

## TUTUKLAMA TEDBİRİNDE ORANTILILIK İLKESİ

Meltem NİZAMOĞLU (\*)

Koruma tedbirleri arasında en önemlisi sayılan tutuklama; sanığın, olası mahkumiyet durumu karşısında kaçmasını, ceza yargılamasına müdahale etmesini önlemesine yönelik, geçici bir tedbirdir. (1)

Masumiyet karinesine rağmen, hükümden önce verilen bir kararla kişi özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasına yol açan bu tedbirin ne amaçla kullanıldığı büyük önem taşır. Tutuklama tedbirinin amaçları ile kişi özgürlüğü hakkı arasındaki denge, bu tedbirin meşruiyetini belirler. Bir başka deyişle, tutuklama işlemi ile elde edilmesi beklenen yarar ve kişi özgürlüğü hakkı arasında bu işleme başvurulduğu için doğabilecek tehlike arasında makul bir oranın bulunması oransızlığın doğduğu durumlarda işlemin yapılması gerekmektedir. Bu duruma, "orantılılık" ilkesi denmektedir (2).

Orantılılık ilkesinin en önemli özelliği, hakimi tutuklama kurumunun kullanılmasını gerektiren bir nedenin varlığı halinde bile, bunun yerine uygulanabilecek ve kişi özgürlüğü açısından daha az mağdur edici bir başka tedbirin olup olmadığını araştırmaya sevk etmesidir. Nitekim kaynak Alman CMUK'da, "işin önemi ve hük-

(\*) Nevşehir Hakimi

(1) Prof. Dr. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İst., 1989, Sh. 614, Nur Cantel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İst. 1992, Sh.4.

(2) Yard. Doç. Dr. Bahri Öztürk, Tutuklama Sebepleri, Manisa Barosu Dergisi, 1988, Sayı: 24, sh. 5).

medilecek ceza veya emniyet tedbiri ile oranlı değilse, tutuklama kararı verilemez” (3) ifadesi ile anlatılmak istenen orantılılık ilkesidir. 3842 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile kanunumuzun orantılılık ilkesini kabul ettiğini ve özgürlüğün kısıtlanabilmesi için tutuklamanın uygun ve orantılı bir tedbir olarak uygulanmasını hükme bağladığını görmekteyiz (4).

Gerçekten CMUK. m. 104’ün son fıkrasında soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında, tutuklama haksızlığa yol açabilecekse, veya tutuklama yerine uygulanabilecek başka bir önlemler aynı amaca ulaşılabilecekse tutuklamaya başvurulamayacağı hükmü kanunumuzun orantılılık ilkesini kabul ettiğini göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de içtihatlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesine dayanarak kişi hak ve özgürlüklerine getirilecek sınırlamaların, durumun gerektirdiği ölçüye uygun sınırlamalarla güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını aramıştır (5). Burada “ölçülülük ilkesi” ile ifade edilen “orantılılık ilkesidir”.

Tutuklama kararı sanığın, ileride verilmesi muhtemel mahkumiyet hükmünden veya yargılamadan kaçmasını, delilleri karartmasını, öldürülmesini engellemek gibi amaçlarla verilebilir. Başka bir ifadeyle bu kurumun amaçları, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütmesini, yargılama sonunda verilen hükmün uygulanabilirliğini ve maddi gerçeğin bulunmasını sağlamak olarak ifade edilebilir (6).

(3) Yard. Doç. Dr. Bahri Öztürk, a.g.m., Sh: 6.

(4) Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoglu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Mat. 1-257, Ank., 1995, Sh: 640.

(5) Div. K., Lawless - İrlanda, Aktaran Yard. Doç. Dr. Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa İchtihatları, İst. 1996, Sh: 11-12.

(6) Prof. Dr. Nurullah Kunter, a.g.e. Sh: 614, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Prof. Dr. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 2. Cilt, İst., 1986, Sh: 604-609.

