

TUTUKLAMA NEDENLERİ VE TUTUKLAMA İSTEMİNİN REDDİ KARARINA İTİRAZ KONUSUNDA 5271 SAYILI CMK’NIN İNCELENMESİ

Dr. Ali KARAGÜLMEZ*

GİRİŞ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda “*tutuklama*”, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na göre oldukça farklı bir biçimde kurala bağlanmıştır.

Çalışmamız, tutuklamayla ilgili olarak iki konudan oluşmaktadır. Birincisi, CMK’da tutuklama nedenleri, ikincisi ise, CMK’da tutuklama isteminin reddi kararına itirazdır.

I. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU’NDA TUTUKLAMA NEDENLERİ

5271 sayılı CMK’nın “*Tutuklama Nedenleri*” kenar başlıklı 100. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesine göre, “*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir*”.

CMK’nın 2. maddesine göre şüpheli; soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise; kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 112. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ise, tutuklama için, sanığın suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedeni bulunmalıdır.

* Hakim.

A. Ön Koşul Niteliğindeki Nedenler

CMK'nın 100. maddesinde öngörülen;

a. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular bulunması,

b. Bir tutuklama nedeninin bulunması nedenleri, tutuklama kararı verilebilmesi için ön koşul niteliğindedir ve mutlaka birlikte bulunmak zorundadır.

Ceza muhakemesi hukukunda kural olarak sanığın lehine de olsa, aleyhine de olsa kıyas serbest ise de, bu kuralın istisnalarından birisini, CMK'nın 100. maddesindeki tutuklama nedenleri oluşturur. Bir başka anlatımla, CMK'nın 100. maddesindeki tutuklama nedenleri kıyas yoluyla genişletilemez.¹

1. Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığını Gösteren Olgular Bulunması

1412 sayılı CMUK'un 104. maddesindeki, *"suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan"* ibaresinden farklı olarak 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinde, *"kuvvetli suç şüphesinin varlığı"* ibaresi kullanılmıştır.

CMUK'daki *"suçluluk"* sözcüğü, CMK'daki *"suç şüphesinin varlığı"* ibaresine göre daha yoğun ve ileri bir düzeyi ifade etmektedir. *"Suç şüphesi"* tam bir kesinliği göstermezken, *"suçluluk"* kavramı şüphenin daha ötesini anlatmaktadır.

CMK'nın 100. maddesinde, kullanılan *"olgular"* sözcüğü ise, CMUK'un 104. maddesindeki, *"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler aşağıdaki hallerde tutuklanabilir"* hükmünde ise *"belirti"* sözcüğünden farklılık taşımaktadır.

"Olgu" sözcüğü, *"birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç, vakıa"* olarak; *"belirti"* ise, *"bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şey, alamet, nişan, nişane"* olarak tanımlanabilir.²

Olgu sözcüğü, *"belirti"*ye göre, daha somut bir anlamı içermektedir. Bununla birlikte, olgu, bir olayın dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç veya vakıa iken, belirti sözcüğü, bir olayın anlaşılmasına yar-

¹ Öztürk, Bahri, "Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu mu? Yoksa Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku mu?"; www.edb.adalet.gov.tr/ (2005).

² www.tdk.gov.tr/tdksozluk

dım eden şey, alamet vs.dir. Her olgu bir belirti sayılabilir fakat, her belirti bir olgu sayılmayabilir.

Bununla birlikte, CMK'nın 100. maddesinde *"kuvvetli suç şüphesinin varlığı"* ibaresi yanında kullanılan *"olgu"* sözcüğü, şüpheye ilişkin olacaktır. CMUK'un 104. maddesindeki *"suçluluğu"* ibaresi yanında kullanılan *"belirti"* sözcüğü de suçluluğu kesin olarak değil, bir alamet olarak ortaya koyabilen şeyleri anlatmaktadır.

Sonuç olarak, CMK'nın 100. maddesinde, *"suç şüphesi"* ibaresiyle birlikte *"olgu"* sözcüğünün kullanılması, bir bakıma CMUK'un 104. maddesinde *"suçluluğu hakkında"* ibaresiyle birlikte *"belirti"* sözcüğünün kullanılmasıyla paralellik taşımaktadır. Bir an için CMK ve CMUK'daki ibarelerin karıştırıldığını düşündüğümüzde, *"suçluluğu hakkında kuvvetli olgular"* denilseydi, tutuklama tedbirinde suçluluğun ispatının aranması gibi bir çıkmaza girilmiş olurdu. Bu nedenlerle, CMK'nın 100. maddesindeki *"kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular bulunması"* ibaresinin uyumlu olduğunu düşünüyoruz.

