

HAKSIZ TUTMA VE YAKALAMA HALLERİNDE DEVLETİN TAZMİNAT VERME MÜKELLEFIYETİ

Doç. Dr. Uğur ALACAKAPTAN

GİRİŞ

Genel olarak, tutma (=tevkif), ceza soruşturmasının yürütülüp sonuçlandırılması amacına bağlanabilen ve bu amaç ile sanığın, kesin hükümle mahkûmiyetinden önce hürriyetinden yoksun bırakılmasını gerektiren bir tedbirdir. Tutmanın, ceza olmayıp tedbir mahiyetini taşımakta oluşu ve kesin hükümle mahkûm olmadıkları cihetle suçsuz sayılan kişiler hakkında uygulanması, ona, ancak, ceza soruşturmasının yürütülüp sonuçlandırılması için zorunlu olan hallerde başvurulmasını gerekli kılar (1). Tutmanın, bir yandan, kişi hürriyetini sınırlaması, diğer yandan, kamu, efkârında, tutulan kişinin suçlu olduğu şeklinde bir inanç doğurmağa elverişli oluşu vakıası karşısında başka türlü düşünülemez. Bünyesinde, bu gibi haksızlıklar bulunan tutma müessesesine, kanunlarda buna rağmen yer verilmesini, serbest bırakılan sanığın kaçması şüphesinin bulunması ve delillerin yok edilmesi ihtimalinin varlığı gibi sebepler hakkı göstermektedir. Gerçekten, sanık kaçtığı veya suçla ilgili deliller ele geçirilemediği takdirde, ceza soruşturmasının gereği gibi yürütülmesi ve sonuçlandırılması mümkün olmaz (2). Ancak, şu hususu derhal belirtelim ki, sanığın kaçması şüphesinin veya delillerin yok edilmesi ihtimalinin varolduğu her olayda mutlaka tutma kararı vermek doğru değildir. Eğer, ceza soruşturmasının ya-

(1) KUNTER, Nurullah. Haksız yere tevkif edilmiş olanlara tazminat verilmeli mi? Siyasal İlimlerde Fikir Dünyası. 1956, Sayı. 1 - 2, sh. 41. - EREM, Faruk. Ceza Usul Hukukunun Esasları, IV; sh. 3.

(2) Daha geniş bilgi için bak. EREM. op. cit., loc. cit.

pılmasıdaki amaçlara başka yollardan ulaşmak, örneğin, kefaletle salıverme, zabıt yahut kaçmayı ve delillerin yok edilmesini önleyecek diğer tedbirlerin alınması suretile mümkün olabileceksen, tutma, zorunlu olmaktan çıkar (3).

Özellikle, kısa süreli bir cezayı gerektiren suçlarda tutma kararı verirken çok dikkatli ve basiretli olmak lâzımdır. Çünkü, böyle bir suçu işleyen sanığın kaçması tehlikesi azdır. Sanığın, hafif bir cezadan kurtulmak için işini, gücünü, yerini, yurdunu terkedip kaçması oldukça uzak bir ihtimaldir (4). Yargıçların, yukarıda temas ettiğimiz zaruretlerden hiç biri bahis konusu olmadığı halde, sırf, soruşturmayı rahatlıkla yürütebilmek için sanığı el altında bulundurmaya endişesile tutma kararı vermeleri de doğru değildir. Fakat, tatbikatta, bu ve benzeri temennilerin aksine hareketlere çok sık rastlanır. Tutmaya, sadece, lüzumlu olduğu takdirde karar verilmesi gerektiği fikri, yargıçlar nezdindeki değerini zamanla kaybettiği için, bir kimseyi haksız olarak tutmuş olmanın önemi idrâk edilememektedir. Haksız tutma hallerinin çok olmasının diğer bir sebebi, savunma tanıklarının hepsinin yalancı, buna mukabil, kamu tanıklarının hepsinin doğru söyleyen kişiler olarak kabul ve telâkki edilmeleridir. Tatbikatta rastlanan aksaklıklardan birisi de, bir kere tutulan kimsenin, soruşturma sonuna kadar tutuklu kalmasının bir kural halini almış olmasıdır. Kanunlarda, tutuklu olarak geçirilecek sürenin yukarı haddi ile ilgili emredici bir hükmün bulunmaması, meseleyi yargıçların takdirine bırakmıştır. Yargıçların, bu takdir yetkilerini sanık aleyhinde kullanarak, serbest bırakılma yolundaki bir çok talepleri reddettikleri ve tutukluluk hallerini otomatikman uzattıkları da bilinmektedir. Gerçi, bir zaruret olmadığı halde verilen tutma kararlarına karşı usûl kanunları, itiraz, tutukluluğun yeniden incelenmesi v. s. gibi, bazı tedbirler koymuş bulunmaktadır; fakat, bu tedbirler, bazı yazarlar tarafından da işaret edildiği veçhile, her zaman istenen sonucu vermekte ve kâğıt üzerinde kalmaktadır (5).

(3) Aynı mahiyette EREM, id.

(4) BOUZAT, Pierre. La protection de la liberté individuelle durant l'instruction. Rev. int. dr. pén. 1953, sh. 117.

(5) Bu ve benzeri mülâhazalar için bk. BOUZAT. op. cit., sh. 117 ve mü., keza, BELGESAY, Mustafa Reşit. Haksız tevkiflerden hâkimin ve Devletin mes'uliyeti. Fikir Dünyası. 1956, Sayı. 5, sh. 41.

İşaret edilen bütün bu hallerde, tutma kararları, zaruret olmadan verildikleri yahut zaruret sınırı aşıldığı için haksızdırlar. Yargıçlar iyi yetiştirildikleri takdirde, bu anlamda haksız tutma kararlarının azalacağı düşünülebilir ve yargıçların kişisel değerlerinin, kanunî inancalarla birlikte haksız tutma kararlarını ortadan kaldıracığı, tutma sebepleri ile tutma kararının diğer şartları dışında bir tedbir koyan hükümlere ihtiyaç olmadığı ileri sürülebilir. Fakat, dünyanın her hangi bir memleketindeki adalet tatbikatından alınacak örnekler, mevcut inancalara rağmen, çeşitli faktörlerin birbiri üzerine eklenmesi yüzünden, haklı bir sebep ve zaruret olmaksızın kişisel hürriyetlere kayıtlamalar konulabileceğini göstermektedir (6).

Yargıcın kişisel değeri, haksız sonuçların doğumunu her zaman önleyememiştir. Haksız tutmayı önlemek amacıyla yönelmiş tedbirler de, olayların çapraşık ve karmaşık oluşları sebebiyle istenen sonuca götürememekte, bu yüzden toplum üyeleri sık sık olup bittiler karşısında kalmakta, başka bir deyişle, Anayasalara ve diğer kanunlara, tutma kararının ne zaman verilebileceğini gösteren ve kişi hürriyetinin zedelenmesini engelleyici çeşitli hükümlerin konulmasına ve yargıçların değerli ve iyi niyetli kişiler olmasına rağmen haksız tutma kararlarına mani olunamamaktadır.

Haksızlık, kaynağını, bazen kanunda yer alan hükümlerde bulur (7). Yukarıda, tutma müessesesini meşrulaştıran şeyin, kamu menfaati ile izahı mümkün olan zaruretlere ibaret olduğuna işaret etmiş ve ceza soruşturmasının yürütülüp sonuçlandırılması amacıyla, tutmadaki zaruretin sınırlarını tâyin edeceği şeklindeki kanaatimizi belirtmiştik. Kanunlarda yer alan bir takım tutma sebepleri bu sınırları aşmış buldukları için, adı geçen sebeplere dayanarak verilen tutma kararları, usulüne uygun olarak verilmiş ve sonunda mahkûmiyete münce olmuş olsalar bile haklı sayılamazlar. C. M. U. K. nun 104. maddesinin 3 numaralı bendinde yer alan sebepler bu konuda örnek olarak gösterilebilirler. Gerçekten, adı geçen maddenin 3. bendine göre, «Suç Devlet veya hükûmet nüfu-

(6) Son zamanlarda İtalya'da cereyan eden bir hâdise, ne çeşit haksızlıkların yapılabileceğini göstermesi bakımından çok ilgi çekicidir. Bunun için EPOCA dergisinin bu sene çıkan 572 - 573. sayılarına bakınız.

(7) KUNTER. *op. cit.*, sh. 42.

zunu kırar veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur ve yahut adabı umumiye aleyhinde olursa» sanık tutulabilir. İmdi, kanunî bir dayanağa sahip bulunduğu halde, bu sebeplerden birine uyularak verilecek tutma kararı haklı sayılamayacaktır. Çünkü, tutma sebebi, tutmanın yapısındaki haksızlığı giderecek olan zarardan kuvvet almamaktadır. Böylelikle, hemen hemen bütün cürümlerin faileri hakkında tutma kararı vermek mümkün olacaktır. Çünkü, memleketin asayişini bozmayan bir cürmün tasavvuru zordur. Kanun koyucu, naklettiğimiz bendi 104. maddeye ekledikten sonra, herhangi bir suçun işlenmiş olmasının yeter bir tutma sebebi sayılacağı sonucuna varılabileceği gibi, tutma sebeplerinde sınırlılığı esas alan kanunun ana ruhu ile bağdaşamayan bir yol tutulmuş olmaktadır (8).

Kanun koyucunun, kamu oyunu tatmin etmek veya Devlet ve hükümetin otoritesini somut bir hale getirmek amacı ile koyduğunu sandığımız (9) ve şiddelle aleyhine bulunduğumuz bu çeşit tutma sebeplerinin belirli haksızlıkları, bunlara dayanarak verilen tutma kararları mahkûmiyete müncer olsalar bile ortadan kalkmaz. Hukuk şûuru karşısında haksız sayılan bu tutma halleri için, kanuna dayanmaları sebebile, tazminat istenemeyeceğine göre, yapılacak tek şey, bunları kanunlardan bir an evvel çıkarmaktır (10).

I. Bizi bu e'üdümüzde, bazı siyasî emellere ulaşmak için konulmuş bulunan bu çeşit tutma sebeplerinin yapılarında taşıdıkları haksızlıklardan doğan zararların giderilmesi konusu ilgilendirmektedir. Bu itibarla, burada, tutma sebeplerin tâyininde, kısaca belirtmeğe çalıştığımız kurallara uyulması zaruretine işaretle yetiniyoruz. Bizim, özellikle ilgilenip, üzerinde durmak istediğimiz konu, kanundaki şartlar var olduğu halde ve usûl kurallarına uyulmak suretile usûl hukukunun amaçlarına uygun olarak verilen tutma kararlarının sebep oldukları haksızlıkların ve zararların tamininin gerekip gerekmeği ve bunun usûl ve esasıdır.

Aslında, bir kimsenin, kaza makamlarında hürriyetinden yoksun kılınmasından doğan kişisel zararların tamir, tazmin veya hafifletilmesi konusu ele alındığında, adı geçen konunun, birbirinden

(8) EREM., *op. cit.*, IV., sh. 10 - TANER., *op. cit.*, sh. 7.

(9) Aynı manada, KUNTER., *op. cit.*, 42.

(10) KUNTER., *op. cit.*, loc. cit.

bazı farklarla ayrılan çeşitli problemlere vücut verdiği görülür. Bunlardan birincisi, tutuklu geçen muhakemesi sonunda hüküm giyen ve cezasının infazı gereken suçlunun durumu, ikincisi, tutuklu devam eden soruşturma sonunda, suçluluğu sabit olmadığı için hakkında takipsizlik, muhakemenin men'i veya beraat kararı verilen sanığın durumu, üçüncüsü de, kesin bir ceza mahkûmiyetinden sonra, muhakemenin iadesi yolu ile suçsuzluğu anlaşılan mahkûmun durumudur.

Temas ettiğimiz ipotezlerden birincisi, soruşturma sırasında tutuklu kalan hükümlünün, tutukluluk süresinin, mahkûmiyet süresi veya miktarından indirilip indirilemeyeceği, daha teknik bir deyimle, «mevkufiyetin mahkûmiyete mahsup» edilip edilmeyeceği problemi ile ilgilidir. Problem, çağımız ceza hukukunda, çeşitli sistemlerden birinin benimsenmesi suretile genel olarak olumlu bir çözüm tarzına bağlanmış olup (11) esas itibarile konumuzun dışında kalır.

Bizi, özellikle ikinci ipotez ilgilendirmekte olduğu için, araştırmamızın ağırlık merkezini bu ipotez teşkil edecektir.

Haklarında yürütülen ceza soruşturması sırasında tutulan, ancak, bu tutukluluk halleri, takipsizlik, muhakemenin men'i veya beraat v. s. kararları verildiği cihetle mahkûmiyete müncer olmayan kişilerin bu yüzden uğradıkları zararların tazmini, giderilmesi veya hiç olmazsa hafifletilmesi problemini, ilk bakışta çözümü son derece kolay, basit bir problem olarak görmek mümkündür. Gerçekten, tutukluluk süresinin ceza mahkûmiyetlerinden indirilmesi müessesesine mevzuatta yer verildikten sonra, soruşturma sonunda suçluluğa sübuta varmayıp adı geçen kararlardan biriyle salıverilen sanığın zararlarının tazmini gerektiği, «ancak bu suretledir ki, kanun önünde eşitlik prensibinin ihlâl edilmemiş, hiç olmazsa, hukuken masum vatandaşların suçlulardan daha ağır bir muameleye maruz kalmamış» (12) olacakları akla gelen ilk fikirlerdendir.

