'dür. Bunlar içerisinde AİHS'in Ek protokolleri Türkiye açısından sonuç doğurmaları itibarıyla özellikle incelenmelidir.

¹¹³ <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5057402017ENGLISH.PDF> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

¹¹⁴ Semih Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. Baskı Kavram Yayınları, 1994, s. 117.

AİHS'in 1985 yılında yürürlüğe giren 6. Ek Protokolü ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin olarak -tıpkı yukarıdaki BMMSHS İkinci Seçmeli Protokolü gibi- barış zamanı ve savaş zamanı şeklinde kategorik bir ayırım getirmekte ve barış zamanında ölüm cezasını mutlak şekilde kaldırmaktadır. Buna karşın ölüm cezası istisnası ise, yalnızca savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumunda tanınabilir. Bu istisnai kategorinin yaratılmasının temel nedeni ise, barış zamanında ölüm cezasını kaldırma eğilimi göstermekle birlikte, savaş zamanı veya yakın savaş tehdidi durumunda bu cezayı halen muhafaza etmek isteyebilecek taraf devletlerin, bu Protokole taraf olabilmelerinin önünü açabilme çabasından ibaret bulunmaktadır. Protokolün 3. maddesinde taraf devletlerin Protokol hükümlerinden sapma yapması yasaklanmış ve 4. maddesinde ise Protokol hükümlerine hiçbir çekince konulamayacağı vurgulanmıştır. Protokol, halihazırda Avrupa Konseyi üyesi 46 ülke tarafından onaylanmıştır¹¹⁵. Türkiye, bu Protokolü 15.01.2003 tarihinde imzalamış ve sonrasında 01.07.2003 tarihli Resmî Gazete'de "11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek Protokol 6 No'lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun" yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye yönünden 01.12.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

AİHS'in 2003 yılında yürürlüğe giren 13. Ek Protokolü ise, -önceki 6. Ek Protokolden farklı olarak- ölüm cezasını hiçbir istisnai duruma yer bırakmaksızın mutlak şekilde kaldırmaktadır. Bu Protokol ile, önceki protokolde yer alan savaş zamanı-barış zamanı ayırımı bertaraf edilmiş ve ayrıca Protokolün 2. maddesi ile taraf devletlere, AİHS md. 15 uyarınca bu Protokol hükümlerinden sapma yapma hakkı tanınmadığı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle bu Protokole taraf olan devletler, AİHS md. 15'de yer alan savaş zamanı ve diğer kamusal tehlike hallerinde "aykırı önlem" uygulayabilme yetkisinden mutlak şekilde yoksun bırakılmışlardır. Protokolün 3. maddesi ile ise, Protokol hükümlerine hiçbir çekince konulamayacağı belirtilmiştir. Protokol, halihazırda Avrupa Konseyi üyesi 44 ülke tarafından onaylanmış bulunmaktadır¹¹⁶. Türkiye de bu Protokolü 09.01.2004 tarihinde imzalamış ve sonrasında 12.10.2005 tarihli Resmî Gazete'de, "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek, Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair

¹¹⁵ Protokolün orijinal metni ve imzalayan ülkeler için bkz. http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=kpxwZhi3 (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

¹¹⁶ Protokolün orijinal metni ve imzalayan ülkeler için bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=mUzw2oX3 (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

13 No’lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye yönünden 01.06.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

d. Türkiye’de Ölüm Cezası Tartışmalarının Olası Sonuçları

Türkiye’de siyasi maksatlarla sürekli gündemde tutulan ölüm cezası tartışmaları, özellikle Türkiye’nin taraf olduğu ölüm cezasının kaldırılmasına özgülenmiş bölgesel sözleşmeler olan, AİHS Ek Protokol 6 ve Ek Protokol 13 yönünden önem taşımaktadır.

Çünkü bu her iki AİHS Protokolü de, taraf devletlere ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin hükümlerinden sapma yapmayı yasaklamaktadır. Diğer bir ifadeyle, terörizm veya diğer başkaca kamusal tehlikelere dayanılarak bu Protokollere “aykırı önlem” getirilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde her iki Protokolde de, çekince koyma yasağı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Nihayet, her iki Protokol metninde, bu Protokollerin feshedilmesine ilişkin herhangi bir usul de öngörülmemiştir. Başka bir deyişle, bu Protokollere taraf olup olmamak her devletin kendi tercihidir ancak herhangi bir taraf devlet bir kez bu Protokollere taraf olma iradesini ortaya koymuş, tercihini bu yönde kullanmışsa artık bu yolda geri dönüş yoktur ve bu Protokoller tüm taraf devletler yönünden ilelebet bağlayıcıdır. Bu durumda, Türkiye’nin iç hukuk düzeninde ölüm cezasını yeniden diriltmeye yönelik girişebileceği herhangi bir yasal düzenleme teşebbüsü, taraf olduğu bu sözleşme metinlerinin mutlak ihlali niteliği taşıyacaktır.

