

...AĞIR CEZA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA
Gönderilmek Üzere
...AĞIR CEZA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA

...

DOSYA NO

ŞÜPHELİ-SANIK :
VEKİLİ :
MÜŞTEKİ :
SUÇ : Banka Aracı Kılınmak Suretiyle Mütessesilen Dolandırıcılık
SUÇ TARİHİ :
TUTUKLAMA TARİHİ :
KONU : ...Ağır Ceza Mahkemesi'nin tarihli ara kararı ile müvekkilimiz şüpheli A.A.'ın tutukluluğunun devamına ilişkin karara karşı itirazlarımız hakkındadır.

***Tutukluluğun Devamına İlişkin Verilen
Karara Karşı İtirazlarımız***

1) Müvekkilimiz **A.A.** banka vasıta kılınmak suretiyle dolandırıcılık suçundan **21.04.2005 tarihinden beri tutuklu olup** halen Muğla Kapalı Cezaevinde tutukludur.

2) Müvekkilimiz ve diğer dava arkadaşları hakkında Muğla C.Başsavcılığınca düzenlenen iddianame içeriğine göre **tüm sanıklar hakkında uygulanması istenen sevk maddesi 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 64/1 maddesi yollaması ile aynı sayılı yasanın 504/3-80,522,40 maddeleri ile cezalandırılmaları istenmiştir.**

3) Müvekkilimiz şüpheli sanık **A.A.**'ın daha önceki celselerde **"suçun vasıf ve mahiyeti mevcut delil durumuna göre tutuk halinin devamına"** karar verildiği ve aynı gerekçe ile **22.09.2005 tarihinde tutukluluğun devamına karar verilmiş olup, duruşması 27.10.2005 tarihine bırakılmıştır.**

4) Daha önceki celseler itibari ile müvekkilimiz şüphelinin tutuk halinin devamı görüşünde bulunduğu, ancak son celse de sayın İddia Makamı **"delillerin toplanmış olmasına, sanıkların delilleri etkileme olanaklarının olmayışına, sabit ikametgah sahibi oluşlarına, tutuklulukta geçirdikleri sürelerle göre tahliyeleri"** görüşünde bulunmuştur.

5) 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanuna göre; sonu belli olmayan tutuklama süreleri sona ermiştir. **Bu yasaya göre; eğer ağır cezayı gerektirmeyen bir suçtan dolayı tutuklama yapılmışsa, tutuklama süresi en çok 6 ay olabilecek ve 6 aylık sürede zorunlu hallerde de en çok 4 ay uzatılabilecektir. Kişinin tutuklulukta geçen sürenin mahkumiyet süresinden daha çok olmasına yol açan veya neredeyse infaz yerine geçecek şekilde yapılacak düzenleme ve uygulamaya son verilmiş, evrensel Ceza Muhake-**

mesi kurallarından olan, "Adil Yargılanma" ilkesi gereğince eski uygulamaya son vermiştir. Bilindiği gibi yeni yasanın, gelinen noktada, özellikle Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde geçmişte olduğu gibi mahkûm olmasına yol açan düzenlemelere son verildiği açıktır.(CMK madde 102)

Kaldı ki; tutuklama ve kişi özgürlüğüne ilişkin olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinde **"herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır...belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz"** ana ilkesine de yer vermiştir.

"Avrupa Birliği Hukuku" normları çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarının, iç hukukumuzda benimsenip, içselleştirdiğimiz günümüz koşullarına göre, **ne yazık ki** şu düşüncemizi belirtmek zorundayız.

Son zamanlarda, Adalet Bakanlığının yayınlamış olduğu suç istatistikleri incelendiğinde, tutuklamanın gerekli olmadığı halde, bu tedbire sıklıkla başvurulduğu, tüm ülke genelindeki cezaevlerinde bulunan kişilerin **5/3** nün tutuklulardan oluştuğu görülmektedir. (Bakınız Ek-1'deki "1 Haziran Tarihi itibariyle Cezaevinde Bulunan Hükümlü ve Tutuklular" ve Ek-2 deki "Aylar itibariyle cezaevi nüfusu" başlıklı tablolar.)

