

## ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ ÇERÇEVESİNDE GEÇİRİLEN SÜRELERİN MAHSUBU VE TAZMİNİ

Ercan YAŞAR\*

### Öz

Ceza muhakemesi hukuku uygulamasına Fransız hukukundan esinlenerek alındığı bilinen adli kontrol tedbirleri öncelikli olarak tutuklama koruma tedbirine seçenек olması düşüncesiyle getirilmiştir. Çeşitli şekillerde ortaya çıkan bu adli kontrol tedbirlerinin bazılarının kişi hürriyeti üzerinde ciddi kısıtlamalara sebebiyet verdiği bilinmektedir. Temel hak ve hürriyetlere ciddi müdahale bu tedbirlerin tutuklama tedbirine seçenек oluşturmalarından da kaynaklanmaktadır. Kişi hürriyetinin kısıtlanması konutu terk etmeme yükümlülüğünde olduğu gibi bazı durumlarda fiili olarak tutukevinde bulunmaya neredeyse eşdeğer neticeler doğurmaktadır. Kimi adli kontrol tedbirlerinde ise bu temel hak ve hürriyetlere müdahale görece daha hafif bir hal teşkil etmektedir. Kanun koyucu son dönemlerde mahsup ve tazminata ilişkin artan tartışmaları gidermek için birtakım değişikliklere gitmiş ancak bu mahsup halini sınırlı tedbir türüne hasretmiş ve fakat tazminata ilişkin ise bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Çalışma ile mevcut kanun düzenlemeler çerçevesinde mahsup ve veya tazminata ilişkin diğer adli kontrol tedbirlerini kapsayıcı bir uygulamanın mümkün olup olmadığı öğretisi ve uygulamada verilen kararlar çerçevesinde ele alınmıştır.

\* Dr. Öğr.Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye | Asst. Prof., Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law Department of Criminal Law and Criminal Procedural Law, Erzincan, Türkiye.

✉ [ercanyasar279@gmail.com](mailto:ercanyasar279@gmail.com) • ORCID 0000-0001-9076-6795

✎ **Atf Şekli** | Cite As: YAŞAR Ercan, "Adli Kontrol Tedbirleri Çerçevesinde Geçirilen Sürelerin Mahsubu ve Tazmini", SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 1367-1407.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

✎



## Anahtar Kelimeler

• Adli Kontrol Tedbirleri • Mahsup • Tazminat • Konutunu Terk Etmeme Tedbiri • Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat

## DEDUCTION AND COMPENSATION FOR TIME SPENT WITHIN THE FRAMEWORK OF JUDICIAL CONTROL MEASURES

### Abstract

Judicial control measures, inspired by French law, have been introduced into the practice of Turkish criminal procedure law, primarily with the idea of being an alternative to custody/detention. Some types of these measures cause serious restrictions on personal freedom. Serious interference with fundamental rights is also because these measures constitute an alternative to the detention. The restriction of personal freedom, as well as the obligation not to leave the residence, in some cases has almost equivalent results to detention. In some measures, the interference with these fundamental rights constitutes a relatively mild situation. The legislator has made some changes to resolve the increasing debates on deduction and compensation in recent years but has limited deduction to limited measures but has not included compensation.

With this study will be within the framework of current legal regulations discussed whether it is possible to apply deduction and compensation to other measures.

### Key Words

• Judicial Control Measures • Deduction • Compensation • Obligation Not To Leave The Residence As A Procedural Protection Measure • Compensation Due To Criminal Procedural Protection Measures

## GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tazminatı düzenleyen 141. maddesinde adli kontrol tedbirlerine başvurmanın mesnetsiz kaldığı ve ceza mahkumiyeti söz konusu olmadığından mahsuba konu yapılamadığı hallerde kişiye tazminat ödeneceğine açıkça yer verilmemiştir.<sup>1</sup> Buna karşılık 7331 sayılı Kanun ile CMK m. 109/6 düzenlemesinde değişikliğe gidilmiş ve aynı maddenin üçüncü fıkrasının (e) ve (j) bentlerinin söz konusu olduğu hallerde bu bentler çerçevesinde geçirilmiş olan sürelerin hükmedilecek cezadan TCK m. 63 çerçevesinde mahsup edileceği düzenleme

<sup>1</sup> Gerçekten, madde başlığı haricinde genelleme yapmayan, sınırlı sebeplerle tazminat taleplerini düzenleyen 141. maddenin adli kontrol tedbiri türleri için herhangi bir tazminat yolunu öngördüğü açıkça görülmemektedir.

altına alınmıştır. Bu gelişme olumlu bir gelişme olmakla birlikte bize göre eksiktir. Zira kanun koyucu bir yandan ilgili bentler bağlamında müdahaleyi temel hak ve hürriyetler açısından ağır ve hatta (e bendi bağlamında) tutuklulukla eşdeğer görmekte ve bunları mahsupta dikkate almaktayken, diğer yandan CMK m. 141’de yer verilen tazminat benzeri koşulların oluşması durumunda ne yapılacağına açıklık getirmemektedir. Kanun koyucunun bu durumda CMK m. 141 bağlamında tazminat yolunu açık tutmuş olup olmadığı açık olmadığından uygulama ve öğretilerde bu konudaki tartışma devam etmekte ve bir yandan tazminat talebinin olabileceği savunulurken,<sup>2</sup> diğer yandan aksi yönde görüşler savunulmaktadır.<sup>3</sup>

Ancak adli kontrol tedbirlerinin mahsuba konu olabilenleri için tazminata konu olmayacaklarını iddia etmek sorunlu olmaktadır. Zira bir yandan mahsup öngörülmüşken diğer yandan tazminata konu edememek yahut adli para cezasına hükmedilmesi halinde CMK m. 141/1-f düzenlemesi benzeri bir düzenleme çerçevesinde geçirilen süreleri dikkate almamak ve bu tedbirler çerçevesinde maddi, manevi her türlü zararının giderilmesini tesis etmemek kanun tekniği açısından çelişki doğurmaktadır. Öyle ki konutunu terk etmeme koruma tedbirine başvurulur ve kişi adli para cezası gerektiren bir mahkûmiyet alırsa bu durum mahsuba konu olabilecek ancak CMK m. 141/1-f bendi benzeri bir düzenleme olmadığından tazminata konu olamayacaktır.

Anılan bu duruma açıklık getirebilmek adına aşağıda öncelikle koruma tedbirleri kavramına, adli kontrol tedbirlerinin hukuki niteliği ve türlerine yer verilecek; akabinde mahsup ve tazminat kurumlarının hukuki niteliklerine açıklık getirilmeye çalışılacak ve bu açıklamalar çerçevesinde adli kontrol tedbirlerinin mahsup ve veya tazminata konu edilip edilemeyecekleri mevzu hukukumuz açısından teorik ve pratik bağlamda tartışılacaktır.

<sup>2</sup> ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SIR-MA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VİL-LEMİN, Derya / TOK, M. Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 500 (Aynı yazarlı diğer eserlerle karışmaması için Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s., şeklinde kısaltılacaktır).

<sup>3</sup> SÜMER, Seda Yağmur, “Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi – Karar İncelemesi”, DEÜHFD, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. (1267), 1286.

## I. GENEL OLARAK KORUMA TEDBİRLERİ VE HUKUKİ NİTELİKLERİ

Adli kontrol tedbirlerine geçmeden önce koruma tedbirleri hakkında genel bir bilgi vermek ve kişisel pozisyonumuzu belirlemekte fayda vardır. Zira bu sayede hem adli kontrol tedbirlerinin mahiyeti hem de mahsup ve veya tazminata konu olup olmayacakları kolaylıkla anlaşılabilir.

Koruma tedbirleri kavramı hukuk öğretimizde üzerinde fikir birliğinin olduğu kavramlardan olmadığından koruma tedbirleri kavramı ile değerlendirmeye başlamak gerekir. Günümüz şekli suç hukukunda ağırlıklı olarak koruma tedbirleri şekline anılan bu tedbirlerin öğretilerde farklı şekillerde anıldığı bilinmektedir.<sup>4</sup> Bu çerçevede “ihtiyati tedbirler”, “usul tedbirleri”, “zorlama önlemleri” son zamanlarda “ceza muhakemesi bağlamında temel haklara müdahale”, “müdahale yahut zorlama tedbirleri” kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir.<sup>5</sup> Kavram tercihi önem arz etmektedir. Çünkü tercih, hangi tedbirlerin bu bağlamda tedbir olarak kategorize edilmesi gerektiğinin çerçevesini çizdiği gibi bu tedbirlerden umulanın ne olması gerektiğini de belirlemektedir. Zira bu sayede bir koruma tedbirine, yeni suçların işlenmesini önleme,<sup>6</sup> halkın öfkesini dindirme (kamu barışını tesis; infial durumlarına müdahale), sosyal medya baskısını azaltma, fiili infazı olmayan suçların faillerini bir nebze de olsa hürriyetten yoksun kılma, ceza yaptırımından beklenen yeni suç işlemlerden caydırma gibi misyonların yüklenip yüklenemeyeceğini tespit edebilmekteyiz.<sup>7</sup> Hatta bu belirleme sayesinde suç işlenmesinden önce devreye giren tehlikeyi önleyici tedbirleri ceza muhakemesi hukuku alanında uygulanan tedbirlerden ayırabilmek mümkün hale gelmektedir. Keza bu sayede suç muhakemesinde başvurulmuş bu tedbirlere maddi suç

<sup>4</sup> Kavram ve tartışmalar için bkz. Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 441 vd.; YÜCE, Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 1, Y. ,1980, s. 67, 67 vd.; ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/ SOYER GÜLEÇ, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 27.

<sup>5</sup> Çeşitli şekilde kullanımlar için bkz. Yüce, s. 70 vd.

<sup>6</sup> Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bu çerçevede bir tutuklama nedeni öngörüldüğü görülmektedir. Bkz. StGB § 112a; Güncel değerlendirme için bkz. Ullrich Schultheis, “Übersicht über die Rechtsprechung in Untersuchungshaftsachen”, NSTZ 2013, s. (87) 89.

<sup>7</sup> Değerlendirme için bkz. Yüce, s. 71.

hukukuna ait amaçların yüklenip yüklenemeyeceğini açıklayabilmekteyiz.<sup>8</sup>

Yeknesak kavram kullanımına destek olabilmek adına koruma tedbirleri kavramını kullansak da bize göre koruma tedbirleri kavramının kullanımı sorunludur. Zira koruma ile neyin kastedildiği açık olmadığı gibi bazı düzenlemelerde korumadan söz edecek durumun ortaya çıkmadığı tedbirleri görmek de mümkündür. Bu tedbirlerden umulan suç muhakemesinde delilleri muhafaza etmekse bu anlamda delilleri müdahalelerden korumaktan söz edilebilir. Zira fail yahut üçüncü kimselerin suçta ait iz, emare, belge ve diğer delilleri yok etmeye çalışması beklenebileceği gibi tanıkları baskılamak suretiyle beyan delillerinin de manipüle edilmesine sebebiyet verebilir. Koruma tedbirleri kavramı bu bağlamda isabetli bir kullanım olmaktadır. Ancak muhakeme neticesinde hükmedilecek yaptırımın infazını tesis etme odaklı tedbirlere baktığımızda bir korumadan söz etmek güçtür. Burada muhakemenin sonuçsuz kalması tehlikesine karşı koruma söz konusudur, denilebilir. Ancak bize göre burada korumaktan çok (Schutz der Strafverfolgung bzw. -volstreckung) temin etmek / güvence altına almaktan (Sicherung der Strafverfolgung bzw. -volstreckung) söz edilebilir. Aynı şekilde “belirlenen yer veya bölgelere gitmemek” adli kontrol tedbiri örneğinde olduğu gibi bazı koruma tedbirlerinde neyin korunduğunu tespit etmek güçtür.

Yukarıda yer verdiğimiz kavram tercihlerinde görüldüğü üzere bu tedbirleri, işlevleri ile nitelendirmek yerine, bu tedbirlerle müdahale edilen temel hak ve hürriyetlere vurgu yapma suretiyle nitelemeye yönelik kavram kullanımları da mevcuttur. Misal bu tedbirlerin “Suç/Ceza Muhakemesinde Temel Haklara Müdahale Tedbirleri”<sup>9</sup> şeklinde nitelendirildiği de görülmektedir. Bu temel haklara müdahaleden, suç muhakemesinin gereği gibi yapılmasını tesis ve hükmedilen yaptırımın infaz edilebilirliğini güvence altına alma umulmaktadır. Bu şekilde kullanım ile CMK’da anılan tedbirlerin temel hak ve hürriyetlere müdahale

<sup>8</sup> Yüce, s. 70.

<sup>9</sup> Alman öğretisinde “Ceza Muhakemesi Bağlamında Temel Haklara Müdahale / strafprozessuale Grundrechtseingriffe” (KREY, Volker / HEINRICH, Manfred, *Deutsches Strafrechtsverfahrensrecht*, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019, § 18, Rn. 700 ff.) ve “Müdahale yahut Zorlama Tedbirleri / Eingriffs- bzw. Zwangsmassnahmen” (KINDHÄUSER, Urs / SCHUMANN, H. Kay, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2019.) kavramlarının ağırlıklı olarak kullanıldığı görülmektedir. Bizde de zorlama tedbiri (Zorlayıcı Önlem) terimini kullanan yazarlar mevcuttur (Yüce, s. 67 vd.).

özelliklerine vurgu yapmak amaçlandığından bize göre daha kapsayıcı bir kullanım imkânı sunmaktadır.<sup>10</sup>

“Suç muhakemesinde temel haklara müdahale tedbirleri” kavramını daha doğru bilsak da anılan tedbirlerin işlevi yahut bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale boyutları yerine bu tedbirlerle neyin amaçlandığı üzerinde durmak suretiyle kavram tartışmasına girmeden bu tedbirlerin içerik ve kapsamalarını belirleyebiliriz. Bu içerik ve kapsam ise suç muhakemesinden amaçlananla paralellik arz etmekte ve tartışma götürmemektedir.

Buna göre suç muhakemesinde amaç maddi hakikate hukukun öngördüğü çerçevede ulaşmak, adil bir muhakeme süreci yürütmek ve bu muhakeme neticesinde hükmedilen yaptırımın infaz edilebilirliğini tesis etmek ise, suç muhakemesinde başvuru tedbirlerle arzulanan da bu olmalıdır.<sup>11</sup> Bir koruma tedbiri olan adli kontrol tedbirlerine başvurmadaki amaç da bu olmalıdır. Ancak suç muhakemesi ile bu amaçlara ulaşmaya çalışılırken bireylerin temel hak ve hürriyetlerine mümkün olduğunca az müdahale edilmesine de özen gösterilmelidir. Anayasal güvenceler bu konuda yapılabilecek müdahalelere sınır getirmektedir. Suç muhakemesinde başvuru koruma tedbirlerine bu çerçevede sınırlama getirilmiş ve ortak birtakım özelliklerle tedbir tür ve kapsamı belirlenmiştir.

