

PAPER DETAILS

TITLE: Koruma Tedbirlerinde Orantililik İlkesi

AUTHORS: Recep KAHRAMAN

PAGES: 273-299

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1735117>

Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi

Recep Kahraman* 

Öz

Ceza muhakemesi hukukunun amacı, usul kurallarının tatbikini sağlayarak maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ceza muhakemesi faaliyetinin amacını gerçekleştirmek için gerekli bazı önlemler alınabilmektedir. Yargılamanın yapılabilmesi, uyumsuzluk konusunda karar verilebilmesi ve kararın uygulanabilmesi için alınan önlemler, koruma tedbirleri olarak ifade edilmektedir. Tedbirlerin tümü, bireyin temel hak ve hürriyetlerini kısıtlamaktadır. Tedbirin uygulanmasının amacı, bireyi cezalandırmak olmadığı için müdahalenin orantılı olması gerekir. Temel işlevi, bireyin sahip olduğu haklara ilişkin güvence sağlamak olduğundan orantılılık ilkesi, tedbirlerin uygulanmasının ön koşuludur. Orantılılık ilkesi, tedbirlerin, insan haklarına uygun şekilde tatbik edilmesi konusunda karar mercilerini zorlamaktadır. Hukuk devletinde bazı hakları sınırlandırmanın şartları gerçekleşse dahi zarar orantılı olmalıdır. Tedbirin amacı, bireye daha az zararı olan bir başka önlem ile elde edilebilecek ise daha ağır tedbire başvurulmamalıdır. Diğer ifadeyle koruma tedbirlerinin uygulanmasının sonucunda bireyin temel hak ve hürriyetlerine yönelik sınırlama ile elde edilecek genel yarar, sınırlamanın neden olduğu bireysel zarardan daha az olmamalıdır.

Anahtar Kelimeler

Koruma tedbirleri, Maddi gerçek, Orantılılık, Tutuklama, Adli kontrol, Hakların güvencesi

The Principle of Proportionality in Protection Measures

Abstract

The purpose of criminal procedure law is to reach the material truth by ensuring the application of procedural rules. Some necessary measures can be taken in order to fulfill the purpose of criminal procedure activity. For the purpose of criminal procedure activity, some necessary measures can be taken. The measures taken in order to make the judgment, to decide on the dispute and to implement the decision are expressed as protective measures. All of the measures restrict the individual's fundamental rights and freedoms. Since the purpose of its implementation is not to punish the individual, the intervention of the measure should be proportionate. The principle function of proportionality is a prerequisite for the implementation of measures, as its primary function is to provide assurance of the individual's rights. The principle of proportionality forces decision-makers to enforce measures in line with human rights. Even if the conditions of restricting certain rights are fulfilled in the state of law, the damage should be proportional. If the aim of the measure is to be achieved by another measure with less harm to the individual, more severe measures should not be used. In other words, the general benefit to be obtained by the restriction of the individual's fundamental rights and freedoms as a result of the application of the protection measures should not be less than the individual damage caused by the restriction.

Keywords

Protection measures, Material fact, Proportionality, Arrest, Judicial control, Assurance of rights

* **Sorumlu Yazar:** Recep Kahraman (Dr. Öğr. Üyesi), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Maliye Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. E-posta: recepkhmrn@gmail.com ORCID: 0000-0002-0991-9692

Atf: Kahraman R, "Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi" (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 275.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.1.0008>

Extended Summary

The measures that ensure the advancement of criminal procedure without delay and the implementation of the decision are expressed as protection measures. Detention, arrest, judicial control, search and seizure, supervising the communication through telecommunication, undercover investigator and appointing a trustee for the administration of a firm can be given as examples of protection measures. The implementation of the measures, has more than one purpose. Measures are taken to protect criminal proceedings against possible dangers, to ensure that the suspect or defendant is present during the trial and to prevent the concealment of evidence. To avoid arbitrary application of the measures, targets should be determined before the measure is implemented.

Considering the importance of the act subject to investigation or prosecution and the penalty or security measure that may be applied, proportionality can be determined. It can be determined whether the protection measure will cause injustice or whether the goal can be achieved by another method. The article contains the proposals for changes, innovations and improvements that we consider necessary in order to better function the principle of proportionality in the protection measures that form the subject of the investigation or prosecution. The article examines what the principle of proportionality really is, its function, its contribution to the protection of rights and freedoms, its legal nature. As a result of the disproportionate application of protection measures, it is aimed to contribute to the elimination of individual grievances and the enforcement of criminal proceedings in accordance with the law.

Protection measures are implemented even though there is no judicial decision. It restricts one's rights and freedom to light or heavy intensity. Therefore, the measures should be proportional to the severity of the damage feared to arise from judgment and the intensity of the probability of this happening. As it is seen, the principle of proportionality is accepted as a precondition for applying, implementing and continuing the measures. The principle of proportionality determines the limit of limiting the basic right within the scope of securing the basic right of the individual. In this context, a heavier measure should not be applied for a purpose that can be achieved by resorting to a milder measure.

In case of violation of the principle of proportionality, the worst grievances are experienced in the arrest measure. Unfair and long arrest periods have become a hotly debated subject in criminal proceedings. These debates are about arrest becoming a means of punishment, out of the measure of purpose. It is possible to say that the arrest institution was used as a means of punishment rather than a measure. Indeed, arrest is a precautionary measure and is a tool used to ensure that criminal procedure reaches its purpose. The arrested person continues to benefit from the presumption

of innocence. No legal order accepts to punish the person whose crime is not fixed by a final judicial decision. According to criminal procedure law, if the conditions requiring arrest occur, a judicial control measure should be applied to the suspect or the defendant. Applying alternative measure to ensure the implementation of a lighter measure should be seen as a requirement of the proportionality principle. For example, taking into account the obligations of not leaving the house, being banned from going to certain places, compelling to apply to certain places, the drawbacks of the arrest can be eliminated. It is expressed in proportionality to find a balance between the benefit desired to be obtained by applying protection measures and the harm that can be caused to the individual as a result of the application of the measure. The extent of the danger, which is the purpose of implementing the measure, and the restrictions on individual freedom should be compared. Thanks to the principle of proportionality, a fair balance is provided between the rights and freedoms of the individual through the proper execution of criminal procedure. Thanks to the principle of proportionality between public and individual interests, while contributing to the principles of protecting both justice and human dignity while contributing to the balance.

In case there is no proportionality in applying protection measures, it is inevitable that contradiction to the principle of justice will occur. Therefore, the authorities applying to the measure must demonstrate that the application is proportionate. Despite the fact that the evidence has been collected, the statements of witnesses, experts and other persons have been taken, it is decided to continue the measure without reason. The decision made on abstract and general grounds indicates that proportionality cannot be proved.

It is not sufficient to accept that the principle of proportionality should be included in the legislation or should be applied in protection measures, for the successful implementation of the measures. Due to the disproportionate application of the measures, there should be an understanding that it harms the rights and freedom of the individual. For this reason, the article aims to contribute to the understanding of the rights and freedoms of the individual besides the effective use of protection measures.

Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi

Giriş

Koruma tedbirleri, delil elde etme ve muhakeme sürecinde adli makamların, delilleri değerlendirebilmesi için bunları muhafaza etme fonksiyonuna sahiptirler.¹ Bu yönüyle ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacının gerçekleştirilmesine hizmet ederler.²

Temel hak ve hürriyetler hukuk düzeni içerisinde sınırsız kullanılabilen haklar değildir. Koruma tedbirleri, henüz hüküm verilmemiş olmasına rağmen ceza muhakemesi sürecinin sürdürülebilmesi için temel bir hakkı sınırlar.³ Sınırlamalar hukuken güvence altına alınmış olup karar mercilerine bu konuda keyfiyet vermemektedir.⁴ Bu nedenle sınırlamalar, orantılılık ilkesine aykırı olamaz.⁵

Orantılılık ilkesi, koruma tedbirlerinin uygulanmasının ön koşuludur.⁶ Tedbirlerin orantılı olup olmadığının değerlendirmesinde şüpheli veya sanığa isnat edilen suçun önemi ve ağırlığı, tedbirin uygulanacağı kişinin özellikleri, isnat edilen suça ilişkin şüphenin yoğunluğu, tedbirin süresi ve niteliği dikkate alınmalıdır.⁷ Tedbirin uygulanmasıyla birlikte sınırlandırılan özgürlüğün, elde edilmek istenen faydadan daha fazla değerde olmaması gerekir.⁸

Koruma tedbirlerinde orantılılık ilkesi amacına uygun kullanılmadığı takdirde kişi hak ve hürriyetleri zarar görmektedir. Bu nedenle çalışmanın amacı, orantılılık ilkesinin koruma tedbirlerindeki hukuki mahiyetini, anlamını, önemini, işlevini ve suç şüphesiyle ilişkisini ortaya koyarak, kavramın ceza muhakemesi hukukunda başvurulan koruma tedbirleri açısından anlaşılabilir olmasına katkı sağlamaktır. Çalışmada, Türk ve Alman doktrininde konuya ilişkin görüşlere yer verilmiş olup, Türk ve Alman yargı kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından yararlanılmıştır.

¹ Wilhelm Degener, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen* (Duncker & Humblot 1985) 47.

² Stefan Seiler, *Strafprozessrecht* (Facultas 2020) 152.

³ Michael Baumann, *Zweckrationalität und Strafrecht* (VS Verlag für Sozialwissenschaften 1987) 256.

⁴ Jürgen Peter Graf, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2019) 641.

⁵ Lutz Meyer-Goßner and Bertram Schmitt, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2020) 587.

⁶ Urs Kindhäuser and Kay H Schumann, *Strafprozessrecht* (Nomos 2019) 85.

⁷ Claus Roxin, Hans Achenbach, Christian Jäger and Manfred Heinrich, *Strafprozessrecht* (CH Beck 2019) 56.

⁸ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta 2020) 382.

I. Koruma Tedbiri Kavramı

A. Genel Açıklamalar

Ceza muhakemesi hukuku, maddi ceza hukukunun aksine maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında izlenmesi gerekli olan muhakeme usulünü belirlemektedir.⁹ Muhakemenin amacı olan maddi gerçeğe ulaşabilmesi ise insan haklarına saygılı olarak delillerin muhafaza edilmesine bağlıdır.¹⁰

Amacın elde edilebilmesine yönelik olarak ceza muhakemesi sùjelerine ve özellikle şüpheli ya da sanığa zor kullanma gerekli gör÷lmektedir.¹¹ Delillerin toplanması ve korunmasına yönelik bazı tedbirlere başvurulması gereklidir.¹² Delillerin karartılmaması ve hükmün maddi gerçeğe uygun olarak verilebilmesi gereken önlemlerin tümü koruma tedbirleri olarak ifade edilmektedir.¹³

B. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri ve Koşulları

Bir suçun işlendiği izlenimini veren halin öğrenilmesinden sonra başvuru koruma tedbirlerinin birtakım özellikleri vardır. İlk özelliği, tedbirlerin araç olmasıdır. Tedbirler, cezalandırmanın öne çekilmesi olarak gör÷lmemelidir.¹⁴ Tedbirler, şüpheli veya sanığa ulaşılmasını, delillerin elde edilip muhafaza altına alınmasını, ileride verilebilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilebilmesini sağlayan bir araçtır.¹⁵ İkinci özelliği, tedbirlerin zaman yönünden bir sınırı vardır ve her bir koruma tedbiri bu nedenle sürekli olarak devam etmez. Tedbirler, maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sağlamaktadırlar. Beklenen katkı sağlandığı takdirde tedbirin uygulanması son bulur. Diğer ifadeyle kendisinden beklenen hukuki menfaatin elde edilmesiyle birlikte ortadan kalkar.¹⁶ Üçüncü özelliği, tedbirler, niteliğine göre zorla veya muhatabından gizli tutularak uygulanan önlemlerdir. Uygulanması, ilgilinin rızasına bağlı değildir. Muhatapların, tedbirlere katılma yükümlülükleri vardır.¹⁷ Son özelliği ise, koruma tedbirlerinin uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Somut olayın özelliklerine göre ilgili makamlar tarafından değerlendirilerek uygulanmaktadırlar.¹⁸

⁹ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yetkin 2020) 46.