Bu pencereden bakıldığında da; **"Tutuklama bir ceza yargılaması önlemi olarak hem gerçeği bulmaya yardım eden ve hem de kararların uygulanmasını sağlamayı hedef alan bir önlemdir. Bu bakımdan tutuklamanın üç amacı vardır: Birinci amaç, sanığın yargılama sırasında el altında bulunmasını sağlamaktır. Sanığın kaçmasının mümkün olduğunu gösteren kuvvetli olguların bulunduğu durumlarda, tutuklama yapıldığında, bu amaç ön plana çıkmıştır. (m.100/2). İkinci amaç ceza yargılaması organlarının yargılama konusu olayı ve buna ilişkin olguları sağlıklı biçimde saptamalarını sağlamaktır. Sanık "delilleri karartma" kuşkusunun varlığı nedeniyle tutuklandığında bu amaç göz önünde tutulmuş olur. (m 100/2). Tutuklamanın üçüncü amacı, cezanın yerine getirilmesini sağlamaktır. Verilen karar kağıt üzerinde kalacak olduktan sonra, yargılamaya gerek yoktur. Bunun önüne geçmek için sanık tutuklandığında, üçüncü amaca ulaşmak istenmiş olur.**

Tutuklama konusundaki normlar kişi-devlet ikilemi karşısında dengeyi korumak durumundadırlar. Ceza yargılaması toplumda suçun işlenmesiyle bozulmuş olan düzeni sağlamaya çaba gösterirken, kişinin çıkarlarını da gözetmek durumundadır. kişi devlete ve topluma feda edildiğinde, totaliter rejimler ortaya çıkar. Oysa kişinin toplumun amacını oluşturduğu düşünülmelidir. Bir hukuk devletinde kişi- devlet dengesi iyi biçimde sağlanmalıdır." (Kaynak: Prof Dr. Erdener Yurtcan, CMK Şerhi, 4. Bası, Kasım, 2005, Beta Yayınları, Sh. 244-245)

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 27.08.1992 tarihli Tomasi kararının** 84. paragrafında geçen şu değerlendirmeyi son derece önemseyeceğimizi ifade etmek istiyoruz.

Bu bağlamda, söz konusu mahkeme kararının ilgili bölümü şu şekildedir: **"Belirli bir olayda sanığın tutukluluğunun makul süreyi aşmasını güvence altına almak, öncelikle ulusal yargı**

makamlarının görevidir. Bu amaçla ulusal yargı yerleri, masumluk karinesine dikkat ederek, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan kamu yararı gereğinin var olduğu, hakkında lehte ve aleyhte ileri sürülen bütün koşulları incelemeli ve saliverilme talebi hakkında verdikleri kararlarda bunları göstermelidir. Esas itibariyle Mahkeme'den ulusal Mahkemelerin kararında verilen gerekçelere başvurusu tarafından saliverilme ve temyiz başvurularında belirtilen maddi vakalara dayanarak, Sözleşmenin 5/3 f.na bir aykırılık olup olmadığına karar verilmesini” istemektedir. (Kaynak: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları, Cilt,1, Doç. Dr. Osman Dođru, Beta Yayınları, Ekim 2002, İstanbul)

Aynı şekilde **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, W. İsviçre'ye karşı, 2.6.1993, paragraf 30 ve Labita-İtalya'ya karşı 06.04.2000, paragraf 151 ve Cesky-Çek Cumhuriyetine karşı, 6.6.2000 tarihli kararları da aynı düşünceleri yansıtmaktadır.**

“ AİHM ..., ulusal adli mercilerin bir somut olayda tutukluluk halinin makul süreyi aşmış aşmadığına karar verirken, suçsuzluk karinesinin göz önüne alınıp, kişi özgürlüğüne saygı ilkesine istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının kabul veya redde gerekçe teşkil edecek tüm koşulları araştırıp incelemesi gerektiğini belirterek, ilgilinin saliverilme istemine dair verdikleri red kararında da, reddin gerekçesini açıkça belirtmesi gerektiğini vurgulamıştır. “