2. Bir Tutuklama Nedeninin Bulunması

CMK'nın 100. maddesine göre tutuklama kararı verilebilmesi için ikinci önemli koşul, yasada sayılan bir tutuklama nedeninin bulunmasıdır. Bu konuda ikili bir ayırım söz konusudur. Birincisi, genel olarak tutuklama nedenleri, ikincisi ise, suç türlerine göre tutuklama nedenleridir.

a. Genel Olarak Tutuklama Nedenleri

CMK'nın 100. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa

b. Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluştuyorsa.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 112. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ise, aşağıdaki haller belirgin olgulara dayanıyorsa, bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

1. Sanığın kaçacağı veya saklanacağı,
2. Somut olayın özelliklerine göre, sanığın ceza yargılamasından kaçınacağı (kaçma riski olduğu),
3. Sanığın davranışları, aşağıdaki konularda kuvvetli bir şüphe içeriyorsa;
 - a. Delilleri, yok etmek veya değiştirmek veya ortadan kaldırmak, örtbas etmek veya tahrif etmek,
 - b. Suç ortaklarını veya tanıkları veya bilirkişileri (uzmanları) uygunsuz şekilde etkilemek,
 - c. Diğerlerini de aynı şekilde etkilemek ve bu yüzden, gerçeğin belirlenmesinin zorlaşması tehlikesi varsa (delillerin karartılması tehlikesi varsa).

Görülüyor ki, CMK'daki genel tutuklama nedenleri, büyük ölçüde Alman CMK'ya benzetilmektedir. Bununla birlikte, Alman CMK'da farklı olarak, sanığın davranışlarına ilişkin (3) numaralı seçenek, ayrıca *"bu yüzden, gerçeğin belirlenmesinin zorlaşması tehlikesi varsa"* koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul, kısaca delilleri karartma olarak ifade edilebilecek olan konuların, asgari niteliğini belirtmektedir. Esasında, 5271 sayılı CMK'da olmayan bu koşul, işin özünde aranmalıdır. Çünkü, CMK'nın 100. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki delilleri karartma nedenleri, sonuca etkili olabilecek olan nitelik taşımaktadır.

b. Suç Türlerine Göre Tutuklama Nedenleri

CMK'nın 100. maddesinde, Hükümet Tasarısı'nın³ 119. maddesindeki, *"suçun ağırlığı, işlendiği hal ve koşullar veya meydana gelen zararın önemi dolaşısıyla fiilin kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnai ve ısrarlı düzensizliğe son verilmesi"*, *"şüpheli veya sanığın, kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması"*, *"suça son verilmesi"*, *"suçun yinelenmesine engel olunması"* şeklindeki tutuklama nedenlerine yer verilmemiştir.⁴

³ "Hükümet Tasarısı", 7.3.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından TBMM Başkanlığı'na sevk edilen "(2002) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı"nı ifade etmektedir.

⁴ Hükümet Tasarısı'ndaki bu nedenlerle ilgili eleştiri için bkz., Şahin, Cumhuriyet - Özgenç, İzzet, "CMUK Tasarısı (2002) Üzerine Düşünceler", GÜHFD, C. III, S. 1-2, 1999, s. 216.

Bu yaklaşımda, tutuklamanın bir koruma tedbiri olduğu ve koruma tedbirlerinin amacının ise maddi gerçeğe, doğru hükme ulaşmak ve sonuçta verilen kararların uygulanmasını sağlamak şeklindeki düşüncenin⁵ etkili olduğu söylenebilir.

CMK'nın 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre, aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar (m. 76, 77, 78),
2. Kasten Öldürme (m. 81, 82, 83),
3. İşkence (m. 94, 95)
4. Cinsel Saldırı (birinci fıkra hariç, m. 102),
5. Çocukların Cinsel İstismarı (m. 103),
6. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (m. 188),
7. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (2, 7 ve 8. fıkralar hariç, m. 220),
8. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (m. 302, 303, 304, 307, 308),
9. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (m. 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

b. 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12) suçları.

c. 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.

d. 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e. 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.

f. 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

⁵ Şahin - Özgenç, s. 216.

