

7242 SAYILI CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA KANUN İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUNUN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr.Üyesi Esra ALAN AKCAN*

Özet

Nefaz (nüfuz) kökünden türeyen infaz kelimesi, yerine getirme, uygulama, bir hükmün gereğini yerine getirme anlamlarında kullanılmaktadır. İnfaz hukuku ise, ceza mahkemeleri tarafından verilen mahkumiyet kararlarından hapis, adli para cezası veya güvenlik tedbirlerinin nasıl yerine getirileceğini veya nasıl infaz edileceğini gösteren hukuk dalıdır. İnfaz kanunları infaza ilişkin temel nitelikleri ortaya koymaktadır. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gibi, kanunsuz infaz da olmaz. İnfaz yapılırken hükümlüler arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek davranışlardan kaçınarak, insan haklarına, insan onuruna saygılı, eşit, adil, hakkaniyete uygun davranılmalıdır. Burada en önemli amacın hükümlünün topluma yeniden kazandırılması olduğu göz ardı edilmemelidir.

15 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun başta olmak üzere, TCK, CMK, İnfaz Hakimliği Kanunu gibi kanunların da içinde olduğu toplam on bir kanunda değişiklik öngörmektedir. 7242 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte meşruiyetine yönelik tartışmalar da gündeme gelmiştir. Bu kanunun çıkma sebebi, Covid-19 olarak adlandırılan korona virüs sebebiyle cezaevlerindeki mahkum ve tutukluları korumak mı, mevcut cezaevlerinin kapasitelerinin üstündeki hükümlü ve tutuklu sayısındaki yığılmayı azaltmak mı, yoksa cezaların sürelerini kısaltmak mı hedeflenmektedir? Öncelikli

* Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

olarak cezaevinde kalan hükümlü ve tutukluların bu virüs salgınından zarar görmemesinin amaçlandığını belirtebiliriz ancak tutukluların durumundan hiç söz edilmemesi bu sonuca varılmasını güçleştirmektedir. Yine normal cezaevi standartının üstündeki yoğunluktan dolayı iyileştirme yapılması ihtiyacı olduğu da açıktır.

Cezaevlerindeki yoğunluğun sebepleri arasında koşullu salıverme oranı ilk akla gelendir. Zira 1 Haziran 2005'ten önceki İnfaz Yasası olan 647 sayılı Yasa uyarınca; hükümlüler 1/2 koşullu salıverme ve ayda 6 gün indiriminden yararlandırılarak cezalarının %40'ı infaz edilmekte idi. 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5275 sayılı CGTİHK ile 2/3 oranı getirilmiş ve bununla birlikte artık hükümlülerin cezalarının %66'nı cezaevlerinde geçirme durumu ortaya çıkmıştır. Yine mükerrirler açısından 3/4 oranı getirilmiştir. Buna göre hükümlü mükerrir ise, mükerrirler hakkında hükmedilen cezaların %75'inin infaz edilmesi gerekmektedir ve bu da mükerrirlerin yarattığı bir yoğunluğa sebep olmakta idi. Bu bağlamda 7242 Sayılı Kanun'a baktığımızda;

Şartla salıverme oranlarında değişiklik yapıldığını görmekteyiz. İstisnai suçlar ayrı tutulmak üzere, 2/3 oranı yine 1/2'ye indirilmiştir. Buna göre, yukarıda belirttiğimiz 5275 sayılı yasaya göre, %66 oranını cezaevinde geçirmesi gereken hükümlüler için bu oran tekrar %50'ye inmiştir. Yine, 1 yıl denetimli serbestlik süresi getirilmiştir. 1 yıllık denetimli serbestlik süresi gereğince de; örneğin, 10 yıl hapis cezası olan bir hükümlü eğer istisna suçlardan değilse; 1/2 koşullu salıverme uygulanarak cezasının yarısı indirilecektir. Buna göre 5 yıl hapis cezası söz konusu olacaktır. 1 yıl denetimli serbestlikten yararlandığında da 4 yıl cezası kalacaktır. Yani bu durumda %66 olan oran tekrar %40 olmuştur. Mükerrir ve örgütlü suçlar açısından cezalarının %75'i infaz edilmekte iken, yeni 7242 sayılı Yasa ile artık 2/3 oranına indirilmiştir. Yani 3/4 oranından, 2/3 oranına geri indirilmiştir. İstisna suçlarda değişiklik yapılmamıştır. İstisna suçlardan olan örneğin, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir suç işlenmişse, önceki oran olan 3/4 oranı aynen devam edecektir. Yine, uyuşturucu ticareti suçu (TCK m. 188) bakımından oranlarda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Suçlar arasında bu kadar farklı oranlara gidilmesi ve bu kadar çok istisnaya yer verilmesi eleştiriye açık bir durum yaratmaktadır. Tüm suçlar için tek oran belirlenmeli veya belki bir iki istisna ile sınırlı tutulmalıydı. Bu haliyle uygulanması çok zor bir kanun halini almıştır. Yine Taslak metnin TBMM'ye giden halinde denetimli serbestlikte ceza miktarına göre oransal bir sisteme geçiliyordu. Bu yeni sistemde herkesin bir miktar içerde kalması sağlanarak cezasızlık algısı giderilmiş olacaktı. Bundan neden vazgeçildiğini anlamak mümkün değildir. Diyebiliriz ki, infaz hukukuna ilişkin ilkeler ışığında, eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme meşruiyet tartışmalarını ortadan kaldıracak nitelikte olacaktır.

Abstract

The term of execution (infaz) which is derived from the root of nefaz (nüfuz) means to carry out, implement and fulfil the requirements of a decision. Law of execution is the branch of law indicating how the imprisonment sentences, judicial fines or security measures imposed by the criminal courts shall be executed or enforced. The laws on execution provide for the fundamental qualifications concerning the execution. Just as the principle of *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no execution is possible without a law. During the execution, behaviours which might cause discrimination among the convicts should be avoided, and the treatment should be in compliance with human rights and equity, respectful to human dignity, and equal and fair. It should not be ignored that the most important purpose of the execution is the reintegration of the offender with the society.

The Law No. 7242 which entered into force upon publication on the Official Gazette dated 15 April 2020 provides for amendment in eleven laws including laws such as the Turkish Criminal Code, Criminal Procedure Code and Law on the Office of the Execution Judge, and primarily the Law No. 5275 on the Execution of the Sentences and Security Measures. Upon entry into force of the Law No. 7242, discussions concerning its legitimacy has come up. Is the reason of enacting this Law, protecting the convicts and detainees in the prisons because of the coronavirus known as Covid-19, or decreasing the accumulated number of

the convicts and detainees which is over the current capacity of the prisons, or just shortening the duration of the sentences? First of all, it can be stated that it is aimed to prevent the suffering of the convicts and detainees in prisons from this pandemic, however the fact that the condition of the detainees is not considered makes it harder to reach this conclusion. Also, it is clear that improvement is necessary, as the population is over the normal standards of prisons.

Among the reasons of overpopulation of the prisons, the first thing coming to mind is the ratio of the conditional release. Under the Law No. 647 which was the Law on Execution before 1 June 2005, the convicts were granted to conditional release by $\frac{1}{2}$ and mitigation of 6 days for a month, and 40% of their sentences was executed. Under the Law No. 5275 on the Execution of Sentences and Security Measures which entered into force on 1 June 2005, the ratio of $\frac{2}{3}$ was provided and thus, it caused the convicts to serve 66% of their sentences in the prisons. Besides, the ratio of $\frac{3}{4}$ was provided in relation to the repeat offenders. Accordingly, in the event that the convict was a repeat offender, 75% of the sentence imposed was to be executed and this has resulted in an overpopulation caused by the repeat offenders. In this context, when the Law No. 7242 is examined;

It can be observed that an amendment has been conducted on the ratio of conditional release. Other than the exceptional offences, the ratio of $\frac{2}{3}$ has been decreased to $\frac{1}{2}$. Accordingly, under the mentioned Law No. 5275, this ratio for the convicts who are to serve 66% of their sentences in the prison has decreased again to 50%. Also, a probation for a period of 1 year has been stipulated. In accordance with the probation period of 1 year, the penalty of a convict sentenced to imprisonment for a period of 10 years shall be decreased by one half implementing the conditional release by $\frac{1}{2}$ if the offence is not one of the exceptional offences. Accordingly, the period of imprisonment shall be 5 years. And when the convict avails of the probation, the remaining sentence shall be 4 years. In other words, the ratio of 66% has become 40% again. While 75% of the sentence was executed with regard to the repeat offences and organized crimes, the new Law No. 7242 has decreased this ratio to $\frac{2}{3}$. In other words, the ratio of $\frac{3}{4}$ has decreased

to 2/3 again. No amendment has been made concerning the exceptional offences. For example, if an offence within the scope of the Counter Terrorism Law No. 3713 which is one the exceptional offences is committed, the previous ratio of ¾ continues to be implemented. Also, no amendment on the ratio has been set out in relation to the drug trafficking (article 188 of Turkish Criminal Code).

The fact that there are such different ratios among the offences and so many exceptions is an issue that is open to criticism. A single ratio should have been specified for all offences or it should have been limited with one or maybe two exceptions. In the current case, it has become a law which is hard to implement. Yet the draft law submitted to the Grand National Assembly of Turkey provided a proportional system for probation according to the amount of the sentence, and thus in this new system, everyone would be ensured to stay in prison for a while and the perception of impunity would be eliminated. It is not possible to understand why this system was abandoned. It could be stated that in line with the principles concerning the law of execution that a regulation in compliance with the principle of equality would eliminate discussions of legitimacy.

GİRİŞ

İnfaz hukuku, ceza hukukunun bir dalıdır ve çok önemlidir. Nefaz (nüfuz) kökünden türeyen infaz kelimesi, yerine getirme, uygulama, bir hüküm gereğini yerine getirme anlamlarında kullanılmaktadır. İnfaz hukuku ise, ceza mahkemeleri tarafından verilen mahkumiyet kararlarından hapis, adli para cezası veya güvenlik tedbirlerinin nasıl yerine getirileceğini veya nasıl infaz edileceğini gösteren hukuk dalıdır. Görüldüğü üzere, infaz sadece cezanın değil, güvenlik tedbirlerinin de infazını kapsar¹. Bu nedenle 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 5275 sayılı İnfaz Kanununun adı "*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*" olarak değiştirilmiştir. İnfaz kanunları infaza ilişkin temel nitelikleri ortaya koymaktadır. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gibi, kanunsuz infaz da olmaz. İnfaz yapılırken

1 Osman Atalay, İnfaz Hukuku ve İlamların İnfazı (1th edn, Türkiye Adalet Akademisi 2015) 1.

hükümlüler arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek davranışlardan kaçınarak, insan haklarına, insan onuruna saygılı, eşit, adil, hakkaniyete uygun davranılmalıdır. Burada en önemli amacın hükümlünün topluma yeniden kazandırılması olduğu göz ardı edilmemelidir.

15 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun başta olmak üzere, TCK, CMK, İnfaz Hakimliği Kanunu, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu gibi kanunların da içinde olduğu toplam onbir kanunda değişiklik öngörmektedir. 7242 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte meşruiyetine yönelik tartışmalar da gündeme gelmiştir. Bu kanunun çıkma sebebi, Covid- 19 olarak adlandırılan koronavirüs sebebiyle cezaevlerindeki mahkumları korumak mı? Mevcut cezaevlerinin kapasitelerinin üstündeki yığılmayı azaltmak mı? Yoksa cezaların sürelerinin kısaltılması mıdır? Cezaevinde olan hükümlülerin virüs salgınından zarar görmemesinin önüne geçilmek istendiği ifade edilmiş olsa da asıl amacın normal cezaevi standartının üstündeki yoğunluktan dolayı iyileştirme yapılması ihtiyacı olduğu açıktır.

Cezaevlerindeki yoğunluğun sebepleri arasında koşullu salıverme oranını ilk akla gelendir. Koşullu salıverme, cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla topluma uyum sağlayabileceği izlenimi veren hükümlünün ödüllendirilmesidir². Başka bir ifadeyle, koşullu salıverme, hükümlülerin ceza infaz kurumunda cezalarının kanunda belirtilen oranlarda iyi halli olarak geçirdikleri takdirde³, belirli yükümlülükler ve koşullar dahilinde salıverilerek geri kalan cezalarını kurum dışında çekmeleridir⁴. 1 Haziran 2005’ten önce yürürlükte olan 647 sayılı İnfaz Kanunu uyarınca; hükümlülerin 1/2 oranında koşullu salıvermeden

2 Atalay 27.

3 5275 sayılı CGTİHK’ nın 89. maddesine göre, iyi halli olabilmek için, “Hükümlünün, Kanununun 107. maddesinde öngörülen süreleri, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyarak, haklarını iyi niyetle kullanarak, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirerek geçirmiş ve uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olduğunun disiplin kurulunun görüşü alınarak idare kurullarıca saptanmış olması gerekir.”

4 Atalay 27.

ve ayda 6 gün indiriminden yararlandırılarak cezalarının %40'ı infaz edilmekte idi. 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5275 sayılı CGTİHK ile 2/3 oranı getirilmiş ve bununla birlikte artık hükümlülerin cezalarının %66'sını cezaevlerinde geçirme durumu ortaya çıkmıştır. Yine mükerrirler açısından 3/4 oranı getirilmiştir. Buna göre hükümlü mükerrir ise, mükerrirler hakkında hükmedilen cezaların % 75'inin infaz edilmesi gerekmektedir ve bu da mükerrirlerin yarattığı bir yoğunluğa sebep olmaktadır.

Bu çalışmada, genel olarak, 7242 sayılı Kanun'un İnfaz Hakimliği Kanunu, TCK, CMK ve en çok değişikliğin yapıldığı 5275 sayılı CGTİHK'da meydana getirdiği değişiklikler üzerinde durulacaktır.