Ölüm cezasının kaldırılmasına özgülenen bu Protokollerin biri 46 diğeri ise 44 Avrupa Konseyi üyesi ülke tarafından onaylanmış olmakla birlikte; -tespit edilebildiği kadarıyla- bu ülkelerden birini yönetenlerin, altına imza attıkları ve usulüne uygun olarak onaylamak suretiyle tarafı oldukları bu ulusal üstü sözleşmeleri ihlal etme kararlılığını dile getirmeleri, bugüne kadar görülmüş, duyulmuş bir durum değildir. Dolayısıyla, Türkiye’de siyasal iktidar eliyle yükseltelen ölüm cezası taleplerinin, Avrupa Konseyi bünyesinde olumsuz anlamda örneği görülmemiş “*unique*” bir fiili durum yarattığını vurgulamak gerekir. Ancak Türkiye’de siyasal iktidar tarafından ortaya atılan bu şifahi beyanların eyleme geçirilmesi ve ölüm cezasını diriltmeye yönelik olarak bir yasal düzenleme tasarrufuna girişilmesi halinde, bu girişimin Avrupa Konseyi bünyesinde yine örneği pek görülmemiş bir karşılık bulması da kaçınılmaz görünmektedir.

Somut olarak ifade etmek gerekirse, Türkiye'nin ölüm cezasını geri getirmesinin bedeli, 1949 yılında kurucu üye sıfatıyla katıldığı Avrupa Konseyi'nden çıkartılması ya da en iyi ihtimalle üyeliğinin askıya alınmasıdır. Bu durumda, Türkiye başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere Avrupa Konseyi bünyesinde insan haklarının korunmasına ilişkin tüm mekanizmalardan dışlanacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkından da yoksun kalınacağı için, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşları temel hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında tümüyle güvencesiz hale gelecektir.

Bu tarz bir durumun, yalnızca ölüm cezası bağlamında yaşama hakkı yönünden değil, ancak aynı zamanda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında din ve vicdan özgürlüğüne ve ifade özgürlüğünden mülkiyet hakkına kadar AİHS ve Ek Protokollerinde düzenlenmiş olan tüm temel hak ve özgürlükler açısından telafisi asla mümkün olmayan zararlar üreteceği ve toplumsal yaşamı sürdürülemez kılan bir "hukukî güvensizlik" ortamı yaratacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Şu hâlde, taraf olunan uluslararası sözleşmeler çiğnenerek ölüm cezasının geri getirilmesi, Türkiye'de Tanzimat'tan bugüne kadar devam eden uygar dünyanın ve evrensel hukukun bir parçası olma idealinde radikal bir değişikliğe gidilmesi anlamını taşımakla birlikte; bu idealin yerine ikame edilebilecek, insan haklarının korunmasına yönelik başkaca bir kurumsal mekanizma da mevcut bulunmamaktadır. Diğer yandan, Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkartılma utancını yaşayan bir ülke olmanın, uluslararası camiada çok büyük itibar ve prestij kaybı yaratacağı ve bu durumun kaçınılmaz olarak son derece olumsuz ekonomik, sosyal ve kültürel neticelerle yüzleşmeyi gerektireceği de unutulmamalıdır.

B. CİNSEL SUÇLARIN ÖNLENMESİ YÖNÜNDEN YENİ(!) ARAYIŞLAR

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların ve özellikle çocukların cinsel istismarı suçlarının söz konusu olduğu birtakım vakıaların kitle iletişim araçları yoluyla toplum gündemine taşındığı hemen her olayda, bu vakıalara ilişkin olarak kamuoyunda bir infial oluşmakta ve ortaya çıkan bu kamuoyu tepkisi, bu suçların şüphelilerinin en ağır şekilde cezalandırılması yönünden bir baskı ortamına dönüşmektedir. Bu baskı, sıklıkla -yukarıda değindiğimiz üzere- artık ceza mevzuatımızda bulunmayan ölüm cezasının geri getirilmesi talepleri şeklinde ortaya çıkmakta ve bunun yanı sıra insani niteliği günümüz için tartışmalı birtakım yaptırımların uygulanması talepleri de güçlü bir biçimde dile getirilmektedir.

