

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi

TUTUKLAMA RAPORU

5 Ocak 2011



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 183
TBB İnsan Hakları Merkezi yayını: 9
Rapor Dizisi: 1

Tutuklama Raporu

ISBN: 978-605-5614-58-4

© Türkiye Barolar Birliği

Birinci Baskı: Ağustos 2010, Ankara

İkinci Baskı: Ocak 2011, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mahallesi
Barış Manço Caddesi, 1366. Sokak No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0.312) 292 59 00 (pbx)
Faks: (0.312) 286 55 65
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0.312) 215 70 37
www.dusatelyesi.com

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokađı 25/B Demirtepe-Ankara
(0.312) 229 64 54 - 230 54 50

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi

TUTUKLAMA RAPORU

5 Ocak 2011

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	IX
ÖNSÖZ	1
RAPOR ÖZETİ	7
TUTUKLAMA RAPORU	13
1. Giriş	13
1.1. Genel Olarak.....	13
1.2. Olağanüstü Yargılama Kapsamında.....	14
2. Sayısal Veriler	16
2.1. Tutuklu/ Hükümlü Oranları	16
2.2. Suçlama (İtham) / Beraat Oranları	19
2.3. Ülkelere Göre Mahkumiyet Oranları	20
2.4. Mahkemelere Göre Mahkumiyet/ Beraat Oranları.....	20
3. Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama	21
3.1. Koruma Tedbirleri.....	21
3.2. Tutuklamanın Amacı	22
3.3. Masumiyet / Suçsuzluk Karinesi	22
3.4. Orantılılık / Ölçülülük İlkesi	23
4. Uluslararası Hukukta Tutuklama Koşulları	24

4.1. Genel Olarak	24
4.2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Tutuklama Koşulları	24
4.2.1. Hukuka Uygunluk Koşulu.....	25
4.2.2. Makul Kuşku/Şüphe Koşulu.....	26
4.3. Uluslararası Belgeler	27
4.3.1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK)	27
4.3.2. Birleşmiş Milletler (BM)	27
Savcıların Rolüne Dair Yönerge	27
5. İç Hukukta Tutuklama Koşulları	27
5.1. Anayasa Kapsamında	27
5.2. CMK Kapsamında	28
5.2.1. Tutuklama Koşulları	29
5.2.2. Katalog Suç Koşulu	30
5.2.3. Uygulama	32
5.2.4. Değerlendirme	33
5.3. Yasada Yer Almayan Tutuklama Neden ve Saikleri.....	34
6. Seçenek Tedbirler Bağlamında Adli Kontrol	35
7. Tutuklamada Gerekçe	37
7.1. Savcılık İşlemleri Kapsamında	38
7.2. Tutuklama Kararı Kapsamında.....	39
7.3. Kaçma Şüphesi Gerekçesi.....	41
7.4. Delillerin Karartılması Gerekçesi	42
8. Tutukluluğun Devamı.....	42

9. Tutukluluğun İncelenmesi	46
9.1. Tutukluluğun İtiraz Yoluyla İncelenmesi.....	46
9.2. Soruşturma Evresinde Tutukluluğun İncelenmesi.....	47
9.3. Kovuşturma Evresinde Tutukluluğun İncelenmesi.....	48
9.4. Temyiz Evresinde Tutukluluğun İncelenmesi	49
10. Tutukluluk Süresi	50
10.1. AİHS Bakımından Tutukluluk Süresi.....	50
10.2. İç Hukuk Bakımından Tutukluluk Süresi.....	51
11. Silahların Eşitliği	55
11.1. Genel Olarak.....	55
11.2. Gizlilik Kararı	56
11.3. Gizli Tanıklık.....	60
11.4. Savunma Hakkı ve Mesleği.....	63
12. Yargı Etiği	65
12.1. Yargıçlar	65
12.2. Savcılar	68
13. Özel Yetkili Mahkemeler	70
14. Tazminat ve Rücu	72
15. Medya	73
16. Tutuklunun Sağlık Durumu	75
17. Yakalama ve Sevk/ Yol Tutuklaması	76
18. SONUÇ	80

SUNUŞ

Tutuklama kararı, bir hakka, yani özgürlük hakkına, hukuk yoluyla da olsa tecavüz niteliği taşıdığı, adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkili ve yine ceza değil bir önlem, kural değil bir istisna olduğu için son derece dikkatli biçimde verilmesi gereken yargı kararlarındandır. Ne yazık ki, ülkemizde mahkemeler tarafından çok sık ve çoğu zaman da keyfi olarak verilmekle, tutuklama kararları, istisna ve önlem olmaktan çıkarak kurala ve hatta cezaya dönüşmüştür.

Tutuklamaya ilişkin yargı kararlarındaki bu keyfilik ve çifte standartlık mağdur olan sade yurttaşlar tarafından yakınma, avukatlar tarafından eleştiri konusu yapılmasına rağmen kamuoyundan yeteri kadar ilgi, tepki ve destek görmemiştir.

Süreç ve işleyiş, sade yurttaşaya yönelik olarak böyle devam ederken “*Ergenekon*” olarak isimlendirilen soruşturma ve kovuşturmalarla birlikte, kimi askerlerin, gazetecilerin, siyasetçilerin, akademisyenlerin, yani sade yurttaş dışındaki kişilerin ne ile suçlandıklarını dahi tam olarak bilmeden tutuklanmalarının hemen ardından, tutuklama olgusu, başta siyasetçiler, hukukçular, yazılı ve görsel medya olmak üzere ülke kamuoyunun gündemine gelip oturmuş, yoğun itiraz, eleştiri ve tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Bugün bizim üzerinde yoğun tartışmalar yaptığımız tutuklama olgusu, Anglo-Saksonlar tarafından neredeyse 300 yıl önce tanınan ‘*Habeas Corpus Hakkı*’ ile çözüme bağlanmış olmakla, başta ül-

kemiz yargıçları ve savcılarını ile kamuoyunu üzerinde bir farkındalık yaratır umuduyla *'Habeas Corpus Hakkı'* üzerine kısa bir bilgi vermek isterim.

Latince bir deyim olan *'habeas corpus'*, İngilizcede *'you have the body'*, Türkçede *'sen bir vücuda sahipsin/senin bir vücudun var/vücudun senindir'* anlamına gelir. *'Writ of habeas corpus'*, yani *'habeas corpus ihzar emri'* olarak kullanıldığı zamandaki anlamını ise *'great writ/büyük ihzar emri'* dir. Bu, bir kişinin mahkemeye gelmesini veya getirilmesini isteyen otoritenin, yani yargıcın emrini ifade eder. *'Habeas Corpus'* kavramı, köken olarak kralların, muhaliflerini ortadan kaldırmalarının önlenmesi anlamına gelir. Kralların zulmünden kaçmak için Kuzey Amerika kıtasına göç eden Pürütenler tarafından yeni kıtaya taşınan *'Habeas Corpus Hakkı'*, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile de tanınmış ve güvence altına alınmıştır. *'Habeas Corpus Hakkı'* günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'nde, tutukluların, eyalet mahkemeleri tarafından haklarında verilen tutuklama kararlarının, anayasanın öngördüğü asgari standartlara ve ilkelere uygun olup olmadığının federal mahkeme tarafından denetlenmesi talebi/itirazı anlamında kullanılmaktadır.

*'Habeas Corpus Hakkı'*nın tanınması 1628'de İngiliz Kralı Charles'ın *'Petition of Right/Hak Bildirgesi'*ni imzalamaya zorlanmasıyla başlar. Bu bağlamda *'Hak Bildirgesi'*, Kralın, *'Charter of Liberties/Özgürlükler Şartı'* ile siyasal iktidarın sınırlandırılmasının tarihteki ilk örneği olan *'Magna Carta'* da öngörülen kurallara uymasını sağlamak amacıyla yürürlüğe konulmuştur.

'Charter of Liberties/Özgürlükler Şartı' ise, Kral I. Henry tarafından, kralların hukuka bağlı olmalarını sağlamak amacıyla çıkartılan ve *'hiç kimse hukukun üstünde değildir'* ilkesine dayanan bir ferman"dır. Parlamento, Kral Charles'ın büyük mülk sahiplerinden borç para talep etmesi, borç vermeyen mülk sahiplerini herhangi bir suç isnadı olmaksızın tutuklatması, kimi zamanda öldürtmesi ve yanı sıra Kralın bu tasarruflarının *'Magna Carta'*yla güvence altına alınan

'*due process of law/hukuka uygun usul*'e aykırı olduğunu gördüğü için '*Habeas Corpus Hakkı*'nın tanınmasını Kraldan talep etmiştir.

'*Petition of Right/Hak Bildirgesi*', '*Charter of Liberties/Özgürlükler Bildirgesi*' ve '*Bill of Habeas Corpus/Habeas Corpus Bildirgesi*' ile İngiliz Parlamentosu'nun krala karşı yetkileri artmış, bu bildirimlerde öngörülen ilkeler, günümüzün insan hakları metinlerini ve modern anayasalarını etkilemiştir. Bu bağlamda işaret etmek gerekir ki, adil yargılanma ilkesi, verilen mahkumiyetin hakkaniyete uygun olması, verilen cezanın infazında adalet ilkelerinin zedelenmemesi, devletin kendi elindeki mahkuma karşı ezici ve haksız davranmaması, buna bağlı olarak tanınan sanık hakları gibi günümüzde anlam ve değer kazanan, dahası yasalarla güvence altına alınan hak ve ilkelere dayanağı '*Habeas Corpus Hakkı*'dır.

Gerek ulusal hukukta, gerekse uluslararası hukukta tutuklama koşulları hakkında karşılaştırmalı bir incelemeyi ve yanı sıra tutuklama hususundaki sayısal verileri, silahların eşitliği, yargı etiği, özel hukuk bağlamında tazminat ve rücu gibi önemli konuları içeren ve Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi tarafından hazırlanan *Tutuklama Raporu* başlıklı bu emekli çalışmanın avukat meslektaşlarımıza, yargıç ve savcılarımıza, akademisyenlerimize, ilgi duyan diğer kişi ve kuruluşlara yararlı olmasını diler, bu değerli, yararlı, emekli çalışmadan dolayı, sevgili *Rona Aybay* hocama, Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nda birlikte görev yaptığım değerli meslektaşım *Serhan Özbek*'e ve onların şahsında Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi'nin diğer üyelerine Barolar Birliği ve Yönetim Kurulu üyesi arkadaşlarım adına, kendi adıma teşekkür ederim.

Av. V. Ahsen Coşar
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

ÖNSÖZ

Raporumuzun birinci basısı 2009 yılının Ağustosunda yayınlanmıştı. Bir yandan, gördüğü büyük ilgi öte yandan tutuklama konusuyla ilgili sorunların daha da artan önemi karşısında, yeni bir basının yayınlanmasının yararlı olacağını düşündük. TBB Başkanı Sayın Av. V. Ahsen Çoşar'ın ve Yönetim Kurulu'nun desteğiyle okurlara sunduğumuz bu yeni basının hazırlanmasında ve güncelleştirilmesinde, Koordinatör üyemiz Av. Serhan Özbek'in çok emeği vardır. Kendisine bir kez daha teşekkür ediyorum.

* * *

TBB İnsan Hakları Merkezi, yurdumuzun hukuk uygulamasında öne çıkan yada öne çıkma işaretleri veren konularda ciddi, kaliteli çalışmalar ve araştırmalar yapmayı amaç edinmiştir. Bu amaçla gerçekleştirdiğimiz etkinliklerden sadece birkaç örneği kısaca belirtmek isterim:

Savcılık kurumu ve **savcılarının hukuksal statüsü**, bugün başlıca tartışma konuları arasındadır. Biz 2006 yılında bu konuda uluslararası bir sempozyum düzenledik. Bu toplantının bilgileri, Avrupa'nın

çeşitli ülkelerindeki uygulamaları ve tartışmaları da içeren bir cilt halinde TBB yayınları arasında yer aldı.

2007 yılında, Anayasa konusundaki tartışmaların yoğunlaştığı bir dönemde, TBB Yönetimi'nin isteği üzerine, 190 maddeden oluşan bir "*Anayasa Önerisi*"ni; Türk anayasacılık tarihi konusunda bilgilerle birlikte, genel gerekçe ve madde gerekçeleriyle hazırlayarak, 400 küsür sayfalık kitap halinde, ilgililere ve kamuya sunduk.

Hiçbir maddi karşılık beklemeden, aylarca çalışarak bu girişimi gerçekleştiren Türkiye'nin önde gelen bilimkişilerine, bu çabalarından dolayı teşekkürlerimizi yinelemek isterim.

TBB Yönetim Kurulu'nun 27 Mart 2010 tarihli Kamuoyu Açıklamasında da belirtildiği gibi, hazırlamış olduğumuz Anayasa Önerisi, "*özgürlükler alanını genişleten, kişiler için yeni özgürlükler ve haklar getiren niteliğiyle sivil ve özgün bir Anayasa Önerisidir*".

1982 Anayasası'nın "*demokratikleştirilmesi*" adı altında tutarsız ve birbiriyle uyumsuz hükümlerden oluşan "*paket*"ler ortaya çıkarılırken; çok emek verilerek hazırlanmış olan bu çalışmanın, "*incelemeye bile değmez*" bulunması, anayasa değişikliklerine girişenlerin bu konulardaki ciddiyetten uzak tavırlarını ve niyetlerini göstermektedir. Anayasa değişikliği gibi önemli girişimlerde, o konularda daha önce yapılmış çalışmaları eleştireci bir gözle olsun değerlendirmek yerine tümüyle görmezden gelmek, özgüven eksikliğinin işareti sayılmalıdır.

Hükümlülerin ve tutukluların sağlık sorunları Türkiye'de özellikle son zamanlarda öne çıkan bir konu olmuştur. Kısaca "*normal*" ya da "*sağlam*" sayılan insanlara uygulandığında, işkence ve eziyet kavramına girmeyen bir muamele, "*engelli*" bir kişiye yapıldığında eziyet ve işkenceye dönüşebilmektedir. Bu konuda da, **Antalya Baromuzla** ortak bir Sempozyum düzenledik; 2008 yılında görüşmeleri ve sonuç bildirgesini içeren bir kitap yayımladık.

“İletişim özgürlüğüne müdahale” (gündelik dildeki adıyla “gizli dinleme”) konusu da, son derecede güncel ve önemli bir hukuk sorunu haline gelmiştir. Bu sorunun tartışılması için de, yetkili uzman hukukçuların katılımıyla 10 Aralık 2009 İnsan Hakları Günü’nde bir toplantı düzenledik. Bu değerli konuşmacıların sundukları bildiri-leri de, yakında bir kitap halinde yayımlamayı umuyoruz.

İnsan hakları konulu karikatür sergilerimize de bu bağlamda değinmek isterim. Karikatür, sadece gülünüp geçilecek bir şey sayılmamalıdır. Usta bir karikatürcü, insan haklarıyla ilgili bir doğ-ruyu, herhangi bir kitabın yapabileceğinden çok daha kolay yoldan halka ulaştırabilmektedir. Türk karikatürcüleri, uluslararası düzey-de üne ulaşmış, çeşitli yabancı ülkelerde açtıkları sergilerle, aldık-ları ödüllerle yüzümüzü ağartmışlardır. Onların, “*gelenekleşmesini*” umduğumuz sergilerimizde yer alan karikatürlerinden oluşan ya-pıtlarını birer albüm halinde yayımlıyoruz. Çok ilgi toplayan bu ya-ynları sürdürmeyi amaçlıyoruz.

* * *

Türkiye’de tutukluluğun önemle üzerinde durulması gere-ken güncel bir sorun haline gelmiş olduğu apaçık bir gerçektir. Hu-kuk konularıyla biraz yakınlığı olmuş herkesçe bilindiği üzere, tu-tuklama bir “ceza” değil Ceza Muhakemesi Kanunu’nda “*koru-ma tedbirleri*” başlığı altında düzenlenmiş bir önlemdir. Tutukla-ma nedenleri ve tutuklamaya ilişkin usul hükümleri Ceza Muhake-mesi Kanunu’nda, oldukça açık ve ayrıntılı biçimde gösterilmiştir. Kanun’da belirtilen tutuklanma nedenlerinin geniş ve özensiz bi-çimde yorumlanması ile tutuklama kararının kolayca verilmesi ve uzayıp giden tutukluluk süreleri, peşin verilmiş bir ceza gibi sonuç doğurmaktadır. Bu durum, kamu vicdanında tepki uyandırmakta; yargı düzenine güven ve saygı duygularını inciten noktalara vara-bilmektedir.

Tutuklu sayısının ve oranının fazlalığı ile uzayan tutukluluk süreleri; tutukluluk konusunda hukuk devleti açısından gelişmiş olan ülkeler karşısında Türkiye'nin durumunun çok olumsuz bir tablo oluşturduğunu göstermektedir. Yargıçlarımız, tutukluluk kararlarını ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararları, çok kolay verir görünmektedir. Bu yüzden, özellikle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilmiş düzenlemeler karşısında bir "ayrık-sılık" (istisna) olması gereken tutukluluk "kural" haline gelmiş; tutuksuz yargılanma ise ayrık-sılık (istisna) olmuş gibidir. Tutuklamadan beklenen amaçların, CMK'da "adli kontrol" olarak adlandırılmış uygulamalarla sağlanabileceği durumlarda, tutuklamada ısrar edilmesini hukuk içinde açıklamaya olanak yoktur. Bu durum karşısında tutuklu, dava sonunda aklansa bile; aklanmanın sevinci ve mutluluğu, uzun tutukluluk dönemi nedeniyle ciddi biçimde gölgelenmekte; tutukluluk ile mahkumiyet arasında bir fark kalmamış gibi olmaktadır.

Öte yandan, acil durumlarda, hasta tutuklunun uygun bir sağlık kurumuna sevkinin zamanında sağlanmaması yüzünden ölümlerin olabildiği de somut olaylarda görülmüş bir gerçektir.

Haksız ve gereksiz olarak tutuklanmış kişilerin , bu nedenle uğradıkları maddi ve manevi zararların giderilmesi Anayasanın bir gereğidir (AY m.19/son f, m.129).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin (8 Haziran 2010 tarihli, E. 2009/16 E, K.2010/11 sayılı) "Haberal kararı" da, yasadaki hükümlerin zorlanarak ya da göz ardı edilerek tutuklama kararı verilmesinin "ağır kusur oluşturduğunu" belirtmiştir. Daire kararında, Anayasa'nın 38. maddesinde kabul edilmiş olan "suçsuzluk belirgesi"ne ("masumiyet karinesi") aykırılık oluşturan tutukluluk hallerinde, işleme konu olan kişiye ödence (tazminat) verilmesi gerektiğini de belirtmiştir.

AİHM'nin çeşitli kararlarının da değerlendirildiği gerekçede, sonuç olarak "ceza yargılamasının tutuksuz yapılması asıldır. Ko-

ruma tedbiri anlamında ise, istisnai bir nitelik taşımaktadır. İstisna-
nın kural haline dönüştürülmesi, masumiyet karinesi ve adil yargı-
lanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır” saptaması yapılmış ve “dava konusu tutukluluğun devamına ilişkin karar ile davacının yaşam hakkının tehlikeye düşürüldüğü; koruma tedbiri ile öngörülen amaç dışında sonuçlar meydana geldiği; eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı ve yeterli gerekçe de gösterilmediği, masumiyet karinesinin göz ardı edildiği, bu durumda yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin olan kanun hükmüne aykırı olduğu ve ağır kusur oluşturduğu; HUMK’nın 573/2. maddesi uyarınca ... sorumluluk gerektirdiği kanaatine varıldığı” belirtilmiştir.

Rapor’umuzun baskıya verildiği güne kadar onama kararına ulaşamamışsa da, “içtihat” oluşturacak nitelikteki bu önemli kararın , temyiz mercii olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nca onandığı öğrenilmiştir.

Bu kararların, Türk hukuk uygulamasının çağdaş standartlara uyum sağlaması yönünde temel ve yol gösterici nitelikte bir dönüm noktası oluşturmasını dileriz.

* * *

Güncel ve önemli bir sorun halini almış olan tutukluluk konusu, Merkezimizce gerektiği gibi incelemeye alınmıştır. Bu konuyu, bütün boyutlarıyla ve karşılaştırmalı olarak inceleyen bir çalışmayı tamamlamış bulunuyoruz. Okurlara sunduğumuz bu kitap, Merkezimiz mensubu değerli arkadaşlarımızın çalışmalarıyla ortaya çıkan **Tutuklama Raporu’nun** son biçimidir.

Bu Rapor’la ilgili ilk çalışma, *Prof. Dr. Durmuş Tezcan* başkanlığında *Prof. Dr. Hakan Hakeri* ve *Av. Uğur Altun’dan* oluşan üç kişilik kurulca yapılmış; daha sonra *Av. Serkan Cengiz, Prof. Dr. Osman Doğru, Av. Hüseyin Erkenci, Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu ve Av. Attila Sav’ın* katkılarıyla, metin zenginleştirilmiştir.

Bu arkadaşlarımıza ve Raporun bütünü, gözden geçiren ve yaptıkları ekler ve katkılarla yayına hazır hale getiren koordinatör üyemiz *Av. Serhan Özbek*'e ve Yürütme Kurulu üyemiz **Doç. Dr. Ece Göztepe**'ye en içten duygularla teşekkür ediyorum.

Bu kitabın yayımlanması konusunda bize destek veren TBB Başkanı Sayın **Av. V. Ahsen Coşar**'a ve TBB **Yönetim Kurulu**'na; kitabın kısa bir süre içinde yayımlanmasını sağlayan Sayın **Av. Teoman Ergül**'e teşekkür etmek de, benim için, yerine getirilmesi zevkli bir görevdir.

