

A) KAMU HUKUKU

CEZA MUHAKEMESİNDE İHTİYAT TEDBİRLERİ

Yazan : Prof. Dr. Öztekin TOSUN

PLAN

I. Mahiyeti — II. Ortak özellikleri — III. Doktrinin durumu —
IV. Terminoloji — V. Sınıflandırılmaları.

I — Mahiyeti :

Ceza muhakemesi, suç teşkil eden fiilin işlenmesi üzerine ortaya çıkan bu uyuşmazlığı çözmek için yapılan iddia, müdafaa ve yargılamadan ibaret bir faaliyettir. Bu faaliyeti başlatan, ceza dâvası muhakkak suçun işlenmesinden sonra açılmakta, uyuşmazlığı çözen karar ise muhakemenin sonunda tabii daha da sonra verilmektedir. Bu durumda kararın verilebilmesi için, hakim fiilin işlendiği zamana adeta geri dönmek zorunda kalmaktadır; kendisi sanki suç işlenirken gerçekten orada imiş gibi bir kere eski durumu zihninde canlandırmak ve hukuk kaidelerile bu eski durumu karşılaştırmak mecburiyetindedir. Fiilin işlenmesinin üzerinden ne kadar fazla zaman geçerse hakim eski durumu zihninde canlandırması da o kadar zor olacaktır. Bu sebeple, hakim eski durumu zihninde sadıkane canlandırabilmesi için, muhakemenin hızlı akması, olay ile karar arasındaki zamanın mümkün olduğu kadar kısa tutulması bir çaredir. Yalnız, hızlı muhakemenin de bir sınırı bulunmaktadır; çok hızlı bir muhakeme eksik soruşturmaya dayanarak karar vermeye götürebilir; hızlı muhakeme yapacağız diye iyi muhakemededen vazgeçilemez (1). Demek ki, bir çok hallerde soruşturmalar zaman alacaktır. Bu zaman da hakim kararının karşısında en büyük zorluktur. Bu sebepledir ki, Carnelutti hakim zaman adlı düşmanla çarpıştığını söylemektedir. Hakim mümkün

1) FOSCHINI : Sistema del diritto processuale penale, cilt 1, 1965, sh. 501

olduğu kadar soruşturmaları çabuk yapacaktır; bu şekilde de zamanı azaltamayınca, zamanın ortaya koyacağı değişikliklerin kararı etkilemesini önlemek yoluna başvuracaktır. (1)

Muhakemenin gerektirdiği zamanın bu sakıncalı etkisine engel olan tedbirler, muhakemenin yapılmasına yardım eden tedbirler olmaktadır. Bu yardımcı tedbirlere gaye olarak değil fakat muhakemenin gerçeğe uygun bir şekilde sonuçlanabilmesi için başvurulmaktadır. Bu tedbirlerden bazılarını hatırlatmak gerekirse, yakalama, gözetim altında bulundurma, tutuklama, zorla getirme, teminat karşılığı salıverme, elkoyma gibi kurumları saymamız mümkündür. Bu tedbirlere ayrı bir yer veren yazarların hepsi bu sayılan kurumlardan söz etmişlerdir. Bazı yazarların (meselâ, Manzini ve Jannitti Piro-mallo) zorla getirme yanında celpname ile çağırma müessesesini de bunlarla birlikte inceleyiverdikleri görülmektedir. Arama kurumunu pek az yazarın bu tedbirler arasında inceledikleri (meselâ, Manzini, Kunter), buna karşılık öteki yazarların ya bu konuda bu kurum üzerinde hiç durmadıkları (meselâ, Foschini) yahut özellikle delil (2) (Bellavista, delilleri teminat altına alma vasıtaları = *mezzi di assicurazione della prova*; Santoro, sipat ameliyeleri = *operazioni probatorie*) konusunda inceledikleri görülmektedir. Biz de, Kunter'in yaptığı şekilde aramanın muhakemeyi koruma tedbirleri arasında incelenmesinin uygun olduğunu, bu şekilde hepsinde aranan ortak özelliklerin bunda da aranmasının tekrarlanmayacağını düşünmekteyiz. Buna karşılık, gözetim altında bulundurmayı bu tedbirlerden kabul ederken buna pek yakın olmasına rağmen gözleme tâbi tutmayı bu tedbirlerden saymamak taraftarıyız. Gözleme tâbi tutmak, muhakemeyi kolaylaştırmak ve geçikmede sakınca olduğu için başvuru olan bir tedbir olmayıp, başlı başına bir ispat vasıtası, bir delili normal bir açıklama şekli olsa gerektir.

Bazı fer'i cezaların ve emniyet tedbirlerinin karardan önce geçici olarak uygulanmasının bu tedbirler arasına girdiği konusu üzerinde oybirliği edilememiştir. Bunları muhakemeyi koruyan tedbir sayanlar olduğu gibi (Foschini, Candian, Kunter), bu tedbirlerden olmadığını, müeyyidenin erken uygulanması sayılmaları gerektiğini ileri sürenler de vardır. (Fietta, Santoro) (3).

1) CARNELUTTI : Diritto e processo. Napoli, 1958, sh. 354

2) BELLAVISTA : Lezioni di diritto processuale penale. Milano, 1960, sh. 232 - SANTORO : Manuale di diritto processuale penale. Torino, 1954, sh. 465.

3) FIETTA : I provvedimenti cautelari nel processo penale. Napoli, 1940, sh. 74 (CANDIAN'dan naklen : Il sequestro conservativo penale. Padova, 1955, sh. 17, not 21) SANTORO: a.g.e. sh. 496.

Sonradan, normal olarak duruşmada dinlenecek bir tanık veya bilirkişinin daha önce dinlenmesi zorunluluğu hallerinde zaman geçmesi sebebiyle meydana gelecek tehlikenin önlenmesi gayesile hareket olunduğu belirtilmiştir. Erken tanık dinleme, bilirkişi dinleme olarak adlandırılabilir bu tedbirin gayesi duruşmada faydalanılmasından yoksun kalınacağı korkusu ile bazı ispat vasıtalarının el altında bulundurulması olduğu belirtilmiştir.