Suç muhakemesi uygulamasında koruma tedbirlerinin kanunilik (kanuni dayanağın yanı sıra hâkim, mahkeme, savcı yahut yetkili kılınan kimse kararına/emrine dayanma), geçicilik, araç olma, gecikmede tehlike, görünüşte haklılık, orantılılık gibi başlıca ortak özelliklerinin olduğu kabul edilmektedir.<sup>12</sup> Temel hak ve hürriyetlere ağır müdahaleler barındırdıklarından ve temel hak ve hürriyetler anayasal güvence altında olduklarından bu müdahalelerin sıkı koşullara bağlanması gerekmektedir. Bu sıkı koşulların başında kanunilik şartı gelmektedir. Buna göre koruma tedbirleri çerçevesinde temel hak ve hürriyetlere müdahale için bu müdahaleleri meşrulaştıran şekli anlamda kanunlara ihtiyaç bulunmaktadır.

<sup>10</sup> “Temel haklara müdahale kavramını kullanarak bu müdahalelerin Anayasal sınırlarının olduğuna vurgu yapmak gerekir.” Krey/Heinrich, StPO, § 18, Rn. 700.

<sup>11</sup> “Zorlayıcı önlemlerin temel fonksiyonu (işlevi), soruşturmanın yürütülmesini veya sonuçta verilecek yargının yerine getirilmesini sağlamaktır.” Yüce, s. 70.

<sup>12</sup> Yüce, bu genel özellikleri gecikmede tehlike ve uygun orantı şeklinde saymaktadır. Bkz. Yüce, s. 72.

Şekli anlamda kanun ihtiyacı AY m. 13 düzenlemesinin de bir gereğidir.<sup>13</sup> Kimlerin (hangi makam yahut kişilerin) tedbir hakkında karar verebileceği, sınırlı sayıda suçlarda mı yoksa tüm suçlarda başvurulabilecek bir tedbir mi olduğu kanunda açıkça belirtilmiş olmalıdır. Kural bu olmakla birlikte bazı koruma tedbirlerinde maddi anlamda kanunla temel hak ve hürriyetlere müdahale yolunun açıldığı görülmekte ve eleştirilmektedir.<sup>14</sup> Geçici olma koruma tedbirlerinin bir diğer özelliğidir. Buna göre bir koruma tedbirine başvuru ancak başvuru amacıyla sınırlı ve geçici olmalıdır. İlgili koruma tedbiri ile amaçlanan elde edildiği anda son bulmalıdır. Koruma tedbirleri suç muhakemesinin yürütülebilmesi ve hükmün infaz edilebilirliğini temin etme amacına hizmet ettiklerinden araç olma niteliğindedir. Araç oldukları için de kendileri tek başlarına bir amaç olmazlar. Misal tutuklulukta faili ıslah gibi bir amaç olmayacağı gibi, bağımlılıkta hastaneye yatmak, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak da amaç olamaz. Bağımlılık hallerinde de tutuklama için aranan koşullar mevcut, ancak kişinin fiilen tutukleminde tutulması mümkün değil yahut failin durumuyla uyumlu değildir. Keza bu tedbirlere başvurulmadığında muhakemenin sürdürülebilmesinin yahut hükmün yerine getirilebilmesinin tehlikeye girmesi gerekir; aksi durumda tedbirin zaruretinden söz edilemeyecektir. Gecikmede tehlikenin yanı sıra başvurulmuş tedbir, başvuru esnasında görünüşte haklı olmalıdır. Görünüşte haklılık yeterli olduğundan daha sonra ortaya çıkan şartlar ilgili tedbirin mesnetsiz olduğunu ortaya çıkarsa da bu durum ilgili tedbiri hukuka aykırı hale getirmez ancak tazmin sonucu doğurur.<sup>15</sup> Son olarak maddi hakikatin ortaya çıkarılması, muhakemenin sürdürülmesi ve hükmün tesis edilebilmesi için başvurulmuş koruma tedbirinin bu amaçlara ulaşma bağlamında orantılı olması gerekmektedir.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 29; ŞAHİN, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 314.

<sup>14</sup> Bkz. Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği m. 8; Eleştiri için bkz. Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 507.

<sup>15</sup> Bu tazmin durumunun aslında “kusursuz sorumluluk” yahut “devletin objektif sorumluluğundan” kaynaklandığı belirtilmektedir. Bkz. ALDEMİR, Hüsnü, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 336.

<sup>16</sup> “Zorlayıcı önlem ile işin önemi arasında uygun bir orantı olmalıdır”. Yüce, s. 72.

## II. ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ

### A. Hukuki Niteliği

Yukarıda, koruma tedbirleri altında değerlendirilen adli kontrol tedbirlerinin koruma tedbiri olmaları dolayısıyla şekli suç hukukuna ait tedbirler olduğuna açıklık getirdik. Ancak konunun anlaşılabilmesi için bu tedbirlerin hukuki nitelikleri konusunda detaya inmek ve bağımsız birer koruma tedbiri mi yoksa tutuklamadan ayrılmaz tedbirler mi olduklarına açıklık getirmek gerekmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na alındıkları ilk dönemde tutuklama tedbirine başvurulmasının arzu edilmediği üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezası gerektiren suçlarda ve tutuklama yasağının öngörülmesi olduğu suçlarda devreye girmesi arzulanan adli kontrol tedbirleri, düzenlemenin bugünkü haline oranla daha çok bağımsız nitelikte koruma tedbiri gibi görülmektedirler.<sup>17</sup> Ancak bu bağımsızlık zamanla yerini tutuklamanın seçimlik tedbiri, onunla yarışan ve mümkün olması halinde tutuklamanın yerine uygulanan seçimlik olma haline bırakmıştır. Son dönem kanun değişiklikleri ile birlikte adli kontrol tedbirlerinin yalnızca tutuklama koruma tedbirine seçenek arz etmedikleri, koruma tedbirlerinin içinde kısmen de olsa bağımsız yer edinmeye başladıklarını öğretti ve uygulamada ortaya çıkan fikirlerden de olsa yeniden görebilmekteyiz.<sup>18</sup> Seçenek olmaktan çıkma konusunda ortaya çıkan fikirler hak vermek gerekir. Zira kural, tutuklama ile adli kontrol arasında bir seçim yapmak ve tutuklamanın gerektirdiği müdahale ihtiyacını adli kontrol ile bertaraf etmek mümkünse tercihi/seçimi adli kontrolden yana kullanmak olsa da özellikle adli para cezası gerektiren yahut iki yıldan az (15 yaşından küçük çocuklarda beş yıldan az) hapis cezası gerektiren suçlarda bu tercih/seçim durumunun (CMK m. 100/4 çerçevesinde tutuklama yasağı dolayısıyla) ortadan kalkmış olması adli kontrol tedbirlerinin seçenek olmaktan çıkıp (tutuklama tedbirinden) bağımsız tedbirlere dönüştükleri fikrini haklı kılmaktadır; CMK m. 109/2 düzenlemesi de bu fikri destekler niteliktedir. Keza tutuklama sürelerinin azami şekilde kullanıldığı hallerde de artık tutuklama seçimini/tercihini kullanmak imkânı bulunmadığından bir alternatiflikten, seçim yapma durumundan söz

<sup>17</sup> Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 107; Düzenlemenin ilk hali ve değerlendirme için bkz. HACIOĞLU, B. Caner, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Koruma Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme", AÜEHFD, C. 9, S. 1-2, 2005, s. (167), 172.

<sup>18</sup> Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 491.



edilemez. Burada kanun koyucunun tutuklama tedbirinin üst sınırını belirlemesinden sonra kişinin bu süreler sonunda tamamen serbest kalması için öngördüğü bir alternatiflikten söz edebiliriz. Ancak yukarıda anılan hallerde olduğu gibi eş zamanlı başvurulabilecek bir seçimlik durum söz konusu olmamaktadır.<sup>19</sup> Keza kimi adli kontrol tedbirleri türünde tutuklama tedbirine başvurma nedenleri olan kaçma şüphesi yahut delil karartma şüphesinin varlığı ile başvuru edilen adli kontrol tedbiri türü arasında ilişki kurmak güçleşmektedir.<sup>20</sup> Çünkü ilgili adli kontrol koruma tedbirine başvurma ile ne kaçma tehlikesi giderilebilmekte ne de kişinin delilleri karartma ihtimaline engel olabilmektedir.<sup>21</sup> Bu da ilgili koruma tedbirlerinin tutuklama tedbirinden daha doğrusu tutuklama nedenleri ile bağlantılı gerekçelendirilme zorunluluğundan ayrı, bağımsız tedbirler olarak nitelendirilmelerini gerektirmektedir. Öğretide savunulduğu üzere tutuklama nedenlerinden olan delilleri karartma tehlikesini önlemek için adli kontrol tedbirlerine başvurmak sorunludur<sup>22</sup> ve ancak az sayıda adli kontrol türünde ve sınırlı ihtimallerde işlevseldir.<sup>23</sup> Öyle ise tutuklamanın amacı/işlevi ile onu ikame edecek adli kontrol tedbiri türü aynı işlevi görmekten uzaklaşmaktadır. Bu da ilgili adli kontrol tedbirini tutuklamadan farklı işlevlerle başvurulabilen araçlara dönüştürmektedir. Bu sebeple adli kontrol tedbirlerinin zamanla tutuklama tedbirinin koşullarından bağımsız tedbirlere dönüşeceği kanaatindeyiz. Mevcut

<sup>19</sup> Bazı ülke uygulamalarında görüldüğü üzere önce tutuklama kararı verilir akabinde bu tutuklama tedbirini adli kontrol tedbirlerini uygulamak suretiyle uygulamaktan imtina etmek söz konusu olduğunda bir seçimden ve alternatiften söz edilebilirdi. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 455.

<sup>20</sup> Misal CMK m. 109/1-g düzenlemesinde yer verilen “Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek” adli kontrol tedbirinde kaçma şüphesini/tehlikesini gidermenin amaçlandığı söylenemez. Delil karartma şüphesinin/tehlikesinin de bu vesile ile giderildiğini iddia etmek çok zordur. Olabilecek en makul cevap failin ilgili silahlarla tanık beyanlarını (silahla tehdit yoluyla) etkilemesinin önüne geçildiği olur ki bu da ikna edici olmaz.

<sup>21</sup> “Adli kontrol tedbirlerinin amacı da, tutuklamada olduğu gibi, şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemektir.” Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 492.

<sup>22</sup> Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 492.

<sup>23</sup> Şayet kaçma tehlikesini önleme amaçlı değilse, konutu terk etmeme adli kontrol tedbiri türünde ilgili delillerin ev dışında olması halinde tutuklulukta olduğu gibi kişinin olay yerine gidip delilleri karartması önlenmiş olmaktadır, denilebilir. Bu gerekçelendirme de suçun işlendiği yer ilgili konutun kendisi ise yine sorunlu hal almaktadır.

haliyle kuvvetli suç şüphesinin varlığına delalet eden somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin varlığı halinde başvurulabilen adli kontrol tedbirleri, tutuklamaya alternatif olmakla birlikte<sup>24</sup> bağımsız bir hal alacaklarından tutuklama nedeninin bulunması koşulu yerine koruma tedbirlerinden beklenen amaçlara ulaşma nedenlerinin varlığı halinde başvurulabilen tedbirlere dönüşmüş olacaktır. Böylece uygun orantı bulunması ve diğer koruma tedbirlerinde aranan koşulların yanı sıra kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren delillerin mevcut olduğu hallerde kişinin kaçmasını önlemek, delillerin karartılmasına engel olmak, maddi hakikatin ortaya çıkmasını tesis etmek, muhakeme sürecinin sürdürülebilir olmasını sağlamak ve veya hükmün infaz edilebilirliğini tesis etmek için adli kontrol tedbiri türlerinden uygun olanına yahut olanlarına başvurulabilecektir. Böyle bir tanımlama ve koşul ileri sürme mevcut düzenlemenin mahiyetiyle daha uyumlu olacaktır.

## **B. Temel Haklara Müdahale Boyutları Bakımından Adli Kontrol Tedbiri Türleri**

### **1. Genel Olarak**

Adli kontrol tedbirlerinin mahsuba yahut tazminata konu olabilmeleri için kişilerin temel hak ve hürriyetlerine önemsiz sayılmayacak müdahaleler öngörüyor olmaları gerekmektedir. Kişilerin bu tedbirler çerçevesinde bazı haklarını kullanmaları engellenmiş ve bundan zarar görmüş olabilirler. Yahut kişiler fiili olarak müdahaleden etkilenmemiş olmakla birlikte bu müdahale onların özel hayatlarına, hayatlarının gizli alanına vakıf olma suretiyle etki etmiş olabilir.

Koruma tedbirleri üst başlığında yapılan sınıflandırmalardan yola çıkarak bir tasnif yapacak olursak, aşağıda yer verilen yönleriyle adli kontrol tedbirlerini tasnif etmek mümkün olacaktır.

<sup>24</sup> Orantılı olma bağlamında da aynı sonuca daha hafif müdahale gerektiren adli kontrol tedbiri ulaşıyorsa tutuklama tedbirine başvurulamaz, bu sebeple tutuklamaya seçenek değil ondan önce başvurulmuş alternatif konumdadır; tutuklamamanın ön şartı gibidir; adli kontrol tedbirleri ile bu amaca ulaşmak mümkün değilse son çare tutuklama ile ilgili amaca ulaşmak gerekmektedir. Aynı yönde Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 107.

## 2. Müdahale Oluşturdukları Temel Hak ve Hürriyetler Bakımından Adli Kontrol Tedbiri Türleri

### a. Kişi Hürriyetine Yönelen Adli Kontrol Türleri

CMK m. 109'da yer verilen "Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığında arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek" ile "Konutunu terk etmemek" adli kontrol tedbiri türlerinde kişi hürriyetinin ciddi derecede kısıtlandığı<sup>25</sup> daha doğrusu kişinin bu hürriyetini kullanmaktan tamamen mahrum bırakıldığı görülmektedir.<sup>26</sup> Bu tedbir türlerinde kişinin belirlenen yerlerin dışına çıkması mümkün değildir. Alman hukukunda kişinin elektronik kelepçe ile izlenmesinin (konutunu terk etmeme tedbiri) tutuklama gibi hürriyetten yoksun kılma sayılamayacağı ve mahsuba konu olamayacağı, olsa olsa sanık lehine bir cezanın belirlenmesi sebebi (Strafzumessungsgrund) olabileceği savunulmaktadır.<sup>27</sup> Ancak bu halde de kişinin alacağı ceza üzerinden bir indirim yapılarak dolaylı bir mahsubun ortaya çıktığını kabul etmek gerekir.