CMK'nın TBMM'deki görüşmelerinde, bir taraftan Hükümet Tasarısı'ndaki tutuklama nedenleri azaltılmış, diğer taraftan ise tutuklama nedenlerinin varsayılabilceği haller katalog halinde belirtilerek, 100. maddenin yukarıdaki (3) numaralı fıkrası eklenmiştir.⁶

Belirtelim ki, Hükümet Tasarısı üzerinde doktrindeki tartışmalarda, tutuklama nedenleri belirlenirken Alman CMK'daki gibi bir katalog yapılması görüşü de ileri sürülmüştür.⁷

Karşı görüşe göre ise, CMK'nın 100. maddede tek tek sayılan bu suçlarda tutuklama nedenin var sayılacağıının belirtilmesi bir ön yargının açıkça ifadesidir. *"Hükümler ve adalet kişiye göre değişemez böyle olursa açık bir hak ihlali olur"*⁸

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 112a maddesinde de, benzer bir düzenleme yer almaktadır ve 112a maddesinde tek tek sayılan suçların sanık tarafından işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunmalıdır.

CMK'nın 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında sayılan suçlardan birisinin söz konusu olması, tutuklama nedeni için tek başına yeterli değildir. Bu suçlardan birisinin işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı varsa, ancak tutuklama nedeninden söz edilebilir. Bununla birlikte, bu halde bile, sayılan suçlardan birisinin işlendiği konusundaki kuvvetli şüphenin olması, CMK'nın 100. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki genel tutuklama nedenlerinin var sayılmasına neden olabilir. Tüm bu konular ise, hakim tarafından takdir edilecektir.

B. Tutuklama Kararı Verilemeyecek Haller

1. CMK'daki Düzenleme

CMK'nın 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Bu iki durum, tutuklama yasağı olarak da adlandırılabilir.

⁶ TBMM Adalet Komisyonu Raporu, 1.12.2004, Esas No. 1/535, 1/292, Karar No. 65.

⁷ Özbek, Özer, V., *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Taslağı*, (TBB), Ankara 2004, s. 197.

⁸ Şamlı, Yasin, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", www.hukukcularder.org (10.3.2005); ayrıca karşı görüş için bkz., *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Taslağı*, (TBB), Ankara 2004, s. 197.

Sadece adli para cezası gerektirme kapsamına, hapis ve adli para cezasının seçimlik öngörüldüğü suçlar girmez; yeter ki böyle bir düzenlemede hapis cezasının üst sınırı iki yıldan daha az olmasın.

Hapis cezasının üst sınırından maksat, suça ilişkin yasa maddesindeki ceza düzenlemesindeki üst sınırdır.

2. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenleme

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 113. maddesine göre ise, altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezalarda veya yüz seksen güne kadar para cezalarında, delillerin karartılması riskinin olmadığı kabul edilebilir ve tutuklama söz konusu olmayabilir. Bununla birlikte bu suçlarda dahi aşağıdaki hallerde, sanığın kaçma şüphesi bulunduğu kabul edilebilir:

1. Kendisine karşı yürütülen ceza usul sürecinden kaçınıyor veya kaçma hazırlığı içerisindeyse,

2. Alman kanunlarının uygulandığı yerde, sabit ikametgahı veya oturma söz konusu değilse,

3. Kim olduğunu ispatlayamıyorsa.

Görülüyor ki, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, yüz seksen güne kadar olan para cezalarında bile, kaçma şüphesi varsa tutuklama söz konusu olabilecektir. Üstelik Almanya'da da adli kontrol kurumu bulunmaktadır.

Alman CMK'daki düzenleme, 1412 sayılı CMUK'un 104. maddesinin 3. fıkrasında; *"Altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda sanık ancak, suçun toplumda infial uyandırması veya ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi halinde tutuklanabilir"* hükmüne (infial dışında) benzemektedir.

Alman CMK'dan ve CMUK'dan farklı olarak 5271 sayılı CMK'da ise, çok geniş bir tutuklama yasağı olan alan kabul etmiştir.

C. İşin Önemi, Ölçülü Olma

CMK'nın 100. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine göre, *"işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez."* CMUK'nın 104. maddesinin 4. fıkrasında da, *"soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet*

tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabilecekse veya tutuklama yerine bir başka yargılama önemi ile amaca ulaşılabilir ise tutuklamaya karar verilemez” denilmektedir.

“İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmama” konusu, tutuklama yasağından farklı ve genel bir nitelik taşımaktadır; her somut olayda, olayın özelliklerine göre takdir edilecektir.

Tutuklama ile kişi özgürlüğü arasındaki makul dengenin korunması ise, mahkemelere ait önemli bir görevdir.⁹

Tutuklamanın yasadaki kurallara uygun yapılmaması ise, kişi hürriyeti ve güvenliği olarak anılmaktadır. Yasal şartlara uyulmadan yapılan tutuklama ise insan hakkı ihlali anlamına gelmektedir.¹⁰

II. TUTUKLAMA İSTEMİNİN REDDİ KARARINA İTİRAZ

A. Cumhuriyet Savcısı’nın Soruşturma Evresinde Tutuklama İstemi

CMK’nın 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet Savcısı’nın istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet Savcısı’nın istemi üzerine veya re’sen mahkemece karar verilir.¹¹

Cumhuriyet Savcısı’nın soruşturma evresinde veya kovuşturma evresinde tutuklama isteminde bulunurken, aşağıdaki iki hususta mutlaka açıklamada bulunması gerekmektedir:

1. Gerekçe

2. Adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenler.

Eğer Cumhuriyet Savcısı, bu iki konuda hiçbir açıklamada bulunmamışsa, bunun sonuçlarının ne olduğu CMK’da belirtilmemiştir.

⁹ Harvey, Richard, “Redefining the framework of arrest”, (Chair The Haldane Society of Socialist Lawyer), www.statewatch.org/news/2004.

¹⁰ Öztürk, www.edb.adalet.gov.tr/ (2005).

¹¹ CMK’nın 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendine göre “Soruşturma: Kanun’a göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi”, (f) bendine göre, “Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi”, ifade eder.

Biz, hiçbir açıklamada bulunmadan Cumhuriyet Savcısı'nın tutuklama isteminde bulunması halinde CMK'nın 101. maddesindeki hükmün emredici niteliği karşısında hakimın, sorguya geçmeden önce bu iki hususta açıklamada bulunmasını Cumhuriyet Savcısı'ndan istemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Gerekçe, CMK'nın 100. maddesindeki tutuklama nedenlerini anlatmaktadır. Adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenler ise, CMK'nın 109 ila 115. maddeleri arasında düzenlenen (ve CMUK'da bulunmayan) adli kontrol kurumuyla ilgilidir.¹² Tutuklamaya karar verebilmede, adli kontrol kurumu ile bağlantı kurulması usulü, şüpheli veya sanığa ciddi güvence sağlamayı amaçlamaktadır.¹³

CMK'nın 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, 100. maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilecektir. 110. maddenin (1) numaralı fıkrasına göre, şüpheli, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi ve sulh ceza hakiminin kararı ile soruşturma evresinin her aşamasında adli kontrol altına alınabilecektir.

CMK'nın 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasına bakıldığında, adli kontrole, üst sınırı iki yıldan fazla ve üç yılı geçmeyen suçlarda karar verilebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, 109. maddenin (2) numaralı fıkrasına göre, CMK'da tutuklama yasağı öngörülen hallerde de, adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

CMK'nın 101. maddesinin (2) ila (5) numaralı fıkralarına göre, tutuklamaya, tutuklananın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenler ile gerekçeleri gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir. Tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır. Tutuklama kararı verilmezse, şüpheli veya sanık derhal serbest bırakılır. 100 ve 101. madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir.

¹² Adli kontrol kurumu, Alman, İtalyan ve Fransız hukukunda kabul edilen ve tutuklama yerine geçebilecek diğer bir önlem niteliğindedir; Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul, 2000, s. 599.

¹³ Adli kontrol hakkında geniş bilgi için bkz., Darende, Yeliz, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunuyla Hukukumuzda Giren Adli Kontrol Müessesesi ile Bu Bağlamda Yenilenen Tutuklama Müessesesi", www.turkhukuksitesi.com/hukukforum, (9.3.2005).

B. Tutuklama Talebinin Reddi Kararına İtiraz

CMK'nın 100 ve 101. maddesine göre tutuklamayla ilgili ret veya kabul kararlarına karşı itiraz edilebilir.