Sanığın hangi hallerde tutuklanabileceği Anayasa m. 19'da, CMUK. m. 104'de, AİHS. m. 5'de sayılmıştır. Teknik bir ifadeyle kişi sayılan tutuklama nedenlerinden hangisine dayanılarak tutuklanıyorsa, tutuklama kurumunun amacı bu nedeni yaratan durumun engellenmesine yönelik olacaktır. Örneğin; sanığın kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması nedeniyle tutuklanmasında tutuklamanın amacı, sanığın kaçmasını önlemektir. Acaba, sanığın kaçmasını önlemenin tek yolu sanığı tutuklamak mıdır? Az önce de belirtildiği gibi "orantılılık ilkesi" gereğince tutuklama önleminin uygulanmasını gerektiren bir nedenin varlığı halinde, bu önlem yerine uygulanabilecek ve kişiyi daha az mağdur edecek başka bir önlemin olup olmadığını araştırmak gerekmektedir. Sanığın; pasaportuna, kimliklerine el konulması, izin olmaksızın belli bir yeri terk etmesinin yasaklanması, hergün belli makamlara müracaat etmeye zorunlu bırakılması, teminat vermeye zorlanması, banka hesaplarının dondurulması gibi önlemlerle kaçmasını önlemek mümkün ise, tutuklama yerine bu önlemlere başvurulmalıdır. Bütün bu tedbirleri değerlendirirken sanığa isnad edilen suçun niteliği ve sanığın kişisel, toplumsal, ekonomik durumu, ceza yargılamasına karşı geliştirdiği uyum gibi bir takım durumlar da gözönünde bulundurulmalıdır (7).

Orantılılık ilkesine tutuklama kararlarında ne ölçüde uyulduğunu denetlemenin en iyi yolu, tutuklama kararlarının dayandığı gerekçelere bakmaktır. CMUK. m. 104'deki "...tutuklanabilir" ifadesinden de anlaşılacağı gibi, hukukumuzda tutuklamanın "ihtiyarılığı sistemi" benimsenmiştir. Bu sistemin benimsenmiş olması, hakimin, bu ilkenin kendisine verdiği takdir yetkisini kullanırken, tümüyle serbest olmasını haklı göstermez. Anayasa Mahkemesinin bir kararında ifade edildiği gibi, hakim, kendisine verilen görevi yerine getirirken tamamen serbest olmayacak, Anayasa'nın

(7) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Tutukluluk hakkındaki R (80) 11 Sayılı Tavsiye Kararı.

kişi özgürlüğüne verdiği önemi gözönünde tutarak, takdirini Anayasa'nın ruhuna ve amacına uygun olarak kullanacaktır (8). Bu durumda hakim, tutuklama işlemine başvurduğunda, bu kararın hangi nedenlere dayandığını ve bu nedenlerin dayandığı olay ve bilgileri rarasında göstermek zorundadır. Yargıtayın, kanun maddelerinde belirli sınırlar arasındaki cezanın takdirinde, haklı kanuni nedenlerin açıklanmasının zorunlu olduğunu vurgulayan kararı karşısında, henüz suçluluğu kanıtlanmamış ve bu nedenle masum sayılan bir sanığın özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olan tutuklama kararında, bu karara gerekçe olan nedenlerin belirtilmesinin gerekeceği açıktır (9). Ayrıca CMUK. m. 104'de tutuklamaya başvurulabilmesi için sanığın, kaçma veya delilleri karartma şüphesinin varlığı yeterli görülmemiş; bu nedenlerin varlığını uyandıracak vakıalar bulunması şartı aranmıştır. Bu durumda uygulamada, "suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, kaçma şüphesinin bulunması" gibi ifadelerle gerekçelendirilen tutuklama kararlarının, kanunumuzun aradığı şartlar bakımından ne ölçüde meşru olacağı tartışmalıdır. Ayrıca, suçun vasıf ve mahiyetine dayanan tutuklama nedeniyle ifade edilmek istenen, CMUK. m. 104/2'de belirtilen; soruşturma konusu suçun cezasının ağırlığı ise, aslında bu fıkra, ayrı bir tutuklama nedeninden değil, sanığın kaçma veya delilleri karatması konusundaki bir karineden söz edildiği görülecektir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Yağcı-Sargın/Türkiye davasında da belirttiği gibi, kaçma tehlikesine dayanan bir tutuklama kararında bu tehlikenin başka unsurlara dayandırılarak değerlendirilmesi zorunludur. Sadece suçun karşılığı olan cezanın ağırlığı, kaçma tehlikesinin varlığını haklı göstermez. Bu unsurlar ya bu tehlikenin varlığını teyid eder, ya da tutukluluğu haklı göstermez. Matbu olmamakla birlikte, neden bir kaçma tehlikesinin bulunduğunu hiçbir şekilde açıklama-