I. 4675 Sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'na İlişkin Değerlendirme

4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. 16.05.2001 kabul tarihli bu Kanun'un 1 inci ve 2 nci maddeleri ile 4 üncü maddenin 4 ve 5 inci fıkraları başta olmak üzere değişiklikler yapıldığını görmekteyiz. Yapılan değişikliklere bakıldığında, infaz hakimliğinin daha etkili hale getirildiği görülmektedir. İnfazla bilindiği üzere, 7242 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, cumhuriyet savcılarını ilgilendirmekteydi. İnfazla Cumhuriyet savcılarını yine ilgilendirmeye devam edecektir. Bu yetkinin savcılardan alınıp infaz hakimlerine verildiğine ilişkin iddialar yerinde değildir. Zira böyle bir değişiklik yapılmamıştır. TCK m.50, 51 ile İnfaz Kanunu 89, 98, 99, 100, 101, 105/A, 107, 108, 110 maddelerinin önceki ve yeni halleri incelendiğinde hangi yetkilerin mahkemelerden infaz hakimliklerine verileceği anlaşılacaktır.

Kısaca diyebiliriz ki, infaz hakimliği ön plana çıkarılmış; yetki ve görevleri genişletilmiştir. İnfaz hakimliği kanununda ve infaz hakimliğini ilgilendiren diğer kanunlarda yapılan değişiklikler infaz hakimliğini güçlendirmek amacıyla yapılmış olup, mahkemelerin görev alanına giren hususların infaz hakimliğine verilmesi şeklinde gerçekleşmiştir.

İnfaz hakimliği kurumunun kapasitesi güçlendirilerek uzmanlaşmalarının sağlanması ve infaza ilişkin tüm kararların bu hakimlikler tarafından verilmesi amaçlanmaktadır.

Cumhuriyet savcısının infaza ilişkin verdiği kararlara karşı infaz hakimliğine şikâyet başvurusunda bulunulabilmesine imkan tanınmaktadır.

İnfaz Hakimliği Kanununda yapılan değişikliklerle infaz hakimlerine verilen yeni görevlere ilişkin hükümler 1/9/2020 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacaktır. Bu tarihe kadar ceza mahkemelerinin mevcut görev ve yetkileri aynen devam edecektir.

II. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na İlişkin Değerlendirme

TCK m. 50'de düzenlenen kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlar ve madde 51'deki cezanın ertelenmesine ilişkin olmak üzere, bu kararları vermek üzere veya bunların infazı aşamasında ortaya çıkacak sorunlarla ilgili olarak artık mahkemenin değil infaz hakimliğinin karar vereceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Yani, TCK m. 50 ve 51'deki "hükmü veren mahkeme" ibaresi "infaz hâkimliği" ve "hükmü veren mahkemeye" ibaresi "infaz hâkimliğince" şeklinde değiştirilmiştir. Yine maddede geçen "hakim" ibaresi "infaz hâkimi", "hakime" ibaresi "infaz hâkimine" şeklinde değiştirilmiştir. TCK'da değişiklik yapılmasına gerek kalmaksızın, infaz hakimliği kanununa bir hüküm eklenerek, TCK m. 50 ve 51 bağlamında verilecek kararları artık infaz hakimlerinin vereceği ifade edilebilirdi.

TCK 53'de düzenlenen belli hakları kullanmaktan yoksunluk maddesine ilişkin de bir değişiklik söz konusudur. Bu maddede özellikle cezası ertelenen kişiye ve koşullu salıverilen hükümlüye tanınan kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkilerinin denetimli serbestlik şeklinde cezası infaz edilen kişilere de tanınacağı hüküm altına alınmaktadır. Denetimli serbestlikten yararlanan kişi de koşullu salıverilen ve cezası ertelenen hükümlünün sahip olduğu bu üç hakkı kullanabilecektir. Yine 53 üncü maddede cezası ertelenen kişiye bir kamu kurumunun veya kamu kurumu

niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmesi konusundaki yasağın uygulanmamasına mahkemenin karar verebileceği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle, meslek veya sanatın icrasına mahkeme tarafından karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Örneğin bir doktorun, rüşvet suçu işlediğinden bahisle hakkında hapis cezasına hükmedildiğini ve denetimli serbestlik veya koşullu salıverme yoluyla serbest bırakıldığını düşünelim. Bu düzenleme karşısında, serbest kalan bu doktor mesleğini icra edebilecektir. Oysaki bu kişinin gözetim altında tutulması gerekmektedir. Aynı maddenin 5 inci fıkrasında; *“...sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir...”* yer alan bu düzenleme ile bu durum çelişebilir gözükmektedir. Çünkü söz konusu fıkra, bu tür hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle bir suçun işlenmesi durumunda, cezanın infazından sonra dahi belli bir süre yasağın devam edeceği belirtilmiştir. TCK m. 53’te düzenlenen belli hakları kullanmaktan yoksun kalma, güvenlik tedbiridir ve düzenlemenin amacı suç işleyen kişiye duyulan güveninin kaybolmasından dolayı yasağın uygulanmasıdır. Ama burada daha cezası tamamlanmamış kişiye hâkim kararı ile mesleğini icra imkanının verilmesi kurumun amacıyla çok bağdaşmadığı ileri sürülebilir. Ancak söz konusu 53 üncü maddeye ilişkin değişiklikle, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilenlerin kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyım-lik yetkilerini kullanabilmelerine imkan tanınmaktadır. Ayrıca, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilenler ile koşullu salıverilenlerin bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra edebilmesine de imkan tanınmaktadır. Böylelikle, hükümlülerin denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle ceza infaz kurumlarından salıverilmesinden sonra hızlı bir şekilde sosyal hayat ile aile ve iş hayatına uyum sağlayabilmeleri amaçlanmaktadır.

Hükmün bu haliyle infazın ıslah ve topluma kazandırma amacına hizmet ettiği söylenebilir.

7242 sayılı Kanun ile TCK özel hükümler içerisinde yer alan bazı suçlara ilişkin değişiklikler de söz konusu olmuştur. Kasten yaralama suçuna ilişkin 86 ncı maddeye, “*canavarca hisle*” yaralama suçunun işlenmesi ceza-yı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak eklenmiştir. Bu tabi kamuoyuna yansıyan kezzap atma olayından sonra gündeme gelen ve maddeye eklenen bir nitelikli hal olmuştur. Kamuya yansıyan bir olayın yasama organını nasıl etkilediğini görmekteyiz. Bu düzenleme ile bu tür fiillerin daha etkin bir şekilde cezalandırılması ve caydırıcılık oluşturması amaçlanmıştır. Yeni bir nitelikli hal tesis edilmeden, somut olayı yargılayan hakim fiilin ağırlığı, failin kastının yoğunluğu, fiilin işlenmesindeki kötülüğü dikkate alarak alt sınırdan uzaklaşarak, adil bir şekilde uygun hüküm tesis edebilirdi. Aksi halde kamuoyunda ses getiren her olaya ilişkin veya belli meslek gruplarına⁵ yönelik şiddet fiillerinin daha etkin cezalandırılması için nitelikli hal tesis edilmeye kalkılırsa bunun sonu gelmeyecektir. Yine belirtebiliriz ki, gerekçedeki örnek, fiilin işlenişi ile ilgilidir. Oysaki canavarca hisle hareket etmek suçun manevi unsuru ile ilgili bir konudur.

Ayrıca bu durum, mevzuat dağınıklığını önlemek ve tüm ülkede tüm olaylara uygulanabilecek genel hükümler sistematikliğini kurmaya çalışan TCK m. 5’de belirtilen, “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.*” hükmüne de aykırılık oluşturur. Bunun yerine, bu tür suçların etkin cezalandırılması isteniyor ise, alt ve üst sınırlar üzerinde değişikliğe gidilerek makasın geniş tutulması yoluna gidilebilirdi.

TCK m. 220’de de değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik uyarınca örgütü kuran, yöneten ve üye olanların cezası artırılmaktadır. Yine, TCK m. 241’de düzenlenen tefecilik suçu bakımından bir değişiklik yapılmaktadır. Örgütün faaliyeti çerçevesinde tefecilik suçunun işlenmesi hali cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. TCK’nın 86, 220, 241

5 Benzer teklif sağlık çalışanlarına yönelik yaralama, tehdit fiilleri bakımından da gündeme gelmiştir.

inci maddelerinde de cezaların arttırıldığını görmekteyiz. Ama bu durum, 7242 sayılı Kanun ile getirilen infaz kanunundaki indirimlerle birlikte değerlendirildiğinde bir tutarsızlık oluşturmaktadır. Zira, söz konusu kanunun meşruiyetine yönelik yukarıda da izah etmeye çalıştığımız gibi, mevcut ceza infaz kurumlarında kapasitelerinin üzerine hükümlü ve tutuklu bulunmaktadır. Dolayısıyla insani şartların sağlanabilmesi için o yığılmanın azaltılması gerekmektedir. Söz konusu düzenleme, infaz kurumlarındaki doluluk nedeniyle suç işlemek amacıyla örgüt kuranların örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlemleri halinde infaz kurumunda kalmaları gereken süreyi 3/4'ten 2/3'e indirirken, bu sefer ceza kanununda aynı suçu işleyenlerin cezasının artırılması tutarlı olmamıştır.

III. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na İlişkin Değerlendirme

CMK'daki değişikliklere baktığımızda ise, değişikliklerin daha çok adli kontrol tedbirine hükmedilmeyle alakalı olduğunu görmekteyiz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun adli kontrol başlıklı 109 uncu maddesinin mülga dördüncü fıkrası şu şekilde yeniden düzenlenmiştir; *"..Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması hâlinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de adli kontrol kararı verebilir."* Mevcut CMK sistemimizde tutuklama zorunlu değil, ihtiyaridir. Adli kontrol, ağır veya ölçsüz olacak tutuklama yerine kabul edilen bir tedbirdir. Uygulamada zaten hâkim gerekli görürse tutuklama yerine adli kontrole karar verebilmektedir.

109 uncu maddenin 4 üncü fıkrasına eklenen yeni düzenlemenin son cümlesi aynı şekilde CMK 112'ye de eklenmiştir. Buna göre, hüküm verildikten sonra dahi, verilen hüküm aleyhine istinaf veya temyiz kanun yoluna

gidildiğinde, hükmü veren ilk derece mahkemesinin de adli kontrol veya tutuklama kararı verebileceği belirtilmektedir. Maddenin kaleme alınışında “de” bağlacı kullanıldığına göre, dosyadan el çeken ilk derece mahkemesinin UYAP sistemi üzerinden adli kontrole karar vermesi veya adli kontrol kararına uyulmaması halinde tutuklama kararı vermesinin uygulama birliğini sağlamak amacıyla yapılan bir değişiklik olduğu söylenebilir. Söz konusu maddenin mevcut birinci fıkrasına göre, adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı merciinin hemen tutuklama kararı verebileceği düzenlenmektedir. Şüpheli veya sanık huzurda ise tutuklama kararı verilebilecek, huzurda değilse yakalama emri düzenlemek suretiyle yakalanması ve buna göre tutuklanması sağlanabilecektir.

Hakkında adli kontrol kararı verilmiş olup da dosyası istinaf ya da temyiz incelemesinde bulunan sanıkların adli kontrol tedbirine uymamaları halinde hangi yargı merci tarafından değerlendirme yapılarak, tutuklama kararı verileceği veya yakalama emri düzenleneceği hususunda uygulamada tereddütler yaşanabilmektedir. Düzenlemeyle, hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurmuş sanıkların adli kontrol tedbirine uymamaları hâlinde, hükmü veren ilk derece mahkemesi tarafından da UYAP kayıtları üzerinden durumlarının değerlendirilebileceği ve tutuklama kararı verilebileceği veya yakalama emri düzenlenebileceği hüküm altına alınmaktadır. Esasen ilk derece mahkemelerinin bu konuda var olan yetkisi belirgin hale getirilmek suretiyle Ülke genelinde uygulama birliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Sonuç olarak uygulamada yaşanan bu sorunun giderilmesi amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı kanaatindeyiz.