“ Tutulan bir kişinin bir suç işlediğinde makul kuşku duyulmasındaki süreklilik, tutukluluğun devam etmesinin geçerliliği için olmazsa olmaz nitelikte bir koşuldur. Bununla birlikte, belirli bir sürenin geçmesinden sonra artık yeterli değildir. Bu nedenle Mahkeme, yargısal makamlar tarafından gösterilen diğer gerekçelerin özgürlükten mahrum bırakmayı haklı göstermeye devam edip etmediğini tespit etmelidir. Bu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” ise, Mahkeme, yetkili ulusal makamlarının, muhakemeyi icra ederken “özel bir özen” gösterip göstermediğini de belirlemelidir...” düşüncesi ile saptamada bulunmuştur. (İsmail Malkoç / Mert Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla, 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitapevi, 2005, Ankara)

6) Bu düşünce ve görüşten yola çıkıldığında tutuklamanın şartları, yeni Ceza Muhakemesi Kanununda, tutukluluğa ilişkin düzenleyici hükümleri gözetildiğinde;

A) Şüphelinin fail veya şerik (iştirakçi) olduğuna dair kuvvetli belirti bulunması,

İç hukuk hayatımıza girmiş bulunan **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin** yerleşmiş kararlarına göre, kuvvetli emarelerin varlığı her ne kadar tutuklama tedbiri için olmazsa olmaz şartlardan ise de tek başına tutuklama sebebi oluşturamaz. Şüphelide ayrıca suçluluğu hakkında kuvvetli belirtilerin bulunması gerekir. **Soyut şüphe tutuklama kararı vermek için yetmeyeceği gibi, tutukluluğun devamına da karine oluşturmaz.** Bir başka deyişle şüphelinin mahkûm olacağına dair Yargıçta veya Mahkemede kuvvetli bir şüphe ve kanaat oluşturması gerekir. Bu nedenledir ki; **yeni Ceza Muhakemesi Kanununun 100 maddesinde kuvvetli suç olgusunun varlığını gösteren olguların ve tutuklama halinin bulunması durumunda şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir hükmüne yer vermiştir.**

B) Ceza Muhakemesi Kanununun 100 maddesinde sayılan tutuklama sebeplerinin mevcut bulunması için;

1- Kaçma ve saklanma şüphesinin bulunması gerekir.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun 100/2-a başlığında “**şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa**” diyen başlığından da anlaşılacağı üzere **kaçmanın**; şüpheli veya sanığın, kasten adli makamların kendisini mahkemeye daveti veya diğer yargılama işlemlerinin gerektirdiği ölçüde hazır bulundurulmasını olanaksız kılması, kaçma, hem yurtdışına kaçmayı hem de bulunamayacağı bir yere gitmeyi ve saklanmayı içermesi gerekir.

Bu itibarla; müvekkilimiz şüphelinin; bu koşulları taşımadığı içerde kaldığı süre gözetildiğinde de artık kaçmasının, saklanmasının veya yurtdışına gitmesinin olanaksızlığı kendiliğinden anlaşılacaktır.

2- Delilleri karartma şüphesi; (CMK'nun 100 (2) b/1 delilleri yok etme gizleme veya değiştirme)

Bu bent içeriğine göre de; suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişinin delilleri yok etmesi, gizlemesi veya değiştirmesi olasılığı varsa tutuklanabileceğini öngörmektedir.

Dosyamızın geçirmiş olduğu tüm yargılama süreci çerçevesinde elde edilen tüm deliller değerlendirildiğinde; müvekkilimizin bu aşamadan sonra, olayın aydınlandığı ve delillerinde güvence altına alındığı anlaşıldığından, müvekkilimiz şüpheli **A. A.'ın delilleri karartma, delilleri yönlendirme tehlikesinden bahsedilemeyeceği açıktır.**

Ayrıca, yeni Ceza Muhakemesinin (CMK'nun 100/2, b/2) bağlamında da müvekkilimizin; **tüm tanıklar beyanları, mağdur ve müdahil anlatımları, mahkemece eksiksiz olarak saptandığına göre,** bu süreçten sonra **bu kişiler üzerinde herhangi bir telkinde bulunma veya baskı yapma girişiminden söz edilemeyeceği de açıktır.**