Prof. Dr. Rona Aybay

Avukat

TBB İnsan Hakları Merkezi Başkanı

RAPOR ÖZETİ

1. Koruma tedbirlerinden olan tutuklama, ceza yargılamamızda öteden beri, bir dizi hak ve özgürlük açısından sorun kaynağı oluşturmuş; düzeltme amaçlı yasal düzenlemelere karşın, uygulama sorunları giderek daha da derinleşmiş ve ağırlaşmıştır.

Sorunun bir başka boyutu CMK m. 250 kapsamında özel yetkili savcılık, hakimlik ve mahkemeler tarafından yürütülen adli süreçlerde genel olarak “koruma önlemleri”, özel olarak “tutuklama” olgularına ve uygulamalarına ilişkin yaşananların, uygulama alışkanlığı dışında “yargıya müdahale/ yargıda siyasallaşma” gibi olgularla ilişkili olduğu gözlenmektedir. (Rapor m. 1)

2. Sayısal veriler, evrensel ölçütlerin aksine, cezaevlerindeki tutuklu sayısının hükümlülere göre giderek arttığına; 2005 yılında getirilen CMK düzenlemesinin ardından beklentilerin aksine, bu açıklığın daha da büyüdüğüne ve haksız tutuklama olgusuna işaret etmektedir. (Rapor m. 2)

3. Tutuklama, geçici/ istisnai nitelikli bir koruma tedbiri olma özelliğine karşın, yaygın olarak *ön infaz* olarak uygulanmaktadır. Bu uygulama, amaç yönünden “*Makul Sürede Serbest Kalma Hakkı*”na (AİHS m. 5/3); “*Suçsuzluk Karinesi*”ne (AİHS m. 6/2); “*Orantılılık/ Ölçülülük İlkesi*”ne (CMK m. 100/1) aykırı düşmektedir. (*Rapor m. 3*)

4. Uluslararası hukuktaki ve iç hukuktaki temel tutuklama koşulları; i) *hukukilik koşulu*, ii) *şüphe/kuşku koşulu*, iii) *risk koşulu* genel olarak uyumluluk göstermektedir. Ancak uygulama AİHS, AİHM kararları ve yasal düzenlemelerle uyumsuzdur. (*Rapor m. 4*)

5. CMK m. 100/3 düzenlemesindeki “*katalog suçlar*”, hem düzenleme hem de uygulama açısından sorunludur ve bu suçlar yönünden uygulamaya, tutuklamanın “*seçimliği*” değil “*zorunluluğu*” anlayışı egemendir. Yerleşik uygulama alışkanlığından ötürü katalog suçlar, düzenlemeden çıkarılmalı; öncelikle adli kontrol önlemlerinin uygulanması yükümlülüğü getirilmeli; bunların yeterli olmayacağına düşünülmesi durumlarda, tutuklama zorunluluğu gerektiren nedenlerin varlığı ya da devam ettiğine ilişkin gerekçelerinin açıklanması zorunlu kılınmalıdır. Böylece uygulamada bütün tutuklama kararlarında şüphe koşulu ile birlikte risk koşulu da aranmalıdır. (*Rapor m. 5*)

6. Suçsuzluk karinesine aykırı olarak tutuklamaya, yasada yer almayan nedenler ve “*halkın adalet hislerini tatmin*”, “*olası cezaya mahsuben peşin ceza*”, “*suça son verilmesi ya da suçun yinelenmesine engel olunması*” gibi saiklerle amacını aşan işlevler yüklenmektedir. Bunun sonucunda tutuklamayla *fülen* uygulanmış “*peşin ceza*” ile çelişmemek için son kararda tecil, paraya çevirme, hükmün geri bırakılması vb... sanık lehine verilebilecek seçenek kararlar yerine “*zorunlu olarak*” hapisle cezalandırma yoluna gidilmektedir. (*Rapor m. 5*)

7. Uygulamada CMK m. 100/1’de düzenlenen “*ölçülülük*” konusundaki emredici hükme, adli kontrole ilişkin CMK m. 109’deki

yasal düzenlemeye ve AİHM kararlarına karşın tutuklama yerine adli kontrol kararı verildiğine nadiren rastlanmakta; çok büyük çoğunlukla adli kontrol koşullarının bulunmasına karşın şüphelinin tutuklanmasına karar verilmekte ve yine tutuklamanın adli kontrole dönüştürülmesi istemleri reddedilmektedir. Oysa bu uygulamaların aksine adli kontrol uygulaması konusunda “*üç yıl ve daha az hapis cezası*” sınırlaması tümüyle kaldırılmalı, seçenek tedbirlerin uygulama alanı genişletilmelidir. (Rapor m. 6)

8. Emredici yasal düzenlemeye ve AİHM kararlarına karşın, soruşturma savcısı tarafından tutuklamaya sevklerde ve tutuklama kararlarında gerekçe olarak nitelenebilecek somut olgular ve olasılıklar yönünden bir irdelemeye rastlanmamakta; “*mevcut delil durumu, sanığın kaçma ihtimalinin nazara alınarak tutuklanması*” türünden gerekçe sayılamayacak şablon anlatımlarla yetinilmekte, yasal gerekliliğe karşın “*adli kontrolün yetersiz kaldığını gösterecek hukuki ve fiili nedenlere de*” yer verilmemektedir. (Rapor m. 7)

9. Uygulamada ilk tutuklama kararına göre, sonradan verilen tutukluluğun devamı yönündeki kararlar daha da az önemli görülmekte ve bu yöndeki kararlar esaslı denetimden uzak kalmaktadır. Bu konuda verilecek karar “*tutuklamaya ilişkin yeni bir karar*” niteliğinde olmasına karşın, sanık tarafından itiraz edebilecek nitelikteki bu kararlar, “*yeni bir karar*” olarak değil, “*önceki kararın otomatik devamı*” olarak algılanmaktadır. Uygulamada irdelemeye dayalı doyurucu gerekçeler yerine “*kuvvetli suç işleme şüphesinin devam ettiği*” gibi soyut ve içeriksiz açıklamalarla yetinilmektedir. (Rapor m. 8, 9)

10. Uygulamada hatalı yorum ve uygulamalara yol açan “*azami tutukluluk süresi*”ne (CMK m. 102) ilişkin düzenleme, ‘makul süre’ (AİHS m. 5/ 1, 3 ve Anayasa m. 19/8) koşulu göz önüne alınarak yeniden düzenlenmeli; belirlenen azami süreler kapsamında da tu-

tukluluğun makul süreyi aşamayacağı ayrıca belirtilmelidir. (*Rapor m. 10*)

11. Uzayan yargılamalar sonucunda önemli uygulama sorunları ortaya çıkmakta; hem hak ve özgürlükler hem de ceza adaleti açısından önemli sorunlar yaşanmaktadır. (*Rapor m. 10*)

12. Silahların eşitliği ilkesi kapsamında; Savunma hakkının kısıtlanmasına yol açan “gizlilik kararı”na ilişkin (CMK m. 153/2, TMK m. 10/d) hükümleri, Anayasa’ya (m. 2, 13, 19, 36, 38) ve adil yargılanma hakkı kapsamında AİHS’ye (m. 5, 6) aykırıdır. Özel Yetkili Mahkeme uygulamalarına genel kuralın aksine “kısıtlama” kural, “avukatın dosyayı inceleme yetkisi” istisna haline gelmektedir.

Uygulamada savunma hakkı engellenerek elde edilen “gizli tanık” anlatımlarının tutuklama kararlarına dayanak yapılmakta; istisnai hallerde başvurulabilecek bu yol amacından sapılmakta; sadece gizli tanıklık üzerine kurulmuş bir ceza soruşturması ve kovuşturması yürütülmek istenmektedir. (*Rapor m. 10*)

13. Özellikle özel yetkiyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, avukatların mesleki görevlerini yürütmeleri nedeniyle ve hatta bizzat görev yaptıkları soruşturma ya da davalarla ilgili olarak haklarında özel yasal düzenlemelere uymayan (Av. K. 58) koruma tedbirleri uygulanmakta ve tutuklanmaktadırlar. Avukatlar hakkında hiçbir biçimde haklı kılacak olgular bulunmazken, “kaçma şüphesi”, tutuklama gerekçeleri arasında yer almaktadır. (*Rapor m. 11*)

14. Yargı bağımsızlığına, yargıç ve savcılarının meslek etiklerine ilişkin uygulama sorunları, tutuklama sorunsalının kaynağında yer almaktadır. (*Rapor m. 12*)

15. CMK m. 250 ile yetkilendirilmiş ağır ceza mahkemeleri “tutuklama” konusunda son derece olumsuz bir tablo çizmektedirler.

Özel Yetkili Mahkemelerin “*tutuklama önlemine*” böylesine kolay ve sık başvurmaları tüm Türkiye’de ki yargılama makamlarını kişi hak ve özgürlükleri açısından “*olumsuz örnek*” olarak etkilemektedir. Demokratik devlet gerekleri ve insan hakları alanında yaşanan çarpıcı olumsuz örnekler, kaldırılan Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ad değişikliğinden öte başkaca yapısal farklılık göstermeyen, hatta güncel uygulamalarıyla onları da aşan “*olağanüstü mahkeme*” özelliğindeki CMK m. 250 ile özel yetkili mahkemelerin kaldırılmasını dayatmaktadır. (*Rapor m. 13*)

16. CMK m. 141 ve devamında yer alan koruma tedbirlerine aykırılık halinde tazminat konusundaki ve CMK m. 143/2’de yer alan “*rücu*” konusundaki hükümlere karşın, aykırılıktan sorumlu yargıç ve savcılar hakkında örnek bir rucu kararı bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak yargıçların hukuki sorumluluğu konusundaki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun olumlu kararına karşın (“*Haberal Kararı*”) öngörülen yasal düzenleme, tutuklamada keyfililiğin önüne geçilmesini engelleyen anlayışlara ortam hazırlamakta; bu çabalar “*rücu*” düzenlemesine karşın, teftiş endişeleri ile tutuklayanın değil de, serbest bırakan hakimin sorun yaşayacağı algısını desteklemektedir. (*Rapor m. 14*)

17. Basının sorumluluğu masumiyet/ suçsuzluk karinesi açısından da son derece önemliyken, “*tutuklama*” konusunda bu sınırlamalara hiçbir zaman uyulmamakta, yayınlarla tutuklamanın bir tedbir olarak uygulanması değil, peşin cezalandırma olarak uygulanması desteklenmektedir. Eldeki gizli belge ve bilgilerin medyaya dağıtılması/ dağıtıtılması yoluyla soruşturmanın gizliliği ihlal edilirken, yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına; suçsuzluk karinesine ilişkin yasal yasaklar çiğnenmektedir. Son derece yaygın ve açıkça sürdürülen bu aykırılıklara karşın, bunların ait oldukları adli süreçlerdeki sorumlularına ilişkin bir yaptırıma rastlanmadığı gibi bu doğrultuda ciddiye alınabilecek girişimde gözlenmemektedir. (*Ra-*

por m. 15)

18. Uygulamada devlet gözetimi altındaki tutukluların yaşamlarının ve sağlıklarının korunmasındaki kayıtsızlıklar, ciddi sağlık ve yaşam sorunlarına yol açmakta, yaşanan ağır travmalar sonucunda intihar olayları yaşanmaktadır. (Rapor m. 16)

19. Yasada “yakalama” ve “tutuklama” birer koruma tedbiri olarak ayrı amaç ve kayıtlarla düzenlenmiş olup, bu tedbirler birbirleri yerine ikame edilemezler. Fiilen kaçak olmayan bir kişinin, katalog suç kapsamında kaçak varsayılması yakalama tedbirine ilişkin yasal düzenlemeye uygun değildir.

Uygulamadan kaynaklanan bir başka sorun, yakalanan kişinin mahkemeye götürülmesi ile ilgili olarak “sevk / yol tutuklaması”na ilişkindir. Bir başka şehirdeki kişilerle ilgili yakalama emirlerinde, kişinin keyfiyetin yerine getirilmesinden sonra serbest bırakılması istenmemişse ve verilen “sevk tutuklaması” kararlarında kişinin doğrudan ilgili şehre götürülmesi emri de yazılı değilse, çoğu zaman personel ve araç sıkıntısı gerekçesiyle tutukluların, CMK (m. 93) ve AİHS (m. 5/3)’e aykırı olarak uzun süre sevk tutuklaması kararı verilen şehirde tutulduğu görülmektedir. (Rapor m. 17)

TUTUKLAMA RAPORU

1. Giriş

1.1. Genel Olarak

Koruma tedbirlerinden olan tutuklamanın, ceza yargılamamızda öteden beri, başta özgürlük, güvenlik ve adil yargılanma hakları olmak üzere bir dizi temel hak açısından sorun kaynağı oluşturduğu bilinmektedir. Yıllar boyunca yaşanan uygulama çarpıklıkları içerisinde sıradan yurttaşların başlarına gelen ibret verici acı olaylar, ciltler doldurabilecek çoklukta ve yaygınlıktadır.

Bu nedenle Türkiye’de savunma, hem yargının temel bir unsuru, hem de yaşanan sorunların merkezinde yer alan bir meslek grubu olarak, tutuklamanın *tedbir* olmanın ötesinde *ön infaz* olarak uygulanmasına öteden beri karşı çıkmış, bu yolla gerçekleşen hak ihlallerinin ağırlığı ve ciddiyeti konusunda yasama, yürütme ve yargı organlarını geçmişten bu yana sürekli olarak uyarmıştır. Yine AİHM’nin, Türkiye’de tutuklama uygulaması ile ilgili olarak önü-

ne gelen çok sayıda davada örnek nitelikli uyarıcı ihlal kararları bulunmaktadır.

Bu uyarıların bir bölümü *yasal alt yapıya* ve diğer bölümü de *uygulamaya* ilişkin olmuştur. Yakın geçmişte yasal altyapıya ilişkin olarak, gerek 3842 sayılı Yasa ile önceki CMUK'da yapılan değişikliklerin ve gerekse 5271 sayılı CMK ile gerçekleşen düzenlemelerin en önemlileri arasında, tutuklamaya ilişkin olanlarının yer aldığı söylenebilir.

Ancak tüm bu tespit, uyarı ve düzeltme amaçlı yasal düzenlemeler, ne yazık ki yargısal uygulamadaki geleneksek davranış kalıplarını, bir başka deyişle uygulama alışkanlıklarını değiştiremediği gibi, uygulama sorunları giderek daha da derinleşmiş ve ağırlaşmıştır. Aşağıda aktarılacak olan tutuklu ve hükümlü sayılarına ilişkin sayısal verilerin ortaya koyduğu cezaevi nüfusundaki artış olgusu, tutukluların sayısının hükümlüleri geçmesi olgusu ile birlikte değerlendirildiğinde sorunun boyutları sayısal olarak da doğrulanmaktadır.

Tutuklamaya ilişkin sorunların bir başka boyutu *olağanüstü yargılama* kapsamında yaşanmaktadır.

1.2. Olağanüstü Yargılama Kapsamında

Genel olarak koruma tedbirlerine, özel olarak ise tutuklamaya ilişkin hatalı uygulama örneklerinin, geçmişte yaşanan "*olağanüstü*" dönemlerde, keyfilik ve siyasi müdahaleler yoluyla eriştiği boyutlar, neden olunan adaletsizlikler, bunların bireysel ve toplumsal maliyetleri hatırlardadır.

En azından parlamenter sistemin yürürlüğü açısından bakıldığında, günümüzde "*olağanüstü*" olarak adlandırılabilir bir dönemin geçerli olmamasına karşın, özellikle CMK (m. 250) kapsamında özel yetkili savcılık, hâkimlik ve mahkemeler tarafından yürütülen

adli süreçlerde, genel olarak *koruma önlemleri*, özel olarak *tutuklama* olgu ve uygulamalarına ilişkin olarak yaşananların, “*hatalı uygulama alışkanlığı*” ötesinde “*yargıya müdahale*” ya da “*yargıda siyasallaşma*” gibi olgularla ilişkili olduğu görülmektedir.

Yargı bağımsızlığı, mesleksi bir fantezi değil, yurttaşların hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi, tarafsız ve adil bir yargılamanın temini için olmazsa olmaz bir koşuldur. Yargı bağımsızlığının olmadığı yerde, kişi güvenliği ve özgürlüğü yok demektir:

Böyle bir ortamda salt güç sahibi olanlar, muhalif düşünceleri ya da görevleri nedeniyle kendilerini beğenmiyor diye, insanlar, hiçbir kurala ve denetime fiilen tabi olmaksızın, tüm yaşantılarında izlenebilir, ev ve işyerleri aranabilir, özel varlıklarına elkonulabilir, lekelenebilir, gözaltına alınabilir, savunma haklarını kullanamayabilir, kötü muamele ve işkence görebilir, tutuklanabilir, uzun süre özgürlüklerinden yoksun bırakılabilir, ruh ve beden sağlıklarını ve hatta yaşamlarını yitirebilirler. Bu örnekler çoğalabilir, yaygınlık kazanabilir ve hatta yurttaşları koruması gereken yargı unsurlarına dek uzanabilir...

Bu yönüyle günümüzde yaşananlar, tüm hukukçular, yargılamada görevli unsurlar, yargı organları ve yüksek yargı için, yurttaşlarımızın karşı karşıya kaldığı bulunduğu sorun hakkında düşündürücü bir ders gibidir.

Bir koruma önlemi olan tutuklamanın, uygulamada yaşanan çarpıcı örneklerde “*kapatılma*”, “*rehin kalma*” kavramlarıyla birlikte anılır olması, hukuk adına olduğu kadar yasallık adına da acıdır. İnsan hakları alanında reform iddialarına karşın, “*hapislerde çürütme*” geleneğinin değişmediğini ortaya koyan örnekler son derece yaygındır.

Ceza yargılamasında giderek ağırlaşan bu can alıcı sorundan ötürü, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararla-

rı, Anayasa ve başta Ceza Muhakemesi Kanunu olmak üzere, diğer ceza mevzuatımız ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dair evrensel ilkeler ışığında “tutuklama” konusunda bu raporu hazırlamış bulunmaktadır.

2. Sayısal Veriler¹

Sayısal veriler, tutuklama sorununun yargısal uygulamadaki boyutlarını ortaya koymaktadır.

2.1. Tutuklu/ Hükümlü Oranları

Yıl	Tutuklu	%	Hükümlü	%	Toplam	De i im	Geli meler
1970	26.392	47	30.119	53	56.511		
1971	28.047	46	33.416	54	61.463		12 Mart Dönemi
1972	28.749	44	36.140	56	64.889		
1973	27.246	45	33.722	55	60.968		
1974	19.418	78	5.442	22	24.860		15.5.1974- Genel af.
1975	23.340	62	14.276	38	37.616		
1976	24.450	55	19.881	45	44.331		
1977	27.752	55	22.632	45	50.384		
1978	29.430	54	25.212	46	54.642		
1979	30.236	57	22.417	43	52.653		
1980	38.931	56	31.241	44	70.172		12 Eylül Dönemi
1981	37.340	47	42.446	53	79.786		
1982	33.551	43	44.650	57	78.201		
1983	31.114	41	45.144	59	76.258		
1984	26.694	37	46.370	64	73.064		
1985	25.842	36	45.388	64	71.230		
1986	21.364	41	30.786	59	52.150	100	
1987	19.484	38	31.315	62	50.799	91	
1988	18.592	36	33.078	64	51.670	87	
1989	17.697	38	29.407	62	47.104	83	
1990	16.233	36	29.373	64	45.606	76	

¹ Bu bölümde ve devamında aktarılan sayısal veriler için M. Tören Yücel, “Tutuklama Paradoksu”, *TBB Dergisi*, S. 91 adlı makaleden ve Adalet Bakanlığı istatistiklerinden yararlanılmıştır.

1991	15.804	59	11.047	41	26.851	74	12.4.1991 Ş. Salma ²
1992	18.659	59	12.823	41	31.482	87	
1993	19.658	58	15.147	42	34.805	92	
1994	22.050	57	16.881	43	38.931	103	
1995	24.083	52	22.008	48	46.091	113	
1996	23.904	47	26.979	53	50.883	112	
1997	24.272	40	36.334	60	60.606	114	
1998	24.505	41	35.886	59	60.391	115	
1999	26.099	38	42.665	62	68.764	122	
2000	24.657	50	24.855	50.2	49.512	116	4616 S.Y ³
2001	28.068	51	27.541	49	55.609	131	
2002	28.550	48	30.879	52	59.429	134	
2003	31.581	49	32.715	51	64.296	148	
2004	31.920	55	26.010	45	57.930	149	
2005	31.012	56	24.858	44	55.870	145	01.06.2005- CMK
2006	43.941	64	26.336	36	70.277	206	
2007	53.229	59	37.608	41	90.837	249	
2008	58.028	56	45.207	44	103.235	272	
2009	60.606	52	56.084	48	116.690	284	
2010	60.782	51	58.506	49	119.288	286	Mart ayı itibariyle
2010	59.365	50	60.082	50	119.447	278	Haziran ayı itibariyle

Adalet Bakanlığı'na ait yukarıdaki sayısal verilere göre:

En genel yorumla, olması gerekenin aksine cezaevlerindeki tutuklu sayısı hükümlü sayısına yakın seyretmekte ve zaman zaman

² 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. (M. Tören Yücel, "Tutuklama Paradoksu", *TBB Dergisi*, S. 91, s. 291)

³ 2000/2001 yılında 4616 sayılı Şartlı Salıverme ve Erteleme Kanunu uyarınca on yıllık indirimden yararlanan hükümlü sayısı ayrı olmak üzere Haziran 2002 tarihi itibariyle toplam 40.000 kişi salıverilmiş ve yaklaşık 400.000 sanık da ertelemeyen yararlandığı için tutuklama oranında (oransal) artışa tanık olunmuş ise de, 2008-2009 yıllarında real bir artışa tanık olunmaktadır. (A. g. e.)

bu sayıyı geçmektedir (Dünya standartlarında bu oran ortalama “üçte bir tutuklu, üçte iki hükümlü” olarak belirlemektedir.