Yine CMK’da yapılan önemli bir değişiklikle, 272 nci maddenin 3 üncü fıkrasına “*Bu suretle verilen hükümler tekerrüre esas olmaz.*” cümlesi eklenmiştir. Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri tekerrüre esas alınmayacaktır. Düzenlemenin CMK’nın 272 inci maddesinde yer alması hatalı olmuştur. Tekerrür hükümlerinin

düzenlendiği TCK m. 58'e ek getirilmesinin sistematik olarak daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

IV. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a İlişkin Değerlendirme

7242 sayılı Kanun ile, koşullu salıverme oranlarında değişiklik yapıldığını görmekteyiz. Ancak koşullu salıvermede suç ayrımı yapılmaksızın suçlunun ceza infaz kurumundaki iyi halinin esas alındığı bir sistemin daha iyi sonuç vereceği kanaatindeyiz. 7242 sayılı Kanun'da bazı suçların istisna tutulduğunu⁶, diğer suçlar bakımından ise 2/3 koşullu salıverme oranı

-
- 6 1-Kasten Öldürme suçları,
 1.(TCK 81, 82, 83.maddeleri) (Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 2.(TCK 83.maddesi) (01.07.2016 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (1/2)
 2- Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu,
 1.(TCK 87/2-d.maddesi) (Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 2.(TCK 87/2-d.maddesi) (01.07.2016 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (1/2)
 3- İşkence suçu,
 1.(TCK 94 ve 95 maddeleri) (Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 2.(TCK 94 ve 95 maddeleri) (01.07.2016 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (1/2)
 4- Eziyet suçu,
 1.(TCK 96. maddesi) (Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 2.(TCK 96. maddesi) (01.07.2016 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (1/2)
 5-a) Cinsel suçlar (Yetişkinler) 1.Nitelikli cinsel suçlar (TCK 102/2,103,104/2-3. maddeleri)----- (3/4)
 2.Niteliksiz cinsel suçlar (TCK 102/1,104/1,105. maddeleri)----- (2/3)
 b)Cinsel suçlar (28.06. 2014 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve Çocuk)----- (2/3)
 c)Cinsel suçlar (Çocuklar)(TCK 102, 103, 104, 105. maddeleri)----- (2/3)
 6-Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,
 1.(TCK madde 188) (Yetişkin ve Çocuk)----- (3/4)
 2.(TCK188 md.) (28.06.2014 tarihinden önce ise)(Yetişkin ve

nın yine 1/2 'ye indirildiğini görmekteyiz. Buna göre, yukarda belirttiğimiz 5275 sayılı yasaya göre, %66 oranını cezaevinde geçirmesi gereken hükümlüler için bu oran tekrar %50'ye inmiş olmaktadır. Yine, bir yıl denetimli serbestlik süresi getirilmiştir. Bir yıllık denetimli serbestlik süresi gereğince de örneğin, on yıl hapis cezası olan bir hükümlü eğer istisna suçlardan değilse; 1/2 koşullu salıverme uygulanarak cezasının yarısı indirilecektir. Buna göre beş yıl hapis cezası söz konusu olacaktır. Bir yıl da denetimli serbestlikten yararlandığında da dört yıl cezası kalacaktır. Yani bu durumda %66 olan oran tekrar %40 olmuştur. Mükerrer ve örgütlü suçlar açısından cezalarının %75'infaz edilmekte iken, yeni 7242 sayılı kanun ile artık 2/3 oranına indirilmiştir. Yani 3/4 oranından, 2/3 oranına geri indirilmiştir. İstisna suçlarda değişiklik yapılmamıştır. İstisna suçlardan olan örneğin, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanun'u kapsamında bir suç işlenmişse, önceki oran olan 3/4 oranı aynen devam edecektir. Yine, uyuşturucu ticareti suçu (TCK m. 188) bakımından oranlarda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

7242 sayılı Kanun'un 18 inci maddesi ile 5275 sayılı CGTİHK' nun 14 üncü maddesinde önemli bir değişiklik öngörülmektedir. Bu değişiklik ile doğrudan açık ceza infaz kurumuna gönderilebilecekler belirtilmekte ve istisnaları gösterilmektedir. Değişikliğe bakıldığında, kasten ve taksirle işlenen suç ayrımı yapıldığını görmekteyiz. Taksirli suçlardan toplam beş yıl

Çocuk -----	(2/3)
7-Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (TCK 132 ila 138. maddeleri)	
(Yetişkin ve Çocuk) -----	(2/3)
8-Devlet sınırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (TCK 326 ila 339.maddeleri)	
(Yetişkin ve Çocuk) -----	(2/3)
9-Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar (Yetişkin ve Çocuk) -----	(2/3)
10-1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar,	
1. (Yetişkin ve Çocuk) -----	(2/3)
2.Mit suçları, suç tarihi 01.07.2016 tarihinden önce ise (Yetişkin ve Çocuk) -----	(1/2)
11-Terör suçları,(3713 TMK uygulanan)Devletin güvenliğine karşı suçlar(TCK 302 ila 339md.ler)	
1. (Yetişkinler) -----	(3/4)
2. (Çocuklar) -----	(2/3)

Yukarıdaki metin Sayın Osman Atalay'ın hazırladığı tablodan alıntıdır.

veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanların bu kapsamda olacağı belirtilmektedir. Ancak taksirli suçlarda kişilerin cezalarının açık infaz kurumunda geçirebilmeleri bakımından üst sınır belirtilmeyebilirdi. Kaç yıla mahkûm olunursa olsun, bilinçli taksir hariç tutulmak üzere, cezalarını açık cezaevinde geçirmelerini sağlayacak bir düzenlemenin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Tabii şöyle bir tablo ile karşılaşılabilir; işlediği hırsızlık suçu nedeniyle üç yıl hapis cezasına mahkûm olan kişi açık cezavine gidebilecekken; bir kadına söz atma şeklinde cinsel taciz suçunu işleyen ve üç ay hapis cezası alanlar gidemeyecektir. Yine madde metninde; “...doğrudan açık ceza infaz kurumuna alınanlar dahil olmak üzere bu kurumlarda bulunan hükümlülerden; a) Firar edenler veya başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı verilenler idare ve gözlem kurulu kararıyla, b) Kınamadan başka bir disiplin cezası alıp, bu cezası kesinleşmiş olanlar veya asayiş ve düzenin sağlanması amacıyla disiplin cezası kesinleşmemiş olsa bile eylemi kurum düzeni ya da kişi güvenliği bakımından tehlike oluşturanlar idare ve gözlem kurulu kararıyla, c) Açık ceza infaz kurumu şartlarına veya çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar idare ve gözlem kurulunun kararı ve infaz hâkiminin onayıyla...” kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilebileceği belirtilmektedir. Yine, 18 inci maddenin son fıkrasında; “Hükümlülerin, suç ve ceza türlerine göre, açık ceza infaz kurumlarına ayrılıp ayrılmamalarına, açık ceza infaz kurumlarında geçirecekleri süreler, kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine, doğrudan açık ceza infaz kurumlarına alınmalarına, doğrudan açık ceza infaz kurumlarına alınanların kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte gösterilir.” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Ancak mahkûmun hürriyeti ile ilgili konulardan olan, açık infaz kurumuna ne şekilde ayrılacağı, ne kadar kalacağı gibi konuların yönetmelikle değil de kanunla düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

7242 Sayılı kanun İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Süre sabit olmaktan çıkarılmaktadır.

105/A maddesinde değişiklikten önce yer alan 1 yıllık süre 7242 sayılı Kanunla da korunmuştur.

Koşullu salıvermeye kadar infaz kurumunda geçmesi gereken süre belirtilmekte ve görülmektedir ki 2005 öncesi duruma geri dönülmektedir. Buna göre 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçlarda, istisna suçlar hariç, 5275 sayılı CGTİHK m. 107/2'deki koşullu salıverme oranı 2/3'den, 1/2'ye indirilmiştir; aynı kanunun geçici 6/1 maddesi gereği denetimli serbestlik süresi de bir yıldan üç yıla çıkarılmıştır. Buna göre;

30 Mart 2020 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından, hükümlü hakkında altı yıl hapis cezası öngörülmüş ise; altı yıl hapis cezası alan hükümlü (1/2) koşullu salıverme indirimden yararlanacak ve cezası altı yıl (1/2'si) üç yıl hapis cezasına indirilmiş olacaktır. Daha sonra üç yıla çıkarılan denetimli serbestlikten yararlandırılacaktır ve infaz hakiminin vereceği denetimli serbestlik kararı ile cezaevinden çıkacaktır. Kısacası, koşullu salıverme oranındaki değişiklik ile birlikte altı yıl üç yıla inecektir ve denetimli serbestlik oranı da bir yıldan üç yıla çıkartıldığı için, bu hükümlünün hiç cezaevinde kalmayacağı sonucunu doğuracaktır⁷. Geçici 6 ncı maddenin 3 üncü fıkrası uyarınca da bu durum iyi hâlli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanacaktır. Bu durumda, açık infaz kurumunda olan veya açığa ayrılmaya hak kazanan veya kapalı infaz kurumlarında yer alan tüm hükümlüler bakımından geçerli olacaktır. Yine 0-6 yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler ve 70 yaşını tamamlayan hükümlüler bakımından denetim süresinin üç yıl değil dört yıl olarak uygulanacağı belirtilmektedir. Yine çocuklar açısından onların lehine düzenlemeler getirilmiştir. Covid-19 nedeniyle açık cezaevinde bulunan hükümlüler, 31 Mayıs 2020 tarihine kadar mazeret izinli kabul edilerek infaz kurumundan ayrılmaları sağlanmıştır.

30 Mart 2020 tarihinden sonra işlenen suçlarda; istisna suçlar hariç, denetim süresi bir yıldır. Koşullu salıverme oranı 1/2'dir. Denetimli serbestlik süresi de bir yıl olarak uygulanacaktır.

7 Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin Geçici 1. maddesi uyarınca sadece 3 gün kalacaklardır. İnfaz Kanunu m. 105/A maddesi gereğince 3 yıl denetimli serbestlik uygulanarak serbest kalacaklardır.

Geçici 6 ncı maddenin istisnaları maddede sayılmıştır. İstisnalar belirlenirken hangi kriterlere göre hareket edildiği, neye göre istisna tutulduğu belli değildir. Örneğin, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlara sokabileceğimiz, bir başkasının yaptığı telefon görüşmesini muhatabın iradesi dışında açıklayan yararlanamayacaktır. Kadına söz atan yararlanamayacak ama aynı kadını yaralayan, gasp eden yararlanabilecektir. Kasten yaralamanın sadece maddede sayılan halleri yararlanabilecektir.

5275 sayılı Kanununun 107 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “üçte ikisini” ibaresi “yarısını” şeklinde değiştirilmiş ve dördüncü fıkrasında yer alan “dörtte üçünü” ibaresi “üçte ikisini” şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre; süreli hapislerde infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre olan 3/2 oranı, yarıya indirilmektedir ve bazı suçlar belirtilerek önemli istisnalar getirilmektedir⁸. Bu suçların hangi ölçülere göre buraya alındığı belli değildir. Suçun niteliği mi, korunan hukuki yarar mı, suçun konusu mu bu belli değildir. Haksızlık içeriği bakımından da birbirine yakın suçlar değildir.

8 Türk Ceza Kanununun;

- a) Kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - b) Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan (madde 87, fıkra iki, bent d) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - c) İşkence suçundan (madde 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - d) Cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - e) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,
 - f) Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
 - g) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,
 - h) Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (madde 326 ilâ 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
- cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır.”
- “Koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından ise tabii oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır.”

Bu durum uygulamada adaletsizlikler ortaya çıkarabilir. Bu istisna suçlar bakımından, tekerrür söz konusu olduğunda da aynı oranda kişi yine infaz kurumunda kalacaktır⁹ (107/2). Bu durum tekerrür hükümlerinin uygulanmasını daraltacak ve hatta neredeyse etkisiz hale getirecektir. İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanacağı hükümde belirtilir.

5275 sayılı kanun 108 inci maddede; koşullu salıverme kararının geri alınması kararını infaz hakimine bırakmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında mükerrilere özgü düzenleme söz konusudur. Tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktarın, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamayacağı belirtilmektedir. İşlediği suçun cezası bakımından koşullu salıverme süresinin uzaması, tekerrüre bağlanan en önemli sonuçtur. Yeni düzenlemeyle bu yumuşatılmıştır. İstisnalarda 3/2 olan oran tekerrür bakımından da kabul edilmiştir. Yani tekerrür durumunda da oran 3/2'dir.

5275 sayılı Kanununun 110 uncu maddesinde düzenlenen **özel infaz usullerinin** geliştirildiğini görmekteyiz. Bunun olumlu yönde bir düzenleme olduğunu belirtebiliriz. Maddede özel infaz usulleri olarak *hafta sonu infaz, gece infaz ve konutta infaza* ilişkin yeni esaslar belirlenmiştir. Yapılan yeni düzenleme ile hepsinin kapsamını genişletilmiştir. Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında tabi oldukları infaz rejimine göre koşullu salıverilme hükümleri uygulanacaktır. Yine cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi kararı, infaza başlandıktan sonra da verilebilir.

İnfaz hâkimi, hükümlünün talebi üzerine kasten işlenen suçlarda toplam bir yıl altı ay, taksirle öldürme suçu hariç olmak üzere taksirle işlenen suçlarda ise toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasının;

9 “...Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin... hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla ihlalin niteliğine göre ceza infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilir.”

a) Her hafta cuma günleri saat 19.00'da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları,

b) Hafta sonları hariç, her gün saat 19.00'da girmek ve ertesi gün saat 07.00'de çıkmak suretiyle geceleri,

Ceza infaz kurumlarında çektirilmesine karar verebilir.

Mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukukî sorumlulukları saklı kalmak üzere;

a) Kadın, çocuk veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam bir yıl,

b) Yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam iki yıl,

c) Yetmiş beş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam dört yıl veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.

Toplam beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan veya adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlülerden Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyeceği tespit edilenlerin cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. Burada belirlenen şartları sağlayan hükümlüler bakımından, toplam beş yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm olanların hastalık, engellilik gibi durumları raporla belirlenirse işlenen suç ne olursa olsun, konutta infazın mümkün olduğu görülmektedir. Yine doğurduktan sonra üç yıl geçmeyen kadınların da konutta infazı mümkün olmaktadır ve suç istisnası yer almamaktadır. Buna göre, doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçen ve toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan ya da adli para cezası infaz sürecinde hapis

cezasına çevrilen hükümlü kadınların cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. Burada dikkat edilecek husus, talepte bulunulabilmesi için kadının doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş olması gerektiğidir. Konutta infaza karar verdikten sonra çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa infaz hâkimi konutta infaz uygulamasına ilişkin kararını kaldıracaktır.

İnfaz hâkimi talep üzerine, cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi sırasında bu usulün uygulanmasına son verebilir. Özel infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde ise bu usulün uygulanmasına son verilir ve bu hâlde infaza açık ceza infaz kurumunda devam edilir. Özel infaz usulüne göre geçirilen süre, infaz aşamasında mahsup edilir.

Hamile hükümlülere tanınan infazın ertelenmesi düzenlemesinde süre uzatılmıştır. Otomatik iyi hal değiştirilerek, altı ayda bir iyi hallilik denetiminin yapılması öngörülmüştür. Yine on yılın üzerinde suçlarda kurul oluşturulma imkanı getirilmiştir. Cezaevi idaresi, Cumhuriyet Başsavcısının başkanlığında, ihtiyaca göre Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı temsilcilerinin de katılacağı idare ve gözlem kurulu raporlarına göre bu iyi halin değerlendirileceği belirtilmiştir.