Bunun yanında; **tutukluluğa veya tutuk halinin devamına karar verme konusunda;** kişinin **kaçmak, saklanmak, delilleri gizlemek, değiştirmek ya da tanık ya da mağdurlara baskı yapma girişiminde bulunup bulunmayacağına bakılması gerekir.** Diğer yandan, işlenen suçun önemi ile verilecek tutuklama konusundaki karar, **kişinin özgürlüğünden yoksun kaldığı tutukluluk süresi ile birlikte değerlendirilip denge kurulması gerekir.**

C) Tutukluluğun veya tutukluluk halinin devamına dair verilen kararlarda **orantılılık ilkesine** uygun bulunmasının gözetilmesi gerekir.

Mahkemenizce bilindiği ve taktir edileceği üzere; **araçla amaç, yöntem ve hedef arasında bir orantı bulunması gerekir.** Soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya güvenlik tedbiri dikkate alındığında, tutuklama kararı veya tutukluluk halinin devamına karar verilmesi sonucunda haksızlığa sebep olacaksa veya tutukluluk yerine başka tedbirlerle yeni CMK'nun

kabul ettiği tedbirler bağlamında, örneğin **adli kontrol** yolu ile yargılamanın amacına ulaşılabilecekse, tutuklama kararı veya tutuk halinin devamına dair karar verilmemelidir. Bu nedenledir ki yeni CMK'nun **100 maddesinde "işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde"** tutuklama kararı verilemez hükmü konulmuştur.

7) Mahkemenin daha önceki ara kararlarında olduğu gibi 22.09.2005 tarihli ara kararının 2. bendinde müvekkilimiz ile ilgili olarak tutuk hali konusunda **"..suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumuna göre ..."** görüşü ile tutuk halinin devamına karar verilmiştir.

Oysa Anayasanın 141 maddesinin 3 fıkrasında **"..bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır"** ibaresi yer almaktadır. Doktrinde yer alan bazı görüşlere göre, her ne kadar gerekçeli karar hükmü zorunluluğunun yargılamayı uzattığı tartışılabilir, yeni CMK'nun **34 maddesinde, karşı oylarda dahil olmak üzere, yargıç ve mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması zorunluluğunu getirmiş olup hükme bağlamıştır.**

Tutuklama kararlarının gerekçeli olması, verilen kararların taraflarca ve kamu oyunca denetlenmesini sağlar, itiraz yoluna başvurulduğunda verilen kararın isabetli olup olmadığı konusunda, gerekçeler yol gösterici olup ve kanun yolu denetiminin sağlıklı olmasını sağlayacaktır.(Kunter/Yenisey, Muhakemesi Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Sahife 311) Tutuklama kararlarının gerekçelerinde hakim o kararı vermeye götüren sebepler açıkça yer almalıdır, tutuklama gerekçesi akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun olmalıdır.(Sedat Bakıcı, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanununun Genel Hükümleri, Sahife 1035) Gerekçe sayesinde verilen kararın yasal nedenlere dayanıp dayanmadığı anlaşılacağı gibi tarafların tutuklama nedeni konusunda bilgi edinip savunma yapma ve itiraz merciinin ise kararı denetleme yapabilmesi mümkün olacaktır. Gerekçe, kararın akla uygun çelişkisiz ve inandırıcı açıklaması demektir.(Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, Sahife 74)

Bu açıklamaların ışığı altında müvekkilimizin tutukluluğunun devamına ilişkin karar **objektiflikten uzak, soyut, gerekçesiz bir karardır.**

8) Aynı şekilde **765 sayılı yasada söz konusu fiilin ağır hapis olarak düzenlendiği, yeni yasada ise hapis cezasına çevrilmiş olduğu,** bu nedenle **müvekkilimiz hakkında 5237 sayılı yasanın 51. maddesi ile alt sınırdan hüküm kurulması halinde de verilecek cezanın mahkemenin taktir marjı içinde, ertelenmesi dahi olanaklı hale gelmiştir.**

9) Müvekkilimiz dosya içindeki mevcut belgeden anlaşılacağı üzere, mevcut işi nedeni ile taahhütlerini yerine getirememiş, bu nedenle de onarılması güç zararlara uğramıştır.