1 Ekim 1992 tarihi itibariyle seçilmiş Avrupa ülkeleri cezaevleri toplam nüfusundaki tutuklu oranı, İtalya (% 57.1) dışında, 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. Almanya’da 2007 istatistiğine göre hükümlü oranı % 79 iken tutuklu oranı % 17’dir.)

Tablodaki tutuklu sayısı içinde “hükmen tutukluların” son yedi yıllık ortalaması %33 olup tutuklu/ tutuklu hükümlü makasındaki açıklık, sayısal verilerin dikkat çekici bir başka önemli ayrıntısını oluşturmaktadır.

2005 yılında yeni CMK düzenlemesinin ardından, yeni beklentilerin aksine, tutuklu sayısında %100’e yakın artış (Haziran/ 2010 itibariyle) gözlenirken, aynı dönemde bu açıklığın daha da büyüdüğü gözlenmektedir,

Tutuklu sayısı giderek (son 10 yılda %162) artmaktadır. 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. Oysa aynı dönemde Türkiye’de tutuklu sayısı 24.505’den 43.941’e yükselmiş olup, Haziran 2010 itibariyle bu sayı 59.365’dir. Ülkemiz açısından da süreler itibariyle tutukluluk süre dağılımın saptanarak kamuoyu ile paylaşılması gerekmektedir.

2.2. Suçlama (İtham) / Beraat Oranları

İtham/ beraat oranlarına ilişkin sayısal veriler aşağıdadır: Sayısal verilere göre olması gerekenin aksine, ortalama itham (45.24)/ beraat (22.6) oranı kapsamında beraat oranı oldukça yüksektir.

Yıl	itham	Beraat
1986	47.6	15.0
1987	47.3	21.2
1988	48.3	11.7
1996	50.5	27.8
1997	41.9	26.1
2002	50.3	27.9
2006	34.0	30.0
2008	42.0	21.2
Max.	50.5	30.0
Min.	34.0	30.0
Ort.	45.2	22.8

(Sayısal verileri toplamını %100'e tamamlayan değerler itham/ beraat dışı yargısal kararları ifade etmektedir.)

Tutuklu olan sanıklardan ne kadarının aklandığına (beraat ettiğine), bir başka deyişle "haksız tutuklama"ya ilişkin sayısal verilere Adalet Bakanlığı kayıtlarından ulaşılamamaktadır. Ancak yukarıda aktarılan veriler daha önce belirtilen "yüksek tutukluluk" olgusuyla birlikte değerlendirildiğinde "haksız tutuklama" konusunda kimi sonuçlara ulaşmak olanaklıdır.

2.3. Ülkelere Göre Mahkumiyet Oranları

Bu bağlamda ülkelere göre mahkumiyet oranlarına ilişkin sayısal veriler tablosunda Türkiye'nin yeri aşağıdadır:

ÜLKE	MAHKUM YET %
Japonya	99.9
Çin	99.6
Kore	99.6
Fransa	98.9
Almanya	96,5
İsveç	94.7
İngiltere	90.3
Türkiye	70.0

Verilen istatistiklerde, gerek suçlama (itham)/beraat oranlama ve ortalamasında, gerekse diğer ülkelerle karşılaştırmada, mahkumiyet oranındaki düşüklüğe ilişkin (bir başka deyişle beraat oranındaki yüksekliğe) sayısal veriler, öncelikle Türkiye'de kamu davalarının açılmasındaki özensizliği ortaya koymaktadır. İkinci olarak bu özensizlik olgusu (tutukluların beraatine/ mahkumiyetine ilişkin verilere Adalet Bakanlığı kayıtlarından ulaşılamamakta ise de), yüksek tutukluluk oranıyla birlikte yorumlandığında, yüksek haksız tutuklama oranı hakkında fikir vermektedir.

2.4. Mahkemelere Göre Mahkumiyet/ Beraat Oranları

Benzer yöntemle yorumlanacak olursa, aşağıda aktarılan türleri itibarıyla mahkumiyet / beraat oranları (2008), son karar oluşu-

munda standart uygulamanın oluşmadığını ve vicdani kanının nedenli öznelleştğini ortaya koyarken, “mahkemeler itibariyle haksız tutuklama” konusunda da fikir vermektedir:

MAHKEMELER	MAHKUM YET %	Beraat %
CMK 250 Y. Ağır Ceza Mahkemeleri	42.1	19.7
Ağır Ceza Mahkemeleri	41.0	15.2
Asliye Ceza Mahkemeleri	42.6	21.5
Sulh Ceza Mahkemeleri	35.0	17.4
Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri	36.4	15.2
Çocuk Mahkemeleri	24.7	16.3

3. Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama

3.1. Koruma Tedbirleri

Devletin adaletin işleyişinde hukuk kurallarına uygun davranması gerekliliği anayasal “hukuk devleti” (m. 2) ilkesinin bir gereğidir ve bu kapsamda ceza yargılaması hukuku, kişi hak ve özgürlükleri ile birebir ilişkilidir. Ceza yargılamasında yasal yetkililer tarafından, geçici olarak başvurulabilen; yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama, elkoyma, iletişimin dinlenmesi, gizli soruşturmacı, teknik araçlarla izleme vd. “koruma tedbirleri” olarak adlandırılan yasal müdahaleler özünde ilgili oldukları hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadırlar. Bu nedenle failin yakalanması, delil elde edilmesini amaçlayan bu koruma tedbirleri, ancak yasal koşulların gerçekleşmesi halinde uygulanabilmektedirler.

3.2. Tutuklamanın Amacı

Tutuklama, yasaya göre “hakkında son karar verilmemiş, ancak kuvvetli suç şüphesi bulunan kişinin yargıç kararı ile özgürlüğünün geçici olarak sınırlandırılması”dır. Koruma tedbirleri içerisinde “tutuklama”, özelliği itibarıyla, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale açısından en ağır olanıdır ve çerçevesi Anayasa (m. 19), AİHS (m. 5), CMK (m. 100 ve devamı) hükümleriyle çizilmiştir.

Bu tedbir özünde, suç işlendiği iddiasıyla başlayan süreçte, yargılamanın hukuk kurallarına uygun yapılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaçların başında da şüpheli veya sanığın delilleri karartması ve/veya kaçma tehlikesini önlemek gelmektedir. “Suçun ağırlığı nedeniyle mahkumiyet kararlarının infaz edilebilmesi” ya da “yargılama masraflarının karşılanması” amaçları, tutuklamanın asıl değil, istisnai nitelikte amaçlarıdır.

Uygulama sorunlarının kaynağında, tutuklamada amacı “olası mahkûmiyet kararının infazını sağlama” olarak gören anlayış yatmaktadır. Bu anlayış öz itibarıyla, AİHS m. 5/3’de düzenlenen “tutuklu kişinin usulünce makul sürede serbest bırakılma hakkı” ile çelişmektedir.

AİHM’ye göre, bu hak karşısında, *olası cezanın ağırlığının da mutlak bir önemi bulunmamaktadır.*⁴

Geçici nitelikli bu koruma tedbirinin infazın sonuna dek sürdürülmesi, tutuklama ve mahkumiyet kararlarını özdeş kıldığından aynı zamanda suçsuzluk karinesine aykırıdır.⁵

3.3. Masumiyet/Suçsuzluk Karinesi

Suçlulukları, kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü ile sabit olmadıkça, haklarında adli soruşturma/kovuşturma yürütülen birey-

⁴ AİHM, Mansur/Türkiye.

⁵ AİHM, Wernhoff/Almanya.

lerin “*masumiyet/ suçsuzluk karinesi*” güvencesinden yararlanmaları gerekmektedir (AİHS m. 6/2; AY m. 36, 38/4). Yasama, yürütme ve yargı organları, kişilerin suçsuzluk karinesinden yararlanma hakkını korumakla yükümlüdürler. Aynı nedenlerle, basın ve yayın organlarının da kesin hükümle mahkûm olmamış kişileri toplum gözünde suçlu ilan edecek yayınlar yapmaması gerekmektedir.

Evrensel nitelikteki bu karineye karşın, aşağıda ayrıca vurgulanacağı üzere, özellikle koruma tedbirlerine ilişkin hatalı uygulamalarla özgürlük, güvenlik, adil yargılanma ve kişilik hakları yoğun olarak ihlal edilmektedir. Bu yönüyle tedbirlerin ceza yargılaması uygulamasında araç olarak değil, amaç olarak kullanıldığına ilişkin izlenimler son derece güçlüdür.

3.4. Orantılılık/Ölçülülük İlkesi

Genel olarak *orantılılık/ölçülülük ilkesi*, hak ve özgürlüklerin gerektiğinde sınırlandırılmasında kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bir başka deyişle, araçla amaç arasında ölçüsüzlük bulunmaması gerektiğini anlatmaktadır. Bir hukuk devletinin, sınırlama koşullarının varlığı halinde de, bireyin bundan kabul edilebilir en az zararlar kurtulmasını amaçlaması, eylem ve işlemlerinde aşırılığa kaçmaması gereklidir.

Ceza yargılamasında öncelikle, müdahale araçları yasa ile belirlenmiş olup yargılama organlarının yasa ile öngörülme-yen bir aracı seçmesi olanaklı değildir. İkinci olarak ceza yargılamasında orantılılık ilkesi, koruma tedbirlerine başvuracak organın seçimi açısından önem taşımaktadır. Bu kapsamda daha hafif bir tedbirle beklenen amaca ulaşmanın olanaklı olması durumunda daha ağırına başvurmak orantılılık ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Aşağıda yasal düzenleme kapsamında ayrıca ele alınacağı üzere, kovuşturma organları, belirleyecekleri koruma tedbirlerinin se-

çiminde olduğu gibi, tedbir amacına ulaştığında bu tedbire son vermede de orantılılık ilkesi ile bağlıdırlar.

4. Uluslararası Hukukta Tutuklama Koşulları

4.1. Genel Olarak

Tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda üç temel koşul bulunduğu söylenebilir: **i) hukukilik koşulu** (iç hukuktaki maddi ve usul koşullarına uygunluk); **ii) şüphe/kuşku koşulu** (kişinin suç işlediğine dair bilginin standardı); **iii) risk koşulu** (kaçma, saklanma; delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma; suçta tekrerrür; kamu düzeninin bozulması riskleri ve bu risklere karşı kamu yararı amacıyla tedbir alma).

4.2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Tutuklama Koşulları

Tutuklama koşulları açısından Sözleşmenin (m. 5/1) ikinci cümlesi ve (m. 5/1-c) bendi birlikte ele almak gerekmektedir. Sözleşme'nin (m. 5/1) ikinci cümlesi, özgürlükten yoksun bırakmanın '*hukukun öngördüğü usule*' uygun olması koşulunu getirmektedir. Yine Sözleşme'nin (m. 5/1-c) bendi de, "*bir kimsenin suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine*", "*hukuka uygun olarak*" olarak tutuklanabileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla Sözleşme'nin bir tutuklama kararında aradığı iki temel koşul vardır. Bir tutuklama kararı: **i)** Sözleşme'nin amacına uygun olması gereken iç hukuka uygun olmalı, **ii)** Kişinin suç işlediğinden '*makul kuşku*' duyulmuş olmalıdır.

AİHS m. 5/1-c tutuklama için "*kişinin suç işlediği hakkında geçerli şüphenin varlığını, suçun işlenmesinin önlenmesi ya da suçlunun kaçma-*

sının engellenmesi zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin varlığını” gerekli görmektedir.

Sözleşme’de, ilk tutuklama kararı için ayrıca örneğin, ‘kaçma tehlikesi, delilleri yok etme tehlikesi’ gibi risk koşulunun varlığı öngörülmemiştir. Risk koşulu, iç hukukta öngörülmekte, bu hükümler ulusal mahkemeler tarafından uygulanmakta veya uygulanmamakta, AİHM önüne gelen olayda, iç hukuk yoluyla gerçekten böyle bir risk bulunup bulunmadığını incelemektedir.

4.2.1. Hukuka Uygunluk Koşulu

AİHM, Sözleşme’nin (m. 5/ 1) fıkrasındaki ‘hukuka uygun’ ve ‘hukukun öngördüğü usule uygun olarak’ deyimlerinin ulusal hukuka gönderme yaptığını ve iç hukuktaki maddi ve usul hükümlerine uyma yükümlülüğünü belirttiğini kaydetmiştir.⁶ Mahkeme’ye göre, iç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal makamların ve tabii ki mahkemelerin işi olmakla birlikte, Sözleşme’nin aynı maddesine göre iç hukuka uymamak Sözleşme’ye de aykırılık oluşturduğundan, Mahkeme, iç hukuka uyulup uyulmadığını inceleme konusunda belirli bir yetki kullanabilir ve kullanılmalıdır.⁷

Bir tutuklamanın iç hukuka uygun olması için, kişinin işlediği iddia edilen fiillerin bir suç oluşturması gerekir. Kişi hakkında iddia edilen fiiller iç hukuka göre bir suç oluşturmadığı halde Ceza Kanunundaki suçlardan birine atıf yapılarak verilen tutuklama kararı, Sözleşme’nin (m. 5/1) fıkrasındaki hukuka uygunluk koşulunu ihlal edecektir.⁸

Ayrıca bir tutuklama kararı için iç hukukta muhakemeden kaçma gibi bir risk koşulu bulunuyorsa, tutuklama kararı verilirken

⁶ AİHM, Assenov/Bulgaristan.

⁷ AİHM, Douiyeb/Hollanda.

⁸ AİHM, Lukanov/Bulgaristan.

olayda bu riskin varlığı gösterilmedi.⁹ AİHM’de davaya konu olan olayda, tutuklama kararı veren ulusal makam, başvurunun muhakemeden kaçındığını ve serbest kalmasının kamu düzeni için bir tehlike oluşturacağını belirtmiştir. Ancak Üst Mahkeme, başvurunun muhakemeden kaçmadığını, ulusal makamın bütün çağrılara geldiğini ve koridorda bekletildiğini tespit ederek, olayda risk koşulu gerçekleşmediğinden, bu tutuklamanın iç hukuka aykırı olduğunu söylemiştir. İnsan Hakları Mahkemesi de iç hukuka aykırı olan bu tutuklamanın, Sözleşme’nin (m. 5/1) fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

4.2.2. Makul Kuşku/Şüphe Koşulu

Sözleşme’nin (m. 5/ 1- c) bendi, yakalama/gözaltı ve tutuklama için ayrı kuşku koşulları değil, kişinin ‘*suç işlediğinden makul kuşku duyulması*’ koşulunu getirmiştir.

AİHM, “*makul kuşku*” deyiminden ne anladığını açıklamıştır: Makul kuşkuya sahip olmak, objektif bir gözlemciyi söz konusu kimsenin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edebilecek maddi olayların veya bilgilerin varlığını gerektirmektedir. Bununla birlikte neyin “*makul kuşku*” oluşturduğu, olayın içinde bulunduğu koşullara göre belirlenecektir.¹⁰

⁹ AİHM, Pantea/Romanya.

¹⁰ AİHM, Fox, Campbell, Hartley/İngiltere; Murray/İngiltere; O’Hara/İngiltere.

4.3. Uluslararası Belgeler

4.3.1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) Tavsiye Kararı

AKBK Tavsiye Kararı (R-80-11) uyarınca, adli makamlar, tutuklama kararı verilirken verilmeyeceğini araştırırken, her davanın koşulları ve özellikle duruma göre;

- İsnat edilen suçun niteliğini ve ağırlığını,
- Belirtilerin önemi ve sanık aleyhindeki karinelerin kuvvetini,
- Sanığın kişiliğini, adli geçmişini, kişisel ve sosyal durumunu ve özellikle toplumsal bağlarını,
- Kişinin davranışını, özellikle önceki ceza yargılaması sırasında kendisine yüklenmiş olan ödevlere riayetini göz önünde tutmalıdır. (İlke 5.)

4.3.2. Birleşmiş Milletler (BM) Savcılarının Rolüne Dair Yönerge

BM Savcılarının Rolüne Dair Yönerge uyarınca; “Savcılar, ulusal hukuka uygun olarak ve sanıkların ve mağdurların haklarına bütünüyle saygı göstererek, devletlerin tutuklamanın aşırı kullanılmasından ve ayrıca hapisliğin olumsuz sonuçlarından kaçınmak için değişik usulleri kabul etme imkânını araştırırlar”.

5. İç Hukukta Tutuklama Koşulları

5.1. Anayasa Kapsamında

Anayasa'nın m. 19/4 düzenlemesinde tutuklama koşulları şu şekilde gösterilmiştir: “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini ön-

lemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.”

Dolayısıyla Anayasa'ya göre hâkimin vereceği tutuklamaya ilişkin bir karar için iki temel koşul bulunmaktadır: **i)** Kişinin suçluluğu hakkında 'kuvvetli belirti' bulunmalı (*şüphne koşulu*), ve **ii)** Kaçmasını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacı veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan diğer hallerden biri bulunmalıdır (*risk koşulu*).

5.2. CMK Kapsamında

Yasal düzenleme kapsamında tutuklama kararı *verilemeyecek* haller öncelikle şunlardır:

- Düzenlemeye göre öncelikle “orantılılık ilkesi” uyarınca “işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile **ölçülü olmaması**” (m. 100/1),

- *Sadece adlî para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlar* (m. 100/4).

Tutuklama kararı *verilebilecek* haller şunlardır:

Şüpheli veya sanık hakkında “**kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması**” (m. 100/1).

Bir tutuklama nedeninin *varsayılabileceği* haller ise şunlardır:

- Şüpheli veya sanığın “*kaçması veya kaçması şüphesini uyandıracak somut olguların varlığı*” veya “*delillerin karartılacağı*” konularında **kuvvetli şüphne** halleri (m. 100/2),

- Düzenlemede madde olarak sayılan suçların (katalog suçlar)¹¹ işlendiği hususunda **kuvvetli şüphne** halleri (m. 100/3).

¹¹ a) TCK kapsamında: 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (m. 76, 77, 78), 2. Kasten öldürme (m. 81, 82, 83), 3. Silahla işlenmiş kasten yaralama (m.

5.2.1. Tutuklama Koşulları

Tutuklama koşulları CMK (m. 100)'de Anayasaya göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre tutuklama kararı için: **i)** Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular bulunmalı, ve **ii)** Bir '*tutuklama nedeni*' bulunmalıdır. Kuvvetli suç şüphesi, her tutuklama veya tutuklamaya devam kararında olmazsa olmaz bir koşuldur. Birinci fıkrada geçen '*tutuklama nedeni*'nin ne anlama geldiği m. 100/2, 3'te açıklanmıştır. Buna göre iki tür '*tutuklama nedeni*' bulunmaktadır:

Yasanın (m. 100/2)'deki birinci tür '*tutuklama nedeni*', ceza muhakemesinin amacının gerçekleşmesini engelleyecek "*risk*"leri göstermektedir. Bunlar kaçma, saklanma; delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma riskleridir. Bu tutuklama nedenine kısaca "*risk koşulu*" denebilir.

Yasanın (m. 100/3) ikinci tür '*tutuklama nedeni*', tutuklamaya konu olacak kişinin işlediğinden şüphelenilen suçların bir katalog halinde gösterildiği normlardır. Uygulamada katalog suçlar olarak da ifade edilen bu tutuklama nedenine kısaca "*katalog suç koşulu*" denebilir.

86/3-e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (m. 87), 4. İşkence (m. 94, 95), 5. Cinsel saldırı (m. 102 -birinci fıkra hariç-), 6. Çocukların cinsel istismarı (m. 103), 7. Hırsızlık (m. 141, 142) ve yağma (m. 148, 149), 8. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (m. 188), 9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m. 220 -iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç-), 10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (m. 302, 303, 304, 307, 308), 11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (m. 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315); **b)** 6136 s. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da silah kaçakçılığı (m. 12) suçları; **c)** 4389 s. Bankalar Kanunu'nda zimmet (m. 22/3-4) suçu; **d)** 4926 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar; **e)** 2863 s. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda (m. 68, 74) suçları; **f)** 6831 s. Orman Kanunu'nda kasten orman yakma (m. 110/4-5) suçları.

Özetle CMK'ya (m. 100) göre şu iki durumdan birinin bulunması halinde tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilebileceği söylenebilir:

1. *Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması koşulu + risk koşulu*

veya

2. *Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması koşulu + katalog suç koşulu.*

5.2.2. Katalog Suç Koşulu

Sakıncaları aşağıda da açıklandığı üzere, yasada ayrı ayrı düzenlemiş olmasından anlaşıldığına göre '*risk koşulu*' ile '*katalog suç koşulu*' birbirinden bağımsızdır. Bir başka deyişle, bir tutuklama kararında hem '*risk koşulu*'nun ve hem de '*katalog suç koşulu*'nun bulunması gerekmez. Kuvvetli suç şüphesi koşulu ile birlikte, risk veya katalog suç koşullarından birinin bulunması, tutuklama kararı için yeterlidir. Dolayısıyla yasaya göre katalog suçların söz konusu olduğu bir tutuklama durumunda, ayrıca riskler aranmaz.