II. Bununla beraber, haksız olarak tutulanların zararlarının tazmini ilkesinin reddi, bugün dahi kuvvetini muhafaza eden yaygın

(11) T. C. K. nun sistemi için bk. EREM. Türk Ceza Hukuku. Cilt I. 5. Bası, sh. 195 ve mü.

(12) GÖLCÜKLÜ, Feyyaz. Ceza dâvasında şahıs hürriyeti. Ankara, 1958, sh. 169.

bir görüştür. Devletin bu alandaki sorumsuzluğu fikri, çeşitli de-
virlerde çeşitli yazarlar tarafından farklı gerekçelere dayanılarak
savunulmuş ve şimdi temas edeceğimiz bu gerekçeler, görüleceği
üzere, bazen hukukî bazen fiilî temellere oturtulmak istenmiştir.

Problemi genel olarak «Devletin Sorumluluğu» konusu için-
de inceleyenlere göre, haksız tutmadan doğan zararlar dolayısıyla
Devletin sorumsuzluğu ileri sürülürken aşağıdaki sebeplerden bi-
rini hareket noktası olarak kabul etmek mümkündür :

Eğer kaza hizmetlerinin görülmesi sırasında bazı haksızlıklar
yapılmışsa, bu haksızlıklar, hizmetin gerektirdiği zaruretlerden
doğdukları için Devletin sorumlu tutulmasını gerektirmezler. Zaten,
yargıç bir hüküm veya karar verirken, bunu Devletten gelen hiçbir
tesir ve murakabeye bağlı olmaksızın yapar. Bu sebeple de, Devle-
ti, yargıcın fiilinin zararlı sonuçlarından sorumlu tutmağı haklı gös-
terecek bir sebep bulunamaz. Kaldı ki, idare mercileri ile kaza mer-
cileri arasındaki ayrılık dahi, idare mahkemelerinin, adliye mah-
kemeleri tarafından verilen karar ve hükümleri kazaî noktai nazar-
dan kontrol etmelerine manidir. Bununla beraber, kişisel kusurları
bahis konusu olduğunda, yargıçlara karşı genel hükümler gereğin-
ce tazminat dâvası açılabilir (13).

Bir başka fikre göre, Devlet'in kazaî işlemler dolayısıyla sorum-
luluğu kuralının esası, kesin hükümleri bir defa daha ele alıp ince-
lememekteki kamu menfaatidir. Kesin, hüküm, ilgililer bakımın-
dan kanunî bir gerçeğin ifadesidir. Bir mahkeme ilâmı bir kere ke-
sinleştikten sonra, haksız sonuçlar doğursa bile iptal edilemez. Bu
yapılamayacağı gibi, hükmün taşıdığı haksızlığın sebep olduğu za-
rarların tazmini de istenemez (14). Hattâ, «... sadece muhkem ka-
ziyelerden ve kazaî fiil teşkil eden muamelelerden doğan zararlar
dolayısıyla değil, adalet âmme fonksiyonunu icra eden teşkilâta da-
hil bütün otoritelerin - mahkemeler, sorgu hâkimleri, adli zabıta
gibi - yaptığı bütün fiiller - sorgular, aramalar, yakalamalar, hattâ
haksız ve keyfî alıkoymalar bile . dolayısı ile dahi zarar gören bir
kimseye tazminat isteme hakkı» tanınmaz (15).

(13) Bu fikirler için bk. SAVCI, Bahri. İnsan Hakları. Ankara, 1953,
sh. 278 - 9.

(14) SAVCI. op. cit., 277.

(15) SAVCI. op. cit., 278. Derhal belirtelim ki, bu kanaatta olan ya-

Bazı yazarlar ise, tazminat ilkesine hukukî bir esas bulmakta-ki imkânsızlıktan hareketle, müessesenin kabulü aleyhinde bulunurlar. İlkenin hukukî esasını izah ile ilgili münakaşalara aşağıda temas edileceği için burada bu hususa temasla yetiniyoruz.

Tazminat ilkesi aleyhindeki görüşlerden fiilî temele dayananlar, haksız olarak tutulan sanığa tazminat verilmesi halinde doğması muhtemel sakıncaların ihmal edilemeyecek kadar önemli olduğunu ileri sürmüşlerdir. Denilmiştir ki : bir kere, Devlet, haksız olarak tutulan kimselere tazminat vermediği kabul etmekle adalet cihazının haksızlık yaptığını itiraf etmiş olur ve bu bir sakınca teşkil eder (16). Diğer taraftan, böyle bir müessese, kaza mercilerinin asıl görevi olan gerçeği arayıp bulma fonksiyonunu icra edebilmesi için varlığı zarurî olan bağımsızlık esası ile de bağdaşamaz (17). Şüphesiz, ceza soruşturması, kişi hürriyetlerini zarurî olarak sınırlayacak ve bu vesile ile kişi hürriyetlerini kamu düzeniyle bağdaştırabilme problemi bir kere daha karşımıza çıkmış olacaktır. Bu problemi, her iki müesseseyi yeter derecede inancaya bağlayacak bir şekilde çözebilen bir sistem bulunamamıştır. Bazen kamu düzeni, bazen kişi hürriyetinin üstünlük kazandığı görülüyor. Örneğin, bir suçluya verilen hapis cezası kişi hürriyetini sınırlayan bir tedbirdir. Ancak, bu tedbir, bir mahkûm hakkında uygulandığı ve kanun tarafından öngörüldüğü için meşrû sayılır; fakat, bir mahkûm değil de bir sanık bahis konusu olduğunda durum değişir. Sanık, mahkûm edilinceye kadar suçsuz sayıldığı için, hürriyetlerini korumak üzere bazı tedbirlerin alınması gerekir. Yalnız, bu tedbirlerin, kamu düzeninin ihmal edilmesi sonucuna götürecek cinsden olmamaları lâzımdır. İmdi, yargıç ve savcıların, görevlerini, hareket serbestliğini kaybetmeden yapmaları, toplumun güvenliğinin, başka bir deyişle, kamu düzenininin zarurî şartlarından biridir. Oysa ki, haksız tutma hallerinde sanığa tazminat verilmesi, dikkate değer bir çözüm şekli olmasına rağmen, bu zarurî şartın gerçekleş-

zarlardan bir kısmı, özel bir kanunla bu kurala istisna konulabileceğini kabul ederler. Örneğin, ONAR, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları. İstanbul 1963, sh. 1218.

(16) Bu fikir için bk. EREM., *op. cit.* IV., sh. 6.

(17) FETTWEIS, Albert. Y a - t - il lieu d'indemniser l'inculpé renvoyé des poursuites apres avoir subi une détention préventive? Rev. int. dr. pén. 1953, sh. 154.

mesine, yargıç ve savcıların zaten güç olan görevlerini büsbütün güçleştirmek suretile mani olur. Gerçekten, yargıçları daha ihtiyahlı davranmağa sevk etmek ve haksız tutma kararlarının sayısını azaltmak gibi avantajlar getireceği iddia edilmekle beraber, tazminat usûlü, aslında, tutma kararının verilmesini isteyen, kararı veren ve onaylayan yargıçların yargılanmalarına müncer olmak suretile, onlar üzerinde müsamahasız bir baskı yaratmağa elverişli bir usûldür. Haksız tutulduğu anlaşılan sanığa verilen tazminat, yanlış hareket ettiği meydana çıkan yargıcın manen mahkûm edilmesini tazammun eder. Bu ise, yargıçları, manevî baskıdan kurtulma çarelerini araştırmağa sevkeder : yargıç, ya herhangi bir sorumlulukla karşı karşıya kalmamak için, tutmanın zorunlu olduğu hallerde bile tutma kararı vermeyecek veya hem hazineyi hem kendisini muhtemel tazminat taleplerinden kurtarmak amacıyla, vereceği beraat kararlarını, delil yetersizliği gibi sebeplere dayandıracak yahut sanığın tutuklu kaldığı süreye eşit bir süreyle ceza vermek gibi tehlikeli ve haksız bir yola sürüklenmiş olacaktır.

Temas edilen sakıncaları gidermek üzere, hakkındaki ceza soruşturması, takipsizlik, muhakemenin meni veya beraat kararı ile sonuçlanan herkese, tutuklu kaldığı süre için tazminat verilmesi bir teklif olarak akla gelebilir; fakat, bir kimsenin, bu kararlardan biriyle soruşturmadan kurtulması, suçsuzluğunu gösteren mutlak bir karine değildir. Aslında suçsuz olmadığı halde, sırf delillerin yetersizliği sebebiyle beraat eden sanıklar büyük bir çoğunluk teşkil ederler. Bazan, fiil bütün hatları ile ortaya çıktığı ve sabit olduğu halde, ceza kanunlarının dar yorumlanmasını emreden ilkeye uymak mecburiyeti yüzünden cezalandırılmaz. Diğer, taraftan, mükerrir, serseri gibi, tehlikeliler sınıfına mensup kişilerin ait oldukları çevre ve yaşama tarzları, yargıçları, bunlar hakkında sosyal güvenliği sağlayabilmek maksadile enerjik bazı tedbirler almağa, bu arada tutma kararları vermeğe zorlamaktadır.

İmdi, bütün bu hallerin hepsinde tutmanın haksız olduğu iddia edilemez. Sanığın suçsuzluğunun kesin olarak anlaşılmasıyla ki, beraat kararları ile diğer kararlardan önceki tutukluğun haksızlığı ortaya çıkar ve ancak bu takdirdedir ki tazminat bir çare olarak düşünülebilir. Fakat, böyle bir şarta bağlanan tazminat ilkesi yetersiz bir istisna olmaktan ileri gidemez. Kaldı ki, yalnız suçsuzluğu kesin olarak anlaşılanlara tazminat verilebileceği tarzında bir sonu-

ca varılsa bile, bundan bazı sakıncalar doğar. Zira, suçsuzluğu anlaşılanlara tazminat verilebilmesi için, kazai kararları ikiye ayırmak, başka bir deyişle, beraat edenlerle, haklarında takipsizlik veya muhakemenin menî kararı verilenleri, «gerçekte suçsuz olanlar» ve «suçsuzluğu şüpheli görülenler» diye ayrımına tabi tutmak gerekecektir. Oysa ki, bu yol tavsiyeye şayan değildir. Çünkü, bir yazarın da dediği veçhile, «suçsuzlukları tesbit edilmiş mesut bir beraat edenler zümresi» yaratmağa elverişli bu ayrım, en faydalı prensipleri çiğneyerek, güvensizlik, karışıklık ve keyfilğin kaynağı olur. Suçlulukları sabit olmayan, fakat, suçsuzluklarını isbata yaracak delilleri getiremeyen kimselere karşı bu kadar müsamahasız olmağı hakkı gösterilebilecek bir sebep yoktur (1).

Bazı yazarlar ise, bir takım malî sakıncalar ileri sürmek suretile müessesenin reddi fikrini savunurlar. Bu çeşit iddialara, tazminat müessesesinin kabulünden evvel hemen hemen her memlekette rastlanmıştır (19). Kolaylıkla anlaşılacağı veçhile, bir engel olarak ortaya atılmak istenen malî sakıncalar, tazminat verilmesi ilkesinin kabulü halinde bütçeye yüklenecek olan ağır yüklerdir.

Haksız tutma halinin sebep olduğu zararların tazmin edilmesi ilkesinin kabulünü, özetlediğimiz sebepler dolayısıyla sakıncalı bulunan bazı yazarlar, haksız tutma hallerini ve bu hallerin yarattığı mağduriyetleri azaltacak sistemler teklif etmiştir ve hattâ bu sistemlerin bir kısmı uygulanmıştır. Örneğin, Garçon'a göre (20), iki hâl çaresi düşünülebilir: Bunlardan birincisi, verilen tutma kararlarının üstün bir kaza mercii tarafından kontrol edilmesi, ikincisi, tutukluluk süresinin makul bir şekilde sınırlandırılmasıdır. Eğer tutukluluğun devam edeceği süre, kesin bir yukarı had ile sınırlandırılacak olursa, yargıçlar bu belli süre içinde soruşturmayı bitirmek için gayret göstereceklerdir. Bu usûl bir ara Fransa'da tecrü-

(18) Bir sentez halinde sunmağa çalıştığımız bu fikirler için bak. FETTWEIS, *op. cit.*, 153 - 4, 161 - 4. GARÇON, *La Protection de la liberté individuelle pendant l'instruction. Rev. int. dr. pén.* 1953, 177. — *Rev. int. dr. pén.* 1933, sh. 104.

(19) EREM, *op. cit.*, IV sh. 6 - 7.

(20) GARÇON, Maurice. *La protection de la liberté individuelle. Rivista Penale*, 1953, sh. 578.

be edilmişse de karışıklıklara sebep olduğu gerekçesi ile bir tarafta bırakılmıştır (21).