Bu çerçevede cinsel suç failleri için, cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması olarak tanımlanabilecek kastrasyon (*hadım etme*) yaptırımının uygulanması tartışmaları, Türkiye’de ceza adaleti sisteminde sürekli olarak gündeme getirilen diğer bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır.

Kastrasyon, kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğini geri dönüşü olmayan bir şekilde ortadan kaldıran veya geçici olarak durduran ve cerrahi ya da kimyasal yollarla uygulanabilen bir tıbbi müdahale şekli olarak ortaya çıkar. Kastrasyon, çoğunlukla karıştırılmak ile birlikte, kısırlaştırmadan farklı bir işlemdir. Çünkü kısırlaştırma kişilerin cinsel faaliyette bulunma yeteneğine zarar vermeksizin, kadınlarda yumurtalıkların, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması amacıyla gerçekleştirilen bir tıbbi müdahaledir. Kastrasyon ise, üreme yeteneğinin yanı sıra ve daha da öncelikli olarak cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin ortadan kaldırılmasını hedefleyen bir işlemdir.

Kastrasyon işleminin hukuki niteliği konusunda ise bir görüş birliği mevcut değildir.

Ceza mahkûmiyetine bağlı bir ceza hukuku yaptırımı olan kastrasyonun bir ceza mı yoksa bir güvenlik tedbiri mi olduğu tartışmalıdır. Kanımızca, faile uygulanan zorunlu kastrasyonun bir güvenlik tedbiri olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü kastrasyonun bir ceza olduğunun kabul edilmesi durumunda bu yaptırımın faile karşı salt bir sosyal hesaplama olarak değerlendirilmesi olasılığı ortaya çıkar. Oysa ki, kastrasyon yaptırımı ile ulaşılmak istenen amaç bu yönde değildir. Aksine kastrasyon ile amaçlanan, cinsel dokunulmazlığı ihlal eden bir fiil ika eden ve bu fiili nedeniyle yargılanarak hüküm giyen failin, yeniden böyle bir suç işleminin ve dolayısıyla toplum yönünden tehlikelilik halinin ortadan kaldırılmasıdır¹¹⁷.

İlk olarak, ulusal üstü hukuk açısından ele alındığında, kastrasyon işleminin, kişinin iradesi dışında bir cerrahi kastrasyon şeklinde gerçekleştirilmesi halinde bu işlemin AİHS md. 3’de düzenlenen “işkence ve kötü muamele yasağı”nı ihlal edeceğini vurgulamak gerekir¹¹⁸. Buna karşın, kimyasal kastrasyon konusunda ise, bu şekildeki kastrasyon

¹¹⁷ Tevfik Sönmez Küçük, “Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIX, Sy: 4, 2015, s. 307-308.

¹¹⁸ Seher Çakan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy: 129, 2017, s. 21-22.

işleminin cinsel suç failinin sağlığını korumak için gerekli olması ve failin de yazılı rızasının alınması koşuluyla uygulanması halinde, işkence ve kötü muamele yasağının ihlalden söz edilemeyecektir. Benzer şekilde, cerrahi kastrasyon kişinin vücuduna ve cinsel yaşam alanına yapılan doğrudan bir müdahale teşkil ettiği için AİHS md. 8’de düzenlenen “özel hayatın gizliliği hakkı”nın da ihlaldini teşkil eder. Buna karşın, kimyasal kastrasyon ise, yine bireyin maddi ve manevi varlığını ihlal etmesine karşın geçici bir müdahale olması ve AİHS md. 8/2’deki güvencelere riayet edilmesi koşuluyla özel hayatın gizliliği hakkının ihlali teşkil etmeyebilecektir¹¹⁹.