Ne var ki, risk koşulunun aranmadığı katalog suçların söz konusu olduğu bir tutuklama kararında üç sorun ortaya çıkmaktadır:

Birinci sorun, bu tür bir tutuklamanın *Anayasa'ya ve Sözleşme'ye uygunluğu* sorunudur. Anayasa m. 19/4, bir tutuklama kararı için **i) Suçluluk hakkında kuvvetli belirti, ve ii) Kaçmayı, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadı veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kulan diğer hallerin birlikte bulunmasını** aramaktadır. Anayasa'daki bu ikinci koşulun bir '*risk koşulu*' olduğu açıktır. CMK m. 100/2, Anayasa'daki bu risk koşulunu ayrıntılı hale getirmiştir. Anayasa '*risk koşulu*'nu içermeyen katalog suç koşullu bir tutuklamaya imkan vermemektedir. Dolayısıyla risklerin aranmadığı, sadece '*kuvvetli belirti*'ye dayanan bir tutuklamanın, Anayasa'ya aykırı

rı olduğu savunulabilir. Anayasa'ya aykırı bir tutuklamanın AİHS m. 5/1'de aranan '*hukukilik koşulu*'na da aykırı olduğu açıktır.

İkinci sorun, katalog suçlarda tutuklama şartlarını *ispat külfeti* sorunudur. Suçluluk hakkında kuvvetli belirtilerin bulunduğu (şüpheli koşulu) ispat etmenin savcılığa düştüğü açıktır. Risklerin, yani kişinin kaçacağını veya saklanacağını; delilleri yok edeceğini veya gizleyeceğini veya değiştireceğini; tanıkların veya mağdurların ve başkaları üzerinde baskı yapacağını (*risk koşulu*) ispat etmenin de savcılığa düştüğü açıktır. Ancak katalog suçların söz konusu olduğu bir tutuklamada risk koşulu aranmayacak olursa, savcının şüpheli koşulu ilave olarak, isnat edilen fiillerin katalog suçlar kapsamına girdiğini ispat etmesi yeterli görülecektir.

Şüpheli ise ancak kendisinin suç işlediğine dair kuvvetli belirtir bulunmadığını veya kuvvetli belirtir olsa bile isnat edilen fiillerin katalog suçlar kapsamına girmediğini savunabilir. Katalog suçlardan birini işlediği iddia edilen şüphelinin kaçmayacağına veya saklanmayacağına; delilleri yok etmeyeceğine veya gizlemeyeceğine veya değiştirmeyeceğine; tanıkların veya mağdurların ve başkaları üzerinde baskı yapmayacağına dair savunması hâkim tarafından dinlenmeyecektir. Bu durumda şüpheli devam ettiği sürece kişinin tutukluluğu da devam edebilecektir. Bir başka deyişle, katalog suçtan şüpheli bir kimsenin tutuklanmasının zorunlu olduğu kabul edilecektir.

Zorunlu tutuklama ise, hem Anayasa m. 19/8, 9 fıkralarındaki serbest bırakılmayı isteme hakkını ve hem de AİHS m. 5/3'teki makul sürede salıverilme hakkını kullanılamaz hale getirdiği için, Anayasa ve Sözleşme'ye aykırıdır.

Üçüncü sorun, bu tür bir tutuklama bakımından *gerekçe gösterme* sorunudur. CMK m. 101 savcının tutuklama taleplerinde mutlaka gerekçe göstermesini, öte yandan hâkimin veya mahkemenin tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarında ve hukuki ve fiili nedenler ile gerekçeler göster-

mesini öngörmektedir. AİHM de bir tutukluluğun Sözleşme'nin 5. maddesine uygunluğunu denetlerken, ulusal mahkemelerin tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında gösterdikleri gerekçeleri incelemekte ve gösterilen gerekçelerin “konuyla ilgili” ve “yeterli” olup olmadığını tespit etmektedir.

5.2.3. Uygulama

Yasal düzenlemenin amacı uyarınca uygulamada, tutuklamanın istisnai bir tedbir olarak ele alınması; tutuklama için kişinin, isnat edilen suçu işlediği hakkında makul şüphe ile kaçma tehlikesi, adaletin işleyişine müdahale etme tehlikesi, ciddi bir suç işleme tehlikesi gerekçelerinden bir veya birkaçının varlığını gösteren güçlü nedenlerin aranması anlayışının egemen olması gerekmektedir.

“*Vakıaların ya da hal ve davranışların varlığını*” tutuklama için yeterli gören önceki CMUK düzenlemesine göre yeni CMK (m. 100) ve devamındaki düzenlemelerin “*kuvvetli şüphe nedenleri, somut olgulara*” ilişkin ölçütleri kuşkusuz daha güvencelidir, ancak bu farklılık uygulamaya yansımamıştır.

Yasal altyapının tüm olanaklarına ve hatta emredici hükümlerin varlığına karşın, özellikle CMK m. 100/3 düzenlenen “*katalog suçlar*” yönünden uygulamaya, tutuklamanın “*seçimliği*” değil, “*zorunluluğu*” anlayışı egemendir. Oysa tutuklamayı, son soruşturma açılması durumunda zorunlu gören yasa hükmü 1951 yılında kaldırılmıştır ve o dönemde dahi zorunluluk uygulaması koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Geçmişte olduğu gibi bugün de kimi suçlarda (eski yasada asgari yedi yıl hapis gerektiren suçlar, yeni CMK m. 100/3'teki katalog suçlar) “*kaçma ve delilleri karartma*” ölçütü göz önüne alınmaksızın tutuklama uygulaması yaygın olarak sürdürülmektedir. Salt sevk maddesinin katalog suçlar (CMK m. 100/3-7) arasında yer alıyor olması, yargıçlar ve mahkemeler tarafından “*varsayılabilir tutuk-*

lama nedeni” olmanın ötesinde, başlı başına geçerli ve mutlak tutuklama nedeni olarak kabul edilmekte; isnat edilen suçla ilgili olarak somut, ölçütleri özgül olaya uygulayan bir irdeleme yapılmamaktadır.

Ölçülülük ilkesi (işin önemi, olası ceza ve güvenlik tedbiri ile ölçülülük) uygulamada katalog suçlar yönünden de görmezden gelinmekte, yasağa karşın yaygın olarak ölçüden yoksun ve otomatik tutuklama kararları verilmektedir.

Öyle ki, madde itibariyle katalog suç kapsamında görünüp fıkraları itibariyle katalogdan ayrı tutulan suçlara ilişkin olarak dahi doğrudan tutuklama kararları verilebilmektedir. Örneğin, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220) katalogda yer alırken, (TCK m. 220/ 2, 7, 8) ayrı tutulmuştur. (CMK m. 103/3-7) Buna karşın uygulamada, TCK m. 220’ye ilişkin olarak fıkra belirtilemeksizin yapılan tutuklamaya sevk işlemlerinde, yargıçlar bunu araştırmaksızın salt kataloga dayanarak tutuklama kararları vermektedirler.

5.2.4. Değerlendirme

CMK düzenlemesindeki “*katalog suçlar*”, yukarıdaki nedenlerle hem düzenleme, hem de uygulama yönünden sorunlu olduklarından düzenlemeden çıkarılmalı; öncelikle adli kontrol önlemlerinin uygulanması yükümlülüğü getirilmelidir. Bunların yeterli olmaya çağının düşünüldüğü durumlarda, tutuklamayı zorunlu kılan nedenlerin varlığı ya da bu nedenlerin devam ettiğine ilişkin gerekçelerin açıklanması zorunlu kılınmalıdır. Düzenlemeye, hangi suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceğine ilişkin bir hükmün konulması da düşünülmelidir. Böylece uygulamada, bütün tutuklama kararlarında şüphe koşulu ile birlikte risk koşulu da aranmalıdır.

5.3. Yasada Yer Almayan Tutuklama Neden ve Saikleri

Yasada yer almayan nedenler ve saiklerle tutuklamaya, amacını aşan işlevler yüklenmesiyle birlikte, ciddi insan hakkı ihlallerine yol açılmaktadır. *CMK 2001 Tasarısı*'nda sayılan tutuklama nedenleri arasında yer alan *"suçun ağırlığı... işlendiği hal ve koşullar veya meydana gelen zararın önemi dolayısıyla fülün kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnai ve ısrarlı düzensizliğe son verilmesi... şüpheli veya sanığın, kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması... suçta son verilmesi... suçun yinelenmesine engel olunması vd..."* nedenlerden bir kısmına yeni yasada yer verilmemiştir. Ancak hatalı uygulamalarının önüne geçilmesi doğrultusundaki yasal iradenin aksine, bu neden ve saiklerle tutuklama kararları verildiği görülmektedir.

Uygulamada sıklıkla, yasal gereklilikler dışında, *"halkın adalet hislerini tatmin"* saikli (halkın, sanığın serbest bırakılmasını anlamaması, tutuklanmasını istemesi gibi) tutuklama örneklerine rastlanmaktadır. Yine yargulamaların erken aşamasında, mağdurun ve toplumun tatmini saikiyle, *"olası cezaya mahsuben peşin ceza"* niteliğindeki tutuklama uygulamaları, ceza adaletindeki tatminsizlik ve gecikmelerden kaynaklanan, toplumda mevcut olan, tutuklamayı ceza gibi görme eğilimini desteklemektedir.

Suçsuzluk karinesine temelden aykırılık oluşturan bu türden yaygın haksız tutuklamalarla, özellikle sanığın beraati halinde ağır mağduriyetlere yol açılmaktadır. Bu uygulamaların bir başka ağır sonucu, son karar aşamasında ortaya çıkmakta; tutuklamayla fiilen uygulanmış *"peşin ceza ile çelişmemek"* için, tecil, paraya çevirme, hükmün geri bırakılması vb. sanık lehine verilebilecek kararlar yerine, yine hapisle cezalandırma yoluna gidilmektedir.

Uygulamada kimi zaman ikamet sisteminin ve nüfus kayıt sisteminin yetersizlikleri nedeniyle tutuklama uygulamasına gidildiği görülmekte, bu kararlarla kişilerin rehin tutulduğu izlenimi doğmaktadır. AİHM kararları, bu türden amaçlarla yapılan tutuklama-

ları, yasal dayanağı olsa bile, *suçsuzluk karinesi* ile bağdaşmaz bulmaktadır.

6. Seçenek Tedbirler Bağlamında Adli Kontrol

Tutuklamaya seçenek tedbirler CMK m. 109'da *"adli kontrol"* başlığı altında düzenlenmiş, bu tedbirlere karar verecek mercii ve karar verme usulü m. 100'de gösterilmiştir. CMK m. 109'a göre, tutuklama nedenlerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, şüphelinin tutuklanması yerine *"adli kontrol"* altına alınması olanaklıdır. Ayrıca hakkında tutuklama kararı verilmiş olan şüphelinin veya Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine, tutuklamanın adli kontrol tedbirine dönüştürülmesine olanak sağlanmıştır.

Tutuklamada *"orantılılık/ ölçülülük"* ilkesi CMK m. 100/1'de *"işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez"* şeklinde düzenlenmiştir.¹² Düzenleme uyarınca tutuklama tedbirine, zorunlu hallerde ve son çare olarak başvurulmalı, öncelikle daha az sınırlayıcı seçenekler üzerinde durulmalıdır. AİHM, tutuklama yerine geçen bu seçeneklerin (kefalet, zorunlu ikamet, ev hapsi, polis denetimi, pasaporta el koyma vb.) değerlendirilmemiş olmasını, AİHS (m. 3/5) kapsamında ele almakta ve ihlal kararları vermektedir.

Tutuklamada, *"gecikmede tehlike"* ile *"özgürlüğün kısıtlanması"* arasında, yani amaçla araç arasında orantılılık olmalıdır. Orantılılık araştırması sadece tedbire karar verilirken değil, tedbire karar veril-

¹² Mülga CMUK m. 104/son'da yer alan *"Soruşturma konusu fiilin önemi ve uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabilecekse veya tutuklama yerine bir başka yargılama önemi ile amaca ulaşabilmek mümkün ise tutuklama kararı verilemez"* şeklindeki düzenleme bu ilkeyi çok daha açık ortaya koymakla daha yerinde bir düzenlemedir.

dikten sonra da devam etmelidir. Örneğin, karar aşamasında oranlı gözüken amaç-araç dengesinin yargılama seyriinde sanığın lehine veya aleyhine bozulması olanaklıdır. Bu gibi durumlarda oranlılık ilkesi, alınan tedbirin hafifletilmesini veya tamamen kaldırılmasını veya daha da ağırlaştırılmasını gerektirebilecektir.

Ancak CMK m. 100/1’de düzenlenen *ölçülülük* konusundaki emredici hükme, adli kontrole ilişkin CMK m. 109’daki yasal düzenlemeye ve AİHM kararlarına karşın, uygulamada tutuklama yerine adli kontrol kararı verildiğine nadiren rastlanmakta, çok büyük çoğunlukla adli kontrol koşullarının bulunmasına karşın şüphelinin tutuklanmasına karar verilmekte ve yine tutuklamanın adli kontrole dönüştürülmesi istemleri reddedilmektedir.

Oysa adli kontrol uygulamasının daraltılarak uygulanması değil, aksine CMK m. 109 düzenlemesinde adli kontrol için getirilmiş “*üç yıl sınırlaması*”nın kaldırılması ve bu yolla seçenek tedbirlerin uygulama alanı genişletilmesi gerekmektedir.

Yasal düzenlemeye göre savcı, şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını sulh ceza hâkiminden isteyebilecektir. Hakkında tutuklama kararı verilmiş şüpheli ve müdafii de aynı istemde bulunabilecektir (CMK m. 103/1). Aynı maddeye göre soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı adli kontrol veya tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa, şüpheliyi re’sen serbest bırakacaktır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde de şüpheli serbest kalacaktır. (CMK m. 103/2)

Ancak soruşturma aşamasında savcıya tanınan resen serbest bırakma yetkisinin, uygulamaya pratiklik kazandırması olanaklıyken, savcılar bu türden bir yetki kullanımını kişisel bir risk olarak görmekte ve bunun yerine öncelikle, sulh ceza hâkiminden adli kontrol için istemde bulunmaktadırlar. (CMK m. 103/1)

Diğer yönden nadiren başvuru adli kontrol uygulaması da sorunludur. Bu kararın uygulanması için, tutuklama nedenlerinin

vd. yasal koşulların varlığı gerekirken, uygulamada yersiz verilen adli kontrol kararlarıyla kişiler mağdur edilmektedir.

Adli kontrol kapsamında olmasa da, CMK m. 246' da düzenlenen "güvence belgesi" bir seçenek uygulama olanağı olarak ele alınabilir: "*Mahkeme, gaip olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verebilir ve bu güvence koşullara bağlanabilir.*"

Madde, firari sanıkları hâkim karşısına çıkarabilmenin bir yolu olarak düzenlenmiştir ve önceki yasal düzenlemede de mevcuttur. Ancak tutuksuz yargılamanın esas olması ve suçsuzluk karinesi ilkeleri göz önüne alındığında olumlu bir uygulama seçeneği sunan maddenin uygulaması yok denecek düzeydedir.

7. Tutuklamada Gerekçe

Anayasa (m. 141/3) ve CMK, tutuklama kararları dahil tüm hâkim ve mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını hüküm altına almıştır. AİHM, gerekçesiz karar verilmesini, kanun yolunda savunma hakkının kısıtlanmasına yol açılması nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmaktadır.¹³

Tutuklamaya ilişkin yasal düzenlemedeyse, gerek savcıların tutuklama istemlerinde (CMK m. 101/1) ve gerekse hâkimlerin ve mahkemelerin tutuklama kararlarında (CMK m. 101/2) hukuki-fiili nedenler ve gerekçelerin gösterilmesi zorunlu kılınmıştır. Çünkü tutuklamada "*kaçma, saklanma, delilleri karartma, ilgililere baskı...*" gibi olasılıklara soyut düzeyde itibar edilemeyeceği gibi, bu olasılıkları somut ve fiili olarak destekleyen koşulların mutlaka varlığı gerekmektedir.¹⁴

¹³ AİHM, Salov/Ukrayna.

¹⁴ AİHM, Trzaska/ Polonya.

7.1. Savcılık İşlemleri Kapsamında

Soruşturma savcısı tarafından, öncelikle gözaltı süresi içinde (en çok dört güne kadar devam eden) toplanan delillerin tasnifi, tutuklanması istenecek her bir şüpheli için ayrı ayrı suç isnadı ve kuvvetli suç şüphesini ortaya koyan somut delillerin sevk kararında açıkça gösterilmesi gerekmektedir.

Ancak uygulamada ve özellikle örgütlü suçlara ilişkin soruşturmalarda, onlarca şüpheli hakkında tutuklama istenen hallerde, binlerce sayfadan ve çok sayıda klasörden oluşan dosyaların yalnızca “ekteki belgeler çerçevesinde haklarında kuvvetli şüphe oluşan” ibaresiyle sulh ceza mahkemelerine (naip hakime) sevk edildiği görülmektedir.

Bu durumda yargıçların, “iddiayı ispat, iddia edene düşer” kuralı uyarınca bu istemleri geri çevirmeleri gerekirken, uygulamada, şüphelilerin sorgusuna dayanarak “ekteki dosyalardaki deliller muvacehesinde...” gibi genel ifadelerle ve somut deliller gösterilmeksizin tutuklama kararları verilmektedir. Oysa çok sayıda şüphelinin ve klasörler dolusu belgenin bulunduğu bu tür bir durumda, yargıcın birkaç saat içinde dosya içeriğini değerlendirerek tutuklama ile sonuçlanacak sağlıklı bir karara ulaşması zor ve hatta olanaksızdır.

Bu tür durumlarda, toplanan delillerin tutuklama yerine adli kontrol tedbirleri içinde değerlendirilmesi, kaçma tehlikesini önleyecek yurt dışına çıkış yasağı ve/veya nakdi güvence (parasal kefalet) gibi tüm suçlara uygulanabilecek koruma tedbirlerinin düşünülmesi çözümü de beraberinde getirecektir. Böylelikle savcılar, soruşturma dosyalarında tutuklama tedbirinin zorunlu ve kaçınılmaz olduğunu kanıtlamak zorunluluğu duyacaklardır.

Yasal düzenleme uyarınca, tutuklama isteminde savcılarının gerekçe yanında, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını ortaya koyan hukuki ve fiili nedenlere de yer vermeleri gerekmektedir (m. 101/1). Ancak buna uyulmamakta, tutuklamaya sevklerde so-

mut hiçbir gerekçe gösterilmeyerek şablon anlatımlarla yetinilmekte ve adli kontrol koşullarına ilişkin bir irdelemeye gidilmemektedir.

Şüphelinin birkaç fiille suçlandığı kimi durumlarda, sevkte tutuklama isteminin dayandığı suç açıkça belirtilmediğinden, karışıklıklar çıkmaktadır. Şüphelinin yaralama ve hırsızlık suçunu işlediği bir örnek olayda, dosya önüne gelen savcının herhangi bir sevk maddesi belirtmeden tutuklama istemesi ve kişinin tutuklanması halinde, madde belirsizliği nedeniyle olası tahliye işlemi sırasında zorluklar yaşanmakta ve bazı durumlarda şüpheli salt bu nedenlerle tahliye edilememektedir.

7.2. Tutuklama Kararı Kapsamında

Yasal düzenleme uyarınca, istem üzerine ya da re'sen mahkemece verilen tutuklamada olduğu gibi, tutuklamanın devamına ve tahliye isteminin reddine ilişkin kararların da gerekçeli olması zorunlu olup hukuki ve fiili nedenlerle gerekçelerin kararda açıkça gösterilmesi gereklidir. Karar içeriği ilgisine sözlü ve yazılı olarak bildirilmeli ve bu husus kararda belirtilmelidir. (CMK m. 101/2)

Düzenlemede, savcıların tutuklama istemlerinin “*mutlaka*” gerekçeli olması emredilirken (m. 101/1), tutuklama kararında (veya tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararda) (“*mutlaka*” olmasa bile) gerekçe gösterilmesi emredilmiştir (CMK 101/2). Biçimsel sayılabilecek bu farklılığın maddenin bütünlüğü açısından giderilmesi yararlı olacaktır.

CMK düzenlemesinde, arama kararında hangi noktaların yer alması gerektiği açıkça belirtilmişken (m. 119), tutuklama gibi önemli bir tedbire ilişkin kararda nelerin bulunması gerektiğinin sayılmamış olması, uygulamanın yönlendirilebilmesi açısından önemli bir eksikliktir.

AİHS m. 6 uyarınca, sanığın kendisine yüklenen fiili tam olarak anlayabilmesi gerekli olup bunun sağlanmaması adil yargılanma hakkının ihlali nitindedir. Tutuklama kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir tedbir olduğu için, şüphelinin hangi hukuki ve fiili nedenlerden dolayı özgürlüğünün kısıtlandığını anlayabilmesi için, tutuklama kararının gerekçesinin çok özenli bir şekilde kaleme alınması şarttır. Tutuklama kararında gerekçe gösterilmesi, savunma hakkının kullanılmasını ve üst mahkemenin denetimini olanaklı kılarken, karar merciinin de öz denetimine olanak sağlaması yönünden önem taşımaktadır.