Haksız tutma dolayısıyla tazminat müessesesinin yerini almak ve «lüzumsuz, yanlış, fazla uzatılmış tutukluluk hallerini tekerrürüne mani olmak ve bundan doğacak zararların önemini azaltmak» üzere yapılan diğer bazı teklifler de şunlardır :

— Tutma şartlarını düzenleyen kanun hükümleri ıslah edilmelidirler.

— Soruşturmanın adil bir şekilde yapılması sağlanmalı, bunun için de, mahkemelerin yanında, bu ağır görevi layikiyle yerine getirebilecek yeter sayıda soruşturma yargıçıları yer almalıdır.

— Tevkiflerinin içinde buldukları şartlarda bir reform yapılarak, tutukluların hükümlülerden farklı işleme tabi tutulmaları sağlanmalıdır. Bu arada, tutukluların mahkemeye kelepçesiz olarak getirilmeleri, kelepçenin yalnız tehlikeli kişilere ve yargıç kararı ile takılması, tutukluları muhafaza ile görevlendirilmiş kişilerin sivil giyinmeleri, mahkemeye gidiş ve gelişlerin normal, yani, işaretsiz vasıtalarla yapılması ve bunların hükümlülerden ayrı, özel müesseselerde muhafaza edilmeleri düşünülebilir.

— Son soruşturmanın açılması kararı verilinceye kadar, tutma kararlarının basın ve radyo yolu ile yayımlanması yasak edilmelidir. Sorgu yargıcı bu yasağı gerekçeli bir kararla kaldırabilir. Bunu yaparken soruşturmanın güvenliği ve gerçeğin ortaya çıkması gibi mülâhazaları hareket noktası olarak kabul eder (22).

III. Yukarıda da temas olduğu veçhile, yazarların bir kısmı tazminat ilkesini redderken, bu ilkeye hukukî bir dayanak bulmaktaki güçlük, hattâ, imkânsızlıktan hareket etmektedirler. İleride, müessesenin hukukî esası üzerinde dururken daha etraflı bir şekilde belirtmeğe çalışacağımız gibi, hukukî bir izahın, esasın bulunamaması, müessesenin reddi için yetmez. Herşeyden önce, adalet ve hakkaniyet duyguları bizi, bu ilkenin kabulüne zorlar. Kunter'in

(21) Garçon, müessesenin ilga edilmiş olmasını teessüfe şayan bulmakta ve bir hukukî müessesenin bazı karışıklık ara sebebiyet vermekte oluşunun, ilgası için yeter bir sebep teşkil etmeyeceği tezini savunmaktadır. GARÇON, *op. cit.*, *loc. cit.*

(22) FETTWEIS, *op. cit.*, 162 - 3.

şu sözündeki gerçek payı çok büyüktür : «Ceza dâvası cemiyetin menfaatine açılmıştır. Bundan bir zarar doğmuş ise, bu zararı bir ferdin değil, cemiyetin... yüklenmesi en doğrusu, en âdili değil midir?» (23).

İdare mercileri ile adli kaza mercileri arasındaki ayrılığın, idare mahkemelerinin, adliye mahkemelerince verilen kararları kontrol etmelerine engelliyeceği fikri de müessesenin terkinin haklı kılacak bir sebep sayılamaz. Zira, bir tutma kararının haksız olup olmadığının ve dolayısıyla, mağdura tazminat verilmesi gerekip gerekmediğinin tâyininde idare mercilerine müracaatta mutlak bir zaruret yoktur. Hattâ, bu işin adliye mahkemelerince yapılmasında fayda vardır. Ancak, bu mahkemenin bir hukuk mahkemesi mi, yoksa bir ceza mahkemesi mi olması lâzım geldiği konusu üzerinde tartışılabilir (24).

Devletin kazai işler dolayısıyla sorumsuzluğu kuralının, kesin hükümleri bir defa daha ele alıp incelememekteki kamu menfaatine dayandığı görüşü de olumsuz tezin kabulünü haklı gösterecek bir sebep olamaz. Çünkü, sonradan, bir tutma kararının haksız olduğu ve haksız olarak tutulan kimseye tazminat verilmesi kararlaştırıldığı zaman, kesinleşmiş bir karar iptal edilmiş olmayacaktır. Kesin hüküm esası, kaza fonksiyonunun yürütülmesinden doğan sorumluluk iddialarının dinlenmesine ve incelenmesine mani değildir. Başka bir deyişle, kazai bir işlem dolayısıyla sorumluluğun varlığı sonucuna varılacak olursa kesin hüküm ilkesi ihlâl edilmiş olmaz.

Devlet'in, haksız bir tutma kararının mağduruna tazminat vermek suretile, bir haksızlık yapmış olduğunu itiraf etmesinin tatbiki bir takım sakıncalar doğuracağı fikrinde de isabet yoktur. Gerçi, kişiye tazminat vermekle, Devlet'in bir haksızlığı kabul ve ilân ettiği doğrudur; fakat, bu haksızlık, tazminat verilmese bile duyulup öğrenilecektir. Çünkü, gazeteler, tahliye ve beraat kararlarını fazlası ile haber vermektedirler. Kaldı ki, Devlet, yaptığı bir haksızlığı tamire gayret ettiği takdirde, «haksızlık edince tazminat verilmesi gerektiği yolundaki hukuk kaidesine kendisinin bir istisna

(23) KUNTER. *op. cit.*, 43.

(24) Aşağıda n° XI. e bakınız.

teşkil etmediği yolunda» cemiyete değerli bir örnek vermiş olacaktır (25).

Ceza soruşturmasının kişi hürriyetleri ile kamu düzeni gereklerini karşı karşıya getirdiği, bu soruşturma sebebine, icabında, kişi hürriyetinin sınırlanabileceği ve adı geçen karşılaşmanın kişi hürriyeti ile kamu düzeninin bağdaştırılması problemine vücut vereceği ve adı geçen problemin, her iki kavramı yeter bir inanca bağlayabilecek mahiyetteki bir sistemin bugüne kadar bulunmamış olduğu fikrinde gerçeğin payı vardır. Fakat, böyle bir sisteme ulaşmaktaki güçlük, her olayda kişi hürriyetinin feda edilmesini haklı göstermez. Bazen, bu şekil hareketin kabul edilemeyecek sonuçlar doğurmasını hiç bir şey önleyemez. Haksızlığı anlaşılan bir tutma kararından doğan zararların tazmin edilmemesi konusunda da aynı şey söylenebilir. Bir kimseyi aylarca hapsedtikten sonra, özür dahi dilemeden salıvermek belki kolay bir sistemdir; fakat, kolaylığı nişbetinde adaletsiz olduğu inkâr edilemez.

Bu şekilde düşünürken, aşırı ferdiyetçi telakkilere körükörüne bağlı kalarak toplum menfaatlerinin ihmali fikrini savunmak istediğimiz zannedilmemelidir. Aslında, haksız tutulanlara, uğradıkları zarar dolayısıyla tazminat vermede, aksinin iddia edilmiş olmasına rağmen, kamu düzenini bozan, toplumun menfaatlerini zedeleyen bir taraf yoktur. Bilakis, müessesenin sakıncası olarak ortaya atılan hususların, onun faydasını teşkil ettiği bile söylenebilir. Örneğin, tazminat ilkesine şiddetle muhalif olanlara göre, tazminat müessesesi, yargıçların ve savcılarının görevlerini gerektiği gibi yapmalarını ve maruz kaldıkları manevî baskıdan kurtulmak için hukukî olmayan yollara başvurmaları sonucunu doğurur. Ancak, haksız tutulanlara tazminat verilmesinin yargıç ve savcılar üzerine yapacağı söylenen manevî baskı, onları, tutma kararı vermeden veya bu karar talep etmeden evvel düşünmeğe ve gerekli araştırmaları titizlikle yapmağa sevketmekten ileri gidemeyecektir. Bunun ise zararlı bir şey olduğu söylenemez. Meslekî şuur, yargıcı, tazminat mükellefiyetini koyan bir hükmün varlığına rağmen, haklı olduğuna inandığı hallerde tutma kararı vermeğe zorlayacaktır. Kaldı ki, tazminatın yargıç tarafından değil de Devlet tarafından

(25) EREM, op. cit., IV. sh. 6 - 7.

ödenmesi esası bir kere kabul edildikten sonra (26) manevî bir baskının yargıcı, iddia edildiği üzere, meşrû sayılamayacak yollara sürüklenmesi ihtimali çok azalacaktır. Aynı sebep, sanıkları delil yetersizliği sebebiyle beraat ettirmek veya tutukluluk süresine eşit bir süreyle mahkûm etmek şikkının tercih edilmesini lüzumsuz kılacaktır. Zaten, beraat kararını delil yetersizliğine dayandırmak, tazminatın, yalnız suçsuzluğu kesin olarak anlaşılan sanıklara verildiği sistemlerde sorumluluktan kurtarıcı bir çare olabilir. Oysa ki, bu sistemin doğru ve her yerde uygulanan bir sistem olduğu iddia edilemez (27). Bu hususun münakaşasını ilgili bahise bırakıyoruz.

Tutmayı, subuta varmasına rağmen, sırf, ceza kanunlarının dar yorumlanması ilkesine, yani, suç ve cezaların kanuniliği kuralına uymaktaki mecburiyet yüzünden cezalandırılmayan fiillerin tecziyesi imkânını sağlayan bir tedbir olduğu şeklindeki görüşün hukukî sayılamayacağını göstermek için herhangi bir açıklamaya lüzum bile görmüyoruz. Toplum için tehlikeli olan serseri ve mükerrirlerin tehlikelerini giderecek en iyi ve tek tedbirin, bunların tutulması olmadığı muhakkaktır. Ve suç işleyen bir kimsenin serseri takımından yahut mükerrirler sınıfına mensup olması, başka bir sebebin yokluğu halinde, o suç sebebiyle tutulmasını haklı göstermez.

Tazminatın, bütçe için ağır bir yük teşkil edeceği iddiasının da müessir bir iddia olabileceğini sanmıyoruz. Çünkü, haksız olarak tutulanlara tazminat verilmesi sistemi kabul edildiği takdirde, yargıçlar tutma kararını vermeden evvel dikkatli ve titiz davranmak ihtiyacını duyacaklar, dolayısıyla, haksız tutma olayları azalacaktır. Zaten, sisteme yer veren memleketlerdeki tatbikat dahi böyle bir sakıncanın varid olmadığını göstermiştir (28).

Sakıncalı olduğu iddia edilen tazminat usûlünün yerini almak

(26) Aşağıda n° V. e bakınız.

(27) Aşağıda n° VIII. e bakınız.

(28) EREM, Fransa'da, haksız mahkûm oldukları muhakemenin iadesi yolu ile anlaşılanlara verilecek tazminata ayrılmış bütçe faslındaki ödeneğin, son derece sınırlı olmasına rağmen, hiç bir sene tamamen harcanmadığını nakletmektedir. EREM, Haksız Tevkif Edilenlere Tazminat, Ankara Barosu Dergisi, 1956, Sayı. 2, sh. 86.

üzere teklif olunan tedbirlere gelince... Bunların, kısmen, haksız tutma hallerini, kısmen tutukluğun doğurduğu acıları azaltmak gibi faydaları olduğu inkâr edilemez. Bununla beraber meseleyi halletmekten uzaktırlar. Örneğin, Garçon, yüksek bir kaza merciinin kontrolü sisteminin, haksız tutma kararlarının verilmesini önleyebileceği kanaatindedir. Biz, bu gibi tedbirlerin, kabule şayan olsalar bile, haksız tutma hallerini tamamen önleyemeyecekleri ve haksız tutma kararlarının mağdurlarının zararlarının ödenmemiş olarak kalacağına inanıyoruz. Kaldı ki, Garçon'un teklif ettiği ve bir süre Fransa'da da uygulanmış bulunan sistem, doğurduğu karışıklıklar yüzünden bırakılmıştır. Tutukluluk haline bir yukarı had tayıni suretile, hiç olmazsa haksız tutmanın sebebiyet verdiği zararların azaltılması amacını güden teklifin de bir takım sakıncalar yaratacağı aşikârdır. Zaruri surette kısa olması gereken bu süre, soruşturmayı bitirebilmek için acele etmek zorunda kalacak olan yargıcı kolaylıkla yanlış yollara sevk edebilir.

Tevkiflevlerinin içinde ve dışında tutuklulara uygulanan rejimin yoksunluk ve sınırlamaları asgarî hadde inecek tarzda değiştirilmesi şüphesiz çok iyi olur. Fakat, bu takdirde dahi, hürriyetini kaybetmiş ve suçlu damgasını yemiş olmanın acısı tamamen silinmeyecektir.

