

TUTUKLAMA PARADOKSU

PARADOX OF PREVENTIVE DETENTION

Mustafa T. YÜCEL*

Özet: Bu makalede tutuklama siyasetinin *de facto* uygulamasının ne derece makul olduğu mukayeseli pencereden irdelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Tutukluluk, adli kontrol, makullük, etik davranış, adil yargılanma hakkı

Abstract: This paper focuses on the reasonableness of preventive detention policy in action from the comparative angle.

Keywords: Preventive detention, judicial control, ethical behavior, fair trial.

Devlet güvenliği sağlamak/vatandaşını korumak için ceza kavuşturmasını ancak diğer vatandaşlarına kötü bir şey yaparak (*zorunlu kötülük*) gerçekleştirebilmektedir. Devlet "*iyi olanı*" ancak "*kötü olanı*" da yaparak; hak kısıtlamalarına başvurarak sunmaktadır. Önlenemez tahribatı göz önüne alınarak bu zorunlu kötülüğün mümkün olduğunca en alt seviyede tutulması siyaseti *de facto* benimsemelidir. Burada söz konusu olan benimsediğimiz etik anlayış¹ bilincini vurgulamaktır: Devlet kendi davranış biçimleri açısından suçluların davranışları gibi davranamaz; kendini onlarla aynı konumda göremez. Bu yaklaşım, doğal olarak, devletin suçlulara göre biraz daha dezavantajlı bir

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Başkanı.

¹ Bkz. *Bangolar Yargı Etiği İlkeleri*.

konumda olduğunu göstermektedir. Bu çıkarımın benimsenen uygarlık düzeyi ve insana saygı için ödenecek bir bedel olduğu bilinmelidir.

Yeni CMK ile sağlanan özgürlükçü yaklaşıma karşın adli kültür ve alışkanlıklar sonucu *de-jure* tutuklama siyaseti gerçekleştirilemedi. Tartışma sanığın suçlu olup olmadığına yönelik olmayıp, yargılama sürecinin tutuklu sürdürülüp sürdürülemeyeceğine yöneliktir. Tutuklamanın istisnai bir tedbir olarak ele alınması, kişinin isnat edilen suçta işlediği hakkında makul şüphe ile (*Kaçması tehlikesi, *adaletin işleyişine müdahale etmesi tehlikesi, *ciddi bir suç işlemesi tehlikesi) gerekçelerden bir veya birkaçının varlığına ait kuvvetli sebeplerin varlığı halinde ancak tutuklamaya karar verilebilmesi genel bir ilke olarak uygulamaya egemen olması, *adli kontrol*² uygulamasının *yetersiz kalacağını belirten hukuku ve fiili nedenlere yer verilmesi* (CMK m. 101-1) gerekirken, CMK m. 100/3'te yer alan katalog suçlarda, başkaca bir gerekçe aranmaksızın, tutuklamaya başvurulması temel ilke olmuş; CMK ile tutuklamaya getirilmek istenen anlayış uygulamaya yansımamıştır.³ Tutuklu olan sanıklardan ne kadarının beraat/mahkum olduğunu bilgisine ulaşılmadığı için Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü tutuklu veri bankasından (örneğin 2005 yılına bilgilerin) *Adli Sicil Bilgi Bankasından* taranması ve bu yöntemin sistematik bir uygulamaya dönüştürülmesi önerilebilir. Bilgi eksikliği CMK m. 101/5 uyarınca tutukluğa itiraz üzerine verilen kararlar (kabul/ret) için de geçerlidir.

² CMK m. 109(1) adli kontrol uygulamasında ön görülen hapis cezası üst sınırının üç yıl olması sonucu bu tedbir sınırlayıcı niteliktedir.