Gecici madde 6/2 kapsamı genişletmektedir. 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, Türk Ceza Kanunu'nun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç tutulmaktadır. Buna göre; 0-6 yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile 70 yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında 105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "iki yıl"lık sürenin, "dört yıl" olarak uygulanacağı belirtilmektedir. Maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen 65 yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreler, azami süre

sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilir. Burada bir kısım suçlular bakımından altı yıl; bir kısım sekiz yıl; bir kısım bakımından hiç sınır koyulmadan denetimli serbestlik tedbirine geçirilme durumu söz konusu olacaktır. Bazı suçlar yine bu fıkra bakımından da kapsam dışı bırakılmıştır.

Geçici 6 ncı maddenin 4 üncü fıkrasında çocuklar için önemli bir düzenleme vardır: *“30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır.”*

7242 sayılı Kanun’un Geçici 9 uncu maddesinin 5 ve 6 ncı fıkraları ile İnfaz Kanununda yapılan değişiklikler doğrudan covid-19 salgınına konu alan düzenlemelerdir. Geçici madde 9’a göre; Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve 106 ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler 31/5/2020 tarihine kadar izinli sayılır. Salgının devam etmesi hâlinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere üç kez uzatılabilir. Yani uzatmanın söz konusu olması halinde Kasım ayı sonuna kadar izinli sayılabileceklerdir. İzinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 292 nci ve izleyen maddelerinde yazılı hükümler uygulanacaktır. Salgın hastalık, doğal afet, savaş veya seferberlik durumunda bu sebeplerden dolayı izinden dönemeyen veya geç dönen hükümlülere ceza verilmeyecektir. İzin süresini iki gün veya daha az bir süre geçiren hükümlüler hakkında disiplin işlemi yapılacaktır.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün verilerine göre, 7242 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 15 Nisan 2020 tarihinden-26 Mayıs 2020 tarihine kadar ki zaman zarfında, bu kanun kapsamında toplam 109 bin kişinin infaz kurumundan çıktığı görülmektedir. Bunların yaklaşık 70 bini covid-19 nedeni ile (Geçici madde 9/5 uyarınca) infaz kurumundan izinli ayrılan kişilerdir. Bu geçici bir çıkarmadır. İzinli çıkarılmışlardır. Adalet Bakanlığı tarafından uzatma olmaması halinde, bu kişiler 31 Mayıs 2020 tarihine kadar izinli sayılacaklardır. Tekrar dönmeleri halinde (Bu esnada koşullu salıvermeye bir yılı kalanlar dönmeyecektir. Kanuna göre; *"hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla, açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunan ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, hükmün infazına ilişkin işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilebilir."* 7242 sayılı Kanundan yararlanıp dışarı çıkanların sayısı 40 bin civarı olacaktır. İnfaz kurumundaki rahatlamanın nispeten gerçekleştiğini görmekteyiz. 27 Mayıs 2020 tarihinde infaz kurumlarında fiilen 184 bin civarında kişi vardır. Dolayısıyla tüm bu düzenlemelere rağmen infaz kapasitesinin %107 oranında dolu olduğu görülmektedir.

SONUÇ

Cezaevlerinin doluluğu genel nüfusa oranlandığında, ülkemizde bu oranın çok fazla olduğunu görmekteyiz. Kapasitenin çok üstündeki mahkum sayılarına ilişkin çözüm bulmak gerekmektedir. Bu doluluğu ortaya çıkaran sebepler nelerdir? Ceza kanunundaki suçların cezalarının yüksekliği mi, uygulamadaki sorunlar mı, infaz kurumunda kalınması gereken sürenin çokluğundan mı kaynaklanıyor. Tüm bunlar birlikte değerlendirilerek belli bir suç ve ceza sisteminden hareketle kalıcı çözüm bulmak gerekmektedir.

Ceza infaz kurumundaki oranlara baktığımızda; şu anki cezaevi nüfusunun %92'ni belli birkaç suç tipinden mahkum kişilerin oluşturduğunu tespit etmekteyiz. Bu suçların büyük bölümü de 7242 sayılı Kanun ile getirilen lehe düzenlemelerden istisnadır. Uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları ve cinsel suçlardaki ceza artırımı ve bunların cezaevlerinde kalma süreleri doluluğa sebep olan suçlara örnek teşkil etmektedir.

Cezaevlerinde doluluk arttıkça cezaevlerindeki yaşam şartları da kötüleşmektedir. Cezanın her ne olursa olsun insan onuruna uygun bir şekilde infaz edilmesi gerekir. Ancak bunun önüne geçmek için düşünülecek tek çare af veya af sonucu yaratacak infaz hafifletmeleri olmamalıdır. Suç öncesi ve sonrası için politika geliştirilmezse, yapılanlar o günü kurtarmaya yönelik çözümler olarak kalacaktır. Sürekli çıkan aflar veya infaz hafifletmeleri toplumun adalet duygusunu sarsar. *"Nasıl olsa af çıkar, suç işleyeyim"* düşüncesi oluşur. Ülkemizde af ve benzeri birçok düzenleme yapıldı. Af nedeniyle cezaevinden çıkan hükümlülerinin çoğunun yeniden suç işlediği de görülmektedir. Bir de adını af olarak koymadığımız ama dolaylı olarak af sağlayan koşullu salıverme ve denetimli serbestlik gibi kurumlar vardır. Suçla etkili mücadele için toplumun suça karşı bilinçlendirilmesini de sağlayacak suç politikasının olması ve topyekün bir mücadele içine girilmesi gerekmektedir. Ceza hukuku son çare olarak görülmelidir. Suç öncesi aşamanın önemi çok büyüktür. Bunun ortaya konulabilmesi için, kişileri suçta iten nedenlerin neler olduğu, neden suç işlendiğine yönelik çalışmalar olmalıdır. Tabir yerindeyse bataklıktaki sivrisineklerle uğraşmak yerine; bataklık kurutulmalıdır. Ancak o zaman etkili ve kalıcı bir sonuca ulaşılabilir.

Yine, cezanın infazından sonra da hükümlüyü rehabilite etmeye yönelik adımlar atılmalıdır. Hükümlünün yeniden topluma kazandırılması için tretman uygulamalarına önem verilmelidir.

İnfaz kanunda değişiklik tartışmaları esasında uzun zamandır üzerinde çalışılan bir konuydu. Değişiklik yapılmasının esas sebebi, cezaevlerindeki yoğunluktur. Suçlar arasında bu kadar farklı oranlara gidilmesi ve bu kadar çok istisnaya yer verilmesi eleştiriye açık bir durum yaratmaktadır. Tüm suçlar için tek oran belirlenmeli veya belki bir iki istisna ile sınırlı tutulmalıydı. Bu haliyle uygulanması çok zor bir kanun halini almıştır. Yine Taslak metnin TBMM'ne giden halinde denetimli serbestlikte ceza miktarına göre oransal bir sisteme geçiliyordu ki bu haliyle herkesin bir miktar içerde kalması sağlanarak cezasızlık algısı giderilmiş olacaktı. Bundan neden vazgeçildiğini anlamak mümkün değil. İnfaz kanunlarının temelinde, suçlu yer almalıdır. Hükümlü esas alınmalıdır. Kanun kapsamında yer alan kurumların uygulanması açısından, hükümlülerin tehlike hali veya iyi halleri, topluma yeniden kazandırılmaları (resosyalize durumu) son derece titizlikle üzerinde durulması gereken, incelenmesi gereken konulardır. Hükümlünün tehlike hali veya infaz kurumundaki iyileştirme programlarındaki olumlu hali dikkate alınmadan yapılacak değerlendirmeler sağlıklı sonuçlar vermeyecektir. Diyebiliriz ki, infaz hukukuna ilişkin ilkeler ışığında, eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme meşruiyet tartışmalarını ortadan kaldıracak nitelikte olacaktır.

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINA MÜDAHALE OLUŞTURAN TUTUKLAMANIN ÖLÇÜLÜ OLMASI VE 7242 SAYILI KANUN'UN 15. MADDESİNİN BU KAPSAMDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Hüseyin TURAN*

Özet

Bu çalışmada, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinin mülga 4. fıkrasını yeniden düzenleyen 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesi, tutuklamanın ölçülülük kapsamında ele alınmıştır. Bundan önce, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı üzerinde durulmuş, tutuklamayla bağlantılı olarak bu hak incelenmiştir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bir istisnasını oluşturan bir hükme bağlı tutma ile bir suç isnadına bağlı tutma, kısmen karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Çalışmada, tutuklamanın koşulları ve bu koşullardan biri olan tutuklamanın ölçülülük ilkesine de yer verilmiştir. Tutuklamanın ölçülülüğünde kişisel nedenler üzerinde özellikle durulmuştur. Bu inceleme sırasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun bir yorum organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda verdiği kararlara da değinilmiştir. Çalışmada, ayrıca hastalık hali nedeniyle tahliye üzerinde durulmuş, hastalık halinin tek başına tutuklunun tahliyesini gerektiren bir unsur olarak görülmediği değerlendirilmiştir. Tedavi yardımıyla yararlanma hakkı bakımından tutuklular ile hükümlüler arasında bir farkın bulunmadığı gözlemlenmiştir. Son olarak tutuklama koruma tedbirinin istisnai bir tedbir olduğu dikkate alındığında, tutuklama tedbirine başvurulması için zorunlu unsurların belirli olmasının yeterli olduğu, buna karşılık bu tedbire son verilmesi için özel durumların ayrıntılı olarak düzenlenmesine gerek bulunmadığı üzerinde durulmuştur.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü

Anahtar Kelimeler: kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, tutuklama, tutuklamanın koşulları, adli kontrol, ölçülülük ilkesi, ceza muhakemesi hukuku, sağlık nedeniyle tahliye, bir hükme bağlı tutma.

Evaluation of Article 15 of Law No. 7242 In the Context of Proportionality of Detention on Remand Which Interferes with The Right to Liberty and Security

Abstract: In this study, article 15 of the Law No. 7242, which rearranged the 4th paragraph of Article 109 of the Criminal Procedure Code No. 5271, has been handled within the scope of proportionality of detention on remand. Prior to that, the right to liberty and security has been examined in connection with detention on remand. Detention after conviction and detention on remand, which is an exception to the right to liberty and security, has been handled partially comparatively. The study also included the conditions of detention on remand and the principle of proportionality of detention, one of these conditions. In the context of the proportionality of the detention, personal reasons are particularly emphasized. The European Convention on Human Rights and its interpretation body, the European Court of Human Rights' judgements and the judgements of the Constitutional Court in individual application are also mentioned. The study also focused on release due to illness and it has been evaluated that the illness is not seen as an element requiring the release of the detainee alone. It has been observed that there is no difference between detainees and convicts in terms of the right to benefit from medical treatment. Finally, considering that the detention on remand is an exceptional measure, it has been emphasized that it is sufficient to determine the mandatory elements for the application of this measure, however, there is no need to elaborate the special circumstances in order to end this measure.

Keywords: Right to liberty and security, detention on remand, conditions of detention on remand, judicial control, principle of proportionality, criminal procedure law, release due to illness, detention after conviction

Giriş

Koronavirüs (Covid-19) hastalığının Dünya Sağlık Örgütünce (DSÖ) pandemi ilan edilmesi¹ nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkı, kendisinin ne kadar değerli ve önemli olduğunu; hafta sonları ve 4 günlük süreler şeklinde, bazen de kısmen uygulanan sokağa çıkma yasakları ve bazı yerlerde uygulanan 14 günlük karantina günleri ile bir kez daha göstermiş oldu. Temel hak ve özgürlüklerden biri olan bu hak, öneminden dolayı başta bölgesel düzlemde yapılmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) olmak üzere diğer bölgesel ve uluslararası belgelerde ve Anayasada düzenlenmiş ve hukuksal bir güvenceye kavuşturulmuştur.

Herkesin kural olarak özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu bu belgelerde ortaya konulduktan sonra, kamu düzeninin korunması ve suçlulukla mücadele gibi nedenlerle bu hakka bazı istisnalarının getirilebileceği de belirtilmiştir. Bunlardan en başta olanı, bir hükme bağlı olarak kişilerin tutulması hali ile bir suç isnadına bağlı olarak tutulma halidir. Bir hükme bağlı tutmanın koşulları ile bir suç isnadın bağlı tutmanın koşulları, Sözleşmede ve Anayasada farklı olduğu gibi, atıf yapılan kanunlarda da farklılık göstermektedir.

Sözleşmede ve Anayasada, kişi özgürlüğüne müdahaleye izin verilen durumlardan biri olan tutuklama tedbirine başvurabilmek için suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti ve bununla birlikte en az bir tutuklama nedeni bulunmalıdır. Bununla birlikte bu tedbirin ölçülü olması da gereklidir. Ceza muhakemesi sürecinin başlangıcında veya devamında tutuklamaya sevk edilen yahut tutuklu olan kişinin özel durumu ya da ceza muhakemesi açısından tutuklamadan beklenen amacın gerçekleşmesi nedenleriyle kişilerin daha fazla özgürlüklerinden yoksun bırakılması anlamsız hale gelebilir. Tutuklamanın bir amaç olmadığı, sadece bir tedbir olduğu da

1 * Sunumun yapıldığı tarihte Dr. iken, sunum yapıldıktan sonra ve tam netin hazırlık sürecinde doçentlik başvurusu sonuçlandı ve başarılı bulunduğu için Doç. sıfatı kullanılmıştır.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548> (Erişim Tarihi: 14/6/2020)

dikkate alındığında bu sonuca kolaylıkla ulaşılır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda² (CMK) buna ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmaktadır.