Bu kapsamda, gerekçeli bir tutuklama kararında:

- Şüpheliye *yüklenen fiil*, savunma hakkının kullanılabilmesine olanak tanıyan açıklık ve ayrıntıda olmalıdır. (Aynı failin işlediği birden fazla fiil varsa ve bunlar henüz araştırma aşamasında ise, tutuklama kararı sadece kuvvetli şüphesi bulunan suçlara tekellenmeli ve tutuklama kararında bu fiil, tutuklamanın bir unsuru olarak belirtilmelidir.)
- Tutuklama kararında fiil ile birlikte *suç* tanımı da açık olmalı, suçun yasal unsurları ve uygulanacak yasa maddeleri belirtilmelidir,
- Şüpheli açısından farklı sonuçlar doğuracağından kararda yasal *tutuklama nedeni* açıkça yer almalı ve gerekçelendirilmelidir. (Birden fazla nedenin, örneğin kaçma şüphesi ile delil karartma şüphesinin aynı karar açısından birlikte gerçekleşmesi halinde, adil yargılanma hakkı açısından her iki tutuklama nedeni de gerekçelendirilmelidir.)
- Kuvvetli suç şüphesini ve bir tutuklama nedeninin varlığını doğrulayan *olgular* kararda belirtilmelidir,
- Gerekçede savunma hakkının kullanılmasına olanak tanıyacak bir açıklıkta *deliller* açıklanmalıdır (Delillerin açık-

lanmasında, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmek için, ancak adil yargılanma hakkını ve sanığın sorgu hakkını kısıtlamamak koşulu ile kısıtlama yapılabilir),

- Değerlendirme sırasında yalnızca *hukuka uygun* olarak elde edilmiş deliller kullanılabilir (CMK m. 217/2). Şüphelinin susması, aleyhine değerlendirilemez.

Emredici yasal düzenlemeye ve AİHM kararlarına¹⁵ karşın, uygulamada tutuklama kararlarında, somut olgular ve olasılıklar yönünden gerekçe olarak nitelenebilecek bir irdelemeye rastlanılmamakta; *“mevcut delil durumu, sanığın kaçma ihtimalinin nazara alınarak”* türünden gerekçe sayılamayacak şablon anlatımlarla yetinilmektedir.

Kimi metinlerinden, tutuklamaya dayanak suçun ne olduğu dahi anlaşılammaktadır. Aynı şekilde yasal gerekliliğe karşın kararlarda *“adli kontrolün yetersiz kaldığını gösterecek hukuki ve fiili nedenlere de”* yer verilmemektedir.

7.3. Kaçma Şüphesi Gerekeçesi

“Kaçma tehlikesi” nedeniyle verilen tutuklama kararlarında, bu tehlikenin maddi dayanaklarının karar gerekçesinde açıklanması gerekmektedir. Böyle bir irdeleme, kaçmak/ kaçmamakla ilgili tüm olgular göz önüne alınarak yapılacak genel risk değerlendirilmesi açısından önem taşımaktadır. Böyle bir gerekçe irdelemesi, tutuklama kararına itiraz edecek olan kişiye tartışma olanağı sağlaması açısından da son derece önem taşımaktadır. Ancak uygulamada, AİHM içtihadıyla uyumsuz, tutuklanan kişinin kaçma riskinin dayanakları konusunda hiçbir açıklama getirmeyen, basmakalıp anlatıma dayalı kararlar ile yetinilmektedir.

¹⁵ AİHM, Yağcı ve Sargın/Türkiye.

Yine uygulamada, kaçma şüphesine dayanarak *duruşmaya gelen sanığın tutuklanması* örneklerine rastlanabilmektedir. Kaçmayı duruşmaya gelerek mahkemeye ve ceza yargılamasına yardımcı olan bir sanığın, bu durumda, CMK m. 100/2-a kapsamında hangi somut olguya dayalı olarak tutuklandığı sorusu doğal olarak yanıtızsız kalmaktadır. Öte yandan böyle bir durumda sanık savunmanı da sanığı kendi eliyle teslim etmişçesine zor durumda kalmaktadır.

7.4. Delillerin Karartılması Gerekçesi

CMK m. 100/2- b uyarınca bir tutuklama nedeninin var sayılabileceği haller arasında, şüpheli veya sanığın davranışlarının, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma konusunda kuvvetli şüphe oluşturması sayılmaktadır. AİHM'ye göre, önceden varolabilecek bu türden risklerin geçerliliğinin her aşamada irdelenmesi gerekmektedir.¹⁶

Ancak uygulamada bu olasılıkları destekleyen somut olgular irdelenmeksizin, soyut anlatımlarla yetinilmektedir. Tüm delillerin toplanmış olması ya da şüpheli/ sanığın delilleri karartma olanağının bulunmadığı durumlarda da bu gerekçe salt sözcük olarak yinelenmektedir.

8. Tutukluluğun Devamı

Uygulamada ilk tutuklama kararına göre tutukluluğun devamı yönündeki sonraki kararlar daha da az önemli görülmekte, bu yöndeki kararlar esaslı denetimden uzak kalmaktadır.

Tutukluluğun devamı için, tutuklama koşullarının devam edip etmediğine bakmak gerekmektedir. Tutukluluğun devamı konu-

¹⁶ AİHM, Latellier/Fransa; Mamedova/Rusya.

sundaki incelemede, mahkeme, tutuklama kararındaki nedenlerle ve değerlendirmelerle (kuvvetli şüphe sebepleri bulunduğu gibi) bağlı değildir. Bu nedenle verilecek karar “*tutuklamaya ilişkin yeni bir karar*” niteliğinde olup tutuklama nedenleri değiştirilebilecek ya da tutuklama kararı kaldırılabilir. Ancak uygulamada sanık tarafından itiraz edebilir nitelikteki bu kararlar, “*yeni bir karar*” olarak değil, “*önceki kararın otomatik devamı*” gibi değerlendirilmektedir.

Oysa tutukluluğa devam kararı, tutuklama kararından daha güçlü gerekçelere dayanmalı, tutuklama nedenlerinin devam etmekte olduğu inandırıcı bir biçimde açıklanmalıdır. Ortaya konacak olan gerekçede, “*ilk tutuklama kararından daha kuvvetli suç işleme şüphesi bulunduğu*” ortaya konması gereklidir. Uygulamada irdelenmeye dayalı doyurucu gerekçeler yerine “*kuvvetli suç işleme şüphesinin devam ettiği*” gibi soyut açıklamalarla yetinilmektedir.

Kimi tutukluluğun devamı kararlarında kullanılan “*şüpheli/sanık lehinde yeni olguların ve değişikliğin bulunmaması*” gerekçesi, AİHM kararlarının aksine, “*yargılamanın esas olarak tutuklu yapılması gerektiği*” görüşünden kaynaklanmaktadır. Tutuklama nedeni olan “*suç işlendiğine ilişkin makul kuşku*”, tutuklamanın sürmesi için yeterli olmayıp bunun yanında risk faktörünün somut verilere dayanması gerekmektedir. Bu gerekçe mantığı kabul edilecek olursa, tutukluluk durumunun “*lehte yeni bir olgu çıkmadığı sürece devam etmesi*” gerekecek ve bu konudaki ispat külfeti yer değiştirecektir.

Oysa AİHM, “*tutuklunun, tahliye nedenlerini kanıtlamak zorunda bırakılmasının AİHS m. 5 düzenlemesine aykırı olduğu*” düşüncesindedir.¹⁷

AİHM, tutukluluğun devamında “*işlenen suçun ağırlığı, suçun işlendiğine ilişkin ciddi kanıtların varlığı, soruşturmanın selameti...*” gibi gerekçeleri yeterli bulmamakta; makul kuşkunun varlığı ve tutuk-

¹⁷ AİHM, İljkov/Bulgaristan.

luluğun devamı gerekçesi geçerliyse, bu kez ilgili makamların soruşturmanın yürütülmesinde gerekli özeni gösterip göstermediklerini incelemektedir. Böyle bir davada AİHM, hükümetin tutukluluk süresinin uzamasının kendi kusurundan kaynaklanmadığını göstermesini istemekte; sözelimi soruşturma tutukluluk durumuna karşın gereksiz yere, ilgili makamların ihmal ya da kusuru nedeniyle uzamışsa, ihlale karar vermektedir.

Asıl olanın hızlı ve tutuksuz yargılama olmasına karşın, uygulamada adalette gözlenen gecikmeler ve “tercih” izlenimi veren belirsizlik ve karmaşaların yaşandığı uzun adli soruşturma/ kovuşturma süreçlerinde, tutukluluk durumları da uzamakta ve ağır mağduriyetlere neden olmaktadır.

AİHM’nin Türkiye aleyhinde verdiği AİHS m. 5 kapsamındaki ihlal kararlarında, tutukluluk durumunun uzatılması kararlarının “gerekçesiz” olması da rol oynamaktadır. Yerel mahkemeler tutuklanan kişiyi konuyla ilgili bilgilendirmek ve tatmin etmek için değil, ancak bir üst yargı yeri (Yargıtay) tarafından yapılacak denetim sırasında kararlarının bozulmaması için gerekçe yazmaktadırlar. Tutuklamaya itirazı karara bağlayan yargı yerleri, tutuklama kararı veren yargıç veya mahkemenin üst mahkemesi niteliğinde olmadığından, gerekçeli karar yazma pratiğinin azlığı dikkat çekicidir.

AİHM kararlarına göre, kaçma tehlikesi ya da suçun vehameti gibi unsurlar önem taşımakla birlikte tek başına yeterli olmayıp bu kuşkuları destekleyen olgular ve etkenlerin kararda açıkça ortaya konması gerekmektedir:

- ✓ Buna göre soyut kaçma tehlikesi, tutukluluğun sürdürülmesinin makul bir gerekçesi değildir. Gerekçenin özellikle kaçma olasılığına dayandırıldığı durumlarda, AİHS m. 5/3-son, “*teminat bağlayarak kişinin duruşmada hazır bulunmasının sağlanabileceği durumlarda, söz konusu kişinin serbest bırakılması*” gerekmektedir. Öte yandan Mahkemeye göre,

uzayan tutukluluk süresinin kaçma arzusunu azaltması nedeniyle, tutukluluğun devamına ilişkin kararların daha ağırlıklı gerekçelere dayandırılması gerekmektedir.

- ✓ AİHM birçok kararında suçun niteliğinin tek başına bir tutuklama kararını haklı kılmayacağına işaret etmektedir. Mahkemeye göre, öngörülen hapis cezasının ağırlığı da, tek başına kaçma tehlikesinin ölçütü olarak kullanılmamalıdır.¹⁸

AİHM incelemelerinde tutukluluk süresini de göz önünde bulundurmaktadır. Bazı tutukluğun devamı kararlarında dayanan gerekçeler arasında “*tutukluluk süresinin makul süreyi aşmamış olması*” yer almaktadır. Oysa geçici bir önlem olan tutuklulukta *makul süre* ancak tutukluluğu haklı gösteren nedenler varsa değerlendirilebilecek bir ölçüt olup aksi halde en kısa bir süre bile *makul* sayılmayacaktır.¹⁹

Suçun niteliği ne olursa olsun, özgürlükler sınırlanırken gereken özenin gösterilmesi gerekli olup teminatla salıverme, yurtdışına çıkma yasağı gibi başka önlemler üzerinde durulmalıdır. AİHM, tutukluluğun devamı kararı verilirken kefaletle tahliye ya da yurtdışına çıkma yasağı gibi başka önlemlere neden başvurulmadığını incelemektedir. Ancak uygulamada seçenek tedbirler son derece az kullanılmaktadır.

Tutukluluk değerlendirmelerinde *delilleri karartma ya da kaçma* olasılıklarına ilişkin olarak şüpheli ve sanıkların konumları benzer olsa da sıklıkla *çifte standartlı* uygulamalara rastlanmaktadır.

¹⁸ AİHM, Müller/Fransa.

¹⁹ AİHM, Paladi/Moldova.

9. Tutukluluğun İncelenmesi

9.1. Tutukluluğun İtiraz Yoluyla İncelenmesi

Soruşturma aşamasında itiraz halinde, kendisinde bulunduğundan C. Savcılığına verilecek bir dilekçe ile ilgili dosya, tutuklama kararını veren sulh ceza yargıcına kararını yeniden gözden geçirmek üzere; tahliye gerçekleşmediği takdirde ise, itiraz hakkında karar verilmek üzere nöbetçi asliye ceza mahkemesine gönderilmektedir (CMK m. 268/2). Mercii itiraz üzerine verdiği kararlar kesin olup ancak ilk defa verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmektedir. (CMK m. 271/4)

İtirazın ilk aşamasına ilişkin olarak önceki CMUK düzenlemesinde de varolan *“tutuklama kararı veren mahkemenin kararını yeniden gözden geçirerek düzeltilmesi”*ne ilişkin hüküm uygulanmayarak fiilen yürürlükten kalkmıştır. Öyle ki bu yolla önlerine gelen başvuruları yargıçlar, *“hatalı”* başvurular olarak algılamışlardır. Bu nedenle dosyaların incelenmeksizin itirazı inceleyecek mahkemelere gönderilmesi genel uygulama niteliği kazanmıştır. Günümüz uygulamasında da böyle bir gözden geçirme isteminden sonuç alabilmek fiilen olanaklı bulunmamaktadır. Kararı veren yargıçlar tutuklamaya itiraz nedenlerine ilişkin değerlendirmeleri göz önüne dahi almayarak, hak ve özgürlüklerin korunması için *“tutuklama kararının özdenetimi”* gibi son derece yararlı olabilecek bir yolu fiilen kullanışsız hale getirmektedirler.

Uygulamada mahkemeler tarafından verilen kimi tahliye kararlarına savcılar tarafından itiraz edildiği görülmekteyse de, CMK m. 103, 104 uyarınca, savcıların bu türden tahliye kararlarına itirazları olanaklı değildir. Savcılar, CMK m. 104, 105 uyarınca ancak *“tutuklama isteminin reddine”* ilişkin mahkeme kararlarına itiraz edebilirler.

CMK m. 108/1 emredici hükmüne karşın, ağır ceza/ özel yetkili ağır ceza mahkemeleri, -tayin edilen uzun süreli duruşmalar-

dan önce- 30 günlük süre içerisinde tutukluluk halinin gözden geçirilmesine ilişkin müteferrik kararlarla yetinmektedirler. Oysa silahların eşitliği ilkesi gereğince, tutukluluk halinin gözden geçirilmesi yerine duruşma açılarak sanığın veya müdafinin bu konudaki sözlü beyanlarının alınmasından tutuklulukla ilgili karar verilmesi gerekmektedir.

9.2. Soruşturma Evresinde Tutukluluğun İncelenmesi

Soruşturma evresinde ve şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde, en geç otuzar günlük sürelerde, tutukluluğun devamı konusunda C. Savcısının istemi üzerine sulh ceza yargıcı tarafından tutukluluğun devamı hakkında karar verilmektedir (CMK m. 108). Bu süre içinde tutukluluğun incelenmesi, şüpheli tarafından da istenebilmektedir. Sanığın tutukluluğu hakkında, her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da belirtilen süre içinde de re'sen karar verilmektedir.

Uygulamada tutukluluğun incelenmesinin en çok önem kazandığı soruşturma evresinin, "*delillerin toplanması*" gereğiyle özellikle örgütlü suçlarda aylarca ve hatta yıllarca uzayabildiğine tanık olunmaktadır. Bu aşamadaki tutukluluk incelemelerinin çok büyük çoğunlukla evrak üzerinden yapıldığı ve yetersiz olduğu, kalem personelinin "*tutukluluğun devamına*" şeklindeki yazısının yargıçlarca imzalanmasıyla yetinildiği savunma mesleğinin yaygın izlenimidir.

Bu türden soruşturma süreçlerinde aylar boyu gereksizce sürdürülen tutukluluğun ardından ilk duruşmada verilen tahliye kararları peşin cezalandırmanın somut örnekleridir. Suçsuzluk karinesine tümüyle aykırı olarak gerçekleşen bu türden uygulamalar sonucunda cezaevinde gerçekleşen *intihar* olayları, *intihar akabinde düzenlenen iddianame* örnekleri, bu türden uygulamaların gayri insani sonuçlarını en acı bir biçimde gözler önüne sermektedir.

9.3. Kovuşturma Evresinde Tutukluluğun İncelenmesi

Kovuşturma aşamasında esas mahkemesi salıverilme istemlerini karara bağlamakta, tahliye istemlerinin reddine ilişkin kararlar CMK (m. 268/2) gereğince dosya, incelemeye yetkili mercie gönderilmektedir. Ancak uygulamada tutuklular ve tutukluluğunun sürmesine karar verilenlerin itirazları, genel olarak incelemeye yetkili merciler tarafından, dosyada herhangi bir inceleme yapılmaksızın reddedilmektedir.

AİHM, benzeri örneklerde, Türk hukuk sisteminin, AİHS m. 5/4 kapsamında davalıların tutukluluk halinin yasallığına karşı çıkma imkânı sağlayan etkili bir itiraz yolu sunmadığını tespit etmiştir.²⁰

Uygulama içerisinde yerel adliyelerde “*tutuklamaya itirazların reddi*” konusunda açık-zımnî “*mutabakatların (!)*” varlığı gözlenmektedir. Genellikle tek hâkimli olan ilçelerde, sulh ceza mahkemesi sıfatıyla verilen tutuklama kararlarına itirazlar, gönderildiği en yakın ağır ceza mahkemesi tarafından da incelenmeksizin reddedilmektedir. Dosyanın iadesi nedeniyle (dosyanın gidişi ve dönüşünde postada geçen zamanlar dikkate alındığında) yargılama ve davanın açılma süreci uzamakta; böylece, tutuklamaya itiraz eden şüpheli, salt itiraz hakkını kullandığı için daha çok mağdur olmaktadır.

Uygulamada adli tatil veya mahkeme yargıcının izinli olduğu durumlarda tutukluluğun kaldırılmasında önemli sorunlar yaşanmaktadır. Bu durumlarda Adli Yargı Komisyonu tarafından atanan yargıçlar, genellikle mahkeme yargıcının “*işine karışmamak (!)*” adına, önlerine gelen dosyayı incelemeyen “*tutukluluk halinin devamına*” karar vermektedirler.

Uygulamada özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin duruşma aralıklarının çok uzun olduğu, dört-beş aya varan duruşma ertele-

²⁰ AİHM, Koştı vd./Türkiye.

melerinin yapıldığı görülmektedir. Bu durum hem tutuklama sürelerinin uzamasına, hem de duruşmaları kısa aralıklarla veren, hatta bir dava ile ilgili haftanın birkaç günü duruşma yapan mahkemeler arasında farklı uygulamaların meydana gelmesine neden olmaktadır. Bir davanın kısa, diğer dava veya davaların yargılamalarının ise uzun duruşma aralıklarıyla yürütülmesi, eşitlik, suçsuzluk karinesi, dürüst yargılanma hakkı ve olağanüstü yargılama yasağı ilkelerinin ihlaline neden olmaktadır.

9.4. Temyiz Evresinde Tutukluluğun İncelenmesi

Mahkumiyet kararı ile birlikte tutukluluğun devam ettiği durumlarda, temyiz incelemesi nedeniyle dosyanın önüne geldiği Yargıtay C. Başsavcılığı, tebliğnameyi hazırlayana dek geçen sürede tutukluluğun devamı veya tahliye konusunda bir karar vermemektedir. Bu nedenle 30 günlük yasal inceleme süresi geçmekte ve dosya ilgili ceza dairesine gidinceye kadar tutukluluk durumu incelenmemektedir.

Kaldı ki, dosya daireye gitse de karara dek sanığın tutukluluğu fiilen devam etmekte; suçsuz olabilecek sanıkların özgürlüğü hukuka aykırı olarak kısıtlanmış olmaktadır. Bu sorunun temel nedenlerinden birisinin, CMK m. 108/1 düzenlemesinin, yerel mahkemelerde devam etmekte olan soruşturma ve kovuşturmalara ilişkin olması ve Yargıtay aşamasına ilişkin bir hüküm içermemesi olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle, dosyanın Yargıtay'da bulunduğu süreçte, tutukluluğun gözden geçirilmesine ilişkin yasal boşluğun giderilmesine gereksinim vardır. (Tutukluluğun devamının denetlenmesi konusunda, YCGK'nın "CMK m. 102/1 uyarınca, azami tutukluluk süresinin dolduğu nazara alınarak, sanığın bihakkin tahliyesine karar verilmesi" yolundaki kararı olumlu bir gelişme olarak tespit edilmelidir.)²¹

²¹ YCGK, 26.05.2009 T, 2009/9-73 E. 2009/129 K.

10. Tutukluluk Süresi

İlk tutuklama kararının ardından, tutukluluğun devamına dair ve salıverilme taleplerinin reddine dair kararlar ile tutukluluk süresi uzatılabilmektedir. Konu hem düzenleme, hem de uygulama açısından oldukça sorunludur.

10.1. AİHS Bakımından Tutukluluk Süresi

AİHS m. 5 ile azami bir tutukluluk süresi getirmemiş, ancak m. 5/3'de tutukluluk süresinin '*makul süreyi*' aşmamasını öngörmüştür: "*... makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkına sahiptir. Salıverme, bu kimsenin duruşmada hazır bulunması için güvenceye bağlanabilir.*"

Mahkeme'ye göre, tutulan kişinin suç işlemiş olduğuna ilişkin duyulan *makul kuşkunun* sürmesi, o kişinin tutukluluğunun hukukiliği için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir koşuldur. Ancak bu koşul, belli bir süre geçtikten sonra yeterli olmamaktadır. Böyle bir durumda Mahkeme, yargısal makamlar tarafından özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin devam edip etmediğine karar vermek durumundadır.²² Tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin gerekçeler '*konuyla ilgili*' ve '*yeterli*' ise, Mahkeme bu durumda, yetkili ulusal makamların muhakeme sırasında gerekli '*özeni*' gösterip göstermediklerine bakmaktadır.²³

AİHM, tutukluluk süresinin hesaplanmasında süreyi, eğer varsa, gözaltına alma tarihinden başlatmakta ve ilk derece mahkemesinin hüküm tarihinde bitirmektedir. Mahkeme, temyiz aşamasındaki tutmayı tutukluluk süresinden saymamakta, hükümlülük olarak görmektedir. Eğer tutuklu kişi, ilk derece mahkemesi önündeki yar-

²² AİHM, Wemhoff/Almanya.