10) Yargılama süreci boyunca elde edilen deliller, müvekkilimizin aksi kanıtlanmayan savunması ve bunu destekleyen diğer deliller bağlamında, **suçun vasıf ve mahiyetinin büyük bir olasılıkla değişebileceğini düşünmekteyiz.**

Yargılama aşamasında bir önceki celsede de ifade ettiğimiz gibi müvekkilimiz ile katılan arasındaki ilişki, öncelikle **özel borç alacak ilişkisine** dayanan bir ilişkidir. Bir an için bu ilişkinin

özel hukuka ilişkin bir ilişki olmayıp cezalandırılmasını gerektirir bir fiil olduğunun düşünülmesi halinde, iddianamedeki sevk maddesi içeriğine göre, müvekkilimiz hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan ceza davası açılmış olmakla, **nitelikli dolandırıcılık suçunun unsuru olarak kabul edilen banka, özel bir banka (Ak bank) olması nedeni ile suçun sübutu halinde müvekkilimiz hakkında 765 sayılı TCK'nun lehe olan hükümlerinden olan 503. maddesinin uygulanmasının gerektiği düşüncesindeyiz.**

Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 15.06.2004 tarih 13656/5301 sayılı içtihadında belirtildiği üzere "...kamu kurumu sayılmayan özel banka ile gönderilen havaleler nedeni ile kamu bankasının vasıta olarak kullanılmadığı, eylemin TCK'nın 503/1 maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, kamu kurum ve kuruluşunun vasıta olarak kullanılarak banka kanalı ile havale çıkarıldığından bahisle, aynı kanunun 504/3 maddesi ile hüküm kurulması yasaya aykırı ..." yolundaki içtihadının, bu görüşümüzü desteklediğini düşünmekteyiz.

11) Mahkemenizce de bilindiği üzere, **yineleyecek olursak;** yeni **Ceza Muhakemesi Kanununda**, şüpheli ya da sanığın kaçması, saklanması ya da kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı, delilleri karartması ya da tanık, mağdur ya da başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulması durumunda tutuklamanın yapılabileceği, yine şüpheli ya da sanığın işlediği suçun sadece 7 seneden fazla cezayı gerektirmesi durumunda kişinin tutuklanabileceği, aynı şekilde tutuklama nedenlerinin CMK'nun 100. maddesinin 3. başlığında liste halinde düzenlendiği, listeye göre yeni TCK'da yer alan **soy kırım ve insanlığa karşı suçlar, kasten öldürme, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu ya da uyarıcı madde imal ve ticareti, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene karşı ve bu düzenin işleyişine karşı suçların yanı sıra...** gibi ağır suçlarda tutuklamanın yapılabileceği, bu itibarla yeni CMK'nun 100. maddesinde **tutuklamanın sınırlandırılmasına ilişkin düzenleyici hükümleri göz önüne alınarak, tutuksuz yargılanmanın kural haline geldiğinin Mahkemenizce gözetilerek müvekkilimizin tutuk durumunun, bu gerçeklikten yola çıkarak değerlendirilmesi gerekir.**

Anayasamız ve iç hukukta yapılan yeni düzenlemeler düşünüldüğünde başta **Anayasanın 19. maddesinde "herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir"** denilmek sureti ile ana ilke getirmiştir. Bununla birlikte istisnai olarak 4 fıkrasında **"suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirmesini önlemek maksadı ile veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararı ile tutuklanabilir. Hakim kararları olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir, bunun şartlarını kanun gösterir"** hükmü yer almaktadır. Anayasamıza göre tutuklamanın amacı, suçluğu konusunda kuvvetli belirti bulunan kişilerin, **1) Kaçmalarını, 2) Delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek, 3) Veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde bu zorunluluktan bahsettiği açıktır.**

12)Yeni CMK'nun bilindiği üzere *Adli Kontrol* başlığı altında 109. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir.