Anılan adli kontrol tedbiri türlerinde ortaya çıkan yoğunlukta (tamamen mahrum edilme) olmasa da kişi hürriyetini önemli derecede kısıtlayan başkaca adli kontrol tedbiri türleri de mevcuttur. Seyahat hürriyetiyle<sup>28</sup> ve serbest dolaşım özgürlüğü ile de doğrudan ilişkili olan "yurt dışına çıkamamak" tedbirinde de kişi hürriyetinin kısıtlanmış olduğu açıktır. Keza adliye yahut karakola düzenli aralıklarla uğrama (CMK m. 109/3-b) şeklinde ortaya çıkan adli kontrol tedbir türünde de kişi hürriyeti kısıtlanmış olmaktadır.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Hacıoğlu, s. 175.

<sup>26</sup> AYM Bireysel Başvuru Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 68-76; Ayşe Söğüt, B. No: 2020/10866, 13/1/2021, § 43.

<sup>27</sup> Maier, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2020, § 46, Rn. 346.

<sup>28</sup> CMK m. 109/3-d bendi çerçevesinde sürücü belgesine el koyma tedbiri bağlamında geçirilmiş sürenin TCK m. 50/1-e bendi kapsamındaki seçenek yaptırımdan yahut TCK m. 53/6 fıkrası kapsamındaki hak yoksunluğundan mahsup edilip edilmeyeceği meselesi de seyahat hürriyetiyle bağlantılıdır. Alman hukukunda tedbir olarak başvuru sürücü belgesine el konulması (§ 111a StPO) ile (ek/fer-i) ceza olarak addedilen (§ 44 StGB) sürücü belgesine el koyma (Entziehung der Fahrerlaubnis oder Fahrverbot) arasında bir mahsubun yapılması gerektiği kabul edilmektedir. NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 41.

<sup>29</sup> Kişi hürriyetini tamamen ortadan kaldırmadıkları için anılan bu adli kontrol tedbiri türlerinin uygulanmasında ortaya çıkacak hukuka aykırılığın AİHS m. 5'i doğrudan ihlal etmeyeceği, buna karşılık *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin*

## **b. Mülkiyet Hakkına Yönelen Adli Kontrol Türleri**

CMK m. 109/1-f bendinde kişiden güvence bedeli yatırmasını isteme tedbiri mülkiyet hakkına yönelik bir tedbir niteliğindedir. Benzer bir durum aynı fıkranın (h) ve (i) bentlerinde de görülmektedir.

## **3. Hizmet Ettikleri Amaç Bakımından Adli Kontrol Türleri**

### **a. Delil Karartmayı Önleme**

Adli kontrol tedbir türlerinden olan “konutunu terk etmemek”, “Belirli yerleşim bölgesini terk etmemek”, “Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek” tedbirlerinin uygulanmasıyla doğrudan yahut dolaylı olarak delil karartılmasına engel olduğu söylenebilir.

### **b. Sanığın Kaçmasını Önleme**

“Yurt dışına çıkamamak”, “Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak”, “Hakimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak”, “Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek”, “(...) Güvence miktarını yatırmak”, “konutunu terk etmemek”, “Belirli yerleşim bölgesini terk etmemek” tedbirlerinin uygulanmasıyla doğrudan yahut dolaylı olarak sanığın kaçmasının önleniği söylenebilir.

### **c. Muhakeme Neticesinde Verilen Hükümün İnfazının Boşa Çıkmasını Önleme**

“Yurt dışına çıkamamak”, “Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak”, “Hakimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak”, “Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek”, “(...) Güvence miktarını yatırmak”, “Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak”, “Aile

---

*Sözleşme ile bu Sözleşme'ye ek birinci Protokol'de tanınmış bulunan haklardan ve özgürlüklerden başka haklar ve özgürlükler tanıyan 4 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde yer verilen “serbest dolaşma özgürlüğü” çerçevesinde ihlal sonucu doğurabileceği haklı olarak savunulmaktadır. Bkz. Hacıoğlu, s. 176.*

yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek”, “konutunu terk etmemek”, “Belirli yerleşim bölgesini terk etmemek” tedbirlerinin uygulanmasıyla doğrudan yahut dolaylı olarak muhakeme neticesinde verilen hükmün infazının boşa çıkmasının önlenildiği söylenebilir.

#### **d. Mağdurun Mağduriyetini Giderme**

Adli kontrol tedbirleri ile “katılanın zarar ve masrafları ile yargılama giderlerini karşılama” gibi neticelere erişmenin amaçlanabileceği savunulmaktadır.<sup>30</sup> “Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak”, “Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek” tedbirlerinin uygulanmasıyla doğrudan yahut dolaylı olarak mağdurun mağduriyetini gidermenin amaçlandığı söylenebilir. Ancak bize göre koruma tedbirlerine bu şekilde onarıcı adalete ilişkin misyonların yüklenmesi sorunludur. Zira onarıcı yahut tazmin edici adalet ceza (bize göre suç) adaleti türlerinin içinde yer almakta ve bu sebeple maddi suç hukuku sahasında kalmaktadırlar. Bilhassa CMK m. 113 ve 114. maddelerde yer verilen hususların şekli suç hukuku ve koruma tedbirleri ile çok bir ilişkisi bulunmamaktadır.

### **4. Yöneldikleri Kişi Bakımından Adli Kontrol Türleri**

#### **a. Şüpheli ve Sanığa Yönelik Adli Kontrol Tedbirleri**

Adli kontrol tedbirlerinin kural olarak şüpheli ve sanığa yönelik olduğunu söyleyebiliriz. Zira maddi hakikate ulaşmak, muhakeme sürecini ilerleyebilir kılmak ve hükmün infaz edilebilirliğini tesis etmek çoğu zaman şüpheli/sanık ile ilişkilidir. Onun hakkında tedbir alınması çoğunlukla bu hususları güvenceye almaya yetmektedir. Ancak bazı durumlarda şüpheli ve veya sanık dışındaki kişiler hakkında da çeşitli temel hak ve hürriyetlere müdahale yukarıda anılan amaçlara erişim için elzem hale gelmektedir. Bu durumda ilgili üçüncü kişiler hakkında da adli kontrol tedbirlerine başvurulmasını fikrini gündeme getirebilmektedir.

Ancak adli kontrol düzenlemelerine yer veren CMK'nın 109. maddesinin birinci fıkrası ve 110. maddenin üçüncü fıkrası dikkate

<sup>30</sup> Hacıoğlu, s. 171; Aldemir, s. 285.

alındığında bu tedbirlerin yalnızca şüpheli ve veya sanıklar hakkında uygulanabileceği görülmektedir.

### **b. Üçüncü Kişilere Yönelik Adli Kontrol Tedbirleri**

Bilindiği üzere zorla getirme koruma tedbiri gibi kimi koruma tedbirlerinde üçüncü kişilerin (tanık veya bilirkişi gibi) koruma tedbirleri çerçevesinde temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilebilmektedir.<sup>31</sup>

Adli kontrol tedbirlerinin tutuklama ile ilişkilendirilmiş olması ve yukarıda mevzuata ilişkin yer verdiğimiz açıklamalar çerçevesinde üçüncü kişilere yönelik adli kontrol tedbirlerinden söz edilemeyeceğini belirtmemiz gerekmektedir. Ancak CMK'nın 113 ve 114. madde düzenlemelerinde ilgili bedellerin üçüncü kişilerce ödenebileceği belirtilmektedir. Burada da güvence yükümlüsü yine şüpheli veya sanık olmakta, yalnızca bedeli ödeyen kişi üçüncü kişi olabilmektedir. Bu sebeple bu halde de üçüncü kişilere yönelik adli kontrol tedbirlerinden söz edilemeyecektir.

## **III. ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ NEDENİYLE MAHSUBUN HUKUKİ NİTELİĞİ**

### **A. Genel Hatlarıyla Koruma Tedbirleri Nedeniyle Mahsup ve Hukuki Niteliği**

Koruma tedbirleri nedeniyle mahsup ilk başlarda kesinleşmiş hükmün infazıyla fiili ve hukuki benzerlik taşıdığından gündeme gelmiş bir kurumdur.<sup>32</sup> Zira bu durum ilk olarak tutuklama, gözaltına alma gibi koruma tedbirlerinde ortaya çıkmış ve bu koruma tedbirlerinin fiili infaz ile neredeyse eşdeğer olduğu görülmüştür. Bir kimsenin nezarethanede yahut tutukevinde geçirdiği süre ile cezaevinde geçirdiği süre arasında fiili hürriyetin kısıtlanması açısından bir fark bulunmamaktadır. Keza hukuki açıdan benzerlik de söz konusudur<sup>33</sup>; kişi hürriyetine yahut diğer temel hak ve hürriyetlerinin özgürce kullanılmasına müdahale söz konusudur. Her ne kadar koruma tedbirleri altında geçirilen süreden beklenti kişinin elem-acı çekmesi, ıslah olması, suç işlemekten cayması, topluma yeniden entegre olması olmasa da bu tedbirlerin uygulandığı süreçte anılan etkilerin kişi üzerinde ortaya çıktığı çoğunlukla kabul edilmekte ve gözlemlenmektedir. Vaziyet hukuki ve fiili açıdan infaz ile bu denli benzerlik arz

<sup>31</sup> Öztürk (Edt.), CMH, 15. B., s. 501.

<sup>32</sup> HENTSCHEL, Ve, Untersuchungshaft – eine bedingte Strafe?, Diss. Jura – FU, Berlin 2011, s. 53.

<sup>33</sup> Aksi yönde Hentschel, s. 55.

ettiğinden bu durumun mahsup edilmesi gerektiği fikri güçlenmiştir. Hukuki ve fiili anlamda benzerlik arz eden bu sürelerin hesaba katılması gerekliliği diğer yandan kusurla orantılı hürriyeti tahdit fikrinden türetilmiştir. Zira kişinin koruma tedbiri altında geçirdiği süre hesaba katılmadığında ve sonrasında hüküm tesis edilip infaz edildiğinde kişinin hürriyetine fiil esnasındaki kusurundan görece çok daha ağır oranda müdahale edilmiş olacaktır ve bu ise kusurla orantılı ceza/müdahale ilkesiyle örtüşmeyecektir.

Tabii mahsuptan söz edebilmek için koruma tedbirleri nedeniyle yahut başkaca suçla bağlantılı bir sebeple hürriyeti tahdit edilen kişi hakkında ceza yaptırımına hükmedilmiş olması gerekmektedir. Zira ceza yaptırımına hükmetmenin söz konusu olmadığı bir durumda mahsuptan söz edilemeyecektir; ancak koşulların oluşmuş olduğu hallerde aşağıda yer verdiğimiz üzere tazminat durumundan söz edilebilecektir. Bu sebeple güvenlik tedbirlerine yahut başkaca iyileştirme niteliğindeki tedbirlere hükmetme halinde mahsup söz konusu olamayacaktır.<sup>34</sup> Koşullu salıverilme sürelerinin üst sınır bağlamında belirlenmiş olmadığı dönemlerde bu mahsubun yalnızca süreli hapis cezalarında ve veya adli para cezalarında söz konusu olabileceği savunulmaktaydı.<sup>35</sup> Zira müebbet şeklindeki bir cezadan belirli bir sürenin mahsup edilmesinin matematiksel açıdan bir anlamı bulunmamaktaydı. Ancak koşullu salıverilme sürelerinin belirlenmiş olduğu günümüz infaz sisteminde (5275 s. Kanun'un 107/16 düzenlemesi hariç) mahsubun süreli hapis cezaları, adli para cezaları<sup>36</sup> gibi koşullu salıverilme sürelerinin hesabında da dikkate alınacağını kabul etmek gerekmektedir.<sup>37</sup>

Belli koşullar altında geçirilmiş olan sürelerin hükmedilen ceza yaptırımı mahkumiyetinden indirilmesi<sup>38</sup> (bir anlamda infaz edilmiş sayılması; bize göre tazminin ceza yaptırımından düşürme şeklinde vuku

<sup>34</sup> Werner Theune, LK, Band 2, 12. Auflage § 51, Rn. 27, s. 1228.

<sup>35</sup> Mevcut Alman mahsup düzenlemesi halen süreli hapis cezaları ve adli para cezasından söz etmektedir. Ancak uygulama ve öğretilerde kıyasen müebbet hapis cezalarında da bu mahsubun yapılacağı kabul edilmektedir. Bkz. § 51/1 StGB.

<sup>36</sup> Bernd-Dieter, Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg 2006, s. 210.

<sup>37</sup> Aynı yönde NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 16; Theune, LK, § 51, Rn. 30, s. 1228.