II — Ortak özellikleri

Bu çeşitli tedbirlerin hepsinde ortak olan özellikler araştırılmıştır. Bunlar aletlik, gecikmezlik, geçicilik, kısa muhakemeyi gerektirir, yargının tesirlerinin kısmen veya tamamen erkenleştirilmesi gibi hususlar şeklinde ortaya atılmıştır (1). Biz bunların bazıları üzerinde durmayı yeter göreceğiz; örnekler bu suretle bu bazılarının içinde incelenmiş olacaktır.

A — Gecikmede tehlike (*Periculum in mora*)

Bu tedbirlerin hepsi de gecikmede tehlike dolayısıyla başvuru olan tedbirlerdir; bu suretle bunların istisnaî olduğu, normal olarak bunlara başvurulmadığı anlaşılmaktadır. Hepsi de zaman geçmesiyle meydana gelecek tehlikeyi, delillerdeki değişme ihtimalinin sonuçlarını önlemeyi gaye edinmişlerdir. Kaçma ihtimali olmasa, yakalama ve tutuklamaya lüzum yoktur; delil teşkil eden eşyayı ortadan kaldırma ihtimali olmasa elkoymaya gidilmiyecektir; yakalama veya elkoyma mecburiyeti olmasa aramaya lüzum kalmıyacaktır; normal olarak duruşmada dinlenebilse, bir tanığın veya bilirkişinin erken dinlenmesi yoluna başvurulmayacaktır. Buna karşılık, sanığın akıl durumunu tespit için başvuru olan gözleme tâbi tutma tedbiri, gecikmede tehlike olduğu için başvuru olan bir tedbir değildir; bu bakımdan, bunun bir ihtiyat tedbiri olarak karşılanmaması gerekmektedir, kanaatindeyiz.

Kısa muhakemeyi gerektirir vasfı aslında gecikmede tehlike özelliğinin bazı hallerdeki görünüşünden ibarettir. Bu çeşit tedbirler, gecikmede tehlike olan hallerde uygulandığından, eğer bunların uygulanması bir muhakemeyi gerektiriyorsa, bu muhakemenin de sür'atli yapılması gerekmektedir. Fakat bunların hepsi bir muhakemeyi gerektirmediği için, bu vasfın bütün tedbirlerde ortak olduğunu söylemek mümkün değildir.

1) CANDIAN : a. g. e. sh. 10 - 14

B — Geçicilik

Bu çeşit tedbirler gecikmede tehlike olan hallerde başvuru istisnaî tedbirler oldukları için, bu tehlike devam ettiği sürece uygulanmaları, bu tehlike bittiğinde kaldırılmaları gerekmektedir. Tehlike, zarar ihtimali olduğu için, bu ihtimal kalktığında bu tedbirler de son bulacaktır. Kaçma ihtimali kalmadığında yakalama halinin son bulması, delilleri ortadan kaldırma ihtimali kalmadığında tutuklama kararının geri alınması, istenilen eşya ele geçtiğinde arama işlemine son verilmesi, v. s. gibi durumlarda bu özellik açıkça görülmektedir. Erken tanık dinleme halinde, bu geçicilik özelliğinin nasıl gerçekleşebileceği araştırılmıştır. Erken tanık dinleme halinde gecikmede tehlike sebeble, bir tanık, dinlenmesi gerekli olan zamandan önce dinlenmektedir; sonra da bu dinlemeyi kapsayan yazılı beyan ile iş görülmektedir. Eğer tehlike hali son bulursa yani o tanığı sonradan dinleyebilecek bir durum olursa, ifadesinin tutanağa geçirilmiş olması onun dinlenmesine engel olmamakta ve geçicilik bu durumda da kendisini göstermektedir (1).

C — Yargıdan önce bazı sınırlamalar getirme

Ceza muhakemesinde başvuru bu tedbirler ilgililer bakımından bazı sınırlamalar getirmektedir; bunların uygulanmaları sırasında bazan şahıs hürriyeti (tutmada, yakalamada), bazan mesken masuniyeti (aramada), bazan zilyedlik (teminatla salıvermede, elkoymada, toplatmada), bazan haberleşme dokunulmazlığı (telefon dinlemede, postadaki evrakta elkoymada), bazan seyahat hürriyeti (yurt dışına çıkarmamada) sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlamalar yüzündendir ki, bazı yazarların bu tedbirlerin ortak özelliklerinden biri olarak «yargının ortaya koyacağı sonuçları meydana getirme = anticipazione degli effetti del giudicato» üzerinde durdukları görülmektedir. Kanaatimizce, bu durum, sınırlamalar ile yargının sonuçlarının tesadüfen benzer olması hallerinden ileri gelmektedir. Meselâ, elkoyma halinde müsadere cezasının, tutukluk halinde hürriyeti bağlayıcı cezanın sonuçları doğar gibi olmaktadır. Bunun gibi, fer'i cezaların veya emniyet tedbirlerinin esasa karar vermeden önce uygulanmasını kabul eden bazı devlet mevzuatı bakımından karar yargı halini aldıkta yapılabilecek sınırlamaların veya tedavi uygulamasının daha önceden gerçekleştiği görülmektedir. Bu durumlar bir

1) CANDIAN : a. g. e., sh. 332

gerçek olmakla beraber, bu nevi tedbirlerin daima yargının sonuçlarını doğurduğu söylenemez. Meselâ, erken tanık dinlenmesi halinde yargının sonuçlarından hiç birine rastlanmamaktadır; zorla getirme halinde de durum böyledir. Bizce, bu çeşit tedbirlerde yargının sonuçlarının erken gerçekleştirilmesi hali değil de, nihayet bazı hürriyet ve hakların yargı olmadan sınırlandırılması hali kabul edilmek gerekmektedir.