Adli Kontrol

MADDE-109- (1) 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı **üç yıldan veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.**

Bu maddenin ışığı altında, açıklamak gerekirse; “ **Yalnız başına tutuklama, yargıcı, şüpheli veya sanık hakkında ya bütünüyle hürriyetten yoksunluğa ya da tamamen serbest bırakmaya mecbur kılan bir tedbirdir. Adı geçenler ya bir yere kapatılacaklar veya tam serbest kalacaklardır. Yasa, tutuklama ile serbest bırakma arasında adli kontrol kurumunu düzenlemektedir. Kurum, ilgiliyi özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere tâbi kılarak böylece kişinin kaçması riski azaltırken hürriyetten tümü ile yoksun kılmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu hükümden sonra tutukluluk uygulaması istisnâ hâle gelmektedir. Hüküm şüpheliyi hürriyetten yoksun hâle getirmemekle birlikte, aynı sonuçların elde edilebileceği hâllerde adli kontrole hükmetmek gerekecektir. Adli kontrol, şüphelinin soruşturma evresinde tutuklanması yerine yasada belirtilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasıdır.**” (Kaynak: İsmail Malkoç / Mert Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla, 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Sh. 299, Malkoç Kitabevi, 2005, Ankara)

CMK'nun “Adli Kontrol” uygulamasını düzenleyen ilgili maddesinden anlaşılacağı üzere, bu koşulların bulunması ve bu tedbirlerden birine karar verilebilmesinin olanaklı durumda bulunması halinde, tutuklama kararının kaldırılarak Adli Kontrol uygulamasına karar verilebileceği açıktır.

Gerçekten, 3842 sayılı kanunla CMK'nun madde 104'e ilâve edilen son fıkraya göre, soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek **ceza** veya **emniyet tedbiri** dikkate alındığında **tutuklama haksızlığa sebep olabilecekse** veya tutuklama yerine bir başka yargılama önlemi ile amaca ulaşılabilecek ise tutuklamaya karar verilemez. Buna göre; İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez. Görüldüğü gibi norm emredicidir. Bir kez daha ve önemle ifade edelim ki, Ceza Muhakemesi Hukukumuzda **tutuklama mecburiyeti mevcut değildir.** CMK'nun madde 100/1'de “**tutuklanabilir**” denilmek suretiyle bu husus açıklanmıştır. Hâkim, gerçekten ihtiyaç bulunduğunda, başta **oranlılık olmak üzere**, ceza muhakemesine hâkim ilkeleri göz önünde tutarak, tutuklama kararı vermelidir. (Prof. Dr. Bahri Öztürk / Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Yeni CMK'ya Göre Yenilenmiş, 9. Baskı, Sh. 518-519, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006)

Bir iç hukuk kuralı haline gelen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, (**Wemhoff-Almanya'ya, karışı 27.06.1968**) tarihli kararı da aynı doğrultudadır.

Bu açıklamalar doğrultusunda **müvekkilimin eyleminin vasıf değiştirmesi nedeniyle, tutukluluk halinin devamı yerine Adli kontrol altına alınmasına karar verilmesi de olanaklı hale gelmiştir.** (CMK 109/1.)

Bu itibarla; Mahkemenizce bilindiği ve takdir edileceği üzere; **araçla amaç yöntem ve hedef arasında bir orantı bulunması gerekir.** Soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya güvenlik tedbiri dikkate alındığında, tutuklama kararı veya tutukluluk halinin devamına

karar verilmesi sonucunda haksızlığa sebep olacaksa veya tutukluluk yerine başka tedbirlerle, yeni CMK'nun kabul ettiği tedbirler bağlamında, örneğin **adli kontrol** yolu ile yargılamanın amacına ulaşılabilecekse, tutuklama kararı veya tutuk halinin devamına dair karar verilmemelidir. Bu nedenledir ki yeni CMK'nun **100. maddesinde "işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde"** tutuklama kararı verilemez hükmü konulmuştur.