Ulusal hukuk açısından öncelikle, cinsel suç faili hakkında iradesi dikkate alınmaksızın devlet tarafından gerçekleştirilen zorunlu kastrasyon uygulamasının, anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlükler yönünden değerlendirilmesi ve şekildeki bir müdahalenin, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal esaslar gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Kuşkusuz bu konu anayasa hukukçularının uzmanlık alanına girmekle birlikte, kanımızca zorunlu kastrasyon işlemine yönelik yasal düzenleme eğilimleri yönünden öncelikle AY 13’de yer alan “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir” kuralı göz önünde tutulmalı; sonrasında ise mesele,

- AY 17/2: Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.
- AY 17/3: Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.
- AY 20: Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.
- AY 38/3: Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur; şeklinde özetlenebilen anayasal kurallar çerçevesinde değerlendirilmelidir¹²⁰.

Türk hukukunda yasal düzeyde ise kimyasal kastrasyonun ceza mevzuatı içerisinde düzenlenmesine yönelik çeşitli girişimlerde bulunulduğu tespit edilebilir. Bu yasal düzenlemelere değinmeden önce, önemle belirtmek gerekir ki, Türk kanun koyucusu tarafından kastrasyon tartışmalarından bağımsız olarak, yukarıda kastrasyondan farklı kısaca izah edilen “kısırlaştırma” (*sterilizasyon*) işlemine özel bir önem atfedilmiş ve bu işlemin hukuki çerçevesinin kanun düzeyinde tespit edilirken, kastrasyon işlemine de değinilmiştir.

¹¹⁹ Çakan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi,” s. 26.

¹²⁰ Kastrasyonun anayasal kurallar yönünden irdelenmesi için bkz. Sönmez, “Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, s. 308-316.

Bu kapsamda, kısırlaştırma işlemi 2847 sayılı Nüfus Planlaması Kanunu'nda düzenlenmiş ve bu kısırlaştırma işleminin hukuki geçerlik koşulları ise (Md. 6/2) detaylı bir biçimde ortaya konulmuştur. Ancak aynı Kanun'da kastrasyon işlemiyle ilgili olarak da 2. maddede “Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz” hükmüne yer verilmiştir. Benzer şekilde sterilizasyon işleminin tanımlandığı 4. maddede ise, “bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir” şeklinde kastrasyon işlemi için kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenine vurgu yapılmıştır.

Buna karşın, kastrasyonun, cinsel suç failleri için ceza mahkûmiyetine bağlı bir ceza yaptırımı olarak düzenlenmesine yönelik ilk normatif düzenleme önerisi ise 2011 yılında bir Kanun Teklifi şeklinde ortaya çıkmıştır. Buna göre, 08.02.2011 tarihinde AK Parti İstanbul Milletvekili Alev Dedegil tarafından verilen ve TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen **kanun teklifinin** 7. maddesi ile- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 108. maddesinde şu şekilde bir değişiklik önerisi içermektedir¹²¹:

*“Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinde tanımlanan cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinden, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan veya 104 üncü maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halinden hapis cezasına mahkum olanlar, hakim kararı ile cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde, denetim süresi içinde; a) **Testosteron etkisini önemli ölçüde azaltıcı tedaviye tabi tutulabilirler...**”*

Bu Kanun teklifi, kanunlaşma imkanı bulamamış olmakla birlikte, sonrasında 2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile CGTİHK md. 108'de yapılan değişikliğe temel oluşturmuştur. Gerçekten, anılan Kanun değişikliği ile CGTİHK md. 108'in 9. Fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir:

Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin

¹²¹ Bu Kanun teklifi ve gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss747.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2018). Kanun teklifiyle ilgili değerlendirmeler için ise bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/meclis-komisyonunda-hadim-tartismasi-17425028> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

*ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir: a) **Tıbbi tedaviye tabi tutulmak** b) Tedavi amaçlı programlara katılmak c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak.”*

Görüldüğü üzere, bu değişiklik ile, cinsel suç failleri hakkında verilen mahkûmiyet kararının ardından infaz aşamasında, infaz hâkimi tarafından bu kişiler hakkında tıbbi tedaviye tabi tutulmak şeklinde bir yükümlülüğün öngörülebilmesi imkanı getirilmiştir. Tıbbi tedaviye tabi tutulmayı da kapsar anlamda CGTİHK md. 108/9’da yer alan yükümlülüklerin, tıbbi tedavilerin ve iyileştirme programlarının belirlenmesine yönelik olarak **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik** ise 26 Temmuz 2016 tarihli ve 29782 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır¹²². Bu Yönetmeliğin, “Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulmak” başlıklı 7. maddesinde esasen kimyasal kastrasyonun düzenlendiği görülmektedir.