Ç — Görünüşte Haklılık

Bu tedbirlerin henüz bir yargı bulunmamasına rağmen bazı hak ve hürriyetleri sınırladığını, vatandaşlar için bazı yoksunluklara sebep olduğunu söyledik. Durum bu olunca, bu tedbirlerin uygulanmasında çok dikkatli davranılması, şüphe sebepleri azaldığı zaman bunlara başvurulmaktan çekinilmesi, başvurulmuş ise geri alınmaları şarttır. Tedbirin ağırlığına göre tedbirin uygulanması için aranan şüphenin ağırlığı değişmeli, fazlalaşmalıdır. Meselâ, aramaya karar vermek için aranan şüphe ile, tutuklamaya karar vermek için aranan şüphe aynı değildir. Tedbiri mazur gösteren duruma onun haklı görünümü (*apparenza giuridica*) denilmektedir. Görünüş bakımından olsun haklı olma, zahiren ilk bakışta haklı görünme kavramı sadece ihtiyat tedbirlerinde değil, muhakemenin yapılmasına yardımcı seçimlik veya ihtiyarî olan her tedbirde söz konusu olmaktadır. Bu hususta bir yargı bulunmadığından, alınan tedbir normal olarak, vatandaşların çoğunluğunca haklı bulunmalı, haksız karşılanmamalıdır, anlamına gelmektedir. Başka muamelelerde pek o kadar göze çarpmayan bu özellik, ihtiyat tedbirleri vatandaş hak ve hürriyetlerini ağır bir şekilde sınırladıklarından, bunlar bakımından önem kazanmaktadır. Duruşmanın kapalı yapılması da haklı bir görünüme sahip olmalıdır; fakat, tutuklamada haklı görünümün önemi daha fazladır. Kanun ağır cezalı suçlarda tutma yapılmasını kabul etmektedir; fakat meselâ ağır cezalı suçu işleyen bir küçük ise, bu tutuklama o kadar kolaylıkla haklı kabul edilmemektedir; çünkü tutma ile önlenmesi istenilen sakıncaların aslında gerçekleşmeyeceği, meselâ küçüğün evini barkını bırakıp kaçmaya kalkmayacağı güçsüz olduğu için başkalarını doğru tanıklık yapmaktan alıkoymağa kalkmayacağı, v.s. düşünülerek tedbirin mesnetsiz olduğu kolaylıkla kabul edilmektedir. Görüldüğü gibi görünüşte haklılık ile gecikmede sakıncayı ayırmak da kolay değildir; gecikmede sakınca düşünülebilmesi tedbirin haklı görünmesini; böyle bir sakınca tasavvur edilememesi de tedbirin haklı görünmemesini gerektirmektedir. O halde bu sakınca olup

olmama bir gerçeğin objektif; görünüşte haklı olup olmama ise sübjektif görünüşüdür, denebilir.

D — Aletlik

Muhakemeyi kolaylaştıran bu tedbirlerin hepsinde aletlik (strumentalità) özelliği bulunduğu husunda oybirliğine yakın bir çoğunluk vardır (1). Bu tedbirlerin hiçbirisi başlı başına bir anlam taşımamaktadır; bu yüzden ki aletlik vasfını yardımcılık (sussidiarietà) şeklinde ifade edenler de çıkmıştır (2). Bu tedbirler muhakemenin yapılmasında, kararın verilmesinde ve hatta kararın gerçekleştirilmesinde yardımcı rolünü oynamaktadırlar.

Bu tedbirler müeyyide değildir; müeyyide ile bunlar arasındaki ilişkinin bir gaye - vasıta ilişkisi olduğu görülmektedir. Bu bakımdandır ki, müeyyidenin uygulanması ihtimali kuvvetlendiği nisbette bu tedbirlere başvurulması kolaylaşmakta, bu ihtimal zayıfladığı hallerde ise zayıflamaktadır. Asıl karar lehte olacaksa bu tedbirlerden de vazgeçmek uygun görülmektedir.

Bu tedbirler müeyyide olmadığı ve fakat alet olduğu için, bunlarda non bis in idem kaidesi uygulanmamaktadır. Meselâ, bir kimse tutuklanmış, evinde arama yapılmış, suç delili teşkil eden eşyasına elkonmuş, sonradan kendisi teminatla salıverilmiş olabilir. Burada bu tedbirler hep birarada işlemiştir.

Aletlik özelliği bazan bir tedbirin öteki tedbirin aleti olmasına kadar gidebilir. Meselâ, bir kimsenin tutuklanması için yakalanmasında, bir delile elkonulabilmesi için arama yapılmasında, erken dinlemek için tanığın zorla getirilmesinde yakalama tutmanın, arama elkoymanın, zorla getirme de erken dinlemenin aleti durumundadır.

III — Doktrinin durumu

Ceza muhakemesi doktrinde bir çok yazarların bu tedbirleri biraraya toplamadan, dağınık bir şekilde, yani izahlar arasında tesadüfen yeri geldikçe inceledikleri, buna karşılık bazı yazarların ise bu tedbirleri biraraya getirmeğe çalıştıkları, bunlara ayrı bir yer ayırdıkları topluca inceledikleri görülmektedir.

1) CALAMANDREI : Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova, 1936 (Candian'dan naklen : a.g.e. sh. 11); FOSCHINI : a.g.e.; KUNTER : Ceza Muhakemesi Hukuku İst. 1967, sh. 415.

2) DIANA : Le misure conservative interinali -Studi Senesi, XXVI, 1909, sh. 213 (Candian'dan naklen: sh. 11).