²³ AİHM, Matznetter/Avusturya; Letellier/Fransa.

gılama devam ederken salıverilmiş ise, tutukluluk süresi de salıverme tarihine kadar devam etmiş olmaktadır.

Mahkeme, tutukluluk süresinin 'makul' olup olmadığını, tutuklama koşullarının gerçekten var olup olmadığını inceleyerek belirlemektedir. Bir başka deyişle, kişinin suç işlediğine dair 'makul şüphe' kalkmışsa veya makul şüphe sürüyor olsa bile kamu yararı yoksa (yani kaçma tehlikesi, delilleri karartma tehlikesi, suçta tekerür tehlikesi, kamu düzeninin bozulması gibi riskler kalmamış ise) tutukluluk devam etmemelidir; devam etmesi halinde m. 5/3'teki 'makul sürede salıverilme hakkı' ihlal edilmiş olacaktır.

10.2. İç Hukuk Bakımından Tutukluluk Süresi

Anayasa (m. 19/ 8) ile "makul sürede" salıverilme hakkı getirilmiştir: "Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır ..."

CMK düzenlemesinde ilk tutuklama kararının ardından tutukluluğun devamına ve salıverilme taleplerinin reddine ilişkin kararlar ile tutukluluk süresi uzatılabilmektedir. CMK m. 102, tutukluluğun devam edebilmesi için azami süreler getirmiştir: Ağır Ceza Mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıl olabilmekte, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek bu süre 6 ay daha uzatılabilmektedir. Ağır Ceza Mahkemesi görevine giren işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıl olup, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek yapılacak uzatma süresi toplam üç yılı geçememektedir. (CMK m. 252/2) ile getirilen istisna uyarınca CMK (m. 250/1- c)'de sayılan suçlar yönünden tutuklama süresi iki kat olarak uygulanacaktır. Konu hem düzenlemenin kendisi hem de uygulama açısından oldukça sorunludur:

Nitekim 31.12.2010 tarihinde yürürlüğe giren “*tutuklulukta azami süre*”ye ilişkin düzenleme konusunda;²⁴ yine kamuoyuna yansıyan kimi yerel mahkeme kararları ile Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin kararı referans gösterilmek suretiyle yapılmakta olan hukuki değerlendirmelerde hatalı yaklaşımlar gözlenmektedir.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, evrensel ceza yargılaması ilkeleri bağlamında ve “*suçsuzluk karinesi*” uyarınca tutuklama, ceza niteliğinde olmayan, istisnai nitelikte olan, sadece “*son çare*” olarak başvurulabilen ve mutlak surette “*makul sürede*” sona erdirilmesi gereken bir tedbirdir. Bu niteliği göz önüne alındığında, “*tutuklamada azami süre*” kavramının, “*mutlak olarak tüketilmesi gereken süre*” olarak kabul edilmesi ve bu şekilde uygulanması hukuka ve adalet ilkesine uygun değildir.

Azami tutukluluk sürelerinin ağır cezalı işlerde (5), özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görevi kapsamındaki suçlarda (10) yıla çıkmış olduğuna ilişkin değerlendirmeler, makul sürede salıverilme hakkını göz önüne almamaktadır. Bu tutukluluk süreleri kabul edildiğinde hem AİHS m. 5, hem de Anayasa m. 19/8’de yer alan “*makul süre*” ölçüsüne ters düşülmektedir. Yine “*beş yıllık azami süre*”, risk koşulunun aranmadığı katalog suçlar bakımından; suç işlediğine dair hakkında kuvvetli belirti bulunan bir kimseyi tutuklu yargılayabilmesi için mahkemelere verilmiş ‘*açık çek*’ halini almaktadır.

“*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı/ Adil Yargılanma Hakkı*”nın bir güvencesi olarak önceki uygulama sakıncaları göz önüne alınarak tutukluluk süresine getirilen bu sınırlamaların, Yargı tarafından, korunan hakka zarar verir bir biçimde yorumlanmaması gerektir.

Uygulamada gözlenen 5- 10 yıllık tutukluluk süreleri, makul sürede yargılanma hakkına aykırı düştüğü gibi uzayan yargılama-

²⁴ 5320 sayılı Yürürlük Kanunu, 26.2.2008 tarih ve 5739 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile değişik m. 12

ları “olağanlaştıran/ sıradanlaştıran” bir yaklaşımın ürünleridir. (Konuya ilişkin olarak verilebilecek Almanya örneğinde “2006- Tutukluk Süresi Dağılımı”na bakıldığında, bu sürelerin Türkiye’ye göre son derece kısa olduğu; tutukluların % 75.5’inin 6 aya kadar, % 18.4. ünün 6-12 ay arasında ve % 6.2’sinin ise bir yıldan fazla tutuklu kaldığı görülmektedir.)

Konunun bir başka önemli boyutu uzayan yargılamalara ilişkindir. Olağanlaşıp sıradanlaşmış olan bu olgu uzayan tutukluluklar nedeniyle ağır insan hakkı ihlallerine yol açmakta, öte yandan azami tutukluluk süresi uygulaması ile birleşince konuluş amacına tümüyle aykırı olarak, bu kez günümüzde yaşanan örneklerde görüldüğü üzere ceza adaletine aykırı sonuçlara da yol açmaktadır.

Maddenin yorumlanmasında ve yargısal uygulamalarda ortaya çıkan köklü farklılıklar göz önüne alındığında düzenlemenin evrensel ölçütlere uygun bir biçimde ivedi olarak yeniden ele alınması ve soruna yasama yoluyla bir çözüm getirilmesi gerekmektedir.

Bu yapılırken yasada, azami süreler dolmadan tutukluluk süresinin uzunluğunu değerlendirebilmek için bir ölçüt bulunmadığından, CMK m. 102’ye bir ek yapılarak, tutukluluğun makul süreyi aşamayacağı belirtilmelidir.

Uygulamada Yargıtay incelemesi aşamasında ciddi sorunlar gözlenmektedir: Asliye Ceza Mahkemesinde yargılanan 3 aydır tutuklu olan ve azami 1 yıllık tutukluluk süresi olan bir sanığın 2 yıl hapis cezasına mahkûm edilmesi ve tutukluluğunun devamına karar verilmesi örneğinde, Yargıtay karar incelemesinin en az bir buçuk yılda sonuçlandığı göz önüne alındığında, tutukluluk 1 yıllık azami süreyi ve hatta 6 aylık zorunlu hallerdeki uzatma süresini de aşmış olmaktadır. “Uzatma kararlarının, C. Savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verileceği” yolundaki düzenleme (CMK m. 102/3) açısından bakıldığında ise, bu hükmün uygulanması fiilen olanaksız hale gelmektedir. Özellikle dosya ha-

len Yargıtay C. Başsavcılığında ise tutukluluğun devamına ilişkin kararda önemli uygulama sorunları ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada benzeri durumlarda sanığın “koşullu salıverilme” hakkına göre de fazladan hapis yattığı örnekler yaşanmaktadır. Kimi durumlarda sanık, fazladan hapis yatmasa bile temyiz nedeni ile hakkındaki hüküm kesinleşmediğinden, İnfaz Kanunu düzenlemelerinin tanıdığı bir kısım haklardan yararlanamamaktadır: Hükümlünün cezasının 1/5’ini iyi hal ile geçirmesi halinde açık cezaevine çıkabilmesi (Yönetmelik m. 6); 2 yıl ve daha aşağı hapis cezası alanların doğrudan bu cezayı açık cezaevinde çekebilmesi (İnfaz K. m. 14/3); hükümlünün cezasının ertelenebilmesi (İnfaz K. m. 17) durumlarında olduğu gibi.

Kimi örneklerde ise kararı temyiz etmenin yol açabileceği bu türden tehlike ve zarar olasılıkları nedeniyle, sanıklar, suçsuz da olsalar her sanık için anayasal bir hak olan (Anayasa m. 36) temyizden vazgeçebilmektedirler. Bazı Yargıtay Ceza Dairelerinde iş yükü/bekleme sürelerine ilişkin sayısal veriler, söz konusu sakıncayı açıkça ortaya koymaktadır:

YARGITAY DA RES	YÜKÜ/ DOSYA /GÜN	BEKLEME SÜRESİ
6. Ceza Dairesi	71.827	598
7. Ceza Dairesi	56.263	593
10. Ceza Dairesi	48.458	548
2. Ceza Dairesi	45.260	165
3. Ceza Dairesi	40.805	335
4. Ceza Dairesi	38.433	248
11. Ceza Dairesi	32.312	274
9. Ceza Dairesi	28.375	200

(Yukarıdaki sayısal verilere göre
Yargıtay'da ortalama bekleme süresi 359 gün olmaktadır.)

11. Silahların Eşitliği

11.1. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkı *silahların eşitliğini* zorunlu kılmaktadır. AİHM'ye göre genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan '*hakkaniyet*'in ilk ve önemli gereği, taraflar arasında '*silahların eşitliği*', diğer bir deyimle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır.²⁵

Amaç, sav ve savunma arasında hakkaniyete uygun, adil bir dengenin gerçekleştirilmesi olunca, silahların eşitliği kavramı, her somut olayda, uyumsuzluğun niteliğine göre farklılık göstermektedir. Örneğin, yargılama işlemleri arasında yer alan kanıt ve karşı kanıtların sunulup tartışılması, ilgilinin yargıç önüne çıkarılma istemi, dava dosyasının özgürce incelenip gerekli görülecek belgeler-

²⁵ AİHM, M.K. Del Court /Belçika; Monnel ve Morris /İngiltere; Ekbatani /İsveç

den örnekler alabilme olanağı, bilirkişi raporlarının yanlara gönderilmesi ve yargılama sürecindeki bir kamusal organdan da gelse, yargıçların kararını etkilemeyi amaçlayan her türlü görüş ve açıklama konusunda bilgilendirilip bunları yanıtlama olanağının taraflara tanınması silahların eşitliği kapsamında değerlendirilen uygulamalardır.

Uygulamamızda bu bağlamda savcıların yürütme organı ile yapısal ilişkisi, idarenin savcılar üzerindeki yetkileri, savcıların yargı içindeki konumu, savcıların cezaların infazındaki fonksiyonu, savcıların atanması, disiplin terfi ve azil konularıyla ilgili sorunları, coğrafi ve işlevsel dağılım kriterleri, savcılar arasındaki hiyerarşik ilişkiler yanında yargılama sürecinde iddia-savunma ya da savcı-avukat yetkilerinde *silahların eşitsizliği* gibi kimi sorunlar henüz çözülememiştir.

AB İlerleme ve İstişari Ziyaret Raporlarında yargılama sırasındaki yargıç- savcı birlikteliğinin sonlandırılması istenmektedir. İddia ile savunma arasındaki ilişkilerde ise *silahların eşitliği* ilkesinin uygulanması gerektiği önerilmektedir. İşte bu düşünce ve değerlendirmelerden hareketle, öncelikle, savcılık makamı ile yargılama makamının sergilediği birlikteliğin sonlandırılması ve yargılama içindeki iddia-savunma, savcı-avukat ilişkilerinin de "*silahların eşitliği*" ilkesi doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Tutuklama uygulamasında, AİHS m. 6/ 3- b'de yer alan "*sanığın bilgilendirilme hakkı*" bağlamında "*gizlilik kararı*"; aynı bendin (d) fıkrasında yer alan "*tanık dinletme ve tanıkları sorgulama hakkı*" bağlamında "*gizli tanıklık*", "*savunma hakkı*", bir bütün olarak silahların eşitliği ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır.

11.2. Gizlilik Kararı

CMK m. 153/2'ye göre, "*Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek*

ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir". Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, "Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanmaz".

TMK m. 10/d düzenlemesinde, CMK m.153/3'de öngörülen istisnaya da yer verilmeyerek bu kısıtlama terör suçları yönünden daha da genişletilmiştir: *"Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir."*

Savunma hakkı kapsamında esas olan, şüphelinin aleyhindeki suçlamaları ve kanıtları bilmesi; bunlara karşı savunmasını hiçbir sınırlama olmaksızın yapabilmesidir. Ancak CMK m. 153/2 uyarınca gizlilik kararı ile yürütülen bir soruşturmada, bu haklar kullanılmadığında sonuç olarak savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır. TMK m. 10/d uyarınca soruşturma aşamasında dosya içeriğinin incelenebilmesi ve örnek alınabilmesi yönünden savunmanın yetkileri tümüyle kısıtlanmış olmaktadır.

Bu düzenlemeye karşın ne AİHS (m. 5, 6), ne de Anayasa (m. 19, 36, 38) kapsamında, terör suçu şüpheli ve sanıklarının haklarının ve savunmanlarının yetkilerinin daha fazla kısıtlanabileceğine dair istisnai bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksine Anayasa (m. 36) *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz"* hükmünü taşımaktadır. Bu nedenle, savunma hakkının kısıtlanmasına yol açan CMK m. 153/2 ve TMK m. 10/d hükümleri Anayasa (m. 2, 13, 19, 36, 38) hükümlerine aykırı olduğu gibi; tutuklamaya sevk edilen/ tutuklanan kişilerin adil yargılanma hakkı kapsamında AİHS (m. 5, 6) düzenlemesine de aykırıdır.

Bu kısıtlama *masumiyet/suçsuzluk karinesi* yönünden olduğu kadar *susma hakkı* yönünden de sorunlu olup hakkındaki suçlama ve aleyhindeki kanıtlar hakkında bilgilendirilmeyen şüphelinin susma hakkını kullanabileceği söylenemez. Bu nedenlerle gerek ifade ile sorgu sırasında, gerekse koruma tedbirlerinin uygulanmasında, dayanak oluşturduğu ileri sürülen delillerin savunma makamı ile mutlak olarak paylaşılması gerekmektedir.

Hemen hemen tüm örgüt suçu kapsamındaki soruşturmalarda istenen “kısıtlama kararı” özel yetkili mahkemelerce doğrudan kabul edilmekte; genel kuralın aksine “kısıtlama” kural, “savunmanın dosyayı inceleme yetkisi” istisna haline gelmektedir. Özellikle sanıkların tutuklu yargılandığı davalarda dosyalara getirilen kısıtlama kararı Anayasanın ve AİHS “*adil yargılanma*” hakkına bu yönden de aykırılık oluşturmaktadır.

AİHM, tutuklama kararı verilen soruşturma dosyalarına, çok ciddi nedenler bulunmaksızın savcıların istemiyle ve savunmana bu konudaki görüşünü açıklama olanağı tanınmadan gizlilik kararları verilmesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmaktadır.²⁶

Tutuklama kararlı dosyalardaki gizliliğin devam etmesi, tutuklamaya itiraz yönünden de sorun oluşturmaktadır. Gözaltı ve tutuklamaya sevk aşamalarında dayanak delilleri, örneğin telefon konuşma kayıtlarını veya silahı ya da aleyhine verilen ifadeyi görme-
yen şüphelinin savunma hakkı kısıtlanmış olmaktadır. AİHM kararlarına göre tutuklama kararının, savunma tarafından incelenebilecek delillere dayandırılması gerekir; soruşturmanın güvenilirliği gerekçesiyle savunma tarafından incelenip görüş bildirilmesine izin verilmeyen deliller, bir tutuklama kararı için dayanak teşkil edemez.²⁷ AİHM'nin bu yaklaşımının diğer koruma tedbiri kararları için de uygulaması gerekmektedir.

²⁶ AİHM, Schöps/Almanya; Mooren/Almanya.

²⁷ AİHM, Lamy/Belçika.

Savunmanın, tutukluluğu ya da tutukluluğun devamını değerlendirebilmesi için dayanak delillere ulaşma olanağına sahip olmaması “silahların eşitliği” ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. AİHM, “şüphelilerin delilleri karartma ihtimalinin önüne geçmek ve soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek maksadıyla toplanan delillerin şüpheli ve müdafinden gizli tutulmasının, savunma hakkının önemli ölçüde kısıtlanması suretiyle gerçekleştirilemeyeceği, bu nedenle tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğunu değerlendirebilmek için önemli bilgi ve belgelere şüphelinin ve müdafinin ulaşmasının sağlanması gerektiğini” vurgulamaktadır.²⁸

Tutuklama amaçlı yakalama (eski adıyla gıyabi tutuklama) tedbirinde de, özel gizlilik olduğu iddiasıyla soruşturma aşamasında, avukata dayanak delillerin gösterilmemesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir.

Aşağıda değinileceği üzere, soruşturma gizli olduğu halde (CMK m. 153/2 olmasa bile), birçok delilin basın-yayın organları aracılığıyla kamuoyuna yansıtıldığı ve tartışıldığı görülmektedir. Şüpheli ve müdafinin elde edemediği bilgi ve delillerin üçüncü kişiler ve özellikle basın-yayın organları tarafından elde edilip kullanılması gerçeği karşısında, dürüst yargılanma hakkı içinde yer alan masumiyet/suçsuzluk karinesi ve savunma hakkı temelden zedelenmektedir.

Avukatların dosyayı inceleme yetkileri gizlilik kararlarıyla kısıtlanırken, gizlilik kapsamındaki delillerin basın ve yayın organlarında günlerce yayınlanması/yayımlanması vahim bir hukuk ihlaldir. Ne var ki bu türden fiilleri işleyenler hakkında gereken adli işlemlerin yapılmasından ve sorumluların cezalandırılmasından geri durulduğu gözlenmektedir.

Soruşturmaların gizli yürütülmesi gerektiği bir gerçektir. Ancak savunma makamına karşı ve özellikle tutukluluk tedbirinin uy-

²⁸ AİHM, Lietzow/Almanya.

gulandığı hallerde verilen gizlilik kararları savunma hakkını kısıtlamakta, şüphelinin de “suçlu” muamelesi görmesine yol açmaktadır. En azından suçlamanın temelini teşkil eden ve karartılma ihtimali ortadan kalkan, özellikle ifade ve sorgularda geçen delil ve bilgilerin basın ve yayın organları yerine, suçlanan şüpheliye ve onun müdafisine gösterilmesi, bunların birer kopyalarının verilmesi veya en azından okutulması yolu tercih edilmelidir. Aksi halde, şüpheliden bilmediği ve görmediği bir delil hakkında beyanda bulunmasını beklemek gibi mantık dışı bir sonuca ulaşılacaktır.

Avukatların soruşturma dosyasını inceleme hakkı keyfi bir biçimde kısıtlanamaz. Gizlilik kararı verilen durumlarda, bu kararın gerekçeli olması zorunludur. Tüm kararlar, sadece hukuki gerekçe değil, esas olarak somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle verilmelidir. TMK'nin uygulandığı hallerde dahi avukatın, şüphelinin ifade tutanağını, bilirkişi raporlarını ve şüphelinin hazır bulunmak hakkına sahip olduğu adli işlemlere ilişkin tutanakları alma hakkı, gizlilik kararı ileri sürülerek engellenemez.

AKBK, Avukatlık Mesleğinin Serbestçe İfa Edilmesine İlişkin Tavsiye Kararı uyarınca da avukatlar “... müvekkillerinin haklarını ve menfaatlerini korurken meslekî standartlara uygun olarak, ilgili bütün dava dosyalarına ulaşma hakkına sahiptirler”. (Kural I/7)

11.3. Gizli Tanıklık

“Gizli tanıklığı” düzenleyen Tanık Koruma Kanunu'nun²⁹ amacı, “ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan ki-

²⁹ Tanık Koruma Kanunu 27.12.2007 tarihinde yasalaşarak, 5.7.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

şilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usulleri düzenlemek”tir (m. 1).

Yasada, koruma tedbirleri, korunacak kişi tarafından yapılacak işlemler, Tanık Koruma Kurulu ile bağlı birimlerin çalışma esas ve yöntemleri, kamu kurum ve kuruluşları ile koruma kararlarının alınmasında ve uygulanmasında görevli personelin uyacakları gizlilik kuralına ilişkin esasların yönetmelikle düzenleneceği hükmü bulunmaktadır.

Düzenlemeye göre *“gizli tanıkların ifadelerinin duruşma sırasında ses ve görüntüleri değiştirilerek alınabilecek; mahkeme bu tanıkları, sanıklar veya avukatları olmadan dinleyebilecek”tir. Bu durumda yargıcın, gizli tanığın ifadesinin sadece kimliğinin ortaya çıkmasını önleyecek bölümlerini, duruşmada bulunma hakkı olanlara “açıklaması” yeterli olacaktır. (m. 9)*

Aynı maddeye göre, duruşma sırasında gizli tanıklara sorulacak soruların, *“tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması”* gerekecek, yargıç, tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soru sorulmasına izin vermeyecektir. Keşif yapılması durumunda da benzeri önlem ve yöntemlere başvurulacaktır.

Gizli tanıkların dinlenmesi için getirilen söz konusu özel yöntemler, *“Savunma hakkını kısıtlayacak şekilde”* uygulanamayacaktır. (m. 9/10)

AİHS’nde *“iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek”* (m. 6/ 3- d) adil yargılanma hakkının kapsamında düzenlenmiştir. Bu konuda devletin negatif yükümlülüğünün yanında, hakkın kullanımını zorlaştıran engelleri kaldırmak anlamında pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Normal koşullarda kanıtların, çelişmeli iddiaların sanığın huzurunda, açık duruşmada sunulması gerekmektedir. Kural bu ol-

makla birlikte, istisnai olarak kuraldan ayrılma halinde, istisnaların da savunma hakkını ihlal etmemesi zorunludur. Bu kapsamda savunma makamına tanığın anlatımına karşı, ya ifade alındığı sırada ya da yargılama aşamasında itiraz imkânı tanınmalıdır. Mahkûmiyet kararının, gizli tanığın ifadesine dayandırılması ve tanığın kimliğinin de savunma hakkına zarar vermeden korunabileceği halde, bundan sapma gösterilmesi ve dolayısıyla tanığa soru sorma olanağının sanığa tanınmaması adil yargılanma hakkının ihlalidir.³⁰

Ulusal hukuk bakımından “tanık” olarak görülse de dinlenen gizli tanıkların anlatımlarının yerel mahkemenin önüne geldiği ve değerlendirmeye esas alındığı hallerde sanığa, aleyhindeki anlatımlara karşı itiraz etme olanağı tanınmalıdır.³¹ Bunun nedeni gizli tanık anlatımlarının sanık ve savunmanın yokluğunda alınması halinde, bu tanıkların beyanlarının kasten uydurulmuş, önyargılı, husumete dayalı veya güvenilirmez özelliklere sahip olduklarının kanıtlanamayacak olmasıdır. Ayrıca bu durumda mahkemede kimlikleri bilinmeyen gizli tanıkların sorular karşısında hal ve tavırlarının gözlemlenmesi ve böylece güvenilirlikleri hakkında izlenim oluşması da önlenmiş olmaktadır.