Gerçekten Yönetmeliğin tedaviyi tanımlayan 7/1. maddesine göre; “*Tedavi, tanımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.*” 7. maddenin sonraki fıkralarında ise tedavinin (*kimyasal kastrasyonun*) uygulanma koşulları düzenlenmiştir.

Belirtelim ki, Yönetmeliğin 7/1 maddesinin ve ilgili diğer fıkralarının iptali istemiyle açılan Danıştay 10. Dairesi, Madde 7/1’de geçen “*cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesi*” şeklindeki ifade ile Kanun’da yer verilmeyen bir tanımlama yapıldığı ve tıbbi

¹²² <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160726-1.htm> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

tedavi kavramından ayrıldığı iddiasını yerinde bularak, Yönetmeliğin 7/1 maddesinin iptaline karar vermiştir¹²³.

Bu itibarla, tartışmalar devam etmekle birlikte, bugün itibarıyla Türk hukukunda cinsel suç faillerine kastrasyon yaptırımı uygulanmasına ilişkin herhangi bir mer'i yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Kanımızca, cinsel suç faillerine, salt cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlemiş olmaları nedeniyle doğrudan bir zorunlu kimyasal kastrasyon uygulamasına gidilmesi insanilik bir yaklaşım olmadığı gibi, bu yöndeki bir düzenleme de AY md. 17'nin ihlali anlamını taşır. Buna karşın işlenen cinsel suçun, tıp biliminin verilerine göre, kişideki psikolojik veya biyolojik bir rahatsızlıktan meydana geldiğinin ortaya konulması ve bu rahatsızlığın etkilerinin zayıflatılması için mutlaka kimyasal kastrasyon işleminin gerekli görülmesi halinde, 18 yaşını doldurmuş failler hakkında rızaları alınmak suretiyle bir denetimli serbestlik tedbiri olarak kimyasal kastrasyonun uygulanabileceği düşüncesindeyiz¹²⁴. Burada önemli olan husus, failin cinsel suça yönelmesinin arkasında yatan gerçek sebebin doğru tespit edilmesidir. Eğer tıp biliminin verileri çerçevesinde yapılacak incelemede, kişinin bu suçu işleminde sözgelimi hormon seviyelerindeki kontrolsüz, aşırı artışın olumsuz etkisi tespit edilmiş veya kişinin pedofili hastası olduğuna ilişkin klinik bulguya ulaşılmış ise, bu takdirde rızasına dayalı olarak kastrasyon uygulanabilir. Bu tarz bir durumda, kastrasyonun kişinin belirtilen biyolojik veya psikolojik rahatsızlıklarının tedavi edilmesi sürecinin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekir. Aksi bir yaklaşımla, mevcut rahatsızlığı nedeniyle cinsel eğilimlerinde sapma bulunan ve bunu kontrol edemeyeceği aşikâr bulunan bir bireyin toplum içerisine denetimsizce salınmasının, tüm toplum açısından tehlikelilik oluşturduğu ve yeni cinsel suçlar işlenmesine zemin hazırlayacağı asla gözden uzak tutulmamalıdır.

SONUÇ

Adalet ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsendiği düzenlerde, tüm hukuk sisteminin meşruiyet kazanabilmek için yöneldiği bir ideali ifade eder. Bu bağlamda, yalnızca normatif kurallar alanında değil ancak aynı zamanda bu kuralların uygulanması alanında da bu ilkenin

¹²³ <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201708201029781992-danistay-cinsel-saldiri-suclu-kimyasal-hadim/> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

¹²⁴ Aynı yönde, A. Caner Yenidünya - Yusuf Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 4, Sy: 14, Temmuz 2013, s. 362.

gözetilmesi ve böylece hukuk sisteminin bütüncül olarak işleyişinde de adalet ilkesinin gerçekleştirilmesi temin edilmek istenir.

Bir ülkede, ceza hukuku kurumlarının düzenlenişine ve uygulanışına ilişkin esaslar, o ülkede adalet ilkesinin gereklerinin yerine getirilip getirilemediğinin belirlenmesi yönünden önemli bir ölçüt teşkil eder. Bu bağlamda, ceza hukukuna egemen olan esaslar, hukuk devleti kimliğine ve hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılığa ilişkin belirlemeyi yapmayı sağlayan birer turnusol kağıdı işlevi görürler. Bu açıdan, zaten Türk ceza adaleti sisteminin adalet ilkesini gerçekleştirmek için uzun bir yol kat etmesi gerekirken; 20 Temmuz 2016'da başlayan OHAL süreci ile özellikle ceza muhakemesi hukuku kuralları bağlamında temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin getirilen düzenlemeler, bu yolu çok daha uzatmıştır.