Birinci şekil incelemeye en iyi örnek Fransız doktrindir. Meselâ, en yenilerden Stèfani - Levasseur bu tedbirleri hazırlık soruşturmasının cereyanı ve sorgu hakiminin bizzat kullandığı soruşturma yetkileri konusunda incelemektedir. Merle - Vitu ise tutuklamayı ilk soruşturma konusunda sanık üzerinde dururken, arama ve elkoymayı ise belirtilerde anlatmaktadır. İtalyan doktrininde de çoğu yazarın bu tedbirlere özel yer ayırmadığına, birkaç yerde ve daha fazla deliller konusunda bu tedbirlere değindiklerine rastlamaktayız. Meselâ, Sabatini bunların bazılarını, sanık bazılarını da delilleri elde etmede zorlayıcı işlemler konusunda (1), De Mauro aynı şekilde sanığın hürriyeti de deliller konusunda (2), Frosali Deliller ve Hazırlık soruşturması konusunda (3), Velotti Deliller, Sanığın hürriyeti ve Adli polis konusunda (4), yani ayrı ayrı yerlerde incelemişlerdir. Türk doktrininde de Tanerin bunlar gibi adigeçen tedbirlerin bir kısmını Sanık ve bir kısmını da Deliller konusunda ele aldığı görülmektedir (5).

İtalyada bu tedbirlerin büyük bir kısmını ayrı bir yerde toplayan yazarlardan bazıları, meselâ Bellavista, deliller konusunun sağlama bağlayıcı vasıtalar kısmında (6), Santoro ise delillere ait ameliyeler konusunda (7) bunları incelemişlerdir.

Doktrinde bu tedbirlere tamamen ayrı bir yer verenlerin başında Alman yazarlarının geldiği anlaşılmaktadır. Hippel, Peters, Roeder, Stock, Lohsing, Henkel ve Kern gibi yazarların bu tedbirleri daha fazla muhakemenin genel esasları arasında toplu bir şekilde inceledikleri görülmektedir. İtalyan doktrininde Jannitti Piromallo ve Manzini koruma tedbirlerini birarada incelemekle beraber ortak özellik olarak sadece cebredici olmalarını görmüş olsa gerektirler; çünkü bunlara cebredicilik özelliğini vermekten başka bir özellik arama gereğini duymamış görünmektedirler. Ortak özellikleri araştırmada ceza muhakemesi alanında en ileri giden yazarlar Carnelutti ve Foschini olmuşlardır. Türk doktrininde bu tedbirlere özel bir yer ayıran yazarlar İtalyan doktrininden esinlenen Kunter ve Erem olmuşlardır.

1) SABATINI : Principi di diritto processuale penale. Catania, 1948

2) DE MAURO : Manuale di diritto processuale penale. Roma, 1959

3) FROSALI : Sistema penale italiano, cilt IV, Torino 1958

4) VELOTTI : Manuale di procedura penale. Roma, 1965

5) TANER : Ceza Muhakemeleri Usûlü. İstanbul, 1955

6) BELLAVISTA : a.g.e. sh. 225

7) SANTORO : a.g.e. sh. 464

IV — Terminoloji

Bu tedbirlerin hepsini bir tek ad altında toplamak tabiatile bunların ancak toplu bir şekilde inceleyen yazarlar bakımından bir ihtiyaç olarak duyulmuştur; öteki yazarların bunları tek ad altında toplamaları söz konusu olamaz.

İtalyan doktrininde bu ad, Manzini ve Jannitti Piromallo'ya göre «coercizione processuale, misure di coercizione processuale = Muhakeme zorlaması, muhakeme zorlama tedbirleri» şeklinde olmuştur. Bu adın içinde geçen «muhakeme» terimi ile tedbirlerin muhakemeye ait olduğu, meselâ emniyet tedbiri olmadığı belirtildiği gibi, «zorlama» terimi ile bunların hak ve hürriyetleri de sınırladığı, gerektiğinde bunların yerine getirilmesinde zora başvurulacağı da ifade edilmiş olmaktadır. Yanlız şuna dikkati çekmek yerinde olur ki, bu tedbirler her zaman zorlamayı gerektirici olmadığı gibi, muhakeme alanında zorlamayı gerektiren her tedbir de bu tedbirlerden değildir; bu bakımdan bu zorlama özelliği üzerinde durulabilir. Meselâ, zorlama hapsi, zorla getirme, yakalama gibi tedbirler zorlamayı gerektiricidir; fakat erken tanık dinlemede bir tedbir olmasına rağmen bunda bir zorlama durumu göze çarpmamaktadır. Bunun gibi, zorlamayı gerektirmek ve muhakeme sırasında başvurulmakla beraber bu tedbirlerden olmayan işlemler de vardır. Meselâ' sanığın akıl durumunun incelenmesini gerektiren hallerde başvuru olan «gözleme tâbi tutma = müşahede altına alma» halinde kanaatimizce bu çeşit bir tedbirden söz edilememelidir; çünkü, bu durumda böyle bir tedbire ancak gecikmede tehlike halinde başvurulması gibi istisnaî bir durum bulunduğu ileri sürülemez; gecikmede tehlike olmasa da bu tedbire başvurulacaktır. O halde burada istisnaî bir tedbirden değil zorla yerine getirilmekle beraber bir inceleme metodundan söz edilebilir. Kısacası, zorlama bir çok tedbirde bulunmakla beraber bunların hepsinde bulunması şart olan bir özellik değildir; bu bakımdan bu tedbirlere zorlayıcı tedbir denmesi her zaman isabetli olmamaktadır.

İtalyan doktrininde daha yeni yazarlarda «misure cautelari, cautele processuali, cautele» terimlerinin kullanıldığı görülmektedir (1). Foschini cautela teriminin «caveo = dikkat etmek» Latince verbinden geldiğini belirtmektedir (2). Bugünkü İtalyancada bu terimin lügat mânası¹ ihtiyat, dikkat, tedbir ve korumadır. Bu durumda,

1) Lâtincede «cautelae» terimi hilei şeriyeye» denilen kavramı da içine almakta ve Orta Zamanlarda kullanılmaktadır.