IV. Avrupada, Fransız İhtilâlinin ertesinde, bu hareketin doğurduğu liberal cereyanların hüküm sürdüğü devirlerde ele alınmış bulunan tazminat problemi, ancak geçen yüzyılın sonunda pozitif hukuka intikal edebilmiştir. Almanya, Avusturya, Danimarka, Fransa, İrlanda, İsviçre, Norveç, Portekiz, Yunanistan gibi Devletlerin mevzuatında tazminat ilkesi yer almış bulunmaktadır. İlke, bazı Devletler tarafından bir anayasa müessesesi haline getirilmiştir. Bu arada, Kore, İsrail, Japonya ve Yunanistanı sayabiliriz.

Bunlardan, 26.7.1947 tarihli Japon Anayasa'sının 40. maddesine göre, «Haksız yere tevkif ve hapsedildikten sonra serbest bırakılan kimse, kanunî hükümler dairesinde Devlettten zarar ve ziyan talep edebilir». 17.2.1949 tarihli İsrail Anayasası'nın 13. maddesinin 8. fıkrası ise, «Haksız olarak tutulan, mahkûm edilen veya cezalandı-

riian her şahıs Devlet'e karşı tazminat dâvası açmak hakkını haizdir» şeklinde bir hükmü ihtiva etmektedir (29).

Haksız olarak tutulanlara tazminat verilmesini kabul eden görüşün Türkiye'deki ilk izlerine 1956 yılında rastlamaktayız. 1956 yılının başında, İzmir milletvekili M. A. Sebük, bu konuda bir kanun teklifinde bulunmuşsa da, adı geçen teklif, bütçe komisyonunda görüşülürken, ihtiyaçlarımıza uygun olmadığı mülâhazası ile neticesiz bırakılmıştır. Bununla beraber, teklif, memleketimiz hukukçuları arasında geniş akisler uyandırmış, bu konuda çeşitli makaleler yazılmıştır. Problem, 27 Mayıs 1960'dan sonra yeniden ele alınmıştır. Gerek, Bilim Kurulunca hazırlanan Anayasa Tasarısı'nda (Mad. 33), gerek Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu'nun kaleme aldığı tasarıda (Mad. 30) haksız tutma hallerinde tazminat verileceği hükme bağlanmıştır. İkinci tasarıda yer alan hüküm, 9.7.1961 tarihinde halk oyuna sunulan ve kabul edilen Anayasa'ya, değiştirilerek geçmiş bulunmaktadır. Anayasa'nın 30. maddesinde hangi şartlar altında tutma ve yakalama kararı verilebileceği gösterildikten ve tutulanan veya yakalanan kimselerin belli bir süre içinde yargıç önüne götürülmeleri mecburiyetinden söz açıldıktan sonra, son fıkrada, «Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir» deniliyor (30).

Haksız olarak tutulanlara Devletçe tazminat ödenmesi müessesesinin bir anayasa kuralı ile teyid edilmesi, konunun memleketimiz hukuku bakımından yeniden önem kazanması sonucunu doğurmuştur. Zira, Anayasa'nın yukarıda naklettiğimiz hükmü, tatbikatın yaratacağı ve daha şimdiden öngörülmesi mümkün problemleri çözmekten uzaktır. Bu itibarla, bu çeşitli problemleri içine alacak bir tatbikat kanununa ihtiyaç vardır. Gerçekten, tazminat il-

(29) Mesele, 1953'de Roma'da toplanan VI. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde uzun boylu görüşülmüş ve müspet kararlar alınmıştır.

(30) Tasarının 30. maddesinin son fıkrası şöyle idi : «Bu kuralların dışına çıkılmasından doğan ceza ve hukuk sorumluluğu kanunla düzenlenir». Tasarının yetersiz bulduğumuz hükmünü, Öncü gazetesinde çıkan bir yazımızla eleştirmiştik : Bak. Öncü, 16.4.1961. Haksız tutma, yakalama halinde Devlet'in tazminat mükellefiyeti.

kesinin kabul olunduğuna işaret etmekle dâva halledilmiş olmaz. Aksine, bu gereğin belirtilmesi çözümlenmesi gereken bir çok problemleri ortaya koyar.

V. Karşılaşılan ilk problem, tazminatın kimin tarafından ödeneceğidir. Anayasa, «her türlü zararlar Devletçe ödenir» hükmünü koymakla, bir tatbikat kanununun çıkmasını beklemeksizin en doğru cevabı vermiş oluyor. Haksız olarak tutulduğu anlaşılan sanığın zararlarının, şikâyetçi, muhbir, tutukluluk kararını veren yargıç yahut Devlet tarafından ödenmesi sistemleri tartışılmışsa da, bugün en iyi sistem olarak, tazminatı Devlet'in ödemesi itibar görmektedir. Çünkü, yargıçın veya özel kişilerin sorumluluğu kabul edildiği takdirde, müessesenin faydadan çok zarar getireceğini tecrübeler göstermiş bulunuyor.

Gerçekten, haksız tutmanın sebep olduğu zararlar dolayısıyla yargıç sorumlu tutulacak olursa, karşılaşılabilecek ilk sakınca, yargıçların, hüküm ve kararlarında hiç bir baskı veya tesire kapılmadan iş görmelerindeki kamu menfaatinin zedelenmesi ihtimalidir. Zira, yargıç, ya önüne getirilen sanığın, soruşturma sonunda suçsuz olduğunun meydana çıkması ihtimalini düşünerek ve herhangi bir malî sorumluluğa muhatap olmamak için tutma kararı veremeyecek veya gene gelecekteki bir zarardan kurtulmak için, hakkında tutma kararı vermiş olduğu sanığı mutlaka mahkûm edebilme çarelerini araştıracaktır.

Şikâyetçi ve muhbir dediğimiz özel kişilerin sorumluluğu sisteminde, verdikleri şikâyetname veya yaptıkları ihbar ile bir kimseye suç isnadında bulunan kimselerin bu hareketleri sanığın tutukluluğuna sebebiyet vermiş ve sonradan o sanık beraat etmişse, zararları şikâyetçi veya muhbir öder. Tabii, ödeme, zarara uğrayan tarafından açılacak tazminat dâvasının hükme bağlanması halinde bahis konusu olur.

Mahkeme kararları, İngiltere'de bu sistemin kabul edilmiş olduğunu gösteriyor (31). Inhulsen'in naklettiğine göre (32), «Ka-

(31) Örneğin, Smith v. Rutter, King's Bench. 13.7.1933 - Humferey v. Woolworth and Co., Oxford - Shire Assizes. 29.5.1935 - Rogers and Tames v. Brown and others, Liverpool Assizes. 6.5.1930 Kararlar için bak. INHULSEN, C. H. P. İngiliz Ceza Muhakemeleri Usulü (terc. Rifat TAŞKIN). Ankara, 1938, sh. 19 - 21.

(32) INHULSEN, op. cit., sh. 19.

nuna muhalif olarak yakalanan kimseler, haksız tevkif olundukları iddiası ile bir ceza muhakemesi açabilirler. Kanuna muhalif olarak hürriyeti tahdid suretile yapılan her muamele, ister bir ceza evinde olsun, ister bir hususi evde olsun, gayri mektup hukuka nazaran para cezası ile veya hapis cezası ile tehdit edilmiş bir misde-meanour teşkil eder. Haksız yakalama, bundan başka, müsaade edilmemiş haksız bir muamele sayılarak, zarar ve ziyan iddiasına esas teşkil eder. Bu zarar ziyan, haksız tevkife bizzat sebebiyet vermemiş veya tevkif keyfiyetinin kanuna muhalefetini bilmemiş olsa bile, buna yardım eyleyenlere veya talep edenlere de sâridir». «The King can do no wrong - Kral yanlış hareket etmez» kuralı gereğince, yargıçlar ve Tac'ın temsilcisi olarak hareket eden polis memurları aleyhinde haksız tutma kararları dolayısıyla tazminat dâvası açılmaz. Kings Bench, 11.4.1930 tarihli bir kararında bu hususu, özellikle polis memurları bakımından açıkça ifade etmiştir. Adı geçen karara göre, polis memuru, dâva konusu olayda «Tac'ın mümessili olarak hareket etmiştir. Tac ise, hiçbir zaman... müddealeyh mevkiine geçemez. Çünkü, Tac hiçbir vakit kanuna karşı gelmiş sayılamaz. Zarar ve ziyan ödemek borcu, ancak, kanun hilâfına şahsen hareket eden polis memurlarına tevaccüh eder» (33).

İngiltere'de geniş ölçüde uygulandığına işaret ettiğimiz özel kişilerin sorumluluğu sisteminin reddi gerektiği kanaatındayız. Zira, aksi takdirde, aleyhine suç işlenen veya başkası aleyhine suç işlendiğini gören kimseler, failin mahkûmiyetini mümkün kılacak kesin delillerin bulunmaması halinde şikâyet veya ihbarda bulunmaktan kaçınacaklardır (34). Takipsiz kalan suç ve suçluların toplumda yaratacağı adalete güvensizlik duygusunun ne derece zararlı olduğu malûmdur. Hernekadar, haksız tutma tazminatının, suçsuzluğun kesin olarak anlaşıldığı olaylarda verilebileceği (35), bu itibarla, delil yokluğu yahut yetersizliği sebebine dayanan kararların, şikâyetçi veya muhbir aleyhine bir tazminat borcu yaratmayacakları ileri sürülebilirse de bu itiraz, sistemin sakıncalarını gidermekten uzaktır. Bir kere, şikâyetçi ve muhbir, soruşturmanın iyi yapılmaması neticesinde, suç işlediği muhakkak olan bir kimsenin

(33) INHULSEN, *op. cit.*, sh. 22.

(34) Aynı şekilde PURA, Aydın, Haksız tevkif edilenlere tazminat. sh. 11. 1958 - 1959 ders yılı C. M. U. H. semineri.

(35) Bu konu üzerinde ileride etraflıca durulacaktır.

mahkûmiyetten kurtulabileceği endişesile çoğu zaman kaza mercilerine başvurmaktan gene de kaçınabilirler. Diğer taraftan, şikâyetçisi veya muhbiri bulunmayan dâvalarda, tazminat sorumluluğunun kime yükleneceği sorusuna cevap bulmak çok zor olacaktır. Şikâyet, ihbar üzerine açılan bir kamu dâvasına veya şahsî dâva yolu ile kovuşturulmakta olan bir işe bakan yargıcın, bir haksızlık halinde, sanığın her halde şikâyetçi, muhbir veya şahsî dâvacı tarafından tazmin edileceğini göz önüne alarak tutma sebepleri ve tutmada zaruret üzerinde durmadan basiretsiz kararlar verebileceği de unutulmamalıdır. Son olarak, özel kişilere teveccüh edecek bir tazminat dâvasının, sanık ile bu kişiler arasında yeni bir takım olayların sebebini teşkil etmesi de ihtimal dahilindedir.

Bu iki sistemin sakıncaları böylece belirtilince, en iyi sistemin Devlet'in sorumluluğu sistemi olduğu anlaşılmıştır.

VI. Devlet'in ödeyeceği tazminatın hukukî esası, dayanağı acaba ne olabilir? Bu konuda çeşitli görüşlere rastlanmaktadır :

Bir fikre göre, Devlet'in tazmin borcu, haksız fiilden doğan sorumluluk esasına dayanır. Daha açık bir deyimle, Devlet'in sorumluluğu, Borçlar Kanununca düzenlenmiş bulunan, «İstihdam Edenin Sorumluluğu» müessesesi içinde incelenebilir. İstihdam edenin sorumluluğu esasını, istihdam eden sıfatıyla Devlet ve edilen sıfatıyla ajan veya memur arasındaki münasebetlere de uygulamak lâzımdır. «Bir haksız fiilin alelâde bir şahıs ile bir Devlet memuru tarafından ika edilmesi halleri arasında tazminat noktasından fark gözetilmesinin izahı kolay değildir.» Fransız ve İtalyan mahkeme içtihadları bu doğrultuyu takip etmiş ve haksız tutma dolayısıyla Devlet'in sorumluluğunu, seçme ve nezaret etme fikirlerine dayanan istihdam edenin sorumluluğu ilkesi ile izah etmeğe çalışmıştır (36).

Bu görüş (ve genel olarak tazminat verilmesi ilkesi) eleştirilerek denilmiştir ki : Kaza yetkisine sahip hangi merci tarafından yerine getirilirse getirilsin, kaza fonksiyonu ve kazaî tasarruflar dolayısıyla Devlet'e hiç bir sorumluluk yüklenemez. Problem, ister medenî hukuk, ister kamu hukuku kurallarının ışığı altında ele alın-

(36) ZISSIADIS, Jean la protection de la liberté individuelle durant l'instruction. Rev. int. dr. pén. 1953, sh. 284.

sız, varılacak sonuç değişmez. Zira, medenî hukukun kusur karinesine dayanan istihdam edenin sorumluluğu nazariyesi, Devlet ile memurları arasındaki münasebetlere uygulanamadığı gibi, Devlet ile kaza kuvveti arasındaki münasebetlere de uygulanamaz. Çünkü, bir kere, Devletle yargıç arasında akidden doğan bir bağ yoktur (37). Diğer taraftan, bu iki taraf arasında hiyerarşik bir münasebetin varlığı da ileri sürülemez (38). Gerçekten, «Devlet, hiçbir zaman hâkime emir, direktif veya talimat veremez ve onun kazâ faaliyetlerini murakabe edemez. Binaenaleyh, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin kabul ettiği kusur karinesi iptidaen ortadan kalkmış ve Devlet'in mes'uliyetsizliği ortaya çıkmış bulunmaktadır» (39).