¹⁰ Turhan Tufan Yüce, "Zorlayıcı Önlem Teorisi" (1980) 1 (1) DEÜHFD 67, 70.

¹¹ Degener (n 1) 28.

¹² Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Adalet 2020) 589.

¹³ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş 2019) 251; Yüce (n 10) 70; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2020) 256; Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Sermet 1974) 432; Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seçkin 2011) 197; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (Seçkin 2019) 25; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2019) 305.

¹⁴ Graf (n 4) 642.

¹⁵ Kunter (n 13) 432.

¹⁶ Şahin (n 13) 201.

¹⁷ Toroslu ve Feyzioğlu (n 13) 251.

¹⁸ Faruk Erem, *Ceza Usul Hukuku* (Sevinç 1970) 415.

Ceza muhakemesi hukukunda, başvuru koruma tedbirlerinin her birinin ayrı ayrı koşulları bulunmasının yanında genelinin birtakım ön şartları bulunmaktadır. Bu durum temel hakların korunmasına müdahale eden tedbirlerin kanuni sınırlara sahip olması gerektiği şeklinde yorumlanabilmektedir.¹⁹ İlk koşul, tedbirlerin uygulanabilmesi için belirli düzeyde suç şüphesi bulunmasıdır. Şüphenin koruma tedbirleri yönünden önemi, “şüphe olmaksızın tedbir uygulanamaz” şeklinde vurgulanmaktadır.²⁰ Suç şüphesi bulunmadan koruma tedbirlerine müracaat edilmesi, bireyin hak ve hürriyetine hukuka aykırı müdahale edilmesi şeklinde yorumlanmalıdır.²¹ İkinci koşul, gecikmede sakınca bulunmasıdır. Koruma tedbirleri, muhakemenin yapılması, kararın verilmesi ve kararın yerine getirilmesi için başvuru önlemlerdir. Bu nedenle, ifade edilen amaçlara ulaşılabilmesi bakımından zorunluluk bulunmadığında başvurulmamalıdır.²² Üçüncü koşul, tedbirlerin uygulanmasının görünüşte haklı olması gerekir. Tedbire müracaat edildiği andaki koşullara göre uygulanma şartlarının mevcut olması, tedbire başvurulmasının haklı görünmesi anlamına gelir.²³ Dördüncü koşul, tedbirinin uygulanmasıyla birlikte güvence altına alınmak istenen yarar ile sınırlanan hak arasında bir orantı olması gerekir.²⁴ Koruma tedbirleri temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması olduğundan hukuk devletinde yapılacak müdahalenin asgari olması tercih edilmelidir.²⁵

C. Değerlendirme

Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri, kişinin suçluluğu yargı kararıyla tespit edilmeden önce temel bir hakkın sınırlandırılması sonucunu doğuran ve amacı muhakemenin yapılabilmesini veya ileride verilmesi muhtemel olan hükmün infazının yerine getirilmesini sağlamak olan muhakeme işlemleridir. Tedbirlerin uygulanmasıyla ulaşılmak istenen temel amaçlar, şüpheli veya sanığın hazır bulunmasını ve delillerin karartılmamasını güvence altına almaktır.

Tedbirlere başvurulmasının ve uygulanmasının mevzuata uygun olması gerekir. Tedbirlerin etkisi doğrudan hak ve hürriyet sınırlandırılması olduğundan, koşullarının somut olayda bulunup bulunmadığının belli bir sıraya göre incelenmesi

¹⁹ Markus Wagner, “Das allgemeine Festnahmerecht gem § 127 Abs1 S1 StPO als Rechtfertigungsgrund” (2011) (6) ZJS 465, 475.

²⁰ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet 2020) 324; Ceza muhakemesinde, delillerin kesinlik ifade etmeyecek biçimde yorumlanmasının sonucunda şüphe ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle şüphe kavramının delile dayanması gerekir. Suçun işlendiğini ortaya koymaktan uzak deliller, koruma tedbirlerinin uygulanması için gereken suç şüphesine gerekçe olamaz. Bu nedenle ceza muhakemesinde, beyan, olay, olgu veya belgelerin suçun işlendiği yönünde şüphe oluşturabilmesi için bunların muhakeme konusuyla bağlantılı olmaları gerekir. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 258.

²¹ Erem (n 18) 420.

²² Degener (n 1) 29.

²³ Yenisey ve Nuhoglu (n 13) 310; Koruma tedbirlerine başvurulmasının haklılığı veya haksızlığı, muhakeme sonunda verilecek karara göre belirlenemez. Tedbirlerin haklı olup olmadığı, tedbirin uygulanma şartlarının, tedbire başvurulduğu andaki koşullara göre değerlendirilmesiyle mümkün olmaktadır. Vahit Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2011) 569.

²⁴ Degener (n 1) 30.

²⁵ Toroslu ve Feyzioğlu (n 13) 252.

gerekir. İlk incelenmesi gereken başvuru tedbirin kanunda yer alıp almadığı olmalıdır. Daha sonra iddia olunan suçla ilişkin şüphenin belli bir yoğunlukta olup olmadığı incelenmelidir. Tedbire başvurulmasının zorunlu olduğunun tespiti, şüphe değerlendirmesinden sonra yapılmalıdır. Tedbirin gerekliliğine karar verildikten sonra dayandığı olgu ve hukuki iradenin yerinde olduğunun ortaya konması gerekir. Diğer ifadeyle tedbirin uygulanmasının görünüşte haklı olması gerekir. Tedbirlere ilişkin yukarıda yer alan koşulların değerlendirilmesi yapıldıktan sonra uygulanmasının orantılı olup olmayacağına değerlendirilmesi yapılmalıdır. Tüm koşullar gerçekleşmesine rağmen orantılılık bulunmadığı takdirde ilgili tedbire başvurulması mümkün değildir.

II. Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi

A. Genel Olarak Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesi, kaynağını hukuk devletinden alan, adalet ve birey menfaatlerinin korunmasına hizmet eden, kamu idaresi tarafından gerçekleştirilebilecek sübjektif hak ihlallerini engelleyen işlevi nedeniyle tüm hukuk dalları içinde dikkate alınmaktadır.²⁶

Ceza muhakemesinin işleyişinde kamu ile birey menfaatlerinin çatışması söz konusudur. Orantılılık ilkesi iki tarafın menfaatinin karşılığı arasındaki uyuma katkı sağlar.²⁷ Kişi özgürlüğü ve çıkarlarıyla kamu yararının karşı karşıya gelmesini engellemek amacıyla orantılılık ilkesine uyulması gerekir.²⁸

Orantılılık ilkesi, evrensel hukukun bağlayıcı ilkelerinden olup bir gerekliliktir.²⁹

²⁶ Roxin, Achenbach, Jäger and Heinrich (n 7) 56; Koruma tedbirlerinin uygulanmasında orantılılık kavramı 19. yüzyılın sonlarında, Prusya Yüksek İdari Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Mahkemeye göre, kolluğun, bireylerle olan ilişkilerinde keyfi hareket etmesine karşı bir dengenin kurulabilmesi gereklidir. Kişinin uğradığı zarar ve kamu çıkarı arasında herhangi bir orantısızlık olmamalıdır. Juan Carlos Da Silva, Albrecht Stange ve Ali Kemal Yıldız, *Tutuklama ve Adli Kontrol Tedbirleri: Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi* (Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü 2014) 90; Orantılılık ilkesi, 1412 sayılı CMUK'a 18.11.1992 tarihinde kabul edilen 3842 sayılı Kanun ile açıkça eklenmiştir. Kanun'un 4. maddesi ile tutuklamayı düzenleyen CMUK'un 104. maddesi yeniden düzenlenmiş ve şu hükme yer verilmiştir: "*Soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabileceyse veya tutuklama yerine başka bir yargılama önemi ile amaca ulaşılabilir ise tutuklamaya karar verilemez*". Yürürlükte olan 5271 sayılı Kanun'da tutukluluk koşullarının düzenlendiği md 100/1'de de orantılılık ilkesine yer verilmiştir. "*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. Ancak, işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.*"

²⁷ Degener (n 1) 31.

²⁸ Yüce (n 10) 73; Benzer görüşü savunan Fransız Danıştay'na göre, istenen amaçla hak ve özgürlüğün sınırlandırılması arasında orantı olmalıdır. Özgürlük kuraldır, kolluk tarafından sınırlandırılması ise istisnadır. Tedbirin haklı kılınma sebepleri ile kamu düzenine verebileceği zararlar toplanmalı ve ulaşılan toplamın, mevcut risklere karşı alınan önlem olan toplanma yasağının gerisinde kalıp kalmadığına bakılmalıdır. Konuşmacılar tarafından protesto edilme endişesiyle idare tarafından toplantının yasaklanması önlemleri, gerekli olanın ötesine geçmiştir. Conseil d'État, 17413, 19.05.1933.

²⁹ Jochen Rauber, "Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung" (2015) 75 ZaöRV 259, 263; Ülke kanunlarında orantılılık ilkesi her ne kadar yer alsın bile ulusal üstü hukuk dinamikleri, orantılılık ilkesinin genişlemesini temsil etmektedir. Michele Caianiello, "Il principio di proporzionalità nel procedimento penale" (2014) (3-4) Diritto Penale Contemporaneo 143, 148.

Hem özgürlükçü hem de kamu düzenini koruyucu niteliktedir.³⁰ Bu nedenle koruma tedbirlerinin uygulanmasına gerekli kılan zor kullanma yetkisine belli bir orantı dahilinde başvurulmalıdır.³¹

Muhakeme süreci devam ederken şüpheli veya sanık hakkında aşırı ve dengesiz önlemlerin alınması, telafisi güç ve imkansız zararlara neden olabilmektedir. Bu nedenle başvurulacak tedbir ile beklenen amaç ve fayda arasında uygun ve hakkaniyetli bir denge olmalıdır. Denge, tedbirin devamı sürecinde de göz önünde bulundurulmalıdır.