2) FOSCHINI : a.g.e., sh. 500

misure cautelari terimini «ihtiyat tedbirleri» şeklinde ifade etmemiz mümkündür. Bu terimin, adı geçen tedbirleri almakta çok dikkatli davranmak gereğini iyi ifade ettiği söylenmiştir. Medenî muhakeme alanında aynı görevi yerine getiren işlemlere ihtiyatî tedbir denilmesi dolayısıyla bu terimin Türk doktrinine de pek aykırı düşmediği söylenebilir. Nitekim, Taner, bu alışkinlıkla tevkif için «ihtiyatî tedbir» demiştir ve bu deyiş hiç de yadırganmamış (1), yazar bu ihtiyatî tedbirden ne kastedtiğini açıklamak ihtiyacını bile duymamıştır. Görüldüğü gibi, bu terim, tedbirin zorlayıcılığı değil de, dikkat edilerek alınmasını, ihtiyat olarak alınmasını daha iyi belirtmektedir. Demek ki ne olur, ne olmaz işimizi sıkıya bağlayalım, diye alınan tedbirler bu terimle kolayca ayrıca açıklama yapılmasına lüzum göstermeksizin ifade edilmiş olmaktadır.

Türk ceza muhakemesi doktrinde bu tedbirleri toplu olarak adlandırmaya çalışan ilk yazarlardan Kunter, «Koruma Tedbirleri», Erem ise «Usul tedbirleri» terimini kullanmışlardır. Kunter'in belirttiği gibi, usul kelimesi burada muhakeme manasına kullanılmıştır (2); bu suretle bu tedbirlerin esas ait olmadığı, muhakemeye ait bulunduğu belirtilmiştir. Ama muhakeme tedbirleri yani muhakemenin yapılmasını kolaylaştıran tedbirler denilince, bu çok geniş bir alanı içine almaktadır. Gecikmede tehlike olmadan da başvurulmuş her işlem, meselâ, Kunter'in belirttiği gibi, tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi bile bu terim içine girebilmektedir ki, yerinde değildir. Koruma tedbiri terimi, muhakeme tedbiri teriminden ayrı olmaktadır; fakat kanaatimizce, ne olur ne olmaz diye alınan tedbirleri ihtiyatî tedbir, ihtiyat tedbiri teriminde olduğu kadar ifade edememektedir. Önder de, «muhafaza tedbiri» terimini kullanmaktadır. Koruma ve muhafaza aynı manaya gelen yalnız biri yeni, öbürü eski olan iki sözcüktür. Bu iki sözcüğün, bu tedbirlerin zorlayıcılığını daha iyi belirtip, bunların ihtiyaten alındıklarını o kadar iyi belirtmediklerini söylememiz mümkündür. Bu bakımdan biz medenî muhakemede, icra alanında, idarî muhakemede kullanılan terimin ceza muhakemesinde de kullanılmasının yerinde olduğunu düşünerek, bu tedbirlere ihtiyat tedbirleri denmesini tercih etmekteyiz.

1) TANER : a.g.e. sh. 131

2) KUNTER : a.g.e. sh. 414/not 237, Usul kelimesinin manası hakkında geniş bilgi için, bk. aynı kitap, sh. 5-7

V — Sınıflandırılmaları

İhtiyat tedbirlerini bir kaç bakımdan sınıflandırmamız mümkündür.

Bir bakıma bunlar zorlayıcı olanlar ve olmayanlar diye ikiye ayrılabilir. Bu ayrımı yapan yazara rastlamış değiliz; fakat bazı tedbirlerin bir zorlama olmadan uygulanacağı görülmektedir: aramada ev sahibinin veyahut üzerinde arama yapılacak kimsenin razı olması halinde, el altında bulundurulması ispat bakımından önemli olan malların, sahibinin rızası ile teslim edilmesi halinde yani muhafaza ve emniyet altına almada sonradan duruşma sırasında faydalanmak üzere tanık veya bilirkişi dinlenmesi hallerinde durum bu merkezdedir. Buna karşılık, kaçan kimsenin yakalanması, verilmeyen malın zorla alınması, tanığın doğru söylemesi için zorlama hapsine alınması, tanık veya sanığın zorla getirilmesi gibi hallerde zor kullanılması gerekmektedir.

Bir başka bakımdan, bu tedbirleri muhakemeye yer verenler vermiyenler diye de ayırabilir (1). Bunların çok ağır şekilde hürriyetleri ve hakları sınırlandıranları için kanunlarda hattâ Anayasalarda uygulanacak kaideler gösterilmiştir; yakalam ve tutuklama bakımından durum böyledir. Postadaki evraka el konulması bakımından da bazı kaideler vardır. Vaktinden önce tanık veya bilirkişi dinlenmesi halinde hazırlık soruşturmasında (m. 59), (m. 186) ve duruşma hazırlığında (m.216 ve 127) ne yapılacağı kanunda gösterilmiştir. Buna karşılık bazı tedbirlere ayrıca hakim tarafından karar verilmesi aranmamış, hakimin değil, fakat bir başka memurun buna yetkili bulunduğu kabul edilmiş ise, burada bir muhakeme yapılması şart olmamıştır; elkoyma ve arama durumunda hazırlık soruşturmasında savcı veya kolluk memurları da yetkilidir. Bunların hakime başvurup bir yargılama yapmasını istemeleri her zaman şart değildir. Kaldı ki hakimin, iddia üzerine yaptığı bu faaliyete muhakeme dememiz de acaba mümkün müdür? Müdafaa olmadığına göre, bu idarî bir faaliyet değil midir?