Ölçülülük, somut olayda tutuklamaya sevk edilen yahut tutuklu bulunan kişinin kişisel durumlarının da karar verme sürecinde dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bunlar; yaşlılık, hastalık, hamilelik, küçük çocuk sahibi olma, çocuk yaşta olma, sabit ikametgâh sahibi olma, sabit bir iş ve düzeninin olması şeklinde olabilir. Hâkim veya mahkeme, CMK'daki tutuklamanın ölçülülüğü ilkesinden hareketle, bir tutuklama nedeni bulunmasına karşılık, kişinin tutuklanması veya bunun devamının gerekli ya da zorunlu olup olmadığını pekâlâ değerlendirebilir. Hâkim veya mahkememin şüpheli ya da sanığın kişisel nedenlerini de tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi kapsamında, daha tutuklamanın başında ve tutukluluğun devam ettiği her aşamada dikkate alması gerekmektedir. Bu çerçevede her bir somut olayda, tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan adli kontrol yükümlülüklerinin ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olup olmadığı dikkate alınması gerekmektedir. Eğer, adli kontrol tedbirinin yeterli olduğu kanaatine varılır ise soruşturma veya kovuşturma aşamasında tutuklama tedbirine başvurulmaya gerek olmayacaktır.

CMK'nın 109. maddesinin mülga 4. fıkrası, 15/4/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir. CMK'da yapılan bu düzenleme ile ağır hastalık olarak değerlendirilecek olan Koronavirüs hastalığına yakalanmış tutuklu olan şüpheli ya da sanıkların adli kontrol tedbiriyle serbest bırakılmasına kolaylık sağlanmıştır. Şüpheli ya da sanığın tutukluluk sürecinde hasta olması halinde tedaviden yararlanma hakkı her zaman bulunmaktadır. Tedavi sağlama görevi, devlet için pozitif bir yükümlülüktür. CMK'da yer alan tutuklamanın ölçülü olması ilkesi gereği, anılan düzenleme yapılmadığı durumda dahi gebelik, küçük çocuk sahibi olma ve ağır hastalık durumunda bu kişilerin tutuklanması yerine haklarında adli kontrol kararı verilmemesini engelleyen kanuni bir hüküm bulunmamaktadır.

2 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Kabul Tarihi: 4/12/2004, R.G: 17/12/2004, Sayı: 25673.

Bu çalışmada; 15/4/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle yeniden düzenlenen CMK'nın 109. maddesinin mülga 4. fıkrası, CMK'nın 100. maddesinin birinci fıkrası ve 101. maddenin 2. fıkrasının (c) bendinde belirtilen tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi bağlamında değerlendirilmiş, tutuklamanın, CMK'nın konusu olmasının yansırı AYM ve AİHM'nin de konusu olması nedeniyle anılan mahkeme kararlarına da bu çerçevede yer verilmiştir.

1- Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

Bir temel hak ve özgürlük olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, ulusal düzeyde 1982 Anayasasının 19. maddesi ile uluslararası metinler arasında önemli bir yer sözleşmenin 5. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte hakkın, insanlığın ortak evrensel değerleri içerisindeki önemi nedeniyle birçok bölgesel ve uluslararası insan hakları belgelerinde de kendisine yer bulmuştur.³

Anayasanın 19. ve Sözleşmenin 5. maddesine birlikte bakıldığında, her iki maddede de özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin bazı açıklamaların bulunduğu görülmektedir.⁴ Bu iki maddede "kişi özgürlüğü" ve "kişi güvenliği" kavramları öne çıkarılmıştır.⁵ İlk bakışta iki düzenleme arasında ifade edilmiş biçimleri bakımından birtakım farklılıklar bulunduğu gözükmemekte ise de genel olarak aralarında bir uyuşmanın bulunduğu söz edilebilir.⁶ Zira Anayasa da, özgürlük ve güvenlik hakkını, Sözleşme gibi ayrıntılı bir şekilde ve benzer sistematik içerisinde düzenlemiştir. Gerek hakkın

3 Bu sözleşmeler için bkz. Enver Bozkurt; İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, 1. Bası Nobel, Ankara, 2003.

4 Ali Tanju Sarıgül; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, 2013, s.30.

5 Abdülkadir Kaya; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve İçtihatlarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, *Tutuklama*, Yıl:2014, Cilt:9, Sayı:123-124, s.56.

6 Tolga Şirin; Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1, Avrupa Konseyi, 2018, s.6.

sınırlanmasına getirilen istisnalar gerekse hakkın öngördüğü bazı yükümlülükler açısından da maddeler arasında bir uyumun bulunduğu ifade edilebilir.⁷

Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvuruda verdiği kararlarda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını, devletin bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir hak olarak tanımlamıştır.⁸ Bu tanıma göre hakkın amacının, kişinin özgürlüğünden resmi makamlar tarafından keyfi bir biçimde yoksun bırakılmaması olduğu anlaşılmaktadır. Bu hak aslında devletin negatif yükümlülüğünü ortaya koymaktadır. O da kural olarak özgürlüğe keyfi olarak müdahale etmeme, özgürlüğü keyfi olarak kısıtlamama yükümlülüğüdür. Bu negatif yükümlülüğün dayanağını bizatihi Anayasanın 19. maddesinin kendisi oluşturmaktadır.⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını, demokratik toplum düzeninde en önemli haklardan birisi olarak görmektedir.¹⁰ Kişinin fiziksel özgürlüğünü koruma altına alan bu hak, demokratik toplumun en yüksek değerlerini oluşturan unsurlardandır.¹¹ Her iki maddede koruma altına alınmış olan kişinin fiziksel özgürlüğüne bir müdahale söz konusu olduğunda kişi güvenliği devreye girmektedir. Kişi güvenliği, bu şekilde kişi özgürlüğünün hukuki koruması ve güvencesi altındadır.¹² Güvenlik hakkı, mutlaktır. Özgürlük hakkı ise, Anayasanın 19. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında gösterilen durumlardan birinin varlığı halinde kısıtlanabilecektir. Sözleşmede ise 5. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (f) bentleri arasında

7 Ulaş Karan; “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, 2013 1.Baskı, s.207.

8 *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B.No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62. Bu karar ve diğer Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>.

9 Karan, s. 186.

10 *Medvedyev ve diğerleri/Fransa*, B. No: 3394/03, 29/03/2010, §§ 76-79; *Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 36443/06, 14/4/2015, § 74. David Harris/Michael O’Boyle/Ed Bates/Carla Buckley; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013, s.124.

11 Juan Antonio Hernandez, Corchete; “The Role of Constitutional Courts in the Balance between Liberty and Security”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Yıl:2017, Sayı:34, Basım Yılı 2018, s.45.

12 Kaya; s.56.

sayılan altı durumdan birinin bulunması halinde özgürlük hakkının kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Sözleşme ve Anayasa böylelikle kişilerin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamaları için bazı önleyici kurallar ve önlemler getirmiş olmaktadır.¹³ Dolayısıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanması, ancak belirlenen bu durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir. Genel bir kural olarak sınırlama sebepleri daima dar yorumlanır, özgürlüğün kısıtlanmasına izin verilen istisnai durumların da bu çerçevede dar yorumlanacağı kuşkusuzdur.¹⁴

Özgürlükten bir şekilde yoksun bırakılan kişinin, bu yoksunluk ister tutuklama yoluyla isterse de bir başka biçimde -yakalama veya gözaltına alınma şeklinde gerçekleşmiş olsun- tekrar özgürlüğüne kavuşabilmesi için bu hak yoksunluğunun bir mahkeme huzurunda denetlenmesini isteme hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı içinde yer alan önemli bir haktır.¹⁵ Gerek Anayasada ve gerekse Sözleşmede özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere belli bazı haklar da tanınmıştır. Bu kapsamda bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini isteme ve soruşturma veya kovuşturma evresinde serbest bırakılmayı talep etme hakları bulunmaktadır. Bu hak Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasında ve Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddelerde belirtilen hakkın konusu sadece bir suç işlediği şüphesiyle, yani Sözleşmenin 5. maddesinin 1.fıkrasının (c) bendir kapsamında yakalanan, yakalandıktan sonra tutuklanan kişilere getirilen bir teminattır.¹⁶ Diğer bir hak ise yalnız bir suç isnadı kapsamında değil, her türlü tutma durumunda, bu tutmaya karşı etkili bir şekilde itiraz edebilme hakkıdır. Bu hak ise Anayasanın 19. maddesinin 8. fıkrasında ve Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş olan özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin bir mahkemeye başvurma hakkıdır.¹⁷

13 Kaya, s.56.

14 *Ciulla/İtalya*, B. No: 11152/84, 22/2/1989, § 74; *Kurt/Türkiye*, B.No:15/1997/799/1002, 25/5/1988,§ 122.

15 Şirin, s.204.

16 Kaya, s.75.

17 Kaya, s. 78.

Suç işlediği iddiasıyla tutuklanan kişilere Sözleşmede ve Anayasada tanınan bu hak *Habeas Corpus* güvencesi olarak anılmakta¹⁸ ve buna bağlı olarak, ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma evresinin her aşamasında tutuklu kimselerin serbest bırakılmayı talep etme hakları bulunmaktadır. Zira muhakeme sürecinde, tutuklanan kişinin özel durumu ya da ceza muhakemesi açısından tutuklamadan beklenen amacın gerçekleşmesi nedenleriyle kişilerin daha fazla özgürlüklerinden yoksun bırakılmasının anlamsız hale gelme durumu söz konusu olabilmektedir.

2- Özgürlük ve Güvenlik Hakkının İstisnaları Olarak Bir Hükme Bağlı Tutma ve Suç İsnadına Bağlı Olarak Tutma

Herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu Sözleşmede ve Anayasada temel bir ilke olarak ortaya konulduktan sonra, bazı durumlarda bu hakka istisnaların getirilebileceği de belirtilmiştir. Bunlardan en başta olanı, bir hükme bağlı olarak kişilerin tutulması halidir. Sözleşmenin 5.maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine ve Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir kimsenin hükme bağlı tutuma kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakıldığının söylenebilmesi için ilk önce, hürriyeti bağlayıcı ceza veya güvenlik tedbirinin yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş olması, ikinci olarak ise yerine getirilecek bu kararın hürriyeti bağlayıcı ceza veya güvenlik tedbirini içermesi gerekmektedir.

Yetili bir mahkemenin verdiği, kesin hüküm otoritesi nedeniyle de üzerinde kural olarak tartışmanın bittiği kabul edilen hürriyeti bağlayıcı cezaların veya güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, kişi özgürlüğüne yönelik müdahaleye izin verilen durumlardan birisini oluşturmaktadır. Böyle bir durumda kural olarak infaz edilmekte olan hürriyeti bağlayıcı cezanın özgürlüğe müdahale oluşturduğu ileri sürülemeyecektir. Ancak bu durumda ifa edilen özgürlükten mahrumiyet hali, mahkeme tarafından verilen ceza veya güvenlik tedbirinin kapsamını aşmamalı ve mahkeme kararına

18 Sarıgül, s.108; Kaya, s.78; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli); Anayasa Mahkemesi Yayınları, Birinci Baskı, 2018, Ankara, s.106.

uygun olmalıdır.¹⁹ Dolayısıyla, hükümlülerin infaz edilecekleri sürenin ceza mahkemesi kararına ve ilgili yasal mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmesi, Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasının ve Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin koruması altındadır.

Anayasada ve Sözleşmede, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahaleye izin verilen durumlardan birisi de bir suç isnadına bağlı olarak uygulanabilen tutuklama tedbidir.²⁰ Tutuklama, en çok uygulanan özgürlükten yoksun bırakma hallerinden biridir. Özgürlüğe müdahaleye izin verilen durumlardan birisi olarak tutuklamanın kabul edilmiş olmasının temelinde devletlerin görevleri arasında, güvenliğin sağlanması ve kamu düzenini temini için suçla etkin bir şekilde mücadele etmesi görevinin de bulunduğu düşüncesi yatmaktadır.²¹ Hiçbir devlet, bu görevden kendini bağımsız tutamaz. Şüphesiz, suçun önlenmesi ve suçluların yakalanıp mahkeme önüne çıkarılması ve bunların cezalandırılması hukuk devletinin, hukuka bağlı olan herkesin ortak arzusudur. Kamu düzeni ancak bu şekilde sağlanabilmekte, adalet bu şekilde gerçekleştirilebilmektedir.

Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ve Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında, suçluluğu hakkında bir şüphe bulunan kişilerin belli amaçların gerçekleştirilebilmesi amacıyla tutuklanabileceği öngörülmüştür. Bu amaç, ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi veya muhtemel bir mahkûmiyetin ileride yerine getirilebilmesidir.²² Sözleşmeye göre bir kişinin tutuklanabilmesi için öncelikle suçun işlendiğine dair makul şüphe ve Anayasaya göre ise kuvvetli belirtinin olması ve bununla birlikte en az bir tutuklama nedeninin bulunması gereklidir.²³ AİHM içtihatlarının-

19 Şaban Dal, B.No: 2014/2891, 16/2/2017, § 32.

20 “Tutuklama, suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hâkim kararıyla geçici olarak kaldırılmasıdır.” Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, Beta, Eylül, 2019, s.393.

21 Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/F. Saygılar Kırt/Esra Alan Akcan/ Özlem Özaydın/Efser Eser Tütüncü/Derya Altınok Willem/Mehmet Can Tok; *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin, 12. Bası, Ankara, 2018, s.459.

22 Centel/Zafer, s. 393.

23 *Buzadji/Moldova*[BD], B.No: 23755/07, 5/7/2016, § 102.

da makul şüphe, bir kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olması olarak tanımlanmıştır.²⁴ Kuvvetli belirti, ya da kuvvetli suç şüphesi, Anayasada ve CMK'da tanımlanmış değildir. Öğretide, kuvvetli şüphe genel itibarıyla, eldeki deliller ışığında yapılacak bir yargılamada sanığın mahkûm olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması olarak ifade edilmiştir.²⁵ Buradaki şüphe, tutuklamanın talep edildiği ya da tutuklamaya karar verildiği andaki ve kişinin tutuklu kaldığı süre boyunca devam eden bir şüphedir.²⁶ Gerekli olan bu şüphenin var olup olmadığı, somut olayın özelliğine göre karar vermeye yetkili makamlarca takdir edilecektir.

Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında tutuklama nedenleri de gösterilmiştir. Buna göre suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan bir kimse, ancak kaçmasının önlenmesi ya da delillerin yok edilmesinin veya değiştirilmesinin önlenmesi amacıyla tutuklanabilecektir. Buna ilaveten ayrıca bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve Kanunda gösterilen diğer hallerde de tutuklamanın mümkün olabileceği Anayasada belirtilmiştir. Anayasada geçen Kanundan anlaşılması gereken ise temel olarak CMK'dır.

CMK'nın 100. maddesinin 2.fıkrasında tutuklama nedenleri; şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulması halleri olarak belirtilmiştir. Maddede, ayrıca tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir liste, katalog suçlar listesi de düzenlenmiştir. Buna göre katalogda belirtilen suçlardan birinin işlenmesi halinde CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrası gereğince bir tutuklama nedeni CMK açısından var sayılacaktır. AİHM kararlarında yer verilen suçun işlenmesinin önlenmesi ve kamu

24 *Labita/İtalya*[BD], B. No: 26722/95, 6/4/2000, § 102.

25 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/ Özaydın/Tütüncü/Willemin/Tok, s.437; Cumhur Şahin; *Ceza Muhakemesi Hukuku -1-*, Seçkin, 9.Bası, Ankara 2018, s.296.

26 Şahin, s.297; Centel/Zafer, s.394.

düzenin korunması nedenleri²⁷ ise, CMK'da belirtilen tutuklama nedenleri arasında yer almamaktadır.

3- Tutuklamanın Koşulları

CMK'da, ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların etkili bir şekilde uygulanabilmesini sağlamak amacıyla, karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, geçici olarak başvurulmuş ve nihai hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren bazı koruma tedbirlerine yer verilmiştir.²⁸ CMK'da öngörülen bu koruma tedbirlerinden birisi ve belki de en önemlisi tutuklama tedbiridir. Zira tutuklama, nihai hükümden önce uygulanabilen, kişi özgürlüğü ve güvenliğine yönelik müdahale oluşturan, en ağır bir koruma tedbiridir. Bu yüzden CMK'nın 100. maddesinde, tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için ön koşul olarak şüphenin en yoğunluğunu olan kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin varlığı kabul edilmiştir.²⁹

Tutuklama, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik açık bir müdahaledir.³⁰ Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında, ancak suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin tutuklanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla kuvvetli belirti olmayan durumlarda kişinin tutuklanmasına karar verilemeyecektir. Bu durumda kuvvetli belirti, tutuklamanın ön koşulunu oluşturmaktadır. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle destelenmesi gerekmektedir. İnanırıcı delil sayılabilecek olguların niteliği ise büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlı bulunmaktadır.³¹

27 Kaya s.70.

28 Bahri Öztürk/ Behiye Eker Kazancı/Sesim Soyer Güleç; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin, Ankara, 2013, s. 19.

29 Centel/Zafer, s.395; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4.Bası, Seçkin, 2016, s. 353.

30 *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 92.

31 *Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72.

Anayasada tutuklama için suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin tutuklanabileceği belirtilmişken CMK'da kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde tutuklama kararı verilebileceği ifade edilmiştir. O halde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale oluşturan bir tutuklama kararı için olmazsa olmaz ilk şart kuvvetli suç şüphesinin bulunmasıdır. Ancak bundan da evvel Anayasanın 13³² ve 19. maddeleri birlikte okunduğunda, tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması gerektiği açık olduğundan ilk önce bunun somut olayda bulunup bulunmadığına bakılması gerekmektedir.

Kanuni dayanaktan kasıt, kanun tarafından bir tutuklama yasağının bulunmamasıdır. Örneğin Çocuk Koruma Kanun'un³³ 21. maddesinde 15 yaşından küçüklerin bazı suçlar yönünden tutuklanamayacağı açık bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Keza CMK'da da belli bir sürenin altında olan hapis cezalarında tutuklama kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir.³⁴ Diğer bir önemli yasak ise Anayasada milletvekilleri için öngörülmuş istisnai düzenlemelerdir. Dolayısıyla Kanun ya da Anayasa tarafından bir tutuklama yasağı bulunmadığı hallerde kural olarak tutuklama kararı verilebilecektir. Anayasanın 13. maddesinde, kısıtlamanın ancak bir Kanunla yapılabileceği düzenlenmiş olduğundan örneğin idari bir kararla ya da yönetmelik ve tüzük gibi düzenlemelere dayalı olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale edilemeyecek ve tutuklama kararı verilemeyecektir. Yine Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında “suçluluğu hakkında” ibaresi geçtiğinden kabahat olarak nitelendirilen eylemler nedeniyle de tutuklama kararı verilemeyecektir.

Bir kimsenin tutuklanabilmesi için, o kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunması yeterli olmayıp, buna ilaveten tutuklama

32 “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak **kanunla** sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli).

33 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, Kabul Tarihi: 3/7/2005, R.G:15/7/2005, Sayı: 25876.

34 Bkz. CMK'nun 100/4. Maddesi.

nedenlerinden en az birisinin de bulunması gerekmektedir. CMK’da tutuklama bir amaç olarak öngörülmemiştir, sadece bir araç olarak düşünülmüş, bu nedenle de bu koruma tedbirinin süreli olduğu ifade edilmiştir.³⁵ Bu amaçla, CMK’da bir hüküm verinceye kadar olan azami tutukluluk süreleri kabul edilmiştir. CMK’nın 102. maddesine göre, uzamış sürelerle birlikte ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde azami tutukluluk süresi 1 yıl 6 ay iken, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi 5 yıl, devlet aleyhine işlenen bazı suçlarda ise 7 yıldır.³⁶ Yine hakkın öneminden dolayı 7188 sayılı Kanun ile ceza muhakemesinin yalnızca soruşturma evresinde geçebilecek azami tutukluluk süreleri belirlenmiştir.³⁷

CMK’nın 101. maddesinin 2. fıkrasında “*tutuklamaya, tutukluluğun devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda*” diğer koşulların yanında tutuklamanın ölçülü olması gerektiği de belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi *Halas Aslan*³⁸ kararında, bir tutuklamanın hukuki olup olmadığının ne şekilde incelenmesi gerektiğini CMK’daki bu hükümleri birlikte ele alarak belirlemiştir. Buna göre ön koşul olarak kuvvetli suç şüphesinin var olup olmadığına bakılmaktadır. Eğer bu koşul gerçekleşmiş ise ikinci olarak bir tutuklama nedeninin bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Söz konusu başvuruda bir tutuklama nedeninin varlığı da tespit edilirse son olarak bu tutuklamanın ölçülü olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Bu üç şartı karşılayan ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale oluşturan tutuklama, hukuka uygun bir müdahale olarak kabul edilmektedir.³⁹

35 Hüsnü Aldemir; *Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama Adli Kontrol Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri*, 1.Baskı, 2012, s.140.

36 5237 sayılı Türk Ceza Kanun’un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında giren suçlarda azami tutukluluk süresi 7 yıldır. CMK 102/2.

37 7188 Sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 17/10/2019, R.G: 24/10/2019, Sayısı: 30928. Bkz. CMK102/4. Madde.

38 B. No:2014/4994, 16/2/2017.

39 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yusuf Enes Kaya; *Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi*, Onikilevha, 1.Baskı, İstanbul, Aralık, 2019, s.33.v.d.

4- Tutuklamanın Ölçülülüğü

AYM, birçok kararında, kanun koyucunun bir düzenleme yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu ilke ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik*, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik*, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *orantılılık* ise başvuru önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.⁴⁰

Temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamalarda da ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan orantılılık ilkesi daima göz önünde bulundurulmalıdır. Hukuk devletinde ve ceza yargılamasında bir kural, bir kısıtlama, bir uygulama elverişli olabilir, hatta gerekli olabilir, ancak bu elverişlilik ve gereklilik, bir hakkın kısıtlanması için yeterli olmamaktadır. Bunlara ilaveten getirilen kısıtlama aynı zamanda orantılı da olmak zorundadır. Getirilen bir düzenlemede, uygulanan bir kısıtlamada, kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturulması gerekmektedir. Bu denge sağlanmadığı durumlarda ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı davranılmış olacaktır. Ceza yargılamasında, kişi temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden tedbirlere en son çare olarak ve özgürlüğü en az kısıtlayarak başvurulması, insan hak ve özgürlüklerini vurgulayan adil yargılanma hakkına uyulması da gerekmektedir.

Tutuklama tedbiri, isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı karşısında ölçülü de olmalıdır. Bu husus CMK'nın 100. maddesinin 1.cümlesinde açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu hükme göre işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiriyle ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilememelidir.⁴¹ Kuvvetli belirtinin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde dahi, tutuklama tedbiri yerine kişi özgürlüğüne daha az müdahaleyi gerektiren başka

40 Bkz. Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı, Esas Sayısı: 2012/149, Karar Sayısı: 2013/63; Karar Günü: 22.5.2013, R.G. Tarih-Sayı: 28.12.2013-28865.

41 Yenisey/Nuhoğlu, s.354.

araçların düşünülmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, kişi özgürlüğüne daha az bir müdahale oluşturan bir tedbirle tutuklamadan beklenen amaç sağlanacak ise bu tedbirle yetinilmeli ve daha ağır bir tedbire başvurulmaktan sakınılmalıdır.⁴² İşte, tam da bu durum ölçülülük ilkesinin bir gereğidir⁴³. Dolayısıyla, bir tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun söylenebilmesi için tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin somut olay bakımından yeterli olmaması gerekir.⁴⁴ Zira tutuklama tedbiri bir amaç değil, bir araç olması hasebiyle son çare olarak düşünülmelidir. Bu çerçevede tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan adli kontrol yükümlülüklerinin, ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olup olmadığı her somut olayda dikkate alınması gereken bir husustur. Adli kontrol tedbiri, ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır. Yine, yargılama sonucunda verilecek cezanın miktarına göre tutuklama kararının verilmesi şüpheli veya sanık aleyhine sonuçlar doğurma ihtimali varsa bu durumda da tutuklama kararı verilmemeli ya da tutuklamaya son verilmelidir. Eğer, adli kontrol tedbirinin yeterli olduğu anlaşılırsa, tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır. CMK sisteminde bütün suçlar bakımından adli kontrol yükümlülüklerinin uygulanması mümkündür.⁴⁵

Bunun temelinde tutuklamanın istisnai ve nihai bir koruma tedbiri olduğu yatmaktadır. Hukuk sistemimizde tutuklama, ihtiyari bir koruma tedbiri olduğundan tutuklama zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yüzden hâkim, tutuklama kararı vermekte tamamen serbesttir. Dolayısıyla hâkim ya da mahkeme, hem ilk defa tutuklama kararı verirken hem de tutukluluğun devamına ilişkin karar verirken tutuklamanın orantılı ya da ölçülü olup olmadığını daima göz önünde bulundurması gerekmektedir.⁴⁶

6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin

42 Aldemir, s.161.

43 Yenisey/Nuhoğlu, s. 337.

44 Centel/Zafer, s.399; Yenisey/Nuhoğlu, s. 354.

45 Yenisey/Nuhoğlu, s.337.

46 Aldemir, s.182. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Willemin/Tok, s.468; Yenisey/Nuhoğlu, s.355.

Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunla⁴⁷, 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikle birlikte tüm suçlar açısından tutuklama yerine adli kontrol hükümlerinin uygulanabileceği öngörülmüştür.⁴⁸ AYM, *Engin Demir* başvurusunda⁴⁹, anılan düzenlemenin başvuru lehine de uygulanma imkânı ortaya çıktığını, ancak tutukluluğun devamına ilişkin olarak verilen kararlarda hedeflenen meşru amaçla yapılan müdahale arasında gözetilmesi gereken denge açısından mevcut adli kontrol tedbirlerinin yeterince dikkate alınmadığını ve bu tedbirlerin neden yetersiz kalacağı hususunun tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerekçelendirilmediğini belirtmiş ve yargılamanın tutuklu sürdürülmesinden beklenen kamu yararı ile başvuru kişinin hürriyeti ve güvenliği hakkı arasında ölçülü bir denge kurulmadığını ve bu nedenle tutuklu kalınan sürenin makul olmadığı sonucuna vararak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Adli kontrol tedbiri yanında CMK'da ve diğer kanunlarda öngörülmüş olan yukarıda değinilen tutuklama yasakları da ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır. Tutuklamanın oranlılığı açısından tutuklama kararının somut olay göz önünde bulundurulduğunda ölçülü olması gerekir. Bunun için de bir tarafa şüpheli ya da sanığın kişi özgürlüğü, diğer taraftan olayın önemi ve beklenen ceza karşılıklı olarak daima tartılması gerekmektedir. Bu kapsamda şüpheli veya sanığın yaşam ilişkileri, mesleki ve ailevi bağları, sağlık durumu gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁰ Ölçülülükten ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak derece mahkemeleri, tutuklamanın ölçülülüğünü, sadece kişinin tutuklu kaldığı sürenin, yargılama sonucunda verilecek muhtemel ceza miktarını aşırıp aşmadığı şeklinde ele almaktadırlar. Oysa tutukluluk bir ceza olmadığı gibi gayesi de ceza değildir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 63. maddesinde öngörülmüş olan hükmedilen cezadan mahsup işlemi, hakkaniyet gereği ile kabul edilmiştir.⁵¹

47 Kabul Tarihi: 2/7/2012, R.G: 5/7/2012, Sayısı:

48 Yenisey/Nuhoğlu, s.347.

49 *Engin Demir* [GK], B. No: 2013/2947, 17/12/2015, § 69.