(8) A.M.K. 13.05.1963/200 E, 1963/110 K.A.M.K.D Sayı: 1, 28.08.1962-31.12.1963, Ank., 1963, Sh: 213.

(9) Yarg. 2. C.D.; 13.4.1973, 1973/4953 E, 1973/4054 K.

dan her seferinde aynı ifadelerle tutukluluğun devamına karar verilmesi, sözleşmeye aykırıdır (10).

Uygulamada "sanığın tutuklulukta geçirdiği süre" gibi hukukumuzda bulunmayan, üstelik tutuklamanın hukuki niteliği ve amaçları ile de bağdaşmayan bir tutuklama nedeninin yaratıldığı görülmektedir. Muhakeme boyunca kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasında güdülemeyecek tek amaç sanığı cezalandırmaktır (11). Oysa, tutuklulukta geçen süre ifadesi; tutuklamanın mecburi olduğu ya da, yargılama sonunda sanığın nasılsa cezalandırılacağı düşüncesi ile cezasının bir kısmını peşinen çekmesi amacıyla kullanıldığı izlenimini vermektedir. 1963 yılında yapılan bir istatistik, cezaevlerinde tutulu bulunan kişilerden ancak %7'sinin veya %8'inin mahkum olduğunu göstermiştir (12). Bu durum da tutuklamanın amacına uygun olarak kullanılmadığını göstermektedir.

Tutuklama ancak zorunlu durumlarda başvurulabilecek bir yargılama önlemidir. Dikkatli uygulanmadığında ceza yargılanmasından beklenen yararlar, kişi özgürlüğü ve güvenliği arasındaki denge, yani orantılılık bozulur. Tutuklama konusunda kişinin çıkarlarıyla kamu yararı karşı karşıyadır (13). Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre; yasayla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının, kişilere vereceği zarar, topluma sağlayacağı yarardan fazla bile olsa, kamu yararının gözetilmesi gerekmektedir (14). Bu karar, orantılılık ilkesinin bir tercih durumunda, kamu yararı lehine, kişi aleyhine bozulabileceğini göstermektedir. Ancak elde edilebile-

(10) Div.K., Yağcı-Sargın/Türkiye İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, Cilt: 2, İst. Barosu Yayınları, 1998, Sh: 148, vd.

(11) Prof. Dr. Faruk Erem, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, Ank., 1996, Sh. 217.

(12) Prof. Dr. Öztekin Tosun, Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt : 1, İst., 1984 Sh: 844,845)

(13) Doç. Dr. Feridun Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İst. 1987, Sh: 140)

(14) A.M.K., 1978/54 K., 1979/9 K.T., 8.2.1979, A.M.K.D. Sy: 17, Sh: 62)

cek kamu yararı ne kadar büyük olursa olsun, tutuklama, amaçları dışında ve bu amaçlara başka önlemlerle ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda kullanılmamalıdır. Bunun denetlenebilmesi için de tutuklama kararlarında, tutuklama nedenlerinin ve bu nedenleri oluşturan "vakıaların" gösterilmesi gerekir. Özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması" (15) amacını denetlemenin en iyi yolu bu dur. Aksi halde, haksız bir tutuklamanın verdiği acıyı tümüyle karşılayabilecek bir tazminat türü düşünmük mümkün müdür? (16).

---

(15) Div. K., Doğu Afrikalı Asyalılar Yirmibeş Başvuru/İngiltere, Aktaran , Prof. Dr. Feyyaz Gölçüklü, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması, Ank., 1994, Sh: 179)

(16) A.M.K., 31.03.1993, 1991/18 E., 1992/20 K., A.M.K.D., Sayı : 28, Cilt: 1, Ank. 1998, Sh: 232).