<sup>38</sup> Alman hukukunda bu hususların "anrechenbare Eingriffe / mahsup edilebilir müdahaleler" şeklinde nitelendirildiği görülmektedir. Theune, LK, § 51, Rn. 2, s. 1220.

bulması) veya ceza yaptırımına mahkûm edilmenin söz konusu olmadığı hallerde tazminat hakkı doğurması üzerine çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Tazminat, fiili bir infazın yerini tutmadığından ve maddi suç hukuku anlamında bir etki doğurmadığından, bu kurumun gerekçelendirilmesi maddi suç hukuku ile yapılamayacağı gibi yapılmasına da gerek bulunmamaktadır. Ancak ona ilişkin de aşağıda yer verdiğimiz üzere çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Teoriler hakkında bilgi vermeden önce mahsup konusunun hukuki niteliği hakkında bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Bize göre her ne kadar maddi suç hukuku sahasında değerlendirilse de ve her ne kadar TCK içinde yerini almış olsa da mahsubun maddi suç hukuku ile doğrudan bir bağlantısını tespit etmek güçtür. Zira mahsup fail hakkında hükmedilen ceza yaptırımına etki etmemektedir. Aksine ilgili ceza yaptırımının infazı üzerinde etki doğurmaktadır. Bu sebeple maddi suç hukuku sahasında kaldığını iddia etmek güçleşmektedir. Fakat bu alanla ilişkisi ve yaptırımın belirlenmesi esnasında dikkate alınıyor olması dolayısıyla maddi suç hukuku sahasında düzenlenmiştir. Nitekim öğretide de yaptırım hukuku alanında ele alınmaktadır. Bize göre mahsup, failin temel hak ve hürriyetlerine yapılan müdahalenin hakkında hükmedilen cezadan indirilmesi şeklinde vuku bulan bir çeşit tazmin yöntemidir.<sup>39</sup> Bu sebeple maddi suç hukuku sahasının dışında kalmaktadır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kurumu ile bağlantısını bu şekilde kurduğumuzdan şekli suç hukuku sahasında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine açıklama getirmek gerekir. Bize göre her ne kadar şekli suç hukuku düzenlemelerinin (CMK'nın) içinde yer verilmiş olsa da koruma tedbirleri nedeniyle tazminat doğrudan şekli suç hukukunun da bir parçası niteliğinde değildir. Zira burada suçun muhakemesi söz konusu değildir. Aksine temel hak ve hürriyetlere suç hukuku bağlamında müdahale durumunun muhakemesi söz konusudur. Bu sebeple aslında ceza mahkemelerince yürütülen ancak suç muhakemesinin konusunu oluşturmayan bir muhakeme söz konusudur. Ancak bu tazmin durumunun bir de yaptırım (tazminat) boyutu bulunmaktadır. Bu ise maddi hukuka ait bir durumdur. Buna da tazminat hukukunun (maddi hukuk) bir parçası olarak bakmak gerekir. Ancak belirttiğimiz üzere suç muhakemesinden kaynaklı temel hak ve hürriyetlere müdahalenin maddi

<sup>39</sup> Benzer yönde Meier, s. 210; Bir görüşe göre bu şekilde tazmin para ile tazmin etmenin de ötesinde hüküm öncesi hürriyet kısıtlamasının hüküm sonrası hürriyet kısıtlamasıyla ödenmesidir. Naturalrestitution olarak nitelendirilen bu görüş için bkz. Hentschel, s. 49.



hukuk açısından değerlendirilmesi ve şekli anlamda tespiti gerektiğinden suç/ceza mahkemelerince ele alınması yerindedir. Mahsup, bize göre maddi suç hukukunun bir parçası, dolayısıyla yaptırım hukukunun bir parçası değilse de ve yine bize göre bir nevi tazminat gerektiren durumun ceza yaptırımı ile tazmini ise de tazminat hukukunun ve ona ilişkin (suç/ceza mahkemelerince yürütülen) özel şekli muhakemenin bir parçası da değildir. Bize göre mahsup infaz hukukuna ait bir kurumdur ve kişinin fiili infaz süresi üzerinde etki etmekte olan bir tazmin şeklidir.<sup>40</sup> İnfaz hukukunu geniş anlamda suç hukukunun ve maddi suç hukukunun bir parçası olarak gören görüş benimsendiğinde mahsup maddi suç hukukunun bir parçası kalmaya devam etmekte ve fakat yaptırım hukuku başlığı altında değil de infaz hukuku başlığı altında değerlendirilmektedir.<sup>41</sup> İnfaz hukukunu bağımsız bir saha kabul eden görüş benimsendiğinde ise mahsubun maddi suç hukuku boyutundan söz edilememektedir. Mahsup kurumunu infaz hukukunun bir parçası olarak kabul ettiğimizden bu konudaki değişikliklerde 5275 sayılı Kanun'un 98. ve devamı maddeleri dikkate alınmalıdır. Zira lehe değişikliklerin infaz süreci üzerinde derhal dikkate alınması gerekmektedir. Bu sebeple mahsuba konu edilmeyen bir tedbir dolayısıyla geçirilmiş sürelerin, infaz sürecinde mahsuba konu edilmesi halinde derhal fiili infaz süresinden düşürülmesi ve duruma göre koşullu salıverilme değerlendirilmesinin yahut bihakkin tahliye değerlendirmesinin yapılması gerekir.

Mahsuba ilişkin teorilere gelince:

Mahsuba ilişkin bu teorilerin bir kısmı yaptırım teorisinden (maddi suç hukukundan) bağımsız olarak şekillenmiş ve bu anlamda dörtlü bir

<sup>40</sup> Meier, s. 209; NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 2; Johan David Michels, "Compensating Acquitted Defendants for Detention before International Criminal Courts", *Journal of International Criminal Justice*, 2010/8, s. (407) 420; Aynı yönde Alman mahkemesi kararı için bkz. BGHSt 7, 214.

<sup>41</sup> İnfaz hukukunu geniş anlamda suç hukukunun bir parçası kabul eden görüşler için bkz. Rolf Schmidt, *Strafrecht AT*, 21. B. s. 8, kn. 15d; Claus Roxin, *Strafrecht AT*, 1. Band, 4. Aufl., § 1, kn. 8 vd.; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 34; Maddi şekli ceza hukuku ayırımını kabul etmemekle birlikte infaz hukukunun geniş anlamda ceza hukuku altında değerlendiren görüş için bkz. KUNTER, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8.Bası, s. 16.; Maddi şekli ceza hukuku ayırımını kabul ve infaz hukukunun geniş anlamda ceza hukuku altında değerlendirmeyen görüş için bkz. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide /ÇAKMUT, Özlem *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 12 vd..

ayırım yapılmıştır.<sup>42</sup> İlk teorilerden biri olan siyasal sisteme göre soruşturma ve veya kovuşturma evresinde kişi hürriyetini tahdit, müdahale yoğunlukları bakımından hükümlülükle eşdeğer tutulamayacağından mahsuba konu yapılamaz. Bir diğer teori olan ampirik sisteme göre kişi hürriyetini kısıtlayan bu sürenin hangi evrede geçirildiğine bakılmaksızın hâkime hiç veya kısmen mahsup edip etmeme konusunda takdir hakkı tanınmalıdır.<sup>43</sup> Bu takdirin kullanımı kimi ülke uygulamalarında kişinin ikrar vermesi yahut ikrar vermemekte direnmesi ile bir dönem bağlantılandırılarak kullanılmış ve ikrar veren için mahsup, ikrar vermeyen için ise mahsup etmeme uygulamasına sebebiyet vermiştir.<sup>44</sup> Anılan bu iki sistemle bağlantılı olarak karma sistem ileri sürülmüş ve soruşturma evresinin başlatılmasına sebebiyet veren kişinin bu çerçevede hürriyet kısıtlamalarına maruz kalması kendi kusurundan kaynaklıdır ve mahsuba konu edilemez.<sup>45</sup> Ancak kovuşturma evresi artık ilgilinin elinde olmadığından bu süre içindeki kişi hürriyeti kısıtlamaları mahsuba konu edilmelidir.

Çağdaş ceza hukukunda evreler arası ayırım, yoğunluk dereceleri ve hiç hesaba katılmaması hususları bertaraf edilmiş ve zorunlu mahsup görüşüne üstünlük tanınmıştır.<sup>46</sup> Zira infazda da kişiye bedensel bir ceza çektirilmemekte, aksine kişinin yalnızca hürriyeti kısıtlanmaktadır. O halde bu hürriyeti kısıtlamanın kesin hükümden önce olması onun

<sup>42</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SİNAR, Hasan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Onikilevha, İstanbul, 2016, s. 375; Theune, LK, § 51, Vorwort, s. 1218.

<sup>43</sup> Hâkime ilgili tutuklama süresini kısmen yahut tamamen mahsup etme takdiri veren düzenleme ACK'nın 1975 yılına kadar yürürlükte kalan 60. maddesinin birinci fıkrasıydı (Bkz. <https://lexetius.com/StGB/60,2> 28.03.2022). Bu görüşe ilişkin eski Alman düzenlemesi ve tarihçesi hakkında bilgi için bkz. Theune, LK, § 51, Vorwort, s. 1218; Gabriele Kett-Straub, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, § 51, Rn. 1.

<sup>44</sup> 1950'li yıllardaki Alman uygulamasının bu yöndeki kararları için bkz. WÜRTEMBERGER, Thomas, "Die Anrechnung der Untersuchungshaft", Juristen Zeitung, 7. Jahrgang, Nr. 18, 1952, s. (545), 546.

<sup>45</sup> Benzer yönde eyalet mahkemesi kararı ve bunu destekleyen yüksek mahkeme kararı için bkz. OGHSt 2, 219; BGHSt 1, 105.w

<sup>46</sup> Alman uygulamasında mahsup değerlendirmesi ve oranı hâkimin takdirinde olsa da özellikle tutuklulukta geçen sürenin zorunlu ve tam haliyle mahsup edilmesi gerektiği fikri azımsanmayacak derecede savunulmaktadır. Burada hukuki nitelemenin ne olduğunun (önceden çektirilen ceza yahut tutukluluktaki elemin denkleştirilmesi olsun) öneminden çok mahsubun olması gerektiği vurgulanmaktadır. Dreher tarafından savunulan bu görüş için bkz. Hentschel, s. 49.

hürriyetinin kısıtlanmadığı anlamına gelmez ve mahsup edilmemesi için bir sebep yoktur. Bu son görüş modern ceza hukuku düşüncesiyle örtüşmektedir. Ancak infaz ile arzulanan sonuçlara hüküm öncesi hürriyeti kısıtlama ile ulaşmak tamamıyla mümkün olmadığından<sup>47</sup> bu sürelerin mümkün merteye kısa tutulması gerekir.<sup>48</sup> Zira tutuklama ve benzeri hürriyet kısıtlamalarında ıslah, topluma yeniden kazandırma gibi infaz politikalarını icra etmek sorunlu olduğundan infazda bu politikaları yerine getirmek için yeterli zamanı mahsup sonrasında tesis etmek gerekir. Aksi durumda süreler infazla amaçlanana vermekte yetersiz kalabilecektir.

Maddi suç hukuku anlamında gerekçelendirmeler ise mahsubun sonuçları ile ilişkilendirilerek yapılmıştır.<sup>49</sup> Bir görüşe göre kesin hüküm öncesi sürelerin mahsup edilmesi cezada indirim sebebidir; cezaların hafifletilmesi görüşü şeklinde anılan bu görüşe katılmak mevzu hukukumuz açısından mümkün değildir. Zira bu süreler kişi hakkında hükmedilen cezanın miktarını değiştirmemekte, yalnızca infaz edilecek kısmında etki doğurmaktadır. Kesin hüküm öncesi kişi hürriyeti kısıtlamalarının mahsup edilmesi, bir başka görüşe göre bu kısıtlamaların önceden çekilmiş ceza (şarta bağlı ceza / bedingte Strafe) olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>50</sup> Bu görüşe katılmak da mümkün değildir.<sup>51</sup> Zira kesin hükümden önce kişi hürriyetinin ceza olarak kısıtlanması modern hukuk anlayışıyla örtüşmemektedir.<sup>52</sup> Kaldı ki ceza muhakemesi bağlamında başvuru bu kısıtlamalarla kişiye bir ceza verilmesi amaçlanmamakta, aksine

<sup>47</sup> Hüküm öncesi hürriyeti kısıtlama tedbirlerinin her ne kadar ceza karakterini yansıtmaları da ve muhakemenin sürdürülebilirliğine hizmet etseler de kişi üzerinde ceza ile aynı etkiler doğurmaktalar; hatta ceza ile amaçlanan neticelerin bir kısmı (maksat bu olmasa da) bu süreçte kısmen vuku bulabilir. Würtenberger, s. 545; aynı yönde BGHSt 6, 215.

<sup>48</sup> Aynı yönde BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 05. Dezember 2005 - 2 BvR 1964/05 -Rn. 80.

<sup>49</sup> Görüşler için bkz. Sınar, s. 375 vd.

<sup>50</sup> Bu yönde Alman mahkeme kararları için bkz. "angerechnete Strafe ist die verbüßte Strafe im Sinne des § 26 StGB / mahsup edilen ceza Alman Ceza Kanunu (ACK) m. 26 bağlamında (koşullu salıverilme bağlamında cezaevinde) geçirilmiş süredir" BGHSt, 6, 215 in NJW 1954, 1208; RGSt 52, 191; Görüş savunucuları için bkz. Meier, s. 130; Hentschel, s. 47'den naklen Eduard Dreher, "Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB", in MDR 1970, s. 965 vd.; Aynı yönde Hentschel, s. 140; Aksi yönde NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 23.

<sup>51</sup> Aynı yönde Hentschel, s. 49.

<sup>52</sup> Sınar, s. 375.

muhakemeyi sürdürülebilir kılma, hükmü infaz edilebilir kılma vs. neticeler arzulanmaktadır.<sup>53</sup> Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre mahsup edilen süreler özel af niteliğindedir. Ancak mevzu hukukumuz açısından bu fikre iştirak etmek mümkün değildir. Bu konuda Alman öğretisinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre koruma tedbirlerine başvurulduğu sürece (tutuklulukta geçen sürelerde) kişinin hürriyeti kamunun (muhakemeyi sürdürme ve sonlandırma) menfaatlerine kurban/feda edilmektedir (Aufopferungstheorie).<sup>54</sup> Bu kurban edilme de bir şekilde tazmin edilmeyi gerektirir. Kişi suçlu bulunur ve cezaya mahkûm edilirse bu mahsup hürriyeti bağlayıcı cezadan indirim yapılması yahut adli para cezasından düşürülme şeklinde gerçekleşmekte, beraat ederse bir miktar paranın ödenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu hallerde gerçekleşen denkleştirmeye hakkaniyete uygun denkleştirme (Billigkeitsgrundsatz)<sup>55</sup> denilmektedir. Tutuklama tedbiri bağlamında öne sürülen bu teori ve çözüm şeklini tüm koruma tedbirleri bağlamında değerlendirdiğimizde şu sonuca varmamız gerekmektedir: Kanun koyucu temel hak ve hürriyetlere koruma tedbirleri bağlamında müdahale etmeyi kanuni düzenleme haline getirmekle birlikte bu müdahalelerle kişinin (koruma tedbirine maruz kalan kişinin) temel hak ve hürriyetlerini feda etmeyi (kurban etmeyi) kabullenmekte ve bu çerçevede bir denkleştirmeyi (mahsubu ve veya tazmini) en baştan itibaren kabul etmektedir. Böylece yalnızca hürriyeti kısıtlama sonucu doğuran koruma tedbirlerini mahsuba konu etmeyi değil, diğer tüm temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi de mahsuba konu edeceğini kabullenmektedir. Anılan bu sebeple bize göre mevzu

<sup>53</sup> "Because (...) the sentence starts only after conviction, some courts hold that time spent in jail prior to conviction and sentencing is not punishment, but merely precautionary detention to assure the defendant's presence at trial" Anonym Article "Credit for Time Served between Arrest and Sentencing", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 121, N. 5, May-1973, s. (1148) 1151; Tutuklama nedenlerinin içinde cezalandırmaya başlamanın da yer aldığı fikri 18. yüzyılın sonlarına kadar savunulmuş ancak günümüzde terk edilmiştir. Alman hukukunda failin benzer suçları işleme tehlikesi de bir tutuklama sebebi olarak kabul edilmektedir. Şekli ceza hukukunun amaçlarıyla örtüşmeyen bu tutuklamanın toplumun benzer suçlardan korunması amaçlı güvenlik tutuklaması (Sicherungshaft) olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak bize göre önleyici ceza hukuku niteliğinde olan bu düzenleme (ACK m. 112a) şekli suç hukuku içinde yer almamalıdır. Urs, Kindhäuser / H. Kay, Schumann, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2019, s. 136.