50 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Willemin/Tok, s.469.

51 Yenisey/Nuhoğlu, s.348.

Ölçülülük, aynı zamanda somut olayda tutuklu kişinin kişisel durumlarının da dikkate alınmasını gerekli kılar. Bunlar; yaşlılık, hastalık, hamilelik, küçük çocuk sahibi olma, çocuk yaşta olma, sabit ikametgâh sahibi olma, sabit bir iş ve düzeninin olması, milletvekili olması şeklinde olabilir. Hâkim veya mahkeme, CMK'daki tutuklamanın ölçülülüğü ilkesinden hareketle, bir tutuklama nedeni bulunmasına karşılık, kişinin tutuklanmasının veya bunun devamının gerekli ya da zorunlu olup olmadığını pekâlâ değerlendirebilir. Hâkim veya mahkeme, şüpheli ya da sanığın kişisel nedenlerini de tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi kapsamında dikkate alması gerekir.

Tutuklu olan sanık ya da şüpheli bir çocuk ise tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarında çocuk olduğunun mutlaka değerlendirilmiş olması, ölçülülük açısından büyük önem taşımaktadır. AYM *Furkan Omurtag*⁵² başvurusunda, tutukluluk kararlarında sanığın çocuk olduğunun hiç değerlendirilmediği gerekçesiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda, çocuklar bakımından tutuklama söz konusu olduğunda en son çare olarak bu tedbirin akla gelmesi ve tutuklamanın zorunlu görülmesi halinde ise bunun kısa bir sürede sonlandırılması gerektiği de belirtilmiştir. Ancak bu durum, çocuklar hakkında hiçbir şekilde tutuklama tedbirinin uygulanamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Çok ciddi suçlarda pekâlâ tutuklama tedbirine başvurulması bir zorunluluk olabilir. Somut olayda çocuk olan başvuru, hırsızlığa teşebbüs suçundan tutuklanmış, mahkemece neticede kendisine adli para cezası verilmiştir. 5275 sayılı Kanun'un⁵³ 106. maddesinde yer alan, çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde bu cezanın hapse çevrilemeyeceği şeklindeki hüküm de dikkate alındığında suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı açısından da tutuklama kararı verilmesinin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

52 B. No: 2014/18179, 25/10/2017.

53 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 13/12/2014, R.G: 29/12/2004, Sayı:25685.

Tutuklu kişinin sağlık nedeniyle tahliye edilip edilemeyeceği konusu da AYM önüne gelmiş ve ilk kez bu husus *Fatih Hilmioğlu*⁵⁴ başvurusunda incelenmiştir. Mahkeme, başvuruçunun hastalık durumu ve sağlık nedeniyle tahliye edilmemesi şikâyetini yaşam hakkı bağlamında ele almıştır. Adli tıp kurumu raporunda “*Başvuruçunun kronik sistemik ciddi hastalıkları olduğunun anlaşıldığı, mevcut karaciğer sirozu nedeniyle hayat kalitesinde düşme, enfeksiyonlara eğilim ve üst gastrointestinal sistem kanaması geçirme riski olduğu, kronik B hepatiti tedavisine ek olarak portal hipertansiyon tedavisinin başlanması uygun olacağı, başvuruçunun sağlığı açısından, cezaevi koşulları yerine fiziksel, psikososyal şartların daha sağlıklı olduğu ve her türlü tıbbi imkâna kolayca ulaşabileceği bir ortamda izlenmesinin uygun olacağı*” şeklindeki değerlendirmeyi dikkate alan AYM, başvuruçunun esasını incelenmeden ara kararlarla tedbiren sağlık nedeniyle başvuruçunun tahliyesine karar vermiştir. Bununla birlikte AYM, esas incelemesinde; suç isnadına veya mahkûmiyet kararına bağlı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması için hiçbir genel zorunluluk bulunmadığını, hasta bir kişinin cezaevinde tutulmasının, ancak cezaevi şartları veya uygulanan tedbirlerin kişiyi olağanın üzerinde sıkıntıya sokacak nitelikte olması halinde, insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele (kötü muamele) olarak nitelendirilebileceğini ve bu kapsamda da somut bir delil olmadığı dikkate alındığında, kronik hastalığı olan başvuruçunun cezaevinde tutulmasına ilişkin şikâyetlerinin somut bir olguya dayanmadığını belirterek yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

5-7242 Sayılı Kanunun 15. Maddesiyle Getirilen Düzenleme

15/4/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun’un⁵⁵ 15. maddesiyle CMK’nun 109.maddesinin mülga 4. fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre; ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle hayatını cezaevi koşullarında tek başına idame ettiremeyenler ile gebe ve 6 aydan küçük çocuğu olanların tutuklanması yerine adli kontrol altına

54 B. No: 2014/648, 18/9/2014.

55 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 14/4/2020, R.G: 15/5/2020, Sayı: 31100.

alınmasına karar verilebilecektir. Bu düzenlemenin de içinde yer aldığı infaz düzenlemesinin hızlı bir biçimde kanunlaşmasında 11 Mart 2020 tarihinde DSÖ'nün Koronavirüs hastalığını pandemi ilan etmesinin de etkili olduğu söylenebilir, zira 5275 sayılı Kanun'un pek çok maddesinde yapılan düzenlemede “*salgın hastalık*” ibaresinin bulunduğu bunu açıkça göstermektedir. CMK'da yapılan bu düzenleme ile ağır bir hastalık olarak değerlendirilecek olan Koronavirüs hastalığına yakalanmış kişilerin, özellikle de kronik rahatsızlığı (şeker, yüksek tansiyon ve kalp rahatsızlığı) olanların tutukluluğunun devam ettirilmesi yerine, adli kontrol altına alınabilmesine kolaylık sağlanmıştır. Bunun sonucu olarak tahdidi şekilde belirtilen bu kişilerin tutuklanmaları yerine adli kontrol hükümlerinin uygulanması yoluyla serbest bırakılmasına karar verilebilecektir.⁵⁶

CMK'nın 100/1 ve 101/2. maddenin (c) fıkrasında yer alan tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi gereği, anılan düzenleme yapılmamış olsaydı dahi gebelik, küçük çocuk sahibi olma, engellik ve ağır hastalık durumunda kişisel nedenler dikkate alınarak bu kişilerin tutuklanması, tutukluluğunun devam ettirilmesi yerine haklarında adli kontrol kararı verilmesinin önünde herhangi bir yasal engel bulunmamaktaydı.⁵⁷ Tutuklama ve tutukluluğun devamı konuları Yargıtay gündemine taşınmadığı için, içtihatlarla bu konuda hukuki belirlilik sağlanamamış ise de AİHM ve AYM'nin örnek kararlarıyla, herhangi bir kazuistik düzenleme yapılmasına gerek kalmadan sorunun aşılabilmesi pekâlâ mümkün idi.

7242 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile CMK'da yapılan bu düzenlemenin neden kabul edildiğini anlamak için anılan maddenin gerekçesine bakmak gerekir. Gerekçede, özetle bir suç isnadına bağlı tutma, tutukluluk hali, ile bir hükme bağlı tutmanın, hükümlülüğün, eşdeğerde görüldüğü

56 Şen, Ersan/Başer Berkün, Beyza; “Adli Kontrole Eklenen Yeni Kriterler” <https://www.hukukihaber.net/adli-kontrole-eklenen-yeni-kriterler-makale,7763.html> (Erişim Tarihi: 25/5/2020)

57 Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Koca, Mahmut; “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi” [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirilmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirilmesi-(2020.04.06).pdf) (Erişim Tarihi: 25/5/2020)

göze çarpmaktadır. Birazdan da değinileceği üzere tutuklama ve tutukluluğun devam etmesinin koşulları ile kesinleşmiş bir hürriyeti bağlayıcı cezanın ne şekilde infaz edileceği, buna hangi hallerde son verileceği hususları iki ayrı kurumun konusunu oluşturur. Aynı zamanda bu iki kurumun Kanunları da ayrıdır. Tutuklama, CMK'nın konusu iken, infazın ertelenmesi, buna ara verilmesi, infazın yerine getiriliş şekli ise infaz hukukunun konusunu oluşturmaktadır.

7242 sayılı Kanun'un 15. maddesinin gerekçesinde⁵⁸; tutuklama koşullarının bulunmasına rağmen, maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheliler ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren 6 ayı geçmemiş bulunan kadın şüphelilerin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilmesine imkân getirildiği belirtilmiştir. Gerekçede ek olarak, 5275 sayılı Kanun'un 4. ve 6. fıkralarında hükümlüler bakımından bu hususların düzenlendiği ve aynı Kanun'un 116. maddesinde tutukluluk haliyle uzlaşır nitelikte olması durumlarında 16. madde⁵⁹ hükümlerinin uygulanabile-

58 <http://bigm-uyap.adalet.gov.tr/portal/duyuru/2020/nisan/pdf/> (Erişim Tarihi: 25/5/2020)

59 (1) Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanunu'nun 57 nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.

(2) Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurumlarında düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkradaki yazılı usule uygun olarak incelettirilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kara-

ceğinin belirtilmesine karşılık uygulamada bu hükme rağmen tutuklu şüpheliler hakkında farklı uygulamaların gerçekleştirildiği ve mağduriyetlerin ortaya çıkmasına sebep olunduğu belirtilmiştir. Son olarak gerekçede, getirilen düzenlemeyle uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi ve yaşanabilecek mağduriyetlerin önüne geçilebilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

5275 Sayılı Kanun'un 16. maddesinde; yaşlılık, engellilik, ağır hastalık, gebelik, doğum gibi durumlarda kesinleşmiş hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının ertelenebileceği öngörülmüştür. Sözü edilen haller geçici olduğundan bu durumların sona ermesi halinde hapis cezası kaldığı yerden infaz edilebilecektir. Görüleceği üzere gebeliğin doğumla sona ermesi, bebeğin belirli bir yaşa gelmesi, hastalığın iyileşmesi sonrasında, kesinleşmiş hükümlerin infazı gerçekleştirilecektir. Hükümlüler bakımından benzer bir düzenleme aynı Kanun'un 105/A maddesinde denetimli serbestlik olarak ele alınmış ve son olarak Anayasanın 104. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın affi bulunmaktadır. Bu üç kurum, hükümlüler bakımından yaşlılık veya sağlık nedeniyle geçici veya sürekli tahliyeyi sağlayan kurumlar olarak uygulanabilmektedir.

Hükümlüler bakımından sunulan imkanlar 5275 Sayılı Kanun'da böyle iken tutukluluk açısından bakıldığında ise şunlar ifade dileyebilir. Bir

rını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirim yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkra yazılı yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir.

(4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.

(5) Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkra öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur.

(6) Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum güvenliği bakımından ağır ve somut tehlike oluşturmayacağı değerlendirilen mahkûmun cezasının infazı üçüncü fıkra belirlenen usule göre iyileşinceye kadar geri bırakılabilir.

defa CMK siteminde kural olarak tutuksuz yargılama yapmaktır. Tutuklama koşullarının tümü gerçekleşmiş olsa dahi hâkim şüpheliyi, sanığı tutuklamak zorunda değildir.⁶⁰ Zira CMK'nın 100. maddesinde “*tutuklanabilir*” ifadesi yer almaktadır. Her yargılamanın özellikleri, delil durumu birbirinden farklılık göstermektedir. Ceza yargılamasında maddi gerçeğe ve adalete ulaşılabilmesi için öngörülen koruma tedbirlerinden olan tutuklama tedbirinden beklenen amaç, aslında hangi nedenlerle tutuklama yapılabileceğini gösteren nedenlerdir. Bu nedenler, CMK'da sınırlı bir biçimde sayılmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere tutuklama koruma tedbirine Kanun'da belirtilen şüpheli veya sanığın kaçması veya delillerin karartılmasının önlenmesi nedenleriyle başvurulabilir ve bunun devamına karar verilebilir. Söz konusu nedenler ortadan kaldırıldığında tedbire de son verilir ve yargılamaya tutuksuz olarak devam edilebilir. Hatta, tutuklama nedenleri bulunsa bile tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi gereği tutuklama yerine adli kontrol tedbirine karar verilebilir.

6- Sağlık Nedeniyle Tahliye

Suçtu işlediği hususunda hakkında kuvvetli belirti bulunan şüpheli veya sanık, tutuklama nedenlerinden birinin varlığı halinde, hasta olması onun tutuklanmasına engel oluşturmadığı gibi, tutuklandıktan sonra hastalığa yakalanmış olması halinde de hastalığı, onun otomatik olarak tahliyesini gerektirmemektedir. Ne Anayasada ne de Sözleşmede hastalık hali, tutuklamaya engel bir durum olarak belirtilmemiştir. CMK'da da buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre hastalık hali, her şart ve durumda salıverilmeyi ya da tutuklanmamayı gerektiren bir durum değildir. İnsan hakları bağlamında hasta tutuklu ya da hükümlünün cezaevinde tutulması, bazı koşullarda Sözleşmenin 3. maddesi ve Anayasanın 17. maddesindeki kötü muamele yasağını ihlal edebilir.

Devletlerin tutuklu ya da hükümlülerin sağlıklarını koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak bu, kişilerin sağlık durumu gerekçesiyle serbest bırakılması zorunluluğunu içermemektedir. Anayasanın 56.