En klasik ayırımlardan biri de bu tedbirlerin şahsa veya eşyaya taalluk etmesidir. (Manzini, Jannitti Piromallo). Meselâ tutuklama, yakalama, teminatla salıverme zorla getirme şahsa ait tedbirlerdir. Bu çeşit tedbirler bakımından Anayasamızın 14. maddesi gözönünde tutulmalıdır; buna göre, kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti kanunun açıkça gösterdiği hallerde sınırlanabilir ve hakim kararı lazımdır.

1) SANTORO : a.g.e. sh. 485, no. 457 ve sh. 136, no. 99

Tutma ve yakalama konusu ayrıca düzenlenmiştir (m. 30). Buna karşılık, arama, elkoyma, genel telefonda araya girme eşyaya taalluk edenler arasında gösterilmiştir. Esas itibarile böyle bir ayırım faydalı isede üzerinde bazı tenkitler yapılabilir. Kanaatimizce, örnek olarak verilen tedbirlerden arama hem şahsa, hem de mala taalluk edebilir; çünkü, elkoyma veya yakalamanın bir vasıtasıdır; buna karşılık, telefonda faydalanma ne şahsa ne de mala taalluk etmeyip bir hakka, haberleşme hürriyetine taalluk eder.

Tedbirlerin şahsı, malı ve bazı hakları ilgilendirmesi şeklindeki ayırım (Santoro) bu düşüncemizi desteklemektedir. Biz bu hakları, yurt dışına çıkma hakkı, haberleşme hakkı, v. s. diye düşünebiliriz. Tedbirlerin konusu bakımından yapılmış bu üçlü ayırımın, önceki ikili ayırımdan daha tam ve öğretici olduğu söylenebilir.

Bu tedbirlerin cezaî ve medenî olarak ayrıldığı da görülmektedir (1). Cezaî muhakemeye ait tedbirler yanındaki hukukî tedbirlerin daima eşyaya, medenî menfaatlara taalluk etmesi gerektiği belirtilmiştir: şahsî davacının teminat vermesi, v. s. gibi...

Bu tedbirler kararın verilmesini sağlayanlar ve verilmiş kararın uygulanmaz hale düşmesini engelliyenler olarak da ayrılabilir. Kararın verilmesini sağlayanlar, muhafaza edici (conservative), verilecek kararın kağıt üzerinde kalmasını önleyenler ise, önleyici (preventive) olarak vasıflandırılmıştır (Foschini, Kunter). Zannımızca, bu ayırım pek açık olmasa gerektir. Şöyle ki, tutma bu ayırıma göre, önleyici tedbirler arasında gösterilmiştir; kaçma ihtimali düşünülerek sanığın tutulması halinde böyle düşünmek yerinde olabilir; fakat delilleri karartma ihtimali halinde durum aynı değildir; bu son ihtimalde deliller tamamen toplandığı takdirde tutma sona erecektir; demek ki muhakemenin karara varması için bir tedbir, o halde, muhafaza edici tedbir bahis konusu olup, verilecek kararın kağıt üzerinde kalmasından çekinildiği için alınan bir tedbir yani önleyici tedbir söz konusu değildir. Bundan başka, karar verildikten sonra onun yerine getirilmesi için alınan bazı tedbirler de vardır; bu sonuncular artık muhakeme bittikten sonra başvuru olan tedbirler olduğundan infazı ilgilendirmektedir. Buna karşılık, verilecek kararın kağıt üzerinde kalmasını önlemek için alınmış tedbirler, infazı sağlamak için olmakla beraber, daha muhakeme bitmeden gerçekleşmekte, muhakemenin gayesi ile ilgili bulunmaktadırlar.

Üçlü bir ayırım daha yapılmıştır (2). Zamanla mücadelede haki-

1) SANTORO : a.g.e. sh. 486

2) CARNELUTTI : a.g.e., sh. 354.

me yardımcı olan bu tedbirler ya zamanı durdurmağa ya geriletmeye veya ilerletmeğe yaramaktadır; buna göre de bunları durdurucu (inibitorio), geriletici (restitutorio) ve öne alıcı (antecipatorio) şeklinde ayırmışlardır. Medenî muhakeme bakımından yapılmış bu ayırımı ceza muhakemesine uygulamaya uğraştığımızda, tutma veya elkoyma durdurucu, engel olucu tedbirlerden, duruşmada bazı hallerde eski zabıtları okuma geriletici tedbirlerden, ilk soruşturmada veya duruşma hazırlığında sanki son soruşturmada olduğu gibi tanık veya bilirkişi dinleme hallerinde ise ilerletici tedbirlerden söz etmek mümkün olabilecektir, zannındayız. Bu tedbirlerin tesirleri bakımından yapılmış bu ayırımın, önceki ikili ayırımdan daha açık olduğu söylenebilir.

Bu tedbirlerin muhakeme faaliyetlerine katılan herkese uygulanabildiği söylenmiştir (1). Uygulandığı kimseler bakımından bazı ayırımlar yapılabilir. Meselâ bir bakıma bunlar tarafları veya üçüncü şahısları ilgilendirenler şeklinde gruplaştırılabilir. Tarafları ilgilendiren tedbirler iddiacı taraf ve müdafaacı taraf için olabilecektir. İddiacı taraf için alınan tedbirler savcı için değil de, şahsi davacı için düşünülebilecektir; onun teminat vermeğe mecbur olması gibi. Şikayetçinin kovuşturma dâvası açmak üzere yaptığı başvurma üzerine kendisinden bir teminat istenmesi hali de bir tedbir olup buraya girebilecektir. Müdafaacı taraf sanık olduğuna göre, bu tedbirlerin büyük bir kısmına hedef olabilecektir; çünkü, muhakemede en önemli süjedir; muhakeme onu ilgilendiren bir gerçeği ortaya çıkarmak için yapılmakta ve bu gerçeği en fazla kapatmak isteyen de çoğu zaman sanık olmaktadır. Bu bakımdan değişikliklere engel olmak için alınan tedbirler en fazla onu hedef tutacaktır; yakalama, tutuklama sadece onun için yapılacaktır. Üçüncü şahıslara gelince: bunlar muhakemenin yapılması sonucunda bundan zarar görecektir veya faydalanacak durumda değildir; fakat toplumun faydası gözönünde tutulan ceza muhakemesinde üçüncü şahısların da gerçeğin meydana çıkarılmasında bazı tedbirlere konu olması kabul edilmektedir. Fakat bunların uyuşmazlığın çözülmesiyle doğrudan doğruya bir menfaati olmadığı kamu faydasına muhakemede yer aldıkları gözönünde tutularak, nihayet hepsinde şu veya bu şekilde hakları sınırlama özelliği olan tedbirlerin onlara uygulanmasında bir çok teminat sağlayıcı hükümler kabul edilmiştir.