<sup>54</sup> Dencker tarafından ortaya atılan ve Hentschel tarafından savunulan bu görüş için bkz. Hentschel, s. 50 vd.; Aynı yönde NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 2.

<sup>55</sup> Meier, s. 209; Hentschel, s. 47.

hukukumuzdaki mahsup düzenlemelerini koruma tedbirleri bağlamında yeniden düşünmenin zamanı gelmiştir.

Mevzu hukukumuz ve çağdaş ceza hukuku açısından bu sürelerin mahsup edilmesinin teorilerle açıklanmaya çalışılmasının gereksiz olduğu da savunulmuştur.<sup>56</sup> Zira bu sürelerin (tutuklulukta geçen süreler özelinde) mahsup edilmesi adaletin ve hakkaniyetin sağlanabilmesinin bir gereğidir (aslında bu da Billigkeitsgrundsatz/-theorie olarak kabul edilen bir ilkedir/teoridir). Ancak bize göre teorik temelli açıklamalar hürriyeti sınırlayan kurumların içselleştirilmesine hizmet edeceği gibi maddi suç hukuku açısından da açıklanabilir olmayı tesis etmesi açısından önem arz etmektedir. Zira TCK m. 61/10 düzenlemesine göre “kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir”. O halde infazdan düşürme sonucunu doğuran mahsup konusunda da bu kanuni zeminin ve meşru bir gerekçenin bulunması şarttır. Mevzu hukukumuz açısından kişi hürriyetini kısıtlayan sürelerin mahsup edilmesi ceza yaptırımının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.<sup>57</sup> O sebeple temel cezanın belirlenmesinde olduğu gibi sonuç cezanın belirlenmesinde de dikkate alınmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında mahsubun bir yaptırım hukuku (maddi suç hukuku) kurumu olmaktan çok bir infaz hukuku kurumu olduğu söylenmelidir. Zira burada infazın hesaplanması gibi bir durum söz konusu olmakta ve belirli süreler sonuç cezadan çıkarılmaktadır. Diğer yandan bu kurumun yaptırım hukukuna ait olduğu ve yaptırımın bireyselleştirilmesinden önce devreye girdiği de söylenebilir. Zira kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar açısından değerlendirildiğinde seçenek yaptırımlara dönüştürülmeden önce mahsup durumunun gerçekleştirilmesi ve ardından

<sup>56</sup> Sınar, s. 375.

<sup>57</sup> Alman hukukunda düzenlenme yeri açısından cezanın belirlenmesi kurumu olarak kabul edilen zaman dilimi ve mevzuat için bkz. Hentschel, s. 45 vd.; 1950’li yıllara kadar Alman Ceza Kanunu düzenlemelerine rağmen bu kurumun cezanın belirlenmesi alanında devreye giren bir süreç olmadığı baskın görüş olarak savunulmuştur. 1950’li yıllara kadar bu görüşün baskın olduğuna dair tespit ve diğer yazar bilgileri için bkz. Würtenberger, s. 545; Ancak Alman öğretisindeki bu baskın görüşe rağmen Alman yüksek mahkemeleri mahsubun cezanın belirlenmesinin bir parçası olduğunu o dönemde savunmaya devam etmişlerdir (Kararlar için bkz. BGHSt, 1, 105). Uygulamadaki bu görüşle paralel olarak 1950’li yıllarda mahsubun cezanın belirlenmesinin bir parçası olduğu öğretilde de baskın görüş halini almıştır (Würtenberger de bu görüştedir). Bu görüşün savunulmasının sebebi mahsubun uygulanıp uygulanmamasının ve tam yahut kısmi uygulanmasının mahkemenin takdirinde olması olmuştur. Dönemin baskın görüşü için bkz. Würtenberger, s. 545.

bireyselleştirilmenin yapılması gerekmektedir. Burada seçenek yaptırımlar asıl mahkumiyete dönüştüğünden (TCK m. 50/5) yaptırımın bireyselleştirilmesinden söz edilmelidir. Benzer durum infazın bireyselleştirilmesi aracı olarak kabul edilen hapis cezasının ertelenmesi kurumu işletilmesinde de söz konusudur. Hapis cezası erteletilmeden önce ilgili mahsubun yapılması gerekmektedir.<sup>58</sup> Diğer yandan ertelenebilir cezanın hesabı (erteleme ve veya kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara dönüştürme koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirmesi) mahsuptan önceki süre üzerinde yapılmaktadır. Mahsup öncesi ceza ertelenebilir cezanın üst sınırını aşmaktaysa erteleme mahsup sonrası yapılamamaktadır.<sup>59</sup> Aynı şekilde mahsup öncesi ceza kısa süreli ceza niteliğinde değilse ve mahsup sonrası (TCK m. 49/2) kısa süreliye dönüşse de seçenek yaptırımlara dönüştürülmesi mümkün değildir.

Ceza yaptırımının kefaret boyutunun olduğu kabulünde kesin hükümden önceki hürriyet kısıtlamalarının da bu elem ve acı neticesini doğurduğunu, modern anlamıyla hürriyeti tahdit sonucunu doğurduğunu ve bu sebeple mahsup edilmesinin yaptırım ve infaz hukuku açısından meşru olduğu söylenebilir.<sup>60</sup> Böylece salt kefaretçi anlayışla bu hususu açıklamak mümkün hale gelmektedir. Fakat geçmişe bir karşılık verme anlayışını tamamen reddeden bir anlayışla hareket ettiğimizde kesin hüküm öncesi bu sürelerin mahsup edilmemesi ancak bu süreleri geçirmiş kişinin fiili durumunu dikkate alarak ceza yaptırımının belirlenmesi gerekir, denilmelidir. Bu halde mahsuptan söz edilmeyecek, mahsuba konu hürriyet kısıtlamalarının kişinin ıslahı ve resosyalizasyonu üzerindeki etki dikkate alınarak temel ve sonuç ceza belirlenecektir.<sup>61</sup> Kişi bu hürriyeti kısıtlama sürecinde gelişme göstermişse normal şartlarda alacağı cezadan az bir ceza alacakken, gelişme göstermemişse geçirmiş olduğu süreler cezanın azalması neticesini doğurmamış olacaktır. Bu hallerde mahsup zorunluluğundan söz edilemeyecektir. Mevzu hukukumuz karma bir

<sup>58</sup> ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 1031; TÖNGÜR, Ali Rıza/ÇETİNTÜRK, Ekrem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, Ankara, 2020, s. 831.

<sup>59</sup> Özgenç, s. 831.

<sup>60</sup> Aynı yönde Hentschel, s. 47, ayrıca bkz. s. 52.

<sup>61</sup> Buna gerekçe olarak şu gösterilmektedir: "İnfazdan beklenen, hüküm öncesi hürriyeti kısıtlama (tutuklama özelinde) ile kısmen elde edilmiş olduğundan cezadan mahsup edilmektedir". Hentschel, s. 47; Würtenberger, s. 545.

görüş benimsediği gibi mahsup konusunu da zorunlu tuttuğundan bu açıklamalarımız teorik düzeyde kalmaktadır.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki mevzu hukukumuz açısından mahsup, yaptırım hukukunun ve maddi suç hukukunun bir kurumu olmaktan çok infaz hukukunun bir kurumu niteliğine bürünmüştür. Koruma tedbirleri çerçevesinde geçirilen süreleri failin cezasından mahsup etme de temel hak ve hürriyetlere müdahalenin kanuna dayansa da eşitler arasındaki eşitliği bozmaya ilişkin sakıncalarını giderme amaçlıdır. Bu giderim normal şartlarda tazmin şeklinde olmaktadır ceza mahkumiyeti durumunda ceza miktarından mahsup şeklinde vuku bulmaktadır. Fiilleri ve fiil esnasındaki kusurları aynı olan iki kişiden birinin hürriyetinin yalnızca kesin hüküm sonrası kısıtlanması, diğersinin ise kesin hüküm öncesi ve sonrası kısıtlanması ve hüküm öncesi sürenin hesaba katılması eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir. Bundan ibaret olmasa da bu sebeple de bir çeşit tazmin şekli olan mahsup kurumuna koruma tedbirleri açısından da yer verilmiş görünmektedir.

### **B. Mahsubun Koşulları**

Mahsup edilebilir bir süreden söz edebilmek için bu konuda kararın alınmış olması yeterli olmayıp, kişinin hürriyetinin bu çerçevede fiilen kısıtlanmış olması da gerekir. Misal tutuklama kararının verilmiş olması değil, kişinin bu karar dolayısıyla fiilen hürriyetinden yoksun kaldığı süreler mahsup edilir.<sup>62</sup> Koruma tedbirleri bağlamında değerlendirdiğimizde, olması gereken hukuk bağlamında bu hürriyet kısıtlamasını yalnızca kişi hürriyetinin kısıtlanması şeklinde algılamak gerekir. Gerçekten kimi koruma tedbirlerinde olduğu gibi seyahat hürriyeti, kişi dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi temel hak ve hürriyetlerin de birey üzerinde önemli etkiler bıraktığı ve bir şekilde denkleştirilmesi gerektiği açıktır. Bize göre bu sebeple mahsuba konu edilebilir hale getirilmelidir.<sup>63</sup> Öyle ki aynı temel hak ve hürriyete hüküm öncesi müdahale

<sup>62</sup> Mevzu hukukumuz açısından tutuklama kararının huzurda verilmesi asıl olduğundan (istisna gıyabi tutuklama düzenlemeleri sınırlıdır) tutuklama kararının verildiği tarih ile kişi hürriyetinin fiilen sınırlandığı tarih aynı tarih olduğundan pratikte bir farkı olmayacaktır. Ancak buna rağmen Yargıtay'ın birçok kararında ilgili tutukevine yazılması ve fiili tutukluluk sürelerinin öğrenilerek mahsup edilmesinin önerildiği görülmektedir. Mahsubun fiili duruma göre yapılacağı yönünde Theune, LK, § 51, Rn. 8, s. 1222; NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 9.

<sup>63</sup> Öyle ki kişi hürriyetini kısıtlama sonucu doğurmayan kimi hallerin de infaz süresinden mahsup sonucu doğurması gerektiği Alman hukukunda 2008 yılından bu yana kabul edilmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH-Grosse Strafsenat)

etmekle hüküm sonrası müdahale etmek arasında da bir değer/etki farkının olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğuran tutukluluk sürelerinin, hükmedilen mahkumiyetten bire bir şekilde değil de daha fazla bir oranda düşürülmesi gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.<sup>64</sup>

Maddi suç hukukunun bir parçası olan yaptırım hukukunda yaptırımın belirlenmesi belli kıstaslar çerçevesinde ilerlemektedir. Bu kıstaslara göre belirlenen ceza yaptırımını bazı durumlarda olduğu gibi uygulanmamakta, failin belli şartlar altında geçirmiş olduğu hürriyeti sınırlayıcı durumlara ilişkin süreler ilgili toplam ceza yaptırımının infaz edilebilir kısmından çıkarılmaktadır. Mahsup olarak nitelendirilen bu çıkarma işlemi bazen TCK m. 16'da düzenlendiği gibi yabancı ülkede geçirilmiş sürelerle ilişkin olabileceği gibi bazen de yurt içinde geçirilmiş sürelerle ilişkin olabilir. TCK m. 16 düzenlemesine göre suçun işlendiği yerin Türkiye ülkesi yahut Türkiye ülkesi dışı olmasına bakılmaksızın "yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup (...)" edilecektir. İlgili sürelerin Türkiye içinde geçirilmiş olması halinde de mahsuba konu olacağı açıktır. Bu sürelerin hükümlülükte geçeni hariç tutulduğunda koruma tedbirleri bağlamında geçirilen süreler olduğu görülmektedir. Ancak bu koruma tedbirleri de sınırlı şekilde sayılmış görünmektedirler. Dolayısıyla yurt dışında geçirilmiş başkaca hürriyeti sınırlayıcı yahut kısıtlayıcı süreler TCK m. 16 çerçevesinde mahsuba konu olamayacaklardır.<sup>65</sup>

Aynı şekilde TCK m. 63 düzenlemesi de -bize göre yine suçun işlendiği yerin neresi olduğuna ve kişi hürriyetini sınırlama işleminin

---

2008 yılında uzun süren yargılamaların da mahsuba konu olabilecekleri ve bu sayede cezanın bir kısmının infaz edilmiş sayılacağına karar vermiştir. BeckRS 2008, 02102 (BGH (Große Senat), Beschluss vom 17.01.2008 – GSSt 1/07).

<sup>64</sup> *Paeffgen* şüpheli (Beschuldigte) ile hükümlünün hürriyetinin kısıtlanması aynı şeyler değildir. Bu sebeple şüphelinin tutuklanması çerçevesinde geçen süre her durumda (mahsup edilse de) ayrıca tazminata konu olmalı ve bir ödeme yapılmalıdır, demektir. *Paeffgen*'e ait bu görüş için bkz. Hentschel, s 54.

<sup>65</sup> Aynı fiilden kaynaklı olmasına rağmen TCK m. 16 düzenlemesi aynı suçla sınırlı bir mahsup öngördüğünden bu durumu özel olarak mahsuba konu eden özel düzenlemeler bulunmaktadır. TCK m. 188/2 bunlardan biridir.



yapıldığı yerin neresi olduğuna bakılmaksızın<sup>66</sup> hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşen ve kişisel özgürlüğü sınırlama sonucu doğuran bütün hallerin mahsuba konu olacağını düzenleme altına almaktadır.<sup>67</sup> Burada kanun koyucunun mahsup sebepleri konusunda bir sınırlama getirmediği görülmektedir. “Şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller”<sup>68</sup> bu kapsamda mahsuba konu olabilecektir. Koruma tedbirlerinin şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün halleri de bu kapsamda mahsuba konu olabilecektir.<sup>69</sup> Ancak kanun koyucu adli kontrol tedbirlerine yer verdiği ilk andan itibaren (bkz. 01.06.2005 yürürlük tarihli CMK m. 109/5 düzenlemesi) adli kontrol çerçevesinde şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran yükümlülüklerin ceza yaptırımından mahsup edilemeyeceğini düzenleme altına aldığından TCK m. 63 düzenlemesinden yola çıkarak bir mahsup yapmak mümkün olmamıştır. Kanun koyucu ilk düzenleme ile birlikte CMK m. 109/3-e düzenlemesi çerçevesinde geçirilen sürelerin mahsuba konu olabileceğini belirtmek suretiyle bu

<sup>66</sup> Aynı yönde ÖZTÜRK, Bahri /ERDEM, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 569; Theune, LK, § 51, Rn. 2, s. 1220.