Tutuklu sanığın itirazında, itiraz merci, itirazın kabulüne karar verirse, tutuklu sanığın veya şüphelinin derhal salıverilmesine de karar verecektir; itiraz reddedilirse, sanığın tutukluluk hali devam edecektir.

CMK'da, soruşturma evresinde tutuklama isteminin sulh ceza hakimince reddi kararına karşı Cumhuriyet Savcısı'nın itirazında önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Sorunun kaynağı ise, CMK'da gıyabi tutuklama kararının kaldırılmış olmasıdır. Konuyu ayrıntılı olarak ele alabiliriz:

1. Gıyabi (Yoklukta) Tutuklama Kararı Verilmesi Usulü Kaldırılmıştır

1412 sayılı CMUK'nın 106. maddesinin 1. fıkrasına göre, sanığın tutuklanmasına ancak hakim karar verir ve tutuklanması talep edilen sanık hazırse karardan önce dinlenir; sanık hazır değilse, talebe ilişkin karar yokluğunda ve evrak üzerinde verilir.

5271 sayılı CMK'da, bir istisna dışında gıyabi (yoklukta) tutuklama kararı verilmesi usulü kaldırılmıştır. Bir başka deyişle, CMK'da, CMUK'un 106. maddesindeki hüküm bulunmamaktadır ve sanığın yokluğunda evrak üzerinde tutuklama kararı verilemeyecektir. Bu kuralın tek istisnası ise, kaçaklara ilişkindir.¹⁴

2. Gıyabi Tutuklama Kararı Verilme Usulünün Kaldırılmasının Neden Olabileceği Sorunlar

Acaba Cumhuriyet Savcısı'nın soruşturma evresinde şüpheli hakkındaki tutuklama istemi sulh ceza hakimisi tarafından reddedilir ve Cumhuriyet Savcısı buna itiraz ederse, itirazı inceleyen asliye ceza hakimisi, itirazın kabulü görüşünde ise ne karar verecektir?

1412 sayılı CMUK'un uygulandığı dönemde, böyle bir halde itirazı yerinde bulan asliye ceza hakimisi, *"itirazın kabulüne, sanığın gıyaben tutuklanmasına"* karar vermekteydi. 5271 sayılı CMK'da gıyabi tutuklama usulü kaldırıldığına göre, itirazı kabul eden merci kararında ne diyecektir?

¹⁴ İstisna konusunda bkz., ileride "Kaçaklar Hakkında Gıyabi Tutuklama" başlığına.

CMK'nın hükümlerine göre, itirazı kabul eden merci kararında, *"itirazın kabulüne ve şüphelinin gıyaben tutuklanmasına"* diyemeyecektir. Şüphelinin gıyaben tutuklanmasına karar verilmesi, yasal olmayan, yasaya rağmen ve yasaya aykırı bir karar olacaktır.

Peki, itirazı kabul eden merci ne yapacaktır? İtirazın kabulüne karar verilmesinin ne sonucu ya da ne faydası olacaktır ?

Soruna, olan hukuk (CMK'nın hükümleri) açısından bir çözüm bulunabilir mi? Farklı açılardan konuyu ele almak istiyoruz:

a. Cumhuriyet Savcısı, Şüpheliyi Bekletip, Mevcutlu Olarak İtiraz Edebilir mi?

Soruşturma evresinde tutuklama talebi sulh ceza hakimi tarafından reddedildikten sonra adli kolluk tarafından şüpheli soruşturma evrakıyla birlikte Cumhuriyet Savcısı'na getirildiğinde, Cumhuriyet Savcısı, karara itiraz edeceğini söyleyerek, şüpheliyi bekletebilir mi ? Bu arada itiraz başvurusunu hazırlayıp, soruşturma evrakıyla birlikte şüpheliyi, itiraz incelemesinin yapılması için asliye ceza hakimine gönderebilir mi?

CMK'nın 271. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, *"Kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir."*¹⁵ Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet Savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir." bu hükümde, sanığın veya şüphelinin dinlenmesinden söz edilmemiştir.

CMK'nın 101. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki emredici hükme göre ise, Cumhuriyet Savcısı'nın tutuklama istemi karşısında, sulh ceza hakimi tarafından tutuklama kararı verilmezse, şüpheli derhal serbest bırakılacaktır.