³ Bkz. B. Öztürk / D. Tezcan / R. Erdem ve..., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ders Kitabı) Seçkin, 2009, s. 5,7: "*Yasada değil,kafada devrim gerçekleştirilmedikçe halkımız layık olduğu bir sisteme kavuşamayacaktır. Mahkemelere düşen görev eski alışkanlıklara göre değil yeni CMK'ya uygun işlem yapmaktır. Burada alt yapı eksikliği bahane olarak gösterilmemelidir. Bu eksikliklerle alakası olmayan, örneğin tutuklama kararı gibi işlerde yasa ya uyulmaması düşündürücüdür.*"; M. T. Yücel, "*Tutuklama Siyasetinin Aritmetiği*", *Güncel Hukuk*, (Ocak 2010/1-73), s. 16-19: *Bir kimsenin yaşamından günlerini, yıllarını almak için binlerce yol bulabilirsiniz. Yalnız bir dakikasını iade etmek için tek bir yol bile yoktur. Ne var ki, uygulamada tutuklama evresel çerçeveyi aşarak ceza haline dönüşmektedir. Ayrıca bkz. M. Fezyioğlu, "Tutuklamaya dair Uygulamada görülen Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ali Naim Armağanı, 2009; TBB Tutuklama Raporu, Ankara 2010; E. Şen, "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri ve Gündeme Gelen Sorunlar", *Güncel Hukuk*, Eylül 2010/9-81, s. 36-40. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas 2009/116 Karar 2010/111 karar. www.ksg.harvard.edu/criminaljustice*

Ülkemizdeki tutukluluk hareketına bakıldığında yıllar itibariyle 1 Haziran tarihinde cezaevlerinde bulunan tutuklu sayısı, toplam cezaevi nüfusundaki yüzde oranı ve değişimi şöyledir:

Tablo 1.

| Yıl | Tutuklu | % | Değişim |
|-------------|---------------|-------------|------------|
| 1986 | 18.770 | 35.9 | 100 |
| 1987 | 18.614 | 37.6 | 99 |
| 1988 | 18.291 | 36.6 | 97 |
| 1989 | 18.355 | 38.4 | 98 |
| 1990 | 15.712 | 34.9 | 84 |
| 1991 | 14.552 | 54.9 | 78 |
| 1992 | 16.752 | 58.0 | 89 |
| 1993 | 16.218 | 54.5 | 86 |
| 1994 | 22.842 | 56.3 | 122 |
| 1995 | 23.390 | 50.5 | 128 |
| 1996 | 24.466 | 46.0 | 130 |
| 1997 | 25.814 | 43.8 | 138 |
| 1998 | 24.900 | 39.1 | 133 |
| 1999 | 26.183 | 37.6 | 139 |
| 2000 | 27.029 | 37.2 | 144 |
| 2001 | 28.068 | 50.5 | 150 |
| 2002 | 25.203 | 43.0 | 134 |
| 2003 | 31.776 | 49.8 | 169 |
| 2004 | 33.020 | 48.0 | 176 |
| 2008 | 56.820 | 60.2 | 302 |
| 2009 | 60.606 | 51.8 | 322 |
| 2010 | 59.365 | 49.7 | 316 |

Tutuklu sayısının, hükümlü sayısına yaklaşması, burada işlerin iyi gitmediğine karine oluşturmaktadır. Bu durum soyut olanın, *de facto* yoğun bir mutasyona uğratıldığına işaret etmektedir. Diğer bir anlamıyla, önlem olarak sınırlı bir işlevi olan tutuklama, iddianın kısırtılması ve hâkimin otonom ve aşkın tutumuyla cezaya dönüşmektedir. Takdirin kontrol altına alınması, temellendirmeye mümkün değildir.

Güncel kararlar, tutukluluğun hangi öncüllere yaslanarak, kendini geçerli kıldığı, geçerliliği besleyen güvence, temel ve desteklerin neler olduğunu hiçe sayarak, toplumsal meşruiyet, hukuk ve yasa arasındaki optimum uyumu, bir başka bahara bırakılmaktadır.

Bu çerçevede, 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla seçilmiş Avrupa Ülkeleri cezaevleri toplam nüfusundaki tutuklu oranı, İtalya dışında (% 57.1), Türkiye'deki oranın altında seyretmektedir. Şöyle ki, bu oran Fransa'da (% 43.6), Avusturya'da (% 40.2), Portekiz'de (%39.6), Yunanistan'da (%36.5), İsviçre'de (%29.4), Danimarka'da (%29.0) ve İsveç'te (%20.5)'dir.