Ancak bu olumsuz durumun tespit edilmesi, asla bir karamsarlık yaratmamalıdır. Çünkü ceza hukuku bağlamında adalet ilkesinin bugün itibarıyla ne kadar uzağına düşülmüş olursa olsun; adalet ilkesi, ulaşılması gereken bir “kutup yıldızı” olarak daima yolumuzu ve geleceğimizi aydınlatmaya devam edecektir. Türkiye'nin bildiride ayrıntılarıyla ortaya koymaya çalıştığımız şekilde bugün itibarıyla içinde bulunduğu karanlık tabloyu geçmişte bırakacağına; başta OHAL sürecinde ihdas edilenler olmak üzere ceza mevzuatında adalet ilkesiyle bağdaşmayan tüm yasal düzenlemelerden ve olumsuz uygulamalardan arınacağına ve nihayetinde, adalet ilkesi ışığında bir hukuk devleti olmanın ve hukukun üstünlüğü ilkesinin gereklerini bir gün mutlaka hayata geçireceğine olan inancımız tamdır...

KAYNAKÇA

Aktaş Batuhan, “*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 2, 2017.

Başak Cengiz, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 51, Sa. 4, 2002.

Bozdağ Ahmet - Şık Hüseyin, “*Müdafinin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçlar*,” Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014.

Cengiz Serkan - Demirağ Fahrettin - Ergül Teoman - McBride Jeremey - Tezcan Durmuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ankara, Kasım 2008.

Centel Nur - Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, 2017.

Çakan Seher, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Failerinin Hadım Edilmesi*,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy: 129, 2017.

Çulha Rıfat - Demirağ Fahrettin - Nuhoglu Ayşe - Oktar Salih - Tezcan Durmuş, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, Editör: Prof. Dr. Feridun Yenisey, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2018.

Değirmenci Olgun, *Ceza Muhakemesinde Sayısal Dijital Delil*, 1. Bası, Ankara, 2014.

Demirbaş Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Ankara, 2013.

Dutertre Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003.

- Feyzioğlu Metin - Okuyucu Ergün Güneş**, “*Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 59, Y: 2010.
- Gemalmaz Semih**, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. Baskı Kavram Yayınları, 1994.
- Gökçen Ahmet - Balcı Murat - Alşahin Mehmet Emin - Çakır Kerim**, *Ceza Muhakemesi Hukuku - II*, Ankara, 2017.
- Gözübüyük A. Şeref - Gölcüklü Feyyaz**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi)*, 10. Bası, Ankara, 2013.
- Hafizoğulları Zeki**, “*Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğü Prensibi” Sorunu*”, Ankara Barosu Dergisi, 2002, Sy: 1.
- Harris David - O’Boyle Michael - Warbrick Colin**, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2th Edition, London, 2009.
- İnci Özen**, “*Tutukluluk ve Hükümlülük Arasında Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar*”, Ceza Hukuku Dergisi, Sy: 24, Ağustos 2014.
- Kalabalık Halil**, *İnsan Hakları Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Ekim 2015.
- Kapani Münci**, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bası, Ankara, 1993.
- Karan Ulaş**, “*Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, Editör: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, İstanbul, 2013.
- Katoğlu Tuğrul**, “*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi*”, in: Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu, 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2015.
- Katoğlu Tuğrul**, “*Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar*”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 2001, Sy: 4.
- Kunter Nurullah - Yenisey Feridun - Nuhoğlu Ayşe**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, İstanbul, 2010.
- Küçük Tevfik Sönmez**, “*Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIX, Sy: 4, 2015.
- Mumcu Ahmet - Küzeci Elif**, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri* (Editörler Ayşe Tülin Yürük - Kıymet Selvi), 2. Baskı, Eskişehir, 2005.
- Mural Balcı**, “*Tutukluluk Süreleri ve Temyiz aşaması*”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 85, Sy: 6, 2011.
- Osman Doğru - Atilla Nalbant**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt (İHAS 2,3,4,5,6 ve 7. maddeler)*, 2. Bası, İstanbul, Ekim 2012.
- Önok R. Murat**, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanıüstü Hal Uygulamaları*”, KHK’ler Türkiye’inde Savunma Hakkı Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 330, Ankara, Aralık 2016.
- Özbek Veli Özer - Kanbur M. Nihat - Doğan Koray - Bacaksız Pınar - Tepe İlker**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2014.
- Özbek Veli Özer**, “*Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmancının Ceza Sorumluluğu*”, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014.
- Özen Muharrem - Güngör Devrim - Okuyucu Ergün Güneş**, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler*”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 68, Sy: 2010/4.
- Öztürk Bahri - Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Gezer Sırma Özge - Kırıt Saygılar Yasemin - Özaydın Özdem - Akçan Alan Esra - Erden Tütüncü Efser**, *Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Ankara, 2016.
- Sınar Hasan**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, İstanbul, 2016.
- Taner Fahri Gökçen - Öntan Yaprak**, “*CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İctihatta Dönüşüm*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2016, Sy: 4.
- Taner Tahir**, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 1955.
- Teixeira De Castro / Portekiz Davası, Çeviren: Fatih BİRTEK, TBB Dergisi, Sayı:91, 2010.
- Ünver Yener - Hakeri Hakan**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, 2017.
- Yaşar Yusuf - Dursun İsmail**, “*Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 19, S.: 3, 2013.