Bu hükümler karşısında, tutuklama istemi sulh ceza hakimince reddedilen şüpheli, Cumhuriyet Savcısı tarafından (o evrakta) derhal serbest bırakılacaktır ve itiraz edileceği gerekçesiyle tutulamayacak ve itiraz mercine mevcutlu olarak gönderilemeyecektir.

Diğer yandan, olması gereken hukuk açısından Cumhuriyet Savcısı'nın böyle bir yaklaşımda bulunabilmesinin gerektiğini düşünsek bile, asliye ceza hakiminin itirazı hemen incelemesini her zaman beklemek fiilen mümkün olmayacaktır. Nitekim, CMK'nın 271. maddesinin (3) numaralı fıkrasında,

¹⁵ "Karar mümkün olan en kısa sürede verilir" (CMK 271/3. m).

itiraz mercinin kararını mümkün olan en kısa sürede vereceği öngörülürken, fiili durum ve itiraz konusunun kapsamı dikkate alınmıştır.

Asliye ceza hakimi itirazı bir gün sonra karara bağlarsa, şüpheli bir gün bunun için bekletilecek midir? Elbetteki şüphelinin itiraz mercinin kararını vermesi için bekletilmesi kabul edilemez.

Tüm bu nedenlerle, bu çözüm tarzı yerinde değildir.

b. İtiraz Merci Yalnızca İtirazın Kabulüne Karar Verebilir mi?

İtirazı kabul eden merci, yalnızca itirazın kabulüne karar verip, soruşturma evrakını Cumhuriyet Savcılığı'na gereği için iade edebilir mi?

CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, *"İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir"* denilmektedir. Bu hüküm karşısında, itiraz mercinin yalnızca *"itirazın kabulüne"* diyerek soruşturma evrakını iade etmesi durumunda, itirazın konusu hakkında bir karar verilmemiş olmaktadır.

CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrası, CMUK'un 302. maddesinin ikinci fıkrasındaki *"İtiraz varit görülürse bunu tetkik eden merci aynı zamanda itirazın mevzu olan mesele hakkında da karar verir"* kuralıyla paralellik taşımaktadır.

CMUK'un 302/2. maddesiyle ilgili olarak Yargıtay'ın bazı kararları şöyledir:

"... itiraz üzerine, itiraza bakan merci itirazın mevzu olan konu hakkında bir karar vermelidir. Dosyanın sulh ceza mahkemesine gönderilmesine dair yazılı şekilde karar verilmiş olunmasında isabet yoktur".¹⁶

"...Asliye ceza mahkemesi hakiminin anılan Kanun'un 302. maddesi uyarınca vuku bulan itirazı varit gördüğü takdirde itirazın mevzu olan mesele hakkında da karar vermesi gerektiği halde, bir taraftan itirazın kabulü ile anılan ceza kararnamesinin kaldırılmasına diğer taraftan ise gerekli işlemlerin yapılması için dosyanın sulh ceza mahkemesine gönderilmesine dair verilen karar doğru değildir".¹⁷

Yargıtay kararlarına göre, itirazın kabulüne karar veren merci, bu haliyle (yalnızca kabul kararı vererek) gerekli işlemlerin yapılması için dosyayı

¹⁶ 9. CD, 1.3.2004, E.2004/445, K.2004/527.

¹⁷ 10. CD, 27.1.2004, E.2003/7632, K.2004/889.

geri göndermemeli, itirazın konusu hakkında da bir karar vermelidir; aksi tutum ise CMUK'un 302/2. maddesine aykırılık oluşturmaktaydı.

Tutuklama talebinin sulh ceza hakimi tarafından reddi kararına Cumhuriyet Savcısı'nın itiraz etmesi üzerine, itiraz mercince (asliye ceza hakimince) itirazın kabulüne karar verilmesi, sulh ceza hakiminin tutuklama isteminin reddi kararının ortadan kaldırılması sonucunu sağlamaktadır. Ancak bu sonuç, tutuklama kararı boyutunda değildir. Bir başka anlatımla, itirazın kabulüne karar vermekle, yalnızca sulh ceza hakiminin ret kararı kaldırılmış olmaktadır ve itirazın kabulü kararı, sanığın tutuklanması anlamına gelmemektedir.

Buna göre, itiraz merci tarafından itirazın konusu olan tutuklama istemi hakkında bir karar verilmemiş olmaktadır. Bundan sonra ne yapılacaktır?