1986-1994 yıllarındaki tutukluluk seyri incelendiğinde; 1991 yılı oranında %20'lik bir artışa, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan değişiklikler (12.04.1991) bağlamında, genişletilmiş şartlı salıverme (1/5) ve suç olmaktan çıkarılan fiiller sonucu yaklaşık 18.000 hükümlünün salıverilmesi nedeniyle oluştuğu ve 1995 yılına kadar devam ettiği görülmüştür.

2000/2001 yılında 4616 sayılı Şartlı Salıverme ve Erteleme Kanunu uyarınca on yıllık indirimden yararlanan hükümlü sayısı ayrıık olmak üzere Haziran 2002 tarihi itibarıyla toplam 40.000 kişi salıverilmiş ve yaklaşık 400.000 sanık da ertelemeden yararlandığı için tutuklama oranında (*oransal*) artışa tanık olunmuş ise de, 2008-2009 yıllarında reel bir artışa tanık olunmaktadır.

Ülkemizde tutuklama nedenleri üzerine toplanmakta olan istatistikler bulunmadığından sistemdeki ajanları ve kamuoyunu bilinçlendirmek üzere bu türden verilere gereksinme vardır. Bu konuda Almanya örneğine ait verilere aşağıda yer verilmiştir. Almanya'da 2007 istatistiğine göre hükümlü oranı % 79 iken tutuklu oranı % 17 idi.

Tablo 2.
Tutuklama Nedenleri Sayısal Dağılımı
(2006)

| Nedenler | Sayısı | % |
|-------------------|--------|--------|
| Kaçma riski | 22.666 | 93.1 |
| Kanıtı etkileme | 1.446 | 5.9 |
| Suçun ciddiyeti | 1.124 | 4.6 |
| Mükerrirlik riski | 2257 | 9.3 |
| Toplam | 24.352 | 112.9* |

(*) Tutuklama olgusunda birden fazla neden olabildiğinden toplam % 100'ü aşmaktadır.

CMK'da tutukluluk süresi için "makullük" kavramı(AİHS m. 5/3) yerine azami süreler vaz edilmiştir. Ağır ceza mahkemeleri görevine girmeyen işlerde süre en çok bir yıl artı altı ay (CMK m. 102/1); ağır cezalı işlerde ise süre en çok iki yıl artı üç yıldır (CMK m. 102/2). Yalnız CMK m. 250/1-c bendinde sayılan suçlar açısından bu süreler iki kat olabilir (CMK m. 252/2). Eski CMUK'a göre toplam tutukluluk azami süresinin bir/üç yıl iken fahiş bir artış kaydetmesi, ceza adaleti sisteminde iş yükü sorunuyla baş edemeyen yaklaşımın yeni bir sorun daha yaratma becerisinden başka neyle açıklanabilir. Bu düzenleme biçimi, dava yönetiminde *tutuklu işlere* özgü sürat sağlamak üzere yeni metotların geliştirilmesine ihtiyaç göstermektedir. İşte tutuklu işlerin yarattığı iş yükü stresi yanında gıyabı tutuklu dosyaları da mahkemeler için iş yükü artışı anlamına gelmektedir.

Bu düzenlemelere karşın her tutuklama olgusunda sürenin Anayasa m.19/8 ve AİHS m.5/3 bağlamında makullük testinden geçirilmesi gerekmektedir(12/12/1991 tarihli Clooth-Belçika davası ve 17/03/1997 tarihli Müler-Fransa davası). Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı teorik olarak değil; her davanın özel niteliklerine göre değerlendirilmelidir. "*Devam eden tutukluluk durumu ancak davada mahsumiyet karinesine rağmen, kişisel özgürlüğe saygı kuralından daha önemli olarak ortaya çıkan gerçek bir kamu yararı gereğinin belirli göstergelerinin*

bulunması halinde haklı çıkarılabilir" (22.09.2005 tarihli Kalay-Türkiye davası).