İkinci bir fikre göre, tazminatı, görevin yerine getirilmesi sırasında işlenen ağır kusurlarla ilgili genel sorumluluk kurallarına dayandırmak mümkündür.

Ancak, haksız tutma tazminatı, yargıcın ağır şahsî kusuruna dayandırılacak olursa bu, onun uygulama alanını geniş ölçüde daraltacaktır (40). Kaldı ki, bu görüşe uyulduğu takdirde, kusurun şahsiliği sebeble, haksız tutma kararını veren yargıcın kişiliği ortaya konacak, bundan da yargıçlık mesleğinin itibar ve otoritesi zarar görecektir (41). Tutma kararının, yargıcın şahsî bir kusurunun sonucu olması halinde genel hükümlere göre dâva açılabileceği fikri doğrudur; fakat, burada bahis konusu olan şey şahsî bir kusur değildir (42). Yargıcın tutma kararı verirken kusurlu davranmış ve suç işlemiş olması hali, genel hükümlere tabi olduğu için konumuz dışında kalır (43) (44).

(37) ONAR, *op. cit.*, sh. 1217 - SARICA, *op. cit.* 209.

(38) ONAR, *op. cit.*, loc. cit. - SARICA, *op. cit.*, loc. cit.

(39) ONAR, *id.*

(40) EREM, *op. cit.* IV. sh. 4.

(41) Rev. int. dr. pén. 1933, sh. 112.

(42) Aynı manada EREM, *op. cit.*, loc. cit.

(43) Aynı şey, şahsî dâva ikame ederken veya ihbar ve şikâyette bulunurken suç işleyen özel kişiler için de doğrudur.

(44) Yeni Anayasa'ya, tazminatla ilgili hükmün konmasından evvel bazı Türk yazarları, tazminatın şahsî kusur esasına dayandırılması görüşünü savunmuşlar ve HMUK'nun 573. maddede başlayan ve yargıçlarla icra reislerinin hangi hallerde tazminat dâvasının muhatabı olacağını gösteren hükümlerin,

Bazı yazarlar ise, tazminata hukukî bir dayanak bulabilmek için, tutmanın, kişisel hürriyetin kamulaştırılması gibi mütalâa edilmesi teklifinde bulunmuşlardır (45). Bu kanaatta olanlara göre, nasıl malları kamulaştırılan bir kimse tazminata hak kazanıyorsa, kamu menfaati gerekçesi ile tutulan ve hürriyeti elinden alınan kimse de bu talepte bulunabilmelidir. Bu tazminat, suçlu için tutukluluk süresinin mahkûmiyetten indirilmesinden, suçsuz için ise bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olacaktır (46).

Tutmayı bir çeşit kamulaştırma olarak kabul eden görüş taraf-
tar bulamamıştır. Kamulaştırmanın bahis konusu olabilmesi için, kişinin mamelekindeki bir azalmaya, Devlet'ininde görülen bir artmanın tekabül etmesi gerekir. Oysa ki, tutmada böyle bir şeye rastlanılmamakta, bu itibarla, adı geçen görüş, maharetli, fakat yanlış bir mukayese olmaktan ileri gidememektedir (47).

Kamulaştırmanın, haksız tutma dolayısıyla Devlet'in ödeyeceği tazminatın hukukî dayanağı olarak kabulünün imkânsızlığı karşısında, «risk - tehlike» esasının kabulü teklif edilmiştir. Buna göre, toplumun her üyesi teorik olarak haksız bir şekilde tutulma riski ile karşı karşıyadır. Ancak, bu risk, tatbikatta belli bir miktardaki kişiler için gerçekleşir. Böylelikle toplum üyeleri arasındaki eşitlik

şahsî kusuru ile tutma kararı veren ceza yargıcı hakkında da uygulanmasını teklif etmişlerse de (Örneğin, BELGESAY, M. R. Haksız tevkiflerden hâkimin ve Devlet'in mes'uliyeti. Fikir Dünyası, 1956, Sayı. 5. sh. 42) bu görüş, HMUK'nun, yargıcın şahsî kusurundan doğan bu haller sebebiyle Devlet'e sorumluluk yükleneceğine dair bir kayda yer vermemiş olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir. Belgesay, başka bir eserinde, İcra ve İflâs Kanununda yer alan ve icra memur ve müstahdemlerinin yaptıkları zarar verici fiillerden dolayı Devlet'in sorumluluğunu gösteren hükmü koyan 6. maddenin, tazminat itası konusunda kıyas yolu ile uygulanması gerektiğini ileri sürmüş, fakat, bu görüşü de eleştirilmiştir (Bak. ONAR, op. cit. sh. 1219 - SARICA, op. cit., sh. 210 - 215).

(45) Bu fikirler için bak. FETTWEIS, op. cit., sh. 155. - Rev. int. dr. pén. 1933, sh. 104 - EREM, op. cit. IV. sh. 5.

(46) Rev. dr. pén. e de crim. 1933, loc. cit.

(47) FETTWEIS, op. cit., sh. 155. - Rev. dr. pén. e de crim. 112.

bozular. Binaenaleyh, kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince, bu kişilerin uğradıkları zararların toplum tarafından tazmini gerekir (48).

Risk nazariyesi de inandırıcı olmaktan uzaktır ve tam manasile uygulandığında aşırı sonuçlara götürebilir. Hakikaten, risk nazariyesine göre, kamu hizmetlerinin kanuna uygun bir şekilde dahi olsa yerine getirilmesinden doğan bütün zararların ödenmesini bir hak olarak tanımak lâzım gelecektir ki, bu, kabulü mümkün bir sonuç değildir (49).

Bir yazara göre (50), tazminat ilkesi, Gierke tarafından geliştirilen organ nazariyesi ile izah edilebilir. Devlet, kazal memurları da içine alan organlarına organik bir bağla bağlıdır. Bu bağ, organların yaptığı işlemlerin, Devlet'i ilzam etmesini mümkün kılar. Bu itibarla, yargıçların, haksız sonuçlar meydana getiren işlemlerinden Devlet'in sorumlu tutulması kadar tabii bir şey olmamalıdır.

Diğer bir görüş, Devlet'in, haksız olarak tutulan kişiye verdiği meblâğın tazminat sayılamayıp olsa olsa bir yardım sayılabileceğini ileri sürer: tutmanın haksızlığı, ya yargıcın meşrû olmayan bir davranışından veya kötü niyetli üçüncü kişilerin fiillerinden ileri gelmekte yahut kötü bir tesadüfün sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Devlet bu hallerin yarattığı haksız sonuçları görerek yardım eini uzatır. Bunu yaparken de daima malî imkânlarını göz önünde tutar. Bunun için, Devlet, bir borçla mükellef olmayıp sanığa yardım edip etmemekte serbesttir.

Görüş, yargıçların kamu oyu ile maliye arasında arabuluculuk yapmaları gibi bir sakıncayı bünyesinde taşımakla itham edilmiştir. Bununla beraber, aynı zamanda Devlet hazinesini korumakta olan bu görüşün mantıksız olduğu kolaylıkla iddia edilemez (51).

Kanaatımızca, haksız tutma tazminatını hukukî bir temele bağlamakta, hele Anayasa'daki hükümden sonra, bir zaruret yoktur. Bu konuda şu tarzda düşünülebileceğini sanmaktayız :

(48) FETTWEIS, *op. cit.*, 156.

(49) FETTWEIS, *id.*

(50) ZISSIADIS, *op. cit.*, sh. 285.

(51) EREM, *op. cit.*, IV. sh. 5.

Modern Devlet'in bir hukuk Devlet'i olduğu ve diktatoryal bir eğilime veya düzene sahip bulunmayan bütün Devletlerin, bu niteliği kazanmak, ona ulaşmak çabası içinde buldukları malûmdur. Hukuk ve Devlet konuları ile uğraşanların malûmu olan diğer bir gerçek de şudur : vatandaş, sırf siyasi bir toplum içinde yaşamakta oluşu sebebile bazı vecibe ve mükellefiyetler yüklenmiş bulunmaktadır. Bu vecibe ve mükellefiyetlerin, «toplum düzenini bozacak, tehlikeye düşürecek yahut zarara uğratacak hareketlerden kaçınmak, toplumun gelişmesine yardım etmek ve bu gelişmeyi engelleyici fiiller yapmamak» şeklinde özetlenmesi mümkündür. Eğer, toplum üyesi olarak bu vecibe ve mükellefiyetlerimizi yerine getirmesek, hukuk düzeninin koyduğu yaptırımlara katlanmak mecburiyeti, toplum halinde yaşamaktan doğan bir diğer mükellefiyettir. Fakat, bu mükellefiyetlerin karşılıksız oldukları sanılmamalıdır. Siyasi hayatla ilgili haklar ve hürriyetler, sosyal ve ekonomik haklar ve hürriyetler, yukarıda belirttiğimiz vecibe ve mükellefiyetlerin karşılığını teşkil ederler. Devlet'in ana kanunlarında bu hak ve hürriyetlerin sayılması, vatandaşlara tanındığının bildirilmesi, hukuk Devlet'i rejimine geçebilmek için yetmez. Hukuk Devlet'i, yüklediği mükellefiyet ve vecibelerin karşılığı olarak vatandaşlara tanıdığı hak ve hürriyetlerin inancalarını da göstermek, başka bir deyişle, adı geçen hak ve hürriyetlere yapılacak tecavüzlerin önlenmesini sağlayacak ve ister özel kişilerden, ister Devlet organlarından gelsin, bütün tecavüzlerin yaptırıma bağlanmasını mümkün kılacak tedbirleri de almak zorundadır. Örneğin, anayasanın «konuta dokunulamaz» veya «basın hürdür, sansür edilemez» yahut «herkes kanun önünde eşittir» demesi yetmez. Konut dokunulmazlığının, basın hürriyetinin, kanun önünde eşitliğin inancalarının da mevzuatta yer alması gerekir. «Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini yahut değiştirilmesini önlemek için yargıç kararı ile tutulabilir», «kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkça gösterdiği hallerde usûlüne göre verilmiş yargıç kararı olmadıkça kayıtlanamaz» şeklinde hükümlere anayasalarda yer verilmesinin sebebi, diğer bir çok hak ve hürriyetlerin önşartı olan kişi dokunulmazlığının bir inancaya bağlanması isteği ve zaruretidir. Aksi takdirde, adı geçen dokunulmazlık ve hürriyete, özellikle Devlet eliyle yapılacak müdahalelerin önlenmesi, hiç değilse kayıtlanması mümkün olmazdı. Fakat, vatandaşın haksız surette tutulup yakalanarak hür-

riyetinden yoksun bırakılması sonucunu doğuran kamu müdahalelerini önlemeğe, yukarıda temas ettiğimiz çeşitli sebepler yüzünden, böyle bir inanca da yetmemekte ve vatandaş bazı olup bittilerle karşı karşıya kalmaktadır. İşte bu yüzden, sözü geçen olup bittilerin kişi hürriyet ve onurunu zedeleyici ve kişinin ve yakınlarının mameleki menfaatlerine zarar veren tesirlerini mümkün mertebe ortadan kaldırmak, haksız ve adaletsiz bir duruma son verilebilmek üzere Devlet'in işe karışması şarttır.

Gerçekten, hukuk Devlet'i, kanunlara bağlı, haksızlık ve adaletsizlikle savaşıyor bir müessese olmak durumundadır. Mahkûmun uğradığı cezadan, tutuklu kaldığı süreyi indirmeğe bizi zorlayan adalet duyguları, bir ceza görmemiş ve haksız olarak tutulmuş sanığın zararlarının giderilmesine de zorlamalı ve bu problem, herhangi bir teorik esas bulunamasa bile, işaret ettiğimiz adalet ve hakkaniyet ilkelerine dayanılarak çözümlenmelidir (52). Zissiadis'in dediği gibi, bir hukuk Devlet'inde, Devlet'in bütün işlemleri hukuk kurallarına uygun olarak yapılmalı ve Devlet, bizzat koyduğu hukuk kurallarına değer vererek kendi kendini sınırlamalıdır. Devlet, bu esaslara riayet etmemiş, örneğin, haksız bir tutma kararı vermişse, bu kararın zararlı sonuçlarını sadece ona maruz kalmış bulunan kimsenin omuzlarına yüklemek doğru olmaz. Hem hukuk Devlet'i kavramı hem kamu dâvasının toplumun menfaatine açılmasında kaynağını bulan yüksek adalet ilkeleri, Devlet'in, zararları karşılamaı zarureti doğurur (53).