Asliye ceza hakimi, CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki emredici kural nedeniyle gereği için, yani tutuklama kararı vermek için dosyayı sulh ceza hakimine gönderemeyecektir. Bir an için gönderebildiğini düşünsek bile, sulh ceza hakimi de gıyabi tutuklama kararı veremeyeceği için, benzer sorunlar yine yaşanacaktır ve bu yaklaşım bir fayda sağlamayacaktır.

Tüm bu nedenlerle, bu çözüm tarzı da yerinde değildir.

c. İtirazı Kabul Eden Merci, Şüpheli Hakkında Yakalama Emri Düzenleyebilir mi?

Cumhuriyet Savcısı'nın sulh ceza hakiminin tutuklama isteminin reddi kararına itirazını kabul eden merci, itirazın kabulüne karar verdikten sonra, itirazın konusu olan (yüze karşı) tutuklama kararı verilebilmesi için, şüpheli hakkında yakalama emri çıkartabilir mi?

Bu seçenek, ilk bakışta bir çözüm olarak görülebilir. Nitekim, itiraz merci, bir taraftan itirazın kabulüne dedikten sonra, diğer taraftan itirazın konusu hakkında bir karar verebilmek için şüpheliyi hazır etmek üzere yakalama emri çıkartıp, şüpheli hazır olunca da yüze karşı tutuklama kararı verebilecek gibi görünmektedir.

Peki, itiraz mercinin şüpheli (veya sanık) hakkında yakalama emri çıkartma yetkisi var mıdır? Bir an için böyle bir yetkisi olduğunu düşünsek bile, bu yöntem uygun mudur ve gıyabi tutuklama kararından farkı olacak mıdır?

CMK'nın "Yakalama Emri ve Nedenleri" kenar başlıklı 98. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, "soruşturma evresinde şüpheli kaçak ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir".

Görülüyor ki, itiraz mercinin soruşturma evresinde yakalama emri düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, (c) şıkkındaki çözüm tarzı da, öncelikle CMK'nın 98. maddesine uygun düşmemektedir. Kaldı ki, itirazın kabulüne karar verip, şüpheli hakkında yakalama emri düzenlemek, dolayısıyla gıyabi tutuklama kararı vermeyi çağrıştırmaktadır ve gıyabi tutuklama usulünden daha karmaşık ve zaman kaybına neden olabilecek yapıdadır.

Önemle belirtelim ki, yakalama emriyle ilgili CMK'nın 98. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki "kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından düzenlenir" hükmü, soruşturma evresinde geçerli değildir. Bir başka anlatımla, hakim veya mahkemenin, istem üzerine veya re'sen yakalama emri çıkartabilme yetkisi, yalnızca kovuşturma evresiyle sınırlıdır ve soruşturma evresinde uygulanamaz.

Bu nedenlerle, bu çözüm tarzı da yerinde değildir.

3. Görüşümüz

CMK'da, gıyabi tutuklama usulü kaldırılmış olması nedeniyle, tutuklama isteminin reddi kararına karşı itirazı inceleyen merci, (bir bakıma) yalnızca kabul kararı vermekle sınırlandırılmış olmaktadır. Buysa, öncelikle itiraz yasa yolunda tıkanmalara neden olabilecektir. Belki de, itiraz mercini, sonucu belirgin ve tereddütsüz olan itirazın reddine kararı verme seçeneğine zorlayabilecektir. Böyle bir sonuç ise, soruşturma evresini ve dolayısıyla buna bağlı olan kovuşturma evresini olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Öte yandan, CMK'da gıyabi tutuklama kararı verme usulünün kaldırılmış olması, CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "itiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir" kuralıyla da bağdaşmamaktadır. Bir taraftan, CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, itirazı kabul eden mercin, itirazın konusu hakkında da bir karar vermesi görev olarak emredici şekilde hükme bağlanmışken, diğer taraftan itirazın konusunu oluşturan gıyabi tutuklama kararı verebilmenin yasaklanmış olması, çelişki oluşturmaktadır.

C. Kaçaklar Hakkında Gıyabi Tutuklama

1. Kaçak

CMK'nın 247. maddesine göre, hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir. Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkumiyet kararı verilemez.

CMK'nın 248. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre, kaçak hakkında 100. ve sonraki maddeler gereğince, sulh ceza hakimi veya kovuşturmayı yürüten mahkeme tarafından yoklukta (gıyabi) tutuklama kararı verilebilir.