Almanya'da (2006) tutukluk süresi dağılımına bakıldığında ise, bu sürelerin Türkiye'ye göre kısa, % 75.5'inin 6 aya kadar tutuklu olduğu; % 18.4. ünün 6 - 12 ay arasında ve % 6.2.'sinin ise bir yıldan fazla tutuklu kaldığı görülmektedir:

Tablo 3

Tutukluluk süresinin sayısal dağılımı

| Süre | Sayısı | % |
|--------------|--------|------|
| 1 aya | 6272 | 25.8 |
| 1-3 ay | 5869 | 24.1 |
| 3-6 ay | 6227 | 25.6 |
| 6-12 ay | 4485 | 18.4 |
| 1 yıl yukarı | 1499 | 6.2 |

Kaynak: J-M.Jehle. Criminal Justice in Germany, Federal Ministry of Justice 5. Bası 2009.

Almanya'da tutukluluk istatistikleri seyrine bakıldığında, yıllar itibariyle tutuklu sayısında azalma görülmesi (1998 yılında 40.860 iken, 2006 yılında 24.352 inmesi) ötesinde kısa süreli tutuklu kalan sayısında da artışa tanık olunmuştur. Ülkemiz açısından da süreler itibariyle tutukluluk süre dağılımın saptanarak kamu oyu ile paylaşılması gerekmektedir.

31 Aralık itibariyle Türkiye'de tutuklu sayısının yıllar itibariyle seyrine bakıldığında Almanya'nın aksine bir artış trendine girdiği görülmektedir.

Tablo 4.

| Yıl | Tutuklu | % |
|------|---------|--------|
| 2004 | 27.565 | (47.5) |
| 2005 | 26.425 | (47.3) |
| 2006 | 34.412 | (49.0) |
| 2007 | 38.028 | (42.0) |
| 2008 | 40.832 | (43.2) |
| 2009 | 60.606 | (52.0) |

Nisan 2010 tarihi itibariyle 12-17 çocuklarda tutuklu oranı ise %90'u bulmuştur(!).

Tablo 5.

100.000 Risk Grubundaki Tutuklama Oranı

| Yıl | Tutuklama % | 100.000'deki risk |
|------|-------------|-------------------|
| 1991 | 8 | 8415 |
| 1992 | 9 | 8674 |
| 1993 | 7 | 6554 |
| 1994 | 7 | 7308 |
| 1995 | 7 | 7182 |
| 1996 | 7 | 6763 |
| 1997 | 7 | 6657 |
| 1998 | 5 | 5111 |
| 1999 | 5 | 4660 |
| 2000 | 5 | 4568 |
| 2001 | 3.3 | 3303 |
| 2002 | 3.9 | 3928 |
| 2003 | 4.4 | 4419 |
| 2004 | 3.8 | 3823 |
| 2005 | 3.4 | 3428 |
| 2006 | 4.1 | 4054 |
| 2007 | 3.9 | 3879 |

Alman Ceza Usulündeki tutuklama koşulları, CMK'ya benzerlik içinde şöyledir:

- Zanlı/sanık hakkında kuvvetli suç şüphesinin olması ve
- Zanlı/sanığın kaçması veya kaçması riski bulunması veya
- Zanlı/sanığın şerikleri veya tanıkları etkileme riski taşınması ve
- Ek olarak, tutuklama, suça ve beklenen yaptırıma orantılı bulunmasıdır.

- Çok ciddi suçlar ve yeniden suç işleme riski halinde de tutuklamaya gidilebilir.