13)"Bir kişinin içeride gereğinden fazla özgürlüğünden yoksun bırakılmasının bedelini hiçbir devlet hazinesi ödeyemez" sözü kadar **"Suçluyu kazıyınız altından insan çıkar"** özdeyişi de yeni yasal düzenlemelerin temel felsefesini oluşturmuştur.

Asıl olan kişi özgürlüğüdür. Kişinin gereğinden fazla özgürlüğünün kısıtlanmasının karşılığını hiç bir şey ödeyemez. Bu nedenledir ki, **kişi özgürlüğünün kısıtlanması konusunda**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin **'bireyin insan haklarının korunmasına'** ilişkin düzenlemesi büyük önem kazanmaktadır.

" Kişisel özgürlük, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel koşuldur. Kişisel özgürlükten mahrumiyet, aile hayatı ve özel hayat hakkından, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlükten istifade edilmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilecek bir şeydir. Ayrıca, her hangi bir özgürlükten mahrumiyet, söz konusu kişiyi son derece hassas bir konuma düşürerekmuameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya bırakacaktır. Hakimler, özgürlük teminatının anlamlı olabilmesi için, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin istisnai, objektif gerekçesi olan ve mutlak surette gerekenden daha uzun süreli olmaması gerektiğini her zaman hatırlamalıdır." (AİHM, kararlarından)

Mahkemenin 28.03.2006 tarihli ara kararında, müvekkilimin tutukluluk durumu ile ilgili olarak **"delil durumuna ve tutuklama tarihine göre"** değerlendirmesinde bulunarak müvekkilimin tutuk halinin devamına karar verilmiştir.

CMK'nun 101 ve devamı maddeleri gereğince, tutuklama kararı ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlar kişi hakkında uygulanan, **ağır bir tedbir olması nedeniyle**, bu konuya ilişkin verilen kararların **hukukî ve fiilî** nedenleri açıklanarak gerekçeli olarak gösterilmelidir.

Aynı şekilde, Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında **"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır"** hükmü yer almaktadır. Her ne kadar gerekçeli karar zorunluluğunun yargılamayı uzattığı tartışılsa da CMK' nun 34. maddesinde *karşı oylar* da dahil olmak üzere Hakim ve Mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu hükme bağlanmıştır. Gerekçenin ise, **hukukun genel mantığına uygun, çelişkisiz ve inandırıcı olması zorunluluğu vardır.**

Bu anlamda; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere,

"... AİHM içtihatlarına göre, tutukluluk halinin makul süresi soyut bir değerlendirme ile ölçülmemektedir. Bir sanığın tutukluluk halinin makul süresi her davanın kendi gerekçesine göre değerlendirilmelidir.(26.Ocak 1993 tarihli W-İsviçre kararı) AİHM öncelikle bir tutuk-

lama durumunda Adli makamların tutukluluk süresinin öngörülen makul süreyi geçirmemekle sorumlu olduklarını belirtmektedir. Söz konusu kararların gerekçelerine ve ilgilinin başvurularında belirttiği olaylara dayanarak AİHM, AİHS'nin 5/3. maddesinin ihlal edilip edilmediğini tespit etmek zorundadır. (28 Ekim 1998 tarihli Assenov ve diğerleri- Bulgaristan kararı)

... Buna karşın, mevcut dosyanın unsurlarına göre Mahkeme, Başvuranın tutukluluk halinin devamına karar verirken, çoğu kez aynı gerekçeleri (kanıtların durumu ve isnat edilen suçun niteliği göz önüne alındığında...) kullanmış ve her zaman aynı gerekçeyi belirtmek için bazen de gerekçe göstermemiştir. Yakalanın kişinin suç işlediğinden şüphelenilmesine yol açacak nedenlerden söz etmek, tutukluluk kurallarının olmazsa olmaz koşuludur. Ayrıca, söz konusu koşul da bir müddet sonra geçerliliğini de yitirmektedir. Bu durumda, AİHM'nin adli makamlar tarafından gösterilen diğer gerekçelerin, özgürlüğün sınırlandırılmasını meşru kılmayı kıldığını tespit etmesi gerekmektedir... yetkili makamların yargılama sırasında 'özel bir titizlik' gösterip göstermediğini araştırmak zorundadır... (26 Temmuz 2001 tarihli Iljiov- Bulgaristan kararı)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yukarıda açıklanan içtihatlarının ışığı altında yargı organlarıncı, gözetilmesi gereken hususların başında da şu ilkenin bulunması gerektiğine inanıyoruz. Bu itibarla; **"tutukluluk süresinin makul süreyi aşmaması yargı organlarının görevleri içerisinde yer almaktadır. Tutuklama için gereken makul şüphe koşulu bulunsa dahi, belirli bir süre geçmiş ise artık tutukluluğun sona erdirilmesi gerekir."**