Yakın geçmişteki uygulama örneklerinde, gizli tanıklığın yasal amacından uzaklaştığı görülmektedir. Temel olarak gizli tanıklığa dayandırılan, soruşturma/ kovuşturma süreçlerinde verilen tutuklama kararları savunmanın kısıtlanması yönünden, silahların eşitliğine ve adil yargılanma hakkına aykırıdır.

Yargıtay’ın, yakın geçmişte gizli tanık ifadelerini mahkûmiyet için yeterli görmeyen kararlarına³² karşın, özellikle “tutuklama” yo-

³⁰ AİHM, Lüdi/İsviçre; Doorson/Hollanda; Visser/Hollanda; Birutis vd/Litvanya; Kostovski/Hollanda

³¹ AİHM, Kostovski/Hollanda, Windisch/Avusturya.

³² Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 3.3.2010 T.

luyla kötüye kullanıma son derece açık olduğu çarpıcı örneklerle anlaşılmış bulunan “gizli tanıklık” kurumunun kaldırılmasının doğru olacağı düşünülmektedir.

11.4. Savunma Hakkı ve Mesleği

Avukatların yasal olarak yargı görevi yapanlar kapsamında ifade edilmesinin temel nedeni, adil yargılanma hakkının temel güvencelerinden olan savunma hakkının en ideal kullanımının savunma mesleğiyle sağlanıyor olmasıdır. Bu kapsamda yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukatların (Av. K. 1) bağımsızlık ve teminatının sağlanması konusunda devletin negatif yükümlülüğü yanında pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır.

AKBK Tavsiye Kararı’na göre,³³ “avukatların, bağımsızlık ve teminat güvencesiyle, herhangi bir neden veya yolla, dolaylı veya dolaysız müdahale, tehdit, baskı, teşvik etki ve sınırlama olmaksızın meslekî görevlerini yerine getirmeleri, adaletin yerine getirilmesi için bir ihtiyaç” olarak kabul edilmelidir. Tavsiye’ye göre hükümetlerin, “barolar veya diğer meslekî avukat birliklerinin, üyelerini uygunsuz sınırlamalara veya haksız ihlallere karşı korumalarına, bağımsızlıklarını savunmalarına saygı göstermeleri” gerekmektedir. Yine avukatlık meslek kuruluşlarının “bir avukatın tutuklanması veya hapsedilmesi halinde savunma yapan avukatların menfaatlerini de korumayı içerir şekilde gerekli faaliyetleri yerine getirmeleri” gerekmektedir.

Uluslararası ve iç hukuktaki ilkelere ve düzenlemelere karşın uygulamada, özellikle özel yetkiyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, avukatların mesleki görevlerini yürütmeleri nedeniyle ve hatta bizzat görev yaptıkları soruşturma ya da davalarla il-

³³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin, Avukatlık Mesleğinin Serbestçe İfa Edilmesine İlişkin Rec (2000) 21 sayılı Tavsiye Kararı.

gili olarak haklarında özel yasal düzenlemelere uymayan (Av K. M. 58) koruma tedbirleri uygulanmaktadır: Avukatların, büroları ve evleri baro temsilcilerinin yokluğunda, avukatlara ilişkin özel yasa hükümlerine aykırı olarak aranmakta (CMK m. 130); gözetilmesine alınma yoluyla ifade alma yasal koşulları olmadan gerçekleştirilmekte (CMK m. 145) ve avukatlar tutuklanmaktadır.

Oysa meslek görevlerini yürüten avukatlar hakkında verilecek tutuklama kararlarının, görev özellikleri nedeniyle, genel gerekliliklerin de üzerinde bir ciddiyet, özen ve duyarlılıkla ele alınması gerekmektedir. Söz konusu uygulamalar, *“avukatın mesleğinin özgürce icrası ile ilgili temel prensipler”* kapsamında, *“avukatın bağımsızlık ve teminatına”*, avukat müvekkil ilişkisindeki *“gizliliğe”*, *“aynı davadaki bütün avukatlar mahkeme tarafından eşit saygıya tabi olması”* gerekliliğine, *“silahların eşitliği”* ne ve *“suçsuzluk karinesi”* ne aykırılık oluşturmaktadır.

Hiçbir biçimde, avukatlar hakkındaki tutuklamayı haklı kıla- cık olgular mevcut değilken, tutuklama nedenlerine ilişkin gerekçe sayılamayacak *“kaçma/delilleri karartma şüphesi”*ne dayalı soyut ibarelerle tutuklama kararları verilmektedir.

Avukatların statü ve meslek faaliyetleri göz önüne alındığında *“kaçma”*ya ilişkin olarak risk faktörü yönünden en nitelikli olasılığın geçerli olması gerekmektedir. Kaldı ki, yukarıda da aktarıldığı üzere, söz konusu uygulamalarda seçenек tedbirlerin niçin uygulanmadığının da bir yanıtı yoktur.

Yine yürütölen soruşturmalarda yaşanan uzun süreç ve gelişen aşama göz önüne alındığında avukatların *“delillerin karartılması şüphesi”*ne ilişkin gerekçeler de son derece yapay kalmaktadır. Hatta kimi tutuklama gerekçeleri arasında *“yargılamayı etkilemeye çalışmak”* yer almaktadır. Yasal savunma görevi kapsamında zorunlu olan bu hususun, tutuklamaya gerekçe yapılması bizzat savunmanın baskı altına alınması anlamı taşımaktadır.

Özel yetkili soruşturma makamları tarafından CMK m. 250'nin şüpheliler açısından güvencesiz ve keyfiliğe olanak tanıyan hükümlerinden yararlanmak için diğer güvenceli meslek emsallerinde olduğu gibi, avukatlarla ilgili olarak da öncelikle “örgütlü suç” nitelmesine gidilmekte; şüphelilerin görevleriyle ilgili “güvence” nitelikli özel yasal düzenlemelerin aşılabilmesi için de suç tümüyle zorlamaya dayalı yorumlarla “kişisel suç” olarak değerlendirilmektedir.

12. Yargı Etiği

Tutuklama tedbirine ilişkin uygulama, “özgürlük ve güvenlik hakkı” ve “adil yargılanma hakkı” bağlamında, yargının bağımsızlığı ile doğrudan ilgilidir. Yargının tarafsızlığının güvencesi olan “yargı bağımsızlığı”, iç hukukumuzda düzenlendiği gibi, uluslararası kaynaklarda yargısal unsurlarla ilgili olarak sözleşme, ilke/ tavsiye kararlarında ele alınmıştır. Bunlar arasında yargıç ve savcılarının meslek etiklerine ilişkin kurallar, yargı bağımsızlığının temelinde yer almaktadır. Nitekim yargı etiğine ilişkin sorunlar, tutuklamada yaşanan uygulama sorunlarıyla doğrudan bağlantılı gözükmektedir.

12.1. Yargıçlar

Tutuklamaya ilişkin yargısal kararlarla ilgili eleştiriler daha çok *yargının tarafsızlığına* odaklanmaktadır. Bu da yargıçların kendilerini bağlı hissetmeleri gerektiren “yargı etiği” konusunu gündeme getirmektedir. Bu etik ilkeler, yargıçların tabi olacakları kuralları belirli kılarak “yargıçlık teminatı” açısından güvence oluştururken, aynı zamanda yargının kamuoyu tarafından demokratik ve etkin olarak denetlenmesini de olanaklı kılmaktadır.

Yargı etiği ve yargı bağımsızlığı konusunda üç temel belge sırasıyla, “BM Yargı Bağımsızlığı İlkeleri (1985)”³⁴, “AKBK Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Tavsiye Kararları (1994)”³⁵ ve “BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri (2003)”³⁶ dir.

Bunlardan en son kabul edilen BM Bangalor “Yargı Etiği İlkeleri” başlıklarla şunlardır: **1) Bağımsızlık İlkesi, 2) Tarafsızlık İlkesi, 3) Doğruluk ve Tutarlılık İlkesi, 4) Dürüstlük İlkesi, 5) Eşitlik İlkesi, 6) Ehliyet ve Liyakat İlkesi.**

Yargıçlara yönelik meslek ahlâkı standartlarını oluşturmak amacıyla kabul edilen bu ilkeler “*tutuklama*” konusunda da (yargının tarafsızlığı ve tutarlılığı ile ilgili olarak) son yıllarda giderek yoğunlaşan tartışmalara ışık tutması yönünden günceldir.

Tutuklama uygulamasında “*bağımsızlık*” ilkesine aykırı olarak yargıçların, dış etkenlerden (kamuoyu, medya, devlet organları, meslek dayanışması vb. etkenler) uzak kalamadıkları gözlenmektedir. Uygulama örnekleri arasında kamuoyu tatmini saikli kararlar, taraflı medya yayınlarıyla paralel kararlar, tutuklamaya itirazların reddi konusunda örtülü açık mutabakatlar/ meslek dayanışması örnekleri, heyet bileşimlerine göre değişen “*standart*” kararlar yer almakta olup bu örnekleri çoğaltmak olanaklıdır.

³⁴ “BM Yargı Bağımsızlığı İlkeleri (1985)”, Genel Kurul’un 13.12.1985 tarih, 40/146 sayılı kararıyla onaylanmıştır.

³⁵ Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı (R-94/12), Komite’nin 13.10.1994 tarihli, 518. toplantısında kabul edilmiştir.

³⁶ Birleşmiş Milletler tarafından 23.Nisan.2003 tarih ve 2003/43 sayılı kararlar kabul edilen “Bangalor Yargı Etiği İlkeleri” HSYK tarafından, 27.6.2006 gün ve 315 sayılı kararlar benimsenmiş ve bu durum Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nün 14.11.2006 gün ve 100289 sayılı yazısı ile hâkim ve savcılara duyurulmak üzere teşkilata bildirilmiştir.

Bağımsızlık ilkesi, yargıçların yasama ve yürütme organlarının etkisinden *fîilen uzak olmakla kalmayıp aynı zamanda öyle görünmelerini de* gerektirmesine karşın, tutuklama uygulaması (özellikle özel yetkili mahkemelerdeki süreçlerde) söz konusu sübjektif ve objektif bağımsızlık ilkesine aykırı izlenimlere yol açmaktadır.

Bu kapsamda adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar, gerçekleştirildiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir. Doğruluk ve tutarlılık ilkesi, yargıçların yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin kamusal inancı kuvvetlendirici nitelikte davranmalarını gerekli kılmaktadır. İlke uyarınca yargıçlar, tarafsız olarak karar veremeyecekleri durumda (sübjektif tarafsızlık) veya makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi yaratması halinde (objektif tarafsızlık), yargılamanın herhangi bir aşamasına katılmaktan çekinmelidirler.

Yargıcın tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenler ileri sürerek davadan "*çekinmesi*" CMK m. 30'da düzenlenmiştir. Ancak uygulamada objektif tarafsızlık konusunda doğan olumsuz durumlarda yargıçlar "*çekinmeyi*" adaletin doğruluk ve tutarlılığı açısından değil, kişisel ya da başkaca nedenlerle uygulamamakta, böylelikle bu önemli kurum işlemez kılınmaktadır.

Eşitlik ilkesi, asıl olarak ayırım yapılmaksızın herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını gerekli kılsa da, tutuklama ya da tutukluluğun devamı kararlarında yasaya uygun objektif ölçütler yerine çifte standartlı uygulamalara gidilmektedir.

Tutuklamada emredici yasal hükümlere ve AİHM kararlarına karşı temel insan hakları ihlallerine yol açan ve giderek daha da derinleşen uygulama sorunları "*ehliyet ve liyakat ilkesi*" ile doğrudan bağlantılıdır. Yargısal uygulamada bir türlü geleneksel davranış kalıplarının ve uygulama alışkanlıklarının aşılammış olmasının nedeni de büyük ölçüde budur.

Toplumdaki bireyler, yargı organları ve unsurları açısından "*hukuk ve adalet*" karşısındaki duyarlılık, dünden bugüne giderek

azalmıştır. Kurallar görmezden gelinmekte, adaletin ve hakkın muhatabının insan olduğu ne yazık ki unutulmaktadır.

12.2. Savcılar

BM Savcılarının Rolüne Dair Yönerge uyarınca; *“savcılar, ulusal hukuka uygun olarak ve sanıkların ve mağdurların haklarına bütünüyle saygı gösterirler, devletlerin, tutuklamanın aşırı kullanılmasından ve ayrıca hapisliğin olumsuz sonuçlarından kaçınmak için değişik usulleri kabul etme imkânını araştırırlar.”* Aynı Yönerge’ye göre: *“Savcılar, kamu yararını korurlar, objektif bir biçimde hareket ederler, zanlının ve mağdurun durumunu gereği gibi dikkate alırlar ve zanlının yararına veya zararına olup olmadığına bakmaksızın ilgili her türlü duruma dikkat ederler...”* (m. 13/b).

Maddede ele alınış biçimiyle savcıların *“kamu yararını koruma, objektif olma ve yansızlık yükümlülükleri”,* iç hukukumuzda da adil yargılanma ilkeleri” kapsamında düzenlenmiş ilkelerdir. Çünkü yargılama süreci, kamu yararı olarak *“gerçeği ortaya çıkarmaya”* yönelmiş bir süreçtir: *“Cumhuriyet Savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür”* (CMK m. 160/2).

Savcıların, insanların çok daha az güvenceye sahip oldukları soruşturma sürecinde, bu yükümlülükleri, kovuşturmayla göre çok daha önemlidir ve kendilerinden hak ihlallerine yol açmalarını beklenmesine karşın uygulamada aksi örnekler yaşanmaktadır.

Ceza soruşturmalarının kolluğa verilecek emir ve talimatlarla savcılar tarafından yönetilmesi gerekirken (CMK m. 164/2), aksine kolluk yönlendirmeleriyle yürütüldüğü gözlenmektedir. Böylelikle koruma tedbirlerine ve tutuklamaya karar verilen soruşturma süreci, dış etkilere açık hale gelmektedir.

CMK m. 160/2'nin emredici hükmüne karşın savcıların şüpheli lehine delilleri de toplamaları bir yana, soruşturmalar, savunma hakkı kapsamında silahların eşitliğine aykırı olarak (kısıtlama kararı, gizli tanık vd.) yürütülmektedir. Nitekim uygulama içerisinde iddianamelerde bu yükümlülüğün yerine getirilmiş olduğunu gösteren bir irdelemeye rastlamak olanaklı değildir.

Yukarıdaki Tavsiye'ye göre "*savcıların tutuklamanın aşırı kullanılmasından kaçınmaları ve seçenek tedbirleri kabul etmeleri*" bir yana, -Raporun ilgili bölümlerinde aktarıldığı üzere- tutuklamaya ilişkin istemlerde ve gerekçelendirmede, seçenek tedbirlerin uygulanmasında, tutukluluğun incelenmesi ve devamına ilişkin aşamalarda, savcılar, tutuklamayı peşin ceza olarak gören anlayışla davranmaktadırlar. Bu tutum sonucunda yargılama süreci daha soruşturma aşamasında başta suçsuzluk karinesi olmak üzere bir dizi insan hakkı ihlaliyle yürümeye başlamaktadır.

CMK m. 109 uyarınca, tutuklama nedenlerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, şüphelinin tutuklanması yerine "*adli kontrol*" altına alınması olanaklı olmasına; ayrıca hakkında tutuklama kararı verilmiş olan şüphelinin veya C. Savcısının istemi üzerine tutuklamanın adli kontrol tedbirine dönüştürülmesine olanak sağlanmış olmasına karşın savcılar bu olanakları kullanmamaktadırlar.

Gereksizce uzun süren soruşturma süreçlerinin ardından ilk duruşmada verilen tahliye kararları peşin cezalandırmanın somut örnekleridir. Suçsuzluk karinesine tümüyle aykırı olarak gerçekleşen bu türden uygulamalar sonucunda cezaevinde gerçekleşen "*intihar*" eylemleri; intihar akabinde düzenlenen iddianame örnekleri, bu türden hukuki ayıplı uygulamaların gayri insani sonuçlarını en acı bir biçimde gözler önüne sermektedir.

Günümüzde özel yetkili savcılık kurumu, genel olarak ceza yargılamasında olduğu gibi özel olarak "*tutukluluk*" uygulamasında da ayrı bir fenomen halini almıştır. Yakın geçmişte yaşanan olay-

lar, CMK m. 250 ile yetkili savcılar tarafından yürütülen soruşturmalarda tutuklamanın, bir “tedbir” olmasının ve hatta “peşin ceza” uygulamasının ötesinde, siyasi müdahale ve hatta kişisel saiklerle kullanıldığı izlenimini vermektedir.

Aslolanın hızlı soruşturma ve tutuksuz yargılama olmasına karşın, ağırlıklı olarak özel yetkili savcılıklar eliyle yürütülen soruşturma süreçlerinde, “maddi gerçeğin araştırılması” bir yana gerçeğin ortaya çıkmasını zorlaştıracak ve geciktirecek “tercih edilmiş” belirsizlikler ve “usul karmaşasına dayalı yöntemler” haklı yakınmalara neden olmakta, bu yolla haksız tutuklulukların ilaveten uzamasına ve ağır mağduriyetlere neden olunmaktadır.

Şüpheli/ sanıkların yasal koşullara uygun olmayan tutukluluklarının uzaması için, usul hükümlerinin son derece yapay gerekçelerle zorlanması ve dolayısıyla tutuklamaya itiraz yolunun kullanılamaz hale getirilmesi *hatalı* olmanın da ötesinde bu türden uygulamaları *ayıplı* kılmaktadır.

13. Özel Yetkili Mahkemeler

CMK m. 250 ile yetkilendirilmiş ağır ceza mahkemeleri kurullarından bu yana, özellikle de son zamanlardaki “tutuklama” pratikleri konusunda son derece olumsuz bir tablo çizmektedirler. Yukarıda aktarılan hemen her sorun alanında özel yetkiyle sürdürülen yargılama süreçleri en olumsuz örnekleri oluşturmaktadır.

Bu süreçlerde tutuklama uygulaması, en başta, yukarıda değinilen yargı etiği kapsamında sübjektif ve objektif bağımsızlık/ tarafsızlık yönünden son derece olumsuz bir görünümündedir. Öte yandan bu mahkemelerin tutuklama tedbirine böylesine kolay ve sık başvurmaları, genel mahkemeleri de hak ve özgürlükler konusundaki duyarlılık açısından “olumsuz örnek” olarak etkilemektedir.

Bu kapsamda yürütülen soruşturma ve kovuşturma süreçlerindeki tutuklama uygulaması en başta savunma hakkı ve silahla-

rın eşitliği yönünden (kısıtlama kararı, gizli tanık vd.) sorunludur. Suçsuzluk karinesi ve adil yargılanma hakkı kapsamında savunma hakkının kullanımını engelleyen özel yargılama usulleri, insan hakları ve hukukun üstünlüğü prensipleri ile bağdaşmamaktadır.

Yine bu kapsamda yürütülen soruşturmalarda, *suç nitelemesi* yasal olmasa da *fiilen* özel yetkili savcıların tekelindedir. Soruşturmaların, emredici hükümlerin aksine, çoğunlukla savcı yerine kolluk inisiyatifıyla yürütüldüğü düşünüldüğünde, bu tekel fiilen korumaya tedbirlerini ve tutuklamaya karar verilen soruşturma sürecini, dış etkilere açık hale getirmektedir.

Bu fiili yetki, şüpheliler açısından düzenlemenin güvencesiz olan ve keyfiliğe olanak tanıyan hükümlerinden (CMK m. 251) yararlanmak amacıyla kullanılmaktadır. Bu amaçla “örgüt”, “cebir ve tehdit” ve “tanımlı suçlar” yönünden çoğu zaman zorlama yorumlarla suç (CMK m. 250) kapsamında değerlendirilmektedir. Bu türden suçlamalara dayalı yargısal süreçlerin önemli bir kısmının beraatla sonuçlandığı, bir kısmında ise suç vasfının değişerek örgütlü suç kapsamından çıkarılarak ceza verildiği göz önüne alındığında, zorlamaların yol açtığı adaletsizlik açıktır.

CMK m. 250-252 deki özel yargılama usulleri insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ile bağdaşmamakta, düzenlemelerin dışında, bu mahkemelerce de yapılan uygulamalarda genel ceza muhakemesi normlarına ve özel usullere de aykırılıklar bulunmaktadır. Bunlara birkaç örnek vermek gerekirse; CMK m. 98 koşullarına uygun bulunmayan yakalama emirleri verilmekte; arama ve el koyma tedbirlerine ilişkin koşullara uyulmamakta; bilgisayarlar, bilgisayar kütüklerinde yapılan aramalarda, her aramada kopya çıkarılarak ilgililere verilmemekte; haklarında adli kontrol kararı verilenler daha sonra tutuklanabilmekte; tutuklamalar koşulları bulunmasa varlıklarını sürdürmekte; özel yargılama usulünün uygulanmasına ilişkin kişi yönünden sınırlamalara uyulmamaktadır. Bunlara benzer aykırılıkları çoğaltmak mümkündür.