1) Jannitti Piromallo : Lezioni di diritto processuale penale. Roma, 1950, sh. 343

Sanığın zorla getirilmesi için tutuklama sebepleri bulunması aranırken, tanıklar hakkında ayrıcalık hükümleri vardır. Zorla getirme bakımından göze çarpan teminat bu tedbirin tanıklar hakkında olduğunda onların önce celpname ile çağırılmaları, gelmedikleri takdirde zorla getirileceklerinin celpnamede gösterilmiş olmasıdır. Hatta bu takdirde bile yeniden celpname ile çağırmağa kanun izin vermiştir (m. 46/2). Tanık muhakemede üçüncü şahıs durumunda olduğundan ve bir amme hizmeti yaptığından, kanun onun zorla getirilmesini istisnaî hallere hasretmiştir. Celpname bile çıkarılmadan zorla getirme hali oldukça ağır bir tedbirdir; buna rağmen kanunumuz, muhakemenin uzun sürmesi sakıncasını hafifletmek için, celpname tebliğ edilmeden hakimin zorla getirmesine imkân vermiştir. Bu hal oldukça önemli bir hal olmalıdır ki, tanığa böyle ağır bir muamele reva görülsün. Nitekim, kanun mevkuflu işlerde bu önemin bulunduğunu kabul etmiş fakat ayrıca tanığın mahkemenin kurulduğu merkez dışında olması ve işin acele mevaddan bulunması şartlarını da aramıştır. (m. 45/2). Bu teminat bile az görülmektedir. Nitekim Mehaz böyle bir istisnaî durum kabul etmemiştir. Doktrinimizde de, Taner bu hükmü dar yorumlamış ancak Sorgu hakimi ve Mahkemenin böyle bir yetkiyi kullanabileceğini belirtmiş (1), sulh hakiminin böyle bir yetkiyi hazırlık soruşturmasında kullanamayacağı sonucuna varmıştır. (2) Üçüncü şahıs durumunda bulunan bilirkişiler için böyle bir tedbir alınmasını kanun öngörmüş değildir; bu bakımdan bilirkişilerin, zorla getirilmesi söz konusu olamaz; bunlar hakkında yapılacak işlemleri ve şartlarını kanun göstermiştir; rey vermekle mükellef olan bilirkişi çağırılıp da gelmediğinde ancak masrafları ödemekte, hafif para cezasına mahkûm olmaktadır (m. 70) Kaide bu olmakla beraber, istisnaen 3005 sayılı kanun Cumhuriyet savcısının emriyle kolluğa bilirkişileri zorla mahkemede bulundurmak yetkisini vermiştir (m. 7/son).

Arama bakımından da kanun üçüncü şahısları daha fazla korumağa layık görmüştür. Sanık ve yataklar hakkında arama yapılabilmesi için yakalama ve delil elde etme gayesi yeterken (m. 94) üçüncü şahıslar bakımından, bu iki gayenin bulunması yetmemekte, ayrıca bu hususta vakıalar ve izler bulunmasında aranmaktadır (m. 95/1 - 2). Ancak, istisnaen bir halde bu hükme hacet bulunmamaktadır, o da, sanığın girdiği, içinde tutulduğu bir mahal söz konusu ol-

1) Taner : Ceza Muhakemeleri Usûlü : İst .1955 sh. 197.

2) Kunter : a.g.e. sh. 453. Bu hüküm hakkında bazı görüşler için bak., Kantar : Ceza Muhakemeleri Usûlü. Ankara, 1957, sh. 71/not 64.

ması veya bu üçüncü şahsın emniyeti umumiye nezareti altında bulunan bir kimse olmasıdır.

Elkoyma bakımından ise kanun sanık ile sanık olmayanları pek az hallerde birbirinden ayırmıştır. Kaide olarak, kim olursa olsun, delil teşkil eden veya müsadereye tâbi bulunan eşyayı herkes teslim etmek mecburiyetindedir. Elkoymanın arama yapılmasına bağlı olduğu hallerde, üçüncü şahıs için aranan şart elkonulacak eşyanın belli (muayyen) olmasıdır; ayrıca arama bakımından aranan vakıaların bulunması şartı da vardır.

Sanığın göndermiş olduğu ve sanığa gönderildiği anlaşılan evrakta postanede elkonulabilir. Fakat üçüncü şahısların birbirine gönderdikleri evrak, suç hakkında önemli bazı şeyler ihtiva etse de, bunlara postanede elkonulamaz (m. 91'de sözü edilmediği için). Bu durumda, bu çeşit evrakın sahibine verilmesinden sonra şartlarına uyararak aranması ve elkoymaya tâbi tutulmasından başka çare olmasa gerektir.