B. Koruma Tedbirlerinde Orantılılığın Hukuki Mahiyeti

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, ceza muhakemesinde öncelikli olarak koruma tedbirinin uygulanmasına ihtiyaç olduğuna karar verilir. Daha sonra ise hangi tedbirin şüpheli ya da sanığa daha az zarar verebilir sorusuna cevap aranır. Bu nedenle mahkumiyet kararı olmadan özgürlüğün sınırlandırılması tedbirine başvurmada orantılılık, suçun işlendiğine dair somut deliller bulunduktan sonra dikkate alınmalıdır.³²

Koruma tedbirlerine başvurulmasında orantılılığın bulunmaması halinde adalet ilkesine aykırılığın ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle tedbirlerin uygulanmasıyla birlikte birey özgürlüğünün aşırı derecede kısıtlanmasının engellenmesi amacıyla orantılılık ilkesi oluşturulmuş olup hukuk kurallarının uygulanmasında ana ölçüt olarak kabul görmektedir.³³

Orantılılık ilkesi, koruma tedbirinin uygulanmasının ön koşulu olarak kabul edilmektedir. İlke, tedbirlerin hukuki temelinde yer aldığından, tedbirlere başvurmada orantılılık koşulunun kanunda açıkça yer alması gerekmez.³⁴ İlgili tedbirin şüpheli veya sanığa uygulanması orantılı olmadığına başta Anayasa olmak üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırılık oluşturmaktadır.³⁵

Genel olarak tüm koruma tedbirlerine başvurulabilmesi ve tedbirin uygulanmasına devam edilebilmesi için gerekli olan ortak şartların bulunmasının yanında ilgili tedbire

³⁰ Tobias Singelnstein, "Verhältnismäßigkeitsanforderungen für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen– am Beispiel der neueren Praxis der Funkzellenabfrage" (2012) (12) JuristenZeitung 601, 607.

³¹ Degener (n 1) 47.

³² Bkz. *Ostendorf v Germany* (2013) 15598/08.

³³ Mahmut Koca, "Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının Adli Kontrol Tedbirinin Değerlendirilmesi" (2003) 5 (2) DEÜHFD 109, 123.

³⁴ Degener (n 1) 48.

³⁵ Ünver ve Hakeri (n 20) 327; Orantılılık, genel olarak tüm koruma tedbirlerinin ortak şartı olmasına rağmen bazı tedbirlerin hak ve hürriyetlere doğrudan etkisi nedeniyle kanun koyucu orantılılık ilkesini açıkça düzenleme gereği duymuştur. Örneğin 5271 sayılı Kanun md 117'ye göre, şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilmesi, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Benzer şekilde md 101'e göre, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının tutuklama talebinde adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmesi gerekliliği orantılılık ilkesinin koruma tedbirlerinde varlığını zorunlu kılan yasal hükümlere örnek olarak verilebilir. Şahin (n 13) 199.

mahsus ve kanun koyucunun aradığı özel şartlar da bulunmaktadır. Gerekli olan ortak şartlar ifadesinin yerine genel şartlar ya da ön şartlar ifadesi de kullanılabilir. Bu açıdan bakıldığında orantılılık ilkesi de tüm tedbirler için gerekli olan ortak şartlar arasında olduğundan, tedbirlerin uygulanmasının ön şartı olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle orantılılık ilkesi için örneğin yakalama, gözaltı, adli kontrol vb tedbirlerin uygulanmasının koşulu ifadesi yerine ön koşulu ifadesi kullanılmalıdır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, esas olan tedbire başvurulmadan ceza muhakemesinin işlenmesi olduğuna göre tedbire başvuran mercilerin, başvurunun orantılı olduğunu kanıtlamaları gerekir.³⁶ İlk defa tedbire başvurulmasında deliller henüz toplanmamış olduğu için orantılılığa ilişkin gerekçenin çok yoğun olmaması kabul edilebilir iken tedbirin devamına karar verilmesi halinde, delillerin toplanmış olması beklendiği için gerekçenin daha yoğun ve daha derin olması aranmaktadır.³⁷ Orantılılığın somut olayda bulunduğunu ispat yükü karar veren mercilere aittir. Uygulamada deliller toplanmış, tanık, bilirkişi ve diğer kişilerin ifadeleri alınmış olmasına rağmen delillerin henüz toplanmamış olmasına dayanılarak gerekçesiz şekilde tedbirin sürdürülmesine karar verilmektedir. Soyut ve genel gerekçelerle verilen karar, orantılılığın var olduğunun ispat edilemediğini göstermektedir.

Koruma tedbirleri, cezalandırma olarak görülmediğinden yaptırımlar için geçerli olarak “non bis in idem” kuralına tabi değildirler. Fakat aynı eylemden dolayı yeniden koruma tedbirine başvurulmasında orantılılık ilkesinin, uygulanacak tedbire göre yeniden değerlendirilmesi gerekir.³⁸

Koruma tedbirlerine karar verildikten sonra tedbirin gerekli olup olmadığının belli aralıklarla gözden geçirilmesi, bazı suçlarda bazı tedbirlerin uygulanmasının yasak olması, cezası belli miktarın altında olan suçlarda bazı tedbirlerin yasak olması, tedbirlere başvurulmasında karar vericilere takdir yetkisinin tanınması, orantılılık ilkesinin doğrudan sonuçları arasında sayılabilir.³⁹

Ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğe ulaşma amacı, muhakeme merciine sınırsız bir yetki tanımamaktadır. Hukuk düzenince korunan bir hakka müdahale söz konusu olduğunda, bu müdahalenin sınırlarının ve uygulanma şartlarının kanunla belirlenmesi gerekir. Diğer ifadeyle koruma tedbirlerinde orantılılığın bulunup bulunmadığına ilişkin verilecek kararlarda, muhakeme konusu olayın koşullarının yanında merciinin takdiri de önemlidir. Karar vericilerin iradeleri birbirinden farklılık

³⁶ Bkz BVerfGE 19, 342; Tedbirin uygulanmasının gerekli ve elverişli olması, orantılı olarak uygulandığını göstermemektedir. Orantılılığın ayrıca değerlendirilmesi ve koruma tedbirlerine başvurma gerekçesinde, tedbirin orantılı olarak uygulandığının açıkça yer alması gerekir. Feridun Yenisey, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama” (2016) (33) AYD 213, 221.

³⁷ Koca (n 33) 118.

³⁸ Meyer-Göbner and Schmitt (n 5) 582.

³⁹ Yüce (n 10) 74.

göstermiş olsa da orantılılık prensibini ortaya koyacak asgari koşulların kanun metninde yer alması gerekir.⁴⁰

Orantılılık ilkesinin, koruma tedbirlerinde uygulanmasına yönelik olarak pozitif hukuk kurallarının öngörülmesi, ilkenin uygulanabilirliğine tek başına katkı sağlamaktan uzaktır. Kanun koyucu, pozitif hukuk kurallarının birey için en iyi olanını hazırlamakla ve karar mercileri ise bunları en iyi şekilde uygulamakla yükümlüdür. İlkenin tatbikinde etkin hukukilik denetimini öngörmek, hukuki güvenlik hakkının herkes için istikrarlı ve eşit şekilde korunduğunu gösterebilmek gerekir.

Koruma tedbirlerine başvurulmasında ihtiyarılık prensibinin keyfilik olarak yorumlanmaması gerekir. Yetkinin kullanılmasında orantılılık ilkesi hem kısıtlayıcı hem de denetleyici etkiye sahiptir. Tedbirlerin uygulanmasında karar vericilerin takdir yetkisi bulunmasına rağmen orantılılık ilkesinin somut olayda bulunup bulunmadığına ilişkin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Tedbire başvurulması orantılı olmadığına ilgili tedbirin uygulanması yasaktır.⁴¹

Muhakeme sürecinin uzun tutulması, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına hizmet etmekten öte hak ve hürriyete zarar vermektedir. Bu nedenle muhakeme işlemleri için süre sınırı konulması, kamu otoritesini orantılı hareket etmeye mecbur bırakır.⁴² Uygulamada soruşturmalar uzun sürdüğünden, şüphelinin mahkeme karşısına çıkarılmadan uzun süre tutuklu kalabilmesi ihtimalini ortadan kaldırmak

⁴⁰ Bernhard Wiesbauer, *Verhältnismäßigkeit im Strafverfahren* (Universität Wien 2019) 5; Orantılılık ilkesini, feda edilmesi gereken değerler ile elde edilmesi gerekenler arasındaki ölçü olarak tanımlamak, ilkenin uygulanması için yeterli olmaz. Her somut olayda yorumlanmasında yaşanabilecek sıkıntıları engellemek adına, ilkenin rasyonel uygulanabileceği kriterlerin belirlenmesi gerekir. Baurmann (n 3) 255; Benzer görüşü savunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında karar alınırken başvurulacak orantılılığın meşru biçimi şu yöntemle tespit edilmelidir: a) Ulaşılmak istenen amacın yeterli bir öneme sahip olması gerekir; b) Ulaşılmak istenen amaçla getirilen kısıtlama arasında rasyonel bir bağın bulunması gerekir; c) Başvurulan yöntemin ulaşılacak istenen amacın gerektirdiğinden kesinlikle daha fazla olmaması gerekir; d) Söz konusu kamu çıkarlarıyla kişisel çıkarlar arasında adil bir dengenin sağlanması gerekir; e) Kişinin suçlu olup olmadığının belirlenmesi bakımından verilecek cezayla başvuru tedbirin, homojen yapı içinde olması gerekir. *Huang v UK* (2007) UKHL 11.

⁴¹ Koca (n 33) 124; Örneğin, tutuklu yargılanmanın makul süre sınırını aşmamasını sağlamak mercilerin görevidir. Bu çerçevede merciler, masumiyet karinesini dikkate alarak kamu düzeni açısından gerçek bir ihtiyacın mevcut olduğu veya olmadığı durumlarda, bireysel özgürlük şartına istisna getirilip getirilemeyeceğini belirlemek için tüm koşulları incelemeli ve tutuksuz yargılanma istemi reddedildiğinde, bunu gerekçelendirmelidir. Yakalanan kişinin suç işlediğine dair şüphelenmek için makul sebeplerin devam ediyor olması, alıkoyma halinin sürdürülmesinin olmazsa olmaz koşuludur. Ancak, bir süre sonra bu da yeterli olmaz. Özgürlükten mahrumiyet tedbirini haklı kılmaya devam edip etmediğini tespit etmesi gerekir. Wiesbauer (n 40) 1; Tutuklama, muhakeme sürecinin esenliğine hizmet etmeli, aksamadan yürütülebilmesine katkı sunmalıdır. Aksi halde kesin hüküm giymemiş kişinin uslandırılmaya ihtiyacı yoktur. İlave olarak tutuklama, kişinin tutuklandığını gören başkalarını suç işlemekten caydırmaya hizmet etmez. Tutuklamanın ceza önemi olarak kabul edilmesi orantılılık ilkesine zarar verir. Diğer ifadeyle tutuklama tedbirinin cezanın amaçları için kullanılmaması gerekir. Ortaçağ Avrupası'nda sanığa, sanık olarak getirildiği için ceza verilmekteydi. Buna şüpheli cezası denilirdi. Suç işleme ihtimalinden dolayı verilen ceza idi. Günümüzde de orantılılık ilkesine uyulmadan bireyin tutuklanması halinde şüpheden dolayı cezalandırma yolu tercih edilmiş olur ki bu durum bireyin Anayasal hukuki güvenlik hakkını ortadan kaldırmaktadır. Karl-Heinz Posthoff, "Verhaftung und Vorläufige Festnahme" Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming and Mark A Zöller (edr) *Strafprozessordnung: Kommentar* (CF Müller 2019) 586.