60 Yenisey/Nuhoğlu, s.349.

maddesine göre herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı bulunmaktadır. Bu maddede Devlet, ayrıca herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Bu herkes içinde tutukluların da bulunduğu açıktır. Hasta tutuklu kişilerin cezaevinde tutulmalarının sorun oluşturmaması için yeterli tıbbi bakımın sunulması devletin pozitif yükümlüğü açısından büyük önem taşımaktadır. AIHM *Kudla/Polonya*⁶¹ kararında, hukuka uygun olarak özgürlüğü kısıtlanan herkesin, insan onuruna uygun tutukluluk koşullarına sahip olma hakkı bulunduğunu, alınan tedbirlerin uygulanma koşullarının kişiyi sıkıntıya ya da tutukluluğa bağlı kaçınılmaz üzüntü seviyesini aşacak yoğunlukta bir ümitsizliğe sokmaması gerektiğini belirtmiştir. *Mouisel/Fransa*⁶² kararında ise, Sözleşmenin tutuklu bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması için hiçbir genel zorunluluk getirmediğini, ancak doğal olarak ortaya çıkan fiziksel ya da ruhsal rahatsızlıklardan kaynaklanan acının, yetkililerin sorumlu tutulabileceği tutukluluk koşullarından dolayı artması ya da artma riski bulunması halinde bu durumun Sözleşmenin 3. maddesi kapsamına girebileceğini ifade etmiştir.

Görülebileceği üzere, hasta kişinin tutuklanması ve tutukluluğunun devam ettirilmesi tek başına bir sorun oluşturmamaktadır. Tutuklunun hasta olduktan sonra sağlık yardımının kendisine devlet tarafından sağlanması ve tutulma koşullarının buna göre düzenlenmesi anayasal bir gerekliliktir. 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle CMK'nın 109. maddesinin 4. fıkrasında anılan düzenleme yapılmamış olsaydı dahi, ağır hasta olan bir tutuklunun tedavi edilmesi, sağlık koşullarının cezaevinde tutulmasına uygun olmadığı Adli tıp Kurumu raporundan anlaşılması halinde, tahliyesine ya da adli kontrol altına alınmasına karar verilmesi söz konusu olabilecektir.

Tutuklular için olmasa da hasta hükümlüler ile 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesinde belirtilen kimseler için 5275 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen, akıl hastalığı, hayati tehlike oluşturan diğer hastalıklar, gebelik, doğum, ağır hastalık ya da engellilik nedeniyle hayatını tek başına idame ettiremeyen hükümlülerin infazının ertelenmesi düzenlenmiştir.

61 B. No: 30210/96, 26/10/2000.

62 B. No: 67263/01, 14/11/2002.

Gebelik ve yeni doğum yapma hallerinde süre sınırı konulmuşsa da diğer durumların varlığı halinde infazın, hastanın iyileşmesine kadar geri bırakılma imkânı bulunmaktadır.

Bir diğer düzenleme ise 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde kabul edilmiş olan denetimli serbestlik tedbiri kurumudur. Anılan maddede denetimli serbestliğe ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle haklarında tutuklanmaları yerine adli kontrol tedbirine karar verilebilecek olan kimseler için denetimli serbestliğe karar verilebilmesi için aranan koşullu salıverilme tarihine bir yıl kalması gerektiği kuralına küçük yaşta çocuğu olan kadınlar ile hasta, engelli veya yaşlı kişiler lehine düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlülerin denetimli serbestliğine karar vermek için diğer şartlarla birlikte koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalmış olması aranacaktır. Keza, maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlüler için ise koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalan ağır bir hastalık, engellilik veya yaşlılık nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerin, iyi halli olmaları ve açık ceza infaz kurumunda bulunması veya açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılmamaları veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilmeleri hâlinde denetimli serbestlikten yararlanabileceklerdir.⁶³

Hükümlüler bakımından son düzenleme ise Anayasanın 104. maddesindeki Cumhurbaşkanının af yetkisidir. Cumhurbaşkanı, Anayasanın 104. maddesinin 16. fıkrasındaki yetkisine dayanarak, sağlık durumu sürekli hastalık, sakatlık ve yaşlılık sebebiyle cezanın infazını imkânsız kılacak dereceye varan hükümlünün cezalarını hafifletebileceği gibi tamamen de kaldırabilecektir.⁶⁴

63 7242 sayılı Kanun'un 46. Maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 2.fıkrasında yapılan düzenleme.

64 "Cumhurbaşkanı... Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır." T.C. 1982 Anayasası 104/16.Mad.

Hükümlüler için kabul edilmiş bu düzenlemelerin 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesi gereğince aynı Kanun'un 16. maddesinin tutuklular hakkında da uygulanabileceği belirtilmiştir. Özellikle sağlık hakkı bakımından bu düzenleme büyük önem taşımaktadır. Her ne kadar hasta tutuklu bir kimsenin, hükümlü gibi, iyileşinceye kadar infazın ertelenmesi gibi bir müesseseden yararlanamamakta ise de tedavi edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Bu açıdan hasta tutuklular ile hasta hükümlüler arasında bir fark bulunmamakta olup, hasta hükümlülerin yararlandığı sağlık imkânlarından tutuklu olan hastaların da yararlanması eşitlik ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu kapsamda AİHM'nin *Gülay Çetin*⁶⁵ başvurusunu zikretmek gerekmektedir.

Gülay Çetin başvurusunda AİHM yargı makamlarının, mevzuatta hüküm olmadığı gerekçesine dayanarak ağır hastalığı (ileri derecede kanser) olan tutuklunun tahliye talebinin sağlık durumunun ciddiye alınmayarak reddine karar vermelerini kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurduğuna karar vermiştir. Buna ilaveten AİHM, başvuruçunun yalnızca tutuklu olması nedeniyle hükümlüler için öngörülen düzenlemelerden, sağlık hakkından, yararlandırılmamasını, Sözleşmenin 14. maddesinde belirtilen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. AİHM, ek olarak başvuruçunun talebine rağmen ilk derece mahkemesi ve Yargıtay'ın, 5275 sayılı Kanun'un 116/1. maddesini kullanarak, aynı Kanun'un 16/2. maddesinde yer alan hükmü kıyasen tutuklu olan başvuruçunun hakkında uygulamaktan kaçınmış olmalarını da kararında dile getirmiştir.

Gülay Çetin başvurusunda da görüldüğü üzere mevzuatta bir hüküm bulunup bulunmaması önemli olmakla birlikte tek başına bu her zaman sorun olmamaktadır. Ceza muhakemesinde, somut olaya uygulanacak özel bir düzenleme bulunmadığı durumlarda benzer hükümlerden faydalanılması pekâlâ mümkündür. Bir başka ifadeyle CMK'da kıyas, kural olarak yasaklanmamıştır. Sanığın lehine olduğu gibi aleyhine de kıyas yapılabilmektedir, ancak istisnai hükümlerin kıyasa konu olamayacağı kabul edilmektedir.⁶⁶ Bu çerçevede CMK'da bir hüküm bulunmadığı durumda

65 *Gülay Çetin/Türkiye*, B. No: 44084/10, 5/3/2013.

66 Şahin, s.44, Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırt/Akcan/Özaydn/Tütüncü/Willemin/Tok, s.35.

5275 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanılabilecektir. Aynı zamanda bu hâkime verilen takdir hakkının bir gereği olmaktadır.

Değerlendirme

Tutuklama, ceza muhakemesinde sıklıkla başvuru alan bir koruma tedbiridir. Tutuklama hakkında en çok şikâyet edilen konuların başında ise tutuklama kararlarının gerekçesiz olduğu gelmektedir.⁶⁷ Tutuklama, kesin hükümden önce uygulanan ve kişinin hareket özgürlüğüne müdahale oluşturan en ağır koruma tedbirini oluşturmaktadır. Bu açıdan kişi özgürlüğünün asıl olduğu dikkate alındığında tutuklamaya ancak zorunlu olduğu durumlarda başvurulmalıdır. Bir başka ifadeyle öncelikle diğer koruma tedbirleri düşünülmeli, tutuklamanın ölçülülüğü ilkesi gereği bu kapsamda ilk akla adli kontrol gelmelidir. Zira tutuklamadan daha hafif bir tedbir olarak ceza muhakemesinde belirtilen amaca ulaşmak imkân dâhilinde ise öncelikle bunun uygulanması ölçülülük ilkesinin bir gereğidir.

7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle getirilen düzenleme ile bazı özellikli kimseler için tutuklanmaları yerine adli kontrol tedbiri kararı verilmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme, insan hakları bağlamında bakıldığında özellikle hasta tutuklular için olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir ise de ağır hastalık, engellilik, gebe ve 6 aydan küçük çocuğu olanların işlediği suçlarda tutuklama yasağının bulunduğu şekilde değerlendirilmesi de pekâlâ mümkündür. Bu kapsamda olmayan kimselerin aynı suçu işlemele-ri halinde tutuklanabilecek olması, eşitlik ilkesinin ihlali sonucunu doğurabileceği ihtimal dâhilindedir.

Kanunlar, genel ve soyut düzenlemelerdir. Bu özellik onları, her somut olayın koşullarında yorumlanarak farklı durumlara çözüm getirebilmeleri imkânını sağlayan bir araç haline getirir. Dolayısıyla güncel nedenlerle somut ve yoruma kapalı ayrıntılı düzenlemeler yapılması, hukuksal gelişim açısından ciddi sakıncalar doğurabilecektir. Bu doğrultuda özellikle, tutuklama koruma tedbirinin istisnai bir tedbir olduğu dikkate alındığında,

67 Köksal Bayraktar, "Ceza Yargılamasının Bitmeyen Derdi: Tutuklama", Güncel Hukuk, Ocak 2014/1 121 Aylık Hukuk Dergisi, s.7.

tutuklama tedbirine başvurulması için zorunlu unsurların belirli olması yeterli olup, buna karşılık bu tedbire son verilmesi için özel durumların ayrıntılı olarak öngörülmesine gerek bulunmamaktadır. Aksi takdirde kapsam ve sınırları her olay koşullarında yargısal içtihatlarla çözümlenebilecek bir kurala getirilen ayrıntılı istisnalar, kuralın uygulanmasında yorumla istisna kapsamında değerlendirilebilecek durumlar için dışlayıcı bir etki meydana getirecektir. Bunun da birçok belirsizliğe yol açabileceği muhakkaktır. Örneğin 6 aydan bir gün fazla çocuğu olanın durumu ne olacaktır? Görüleceği üzere bu ve buna benzer durumlar, ayrıntılı bir yasal düzenlemenin konusu olmaktan ziyade her bir somut olayın koşullarında hâkim tarafından değerlendirilebilecek hususlar olmalıdır. Hâkime verilen takdir yetkisi de bu durumlar için öngörülmüştür.

Sonuç olarak, 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile CMK'nun 109. maddesinin 4.fıkrasında yapılan bu yeni düzenlemenin bir sorunu, bir tereddüdü gidermek için yapıldığı, maddenin kabul ediliş gerekçesinde ifade edilmiş ve ilk bakışta insancıl bir düzenleme olduğu gözükmekte ise de bu kez de başka bir yanlış uygulamaya yol açabilecek düzenleme hüviyetini kazanacağı söylenebilir. Elbette bunu zaman içinde göreceğiz. Bir yerde meşru müdafaa kapsamında kasten adam öldürme suçunu işleyen gebe bir kadının durumu ile canavarca hisle ya da başka bir saikle kasten adam öldürme suçunu işleyen gebe bir kadının durumu, tutuklanması bakımından farklılık oluşturacak mıdır? Bunlardan hangisi tutuklanacak, hangisi adli kontrol altına alınacaktır. Burada asıl mesele somut olayın koşullarında hâkim tarafından yapılacak olan bir değerlendirmedir. Hâkim, tutuklamanın bir ceza olmayıp, koruma tedbiri olduğunu dikkate alarak CMK hükümlerini, Anayasa mahkemesinin bireysel başvuruda verdiği kararlar ile AIHM'in kararları çerçevesinde uyguladığı durumda, bu tür düzenlemele- re de gerek kalmayacaktır.

KAYNAKÇA

Aldemir, Hüsnü; Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama Adli Kontrol, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, Kasım 2012

Bayraktar, Köksal; “Ceza Yargılamasının Bitmeyen Derdi Tutuklama”, Güncel Hukuk, Aylık Hukuk Dergisi, Ocak 2014/1-121

Bozkurt, Enver; İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, 1. Bası Nobel, Ankara, 2003

Centel, Nur/Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2019

Corchete, Juan Antonio Hernandez; “The Role of Constitutional Courts in the Balance between Liberty and Security”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Yıl:2017, Sayı:34, Basım Yılı, 2018

Feridun, Yenisey/Nuhoğlu, Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku, 4.Bası, Seçkin, 2016

Harris, David/ O’Boyle, Michael/ Warbric, Colin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Birinci Baskı, Ankara 2013

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<http://bigm-uyap.adalet.gov.tr/portal/duyuru/2020/nisan/pdf/>

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548>

Karan, Ulaş; “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 1.Baskı, 2013

Kaya, Abdülkadir; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve İçtihatlarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, *Tutuklama*, Yıl:2014, Cilt:9, Sayı:123-124

Kaya, Yusuf Enes; Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi, On iki levha Yayınları, Birinci Bası, 2019.

Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Koca, Mahmut; “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”nin Değerlendirilmesi”, [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-(2020.04.06).pdf)

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Gezer, Özge Sırma/ Kırt, F. Saygılar/Akcan, Esra Alan/Özaydın, Özlem/Tütüncü, Efses Eser/Willemin,

KAYNAKÇA

Derya Altınok/Tok, Mehmet Can; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin, 12. Bası, Ankara, 2018.

Öztürk, Bahri/Kazancı, Behiye Eker/Güleç, Sesim Soyer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin, Ankara, 2013.

Sarıgül, Ali Tanju; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara, 2013.

Şahin, Cumhuriyet; Ceza Muhakemesi Hukuku -1-, Seçkin, 9.Bası, Ankara 2018.

Şen, Ersan/Başer Berkün, Beyza; "Adli Kontrole Eklenen Yeni Kriterler" <https://www.hukukihaber.net/adli-kontrol-eklenen-yeni-kriterler-makale,7763.html>

Şirin, Tolga; Özgürlük ve Güvenli Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 1, Avrupa Konseyi, 2018.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli); Anayasa Mahkemesi Yayınları, Birinci Baskı, 2018, Ankara.