Tutukluluğa ilişkin 5271 sayılı CMK'nun yaklaşımı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik kararları doğrultusunda, sonuç olarak şu denilebilir. Günümüzde bir çok ülkelerin bireyi öne çıkaran özgürlükçü anlayışı çerçevesinde, tutuklu yargılama istisnai, tutuksuz yargılama ise, bir kural haline dönüşmüştür.

Bu itibarla; 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanuna göre; sonu belli olmayan tutuklama süreleri sona ermiş, Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen yeni düzenlemeler ile eski uygulamaya son verilmiş ve **Evensel Ceza Muhakemesi kurallarından olan, "Adil Yargılama" ilkesi gereğince eski uygulamaya son verilmiştir.**

Kaldı ki; tutuklama ve kişi özgürlüğüne ilişkin olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinde **"herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır... belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz..."** ana ilkesine de yer vermiştir.

14) Dosyadaki mevcut deliller değerlendirildiğinde, müvekkilim A.A.'nın bu aşamadan sonra dosya içine yansıyan tüm delillerin güvence altına alınması nedeniyle, artık, Delilleri Karartma, Delilleri Yönlendirme Tehlikesinden Söz Edilemeyeceği Açıktır.

Yukarıda açıkladığımız gibi, gerek savunmalarımızda gerekse Ceza Genel Kurulu'nun içtihatlarının ışığı altında belirttiğimiz üzere; aynı şekilde, **Mahkemenin müvekkilimin eyleminin**

vasfının değişebilmesi olasılığı göz önüne alınarak ek savunma verilmesi karşısında, suçun vasıf ve mahiyetinin büyük bir olasılıkla değişebileceğini düşünmekteyiz.

SONUÇ VE İSTEM :

Müvekkilimin aksi kanıtlanmayan samimi ve inandırıcı savunması, suç vasfının değişebilme olasılığı, delillerin büyük ölçüde toplanmış oluşu, bu nedenle de yargılamanın bu aşamasından sonra delillere etki etme, delilleri karartma, yargılamayı başka bir yöne yönlendirme olanağının ortadan kalkmış oluşu, tutukluluğun sonuçta bir tedbir oluşu yanında, bu koşullarında tamamen ortadan kalmış oluşu gözetilerek,

Müvekkilim **A.A.**'ın

a- İçerde kaldığı süre,

b- Sabit ikametgah sahibi oluşu

c- Delilleri karartma ihtimalinin ortadan kalkmış bulunuşu,

ç- Kaçma ihtimalinin bulunmayışı,

d- Delillerin tamamının toplanmış oluşu,

e- Tutukluluğun bir tedbir oluşu ve bu koşullarında tamamen ortadan kalkmış bulunuşu,

f- 5271 sayılı CMK'nun 100 ve devamı maddelerindeki hususlarda gözetilmek suretiyle,

Mevcut yasal düzenlemeler ve yeni Türk Ceza Kanunu ile yeni Ceza Muhakemesi Kanununun düzenleyici hükümleri ile tutukluluğa ilişkin getirmiş olduğu insani hükümleri ve takdir ölçüleri de gözetilerek; müvekkilim şüpheli sanık **A.A.**'nın **CMK 267 uyarınca tutuk halinin devamına ilişkin kararın kaldırılarak**, Mahkemenizce uygun görülecek **bir kefaletle** veya **koşulsuz olarak tahliyesine** karar verilmesini dilerim.

Saygılarımla ...

Sanık vekili