⁴² Christoph Herbst and Norbert Wess, "Überlange Verfahrensdauer in (gerichtlichen) Strafverfahren – Voraussetzungen, Rechtsbehelfe und Rechtsfolgen" (2015) NWV 237, 250; Muhakeme işlemlerinin makul sürede bitirilmesi şüpheli, sanık ya da Devlet otoritesine değil sadece adalete hizmet eder. Kai A Otto, *Der Anspruch auf ein Verfahren innerhalb angemessener Zeit* (Centaurus Verlag & Media 1995) 4.

amacıyla tutukluluk hali genellikle soruşturma aşamasında sınırlandırılmıştır. Azami tutukluluk sürelerinin mevcut düzenlemede soruşturma aşaması için ayrıca düzenlenmeyip, muhakemenin tümü bakımından geçerli olması, tutukluluk süresinin uzatıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Düzenlemeyle, kişilerin özgürlüklerinin güvence altına alınması, tutuklama sürelerinin soruşturma evresinde orantısız olarak uygulanmasının önüne geçilmesi ve uzun süreli tutuklamalarla soruşturmanın sürüncemede bırakılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır.

Orantılılık ilkesi dikkate alınmadan başvuru uzun tutukluluk süreleri, muhakemenin sonunda beraat kararı verilmesinin önünde psikolojik bir engel olmaktadır.⁴³ Düzenli olarak tutukluğun devamına karar veren bir mahkemenin, mahkumiyet hükmü vermek hususunda kendini mecbur hissetmesi mümkündür. Beraat kararı verilmiş olsa dahi uzun tutukluluk halinin varlığı, kararı meşrulaştırmamaktadır.⁴⁴

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Muhakemenin makul süre içerisinde bitirilmesi hükmünün tutukluluk süreleri içinde geçerli olması gerekir. Buna göre kişinin makul süre tutuklu bırakılabilmesi gerekir. Bu durum orantılılık ilkesinin sonucudur.⁴⁵ Kişi sayısının çokluğu, isnat edilen suçların ağırlığı, delillerin henüz toplanamaması gibi nedenler, kişinin özgürlüğünden uzun süre mahrum bırakılmasının sebebi olamazlar. Sayılan gerekçelerle kişinin uzun süre özgürlüğünden mahrum bırakılması şüpheli ya da sanığın kabahati değildir. Adli kolluk ya da muhakeme makamlarının sürecin işleyişinde etkin olmaları yasal zorunluluktur.

Bazı koruma tedbirlerine ancak belli suçların işlendiği iddiasıyla başvurulabilmesi, orantılılık ilkesinin sonucudur. Sayılan suçların ağırlığına göre kanun koyucu hangi tedbirin uygulanabileceğini düzenleyerek orantılı hareket edilmesini dolaylı olarak ifade etmiştir.⁴⁶

Ceza muhakemesinin belli bir gayesi bulunur ve her koruma tedbiri de buna hizmet eder. Gayenin gerçekleştirilmesi amacını taşımayan tedbirler kaba kuvvetten farklı değildir.⁴⁷ Orantılılığının değerlendirilebilmesi için tedbirin uygulanmasının

⁴³ Degener (n 1) 130.

⁴⁴ Posthoff (n 41) 586.

⁴⁵ Degener (n 1) 199.

⁴⁶ Sabine Gless, "Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Schweizer Strafprozess" (2012) 124 (2) ZSTW 440, 448; Örneğin 5271 sayılı Kanun md 100/3'te sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilmektedir. Katalog suçlarda kanun koyucu kaçma şüphesi hakkında yasal karine kabul etmiştir. Ancak bu durum tutuklama kararı vermede ihtiyariliğe zarar vermemelidir. Tuğrul Katoğlu, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar" (2011) (4) ABD 19, 22; Katalog olarak sayılan bu suçlarda, tutuklama nedenlerinin açıkça ortaya konulması gerekli olmasa da tedbire başvurulmasında orantılılık ilkesinin yine de dikkate alınması gerekir. Ersan Şen ve Bilgehan Özdemir, *Tutuklama* (Seçkin 2011) 168.

⁴⁷ Degener (n 1) 27.

amacının önceden belirlenmiş olması zorunludur. Amacın belirsiz olması ya da ortadan kalkmasına rağmen tedbirin uygulanmaya devam etmesinde orantılılık yoktur. Örneğin başlangıçtaki tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için gerekli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hala devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler ilgili ve yeterli görüldüğü takdirde, muhakeme sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir.⁴⁸ Tedbirlere başvuru amacının ceza muhakemesinin işleyişine doğrudan katkı sağlaması gerekir. Amacın keyfi olarak belirlenmesi, tedbirin uygulanmasının sonucunda bireye verilebilecek zararın da keyfililiğine neden olur. Bu duruma orantılılık ilkesinin gerekçe olarak gösterilmesi adalet duygusuyla çelişir.

İlgili tedbire başvurulmasında kanun koyucunun ek koşullar araması, orantılılık ilkesiyle açıklanmalıdır. Örneğin iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması gerekir. Kanun koyucu, iletişimin denetlenmesinin hak ve hürriyete ciddi şekilde zarar verdiğinin bilincindedir. Bu nedenle karar vericilere, amacın başka ama daha hafif bir tedbirle giderilme ihtimalini araştırma yükümlülüğünü getirmektedir.

Koruma tedbirine başvurma yasağının kabul edilmesi orantılılık ilkesiyle açıklanabilir. Örneğin 5271 sayılı Kanun md 100/4'e göre adli para cezasını gerektiren suçlar ile vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere üst sınırı iki yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez. Aynı şekilde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na göre, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında, üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.⁴⁹

Bazı koruma tedbirlerinde sürenin öngörülmesi orantılılık ilkesiyle açıklanabilir. Kanun koyucunun iradesiyle tedbirin süreli olarak kabul edilmesi, amacın elde edilmesi uğruna hak ve hürriyetin belirsiz şekilde sınırlandırılmasını engellemektedir.⁵⁰ Orantılılık ilkesi, masumiyet karinesine hizmet ettiği için tedbirin makul süre uygulanması, birey üzerinde oluşabilecek suçlu sıfatını da ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun, tedbir için süre öngörmesi ve kanunda yer alan süreye karar vericilerin uyması orantılı hareket edildiğini göstermektedir. Ancak ilgili tedbire ilişkin olarak kanunda yer alan sürenin orantılı olup olmadığının da belirlenmesi gerekir. Uygulamada özellikle tutuklama tedbiri için kanunda öngörülen süre, genellikle maddi gerçeğe ulaşma diğer ifadeyle muhakemenin sona ermesi

⁴⁸ Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 92; Benzer görüş için bkz Anayasa Mahkemesi, 2012/1303, 21/11/2013; Benzer görüş için bkz Alman Federal Anayasa Mahkemesi, BVerfGE 55, 349.

⁴⁹ Ünver ve Hakeri (n 20) 329; Adli para cezasını ve belli miktarı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama yasağını getirilmesine rağmen güvenlik tedbirlerine başvurulabilecek hallerde tutuklama yasağının kabul edilmemesi orantılılık ilkesine uygun düşmemektedir. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 287.

⁵⁰ Posthoff (n 41) 586.

beklenen tarihe göre hesap edilerek düzenlenmektedir. Bu durum açıkça orantılılık ilkesinin ihlalidir. Tutuklama tedbirlerinde sürenin, delillerin muhafaza edilmesi beklenen zamana göre hesap edilerek kanunda yer alması gerekir.

C. Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesini Açıklayan Görüşler

1. Genel Açıklamalar

Hak ve hürriyetin sınırlandırılmasında makul olma şeklinde ifade edilebilecek orantılılık ilkesi, doktrin tarafından ve yargı kararlarında değişik ifadelerle açıklanmaktadır. Bir görüşe göre, koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla birlikte muhatabına belli yoğunlukta zarar verilmektedir. Verilen zararın, ilgisine katlanılabilir yükümlülükler getirmesi orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵¹ İkinci görüşe göre, tedbirin uygulanması sonucunda, amaçlanan fayda ile muhatabına verilebilecek zararın dengeli olması orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵² Üçüncü görüşe göre, tedbirin uygulanmasıyla elde edilecek faydanın daha hafif tedbirin uygulanmasıyla elde edilmesi orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵³ Dördüncü görüşe göre, tedbirlerin uygulanmasının gerekliliğine karar verildikten sonra ihtiyaç olan tedbire başvurulması orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵⁴ Beşinci görüşe göre, tedbirlerin uygulanmasında kamu menfaatlerinin öne çıkartılması orantılılık olarak ifade edilmektedir.⁵⁵

2. Orantılılık İlkesini, Zararın Katlanılabilir Olması Olarak Açıklayan Görüş

Orantılılık, başvuru tedbirin katlanılabilir olması şeklinde ifade edilebilir. Koruma tedbirleriyle ulaşılmak istenen amaca katkı sağlayan ve kişilere en az yükümlülük getiren yumuşak araçlar kullanılmalıdır.⁵⁶

Koruma tedbirleri hükmün kesinleşmesiyle ya da mahkûmiyet dışında bir hüküm verilmesiyle birlikte ortadan kalkmaktadır. Buna bağlı olarak denilebilir ki tedbirler,

⁵¹ Thomas Reuter, "Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen" (2009) (7) JURA 511, 511; Meyer-Goßner and Schmitt (n 5) 587.

⁵² Wiesbauer (n 40) 4; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 280; Caianiello (n 29) 151; Bıçak (n 23) 569; Baurmann (n 3) 256; Tobias Singelnstein, "Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht" (2011) (60) Annales XLIII 33, 43; Yenisey ve Nuhoğlu (n 13) 309; Yüce (n 10) 73; Toroslu ve Feyzioğlu (n 13) 252; Erem (n 18) 420; Mike Wienbracke, "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz" (2013) (2) Zeitschrift für das Juristische Studium 148, 153; Seiler (n 2) 160; Kindhäuser and Schumann (n 6) 137; Degener (n 1) 116.

⁵³ Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 11; Kunter (n 13) 453; Şen ve Özdemir (n 46) 168; Yenisey (n 36) 226; Ulrike Busse, *Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft* (Universitätsverlag Göttingen 2008) 16; Rauber (n 29) 263; Bahri Öztürk, "Tutuklama Sebepleri" (1988) 7 (24) MBD 3, 5; Meltem Nizamoglu, "Tutuklama Tedbirinde Oranlilik İlkesi" (2000) 13 (2) TBBD 481, 481; Nur Centel, "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler" (1994) 8 (1-3) MÜHD 69, 93; Özen (n 12) 596; Centel ve Zafer (n 8) 383; Christian Bertel, Andreas Venier and Alexander Tipold, *Strafprozessrecht* (Manz 2020) 89; Graf (n 4) 656.

⁵⁴ Koca (n 33) 118; Şahin (n 13) 202; Meyer-Goßner and Schmitt (n 5) 586.

⁵⁵ Bkz Anayasa Mahkemesi, 2012/1137, 02/07/2013.