Ceza Muhakemeleri Usûlü kanununda telefon konuşmaları hakkında bir hüküm yoktur. 406 sayılı ve 4 şubat 1340 tarihli «Telgraf ve Telefon Kanunu», 20. maddesinde, «kanunen muayyen ve musarrah ahvalin gayrisinde» bir telgraf veya telefon muhabere veya mükâlemesinin mahremiyetini ihlâl eden telgraf ve telefon memurlarının cezalandırılmasından söz etmektedir. Bu kanunda adı geçen «ahval» hakkında ise kanunlarımızda hiç bir açıklık bulunmamaktadır. Anayasamız, «Kanunun gösterdiği hallerde, hakim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça, bu gizliliğe dokunulamaz.» dediğine göre, bir kanunun haberleşme hürriyetini sınırlamada özel hükümler getirmesi gerekmektedir (1). Bu kanun daha yapıl-

1) Bu konuda dünyadaki uygulama da farklıdır. (Bu hususta, bk. Dorbry, George : *Interception des communications téléphoniques. Etude comparé - Revue de la Commission Internationale de Juristes*, 1958, vol. 1, No. 2, sh. 339-358) Bazı ülkelerde hiç bir özel hüküm yoktur (Hollanda, Finlandiya, Fransa); bazı ülkelerde özel hüküm bulunmaktadır (İtalya, Batı Almanya, İsveç, Danimarka, New-York, devleti, Norveç). Özel hüküm olmamasına rağmen, Fransada bir çok tereddütlere ve Yargıtayın çelişik kararlarına rağmen (bu hususta, bk. DOLI, Paul Julien : *Le la légalité de l'interception des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire -Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de législation. Paris, 1965, Chroniques, sh. 125-130*), postadaki evrakta benzer bir şekilde ve fakat daha geniş olarak düzenlemiştir. Bu kabul edilmiştir. Özel hüküm bulunmasına rağmen, Norveçte böyle bir duruma hiç rastlanmadığı belirtilmektedir. Dünyadaki akımın bu hususta özel hü-

madığı için, Fransada olduğu gibi kıyasen postadaki evraka elkoyma hakkındaki hükümlerden faydalanmaktan başka çare kalmamaktadır, kanaatindeyiz.

Bu tedbirler yerine getirilmesini uygun bulanlar bakımından da ayrılabilir.

Bir kısmını bütün vatandaşlar yapabilir; bir kısmını sadece bazı memurlar yerine getirebilir; nihayet bazıları da ancak hakim kararı ile alınabilir.

Bütün vatandaşların yapabileceği muamele şeklindeki tedbire örnek olarak yakalamayı gösterebiliriz; hemen her yerde suç meşhut olmak şartile kaçma ihtimali (veya hüviyet tespiti mümkün olmama hallerinde, ki bu da kaçmaya zemin hazırlamaktadır) bulunduğu takdirde herhangi bir kimsenin sanığı yakalaması kabul edilmiştir.

Bazı memurların alabildiği tedbirler ise esas itibarile hakim tarafından emredilmekle beraber, gecikmede tehlike bulunması sebebiyle bunlara tanınanlar ile böyle bir şart olmadan tanınanlardır. Kaide olarak, hakim karar vermesi gereken hallerde bu memurların, kararı ancak yerine getirmesi söz konusudur. Fakat gecikildiği takdirde hakim bile karar vermesinin tesirsiz kalacağı bazı hallerde hakim kararı olmadan da bazı memurlar tedbiri gerçekleştirebilmektedir. Arama, yakalama, elkoyma, postadaki evraka elkoyma hallerinde durum böyledir. Kanun bu hallerde bazı teminat sağlayıcı hükümler kabul etmektedir: arama halinde iki merasim tanığı buldurmak, gece kapalı yerde arama yapmamak (bazı istisnalar hariç) yakalama halinde tutma müzekkeresi kesilecek bir hal bulunmak gibi..

Buna karşılık, zorla getirme halinde hakime başvurulması şart değildir. Kolluk, ilgilileri çağırarak (Polis vaz ve sal. K. m. 15), emre itaatsizlik etmeleri halinde, karakola götürmektedir (aynı k. 17).

Bu memurların savcı veya onun yardımcısı kolluk memurları olması halinde farklı hükümler kabul edilmiş olabilir. Savcı arama yaparken iki merasim tanığı bulunması gereği yokken, kolluk me-

küm konulması yolunda olduğu söylenebilir. New-York'ta 1942 tarihli bir değişiklikle ayrıntılı hükümler kabul edilmiştir. (C.M.U.K.m.813); İtalyada 1930 kanunu 1913 kanunundaki hükümleri daha da daraltmıştır (Bu hususta, m.226/3-4 ve 339 için, Bk. DE MATTIA : Il codice di procedura penale italiano. Milano, 1960). Batı Almanya'da 14 Ocak 1928 tarihli bir kanun durumu ayrıca postadaki evraka benzer bir şekilde ve fakat daha geniş olarak düzenlemiştir.

murları için bu şarttır. Yakalamada da savcı tutma müzekkeresinin kesilmesini gerektiren acele hallerde bunu yapabilirken, kolluk memurları ancak onun emrile yahut ona müracaat imkanı olmayan hallerde yetkilidirler. Mektuplara postanede elkonmasına savcı karar verebilirken, kolluk bunu yapmamaktadır. Bu farklılıkların sebebi bazı işlerin önemi ve savcı ile kolluk memuru arasında vatandaş için teminat bakımından bulunan farktır.

Nihayet sadece hakimlerin karar verebildiği tedbirler de vardır. Tutuklama, teminatla salıverme kararını ancak hakim verebilir; Acele hallerde alınan bazı tedbirler hakim tasdikine sunulmalıdır. Yakalama halinde sanık hakim huzuruna çıkarılmalıdır, postada savcı tarafından mektuplara elkonulduğunda bu işlem hakim tasdikine sunulmalıdır; üç gün içinde tasdik edildiği bildirilmediğinde postane mektupları sahibine gönderecektir.

Çeşitli bakımlardan ihtiyat tedbirlerinin sınıflandırılmaları, bunların farklı ve ortak yönlerini belirtmek için bir kolaylık sağlayabilir, diye düşünmekteyiz