<sup>67</sup> Bir görüşe göre “sanığın tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce işlemiş olduğu diğer bir suç nedeniyle de tutuklu kalınan sürenin mahsubu olanaklıdır.” Bu yorumla adli kontrol tedbirinin mahsubunun da adli kontrol tedbirine hükmetmede esas alınan suça/fiile ilişkin cezadan olması gerekmemektedir, denilebilir. Görüş için bkz. HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 711; Aynı yönde Özgenç, s. 1031; Töngür/ Çetintürk s.461; Theune, LK, § 51, Rn. 9, s. 1222; Ancak CMK m. 144/1-a düzenlemesinin 2014 yılında yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte koruma tedbirlerinin ilişkili olmadığı fiiller/suçlar dolayısıyla mahsuba konu olamayacağı yalnızca tazminata konu olabilecekleri şeklinde görüş de savunulmaktadır. Hükümlünün/sanığın aleyhine bir durum olsa da suç genel teorisiyle paralel olan bu görüş benimsendiğinde adli kontrol tedbirlerinin mahsuba konu olanları da başka suçlardan indirim sonucu doğuramayacaklardır. Görüş için bkz. Öztürk/Erdem, s. 570; CMK m. 144/1-a düzenlemesinin mahsup durumuna etki etmeyeceği ancak bu halde mahsuba rağmen kişiye hakkaniyet çerçevesinde bir tazminat da verilmesi gerektiği yönünde Yargıtay kararı da mevcuttur. Bkz. Y. 12. CD, 15.12.2015, E. 2015/13906, K. 2015/19250.

<sup>68</sup> Alman hukukunda disiplin hapsi (Disiplinararrest / tazyik hapsi) gibi hürriyeti bağlayan sürelerin de cezadan mahsup edilmesi gerektiği genel kabul görmektedir. Bkz. Theune, LK, § 51, Rn. 7, s. 1221.

<sup>69</sup> TCK m. 63 düzenlemesi mahsuba konu süreleri hükmün kesinleşmesinden önceki sürelerle sınırlı tuttuğundan, hükmün kesinleşmesinden sonra yargılamanın yenilenmesi halinde mahsup bu çerçevede yahut TCK m. 16 çerçevesinde yapılamayacaktır. Ancak CMK m. 317 düzenlemesi bu olağanüstü kanun yolunu olağan kanun yollarıyla eşdeğer addettiğinden burada da bir mahsup söz konusu olabilir.

konuda ilk istisnasına yer vermiştir. Daha sonra 2012 yılında “konutunu terk etmemek” şeklinde adli kontrol tedbiri türüne yer verilmiş ancak bu halin mahsuba konu olacağı düzenlenmemiştir.<sup>70</sup> Böylece konutunu terk etmeme tedbiri TCK m. 63 bağlamında bir kişi hürriyetini sınırlama olsa da CMK m. 109/5 (eski düzenlemesinde yer verilen) mahsup yasağı nedeniyle hükmedilen cezadan mahsup edilememiştir.<sup>71</sup> Nihayet 2021 yılında 7331 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle yapılan değişiklikte birlikte konutunu terk etmeme yükümlülüğü çerçevesinde geçirilen sürelerin de (her iki gün, cezanın mahsubunda bir gün olarak da olsa) mahsuba konu olmasının yolu açılmış olmaktadır.<sup>72</sup>

### C. Adli Kontrol Tedbirleri Nedeniyle Mahsup

CMK’nın 109. maddesinin altıncı fıkra düzenlemesi çerçevesinde aynı maddenin üçüncü fıkrasının (e) ve (j) bentlerinde belirtilen adli kontrol tedbiri türleri kapsamında geçirilen sürelerin mahsup edilmesi mümkün hale gelmiştir. CMK m. 109/6 düzenlemesinde yer verilen mahsup yasağı söz konusu olmasaydı ilgili sürelerin TCK m. 63 kapsamında mahsuba konu olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre ise adli kontrol altında geçirilen ve kişi özgürlüğünü kısıtlama sonucu doğurmayan yükümlülük uygulamaları halinde de ceza yaptırımından mahsup düşünülmelidir.<sup>73</sup> Gerçekten sadece bir kimsenin bir yerden başka bir yere gitme hürriyetinin kısıtlanmasının öngörülen ceza yaptırımından mahsup edilmesi, diğer temel hak ve hürriyetlere müdahalenin mahsuba konu olamaması adil olmayabilir. Bu sebeple orantılı bir mahsubun bu tedbirler için de düşünülmesi gerektiği fikrine katılmaktayız.

Nitekim Alman hukukunda yargılamanın makul sürede sonlandırılmaması uzun yıllar boyunca cezanın belirlenmesi (Strafzumessung) bağlamında dikkate alınmış ve özel kanuni indirim sebebi sayılarak (§ 49 StGB) sonuç cezanın üzerinden son bir indirim yapılarak hüküm tesis edilmeye çalışılmıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Büyük

<sup>70</sup> 02.07.2012 tarih, 6352 sayılı Kanun, m.98.

<sup>71</sup> Eleştiri için bkz. UMUDUM, C. Erdem, Denetimli Serbestlik Bağlamında Elektronik İzleme, Onikilevha, İstanbul, 2021, s. 133 vd.

<sup>72</sup> Koca/Üzülmez, s. 728.

<sup>73</sup> YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 409; Aynı yönde, KAYA GÖÇMEN, Özen, “Adli Kontrol Koruma Tedbirlerinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi”, AÜHFHD, 65 (4) ,2016, s1749-1814, s.1772.

Ceza (Genel) Kurulu (BGH-Großer Senat für Strafsachen) 2008 yılında bu konuda köklü bir içtihat değişikliğine gitmiş ve mahsuba ilişkin düzenlemelerin kıyasen devreye gireceği ve ilgili durumun hakkaniyete uygun bir oranda infaz edilecek cezadan indirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>74</sup> Böylece şimdiye kadar cezanın belirlenmesi sürecinde dikkate alınan uzun yargılama süreçleri mahsuba konu edilmiş ve yalnızca infaz edilecek ceza esnasında dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Bu da yalnızca cezanın bir kısmının infaz edilmiş sayılmasına hizmet etmektedir.<sup>75</sup> Alman hukukundaki bu değişimden yola çıkarak adli kontrol tedbirleri özelinde tazminata konu durumların kişi hürriyetini kısıtlama sonucu doğurmasalar da mahsuba konu olmaları gerektiğini düşünmekteyiz.<sup>76</sup> Ancak bu durumun kıyasen uygulanması yerine hukuki düzenleme ile gerçekleştirilmesi gerektiğini düşündüğümüzden kanun koyucu tarafından mevzuata konulması gerekmektedir.

#### IV. ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

##### A. Genel Hatlarıyla Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

Koruma tedbirleri nedeniyle mahsupta olduğu gibi bu tedbirler nedeniyle tazminat verilmesinin hukuki temellendirilmesi konusunda da fikir birliği mevcut değildir.<sup>77</sup> Suç/Ceza muhakemesi hukukuna ilişkin çalışmaların çoğunda bu tazminatın hukuka aykırılık (haksızlık) dolayısıyla verildiği belirtilmektedir.<sup>78</sup> Öyle ki tazminat gerektiren hallere ilişkin

<sup>74</sup> BeckRS 2008, 02102 (BGH (Große Senat), Beschluss vom 17.01.2008 – GSSt 1/07.

<sup>75</sup> Öğretide Vollstreckungsmodel yahut Anrechnungslösung olarak nitelendirilen bu sistem değişikliği hakkında bilgi için bkz. NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 48 vd.

<sup>76</sup> Bizdeki CMK m. 95/2, 107/3 çerçevesinde konsolosluk bildirimini yapılmaması CMK m. 141 bağlamında tazminata konu olabilmektedir. Alman hukukunda bu durumun mahsuba konu edildiği de Vollstreckungsmodel çerçevesinde görülmeye başlanmıştır. Kararlar için bkz. NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 48.

<sup>77</sup> Bilgi ve konuya ilişkin teoriler için bkz. KORKMAZ, Muzaffer, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Seçkin, Ankara, 2019, s. 60.

<sup>78</sup> "(...) tedbirlerine hukuka aykırı şekilde başvurulması halinde tazminat (...) ÖZBEK, Veli Özer, / DOĞAN, Koray / BACAĞIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 447; "Ceza soruşturması veya kovuşturması yapılırken şüpheli veya sanıklara hukuka aykırı olarak verilen zararların giderilmesi (...)" Yenisey/Nuhoğlu, s. 513; "Adli Kontrole Hukuka Aykırı Olarak Başvurulması" Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 500; "(...) Başlangıçta haklı görünen tedbirin, bilahare haksız olduğu ortaya çıkabilir ve bu haksız ya da hatta yerine göre hukuka aykırı

başlıklandırmalar da hukuka aykırılık yahut haksızlık odaklı yapılmaktadır.<sup>79</sup> Ancak bize göre koruma tedbirleri nedeniyle hükmedilen tazminatın sebebi başta (ex ante) hukuka uygun görünen müdahalenin daha sonra (ex post) geriye dönük olarak haksız/hukuka aykırı hale gelmesi değildir.<sup>80</sup> Nitekim kanun koyucu da koruma tedbirleri nedeniyle tazminat düzenlemesine yer verirken başlıklandırmayı “koruma tedbirlerine hukuka aykırı şekilde başvurma nedeniyle tazminat” şeklinde formüle etmemiştir. O halde tazminat talebi ve ödenmesi için koruma tedbirine hukuka aykırı başka bir ifade ile haksız şekilde başvurulmuş olması şart değildir. Ancak bu koruma tedbirlerine hukuka aykırı şekilde başvurma halinde tazminat istenemeyeceği anlamına gelmez. O durumda evleviyetle tazminat sorumluluğu doğacaktır. Örneğin kanuni gözaltı süresi dolmuş olmasına rağmen bilerek ilgili kişiyi tutuklamaya sevk etmeyen yahut serbest bırakmayan C. savcısının kanuni azami sürelerden sonraki kısıtlama fiilleri dolayısıyla gözaltı işleminin ondan sonraki uzatma kararları hukuka aykırı (haksız) işlemlerdir ve tazminatı gerektirdiği gibi akabinde de Devlete, ilgili işlemi yapana rücu hakkı vermektedir. Nitekim CMK m. 141 düzenlemesinde yer verilen bazı tazminat nedenlerinde koruma tedbirinin haksızlığına vurgu yapılmaktadır.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hakkının ilgili koruma tedbirine haksız başka bir ifadeyle hukuka aykırı olarak başvurulduğu için doğduğu savunulduğunda ilgili koruma tedbirine başvurmaya ilişkin

---

tedbirden zarar gören kimselerin bu zararları (...)” ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 477; “Hukuka aykırı bir şekilde kararlaştırılan veya uygulanan tedbirler nedeniyle zarar gören kişilerin, oluşan maddi ve manevi zararlarının hukuk devleti ilkesi gereği devlet tarafından karşılanması (...)” Korkmaz, s. 55; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş /ERDEM, M. Ruhan, Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 540.

<sup>79</sup> “Adli Kontrole Hukuka Aykırı Olarak Başvurulması” başlığı ve “CMK m. 141’de adli kontrol kararına hukuka aykırı olarak başvurulması durumunda ilgiliye tazminat ödeneceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır” ifadeleri için bkz. Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 500; Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre mahsup ile tazminat arasında ikili ayırım yapılmalı ve mahsup halinde ilgili tedbirin hem ex ante hem de ex post meşru/hukuka uygun olduğu, buna karşılık tazminat halinde ex ante hukuka uygun olan tedbirin ex post hukuka aykırı hale geldiği (Türk hukukundaki baskın görüşle aynı yönde) kabul edilmektedir. Bkz. Hentschel, s. 150.

<sup>80</sup> “Başlangıçta gözaltı ve tutuklama tedbirleri açısından herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu değildir. Kişinin mahkûm edildiği hapis cezasının daha az süreli olması, gözaltı ve tutuklulukta geçen süreyi sonradan hukuka aykırı hale getirmektedir.” Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 590.

işlemin daha sonra (baştan itibaren) hukuka aykırı hal aldığını söylememiz gerekir. Bu durumda ilgili koruma tedbirine işlem esnasında karşı çıkan ve onu orantılı şekilde defetmeye çalışan kişinin ise baştan itibaren haksız/hukuka aykırı bir müdahaleyi defettiğini ve bu sebeple meşru bir müdafaada bulunduğunu söylememiz gerekir ki bu maddi suç hukuku düzenlemeleriyle örtüşmeyecektir. Misal kanuni yakalama emri çerçevesinde yakalanan kişinin, kendini bu hürriyeti kısıtlayıcı işlemde kurtarmak için mukavemet göstermesi suç teşkil etmektedir (TCK m. 265)<sup>81</sup>. Ancak bu yakalama işlemi daha sonra CMK m. 141/1-e bendi çerçevesinde tazminata konu olduğunda ilgili yakalamanın hukuka aykırı olduğunu ve bu sebeple haksız olduğunu ve bu nedenle tazminat gerektirdiğini belirttiğimizde bu haksız yakalamaya direnen kişinin ise TCK m. 265 kapsamındaki suçu işlemediği sonucuna varmamız gerekir, ki bu bize göre kabul edilebilir değildir. Aynı şekilde CMK m. 141/1-i bendi çerçevesinde bir tazminata hükmedildiğinde bu arama işlemi baştan itibaren haksız bir arama işlemidir dediğimizde ilgili arama faaliyetini gerçekleştirmiş olan kamu görevlisini TCK m. 120<sup>82</sup> çerçevesinde cezalandırmamız gerekecektir ki bu da vaki olmamıştır.