2. Kaçak Hükmü Tutuklama İsteminin Reddi Kararına İtirazda Kullanılabilir mi?

Acaba, kaçak hükmü, tutuklama isteminin reddi kararına itirazda, bir çözüm olarak kullanılabilir mi ?

CMK'nın 247. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre kaçak tanımı, kovuşturma evresiyle sınırlıdır ve hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denilmektedir. Bu açıdan, soruşturma evresinde, CMK'nın 247. ve 248. maddesi kapsamına giren bir "kaçak"tan söz edilemeyecektir.

Nitekim, soruşturma evresinde kaçak olan şüpheli hakkında CMK'nın 98. maddesinde hüküm bulunmaktadır. Buna göre, soruşturma evresinde şüpheli kaçak ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilecektir.

Bu nedenlerle, soruşturma evresindeki tutuklama isteminin reddi kararına itiraz incelemesinde, CMK'nın 248. maddesinin (5) numaralı fıkrasına dayanılarak itirazın kabulüne, kaçak sanığın gıyaben tutuklanmasına karar verilemeyecektir.

III. SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız sonuçlar şöyledir:

1. CMK'da en çok değişiklik yapılan kurumlardan birisi tutuklamadır. CMK'da tutuklama kararı verilemeyecek ciddi genişlikte bir alan oluşturulmuştur ve sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verme yasağı getirilmiştir. Tutuklama kararı verme yasağına konu suçlarda ise, adli kontrol kurumu öngörülmüştür. Adli kontrol, hapis cezasının üst sınırı üç yıla kadar olan suçlarda da uygulanabilecektir.

CMK'nın 100. maddesinde, tutuklamanın genel ve katalog suç türlerine göre nedenleri belirtilirken de, sınırlı bir normatif yapıya yer verilmiştir ve bunların kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.

5271 sayılı CMK'da, tutuklama koruma tedbirine başvurabilme, yürürlükteki Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ve 1412 sayılı CMUK'un hükümlerine göre oldukça zorlaştırılmıştır.

2. CMK'da, kaçaklara ilişkin 248. maddenin (5) numaralı fıkrasındaki istisna dışında, giyabi tutuklama kararı verilmesi usulüne yer verilmemiştir. Kaçaklar hakkındaki giyabi tutuklama usulü de yalnızca kovuşturma evresiyle sınırlıdır.

CMK'nın 101. maddesine göre, Cumhuriyet Savcısı'nın tutuklama istemi hakkında sulh ceza hakiminin vereceği, ret veya kabul kararlarına karşı itiraz yasa yoluna başvurulabilir.

Soruşturma evresinde, sulh ceza hakiminin tutuklama isteminin reddi kararına karşı itirazda, bunu inceleyen merci, itirazın kabulüne kararı verdiğinde, sulh ceza hakiminin ret kararı kaldırılmış olmakta ise de, yalnızca itirazın kabulü kararı şüphelinin tutuklanması anlamına gelmemektedir; bundan sonra, itiraz mercinin ne yapacağı ve ne karar vereceği konusunda sorun bulunmaktadır.

İtirazı inceleyen merci, CMK'nın 271. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, itirazın kabulüne karar verdiğinde, aynı zamanda itirazın konusu hakkında da bir karar vermek zorundadır. Giyabi tutuklama usulü kaldırılmış olduğu için, itirazın konusu olan tutuklamayla ilgili bir nasıl bir karar verilebileceği belirsizdir.

İncelememizde, CMK'nın sistemi içerisinde bir çözüm aranmış ise de, eleştiriden uzak ve en önemlisi, CMK'ya aykırı olmayan bir sonuca ulaş-

lamamıştır. CMK’da bu konuda önemli bir boşluk bulunmaktadır. Asliye ceza hakimi, Cumhuriyet Savcısı’nın itirazının kabulüne karar verdiğinde, sanığın gıyaben tutuklanmasına karar veremeyeceği için, CMK’nın hükümlerine göre sistem tıkanmakta, bir bakıma şüpheli, bu aşamada tutuklanamaz bir hale gelmektedir.

Tüm bu nedenlerle, CMK’daki, soruşturma evresinde tutuklama isteminin reddi kararına itirazda, itirazı inceleyen mercinin kabul kararı vermesi halinde, itirazın konusu olan şüphelinin (gıyaben) tutuklanmasıyla ilgili boşluğun yasal bir düzenleme ile bir an evvel giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.