14. Tazminat ve Rücu

Bir hukuk devletinde ceza yargılamasında usul kuralları adil yargılanma hakkının temel güvencesidir. Bu kurallara uygun olmayan keyfi kararlarla kamu görevlileri tarafından hak ihlallerine yol açılmasının, kendileri açısından hukuki ve cezai sorumluluk gerektireceğinin bilinmesi ve beklenmesi gerekmektedir.

CMK m. 141 ve devamında yer alan koruma tedbirlerine aykırılık halinde tazminat konusundaki düzenlemelere ve CMK m. 143/2'de yer alan "*Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyile ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder*" hükmüne karşın, düzenleme kapsamında hâkim ve savcılar hakkında örnek bir rücu kararı bulunmamaktadır. Bu da tutuklamada keyfiliğin önüne geçilmesini engelleyen anlayışlara ortam hazırlamaktadır. Öte yandan "*rücu*" düzenlemesine karşın, teftiş endişelerinin ve yaşanan örneklerin tutuklayan değil, serbest bırakan yargıcın sorun yaşayacağı algısını destekliyor olması da son derece düşündürücüdür. Hukuk devletinde hâkimler ve savcılar dâhil hiç kimse, hukuka aykırı ve keyfi işlem ve kararlarından sorumsuz değildir ve olmamalıdır.

Bu kapsamda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin (8.6.2010 Tarih, 2009/16 E, 2010/11 K. sayılı) kararı emsal niteliğindedir. Daire, ilk derece mahkemesi olarak gördüğü bu davada (Mehmet Haberal Davası) "*yargıçların hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat istemi*"ni CMK 141 ila 144. maddelerinin HUMK 573 ve devamı maddelerindeki sorumluluk kuralını ortadan kaldırıp kaldırmadığını tartışmış; bu konunun 25.3.1931 günlü 19/25 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözüldüğünü; kanun hükmündeki bu kararın kaldırılmadığı için yürürlükte olduğunu kabul etmiştir. Böylece hem görev sorunu (görevli mahkeme Yargıtay 4. Hukuk Dairesi) hem de yargıca yönelik tazminat sonucunda uygulanacak yasa kuralları sorunu çözmüştür. Görevli Daire, yargıcın, Anayasa'nın 46/3. maddesi uyarınca yargısal işlemleri nedeniyle uğradığı zararın tazmini gere-

keceğini kabul ederek; Anayasa'nın 38. Maddesinde yar alan "masumiyet karinesi"ni ihlal eden tutukluluk nedeniyle tazminatın gerekliliğini belirtmiştir.

Mahkeme kararında AİHM'nin çeşitli kararlarını da değerlendirmiş ve AİHS'nin 2, 5 ve 6. maddelerinin de Anayasa'nın 90/4 maddesi uyarınca uygulanması gerektiğini öngörmüştür. Gerekçe de sonuç olarak "ceza yargılamasının tutuksuz yapılması asıldır. Koruma tedbiri anlamında ise, istisnai bir nitelik taşımaktadır. İstisnanın kural haline dönüştürülmesi, masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır." dedikten sonra "dava konusu tutukluluğun devamına ilişkin karar ile davacının yaşam hakkının tehlikeye düşürüldüğü; koruma tedbiri ile öngörülen amaç dışında sonuçlar meydana geldiği; eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı ve yeterli gerekçe de gösterilmediği, masumiyet karinesinin göz ardı edildiği, bu durumda yoruma ihtiyacı göstermeyecek derecede açık ve kesin olan kanun hükmüne aykırı olduğu ve ağır kusur oluşturduğu; HUMK'nun 573/2. maddesi uyarınca ... sorumluluk gerektirdiği kanaatine varıldığını" kabul etmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin örnek niteliğindeki bu kararı temyiz mercii olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na onandığı öğrenilmiş, ancak Rapor'un baskıya verildiği güne kadar bu karar metnine ulaşamamıştır.³⁷

15. Medya

Hâkimlerin bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı ilkesi kapsamında yalnızca yasama ve yürütmeye karşı değil, aynı zamanda yargılama organına, basına (medyaya) ve kamuoyu baskısına karşı da güvence altına alınmıştır.

AİHS (m. 6) uyarınca, mahkemelerin bağımsız ve tarafsızlığı, adil yargılanma hakkının temel unsurlarındandır. Anayasa'ya göre

³⁷ AİHM, Kalay/ Türkiye; Özden Bilgin/ Türkiye; Tamcan/ Türkiye.

de, “yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (m. 9)”; “hâkimler, görevlerinde bağımsız olup Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler (m. 138/1)” ve “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz (m. 138/2)”.

Bağımsızlığın ve tarafsızlığın basına karşı korunmasına ilişkin hükümler, Anayasa’da “basın hürriyetinin, yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak için sınırlanabileceği (m. 28/6)”; Basın Kanunu’nda “ceza kovuşturmasının başlamasıyla hüküm, kesinleşinceye kadar hâkim ve mahkemenin hüküm, karar ve işlemleri hakkında mütalaa yayınlamak yasaktır (m.30/2)” şeklinde yer almaktadır.

Basının bu sorumluluğu yukarıda değinilen masumiyet/suçsuzluk karinesi açısından da son derece önemli bir sorumluluktur. (AİHS m. 6/2, AY m. 36, 38/4) Karine, suçluluğu kesinleşmiş bir yargı kararıyla henüz belirlenmemiş olan bir kimsenin suçlu gibi kabulüne/ sunulmasına engeldir.

Mahkemeleri etkilemek amacıyla, medyaya ve onun yayınılarından kolayca etkilenebilen kamuoyuna, şüpheli ya da sanığın suçluluğuna dair bilgilerin aktarılması AİHS m. 6’ya aykırılık oluşturmaktadır.

Yargının diğer işlem ve kararlarında olduğu gibi bir tedbir olarak uygulanması gereken “tutuklama” konusunda da bu sınırlamalara uygulamada hiçbir zaman uyulmamaktadır.

Uygulamada yayınlarla, tutuklamanın bir tedbir olarak uygulanması değil, peşin cezalandırma olarak uygulanması teşvik ve destek görmekte; tutuklama kurumunda yukarıda aktarılan tüm çarpıklıklara karşın, tutuklama kararları alkışlanırken tahliye kararları en ağır biçimde eleştirilmekte ve bu yolla yargı kararları yönlendirmeye çalışılmaktadır.

Uygulamada, gizlilik kararına konu soruşturma işlemleri dahi, koruma tedbirleri uygulamasının hemen ardından ve hatta uygulamadan önce servis edildikleri medya organlarında yer almaktadır. Eldeki gizli belge ve bilgilerin medyaya dağıtılması/ dağıtıtılması yoluyla soruşturmanın gizliliği ihlal edilirken, yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına, suçsuzluk karinesine ilişkin yasal yasaklar çiğnenmektedir.

AİHM, şüphelinin, polis ve basın mensupları tarafından daha soruşturma aşamasında suçlu gibi gösterilmesini suçsuzluk karinesine aykırı bulmaktadır. Mahkeme, kamu görevlileri ve basın mensuplarının, sanığın yargılanması ve hüküm öncesi beyanlarında, kullanacakları sözlere dikkat etmeleri gerektiği görüşündedir.³⁸

Son derece yaygın ve açıkça sürdürülen bu aykırılıklara karşın, bunların ait oldukları adli süreçlerdeki sorumlularına ilişkin bir yaptırıma rastlanmadığı gibi, bu doğrultuda ciddi bir girişim de gözlenmemektedir.

16. Tutuklunun Sağlık Durumu

Devlet doğal olarak, gözetimi altındaki tutukluların yaşamlarının ve sağlıklarının korunmasıyla yükümlü olup tutukluluk koşulları insanlık onuruna uygun olmalıdır.³⁹ Tutukluluğun veya tutukevi koşullarının, kişilerin sağlıklarının bozulmasına yol açmaması gerekmektedir. Devletin bu yükümlülüğe uymaması, tutukluluğun birey açısından yol açtığı kaçınılmaz zorlukların, makul/ anlaşılabilir ölçülerin dışında gerçekleşmesi halinde bu durum, AİHS'nin işkence ve kötü muameleyi yasaklayan 3. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

³⁸ AİHM, Borovsky/Slovakya.

³⁹ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun, m. 27, 78-82,116; Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük m. 111-117, 119-121.

Hasta bir insanın tutukluluğunun insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele olup olmadığını incelerken AİHM, **a)** Tutuklunun sağlık durumunu, **b)** Tutukluluk sırasında gösterilen bakım ve tedavinin yeterli olup olmadığını, **c)** Sağlık durumu göz önünde bulundurulduğunda, tutukluluk durumunun devamının doğru olup olmayacağını, **d)** Hastanın durumundaki kötüleşmesi olasılığını göz önüne almaktadır.

Tutuklu, hastalığı nedeniyle serbest bırakılmıyorsa, o zaman AİHM, devletin yeterli tedavi ve destek verip vermediğini, tutuklu hastanın tedavisine ilişkin kayıtların düzgün tutulup tutulmadığını incelemektedir.⁴⁰ AİHM'nin incelediği noktalardan biri de, böylesine ağır hastalıkları bulunan bir kişinin neden teminatla tahliye edilmediğidir. Yaşlı, hasta insanların uzun süre tutuklu kalması da, tek başına ihlal nedeni olabilmektedir.⁴¹

Uygulamada, bir yandan tutuklama tedbiri uygulamasından kaynaklanan insan hakkı ihlallerinin, öte yandan devlet gözetimi altındaki tutukluların yaşamlarının ve sağlıklarının korunması yükümlülüğü konusundaki kayıtsızlıkların, ciddi sağlık ve yaşam sorunlarına yol açtığı gözlenmektedir. Yaşanan ağır travma sonucunda intihar vakalarına uzanan olayların "olağan" görülmesi olanaklıdır.

17. Yakalama ve Sevk/ Yol Tutuklaması

Yasal düzenleme uyarınca *kaçak* olan şüpheli/ sanıklar hakkında düzenlenebilecek "yakalama emri"; *soruşturma evresinde* savcının istemi üzerine sulh ceza yargıcı tarafından (CMK m. 98/1); kovuşturma evresinde ise re'sen veya savcının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir (CMK m. 98/3). Hakkında yakala-

⁴⁰ AİHM, Aleksanyan/Rusya.

⁴¹ AİHM, Farbtuhs/Litvanya.

ma emri düzenlenebilecek “kaçak” ise yasada şöyle tanımlanmaktadır: *Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir*” (CMK m. 247/1).

Yasada “yakalama” ve “tutuklama” birer koruma tedbiri olarak yasada ayrı amaç ve kayıtlarla düzenlenmiş olup, bu tedbirlerin birbirleri yerine ikamesine hiçbir biçimde olanak bulunmamaktadır. Buna karşın geçtiğimiz günlerde özel yetki ile yürütülen bir kovuşturmadaki tensip kararında çok sayıda sanık hakkında CMK m. 98/3 kapsamında verilen “yakalama” kararı, birçok yönden haklı eleştirilere konu olmuş, TBB Başkanlığının basın açıklamasında da ele alınarak değerlendirilmiştir.⁴² Karar, kimi değerlendirmelerde “rutin (!) uygulama” olarak sunulsa da, bu uygulama tutuklama uygulamasında son derece tehlikeli özellikler taşımaktadır.

Öncelikle, fiilen “kaçak” olmayan bir kişinin, katalog suç kapsamında “kaçak varsayılması” yakalama tedbirine ilişkin yukarıda aktarılan yasal düzenlemeye uygun değildir. Yakalama kararı, kendisine mahkeme tarafından ulaşılabilir olan ve hiçbir durumda “kaçak” sayılamayacak kişiler hakkında uygulanamaz.

Bundan da öte soruşturma evrelerinde verilen “salıverilme” ya da “itiraz sonucu tahliye” kararları ve bunlara dayanak gerekçeler, bundan sonraki süreç/ evre açısından şüphelilerin özgürlüğünün korunması lehine yorumlanması gereken yargısal kanıtlardır. Tüm bunlara karşın, zaten etkinliği son derece tartışmalı “tutukluğun incelenmesi” ve “tutukluğa itiraz” yolları, bir de bu türden “zorlama”ya dayalı uygulamalarla tümüyle etkisiz kılınmış olacaktır.

Uygulamanın erken bir sakıncası, aşağıda ayrıca değinileceği üzere, başka yargı çevresinde bulunup hakkında haksız “yakalama” kararı verilen şüpheli/ sanığın, CMK m. 94 uyarınca, “yol/ sevk tu-

⁴² <http://www.barobirlik.org.tr/haberler/?sayfa=1>.

tutulması” ile karşı karşıya kalacak olmasıdır. Bunun dışında haksız yakalamaya kararı veren mahkeme tarafından verilmesi çok olası bir haksız tutuklama kararı ve uzak duruşma günü (somut olay örneğinde bu süre 5 aydır) ihlal zincirinin devam eden halkası olacaktır.

AİHM bakımından sorun oluşturacak bir başka olumsuz uygulama, yakalanan kişinin mahkemeye götürülmesi ile ilgili “*sevk tutuklaması*” ya da “*yol tutuklaması*” denilen, 5353 sayılı Kanun’la değişik m. 94 uygulamasından kaynaklanmaktadır: Bilindiği üzere CMK sisteminde, “*şüpheli veya hükümlülerin geri verilmesi*” ile ilgili uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülük dışında, gıyabi tutuklamaya yer verilmemiştir. Kararı veren hâkim veya mahkeme bir başka şehirde ise, kişinin önüne getirildiği en yakın yer hâkimi tarafından kimlik tespitinden sonra, (yerine getirilen yakalama emrindeki soruların yanıtlanmasının ardından serbest bırakılması istenmiyorsa) “*sevk tutuklaması*” kararı verilmektedir. Bu kararı veren hâkimin, kişinin tutukevine götürülmeksizin esas mahkemenin bulunduğu şehre götürme emrini kararında yazması halinde sorun çözülecek olsa da; çoğu zaman personel ve araç sıkıntısı nedeniyle bu yapılmadığından kişi, uzun süre “*sevk tutuklaması kararı*” verilen şehirde fiilen tutulmaktadır.

Oysa AİHS m. 5/3 uyarınca: “*Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Saltverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.*” Düzenlemede sözü edilen “*adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir hâkim veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli*”nin, yakalanan kişiyi tutuklamaya veya serbest bırakmaya yetkili ve yargıç güvencelerine sahip bir kişi olması gerekmektedir.⁴³

⁴³ AİHM, Assenov/Bulgaristan.

Oysa değişik CMK m. 94 uyarınca: “*Sevk tutuklaması*” kararı veren yargıcın, AİHS m. 5/3 kapsamında “*adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir hâkim veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli*” sayılması olanaklı değildir:

Sevk tutuklaması kararı veren yargıcın görevi, yakalanıp önüne getirilen kişinin, yakalama emrinde belirtilen olup olmadığını araştırmaktan ibarettir. Kimlik tespitinin kişiyi doğruladığının anlaşılması halinde (bu emri düzenleyen yargıç tarafından işlemden sonra serbest bırakılmanın açıkça istenmesi hali hariç), işlemi yerine getiren en yakın yer yargıcının vereceği tek karar; bu kişinin bekletilmeden yakalama emrini veren mercie derhal götürülmesine ilişkin “*sevk tutuklaması kararı*” olacaktır.

Uygulamada eleman ve araç sorunları nedeniyle yakalama emri çıkaran hâkim tarafından dinlenip salıverilecek pek çok kimse yasaya aykırı olarak günlerce, hatta haftalarca çıkarıldığı hâkimin bulunduğu yerdeki tutukevine kabul edilip orada kalmaktadır. Bu karara karşı yapılacak itirazın ise, halen yakalananın kimliği ile ilgili hata dışında bir sonuç vermesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle bu kişileri asıl hâkimine hemen sevk etmemeyi, yeni bir itiraz nedeni olarak düzenlemek gerekmektedir.

Özellikle büyük şehirlerdeki personel ve nakil aracı sıkıntısı nedeniyle bu kişilerin, yakalama emrini veren hâkime derhal götürülmemeleri halinde, yakalama emrini veren hâkimle “*sevk tutuklaması kararı*” veren hâkimin hemen temasa geçerek, silahların eşitliği kuralına da uyararak “*telekonferans*” sistemiyle istinabe görevini yerine getirip kişilerin sevk tutuklamasından doğabilecek mağduriyetlerinin ve AİHS m. 5 ihlalinin önüne geçilmesi yerinde olacaktır.

18. SONUÇ

Tutuklama uygulamasında yaşanan büyük sorunların nedenleri yasal düzenlemelerden çok uygulayıcılardan kaynaklanmaktadır. Uygulayıcıların Anayasa, AİHS ve CMK'ya uygun davranmaları durumunda, yaşamakta olan sorunlar tümüyle ortadan kalkmasa da, en aza indirilebilecektir.

Yaşanan olayların, teftiş endişeleri ile tutuklayan değil, serbest bırakan yargıcın sorun yaşayacağı algısını destekliyor olması düşündürücüdür. Koruma tedbirlerine aykırılık halinde devletin tazminat ödemesine yol açan kamu görevlilerine rücu etmesini düzenleyen ve uygulanmayan yasa hükmü (CMK m. 141, 143/2) mutlaka uygulamaya geçirilmelidir.

Yasal altyapının tüm olanaklarına ve hatta emredici hükümlerin varlığına karşın, özellikle CMK m. 100/3'te düzenlenen "*katalog suçlar*" yönünden uygulamaya, tutuklamanın "*seçimliği*" değil, "*zorunluluğu*" anlayışı egemendir. Uygulamada bütün tutuklama kararlarında şüphe koşulu ile birlikte risk koşulu da aranmasının sağlanabilmesi için, katalog suçlar düzenlemeden çıkarılmalı; öncelikle adli kontrol önlemlerinin uygulanması yükümlülüğü getirilmeli; bunların yeterli olmayacağına düşünüldüğü durumlarda, tutuklama zorunluluğu gerektiren nedenlerin varlığı ya da devam ettiğine ilişkin gerekçelerinin açıklanması zorunlu kılınmalıdır.

Ancak CMK m. 100/1'de düzenlenen ölçülülük konusundaki emredici hükme, adli kontrole ilişkin CMK m. 109'daki yasal düzenlemeye ve AİHM kararlarına karşın, uygulamada tutuklama yerine adli kontrol kararı verildiğine nadiren rastlanmakta, çok büyük çoğunlukla adli kontrol koşullarının bulunmasına karşın şüphelinin tutuklanmasına karar verilmekte ve yine tutuklamanın adli kontrole dönüştürülmesi istemleri reddedilmektedir. Oysa adli kontrol uygulamasının daraltılarak uygulanması değil, aksine CMK m. 109

düzenlemesinde adli kontrol için getirilmiş “*üç yıl sınırlaması*”nın kaldırılması ve bu yolla seçenek tedbirlerin uygulama alanı genişletilmesi gerekmektedir.

Tutukluluğun resen ve itiraz yoluyla incelenmesi, AİHS m. 5/4 kapsamında davalıların tutukluluk halinin yasallığına karşı çıkma imkânı sağlayan etkili bir itiraz olanağı sunmamaktadır. Yasal düzenleme yoluyla, incelemenin dosya üzerinden yapılması yerine, ceğişmeli ve açık duruşma yoluyla yapılması sağlanmalıdır.

Yine tutukluk kararı içeren dosyanın temyiz incelemesi evresinde, tutukluluğun gözden geçirilmesine ilişkin CMK m. 108/1 düzenlemesinde varolan yasal boşluk giderilmelidir.

CMK m. 102, 252/2, 250/1- c kapsamında “*tutuklulukta azami süre*”ye ilişkin düzenlemeler, tutuklamanın “*istisnai/son çare*” özelliğine, “*suçsuzluk karinesi*” ilkesine “*makul sürede salıverilme hakkına*” uygun olarak yeniden düzenlenerek madde yorumunda ortaya çıkan farklılıklara ve bu sürenin “*mutlak olarak tüketilmesi gereken süre*” olarak kabul edilmesi uygulamasına son verilmelidir. Bu yapılırken yasada, azami süreler dolmadan tutukluluk süresinin uzunluğunu değerlendirebilmek için bir ölçüt bulunmadığından, CMK m. 102’ye bir ek yapılarak, tutukluluğun makul süreyi aşamayacağı belirtilmelidir.

CMK m. 250 ile yetkilendirilmiş ağır ceza mahkemeleri kurulduklarından bu yana, özellikle son zamanlarda giderek yoğunlaşan “*tutuklama*” konusundaki uygulamalarıyla birçok ağır insan hakkı ihlaline yol açmaktadırlar. Raporla aktarılan hemen her sorunda özel yetkiyle sürdürülen yargılama süreçleri en olumsuz örnekleri oluşturmaktadır. Özel Yetkili Mahkemeler’in “*tutuklama önlemine*” böylesine kolay ve sık başvurmaları, tüm Türkiye’deki yar-

gılama makamlarını kişi hak ve özgürlükleri açısından “*olumsuz örnek*” olarak etkilemektedir.

Demokratik devletin gerekleri ve insan hakları alanında yaşanan çarpıcı olumsuz örnekler, kaldırılan Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ad değişikliğinden öte başkaca yapısal farklılık göstermeyen, hatta güncel uygulamalarıyla onları da aşan “*olağanüstü mahkeme*” özelliğindeki CMK m. 250 ile özel yetkili mahkemelerin kaldırılmasını zorunlu kılmaktadır.