Anılan sebeplerle koruma tedbirlerine başvuru esnasında koşullar oluşmuş ve bu işlem görünüşte haklı olarak başlatılmışsa işlemler hukuka uygun başlamış ve devam etmiştir, demeliyiz. Daha sonra tazminat nedenlerinin ortaya çıkması da bu işlemleri geriye dönük olarak hukuka aykırı yahut haksız hale getirmeyecektir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, başvuru koruma tedbiri baştan itibaren hukuka aykırı ise bu durumda tazminat nedeni hukuka aykırılık ile temellendirilebilir. Örneğin tutuklama yasağının olduğu bir durumda çocuk hakkında tutuklama gerekçeli yakalama emri düzenlemek yahut tutuklama kararı vermek hukuka aykırı olacaktır. Zira bu işlem görünüşte de olsa haklı değildir. Hiçbir kanuni düzenleme bu işleme cevaz vermemektedir. Oysa beraat eden bir kimse hakkında ilk aşamalarda kuvvetli şüphe bulunması dolayısıyla bir tutuklama kararı verilmişse bu tutuklama kararı hukuka uygundur ve daha sonra hukuka aykırı hale gelmiş olmayacaktır. Hukuka uygun da olsa mesnetsiz kalmış / konusuz kalmış bir müdahale (temel hak ve

<sup>81</sup> TCK 265: Görevi yaptırmamak için direnme: (1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

<sup>82</sup> TCK 120: Haksız Arama “(1) Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”.

özgürlüklere ciddi derecede etki ettiğinden) hukuk devletince üstlenilmekte ve bu çerçevede hakkaniyet gereği (yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere feda/kurban etme anlamında gelen Aufopferungstheorie ve hakkaniyete uygunluk anlamında gelen Billigkeitsgrundsatz gereği) bir tazminat ödenmektedir.<sup>83</sup> Tazminatın ödenmesinin sebebi hukuk devletinin koruma tedbiri çerçevesinde temel hak ve hürriyetlere müdahale ederken bir riziko üstlenmesi (bu tedbire başvurmam mesnetsiz olabilir rizikosu) ve bu rizikonun gerçekleşmesi halinde (müdahalemin mesnetsiz olduğunun ortaya çıkması) bir tazminat ödemeyi hakkaniyet gereği (Billigkeitsgrundsatz)<sup>84</sup> kabul etmesinden ibarettir.<sup>85</sup> Ceza muhakemesindeki masumiyet karinesi ile ilişkilendirerek bu rizikoyu açıklamaya çalışan bir görüşe göre “daha sonra hüküm giyecek olan hakkındaki tutuklamada da suçsuzluk tahmini ile hareket edilmekte, ancak daha sonra bu tahminin yanlış olduğu ortaya çıkmaktadır.” “Ancak bu tahminin yanlış çıkması ilgili kişinin tutuklama koruma tedbiri altında eziyet çektiği gerçeğini değiştirmemektedir; bu sebeple de ilgili sürenin mahsup yoluyla tazmin edilmesi gerekmektedir”.<sup>86</sup>

Hakkaniyete dayalı bu sorumluluk üstlenme objektif/kusursuz sorumluluk üstlenmesi şeklinde de addedilebilir.<sup>87</sup> Nitekim öğretide de tazminat kurumunun kendine özgü bir kurum olduğu belirtilmektedir.<sup>88</sup>

<sup>83</sup> Yargıtay’ın da hakkaniyet sebepli başka bir deyişle hak ve nasafet/nesafet ilkeleri gereği tazminat verilmesine yönelik kararları mevcuttur. “(...) Uygulanan tedbirin ölçüsüz hale geldiğinin anlaşılması karşısında, davacı hakkında ilk kararın verildiği 15.04.2010 tarihinden sonra uygulanmaya devam edilen adli kontrol tedbiri nedeniyle davacı yararına (hak ve nesafet ilkelerine uygun) makul oranda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, davacı vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenle 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi uyarınca isteme aykırı olarak, BOZULMASINA, 16.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”. Y. 12. CD, 16.02.2015, E. 2014/13444, K. 2015/2705; Van BAM, 2. CD, 07.07.2020, E. 2020/655, K. 2020/721.

<sup>84</sup> Meier, s. 209; Hentschel, s. 47.

<sup>85</sup> “Haklarında uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle zarar gören kişilerin bu zararlarının tazmin edilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir”. Korkmaz, s. 13.

<sup>86</sup> Alıntı ve görüş savunucuları için bkz. Hentschel, s. 49.

<sup>87</sup> “Kusursuz sorumluluk, sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu biçiminde ayrı-ayrı tabi tutulduğu gibi, hakkaniyet sorumluluğu (...) olarak da ayrılmaktadır.” Korkmaz, s. 59.

<sup>88</sup> Centel/Zafer, s. 542.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da koruma tedbirleri bağlamında başvuru- lan tazminat durumunu “haksız fiil” benzeri olarak nitelendirmiş ve hu- kuka aykırı yahut haksız fiil şeklinde olmaları gerekmediğine vurgu yap- mıştır.<sup>89</sup> Nitekim Alman hukukunda da mahsup ve tazminat açısından “hukuka uygun müdahalelerde tazmin” gibi vurgulamaların yapıldığı görülmektedir.<sup>90</sup> Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki kural olarak ko- ruma tedbirleri nedeniyle tazminat bir özel hukuk yahut idare hukuku meselesidir; ancak müdahalenin sebebi maddi suç hukukunun amaçla- rına hizmet eden şekli suç hukuku tedbirleri olduğundan kanun koyucu özel ehemmiyet vermiş ve ilgili ihlaller açısından CMK’da düzenlemeye yer vermiş ve ceza mahkemelerini muhakeme açısından yetkili kılmıştır.<sup>91</sup>

### B. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatın Kapsamı

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun birinci kitabının koruma tedbirle- rine yer veren dördüncü kısmının, yedinci bölümünde “Koruma Tedbir- leri Nedeniyle Tazminat” başlığına yer verilmiş ve bu başlık altında ko- ruma tedbirlerinden kaynaklı tazminat taleplerinin koşulları düzenleme altına alınmıştır. Bölüm başlığından yola çıkarak kapsamlı bir düzenle- menin getirildiği izlenimi oluşmaktaysa da CMK m. 141 ve devamı mad- delerinde bu denli (tüm koruma tedbirlerini kapsayan) kapsayıcı bir dü- zenlemeye gidilmediği görülmektedir.<sup>92</sup> Başta haksız yakalama ve tutuk- lamalar için öngörülmüş olan tazminat yolu, CMK düzenlemesiyle bir- likte diğer birçok koruma tedbirini de kapsayacak şekilde genişletilmiş- tir.<sup>93</sup> Yakalama, gözaltına alma, tutuklama, arama ve el koyma koruma tedbirleri ve birtakım diğer hakların ihlal edilmesi hali için öngörülen taz- minat yolu/hakkı adli kontrol tedbirleri için doğrudan zikredilmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda açıkça zikredilmemiş olan adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminatın CMK düzenlemeleri çerçevesinde isten- mesi tartışmalı olmakla birlikte bize göre tümüyle bu kapsamda kaldığını

<sup>89</sup> YCGK 23.11.2004, 177-203 sayılı karar içeriğine ulaşmak için bkz. Centel/Zafer, s. 542, dn. 418.

<sup>90</sup> “(...) Bei der Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe geht es um die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe des Staates in die Rechtsgüter des Einzelnen”. Hentschel, s. 49.

<sup>91</sup> Benzer yönde Korkmaz, s. 55; Özel hukuktaki haksız fiil ile koruma tedbirleri nede- niyle başvuru tazminatın iki farklı kurum olduğu ve ortak ve farklı yönlerinin olduğu görüşü için bkz. UNGAN, Abdulkadir, Haksız Fiil Tazminatı İle Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat, Seçkin, Ankara, 2017, s. 119.

<sup>92</sup> Aynı yönde Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 447.

<sup>93</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 446.

iddia etmek mümkün görünmemektedir. Bu sebeple kanun değişikliği ile kapsam içine alınmadığı sürece adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminat isteminin aşağıda yer verdiğimiz belli bir kısmının hukukun genel ilkeleri ve Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde yapılması gerekmektedir.<sup>94</sup> Öyle ki bu konuda olağan iç hukuk yollarının tüketilmesi neticesinde zararın giderimi tesis edilmemişse Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla (kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının veya başkaca bir anayasal hakkın ihlal edilmiş olduğu iddiasıyla) gidilebileceği gibi buradan da sonuç alınamaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruyu bile gündeme getirebilecektir.<sup>95</sup> Uygulamada Anayasa Mahkemesi müdahalenin devam edip etmemesine göre hareket ettiği ve müdahale sona ermişse kişinin öncelikle iç hukukta tanınmış olan tazminat yollarını, bilhassa CMK m. 141/3 düzenlemesi çerçevesinde tüketmiş olmasını aramaktadır.<sup>96</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarından ve CMK'nın 141. maddesine 2014 yılında 6545 sayılı Kanun'la eklenen üçüncü fıkra düzenlemesinden yola çıkarak adli kontrol tedbirleri çerçevesinde açılacak tazminat hallerinin de CMK m. 141/3 kapsamında kalacağını savunan görüşler mevcuttur.<sup>97</sup> Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun CMK m. 141 çerçevesinde dava yolu tüketilmeden yapılmasının kabul edilemezlikle sonuçlanacağı ileri sürülmekte; nitekim Anayasa Mahkemesi uygulaması da bu şekilde gelişim göstermektedir.<sup>98</sup> Ancak bize göre bu şekilde topyekûn bir genelleme yapılması doğru olmayacaktır. Ayrıntısına aşağıda yer verdiğimiz üzere bazı koruma tedbirleri nedeniyle tazminat için CMK m. 141'in birinci fıkrasına yahut üçüncü fıkrasına gidilemeyeceği açıktır. Bu halde genel hükümlere göre tazminat isteminin sonuçsuz kalmış olması iç hukuk yollarının tüketilmiş olması anlamında yeterli kabul edilmeli ayrıca CMK m. 141 bağlamında bir muhakemenin yapılması bireysel başvuru için aranmamalıdır.

<sup>94</sup> Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 582.

<sup>95</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 447; Korkmaz, s. 14.

<sup>96</sup> (M.Y., B. No: 2014/7149, 22/11/2017, § 50); (H.Ö., B. No: 2017/34332, 12/12/2018, § 41); Korkmaz, s. 14.

<sup>97</sup> Korkmaz, s. 147 vd.

<sup>98</sup> (M.Y., B. No: 2014/7149, 22/11/2017, § 50); (H.Ö., B. No: 2017/34332, 12/12/2018, § 41); Korkmaz, s. 147 vd.



### C. Adli Kontrol Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

Koruma tedbirleri nedeniyle CMK m. 141/1 düzenlemesinde öngörülen tazminat istenebilecek haller sınırlı sayıda olduklarından ve şekli suç hukukunda sınırlı sayıda anılan hallerde kıyas mümkün olmadığından (kıyas yasağı) adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminat uygulamada bazı kararlara konu olduğunun aksine CMK m. 141/1 çerçevesinde istenemez.<sup>99</sup> Bu durum CMK m. 141/3 düzenlemesi çerçevesinde adli kontrol tedbiri bağlantılı tazminat taleplerine engel teşkil etmez.<sup>100</sup> Nitekim Yargıtay'ın birçok kararında adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminat taleplerinin CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.<sup>101</sup> Yargıtay'ın son dönemde vermiş olduğu kararlarda ikili ayırıma gittiği ve ilk başlardaki bu çizgisini halen korumakta olduğu görülmektedir. Karara konu olayda şüpheli hakkında 2 ay 11 gün boyunca her hafta pazar-tesi günü kolluk biriminde imza atması şeklinde adli kontrol tedbirine hükmedilmiş. Akabinde beraat hükmü verilmiştir. Kesinleşme sonrası CMK m. 141 çerçevesinde maddi ve manevi tazminat talep edilmiş. Ancak bu talep "adli kontrol tedbiri uygulamasının CMK'nın 141. maddesinde tazminat sebebi olarak düzenlenmediği ve CMK'nın 141/3. maddesi gereğince de hâkim ve Cumhuriyet savcısının sorumluluğunu gerektirecek bir neden bulunmadığı gerekçesiyle" reddedilmiş ve bu ret kararı Yargıtay'ın ilgili dairesince yerinde bulunmuştur.<sup>102</sup> Burada her ne kadar beraat kararı verilmiş olsa ve başvuru tedbir mesnetsiz kalmış olsa da Yargıtay'ın bu hallere ilişkin görüşüne göre tazminat verilmesini gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Zira CMK m. 141/3 bağlamında bir kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk halleri söz konusu değildir. Aynı yönde bir başka kararında da "amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ve kamusal nitelik taşıyan ceza mahkemesinde, bazı koruyucu tedbirlere başvurulması gerekebilir. Bu tedbirler, muhakemenin yapılabilmesi açısından, delillerin karartılmasını önlemeye yönelik olabileceği gibi şüpheli ya da sanığın hazır bulundurulmasını veya ilerde verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlamak

<sup>99</sup> Aynı yönde Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 448; CANOĞLU, Veysel Candan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara, 2017, s. 197.

<sup>100</sup> Aksi yönde Sümer, s. 1287.

<sup>101</sup> Y. 12. CD, 16.02.2015, E. 2014/13444, K. 2015/2705. Kararı daha önce zikreden (Korkmaz, s. 146, dn. 434).

<sup>102</sup> Alıntı ve karar için bkz. Y. 12. CD, 29.11.2021, E. 2020/1747, K. 2021/8300; Aynı yönde Y. 12. CD, 01.03.2021, E. 2019/2337, K. 2021/2077.

amacını da taşıyabilir. Koruma tedbirleri kavramı içinde yakalama, gözaltına alma, tutuklama, arama ve el koyma, adli kontrol, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi konuları yer almaktadır. 466 sayılı Kanunda bu koruma tedbirlerinden yakalama, gözaltı ve tutuklama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141. ve devamı maddelerinde ise yakalama, gözaltı, tutuklama, arama ve el koyma işleminden kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmininin düzenlendiği dikkate alındığında, davacı hakkında uygulanan ve 5271 sayılı CMK'nın 109/3-j. maddesinde düzenlenen konutunu terk etmemek şeklindeki adli kontrol tedbiri nedeniyle tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerektiği ancak davacı hakkında aynı dosyada bir gün gözaltına alınması nedeniyle sadece CMK'nın 141/1-e maddesi gereğince gözaltı nedeniyle maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesini,<sup>103</sup> bozma sebebi yaparak bu görüşünü devam ettirmiştir.

Yargıtay'ın bu görüşü kendi içinde tutarlıdır. Zira CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirilmediği sürece adli kontrol tedbirinin türüne bakmaksızın tazminat taleplerini reddetmektedir. İkili ayırımın ikinci ayağında ise adli kontrol tedbirleri çerçevesinde talep edilen tazminatların CMK m. 141/3 bağlamında gerekçelendirilebildiği hallerdir. Yargıtay bu hallerde ilgili tazminat talebini yerinde bulmakta ve CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin 22.02.2021 tarih, 2019/13827 Esas, 2021/1802 Karar sayılı 12. Ceza Dairesi ilamında Yargıtay'ın konutunu terk etmeme adli kontrol tedbirinin usulsüz devam ettirilmesini CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirdiği ve tazminata hükmedilmesini yerinde bulduğu görülmektedir.<sup>104</sup> Konudan uzaklaşmadan şu konuya açıklık getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz: İlgili karar mahsup düzenlemesinden önce verilmiş olduğundan (7331 sayılı Kanun ile birlikte 08.07.2021 tarihinde ilk kez konutunu terk etmeme kapsamındaki

<sup>103</sup> Y. 12. CD, 21.12.2020, E. 2019/1929, K. 2020/7258.