Kurucu Organ, Anayasa'nın 30. maddesinin gerekçesinde, «Sonuncu fıkradaki tazminat hükmü de şahıs dokunulmazlığı hak-

(52) Memleketimizde GÖLCÜKLÜ de aynı kanaattadır. Yazar, eserinde şöyle diyor: «... Hukuka bağlı Devlet telâkkisinin kabulü, Devletin kanunla bağlı olmasını ve haksızlıkların savunucusu durumuna düşmemesini icap ettirir. Mahkûmun cezasından mevkufiyet müddetini düşmeğe bizi icbar eden adalet ve hakkaniyet duygusu, cezaya hüküm giymemiş sanığa da bir tazminat ödemeğe bizi zorlamayacak mıdır? Keza, iddia edildiği gibi, toplum menfaatine mevkuf kalmış olan sanığın bu fedakârlığını nazara almamak yerinde bir hareket midir?... Kanaatımızca, tazmin prensibinin hukuki dayanağı, mücerred bir kaideden ziyade, yukarıda belirttiğimiz adalet ve hakkaniyet duygusu olmalıdır.» *op. cit.*, sh. 175.

(53) ZISSIADIS, *op. cit.*, sh. 283.

kında konulmuş olan yukarıdaki hükümlerin ciddiye alınılmasının kaçınılmaz müeyyidesi ve adaletin zarurî bir neticesi olarak kendisini kabul ettirmektedir» demek suretile tazminat ilkesinin dayanağını, hukuk Devlet'i kavramı ile adalet duygusunun teşkil etmekte bulunduğunu açıkça göstermiştir.

VII. Şu noktayı hemen belirtelim ki, tazminat müessesesine hukukî dayanak olarak adalet duygusu ve hukuk Devlet'i kavramı esas alındıktan sonra, onun alanını yalnız haksız olarak tutulmuş olan kimselere hasretmek doğru değildir. Ceza soruşturması sırasında yakalanan, fakat suçluluğu sabit olmayan sanığın da bu imkândan faydalanması lâzımdır. Zira, bu halde de, adalet duygusundan vazgeçilmedikçe giderilmesi gereken bir haksızlık vardır. Memleketimiz bakımından, Yeni Anayasa'nın 30. maddesi hükmü karşısında başka bir şekilde düşünülebileceğini sanmıyoruz. Çünkü, 30. maddenin son fıkrasındaki hüküm, hem tutma yetkisi ve şartlarını, hem yakalama yetkisi ve şartlarını düzenleyen fıkralardan sonra gelmektedir. Şu halde, tazminatla ilgili tatbikat kanunu hazırlanırken, kesin hükümden evvel vuku bulan hürriyet kısıntıları arasında tutma halleriyle birlikte yakalamaları da nazara almak gerekecektir (54).

Acaba, soruşturma sırasında şûurunun incelenmesi için müşahede altına alınan veya hakkında ihzar müzekkeresi kesilerek bir süre tutuklu kalan ve soruşturma sonunda suçluluğu sabit olmayan sanığa da tazminat verilmesi gerekir mi? Bazı yabancı memleketlerin mevzuatında olumlu hâl tarzlarına rastlıyoruz. Örneğin, suçlu olmadıkları halde tutulmuş olanlara verilecek tazminat hakkındaki 14.7.1904 tarihli Alman kanununa göre, haklarında ceza mahkemelerince, beraat veya muhakemenin men'i kararı verilen ve böylelikle sorumsuzlukları belirmiş olan veya suçlulukları sübuta varamayanlar, eğer soruşturma sırasında tutulmuşlarsa bu tutukluluk hali için Devlet'ten tazminat isteyebilirler. Tutma kavramı, geçici olarak bir müesseseye konulmak kavramını da içine alır (55).

(54) 1956 yılında M. Ali Sebük tarafından yapıldığına işaret ettiğimiz kanun teklifinde bu noktaya hiç dokunulmamış, sadece, tevkifden ve «tevkifin yersizliği» nden söz açılmıştır. Mad. 1 - 2.

(55) SCHWARZ, Otto. Alman C. M. U. K. Şerhi (terc. R. Taşkın), Ankara, 1939. sh. 804 - 5.

Aynı kanun, bir ihzar müzekkeresiyle veya muvakkat yakalama sonunda hürriyetleri kayıtlanan kimselere de tazminat isteyebilme hakkını tanımış, fakat, bunu yaparken ortalama bir hareket tarzı seçerek, adı geçen hallerde böyle bir talepte bulunabilmeyi, muvakkat yakalama veya ihzarın, sonradan bir tutma müzekkeresinin verilmesine müncer olması şartına bağlamıştır (56). Bu sebeple, muvakkaten yakalanan veya ihzar edilen kişi, önüne getirildiği yargıç tarafından salıverilecek olursa, diğer şartlar bulunsa bile tazminat isteyemeyecektir.

Kanaatımızca, muvakkat yakalama ve ihzar konusundaki ihtirazi kayıtları hariç, Alman kanununun sisteminin kabulü doğru olur. Çünkü, teknik yapılarının ve tabii buldukları rejimin tutmadan farklı olmasına rağmen, adı geçen hallerde de, kişi hürriyetinin, haksızlığı sonradan anlaşılan bir kayıtlanması bahis konusudur. Kanundaki ihtirazi kayıtları da aynı gerekçe ile reddediyoruz.

VIII. Çözülmesi gereken diğer bir önemli problem de şudur : tazminat kime ödenecektir ? Bu soruyu, «tazminat, haksız olarak tutulan veya yakalanana verilir» diye cevaplandırmak mümkünse de, bu, tatmin edici bir cevap olmaz. Çünkü, önemli olan nokta, tutma ve yakalamamanın ne zaman haksız sayılacağıdır. Şunu hemen söyleyelim ki, haksızlığın önşartı, tutulan veya yakalanan kimse hakkındaki soruşturmanın sona ermiş ve bu kimsenin tahliye edilmiş olmasıdır. Ancak bu önşart mevcut ise, sona eren tutukluluk veya yakalamamanın haksız olup olmadığının münakaşasına geçilebilir. Acaba, soruşturmayı sona erdiren her karar tutmanın haksızlığına bir karine teşkil eder mi ? Kararların teker teker ele alınması suretile doğru bir sonuca varılabileceğini sanıyoruz. Sanık hakkındaki soruşturma şu kararlardan biri ile sonuçlanmış olabilir : mahkûmiyet, beraat, son soruşturmanın açılmasına mahal olmadığı kararı, takipsizlik kararı, ölüm, af, şikâyetten vazgeçme, zamanaşımı dolayısıyla dâvamanın düşmesi kararı.

1) *Mahkûmiyet* : Ceza soruşturması sırasında tutulan bir kimsenin mahkûm edilmesi halinde, tutma vs. nin haklı bir sebebe dayandığı açıkça ortaya çıkmış olacağına göre, mahkûm tazminata hak kazanamayacaktır. Fakat, tutuklu kaldığı süre, mahkûmiyet

(56) SCHWARZ, *op. cit.*, sh. 307.

süresinden fazla olan veya sadece para cezasına hüküm giyen sanık için de aynı şey söylenebilir mi? Kanaatımızca, burada da giderilmesi gereken bir haksızlık mevcut olduğu cihetle, mahkûma tazminat verilmesi esasının kabulü doğru olur. Gerçekten, bu gibi hallerde, lüzumundan fazla devam etmiş olan tutukluluk halinin, hiç olmazsa, süresi itibarile haksız olduğu muhakkaktır.

Cezası tecil edilen veya adli tevbihe tabi tutulan kimse tazminat isteyebilecek midir? Biz isteyemeyeceğini sanıyoruz. Çünkü, gerek tecil gerek adli tevbih kararı, mahiyetleri icabı faile önce bir cezanın tâyinini, başka bir deyişle, sanığın mahkûm edilmesini gerektirirler (T. C. K. m. 26 ve 89). «Yargıç cezaya hükmeder ve tecile karar verir. Bu karar, ceza infazının geciktirilmesi hususunda kanunun yargıca tanıdığı bir yetkiye dayanır. O halde, tecil kararı, kesinleşen hükümlerin infazını durduran kanunî sebeplerden biridir» (57). Aynı husus, adli tevbih için de variddir. Zira, «... mahkemenin, hükmünde, evvelâ, sanki adli tevbihe karar verilmemişcesine cezayı tâyin etmesi lâzımdır. Çünkü, bu ceza yerine adli tevbih yapılacaktır», «... hükmün kesinleşmesinden evvel adli tevbih yapılamaz» (58). Bununla beraber, tecil edilen veya adli tevbihe tabi tutulan mahkûmiyet süresi, tutukluluk süresinden daha az ise, mahsuptan arta kalan süre için mahkûma tazminat verilmesi esasına taraftarız.

2) *Beraat, son soruşturmanın açılmasına mahal olmadığı ve takipsizlik kararları*: Bazı kanun ve projelerde, tazminatın, haklarında beraat veya son soruşturmanın açılmasına mahal olmadığı kararları verilen kimselere ödeneceği hususu tasrih edilmiş ve takipsizlik kararı ile ceza takibatından kurtulanlar bu imkânın dışında bırakılmışlardır (59). Kanaatımızca, bu gibi hallerde de tazminat ödenmesi lâzımdır. Çünkü, beraat ve son soruşturmanın açılmasına mahal olmadığı kararı gibi takipsizlik kararının verilmesinin sebebi de, sanığın suçluluğunun isbat edilememiş olmasıdır. Takipsizlik kararlarının, tazminat esası dışında bırakılmasında şu

(57) EREM, Türk Ceza Hukuku, sh. 268 - 9.

(58) EREM, op. cit., sh. 230.

(59) Örneğin, 1904 tarihli Alman Kanunu ve M. Ali Sebük'ün 1956 tarihli kanun teklifinin 1. maddesine göre, tazminat, tutuktan sonra beraat eden veya muhakemesinin men'ine karar verilen kimselere ödenir.

endişe rol oynamış olabilir: Takipsizlik kararları kesin değildir. Yeni deliller ortaya çıktığı takdirde savcı takibata tekrar başlayabilir. Ancak, bu bir sakıncaysa, son soruşturmanın açılmasına mahal olmadığı ve beraat kararları için de variddir. Zira, adı geçen kararlar da, yeni deliller ortaya çıkıncaya kadar birer kesin hüküm mahiyetindedirler (60). Kaldı ki, 1904 tarihli Alman kanununda yer alan bir esas mevzuatımıza nakletmek suretile, Devlet'in uğrayacağı muhtemel zararların giderilmesi imkânı sağlanmış olur. Adı geçen kanunun 5. maddesine göre, beraat etmiş veya hakkında son soruşturmanın açılmasına mahal olmadığı kararı verilmiş olduğu için tazminat talebi kabul edilen kimse aleyhinde muhakemenin iadesi yoluna gidilir veya yeniden dâva açılarak soruşturmanın açılmasına mahal olmadığı kararı ortadan kaldırılırsa, Devlet'i tazminata mahkûm etmiş olan karar hükümsüz kalır ve o zamana kadar ödenmiş olan tazminat geri istenebilir (61). Takipsizlik kararı ile tutukluluk halleri sona eren veya tutulup tahliye edildikten sonra haklarında takipsizlik kararı verilenlere de tazminat ödenmesi esasının memleketimizde kabulünde zaruret vardır. Bir kere, takipsizlik kararları sebebiyle tahliye edilenlerin sayısı önemli bir yekûna ulaşmaktadır. Diğer taraftan, yeni Anayasa'nın bu konuda Devlet eliyle yapılan her türlü haksızlığı gidermeğe matuf olan ve istisna tanımayan hükmü karşısında başka şekilde düşünmeğe imkân yoktur.

Şu halde, Ceza soruşturması sırasında tutulmuş olan sanık, ister beraat etmiş olsun, isterse hakkında muhakemenin men'i veya takipsizlik kararları verilmiş bulunsun, tutuklu kaldığı süre için Devlet'ten tazminat isteyebilmelidir.

Bazı yazarlar, bir sanık hakkında adı geçen kararlardan birisinin verilmiş olmasının her zaman tutmanın haksızlığını göstermeyeceği kanaatindeydiler. Onlara göre, beraat, muhakemenin men'i ve takipsizlik kararlarının verilmiş sebepleri üzerinde durmak lâzımdır. Eğer bu kararlar, sanığa isnad olunan fiilin suç teşkil etmediğinin veya sanık tarafından işlenmemiş olduğunun anlaşılması gibi gerekçelere dayanıyorlarsa, sanığın suçsuzluğu ile beraber tutma veya yakalamanın haksızlığını da ortaya koyarlar. Oysa ki, bir ki-

(60) TANER, *op. cit.*, sh. 8.

(61) SCHWARZ, *op. cit.*, sh. 809.

sım beraat vs. kararları, sanığın suçsuzluğu, tutma veya yakalamanın haksızlığı konusunda kesin bir fikir vermekten uzaktırlar. Değil yetersizliği sebebiyle verilen kararlar örnek olarak gösterilebilirler. Sanığın, bizzat kendi kusuruyla tutma kararının verilmesine sebep olduğu olayları da unutmamak gerekir. Bu itibarla, tahliye edilen herkese değil, suçsuzlukları, hiç bir şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konmuş ve tutmaya kusurlu hareketleri ile sebebiyet vermemiş olanlara tazminat ödenmelidir (62).