⁵⁶ Reuter (n 51) 511.

suçluluğu henüz sabit olmayan, masum olan kişiye uygulanmaktadır. Bu nedenle tedbirin uygulanmasıyla birlikte amaçlanan şeyin ne olduğu, karar vericiler tarafından doğru belirlenmelidir. Amaç uğruna şüpheli ya da sanığa katlanılamaz yükümlülükler getirmesinin önüne geçilmesi gerekir.⁵⁷

3. Orantılılık İlkesini, Menfaatlerin Dengesi Olarak Açıklayan Görüş

Orantılılık, yöntemle hedefin dengeli olmasıdır.⁵⁸ Başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.⁵⁹ Koruma tedbirlerine başvurulmasıyla elde edilmek istenen fayda ile tedbirin uygulanmasının sonucunda muhataba verilebilecek zarar arasında bir denge bulunmalıdır.⁶⁰

Tedbirlerin uygulanmasındaki amaç, yakın tehlikenin neden olabileceği riskten ceza muhakemesinin işleyişini korumaktır. Başvurulan araç ise hak ve hürriyetlerde yapılmak zorunda kalınan kısıtlamaların sebebi olan tedbirlerdir.⁶¹ Tedbire karar verilmesinde orantılılığın, temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahale ile işin önemi ve muhakeme neticesinde verilmesi beklenen ceza ya da güvenlik tedbirleri arasında bulunması aranmaktadır.⁶²

Orantılılık ilkesi sayesinde, ceza muhakemesinin sağlıklı yürütülmesiyle bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge sağlanmış olur.⁶³ Sanığa isnat edilen suçun niteliği, sanığın ekonomik ve toplumsal durumu, muhakeme sırasında geliştirdiği tutum, uygulanacak tedbirin belirlenmesinde orantılı hareket edildiğini göstermektedir.⁶⁴

⁵⁷ Meyer-Goßner and Schmitt (n 5) 587; Benzer görüş için bkz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Orantılılık, tedbirin ilgililere ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini ve katlanılamaz nitelikte olmaması gerektiğini ifade etmektedir. *Buck v Almanya* (2005) 41604.

⁵⁸ Seiler (n 2) 160.

⁵⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 280; Caianiello (n 29) 151; Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 13) 35.

⁶⁰ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma ve Yasemin Saygılar, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2010) 281; Bıçak (n 23) 569; Ünver ve Hakeri (n 20) 327; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 280; Baurmann (n 3) 256; Singelstein, "Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht" (n 52) 43; Örneğin yakalama tedbirinde kolluk, kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almak yetkisine sahiptir. Bu tedbirlerin makul olması gerekir. Benzer şekilde gözaltı tedbiri, her bir bireysel vakada orantılı olduğunun belirlenmesi üzerine uygulanabilir. Tedbir uygulanmadığında delillerin muhafaza edilmesine yönelik tehlike ile kişinin özgürlüğünün sınırlandırılması arasında makul bir dengenin bulunması gerekir. Yenisey ve Nuhoğlu (n 13) 324; 5271 sayılı Kanun md 248/1'e göre, kaçığın Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. Uygulanan elkoyma tedbirinin sonucunda ortaya çıkabilecek zararın elde edilebilecek faydadan daha ağır olmaması gerekir. Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 13) 207.

⁶¹ Yenisey ve Nuhoğlu (n 13) 309.

⁶² Soyaslan (n 9) 334; Başvurulan koruma tedbiri ile işin önemi ve tedbirin muhatabı olan kişiye verilecek muhtemel ceza arasında dengenin bulunması gerekir. Diğer ifadeyle amaçla-arac, yöntemle-hedef arasında orantı bulunmalıdır. Tedbirin tüm yönleriyle göz önünde tutulması koşulu ile somut olayda ulaşılmak istenen hedefe elverişli ve bu hedef için gerekli olmasını ifade eder. Tedbirin gerektirdiği müdahale ile işin önemi ve ortaya çıkan suç işleme şüphesinin yoğunluğu arasında orantının bulunması gerekir. Bu durum hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yüce (n 10) 73; Benzer şekilde adli kontrol tedbirinin (5271 sayılı Kanun md 109) madde gerekçesinde tedbirin temel amacının, kamu düzeni ile kişi hürriyeti arasında denge kurmak suretiyle tutuklama tedbirinin yerini almak olduğu ifade edilmektedir.

⁶³ Degener (n 1) 116.

⁶⁴ Kindhäuser and Schumann (n 6) 137.

Koruma tedbirlerine orantısız başvurulması yasadışıdır. Karar vericilerin yetkilerini kötüye kullanmalarıdır.⁶⁵ Bu nedenle ilkenin uygulanıp uygulanmadığının somut olayda denetlenebilir olması gerekir.⁶⁶

Kanun koyucunun orantılılık ilkesini kabul etmesi, hak ve hürriyetlerin korunması adına tek başına yeterli olmamaktadır. İlkenin zarar görmemesini engelleyecek, telafi edici ya da tazmin edici hükümler de kabul edilmelidir. Tedbirlerin orantılı olmayan uygulamalarından doğacak zararlardan sorumluluğa gidilebilmesini içeren hükümler bulunmalıdır.⁶⁷

Yargıtay, orantılılık ilkesini, elde edilecek fayda ile bireye verilecek zarar arasındaki denge olarak benimsemektedir. *“Koruma tedbirlerinin araç olma özelliğinin sonucu olarak bu tedbirlere ancak zorunlu hallerde başvurulabileceğinde bir tereddüt bulunmamakta, bu nedenle bu tedbirlere başvurulması sırasında orantılılık ilkesinin gözetilmesi, yani bu tedbirlere başvurmak suretiyle elde edilecek yarar ile bu tedbirlerin kişi üzerindeki sonuçları arasında bir denge, oran bulunması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.”*⁶⁸

4. Orantılılık İlkesini, Daha Hafif Tedbiri Uygulama Olarak Açıklayan Görüş

Ceza muhakemesinde delillerin ortaya çıkartılması ve muhafaza edilmesi amacıyla hak ve hürriyetlere asgari müdahale edilmesi masumiyet karinesiyle açıklanmaktadır.⁶⁹ Koruma tedbirleri alanında bu ilke, orantılılık ilkesinin anlaşılmasının ve daha geniş çapta ise herhangi bir suçtan dolayı suçlu bulunmamış kişilerin haklarının kısıtlanması bakımından, özgürlük yanlısı bir yorumun zemininde yer almaktadır.⁷⁰ Özgürlük yanlısı yaklaşım, daima mümkün olan daha az müdahaleci tedbirlerin tercih edilmesine imkân sağlar.⁷¹

⁶⁵ Singelstein, “Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht” (n 52) 44.

⁶⁶ Erem (n 18) 420; Denetimin rasyonel bir şekilde yürütülmesi gerekir. Elde edilecek fayda ile bireye verilecek zarar arasındaki denge matematiksel bir süreç değildir. Bu sürecin kişisel, politik veya ahlaki değil, hukuki bir süreç olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle öncelikli olarak tartışılması gereken hukuki pozisyonların, diğer ifadeyle çatışan değerlerin belirlenmesi gerekir. Daha sonra bu değerlerin tartışılmasına geçilir. Tedbirin uygulanmasının amacı olan tehlikenin boyutu ile birey özgürlüğüne getirilecek kısıtlamalar karşılaştırılmalıdır. Birey özgürlüğüne getirilecek kısıtlama ne kadar geniş ise elde edilmek istenen faydanın da o kadar geniş olması gerekir. Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” (2017) (7) SDÜHFD 1, 15.

⁶⁷ Wienbracke (n 52) 153.

⁶⁸ Bkz Yargıtay 5 CD 16791/516, 17.01.2014; Benzer görüş için bkz Anayasa Mahkemesi. *“Başvurucu, milletvekili seçildiği tarihten ... tarihine kadar ... gündür tutukludur. Tutuklama yerine öngörülen adli kontrol hükümlerinin başvuru lehine de uygulanma imkânı ortaya çıkmıştır. Buna rağmen, anılan kararlarda hedeflenen meşru amaçla yapılan müdahale arasında gözetilmesi gereken denge açısından, mevcut adli kontrol tedbirlerinin yeterince dikkate alınmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, tutukluluğun devamına karar verilirken yargılamanın tutuklu sürdürülmesinden beklenen kamu yararı ile başvurunun seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkı arasında ölçülü bir denge kurulmadığı ve bu nedenle tutuklu kaldığı sürenin makul olmadığı sonucuna varılmıştır.”* Anayasa Mahkemesi, 2016/22169, 30.06.2017.

⁶⁹ Friedrich-Christian Schröder and Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Çeviren Salih Oktar) (Yetkin 2019) 125.

⁷⁰ Graf (n 4) 656.

⁷¹ Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 11.

Koruma tedbirine başvurulmasının orantılı olmasından anlaşılması gereken, amaca ulaşmayı sağlayan daha hafif bir tedbir varsa daha ağırına başvurulamamasıdır.⁷² Hukuk devleti, özgürlüğün kısıtlanmasının şartları gerçekleşse dahi bireyin bu kısıtlamadan en az zararla kurtulmasını hedef tutan bir anlayışa sahiptir.⁷³ Somut olayda ilgili tedbirin koşulları oluşsa dahi muhatabına en az zararı verebilecek olan tedbirin tatbik edilmesi gerekir.⁷⁴ Örneğin, gözlem altına alma kararı gerekli ise uygulanmalıdır. Kişinin akıl hastası olup olmadığı başka türlü ortaya çıkartılabiliyorsa bu tedbire başvurmak orantılılık ilkesine aykırılıktır.⁷⁵

Tedbire karar veren kişi, amaçlanan şeyin hak ve hürriyetlere daha az zararı olabilecek bir başka tedbirle elde edilebileceğini belirlediğinde o tedbire karar vermelidir.⁷⁶ Örneğin adli kontrol, şüpheli veya sanığın, tutuklama koşullarının varlığı ve tutuklama ile ulaşılabilecek amaçlara uygun olduğu takdirde, kanunda sayılı bir veya birkaç yükümlülüğe tabi tutulmasıdır. Ceza muhakemesi hukukuna göre, tutuklanmayı gerektiren koşulların oluşması halinde, şüpheliye veya sanığa tutukluluğa nazaran daha hafif nitelikte bir tedbir uygulanmasını sağlama ve alternatif tedbir olarak adli kontrol kurumunun yaratılması orantılılık ilkesinin gereği olarak görülmelidir.⁷⁷

Adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersizliğinden söz edilerek tutuklama kararı verilmemelidir. Orantılılık ilkesinin tutuklamanın bir şartı olduğu dikkate alınarak, adli kontrolün hangi nedenlerle yetersiz kaldığına ilişkin gerekçe gösterme yükümlülüğüne uyulmalıdır. Nedenlerin somut ve olgusal biçimde

⁷² Kunter (n 13) 453.

⁷³ Özen (n 12) 596.

⁷⁴ Şen ve Özdemir (n 46) 168.

⁷⁵ Yenisey (n 36) 226; Daha hafif koruma tedbirine başvurmak her ne kadar orantılılık ilkesinin gereği olarak açıklansa da hafif tedbire başvurulabilmesi için tedbirin kanunda yer alması gerekir. Aksi halde karar mercii, kanun koyucunun iradesinin dışına çıkarak kişi özgürlüğünü keyfi yere kısıtlamaktadır. Koca (n 33) 115; Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri kanun ile belirlenmiştir. Muhakeme organlarının, kanunda öngörülmemen bir tedbire karar vermesi ya da kanunda olan bir tedbire benzetilerek başka tedbirlerle karar verilmesi kıyas yapılması olup kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi orantılı da olmamaktadır. Rauber (n 29) 263.