<sup>104</sup> "Buna göre; davacı hakkında uygulanan adli kontrol tedbiri nedeniyle oluşturduğu anlaşılan zararın CMK'nın 141/1. maddesi kapsamında açıkça lafzi olarak belirtilmediği, ancak 18.06.2014 tarih ve 6546 sayılı Kanunun 70. maddesiyle CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkradaki "Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir" şeklindeki düzenleme nazara alındığında, davacı hakkında kaldırılmış olmasına rağmen uygulanmaya devam edilen adli kontrol tedbiri nedeniyle davacı yararına (hak ve nasafet ilkelerine uygun) makul oranda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş (...)." Y. 12. CD, 22.02.2021, E. 2019/13827, K. 2021/1802.

sürelerin mahsup çerçevesinde yarı oranında dikkate alınacağı düzenlenmiş bulunmaktadır) mahsup değerlendirilmesi Yargıtay tarafından yapılmamış ancak tazminata konu olabileceği kabul edilmiştir. Bize göre mahsup infaza ilişkin bir düzenleme olduğundan ve ceza hükmünün tesis edilmesi ve kesinleşmiş olması durumunda mahsubun daha sonra dikkate alınması mümkün olduğundan meşru zeminde kalan konutu terk etmeme sürelerinin öncelikli olarak mahsuba konu olması gerekmektedir. Derdest bir dosyada mahsuba karar mahkemesi yer vermeliyken, kesinleşmiş bir dosyada bu konuda infazdan sorumlu Cumhuriyet savcısının yahut infaz hakimliğinin yetkili olduğunu belirtmek gerekir.<sup>105</sup> Sorun arz eden kısım kişinin hukuka aykırı şekilde konutunu terk edemediği sürelerin mahsup edilip edilemeyeceğidir. Bize göre diğer hürriyeti kısıtlama hallerinde olduğu gibi burada da öncelikle mahsubun yapılması gerektiğini belirtmek gerekir. Bize göre bu halde bir de tazminat yolunun açık olduğu ve hakkaniyete uygun bir tazminatın verilmesi gerektiği söylenmelidir.

Fakat Yargıtay'ın aynı Ceza Dairesinin yakın tarihli bir kararında ise bu ayırma sadık kalmadığı görülmektedir. İlgili kararda Ceza Dairesinin yurt dışına çıkamamak şeklindeki adli kontrol tedbiri çerçevesinde hükmedilen tazminat miktarına (CMK m. 141/3 kapsamında kalmamasına rağmen) itiraz etmediği ancak bu yönde talebin davacı tarafından ileri sürülmemiş olmasına rağmen hükmedilmesini HMK m. 26'da yer verilen talebe bağlılık kuralına aykırı görerek reddettiği görülmektedir.<sup>106</sup>

Yargıtay'ın bu ikili ayırımına genel itibariyle sadık kalması yukarıda belirttiğimiz üzere kendi içinde tutarlıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin adli kontrol taleplerine ilişkin bireysel başvuruları CMK m. 141 çerçevesinde iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle reddetmesi ve CMK m. 141/1 ve 141/3 çerçevesi dışında kalan ancak verilen

<sup>105</sup> 5275 s. Kanun'un 20. maddesinin dördüncü fıkrası ile 101. maddesi bu konuda bir yükümlülük yüklemektedir; Aynı yönde Meier, s. 209; "Mahsup normunun muhatabı infazdan sorumlu kimsedir" NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 2.

<sup>106</sup> "Davacı tarafca dava dilekçesinde adli kontrol tedbiri hakkında tazminat talep edilmemiş olmasına rağmen yurt dışına çıkış yasağı şeklinde uygulan adli kontrol kararı için manevi tazminat hükmedilmesi suretiyle HMK'nın 26. maddesindeki "talepe bağlılık" kuralına aykırı davranılması temyiz edenin sıfatına göre bozma nedeni yapılmamış tebliğnamedeki bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir." Y. 12. CD, 19.04.2021, E. 2020/1873, K. 2021/3650; Burada tazminat talebine ilişkin davanın ağır ceza mahkemesinde açıldığı görülmekte ancak talebe bağlılık kuralı için ise tazminat hukuku ile bağlantılı olarak HMK m. 26'ya atıf yapıldığı görülmektedir.

beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığı kararları çerçevesinde mesnetsiz kalan adli kontrol tedbirlerinin doğurmuş olduğu zararların giderilememesi sorunlu bir hal almıştır. Yargıtay'ın bu ayırımı karşısında CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirilemeyecek adli kontrol tedbirlerine ilişkin durumlar için ağır ceza mahkemesine tazminat talebiyle gitmenin bir anlamı kalmamış olmaktadır. Bu sebeple ilgili kanun yolunun tüketilmemesi bir engel kabul edilmemelidir. Ancak bize göre bu hallerde CMK m. 141/1 ve 141/3 kapsamında zaten olmayan ancak hakkaniyet ilkesi gereği tazmini istenebilecek olan adli kontrol tedbir uygulamalarında ağır ceza mahkemesi önünde dava açılabilir (özellik arz ettiğinden hukuk mahkemeleri yahut idare mahkemeleri önünde dava açılmaması gerektiği fikrindeyiz).<sup>107</sup> Burada ilgili mahkeme ya CMK m. 141/3 çerçevesinde ve “diğer sorumluluk halleri” altında bu durumları değerlendirecek ve CMK m. 141/3 çerçevesinde hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedecektir ya da HMK çerçevesinde durumu değerlendirip bir tazminata hükmedecektir. Bu son halde ceza mahkemesinin tazminat hukukunu (HMK düzenlemelerini) uygulaması gibi bir garip durum ortaya çıkmış olacaktır. Ancak aynı gariplik hukuk mahkemelerinin koruma tedbirleri bağlamında verecekleri tazminat hükümleri açısından da ortaya çıkacağından bu durumun ceza mahkemeleri uhdesinde kalması daha uygun olacaktır.

#### **D. Adli Kontrol Tedbirleri Nedeniyle Tazminat İsteminde Mercii ve Süreler**

CMK m. 141 ila 144. maddeleri kapsamına giren tazminat hallerinde yetkili merci 142. maddeye göre “zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi, o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesi” olacaktır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere bu kapsama girmeyen hallerde tazminat talebinin hangi merci önüne getirileceği açık değildir.

142. maddenin 1. fıkrasına göre “karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve herhâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir”.

<sup>107</sup> Bir görüşe göre CMK m. 141/3 bağlamında açılacak davaların tam yargı davası şeklinde idare mahkemesi önünde açılması gerekmektedir. Aksi fikir için madde gerekçesinde ekleme yapılmalıdır. Katılmadığımız bu görüş için bkz. Sümer, s. 1287.

## SONUÇ

Adli kontrol düzenlemesinin ilk halinde yalnızca “özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığında arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek” bağlamında yapılan hürriyet kısıtlamaları mahsuba konu olurken ve 2012 ile 2021 yılları arasında konutunu terk etmemek tedbiri altında geçen süreler (02.07.2012 t. 6352 s. K. m.98) mahsuba konu olamamaktayken, 2021 yılında yapılan değişiklikle birlikte (08.07.2021 t. 7331 s. K. m.15) konutu terk etmeme şeklindeki tedbir altında geçen sürelerin de mahsup edileceği kabul edilmeye başlanmıştır. Bu da adli kontrol tedbiri türlerinin mahsuba konu olanlarının sayısının giderek artacağını göstermektedir. Mahsup bize göre cezada indirim şeklinde vuku bulan tazminat olduğundan, mahsuba konu olan bu durumların doğrudan tazminata da konu olabilmesi gerekmektedir. Mahsuba konu olan bu iki adli kontrol tedbiri türünün CMK m. 141/1 düzenlemesi kapsamında doğrudan değerlendirilemediği açıktır. Kişisel kusurun, haksız fiilin veya diğer sorumluluk hallerinin söz konusu olmadığı hallerde mahsuba konu bu hallerin CMK m. 141/3 çerçevesinde tazminata konu olamayacağı da açıktır. CMK m. 141/3 düzenlemesinde yer verilen “diğer sorumluluk halleri” kavramı muğlak olduğundan bazı durumlarda bu çerçevede tazmin mümkün hale gelebilecektir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere adli kontrol tedbirleri (CMK m. 109/3-e ve j bentleri) nedeniyle tazmin gerektiren hususların mutlaka CMK m. 141/3 kapsamında kalması gerektiği gibi muğlak olan “veya diğer sorumluluk halleri” içinde değerlendirilmeleri de mümkün olmayabilecektir. O halde hem mahsuba konu olabilen adli kontrol koruma tedbirler çerçevesindeki müdahale hallerinin bir kısmında hem de düzenleme yokluğu dolayısıyla (ve CMK m. 109/6 düzenlemesindeki yasak dolayısıyla) mahsuba konu olamayan adli kontrol tedbirleri çerçevesindeki müdahalelerde tazmin sorunu CMK m. 141 düzenlemesi ile çözümlenememektedir. Bu sebeple ilgili konuların 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na alınması ve uygun düştüğü ölçüde mahsup veya tazmin edilmesi şarttır. Kanun düzenlemesince açıkça yer verilmediği sürece ve CMK m. 109/6’daki yasak olduğu sürece diğer adli kontrol tedbirleri çerçevesinde geçirilen sürelerin makul oranda mahsuba konu olması mümkün değildir. Ancak bu durum tazminata konu olmalarına engel değildir. Zira bu sınırlama mahsup konusuna ilişkindir. CMK m. 141 kapsamında kalmayan temel hak ve hürriyetlere sebepsiz (mesnetsiz) müdahalelerin hukukun genel ilkeleri

çerçevesinde tazmin edilebilmesinin yolu görünüşte açık olsa da bu sahanın da ehemmiyeti gereği açıkça düzenlenmesi ve ceza mahkemelerinin muhakeme sahasının içine alınması gerekmektedir.

Diğer adli kontrol koruma tedbirlerine gelince; nasıl ki tedavi ve muayene tedbiri ve konutu terk etmeme tedbiri hürriyetin kısıtlanması açısından hapis cezasının infazıyla karşılaştırılmakta ve fiili ve hukuki benzerlikleri dolayısıyla mahsuba ve veya tazminata konu olabilmekte, diğer koruma tedbirlerinin de özellikle seyahat hürriyetini kısıtlayan tedbirlerde bu benzerlik dikkate alınmalı ve mahsuba ve veya tazminata konu edilmelidirler. Mevzu hukukumuz buna imkân vermediğinden kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu mahsup veya tazminatın hakkaniyete uygun olması gerekmele birlikte hapis cezasının infazıyla eşdeğer tutulması şart değildir.

Son olarak koruma tedbirleri ile ilgili tazminat durumlarının tümüyle CMK m. 141 ve devamı maddelerince kapsama alınabilecek hale getirilmesi ve bu konuda yetkili mahkemenin ceza mahkemeleri olması için düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

## KAYNAKLAR

- ALDEMİR, Hüsnü, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri*, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.
- CANOĞLU, Veysel Candan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*, Seçkin, Ankara, 2017.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- DREHER, Eduard, "Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB", in MDR 1970, s. 965-971.
- HACIOĞLU, B. Caner, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Koruma Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme", AÜEHFD, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 167-192.
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.
- HENTSCHEL, Ve, *Untersuchungshaft – eine bedingte Strafe?*, Diss. Jura – FU, Berlin 2011 ([https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/10690/Dissertation\\_2012\\_06\\_03.pdf;jsessionid=32CB34648388312F1EEBC4A9D3ECC6AA?sequence=1](https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/10690/Dissertation_2012_06_03.pdf;jsessionid=32CB34648388312F1EEBC4A9D3ECC6AA?sequence=1) 28.03.2022).
- KAYA GÖÇMEN, Özen, "Adli Kontrol Koruma Tedbirlerinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi", AÜEHFD, 65 (4) 2016, s. 1749-1814.
- KETT-STRAUB, Gabriele, § 51 StGB, (Hrsg.) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017.
- KINDHÄUSER, Urs / SCHUMANN, H. Kay, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2019.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- KORKMAZ, Muzaffer, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin, Ankara, 2019.
- KREY, Volker / HEINRICH, Manfred, *Deutsches Strafrechtsverfahrensrecht*, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019.

- KUNTER, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1986.
- MAIER, Stefan, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrsg. von Volker Erb, Jürgen Schäfer, Band 2, 4. Auflage, § 46, Verlag C.H. Beck, München 2020.
- MEIER, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg 2006.
- MICHELS, Johan David, "Compensating Acquitted Defendants for Detention before International Criminal Courts", *Journal of International Criminal Justice*, 2010/8, s. 407-424.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 447.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri / EKER KAZANCI, Behiye / SOYER GÜLEÇ, Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VİLLEMİN, Derya / TOK, M. Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / GÜZEL, İdris / KÖKER, Nilüfer / ALTINOK VİLLEMİN, Derya / TOK, M. Can, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- ROXİN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I., Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2006.
- SCHMIDT, Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 21. Aufl., Rolf Schmidt Yayınevi, Hamburg, 2015.
- SCHULTHEIS, Ullrich, "Übersicht über die Rechtsprechung in Untersuchungssachen", *NStZ* 2013, s. 87-97.



- SINAR, Hasan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, Onikilevha, İstanbul, 2016.
- SÜMER, Seda Yağmur, “Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi – Karar İncelemesi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 1267-1291.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- THEUNE, Werner, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 12. Auflage, Zweiter Band (§§ 32 bis 52), (Bearbeiter von § 51 StGB), De Gruyter Recht, Berlin, 2006.
- TÖNGÜR, Ali Rıza / ÇETİNTÜRK, Ekrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2020.
- UMUDUM, C. Erdem, *Denetimli Serbestlik Bağlamında Elektronik İzleme*, Onikilevha, İstanbul, 2021.
- UNGAN, Abdulkadir, *Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat*, Seçkin, Ankara, 2017.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.
- WÜRTEMBERGER, Thomas, “Die Anrechnung der Untersuchungshaft”, *Juristen Zeitung*, 7. Jahrgang, Nr. 18, 1952, s. 545-549.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- YÜCE, Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 1, S. 1, Y. 1980, s. 67-96.