Kanaatımızca, hangi sebebe dayanırlarsa dayansınlar, beraat, muhakemenin men'i ve takipsizlik kararları ile sona eren soruşturma sırasında verilen bütün tutma kararları haksız olup tazminat talep etme hakkını doğururlar. Çünkü, sanık hakkında verilen beraat v. s. kararı, bir yandan onun suçluluğunun tesbit edilemediğini gösterirken, diğer yandan, önceden verilmiş tutma kararlarını haksız birer tasarruf haline getirir. Beraat kararının şu veya şu sebebe dayanmasının, doğuracağı sonuçlar bakımından önemi yoktur. Bir ceza mahkûmiyeti verilmediğine göre, sanık mutlaka suçsuz sayılmalıdır. Zira, mahkûm edilemeyen her sanığın suçsuz sayılması, istisnası olmaması gereken bir kuraldır (63). Böyle bir kimse hakkında, beraat v. s. kararının verilmesiyle suçsuzluk karnesi büsbütün kuvvet kazanır. Haksız tutulma sebebiyle tazminat verilmesindeki amaç, bir adli hatanın tamirinden ibaret olsaydı, yalnız suçsuzlukları kesin surette anlaşılmış kimselerin tazminattan faydalanması gerektiği iddiası belki kabul edilebilirdi. Ancak, haksız tutulanlara tazminat ödenmesindeki tek amaç, tutukluluktan mütevellid zararların ödenmesi değildir. Bununla, haksız tutma kararlarını önlemek de istenmektedir (64). Diğer taraftan, beraat v. s. kararları, sebeplerine göre bir ayrıma tabi tutulurlar ve tazminat, yalnız suçsuzluğun kesin surette anlaşıldığı hallerde verilirse bundan, giderilmesi zor bazı fiilî sakıncalar doğar. Bir kere, beraat etmiş bir kimseden, tazminat alabilmesi için suçsuzluğunu isbat

(62) TANNER, *op. cit.*, sh. 9 - EREM, *op. cit.*, IV. sh. 4 - 5 - 6. MACALUSO, Giovan Battista. La protection de la liberté individuelle pendant l'instruction. Rev. int. dr. pén. 1953, sh. 963.

(63) KUNTER, *op. cit.*, s. 43 - WAIBLINGER - LANG - JATON, La protection de la liberté individuelle durant l'instruction. Rev. int. dr. pén. 1953, sh. 253 - 4.

(64) GÖLCÜKLÜ, *op. cit.*, sh. 178.

etmesini istemek büyük haksızlıktır. Çünkü, suçsuzluğun isbatı son derece güçtür. Aksini, savcının, bütün çabasına rağmen isbat edemediği bir hususun gerçekliğinin gösterilmesi mecburiyeti beraat etmiş olan şahsa niçin yüklensin? Kaldı ki, sadece suçsuzluğu kesin olarak bilinen kimselere tazminat verilmesi esasının kabulü, suçsuz olanlarla suçsuzluğu şüpheli görülenlerin adalete uygun olmayan bir şekilde ayrılmasına, güvensizlik, karışıklık ve keyfilige götürür. Zaten, tazminat ilkesine muhalif olanların dayandıkları en kuvvetli gerekçe, ilkenin bu şekilde haksız bir sonuç yaratmağa elverişli yapısı değil midir?

Bununla beraber, bazı yazarlar, bu muhakeme tarzının sonuna kadar götürülmesi halinde otomatik tazmin esasına varılacağını ileri sürerek, tutmanın haksızlığının tâyin ve tesbitinde ortalama bir hâl çaresi teklif etmektedirler. Bunlara göre (65), beraat, muhakemenin men'i, takipsizlik kararlarından, sanığın suçsuzluğu kesin olarak anlaşılabiliriyorsa mesele yoktur; tazminata hükmedilir. Buna mukabil, sanığın suçsuzluğu ve tutma veya yakalama kararlarının haksızlığında herhangi bir tereddüt, şüphe varsa tazminat talebi hakkında karar verecek olan mahkeme, soruşturmanın yapıldığı sırada toplanan delillerle yetinmeyerek yeni soruşturmalar yapabilir. Yeniden yapılacak bu işlemler sonunda sanığın suçsuzluğu, tutmanın haksızlığı sonucuna varılırsa mesele çözülmüş olur; fakat, bu işlemlerle de olumlu veya olumsuz bir sonuca varılamazsa, tazminat talebini inceleyen mahkeme, vaktile yapılan soruşturmanın dosyasına bakar. Dosyanın içindekiler, o zamanki şartlar, tutma ile ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasını haklı gösterecek mahiyette ise, sanığın tutukluluğunun yersiz olmadığını kararlaştırır. Aksi takdirde, yani, dosyadaki bilgiler, tutma kararının acele, telâs veya işgüzarlıkla verildiğini yahut tutma yetkisinin, kanundaki dayanağı dışında kullanıldığını gösteriyorsa, tutma veya yakalamanın haksız olduğunu kararlaştırılması lâzımdır. Çünkü, bu halde, «sanığın hakikaten masum olduğundan şüphe edilse bile mevkufiyet yersizdir» (66).

Bir yazımızda, biz bu görüşe taraftar olduğumuzu belirtmiş-

(65) GÖLCÜKLÜ, op. cit., sh. 179 - 180.

(66) GÖLCÜKLÜ, op. cit., sh. 180.

tik (67). Fakat, problemi daha yakından ele aldığımızda, özellikle, mahkûm edilemeyen her sanığın suçsuz sayılması gerektiği yolundaki ana kural karşısında bu arabulucu anlayışa dahi yer verilemeyeceği ve beraat eden veya hakkında muhakemenin men'i yahut takipsizlik kararı verilen her sanığın, tutuklu geçirdiği süre için tazminat isteyebileceği kanaati bizde yerleşti, adı geçen görüşün de sakıncalar doğurmağa elverişli olduğu fikri daha açık bir şekilde belirdi. Gerçekten, Gölçüklü'nün teklifi gibi, tazminat talebini inceleyecek mercie, soruşturma sırasında takdir edilmemiş yeni deliller arayıp bulmak ve incelemek yetkisi tamnacak olursa kesin hüküm müessesesi yok edilmiş olmaz mı? Diğer taraftan, adı geçen talebi ele alacak olan mahkeme, araştırmayı bizzat yürüten yargıç veya muhakemenin yapamadığı bir şeyi yapmakta, başka bir deyişle, dosya mündericatinin, o zamani şartlar altında tutma kararının verilmesini haklı gösterecek mahiyette olduğunu veya bunun aksini tesbitte ne dereceye kadar isabetli sonuçlara varabilecektir? Evrak üzerinde yapacağı inceleme kendisine ne derece faydalı olabilecektir? Bütün bunlar, cevaplandırılması gereken sorulardır ve kanaatımızca bu işin tatmin edici bir şekilde yapılması çok zordur. Hâl böyle olunca, soruşturma sırasında tutuklu kalıp da, hakkında beraat, muhakemenin men'i veya takipsizlik kararı verilen herkese, bu kararlar hangi sebebe dayanırlarsa dayansınlar, tazminat ödenmesi gerektiği hususu teyide değer bir kural olarak belirlemektedir.

Yeni Anayasa hükmü karşısında da bu görüşümüzün kuvvet kazandığını sanıyoruz (68).

3) *Kamu dâvasını düşüren sebepler*: Türk hukukuna göre kamu dâvasını düşüren sebepler, sanığın ölümü, af şikâyetten vazgeçme, zamanaşımı ve ön ödemedir. Hakkındaki ceza dâvası bu sebeplerden biriyle düşen kimseye acaba haksız tutma tazminatı verilmeli midir?

Bu konuda şöyle düşünülebilir: ceza hukukunun ana kurallarından birine göre, kesin bir hükümle mahkûm edilmedikçe herkes suçsuz sayılır. Dâva, düşünce ceza soruşturması, kesin bir mah-

(67) ALACAKAPTAN, Uğur. Haksız tutma ve yakalama halleri. Öncü, 27.4.1961.

(68) Anayasanın 30. maddesinin gerekçesine bakınız.

kûmiyetle sonuçlanmamış olacaktır. Binaenaleyh, bu gibi hallerde de, sanığa (eğer evvelce tutulmuş ise) haksız tutulan diğer kimse-ler gibi tazminat vermek gerekir. Temas ettiğimiz bu görüş eleştiri-lererek denilmiştir ki : eğer soruşturma, kamu dâvasını düşüren bir sebebin zuhuru dolayısıyla sona ermişse, soruşturma sonunda tutulmuş bulunan sanığın tutukluluğunun hakkı veya haksız oldu-ğunu gösterecek bir ölçü bulunamaz. Binaenaleyh, tutma kararla-rının haksız olarak verilmediklerini kabul etmekte isabet var-dır (69). Cezayı düşüren sebepler veya ceza verilmemesi sonucu- nu doğuran haller bakımından da aynı şekilde düşünmek lâzım- dır (70).

Kanaatımızca, bu konuda varılacak sonuç, dâvayı düşüren se- bebe göre farklı olabilir. Dâva, sanığın ölümü dolayısıyla düşmüşse, sanığın mirasçılara, tutuklu kaldığı süre için tazminat verilmeme- lidir. Hernekadar, soruşturma sonunda sanığın suçluluğu, bilneti- ce, tutmanın haklılığı kesin olarak anlaşılammışsa da, dâvanın bu tarzda sonuçlanmasından suçsuzluk ve tutmanın haksızlığı sonu- cuna da varılmamıştır. Kesin hükümle mahkûmiyet vuku bulun- caya kadar sanığın suçsuzluk karinesinden faydalanacağı şeklinde- ki genel kurala bu halde de başvurulması aşırı bir ferdiyetçilik ola- caktır.

Dâvayı düşüren sebep genel af ise problem şöyle çözülebilir : af kanunları sanıklara genel olarak affı kabul etmeme hakkını ta- nırlar (71). Sanık affı kabul etmemiş ve devam eden dâva beraati ile sonuçlanmışsa, tutuklu kaldığı süre için tazminat hak kazanır. Buna mukabil, dâva mahkûmiyete müncer olmuş veya sanık, affı kabul etmeme hakkından faydalanmak istememişse kendisine taz- minat ödenmez.

Şikâyetten vazgeçme konusunda da aynı esaslara bağlı kalmak mümkündür. Vazgeçmenin, onu kabul etmeyen sanığa tesiri yok- tur. Sanık vazgeçme teklifini reddetmiş ve dâva sonunda beraati- na hükmedilmişse tazminat hükmünün uygulanmasını istemesi ta-

(69) KUNTER, *op. cit.*, sh. 43.

(70) KUNTER, *op. cit.*, loc. cit.

(71) Örneğin, 113 sayı ve 28.10.1960 tarihli Af Kanunu, madde: 1/A.

biidir. Vazgeçme teklifi kabul edilmiş veya dâva mahkûmiyetle sona ermiş bulunuyorsa tazminat talebi kabul edilmemelidir (72).

Dâvayı zaman aşımının düşürmesi halinde bazı tereddütler doğmaktadır. Biz, bu tereddütlerin, tazminat müessesesini düzenleyecek tatbikat kanununa, sanığa zaman aşımı hükümlerinin uygulanmayarak dâvaya devam edilmesini isteyebilmek hakkını tanıyan bir hükmün konması ile giderilebileceğini sanıyoruz. Böylelikle, af ve şikâyetten vazgeçmede olduğu gibi, gerçeğe daha yakın bir sonuca varmak inkâmı elde edilecektir.

Ön ödeme ile dâva ortadan kaldırılmışsa sanığa tazminat ödenemeyeceği tabiidir. Zaten, sadece para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı sanığın tutulması da çok uzak bir ihtimalkdir.

IX. Tazminat Talebinin Kabul Edilemeyeceği Haller :

Sanık, kasıtlı bir hareketi yahut ağır bir kusur ve ihmali yüzünden tutukluluğa sebep olmuşsa tazminat talebi kabul edilmemelidir (73). Örneğin, sanık, bir yakınını kurtarmak için bir takım deliller uydurarak suçlu olduğu kanaatını yaratmış ve bu kanaata müsteniden tutulmuşsa, ileride beraat ettiği takdirde tazminat hakkından faydalanamaması kadar tabii bir şey olamaz. Doktrin ve mevzuat bu konuda ittifak halindedir. 1904 tarihli Alman kanununa göre, «eğer mevkufiyete, mevkuf kasden sebebiyet vermiş veya hut ağır bir ihmal ve kusuruna müstenid bulunmuş ise zarar ve ziyan talep edemez» (74). İsviçre Kanton Usûl kanunları da, sanık, tutukluluk halinin meydana gelmesine bizzat kendi kusuru veya hafifliği ile sebep olduğu takdirde mahkemeye, tazminat talebini reddetmek hakkını tanımaktadırlar (75).

(72) PURA, şikâyetten vazgeçmede tazminata yer verilecek olursa, «sanığı affeden müştekinin, sanığın ayrıca bir tazminata müstahak olmasını istememesi ve sırf bu sebeple şikâyetten vazgeçmelerin azalması» sonucunun doğacağı fikrindedir. a. g. seminer, sh. 10.