⁷⁶ Toroslu ve Feyzioğlu (n 13) 252; Hüküm kesinleşmeden kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması haksızlıktır. Ancak kaçmasını, delilleri yok etmesini engellemek de zorunluluk olduğundan tutuklama tedbiri zorunlu haksızlık olarak ifade edilebilir. Tutuklama kararını vermek bu nedenle adli makamların mecbur kaldığı bir durum olarak görülmelidir. Mecbur kalınan bu durumun başka türlü, daha az etkisi olan tedbirle telafi edilmesi mümkün olduğunda bile aynı tedbire başvuru ise sadece haksızlık olarak düşünülmelidir. Erem (n 18) 419.

⁷⁷ Öztürk (n 53) 5; Adli kontrol tedbiri ile tutuklama tedbiri aynı amaca sahip olmalarına karşın karar vericilerin, tedbirin ağırlığını göze alarak tutukluluk halini, öncelikli uygulanması gereken koruma tedbiri olarak düşünceleri orantılılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Nizamoğlu (n 53) 481; Adli kontrol tedbiri tutuklamaya göre kişinin özgürlüğüne dolaylı olarak müdahale ettiğinden tutuklama ile elde edilmek istenenler adli kontrol tedbiri ile sağlanabiliyorsa orantılılık ilkesi gereğince, tutuklama kararı yerine adli kontrole hükmetmek gerekmektedir. Centel (n 53) 93; Benzer görüş için bkz Anayasa Mahkemesi. "Somut olayda tutuklamaya karar verilirken tutuklama kararında başvuruçunun oğlunun çocuk olduğunun dikkate alındığına dair herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla başvuruçunun tutuklanmasına karar verilirken uluslararası sözleşme ve belgelerde yer alan ilkelere riayet edildiği, bu bağlamda diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasının yetersizliğinden bahsedilirken başvuruçunun yaşının dikkate alındığı söylenemeyecektir. Tutuklama kararında sulh ceza hâkimliği tarafından ileri sürülen gerekçeler, tutukluluk tedbirinin -başvuruçunun oğlunun yaşı bakımından- özellikle iç hukukun gerektirdiği üzere son çare olarak kullanıldığının düşünülmesine imkân vermemektedir. Ayrıca tutuklama kararı veren hâkimliğin başvuruçunun tutuklanmasına karar verirken öncelikle tutuklamadan başka tedbirleri öngördüğü anlaşılmamaktadır. Bu gerekçelerle tutuklamanın ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır." Anayasa Mahkemesi, 2015/19167, 10/09/2019.

tutuklama kararında gösterilmesi gerekir. Adli kontrolün yetersizliğine ilişkin yeterli gerekçenin olmadığı noktada, tereddütsüz bir şekilde tutuklama yerine adli kontrole başvurulmalıdır.

“Orantılılık ilkesine uygundur” düşüncesiyle salt adli kontrol kararının verilmesi yeterli değildir. Orantılılık ilkesi, genel bir ilke olup, adli kontrol tedbiri kapsamında yer alan yükümlülükler açısından da geçerli olan bir ilkedir. Yükümlülüklerin de ilgisine orantılı şekilde uygulanması gerekir. Kişi hürriyetini tam manasıyla sınırlandırmamak suretiyle veya daha geniş bir ifade ile kişinin belirlenen yükümlülüklere uymak kaydıyla toplumsal ve bireysel yaşamını olağan şekilde sürdürmesine olanak sağlanmalıdır. Adli kontrol kararının verildiği hallerde, tutuklama kararının niteliğine ve somut olayın koşullarına göre; şüpheli veya sanık, birey hak ve özgürlüklerine en az müdahaleyi gerektiren yükümlülükler ve soruşturma ve kovuşturma konusu suçun niteliğine uygun düşen tedbirlere tabi kılınmalıdır. Bir koruma tedbiri olması nedeniyle, adli kontrol tedbiri de geçici olup, bunu haklı kılan şartlar ortadan kalkınca bu tedbirin de kaldırılması gerekir.

İşlendiği iddia edilen eylemin ağırlığına göre uygulanan koruma tedbirinin ağır olması orantılılık ilkesini ihlal etmez. Eylemin ağırlığına göre tedbir de ağır olabilir. Ancak muhatabına daha az zarar verici tedbirin sonuçlarının aynı olması beklendiğinde bir üst tedbire başvurmak orantılı olmamaktadır.⁷⁸

Adli kontrol, tutuklama tedbirinin şüpheli ya da sanık üzerinde yaratabileceği olumsuzlukları engelleme düşüncesiyle tutuklamanın işlevini görecektir alternatif bir tedbirdir. Adli kontrolün amacı ve hukuki niteliği tutuklamanın amacı ve hukuki niteliği ile benzerdir. Şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek, muhakemenin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesini veya muhakeme sonunda verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlamaktır. Her iki kurumun da benzer işlevi görmesine rağmen Ceza Muhakemesi Kanunu’nda adli kontrol tedbirinin yer almasının temel sebebi, gereksiz şekilde başvuru ya da uzatılan hatalı tutuklama tedbiri tatbikinin önüne geçmektir.

5271 sayılı Kanun’da yer alan bazı koruma tedbirlerinde kanun koyucu, tedbirin uygulanabilmesi için “başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” koşulunu aramaktadır.⁷⁹ Sayılan tedbirler, bireyin hak ve özgürlüğüne daha ağır zarar verebileceğinden, delillerin muhafaza edilebilmesi için uygulanabilecek başka tedbirler varsa, bu tedbirlerin uygulanmaması orantılılık ilkesiyle açıklanabilmektedir.⁸⁰

⁷⁸ Busse (n 53) 32; Tedbirin orantılılığı, muhakemenin ilerleyen dönemlerinde yeniden değerlendirilmelidir. Örneğin muhakeme süreci şüpheli ya da sanık lehine değişir ve tedbirin devamına duyulan ihtiyaç, şüpheli ya da sanığa verilebilecek zararın gerisinde kalırsa, uygulanan koruma tedbiri ya geri alınmalı ya da verilebilecek muhtemel zararın dengesinde olan bir başka tedbire karar verilmelidir. Muhakeme süreci şüpheli ya da sanık aleyhine değişir ise bu durumda daha ağır bir tedbire de başvurulabilir. Yenisey ve Nuhoğlu (n 13) 310.

⁷⁹ Bkz Teknik araçlarla izleme (md 140), İletişimin denetlenmesi (md 135), Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (md 139), Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma md 134).

⁸⁰ Centel ve Zafer (n 8) 383.

5. Orantılılık İlkesini, İhtiyaç Olan Tedbire Başvurulması Olarak Açıklayan Görüş

Ceza normuna aykırılık dolayısıyla kamu düzeni ihlal edilir. Düzenin yeniden tesis edilmesi aşamasında koruma tedbirlerine, ihtiyacın gerektirdiği ölçüde başvurulmalıdır. Tedbirin, ihtiyaçla orantılı olması gerekir. İlke, ihtiyaç olan tedbire başvurma konusunda karar vericileri zorlamaktadır. Bu nedenle orantılılık prensibi, hukuk devletinde aşırılık yasağıdır.⁸¹ Örneğin arama yapılan yere zarar verilmesi, koşulları bulunmadan kapalı mekanlarda arama yapılması; delil olarak kullanılabilecek olandan fazla eşyaya elkonulması halinde orantılılık ilkesi ihlal edilmektedir.⁸²

6. Orantılılık İlkesini, Kamu Yararının Korunması Olarak Açıklayan Görüş

Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürülen görüşe göre, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda koruma tedbirinin uygulanması haklı bulunabilir. Özellikle tutuklama tedbirinde sürenin uzunluğu kamu yararı gerekçe gösterilerek orantılı kabul edilebilir.⁸³

Kamu yararını öne çıkartarak orantılılık ilkesinin tanımlanması doktrin ve yargı kararlarında eleştirilmektedir. Muhakeme süresini daraltmak amacıyla oluşturulan makul süre kavramı keyfi tutumların önüne geçmek amacını taşır.⁸⁴ Koruma tedbirlerine başvurulmasında şüpheli veya sanığa verilecek zarar, topluma sağlayacağı yarardan ağır olduğunda kamu yararının gözetilmesi amacıyla, orantılılığın var kabul edilmesi hukuka aykırıdır. Orantılılık ilkesinin kamu yararı lehine, kişi aleyhine bozulabilmesi yerinde değildir. Özellikle tutuklama koruma tedbirinde kamu yararını gerekçe göstererek birey özgürlüğünü kısıtlamak, kişiyi cezalandırmak olarak kabul edilmelidir.⁸⁵

⁸¹ Meyer-Goßner and Schmitt (n 5) 586.

⁸² Koca (n 33) 118.

⁸³ Bkz Anayasa Mahkemesi, 2012/1137, 02.07.2013.

⁸⁴ Otto (n 42) 167.

⁸⁵ Graf (n 4) 657; Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre kamu yararı gerekçe gösterilerek birey özgürlüğü aleyhine tercihte bulunmak, orantılılık ilkesiyle açıklanamaz. "Ceza yargılamasının bir başka temel dayanağı da, kamu yararı ve birey yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayırılsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer." Yargıtay CGK, 6-322/343, 19.12.1994.

7. Değerlendirme

Koruma tedbirlerinin uygulanmasının temel amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını sağlayan delillerin karartılmasını engelleme düşüncesidir. Bu düşünceden yola çıkarak hangi tedbirin uygulanabilir olduğuna orantılılık ilkesi katkı sağlamaktadır. Örneğin tutuklama yerine geçen seçeneklerin değerlendirme dışı bırakılarak şüpheli veya sanığa tutuklama tedbirinin uygulanması orantılı olmamaktadır.

Koruma tedbirlerinde orantılılığı, tedbirin uygulanmasına bağlı olarak kazanımın, tedbirin uygulanacağı kişiye verilebilecek zararlar aynı veya daha ağır olması şeklinde tanımlamak gerekir. Bu nedenle orantılılığın açıklanmasına yönelik olarak doktrinde ve yargı kararlarında yapılan tanımlamalar içerisinde, orantılılığı, menfaatlerin dengelenmesi olarak kabul eden görüş yerindedir. Kamu ve birey menfaatleri arasında, orantılılık ilkesi sayesinde denge kurulurken hem adalet hem de insan onurunun korunması ilkelerine katkı sağlanmış olmaktadır.

D. Koruma Tedbirlerinde Orantılılığın İşlevi

1. Genel Açıklamalar

Orantılılık ilkesine bağlı kalınarak koruma tedbirine başvuru hakkının sınırlandırılması, ilke olarak maddi gerçeğe ulaşmada kesintiye neden olmaz. Masumiyet karinesine uygun olarak birey hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında keyfilik önlenmiş olur.⁸⁶

Orantılılık ilkesinin, tedbirlerin uygulanmasında neden gerekli olduğunu açıklayan doktrin ve yargı kararlarında değişik görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre orantılılık, koruma tedbirlerine muhatap olan kişilerin sahip olduğu hakların güvencesi işlevini görmektedir.⁸⁷ İkinci görüşe göre orantılılık, özgürlüğün sınırlandırılmasını telafi etme işlevine sahiptir.⁸⁸ Üçüncü görüşe göre orantılılık, özgürlüğün sınırlandırılmasına yönelik olarak verilen kararları meşrulaştırmaktadır.⁸⁹

2. Hakların Güvencesi Olma İşlevi

Orantılılık ilkesi, temel hak ve hürriyetlere yapılan sınırlandırmanın sınırı olarak ortaya çıkmıştır. Buna göre sınırlamalar, öngörüldükleri amaç dışında kullanılamamaktadır.⁹⁰

⁸⁶ Wagner (n 19) 465.