Yenidünya A. Caner - Yaşar Yusuf, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 4, Sy: 14, Temmuz 2013.

Yenisey Feridun - Nuhoglu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, 2017.

Yılmaz Yeşim, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, TBB Dergisi, Sayı: 124, 2016.

Zafer Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, İstanbul, 2015.

İnternet Kaynakları

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı - Aralık 2015,

[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/diger/Derogation%20in%20time%20of%20emergency%20\(OLA%C4%9EAN%C3%9CST%C3%9C%20HALLERDE%20Y%C3%9CK%C3%9CML%C3%9CL%C3%9CKLER%C4%B0%20ASKIYA%20ALMA\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/diger/Derogation%20in%20time%20of%20emergency%20(OLA%C4%9EAN%C3%9CST%C3%9C%20HALLERDE%20Y%C3%9CK%C3%9CML%C3%9CL%C3%9CKLER%C4%B0%20ASKIYA%20ALMA).pdf). (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 184 sayılı Bilgi Notu, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_04_184_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / 189 sayılı Bilgi Notu -Ekim 2015, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_10_189_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

Çakır Hüseyin - Sert Ercan, “Bilişim Suçları ve Delillendirme Süreci” http://utsam.org/images/upload/attachment/utsas_2010_secilmis/Bili%C5%9Fim%20Su%C3%A7lar%C4%B1%20ve%20Delillendirme%20S%C3%BCreci.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

Erdoğan Mustafa, “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet”, <http://erdoganmustafa.org/hukuk-hukukun-ustunlugu-ve-adalet/>

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-80953&filename=00180953.pdf&TID=ihgdqbxnfi> (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

<http://www.academicsforabolition.net/> (Erişim Tarihi: 27.03.2018)

http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=kpxwZhi3 (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/meclis-komisyonunda-hadim-tartismasi-17425028> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/2ea43c22-562f-454d-a2e7-d07069ccf75a?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 21.03.2018).

<http://www.refworld.org/cases,ECHR,502d42952.html> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160726-1.htm> (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0775.pdf> (Erişim Tarihi: 29.03.2018).

<https://deathpenaltyinfo.org/abolitionist-and-retentionist-countries> (Erişim Tarihi: 27.03.2018)

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57980\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 16.03.2018).

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["2001-181854%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 28.03.2018).

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/9450> (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

<https://tr.sputniknews.com/turkiye/201708201029781992-danistay-cinsel-saldiri-suclu-kimyasal-hadim/> Erişim Tarihi: 28.03.2018).

<https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5038312016ENGLISH.PDF> (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=mUzw2oX3

(Erişim Tarihi: 27.03.2018).

https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_04_184_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 20.03.2018).

Macovei Monica, *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları No: 5, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozgurluk_guvenlik.pdf (Erişim Tarihi: 27.03.2018).

Şen Ersan, “Zorunlu Müdafilik ve Yargılama Sürati” , 24.10.2014, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1213788-zorunlu-mudafilik-ve-yargilama-surati>

(Erişim Tarihi: 21.03.2018).