(73) EREM, op. cit., IV, sh. 4. - TANER, op. cit., sh. 4 - GÖLCÜKLÜ, op. cit., sh. 180. - SCHWARZ, op. cit., sh. 806. - BELGESAY, oy. cit., sh. 42.

(74) SCHWARZ, op. cit., loc. cit.

(75) İsviçre Federal C. M. U. K. mad. 122/1, Zürich, 43, Bale, 82, Bern, 202.

Bazı kanunlarda, soruşturmanın konusunu teşkil eden fiilin, haysiyet ve şeref kırıcı, gayri ahlâkî olması, tutuklunun, tutulduğu sırada medenî haklardan mahrum veya polis nezaret altında bulunması, yahut evvelce ağır hapis cezasına mahkûm edilmiş olması gibi sebeplerin mevcudiyeti halinde, tazminat talebinin reddedileceğine dair hükümler vardır (76). Kanaatımızca, sanığın fiilinde veya şahsında bu sebeplerden birinin veya birkaçının varlığı, tazminat hakkını ortadan kaldırmayı haklı göstermez. Sanığa, o soruşturma ve dâva ile ilgili bir kusur veya kasdın atfı mümkün olabilmelidir ki, tazminat talebinin reddinden bahsedilebilsin (77).

Kusur karşılıklı ise, yani, hem sanık hem soruşturmayı yapan makamlar kusurlu davranmışlarsa ne olacaktır? Biz, sanığın hissesine düşen kusur nisbetine göre, tazminat talebinin red veya kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

X. Tazminatın Ölçüsü :

Haksız olarak tutulana verilecek tazminatın miktarını tâyine yarayacak ölçü, tartışmalara vücut vermiş olan bir konudur. Bir fikre göre, her türlü suiistimali önleyebilmek ve Devlet hazinesini, karşılanması zor talepler karşısında bırakmamak için tazminatın aşağı ve yukarı haddini çizen bir ölçünün tâyin ve tesbitinde zaruret vardır (78). Hernekadar, ferdin, eski halin iadesini istemeğe haklı olduğu hususu inkâr edilemezse de, haksız tutulma sebebiyle uğranan zararların hepsinin kesin bir hesabını yapmaktaki güçlük de aşıkârdır. Binaenaleyh, kanun koyucu tarafından yapılacak tek şey, verilecek tazminata belli bir sınır koymaktan ibaret olmalıdır. Bu sınır, hem ferdi, uğradığı zararlar bakımından tatmin edilecek hem temas edilen güçlükleri ve toplum menfaatini gözetecek bir mahiyet taşır. Zaten, haksız olarak tutulmuş veya yakalanmış kimseyi daha ziyade ilgilendiren şey, kendisine şu veya bu meblâğın ödenmiş olması değil, istenmeyen bir zararın ödenmesi için

(76) SCHWARZ, *op. cit.*, sh. 807.

(77) Aynı manada GÖLCÜKLÜ, *op. cit.*, loc. cit.

(78) BELGESAY, *op. cit.*, loc. cit. - EREM, Ankara. Baro Derg. 1956, sh. 86 - TANER, *op. cit.*, sh. 10. - WARLOMONT, René. Rapport complémentaire sur l'indemnisation des inculpés indûment détenus ou mis en observation. Rev. dr. pén. e de crim. 1933, sh. 166 - 7.

toplumun resmî yollardan gayret sarfetmiş ve bu gayretin semere vermiş olmasıdır (79).

Diğer bir fikre göre, kaza organlarının layık veçhile işleme-
mesi yüzünden ferdin maruz kaldığı bütün zararların ödenmesin-
de zaruret vardır (80). Yabancı mevzuatta her iki fikrin de tesirle-
rine rastlamak mümkündür. Örneğin, İsviçre'nin Neuchatel Kan-
tonunda, haksız tutukluluk yüzünden sanığın uğradığı her türlü
zararın tazmini esası kabul edilmiştir. Buna mukabil, 1904 tarihli
Alman kanununa göre, tazminat, sermaye olarak 75000 veya sene-
lik gelir olarak 4500 markı geçemez (81). M. Ali Sebük, 1956 yı-
lunda hazırladığı kanun teklifi ile bu görüşün Türkiye'deki ilk tem-
sileisi olmuştur. Kanun teklifinin 2. maddesinin sondan bir evvelki
cümlesi şu hükmü koymaktaydı: «Bu tazminat miktarı, ceza ka-
nununun 19. maddesinin son fıkrasındaki emsali (1 gün için 3 TL.)
tecavüz edemez». Naklettiğimiz hüküm, ceza kanunu ile insicamı
muhafaza eylediği için uygun görülmüş olmasına (82) rağmen,
manevî kayıpları olduğu kadar maddî zararları da karşılamak du-
rumunda olan tazminat müessesesinin uygulanmasında daha yük-
sek bir yukarı haddin kabulünün daha yerinde olacağı gerekçesi
ile eleştirilmiştir (83).

Kanaatımızca, tazminatı belli sınırlar içinde kabul eden görüş,
gerçeklerle daha kolay bağdaştırılabilir. Görüş taraftarlarının da
işaret ettikleri gibi, bir yandan, zararın kesin miktarını tâyindeki
güçlükler, diğer yandan, tazminat vermekle güdülen aslı gayeler-
den birisinin, zararın ödenmesine gayret edildiğini göstermek su-
retile ferdi manen tatmin etmek oluşu vâkıası nazara alınacak olur-
sa bu fikrin diğerine nisbetle daha cazip olduğu meydana çıkar.
Hele, yargıca, iki had arasında tanınacak takdir hakkı, haksız ola-
rak tutulan kimsenin, sosyal ve ekonomik durumunun nazara alın-
masını mümkün kılacak tarzda geniş olursa, tazminat müessesesi

(79) WARLOMONT, *op. cit.*, loc. cit.

(80) CLERC. De l'indemité pour détention injustifiée en droit ne-
uchatelois. Rev. Suisse de Jurisprudence. 1950. No. 13, sh. 270
den naklen GÖLCÜKLÜ, *op. cit.*, sh. 177. - WAIBLINGER -
LANG - JATON, *op. cit.*, sh. 254.

(81) SCHWARZ, *op. cit.*, sh. 808.

(82) EREM, *op. cit.*, sh. 12. - GÖLCÜKLÜ, *op. cit.*, loc. cit.

(83) PURA, *op. cit.*, sah. 12. GÖLCÜKLÜ, *op. cit.*, loc. cit.

büyük haksızlıklara meydan vermeden işleyebilecektir. Ancak, yeni Anayasa'nın, «... her türlü zararların Devletçe ödenmesini» emreden 30. maddesi hükmü karşısında sınırlı tazmin ilkesi bütün kuvvetini kaybetmektedir. Maddenin lâfzı o derece geniştir ki, kişinin maddî zararları yanında, talep edeceği manevî zararları da ödemek gerekecektir.

XI. Tazminata Karar Verecek Makam ve Usûl :

Tazminat ilkesinin carî olduğu memleketlerde tazminata resen karar verilmesi esasına yer verilmemiş, bu husus ilgilinin talebine bağlı bırakılmıştır. Bu yüzden, talep hakkında karar verecek bir mercie ihtiyaç vardır. Taleple birlikte ortaya çıkan ve halli gereken çeşitli meseleler bu ihtiyacı daha da kuvvetlendirirler. Talep hakkındaki kararın bir mahkeme tarafından verilmesi konusunda doktrin ve mevzuat hemen hemen oy birliği halindedir. Acaba bu mahkeme, hukuk mahkemesi mi, yoksa ceza mahkemesi mi olmalıdır? Tazminat kavramının Borçlar Hukuku ile yakın ilgisi göz önünde tutulduğu takdirde, tazminat talebi hakkındaki kararın hukuk mahkemesinde verilmesi uygun görülebilir. Ancak, tazminat kararının, mevcut bir ceza dâvasının dosyasının karıştırılmasından sonra verilebileceği ve bunun da ihtisas isteyen bir iş olduğu unutulmamalıdır. Bu itibarla, karar yetkisinin bir ceza mahkemesine verilmesi daha doğrudur. Zaten, ceza yargıcı çeşitli hallerde, aynı zamanda özel hukuku ilgilendiren hususları da karar altına almak yetkisine sahiptir (85). Kaldı ki, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, haksız tutma tazminatının esası, herhangi bir özel hukuk kuralı değil, hukuk Devlet'inin bağlı kalmak zorunda olduğu adalet ve hakkaniyet duygularıdır.

Tazminat talebi hakkındaki karar, tutma kararını veren ceza yargıcı veya mahkemesi mi yoksa onun dışında kalan adli bir makam mı vermelidir? Kanaatımızca, kaza organlarının tarafsızlığı ilkesinin zedelenmemesi için, tazminata karar verecek merci ile haksızlığı iddia edilen tutma kararını veren merciin farklı olması ge-

(84) PURA'ya göre, bir gün bile tutuklu kalana 50 TL. verilmeli, müteakip her gün için 5 TL. ödenmeli ve ödenecek meblâğ asla 2500 TL. nı geçmemelidir.

(85) Aynı manada, EREM, op. cit., IV. sh. 6 - GÖLCÜKLÜ, op. cit., sh. 180 - 1.

rekir (86). Gerçekten, «beraat veya muhakemenin men'i kararını veren yargıç, tazminat lüzumu, tazminatın miktarı ve hattâ tutmanın haksızlığı konularında asıl dâvanın tesiri altında kalabilir. Halbuki bu konular müstakilen nazara alınmalıdır. Diğer taraftan, aynı yargıcın, kendisinin haksız hareket ettiğini kabul etmesinde bazı güçlükler de yok değildir» (87).

M. Ali Sebük'ün kanun teklifinde bu yetki, tazminat isteyen kimsenin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesine verilmiştir. Ağır ceza mahkemesi bidayet mahkemelerinin en teminatlısı olması hesabına, hazırlanacak tatbikat kanununda da aynı hükmün yer almasında fayda görüyoruz. Ancak, her mahalde ağır ceza mahkemesi olmadığı hatırlanacak olursa, tazminat dilekçesinin, ağır cezaya gönderilmek üzere, talep sahibinin ikametgâhı adli mercilerine tevdiini mümkün kılacak bir hükmün ne kadar faydalı olacağı ortaya çıkar.

Müracaat için bir hak düşümü süresinin kabulünün de faydalı olacağını sanıyoruz. Bu süre, beraat, takipsizlik ve muhakemenin men'i kararları bahis konusu olduğunda, kararların kesinleşme tarihinden başlatılmalı, mahkûmiyet süresinin tutukluluk süresinden az olduğu hallerde de aynı şekilde hareket edilmelidir. Dâvayı düşüren sebepler bakımından ise, düşme kararının kesinleştiği anda süre işlemeğe başlamış olacaktır. Sürenin uzunluğu ile ilgili olarak çeşitli tekliflere rastlıyoruz. Sebük Projesi'nin 1. maddesinde 10 günlük bir süre kabul edilmiştir. Taner ise bu sürenin bir aya kadar uzatılmasının daha yerinde olacağı kanaatindedir (88). Biz her iki hak düşümü süresini de kısa buluyoruz. Yabancı memleketler mevzuatında daha uzun süreler yer almıştır. Üç aylık bir sürenin ihtiyaçları daha iyi cevaplandırabileceğini sanıyoruz. Kaldı ki, sürenin kısalığı, bir çok haklı taleplerin yerine getirilememesi sonucunu doğurabilir (89).

Kendisine talep vaki olan mahkeme, incelemeyi dosya üzerin-

(86) Aynı manada EREM, op. cit., loc. cit. - GÖLCÜKLÜ, op. cit., sh. 180.

(87) EREM, id.

(88) TANER, op. cit., sh. 8.

(89) Almanya'da üç aylık bir süre kabul edilmiştir. Bak. SCHWARZ, op. cit., sh. 809 - 10.

de yapar. Dilekçe sahibinin sunduğu delillerle dosya münderacatını inceleyerek ve daima, şimdiye kadar teklif ettiğimiz esaslara bağlı kalarak tazminat talebinin kabul veya reddi hakkında karar verir. Karardan evvel savcının da dinlenmesi yerinde olur. Karara karşı Yargıtaya başvurulabilmesi imkânını da tanımalıdır. Çünkü, bu kanun yolu, bazı boşlukların doldurulmasını temin bakımından faydalı olabilir (90).

Şunu derhal ilâve edelim ki, tazminat talebi kabul olunan kimse hakkında yeni delillerin ortaya çıkması üzerine muhakemenin aleyhe iadesi veya dâvanın yeniden başlaması kararlaştırılacak olursa, Devlet'i tazminata mahkûm eden karar hükümsüz kalmalı ve o zamana kadar ödenmiş olan meblâğ geri istenebilmelidir. Fakat, yeniden başlayan dâva beraat ile sonuçlandığı takdirde, tazminatın verilebilmesi için ikinci bir karara lüzum olduğu fikrine katılmıyoruz (91).

(90) GÖLCÜKLÜ, *op. cit.*, sh. 181.

(91) Bu fikir için bk. SCHWARZ, *op. cit.*, sh. 309.