⁸⁷ Busse (n 53) 6; Metin (n 66) 67; Koca (n 33) 124; Yenisey (n 36) 227; Kindhäuser and Schumann (n 6) 138; Graf (n 4) 656.

⁸⁸ Roxin, Achenbach, Jäger and Heinrich (n 7) 57.

⁸⁹ Caianiello (n 29) 163; Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 12.

⁹⁰ Posthoff (n 41) 593.

Hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının amacı ile sınırlama önlemi arasında var olan ilişkinin denetlenmesini, hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlayarak, keyfi sınırlamaları önleyici bir fonksiyonu, orantılılık ilkesi yerine getirmektedir.⁹¹

Ceza muhakemesinde tedbirlere başvurulması her ne kadar hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması olarak kabul edilse de orantılılık ilkesi doğru bir şekilde uygulandığında temel hakların etkisinde bir azalma söz konusu olmamaktadır.⁹²

Koruma tedbirlerinde orantılılık ilkesinin uygulanmasıyla birlikte, hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık ve güven duyguları sağlamlaştırmaktadır. Bu nedenle orantılılık ilkesi, hukuk devletinin bir gereğidir.⁹³ Ancak orantılılık ilkesi, sadece hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi sayılmayıp aynı zamanda doğrudan doğruya temel hakların varlığında mündemiçtir. Bu nedenle bireylerin sahip oldukları hak ve hürriyetler kamu otoritesinin güvencesi altındadır.⁹⁴

3. Özgürlüğün Sınırlandırılmasını Telafi Etme İşlevi

Orantılılık ilkesi, hak kaybını telafi edici işleve sahiptir. Orantılılık ilkesi dikkate alınarak tedbire karar verildiğinde daha hafif olana başvurulması gerektiğinden, tedbire başvuru kararı hatalı olsa dahi şüpheli ya da sanığın uğrayabileceği zarar daha hafif olmaktadır.⁹⁵

4. Özgürlüğün Sınırlandırılmasını Meşrulaştırma İşlevi

Ceza muhakemesinde orantılı hareket edilmesi, doğrunun bulunmasına hizmet eder. Usul işlemleri ile koruma tedbirlerinden hangisine başvurulacağı konusunda karar verici olanlara yardımcı olur ve böylece maddi gerçeğe ulaşılmasına doğrudan katkı sağlar.⁹⁶ Orantılılık ilkesine uyulması nedeniyle uygulanan tedbirin

⁹¹ Kindhäuser and Schumann (n 6) 137.

⁹² Metin (n 66) 67.

⁹³ Busse (n 53) 6.

⁹⁴ Graf (n 4) 656; Orantılılık ilkesi esasen suç işleme şüphesi altında bulunan kişiye sağlanan bir güvencedir. Tedbirlere başvurulmasında ilkeye uyulmasıyla birlikte kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda bireye güvence verilmektedir. Örneğin adli kontrol kurumunun getirilmesinin amacı tutukluluğun birey üzerinde yarattığı mahkûmiyet duygusunu ortadan kaldırmak olduğuna göre adli kontrol kurumu, orantılılık ilkesini canlandırmak ve vurgulamak amacını taşımaktadır. Bu durum hukuk devletinde bireylerin temel hak ve hürriyetlerine yönelik olarak getirilebilecek sınırlamaların güvencesi olarak kabul edilmelidir. Koca (n 33) 124; Benzer görüş için bkz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. "Orantılılık ilkesinin temel amaç ve işlevi, koruma tedbirine muhataba olacak kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için kullanılacak kamu gücünü, hak ve özgürlükler lehine sınırlandırmak, müdahalelerde aşırılığa gidilmesini ve buna bağlı olarak doğabilecek mağduriyetleri önleyebilmektir." Smirnov v Rusya (2007) 71362/01; Benzer görüş için bkz Yargıtay. "Adli kontrolün amacı tutuklama koruma tedbirinde de genel olarak öngörülen, şüpheli veya sanığın kaçmasını, saklanmasını veya delilleri karartmasını önlemek, tanık ve mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimine engel olmak ve yargılamanın sağlıklı şekilde yapılmasını sağlamaktır. Amaç, kural olarak kişi hürriyetini tam manasıyla sınırlandırmamak suretiyle veya daha geniş bir ifade ile kişinin belirlenen yükümlere uymak kaydıyla toplumsal ve bireysel yaşamını olağan şekilde sürdürmesine olanak sağlanmasıdır." Yargıtay 12 CD, 13444/2705, 16.02.2015.

⁹⁵ Roxin, Achenbach, Jäger and Heinrich (n 7) 57.

⁹⁶ Degener (n 1) 184.

doğru olduğuna yönelik karine oluşur. Bu nedenle orantılılık ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasını meşrulaştırmaktadır.⁹⁷

5. Değerlendirme

Orantılılık ilkesi, koruma tedbirlerinden hangisinin uygulanması gerektiği konusunda bir yorumlama ölçütü ve aynı zamanda hangisinin uygulanmaması gerektiği konusunda bir denetim aracıdır. Başvurulan tedbir kararının adaletli olup olmadığının ve toplum vicdanında aldığı tepkinin, yorumlamada dikkate alınması gerekir. Ayrıca tedbirlerin, orantılılık ilkesi açısından denetlenmesiyle birlikte karar mercilerinin sahip olduğu takdir yetkisinin sınırları somutlaştırılmış olmaktadır.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma arzusu, kamu menfaatini koruma düşüncesinin sonucudur. Muhakemenin işleyişinde kamu menfaati ile bireylerin çıkarlarının çatışmasında karar mercileri, genellikle kamu menfaatini koruma düşüncesiyle hareket etme eğilimindedirler. Bu amaçla koruma tedbirlerinin uygulanmasında kamu menfaati esas alınabilmektedir. Kamu menfaatini koruma düşüncesiyle bireylerin hak ve hürriyetleri hedef alınmakta ve koruma tedbirlerine başvurulmaktadır.

Orantılılık ilkesi dikkate alınarak uygulanmasına karar verilen koruma tedbiri en uygun olandır. Bu nedenle orantılılık ilkesi, uygulanacak tedbirin başarısız olma ihtimaline değil etkili olmasına katkı sağlar. Etkili olan tedbir, maddi gerçeğe ulaştırır. Maddi gerçeğin ortaya çıkmasıyla birlikte suçun işlendiği iddiası ile bozulan kamu düzeni yeniden tesis edilir ve bu durum kamunun menfaatinedir. Görüldüğü gibi orantılılık ilkesi kamu menfaatlerinin korunmasına da hizmet etmektedir.

Orantılılık ilkesi, bireyin sahip olduğu hak ve hürriyetlerin savunulmasına hizmet etmek amacıyla tedbirin uygulanmasını sınırlandırma, engelleme ya da başka bir tedbire başvurulmasına neden olabilmektedir. Bu yönüyle orantılılık ilkesi bireyin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmekte, sahip olunan hak ve hürriyetlerin güvencesi olarak görülmektedir.

E. Suç Şüphesinin Yoğunluğunun Orantılılık İlkesiyle İlişkisi

Ceza muhakemesinin amacı, şüpheyi yenerek maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan muhakeme sürecinin başlatılabilmesi için suçun işlendiğine dair belli

⁹⁷ Caianiello (n 29) 163; Masumiyet karinesinden dolayı, koruma tedbirleri gibi hak ve hürriyete doğrudan etki eden araçlara başvurulmasında genellikle tereddüt bulunmaktadır. Bu nedenle tedbirlere başvururken koşullara ilişkin değerlendirmenin hassas yapılması gerekir. Aksi halde koruma tedbirlerinin uygulanmasında objektif olunmadığı düşüncesine bağlı olarak verilen kararların doğruluğuna yönelik şüphe artarken güven azalır. Posthoff (n 41) 587; Orantılılık ilkesi, belli bir koruma tedbirinin benimsenmesi veya kullanımına izin verilmesi ve izin verilmesi kaçınılmaz olan müdahalenin kapsamı konularında hâkimlere kolaylık sağlar. Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 12.

yoğunlukta şüphenin varlığı zorunludur.⁹⁸ Şüphenin, delillere dayanması ve ciddi bulunması gerekir. Şüphenin yoğunluğu arttıkça suçun işlediğine dair belirsizlik de azalmaktadır.⁹⁹

Suçun işlendiğine dair şüphenin yoğunluğuna bağlı olarak maddi gerçeğe yaklaşıldığı kabul edilir. Delillerin toplanması ve muhafaza edilmesi bakımından daha temkinli hareket edilmesi gerekir. Şüpheyne ulaşan ilgili makam muhakeme sürecinin amaçlandığı gibi ilerleyebilmesi için koruma tedbirlerine başvurulabilir.¹⁰⁰

Ceza muhakemesinde şüphenin derecesi, orantılılık ilkesinin gereği olarak kabul edilmelidir. Suç şüphesinin yoğunluğuna bağlı olarak ilgili tedbirlere başvurulmasıyla orantılılık ilkesi arasında doğrudan ilişki bulunur. Şüphenin yoğunluğu arttıkça delillere zarar verilmesi ihtimali de arttığından başvurulacak koruma tedbirinin ağırlığı da artmaktadır.¹⁰¹ Bu nedenle temel hak ve hürriyetlere daha fazla zarar verebilecek tedbirlere başvurulabilmesi mümkündür. Örneğin tutuklama, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı tayin etme, teknik araçla izleme vb tedbirler de kanun koyucu açıkça kuvvetli suç şüphesinin varlığını aramaktadır. Bu tedbirlere başvurulmasında şüphenin yoğunluğunun dikkate alınması, orantılı hareket edildiğini göstermektedir.¹⁰²

Koruma tedbirlerinde karine özgür bırakılma lehine olmalıdır. Tedbir orantılı olarak uygulanmadığında, şüphenin sanık lehine yorumlanması genel ilkesinin tersinin uygulandığı ceza muhakemesi sistemi maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet etmez. Tedbirlerin araç olmasını, geçici olmasını gerekçe göstererek tedbirlere orantısız başvurulması, birey temel hak ve hürriyetini sınırlandırmanın yanında muhakeme işlemleriyle bireyin lekelenmeme hakkına da zarar vermektedir.

Suç şüphesinin artmasına bağlı olarak daha ağır koruma tedbirlerine başvurulabilmesinde mevcut delil durumunun da değerlendirilmesi gerekir. Suçun işlendiğine dair yoğun bir şüphe olmasına rağmen işlendiği iddia olunan suçla ilişkin olarak deliller toplanmış olduğunda, koruma tedbirlerine yine de başvurulması orantılılık ilkesinin ihlali olarak kabul edilmelidir.

⁹⁸ Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 13) 25; Ceza muhakemesi süreci, kamu düzeni bozan bir fiilin işlendiğine yönelik bir takım emarelerin ortaya çıkması ile başlar. Soruşturma yapmakla görevli organları harekete geçiren şey, suç işlendiğine ilişkin şüphenin ortaya çıkmasıdır. Bertel, Venier and Tjold (n 53) 88.

⁹⁹ Seiler (n 2) 158.

¹⁰⁰ Yenisey ve Nuhoglu (n 13) 311.

¹⁰¹ Graf (n 4) 644.

¹⁰² Schröder and Verrel (n 69) 97.