Tutuklama siyaset ve uygulaması açısından önemli olan bir öge de savcı ve hâkimin bu konudaki kararı neye dayandığıdır? Yalnızca kolluktan gelen bilgiye mi dayalı kalmaktadırlar? Kolluk yalnızca suçu değil, zanlının kişisel durumunu (SAR) soruşturmak için yeterli zaman ve personele sahip midir? Ülkemizde kolluktan gelen bilgiler karara egemen olmaktadır. İkinci soru açısından kolluk yeterli zaman ve personele sahip değildir. Bu eksiklik diğer ülkeler için de geçerli olduğundan denetimli serbestlik kurumu devreye sokulmaktadır. Örneğin Almanya’da bu hizmetin sorumluluk alanının en önemli kısmı, suçlu ve çevresi hakkında tutuklamaya ilişkin değerlendirmeyi rapor etmek üzere ayrıntılı bilgi edinmektir. “*Haftentscheidungshilfe*” olarak adlandırılan bu işlev hâkime tutuklama kararı üzerine tavsiye anlamına gelmektedir. Savcının denetimli serbesti ile temas mecburiyeti yoksa da, ilgili savcılıkta bu birimden rapor isteyebilmektedir. Bu rapor doğrultusunda daha zecri tedbirlerle tutuklama amacına hizmet edileceği görüldüğünde, tutuklama tedbirine başvurulmamakta veya sonlandırılmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin bir kaç kararında vurguladığı üzere, suçlunun kişilik değerlendirilmesi aynı zamanda suçun koşullarını saptamak açısından da önemlidir. 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Kanunu’nda benzer hükümler (m. 11/a, 12/b, 13/b) yer almasına karşın uygulamada varlığına tanık olunmamıştır -boşluk teorisi.

Kuşkusuz, tutukluluk bakımından herhangi bir ülke sistemini ideal bir sistem olarak benimseyip, bunun diğer ülkelerde uygulanmasına girişmek mümkün değildir. Tutukluluk sistemi, gerçekten de, geniş kapsamlı sosyal ve ceza siyasetleri ile uygulamanın bir ögesidir ve tüm olarak toplumu yansıtmaktadır. Yalnız, bu yaklaşım biçimi, müspet yönler ve girişimlere ilişkin olarak yabancı ülkelerdeki örnek ve uygulamaların benimsenmeyeceği anlamına da alınmamalıdır. Önemli olan, bu karşılaştırmalarda, *sistemlerin “iyi” veya “kötü”* olarak sınıflandırılmasına yönelik değerlendirmelere yer verilmemesidir.⁴

⁴ Avusturya hukukunda tutuklamanın amacına daha hafif tedbirlerle ulaşılabilecekse, tutuklama kararı verilemez veya devam ettirilemez (m. 180/1) Bkz. N. Centel, “Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk

Çıkarım olarak, birey, hükümle tanışmadan onun yarattığı etki ve sonuçla yaşamaya icbar edilmektedir. Uygulama tutukluluk veya onunla benzer hedefleri amaçlayan kurumların varlık sebebini (*ratio legis*) ziyadesiyle öğrenmek ve öğrendiklerini yaşama geçirmeye çalışmalıdır.

KAYNAKLAR

- Adalet Akademisi, *Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk ve Adalet İlişkileri* (Ed. B. Ertem) Ankara 2006.
- Centel, N., "Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk Hukuku", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000'e sunulan bildiri* (12-16 Ocak 2000) Ankara
- Council of Europe, *Delays in the criminal justice system*, Strasbourg 1992.
- Hart, H. L. A., *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak* (Çev. E. Öz) Ankara, Dost Kitapevi, 2000.
- Jehle, J.-M., *Criminal Justice in Germany*, Federal Ministry of Justice 5. Bası 2009.
- İstanbul Barosu, *Dördüncü Yılında CMK ve Uygulamaları*, 2010.
- İstanbul Barosu, *CMK'da Tutuklama ve Makul Süre*, 2009.
- Öztürk, B. / Tezcan, D., / Erdem, R. ve... *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ders Kitabı) Seçkin, 2009
- Stephenson, G. M., *The Psychology of Criminal Justice* Blackwell Publishing, 1992.
- Şen, E. "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri ve Gündeme Gelen Sorunlar" *Güncel Hukuk*, Eylül 2010/9-81, s. 36-40
- TBB, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ank., 2008.
- TBB, *Tutuklama Raporu*, Ankara 2010.
- Yücel, M. T., *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB Yayını, Ank., 2007.
- Yücel, M. T., *Kriminoloji-Suç ve Ceza*, Adalet Bakanlığı Güçlendirme Vakfı, Ank., 1986.
- Yücel, M. T., *Türkiye'de Yargının Etkinliği*, TBB Yayını, Ank., 2008.

Hukuku", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000'e sunulan bildiri* (12-16 Ocak 2000) Ankara.