Suç şüphesinin, nesnel bir biçimde somut delile dayalı olması gerekir.¹⁰³ Uygulamada, koruma tedbirinin uygulanmasıyla birlikte şüpheli veya sanığın, isnat edilen suçu işlediği şüphesi doğmaktadır. Oysa şüphe var olduğunda ilgili tedbirlere başvurulması gerekirdi. Tedbire bağlı olarak suç işlendiği şüphesinin doğmasının temel sebebi, başvuru koruma tedbirinin ağırlığının, mevcut olan suç şüphesinden fazla olmasıdır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin en yoğun olarak kullanıldığı aşama, soruşturma aşamasıdır. Bunun nedeni ise kanunda suç olarak tanımlanan eylemlerin tespiti ve faillerin eylemleri ile olan ilişkilerinin kanıtlanması bakımından soruşturma evresinde delil toplama amacı ile kullanılmalarıdır.¹⁰⁴ Soruşturma aşamasına, başlangıç şüphesi olan suçun işlendiğine dair basit şüphe ile başlandığı için şüphelinin masum olma ihtimali çok kuvvetlidir. Bu nedenle soruşturma aşamasında delillere ulaşmak amacıyla hak ve hürriyetlere daha fazla zarar verebilecek tedbirlerin uygulanmasından kaçınılması gerekir. Aksi halde tedbirlere başvurulmasında orantılılık ilkesi ihlal edilmiş olur.¹⁰⁵

Henüz iddianame düzenlenmemiş olduğundan soruşturma aşamasında koruma tedbirlerine başvurma açısından suç şüphesinin önemi daha büyüktür.¹⁰⁶ Şüpheyi artıran unsur delildir. Soruşturma aşamasında deliller henüz tam olarak toplanamadığına göre, bu aşamada şüphe kavramı genellikle dağınıktır. Bu nedenle soruşturma aşamasında, başvurulacak koruma tedbirleri konusunda daha temkinli hareket edilmelidir. Tedbirlerin niteliği ve süresinin, kovuşturma aşamasında uygulanacak tedbirlere göre daha hafif olması gerekir. Benzer düzenleme tutukluluk süresine ilişkin olarak 5271 sayılı Kanun md 102/4'te yer almaktadır. Buna göre, soruşturma evresinde tutukluluk süresi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işler bakımından altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemez. Bu durum, başvurulacak koruma tedbirlerinde orantılılık ilkesinin sonucudur.

Sonuç

Koruma tedbirleri, genel olarak ceza muhakemesinin sonunda maddi gerçeğe ulaşılmasını ve bu gerçeğe uygun bir hüküm verilmesini amaçlar. Tedbirler, muhakemenin başvurduğu araçlar olup, ceza soruşturmasında veya kovuşturmasında

¹⁰³ Meyer-Goßner and Schmitt (n 5) 586; Benzer görüş için bkz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. "Mahkeme öncelikle şunu kabul etmekte olduğunu tekrar belirtir ki, özel bilgilerin kullanımı, teröre dayalı şiddetle ve örgütlü terörizmin vatandaşların hayatlarına ve bir bütün olarak demokratik topluma karşı oluşturduğu tehditle mücadele etmek için gereklidir. Ancak bu, her ne zaman belli bir terörizm faaliyetinin meydana gelmiş olduğunu düşünseler (...) soruşturmaları yürüten yetkililerin 5. madde uyarınca istedikleri şüpheliyi sorgulamak için gözaltına almaya sınırsız bir yetkilerinin bulunduğu anlamına gelmemektedir." Murray v UK, (1994) UKHL 56.

¹⁰⁴ Bkz BVerfGE 53, 152.

¹⁰⁵ Da Silva, Stange ve Yıldız (n 26) 24.

¹⁰⁶ Degener (n 1) 94.

kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Tedbirlerin uygulanmasının, muhakemeye olan katkısının yanında, kişi hak ve hürriyetlerini sınırlandırması nedeniyle belli koşullara sahip olması gerekir. Kanunda yer alma zorunluluğu, gecikmede sakınca olması ve görünüşte haklı olması halinde başvurulması, belli bir suç şüphesini içermesi ve uygulanmasının orantılı olması halleri, tedbirlerin ön koşullarıdır.

Uygulamada orantılılık ilkesi, kişi özgürlüğü kısıtlandığı için genel olarak tutuklama tedbiriyle birlikte değerlendirilmektedir. Oysa diğer koruma tedbirlerinde de kavramın bir ön koşul olarak dikkate alınması gerektiği anlayışı oluşturulmalıdır.

Hak ve hürriyetlerin sınırlandırmasında kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge bulunmaktadır. Bu nedenle orantılılık ilkesi, koruma tedbirlerinin uygulanmasının mantıki, hukuki ve vicdani doğal sınırını oluşturmalıdır. Birey hak ve özgürlüklerinin, tedbirleri uygulayan merci tarafından sınırlandırılmasında bir denge unsuru olması dolayısıyla, hak ve özgürlükler lehine koruma sağlayan evrensel bir ilke olarak kabul edilmelidir.

Orantılılık ilkesinin uygulanmasıyla birlikte hak ve hürriyetler en üst seviyede korunmaktadır. Uygulanan tedbirin, işlendiği iddia edilen fiilin ağırlığı ve sorumluluk derecesi ile orantılı olmaması halinde “adalet” ilkesine zarar verilmiş olur. Tedbirlere süreli olarak başvurulması, bazı tedbirlerin ancak belli suçlar açısından uygulanabilir olması, tedbirin uygulanması kararlarına karşı itiraz yolunun açık olması, tedbirin zarar vermesi halinde tazminat sorumluluğunun öngörülmesi, alternatif tedbirlerin kanunda yer alması halleri orantılılık ilkesinin sonuçları olarak kabul edilmelidir.

Koruma tedbirlerine başvurmada “ihtiyarılık” prensibinin benimsenmiş olması, takdir yetkisi kullanılırken, tümüyle serbest olunmasını haklı göstermemektedir. Anayasa'nın kişi özgürlüğüne verdiği önem göz önünde bulundurularak, takdir yetkisi koruma tedbirlerinin ruhuna ve amacına uygun olarak kullanılmalıdır. Orantılılık ilkesi, takdir yetkisinin amaca uygun kullanılabilmesi adına yol gösterici olarak değerlendirilmelidir.

Koruma tedbirlerinde orantılılık ilkesine ne ölçüde uyulduğunu denetlemenin en iyi yolu, kararların gerekçelerine bakılmasıdır. Bu nedenle tedbirlere başvurulmasının gerekçesinde, orantılılık ilkesinin dikkate alındığı somut olarak yer almalıdır.

Koruma tedbirlerinin uygulanmasında orantılılık ilkesinin aranmasının gerekliliği, doktrinde ve yargı kararlarında işlenmesine rağmen uygulamada, kavramın gerçek anlamıyla yorumlanmadığı ve bu nedenle birey hak ve özgürlüğünün bu durumdan olumsuz etkilendiği görülmektedir. Bu durumun ana nedeni ise koruma tedbirlerinin amacı ve koşulları konusunda yeterli algının mevcut olmamasıdır. Bu durumun ortadan kaldırılması için orantılılık ilkesinden ne anlaşılması gerektiğinin ve tedbirlerin ön

koşulu olduğunun Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça yer alması gerekir. İlave olarak orantılılık ilkesinin ne anlama geldiğinin soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından anlaşılabilmesi amacıyla gerekli eğitimlerin de verilmesi gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Baurmann M, *Zweckrationalität und Strafrecht* (VS Verlag für Sozialwissenschaften 1987).
- Bertel C, Venier A and Tipold A, *Strafprozessrecht* (Manz 2020).
- Bıçak V, *Suç Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2011).
- Busse U, *Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft* (Universitätsverlag Göttingen 2008).
- Caianello M, “II principio di proporzionalità nel procedimento penale” (2014) (3-4) *Diritto Penale Contemporaneo* 143 - 163.
- Centel N, “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler” (1994) 8 (1-3) *MÜHD* 69 - 100.
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta 2020).
- Da Silva JC, Stange A ve Yıldız AK, *Tutuklama ve Adli Kontrol Tedbirleri: Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi* (Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü 2014).
- Degener W, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen* (Duncker & Humblot 1985).
- Erem F, *Ceza Usul Hukuku* (Sevinç 1970).
- Gless S, “Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Schweizer Strafprozess” (2012) 124 (2) *ZSTW* 440 – 457.
- Graf JP, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2019).
- Herbst C and Wess N, “Überlange Verfahrensdauer in (gerichtlichen) Strafverfahren – Voraussetzungen, Rechtsbehelfe und Rechtsfolgen” (2015) *NWV* 237 – 262.
- Katoğlu T, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar” (2011) (4) *ABD* 19 - 33.
- Kindhäuser U and Schumann KH, *Strafprozessrecht* (Nomos 2019).
- Koca M, “Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının Adli Kontrol Tedbirinin Değerlendirilmesi” (2003) 5 (2) *DEÜHFD* 109 - 142.
- Kunter N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Sermet 1974).
- Metin Y, “Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” (2017) (7) *SDÜHFD* 1 – 74.
- Meyer-Goßner L and Schmitt B, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2020).
- Nizamoğlu M, “Tutuklama Tedbirinde Oranlık ilkesi” (2000) 13(2) *TBBD* 481 - 486.
- Otto KA, *Der Anspruch auf ein Verfahren innerhalb angemessener Zeit* (Centaurus Verlag & Media 1995).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2020).
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Adalet 2020).
- Öztürk B, “Tutuklama Sebepleri” (1988) 7 (24) *MBD* 3 – 13.
- Öztürk B, Erdem MR, Sırma Ö ve Saygılar Y, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2010).
- Öztürk B, Kazancı BE ve Güleç SS, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (Seçkin 2019).
- Posthoff KH, “Verhaftung und Vorläufige Festnahme” Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming and Mark A Zöllner (edr) *Strafprozessordnung: Kommentar* (CF Müller 2019).
- Rauber J, “Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung” (2015) 75 *ZaöRV* 259 - 298.
- Reuter T, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen” (2009) (7) *JURA* 511 – 518.
- Roxin C, Achenbach H, Jäger C and Heinrich M, *Strafprozessrecht* (CH Beck 2019).

- Schröder FC and Verrel T, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Çeviren Salih Oktar) (Yetkin 2019).
- Seiler S, *Strafprozessrecht* (Facultas 2020)
- Singelstein T, “Verhältnismäßigkeitsanforderungen für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen– am Beispiel der neueren Praxis der Funkzellenabfrage” (2012) (12) *JuristenZeitung* 601 – 608.
- Singelstein T, “Zur Konstitutionalisierung im Strafrecht” (2011) (60) *Annales XLIII* 33 – 45.
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yetkin 2020).
- Şahin C, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seçkin 2011).
- Şen E ve Özdemir B, *Tutuklama* (Seçkin 2011).
- Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş 2019).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet 2020).
- Wagner M, “Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs1 S1 StPO als Rechtfertigungsgrund” (2011) (6) *ZJS* 465 – 478.
- Wienbracke M, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz” (2013) (2) *Zeitschrift für das Juristische Studium* 148 - 155.
- Wiesbauer B, *Verhältnismäßigkeit im Strafverfahren* (Universität Wien 2019).
- Yenisey F, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama” (2016) (33) *AYD* 213 – 229.
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2019).
- Yüce TT, “Zorlayıcı Önlem Teorisi” (1980) 1 (1) *DEÜHFD* 67 – 96.

